

## Adalet ve Hukuk<sup>(\*)</sup>

Giorgio Del Vecchio

Çeviren: Ş. T.

Adalet hakkında, her insanın kendi ruhunda kökleşmiş olduğunu gördüğü o karanlık his ve mübhem fikir üzerinde, adaletin özünü tayin ve tesbit gayesile felsefî bir düşünceye dalındığı zaman dikkatimiz, işte hassaten o özü tebarüz ettirir gibi görünen bir takım genel karakterler üzerinde tevakkuf eder ki bunlar da: müsavat, ahenk, tenasüb, ve nizamdır. Fakat daha derin ve tam bir tahlilde, bu karakterlerin, adaleti, ona hâs olan vasıflar itibarıyla, tayin ve tesbite gayrikâfi oldukları görülmüştür.

Hukuk felsefesinin ilk rehberleri adedilebilecek olan Pitagorular veya italikler için adaletin bilhassa bir müsavilikten ibaret olduğu malumdur. Onlar için adetâ bir keşif kıymetini almış olan bu telâkki, filhakika, artık kaybedilmeyen bir iktisab oldu, ve aynı zamanda, müteakib spekülasyonlar için de bir hareket noktası oldu. Filhakika müsavat, tanınması kabil olan bütün hakikat nevilerine tatbik edilen bir nisbettir; fikrin mantıki bir âletidir, bir kategoridir.

Daha etraflı bir görüşle Platon, adaleti, bir küll teşkil eden, muhtelif kısımlar arasında bir ahenk olarak telâkki etti; ve bu telâkkiden de, insan ruhunun ve aynı zamanda cemiyet ve Devletin tetkiki için çok mühim neticeler çıkardı. Fakat bu mefhum da, pek bariz olarak, o kadar geniştir ki, adaleti, etik ma-

nasında hayat kaidesi olarak etraflıca tarife yaramadığı gibi, tatbiki mümkün hayat kaideleri nevilerinden biri olarak tarife de hiç yaramaz. Fakat bu, gerek ahenk mefhumunun, gerekse müsavat mefhumunun, adaletin hakikî tarifi için kıymetli unsur olmalarına mani teşkil etmez.

Aristotelis, Pitagorularla veya — kendisinin tesmiye ettiği gibi — İtalyalılarla, oldukça sert bir tarzda münakaşa etmekle beraber, yine onlar tarafından ileri sürülmüş olan tariften hareket ediyor ve bunu mükemmelleştirmeyi deniyor; ve, adedi nisbet ile hendesi nisbet tiplerine göre muhtelif müsavat nevileri arıyor. Hakikatte, Aristotelisin büyük eserinde adalet hakkındaki mü-lâhazalar müteaddittirler ve muhtelif tefrikler içinde (ki bunlar bilâhara Skolastiklerin sayısı daha fazla olan tefriklerinin hayli işine yaramıştır) o derecede giriftirler ki, aynı mevzu üzerinde hiç bir doktrin, bugün dahi, Stagira'nın düşünmüş olduğu unsurlardan sarfi nazar edemez. Bu kısım hakkında Aristotelisin fikrinin tâm ve doğru bir surette tayin ve tesbiti keyfiyetinin henüz çok ağır güçlükler arzemesi dolayısıyla, bu cihet bilhassa şayanı dikkattir; ve bu güçlükler karşı en iyi sarif ve tefsirciler gayretlerini beyhude sarfetmişlerdir. Şu mü-lâhaza da sarfedilebilir ki,

bu mevzu üzerinde en parlak hakikatler Aristotelis tarafından adetâ tesadüfi olarak, ihtimal bizzat kendisi bile onların esası ehemmiyetlerini tamamiyle takdir etmeksizin, ortaya konulmuşlardır. Onun muhtelif tenasüplere veya müsaviliklere taallük eden doktrininin en işlenmiş kısmı (ki adaletin tevziî, tashihî ve tebdili, ilh.. olarak ayırd edilmesi buradan neşet etmektedir) hakikatte en az esası olan ve istenilen tarife varılması için en az münasip olan kısım dır.

Daha bu denemeler arasında beliren ve eski ve modern müellifler arasında hususî bir tefekkür ve mütalâaya mevzu teşkil etmiş olan diğer fikrî bir unsur da nizam mefhumudur. Tabii bu mefhum, müsavat, ahenk ve tenasüb mefhumlarında esasen mütezammındır; fakat adaletin nizamdan başka bir şey olmadığı, ve diğer her hangi bir unsurun buna nisbetle talî ve müteferî olduğu da açıkça iddia edilmiştir. Maamafih burada da, bu tezin yanlış olmamakla beraber gayri kâfi olduğunu müşahede etmek mecburiyetindeyiz; çünkü nizam mefhumu, biolojik ve etik sahalardan başka fizik sahada da her türlü münasebetlere tatbik edilir; fakat başka başka manalar alır ki, adaletin tâm veya hâs manasında hakikî bir tarifine varılmak istenildikte bunları ayırd etmek icab eder.

Bu sahada da lisan, mütemadi vuzuhsuzlukları dolayısıyla, bize emin bir rehber olamaz. Bir riyaziye ameliyesi, muayyen bir fonksiyonu olan bir âlet, sevkuceşşî bir plân, veya her hangi bir maksadı güden bir program, avam dilinde, doğru olabilir; bir taksim ve tev-

zi ameliyesi kadar bir istidlal veya bir karar, ilh., doğru olabilirler. Bir vasıta ile bir gaye arasında her hangi bir münasebet ve tevafuk, dikkatle gözden geçirilen her hangi bir tenasüb veya ölçü, doğru addedilir; bu noktada İtalyancanın (her ikisi de aynı sifata, yani «doğru» sıfatına bağlı olan) «doğruluk» ve «adalet» mefhumları arasındaki farkı daha az kusurlu bir surette ifade etmesi dolayısıyla kıymeti tebarüz eder<sup>(1)</sup>. Bununla beraber, adalet fikrinin, insanların fiillerinin muayyen bir kaidesi olarak, aynı zamanda çok daha kati ve vazih bir mâna ifade ettiği de şüphesizdir; işte tarifi lâzım gelen mâna da budur.

Bu tarife varmak veya hiç olmazsa çok yaklaşmak için, o ilk umumî vasıflara, (tekrar ediyoruz, sahte ve yanlış değil, fakat gayri kâfi vasıflara) intersubjektiflik vasfını ilâve etmek icab eder. Adalet, filhakika, müsavilik, ahenk, nizam ve tenasübdür; fakat bu yalnız umumî mânâda değil (ki bu mânâda bu mefhum karşımıza alelumum mükemmeliyetin müteradifi olarak çıkar) bilâkis hususî mânâda, müşterek hayatın, ferd ile ferd arasındaki münasebetlerin muayyen kaidesi olarak.

Bu temel fikrin çok sağlam ve mükemmel bir surette formüle edilmesine hukukun Dante tarafından yapılan meşhur tarifinde tesadüf edilir: «Jus est realis et personalis hominis ad hominem proportio, quae servata societatem servat, et corrupta corrumpit» (Mon., L. II, C. V, 3); bu tarif cidden çok aydınlık ve parlak bir nokta teşkil eder; mamafih, şimdi göreceğimiz gibi, bunların mukaddem doktrinlerden geldiğini anla-

(1) «Adalet» kelimesinin İtalyancadaki mukabilii. «Giustizia» dir. «Giu-tezza» kelimesi ise Türkçedeki «doğruluk» sözünün karşılığıdır. Bu kelimelerin her ikisi de, «doğru» manasına gelen «giusto» sıfatına bağlanırlar. Aynı fark Fransızca da mevcuttur, fakat birçok dillerde yoktur.

(\*) Bu makale, İ.Ü. Hukuk Fakültesi Mecmuası, yıl III, sayı 12, 1997, s. 432-441'den aynen alınmıştır.

mak güç değildir; bu cihet bazılarının dikkatinden kaçmış görünmektedir (meselâ büyük bilgin Witte, «Monarchia» kitabının kendisi tarafından yapılmış olan değerli tabında — Vindobonae, 1874, sah. 51 — açıkça söylüyor: «Hæc juris definitio, iude sumta sit, nescio»).

Esasen, tabîî diyalektik bir inkişaf ve tekâmül neticesile o ilk umumî tariften, âdeta zarurî olarak, bu daha mükemmel tarife geçilmek icab ediyordu. Filhakika, müsavat veya muadelet, karşılıklı hadler arasında bir mukayese ve bir tevafuk gösterir; ve bu cihet daha Pitagorun ilk doktrininden de tebarüz eder. Ve sonra Aristotelis de açıkça, adaletin yalnız basit bir fazilet olmadığını, fakat başka bir şeyle münasebettar bir fazilet olduğunu söyler (Eñ. Nik. , V, 33,1129 b, 25 ve müteakib s.). Bu münasebet, daha iyi bir surette, Tomas d'Aquin tarafından izah edilmiştir: «Justitia.....importat æqualitatem quamdam.....; æqualitas autem ad alterum est... Rectum vero quod est in opere justitiæ, etiam præter comparationem ad agentem, constituitur per comparationem ad alium» (Summa Theologiæ, 2a, 2æ, Quaest- 57, art 1). «Justitia ergo proprie dicta requirit diversitatem suppositorum; et ideo non est nisi unius hominis ad alium» (İb., Quaest 58, art. 2). «Per exteriores actiones et per exteriores res, quibus sibi invicem homines communicare possunt, attenditur ordinatio unius heminis ad alterum. Et ideo cum justitia ordinetur ad alterum, non est circa totam materiam virtutis moralis, sed solum circa exteriores actiones et res secundum quamdam rationem objecti specialem, prout scilicet secundum eas unus homo alteri coordinatur» (İb., Quaest. 58, art. 8).

Böylece, her müsavat veya tenasübün, müteaddit hadler arasında bir mukayeseyi istilzam ettiği hakkındaki bu birinci mülahazadan, adaletin aralarında böyle bir münasebet tesis ettiği hadlerin insanlardan yani süje veya şahıslardan müteşekkil olmaları icab ettiği mülahazasına, yani çok ehemmiyetli olan bir mefhuma geçilmiş oluyor. Esasen aynı neticeye, diğer bir yoldan, hukukun en iyi ustaları yani Roma hukukçuları varmışlardı: Bunlar, hukukî münasebetin, hasseten şahıslar arasında bir bağ olduğunu öğretmişlerdi

Felsefî bakımdan, bu tezin tam ve derin mânâsı, ancak gnoseologik tenkit ve tahlilin teessüsü ile anlaşılabilir: bu tahlil usulü, süje olarak, ruhun bizzat bünyesinde, suurun esas vaziyet ve hareketlerinin kökünü araştırmak lüzumunu ortaya koymuştur- Bu vaziyetlerden bir tanesi tamamiyle şundan ibarettir: her süje kendini diğer bir süjenin mukabili görmeli ve düşünmelidir, yani diğerinin sübjektifliğini tanıyarak, kabul ederek, ve kendini bununla objektif bir müsavat vaziyeti içine koyarak, kendi vaziyetini ona göre tanzim etmeli, ona uymalıdır.

Müteaddit süjelerin ameline müteallik her hangi bir tahdit kriteriyumu (o şekilde ki, bu şahıslardan biri diğerine karşı bir vecibe ile bağlanmış olsun ve bunlardan birinin vecibesine diğerinin, o vecibenin ifasını istemek salâhiyeti tekabül etsin), süjeler arasındaki karşılıklı vecibelerin veya iddiaların muhtevası ne olursa olsun, geniş mânada hukukîlik veya adalet şeklini haizdir.

Filhakika, böyle bir intersübjektif münasebetin her hangi bir determinasyonu, şahsın katî ve mutlak karakterini gayri kâfi ve natamam bir surette aksettirse bile, onun bu mantikî nev'e aidiye-

ti red ve inkâr edilemez. Binaenaleyh bu mânada adalet hukukun müteradifidir; ve böylece, meselâ, medenî bir adalatten, cezaî bir adalatten, ilh..., bahsedilir.

Fakat fikir burada tevakkuf edemez. Tamamiyle şekli olan o ilk determinasyondan başka, diğer biri vardır ki bunun unsurları, biraz evvel işaret ettiğimiz noktada esasen mütezammındırlar. Muayyen hukukî bir determinasyonun, bizzat bizim tabiatımızda tamamiyle meknuz bulunan o ideal prensibe tekabül edip etmediği meselesi felsefî bakımdan meşru ve ruhî bakımdan da zarurîdir: bu ideal prensip de, empirik ve muhtemel şahsiyeti aşan ruhun üniversalliğidir. Tabiatımızda mevcut olan o muayyen «ulûhiyet» (est deus in nobis) — ki bununla biz, hâdiseler âlemine empirik bir surette bağlı olmakla beraber başka bir âleme de mensup olduğumuzu hissederiz, ve bu da bizim, mevcudiyetimizi ve fisikî tecrübemizi mühim bir derecede aşan ve hiç olmazsa itibarî olarak malik olduğumuz fikirler dolayısıyla vaki olur - her süjeye mutlak bir kıymet verir; ve bu kıymet bir tanınmayı istilzam eder, ve filen cebir ve şiddete maruz kaldığı yerde de kriteriyum olarak mevcut ve merî kalır, işte bundan da, böyle bir kriteriyulma, tecrübede müsbet bir şekilde formüle edilmiş görünen hukukî normlar arasında bir mukayese imkânı, hattâ lüzumu doğuyor.

O zaman adalet, müsbet hukukun müteradifi olarak değil, fakat onun bir numunesi, ideal bir modeli olarak, kısmen veya kusurlu bir surette tatbik edildiği halde bile kendi muhitinde daima muteber olarak, təcilli eder; tıpkı fazilet idealinin ve vazife imperatifinin («kendine yapılmasını istemediğin şeyi

başkalarına yapma», ilh.) pek çok defalar maddeten ve filen cebir ve şiddete maruz kalmış oldukları halde de daima merî ve muteber olmaları gibi.

Kelimelerin intihabı meselesi burada da tamamile tafî bir ehemmiyeti haizdir. Hukukîliğin şekli mahiyeti, müsbet hukuki determinasyonlarla mahs ideal determinasyonların müşterek bir vasfı olduğundan biz, tabîî hukukla müsbet hukuk arasındaki (veyahut - ki aynı şeydir - ideal adaletle müsbet adalet arasındaki) klâsik farkın red değil bilâkis muhafaza edilmesi lâzım geldiğini zannediyoruz. Ve, birçoklarının tercih ettikleri gibi, «tabîî hukuk» formülü yerine «rasyonel hukuk» formülünü kullandığımız halde de mesele değişmiş olmaz; çünkü akıl, mantık hasseten bizim tabiatımızın özünü esasını teşkil eder ve herhalde, ondan nebean eden hukukun principium cognoscendi'sidir. (Evvelce Kristian Thomasius: «Jus naturæ cognoscitur ex ratiocinatione animi tranquillii» diye yazıyordu ve daha evvel de onun hocası Leibnitz şu müşahedede bulunmuştu: «Jus naturæ est quod ex sola ratione naturalis sciri potest».)

Tercih edilen formüller ne olursa olsun, mühim olan nokta, hukukî teallük eden cihet hususunda da kıymetlerin silsilei meratibini ve şeniyyetin muhtelif derecelerini ihmal ve inkâr etmemek, ve aynı derecede hatalı ve zararlı olan iki nevi dogmatizmin önüne geçmektir. Bu dogmatizmlerden birincisi, empirik şeniyyeti biricik şeniyyet olarak ve bilhassa müsbet hukuku da yegâne hukuk olarak telâkki etmektir; halbuki, basit bir tahlil, intersübjektif münasebetlerin (tabîî daima, aynı determinasyon sebebiyle bir vecibeye bir iddianın tekabül etmesi şartile) herhangi bir determinas-

yonu - sadece düşünölmüş ve filiyata konulmamış bile olsa - tatbik edildiğini kat'î bir surette gösterir. Hukukî positivismi aşmak onun fevkine çıkmak için bunun kâfi olduğunu zannediyoruz. Fakat felsefî tahlil daha ileriye gider ve müsbet olan veya olmıyan, hakikaten ve mantıken imkân dahilinde bulunan müteaddid hukukî determinasyonların üstünde, mahs adalet idealinden müteşekkil olan en yüksek kıymetten başlayarak bir kıymetler silsilesi mevcut olduğunu gösterir.

Diğer dogmatizm de, gayriilmî bir fikri-batılla, her hukukî hâdisede - ki hâdise olduğu için nisbîlik vasfını haizdir - evvel emirde mutlak adaleti görmektir- Tarihî vakanın böylece keyfî bir surette idealleştirilmesi veya ona pereşteş edilmesi bizzat biraz evvel işaret eylediğimiz felsefî tahlil tarafından katıyetle tekzib edilmektedir; ve bu, bazı hallerde asil bir hata olmakla beraber herhalde daima bir hatadır. Biz, skolastik tahsilî hatırlıyarak («Lex iniusta non est lex» ) şöyle söyleyen Dante'nin önünde eğiliriz: «Necesse est, finem cuiusque juris bonum commune esse, bonum commune non intendens» (Mon., zikredilen nokta); çünkü bu formül, müteakip kısımdan da anlaşıldığı veçhile, bütün kanunları, sanki müşterek iyiliği istihdaf ediyorlarmış gibi tefsir etmek gibi iyi bir gayeyi güdmektedir. Fakat, kanunların asil gayesinin, «ad utilitatem reipublicae» hizmet etmek gayesinin, vazii kanunu mülhem kılması lâzım gelen nokta olarak sarih tarafından gözönünde tutulması icap ettiği doğru ise, bütün kanunların her zaman ve her yerde hakikaten bu gayeyi istihdaf etmiş oldukları iddia edilemez. Bu dogmatik tez, bugün ihtimal kimse-nin müdafaaya cesaret edemeyeceği di-

ğer muarız tez kadar yanlış olur: bu muarız tez de, her hâl ve vak'ada, vazii kanunun, umumun menfaati yerine kendi hususî menfaatini veyahut da kendi içtimaî sınıfının menfaatini gözettiği tezidir. Sonra, fazla olarak, niyet doğru olduğu halde de fiilin daima ona tekabül etmediği mülâhazası da ilâve edilsin; ve böylece, bir adalet istek ve niyetinden de daima doğru ve âdil kanunlar çıkmaz.

Bütün bunlar, asırlarca süren bu kadar muhtelif ve ekseriya meşum ve bazan da feci ve müthiş olan tecrübelerden sonra o kadar tabîî bir hale gelmiştir ki, muasır bazı mektepler tarafından maalesef yapılan hata o kadar asil bir hata addedilemez: bu hata da her hâl ve vak'ada emrivakie pereşteş edilmesi, bütün kanunların aynı surette rasyonel olduklarının iddia edilmesi, ve daima herkesin daha kuvvetli patronun önünde eğilmesi, ve başkasının ona tefevvuk etmekte olduğu hissedilir edilmez berikine ihanet edilmesidir.

Adalet telâkkisi ve sevgisi, ne muhtemel hâdisat ve menakibe ve birbirine muarız kuvvetlerin münavebe ile ortaya çıkmasına, ve ne de, Dante'nin dediği gibi, rüzgâr dalgası gibi «cephe değiştirdikçe isim değiştiren) modern cereyana bağlı ve mütevakkıf olamazlar; fakat, Vigo'nun da öğretmiş olduğu gibi, bizzat bizim şuurumuzda fitreten mevcut olan «ebedî tohum» dan gıda alarak inkişaf etmelidirler.

Aktüalitenin, ve olmak ile mecbur bulunmak arasındaki müsaviliğin dogmatizmi, pratik kelimelerle ifade edildiği takdirde, gayriahlâkîlik ve oportünizmden ibarettir; mantıkî kelimelerle ifade edilmek lâzım gelse, bir fikre, kuvvetle beraber bulunmadığı zaman,

samimî bir bağlılığın imkânsızlığını ifade eder.

Ruhun ebedî kıymetlerini - ki bunlar arasında adalet ideali (müsbet hukuk olarak değil, tabîî hukuk olarak) ihtişamla yükselir, parlar - meydana koymak ve müdafaaya etmek, hattâ kahramanca müdafaaya etmek, şerefine İtalyan Felsefesine, ebedî Felsefeye aidiyetini iddia edelim.

Yalnız bu fikir altında, vatanın kurtuluş, birleşme ve büyüklüğüne sevkedilen ihtilâller gibi en mukaddes ihtilâller yapıldı. İzmihlale düşölmüş olduğu ve Devlet otoritesinin alçaltıldığı, hırpalandığı zamanlarda, elzem adaletin ve medenî ahengin yeniden yükseltölmüş timsaline, her türlü tehlikelere karşı açıkça göğüs gererek, sadakat yemininde bulunduk; ve bunu yapmak için zafer saatini beklemedik. Böylece, yazılı kanunlardan başka, yazılmamış ve daha yüksek diğerlerinin de mevcut olduğunu bir defa daha tecrübe etmiş olduk; ve adaletin de, bütün kanunlarda başka başka suretlerde tecelli ettiğini ve fakat hiç birinde nihayet bulmadığını da gördük; öyle ki, sahnesi tarih ve kaynağı da tükenmiyen ve ortadan kaldırlamıyan beşerî ruh olan o amelîyenin, adaletin tecelli ve istihkakı amelîyesinin, yeni bir nizamla devam ve tekâmül eylemesi için, yalnız o, çok mühim anlarda, müsbet hukuk nizamını - önüne geçilmez bir surette bozulduğu zaman -

yıkamak ve onun fevkine çıkmak vazifesini ve yüksek fedakârlığını empoze edebilir.

Metinde geçen Latince kelime ve ibarelerin tercümesi:

-Jus est realis et personalis hominis ad hominem proportio, quae servata societatem servat, et corrupta corrumpit.: Hukuk, insana insan arasında hakiki ve şahsî bir münasebettir; ki, muhafaza edildiği takdirde cemiyeti muhafaza eder, ve bozulduğu takdirde de onu bozar.

-Haec iuris definitio, unde supmta sit, nescio.: Hukukun bu tarifinin nereden alınmış olduğunu bilmiyorum.

-Est deus in nobis: Tanrı içimizdedir, ruhumuzdadır.

-Principium cognoscendi.: Tanıma, bilme, bilgi prensipi.

-Jus naturae est quod ex sola ratione naturli sciri potest.: Tabîî hukuk, yalnız tabîî akıldan çıkabilen şeydir.

-Lex iniusta non est lex.: Adil olmıyan kanun, kanun değildir.

-Necesse est, finem cuiusque iuris bonum esse, et impossibile est ius esse, bonum commune non intendens.: Her hukukun gayesinin âmmenin iyiliği olması lâzımdır; âmmenin iyiliğini ihtihdaf etmiyen hukukun hukuk olması imkânsızdır.

-ad utilitatem reipublicae.: Âmme malının (Devletin) menfaatine