

Tabii Hukuk ve Pozitif Hukuk^(*)

Roger Bonnard

Çeviren: Mehmet Ali Aybar^(**)

Hukukî pozitivizm, tabii hukuka karşı duymakta olduğu nefrette ısrar ile her zamankinden daha şiddetle mücadeleye devam ediyor. Uzlaşmak istemeden, mevcut ve reel hukuk olarak ancak pozitif hukuku, yani devlet tarafından kalemeye alınan ve müeyyidesi konan hukuku, tanıyor. Hukuk ilminin mevzuunu teşkil eden yalnız odur, onun haricinde kalan hukuk, hukuk ilmi bakımından keenlemeyekün ve gayri varit telâkki edilmelidir, diyor. Maamafih artık bugün, hukukî pozitivizmin uzun zaman ihtilafsız bir şekilde hüküm sürdüğü bir memleket olan Almanyada bile, kuvvetli tenkitlere ve hücumlara maruz kaldığı görülmektedir.

Son zamanlarda, Almanyada (Neo - kantisme)'in ve bilhassa Stammler'in tesiri ile âdeta tabii hukukun bir (renaissance) ine şahit oluyoruz. Artık, hukukî pozitivizm, eskiden olduğu gibi, içtina-bı gayri kabil bir nâs olarak telâkki edilmemeğe başlanmıştır. Hattâ, «*Verreinigung deutscher Staatsrechtssieherer*» in Münster, 1926 dördüncü içtina-mamda, Erich Kaufmann: «*Der Staat und Gesetz stehen unter dem Recht, das Gesetz ist nicht die einzige Erscheinungsform des Recht.*» demiştir.

Fakat vaziyet bu merkezde olmakla beraber, hukukî pozitivizm, tabii huku-

ka karşı açmış olduğu mücadelede devam etmiş, ancak tabii hukuk doktrininde husule gelen tahavyülâta göre, hukukî pozitivizm de görüş zaviyesinde değişiklikler yapmak mecburiyetinde kalmıştır. Hukukî pozitivizmin tabii hukuka karşı, bugün almış olduğu cephe ilk önceler almış olduğu cepheden bambaşkadır.

Evvelâ, (objektif akıl, yani Allah) gibi fevkatabii esaslara ve yahut (beşerin fitri imtiyazlarına müstenit endividüalist temeller) gibi aslı ve sabit esaslara, istinat ederek, umumî ve lâyetegayyer olduğunu iddia eden bir tabii hukuk muvacehesinde bulunan, hukukî pozitivizm, tarihî mektebin elde ettiği neticelerden istifade ederek, lâyetegayyerlik ve umumîlik iddiasında bulunan bu tabii hukuk telâkkisini cerh etmişti. Fakat bu sefer de, bilhassa tarihçiliğin ve felsefî pozitivizmin tesiri altında kalan bazı tabii hukuk taraftarları fevkatabii ve ferdîyetçi esasları bir tarafa bırakarak, tabii hukuka sosyal bir esas verdiler ve sosyal vakiaları tabii hukuka objektif temel olarak ittihaz ettiler.

Artık bu telâkkiye göre, hukuk, zaman ve mekânla tahavvül eden bir hukuk şeklini almış bulunuyordu⁽¹⁾

Bu vaziyet karşısında, hukukî pozitivizm, tabii hukuka karşı kullanılmakta

olduğu hücum tarzını değiştirmek mecburiyetinde kaldı. Bu itibarla, siyasi ve tarihî noktai nazarını terk ile sırf (dogmatique) bir noktai nazara bağlanan hukukî pozitivizm, tabii hukukun ister endividüalist, ister sosyal olsun, her şekilde mücadeleye imkân bulmuş oldu⁽²⁾

Artık bu noktai nazara göre, hukukî pozitivizmin en kuvvetli iddiasını, tabii hukukla pozitif hukukun birlikte mevcudiyetlerinin, hukukî sahada, mantıkan kabûlüne imkân görülemiyen, bir ikilik meydana getirmiş olması teşkil etmektedir⁽³⁾. Pozitif hukukun yanı sıra tabii hukuku, kabul etmek, ayrı ve yek diğerine muvazi, başka başka iki hukuk sistemi kabul etmektir. Çünkü mevzu ve gayelerinin aynı olması itibarıyla bu iki düstur sisteminin her ikisi de hukukîlik vasfını haizdir.

Halbuki ademi tenakuz (non - contradiction) prensipine göre, mantığın bu ikiliği kabul etmesine imkân yoktur. Zira bu iki düstur sisteminin mevzu ve gayeleri birdir. Yani her ikisi de insanların hattı hareketini hukukan tanzim etmektedir. Şu halde muayyen bir mes'ele hakkında bu iki sistem yek diğerine zıd düsturları ihtiva edebilir, ve böylelikle biri tarafından vazedilmiş

olan olması gerek (Solten) (le devoir etre), diğeri tarafından vazedilmiş olan olması gereğin aksi olabilir. Bu suretle aynı hukukî düsturu, biri diğerinin inkârı demek olan iki şekilde, tanımış oluruz.

Ademi tenakuz (non. contradiction) prensipine göre ise bir şeyin aynı zamanda vücud ve ademi vücud ifade etmesini tasavvur etmek imkânsızdır, denilmektedir.

Bu iddialar, inkâr edilmeyecek derecede kuvvetlidir.

Şayet pozitif hukukun yanında, tabii hukuka da yer vermek, hukukta, iddia edilen bu ikiliği meydana getiriyorsa, tabii hukukun iflâsını kabul etmek icap eder. Ancak bu ikiliğin hakikati halde mevcut olup olmadığı; hukukta elzem olan (monisme)' in temini için yegâne çare pozitif hukukun tekbaşına kabûlünde mi olduğu, ve nihayet matlûp olan (monisme)'e tabii ve pozitif hukukun bir arada mevcudiyetlerine rağmen erişmenin mümkün olup olmadığı, casual olur. Binaenaleyh bu iki hukukun, hakikaten yekdiğerinden farklı ve ayrı iki hukukî sistem mi vücuda getirdiğini, yoksa, tabii hukuk ve pozitif hukuk diye yapılan tefrikin, tek ve aynı huku-

Tabii hukuk tabiri; ilk tarzı telâkkisi olan sabit ve lâyetegayyer bir hukuk veya XVIII inci asrın siyasi felsefesinin yarattığı endividüalist hukuk mefhumlarına inhisar ettirilmemelidir. Kelimenin manası, insan şuuruna objektif bir şekilde- çarpan her nevi hukuku kavrayacak derecede genişletilmelidir. Böylece sosyal hukuk, tabii hukuk kategorisine pekâlâ girebilir. Zira, o da, insan şuuruna içtimal vakialar vasıtasile arz olunmaktadır.

- (2) Tabii hukukun (dogmatique) tenkidi hakkında en esaslı eser şudur: Bergholm, *Zurisprudenz und Reehs-philosophie*, T. I. Leipzig 1892.
- Müellif, tabii hukukun pozitif hukuk yanında mevki almasının çifte bir imkânsızlık meydana getirdiğini, isbat etmek istiyor. Evvelâ, iki hukuk arasında ademi tevafuk vardır. Zira her ikisinin aynı zamanda mevcudiyeti hukukî nizamda şayanı kabul olmanın bir ikilik husule getirmektedir (Sahife 367). Ayrıca, tabii hukuk esasen bizatihi şayanı kabul değildir. Zira onda hukukun esaslı unsurları mevcut değildir (Sahife 408). Aynı tenkit Kelsen tarafından yeni bir kuvvet ve kudretle ileri sürülmektedir.
- Kelsen, *Die Idee des Naturrechtes, Zeitschr. für öff. Recht*, T. VII, 1928. Sahife 221 — *Naturrecht und positives Recht. Revue internationale de la theorie du droit* T. II, 1927/28; sahife 71.
- (3) Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*. Tübingen. 2 Aufl., 1928. Sahife 26. — *Naturrecht und positives Recht op. cit.* sahife 72 — *Des rapports de système entre le droit interne et le droit international public Cours de l'academie de droit international*, T. 14, 1926.
- [a] Profesör Dr. Honig in *Hukuk Felsefesi* kitabını Türkçeye çeviren Dr. Yavuz (Solten) kelimesine Türkçe karşılık olarak (olması gerek) tabirini kullanılmıştır. Ayrıca (sein) e karşılık olarak ta (olan) kelimesini kullanılmaktadır. Aynı tabirleri biz de muhafaza edeceğiz.

(*) Bu makale, İ.Ü. Hukuk Fakültesi Mecmuası, yıl II, sayı 7-8, 1936, s. 34-59'dan aynen alınmıştır.

(**) Esas Teşkilat Hukuku Asistanı

(1) V. S. Tartarin - *Tamkej-den, Reehs positivismus und modern Naturrecht in ihrer mer'cdologischen Bereehitung* (Zeitsch. für öff. Recht, B. Vm, 1927, S. 22).

kun iki görüntüsünü, iki vasfını mı ifade ettiğini, araştırmak lâzımdır. Ancak bu suretledir ki ikiliği bir (monism)'e irca etmek mümkün olacak ve ortada, bir tek hukukî sistem kalacaktır. Fakat bu düsturlar mahiyetleri bakımından aynıyet ifade etmelerine rağmen ayrı ayrı evsaf arzedebilirler. Bu şartlar içindedir ki, tabii hukukun iadei itibar etmesi, ve aynı zamanda da hukuktaki (monisme)'i muhafaza etmek mümkün olacak, ve böylece hukukî pozitivizm, tekçiliğin yegâne şartı olmaktan çıkmış bulunacaktır.

Fakat bu neticeye vâsıl olabilmek için, hukukun mevzuîyeti, (positivite) si, mefhumunun tekrar gözden geçirilmesi icap eder. Zira, işbu mevzuîyetin muayyen bir tarzda telâkki edilmesidir ki, mevcudiyeti iddia edilen bu ikiliği meydana getirmiştir. Tabii hukukla pozitif hukuk arasında telif edilmez bir ikilik meydana gelmesine sebebiyet veren bu tarzı telâkkidir. Yekdiğerinden farklı ve ayrı iki hukuk sisteminin vücude gelmesine sebebiyet veren de, yine odur. Bu ikiliği ortadan kaldırmak için tabii hukuka değil, fakat pozitif hukuka teveccüh etmek ve hukukun mevzuîyet mefhumunu tadil etmek icap eder. Zira, nazarı bakımdan, tabii hukukun mevzuîyet (positivite) mefhumu yanlış değil doğrudur. Halbuki buna mukabil, hukukî pozitivizmin, pozitif hukuka izafe ettiği mevzuîyet mefhumu ise kabili tenkidtir.

I

Pozitivizm, tabii hukuk taraftarları, hukuk âlemine ikilik sokmakla itham ederken; bu ikiliğin bilhassa her

iki hukukî sistemin, yekdiğerine gayrikabil irca birer kaynak ve esası haiz olmalarından neş'et ettiğini⁽⁴⁾, ve binaenaleyh mevzu ve gayeleri itibarile aynıyet ifade etmekle beraber, tabii hukukla, pozitif hukukun birbirinden ayrı ve farklı iki hukukî sistem teşkil etmekte olduklarını iddia etmektedir.

Tabii hukukun kaynak ve esası, eşyanın tabiatında ve muhtevasının adaletinde bulunmaktır. Tabii hukukun esasını teşkil eden, eşyanın bu tabiatı ise, ya tabiatı beşerde ve ona bağlı bulunan imtiyazlarda, yahut tamamiyle maafevkatabii, aklı veya (emprico-rational) unsurlarda, ve yahut pozitivistlerin anladıkları gibi içtimaî münasebetlerde bulunur. Hulasaten, insan şuuruna kendini arzedenden ve tabii hukuk düsturunun muhtevasını teşkil eden, objektif evsafı haiz bir muta (donne) mevcuttur. Bu suretle vücude gelen düstur eşyanın ta-biatine uygun geldiği içindir ki doğru, âdil, telâkki olunur.

Düsturun emrini (imperatif) ini, vücude getiren unsur, muhtevasının adaletidir. Düstur âdil olduğu için hüküm ifade etmekte ve kıymeti (geltung) bulunmakta, yani emri (imperative) olmaktadır. Diğer taraftan muhtevası, düsturun esasını teşkil eden eşyanın tabiatine uygun düştüğü için de, âdil telâkki edilmektedir.

Pozitif hukukun ise bambaşka bir esas ve kaynağı vardır. Bu düsturlar insana objektif bir şekilde arzolanmış olmayıp, insanlar tarafından vazedilmiş, suni bir şekilde yaratılmış bulunmaktadır. Muhtevaları insanın dilediğini ihtiva etmektedir. Bundan başka, bunların düstur kıymetini haiz olmaları, âdil ol-

malarından mütevellit olmayıp, sadece onları vazetmek selâhiyetini haiz makam tarafından vazolanmış olmalarından iteri gelmektedir. Adalet fikri bu düsturlara, hiç olmazsa hukukî nizamı teşkil etmeleri bakımından, tamamiyle yabancıdır. Şayet adalet fikri mevzu bahis edilecek olsa bile, ancak (meta-juridique) bir unsur olarak telâkki edilebilecek, ve bu takdirde positif hukuk düsturları hukuk ilmi çerçevesi haricinde kalacaktır.

Hukuk İlmi bakımından, düsturların kıymeti muhtevalarına bağlı olmayıp, onları vücude getiren beşeri (facteur)'e bağlıdır. Muhtevaları ne olursa olsun düsturlar ancak işbu (facteur) sayesinde hüküm ifade eder.

Salâhiyettar bir makam tarafından yapılan positif hukuk hiç bir vakit gayrihak, (non - droit) olamaz. Nihayet denilebilir ki, pozitif hukuk düsturu, emri, bakımından olduğu kadar, muhtevası bakımından da insan mahsulü, insan eseridir.

Şu halde bu telâkki tarzına göre tabii hukukun esası tamamiyle maddî olduğu halde, positif hukukunki ise sırf şekildir.

Demek oluyor ki, hakikati halde birbirinden tamamiyle ayrı ve yekdiğerine gayrikabüi irca iki hukuk sistemi mevcuttur. Diğer cihetten bu iki sistemin ayrı kaynakları bulunduğu için, herhalde yekdiğerine zıd düsturlar ihtiva ede-

bilecekleri tebarüz etmektedir. İnsanın suni bir tarzda yarattığı hukukun, ona tabii bir şekilde gelen hukukla mutlaka tevafuk etmesi için ortada hiç bir sebep yoktur. Hulasaten, tenakuz ve onun bütün netayıcı bir hakikattir ve bu vaziyetin hukukun mevzuîyetinin tarzı telâkkisinden meydana geldiği de aşıkârdır.

Binaenaleyh, mevzuîyet mefhumu ele alınarak, pozitif hukuk yanında, tabii hukukun da muhafazasını mümkün kılacak bir şekilde değiştirilmesü, hukukî pozitivizm'e dökülmeden, hukukî (monisme)'e avdet etmeğe imkân bulunup bulunmadığını araştırmak icap edecektir.

Hakikati halde hukukun mevzuîyet mefhumunun değiştirilebileceğini, hatâ değiştirilmesi lâzım geldiğini isbat etmek mümkündür, çünkü bu telâkki hukuk mefhumile gayrikabüi teliftir. Hukukun mevzuîyeti, şekli bakımdan tavsif edilmek istenilince mantıkî bir imkânsızlıkla karşılaşılmaktadır. Hukuka kıymet veren, onun hüküm ifade etmesini temin eden kaynak ancak maddî olabilir. Zira bu münakaşanın arkasında, hukukun iradî bir menşei mi, yoksa objektif bir menşei mi olduğu, yani insan iradesinin mahsulü mü, yoksa onun haricinde ve kendini şuur ve iradeye zarurî olarak kabul ettiren unsurlardan mi meydana geldiği, meselesi gizlenmektedir⁽⁵⁾. Hukukun, mevzuîyetinin şekli

(5) Hukukun menşei hakkında dermeyan edilebilecek yegâne iki taraf telâkki şu mevzu bahis ettiklerimizdir. Esasen Jellinek bunu görmüş ve: Hukuk ya mevcudatın objektif mahiyeti üzerine müesses, insanlardan' ayrı bir kuvvettir ve yahut ferdin içinde husule gelen sübjektif bir tezahürdür, demiştir. (V. Jellinek, Allgemeines Staatslehre 3. Aufl. 1914, p. 332).

Kelsen'in normativizmi, hukukun iradiliğini reddeder gibi görünüyor. Fakat hakikatte, hukukun menşei meselesini bir derece daha geriletmekten başka bir şey yapmış olmuyor ve mesele de halledilmeden kalıyor. Kelsen, hukukî düsturların irade mahsulü mü olduğunu, yoksa tabiatı beşer veya içtimaî münasebetler gibi objektif vakialardan mi meydana geldiğini tetkik etmek istemiyor. Bu mesele sosyolojiyi alâkadâr edip hukuk ilmi haricinde kalmalıdır, diyor. Bu Mimde, hukuk ancak düsturi unsurlarla tavsif edilebilir. Binaenaleyh düsturların, biri diğeri tarafından vücude getirildiği farzolanmalıdır. Her düstur, kendinden daha üstün bir düsturdan gelmekte ve kıymetini almaktadır. Bu istidlal iki şekilde yapılır.: Statique bir şekilde; şayet madun düsturun muhtevası mafevk düsturun muhtevasının mantıkî bir neticesi ise Dynamique bir şekilde; şayet madun düstur mafevk düsturun verdiği bir salâhiyettan neş'et etmiş ise (Kelsen, Allgemeines Staatslehre, p. 243 et o. — ID: Naturerecht und positives Recht, op. cit. p. 72).

(4) Kelsen, Die Idee des Naturrechts ap. at. sahife 224 — ID: Naturerecht und positives Recht op. cit. sahife 71 — Duguit Droit Constitutionnel 3 cu ed. 1, sahife 86.

[b] Burada müellifin pozitivist ismi altında topladığı hukukçuları, tabii hukuku inkâr eden pozitivistlerle karıştırmamalıdır.

olduğu düşüncesi, ister istemez iradî hukuk telâkkisinin kabulünü icap ettirir. Hukuku, emri, ve muhtevası bakımından sırf insanın vücuda getirdiği bir eser olarak telâkki etmek, onu yapmağa salahiyyetli bulunan kimselerin yalnız aklî değil, fakat aynı zamanda iradî bir fiilinin mahsulü olduğunu dahi kabul etmek demektir. Çünkü bu takdirde düsturu vücuda getiren keyfiyet, ancak onu vaz edenlerin, düstura diledikleri gibi bir muhteva vermiş olmaları ve bu muhtevanın da düstur kıymetini, yani emri haiz olmasını arzu etmiş bulunmalarıdır. Bu tarzı telâkkiye göre düsturun muhteva ve emrinin mevcudiyeti, insan iradesi tarafından dilenilmiş olmasından neşet etmektedir. Fakat kanaatimizce, hukuku irade mahsulü olarak kabul etmeğe imkân yoktur. Şayet bu imkânsızlık isbat olunacak olursa, pozitif hukukun şekli noktai nazardan tetkik, edilemeyeceği, ve hukukun mevzu-iyeti telâkkisine de başka bir veçhe vermek icap edeceği, meydana çıkarılmış olacaktır. Bu imkânsızlığın isbatı mümkündür, ve ancak bu suretledir ki hukukî pozitivizmin, tabii hukukla pozitif hukukun bir arada mevcudiyetlerinde, gördüğü ikiliği, her ikisinin de bir arada mevcudiyetlerine rağmen, (monisme)'e irca etmek kabil olacaktır.

II

Hukukî düstur iradî olamaz, yani hukukî düsturun kaynağı insan iradesinde bulunamaz. Bu keyfiyet tekml hukukî düsturlar, yani hem pozitif düsturlar, hem de tabii düsturlar hakkında caridir. Söylediklerimiz her çeşit düstur için

bilhassa ahlâkî düsturlar için doğrudur. Ancak bu hususta düsturun muhtevasıyla, emrini, tefrik etmek lâzımdır. Muhtevanın irade tarafından tayin edilmiş olduğunu iddia etmekte mantikî bir mahzur yoktur. Muhtevanın, iradenin dilediği şeyleri ihtiva ettiğini iddia etmek mümkündür. Bu tarzı telâkki ancak pratik müşküller meydana çıkarır. Halbuki emrin, irade tarafından vaz edilmiş olması meselesinde ise mantikî mahzurulara tesadüf olunur. Birinci şekilde mesele farzî (hypothetique), ikinci şekilde ise kat'î (categorique) bir sureti hal bulacaktır.

İnsan iradesinin, harici bir varlık tarafından kendisine arz olunmuş olmaksızın, bir düsturun muhtevasını tayin edebilmesi mümkündür. Bir düsturun muhtevası insanın herhangi bir faaliyetinin formülüdür. Düstur bu faaliyetin ne şekilde olacağını tarif eder. Akıl bu faaliyet tarzını tasavvur edebilir, irade de tasavvur edilen bu faaliyet tarzının, düsturun muhtevası olmasını dileyebilir. İradenin bu faaliyeti mantıkan pekâlâ mümkündür. Fakat, düsturun muhtevasının iradî olması ise, ameli noktai nazardan tenkitlere maruzdur. Zira bu takdirde düsturun hazırlanışında keyfi harekete yol açılmış olur. Çünkü, şayet düsturun muhtevasını haricî herhangi bir (facteur) ün tesirinden uzak irade tayin ediyorsa, bunu dilediği gibi serbestçe yapabileceği aşikârdır. Arzu ettiği muhtevayı kabul edecek, ve bu suretle kararlaştırmış olduğu her şey, düstur olacaktır. Düstur, onu yapanın bizzarure müşahede etmek mecburiyetinde olduğu şey değil, fakat filen dilediği şey olacak, ve

binaenaleyh ancak iradî bir mevcudiyeti haiz olan düsturun muhtevası da, tamamiyle keyfi mahiyette olacaktır.

Burada tekrar mevzuu bahsolan mes'ele, ta Orta çağdan beri (nominaliste)'lerle (realiste)'leri karşı karşıya koyan (autoritaire) ahlâk ile (rationelle) ahlâk arasındaki meşhur mücadeleden başka bir şey değildir.⁽⁶⁾

Acaba, ahlâkın muhtevası ilahî vazii kanun için bile bir muta mıdır, yoksa ancak onun iradesinin bir mahsulü müdür. Yani vazii kanunun keyfi olarak tayin ettiği ve dilediği her şey ahlâk kaidesi midir. Mantikî bakımdan her iki iddia da mutasavverdir. Fakat, ameli bakımdan ve bilhassa haiz olduğunda, keyfi karakter dolayısıyla, (autoritaire) ahlâk fiiliyat sahasında, gerek filozoflar⁽⁷⁾ tarafından, gerek ilâhiyatçılar⁽⁸⁾ tarafından reddedilmiştir. Reddedilmiştir, çünkü keyfi ahlâk ve neticeten farzî (hypothetique), bir sureti halin kabulü hoş görülmemiştir.

Hukuk sahasına avdet edecek olursak, burada da iradilik telâkkisinin mantikî mânilere tesadüf etmediğini, fakat buna mukabil pratik imkânsızlıklarla karşılaştığımızı görürüz. Evvelâ (autoritaire) objektif bir hukukun, yani, hukukî hiç bir tahdide tesadüf etmeksizin, muhtevası vazii kanun tarafından tayin edilmiş olan bir hukukun, mantıkan tasavvuru pekâlâ mümkün olabileceği gibi, diğer cihetten, ferdi hukukî fiillerin meydana getirdiği bir hukukun da, serbestçe ve ancak objektif hukukun tesbit etmiş olduğu hudutlar dahilinde vücuda gelebileceğini kabul etmekte de hiç bir mahzur yoktur. Başka bir tabir ile, vazii kanunun tahdit edilmiş, ve aynı zamanda iradesinin de

serbest bırakılmış olması mümkündür. Bu hal suretlerini kabul etmek, bunların aksini kabul etmekten daha mantıksız değildir. Bu sureti hal ancak pratik bakımdan şayanı tenkittir. Zira bu takdirde vazii kanunun tahdit edilmemiş ve iradesinin serbest bırakılmış olmasının neticesinde meydana gelecek hukukî düsturun, haiz olacağı keyfîlik vasfı, iradî hukuk telâkkisinin kabulünü imkansız kılacaktır. Keyfi bir hukuk arzu edilmediği içindir ki; hukukî düsturun muhtevasının vazii kanun tarafından yaratılmış olmadığına ve, insana kendini arzeden bir mahiyeti bulunduğuna, hükmetmek icap edecektir.

Binaenaleyh, düsturun muhtevası bakımından gayri iradilik tezi farzî yani (hypothetique), ve düsturun ihtiva ettiği emir bakımından ise kat'î, yani (categorique), bir şekil arz etmektedir.

Emrin, vücuda getirilmesinde, yani düsturun kıymeti haiz bulunmasında ise, iradenin yaratıcı bir rol oynadığını mantıkan kabul etmek mümkün değildir. Bu itibarla mes'eleye ancak kat'î yani (categorique) bir sureti hal bulmak icap etmektedir.

Evvelâ düsturun ihtiva ettiği emrin, bir irade tarafından yaratılmış olduğunu iddia edebilmek için, bu iradenin kumanda eden bir irade, ve neticeten düsturun hitap ettiği iradelere nazaran üstünlüğü haiz olan, bir irade olduğunu kabul etmek icap eder. Bedihidir ki bir iradenin başka iradelere kendini zarurî olarak kabul ettirebilmesi (imposer) edebilmesi için, o iradenin diğerlerine nazaran doğuştan, veya sonradan iktisap edilmiş bir üstünlüğü haiz olması icap etmektedir. Bu iddiaya ise; Duguit⁽⁹⁾ gibi bazı kimseler cevap vermişler, şe bü-

Bu iki tarikle hukukun teşekkül tarzının menşei ve hareket noktasını teşkil eden yüksek esasî (fondementale) bir düstura erişilir. Kelsen bu menşe düsturuna hukuk ilmi bakımından farzî bir mevcudiyet izafe etmektedir. Hukuk ilmi bu ilk düsturun menşei aramakla mükellef değildir. Bu onun sahai faaliyeti haricindedir diyen Kelsen hukukun menşei meselesini böylelikle bertaraf etmektedir. Zira bunu tamamiyle halletmiş olmak için menşe' düsturunun da menşei aramak icap ederdi.

(6) V. de Lagar de, Recherches sur l'esprit politique de la Reforme Th. Dr. Paris 1926, p. 29.

(7) Malapert, leçons de Philosophie 2 vol. Paris 9. edit. 1855, T. II, p. 9.

(8) Lahr, Cours de Philosophie 2 vol. Paris 24. edit. 1923, T. II, p. 44.

(9) Duguit, Droit Const, Paris 3, edit 1927, T. I, p. 218

tün insan iradelerinin mahiyet itibarile yekdiğerine müsavi bulunmaları itibarile, böyle bir üstünlüğün şayanı kabul olamayacağını ileri sürmüşlerdir. Üstünlük ancak, insan iradesinin muta'al (transcendente) bir irade olan ilâhî iradenin zeyli, veya mümessili olması halinde mevzuu bahsolabilir.

Hauriou⁽¹⁰⁾ gibi bazı kimseler ise, bu irade üstünlüğünün aklı (raticnei) herhangi bir tenkidi kıymetsiz bir hale koyacak, tecrübe mahsulü bir varlığı bulduğunu iddia ederler. Bu tarzı telâkî, kanaatimizce çürüktür. Zira vakıaları hukuka tahvil etmek iddiasını güttüğü için mantıkî bakımından pek doğru telâkî edilemez.

Üstün iradelerin mevcudiyeti kabul olursa bile, bu hususta serdedilen tenkitler tamamen bertaraf edilmiş olmaz. Şayet emri, yaratan iradenin üstünlüğü ise, bu keyfiyet ancak yaratıcı iradenin, emrine itaat eden iradelere, bir başkalık arzetmesile mümkün olur. Düstura itaat eden (sujet) ler düsturun emrini yaratamazlar. Çünkü insanın kendi kendisine emirler vermesi bir tezad vücade getirmektedir. Halbuki (democratique) rejimlerde vaziyet bu merkezde görünmektedir. Zira nazarı olarak pozitif hukuk düsturu, ve emri, düsturun sujetlerinin bir tezahürüdür. Bundan dolayıdır ki; hem hukukun irade mahsulü olması telâkîsini muhafaza, ve hem de aynı zamanda tezadı bertaraf edebilmek için, pozitif hukukun yapıcısıl, (sujet) ler arasında bir ikilik vücade getirilmiş, millet veya devlet, teşahhus ettirilmiştir.

Fakat, irade üstünlüğünün celbettiği bütün itirazlar bertaraf edilse bile, iradenin, emir yaratabilmesi keyfiyeti, yine münaziünfih kalır. Zira iradenin bi-

zatihi bir düsturun emrini yaratabilecek bir kudrette olup olmadığı suali irat edilebilir. Çünkü haddizatında irade filen, ancak (olan), (etre), sahasında ve onun tahakkuku için faaliyette bulunabilir. Ancak bir (olan), (etre) vücade getirebilir. Binaenaleyh, düsturlar muvacehesinde bulunan irade, ancak onların tahakkuku istiyebilir. Düsturun, olması gereğini (devoir etre) ini (olan)a (etre)e tahvil edebilir. Bu faaliyeti esnasında irade kendi sahası dahilindedir. Olması gerek fiili dileyebilir. Fakat bu fiilin olması gereğini (devoir etre) ini, yani o hükmü ihtiva eden düsturun emrini vazedemez. Zira bu takdirde kendi sahasını tecavüz etmiş ve olması gerek (devoir etre) sahasına girmiş olur. Emir ancak iradenin haricinde bir mevcudiyeti haiz olabilir. Zira iradeyi tahdit edecek unsur odur. Emrin, delâletile dileyebilen irade, aynı zamanda emri yaratamaz. Binaenaleyh bizatihi, emir, iradeden çıkar demek şeniyetle tenakuza düşmektir.

Şu halde hukuk iradî bir kaynaktan gelmez: Bu keyfiyet hukukun emri bakımından kat'î ve muhtevası bakımından da farzî bir imkânsızlıkla karşılaşır. Kat'iyetle denilebilir ki, bir düsturun emri, irade mahsulü değildir. Muhtevasına gelince (normativisme autoritaire)'i kabul etmek şartile irade mahsulü olabileceği kabul olunabilir.

Binaenaleyh, iradî bir menşee kabul eden, ve yahut buna müncer olan herhangi bir pozitif hukuk telâkîsini bertaraf edilmelidir, çünkü hukukun muhtevası değilse bile emri muhakkak objektif bir menşee, neticeten tabii hukukla aynı mahiyette bir menşee muhtaçtır.

Bu itibarla iradiliğin müdafaa ettiği pozitive mefhumu buna göre tadil edilmelidir.

İşte böylelikle, pozitif hukuku da tabii hukukla aynı objektif kaynağa bağlamak imkânı, ve binaenaleyh iddia olunan ikiliğin yerine (monisme)'i ikame etmek ve bu suretle de tek bir hukuk sistemine kavuşmak imkânı hasıl olur. Bu suretle tabii hukukla pozitif hukuk arasındaki ayrılık ta, mevcut yegâne hukukun haiz olabileceği iki vasıftan ileri gelmiş olur. Pozitive hukukun mahiyetini değiştirmeksizin ona ilâve olunan bir vasıftan ibarettir. Tabii ve pozitif şekillerile hukuk, yine aynıyetini muhafaza edecektir.

İşte şimdi izahına çalışacağımız (moniste) telâkîye göre hukukun bünyesi bundan ibarettir.

III

Tabii hukukun gerek muhteva bakımından, gerek emir bakımından, objektif bir menşeden geldiğine itiraz olunmamaktadır. Ancak tabii hukukun ya-

ratıcı âmilini teşkil eden objektif unsurun mahiyeti etrafında münakaşa edilmektedir. XVIII inci asrın ferdîyetçiliği bu âmili, beşerin fitrî imtiyazlarında, ve bundan mütevellit fitrî ferdî haklarda buldu. Daha sonraları pozitif sosyoloji bu âmilin içtimaî münasebetlerde bulunduğunu iddia etti. İşte Duguit'in eserinde en esaslı noktalardan birini de, bu tabii ve içtimaî hukuk (doctrine)'inin açık bir tarzda meydana konmuş olması teşkil eder⁽¹¹⁾. Halbuki Hauriou gibi bazı kimseler ferdîyetçi görüşlerle, içtimaî görüşlerin bir halitasını vücade getirmek istediler⁽¹²⁾. Nihayet son zamanlarda beşerî objektif kıymetler nazariyesine-dayanan, mahz içtimaî bir hukuk doktrini kurmağa da çalışıldı⁽¹³⁾.

Bu doktrinlerin münakaşa zemini burası değildir. Bu araştırmada bizi alâkadar eden nokta bu doktrinlerin hepsi-

(11) Duguit, *Droit Const. 3. edit. Ch. I. Duguit'in muavazın hukuka ithal etmiş olduğu farzciilen yetniklerden görüklü bir şekilde bahsediyorlar. Onlara göre an'anevi Fransız doktrinleri onun tarafından zirtzeber edilmiştir. Duguit'in uzun zamanlardanberi esaslı ve elzem telâkî edilen bazı mefhumlara hücum etmiş olduğu doğrudur. Biltazr sübjektif hukuk ve manevi şahsiyet gibi mefhumlar onun hücumlarına maruz kaldı. Ancak Duguit'in mühim bir noktada, hukukun menşesi meselesinde, an'anevi doktrinlerimize sadık kalmış olduğu unutuluyor veya unutulmak isteniyor: Bilhassa Garre de Mallerg. (Theoria generale de l'Etat 2 vol, Paris 1920-22); Ripert (La regle morale dans fes obligations civiles Paris 1935) gibi kimseler istisna edilecek olursa, Alman hukukçularından farklı olarak Fransız hukukçularının ekserisi hukukî pozitivizme gitmediler ve pozitif hukuk un üstünde ve ona hakim bir hukuk sisteminin, tabii hukuk fikrinin bulunduğunu iddia ettiler. Duguit ise bu telâkîyi muhafaza etmiştir Hukukî pozitivizmi kabul etmiyerek (bütün gayretinin merkezi sikleti buradadır) hukukun, devlet tarafından mevzuviyet verilmezden önce mevcut olduğunu iddia etmiştir. Hukuk muhtevası emri (imperatif)'i ile beraber objectif bir vakia olarak insana gelmektedir. Hukukun objektif varlığı fikri ise tabii hukuk doktrininin esas noktasıdır. Felsefede pozitivist olan Duguit'in, hukukun ferdîyetçi veya metaphysique esaslarını kabul etmediği de doğrudur. Onların yerine Duguit sosyal bir esas ikame etmekte ve Hukukun içtimaî münasebetlerden neş'et ettiğini iddia etmektedir. Fakat buna rağmen Duguit Fransız tabii hukuk fikrine sadık kalmıştır. Hatâ Geny (Science et Jurisprudence 4 -vol Paris 1914 - 24 T. II. p. 351) ve Le Fur. (Le droit naturel et le droit rationnel ou scientifique. Revue du droit public 1927) gibi tabii hukuku, positif hukukun ilham aldığı bir kaç prensipe inhisar ettirenlerden, bu hukuka çok daha fazla sadık kalmıştır. Bu noktayı farketmekte Alman doktrinini gecikmemiş, ve Duguit'in de bir tabii hukuk taraftarı olduğunu iddia ederek kendinden bu noktada ayrılmış olduğunu ileri sürmüştür. Bu mes'ele hakkında Kurz'un (Die Rechts- und Staatslehre Leon Duguits) adlı bu mecmuanın 1925 - 1927 nüshalarında intişar etmiş makalesine müracaat ediniz. Sahife 149 ve 204.*

(12) Hauriou *Droit Constitutionnel* p. 42.

(13) R. Bonnard *L'origine de l'ordonnement juridique* («Melanges. Hauriou» Paris 1928. T. I). Bu etüdde hukuka objektif bir menşee verilmektedir. Ayrıca, bilhassa bu objectif menşee sayesinde, hukukî nizama diğer nizamlar ve hususile ahlâkî nizam muvacehesinde bir muhtariyet verilmeğe çalışılmıştır. Bu suretle anık hukukun (heteronome) yaşlı ortadan kalkacak, yani hukuk kaideleri önce ahlâkî ve iktisadî vasıfları haiz bulunup bilâhare hukukîlik vasfını ihraz etmiş telâkî edilmeyecektir. Hukukun istiklâli telâkîsine göre; hukukî düsturun doğumu, kendinden önce mevcut ve başka (nature)'de düsturların mevcudiyetine bağlı bulunmayıp anıdır. Bu suretle ahlâkla hukukun tevafuku, ahlâkın üstünlüğü ve önce mevcut olmasından ileri gelmemekte, ancak hukukla ahlâkın köklerinde bulunan ideal gaiyetlerden. (finalites ideales) den husule gelmektedir.

(10) Hauriou *Droit Const. Paris 1923. p. 170.*

ne müşterek bulunan vasıfları tebarüz ettirmektedir.

Tabii hukukun muhtelif şekilleri arasındaki müşterek vasıf bu hukukun daima objektif bir kaynaktan gelmiş telâki edilmesindedir. Yani ferdin haricinde mevcut, ve ona kendisini kabul ettiren bir hukuk olmasındadır. Bu hukukun düsturu muhtevası ve kıymeti objektif bir kaynaktan neş'et etmekte ve insan şuuruna hazırlanmış bir halde arzolanmaktadır.

Pozitif hukuka gelince, iradî menşe bertaraf edildikten, ve yegâne mümkün menşe olarak objektif kaynak kabul olunduktan sonra, onun tabii hukukla aynı menşei haiz olmasına hiç bir mâni kalmaz. Onun da, yani pozitif hukukun da, gerek muhtevasını, gerekse emrini, ya beşerî imtiyazlardan veya içtimai vakıalardan ve yahut ta beşerî kıymetlerden almış olduğunu farzetmek mümkündür. Böyülikle, tabii hukukla pozitif hukukun menşeleri birleşince, hukuktaki ikiliğin yerine (monisme) in kaim olmasına imkân hasıl olmuş olacaktır. Bu takdirde artık iki hukukî sistemin mevcudiyeti mevzun bahsolamaz, zira hukukî düsturların tek bir kaynağı mevcuttur ve bundan dolayı da ortada tek bir sistem vardır.

Şu halde tabii hukuka nazaran pozitif hukuk nedir? Bir ikilik meydana getirmeksizin her iki hukukun da bir arada mevcudiyetlerini muhafaza etmeğe nasıl imkân bulunacaktır? Buna, pozitif hukukun tabii hukuka ilâve olunan bir vasıf sayesinde meydana geldiğini isbat etmekle imkân bulunmuş olacaktır. Hukukun pozitivitesi, hukukun mahiyetini tebdil etmeksizin, ona ilâve olunan bir vasıf dan başka bir şey değildir [13 a].

[13 a] Duguit hukukun pozitivitesile meşgul olmamıştır. Zira ona hususi bir

ehemmiyet atfermemektedir. Duguit'ye göre hukuk kaidesi,ferdi şuurlar kütlesi tarafından kavranır kavranmaz, tam olarak mevcuttur.

Örf ve kanun ona bir şey ilâve etmeksizin ancak onu müşahede eder yalnız müellifin düşüncelerini yanlış bir surette tefsir ve fikirlerini tecavüz etmeden denilebilir ki hukukun pozitivitesi kanun ve örf ile vücade gelmektedir. Binaenaleyh, bu sunucularda, hukuk kaidesinin müşahade şekilleri oldukları için hukukun pozitivitesinin hukuk kaidesinin müşahade şekilleri oldukları için hukukun pozitivitesinin hukuk kaidesinin bazı müşahade tarzlarından meydana geldiği neticesine varılır. Şu halde pozitive şekli bir mevzum olarak kendini gösterir; ve tezahür ettiği şekiller sayesinde tavsif olunur. Halbuki bu görüş tarzı itmam edilmek icap eder. Daha derine giderek pozitivitenin maddesini meydana çıkarmak lâzımdır. Maddî bir tarzı telâkiye erişilmelidir. Bu araştırma esnasında pozitiviteyi tayin etmek üzere hukukun bizzat iktisap ettiği bazı vasıfları meydana koymak icap etmiştir.

Pozitivitenin bu tarzda telâki edilişi, esasını, hukukun kıymeti ile, müessiriyet kabiliyetinin, yani (efficence) sinin, ayırd edilmesinde bulmaktadır.

Şayet hukukî düsturun muhtevasını tayin eden objektif unsurlar aynı zamanda emrini de vücade getirmiş bulunursa, yani, düsturun mevzuu bahsettiği faaliyet tarzının, olması gereğini (devoir etre) ini, de tayin ediyorsa, hukukî düsturun kıymeti vardır. Düstur hüküm ifade etmektedir. Düsturun kıymetini vücade getiren şey onun emridir. Düsturun tesbit ettiği faaliyet yani olması gerek, emir, halinde ise düstur hüküm ifade eder ve düsturu kıymeti haiz bulu-

nur. Kıymet (valeur) düsturun esasını teşkil eder. Onsuz düsturun mevcudiyeti mevzu bahsolmaz. Fakat bundan başka, vücutları muhakkak elzem olmakla beraber, düstura başka vasıflar da inzımam edebilir. Düstur müessiriyet (efficence) yi ve (realite) yi haiz olabilir. Düstur fiilen itaate mazhar olduğu zaman müessirdir. Düsturun, olması gereği, olana tahavvül ettiği, yani tesbit ettiği fiil olması gerek halinden, olan haline inkılâp ettiği anda tahakkuk etmiş (realise) olmuş olur.

Düsturun muhakkak müessir olmuş, ve tahakkuk etmiş olması icap etmez. Zira düsturun (olması gerek) halindeki hükmü, mutlak bir (olan)'a inkılâp etmiyebilir. Esasen insan iradelerine, onları tahdit etmek üzere hitap eden düstur, bu iradelerin yegâne tahdit edici (facteur)'ü değildir. Düstur ismini verdiğimiz (facteur) zıt (facteur)'lerle mücadele halindedir⁽¹⁴⁾. Binaenaleyh neticeten düstura itaat edilmemiş ve düsturun da tahakkuk etmemiş olabilmesi ihtimal dahilindedir. Fakat bu keyfiyet hiç bir veçhile düsturun kıymetine (valeur)'ine, tesir icra etmez. Bu suretle düsturlar, mutlak surette olması icap eden bir şeyi ifade eden ve bu şey tahakkuk etmediği takdirde tekmil kıymetini kaybeden, tabiat kanunlarından, tefrik edilmiş olur.

Ancak, kıymeti bulunan bir düsturun, müessiriyet (efficence) ve (realite) den önce, başka bir vasfı da bulunması mümkündür. Bu vasıf müessiriyet kabiliyeti (efficence) dir.

Düstur, hitap etmekte olduğu kimseler, yani (sujet) leri tarafından itaati mucip olarak telâki edildiği anda, müessiriyet kabiliyetini haizdir. Müessiri-

yet kabiliyeti, müessiriyet, (efficence) ve (realite) ile karıştırılmamalıdır. Müessiriyet olsun, (realite) olsun, fiil vaziyetlerden meydana gelmektedir. Düstura fiilen itaat edilmiş, ve muhtevası da fiilen tahakkuk etmiştir. Müessiriyet kabiliyeti (efficence) ise, düsturun hitap ettiği kimselerin bir tasavvurundan ibarettir. Düstura itaat edilmesi icap ettiğini bunlar tasavvur ederler. İşte bu tasavvur keyfiyettir ki, ancak kıymeti bulunan bir düsturdan, müessiriyet kabiliyeti olan (efficence) bir düstur meydana getirir. Müessiriyet kabiliyetinin, ve müessiriyetin fıkdanı, bir düsturun kıymetine halel getirmez. Müessiriyet kabiliyeti bulunmayan bir düstur pekâlâ kıymetli bir düstur olarak kalabilir. Zira düstura itaat icap ettiği fikri, zihinlerde uyanmamış olmasına rağmen, düsturun neş'et ettiği objektif vakıalar, onun kıymetini muhafaza etmeğe kifayet edecektir. Düsturların kıymetlerinin vücade geliş hâdisesi, müessiriyet kabiliyetini vücade getiren tasavvur hâdisesile, hiç bir alâka arz etmez. Nihayet, düsturların, yekdiğerlerine mantıken bağlı olması icap ederi, bir silsile halinde bir kaç safhadan geçmekte olduğu kabul olunabilir. Evvelâ, muhtevası emir, halinde tezahür edince, düstur sadece hüküm ifade eder, kıymeti haiz bulunur. Kıymeti olan düstur bilâhara, hitap ettiği kimseler tarafından itaati mucip olarak tasavvur edilince, müessiriyet kabiliyetini ihraz eder. Nihayet böylece müessiriyet kabiliyetini haiz bulunan düstur da, fiilen itaate mazhar olunca ve olması gereği, (olana) tahavvül edince, (müessir) olmuş ve (tahakkuk) etmiş olur.

(14) Düsturların ihlâli keyfiyetinin muayyeniyetci (deterministe) bakımdan izahı budur. İrade serbestisi nazariyesine göre ise, bu ihlâl keyfiyeti ferdin düstur tarafından tesbit edilmiş fiil, ile onun aksini yapmak hususunda serbest telâki edilmesinden meydana gelmektedir.

Artık mes'ele. düsturun geçirmiş olduğu bu tekâmül sırasında pozitifitenin işgal ettiği mevkiî tayin etmektedir. Acaba hukukî düstura ne vakit pozitif düstur ismi verilebilecektir? Pozitif hukukun, henüz tecavüz edilmedikçe, tabii hukuk sahasında bulunulduğuna delâlet eden, teşekkül noktası acaba nerededir?

Hukukun pozitivitesi, onun müessiriyet kabiliyetinde mündemiçtir. Pozitif hukuk düsturu müessiriyet kabiliyeti olan hukuk düsturudur. Fakat müessiriyet kabiliyetinin bazı evsafı haiz olması şarttır. Düsturun haiz olabileceği her çeşit müessiriyet kabiliyeti onun pozitivitesini tesis için kâfi değildir. Bir düstura pozitif hukuk düsturu diyebilmek için, müessiriyet kabiliyetinin, düsturun hitap etmekte olduğu kimselerin büyük bir külesine şamil olması icap etmektedir. Şu halde, bir düstura itaat edilmesi lâzım geldiği tasavvuru, ferdî şuurların en büyük külesinde mevcut bulunduğu zaman, hukukî düstur (pozitiflik) vasfını haiz olur. Şayet bu tasavvur keyfiyeti birkaç kişiye inhisar etmekte, ve meselâ, mümtaz bir mütefekkir zümresine, filozoflara, münhasır kalmakta ise pozitive husule gelmiş sayılamaz. Fakat bununla beraber işbu tasavvur keyfiyetinin mutlak ve tam bir surette taammüm etmiş olmasına da lüzum yoktur. Bilfarz bazı kimselerin

muarız olması pozitiveye hâlel getirmez. Ancak bu muarızların oldukça mahdut bir akliyet teşkil etmeleri icap eder.

Bu şerait tahtında, hukukun, henüz pozitif hukuk olmazdan önceki hali, tabii hukuk olacaktır. Şu halde tabii hukuk; ancak kıymeti olan, fakat henüz müessiriyet kabiliyeti bulunmayan düsturlarla, pozitiveyi haiz telâkki edilemeyecek derece müessiriyet kabiliyeti tahdit edilmiş olan düsturları, ihtiva edecektir. Binaenaleyh, hukuk, müessiriyet kabiliyetini haiz bulunmadığı sıralarda, hiç kimse tarafından itaati mecburî olarak tasavvur edilemeyeceği cihetle, bir (ideologie)'den ibaret kalacak, fakat buna rağmen objektif bir şekilde, kıymeti olan bir hukuk olarak, mevcut bulunacaktır. Zira tabii hukukun kıymeti, objektif vakıaların mahsulü bulunması itibarıyla, ferdî şuurlarda-ki tasavvur keyfiyeti ile alakasız bulunmaktadır. Seçme bir zümre, kıymeti bulunan bir hukuka itaat etmek icap ettiğini şuurlarında tahakkuk ettirdikleri anda, hukuk sırf bir ideologie olmaktan çıkar. Fakat henüz bu düstur ancak bir tabii hukuk düsturudur. Şayet bu sırada bu düstura itaat edilmesi icap ettiği tasavvuru, taammüm edecek olursa, işbu düstur tabii hukuk halinden, pozitif hukuk haline geçer⁽¹⁵⁾. Nihayet pozitif hukuk da yekdiğerini takip eden iki hal ar-

zeder. Teammül halile yazılı hal. Teammül hukukile yazılı hukuk pozitif hukukun iki halini teşkil etmektedir. İşte objektif hukukun tahassülünün takip etmiş olduğu seyir bundan ibarettir.

Binaenaleyh bu tarzı telâkkiye göre, tabii hukuk, bazan iddia olunduğu gibi olması icap eden hukuk (das Sollen des Sollenden) vasfını haiz değildir. Tabii hukuk, pozitif hukukun hiçbir vakit tamamile benziyemeyeceği, erişemeyeceği, fakat daima yaklaşmak istediği ideal bir hukuk telâkki edilemez. Bizim anladığımız tabii hukuk, olan hukuktur, (das Sein des Sollenden) yegâne olan ve olabilen hukuktur. Ancak bir tek hukukî nizam vardır: O da bazı objektif unsurların tayin ettiği nizamdır. Bu hukuk evvelâ tabii hukuk halindedir. Cevherini de-ğiştirmeksizin pozitiveyi iktisap edecek olan hukuk, işte budur. (İdeal)'e en uygun vaziyet, hukukun teşekkül eder etmez (pozitive'yi iktisap etmesidir. Hukuk teşekkül eder etmez, hemen ferdî şuurlar külesinde, ona itaat icap ettiği tasavvuru belirmeliydi. Bir düstur, düstur kıymetini alır almaz, pozitif olmalıydı. Fakat insanın yanılabilmesi yüzünden fiiliyatta daima böyle olmuyor. İnsanlar müessiriyet kabiliyeti bulunan düsturların, tahakkukunu dileyebilecekleri gibi, düsturun hakikî kıymeti hakkında hataya da düşebilecekler ve yahut ta onun hüküm ifade ettiğini inkâr etmemekle beraber, onu itaati mecburi olarak telâkki etmekten imtina edebileceklerdir. Fakat bütün bu saydığımız haller hukukun marazlarını (pathologie)'sini teşkil etmektedir.

Hukukun izah edilen, bu moniste telâkki tarzı, bazı neticelerden de aydınlanabilmesi için bir takım mütemmim mütalealara daha muhtaçtır. Cari olan (doctrine) de hukukun pozitivitesi dev-

lete bağlanmaktadır: Pozitif hukuk, devlet tarafından (formüle) edilmiş ve müeyyidesi konmuş olan, hukuktur. Zira pozitif hukuk insan eseridir. Fakat hukuk içtimaî bir kudretten sadır olmalıdır. Siyasî cemiyetlerin bugünkü nisânıma göre, bu kudret devletin kudretidir. Şu halde bütün pozitif hukuk, yazılı hukuka inhisar etmektedir. Halbuki bu görüş tarzı hukukî teammül mes'alesinin hallinde müşküllele karşılaşmaktadır. Buna mukabil, pozitive'yi içtimaî bir (autorite)'nin müdahalesi haricinde, hukukun geçirebileceği basit bir safha olarak telâkki etmekle mes'ele kolayca halledilmektedir.

Teammül mes'alesi şu şekilde karşımıza çıkar. Teammülî düsturlar yalnız hukukî düstur değil, aynı zamanda pozitif hukuk düsturudur.

Böyle olmakla beraber devletin müdahalesi olmaksızın teşekkül etmektedirler: Teammülî düsturu, örf ve âdet halinde, nisbeten uzunca bir müddet, ona tâbi olmayı kabul eden, kimseler, (sujet) ler, meydana getirirler.

Şu halde hukukî (pozitivizm) taraftarlarınca teammülün, nasıl olup ta hukuk telâkki edilebileceğini caisual olur. Zira hukukî pozitivizm ancak pozitif hukuku, hukuk olarak kabul etmektedir. Pozitif hukuksa, ancak devlet tarafından (formüle) edilen ve müeyyide-lenen hukuktur. Halbuki cari olan pozitive telâkkisini kabul eden tabii hukuk taraftarları için ise, teammülün pekâlâ hukuk olarak kabul edilmesine hiç bir mali bulunmadığı aşikârdır. Fakat teammülî ne şekilde pozitif hukuk addet-tileri iyice anlaşılmamakta, ve teammülün, onlar nazârında olsa olsa tabii hukuk telâkki edilebileceği neticesine varılmaktadır.

(15) Ferdî şuurlar külesinin, hukukun teşekkülünde bir rol oynadığı fikri umumiyetle kabul olunmuştur. Ancak bu rolün mahiyeti hakkında ittifak yoktur. Bilfarz Duguit'ye göre, ferdî şuurların müdahalesi bizahtî hukukun menşeiindedir. Hukuku onlar yaratmaz. Çünkü düstur muhteva ve emir ile onların müdahalesinden evvel mevcuttur. Ancak bu düstur, içtimaî bir düstur olup hukukîlik vasfını henüz almamıştır. Ona hukukîlik vasfını veren işte ferdî şuurların onu kavraması keyfiyettir. Ferdî şuurlar, düsturun içtimaî tanzim edilmiş bir müeyyidesi bulunması lâzım geldiğini, anladıkları anda içtimaî düstur hukukî bir düstur olacaktır. (Duguit Droit Const. 3 cü cd. I. p. 92).

Burada müdafaa edilen pozitive mefhumuna yakın bir görüş tarzı da (L'illicite. I. V'imperatif juridique Th. Dr. Paris 1928) adlı eserde Rene Capi-tan tarafından ileri sürülmüştür.

Müellifin pozitive'yi, düstura itaat edilme keyfiyetinde bulunduğu zannolunmaktadır. Ancak düsturun müessiriyet kabiliyetiyle, (efficacite) ile, müessiriyeti (efficacite) si arasındaki fark: iyice görmediği için, müellif pozitive'nin düstura itaat edilmesi icap ettiği keyfiyetinin tasavvurunda mı, yoksa bilfiil itaat edilmiş olmasından mı, bulunduğunu tasrih etmiyor. Bu hususta eserde bir mübhemiyet göze çarpmaktadır. Sahife 115, 122 ve 129 a bakınız.

Bu güçlükleri yenebilmek, ve teammül hukukunun, hakikaten hukuk, ve pozitif hukuk olduğunu isbat edebilmek için, bir çok nazariyeler meydana getirildi⁽¹⁶⁾. Mamafih müdafaa edilen bu nazariyelerin hiç biri tamamiyle kanaat-bahş değildir.

Evvelâ, teammülü, vazii kanunun zımnen kabul ettiği bir kanım farzeden (Romano-Canonique) nazariyeyi ele alalım. Bu nazariyeye göre teammül bir nevi zımnî pozitif hukuktur. Fakat bu şekli izah pek müspet değildir. Zira devlet teammülü kabul etmekten ziyade ona boyun eğmektedir. Esasen filiyatta bu nazariyenin varmak istediği gaye, devlete, pozitif kanun vasıtasile, teammülü değiştirmek hakkının tanınmasından ibarettir.

Teamülü bir (judge made law) telâkki eden (Anglo-Saxone) nazariye ise, mes'eleyi daha iyi izah etmektedir. Fakat o da nazarı bir itiraza maruz kalmaktadır.

Şöyle ki; tabii ahvalde hâkim hukuk yaratmaz. Hususî bir hal muvacehesinde hukuku müşahede eder. Hâkimin müdahalesi için, evvelce mevcut bir hukuka ihtiyaç vardır. Şu halde teammülün teşekkülü, hâkimin müdahalesi-ne tekaddüm etmektedir.

Hakikati halde, cari olan pozitivite telâkkisile, teammülî hukuk meselesi gayrikabili haldir. Fakat şayet bunun aksine olarak pozitivite'yi, müessiriyet kabiliyeti (efficiency) dediğimiz hukukun hususî bir hali olarak kabul edecek olursak, teammülî hukuku, pozitif hukuk olarak kabul etmek için ortada hiç bir sebep kalmaz. Malûm olduğu veçhile, pozitif düstur fertler kütlesi ta-

rafından itaati mucip telâkki edilen düsturdur.

Esasen teammülün, çokluk (collective) vasıtasile teşekkülünde müşahede edilen hâdise ise, izah etmiş olduğumuz hâdisenin aynıdır. Zira, teammül, düsturun müessiriyet kabiliyetinden meydana gelmiş olmakla beraber, bilfiil düstura itaat e-dildiği için var olmuş değildir. Onu var eden keyfiyet, fertler kütlesinin, ona itaat icap ettiğini tasavvur etmeleridir. Şu halde teammül de pozitif hukuktur. Zira bu hukukun vasfı mümeyyizini söylediğimiz hâdise teşkil etmektedir. Şu halde teammül, henüz yazılı hukuk, yani devlet tarafından (formüle) edilmiş pozitif hukuk şeklini almazdan önce, pozitif hukukun geçirmiş olduğu normal bir haldir. Teammülî şekil, pozitif hukukun, yazılı hukuk olmazdan evvel geçirdiği normal bir merhaledir. Bununla beraber (Anglo-Saxon) devletler istisna edilecek olursa, (Yazılı hukuk devleti) ismi verilen, asrımızın bilûmum devletlerinde, teammül istisnaen pozitif hukuk olarak kabul olunmaktadır. Şu halde bu vaziyet teammülün, hukukun teşekkülünde normal bir merhale teşkil etmekte olduğu iddiasile nasıl telif edilebilecektir, Yazılı hukuk sisteminin, hukuku, tabii hukuk halinden, hiç bir istihale geçirmesine lüzum olmadan, yazılı, pozitif hukuk haline geçirdiği zannolunur. Böylelikle de pozitif hukukun, ancak devletin (formüle) ettiği hukuktan ibaret olduğu zehabına kapılır. Fakat burada mevzuu bahsolan mes'e'e, devlet teşkilâtında üstün tanınan bir iktidardan başka bir şey olmadığı meydana konunca, iddia kendiliğinden sukut eder.

Yazılı hukuk sistemile, teammülî hukuk sistemi arasındaki fark, ancak, hâkimin teammülü nazarı itibara alıp almamak hususunda, mezun bırakılmış olup olmamasında kendini gösterir. Teammülî hukuk sisteminde, hâkim teammülî nazarı itibara alabildiği halde, yazılı hukuk sisteminde alamaz. Fakat bu keyfiyet teammülî hukukun mevcudiyetine halel getirmez. Zira Devlet tarafından (formüle) edilmemiş olmakla beraber, bir düstura itaat icap etmekte olduğu umumiyetle kabul olunmuş bulununca sırf hâkimin bu düsturu nazarı itibara alamamış olması, müessiriyet kabiliyeti hâdisesinin meydana gelmiş olmasına mâni olamayacağı cihetle, teammülün de pozitif hukuk olduğunu kabul etmek icap edecektir.

Ancak bu hukuk nazariye halinde kahr: Fertler bu hukuku itaati mucip telâkki etmekle beraber, hâkimin nazarı itibara almayacağını da bildikleri için tahakkuk ettirmeğe mecbur olmayacaklardır. Pozitif hukukun, tabii hukuka, tâbi olması icap ettiği mes'elesi moniste telâkki sayesinde kolay bir sureti hal bulmuş olmasına mukabil, (dualiste) telâkkide hüküm süren pozitivite mefhumu yüzünden mesele eksik bir surette izah edilmiş oluyor. Halbuki tabii hukuk taraftarları için meselenin büyük ehemmiyeti vardır; zira takip ettikleri gaye; devleti, vazii kanunu, hukukî bir şekilde tahdit etmektir. Bu tahdit ise, hususile tabii hukukun üstünlüğüne istinat ettirilmektedir.

Şayet, tabii hukukla pozitif hukuk, kaynaklarının başka başka olmasından dolayı, yekdiğerinden ayrı iki hukukî sistem vücade getiriyorlarsa, birinin diğerine nazaran üstün olması anlaşılır bir keyfiyet değildir. Her birinin kıy-

meti, kuvvet aldıkları ayrı kaynaklarla alâkadardır. Her birinin kıymeti diğeri muvacehesinde istiklâli haizdir; biri, diğeri tarafından tahdit edilemez.

Buna mukabil, şayet, pozitif hukukun, müessiriyet kabiliyeti dediğimiz, bir vasfın ilâvesile, meydana gelmiş tabii hukuktan başka bir şey olmadığı iddia olunacak olursa, bu iki hukuk arasında mevcut olabilecek münasebet, kolaylıkla anlaşılır. Pozitif hukuk bilmeceburkiye tabii hukuka tâbi olacaktır. Zira muhtevası, tabii hukukun muhtevasından başka bir şey olmadığı gibi, mahiyeti de aynı hukukun değişik vasıflar iktisap etmiş olmasından ibarettir. Şu halde pozitivite, ancak, esasen kıymeti bulunan, bir düstura yani tabii hukuk düsturu vasfını haiz bulunan bir düstura, bağlanabilir.

V

Pozitif hukukun yanında tabii hukukun da tanınmış olmasile, bir ikiliğin meydana gelmesine sebebiyet veren, işbu pozitivite mefhumunun, yalnız pozitif hukukun menşe-ve kaynağından neş'et etmediği, bunlardan başka unsurların'da pozitiviteyi tavsif ettiği iddia ediliyor. Bu suretle tabii hukuk, ve pozitif hukuk ikiliğinin de, tezayüt etmekte olduğu da ayrıca ilâve olunuyor. Fakat bu iddialara rağmen; ya pozitivite unsuru olarak ileri sürülen unsurların, mevcudiyetleri şüpheli bulunuyor, ve yahut ta, mevcudiyetleri kabul olunsu bile, hukukî sistemde, düsturların menşelerine istinat ettirilen pozitivite mefhumunun, husule getirdiğine müşabih, bir ikilik vücade getirmedikleri görülüyor.

Evvelâ müeyyideli bir hukuk olmayan tabii hukukun, müeyyidesi bulunan pozitif hukuktan ayrıldığı iddia olun-

(16) Lairbert: *La fonction du droit civil compare Paris 1902 T. I. p.11. Valette, Du role de la coutume dans l'elaboration du droit prive positif ac-tuel, Th. Dr. Lyon 1907.*

du⁽¹⁷⁾. Tabii hukuk objektif akıldan meydana geldiği için, mantık kaideleri gibi bedihidir. İster fertlerden, ister içtimâî vakıtalardan istihraç edilmiş olsun, lüzumlu olduğu için aynı bedahati ona tanımak gerektir. Şu halde tahakkuk edebilmesi için hiç bir cebre ihtiyaç yoktur. Hatta denifebilir ki, cebrin müdahalesi tahakkukuna zararlı bile olabilir. Buna mukabil insan (autorite) sinin keyfi bir mahsulü olan pozitif hukukta ise, aynı bedahat yoktur. İnsanlar, onun, tesbit ettiği tarzdan başka türlü hareket edebilirler. Bizatihi (automatique) bir şekilde tahakkukunu temin edecek bir kudrete malik olmadığı içindir ki, bu tahakkuku temin maksadile cebre dayanan, bir müeyyideye ihtiyaç hasil olmuştur. Şu halde cebir, pozitif hukukun esaslı unsurlardan biridir. Diğer cihetten, bu cebir yalnız (psychologique) bir cebir şeklinde değil, fakat bazı şartlar altında, bir insanın diğer bir insana haricen yapabileceği, maddî bir cebir şeklinde anlaşılması lâzım gelmektedir. Binaenaleyh bu cebir keyfiyetinin de tanzim edilmesi icap ettiğinden, pozitif hukukun vasfı mümeyyizi yalnız hattı hareket kaidesi (formüle) etmesinde değil, aynı zamanda ona bağlanan (cebir düsturunu da) vâzetmesindedir.

Şu halde tabii hukukun aksine olarak, pozitif hukuk, münhasıran bir cebir nizamından ibarettir. (Vwasegsordung). Demek oluyor ki, hukuk, müeyyide bakımından yekdiğerinden ayrı iki kaide sistemi, iki nizam ihtiva etmektedir.

Her şeyden önce bu iddiaya; tabii hukukun, mahiyeti itibarıyla müeyyide-lenemiyen bir hukuk olarak telâkki

edilmesinin doğru olmayacağı ileri sürülmek suretile cevap verilebilir. Tabii hukukun da, müeyyideli bir hukuk olabilmesine, hiç bir mâni yoktur. Zira, objektif menşesine rağmen tabii hukukta, herkese kendini bilmeceburiye kabul ettiren, herkes tarafından itaate mazhar olmasını temin eden, bedahat mevcut değildir. Burada düsturun müessiriyet kabiliyeti ile müessiriyeti, birbirine karıştırılmaktadır. Olabilir ki tabii hukuk düsturunun bedaheti - şayet bedahet mevcut ise - ona itaat lâzım geldiği tasavvurunu yaratabilir. Fakat bu keyfiyet, muhakkak, ona fiilen itaati temin eder denilemez. Tabii hukuk ta, pozitif hukuk gibi tahakkuk sahasında aynı mânilere tesadüf edebilir. Şu halde şayet tahakkuku için, müeyyide bu sonuncuya (yani pozitif hukuka) lüzumlu ise, diğerine de aynı şekilde lüzumludur.

Bu böyle olmakta beraber, nazariyatta tabii hukukun müeyyideli bir hukuk olmasına mâni yoksa da, fiiliyatta tabii hukukun müeyyidesi yoktur: pozitif hukuk müeyyideli yegâne hukuktur. Fakat bu fark hukukta bir sistem ikiliği meydana getirilmesini, tabii hukukla pozitif hukukun ayrı iki hukukî sistem olarak yekdiğeri karşısına dikilmesini icap ettirmez. Çünkü müeyyide, hukukî düsturun haricinde kalan, ve onun cevherini teşkil etmeyen bir unsurdur. Tabii hukuk için olduğu kadar pozitif hukuk için de bu böyledir. Tabii hukuk düsturu, kıymeti haiz olduğu esnadan itibaren mevcuttur. Düsturî kıymeti, yani ihtiva ettiği emir, onu meydana getirmeye kâfidir. Pozitif hukuk düsturuna gelince, müessiriyet kabiliyeti husule gelmez mevcudiyet ifade etmektedir. Bu düştürüp pozitif mahiyeti ona,

itaat edilmesi icap ettiği tasavvurundan ibarettir. Bu itibarla, müeyyide pozitivitenin inşaî bir unsuru olmayıp, ancak pozitif hukukun müessiri/et ve tahakkuku sırasında mevzuu bahsolmaktadır. Müeyyide düstura bilfiil itaat edilmesini temin edecek ve (olması gereğinin), (olan)'a tehavvül etmesine, yardım edecektir. Hattâ daha ileri giderek, bu sahada faydalı bir 10i oynamasına rağmen denilebilir ki; müeyyide, bir lâzımı gayrimüfarik olarak telâkki edilemez. Zira, düstura itaat edilmesi icap ettiği tasavvurunu, kuvvetle duyan kimseler üzerinde, düstura riayet ettirerek, tahakkukunu temin etmek hususunla, müeyyide hiç bir rol oynamamaktadır. Düsturun tahakkuku için, bu tasavvur keyfiyeti ekser ahvalde yalnız başına kifayet etmektedir

Bir çok kimselerin, ceza kanununun hükümlerine itaat etmesi giyotin veya zindan korkusundan bambaşka sebeplerden neş'et etmektedir. Pozitif hukukla tabii hukuk arasında mevcut olan diğer bir farkın da, hususile pozitif hukukun yegâne müeyyideli hukuk olarak telâkki edilmesi itibarıyla, pozitif hukuk düsturlarının farzî (hypothetique) ve buna mukabil, tabii hukuk düsturlarının ise kat'î (categorique) olmalarında, bulunduğu iddia edilmiştir. Tabii hukuk sadece:

Şunu yap demede iktifa eder. Pozitif hukuk ise:

Şunu yapmazsan, müeyyide olarak şu netice husule gelecektir, der.

Halbuki, iki hukuk arasında yapılmak istenilen bu tefrik de mevcut değildir: Fakat, farzî (hypothetique) düstur mefhumunun yanlış anlaşılmasından neş'et etmektedir. Bir düsturun farzî (hypothetique) oluşu, bir müeyyidenin

mevcudiyetine bağlı olmayıp ancak, düsturun takip ettiği gayenin ihtiyarı bir vasıf arzetmesine bağlıdır. Herhangi bir faaliyet, daima, fiil vasıtasile elde edilecek bir neticenin tahakkuku içim yapılır. Bu onun gayesidir (finalite). Demek oluyor ki bu faaliyeti tanzim eden düstur, işbu gayenin tahakkukunu, hedef ittihaz etmektedir. Şu halde bu gaye ihtiyarı olursa düstur (hypothetique), mecburî olursa (categorique) olacaktır: Hypothetique düsturun (formule'ü: Şayet filân neticenin husule gelmesini istersen, şunu yap, bu neticeyi isteyip istememekte serbestsin; şeklindedir.

Artık şu söylediklerimizden sonra, pozitif hukuku tabii hukuktan, emrin mahiyetile tefrik etmeğe imkân olmayacağı kolayca anlaşılır Hukuk pozitif olsun, tabii olsun darama (objet) ye maliktir. Bu (objet) ise insan faaliyetlerini ranuayyen bir tarzda tanzim etmekten ibarettir. Binaenaleyh, hukukun gayesi, insan faaliyetlerini bazı neticelere doğru tevcih etmektir. Bu neticelerin tabiiatları birdir. Zira her iki şıkta da mevzuu bahsolan hukukî vasfı haiz düsturlardır. Netice de aynı olduğundan, şayet, bu neticelerin tahakkuku, biri için mecburî telâkki edilirse, diğeri için de mecburî, biri için ihtiyarı farzedilirse, diğeri için de ihtiyarı olacaktır. Binaenaleyh, hukukî gaiyet (finalite), her zaman ya ihtiyarı ya mecburîdir. Şu halde, tabii hukuk kat'î (categorique) dir. halbuki pozitif hukuk farzîdir (hypothetique) dir, denemez. Şayet tabii hukuk categorique ise pozitif hukuk ta öyledir.

Nihayet daha cür'etkârane bir iddiada da bulunuldu, ve pozitif hukuk yegâne düsturî hukuktur, dendi;⁽¹⁸⁾ ve yalnız onun düsturlar ihtiva ettiği, yani bir ol-

(17) Kelsen, Die Idee des Naturrechts op. cit. p. 225.

(18) Kelsen, Die Idee des Naturrechts op. cit. p. 228.

ması gerek ifade ettiği ileri sürüldü. Buna mukabil tabii hukukun düsturî olmadığı, bir olması gerek ifade edeceği yerde, bir mutlak oluş (münsen) ifade ettiği ilâve olundu. Her kaide, bir hâdisse ile, onun neticesi arasında bir münasebet tesis eder. Tabiat kanununun, vasfî mümeyyizi, ifade ettiği münasebetin, bir illiyet münasebeti olmasındadır. Halbuki tabiat kanunundan ayrılan, düsturun ifade etmekte olduğu münasebet ise, bir gereklik (devoir) münasebetidir. İlliyet münasebeti tabiat muayyeniyetçiliğin bir neticesi olarak, hâdisse ile netice arasında mutlak bir oluş (Münsen), ifade ettiği halde gereklik münasebeti, evveliyatla netice arasında bir olması gerek ifade eder. Binaenaleyh, mademki tabii hukuk düsturunun tesis ettiği münasebet objektif menşe dolayısıyla bedaheti sayesinde kendini bilmeceburiye kabul ettirmededir; ve madem ki onun tahakkuku için haricî bir cebir lüzumsuzdur, ve nihayet madem ki münasebetin tahakkuku dahili bir lüzumdan mütevellittir; demek oluyor ki, bir illi zaruret (necessite causale)

muvehesinde bulunmaktadır. Burada bir olması gerek değil, fakat tabiat kanununda olduğu, gibi bir (mutlak oluş) mevzuu bahistir. Binaenâeyh tabii hukuk kaidesi bir düstur değildir; tabii hukukta düsturî vasıf yoktur, dendi.

İrat edilen edilen yeknazarda oldukça kuvvetli gibi görünürse de, hakikati halde hiç te öyle değildir. İleri sürülen delâil, tabii hukukun ahkâmındaki bedahat dolayısıyla, tahakkukunu mecburî olması icap edeceği, keyfiyetine istinat et-hatin mevcut olduğu kabul edilse bile, muhakkak surette düsturun tahakkukunu iltizam edeceği iddia olunamaz. Beşerî mektebi: Halbuki önce de izah edilmiş olduğu veçhile bedafaaliyet, ne tabii hukuk, ne de pozitif hukukun, zarurî bir ifadesi değildir. Her iki şıkta da insan, düsturun tesbit ettiği tarz haricinde hareket edebilecek kudrette, şuurlu ve iradeli bir mahlûktur. Şu halde tabii hukuk kaideleri de, insan için bir mutlak oluş değil, fakat bir olması gerek ifade etmekte olduklarından birer düsturdurlar.

Kelsen'in Hukuk ve Devlet Teorisi^(*)

Doç. Dr. Muvaffak Akbay

Avusturyalı hukukçu Kelsen'in hukuk ve devlet nazariyesi, son zamanların en fazla üzerinde durulmuş ve münakaşa edilmiş nazariyelerindendir. Gerek Almanya'da gerekse merkezî Avrupa'da ve İtalya'da bu görüş tarzı, büyük akisler tevhit etmiştir.

Kelsen'in teorisinin XIX uncu yüzyıl Alman pozitivizm cereyanının bir devamı olduğu söylenebilir. Gerber'in kurduğu pozitivizm mektebi, bilindiği gibi, Laband ve Jellinek taraflarından tekâmül ettirilmiş ve hukuk ilmini tarihî, siyasî ve içtimai unsurlardan ayıklamak amacını gütmüştür. Aynı endişeye Kelsen'de de rastlanır. Ancak, bu sonuncu müellif, hukuk nazariyesini bir takım felsefi esaslara istinat ettirmek suretiyle, bir çok bakımlardan tamamen orijinal fikirler ortaya atmağa muvaffak olmuştur.

A — Kelsen nazariyesi üzerine müessir olan felsefi cereyanlar: Kelsen'in hukuk ve devlet hakkındaki görüş tarzına nüfuz edebilmek için onun mühlhem olduğu felsefi cereyanlar üzerinde durmak zarureti vardır. Filhakika bu müellif Kant'ın ve onun muakkiplerinin, yani bir taraftan Rudolph Stammler'in ve diğer taraftan Marburg mektebi diye anılan neo-kantisme (Cohen, Natrop) cereyanının tesiri altında kalmıştır.⁽¹⁾

Kant'ın deneyüstü felsefesi, ilk defa olarak Stammler tarafından hukuk ilmi-

ne tatbik olunmuştur. Stammler, bu suretle, bütün içtimai hadiseleri iktisadî âmillere izah etmek isteyen ve cemiyetin altyapısını (infra-structure) iktisadî âmillerin teşkil ettiğini, hukukun, ahlâkın, tarihin daimî bir şekilde bu iktisadî âmillere tâbi olarak değişiklikler arzettiğini ileri süren tarihî maddeciliğe bir tepki yaratmak arzu etmiştir. Stammler'e göre, hukukî nizam, iktisadî olayları takip eden bir üst yapı (Super-structure) değil, bilâkis iktisadî hayatın ve cemiyetin mantıkan kabli bir unsurudur. İktisadî ve içtimai vakıaların hukuk ile münasebetleri, materyalistlerin iddia ettikleri gibi, bir milliyet münasebeti değildir. Yani hukuk kaidelerinin esasını, sebebini iktisadî âmiller teşkil etmez. Bilâkis, iktisadın, cemiyetin bahis mevzuu olabilmesi için hukuk şarttır. Binaenaleyh, iktisat ile hukukun münasebetinde hukuk başta gelir. Demek oluyor ki hukuk, gerek iktisattan gerekse sosyolojiden müstakil olarak tesis olunabilir.

Stammler'e göre, hukuk bilgisinin şekli (formel) unsurunu maddî muhtevastından ayırdetmek lâzımdır. Saf hukuk, bizatihi hukuk bir şekiller, kalıplar mecmuasıdır. Maddî muhteva, hukuk değildir. Her hangi bir fikir hukukî bir şekilde ifade edilmek istenildiği takdirde hukukî kalıplara sokulur. O halde, hukuk felsefesi, hukukî bir tarzda dü-

(*) Bu makale, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 4, sayı 1, 1947, s. 29-47'den ayrıntı alınmıştır.

(1) Simonovitch, Les theories contemporaines de l'Etat, Paris 1939, S 18.