

I. HUKUK KAVAYİDİ VE HUKUK İLMİ

Her şeyden önce hukuk kelimesinin ifade ettiği mânaları tesbit etmeliyiz. Malûm olduğu veçhile, hukuk kelimesi birçok birbirinden farklı, fakat birbiriyle alâkalı mânalar ifade etmektedir:

- 1) Haklar,
- 2) Muayyen bir camianın içtimai hayatını tanzim eden mecburi kaideler,
- 3) Hukuk kaidelerini tatbik sahasında çalışanların mesleği (hâkim ve avukatlık mesleği).
- 4) Bir memlekette hâkim olan hukuk kavaidinin menşei, mahiyeti ve felsefi ve sosyolojik esasları üzerinde tetkiklerden ibaret ilim.

Biz bu makalede hukuk kelimesini bu dördüncü mânada kullanacağız. Biz hukuk = ilimden bahsedeceğiz.

Hukuk = kavait, hukuk = ilimden vuzuhla tefrik edilmelidir.

İtem Avrupa'da hem memleketimizde hukukçu olmayan münevverlerin hukuka karşı lâkaytlığının başlıca sebebi iki türlü hukuk arasındaki farkın tebarüz ettirilmemiş olması olduğu kanaatindeyiz.

Her memlekette felsefe tarihi ile alâkadar olan doktorlara, musiki ile meşgul mühendislerle, tabii ilimlerle uğraşan edebiyatçılara tesadüf olunmaktadır. Fakat mesleği hukuk olmadığı halde hukukla alâkadar olan münevverlere nadiren tesadüf edilir. Halbuki, hukuk bir münevver insanı en çok alâkadar etmesi lâzım olan bir ilimdir. Çünkü hukuk beşerî camiaların içtimai hayati kavaididir. Hukuk ilmi bu kavaidin mantıkî, tarihî, iktisadî, sosyolojik ve felsefi esaslarını izah eden ilimdir.

Memleketimizde münevverlerin hukuk ilmine karşı lâkaytlığının diğer birçok sebepleri de vardır.

Memleketimizde İstanbul Hukuk Mektebi kurulduğu günden beri hukuk bir ilim telâkki olunmaktan ziyade, bir sanat, adliyecilik sanatı telâkki olunmuştur.

Memleketimizde hukuk tahsili ve tedrisi ananeleri iki medeniyetin tesiri altında teessüs etmiştir:

- 1) İslâm fıkhını tedris usulleri,
- 2) Fransa'daki hukuk tahsili metotları.

Fıkıh dine müstenit bir hukuk sistemi olduğundan fıkıh tedris ve tahsilinde tamamıyla dogmatik bir metot takibolunmakta idi.

Bu tedris usulünde tarihî, sosyolojik ve felsefi izahlara mahal yoktu. Tahsil edenin zihninde doğabilecek bütün «niçin» lere önceden cevap verilmiştir: çünkü Kur'an, Hadis ve büyük imamlar öyle emretmiş veyahut öyle düşünmüşlerdir.

İslâm hukuku dinî bir hukuk olduğundan, İslâm hukuku bakımından fakihlik fıkhı ahkâmını iyi bilmek, o ahkâmı harfiyen tatbik etmekten ibaretti.

Dünyevi hukuk sistemleri hâkim olan ülkelerde müşahede ettiğimiz, serbest tenkit ve tefsir imkânları mevcut olmadığı için İslâm âleminde hukuk bir ilim derecesine yükselememiştir.

İkinci tesir, Fransa tesiridir. Memleketimizde ilk hukuk mektebi teessüs ettiği zaman bu mektebin ilk profesörleri daha ziyade Fransız kültürünün tesiri altında bulunan kimseler idi.

Fransa'da hukuk tedvin edildikten sonra hukuk tahsili Napolyon tarafından tedvin ettirilen kod (Code) lardaki maddeleri öğrenmekten, hukuk tedrisi de bu maddelerin ifade ettiği mânaları izahtan ibaretti.

Hukuk kavaidini bir ilim mevzuu olarak tetkik cereyanı Fransa'da tamamıyla durmuştu. Fransa'da hukuka bir ilim olmaktan ziyade, bir adliyecilik mesleği için lâzım teknik malûmat nazariyle bakarlardı. Hukuku bir ilim telâkki eden âlimler nâdirdi. Bu suretle büyük ihtilâlden önce Rousseau, Montesquieu'leri yetiştirmiş Fransa'da hu-

kuk ilim ve felsefesinin inkişafı durmuştu.

Fransa'da hukuku kanunlardan ibaret olarak telâkki çok yayılmış bir telâkki idi. Bir zamanlar Napolyon mecellesi hakkındaki eserleriyle şöhret kazanmış âlimlerden Demolombe, birkaç ciltlik Fransız Kanunu Medenisinden bahseden eserinin mukaddemesinde diyor ki, «Benim şiarım, akidem kanun metinleridir. Napolyon mecellesine dair derslerimde ben münhasıran bugün mecburi kanunlar mecmuası olan bu kod (=code) u izah gayesini takibediyorum»¹.

Diğer bir hukuk âlimi aynı fikri daha vazih olarak şöyle ifade ediyor:

Ben, medeni hukuk nedir? - bilmem. Ben Napolyon mecellesini okuyorum.²

İşte Fransa'da hâkim bu cereyandır ki bizde hukukun bir ilim telâkki olunmasına mâni olmuştur.

Yeni zamanlar zarfında hukuku bir ilim telâkki ederek, bu ilmin yüksek esaslarını tesbite en çok hizmet eden millet Alman milleti olmuştur.

Almanya'nın bütün filozofları hukukla ve bilhassa hukukun felsefesiyle çok alâkadar olmuşlar ve hukuk felsefesine dair çok mühim eserler yazmışlardır.

Leibniz³, Kant⁴, Fichte⁵, Hegel⁶ gibi büyük filozofların hepsinin hukuk felsefesine dair eserleri vardır.

(1) M. Demolombe, *cours de droit civil*.

(2) Geny, *méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif 1899*.

(3) Leibniz, *De relationibus juris et justitiae 1693*.

(4) Kant, *Metaphysik der Sitte, Teil I. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*.

(5) Fichte, *Grundlage des Naturrechts*.

(6) Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*.

(*) Ord. Prof., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi. Bu makale Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.1.S.1, 1943, s.20-34'den ayrıncı alınmıştır.

Bütün bu mütefekkirler hukukun beşeriyetin kültür tarihindeki mühim rolünü eserlerinde tebarüz ettirmişlerdir. Fakat bu filozofların da çoğu «hukuku» hukuk felsefesinden tamamiyle tefrik ediyorlardı. Meselâ Kant'a göre hukukçuluk münhasıran mevcut kanunları tatbik sanatıdır. Hukuk felsefesi (hukukun ilmî esasları ile uğraşmak) ise filozofların inhisarıdır.

Büyük Kant, Zum ewigen Frieden, adlı eserinde diyor ki:

Hukukçunun vazifesi mevcut kanunları tatbikten ibarettir. Kanun ıslaha muhtaç mıdır, değil midir? Bunlardan bahsetmek hukukçunun işi değildir. (Yani bu filozofun işidir).

Hukuk ilmini hukukçuluk mesleğinden tefrik cereyanının Almanya'da da pek çok taraftarı vardır. Meşhur hukuk âlimlerinden Hölder Kanunu Medeni hakkındaki eserinde⁷ diyor ki:

Hukuk kaidelerini muhteviyatı bakımından takdir hukuki bir mesele değildir. Bu gibi meseleler hukuk vasıtasıyla hallolunmaz. Hukukçu, hukukçu sıfatıyla bu mesele ile alakadar dahi olmaz.

Diğer bir hukukçu, Lotmar diyor ki:

Mevzu hukuk kaidelerinin istinad ettiği esasları tenkid ve hukuku ıslah meseleleri hukukçunun selâhiyeti haricindedir. Hukukçunun vazifesi kanunları olduğu gibi tatbiktir. Mevzu hukuk akla, mantığa uygun mudur? Adalet midir? Hayır mıdır, şer midir? Bunları tetkik hukukçu işi değildir.⁸

İşte bu, bir taraftan eskiden hâkim olan fıkıh tedrisi ananeleri, diğer taraftan Fransa'da makbul Almanya'da da-

hi taraftarları bulunan, cereyanın tesiri neticesindedir ki, cumhuriyet devrine kadar hukuku münhasıran adliyecilik kavaidi telâkki eden cereyan bizde de hâkim cereyandı.

Birçokları için bugün dahi «hukuk», mahkemelerin tatbik ettiği mecburi kaideler ve bu kaideleri tatbik sanatıdır. Hukukçu olmayanlar arasında hukuka daha dar bir mâna isnadedilmekte olduğunu da müşahade ediyoruz. Hukukçu olmayan bir münevver nazarında hukuk, cürüm ve cezalardan, jandarma ve tevkifhane, mahkeme, mahkûmiyet, hapisane veya idamlardan veyahut borç, icra usulleri ve boşanma kavgalarından ibarettir. Bunlar hepsi az çok menfi hâdiselerdir. Bunlara karşı münevverlerin lakayt olması kolay anlaşılır bir haldir.

Fakat bütün bu görüşler yanlıştır.

Yalancılık, iyiliğe karşı kötülük, büyüklere karşı hürmetsizlik, dostlara ihanet - ahlâk olmayıp, bilâkis ahlâkın ihlâli, ahlâksızlık olduğu gibi, yukarıda saydığımız hâdiseler, cürüm, ceza, hapisane, idam da hukuk değil, bilâkis hukukun ihlâli neticeleridir, *hukuksuzluktur*.

Hukuk bu hâdiseleri bertaraf etmek için vaz'edilen esasların mecmu heyetidir. Hastalık, ölüm tıbbın gayesi olmadığı gibi cürüm, ceza, hapisane de elbette hukukun gayesi değildir. Birçok münevverlerin «hukuk» telâkki ettikleri şeyler hukukun inkârından doğan menfi hâdiselerdir. Tıp bize sıhhatli bir vücut nasıl olduğunu ve bu vücudun normal işlemesi ne gibi sebeplerden bozulduğunu ve bozulduğu zaman

ne gibi tedbirler almak icabettiğini öğretir. Hukuk ta bir camianın sağlam bir camia olarak yaşaması için ne gibi kaidelere riayet etmek lâzım olduğunu ve bu kaidelere riayet etmeyenlere karşı ne gibi tedbirler almak lâzım geldiğini öğretir. Tıp fertlerin cismani sıhhat ve bekasiyle alakadardır. Hukuk camia denilen varlığın sıhhat ve bekasiyle (ve fertlerin hürriyet ve emniyetiyle) alakadardır. *Tıp hastaneye lüzum kalmamasını ister. Hukuk hapisaneye lüzum kalmamasını diler.*

Hukuk cürüm ve cezadan ibaret değildir. Hukuk cürüm işleyen, cezaya uğrayan olmasın diye vaz'edilmiş kavaidir. Cürüm ve ceza gibi hâdiseler hakikaten nahoş şeylerdir. Fakat bunlar hukukun meşru evlâdı değil, gayri meşru neticeleridir. Bunlar hukukun bütün gayretine rağmen ara sıra beşeriyetin daha tamamiyle sönmemiş hayvani irsiyetlerinden fıskıran hâdiselerdir. Bunlardan mesul olan hukuk değildir, bilâkis hukuk bunlarla mücadele için teessüs etmiştir. Hukukla hiç alakadar olmayan münevver evinde rahat oturabiliyorsa, malı, mülkü, canı, şahsı, ailesi tecavüzden masunsa, kendisini emniyet içinde hissediyorsa, bilsin ki o bütün bu nimetleri hukuka medyundur.

II. HUKUK İLMİ

Hukuku münhasıran, kanunlardan ibaret gibi telâkki etmek ne tarihî hakikatlere ve ne de bugünkü vaziyete uygundur. Bu fikir bir taraflı sathi fikirdir.

Bu meseleyi tarihî bakımdan araştırarak olursak, yüksek medeniyet seviyesine çıkmış olan bütün medeni camialarda hukuk = kavaitten başka bir hukuk = ilim teessüs ettiğini görüyoruz.

Malûm olduğu veçhile hukukun bir ilim derecesine çıkması ilk defa olarak Roma'da vuku buldu. Hukuk Roma'da ta cumhuriyet devrinde bir ilim mahiyetini iktisabetti. O andan itibaren hukuk = kavaid, hukuk = ilim birbirine bağlandı. Bugün ve ne de gelecekte bunları ayırmak imkânsızdır, zararlıdır. Hukuk = ilimden ayrılmış kavaid ruhsuz vücut gibi cansızdır, mevzu hukuk kaidelerini ihmal eden mücerret hukuk ilmi de vücutsuz ruh gibi hayatlıdır. Mahkeme hukukun tatbik sahasıdır. Orada hukuk = kavaid ve hukuk = meslek hâkimdir. Fakülteler hukuk = ilim sahasıdır. Burada hukuk = ilim hâkim olmalıdır. Fakat mesleği hukuk kavaidini tatbik olan hâkim, avukat, müddeiumumi hepsi hukuk ilmine vâkıf olmakla mükelleftirler. Hukuk = ilmi ihmal eden hukukçu mekanik düşünen bir şifahi kanun vaziyetine düşer, hukuk sahasında kısırlaşır. Keza mevzu hukuk kavaidini, mevcut hukuk sistemlerindeki hukuki hâdiseleri ihmal ederek münhasıran akli muhakeme ve nazari esaslara istinadeden hukuk âliminin muhakemeleri de hayattan uzaklaşır, mücerretleşir.

Her hukuki müessese, hattâ her hukuki kaidenin arkasında:

Uzun bir tarih,

Derin bir felsefe,

İlmî bir itkisat ve geniş bir sosyoloji vardır.

Bunları bilmeyen hukukçu, ancak kanuncudur, hakiki mânada hukukçu değildir. Sulh mahkemesinde çalışan bir zabıt kâatibi belki bir kısım hukuk kavaidini ezberlemekle iktifa edebilir, fakat kendisine hürmet eden, vazifesini tam ve hakiki bir selâhiyet ve vukufu ifa etmek isteyen bir hâkim, bir avukat,

(7) Hölder, Über den Entwurf eines deutschen bürgerlichen Gesetzbuches.

(8) Lotmar, Der Immoralische Vertrag.

bir müddeiumumi hukuk ilminden müstağni olamaz.

Yukarda isimlerini zikrettiğimiz Fransız ve bazı Alman âlimlerinin hukukçuluğu kanunculuktan ibaret telâkki eden fikirleri yanlıştır. Hukuk ilmini bilmeyen hukuk kavaidini dahi kavramış değildir.

Bir Fransız profesörünün ben kanunları bilirim, hukuk ilmi nedir bilmem, demesi, bir doktorun ben hastaya harareti yükseldiği zaman kinin veya hut piramidon vermesini bilirim, fakat kinin nedir, neden istihsal olunur? Ne gibi hususiyetlere maliktir, harareti niçin indiriyor? Bunları bilmem, demesine benzer.

Bu gibi hukukçu elektrik ne olduğunu bilmediği halde elektrik tesisatı yapan ameleiy hatırlatır.

Medeni bir camiada ilimsiz hukuk olamaz. Hukukun herhangi bir faslını herhangi bir müessesesini alırsanız alınız, orada ilme ihtiyaç hissedersiniz. Meselâ devlet. Devlet nedir? Devletin mahiyetini anlamak için anayasa ve idare kanunlarını ezbere bilmek kâfi değildir. Devlet müessesesinin hakiki mahiyetini bilmek ve anlamak isteyen hukukçunun zihninde devlet kelimesi bir sürü sualler tevliededir:

Devlet nedir? Nasıl vücuda gelmiştir? Niçin lâzımdır? Bugünkü şekilleri hangileridir? Bu şekillerden hangisi müraccaktır, daha mükemmel bir teşkilât tasavvur olunamaz mı? Bu hususta beşeriyetin ilerigelenleri ne düşünüyorlar?

İşte bu gibi suallere cevap verebilmek içindirki *Eflâton, Aristo, Çiçeron, Farâbi, Yellinek, Duguit, Kottlerevski* gibi yüzlerce âlim ciltler yazmaya mecbur olmuşlardır.

Diğer bir müesseseyi alalım, mülkiyet müessesesi. Hukuku kanunlardan ibaret telâkki edenler için bu gayet basit bir meseledir. Bizim Medeni Kanunumuzun dördüncü kitabının 618'den 702'ye kadar olan maddeleridir. Hukuku bir ilim telâkki eden hukukçu için maddeler ilim teşkil etmez. Onlar ancak ilmi tetkikat için bir mevzu teşkil eder. Bu tetkikat bu maddelerin tevli-dettiği suallere cevap vermeye çalışır. Mülkiyet meselesi de namütenahi sualler tevliededir:

Mülkiyet müessesesi nasıl teessüs etti? Bunu tevliededen âmiller nelerdir? Bu âmiller münhasıran içtimai ve iktisadi midir? Yahut burada biyolojinin de rolü var mıdır? Mülkiyet müessesesi tabii midir? İradî midir? Bugünkü mülkiyet şekillerinden başka mülkiyet şekilleri var mıdır? Millî serveti tevzi sahasında en mâkul, en rasyonel şekil hangisidir? Mülkiyet şekilleriyle camiaların inkişafı safhaları arasında münasebet neden ibarettir? Mülkiyet hakkını ilga mümkün müdür? Değilse niçin mümkün değildir? İlgâ taraftarı olan cereyanı tevliededen âmiller nelerdir? Mülkiyeti ilga etmeksizin bu sahada yapılacak islahat yok mudur? Varsa, nelerden ibarettir?

Hukukçu bütün bu suallere cevap verebilecek vaziyette olmalıdır. Diğer tâbirle hukukçu mülkiyet müessesesinin hem tarihini hem bugünkü beşeriyet içindeki rolünü, onun iktisatla, umumiyetle beşeriyetin medeni inkişafıyla olan alâkasını, bu müessesenin sosyolojik, ahlâki ve felsefi esaslarını bilmelidir. Devlet ve mülkiyet müessesesi gibi bütün diğer hukuki müesseseler de aynı derecede mühim ve hayati sualler tevliedemekte olduğu izahattan müsteğnidir.

III. MEDENİ MİLLETLERDE HUKUK İLMİ

Hukuk ilminin Roma'da ta cumhuriyet devrinde teessüs etmiş olduğu malûmdur. Ta bu devirde hukuk ilmi sahasında iki türlü cereyan görüyoruz:

Biri hukuk ilmini münhasıran mevcut kanun ve hukuki kaideyi izah ve tefsirden ibaret telâkki eden amelî hukukçuların cereyanıdır. Bu sahada *P. Mucius Scaevola* gibiler şöhret kazanmıştır.

Diğeri, hukuk ilmini ahlâk ve felsefeye bağlamak taraftarı olan hukukçuların cereyanıdır. Bunlar arasında en büyük şöhret kazanmış olanı *Çiçeron'dur.*

İmparatorluk devrinde de hukuk ilmi sahasında iki cereyan devam etti. August devrinde (m. ev. 27 m. s 14) *Capito* gibi hukuk ilmini münhasıran mevcut kanunları izahattan ibaret telâkki eden hukukçulardan başka *Labeo* gibi hukuk ilminin ahlâk ve felsefe ile alâkasını tebarüz ettirmek lüzumunu hissederek yüksek âlimler de vardı.

İmparatorluk devrinin büyük hukuk âlimleri hukukun ahlâk ve felsefe ile münasebetini hiçbir zaman unutmuşlardır. Hukukun ahlâkla alâkasını inkâr etmek isteyen imparatorlarla mücadele etmişlerdir⁹⁾.

Yeni zamanlarda da hukuk ilmi sahasında iki cereyan müşahede ediliyor: Biri yukarda bahsettiğimiz amelî hukukçuluk cereyanıdır, diğeri ise felsefi cereyanıdır. Tabii hukuk nazariyesi bu felsefi cereyanın tecellisidir.

Tabii hukuk nazariyesi hukuk tarihinde mühim bir merhaledir. Tabii hu-

kuk nazariyesi mübalâğalı ifadeleri yüzünden çok tenkid edilmiş bir nazariyedir. Bu nazariyenin ihtiva ettiği fikirlerden bazıları hakikaten yanlıştır. Fakat tabii hukuk nazariyesinde ölmez bir hakikat mündemiçtir:

Fertlerin tabii haklara mâlik olduğuna dair esas.

Tabii hukuk nazariyesinin istihdaf ettiği gaye de çok yüksekti:

Bu gaye mütemeddin beşeriyetin hukukunu selim akıl, adalet ve insanîyet esaslarına istinadettirmektir.

Yeni zamanlar zarfında Avrupa'da âmme hukukunun inkişafı bu nazariye sayesinde olmuştur, dersek hiç te mübalâğa etmiş olmayacağımıza eminiz.

Bütün Avrupa milletlerinin esas teşkilât kanunlarında tabii hukuk nazariyesinin tesirleri barizdir.

Tabii hukuk nazariyesinin bir zamanlar, tarihî mektebin ve pozitivizmin tesiriyle itibardan düştükten sonra, son 40-50 sene zarfında tekrar canlanması, dirilmesi bu nazariyenin istihdaf ettiği gaye ile mahiyetinde mündemiç hakikat sayesinde.

Tabii hukuk nazariyesi hukuk kaideelerini aklı esaslara göre izah ihtiyacı mahsulüdür.

Yeni zamanlarda tabii hukuk nazariyesinden sonra da birçok nazariyeler zuhur etmiş olduğu malûmdur.

Yeni zamanlar zarfında Almanya'da hukuku ilim olarak tetkik sahasında sarf olunan gayret ve bu sayede alınan neticeler şayamı hayrettir. Hukukun ilim olarak inkişafına en çok hizmet eden millet Alman milleti olmuştur. Almanyada Thomasius (1655-

(9) *Papinianus* ahlâk prensibi için kendisini feda etmiştir. Sadri Maksudi, *umumi hukuk tarihi, sahife 467-468. Hukukun umumî esasları, sahife 71, not 2.*

1728), Pufendorf (1632-1694), Leibniz (1646-1716), Kant (1724—1804), Savigny'lerle başlamış olan hukuk ilmi sahasında yapılan derin tetkikler son senelere kadar inkişaf halinde idi.

Almanya'dan sonra derhal İngilizlerin hukuk ilmi sahasındaki hizmetlerini zikretmek gerektir. İngiltere'de hususi hukuk kanunlardan değil, mahkeme kararlarından ibaret olduğu için, hukuk = kavaidi, hukuk = ilimden ayırmak mümkün olmamıştır. Malûm olduğu veçhile İngiltere'de hukuk mahkeme kararları vasıtasıyla inkişaf etmiştir. Bu kararlar denizinde bir yol bulmak için İngiliz hukukçuları pusulaya muhtaçtı. Bu vazifeyi hukuk ilmi görmüştür. İngiltere de hukuk ilmi sahasında Blackstone (1732—1780), J. Austin gibi lâyemut eserler bırakan hukuk âlimleri yetiştirmiştir.

Fransa'da bazı fakültelerde bugün dahi hukuk felsefesi, hukukun umumi esasları ilmi okutulmadığı halde, İngiliz fakültelerinin hepsinde *Theory of Law* veyahut *Jurisprudence* ismiyle hukukun umumi esasları okutulmaktadır.

Rusların da hukuk ilminin inkişafına hizmeti büyüktür. Ta ondokuzuncu asrın ortalarında Ruslar arasında Nevo-lin ve Rojdestvenski gibi hukuk âlimleri zuhur etmiştir. Bunlardan sonra zuhur etmiş olan Gradowski, Korkunoff, Novgrodtseff Alekseeff, Şerşeneviç gibi âlimler Avrupa'ya malûm âlimlerdir.

Fransa'da dahi son seneler içinde hukuk ilmi sahasında yeni fikirler ileri süren Duguit, Geny, M. Hauriou gibi değerli âlimler zuhur etti.

Bu misaller ispat ediyor ki, bütün mütemeddin milletlerde hukuk = ka-

vaide muvazi olarak hukuk = ilim teessüs etmiş, hukuk = kavaid, hukuk = ilimsiz yaşamamıştır. Başka türlü olmasına imkân dahi yoktur. Çünkü içtimai, iktisadi, felsefi ve sosyolojik bakımdan esasları izah edilmemiş, akla, camiaların hayatına uygun olduğu ispat edilmemiş kanunlar mütemeddin beşeriyet için, medeni milletler için hayat düsturu olamaz. Diğer tâbirle, ilimsiz hukuk olamaz.

IV. HUKUK İLMİ SAHASINDA TÜRLÜ CEREYANLAR

Hukuk ilmi, hukuk felsefesi sahasında hukuk kaidelerinin esaslarını izah sahasında bugün başlıca üç türlü cereyan görüyoruz:

1) Metafizik, 2) Rasyonalist, 3) Pozitivist.

Malûm olduğu veçhile bu cereyanlar arasındaki fark şundan ibarettir:

I. Metafizik mektep hukuki kaideleri izah sahasında birtakım mevcudiyeti ispat edilmemiş şeylere ait mefhumları azimet noktası telâkki ediyor. Metafizik mektep için, milletlerin «hukuk» ismini verdikleri şe'nî hukuk kaidelerinden başka bir «hukuk bizatihi» vardır.

Metafizik mektebin bütün düşünceleri kablidir. Bütün muhakemeleri kabli mukaddemelere istinadedir. Metafizik hukuk âlimine misal olarak Hegel'i gösterebiliriz.

II. Rasyonalist mektebin metafizik mektepten farkı şudur: bu mektebe mensup âlimlerin muhakemelerinin istinadettiği mukaddemeler metafizik olmamakla beraber, nazarılikten azade değildir. Bu mektep nazari hakikatlere istinadedir. Bu mektebe mensup âlime misal olarak Rousseau'yu gösterebili-

riz. Rousseau'nun «Mukavelei içtimaiye» adlı eseri tamamıyla rasyonalist düşüncelere müstenittir. Rasyonalist olan hakikatleri mücerret zekâsiyle, mücerret akli muhakemeler sayesinde keşfedebileceği kanaatindedir. Rasyonalisti meselenin akli, mantıki tarafı alâkadar eder. Şu veya bu hukuki müessesenin mahiyeti ve menşei hakkında ileri sürülen fikir tarihî hâdiselere uygun mudur? Değil midir? Rasyonalist için bunun ehemmiyeti tâlidir. Bir rasyonaliste ileri sürdüğü bir fikrin tarihî hakikate uygun olmadığı ispat edilirse o hiç şaşırımsızın «yazık tarihe» diyebilir.

III. Gelelim pozitif metoda. Bu metotlarla hareket eden âlimler muhakemelerinde azimet noktası olarak daima ya bedihi hakikatleri veyahut tecrübe ve müşahade ile hakikat olduğu ispat edilen müspet muta (= donné) ları alırlar. Muhakemelerini daima müspet mukaddemelere istinadettirirler. Bu metoda sadık kalan âlim, devletin nasıl teşekkül etmiş olduğuna dair suale cevabı zekâsından, mantığından değil, tarihten ve bugünkü milletlerin siyasi hayatından çıkarır; ancak tarihî devletleri ve bugünkü türlü siyasi camiaları tetkikten sonra devletin menşe ve mazisi hakkında bir fikir ileri sürmeye cesaret eder. Bu metodun içtimai ilimler sahasında tatbik edilen şekline sosyolojik metot ismi verilir.

Almanya'da Yering, Bierling, Merkel gibiler, Fransa'da Duguit, Rusya'da Korkunoff, Petrojetski, Taranovski gibiler bu metodu takibeden âlimlerdir.

Bugün hukuki müesseseler menşe ve mazisini tetkik ve tesbit sahasında

makbul metot müspet (= pozitif) metottur. Umumiyetle pozitif düşünce, bugünkü münevver beşeriyetin umumi temayülüdür. Fakat pozitif metodu takibeden bir âlim dahi büsbütün rasyonalist muhakemeden kurtulamaz. Hattâ hukukun en yüksek esaslarına dair muhakemeler sahasında birçok âlimler metafizik esasları dahi kabule mecbur olurlar. Bugün âlimlerin kullandığı esas metot müspet, tecrübe ve müşahadeye müstenit metottur. Fakat tecrübe ve müşahade mümkün olmayan sahalarda akli selim ve mantığa müstenit muhakemeye müracaat zaruridir. Hukukun en yüksek esaslarını tesbit sahasında metafizik mefhumlara dahi istinadedilebilir. Elverirki azimet noktası müspet mukaddemeler olsun."¹⁰

V. SOSYOLOJİ (SOCIOLOGIE)

Bu yazının mevzuu hukuk ilmi ve sosyolojidir. Bu iki ilmin yanyana konulmuş olması aralarındaki fark ve münasebeti izahı istilzam eder.

Malûm olduğu veçhile sosyoloji yeni bir ilimdir. Bu ilmin müessisi Auguste Comte (1789—1857) dur. Auguste Comte'a göre sosyoloji bütün içtimai ilimlerin fevkinde beşerî camialarda müşahade olunan bütün içtimai hâdiselerin tâbi olduğu kanunlardan bahseden bir ilim olacaktı. Fizik ilmi bütün fizik hâdiseleri umumi fizik kanunlarına bağladığı gibi, sosyoloji ilmi de bütün içtimai hâdiseleri umumi sosyolojik kanunlara raptedecekti. Hattâ A. Comte bidayette tasavvur ettiği içtimai hayat kanunlarından bahseden ilme «içtimai fizik» (= physique sociale) ismini vermediği düşünmüştü. Maalesef A. Comte tarafından «sosyoloji ilmi»

(10) Bu mesele için Sadri Maksudi'nin *Hukukun Umumi Esasları* adlı eserinin 11—20 sahifelerine bakınız.

fikri ortaya atılalı bir asırlık zaman geçmiş olduğu halde bütün içtimai hâdiselerin tâbi olduğu umumi içtimai kanunlar tesbit edilmiş değildir. Kanun taslağı olarak ileri sürülmüş esasların da umumi bir kanun olduğu ispat edilmemiştir.

A. Comte'tan sonra Fransa'da birçok sosyolog zuhur etti. Bunlardan zikre şayan en büyükleri Tarde, Durkheim ve Worms'dır. Bütün bu sosyologlar beşerî camiaların muhtemel menşei, içtimai hayatın muhtelif tecellileri hakkında çok faydalı tetkikat bıraktılar. Fakat bunlardan hiçbiri umumi içtimai hayat kanunlarını tesbit ederek sosyoloji ilmini fizik gibi müspet bir ilim haline getiremedi. Sosyoloji ilmini kanunları tesbit edilmiş bir ilim haline koymak şöyle dursun, sosyolojinin mevzuu hakkında bile aralarında ittifak edemediler.

A. Comte'a göre sosyoloji diğer içtimai ilimlerin fevkinde umumi içtimai kanunlardan bahseden müstakil bir ilim olacaktı. Halbuki Durkheim'e göre sosyoloji ancak içtimai ilimlerin mecmu heyetinden ibarettir. Durkheim'e göre iktisat da sosyolojidir, hukuk da sosyolojidir. Ne kadar müstakil içtimai ilim varsa o kadar sosyoloji vardır. Her içtimai ilim bir sosyolojidir. Hukuki sosyoloji, iktisadi sosyoloji, dinî sosyoloji vardır.

Tarde'a göre sosyoloji, beşerî camialarda hâkim icat ve taklit kanunlarını tetkikten ibarettir. Worms'a göre sosyoloji, içtimai ilimlerin umumi felsefesidir.

Fransa'dan başka İngiltere'de, Amerika'da, Almanya'da ve Rusya'da dahi büyük sosyologlar zuhur etti.

İngilizlerin en büyük sosyologu H. Spencer'dir. Bu yazıyı yazanın Paris'te talebeliği zamanında herkes Spencer'i okur, herkes onun fikirlerinden bahseder, onun fikirlerini en büyük ilmî otorite telâkki ederdi. Bugün Spencer hemen hemen unutulmuştur. Alman sosyologlarından Leopold von Wiese, Spencer'den bahsederken, bu sosyologun eserlerini «bir zamanlar çok methedilmiş olan, bugün hemen hiç okunmayan diye tavsif ediyor.¹¹ Spencer sosyolojisinin iki esası zikre şayandır: 1) Spencer'in beşerî camiaları bir uzviyet telâkki etmesi, 2) bütün içtimai inkişafı tekâmül (= evolution) kanunuyla izaha çalışması. Bugün Spencer'in uzviyet nazariyesi reddedilmiş olduğu gibi Evolution nazariyesi de inkâr olunmaktadır, İngiltere'de Spencer mektebini devam ettiren olmadı.

Fransa ve İngiltere'den sonra sosyoloji sahasında birçok âlim yetişmiş memleket Şimalî Amerika'dır. Bidayette Amerika'da Spencer fikirleri hâkimdi. Bugün orada dahi Spencer metruktür. Amerikalıların kendilerine mahsus sosyolojik sistemleri vardır. Amerikalı Leister Ward büyük sosyologlardan sayılır. Ward'da Spencer gibi natüralisttir: Her hâdiseyi maddenin inkişafıyla izah etmeye çalışır. Fakat Ward bir bakımdan Spencer'den ayrılır. Ward'a göre *maddenin inkişafı mahsulü olan beşerî akıl inkişaf ettikten sonra beşeriyet hayatında müstakil bir âmildir. Ward'ın bu fikri çok mühim bir fikirdir: Bu maddiyatçı felsefenin ideali felsefe istikametinde mü-*

him bir adımdır. Ward'a göre «beşerî câmia ruhi âmillerin mütakabil tesiri sahnesidir». Sosyolojinin mevzuu camianın bünyesi değil, camia içinde hüsule gelen içtimai hâdiselerdir. Sosyoloji içtimai faaliyetler ilmidir.

Bu fikir sosyoloji ilminin müessisi olan A. Comte'un fikirlerinden ne kadar farklıdır.

Almanya dahi birçok hatırı sayılır sosyolog yetiştirdi. Fakat Almanya'da sosyoloji «kelimesi» nin zuhur etmesinden çok evvel mahiyeti itibariyle sosyoloji sahasında tetkikattan ibaret eserler yazmış büyük âlimler zuhur etmişti: Pufendorf, Leibniz, Wolf, Kant, Hegel gibi mütefekkirler aynı zamanda sosyolog telâkki olunabilirler. Fakat sosyolojinin mümeyyiz vâsı olan pozitif metoda dayanan sosyoloji Almanya'da ancak Marks, Schaffle ile başlıyor. Marks'ın sosyolojik telâkkileri bugün herkesçe malûmdur: Marks'a göre beşerî camiaların teşekkülünde, yaşamasında en mühim âmil iktisadi âmildir, yani maddi hayat vastalarını istihsal usulleridir. İstihsal usulleri camiaların temelidir, esasıdır. Diğer mânevi şeyler, (din, felsefe, hukuk, edebiyat) hepsi ancak iktisadi âmil üzerine kurulmuş şeylerdir. İktisadi âminin birer inkişafıdır. Bu fikir Amerikalı Ward'ın fikrinden tamamen farklı bir fikirdir. Ward'a göre beşerî camiaların hayatında insan ruhu mühim ve müstakil bir âmildir, Marks'a göre psişik âmillerin içtimai hayatta rolü yoktur. İnsanın şuru ancak iktisadi vaziyetin bir inkişafından ibarettir.

Marks'tan sonra Almanya'nın en meşhur sosyologu Schaffle (1831-1903) dır. Bu âlimin «içtimai teşekkülün bünye ve hayatı»¹² adlı eseri bugüne kadar ehemmiyetini kaybetmemiş bir eserdir. Schaffle idealist ve spiri-tualist'tir.

Bunlardan başka Wundt da büyük sosyologdur. Bunlardan sonra zuhur eden Gumplowicz ve Lilienfeld gibi ikinci derece sosyologlar üzerinde duracak değiliz.

Son zamanlarda Almanya'da pek çok sosyolog zuhur etti. Bugün Alman sosyologları arasında başlıca üç cereyan müşahade olunmaktadır. 1) Pozitif cereyan, 2) Felsefi cereyan, 3) Metafizik cereyan.

Pozitif cereyanın en parlak mümessili von Wiese'dir.¹³ Tarihî ve felsefi cereyanın mümessili olarak Alfred Weber'i gösterebiliriz.¹⁴ Bu cereyana Almanyada *Kultursoziologie* ismini veriyorlar.

Metafizik temayülleri temsil eden sosyologa misal olarak Karl Mannheim'i¹⁵ göstermek mümkündür.

Bu izahlardan çıkan netice şudur: sosyolojinin mevzuu ve ruhu hakkında Almanya'da dahi fikir birliği yoktur. Almanya'da da sosyolojinin mevzuu kati surette tesbit edilmiş değildir.

Rus sosyologlarından Maksim Kowalewski, De Roberty ve Kareeff beynelmilel şöhret kazandılar ise de «ecole» yaratamadılar.

İtalya'da sosyoloji ilminin vaziyeti hakkında kâfi malûmata malik değiliz.

(12) Schaffle, *Bau und leben des sozialen körprs.*

(13) *System der soziologie als Lehre von den sozialen processen und den sozialen Gebilden der Menschen.*

(14) *Ideen zur Staats- und kultur soziologie.*

(15) *Des Problem einer soziologie des Wissens. Archiv für sozialwissenschaft und Sozial Politik, T. 54.1925.*

(11) *Finsi zehri gepriyevne, beute kaumi ochir geluseni: Spencer (Soziologie, S. 61).*

Fakat eserleri Fransızca'ya tercüme olunan Pareto'yu büyük sosyologlardan saymalıyız. Pareto metodunun tamamıyla objektif olmasıyla temayüz ediyor.

Memleketimizde müstakil bir sosyolojik mektep teessüs etmedi. Bizde ilk defa olarak sosyoloji ile uğraşan Ziya Gökalp olmuştur. Bu mütefekkir Durkhayım (Durkheim) sosyolojisini bir din gibi kabul etmiş, ve memleketimiz münevverlerine Durkhayım'ın fikirlerini birer dinî akide gibi kabul ettirmeye çalışmıştır. Buna kısmen muvaffak ta olmuştur.

Bu, türlü memleketlerdeki sosyolojinin mevzu ve mahiyeti hakkındaki fikirlerinin hulâsasından anlaşılıyor ki, bugün hiçbir memlekette sosyoloji ilminin mevzuu tamamıyla tesbit edilmiş değildir. Bu ilmin mevzuu hakkında fikir birliği mevcut olmadığı gibi, sosyolojinin mevzuu olması lâzım gelen beşerî camianın mahiyeti, camiaların hayatında müessir olan içtimai kanunlar hakkında da ittifak yoktur. Beşerî camia, Spencer'in iddia ettiği gibi bir uzviyet midir? Yahut Tarde'in ileri sürdüğü gibi camia ancak birbirine mütetekabil ruhi tesirleri neticesinde husule gelen bir birlik midir? Camia hayatında mühim olan, esas olan fert midir? Yahut ferdin ehemmiyeti olmayıp esas olan camia mıdır? Camiaların hayatında husule gelen tahavvüllerin en mühim âmilleri nelerdir? Marks'ın iddia ettiği gibi en mühim âmil iktisadi âmil midir? Yahut Tarde ve Ward'ın ispat etmeye çalıştıkları gibi ruhi ve mânevi âmiller midir?

Bugün bütün bu suallere katî cevap verilmiş değildir; bütün bu meseleler tetkik ve münakaşa mevzuudur.

İtiraf etmek lâzımdır ki, sosyoloji müstakil bir ilim olarak bugün tamamıyla teessüs etmiş değildir. İçtimai ilimler vardır. İçtimai ilimler tamamen teessüs etmiştir. Fakat içtimai hayatın her sahasında hâkim umumi değişmez kanunlar tesbit edilmemiştir.

Tarih, tarih felsefesi, hukuk, hukuk tarihi, hukuk felsefesi, iktisat, iktisat tarihi, din tarihi, etnografi, içtimai morfoloji, lisanîyat, lisanîyat tarihi hepsi çok münkeşif içtimai ilimlerdir. Bunların fevkinde ve haricinde, bütün içtimai hâdiselerin tâbi olduğu umumi kanunlardan bahseden bir ilim olarak sosyoloji teessüs etmiş değildir. Böyle bir ilmin teessüsü için daha çok zaman beklemek lâzım olacaktır. Bugün daha bütün içtimai hâdiselerin tâbi olduğu umumi kanunlardan bahseden bir sosyoloji ilminin teessüsü için lâzım olan şartlar tahakkuk etmiş değildir.

Böyle bir ilmin teessüsü için ferdi psikoloji, fertlerin, ruhi hayatının bütün hâdiseleri tesbit ve izah edilmiş olması lâzımdır. Beşerî fertlerin ruhiyatının bütün tecelliyatı, muhtelif sahada muhtelif ahvalde ferdi şu veya bu harekete sevk eden âmiller, bu âmillerin mütetekabil tesiri, bu tesirin dereceleri, bugün tesbit edilmiş değildir. Umumi sosyolojinin teessüsü için bütün bu suallere cevap verilmiş olması lâzım olurdu. Bugün psikoloji ismiyle okutulan ihsas, dikkat, hafıza ve iradeden bahseden psikolojinin gayet sathi ve suni olduğu ispat edilmiştir. Ferdin ruhi hayatı bir küldür. Ferdin ruhi hayatı ruhi âmillerin haricî âmiller haricî âmillerin ruhi âmiller mütetekabil tesiri muhassasıdır.

Ferdî psikolojinin hakiki kanunları bugün tesbit edilmiş addolunamaz.

Ferdî psikoloji kanunları tesbit edilmedikçe maşerî psikoloji kanunları da katî sayılamaz.

Bundan başka hukuk tarihi, iktisat tarihi, dinler tarihi, lisanların inkişaf ve tereddidi tarihi sahasındaki tetkikat da sona ermiş sayılamaz. Bütün bu sahalardaki hâdiseler ve bu hâdiselerin ferdi ve maşerî psikoloji ile münasebeti tesbit edilmedikçe, umumi sosyolojik kanunlar tesbit edilemez.

VI. SOSYOLOJİ BİR TETKİK METODUDUR

Şu halde sosyoloji bir heyuladan, boş lâftan mı ibarettir? - Hayır, hayır, sosyoloji bugün birçok bakımdan, çok mühim bir ilmî varlıktır:

I. Her şeyden önce sosyoloji bir tetkik metodu olarak çok müsmir olmuştur. A. Comte sosyoloji ile beraber pozitivizm felsefesini tesis etmekle tecrübe ve müşahadenin rol ve ehemmiyetini tebarüz ettirdi. Eskiden ancak tabî ilimlerde istifade edilen pozitif metod Comte'tan sonra içtimai ilimlere teşmil edildi. Âlimler içtimai bir hâdisi hakkında bir hüküm vermeden önce tarihi ve bütün yaşayan beşerî camiaları bu hâdisi bakımından tetkik etmeyi âdet edindiler. Bu usule sosyolojik metod ismi verilmiştir. Bu çok ilmî olan metod içtimai ilimlerin pozitifleşmesinde mühim rol oynamıştır.

II. Sosyolojinin içtimai ilimlerin inkişafına hizmeti yalnız bundan ibaret değildir. Sosyologlar, içtimai kanunları tesbit etmek için bugün yaşayan türlü medenî camiaları ve bütün tarihî camiaları türlü bakımdan tetkik ettiler. Medenî camiaları tetkikle iktifa etmediler, en iptidai milletlerin içtimai hayatları hakkında da türlü araştırmalar

yaptılar. Her türlü muasır ve tarihî camialarını dinî ve ahlâkî telâkkilerini, hukukî teşkilâtını, örf ve âdetlerini, lisanlarını, iktisadi hayatlarını incelediler. Bu tetkikatın mahsulü çok zengin ve çok kıymetli bir sosyolojik malzeme teşkil etmektedir. Bugün Spencer, Ward, Kowalewski, Morgan, Fraser ve pek çok diğer sosyolog, etnograf ve etnologlarla hukuk tarihi mütehasısları tarafından sosyolojik metotla elekten geçirilmiş çok zengin bir sosyolojik materyel vardır. Bunlardan daha katî umumi kanunlar çıkarılmış değildir. Fakat bu vaziyet bu tetkikattan bazı hükümler çıkarmaya, birçok içtimai hâdiseleri daha iyi anlamak için bunlardan istifade etmeye mâni değildir. Bu tetkikattan çıkan neticeler arasında hemen hemen kanun mahiyetini haiz esaslar da vardır. Bugün içtimai ilimlerle uğraşan herhangi bir hukuk âlimi, iktisat âlimi, herhangi bir münevver bu kıymetli malûmatı ihmal edemez, onlardan haberdar olmadıkça, hukukun, iktisadın tarihî, içtimai ve sosyolojik esasları hakkında emin olarak söz söyleyemez, söylerse bu fikirler içtimai ilimlerin bugünkü seviyesine uygun sayılmaz. İçtimai ilimler birbirine bağlıdır. İktisat tarihi bilinmeksizin hukuk tarihi anlaşılmaz. Hukuk tarihi malûm olmadıkça, iktisat tarihi anlaşılmaz. Bugün herhangi bir hukukçu sosyolog olmadığı gibi, herhangi bir tarihçi, herhangi bir edebiyatçı da birkaç kitap okumakla sosyolog olamaz. Fakat kendisine hürmet eden her hukukçu, her iktisatçı ve hattâ, her edebiyatçı sosyologlar tarafından toplanmış sosyolojik tetkikatın hiç olmazsa en klâsik olanlarını okumuş olmalıdır.

İçtimai ilimlerin en mühim olanı hukuktur. Bugün hukuk ilmi ahlâk ve

felsefeye istinadettiği gibi, sosyolojiden de istifadeye mecburdur. Hukuk ilmi ancak sosyolojik malzemeden istifade etmek şartıyla ilmî mahiyetini muhafaza edebilir. Hukuk ve sosyoloji birbirine bağlıdır. Hukukun iktisat, ah-lâk ve felsefe ile alâkası ne kadar kuvvetli ise sosyoloji ile alâkası da o kadar sıklıdır.

Her gün her sahaca eski devirlerde görülmemiş bir şekilde inkişaf halinde bulunan memleketimizde tahakkuk ettirilmesini temenni ettiğimiz birçok şeyler vardır. Bunlardan biri; bugün memleketimizde *tabrik olunan yüksek hukuk kaidelerinin tarihi, iktisadi, ve sosyolojik esaslarını tetkike gittikçe daha geniş yer ve daha fazla önem verilmesidir. Hukukun tedris ve tahsili gittikçe daha ilmîleştirilmelidir.*

Bugün memleketimizde hâkim hukuk çok yüksek bir hukuk sistemidir. Bu yüksek hukuku yaşatmak için memleketimizde hukuk ilminin seviyesi de yüksek olmalı ve yüksek kalmalıdır. Hukukun ilmî seviyesi inkişaf etmezse hukuk kavaidi de tereddiye uğrar.

Bugün memleketimizde hâkim hukuk sistemi yüksek kültür bahçelerinde

yetiştirilmiş bir mahsuldür. Bir bahçedeki çiçekler ne kadar güzel olursa olsun sulanmadığı takdirde solmaya, nihayet kurumaya mahkûm olduğu gibi, bir memlekette hâkim kanunlar da, ne kadar mükemmel olursa olsunlar, ilimle tenvir edilmedikleri takdirde bu kanunlar çorak bir çölde dikilmiş fidan gibi kurumaya, tereddiye mahkûmdur. *Hukuk ilmi inkişaf etmemiş bir muhitte mükemmel kanunlar yaşayamaz. Tarih, iktisat, felsefe ve sosyolojiye istinadetsiz hukuk ilmi de inkişaf edemez. Hukuk ilmiyle beraber hukukun tekâmülü de durur.*

Bereket versin bu tehlike mevcut değildir. Hukukumuzu, kanunlarımızı ilmî bakımdan tetkik sahasında göze çarpar müspet hâdiseler müşahade ediyoruz.

Hukuk Fakültelerimizde hukuk sistemimizi ilmî bakımdan tetkika ve tenvire tahsis edilmiş kürsülerin mevcudiyeti ve memleketimize hukuk ilmini yayma gayesini istihdaf eden hususi cemiyetlerin teşekkülü, hukuka dair yeni yeni ilmî eserlerin zuhuru bu sahada ümit verici müspet hâdiselerdir.

Hukukta “Özgürlükçü” Yorum ve Refah Partisi Kapatma Davaları

Mehmet TURHAN*

Murat Belge'nin ülkemizde yargı üstüne şu söylediklerine katılmamak mümkün değil.

“Çeşitli yargı organlarından karar üstüne karar çıkıyor. Şemdinli davasından İhsan Doğramacı davasına, bu ‘polis beraati’ndan ‘vicdani red’de vb. bir takım kararlar veriliyor. Bunların hemen hemen hepsinin ortak bir noktası olduğunu görmek için çok da keskin gözlü olmak gerekmiyor; ayrıca, bir Türkiye vatandaşı olarak, bu duruma öyle uzun boylu şaşmak da gerekmiyor: çünkü yargı mekanizması şu son dönemde, tutarlı ve sistematik bir biçimde, devletten yana (ya da ‘devlet iktidarı’ çevresinde yer edinmiş kişilerden yana) kararlar veriyor: ‘müesses nizam’ın ayrıcalıklarını koruyor.

Türkiye’de her şey, ‘devleti korumak’ üzeredir. Demokrasi olmamasının nedeni de zaten budur. Dünyada yargı, devlete karşı yurttaştan yanadır, güçsüzden yanadır, demokrasi ve insan haklarından yanadır. Türkiye’de yargı devletten yanadır.

12 Eylül zihniyetinin ve dolayısıyla hukukunun iki tane ‘son savunma çizgisi’ olduğu görülüyor: birincisi Genelkurmay, ikincisi Yargıtay. Genelkurmay’ın davranışları bir düzeyde çok

önemli olabilir, ama Yargıtay’ın davranışları, Yargıtay’ın yapmak durumunda olduğu şeyleri yapmaması, bundan çok daha önemlidir. Daha önce de yazdım, bir toplum, adalet duygusunu kaybettiğinde (ve bizimki büyük ölçüde kaybetti), böyle bir toplumun toparlanması çok zordur... İşitiyor musunuz?”

Yargının, özellikle anayasa yargısının “güçsüzden ve haklarından” ve “haklardan” yana bir konuma getirilmesini sağlayacağı düşüncesiyle, bu yazıda Isaiah Berlin’in ve Ronald Dworkin’in görüşlerinin ışığı altında Anayasa Mahkemesinin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin “Refah Partisi Kararlarını” irdelemek ve eleştirmek ve bu yolla hukukta nasıl özgürlükçü bir yorum yapılabileceğini göstermek istiyoruz.

Isaiah Berlin’in İki Özgürlük Kavramı ve Değerlerin Çoğulculuğu

Yirminci yüzyılın önde gelen siyaset filozoflarından Isaiah Berlin’in iki temel görüşü vardır. Bunlardan ilki negatif özgürlük ve pozitif özgürlük ikincisi de değerlerin çoğulculuğu anlayışlarıdır. Berlin’in bu görüşlerinin anayasa yargısında nasıl kullanılabilceği-

(* Prof. Dr., Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

(1) Murat Belge, “Son Yargıtay Kararı”, *Kadıköy*, 12.11.2006.