

Hukuk Felsefesi Konferansları

Yazan: Paul CUCHE
Grenoble Hukuk Fakültesinde
Profesör.

Çeviren: Hâlide TOPÇUOĞLU
Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi
Asistanı

ONSOZ

Bu konferansların, hukukçulardan ve bilhassa hukukî tefekkürün yeni dönemleri hakkında bilgi edinmek isteyen felsefe öğrencilerinden mürekkep karışık bir dinleyici kitlesine karşı verildiğini hatırlatmayı zarurî görüyorum.

Bu konferanslar, Genel Âmme Hukuku nazariyecilerinin uzun zamanlardan beri âşinâ oldukları bazı görüş tarzlarını, pek seçkin bir muhit içinde basitleştirerek yayma yolunda bir teşebbüstür.

Bu itibarla, bu görüş tarzlarını belki fazla mütebariz hatlarla tasvir edişim ve fazla mütekâsif bir şekilde ortaya koyuşum mazur görülmelidir. Hukukî bir olgunluğa sahip olmamakla beraber, cidden en mücerret spkülasyonlara dahi alışkın bazı aydınların bana ayırmış oldukları konferans müddetini uzatmaya hakkım yoktu. Bana düşen herşeyden evvel, onları, açık ve kendi bilgi hazinelerine yerleştirilmesi kolay ve düşündürücü sadelikleriyle bir temmül tohumu olmaya elverişli bazı fikirlerle teçhizden ibaretti.

Konferansların metnini has isimler ve haşiyelerle doldurmayı lüzumsuz gördüm. Zaten malûmat sahibi dinleyicilerin işine yaramıyacak olan bu tahşiyeler, bugün birbirleriyle çarpışmakta olan hukukî doktrinlerle daha ilk defa temasa gelmek isteyen diğer dinleyiciler için de uygunsuz düşecekti.

Hülâsa maksadım, hukuk ilminin en yüksek problemlerine girişi kolaylaştırmak ve bunlarla alâkadar olabilecek kimselerin sayısını arttırmaktan ibaretti. Ne yazık ki, birçok hukukçuların bu meselelerin cahili oldukları görülmektedir. Fakültelerimizin programları bu meselelerin tedkikini, bazan pek az talibi olan ve zaten her Fakültede okutulmayan doktora kurlarına

bırakırlar. Acaba birgün, Hukukî Doktrinler Tarihine de, hiç olmazsa İktisadî Doktrinler Tarihi kadar bir yer verileceğini ümit edebilir miyiz? (1)

Tabii hukuk serabı

(Le Mirage du Droit Naturel)

Hukuk ilminin en yüksek problemlerinin uzun seneler zarfında fakülterimizin programlarında yer tutmadıkları söz göstermez bir hakikattir. Daha geçen asrın sonunda, saygı değer bir hukukcu olan Vareilles - Sommières eserlerinden birinin ön sözüne şöyle başlıyordu.:

«Ben bu eserde bana hiçbir zaman öğretilmemiş olan şeyleri öğretiyorum: Hukukun ana prensiplerini» bundan sonra da, kendi zamanında ve esasen çok daha evveldenberi fransız talebelerinin hukuk binasına, servis kapısına benzeyen bir yan kapıdan sokulmalarına ve uzun dehlizlerden dolaştırıldıktan sonra içinde enaz üç sene ikamet ettikleri bu muhteşem binanın heyeti umumiyesini biran bile göremeden yine aynı tarzda bir başka yan kapıdan çıkarılmalarına teessüf eder.

Vareilles - Sommières'in işaret ettiği bu vahim boşluğun bugün dahi doldurulmuş olduğuna kani değilim. Hele hiç biri pek de eski olmayan bazı kitabların isimlerine bakınca bu boşluğun yakın bir zamanda doldurulabileceğinden de şüphe ediyorum: Amme hukukunun istihaleleri; Hususi hukukun istihaleleri, Hukukun tekâmülü ve maşeri vicdan. Hukuk felsefesinde buhran.

Son zamanlarda hocalarınızdan biri hemen hemen ikiyüz sahifeye yakın bir eserinde hukukun bir tarifini araştırmağa kalkmamış mı idi? (2)

Bütün bunlar hukuki düşünüşün bu anda Fransada bir kaynaşma safhasında olduğuna alâmet değil midir? Hukukun daha tarifi yapılamayan bir memlekette onun ana prensiplerinin öğretilmesini beklemek abestir.

Zahiren Code Napoléon'un metafiziği ile tatmin edilmiş gibi görünen bu Fransız hukukçularının bir asra yakın bir zamanda hukukun menşe'i ve vazifesi hakkındaki yüksek nazariyata karşı hiç bir tecessüs duymamış oldukları düşünülürse bu şimdiki kaynaşma ve tahammürün dahi başı başına bir terakki teşkil ettiğine hüküm olunamaz mı?

(1) — Türk Hukuk Fakültelerinde bu dersler 1933 yılındanberi Lisans programları içinde yer almıştır. (çeviren)

(2) — Lévy-ULMANN : La Définition du Droit. Paris. Recueil Sirey. 1917

Bu tavır değişmesinin asıl sebebini siz bilirsiniz.

Zamanımızın iktisadi zaruretlerini ve sosyal temennilerini artık hukuk alanındaki ferdiyetçilik düsturlarile tatmin etmek kabil olmuyordu.

İnsanlar arasındaki karşılıklı tabiiyetin günden güne arttığı bir devirde, ferdin «Bir hayvanat bahçesinin kafesleri gibi etrafları çevrili hürriyet odacıkları içinde,» (3) yaşadıkları faraziyesine dayanan bir hukuk nizamı ile ne yapılabilirdi?

Bu itibarla hukukun görevi hakkında daha etraflı bir görüş tarzını aramak icap ediyordu.

Bu araştırmağa teşebbüs edenlerin hepsi aynı yoldan gitmedilerse de hep si yine müşterek bir fikrin, müşterek bir endişesinin tesiri altında idiler: Hukuku vakialara yaklaştırmak fikri, tâki artık vakiaların kanunlara ısyanı gibi bir mesele bahis konusu olmasın.

İşte bu müşterek temayüle, münasip bulursanız hukuki realizm temayülü deyelim. Ben bu tabiri şimdi muvakkaten kullanıyorum Zira bu mefhumun tarifini asıl üçüncü konferansımda yapmak niyetindeyim.

Bu temayülden bir taraftan tabii hukuk Rönesansı cereyanı, diğer taraftan da hukukî pozitivism baş gösterir. Siz hepiniz, bu doktrin başkalığı dolayısıyla birbirleriyle çarpışan büyük hukukçuların adlarını bilirsiniz.

Köklü teoruzlarına rağmen tabii hukuk rönesansı cereyanı ile hukuki pozitivism aynı zaviyeden tetkik edilebilirler. Her ikisi de hukuk ile inanç arasındaki münasebet meselesini ortaya koyar. Bunların, hukukî realizme doğru yaptıkları hamlede Pozitivistler veya natüristler, inançtan, yani vakiaların basit bir müşahedesinin bize telkin edemediği bazı deney-üstü (transcendental) mefhumların müdahalesinden kurtulmağa ne kadar muvaffak olabildiler? Ben size her türlü hukuk telâkkisinin, hattâ pek sarîh bir şekilde pozitivist olanın bile, daima bir dini îmana veya hiç değilse bir metafizik postulatlar serisine inanmayı tazammun ettiğini isbat edeceğimi sanıyorum.

Fakat hukukî tefekkürün realizme doğru yaptığı bu gayretlerin, kendisinden ümit edilen hususlara ancak nâkis bir surette cevap verebildiğine bakıpta, bütün hukukun uçsuz bucaksız bir mefhumculuktan, yani harici realitelere dayanmayan bir yığın mefhum Combinaisonlarından ibaret olduğuna hükmetmekten sakınmalıdır. Hukukî gerçekcilik (Realizme juridique) ile hukukî mefhumculuk (Conceptualisme juridique) arasındaki mücadelede bahis konusu olanşey, bildiğiniz gibi, meşhur tüzel kişilik nazariyesidir.

(3) — R. Jhering - L'Évolution du Droit Sh: 335

Esasen mevzuu münhasıran tabii hukuk ve hukukî pozitivizm olan bu ders; tüzel kişilik nazariyesinin tetkiki ile bitirmekle dikkatinizi, bugün hukuk felsefesinin ortaya koyduğu en büyük Problemlerden üçü üzerine çekmiş olacağımı ümit ederim.

Hukukî realizm temayülünün, neticede bir tabii hukuk rönesansına varmasında anlaşılacak bir şey yoktur. Tabiata yaklaşmak, realiteye yaklaşmak demek değil midir? Vakıalara uymak demek değildir? Fakat burada da ince bir tefrik, bir katiyet icap etmez mi?

Bu tabii hukuk rönesansı hareketinde, bu hukukun eski telâkki tarzı değiştirilmiştir. Tabii hukuk artık bütün içtimaî münasebetler için gerekli prensipleri ve hal suretlerini ihtiva eden ideal bir hukuk gibi, mükemmel bir mevzuat sistemi gibi, bütün müsbet mevzuata örnek olacak bir şey gibi telâkki edilmiyor. Tabii hukuktan ancak bazı direktifler ve temenniler beklenebileceği hususunda herkes müttefiktir. Fakat bunlar müsbet hukukun hazırlanmasına kanun koyan, yargıç veya hukuk bilgini gibi her hangi bir sıfatla iştirak edecek olanların hepsinin, dini veya felsefi kanaatları ne olursa olsun el birliğiyle kabul edebilecekleri direktifler ve temenniler olacaktır.

İşte bilhassa bu nokta üzerine dikkatinizi çekiyorum:

Bugün tabii hukuk meselesinin ortaya çıkardığı münakaşanın bütün amelî kıymeti buradadır. Tabii hukuk rönesansı uğuruna sarf edilen gayretin gayesi; müsbet hukuku yaratmağa çalışan bütün bu gibi kimseler için üzerinde çalışabilecekleri müşterek bir anlaşma zemini bulmak ve bunu tayin ve tahdit etmektir.

Kanun yapanlar, kanunu kendi keyflerine göre yapamazlar.

Bu kimseler kendilerine hakim olan bir takım direktiflere, yol göstremelere uymak zorundadırlar. Zira uymak mecburiyetinde oldukları bu prensipler bizzat eşya tabiatından çıkmaktadırlar.

Kanuni şerh veya tatbik edenler ve çok defa onun boşluklarını ve belirsizliklerini izaleye çalışanlar da yine aynı vecihle bu müşterek direktiflerden ve prensiplerden ilham almalıdırlar.

İşte bugün tabii hukuktan beklenen hizmetler bunlardır. Yalnız şimdi birşeyi bilmek kalıyor: Karşımızdakinin bir gerçeklik mi yoksa bir serab mı olduğunu.

Pratik ehemmiyeti meydana çıkınca, yeniden meşhur tabii hukuk meselesine dönmem gerekiyor. Şimdi ilk endişemiz, bu meseleyi iyi bir şekilde vaz etmek olmalıdır. Bu hususta aynı mevzu hakkında şimdiye kadar mücadele etmiş olanları adam akılı tenkidde kendimi haklı buluyorum. Bunların hepsi esaslı bir tavzihi ihmal etmişlerdir.

Kendisinden müşterek bir anlaşma zemini yaratılması düşünülen bu tabii hukuk bir içtimaî hayat kaideleri serisimidir, yoksa bir ferdi imtiyazlar mecmuası mıdır? Başka tabirle ve Duguit'nin bizi alıstırdığı bir terminoloji ile söyleyelim: Bu tabii hukuk, objektif bir hukuk mudur? yoksa sübjektif bir hak mı?

Tabii hukuktan bahsedildiği zaman, sadece; bizzat beşer cemiyetlerinin mahiyeti icabı olan bir takım sosyal hayat kaidelerinin mevcut olduğu mu söylenmek isteniyor, yoksa sadece bizzat beşer tabına merbut omaları dolayısıyla her ferde tanınması gereken bazı imtiyazların vücudundan mı bahsediliyor? Bu, halli gereken mühim bir noktadır. Bunu isbat için, Duguit nin içtimaî tesanüd kanunundan hareket ederek objektif bir tabii hukukun vücudünü kabul ettiği halde şübjektif tabii hakların varlığını şiddetle red ettiğini hazırlamak kâfidir.

Daha baştan böyle bir tefrik yapmadan, tabii hukuk münakaşasına girişmek imkânsızdır. Bununla beraber, meseleyi bu iki cepheden incelemeden evvel, gerek objektif tabii hukuk taraftarlarının ve gerek sübjektif tabii haklar taraftarlarının aynı postulata dayandıklarını işaret etmek lâzımdır.

Tabii hukuk demek, tabiata uygun, tabiat tarafından ilham ve emir olunan hukuk demektir. Yani insanın ferdi tabiatı tarafından yahut beşer cemiyetlerinin tabiatı tarafından ilham ve emir olunan hukuk.

Bu andan itibaren, tabii hukukun bir müşterek direksiyonlar mihrakı, bir müşterek anlaşma zemini olabilmesi için-ki bu katiyen gözden kaçırılması gereken bir noktadır-(tabiat) mefhumu üzerinde ve binnetice ister fertlerin, ister beşer cemiyetlerinin menşei ve mukadderatı meseleleri üzerinde bir ittifak hasil olmuş olması lâzımdır. Hülâsa; müsbet hukuku hazırlamağa uğraşanların hepsinin aynı içtimaî felsefede veya aynı insan felsefesinde birleşmiş olmaları lâzımdır.

İşte postulat budur.

Bunu tebarüz ettirmek için, söylemek kâfidir. Beyhude izahlara lüzum yok. Maamafî ben yine ısrar ediyorum, zira şimdi biz, objektif veya sübjektif olsun, bütün tabii hukuk taraftarlarına karşı yapılabilen en ağır tenkidin karşısındayız. Evvelâ objektif tabii hukuk iddiasından başlayalım. Acaba beşer cemiyetlerinin fonksiyonu ve gayesi hususunda ve içtimaî terakkiden ne murat edildiği bahsinde filozoflar, hukukçular ve siyaset adamları arasında, yakında, her hangi bir anlaşma meydana gelecek midir? Duguit'nin, bize içtimaî hayatın esas düsturu olarak kabul ettirmek için tesanüd kanununu ne kadar keyfi bir surette seçtiğine hayretleyim. Bundan kolayca - hattâ fikrim-

ce pek fazla kolaylıkla - çıkardığı netice de bu tesanüdü artıran her şeyin bir terakkî, azaltan her şeyin de bir gerileme olduğudur.

Acaba müşahade mütalâlarının bizi böyle bir neticeye sevk ettikleri doğru mudur?

Diğer filozof ve sosyologların, tabiatta müşahade ettikleri şeyin bilhassa zaiflerin kuvvetliler tarafından ezilişi olduğunu ve tesanüd kanununu değil belki hayat mücadelesi kanununu gördüklerini ve bu kanunun da zihni veya maddi vasıfları ilerde irsiyetle intikal edecek olan en iyi ferderin seçilmesine ve güzîdelerin yetişmesine yaradığını söylediklerini hiç işitmedik mi?

Onlara göre terakki yolunu açan; tesanüd değil belki zorlamadır. Esas itibarile biz, kendi dinî veya ahlakî noktai nazarlarımızdan tecerrüde muvaffak olduğumuz takdirde sonunda onlara hak verecek değil miyiz?

Güzîdeler yetiştirmek, üstün ferdiyetler yaratmak, alelâdeler ve kifayetsizler sürüsünü çekip çevirecek, önüne katacak ve gayelerine ulaştıracak olan tam bir zekâyâ sahip müstesna şefler yaratmak, içtimaî terakkî yolunda, tesanüdü artırmağa nazaran daha emin bir surette yürümek demek değil midir? Tesanüdle beraber ferdlerin manevi kıymeti de artmazsa, bunun bize ne gibi bir âkîbet hazırladığı endişesizce düşünülebilir mi?

Beşer cemiyetesinin tabiatı ve gayesi hakkında bu kadar derin fikir tehalüfleri baki kaldıkça, objektif bir tabii hukuk üzerinde ittifak edebilmek meselesi bahis mevzuu olamaz.

Sübjektif tabii haklar münakaşası ortaya çıktığı, ve bilhassa objektif hukuka düşen rolü sadece bu ferdi hakların bir arada yaşayabilmelerini temine ve az evvel bahsettiğim faaliyet sahaları arasındaki eşitliği korumağa inhisar ettirmek iddiası ortaya atıldığı zaman, bizi, yine aynı netice beklemektedir. Halbuki işte bizim beşer hakları beyannamemize ve ihtilâlcî ana yasalarımıza müessir olan ideoloji tamamen budur.

İnsanın doğarken tabiatıyla bir takım haklara sahip olduğu nasıl izah edilir? ve bu hakların ölçüsü nedir?

Bu suale nekadar muhtalif ve nekadar birbirile telifi imkânsız cevaplar verilir:

Bir kısmı bu tabii haklara mutlak bir mahiyet atfeder, onları beşer şahsındaki yüksek liyakatın izale olunamayan bir hassası gibi telâkki eder ki böylece hukukun insanda, yani hukuk nizamının meb'de ve gayesi demek olan insanda mündemiç olduğunu kabul mecburiyeti doğar. Bu, insanı yeğâne mutlak ölçü olarak kabul eden bir metafiziktir. Diğerleri ise bu ferdi

hakları, ifâsına imkân verdikleri vazifelerle ve kendilerine irişilmesini mümkün kıldıkları bazı dünyevîliği aşan gayelerle izah ederler.

Bu takdirde bu haklarda mutlak olan hiç bir taraf yoktur. Zira bu hakların ölçüleri kendi varlık sebeperini teşkil eden vazife ve gayelerde mündemiçtir. Bazıları ise kendilerini agnostique olarak tanıttıkları halde her ferdi hakda bir sosyal vazife mündemiç olduğunu ve «içimizden her birinin dünyada ancak sosyal hayatta ifa ettiği hizmet yüzünden bir varlık sebebine sahip olduğunu» söylerler. (4)

Hangi telâkkiye iştirak edilirse edilsin, ferdi hakların ister mutlaklığı ister nisbiligi iddia edilsin, bu neticelere müşahade veya tecrübe yolu ile varıldığını iddia etmek kabil değildir. Bu neticeler aşikâr ve muhakkak bir surette bizim felsefi veya dini inancımızdan ileri gelmektedir. Demek ki, biz insan tabiatından sadır olan ferdi haklardan bahsettiğimiz zaman, ancak kendi anladığımız manada bir insan tabiatından bahsetmekte olduğumuzu unutmamalıyız. Bu tasrihin şimdiye kadar daima ihmal edilmiş olması pek gariptir!

Artık bu isbatlamayı uzatmak bana faydasız görünüyör ve meseleyi şu şekilde hülâsa ediyorum: Tabii hukuktan, insanın veya cemiyetin tabiatı zannedilen şeyden sadır olan prensip ve direksiyonların heyeti mecmuası anlaşıldığı takdirde, müsbet hukuku hazırlayanlar arasında bu prensipler ve bu direksiyonlar üzerinde bir anlaşma tesisine muvaffak olmak imkânsızdır.

O halde yeniden doğan ve yenilenmiş olan tabii hukuk taraftarlarının, sadece bütün itikad nevelerinin birbirile buluştukları bir dörtyol ağzında birleştiklerini ve ancak bu birleşme noktalarından ibaret olan bu daracık saha üzerinde çalışmakla iktifa ettiklerini kabul edebiliriz. Onların tabii hukuk levhasını dikmek istedikleri zemin ne kadar dar olursa olsun işte bu zemindir.

Şu halde, bu zeminin mevcut olup olmadığı ve mevcut ise neleri ihtiva ettiğini sormak lâzımdır. Biz bu şekide anlaşılan tabii hukukun, artık hukukun tâli mahiyetteki gayelerine (Les fins subalternes du Droit) irca edilmiş olacağını söylemekle her iki suale de aynı zamanda cevap vermiş olacağız.

Her hal ve şartta, yani felsefi veya dinî istikametimiz ne olursa olsun, bizim hukuktan her zaman beklediğimiz bazı hizmetler vardır. Meselâ bizim hepimiz şahsımızın ve mallarımızın emniyet altında bulunduğuna inanarak sulh içinde yaşamak isteriz.

(4) — Duguit - Transformation du Droit Privé

İçtimaî veya ferdi terakkiyi hangi cihetten ararsak arayalım, bu terakkinin, insanların birbirlerini yemeleri halinde Boutroux'nun dediği gibi bir zorbalıklar hercümerci içinde ve ferdi öc-almalar arasında takip edilemeyeceği muhakkaktır. Sulh ve emniyet, hukukun bize temin ile mükellef olduğu ilk nimetlerdir. Hukukun âli gayeleri hakkında giderilmesi imkânsız derin bir anlaşmazlık halinde bulunsak bile, hukukun, bütün hepimizin ilgili bulunduğu bu orta derecedeki gayeleri tahakkuk ettirmesi gerektiği hususunda aramızda bir anlaşma yapabiliriz. Az evvel söylediğim gibi hukukun menşei ve vazifesi hakkındaki bütün görüş tarzlarının birbirile karşılaştıkları dörtüylü ağız işte tam burasıdır. Öyle hukukçu feylezoflar vardır ki bu hududu hiç bir zaman aşmamışlardır. Geny, haklı olarak Montesquieu'nun (Kanunların Ruhu) nda, Bentham'ın ise (Hukukî ve Cezai mevzuat) inde bu tâli derecedeki gayeleri takibi, hukuk nizamının başlıca hedefi ad ettiklerine işaret etmektedir.

Bu gayelerin sayısı çoktur ve insanların karşılıklı tabiiyetlerinin her gün bir az daha fazlaştığı bir cemiyette bu sayının gittikçe artacağı da şüphe götürmez. Sadece, nizam, emniyet ve içtimaî sulh icapları bile, ferdlerin faaliyetleri için gittikçe daha büyük bir engel halini alan bir nizamlamayı gerektirmektedir. Bu tâli gayelerden ben yalnız ikisini, yani ehemmiyetleri itibarile aklı ilk gelenleri ele alıyorum; Sulh ve emniyet. Bunların daha başkaları da vardır. Meselâ Bentham (refah) dan da bahseder. Ben bu tabiri manasını daha genişleterek şöyle deyeceğim: İktisadi hayatımızdaki istihallerin imkân ve icbarları nisbetinde hukukî münasebetlere daha fazla emniyet, daha fazla sürat ve daha fazla uygunluk sokabilecek olan herşey, hukukun tâli veya orta derecedeki gayeleri arasına girer.

Hürriyet de hukukun orta derecedeki gayeleri arasına sokulabilir. Onun bir refah unsuru olduğu ve hayatın hür bir memlekette, müstebid bir iktidarın sopası altında yaşayan bir memlekete nazaran daha tatlı olduğu aşikâr değil midir?

Fakat bu nokta üzerinde herkes hemfikir de olsa, hukukun bu hürriyet nimetini bize kayıtsız ve tahditsiz olarak temin etmesi lâzımgelip gelmediği meselesi bahis mevzuu olunca derhal ayrılık başlar. Onu insan tab'ının tefriki imkânsız bir hassası gibi, mutlâk şeyler arasında sayılan bir imtiyazı gibi telâkki edenler; onu bir gayeye erişme veya bir vazifeyi ifa vasıtası gibi telâkki edenlerle aynı kanaata sahip olamazlar. Bunları, sadece, tabii hukukun konakladığı iddia edilen bu orta derecedeki gayeler zemininin pek nazik hudut meselelerini ortaya çıkardığını göstermek için söylüyoruz.

Her ne olursa olsun, sabit olan birşey vardır ki o da, iman ve akîde ihtilaflarına ve hukuku tarif hususunda her zaman hissedilmiş ve günümüzde dahi hissedilmekte olan güçlülere rağmen, asırların cereyanı içinde hukukun muhakkak bir terakki kayıtları etmiş olmasıdır. Bu tezd, hukukun bu terakkisinin hemen münhasıran kendi tâli gayelerine intibak hususundaki terakkisinden ibaret olduğunu kabul etmekten başka ne ile izah edilebilir?

Fakat acaba bu intibaklar; tabii hukukun bir sistemleştirilmesi sayesinde mi olmuştur? ve eğer istikbalde, sadece bu tâli ve orta derecedeki gayelerin bu orta - hattâ âdi - seviyesinde kalarak müsbet hukukun haziranişini takipten başka birşey yapacak değilse, bir tabii hukuk rönesansı uğruna mücadeleye girişmemize hakikaten ihtiyaç var mı? Bu kadar dar bir bina için bu kadar geniş bir temele ne lüzum var? cemiyet halinde yaşanan her hayatın iptidai icapları tarafından hattâ daha doğrusu herkesi kendi rahatını aramağa ve şahsını ve mallarını tehdit edebilecek tecavüzlere karşı korunmağa sevk eden nefsinin koruma sevki tabiisi tarafından - ister istemez bize kabul ettirilen bir hukuk nizamını, böyle büyük vaidlerin müjdecisi olan bir unvan ile süsemeye ne lüzum var?

İşte konferansımın birinci kısmında vardığım netice budur.

Yahutta tabii hukuk taraftarları; hukuk hakkındaki kendi hususi görüşlerini hukukun âli gayeleri üzerinde dolaştırmak iddiasındadırlar ki bu takdirde bir tabii hukuktan bahsetmemek lâzımdır.: Zira hakikatta ne kadar içtimaî ve beşeri gaye tasavvuru mümkünse okadar da tabii hukuk vardır.

Yahut da birbirine en muarız doktrinlerin hal suretleri, tabii hukuk namı altında toplanır. Bu zemin üzerinde kalmak demek, hukukun menşei'ne ve en yüksek vazifesine doğru olan her terakkiden kendini alıkoymak demektir. Bu, hukukî nizamda insiyakî mahiyette ve hemen hemen mantıkla alâkası olmayan ne varsa, hepsinin önüne şatafatlı bir paravan koymak demektir.

Şimdiye kadar, bir tabii hukuk serabından bahsetmekte haksız olduğumu zan etmiyorum. Biraz daha ilerliyelim, bu serabın biraz daha uzaklaştığını ve sonra büsbütün gaip olduğunu göreceğiz.

Filhakika tabii hukuk rönesansı cereyanı agnostique'lerde inkışaf etmedi. Bu ihya teşebbüsüne çalışan hukukcular, kendi itikatlarından zerre kadar tecerrüd etmek lüzumuna kani değildirler. Bilhassa Geny. O, tarzı hareket kaidelerini tanzim ve bir action felsefesi ihzarı hususlarında agnosticisme'in aczini ısrarla söylüyordu. Ancak geneksel felsefedir ki beşer hayatının her şubesine sağlam bir temel hizmetini görebilir. (Geny - Science et

technique II Sh, 359). Bu biraz mübhem olan tabirle Geny'nin Spritualist felsefeyi kast ettiğine şüphe yoktur. Başka yerlerde kullandığı tabirle akliselim felsefesi, yani ana hatlarıyla hülâsa edilmek icap ederse, kendisinin yarattığı kâinattan ayrı bir Allahın varlığını, ruhun edebiyetini ve maneviyetini, insanın uhrevi akibetini kabul eden bir felsefe. Geny, hukukçu için bu felsefenin neticelerine istinad elzemdir diyor. Fakat dahası var: Müsbet hukukun yaratılması için elzem olan araştırmalar, şayet mefhumlar mantığının sıkı disipliniinden başka hiçbir esasa dayanmazsa, vakaların müşahade ve tahlilinden hiçbir faydalı netice çıkartılamaz. (Science et Technique : II, n.9)

Burada sezgi ye, (intuition) yani bu «zihni sempati» ye ihtiyaç vardır. Bu ise inancın tesiri altında inkişaf eder. (Science et technique 1.80) Bu arada bir noktaya işaret etmeme müsaade buyurulsun: Artık Ripert'le beraber şunu sormaktan kendimi alamıyorum. :

«Şu halde ne Théiste ne de spritualist olan kimselere karşı hangi deliller ileri sürülecektir? Bize yalnız sezginin ifşa ettiği ve başka hiç bir şeye ircaı kabul olmayan bu tabii hukuku kabule onlar nasıl zorlanabilirler?»

(Droit naturel et positivisme juridique. Annales de la Faculté de Droit d'Aix. 1918. P. 23)

Fakat beni, yeniden yukarıda söylediğim ve konferansımın ikinci kısmına dahil olmayan izahlara avdet ettirecek olan bu tenkidi uzatmayayım.

Simdi bu tabii hukukun ihyasına uğraşanlardan bir çoğunun manevî cephelerine temas edelim: Katolik itikadına mensup olduğum için şahsen ben, Dualiste, theiste olan geleneksel felsefeye iltihakta hiçbir güçlük çekmiyorum. Yalnız müsbet hukukumuzun hazırlanması ve tefsiri hususlarında bu felsefenin bana ne gibi yardımlarda bulunacağını anlamak istiyorum. Geny'nin (Science et technique en Droit privé) adlı büyük eseri bu hususta bize az sürprizler ifşa etmiyor. Zannedersem en kuvvetlisi şudur: II ci cildde Geny, tabii hukukun yeni doktorları arasında yüksek bir mevki işgal eden Alman civviti P. Cathrein'in mühim bir eserini inceden inceye tahlile tabi tutuyor. Bu tahlilden bazı satırları alıyorum. T. II. P. 314: «tabii hukuk ister Allıhtan ister insanlardan sadır olsun, bilcümle mevzu emirlerin müdahalesinden arı, ve bizzat tabiattan sadır olmaları dolayısıyla bütün beşeriyet hakkında mecburlu olan bir takım kaidelerin mecmuundan ibarettir ki sahalarının ehemmiyetle tahdidı gereken bu kaideler şu iki düstura irca edilebilir. Herkese kendisine ait olanı vermelisin. Kimseyi zarara sokmamalısın» Bu kadar mütevazî bir neticeyi başkalarına kabul ettirebilmek için Cathrein'in müteaddit defalar okuyucularına, kendi isbatlarının ancak açıkça «dualiste» ve «théiste» bir dünya görüşünü kabul edenler hakkında bir katıyet ifade edeceğini tek-

rarlamasının faydadan halı olmadığını düşündüm. (Geny-Science et technique II. P. 318) Bu iki düstur, yukarda bahsi geçen hukukun orta derecedeki gayelerini aşmamaktadır. Ben burada herşeyden evvel insiyakın bir telkinini görüyorum ki bu, neden sonra hukukî bir tefsire mazhar olmuştur. Fakat Cathrein'in eseri hakkındaki tahlili okumağa devam ederken aşağıdaki iddiaya rastladığım zaman hayretim büsbütün artıyor. :

«Objektif manadaki bu tabii hukuk mefhumu, kendisinin bir müştakin-dan başka birşey olmayan tabii hak mefhumunu da belirtmeye kâfidir.» ve işte mahirane bir el çabukluğu ile, bütün ferdî hakları, aile haklarını, mamelek haklarını ihtiva eden bina, bu iki kaidenin daracak temeli üzerine kuruluverir. İtiraf edeyim ki bu yazı bende çocukca bir intiba bıraktı. Karşımda bir şapkanın içinden çeşit çeşit eşya çıkaran hokkabazlardan biri var sandım. Çıkarılan şeylere hiçbirşey anlamadan bakdım durdum. «Herkes kendisine ait olanı vermelisin» prensibi ile «kimseyi zarara sokmamalısın» prensibinden, hattâ kâinatın théiste ve dualiste bir telâkkisinin yardımile dahi insanın yaşama hakkından, hürriyet hakkından ve vücut bütünlüğünü muhafaza hakkından ve nihayet muayyen bir nisbette mülkiyet hakkından başka, diğer hususların nasıl çıkartılabileceğine hiç aklım ermiyordu.

Bu hakikati isbat için, tabii hukuk doktorları dediğim kimselerin en ciddi sosyal meselelerin halline mütaallik hususlardaki kifayetsizlikleri, aykırıkları ve tereddütlerinden başka delile ihtiyacım yok. Meselâ, bizatihi içtimaî bir unsur olan aileden başlayalım;

Az evvel tarif ve tahdit edilen şekli ile objektif tabii hukukta hattâ geleneksel felsefenin yardımı ile dahi olsa, ailenin bünyesi hakkında esaslı işala, tabii hukuku ihlal etmiş olduğuna hüküm etmekte tereddüt etmiyecek mi dayanacaktır? Elinde bu bir çift düsturdan başka birşey bulunmayan bir feylezof, bu suale ne cevap verecektir? Ve eğer yahudi veya hiristiyan ise, Allahın yahudi aile babaları ve hükûmdarları için poligamiyi mübah kılmakla, tabii hukuku ihlal etmiş olduğuna hüküm etmekte tereddüt etmiyecek midir? Devam edelim: Bu monogamik veya poligamik aile acaba bozulması kabil bir evlenme ile mi yoksa bozulması imkânsız bir evlenme ile mi meydana gelecektir? Burada da tabii hukuk bize hiç bir cevap vermemektedir. Hiç değilse bizzat Geny'nin, evlenmenin bozulması caiz olmayışının, tıpkı monogami gibi - hukukun (aklî mûtası) tarafından değil (ki bu aklî muta onun indinde tabii hukuka muadildir) belki «ideal» tarafından emir edildiği fikrinde olduğumu sanıyorum. (Science et technique II: 380, 402).

Devrimizin ana meselesi olan işin teşkilâtlandırılması davasına gelelim. Bu hususta tabii hukuktan hangi direksiyonları elde edebiliriz? Evvelâ köle-

lik hizmet hakkında ne düşünülmelidir? Eger Geny'ye inanarak başmıgelise; Cathrein köleliğe karşı, köleliğin esas hakları köleliğin ulvi gayelerine göre iyice muhafaza ve temin edilmişse, tabii hukuk namına hiç bir prensip itirazında bulunmamaktadır. (Geny - Science et technique N. P. 321). Bu konuda tabii hukukun diğer doktrineri tarafından katıyen iştirak edilmediğinden, bu sahada da ahlaki ve içtimai bakımdan haiz olduğu yüksek öneme rağmen, hal sureti bulmadan bırakmak zorunda kaldığımız bir mesele daha mevcut olduğu neticesine varıyorum.

Acaba tabii hukuk, iş mukavelesine tanınması gereken hukuki mahiyet hakkında bize daha fazla bir şey mi öğretiyor. Onu bir kiratama, bir satış, yoksa bir şirket akdi mi ad etmeliyiz? Yine kesin bir cevap yok.

Bununla beraber şunu tasrih etmeliyim ki, tabii hukuk namına konuşanlar, ecirlik rejimine karşı bir prensip itirazında bulunmamaktadırlar.. Fakat adil ücret meselesi hakkında, tıpkı adil fiyat meselesinde olduğu gibi aralarında köklü ayrılıklar vardır.

Pek yakın zamanlarda müşterek hayrın tarifi, ve bilhassa onun zıddı olan şer mefhumunun tarzihi hususlarında tabii hukukun aczi sabit olduğu mu? Burada müstehcen nesriyate karşı yapılan milletlerarası mücadelede bazı tavruhareket kaideleri istihracı için iki defa girişilen gayretleri ima ediyorum. Muhakkak ki herseyden evvel işe bir müstehcen tarifi ile başlamak lâzımdı. Bütün milletlerin müstehcenlik hakkında müşterek bir telâkkiye sahip olmaları elzemdi, çünkü onun millederarası bir surette önlenmesini temine çalışıyorlardı. Halbuki ne milletler cemiyetinin daveti üzerine toplanan 1923 konferansında ne de 1910 dakinde neyin müstehcen telâkki edilmesi gerektiği hususunda her hangi bir anlaşmaya varılamadı. Kendisine birinci derecede bir rol düşüğü sanılan bir sahada tabii hukukun o garip ve teessüfe değer kifayetsizliği!

Listeyi uzatmak bence kolaydır. Tabii hukukun, meselâ vasiyet yolu ile tevarüsün meşrutiyesine mücadilik hususlarında, yahut greve iştirak ve sendikaya girme mecburiyetleri gibi birbirinden bir hayli farklı meselelerde daha sağlam hal suretlerine sahip olduğunu da zan etmiyorum.

Tabii hukukun, müsbet hukukun hazırlanması için arz edebileceği bu yardımlar listesini sonuncu bir mesele ile yani bizzat kendi vücudumuz üzerindeki hakkımız (jus in se ipsū) meselesi ile kapatalım.

Bizzat kendi hayatımız, vücudumuzun bütünlüğü ve uzuvlarımızla bunların kullanılması hususlarındaki tasarruf hürriyetimize, tabii hukuk, hangi sarm hudutları vaz etmiştir? ve unutmayalım ki daima, akliselim felsefesini

den alınmış sezgiye dayanan görüşlerle tenvir edilmiş bir tabii hukuktan bahsetmekteyim. Acaba intihar etmek tabii hukuktan mı sayılır? Yaşama hakkı, ölme hakkının mütenazarı değil midir? Aynı mülâhaza, tedâvisi kabil olmayan bir hastalık yüzünden sosyal hiç bir değeri kalmamış muhtarip bir ömrü kısa kesmek isteyen bir hastanın hayatına doktoru veya dostu tarafından nihayet verilmesi (euthanasie) hakkında da variddir. Çocuk düşürme ve ilkhatsız münasebet meselelerinde tabii hukukun kesinlikleri nerede kalır? İşte bu da milletlerarası konferansların müstehceni tarif hususundaki aciz sebeplerinden birini teşkil eder.

Her ne zaman tabii hukuktan sarih direksiyonlar çıkartmak hayaline kapılınsa, bu direksiyonların, hakikatta daima zihnimizin bir itiyadi halini almış olan dinî veya metafizik bir tarafgirliğin telkinatından başka birşey olmadıkları görülür. İtiyad, ikinci bir tabiat demek olduğundan, bu karıştırmanın izahı basittir.

Keza, muayyen bir devirde ve muayyen bir cemiyette tabii görünen şeyin, bir başka zaman ve zemîn şartları içinde itibardan düşmesi de yine aynı suretle izah edilebilir. Meşhur muhtevası mütehavvil tabii hukuk nazariyesinin bu müşahadededen başka temeli yoktur. Hakikatta ise değişen şey insanın tabiatı değil, belki bizim, bu tabiatın menşe'i ve muakadderatı hakkındaki görüşümüzdür ve binnetice, halli gereken hukukî bir mesele hukukun tâli derecedeki gayelerini aştığı zaman bizim bu görüşten tecerrüd etmemize imkân yoktur.

Medeni kanunlarımıza boşanma müessesesininin her iki sokuluşunda da, bu hareket, eşlerin serbestçe meydana getirdikleri bir bağı kopartabilmek husustaki tabii hakları namına yapılmıştı. Bu, vecibelere rizadan (iradeden) başka bir temel tanımayan ve bu rızanın ortadan kalkması halinde de vecibenin sona ereceğini kabul eden ferdiyetçi esaslara müstenid bir tabii haktı.

1816 da boşanma kaldırıldığı zaman da, bu hareket, sadece, kendi medenî müesseselerimizi devletin dinî öğretimi ile ahenktar kılmak ihtiyacından doğma değildi. Bu anda da sonradan 1884 de olduğu gibi, evlenmenin bozulmaz birşey olarak kabul edilişi, yine tabii hukuk namına müdafaa edilmişti. Fakat artık bu tabii hukuk, ailenin istikrarını ve çocukların menfaatini, çok defa kurbanlardan birine isnadı kabil ferdi bahtsızlık mülâhazalarına üstün tutan «anti-individualiste» bir tabii hukuktu.

Liberaller tamamen başka bir fikir silsilesi içinde, büyüklerin günlük iş müddeterine mütedair bütün nizamlamaları yine tabii hukuk namına red et-

miyorlar mı idi? Ve buna mukabil 1919 da kanun vazının müdahalesini tahrik eden husus da herkesin ocak zevkine, ana babalık vazifelerini yapmağa, zihni kültürünü geliştirmeye ve manevi olgunluğa erişmeye müfaallik bir tabii hakka sahip olduğu iddiası değil mi idi?

Şunu da ilâve edeyim ki, hafta tatili usulü 1814 de konmuş, 1880 de kaldırılmış ve 1906 da yeniden konmuştur. Ve hiç şüphesiz bütün bu mütenakız kanunlar hep tabii hukuk namına yapılmıştır.

Burada da misaller listesi ilânihaye uzatılabilir. İddiama mesned olmak için bana ikisi yeter. Boşanmada bahis mevzuu olan şey, evlenmenin gayeleri arasındaki hiyerarşi meselesi idi. İş mukavelesinin işçi hakkındaki şumulünü sekiz saatla tahdit eden kanunda bahis mevzuu olan şey ise, mukaveleyi yapan insanın dünyevi ve uhrevi mukadderatı idi. Her iki halde de tabii hukuktan sarîh hal suretleri çıkartılabileceği zan edilmişti. Her ne hal ise vakta şu ki, müteaddit defalar, güdüklüğüne şahit olduğumuz bu hal suretlerinin, yine külli akıl tarafından tavsiye olunduğu ve mutlak bir kıymete sahip bulunduğları iddia olunmuştu.

Bu gibi yüksek meselelerin seviyesine çıkınca, tabii hukuk, artık şuurlu veya şursuz bir imanın telkini aldığından, bütün bu iman ihtilaflarının tepkisine maruz kalıyordu.

Hattâ bir zamanlar, herşeyin adalet mefhumu ile hal edilebileceğine inanılmıştı. Bu gün bile bazı zekâfâr bu (adalet) ve (hukuk) mefhumlarını birleştirirler. Kanâatimce bunda haksızdırlar. Zira bu mefhumlar birbirlerine intibak ettirilemez. Fakat size bunu isbât etmeye vaktim yok. Bu iki mefhumda müşterek olan şey, hukukun orta derecedeki gayeleri aştığı andan itibaren, her ikisinin de müsbet mevzuata sarîh direksiyonlar verebilmek hususundaki acizleridir.

Bir adaletin vücudu hakkında bir hisse sahip olmak, sonra da neyin adil olduğunu doğru olarak bilememek. İşte adalet telâkisini, beşeriyetin mukadderatı hakkındaki muayyen bir akideye rapt etmeyen insanın ebedi sıkıntısı budur. Adaletin herşeyin kendi gayesine intibak ettirilmesi şeklinde tarifi kabil olduğundan evvelâ, daha mukaddem meselenin, yani gayeler meselesinin halli lâzımdır. Bu yapılmadığı takdirde Geny nin yazdığı gibi tek başına mücerred adalet mefhumu, objektif hukukun ilmî bir surette ihzarına kâfi bir temel teşkil edebilmek bakımından, pek umûmi, pek mübhem ve pek yabancı bir mefhum olarak kalmaktadır. (Science et technique II. P. 393). Beni hayrete düşüren şey, esasen Geny'nin, mücerred tabii hukuk mefhumundan daha fazla bir yardım göreceğini sanmış olmasıdır.

Kendilerinde beşeriyetin hukukî servetini görmek arzusu ile, birkaç prensip üzerinde birleşebilmek için sarf edilen bu azimli gayretlerin, cidden pek müheyyic bir manzara arz ettiğini itiraz ederim. Birbirleriyle karşılaşmaları pek mutad olmayan Duguit ve Hauriou gibi iki zekâ tarafından müdafaa edilen bugünkü (Superconstitutionnalité) anayasadan - üstünlük nazaryesi de böyle bir mülâhazadan doğmuş değil midir? Anayasadan üstünlük meselesi, herhalde Duguit nin söylediğinden başka birşey değildir. «Kanun vazınının, hattâ müessesan meclisinin dahi tecavüzlerinin fevkinde kalması gereken yazılı veya yazısız üstün bir hukuk» (Droit Constitutionnel 660). Tabii hukuka uyacak daha doğru bir tarifi beyhude aramışım. Kanaatimce, tabii hukuk rönesansına mütemayil hareketle, bizi bir Superconstitutionnalité'yi tanımağa sevk eden hareket arasında ancak pek hafif bir görüş farkı vardır. Birincisi, üzerine bina kuracak toprak parçası bulmağa çalışıyor. İkincisi ise, bu toprak üzerine inşa edilmiş olan şey'i yıkılmaktan kurtarmağa uğraşiyor. Bunlar, sadece, bir hukukî katiyete, hukukî yakine erişmek için yapılan aynı faaliyetin, aynı hamlenin iki ayrı görünüşüdür. Bu faaliyet tarzı geçen asrın sonunda yaşayan hukukcuların zihinlerine aykırı düşer. Yani bu mevzuu hiç düşünmeyenlerin veya düşündüklerini zanneden bazı amatörlerin zihinlerine aykırı düşer. Bu manzaranın müheyyic olduğunu söyledim. Fakat melankolik olmaktan hali olmadığımı da kayt edeyim. Zira bu gayretlerin hiç biri muvaffak olmuşa benzememektedir. Prensipler halâ tavzih muhtaçtır. Masuniyetlerine gelince; korkarım ki kendilerine en fazla lüzum hissedilen anlarda, yani siyasi buhran devirlerinde hiçbir garantiye mazhar değildirler. Netice: Şuhalde ne zaman müsbet hukukun hazırlanması veya tatbiki, hukukun tâli derecedeki gayelerinin seviyesini aşarsa, kendimizi, yine idarecilerin, vazın kanunların veya hakimlerin keyflerine teslim den başka yapacak birşey kalmıyor demek? Bunlar, kendi içtimâî ve felsefi telkinlerini, en müfrit neticelerine varıncaya kadar bize empoze edecekler öyle mi? Ben ihtilâl zamanları dışında; böyle bir ihtimalden korkulacağını zanetmiyorum. Bir cemiyet tabir caizse (sâkin) yaşadığı zaman, onu idare edenlerin yalnız âme iktidarını elinde tutan ve bu sıfatla hukukî kaideyi ihzar ve imal eden kimselerden ibaret olduğunu zan etmek Ripert'in dediği gibi, sathî bir görüştür. (P: 43) âme kudretinin yanıbaşında iktisadî, dinî kudret, matbuat ve umumi efkâr iktidari vardır. İşte bu kuvvetler hakim in veya kanun vazınının elinde nadiren birleşir ve çok defa birbirleriyle ihtilaf halinde bulunurlar. Onları elinde tutanlar «Papazlar, ahlâkçılar, mülk sahipleri, Bankacılar, sendikalar, muharrirler, gazeteciler kendi hükümlerini yürütmek isteyen idarecilerdir. Bu nüfuz mücadelesinden tam bir muvazene doğabilir. Bunun neticesi de mevcut hukukî nizamın muhafazası olur.»

Fakat bu müvazene tamamen elde edilmemiş olsa dahi, bu nüfuzların ağırlığı kanun vazının iradesi üzerinde bir fren tesirini yapar, ve onu fiilî iktidarı pek fazla sıkımsayacak olan bazı hal suretlerini kabule sevk eder. Mamafî hakimînin hakimliğini veya kanun vazının ifidalini biz sadece bir nüfuzlar ihtilatından bekliyecek değiliz.

Biz, hıristiyanlıkla muttasıf bir cemiyette yaşadığımızı bilmemezlikten gelmiyelim. İsabetli bir mantıksızlık yüzünden hem birçok imansızların vicdanlarında hemde bazı akidelerde hıristiyan ahlak ve hukuk telâkkisi baki kalmıştır. Şimdi bu hıristiyan hukuk görüşünden (ki evamiri aşareye, incil ahkâmına ve kilise öğretimine dayanır) müsbet hukukun ihzarı için, geleneksel felsefe veya akliselim felsefesine nisbetle çok daha sarıh hal suretleri sadır olmaktadır. Bütün sübjektif haklarda, hattâ pek açık bir şekilde ferdî olanlarda bile mündemîç olan bir içtimâî vazife fikri, hakkın kötü kullanılması nazariyesi, haksız iktisap mefhumunun genişletilmesi, büyük işçi islahatı (se-kiz saatlik iş günü ve pazar tatili gibi) hasılı bütün bunların hepsi nihâi varlık sebeplerinin, en ince ve derin izahlarını, hıristiyanlık tarafından çizilmiş beşerî mukadderat plânında bulurlar. Bu plân, umumî hatlarla hâlâ, kanun vazı ve hakim üzerinde müessir olur ve onların keyfilliğini tadil eder.

Fakat bir itikadın, nazari akıl sahasında gittikçe zevale yüz tutan tesirini ameli akıl sahası üzerinde ilânihaye uzatabileceğini de tahmin edemeyiz. Bu zeval tahakkuk edince, bu itikadın saliklerinin tabii hukuktan beyhude yere istimdad edeceklerini isbat ettiğimizi zan ederim. (5)

II

Hukukî Pozitivizmin Metafizik Postulatları

(Les Postulats Métaphysiques du Positivisme juridique)

Hukukî pozitivizm, müsbet hukukun hazırlanmasını kanun koyanın keyfî iradesinden kurtarmaya çalışan doktrinlerle akraba olur. Bu bakımdan, hukukî pozitivizmle daha önce bahsettiğimiz tâbîi hukuk rönesansı arasında bir

(5) — Bütün bu konferansta aslâ akideler sahasında değil, belki vakıalar sahasında kaldığımı hatırlatmak isterim. Başka tabirle beşer zekâsının sadece kendi ışıkları ile ailenin veya cemiyetin teşkilâtına hakim olan esaslı prensipleri keşf edebilip edemeyeceği meselesini münakaşa etmiyorum. Ben, kedilerinden faydalanılabilen ve itirazsızca kabul edilmiş neticelerin bir blâncosunu yapmakla iktifa ediyorum. Bu bakımdan tabii Hukuk namına konuşan hukukçular arasındaki aykırıkları ve bunların içinde bocaladıkları tereddütleri hesaba katmamak bence imkânsızdı.

yakınlık vardır. Pozitivistler de, tabii hukuk taraftarları gibi, hukukun KANUN demek olmadığı ve ister yalnız tecrübenin mufalarından çıkarılsın, ister gerçeklik üzerindeki müşahedenin muayyen bir kâinat ve beşerî mukadderat telâkkisine göre yapılmış bir tefsirinden istihraç edilsin, dünyada, herhalde, tabii bir hukuk nizamı bulunduğu kanaatındadırlar.

Heriki zümre de, alman hukukcusu Seydel'in: «Hükümdarsız hukuk yoktur, Hükümdarın üstünde hukuk yoktur, Hükümdarla aynı sırada hukuk yoktur, ancak Hükümdar sayesinde hukuk vardır.» yolundaki meşhur düsturunu reddetmekte birleşirler (SEYDEL-Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre sh: 13, 14). Ben bu formülün; IHERING'in, hukukun kuvvetin yaptığı bir politika demek olduğu yani Kadiri-kül olan Devlet'in kendi kendisine vazettiği bir tahdit ve tayinden ibaret bulunduğu yolundaki şeklen daha yumuşak fakat prensip itibariyle aynı derecede tehlikeli olan formülünden farklı telâkki edilmesine razı değilim.

Hayır; hukuk icad edilmez. Devletin bizi itaate mecbur ettiği hareket kaideleri, sırf Devlet tarafından istenmiş ve zorla kabul ettirilmiş olmaları yüzünden hukuk olmuş değillerdir. Öyle hususî düstur (norm) nevileri vardır ki; bir yargıcın, bir kanunkoyanın veya alêlâde bir şahsın hareketi, bu düsturlara uyup uymamasına göre hukuka uygun veya hukuka aykırı telâkki edilir.

Bu esas tez olarak kabul edilince; bu düsturları (norm) bulmak için hangi metod takip edilmelidir?

Hukukî pozitivistin en meşhur mümessili olan Duguit nin eserindeki izahlara göre, iste, hukukî pozitivistin metodu şudur:

«Kanundan ve hukukun her türlü şekli kaynağından mukaddem olan bir hukuk var mıdır?» şeklindeki soru ile ne kâsd ediliyor? Filhakika hukukî terminolojimizin kifayetsizliği yüzünden burada iki türlü tefsir kabildir.

Acaba cemiyetlerin muhafaza ve terakkisi için elzem olan ve bu sebeple cemiyet halinde yaşayan insanlara zorla kabul ettirilmeleri gereken bir takım umumî içtimaî hayat kaideleri vardır mı demek isteniyor, başka tabiriyle, bir objektif hukuk vardır mı demek isteniyor,

Yoksa, her insanın şahsî imtiyazları mahiyetinde olan ve sırf insanlık sıfatı dolayısıyla sahip bulunduğu bir takım hakları vardır mı demek isteniyor? Başka tabiriyle sübjektif hakların vücudundan mı bahsolunuyor?

Böylece her iki tefsirle vaz edilen meseleye Duguit şu cevabı vermektedir:

«Ben, bütün dinî, metafizikî araştırmalarımı karıştırmaktan uzaklaştırmak iddiasındayım. Sırf pozitivist bir metod takip edebilmek için, ben, ancak müşahade ettiğim vakialardan çıkan neticeyi doğru olarak kabul edebilirim. Şu

halde evvelki mesele, «kanun koyanın herkesce faydalanması ve saygımasını garanti edeceği bir takım sübjektif haklar vardır» şeklinde vaz edildiği takdirde, buna yalnız müşahade ve tecrübe müfatarından çıkan bir hal sureti bulmak imkânsız olur. Filhakika insanın doğarken bir takım hakları da beraber getirdiğini hangi tecrübe veya müşahadeye dayanarak söyleyebiliriz? Böyle bir neticeye mesnet olarak gösterilecek vakıalar hangileridir?

Böyle hiç bir vakia yoktur.

Burada, Duguit'in muhakemesini tamamlamak, hattâ cüretim mazur görülsün, ıslah etmek gerektiği kanaatindeyim.

Duguit; mademki hakkı istimal edenin iradesi, buna mutavaa'at edenin iradesine kendisini zorla kabul ettirmektedir, o halde her sübjektif hak bir ferdi iradeler hiyerarşısını tazammun eder diyor. Halbuki bu hiyerarşi, ancak deney-üstü (Transcendental) mefhumların müdahalesi sayesinde kurulabilir.

Bu itiraz pek muhtasardır. Sübjektif hakların mevcudiyeti, bir iradeler hiyerarşisinden ziyade, bu iradelerin hizmet ettikleri bir menfaatlar hiyerarşisini tazammun eder, demek ki metafizik heyûfâsı pek erken karşımıza dikilmektedir.

Fakat ben bu tartışma üzerinde ısrar edecek değilim. Duguit'in esas itibarıyla tamamen haklı olduğu kanaatindeyim. Su muhakkaktırki sübjektif hakların mevcut olup olmadığını tayin meselesi, bizi derhal metafizik deriyasına sürükler.

Filhakika insan, bizzat kanunkoyanın bile kendilerine hürmetle mükellef olduğu bir takım haklara acaba ne sıfılla sahip olacaktır?

Bu suale iki cevap verilebilir ki, bunların ikisi de tecrübedışı nevidendir.

İnsan bu haklara ya «yüksek insanlık şerefi» dolayısıyla sahiptir, yani sırf insan olduğu için ki bu, hukukun insanda meknuz olduğu nazariyesini veya insana mutlak bir değer tanıyan metafiziği kabul demektir. İnsan hukukun hem mebdet hem de gayesi olduğundan bütün bu imtiyazlar, mutlak, zevalsiz ve hudutsuzdurlar. Hudut! mademki insan bu ferdi hakları bizzat tabiatından almaktadır, o halde burada hududun ne işi var? Bu basma kalıp fikirlerde, fransız hukuk tefekkürünü yüz seneye yakın bir müddet beslemiş olan ihtilâlcî ideolojiyi bulursunuz!

Yahutta, insan, ifa edeceği bazı vazifeleri ve takip edeceği bazı gayeleri olduğu için bir takım haklara sahiptir denecektir. Esasen bu iki fikir bir birile uyur. Zira insan, gayelerine, bu vazifeleri yapmak suretiyle erecektir. Bu ferdi haklar kendi ölçülerini, tıpkı her vasitanın kendi ölçüsünü gayesinde bulması gibi, tekabül ettikleri vazifelerde bulurlar. Hıristiyan hukuk nizamının ana hakları işte bunlardır.

Agnosticisme'e sığınmadıkça, bu iki telâkki, akla gelen yegâne cevapları teşkil eder. İnsan kaderine mûtaallik meselesinin bir hal suretini ihtiva etmeleri dolayısıyla bu görüş tarzları, deney - üstü (Transcendental) mefhumlara baş vurmak zorundadırlar. Bütün gâî ve metafizik neviden araştırmalar, kendilerine, tecrübenin mutalarında bir mesnet bulamazlar.

İşte şimdi Duguit nin hukuk meselesinin vaz'ında sübjektif görüşü neden dolayı katîyetle ret ettiği tamamen anlaşılıyor demektir.

Duguit ye göre, kanundan evvel ve kanundan üstün bir hukukun varlığı meselesi ancak bir tek mânâda anlaşılabilir: objektif bir hukuk var mıdır? riayeti cebirle temin olunması gereken bazı içtimaî hayat kaideleri var mıdır? Hukukun ferde meknuz olduğu nazariyesi ve ferde mutlak bir değer tanıyan metafizik yerine, hukukun cemiyette meknuz olduğu veya daha doğrusu cemiyetin hayatı ve terakkisi için elzem olan bazı şartlarda mündemiç olduğu nazariyetini koyalım.

Şimdi, bu ikinci meknuziyetin bizi birincisi gibi tam bir metafizik deryasına götürüp götürmeyeceğini bilmek kalıyor. Eğer vaziyet böyle ise Duguit nin kabul ettiği hareket noktası esaslı faidesini gaip eder.

Halbuki hukukî pozitivizm şefinin bu meselenin ortaya atılacağını hiç tahmin etmediği görülüyor. Kendisi «hukuk meselesi bu objektif zaviyeden kolaylıkla vaz'edilir» diyor. (Droit Constitutionnel : tab : 2 cild: 1 sh II) sözün gelişinden anlaşılacağı veçhile, mesele kolaylıkla vazedilebilir demek, Duguit'ye göre yalnız tecribenin mutalarıyla hal edilebilecek şekilde vaz edilebilir demektir.

Düştüğü hataları yakalamak için Duguit'nin muhakemesini dikkatle takip edelim : bu konferans için, onun kendi metoduna karşı irtikâp ettiği sadakatsizliklerin birbiri arkasına incelenmesinden başka bir plân yapacak değilim.

«İnsanın şuurlu ve içtimaî bir varlık olduğu, bir Postulat değil, belki doğrudan doğruya bir müşahade gibi kabul edilmiştir. Bu sabit olduktan sonra cemiyet halinde yaşayan insana kendini zorla kabul ettirecek olan bir kanunun zaruriliği derhal anlaşılır. İşte sırf bu yüzden insan cemiyetleri vardır ve yine sırf bu sebeple içtimaî bir kanun vardır. İnsanın içtimaî bir mahlûk olduğunu, cemiyet içinde yaşadığını, ve cemiyetten başka bir yerde yaşamıyacağını kabul etmek, aynı zamanda, içtimaî bir kanunun vücudunu da kabul etmek demektir.» (Aynı eser sah: 12)

İtiraf edeyim ki tekrar tekrar okuduğum bu satırlar bende daima aynı derin hayreti uyandırmıştır. İçtimaî mahlûkların mevcut oluşundan, içtimaî

kanunların da zaruri olacağına hükmetmek zımî bir surette kâinata umumî bir nizâm bulunduğuna inanmayı göstermez mi? Ve bu nizâmı kurmuş olan iradeye iman ifade etmez mi? Dikkat ediniz, bu iman vakıası tûmden gelim (istidlâl) yolu ile yapılan her müşahadede vardır. Külli bir nizama itikad edildiği içindir ki, bir miktar hususî halin dikkatli bir müşahadesinden sonra, muayyen bir illet - netice müngsebetinin müstakrarlığı ve umumiliği ilân edilmeye kalkışılır ve buna kanun namı verilir. Zikrettiğim parçada iman vakıası daha açık bir şekilde tebarüz etmektedir : Mademki dünyada cemiyetler vardır, şu halde içtimai kanunlar da var demektir! Müşahadesi kâbil olan bütün hadiselerin bir kanuna tabi olduklarını ve ilerde de tabi kalacaklarını kabule elverişli külli, noksatsız bir tecrübemiz var mı? ve eğer böyle külli bir tecrübemiz yok da ancak kısmî tecrübelerimiz varsa, bunlardan bizim kıyasımızdaki mukaddemleri aşan ve tecrübemizin boşluklarını dolduran böyle bir neticeye götürülmüş olmamız, ancak deney - üstü (transcendantal) bir telkinin tesirile vakî olmuş değil midir?

Bu muhakeme tarzı, zaten, dostum ve meslektaşım Le Fur'ün Les Lettrés dergisindeki «Hükukun Temeli» adlı makalesini okuduğum zamandan beri zihnimde işgal ediyordu ve aynı isbatı başka kelimelerle yapması dolayısıyla benim için dayanılacak bir otorite teşkil eden aşağıdaki satırları alıyorum: «müsbet ilimler sahasında kalmak isteyen âlim, «tabii kanun» mefhumu ile iktifa edebilir. Fakat pek aşikârdır ki bu mefhum biraz tazyık edilirse bomboş olduğu ve her türlü manadan mahrum bulunduğu meydana çıkar. Bununla eğer tabiatın şuurlu bir gayesi olduğu ve hakim bir iradeye sahip bulunduğu iddia edilmek istenmiyorsa, bu tabir hiç bir şey ifade etmez. Yani kendisine ilâhi bir manâ verilmedikçe bundan birşey çıkmaz. Müessir illet fikri olmaksızın ilim olamayacağından, insanın illetten illete intikal ederek ta ilk illete sebebi-evvele (ki bu her şeyi izah eden birşey olduğundan aynı zamanda son sebeptir de) yani Allaha kadar varmasına hiç bir mâni yoktur. Demekki bu sözde tabii kanunlar için de, bütün diğer kanunlar için olduğu gibi, kendisini yaz'eden bir irade olmadıkça kanun da olamaz düsturu çaridir.»

Şu halde her türlü metafiziğin çân düşmanı olan Duguit nin hukukî pozitivizme temel olarak metafizik bir Postulat koymakla işe başladığını söyleyebiliriz.

Başka bir plânımız olmadığına göre, tetkiklerimize devam edelim:
Becer cemiyetlerinin var olmaları içtimai kanunların da var olması gerektiği hususu sabit farz edilince, geriye bu kaidelerin müşahadeden çıkartılması kalıyor.

Müşahadenin bize birtek değil belki müteaddit içtimai hayat kaidelerinin vücudunu isbat ettiği farz olunursa, hakiki bir pozitivistin bu kaideler hakkında, onu bunlardan birini seçmeye sevk edecek olan bir kıymet hükmü vermekten çekinmesi gerekir. Filhakika böyle bir hüküm; içtimai terakki hakkında metafizik bir tarafgirlikten başka neden mülhem olabilir? Tekrar ediyorum, hakiki bir pozitivist, müşahade ettiği muhtelif içtimai kanunları kayd etmekle iktifa etmeli ve olsa olsa nihayet bu kanunların bazan birbirlerine zıd düşmeleri yüzünden birlikte tatbiklerinin imkânsız oluşuna teessüf ettiğini söylemeli.

Halbuki, hukukî pozitivistin bânisi, bu makul hudutlar içinde kalmaktan uzaktır.

O, müşahadenin kendisine gösterdiği bu muhtelif içtimai hayat kaidelerinden bir tanesini seçmiştir. Hakikati söylemek lâzımgelirse, onun gözünde ancak bir tane içtimai kanun vardır ve bütün diğerleri gölgede kalmıştır. O da, tesanüd veya karşılıklı tabiiyet kanunudur. Zaten son konferansımızda, objektif tabii hukuk meselesi münasebetile, bu usulün tenkidini yaptım. Fakat, bunu size tekrar hatırlatmaktan - esasen pek kısa bir şekilde - kendimi alamıyorum. Zira şimdi hukukî pozitivistin en aşikâr metafizik Postulatlarından birinin karşısında bulunuyoruz.

Filhakika bu tarafgirlik niçin? Müshahade, tesanüd kadar mühim olan daha başka içtimai kanunların da varlığını isbat etmiyor mu? Hepsinden evvel, en iyi evsafaiki ferdlerin istifasını intac eden ve tesanüd kanunu kadar terakkî tohumu taşıyan hayat mücadelesi kanunu yok mu? Medenî milletlerin sömürgelere yayılmasında ve doğum nisbeti az olan memleketleri istilâ eden ve nüfuslarını karıştıran göçmen akınlarında bu kanunun ceryanına şahit olmuyor muyuz?

Tesanüd kanunu, bu hayat mücadelesi kanununa niçin tercih edilsin? Hususile, ferdlerin manevi kıymetleri gittikçe azaldığından bunlar arasındaki karşılıklı tabiiyet artışının kaygusuzca düşünülemediği bir devirde?

Gayet iyi biliyorum ki, Duguit, bu hususta bir kıymet hükmü vermediğini iddia edecek. Kendisinin (devlet, objektif hukuk ve müsbet kanun) adli eserinden aşağıdaki satırları alıyorum «İçtimai tesanüde dayanan hukuk kaidesi insana; şunu yap, çünkü bu senin hayrınadır, çünkü bu sana faidelidir, çünkü saadetin buna bağlıdır demez. O sadece bunu yap, çünkü bu vardır: çünkü bu böyledir: der». (Adı geçen eser sahife 6) bu garip emir hakkında ne düşündüğümü biraz sonra söyleyeceğim. Şimdilik yalnız şu noktayı hatırlatıyorum. Duguit bizi bu tesanüd kanununa iştirake davet ediyor ve çünkü

bu tesanüd kanunu bir vakıadır diyor. Fakat hayat mücadelesi kanunu da bir vakıa değil mi? O halde niçin biz obirine iştirake zorlanıyoruz?

Mesele yine olduğu gibi kalıyor.

Biz daima tesanüd kanunu lehine olan tercihin ancak bir idealin nüfuz ve tesirile yapıldığını ve realitelerin basit bir müşahedesinin bize bunu telkin-müsait olmadığını zan etmekte haklıyız.

Hülâsa, hukukî pozitivizmle birlikte yürüdüğümüz yolun üzerinde iki metafizik Postulat'a çarptıkları bunlar olmasa idî aşağıdaki hususlar tamamen anlaşılmaz bir halde kalacaktı:

1 — İçtimaî normların vücudünü kabul etmek

2 — Objektif hukukun temeli olarak falan içtimaî normu tercih etmek.

Şimdi nazariyeyi bıraktığımız yerden tetkike devam edelim :

Artık aşağıdaki mesele ile karşılaşmaktayız : Tesanüde iştirak esasına dayanan hukukî kaidenin icbar kuvvetini nasıl izah etmeli? Daha doğrusu bunu nasıl haklı çıkarmalı? İşte hukukî pozitivizmin en fazla hücumu maruz kaldığı nokta burasıdır. Baştanberi bu nazariyenin en zayıf tarafı zaten burası idi. Bu kalem mücadelesi başlayalı onbeş yıldan fazla oluyor. Pozitivizm düşmanlarının en büyük gayreti tecrübe mütâalarından bir emir istihracının mümkün olamayacağını isbata matuftu. Henri Poincaré'nin isabetli düsturunu kullanarak diyelimki, tecrübe hakikatlar daimâ ve ancak ihbari (indicatif) mahiyettedirler. (Dernières Pensées: La morale et la science. Sh: 225) halbuki bir kıyasın mukaddemlerinin her ikisi de ihbarî olunca, netice de bizzarure ihbarî olacaktır. Bu hususta hukukî pozitivizm aleyhine yöneltilen bütün deliller böylece veciz bir şekilde hülâsa edilebilir. Bunu isbat için Duguit'nin en selâhiyet sahibi muarızları olan Michoud ve Geny den aldığım şu iki misal kâfidir:

Evvelâ Michoud'nun Bordeaux Doyen'ine yazdığı ve Duguit'nin (Hususi hukukun istihaleleri) adlı kitabının ekinde pek dürüst bir hareketle neşrettiği bir mektuptan şu parçayı alalım: «metafizik yapmaktan sizin dahi kurtulamadığınızı söylerken tecrübenin mütâalarını aştığı muhakkak olan hukuk kaidesi nazariyenizi ima ediyorum. Zira tecrübenin mütâaları bize yalnız tesanüd vakıasını gösterirler fakat bundan doğrudan doğruya veya dolayısıyla çıkacak bir kaideye riayetle mükellef olduğumuzu hiç bir zaman isbat edemezler. Bu mükellefiyeti isbat için sadece bunun, insan topluluklarının ve hattâ bütün insanîyetin varlığı ve refahi için zarurî olduğunu değil, aynı zamanda bizim bu varlık ve refah uğruna çalışmaya mecbur olduğumuzu da is-

bat etmek lâzımdır. Deney - üstü (transcendental) mefhumlara baş vurma-
dan hiç bu mümkün olur mu?»

(Hususî hukukta ilim ve teknik) adlı büyük eserinde Geny de aynı itirazı yapar (Cilt : 2 sahife 263): «nekadar mahirane bir tarzda ortaya konursa konsun, iddia edilen tesanüd ancak bir vakıadır. Binaenaleyh, bu vakıa söz götürmez bir tarzda kabul edilmiş olsa dahi yine, bu vakıanın, kendisini idame etmek ve artırmak mükellefiyetini meşru bir surette nasıl doğurduğunun da bize isbatı lâzımdır. Boş yere bize tesanüdü cemiyet hayatının esaslı bir şartı olduğu ve bu hayattan vaz geçemiyen insanın yine bizzat bu hayatın zoru ile tesanüdü tatbika sevk edildiği söylenip duruyor: Biz de daima nasıl olup da bu vakıa zaruriliğinin bir hukuk zaruriliği halini aldığı sorup duruyoruz.»

Duguit bu tenkitlere cevap verirken muarızları ile aynı saha içinde kalmaktan daima kaçınmıştır. Hukukî kaidenin zorlayıcı kuvvetinden ne anlaşılması gerektiği hususunda muarızları ile hem fikir değildir. «Ben, insanlara kendini zorla kabul ettiren ve sosyal vakıaya dayanan bir norm'dan bahsettiğim zaman, bununla insanlara filen kendini kabul ettiren, onların varlıklarının mahiyetini, iradelerinin cevherini hiç bir veçhile değiştirmeyen ve katıyen bir iradeler hyerarşisi kurmayan bir kaideyi istihdaf ediyorum.» (Droit Constitutionnel. Cild: I sh: 18) ve nihayet Duguit tesanüd kanununu cazibe kanununa benzetecek kadar ileri gidiyor: «Bir taş bir kulenin tepesinden aşağı düşerken, onun mecburî olarak cisimlerin düşmesi kanununa ittiba ettiğini söylüyorum ve bunu söylerken deney üstü bir kaziyeyi beyan etmiyor belki farz ediyorum ve insanın sosyal tâbiyet kanununa mecburi olarak itaati gerektiğini söylediğim zaman da bundan daha fazla birşey yapıyor değilim.»

Sarahate olan düşkünlüğü ve mübhemiyete karşı olan nefretini pek iyi bildiğim Doyen'in böyle bir muhakeme ile kendini tatmin etmesine şaşırıyorum. Bunun, bize bahsettiği içtimaî kanun tefâkkisi ile telifi imkânsız olduğunu ilk defa kendisinin fark etmesi lâzımdı. «İçtimaî kanun bir illî kanun olamaz. Zira bu kanun insanların iradî ve şuurlu hareketlerine tatbik edilir. İçtimaî kanun ancak gâî bir kanun olabilir, yani insanın şuurlu ve iradî faaliyetini sevk ve tahdit eden, insan arzusunun (iradesinin) mevzuunu ve hedefini tesbit eden bir kaide, bir düstur.» bu ifade tarzı mükemeldir ve biz bunda mutabıkız. Fakat öyle ise düşen bir taş ile, tesanüd kanununa itaat eden adam arasında niçin bir mümasefet görülüyor? Birinci halde ceryan eden bir illî kanundur, ikinci halde ise bir gâî kanun değil mi? Bu iki vaziyetin yalnız birbirine temsili değil birbirite mukayesesi bile mümkün de-

ğildir. Zira Duguit de bize aynı şeyi söylüyor ve insanın tesanüd konusuna itaat, şüurlü ve iradi bir itaat yani bir iştirak fiilidir diyor. Keza, mademki, evvelce gördüğümüz gibi sosyal norm «iradenin cevherini hiçbir vechile de-ğiştirmemektedir» o halde bu iştirak fiili de iştirakîdir.

Duguit nin, metafizik hürriyet dediği cüz'î irade meselesi hakkında da her hangi bir tarafa itihaktan sakındığını hissediyorum. «Böyle bir hürriyet mevcut olabilir, fakat bunun hasselerimizle idraki mümkün değildir» diyor. Duguit ye göre muhakkak olan şudur ki «eğer böyle bir hürriyet mevcut ise, kanunun tatbikine rağmen yine olduğu gibi kalacaktır» (Droit Constitutionnel : I, 20) aynı vechile yine Duguit'ye göre şuda muhakkaktır ki «insan, sonunda kendi hareket tarzını tayin etmiş olan hedefi, baştan seçip seçmekte muhtar bulunduğu kanaatındadır. Bunun bir hayalden ibaret oluşmasının ehemmiyeti yok. Vakıa şudur: dünyada, evvelce seçmiş olduğu gayeden başka bir gayeye göre de hareket edebilmek ve evvelce yaptığı bir şeyden gayri bir şeyi de yapabilmek kudretine sahip olduğunu his etmeyen tek bir insan yoktur.» (Adı geçen eser: sah. 15)

İşte bir seri iddia ki (Traité de Droit Constutionnel) de yanyana dizilmiş duruyor. Bunların birbirleriyle tam bir vahdet teşkil edip etmediklerini ve ve meselâ herkeste, evvelce yaptığından başka türlü de hareket edebilmek kudretine sahip olduğu yolunda bir his bulunduğu kabul edildiği halde, hürriyetin hasselerimizle anlaşılamiyacağını iddia etmenin doğru olup olmayacağını araştırarak değilim. Hayır, bütün bu söylediklerimden yalnız şunu ele alıyorum: insan içtimai ve karşılıklı tabiyete iştirak ederken buna iştirak etmenin de eliinde olduğunu bilmektedir, o halde niçin iştirak ediyor?

Bu suali, gerek kanun koyan, gerek yargıç ve gerek her hangi bir tarzda hareket eden lâalettayin bir vatandaş hakkında ortaya atıyorum.

Hukukî pozitivizmin birinci cevabı şu olacaktır: Tesanüde iştirak lâzımdır, çünkü tesanüd vakidir.» Archambault'nun (Ferdietçilik üzerine deneme) adlı eserinde dediği gibi bu «biraz kaba ve esaşen anlaşılması imkânsız emir» i evvel münakaşa etmiştik, O halde artık tesanüd, vâkı olan yegâne şey olmadığından Duguit'nin hukuk kaidesine temel olmak üzere onu tercih edışı, ancak, tecrübe - dışı neviden bir felkinin tesiri ile izah edilebilir.

Fakat şimdi münakaşa bir başka nokta üzerinde toplanmaktadır: Benim itiraz ettiğim cihet, böyle ister tesanüd, ister hayat mücadelesi olsun, her hangi bir sosyal vakianın varlığından istihraç edilen bir emrin değeridir. Demek ki bir şeyin sadece mevcut oluşu, bizim, o şeyin vücudunu idame ile ve affirmakla mükellef olmamız için kâfi sayılıyor. Bir sosyal kanunun mevcut

oluşundan; her türlü kıymet hükmü vermekten men edildiğimiz cihetle; sonunda neler çıkabileceğini düşünmeksizin mütemadiyen bu kanunun tatbik hallarını çoğaltmakla mükellef olduğumuz neticesine varılıyor. Bakınız böyle bir metodun meselâ Limitation kanunlarına tatbiki ne manasız neticelere götürürdü..

Halbuki, bilâkis, insanın tabii, içtimaî veya bilolojik veya fiziki kanunları öğrenince sırf bunardan kaçma çarelerini aradığı da çok defa vâkî değil midir? Hattâ hakikî fikir adamlarının sözlerine bakılırsa, terakki işte bundan ibarettir.

Hakikaten, «bunu yap, çünkü bu vakidir» yolunda bir vecize, bir başka gizli fikre mütenid olmadıkça bir acton felsefesine teklif edilebilecek bir temel değildir.

Ben bu gizli fikri keşf ettiğimi sanıyorum ve Duguit nin de bu fikri müsbet metoda yeni bir sadakatsizlik teşkil etmeksizin münakaşaya sokabileceğini zannetmiyordum. İşte bir metafizik Postulat daha: eğer «bunu yapmak lâzımdır, çünkü bu vakidir» esası doğru ise, insan, ferdi gayeler takip edemeyecek demektir. Bir uzviyet içerisindeki basit bir hücre gibi, ferdi, cemiyetin içine tıkmış vaziyette ve işleyiş tarzını ister istemez kabul ettiği ve tenkid edemediği bir mekanizmaya iştirak halinde kalacaktır. Duguit, (Hususi Hukukun istihaleleri) adlı kitabında bugün ferdin içtimaî heyetten ibaret olan muazzam bir makinenin bir tekerleğinden başka birşey olmadığını ve içimizden her birimizin ancak sosyal yapıda ifâ ettiği hizmet yüzünden bir hikmeti vücudu olduğunu pek açık bir şekilde biliyoruz, diyor (adı geçen eser sh: 157) Bu gibi iddialar münakaşa edilmez. Yalnız insanı hayrete düşürdüklerini söyleyeceğim, dogrusu pozitifizm ile mistisizm arasındaki uçurumun bu kadar dar olduğunu biliyordum:

Her halde, «bunu yap! çünkü bu vakidir» yolundaki vecizenin Duguit nin her zaman hoşuna gittiğini gördüm. Zira (Traité de Droit Constitutionnel) nin son tab'ında hâlâ buna kıymet vermekte devam ediyor. Bu vecize eserin ilk sahifelerinde yer almıştır. Bununla beraber, biraz ileride, hukukî norma has icbar edici kuvveti izaha çalışırken artık bu vecizeye baş vurmuyor (adı geçen eser: sah. 63 ve devamı).

«Nezaman, diyor, bazı fiiller işlense ve bunlar ferdi vicdana göre hem sosyal tesanüde hem de devrin veya gurubun adâlet duygusuna tecavüz gibi telâkki edilse, bunlar, derhal hukukan mecburilik karakterini ihraz eden bir normun ihlâli gibi görülürler çünkü bütün herkes bu normun müeyyidesini

tahakkuk ettirmek için teşkilâtli hukuk yollarının derhal harekete geçmesini meşru ve zaruri sayar. İşte bu ve yalnız budur ki hukuk kaidesinin icbar kuvvetini teşkil eder.»

İşte biraz ilerde daha açığı var: «eğer hukuk kaidesi bir icbar kuvvetine sahip ise, bu hal, ancak izah edilen mânâdadır., Yani kaidenin müeyyidelenmiş, sosyal cebrin harekete geçmesiyle garanti altına alınmış olmasından ibarettir» (Sah : 71)

Böylece «bunu yap, çünkü bu vakîdir» vecizesi «bunu yapma, zira yaparsan içtimâî bir tarzda teşkilâtlanmış bir tepkiye maruz kalırsın» şeklindeki diğer bir vecize ile tamamlanmış olur. İtiraf edeyim ki bu elverişli tamamlayıcı unsur sayesinde hukuk kaidesinin icbar kuvvetini daha iyi anlıyoruz. Hacizler, hapisler, mübaşirler, jandarmalar.. beni itaata mecbur etmek için bu kadarı fazla zaten! Duguit içtimâî kanuna tabiiyetin «iradenin cevherini bozmadığını, olduğu gibi bıraktığını» ve içtimâî cebir karşısında eğilmenin, norma, zatinde mündemîc bir icbar kuvveti tanımak demek olmadığını söylemekte elbette haklı idi.

Fakat artık mizaha sapıyoruz. Tereddütsüzce söyleyebilirim ki Duguit'nin hatası, kesin ve fazla umumi düştürlara olan zaf'ının hakikî fikrini gülünç bir kılığa sokmasındadır.

Muhakkakki basit bir yurtdaş için, hukuki kaideye icbar kuvveti bahş eden şey kendi vicdanının bu kaideye iltihakından ziyade, içtimâî cebir vakıasıdır.

Eğer mesele faideli bir tarzda vaz edilmek ve çocukca neticelere sürüklenmemek isteniyorsa, bu icbar kuvvetinin; kanunu koyan bakımından, ve daha umumi bir tarzda söylersek müsbet hukukun hazırlanmasına iştirak eden bütün diğer kimseler bakımından tetkik edilmesi lâzımdır. Kanun koyan, her hangi bir sosyal norma hukukî karakter tanımağa nasıl mecbur edilmiştir? Başka tabirle, onu, bu norma itaat keyfiyetini içtimâî şekilde teşkilâtlanmış bir cebirle teminat altına alma kararına sevk eden mucip sebepler nelerdir?

Görürsünüz ki böylece meseledeki had (terme) lerin yerini değiştiriyorum : Az evvel naklettiğim kısımdaki muhtevası ihtiyatsızca tesbit edilmiş olan formülün aksini alıyorum ve bu suretle meseleyi Duguit nin kasdettiği tarzda vaz edeceğimi sanıyorum. : «Eğer hukukî kaidenin bir icbar kuvveti varsa, bu, ihlâli halinde içtimâî cebrin harekete geçmesinden dolayıdır» cümlesi yerine, Duguit nin bunun tersini söylediğini farz edelim : eğer içtimâî

cebrin müdahalesi münasip görülüyorsa, bu, o içtimaî normda, onu hukukî kaideler sınıfına sokan icbar edici bir vasfın keşf edilmiş olmasından ötürüdür.

İyice anlaşılmalı ki şayet pozitif metoda sadık kalınmak isteniyorsa bu icbar edici olmak vasfının bize deney-üstü (Transcendental) mefhumlar tarafından ilham edilmemiş olması lâzımdır: Metafiziğin içeri girmesi yasaktır! Bundan şu neticeye varmalıdır: mecburi olmak karakterinin kıstası kaideye dıştan gelmelidir. Yoksa mecburiyet fikrini bizzat kaide tazammun etmemelidir. Aksi takdirde derhal metafiziğe sapmış oluruz.

Şu halde bu kıstas nedir?

Ne zaman muayyen bir cemiyette insanların çoğunda, bir içtimaî kaideye hürmetin tesanüd ve adalet namına emir edildiği ve ihlâlî halinin içtimaî şekilde teşkilatlanmış bir müeyyideyi davet etmesi gerektiği hissi hasıl olursa, işte o anda, o içtimaî norm, hukukî bir mahiyet kazanmış olur. Şimdi artık kanun koyanın vazifesi bu normu derhal müsbet hukuk sahasına sokmaktır.

Bu arada, hukukî normun teşekkülü için içtimaîlik hissine ilâvesi istenecek olan adalet hissine karşı yapılan bu istimdada işaret edeyim. Bu adalet hissi, müsbet hukukun temelini genişletmek hususunda tesanüd hissi ile birleşecek olan yeni bir unsurdur. Mutad açıklığı ile Duguit evvelki çalışmalarında bu hisse kâfi derecede ehemmiyet vermemiş olmasını haksız bulur. Şimdi bu hisse kıymet vermektedir. Fakat bizi, onda bizatihi adil birşey görmekten sakınmağa davet eder, bizim bu adalet hissinde, belki alelâde bir adalet duygusu yani «insanların muayyen bir zamanda ve muayyen bir devirde haklı veya haksız hakkında icad ettikleri az çok mübhem bir mefhum» dan başka birşey görmememiz lâzımmış. (Adı geçen eser sahife : 50)

İçtimaîlik hissinde de daha fazla bir katîyet bulacağımızı ümit etmeyelim. Bizzat Duguit bize : tesanüd hakkında da aynı vecihle bir mefhumdan değil bir histen bahsetmiş olmasının sebebini «insanların çoğu tarafından içtimaî tesanüd fikrinin iyice tarif edilemeyişi ve karanlık, yarı yarıya gayri meşur bir idrak olarak kalışı» ile izah ediyor. (Adı geçen eser sahife 46)

Demekki böylece bir taraftan az çok mübhem bir mefhum o bir taraftan karanlık bir idrâk. İşte, hukukî pozitivizm, müsbet hukukun izharı için teklif ettiği kıstası böyle bir halıttan imal ediyor! Eğer kanunkoyan bununla aslî tatmin edilemiyorsa, bunun cidden müşkül birşey olduğunu itiraf etmeli.

Burada hukukî pozitivizme karşı, evvelki konferansımda geleneksel felsefeye dayanan tabîi hukuk taraftarları aleyhine sert ettiğim isbatlamay:

tekrarlamak faydasız görünüyor. Orada aile teşkilâtı, meseki teşkilâtlanma, ve insanın kendi vücudu üzerindeki hakkının hudutları gibi, bir kelime ile müsbet hukukun ihzarı işinin ortaya çıkardığı en mühim problemler hakkında bu tabii hukuktan sarîh, söz götürmez direksiyonlar çıkarmanın imkânsız olduğunu söylemiştim. Adalet gibi karanlık bir idrakla birleşmiş tesanüd gibi mübhem bir mefhumdan da daha fazla yardım görülemeyeceği kanaatindedim. Teklif edilen her hal sureti muayyen bir nisbette bu mübhem mefhumdan yardım isteyecektir ve neticede terazinin gözünü bir tarafa eğdirecek kuvvet, gayrimeshur bir metafizik tarafgirlik olacaktır.

Biz sadece iki misâl alalım. 27 Temmuz 1884 tarihli boşanmanın yeniden tevizine mütedair kanun ile 5 Nisan 1910 tarihli köylü ve işçi tekaüdlük kanununu ele alalım:

1884 de boşanma lehine mücadele eden muharrir ve siyaset adamlarının bu ıslahatın içtimâilik ve adalet hisleri tarafından emiredildiğine kani oldukları doğrumudur? Eğer hakikaten işe ferdiyetçi noktâi nazardan bakarak muayyen bir adalet talebinde bulunmuşlarsa, fikrimce burada aile teşkilâtını bozan bir ıslahat için içtimâilik hissine istinad edebilmiş olmalarına hüküm etmek hayli güç olur. Her halde Duguit'in dediği gibi «hukuk kendi kuvvetini münhasıran ferdi vicdanların kendisine iltihakından alır.» (Adı geçen eser. Sahife 97). Burada 27 Temmuz 1884 kanununun bu kaidenin bir istisnasını teşkil ettiğini iddia etmek kabildir. Boşanmanın bizim medenî kanunumuza yeniden sokulmasının umumî efkârın baskısı tesirile olmadığı umumen kabul edilmiş bir vakıadır. Kitle bu meseleye lâkayıdı ve bu ıslahat lehine rey veren meclis çoğunluğu da bunu seçim vaidlerinin tazyiki altında yapmış değildilerdi. Bu muhalif alâmetlere rağmen, bozulabilen evlenme prensibi hukuki kaideler arasına kolayca yerleşmiş, kanun bir örf yaratmış yahut daha doğrusu mevcut örfü bozmuş ve boşanma müessesesi bizde adamakıllı kökleşmiştir.

Bilâkis şayet umumî efkârın uzun zamandanberi hazırlandığı teşriî bir yenilik varsa o da muhakkakki bu işçi tekaüdlüğü müessesesidir. Ferdi vicdanların iltihakı bu müessese lehine kazanılmışa benziyordu ve diğer taraftan bu, içtimâilik ve adalet hisleri tarafından daha sarîh bir şekilde talep edilmiş bir ıslahattı. Bununla beraber 5 Nisan 1910 kanununun akbieti ve doğurduğu ümitlerle verdiği neticeler arasındaki o acı nisbetsizlik de malûmu mudur. Bu netice Duguit'in düşündüğü gibi «mecburî tekaüdlük normunun henüz zihinlere yerleşmemiş olmasından» değildi. Bu sadece bir mükellefiyeti henüz müeyyidesini teşkilâtlandırmadan ilân etmek gibi bir ihtiyatsızlık

yüzündendi: Bu vaziyet karşısında bazı siyaset adamları tarafından desteklenmiş ve kendilerine bir iştirak külfeti tahmil etmeyen bir tekaüdlük müessesesinden faydalanacakları hülyasile avutulmuş olan işçiler, onları iş birliğine davet eden kanuna karşı lâkayd kaldılar. Kanun koyan herşeyi tahmin ettiği halde, bizzat kendileri için kanun yapılan kimselerin buna lâkayd kalacaklarını hesaba katmadığından, işçiler her türlü cebir vasıtasının yokluğu sayesinde böylece işe lâkayd kalabildiler. Garip şey, işte cebrin hukukî kaidenin icbar kuvvetini tamamlamak için münasip düşeceği bir hal. Duguit bunun farkına varmışa benzemiyor ve 1910 kanunu misalini bundan başka çeşit ve tamamen tesirsiz bir delil istihracı için ileri sürüyor. Tam bir irtibat-sızlık karşısındayız!

Müsbet hukukun hazırlanması için hukukî pozitivizmin içtimailik ve adalet hislerinden çıkartmak iddiasında bulunduğu bu kadar bulanık bir kıstastan hiç birşey beklenmemesi gerektiğini kâfi derecede isbat ettiğimi sanıyorum. Şimdi işi rasyonel bir zaviyeden ele alarak böyle bir kıstasın pozitif metodun icaplarıyla telifi imkânsız görüldüğünü de ilâve edeyim. Tenkidin bütün şumulünü ihata için Duguit nin camiaların şahıslandırılışının harikûlade bir yıkıcısı olduğunu hatırlamak lâzımdır. Zaten bu hususta onu cidden tebrik ederim. Milli ruh, maşeri irade, maşeri vicdan gibi sosyologların gözünde bir varlık ifade eden bütün bu mefhumlar onun nazarında yalnız «zihnin alelâde tasavvurları» ndan ibarettir. (Sahife 59) Hakikatta ancak ferdî iradeler ve ferdî vicdanlar vardır. Fakat, hakikatta mevcut olsa idi muhak-hakki ferdî benlikten üstün olacak ve hareket kaidelerine hukukî mahiyet bahş etmek kudretine sahip bulunacak olan bu maşeri benlik ve maşeri varlık putu bir kerre kırılınca, bizim ferdî vicdanlar otoritesi karşısında eğilmemiz icap ettiği ve hele bu vicdanların her hangi bir kaideye iltihak etmek ve ona bir icbar kuvveti tanımak için birbirleriyle kitle halinde birleşmeleri hususları nasıl anlaşılabilir?

İşe bir iradeler hiyerarşisi karışmadan bu nasıl anlaşılır? Halbuki biz zat Duguit bize her iradeler hiyerarşisinin metafizik bir telkini tazammun ettiğini söylemiştir. Kitlelerde, onları, cemiyetleri yaşatan şeylere doğru yönelen ve cemiyetleri öldüren şeylerden uzaklaştıran karanlık ve hattâ gayri meşur bir insiyak bulunduğuna iman etmeden bu nasıl anlaşılır? Keza burada da metafizik bir sahile yanaşmıyormuyuz?

Bu tartışma üzerinde fazla durmaksızın, sözlerimi bitirirken şu «hukuk kuvvetini münhasıran ferdî vicdanların iltihakından alır» vecizesinin sonuncu bir neticesini daha hatırlatmak istiyorum ve bunu sadece hukukî pozitivizmin bunu tamamilen kabul edip etmediğini araştırmak ve eğer kabul etmedi ise

ondan ancak deney-üstü bir mefhumun yardımı ile kurtulabileceğini isbat etmek için yapıyorum. Böylece bütün metafizik Postulatları red ettiğini iddia eden bir doktrinin istinad ettiği metafizik Postulatların tetkikini bitirmiş olacağım.

Şayet hukuk, kuvvetini münhasıran ferdi vicdanların iltihakından alıyorsa, fikrimce bundan, kanun koyana düşen vazifenin, yavaş yavaş bu iltihakı elde etmiş olduğunu müşahade ettiği veya müşahade ettiğini zan ettiği bir takım hukuk kaidelerini kayd etmekten ibaret olduğu neticesi çıkar. Bir kaide, bu gün mazhar olduğu ferdi vicdanlar iltihakından yarın mahrum kalabilir, bu iltihak kendisinden geri alınabilir. Bu zikzaklı harekete misal teşkil etmeyecek mevzuat var mıdır? Demekki bir milletin hukukunda bunlara ferdi vicdanların iltihakı ne kadar kuvvetli olursa olsun, her vazii kanunu kendilerine hümete mecbur eden yazılı veya yazısız bir takım prensipler bulunduğu fikri tecviz edilemez. Böylece hukukî pozitivizm bu iltihaktan zaman zaman istifade eden bu gibi kaideler hakkında hiç bir kıymet hükmü veremez. zaten bu kaidelerin ferdi vicdanların iltihakından kâh istifade edip kâh mahrum kalışları adalet ve içtimâilik hislerindeki tahavvüllerin ifadesidir. Filhakika her kıymet hükmü metafizik bir tarafkirlik istilzam eder. Demekki muhtevası son derece mutahavvil ve daima yenilenen bir hukukla iktifa etmemiz buna kanaat etmemiz lâzımdır.

Halbuki Duguit bu riza ve kanaata sahip olmaktan uzaktır ve biz kendisini bir kanundan üstünlük (Superléglité) hattâ bir anayasadan üstünlük (Superconstitutionnalité) taraftarlarının en ileri gelenleri arasında sayabiliriz. O, alelâde kanundan üstün bir kanunda, yazılı veya yazısız olsun her halde hukukun bir âli prensibi bulunduğunu kabu eder (adı geçen eser 660 P. III) onun nazarında, hiç bir kanun koyanın, kıymetsiz ve icra kabiliyeti olmayan bir kanun yapmış olmak tehlikesini göze almadan kendilerini ihlâl edemeyeceği bir takım kaideler vardır. Bu kaideler bizim beşer hakları beyannamelerine mevdûdurlar ki, buna, sübjektif hakları inkâreden bir kimse nin garip bir kanaati demeden geçemiyoruz. Bunlar, aynı vechile, diyor, «bazı şartlar içinde milletin maşeri vicdani tarafından telkin edilmişlerdir ki ben bu şartları kitabımın birinci cildinin birinci bölümünde maşerî vicdandaki içtimâilik ve adâlet hislerinin tepkilerini müşahede suretiyle tayine çalıştım.»

İşte muhakkakki bir kanundan üstünlük teşkil edebilmek bakımından hayli arizi ve mutahavvil unsurlar ve işte bizim beşer hakarı beyannameleri gibi hukuki ferdiyetçilik abidelerine karşı, içtimâi hukukun kurucusu tarafından gösterilen pek garip bir temayül. Şayet (hususî hukukun istih-

leleri) hakkındaki kitabında öğrettiği gibi bu ferdiyetçilik artık devrini bitirmiş se, neden dolayı ondan dokunulmaz prensipler çıkartılıyor ve kanunların üstüne konuyor? ve şayet ben bu mantıksızlıklara, itibatsızlıklara işaret ediyorsam, bunu hiç bir zaman cesur ve yüksek bir ilmi dürüstlüğe sahip bir zekânın tenakuzlarını yakalamak zevki için yapmıyorum, belki insanı bu gibi tenakuzlara düşüren şeyin sadece sistem kifayetsizliğinin doğrudan doğruya bir neticesi olduğunu göstermek için yapıyorum. Tecrübenin basit mütâlarından «mutlâk»ı istihraç etmek mümkün değildir. Başka bir yerde «insan cemiyetlerinin muayyen bir gayeye doğru gitmekte olmaları mümkündür, ben bunu inkâr etmiyorum, fakat bu gayenin ne olduğunu bilmiyorum» dendiği halde, sonradan, gâî kanunlar olarak tavsif edilen bu gibi kanunlara bir takım dokunulmaz direksiyonlar izafe edilmesine imkân yoktur.

Hukukî Pozitivizmin böyle bir tezdâ içinde bocalaması, metafiziğin bir intikamı olsa gerek!

III

Hukukta Gerçekçilik ve Kavramcılık Tüzel kişilik Kavramının Tenkidi

(Réalisme et Conceptualisme juridiques.)

(Critique du Concept de la Personnalité morale)

Birinci konferansımın başında, hukuk ilminin bugünkü istikametini basit bir formül ile tarif etmek istediğim zaman, hukukî tefekküre hakim olan temayülün, hukuku vakialara yaklaştırmak olduğunu, yani gerçekçilik (Réalisme) temayülü olduğunu söylemiş ve bu tabirin yani hukukî gerçekçiliğin izahını ve neye tekabül ettiğinin araştırılmasını da sonuncu konuşmamızdan beklemenizi rica etmiştim.

Hukuku vakialara yaklaştırmak, evvelce gördüğümüz gibi, hukuku vakialardan istihraç etmek demek değildir. Hukukî pozitivizmin bu teşebbüste muvaffak olmadığını ve hukukun gaiyyeti meselesinin metafiziğin yardımı olmaksızın hal edilemeyeceğini size isbat ettiğimi zan ederim: Pozitivizmin bu hezimetini, hukukî gerçekçilik hesabına kayd etmek büyük bir hata olur. Gerçekçilik temayülü ile metafizik arasında hiçbir nevi uyumsuzluk mevcut değildir.

○ halde hukukî gerçekçilik nedir? Bu, sadece, hukuku hayata intibak ettirmekten, hukukî inşalar arasında dolaşırken bunların karşılımları gereken pratik ihtiyaçları gözden kaçırmamaktan ve müesseselerimize kendi sosyal ve ekonomik hayatımızdaki istihalelerin gerektirdiği elastikiyeti ver-

mekten mi ibarettir? Eğer böyle ise, evli kadının evlilik birliğini temsil selâhiyeti, iş kazalarında mesleki riziko mefhumu, hakkın kötüye kullanılması nazariyesi, ev işlerinde çalışan işçilere asgarî bir gündelik verilmesi usulü gibi hususlar hep hukukî gerçekçiliğin birer zaferi sayılacaktır.

Bu, gerçekçiliğin pek fazla mübhem bir telâkkisi olurdu. Bu telakki, gerçekçiliğe karşı çıkarılması mutad olan ve mefhumculuk (kavramcılık - Coceptualisme) denen temayül ile gerçekçilik arasındaki ziddiyetleri tamamen ifadeye kâfi gelmezdi.

Zannımca, gerçekçiliği kavramcılıktan Realisme'î, «Conceptualisme» den ayırt eden şey, gerçekçilikten ne anlaşılması gerektiği meselesidir. Hukukî inşaların gerçeğe dayanmaları, gerçekten hareket etmeleri lüzumunu takdir hususunda herkes müttefiktir, Gerçek nedir? Bu kelime hukuk ilminde hususî bir maana mi ifâde ediyor? Ediyorsa bu mana nedir?

Doğrudan doğruya bu suale bir cevap bulmağa çalışmak iyi bir usul olmayacaktır. Evvelâ biz bu suâlin hangi şartlar içinde soruğunu tetkik edelim, bu şartlar bize suâlin hakikî şümülünü aydınlatacaktır.

Fransada gerçekçilik - mefhumculuk (Conceptualisme) - (Réalisme) münakaşası Duguit ile Saleilles arasında başladı. Mefhumculuk daha başka müdafiler de bulunduğu için bu münakaşa Saleilles'in ölümünden sonra da devam etti. Münakaşa üç mefhum etrafında dönmekte idi: hukuk süjesi mefhumu, sübjektif hak mefhumu, ve tüzel kişilik mefhumu.

Duguit için sübjektif hak, metafizik bir faraziyeden başka birşey değildir. Dolayısıyla hukuk süjesi mefhumu da bir sübjektif hak sahibini ifade için kullanılmaz. Bu mefhum ancak «objektif hukuk kaidelerine tabi olan mahlûk» u ifade edebilir (Droit Constituel I. Sh: 319). Tüzel kişilik mefhumuna gelince; bunu tamamen bırakmak lâzımdır. Zira bir taraftan sübjektif hakların sahibi sıfatile tüzel kişinin artık hikmeti vücudu kalmaz. Diğer taraftan ancak şuurlu bir irade ile mücehhez olan münferit insandır ki objektif hukukun süjesi olabilir.

Duguit bu tasfiyeyi daha doğrusu hukukî mefhumlar dünyasındaki bu esaslı kadroların ilgasını nasıl haklı gösteriyor, nasıl izah edebiliyor? «ben maddî dünyada olduğu gibi sosyal dünyada da ancak vasitasız müşahade yolu ile tesbit ettiğim şeyleri gerçek olarak kabul ederim ve bu suretle tesbit ettiğim bütün şeyleri de gerçek sayarım. Müshahadesi kabil olmayan şeyler gerçek değildir ve müşahadesi kabil bütün şeyler de gerçektir. İşte her ilmin vaz geçilmesi imkânsız postulat'ı budur. Fakat bundan daha ileriye gitmemek lâzımdır.» Halbuki Duguit şunu da ilave etmektedir. (Artık nakil değil hü-

lâse ediyorum): «Bununla beraber, ihlâlleri bir tepkiyi davet eden bir takım içtimai kaidelerin vücudunu görüyorum. İnsan bu kaidelere itaat ettiği müddetçe objektif hukukun süjesidir. İşte bütün gördüklerim bunlardan ibarettir. Müşahade bana hiçbir zaman bir müstefidi veya tâbii bulunan bir sübjektif hakkın varlığını tesbite imkân vermedi. Bu, bir mefhumdan başka birşey değildir. Yine pek haklı olarak ferdlerde her hangi bir hukukî şahsiyetin mevcudiyetini de müşahade yolu ile tesbit etmiş değilim. Topluluklarda, teşekküllerde ve müesseselerde yine hiç bir zaman bunu tesbit edemedim. Bu da yine bir mefhumdan ibarettir.»

Demek ki, müsbet hukukun, münhasıran müşahadesi kabil gerçekliklere dayanmak suretile değil de, bu mefhumlar üzerinde oynanmak ve bunlardan muhtelif terkipler yapılmak suretile hazırlanacağını iddia edenlerin hepsi mefhumcudur.

Ezcümle Saleilles'in tüzel kişilik hakkındaki kitabında buna verdiği cevabı, kendisine yapılan hücumu iyice uydurabilmek için yine nakil değil şerh ediyorum: gerçeklikler çeşit çeşittir. Hukukî gerçeklikler, tabii veya maddî gerçeklikler ile karıştırılmamalıdır. Bunların hepsi, içlerinde kavramsal (mefhumî - Conceptuelle) bir unsur taşımakla diğer gerçekliklerden ayrılırlar. Hukukî gerçekliğin en mutlak olanı, en cezrîsi bile bu mefhumî unsura müracaata mecburdur. Demek ki o da bizzarure bir mefhumculuktur. Şu halde harici bir şahsiyetin yanında mefhumî bir unsuru da ihtiva etmeleri yüzünden sübjektif hak veya tüzel kişilik gibi mefhumların hukukî gerçeklik sıfatı inkâr edilmemelidir. «Bir mefhum, ancak tamamen gerçeklikten kurtarıldığı ve bizzat mahiyeti dolayısıyla hayattan kati surette tecrid edilmiş bir mantık aleti muamelesi gördüğü takdirdedir ki sırf bir hukuk tekniği unsuru haline irca edilmiş olur. Fakat yine bu hali ile de biz onun faydalı olduğunu ve hakların kendi gayelerine mükemmel bir şekilde intibak etmelerine yardım ettiğini görürsek, mefhumculuk ile itham edilmek tehlikesinden korkmadan pekâla bu mefhumu kullanmakta tereddüt etmeyiz.»

İşte birbirlerine karşı vaziyet almış hasımların durumları. Her ne kadar münakaşa daha az karanlık bir hale gelmiş isede, ben henüz kâfi derecede aydınlanmış olmadığını, haklı olarak, kayıt ediyorum. Şimdi bu telâkkiler arasında ne kadar ziddiyet varsa hepsini daha açık bir şekilde tebarüz ettirecek misaller alacağım :

Fakat herşeyden evvel kelimelere kapılmayalım. Her ilmin mefhumlar üzerine kurulduğunu unutmayalım. Bir fizik kanunu bir mefhumdur, keza bir geometri teoremi de bir mefhumdur. İşte bir kâat parçası üzerine çizilmiş

bir üçgen. Bunun yanı başına tıpkı ona benzeyen veya eşit olan diğer bir üçgeni de ben çiziyorum. Şimdi derhal bu iki şekil arasında, birinci üçgeni hiçbir veçhile değiştirmeyen bir münasebet, bir eşitlik veya benzeklik münasebeti ortaya çıkıyor. Bu münasebet, bir münasebet olarak bizim zihnimizin yarattığı bir şeydir, bir mefhumdur. Demek ki hukuk ilminin de geniş bir mefhumculuktan ibaret olmasına şaşmayalım. Her ilim esas itibarile eşyanın birbirilerile olan münasebetleri hakkında bir bilgidir. İliyet münasebeti, müşabehet münasebeti, teaküp ve terafuk münasebeti, güyyet münasebeti vesaire gibi. Halbuki bu münasebetler mefhumlardan ibarettir.

Şimdi burada kötü manada değil de hakiki manasile mefhumculuk kelimesi kullanılırsa, en inadcı realistler bile sadece objektif hukuka dayanan bir hukuk sisteminin mefhumculuk teşkil etmek bakımından, sübjektif hukuk esasına dayanan bir hukuk sisteminden hiç de geri kalmadığını bilmemezlikten gelemezler.

Artık sübjektif hukukun bir mefhum olduğu malûmdur. Bu, ister yalnız ferdler arasında ister ferdlerle eşya arasında olsun, her iki haldede iki şey arasında kurulmuş bir münasebet demektir. O halde bir mefhumdur.

Fakat münhasıran objektif temele dayanan hukuk da aynı veçhile yine bir münasebet değil midir? İşte, hukukî nizamın temeli ve sosyal hayat kaidesi olarak teklif edilen tesanüd veya karşılıklı tabiiyet kaideleri.. Ferdlerin faaliyetleri ancak bu kaideye uygun olarak icra edildiği takdirde cebir vasıtasile himayeye lâyık olacaktır. Fakat Duguit'ın tabiriyle «sübjektif bir hukukî durum» içinde bulunan ferde tanınacak olan bu sosyal himayeyi bulup çıkarma melekesi bir mefhum değilde nedir? Esasen tesanüd ve karşılıklı tâbiyet gibi şeyler birer münasebeti ifade ettiklerine göre bunlar da birer mefhum değil midir?

Evet amma deyecekler, bunlar müşahedesi kabil realiteden istihraç edilmiş mefhumlardır, bunların kabulü ve kullanılmaları ile gerçeklik sahasından dışarı çıkmış olmaz. Fakat sözde mefhumcular da sübjektif hukuku müdafaa ettikleri zaman yine bu gerçeklik sahasından daha fazla dışarı çıkıyor değillerdi: İki ferd bir mukavele yapar, bu mukavelenin neticesinde içlerinden biri herhangi bir edanın alacaklısı, diğeri ise borçlusudur. Tediye yapılmadığı takdirde alacaklı içtimai cebre müracaat eder. Borçlusuna karşı kanuni cebri icra yollarını kullanır. Bu cebre müracaat selâhiyeti ise az çok müşahedesi kabil bir keyfiyettir ve neticeleri de görülüp hissedilebilir şeylerdir. Biz işte bu selâhiyete sübjektif hak diyoruz. Siz ise bunu sübjektif

hukukî durum adı ile ifadeyi tercih ediyorsunuz. Şimdilik bu noktayı münakaşa dışı bırakalım, ne siz ne de biz gerçeklik sahasından dışarı çıkmayalım.

Sübjektif hak mefhumu, diyorsunuz, öyle bir iradeler hiyerarşisini istilzam ediyorki, metafiziğe olan nefretimizden dolayı biz bu hiyerarşiyi şiddetle red ediyoruz. Fakat bu iradeler hiyerarşisini icad eden sizsiniz. Mukavelelere riayet, münasebetlerde emniyet sosyal hayatın iptidai ihtiyaçlarındandır ve bu haller hukukun, pozitivist veya metafizikçi olsun bütün hukukçulara kendilerini zorla kabul ettiren tali veya mutavassıt gayerindendir. İşte mukavelelerin icbar kuvvetinin bu sebepten dolayı içtimai cebirle müeyyidelenmesi gerekir ve bütün alacaklıların sahip oldukları bu cebre muraacat selâhiyetine biz sübjektif hak adını verdiğimiz zaman, bu tabirin delalet ettiği şey artık bir iradeler hiyerarşisi değil, belki bir menfaatlar hiyerarşisidir. Biz, mukavelelerin ifasını isteyen alacaklıların menfaatinin, mukaveleden kurtulmak isteyen borçlu menfaatine tercihi gerektiği fikrindeyiz.

Bu menfaatler hiyerarşisini biz, aynen, sizin, sübjektif hukuk mefhumu yerine ikame ettiğiniz «sübjektif hukukî durum» mefhumunda da müşahade ediyoruz. Bu duruma sahip olanın bu duruma hak iddia edenin menfaati, bu durumu tanımamağa çalışanın menfaatine tercih edilmelidir. Zira birinin iradesi tesanüd kanununa uymaktadır, diğerinin iradesi ise bu kanuna aykırı hareket etmektedir. Görüyorsunuzki bu isbat tarzını biraz daha ileri götürürsek sizi de bir iradeler hiyerarşisi kabul etmekle ithama kadar varacağız.

Bu bizanskâri münakaşayı burada durdurmakla arzularınızı yerine getireceğimi sanıyorum. Sübjektif hukukun müşahadesi kabil bir gerçeklik üzerine kurulmuş olduğunu isbat için zaten münakaşayı hayli uzattım. Bu mefhumun içine muhakkakki bir mefhumu unsur giriyor: İki ferd arasında mukavele vasıtasıyla kurulan münasebet. Fakat aynı zamanda gözle görülen ve elle tutulan diğer bir mefhum da giriyor: Bu münasebetin müeyyidesi olan icrai takip yolu. Bu iki unsur okadar sıkı bir şekilde birbirile birleşmekte ve mefhumî unsur olan sübjektif hak, müşahade edilebilen unsur olan (dava) dan okadar tabii bir şekilde istihraç edilmektedir ki Edit'leri şerh eden hukukşinaslar tarafından pretör hukukunun aynı suretle sistemleştirilmesi buna bir misal teşkil eder.

Öyle sanıyorumki Duguit hücum noktasını iyi seçmedi. Kötü manaya alınan, yani hayattan tecrid edilmiş ve gerçeklikle tamamen alâkası kesilmiş olan bir takım hukukî inşalar mecmuası manasına gelen mefhumculuk ile

böyle bir saha üzerinde mücadeleye girişmekte haksızdı. Adam akıllı ve samimî bir şekilde realist olmakla beraber sübjektif hak mefhumuna yine sadık kalınabilir. Realistler tarafından ortaya atılan münakaşa artık sübjektif hak mefhumunu değil, ancak, mahz (pur) hukuk tekniği mefhumlarını bahis konusu ettiği zaman bir mana kazanabilir.

Hukuk tekniği mi? İşte yine tarifi gereken bir mefhum, belki de beni, daha mefhumculuk meselesini bitirmeden önünüze bu kadar belirsiz diğer bir mefhum çıkarmış olmakla itham edeceksiniz. Fakat bu itham yersiz olacaktır. Zira ben aynı zamanda iki kitabı birden okuyor değilim ve sizi realistlerin anladığı manadaki mefhumculuğun ne olduğunu ancak teknik mefhumunu incelemek suretile anlayabileceğinize ikna edeceğimi ümit ediyorum.

Sizleri, teknik hakkında, yani hukuk vokabülerinde de ilk görüldüğü andanberi Jhering tarafından kuvvetle iltizam edilen bu tabir hakkında şimdiye kadar teklif edilmiş olan çeşitli tarifler içinde bunaltacak değilim. Eldeki lûgatlara bakınca, tekniğin, bir sanatta, bir meslekte veya bir imalatta kullanılan usullerin heyeti mecmuası demek olduğu görülür.

Şu halde evvelâ prensipler vardır sonra da bu prensipleri ameli sahaya naketmeye ve onların muayyen bir bakımdan en müessir en basit ve en elverişli tatbik suretlerini bulmağa yarayan bir teknik vardır.

Oyle zan ederimki umumi olarak bu fazla karmaşık olmayan Techique mefhumu, bize, hukuk tekniği hakkında bir fikir vermeye kâfi gelecektir. Fakat bunu size isbat etmeden evvel ve daha doğrusu bunu size daha açık bir şekilde izah için size hakikatta bir çok hukuk teknikleri bulunduğunu göstermenin faydalı olduğunu sanıyorum. Evvelâ bir yasama tekniği (teşri tekniği) vardır. Sonra da kanunu şerh veya tatbikle mükellef olanların kullandıkları bir teknik vardır. Doktrin ve icthad tekniği. Teşri veya yasama tekniği; kanun yapanların, hukuka düşen vazife hakkındaki kendi görüşlerine göre arzuya değer saydıkları bazı gayelere erişmelerine imkân verecek usulleri seçmeleri demektir.

En basit bir misal alalım :

İnsanın melekeleri ancak tedrici bir şekilde inkişaf ettiğiinden, bir insanın hukukî ehliyetini ölçmek için yaşının nazara alınması tabiidir. Umumi fikir işte budur.

Şimdi bu fikrin teşri tekniği vasıtasile nasıl kuvveden file çıkarıldığına bakalım: Evvelâ, hangi yaştan itibaren ferdin tam bir ehliyete sahip ad edileceğini tesbit etmek lâzımdır. Bu rüşd yaşının anane, ırk, aile örfü nazara

alınarak tesbiti de bir teknik işidir. Bu, isabet derecesi tecrübe edilecek ve belkide bizde olduğu gibi evlenme rüştü bakımından tadile tabi tutulacak bir rakamdır.

Şuhalde henüz bu yaşa gelmemiş olan bir insana ne muamele yapılacaktır? Küçük, tamamen ehliyetsiz olacak ve mamelekinin idaresi bakımından zarurî veya sadece faydalı olan bazı hukukî muameleleri yapmak selâhiyeti reşit büyüklere mi verilecektir? Yahutta bu muamelelerden her hangi birini yapmak gerektiği takdirde küçük serbest bırakılmakla beraber kendisine reşid büyüklerin yardımı temin edilmekle mi iktifa olunacaktır? «Negotium gestio» mu, yoksa «Auctoritatis interpositio» mu? Yani, selâhiyeti olmadan başkası hesabına tasarruf kaideleri mi, yoksa velâyet veya vesayetin müdahalesi mi, hangisi?

Roma hukuku her iki usulü birden kullanmıştı. Bizim medeni kanunumuz bunlardan ancak birini kabul eder. İşte bir teknik meselesi.

Aynı vecihle, muamelelerin mefruz ehemmiyetine göre himaye şiddeti azalıp çoğalacak olan bir vesayet müessesesinin teşkilâtlandırılması da bir teknik işidir. Keza, adı rüşd yaşını beklemenin pek fazla gecikmeyi mucip telâkki edildiği bazı istisna hallerdeki kazi rüşd müessesesi de bir teknik işidir.

Misaller sayısızdır ve fazlasını vermekten vaz geçiyorum. Zira doğrusunu söylemek lâzımgelirse kanun koyanın vazifesi zaten bu teknik işi yapmaktan ibarettir. Bir kanunun prensipler vaz etmekle işe başladığı nadiren vakidir. Vaktiyle bizim medeni kanunumuzun başında sonradan ihzârî çalışmalar sırasında kaldırmış olan bir (ilkbab) bulunduğu ve bunun da bir (prensipler babı) olduğunu hatırlatmak lâzım mı? (6) Çok defa teşriî çalışma, ihtimalki gerekçede ifade edilmiş ve fakat kanun maddelerinde tekrarlanmamış olan falan veya filan içtimai telakkiyi filiyat sahasına geçirmeye yarayacak vasıtaları araştırmak ve düzenlemekten ibarettir: Kanun maddeleri yalnız Jhering'in tekniğin gayesini tarif için kullanıldığı isabetli tabiri ile bu içtimai fikrin (tatbik kabiliyeti) ni organize eder. Bu tatbik imkânını elde etmek için çok defa kanun koyanın bir Fiksion veya bir karine gibi bazı suni vasıtaları kullandığı vakidir. misalları bunların zikrini faydasız kılacak kadar çoktur. Maamafi ben bu sun'î vasıtaların muhakkak ki en fazla istimal edilenini katiyen meskût geçmek istemezdim. Yani «herkesin kanunu bildiğini ve kimsenin onun tatbikından kurtulmak için kendi cehaletini ileri

(6) — Bak: Bizde mecellenin ilk yüz maddesi. (çeviren)

sürmiyeceğini kabul etmekten veya kabul eder görünmekten» ibaret olan fiksiyonu (Fiction).

Doktrin ve icthad teknikleri de bu teşri tekniğine dayanırlar. Bunlardan biri, kanun koyanın eserini sistemleştirmeyi, tarihleri ve mevzuları farklı olan kanunî nizamlamalar arasındaki mütaaddit yakınlıkları bulup çıkarmağı, hukukî tasnifler veya kategoriler icad etmeyi kendisinin yeğane değılsede başlıca gayesi olarak kabul eder. Digeri de kanun koyanın eserini tamam-lamağı kendisinin yegâne değılsede başlıca gayesi olarak kabul eder, zira kanun koyan herşeyi baştan derpiş etmemiştir, halbuki ceza hukuku sahası hariç, diger bütün sahalarda, kanun koyan derpiş etmiş olsun olmasın, mah-kemeye gelen her husus hakkında bir hüküm verilebilmesi lazımdır.

İşte bu suretledirki metinler kıyas yolu ile genişletilerek tatbik edilir, ba-zi Fiction'lar veya karineler istimal edilir. Mesela karının ev masrafları husu-sunda kocayı zımni temsili gibi. Keza tesanüdün günden güne arttığı bir cemiyette büyük sayıdaki zarar vakialarının tamiri için kusura dayanan mesuliyet yerine, file dayanan mesuliyeti ikame maksadile risk mefhumunun genişletilmesi gibi.

Bu teşri, icthad veya doktrin teknikleri, gaiyet fikrinden, yani irişilecek bir hedef düşüncesinden mülhem olmaktan hali kalmadıkça, mefhumculuk itabi ile haksız olarak karşılaşırlar.

Meselâ tevarüsün tanzimi usullerini kolaylaştırmak ve mirasçılara rücu davalarını önlemek için bizim medeni kanunumuza izalei şuyuun neticesi (Par-tage déclaratif) gibi bir mefhumu sokmuş olmasından dolayı kanun koyan-dan şikâyet edilebilir mi? Bunu yapmakla hayatın icaplarına cevap vermiş değıl midir? Réalitleri hiç göz önüne amladan mı bunu yapmıştır.?

Keza, az evvel işaret ettiğim icthad tarafından yapılmış inşalar (Const-ruktion'lar) hakkında da aynı şey söylenebilir. Onlar da pratik zaruretlerin tazyiki altında yapılmamış mıdır? Fakat bazan teknik faaliyet hayattan te-cerrüd eder ve artık gerçekliğe dayanmaz. Bazi hallerde teknik unsurlara tatbik edilen hukuki muhakeme; her çeşit gaiyet fikrine kapılarını kapamış olan bir mahz mantık havası içinde mücerred bir şekilde gelişir, tayin ve işaret olunan olaylar üzerindeki muhakeme yerine, bu yapma işaretler üzerinde-ki muhakeme kaim olur, artık teknik unsurlar cebir işaretleri gibi istimal ve ter-kip edilirler.

İşte böyle anlarda, teknisiyenler, hukukî inşaların (Construction) ye-gâne hikmeti vücutları olan esas gayeyi gözden kaçıırırlarsa, kötü maana-daki mefhumculuk tehlikesine maruz kalırlar.

Burada da misaller eksik değildir. Meselâ rast gele birini alalım: Yani haciz vaz ettiren alacaklılarla, mahcuz alacağı temellük etmiş olan kimsenin birleşmeleri halini tanzim için teklif edilen kombinezonları hatırlayalım. Ya-hut da ceza hukukunda cezayı hafifleten sebeplerle, tekerrür yüzünden ağırlaştırılan sebeplerin birleşmesi halini alalım. Yalnız teknik unsurları kul-lanan bir mantıktaki merhametsiz otomatizmin bizi ne gibi manâsızlıklara sev-kedebileceği hakkında bir fikir verebilmek için bunları hatırlatmak kâfidir.

Çok zamanlar teknisiyenler onlara yanlış yolda yürüdüklerini ha-ber vermekte gecikmiyen pratik hayatın mukavemetleri sayesinde bu otoma-tizmin suiistimallerine karşı ihtiyatlı bulunurlar. Fakat her zaman vaziyet böyle olmaz buna tüzel kişilik yani insandan gayri realitelere isnad edilen hukukî kişilik mefhumunun garip taliinden başka delil göstermek istemiyo-rum.

Hatta kullandığım formül bile size, hükmi şahsiyet ile hukukî şahsiyet arasında Hauri'unun tavsiye ettiği tefriki yapmağı kabul etmediğimi göste-rir. Konfransımın ikinci bölümünü tahsis ettiğim tüzel kişilik mefhumu, fikrim-ce, hukukî mefhumculuk ile hukukî gerçekçiliğin hakiki çatışma sahalarıdır.

Baştan da size söylediğim gibi, şimdi de buraya kadar serd ettiğim mülâhazalardan sonra şunu tekrar edebilirimki Duguît sübjektif hakka karşı yaptığı garip ve beyhude tecavüzü ile bu ihtilâfî büsbütün karıştırmış olmasa idi bu hususta son sözü onun söylemiş olması lazımgelirdi. Emin olunuz er-geç bizim hukuk tekniğimizi hükmi şahsiyet mefhumundan kurtarmak sure-tile sarf ettiği müessir gayretten dolayı kendisine müteşekkir kalınacaktır. Bu meselenin daha pek çok mürekkep sarf ettireceğini itiraf etmiyor değilim. Zira kötü itiyadlar, kendilerinden kolaylıkla kurtulabilen şeyler değildir.

Şüphesiz ki cemiyetler gibi topluluklara veya tesisler gibi kurumlara atfedilen bu tüzel kişilik kavramı, bir haktan edilecek istifadenin büyük sa-yıda veya miktarı gayri muayyen olan bir müstefidler kitlesi üzerinde dağılıp gitmesi halinde bütün bu ferdi istifadeleri bir demet halinde toplamak ve on-lara bir tek sahip yaratmak ihtiyacından doğmuştur. Bu ihtiyacı izah için Du-guît'nin zan ettiği gibi, hukukcularda halâ yaşamakta devam eden ve onları «İçtmaî surette himaye edilmiş her faaliyetin arkasına bu himayeyi izah için me'tafizik esaslar yerleştirmeye» sevk eden bir dinî zihniyete atif yapmak gerektiğine inanmıyorum. (Dr. Cons. I. Sh. 178)

Her şeyden evvel bu cemiyet veya tesis tarafından temsil edilen menfaatlar yekûnünü tek bir kelime ile ifade etmenin lisan bakımından olan elverişliği yüzünden böyle bir mefhum icad edilmiş olduğuna hüküm etmek çok daha tabiidir. Sonra bu kelimenin arkasında hakikaten şahıslandırılmağa müsait bir gerçeklik bulunup bulunmadığını soruşturmak da bundan daha az tabii değildir. Bu suallere bazıları hayır dediler. Fakat biz sanki bu şahıslandırılmağa müsait gerçeklik mevcutmuş gibi hareket edeceğiz. Bu fikri kabul eden ister kanun koyan, ister kanunu tefsir eden makam olsun, yani bu, ister kanun ister ictihada dayanan bir fiction olsun, biz daima mesnedini gerçeklikten almayan bir teknik icadi karşısında bulunuyoruz demektir. Bu andan itibaren ortada bir şahsiyet mevcutmuş gibi davranılır. Zira hakikatte mevcut olmadığı bilinmektedir. İşte bu mefhumculuktur.

Diğerleri: evet dediler. Şüphesizki size, tüzel kişilik gerçekliğini isbat etmek ve böylece mefhumculuk ithamından kurtulmak için yapılmış olan bu denemeleri toplu bir halde arz etmemden memnun kalacaksınız. Bazileri cemiyetlerin uzviyetci telekkisine iştirâk ettiler ki bunlar cemiyetlere bir cinsiyet tanımağa bile kalktılar. Diğerleri ise cemiyette birleşmiş olanların veya cemiyetin faaliyetinden müstefid olanların ruh ve iradelerinden ayrı bir kollektif ruh, bir kollektif irade mevcut olduğunu iddia ettiler. İddia ettiler diyorum, çünkü bunu hiç bir zaman isabet edemediler. - Bu telakkinin en orijinal ve en yeni müdafaası Hauriou tarafından yapılmıştır ki ona göre «şahıslandırma iki perdeden ibarettir: Birinci perde : objektif bir ferdiyetin teşkili (cemiyet veya tesisin kurulması). Uzuvarı olan bir sosyal otomat ve müvazeneli bir iç idare. Fakat bu henüz sübjektif Alevden mahrumdur. Çünkü tarihi bakımdan daha evvel teşekkül eden vücuttur. İkinci perde : sübjektif cevherin yaratılması ve tezahürü «(Principes de Droit public. 2 éd. 1916 sh: 41). Bu sübjektif alev nedir? Bu «gurup üyelerinin müşterek iradesinde aynı zamanda hem bir manevi hak sahibi hem de bir mal iktisap etme kabiliyeti şeklinde tezahür etmek isteyen içtimai eser fikridir.» (Aynı eser Sh, 107.n.l) Peki bu alevi kim tutuşturacak başka tabirle, hangi anda ikinci perde açılacak?» Bu, «organların gurup üyeleri karşısındaki manevi mesuliyetleri» olayının baş gösterdiği anda vaki olacaktır. (Principes de Droit Constitutionnel 1923 Sh: 716. 2. ek). Bu mesuliyet hissi şiddetlendikçe hükmi şahsiyet inkişaf eder, gelişir. «Duguit bu gibi mefhumlar münakaşe edilmez diyor. Bunlar sadece zihnin yaptığı hayallerden ibarettir.» (Droit Constitutionnel I, Sh: 353). Nazariyeye karşı böyle bir reddin pek muhtasar olacağını biliyorum. Fakat beğenmekle de tereddüt etmiyorum. Ben, kollektif irade, içtimai vicdan gibi mefhumları hukukcuların asla kabul etmemeleri gereken ihtiyatsızca yapılmış istiarelerden ibaret telakki edenlerdenim. Bir insan ze-

kâsına raptedilemeyen, müşahadesi kabil hiç bir cevhere izafe edilemeyen tecerrüd halinde bir irade veya vicdan tasavvuru benim için imkânsızdır. Bu tam manasile bir hilkat ucubeliği, bir tabiat galatlığıdır. Bütün kollektif veya sosyal vakıalar esas itibarile ferdî vakıalara irca edilebilirler ve bunların dışında ayrı bir varlık teşkil etmezler. Cemiyet içinde yaşayan, müşterek bir hareket etrafında toplanan veya sadece bir kalabalık halinde bulunan ferdlerin ruhlarında iradelerinde ve vicdanlarında; onları, artık yalnız oldukları zamanlardaki gibi düşündürtmeyen, istetmiyen veya hareket ettirtmeyen bir tesir ve aksi tesirler, bir etki ve tepkiler serisi olabilir, bu husus münakaşadan hariçtir. Hatta Psychisme social veya Psychologie social adı altında bu tesirlerin karmaşıklığı veya bu tesir ve aksi tesir münavebeleri tetkik edilebilir, mümkün; fakat bu sosyal Psychisme'leri bilmem hangi kollektif ruha atfetmek temayülüne kapılınmamalıdır. Sosyal Pshchisme ler ancak birbirleriyle temas haline getirilmiş olan ferdî Psychisme'lerin evsaf ve hususiyetlerinden yaratılır. Müşahadesi kabil gerçeklikler yalnız bu evsaf ve hususiyetlerdir. Kollektif irade ve kollektif vicdan gibi istiarelerin altında şimdi zikrettiğimiz gerçekliklerden başka hiç bir şey yoktur ve olmayacaktır.

Bu muhakeme, hangi şekil altında olursa olsun, tüzel kişiliğin gerçekliğini kabul eden doktrinlere olduğu kadar, Hauriou'nun dâhiyane inşa ve icadlerine ve bazı Alman hukukcularının bulutlu, mübhem veya pek basitleştirici formüllerine de muhaliftir. Bununla beraber Hauriou'nun görüşünde, bir mesuliyet hissinin nasıl olup da henüz varlık kazanmamış, bir şahsiyete takaddüm ederek onun doğumunu intac edebileceğini anlamanın bana pek güc geldiğini de ilâve edeyim. Zira bu hissin, bir şahsiyetin varlığını duyması ve böylece onun mıhrakını teşkil edebilmesi için her halde o şahsiyetin kendisinden daha evvel doğmuş yani bir varlık kazanmış olması lâzımdır.

Cevheri arazdan çıkartmağa müncer olan bir sistemin gerçeklikte mesnedi yoktur. Bu sırf bir muhayyele eseridir.

Fakat tüzel kişiliklerin gerçekliği meselesi, mevzuu tamamen başka sahaya nakleden diğer müdafiler de buldu. Bunlar; «ne olduğu anlaşılmayan bir maşeri irade veya vicdan mefhumu peşinde koşmakta niçin bu kadar ısrar ediliyor?» dediler: Bu hareket noktası fenadır. Bu noktadan hareket edildiği zaman irade sübjektif hukukun temeline yerleştirilmiş ve bunun neticesinde de, herkesin fikrine aykırı olarak, sübjektif hakların sahibi sıfatiyle hükmişahsiyetlere de bir irade izafesi icab etmiştir. Halbuki biz sübjektif hakkın temeline irade yerine bu iradenin himaye ve müdafaa ettiği asıl menfaati

koyacak olursak bütün güçlük ortadan kalkar. Şahsiyet artık irade kullanmak kabiliyeti değil, belki istifade kabiliyeti demek olur. Bir topluluk, bir cemiyet hukukan himaye gören bazı menfaatlara sahip olur olmaz hükmişahsiyet halini alabilir. İşte Léon Michoud'nun hükmi şahsiyet nazariyesi budur. Görüyorsunuz ki bu nazariye bizi sübjektif hukukun temeli meselesinde bir cephe almağa sevk ediyor. Bu bakımdan hükmişahsiyet meselesinin bütün hukuk felsefesine hakim telakki edilmesi yerindedir.

Bu saha değiştirilmesinin hükmişahsisların gerçekliği davasına bir fayda temin etmiş olduğunu zan etmiyorum. Filhakika Michoud'nun nazariyesi iki postulat üzerinde dayanmaktadır ki bunların her ikisi de söz götürür cinstendir.

Birincisi, ferdi menfaatlara ırcı kabil olmayan topluluk menfaatlerinin mevcudiyeti meselesidir. Bir cemiyetin, bir tesisin menfeati, hiçbir zaman bir ferdi menfaatler mecmuundan başka birşey değildir. Bu ferdi menfaatlerin daima, yaşayan ve bilinebilen ferdlerin menfeati demek olmadığını iyice anlamalısınız. Bunlar belki topluluk azası olmayan hattâ bazan henüz doğmamış olan ferdlerin menfaatleri olabilir. Fakat daima ferdi menfaatler olarak kalır.

Umumi, kollektif veya Korporatif menfaat denen şeyler haddizatinde daha çok sayıdaki ferdi menfaatler yekûnünden ibarettir ki bazen bunlar husûî menfaatler denen az sayıdaki ferdi menfaatlara aykırı düşerler.

İkinci postulat ise sübjektif hukukun temelini mütaallıktır. Bu, gerek Fransa'da ve gerek yabancı memleketlerde, uzun bir zaman ve burada red ve cerhini faydasız kılacak kadar münakaşa ve itirazı mucip olmuştur. Ben bu hususta ancak cari lisandan, yani prensip itibarile hukukcuların kullanmaları gereken yegâne lisandan çıkma bir tek delil göstereceğim: Ferdi hak mefhumunun ilk akla getirdiği fikir hangisidir? Menfaat fikri mi yoksa irade kudreti fikri mi? (benim falan hakkım var) gibi en basit bir sözü duyduğumuz zaman bu yarım kalmış cümle acaba aklımıza bir menfaat fikrini mi getiriyor?

Muhakkak ki hayır.

(Benim falan hakkım var) cümlesi herşeyden evvel, benim bir talep selahiyetim var, birşey istemek selahiyetim var, bir irade beyanı ile içtimai cebri harekete getirmek imkânım var fikrini ifade ediyor. (Neden dolayı?) (Hangi gayeye erişmek için?) suali ancak bu fikirden sonra akla gelecektir. İşte menfaat, ancak bu anda, yani ikinci safhada bahis mevzuu olacaktır. Hukukculara, kendi nazariyelerine uydurmak için kelimelerin mutad manalarını değiştirmek selahiyeti verilemez.

Demek ki eğer sübjektif hukuk esas itibarile bir iradenin emrine verilmiş bir cebir selâhiyeti ise, bu, ancak bir insanın, yani müşahadesi kabil gerçeklikler içinde bir zekâ ve irade ile mücehhez olan yegâne mahlukun vasfı olabilir. Demek ki ancak insana bir hukukî şahsiyet yani bu hakkı istimal selahiyeti verilebilir neticesine varıyoruz.

Ben hümişahısların gerçekliği fikrinin kat'i bir muarızıyım.

Fakat beni iyi anlayınız.

Ben bununla hükmişahsın büsbütün mesnedsiz olduğunu, boşluk üzerine kurulduğunu söylemek istemiyorum. Aslâ. Bu cemiyetler, bu tesisler, bir kelime ile hümişahsiyet ile techiz edilen bütün bu teşekküller hiç şüphesiz müşahadesi kabil gerçekliklere istinad eden hukukî realitelerdir. İşte bir gayeye tahsis edilmiş bir mal kitlesi. İşte bu gayeyi tahakkuk ettirmek için müşterek bir gayret sarf edenlerin faaliyetleri ve bu faaliyetler arasında bir hiyerasi, bir iş bölümü, hülâsa, işleyiş tarzı tanzim edilmiş ve muayyen bir gayeye tahsis edilmek üzere kurulmuş bütün bir mekanizma.

Bir kerre daha söyleyeyim ki bütün bunlar bir gerçekliktir. Fakat ben bu gerçekliğin bir şahıs olduğunu kabul etmem. Hauriou nun tabirini kullanarak diyelim ki, ben, bu teşekküllerin (objektif ferdiyetini) kabul ediyorum. Bu objektif ferdiyet müşahadesi kabil realiteler gurubundandır. Fakat bu objektif realiteden «sübjektif şahsiyete» olan geçit bizi kelimenin kötü manasına tam bir mefhumculuğa götürür.

Ben bu teşekküllere şahsiyet izafesinin ancak bir fiction sayesinde mümkün olacağına kani olmakta berdevamim. Fiksiyonşahsiyet hakkındaki eski nazariye kendisine dayanılabilecek yegâne nazariyedir, hiç değilse bu bakımdan böyledir. Zira yine geriye bu fiksiyonun faydalı olup olmadığını bilmek meselesi kalıyor. Ben buna da kani değilim.

Halbuki, bir fiskiyon faydasız olunca tehlikeli de olur.

Size burada fiksiyon - şahsiyet nazariyesinin bir tenkidini yapacak değilim. Artık bunun zamanı geçmiştir.

Bunu Léon Michoud nun büyük eserinde makul ve ölçülü bir şekilde bulacaksınız. Vareilles - Sommière'in hükmişahıslara tahsis ettiği kitabında da canlı ve nükteli bir şekilde bulursunuz. Görülüyorki ben, hükmişahısların varlığını, Devletin keyfine teslim etmek tehlikesi üzerinde durmuyorum. Yani bunların varlığını kabul eder görünmeye razı olup olmaması bakımından olan tehlike. Keza, henüz daha bir varlık kazanmadan bizzat kendisine fiksiyon vasıtasile bir mevcudiyet bahş edemeyeceği cihetle, fiksiyonsuzca bi-

zatihi var olması gereken yegâne hükmişahıs olan devletin şahsiyetini mevzu dışı bırakmanın mantıksızlığını da gösterecek değilim. Ben yalnız sizin dikkatinizi alelittlak bütün fiksiyonların ve bilhassa faydasız fiksiyonların en vahim mahzuru üzerine çekmekle iktifa edeceğim.

Mevcut olmayan her hangi birşeyi mevcutmuş gibi kabul etmek, zamanında durulması bilinmemek tehlikesi olan bir yola koyulmak demektir. Eğer fiksiyon hakikaten faydalı ise hakikaten pratik zaruretler tarafından kabul ettirilmiş ise, belki onu bu zarureterin hudutları içinde hapsetmek daha az güç olur.

Fakat faydalı değilse, daha fazla hayal sahasına dalmamak için hangi anda fren yapılacaktır?

Fiksiyonun büyük tehlikesi, şudur ki, ergeç bu fiksiyon gerçeklik haline inkilap ettirilmek istenir.

Fiksiyon - şahsiyet nazariyesi zihinleri hükmişahsiyetlerin gerçekliğini kabule hazırlamıştı. Bizde daima iptidaî insanın tabiat kuvvetlerini ilâhlaş-tırmak temayülü bakîdir. Bu temayül bizi bu gün zaman mekân bakımından kendi küçük ferdi faaliyetimize konmuş olan hudutları aşan kollektif kuvvetleri şahıslandırmaya sevk ediyor. Böyle bir kuvvetin bizim takatımızı aşması vakıası karşısında, ilk hareketimiz, ona derhal kendi şahsiyetimizden daha büyük çapta bir şahsiyet izafe etmek oluyor. Hale göre bu şahsiyete millet, Devlet, veya idare, kumpanya diyoruz veya diğer adlar takıyoruz. Fakat öyle görünüyorki o, bizim için ne kadar uzak, ne kadar belirsiz, ne kadar anlaşılmaz bir halde ise ona okadar geniş haklar tanıyoruz. Bu gün hukukcular dünyasında hayli itibardan düşmüş ve fakat kitle indinde daima hoş tutulmuş olan millî egemenlik efsanesi de işte bu şekilde vücut bulmuştur. Ne çok insan millî egemenlikten bahşeder de, kendisini teşkil eden ferdlerin dışında milletin ne demek olacağını düşünmez! Millet; içimizde âmme hukukunu tetkik etmiş olanların bildiği gibi, tarifi müşkül bir takım mefhumî unsurlar mecmuasından başka nedir? Bu itibarla milletin kendine ait ne zekâsı ne iradesi vardır. Bununla beraber en ulvî hak, egemenlik gibi bir hak işte bu sarahattan mahrum mefhumlar mecmuasına izafe edilmektedir. Çoğunluk diktatörlüğü ve egemen milletin irade beyanı addedilen seçim oyunu sayesinde sayıya esir olmak gibi haller işte bu fiksiyonun neticeleridir. Mantıkî istidlâller zincirinin ucu bir kerre bir fiksiyona rapt edildimi, artık herşey beklenebilir. Milleti devlette, yani bir başka hükmişahısta şahıslandırmak suretile işin içinden çıkılacağını mı zan ediyorsunuz? Ohalde kiralın (devlet: benim) dediği zamanlara dönmemiz lâzım. Devlet bir insan olunca

hak süjesi de olabilirdi. Devleti ancak bir hükmî şahıs haline irca ettikten sonra ana egemenlik bahşetmek, milli egemenlik mefhumundan hiç bir cihetle üstün olmayan, aynı neviden başka bir mefhumu itibar göstermek demektir. Bu yeni mefhumun ömrü de evvelkinden daha uzun olacak değildir. Bu Devlet hükmî şahsiyeti hakkında, en kıymetli hukukçular arasında bile ne kadar fikir ayrılığı vardır; bazıları tek bir şahsiyet kabul eder, diğerleri bu şahsiyeti ikileştirirler nihayet bir kısmı da ancak mamelekî şahsiyeti kabul etmek için ve daha bazı elverişlilik sebepleri yüzünden iktidar şahsiyetini reddeder.

Bu mefhumun bir engel teşkil ettiğine ve kendisinden kurtulunmak istendiğine bundan daha iyi delil mi olur? İdarecilerin şahıslarının dışında bir devlet olmadığı ve devlet rejimi denen şeyin idare edenlerle idare edilenlerin birbirlerinden basit bir farklılaşmaları neticesinde kurulduğunu keşfetmek için bu kadar gayrete lüzum var mı?

Hümişahsiyetin herşeyi insana benzeterek düşünme temayülünün muayyen bir safhası olduğunu itiraf etmek için samimî olmamız lâzımdır. Pek yakın zamanlarda hükmişahsiyetlerin hakiki bir cezai mesuliyetle ilzam edilebileceklerini isbat için yapılmış olan teşebbüslere başka ne mana verir?

Bu gibi teşebbüslere atılan kimselerin bununla, içinde ne zekâ ne de irade bulunan birşey üzerinde cezai bir tenkil usulü tesis ederek ceza hukuku prensiplerini alt üst etmek istemiş olacaklarını da zanetmiyorum. Bu kimseler şayet cezai mesuliyetin kendi ananevî unsurlarını muhafaza edeceğini kabul ediyorlarsa, bu hareketleriyle tecziyesi kabil addettikleri hükmişahsılara bir zekâ ve bir irade izafe ediyorlar demektir. Bu ya herşeyi insana benzetme temayüldür yahut da ceza hukukunun alt üst edilmesi. Üçüncü bir ihtimal yoktur.

Bu arada bunların cezai müesseselerimize bazı yenilikler sokmak için yapıldığı iddiasını da hatırlatalım. Halbuki pek âlâ bu yenilikler bu gibi dolambaçlı yollara sapılmadan da yapılabilirdi.

Şimdiye kadar ister fiksiyon olsun, ister bir sözde realité olsun, hükmişahsiyet telâkkisinin tehlikeleri üzerinde ısrarla durdum. Artık bunun yalnız bizim bu günkü hukuk tekniğimiz için değil, belki yeni unsurlarla islah edilmiş ve zenginleştirilmiş başka bir hukuk tekniği için de faydasız olduğunu isbat etmenin zamanı gelmiştir. Ne zaman hükmişahsiyet mefhumunun kabulünü icap ettiren münhasıran hukukî neviden mülâhazaları hatırlasam, içlerinden belli başlı iki mülâhaza üzerinde dururum :

1 : Bu telâkkinin muvaffakiyeti evvelâ hukukan sahihsiz mallar olamayacağı yolundaki kabli kanaat yüzündendir. Bir tesise tahsis edilmiş mallar, bir cemiyette toplanmış mallar müessislerin veya cemiyet üyelerinin mülkü olmaktan çıkıyordu. Onların hiç kimseye ait olmamaları ihtimali ise imkânsız ad ediliyordu. O halde herçebâdabâd onlara bir sahip bulmak icap ediyordu ki bu sahip de şahıslandırılmış olan tesis veya cemiyet oluyordu. Cemiyet veya tesisin yokluğu halinde bu mahlûl ve sahihsiz mallar devlete izafe ediliyordu. Yani yine bir başka hükmişahsa. Fransada uzun zamanlardan beri hukukî tefekkür böyle münkaşasızca kabul edilmiş bir kabli kanaatin hakimiyeti altında kaldı.

Bununla beraber sahihsiz olan ve fakat muayyen bir gayeye tahsis edilmiş bulunan mallar mefhumunda akla uygun gelmeyen bir şey yoktu. 1908 de Saleilles hükmişahsiyet hakkındaki doktora derslerini verirken dinleyicilerin dikkatini Brinz'in nazariyesine çekmişti. Saleilles (tahsis mameleki - Zweckvermögen) nazariyesinin muvakkat bir hayranlığı davet ettikten sonra, müstahak olmadığı bir itibarsızlığa düşmüş olmasına teessüf ediyordu. Kendisi bu nazariyeye iştirak etmiyordu. Fakat onu akla mugayir olmakla itham etmek şöyle dursun, bilâkis hukukî fikirlerin terakki yolundaki mühim bir merhalesi olarak gösteriyordu.

Ben kendisinden daha ileri gidiyorum ve bu üzerlerinde mülkiyet tesis edilmemiş ve fakat bir gayeye tahsis edilmiş olan mallar mefhumunun, müşahedesini kabil bir gerçekliğe dayandığını kabul ediyorum. Bu mefhum bize amelî hayat tarafından telkin edilmiştir ve bizim hukuk tekniğimizin ona lâ-yık olduğu yeri verecek yerde, onun vasıtasızca varacağı neticeye erişmek için bu kadar zaman uydurma bir vasıta kullanmış olması cidden hayrete değer.

İşte, bir şehirde büyük harpte ölenlerin hatırasına bir âbide dikilmesi için kurulmuş bir heyet tasavvur edin. Bu heyetin hükmişahsiyeti yoktur. Fakat aidatı toplayan bir veznedarı vardır. Yatırılan para muhakkakki yatırımların mülkü olmaktan çıkmıştır. Fakat bununla hukuk süjesi sayılamayan heyetin mülkiyetine de geçmiş değildir. Keza veznedarın mülkiyetine de geçtiği iddia edilemez. Nihayet bunların devlete izafesi de tecviz edilemeyecektir.

Şuhalde işte bu günkü tekniğimiz içinde hukukî hali olmayan paralar. Halbuki biz tahsis mamelekini kabul edersek bu paralar bir hukukî hale sahip olacaklardır. Demek ki hukukan sahihsiz mallar ile sahipli mallar arasında orta bir hal kabul etmeye karar vermeliyiz. Bu orta hal, bir gayeye tahsis edilmiş ve binnetice üzerlerinde ancak bu gayeye erişmek için tasaruf edilebilen mallar mefhumudur.

Hümişahsiyetin hikmeti vücutlarından biri böylece ortadan kalkacaktır. Artık tesis veya cemiyet mallarının mülkiyeti kendisine izafe edilebilmek için şahıslandırılması gereken bir kollektif varlık araştırılması beyhudedir. Bundan sonra bu malların mülkiyet mevzuu haline sokulmalarına hacet kalmadan içine yerleştirilebilecekleri bir hukukî kategori mevcuttur: Tahsis mameleki kategorisi. İşte doldurulması gereken bir boşluk ve tashihi gereken bir hata.

2 : İkinci sebep : - daima münhasıran hukukî neviden - hükmişahsiyet mefhumunun tutunmasını temin eden diğer sebep de şimdiye kadar bir sübjektif hakkın sahibi olarak ancak ondan istifade eden kimsenin tanınmasında ısrar edilmesi idi. Yani hakkın sahibi olarak, onu tahrik edebilen, başka tabirle istimal eden kimse değil de ancak ondan müstefid olan kimse tanınıyordu. Bu itibarla ne zaman bir haktan edilecek istifade gayri muayyen bir ferdler kitlesi üzerine dağılsa, derhal bu kitleyi şahıslandırmak fikrine sapılıyordu. Hattâ böylelikle kitle daha mübhem, daha tayini imkânsız bir hal aldığı halde dahi sübjektif hakkın iptidai unsuru gibi telâkki edilen menfaat unsurunu bu şahsa rapt edebilmek için yine bu tarzda hareket edilmiş olması gariptir. İşte sübjektif hakkın sahibi olarak, iradesile onu harekete getirebilen kimsenin kabulü hususunda bir anlaşma vaki olduğu günde hükmişahsın; artık kıymeti kalmayacak olan bir faydası daha!

Size kendi fikirlerimi daha iyi anlatabilmek için, her sübjektif hakta iki unsurun tefrik edildiğini ve bunun da hükmişahsın müştereken kabul edilmiş olan tarifi yüzünden yapıldığını hatırlatmama lüzum var mı? Hak, hukukan himayesi gerektiğine hüküm olunan bir menfaatin müdafaası için bir iradenin emrine verilmiş bir zecir selâhiyetidir.

Menfaat unsuru ile irade unsuru çok defa aynı elde birleşir. Bazen bunlar birbirlerinden çözümler ki bu, ehliyetsiz ile onun kanunî mümessilinin halidir. Nihayet bazan menfaatlerin tecezzisi okadar fazladır ki müstefidler tayin edilemez bir hale gelir. Meselâ alpliler kulübünü (Touring-club) veya Souvenirs Français gibi askeri mezarlara bakma cemiyetini alalım: bu takdirde bütün bu ilgilileri, içinde sayısız meçhuller bulunan bir adedi gösteren bir nevi cebir işareti altında toplamak için hükmişahsiyet mefhumu elzem gibi görünür.

Bir hakkın sahibi olarak, ondan istifade eden kimseyi değilde, içtimai cebri harekete geçirebilmek selâhiyetine sahip olan kimseyi kabul edersek mesele nekadardır basitleşir. Bunda yeni birşey var mı?

Muhakkakki hayır, ve aşağıdaki mülâhazaların yardımı ile bunu size isbat bence kolaydır. :

Birinci mülâhaza: Leon Michoud nun nazariyesi aleyhine en kat'î itiraz hangisi idi? Bu, Ferrara'nın ithamı vechile sübjektif hakkı, menfaat ve irade gibi iki esaslı unsurdan mürekkep olarak gösterdikten sonra iradenin hak sahibinden gayri bir kimsede bulunabileceğine ihtimal vermesi hususu idi. Eğer bu tenkid haklı ise ve eğer bu konferansın başında size isbat ettiğimi zan ettiğim gibi sübjektif hak herşeyden evvel bir talep kudreti ise, ne zaman bu iki unsur birbirinden çözülsün, irade unsurunu temsil eden tarafı, hakkın yegâne sahibi olarak telâkki etmek icap etmez mi?

İkinci mülâhaza : Bu bana cari hukuk dili tarafından telkin edilmiştir. Hergün, savcının dava hakkından bahis edilmiyormu? Halbuki buradaki menfaat unsuru, savcının müdaafası ile mükellef olduğu cemiyetin azaları olmak sıfatile bizler üzerinde dağıldığından, onun, ancak irade unsurunu temsil ettiği şüphe götürmez.

Kendi uhdesindeki hakların istimalinden doğacak menfaattan bizzat kendisi faydalanmadığı halde, vasînin haklarından bahis edilmiyor mu? (7)

Üçüncü mülâhaza : Sendika davaları sahasında gelişen içtihad ve teşri tekâmülünü bizi, hak sahipliği vasfını, irade unsurunu elinde bulunduran tarafa tevcihe sevk ediyor. Bu tekâmülün, kendilerine, herşeyi insana benzeterek düşünme temayülü yüzünden bir irade tanınmış olan bir takım hükmi şahıslar lehine meydana geldiğini müşahade etmek acı değil midir? Halbuki bu hükmi şahıslara atfedilen irade, hakikatta bunların idarecilerinin iradelerinden ibarettir.

1913 de Yargıtay umumi heyeti, muhakemesi yapılmakta olan suç sendika için hiçbir hususî zararı mü'eddi olmayıp sadece aielitlak mesleki menfaatleri haleldar etmekte olduğu halde sendikaların tazminat (hukuk) davası açabileceklerini kabul etti. (8)

10 Temmuz 1915 kanununa göre, elbise sanayiinde çalışan ev işçilerinin asgarî gündeliklerinin korunmasına mütaallik hükümlerin ihlali halinde, sendika, kendisine her hangi bir zarar iras edildiğini isbate muhtaç olmaksızın dava açabilecektir. (Art, 33-K Code trav. Lt)

(7) — Görüldüğü gibi ben vazife ile hakkı birbirleriyle tearuz eden mefhumlar olarak kabul etmem. Sübjektif hakkın temeli olarak, menfaat unsurunu değil de, irade unsurunu kabul eder etmez bu taaruzun manası kalmaz.

(8) — Cass, Ch, 5 avril 1913, D, P 1914, 1, 65

1920 de 12 Mart kanunu bu usulü teyid eder ve onu mesleki müdafaa maksadile açılacak bütün sendika davalarına teşmil eder.

İşte, açıktan açığa bir vazife hizmetindeki irade unsuruna dayanan hak. Hakikatta ise bu irade sendika hükümşahsinin olmayıp, belki tamamen sendika idaresine ve onun faaliyetine mütedair Tüzüklerle tayin edilen üyenin veya üyelerinin iradesi olduğundan, hak sahipliği vasfının kanun ve içtihad tarafından her hangi bir hakkın istimalinden şahsen müstefid olmadıkları halde bir irade hareketi ile içtimai cebri harekete geçirebilen kimselere tanındığı neticesine varılmaz mı?

Benim teklif ettiğim şey, hak sahibi olarak gâh hakkı kullananı, gâh ondan faydalananı kabul eden bugünkü tekniğimizdeki irtibatsızlığa bir nihayet vermektedir.

Artık kat'i olarak irade unsurunun üstünlüğünü kabul edelim. Böylece artık mevzuu kalmamış olan hükümşahsiyet mefhumundan kendimizi kurtaralım. Zira artık ne bir sahibe ihtiyacı kalmayan tahsis mamelekinin mülkiyetini izafe için, nede bir sübjektif hakkın gayri muayyen müstefidlerini temsil için ana ihtiyacımız olacaktır. Burada anlattığım iki mefhum, hükümşahsiyetin yerine, gerçekliğe dayanan ve tamamen aynı olmamakla beraber İngiliz hukukundaki Trust'e yakınlaşan bir hukukî inşanın (Construction) ikamesine imkân verecektir.

Tekniğimizin bu istihalesi, hukukî realizmin büyük bir zaferine alâmet olacaktır.

S O N