

HUKUK FELSEFESI

# DEL VECCHIO'NUN HUKUK GÖRÜŞÜ

Hasan ERMAN

## GİRİŞ :

Asrımızın şöhretli İtalyan hukuk filozofu Giorgio Del Vecchio, incelemede de görüleceği gibi, XIX. asırda meydana gelen katı pozitivizmin karşısında tabii hukuk fikrini müdafaa etmiş ve adaletin kanunî hukuk içinde aranmaması gerektiğini ispata çalışmıştır.

İncelememizde, filozofun takip etmiş olduğu yolu izleyerek vardığı neticeleri izah etmeye çalışacağız. Bu arada, müellifin Devlet görüşünü, konumuzun kapsamına girmediği için ve etüdün hacmini gereğinden çok genişleteceği gerekçesi ile, inceleme dışı bırakmaktayız.

Etüdde, birinci bölüm altında Del Vecchio'nun hukuk kavramı hakkındaki görüşlerini, ikinci bölüm altında ise hukukun rasyonel esaslarını belirtmeye çalışacağız.

## — BÖLÜM I —

### HUKUK KAVRAMI

#### I — BAŞLANGIÇ :

Del Vecchio her şeyden evvel hukukun mantıki tarifini vermeye çalışmaktadır. Ancak hukuk kavramının kat'i bir tarifi birçok zorluklar arzeder. Bu zorluklara rağmen mantıki tarifi vermek gerekir,

çünkü böyle bir tarif mümkün olan bütün hukuk sistemlerini, hatta gayri mevzu sistemleri de ihtiva eder, yani mümkün olan hukuki tecrübenin hududunu gösterir (1).

### 1) Septik Tavır :

Tarife varmak için, yani hukukun ne olduğunu anlamak için, tarihe bakacak olursak, tarih bize hukuku değil, fakat hukuk sistemleri sayısınca birçok hukukları ve bunların gelişme safhalarını gösterir.

Bu durum üniversal bir hukukun ve üniversal bir hukuk kavramının mevcudiyeti hususunda şüpheli ve inkârcı bir hareketin çıkmasına sebep olmuş, hatta Sofistler bile kanunun otoritesini sarsmak için bundan faydalanmışlardır. Daha sonraları Septik Felsefe de, bilginin imkânsızlığını müdafaa etmek için, değişik hukuk sistemleri arasındaki bu ayrılık ve zıtlıklardan yararlanmıştır. Septik Felsefeye göre, hiç bir şeyin haklı veya haksız olduğu ileri sürülemez, ancak muayyen bir müessesenin kanun veya âdeta göre haklı veya haksız olduğu söylenebilir (2).

Ancak, septik inkâr düşüncesinin geçici bir safhasından başka bir şeyi ifade etmez. Zira, Descartes'in dediği gibi, şüphede ifrata varılsa bile bilginin şuurda yine olduğu gibi durduğu görülür (3).

Septik inkârı takip eden yeni görüşler ortaya atılmıştır. Ancak, esas maksat daima, tekçi bir akli prensip sayesinde ampirik âlemin zıtlıklarını ortadan kaldırmak, yani tarihî hukukun değişik ve dalgalı ayrılığını müstakâr ve tek bir kavram haline getirmektir.

### 2) Tabii Hukuk Fikri :

Tarih sahasında zıt müesseselerin mümkün oluşu, tabii hukuk düşünürlerini, hak ve hukuk hakkında mutlak ve ideal bir kıstası kabul etmelerine yol açmıştır (4).

Hak fikrini mutlak olarak kabul etmek gerekir, aksi takdirde hakikati ve adaleti her hangi bir şahsın keyfine bağlamak gibi bir neticeye varılmış olur (5). Haklının mutlak kıstası «tabiat hukuku»

(1) Del Vecchio Giorgio, *Lezioni di Filosofia Del Diritto* (Milano 1953 - 9. Bası), sf. 197.

(2) Yörük Abdülhak Kemal, *Hukuk Felsefesi Dersleri* (Istanbul 1958 - 2. Bası), sf. 70.

(3) Del Vecchio Giorgio, a.g.e., sf. 198.

(4) Yörük Abdülhak Kemal, a.g.e., sf. 79.

dur ve kanun koyucunun keyfine değil, maddenin yapılışına dayanan bir hukuk olarak kabul edilir.

Tabii hukuka karşı son zamanlarda karşı çıkmış ve bu hukukun fiiliyat tarafından teyit edilmediği, bu yüzden de sadece bir fikirden ibaret olduğu ileri sürülmüştür. Fakat tabii hukuk olması lâzım geleni göstermesi bakımından müsbet hukuktan ayrılmaktadır ve fiilen ihlâl edildiği yerlerde dahi fikren yürürlükte bulunmaktadır. Bu fiili ihlâl olayın üstünde bulunan kaideyi ortadan kaldırmamaktadır (6).

Bununla beraber, tabii hukuk fikri hukukun mantıkî tarifinin yerine geçememektedir. Çünkü, bir tabii hukuk sistemi de, neticede bir hukuk sistemidir ve dolayısıyla diğer mevcut sistemlere eklenmektedir. Bu yüzden bir ideali tarif olarak kabul etmek hatalı olur (7). Demek ki, hukuk ideali meselesi ile hukuk kavramı meselesi birbirinden ayrı ve müstakildirler.

### 3) Hukukun Müsterek Unsurları :

Tekçi bir kavrama varabilmek için baş vurulan diğer bir metod da, bütün milletlerin hukuk sistemlerindeki müsterek unsurları esas almak olmuştur. Tarihi seyrin, değişik milletlerin mevzu hukuku arasında bir yakınlaşmaya, bir uygunluğa doğru eğilmekte olduğunu görmek mümkündür (8). Kısmi gelişmelerin aynı gayeye matuf oldukları görülmektedir. Yani sadece statik bir uygunluk değil, fakat aynı zamanda, dinamik veya gelişen bir uygunluk ta vardır.

Ancak, bu görüşler önemli iseler de, hukukun mantıkî tarifi bakımından bu esasa dayanarak tatmin edici bir sonuca varmaya imkân yoktur. Çünkü, değişik milletlerin mevzu hukuklarına müsterek olan unsurların tetkiki, hukukî gerçeğin sadece bir kısmını teşkil eder. Bu müsterek unsurların yanında, hukukun diğer değişik unsurları mevcudiyetlerini muhafaza etmektedirler (9). Bunların bir yana bırakılması ilmen izah edilemez.

### 4) Hukukun Şekli ve Muhtevası :

(5) Del Vecchio Giorgio, a.g.e., sf. 199.

(6) Del Vecchio Giorgio, a.g.e., sf. 200.

(7) Del Vecchio Giorgio, a.g.e., sf. 200.

(8) Del Vecchio Giorgio, a.g.e., sf. 201.

(9) Yörük Abdülhak Kemal, a.g.e., sf. 102.

Del Vecchio verilen bu izahlardan hukukî gerçeğin hukukun tarifine esas teşkil edemeyeceği neticesine varmaktadır. Hukuk değişebilen hadiselerle tâbidir, bu yüzden de hukuk kavramını tesbit hususunda bu değişebilen gerçekten faydalanılamaz (10).

Ancak hukukta bir tarife imkân verebilecek sabit bir unsur mevcuttur ve bu unsur insanın aklındadır. Del Vecchio farklı muhtevaya sahip görüşlerin de hukukî olduğunu kabul ediyor ve kendi aralarında ayrı olan bütün hukukî hadiseleri tek bir grupta topluyor. Bunu yapabilmek için muhtevanın değişikliklerinden ayrı ve üstün bir hukukîlik kavramına sahip olmamız gerektiğini belirtiyor. Bu kavram, mantıkî bir şekildir ve gerçeğe uygun olduğu için objektif, aklımızda bulunduğu için sübjektiftir (11). Hukukun mantıkî ve genel bir şeklinin bulunduğunu bize bizzat hukukun değişikliği ispat etmektedir.

Fakat bu tekçi kavram sadece şekli bir mânaya sahiptir; hukukî bir kaide veya görüş değildir. Bu mantıkî şekil bize haklı ile haksız olanı söylemez, fakat haklı ile haksız hakkındaki her hangi bir iddianın ne gibi bir mâna taşıdığını gösterir (12).

Şekil kavramını hukukî tecrübeden çıkartabilir miyiz? Hukukî tecrübe bize hiç bir zaman şekli, yani hukukun küllî kavramını vermez, çünkü tecrübe kısmî bir niteliğe sahiptir. Genel olarak tarihî mutâlaları incelerken ve bunların arasından hukukî olanlarını ayırırken zihnimizde bulunan ve hukukî olanla olmayanı, mantıken hukuk nev'ine ait olanla olmayanı ayırmaya yarayan muayyen bir kavrama dayanırız. Demek ki, ayırt edici kriter mutâların toplanmasından mantıken önce gelir (13).

##### 5) Külliler Meselesi :

Bu mantıkî şeklin kıymeti nedir? Bunun bir gerçekliği, objektif bir mevcudiyeti var mıdır? Bu mesele, külliler meselesine dönüşür.

Külliler meselesi Yunan düşünürlerince ele alınmış, Socrates, Plato ve Aristoteles tarafından üzerinde durulmuştur. Kant'a göre de, zaruri apriori unsurlar, mantıkî âlemde küllî bir değer taşıyan

(10) Del Vecchio Giorgio, a.g.e., sf. 202.

(11) Del Vecchio Giorgio, L'Etat et Le Droit (Paris 1964), sf. 95-96.

(12) Del Vecchio Giorgio, Lezioni, sf. 203.

(13) Del Vecchio Giorgio, Lezioni, sf. 203.

ve mümkün olan tecrübenin şart ve hududunu teşkil eden unsurlardır (14).

Hukuk mevzuunu ele alacak olursak, hukukun külli kavramının mantiken hukukî tecrübeden, yani her bir hukukî hadiseden önce geldiğini söyleyebiliriz. Bu tecrübe mantıkî şeklin uygulaması veya görüntüsüdür, dolayısıyla ona göre bir neticedir (15). Hukukî bir mütalâa, hukukun külli mantıkî şekline dahil olduğu için hukukîdir. Hukukun mantıkî şekli a priori, ampirik olmayan bir mutâdır ve genel olarak hukukî tecrübenin şart ve hududunu teşkil eder (16).

## II — HUKUK KAVRAMININ TAHLİLİ :

Del Vecchio burada mantıkî şeklin, yani hukuk kavramının neden ibaret olduğunu incelemektedir. Bu kavramın niteliğini aydınlatıcı ilk müşahade, bunun sadece hareketlere taalluk ettiğidir. Zira bir harekete uygulanmadıkça hak veya haksızlık sıfatlarını düşünmek imkânsızdır. Fakat hareket deyiminin izahı gerekmektedir. Hareket aynı zamanda iradî bir fiil olan tabii bir fiildir; yani bir süjeye bağlı olan bir hâdisedir. Demek ki, hareket iki unsurdan müteşekkildir;

a) Dış unsur, objektif bir görünüşten, fizik aleme ait bir gerçekten ibarettir; b) İç unsur, psişik bir varlıktan, iradenin bir durumundan ibarettir (17).

### 1) İç ve Dış Hareketler :

Hukukun saikleri, yani iç hareketleri nazara almadığı genellikle ileri sürülmektedir. Bu görüş kabul edilemez, zira hukuk hareketleri değerlendirdiğinden, bunları tayin eden saikleri de nazara almak mecburiyetindedir. Hukukun iç yahut fikri hareketlerle hiç meşgul olmayacağını ileri sürenler (18). «kimseye düşüncesinden dolayı ceza verilemez» prensibinden hareket ederler. Ancak, düşün-

(14) Del Vecchio Giorgio, La Justice-La Vérité (Paris 1955), sf. 175. Del Vecchio Giorgio, Lezioni, sf. 205.

(15) Del Vecchio Giorgio, La Justice-La Vérité, sf. 175-176.

(16) Del Vecchio Giorgio, Lezioni, sf. 206.

(17) Del Vecchio Giorgio, Humanité et Unité du Droit (Paris 1963), shf. 25.

(18) Spinoza, Thomasius, Kant bu görüştedir. Zikreden Del Vecchio Giorgio, Lezioni, sf. 209.

ce hareketleri hukuken meşru olan bir faaliyeti ifade ederler, fakat hukuku ilgilendirmeyen veya hukuka yabancı olan birşey değildirler.

## 2) Hukuk ve Kuvvet :

Şayet hukuk meşru hareketleri meşru olmayanlardan ayırıyorsa, hukuki kriter bu ayırımı sağlayacak bir unsuru ihtiva etmelidir; binaenaleyh, bütün hareketlere müşterek olan bir vasfa itibar edilemez (19). Bu durum, hukuki kriterin, bütün hareketlerde görülen kuvvet ile aynı olmadığını ortaya koyar. Hukuki kriter mevcudiyet üstü bir kıstastır. Bir hareketin yapılması sadece bunun maddeten mümkün olduğunu ispat eder, fakat aynı hareketin hukuken mümkün olup olmadığını halletmez. Fiil mantıken hukuka tâbidir.

Bu izahlardan «en kuvvetlinin hakkı» denilen tabirin manasız olduğu veyahut hukukun mevcut olmadığını ileri sürmek gayesile kullanıldığı anlaşılır (20). Çünkü hukukun kuvvete eşit olduğu iddia edilecek olursa, hak ile haksızlık arasında bir ayırım yapmak imkânı ortadan kalkacaktır. Şayet kuvvet haklı veya meşru sayılmışsa, bu husus kuvvetin bir prensiple karşılaştırılmış olmasından ve dolayısıyla ona mantıken tâbi olup, hukukî kıymetini bu prensipten almış bulunmasından ileri gelmiştir. Bir hukuk var olunca bu mantıken kuvvete üstündür.

Netice olarak hukuk daima metafizik bir hakikati ifade eder, bir takdir prensibini teşkil eder. Bu prensip pratik bir takdir prensibidir, zira hareketlere muzaftır (21).

## III — HUKUKLA AHLAK ARASINDAKİ MÜNASEBETLER:

### 1) Etik Sistem ve Bunun Taksimleri :

Herşeyden evvel bir etik prensibinin bir mutâ olarak var olduğunu, yani hareketin düzenleyici fikri olarak var olduğunu farzetmek gerekir.

Bu etik prensip ikili bir takdir düzenine dönüşür, zira takdiri gereken hareketler iki yönden incelenebilir.

Bir kere, bu hareketler, bunları yapan faile nisbetle müfalâa edilebilirler. Bir failin yapabileceği müteaddit hareketler arasında

(19) Del Vecchio Giorgio, Lezioni, sf. 210.

(20) Del Vecchio Giorgio, Lezioni, sf. 210.

(21) Del Vecchio Giorgio, Lezioni, sf. 212.

Del Vecchio Giorgio, La Justice-La Vérité, sf. 179-180.

ancak biri prensibe uygundur, diğerleri prensibin dışında kalırlar. Yapılabilecek hareketin seçimi ve diğerlerinin reddi sübjektif sahada meydana gelmektedir. Etik prensip böylece tatbik edilince, müsbet ve menfi bir mecburiyet düzeni meydana gelir ve buna ahlâki vazife adı verilir (22).

Ayrıca, her hangi bir hareket, başka faillerin hareketleriyle mukayese edilebilir. Böylece hareket objektif olarak incelenmiş olur. Muayyen bir hareketin, bu objektif mânada, etik prensibe uygun olduğu ileri sürülmekle, bu prensibe uygun olmayan bir hareketin başkaları tarafından yapılmaması gerektiği iddia edilmiş olur (23). İşte etiğin bu objektif koordinasyonu hukukun sahasını teşkil eder.

## 2)—Örf ve Muhtelif Kaide Nev'ileri :

İnsan faaliyetleri ya ahlâk sahasını teşkil eden a parte subiecti (fail bakımından) veya hukuk sahasını teşkil eden a parte objecti (mevzu bakımından) mülâhaza edilebilirler; bunun dışında bir orta yol düşünülemez (24).

Örf, sui generis bir kaide grubu olmaktan ziyade, her hangi bir kaideye riayet etmek hadisesini gösterir. Bu suretle örf kaideleri esasta ayrı kaide nev'ileri olmayıp, ahlâk ve hukuk kategorisinden birine girmek zorundadırlar (25).

Din de ferdî vicdanda ve milletlerin hayatında büyük bir yer tutar. Fakat bu sistem de yine ahlâk ve hukuk kategorilerinden meydana gelecektir.

Ahlâki ve hukuki kaideleri (yani etik kaideleri) teknik kaidelerden ayırmak gerekir. Teknik kaide, belli bir gayeye erişmek için ne şekilde hareket edilmek gerektiğini gösteren kaidelerdir; ancak bu kaide bu tarz hareketin meşru olup olmadığı ile ilgilenmez. Çoğunlukla, teknik kaideler etik kaideler ile sıkı bir münasebette dirler. Teknik bir kaide tarafından ancak bir faraziye olarak düşünülebilen bir gaye, etik bir kaide tarafından mecburî sayıldığı takdirde, teknik kaide de etik bir niteliğe bürünmüş görünür. Burada ayırıcı kıstas şudur ki, teknik kaideler hiç bir zaman mecburî değildir (26).

(22) Del Vecchio Giorgio, L'Etat, sf. 97.

(23) Del Vecchio Giorgio, L'Etat, sf. 97.

(24) Del Vecchio Giorgio, Lezioni, sf. 213.

(25) Del Vecchio Giorgio, Lezioni, sf. 214.

(26) Del Vecchio Giorgio, Lezioni, sf. 217.



### 3) Hukukun Tarifi :

Hukukî kıymetlendirmeler daima sùjeler arası bir münasebeti gerektirir. Ahlâkî değerlendirmeler sùbjektif ve tek taraflı olmalarına rağmen, hukuki takdirler objektif ve iki taraflıdır (27).

Bütün bu izahlardan sonra hukuku şöyle tarif edebiliriz: Hukuk, değişik sùjeler arasında mümkün olan faaliyetlerin, bu faaliyetleri tàyin ve tesbit eden ve bu faaliyetlerin icrasına mâni olunmasını ortadan kaldıran etik bir prensip tarafından objektif olarak düzenlenmesidir (28).

### 4) Hukuk İle Ahlâk Arasındaki Uygunluk :

Del Vecchio'ya göre bu iki etik prensip arasında bir uygunluk vardır (29). Vecibe olan şey, her zaman haktır; ve hak olmayan şey vecibe olamaz. Bu itibarla, bir sùje için etik bakımdan mecburî olan bir şey, daima ve objektif olarak, etik bakımdan mümkündür. Diğer bir deyişle, herkes vecibesini yerine getirmek hakkını haizdir. Ahlâk tarafından yükletildiği, yani etik bakımdan mecburî olduğu ileri sürülen bir şeyin, hukuka aykırı, yani etik bakımdan imkânsız olduğu iddia edilemez.

Mecburî olan bir şey, bunun mümkün olmasını da gerektirdiği halde, bunun aksi, yani mümkün olan bir şeyin aynı zamanda mecburî olması doğru değildir. Bu yüzden hak olan, sırf hak olduğu için vazife değildir.

Hukuk ahlâkî vazifeyi de içine alan bir sahanın hudutlarını gösterir; fakat hukuken mümkün olan fiillerden hangisinin ahlâken yapılması mecburî olduğunu tesbit etmez. Bu yüzden hukukun ahlâk ile tamamlanması gerekir (30).

### 5) Ahlâkla Hukukun Tefriki Meselesi :

İnsan faaliyetleri tek olduğuna göre, bunu düzenleyen kaide-lerin ahenkli olmaları gerekir. Hukukun ahlâk tarafından yasaklanan birçok şeylere yer verdiği doğrudur, fakat bu durum, bir zıtlığı ifade etmez. Zıtlık, ancak ahlâken yasaklanan bir şeyin yapılmasını hukukun emretmesi halinde ortaya çıkar; fakat bu hadise hiç

(27) Del Vecchio Giorgio, L'Etat, sf. 103.

(28) Del Vecchio Giorgio, Lezioni, sf. 218.

(29) Del Vecchio Giorgio, Lezioni, sf. 218-219.

(30) Del Vecchio Giorgio, Lezioni, sf. 219.

bir zaman meydana gelmez. Hukuka uygun olmak demek, yaasklanması imkânsız olmayı ifade edip, ahlâk kaidesine de uygun olmak demek değildir. Buna mukabil, ahlâk kaidesince bir vazife olarak tesbit edilen her şey, hukuk tarafından daima meşru bulunmuştur (31).

Ahlâk ferde yapabileceği hareketler arasında bir seçimde bulunmak mükellefiyetini yükler; aynı süjenin muhtelif hareketleri arasında bir mukayese yapılmasını gerektirir. Halbuki hukuk muhtelif süjelerin hareketleri arasında mukayese yapar. Kısaca denebilir ki, hukuk objektif bir Etik olduğu halde, ahlâk sübjektif bir Etikdir (32).

Bu farklı mantıki durumdan diğer bütün farklı vasıflar da çıkarlar. İlk olarak görülen fark, hareketlerin takdirinde hukukun dış (maddî) yönden hareket etmesine karşılık, ahlâkın iç (manevî) unsurun incelenmesinden hareket etmesidir.

Bunun gibi, yine esastaki farktan, hukuka has olan cebre müsait olma vasfı da çıkarılır. Cebre müsait olma, yahut ifaya zorlayabilme imkânı, hukukun bir hudut, muhtelif süjelerin hareketleri arasında bir sınır çizgisi olmasından doğar. Bir tarafın bu sınır çizgisini aşması diğer tarafın tecavüzü def etmek imkânına sahip bulunmasını gerektirir (33).

Esastaki farktan çıkarılan diğer bir vasıf ta, hukukun ahlâka nispetle daha muayyen olmasıdır. Hukuk bir sınır çizgisi olduğuna göre, katiyetle tayin edilmiş veya hiç değilse tayin edilebilir olmalıdır. Ahlâk ise daha çok ferdin vicdanına dayanır ve hukuk gibi kanun ve kodlarla tesbit edilmesi gerekmez.

Demek ki, hukuk, Etik'in müteaddit fertlerin müşterek yaşama temellerini koyan kısmıdır (34).

#### IV — OBJEKTİF MANADA HUKUK :

##### 1) Objektif ve Sübjektif Hukuk Tefriki :

Hukuk, esas itibarile, bir hudut, muhtelif süjelerin hareketleri

(31) Del Vecchio Giorgio, Lezioni, sf. 223.

(32) Del Vecchio Giorgio, L'Etat, sf. 102.

(33) Del Vecchio Giorgio, Lezioni, sf. 224.

(34) Del Vecchio Giorgio, Humanité, sf. 38.

arasında bir düzen, bir arada yaşama kaidesidir. Hukuk kaidesinin tesiri, kendine bir borç yüklenilen diğer bir süjeye karşı, başka bir talep hakkı tanımaktır. Bu talebe hak denir. Böylece hukuk birinci mânada bir arada yaşama kaidesini (objektif mânada); ikinci mânada ise talep veya talepte bulunma yetkisini (sübjektif mânada) ifade eder (35).

## 2) Objektif Hukukun Vasıfları :

a) — *İki taraflılık*: — Hukuk süjeyi başka şahıslarla münasebet haline koyar ve karşılaştırır. En az iki tarafı karşı karşıya koyan hukuk iki taraflıdır ve iki taraf için uygulanacak kaideler de tek-tir. Hukukta bir tarafın hareket sahası diğer tarafın hareket sahasi-le münasebetedir (36).

b) — *Genellik*: — Hukuk kaidesi mahiyeti icabı kaideten geneldir. Bu vasıf gereğince hukuk kaidesi eşyanın normal seyrini göz önüne alır. Hukuk kaidesi gelecekteki münasebetleri düzenlemeye yönelen bir temel teşkil edeceği için, ancak genel bir şekilde tesbit edilebilir (37).

c) — *Emrîlik*: — Emir müsbet veya menfi olsun hukuk kavramının mütemmim bir unsurudur, çünkü hukuk iki süjeden birine bir mükellefiyet yükler; bu ise emretmek demektir.

aa) — *Aslî ve talî kaideler*: — Emir müsbet veya menfi bir şekil kazanabilir: bundan da hukuk kaidelerinin ilk olarak emredici ve menedici olarak ayrılmaları doğar. Muayyen hareketlerin yapılmasını yükleyen kaideler emredicidirler; diğer süjelerin hareket sahasile ilgili olarak bazı hareketlerin yapılmamasını yükleyen kaideler ise menedicidirler. Bu iki nev'i kaide aslî kaidelerdir.

Bunun yanında diğer kaideler de vardır ki, talî kaidelerdir; bunların ihtiva ettikleri hukukî mâna ancak aslî kaidelere bağlandıkları takdirde ortaya çıkar. Bu talî kaidelerin ilk grubunu ilga edici kaideler teşkil eder. İlga edici kaide başlı başına bir mâna ifade etmez ve ancak ilga ettiği kaideye bağlı olarak bir mâna kazanır. Bu

(35) Del Vecchio Giorgio, *Lezioni*, sf. 226.

(36) Yörük Abdülhak Kemal, a.g.e., sf. 164.

(37) Del Vecchio Giorgio, *Lezioni*, sf. 226-227.

kaideler de emrîlik vasfını haizdir, zira gösterilen hal ve şartlar içinde emredici veya menedici bir kaideyi ilga edilmiş olarak kabul etmeye herkesi zorlarlar (38). Talî kaideler arasında bir kaide zümresi de izah edici veya beyan edici kaidelerdir. Fakat bu izahlar da diğer kaidelere bağlanıldıkları zaman bir emir mânasını kazanırlar; muayyen bir kelime veya tâbirin gösterilen şekilde anlaşılacak lâzım geldiğini gösterirler. Diğer bir talî kaideler grubu tecviz edici kaidelerdir. Hukukun bir şeye müsaade etmesine esasen gerek yoktur, çünkü, genel bir prensip gereğince, hukuken menedilmemiş her şey hukuken tecviz edilmiş demektir. Bu yüzden tecviz edici bir hukuk kaidesinin mevcudiyet sebebi yoktur ve ancak tatbik saharlarını tahdit ve tayin ettiği diğer emredici kaidelere oranla bir mânâ kazanır.

Demek ki, emrîlik vasfı, doğrudan doğruya veya dolayısıyla, bütün hukuk kaidelerinde mevcuttur.

bb) — *Amir ve tamamlayıcı kaideler:* — Hâkim olan doktrine göre, hukuk kaideleri âmir ve tamamlayıcı hukuk kaideleri olarak ikiye ayrılırlar. Bu görüşe göre, âmir kaideler tarafların iradesinden müstakil olarak emirler veren kaidelerdir. Tamamlayıcı hukuk kaideleri ise, ancak tarafların aksine bir iradeleri bulunmadığı zaman ve bulunmaması sebeble muteber olan kaidelerdir.

Amir ve tamamlayıcı hükümler arasındaki ayırım, tamamlayıcı hükümler bakımından dahi emrîlik vasfının bulunduğu hakkında hataya düşürmemelidir. Hakikaten, her hukuk kaidesindeki emir, daima bir takım unsurların veya fiilî hal veya şartların tahakkuku halinde, uygulanabilir. Yani hukukî emir şarta bağlı bir emirdir, muayyen bazı şartların tahakkuku halinde, hukuk muayyen bazı neticeler yükler. Tarafların muayyen bir irade beyan etmemiş olmaları da bu şartlardandır. İşte bu yüzden, tamamlayıcı kaideler hakkında da aynı durum mevcuttur (39).

Bu sebeple sadece âmir hükümler değil, tamamlayıcı hükümler de, cebredici hukuk teşkil ederler (jus cogens). Kısaca bütün hukuk cebrîdir, zira kendi cebrîliğinin ve emrîliğinin sınırını tayin etmektedir (40).

(38) Del Vecchio Giorgio, *Lezioni*, sf. 232.

(39) Del Vecchio Giorgio, *Lezioni*, sf. 235.

(40) Del Vecchio Giorgio, *Lezioni*, sf. 235.

d) — *Cebrîlik*: — Emredici bir nitelik taşıyan objektif mânada hukukun esas müeyyidesi cebrî oluşudur. Cebrîlik vasfı hukuku diğer bütün kaide nev'ilerinden ayırmaktadır. Ancak cebrîlik vasfının hukuk için esaslı olmadığı bazı müellifler tarafından ileri sürülmüş ve bir takım itirazlar yapılmıştır:

aa) — İleri sürülen ilk itiraz (41), hukuka kaideten kuvvet istimali ile değil, isteyerek riayet edilmesidir. Bu sebeple cebir tabii olmayan bir durum, istisnai bir haldir ve dolayısıyla hukuk cebirden ayrı olarak mütalâa edilmelidir.

Hallerin çoğunluğunda hukuka isteyerek riayet edildiği şüphesizdir. Keza, hukuka riayet edildiği müddetçe, cebre baş vurma-  
nın imkânsız olduğu da doğrudur. Fakat, cebrîlikten maksat, hukuk ihlâl edildiği takdirde bu aykırılığa cebren karşı gelinebileceğidir.

bb) — İkinci bir itiraz da, hukuka isteyerek riayet edilmediği takdirde bu riayete maddeten bir kimseyi zorlamanın güç olduğudur. Cebir, hukuku ihlâl karar vermiş olan şahıs bakımından, daima çok geç kalır ve yapılan şey giderilmesi imkânsız bir şekilde yapılmış olur. Bu vaziyetlerde cebrîlik fiilî hal ve şartlar dolayısıyla tesirini kaybetmektedir.

Fakat buradaki cebirden maksat, fiilî değil, hukukî bir imkân, yani haksızlık meydana geldiğinde bu haksızlığa hukuken mani olabilmek imkânıdır. Bazı hallerde cebrin ihlâli takip etmemesi, bu cebrin hukuken mümkün olmasını ortadan kaldırmaz.

cc) — Diğer bir itiraz olarak (42), şayet Devlette cebrî bir kudret varsa bu kudreti kullanan Devlet cebre konu teşkil etmemek gerekir, denmiştir. Çünkü, hiç kimse kendi üzerinde cebir kullanamaz. Demek ki, her sistemde cebrin erişemeyeceği bir nokta vardır ve bu bir tek istisna hukukun cebrî olmadığını ispata yeterlidir.

Ancak Devlet, bir taraftan cebrin organı olarak görünmesine karşılık, diğer taraftan, «kendi kendini tahdit» neticesinde, bizzat kendisinin yarattığı hukukun hâkimiyetine tâbi olarak görünmektedir ve dolayısıyla cebre de maruz kalabilmektedir (43).

(41) Trendelenburg, Ahrens; Zikreden Del Vecchio Giorgio, Lezioni, sf. 239.

(42) S. Thomasius d'Aquinus; Zikreden Del Vecchio Giorgio, Lezioni, sf. 241.

(43) Del Vecchio Giorgio, Lezioni, sf. 242.

Ancak bu itirazı ileri sürenler, meşrutî Devletlerdeki hükümdarların, Anayasa ile muayyen hukukî vecibelerinin bulunmasına rağmen, aynı zamanda dokunulmaz ve sorumsuz olduğunu söyleyerek, hükümdarlara karşı cebrin mümkün olmadığını belirtirler. Burada şöyle düşünülebilir; ya bu sorumsuzluk bu vecibelere riayet şartile tanınmıştır, veya bu vecibelere riayet şartından ayrı olarak mutlak bir sorumsuzluk vardır. Birinci şıkta, ihlâl halinde cebre yer verilebilir. İkinci halde, hükümdara yüklenen vecibelerin hukukî olmayıp, ahlâkî, siyasi, veya dinî nitelikte oldukları neticesine varılır, zira bu vecibeleri yükleyen kaideler cebren talep olunamadıkları takdirde, hukukî mânada birer emir olamazlar (44).

dd) — Nihayet, cebrilik unsurunun bulunmadığı bazı hukukî şekillerin mevcudiyeti ileri sürülmüştür. Meselâ, devletler umumî hukukunun cebri kullanacak bir teşkilâtta yoksun, böylece cebre müsait olmadığı iddia edilmiştir.

Ancak bu itirazın da yerinde olmadığı meydandadır. Çünkü, «Beynelmînel Adalet Divanı» bu yolda yapılan teşebbüslerin bir ifadesidir. Sonra, Devletler Hukuku müspet hukuk olmak bakımından oluş halinde bulunduğu gibi, bu hukukun cebriliğini temin edecek teşkilâtta henüz oluş halinde bulunmaktadır (45).

Bu yüzden ve netice olarak cebriliğin bulunmadığı yerde hukukun da bulunmadığını söyleyebiliriz. Cebrilik ve hukuk kavramları mantıken birbirlerinden ayrılamazlar.

## V — MEVZU HUKUKUN KAYNAKLARI :

Mevzu hukuk, muayyen bir tarihî anda bir halkın hayatını fiilen teşkil ve tanzim eden hukukî kaideler sistemidir. Bir hukuk kaidesi haksız, vicdanın yüksek emellerine, adalet fikrine, yani tabii hukuka aykırı olabilir; fakat bu sebeple hukukî ve mevzu bir kaide olmak vasfını kaybetmez. Bu yüzden hukuk idealini tesbite matûf olanla, hukukun mevzu vasfına taallûk eden iki nev'i incelemeyi birbirinden ayırmak gerekir. Hukukun mantıkî ve şekli kavramı ister sırf ideal niteliğinde olsunlar, isterse aynı zamanda mevzu bir nitelik taşınsınlar, bütün hukukî münasebetleri aynı şekilde ihtiva eder (46).

(44) Del Vecchio Giorgio, Lezioni, sf. 242.

(45) Del Vecchio Giorgio, Humanité, sf. 305.

Del Vecchio Giorgio, Lezioni, sf. 243.

(46) Del Vecchio Giorgio, La Justice-La Vérité, sf. 89-90.

Mevzu hukukun kaynakları Del Vecchio tarafından şöyle tasnif edilmiştir:

### 1) Örf :

Örf, sosyal iradenin aslı tezahür şeklidir. Hukukî bir örfün ortaya çıkabilmesi için, o hareket tarzının tekrarlanmasının mecburî olduğu hususunda bir kanaatin mevcudiyeti, şu suretle ki başkaları tarafından bu hareket tarzının talep olunabileceği ve bunun sadece hareket eden kimsenin keyfine bağlı bir şey olmadığı inancının doğması lâzımdır (47).

### 2) Kazâî Faaliyet :

Örfün ve genellikle hukuk hayatının gelişmesinde, hak sahipleri arasındaki münasebetlerden doğan uyuşmazlıkları halletmek maksadını güden faaliyet büyük önem arzeder. Hâkimin faaliyeti yüzünden hukukun tarihen vücut bulması daha süratlenmektedir. İleri safhalarda da, kanun koyma şekline nisbetle de, kazaî faaliyetin yenileştirici ve tamamlayıcı tesiri devam etmektedir.

### 3) Kanun :

Kanun, cemiyet halinde birleşmiş bir insan topluluğundaki üstün iradeyi temsil eden organlar tarafından ortaya konan şuurlu ve tartışılmış hukukî bir düşüncedir. Bu yüzden kanun hukukun rasyonel ifadesidir. Kanunun esası, ister doğrudan doğruya olsun, ister vasıtalı olsun, her halde genel muvafakatten ibarettir (48).

a) — *Şekli mânada kanun ve maddî mânada kanun:* — Dış unsurlar var olunca şekli mânada kanun, bu unsurlara ilâveten hukukî bir muhteva da varsa maddî mânada kanun karşısında kalır (49). Şekli mânada kanunlara misal olarak ileride çıkarılacak kanunlara müteallik hukukî bir mecburiyet ifade etmiyen bildirim veya vaadleri kapsayan hükümler; kanunlarda yer alan tamamiyle ahlâkî nitelikte hükümler gösterilebilir.

b) — *Kanunların neşir ve ilânı:* — Kanunun neşir ve ilân edilmesi gerekir ki, vatandaşların bilgilerine arzolanabilsin. Kaide olarak neşir ve ilân olmadıkça kanun kimseyi bağlamaz. Neşir ile yü-

(47) Del Vecchio Giorgio, Lezioni, sf. 246.

(48) Del Vecchio Giorgio, Lezioni, sf. 249.

(49) Del Vecchio Giorgio, Lezioni, sf. 249.

rürlüğe giriş tarihi arasındaki müddet ( *vocatio legis*) dolduktan sonra herkesin kanunu bildiği hakkında bir karine mevcut olduğu gibi, kanunu bilmemek mazeret sayılmaz (*ignorantia juris non excusat*) prensibi de caridir.

c) — *Anayasa kanunları ve adî kanunlar*: — Anayasa kanunları ile adî kanunlar arasında fark vardır. Birinciler Devlet organlarının yapısını ve vatandaşların temel hak ve hürriyetlerini tesbit ederler, ikinciler ise Devletin bu yapısına dayanmaları yüzünden mantıken talî ve fer'î niteliktedirler. Bazı hukuk sistemlerinde (meselâ A.B.D.) şayet adî kanun anayasaya aykırı ise, hâkim bu kanunu uygulamaz. Diğer bazı sistemlerde ise (Türk, İtalyan) bu gaye ile Anayasa Mahkemesi mevcuttur.

Hâkim kanunun usulen mevcut ve muteber olduğunu tahkik edebilmelidir. Ancak hâkim tetkikini her halde dışa, şekle inhisar ettirmelidir (50). Teşriî organların iç işlerindeki düzensizliğe karşı kazaî bir tedbir yoktur. Bu mevzuda sözü geçen organların dürüstlüğüne ve *ultima ratio* (son çare) olarak, tarih mahkemesine, yani halkın şuurundan fıskıran müeyyideye müracaat etmekten başka çare yoktur. Böyle bir halde, hukuki düzeni yeniden tesis etmek gayesile ve tabii hukuka dayanan son bir çare olarak, mukave-met ve hatta isyan etmek hakkından bahsedilebilir. Bu durumda, ancak tabii hukuk mevzu hukuka karşı gelebilir (51).

d) — *Örflerle kanun arasındaki münasebetler*: — Kaideten her iki kaynağın da otoritesi aynıdır, zira her ikisi de üstün olan sosyal iradenin ve şuurun birer ifadesidir. Bazı hukuk dallarında ve bil-hassa teşriî faaliyetin yavaş ve güç olduğu branşlarda, örf gayet büyük bir önem taşır (meselâ Devletler Umumi Hukukunda). Buna karşılık, meselâ ceza hukukunda, kanun üstün bir nitelik kazanmış ve örf ehemmiyetsiz bir dereceye inmiştir. Hukuk sisteminde yeknesaklığa karşı duyulan ihtiyaç kanuna bir üstünlük verilmesine sebep olmuştur. Demek ki, kanun hukukun diğer kaynaklarına engel teşkil etmezse de, onlara üstünlük arzeder; onlarla iş birliği yapmayı kabul eder, fakat onların üstün duruma geçmelerine müsaade etmez (52).

(50) Del Vecchio Giorgio, *Lezioni*, sf. 254.

(51) Del Vecchio Giorgio, *L'Etat*, sf. 108.

(52) Del Vecchio Giorgio, *Lezioni*, sf. 258.



#### 4) Kararname ve Nizamnameler :

Kanuna tâbi olarak, kararname ve nizamnamelerden meydana gelen bir hukuk kaynağı daha vardır. Bunlar, kanunların uygulanma şekillerini gösteren veya bilfiil tatbik eden icra veya idare organlarının tasarruflarıdır. Bu tasarruflar uygulama konusunda kanun tarafından Hükümete tanınan takdir yetkisinin sınırlanmasını ifade ederler (53). Bir kararname veya nizamname hududu aşacak olursa veya kanuna uygun olmazsa, hukuken bătıldır ve bu vazife kazaî organlara aittir.

#### 5) Hukuk İlmî :

Bazı müelliflere göre, hukukun diğer bir kaynağı da hukuk ilmidir, yani hukukçuların eserlerine itibar etmek gerekir.

İlk olarak, hukukçuların sırf teorik veya ilmî faaliyetleri ile, icrasına davet olundukları kazaî faaliyetleri arasında bir ayırım yapmak gerekir. Ancak bu ikinci faaliyetleri bakımındandır ki, hukukçuların (hâkimlerin) icraatı, ister teamülî ister teşriî olsun mevzu hukuk kaidelerini tamamlayıcı olabilir.

İlmî ve teorik faaliyete gelince, bu esas itibarile mecburî bir otoriteye sahip olmaz. Hukukçular hukukun örf ve kanun şeklinde vücut bulmasına iştirak ederlerse de, başlı başlarına bir kaynak teşkil etmezler. İlmî faaliyet ancak kanun veya örf şeklini kazandığı zamandır ki yürürlükte olan bir kaide haline dönüşür (54).

#### 6) Beynelmîlel Andlaşmalar :

İki veya daha fazla Devlet arasında yapılan andlaşmalar Devletler arasındaki münasebetlerde hak ve vecibeler yüklerler. Ancak örf marifetile müsbet hukuk şeklinde yine de muteber olan bir tabii hukuk prensibine dayandıklarından, beynelmîlel andlaşmaları mevzu hukukun başlı başına ve asli bir kaynağı olarak kabul etmek doğru değilse de, kendilerine mahsus vasıfları itibarile tali bir kaynak sayılmaları yerindedir. Bir bakımdan andlaşmalar, henüz gerçekleşmesi mümkün olmayan bir alanda, mevzuatın yerini tutarlar; diğer bir bakımdan ise ve daha doğru olarak, akitler grubuna dahil olurlar (55).

(53) Del Vecchio Giorgio, Lezioni, sf. 259.

(54) Del Vecchio Giorgio, Lezioni, sf. 262.

(55) Del Vecchio Giorgio, Lezioni, sf. 263.

## VI — SÜBJEKTİF HUKUK :

Hukukun objektif olarak bir emirler silsilesi olduğunu gördük. Ancak, mesele daha derinden incelenirse hukukun, görünüşte hürriyeti inkâr etmekle beraber, esasen onu tesis ve temin ettiği görülür. Objektif hukuk tarafından yasaklanmış olmayan bir şey mümkün olduktan başka, temin ve korunmuş da olur. Demek ki, kaideye (objektif hukuka) tâbi olmak sübjektif hukukun bir şartıdır.

Sübjektif hukukun iki unsuru vardır: biri emirlere uygun olarak ve bunların tesbit ettikleri hudutlar dairesinde istemek ve hareket etmek imkânıdır ki, buna iç unsur adı verilebilir; diğeri ise başkası tarafından menedilmek imkânsızlığından ibarettir ki, buna da dış unsur denebilir (56). Sübjektif hukuk başkaları tarafından ifası gereken bir vecibeyi karşılayan ve bir hak sahibine tanınan isteyebilmek ve talep edebilmek yetkisi şeklinde tarif edilebilir. Fakat sübjektif ve objektif saha hakikatte birleşmekte ve tek bir vücut olmaktadır. Bu yüzden hukuku, daha kısa olarak, hürriyetlerin âmîr bir surette düzenlenmesi şeklinde de tarif edebiliriz (57).

## VII — HUKUK VE MENFAAT :

Hukuk kavramını menfaat esasına dayandıran Jhering tarafından ileri sürülen doktrine göre (58), sübjektif bakımdan hukuk, muayyen bir mevzua taallûk eden fert iradesinin tanınmasından ibarettir. İradenin konusu bir mal, veya iradesini kullanan süjeye göre bir menfaattir. Bu yüzden Jhering sübjektif hukuku kanunen himaye edilmiş bir menfaat olarak tarif etmiştir. Bu görüş objektif hukuka da uygulanmakta ve bu hukuk Jhering tarafından «cemiyyetin mevcudiyeti için gereken şartların cebri bir şekilde teminat altına alınması» veya «cemiyyetin mevcudiyeti için gereken ve Devletçe temin olunan şartlar» şeklinde tarif edilmektedir.

Bu tarifler Del Vecchio tarafından tenkit edilmektedir. Bir ke-re, «cemiyyetin mevcudiyeti için gereken şartlar» kavramı bir hayli

(56) Del Vecchio Giorgio, Lezioni, sf. 264-265.

(57) Del Vecchio Giorgio, Lezioni, sf. 265.

(58) Del Vecchio Giorgio, Lezioni, sf. 267.

Del Vecchio Giorgio, La Justice-La Verité, sf. 75.

müphemdir. «Cemiyetin mevcudiyeti için gereken şartların teminat altına alınması» formülünün hukukun maksadını tesbite yeterli olduğu kabul edilse bile, bu formülün hukuku tarif ettiğini ispat etmek gerekir (59).

Menfaat esasına dayanan sübjektif hukuk hakkında da buna benzer itirazlar ileri sürülebilir. Bizzat Jhering bile, ilkel devirlerde kötü olan bir şeyin faydalı kabul edildiğini belirtmektedir. Ayrıca hukuk daima bir faydayı gerektirse bile, her fayda hukuk konusunu teşkil etmez. Karşılığında sübjektif haklar bulunmayan kanunen himaye edilmiş bir takım menfaatlerin mevcut oluşu Jhering'i sübjektif hukuku «bir menfaatin menfaat sahibi tarafından himayesi» şeklinde tarif etmeye götürmüştür. Zaten bu tadille Jhering menfaat unsuruna dayanacak bir hukuk tarifinin iradeye muzaf olacak bir tarife tercih olunduğu hakkındaki görüşünden zımnen feragat etmiş bulunmaktadır.

Ancak bu nazariyede bir hakikat payı vardır, zira her hak faydadan ibaret bir muhtevaya sahiptir; irade bir konu bulunmadıkça kullanılamaz. Fakat buradan hareketle konuyu irade ile, menfaati de hukukla karıştırmamak gerekir. Nasıl ki iradenin konusu irade değilse, aynı şekilde menfaat te hukuk değildir (60).

## — BÖLÜM II —

### HUKUKUN RASYONEL ESASI

Del Vecchio sadece mevzu bir hukukun mevcudiyetini kabul etmekle kalmayıp, mevcut hukukun âdil olup olmadığını da tetkik etmektedir. Yani mevzu hukukun haklı olup olmadığını ve bunun haklı sayılmasını gerektirecek şartların neler olduğunu araştırmaktadır.

#### I — HUKUK DUYGUSU :

İnsan adaleti adaletsizlikten ayırt etmek hususunda doğuştan bir kabiliyete sahiptir. Haklı ile haksız hakkında hüküm vermek konusunda içimizde serbest ve yok edilmesi imkânsız bir kudret

(59) Del Vecchio, Giorgio, Lezioni, sf. 268.

(60) Del Vecchio, Giorgio, Lezioni, sf. 270.

vardır (61). Haklı ile haksızı takdir yetkisinin sadece Devlete ait olduğu ve böyle bir takdirde bulunan ferdin Devlet aleyhine bir cürüm işlemiş sayılacağı ileri sürülmüşse de, böyle bir hüküm vermek hususunda hiç bir yasak insan şuur ve vicdanının serbestçe hareket edebilmesine mani olamaz. Kaldı ki, vicdanın hukukî emel ve arzularile mevzu hukuk arasında tam bir uygunluk olsa idi, mevzu hukukun gelişmesi için ortada sebep kalmaz ve bir durgunluk hali meydana gelirdi. Bu yüzden insan tabiatında mevcut olan hukuk duygusunun hukukun gelişmesine âmil ilk kaynak olduğunu kabul etmek gerekir (62).

## II — HUKUKUN ESASI OLARAK İNSAN TABİATI :

Del Vecchio burada hukukun nihai esasını insan tabiatında aramak gerektiğini savunmaktadır.

### 1) Tabiatın İlli ve Gayî Telâkkisi :

İnsan tabiatı değişik açılardan tetkik edilebilir. İlk olarak, insan tabiatın küçük bir parçası olarak gözükür. Bu takdirde biz tabiatın bütün hâdiselerin illiyet bakımından birbirlerine bağlanmasını anlarız. Bu görüşe göre, her hâdise kendisini zaruri olarak doğuran önceki diğer bir hâdiseye nisbetle mütalâa edilir. Böylece bütün hâdiseler arasında zaruret şeklinde bir zincir meydana gelir (63).

İlliyet prensibi sadece hâdiselere uygulanabilir ve bize yalnız hâdiselerin nisbi ve dış bir bilgisini verebilir. Demek ki, illiyet kısıtı gerçeği bir silsile halinde kavramamıza imkân verirse de, bu silsilenin ne başlangıcını, ne de sonunu bize göstermez. Bu yüzden, illiyet kanununu uygulayabilmek için onu tamamlamak ve ebedi ve yok olması imkânsız bir cevherin varlığını a priori olarak kabul etmek gerekir (64).

Tabiat maddî mânada alındığı takdirde, tabiatta mevcut her şey normaldir; tabiat kanunlarının herhangi bir ihlâli a priori mümkün değildir, zira bu mânadaki tabiat bütün gerçeğin zaruret şek-

(61) Vecchio Giorgio, La Justice-La Vérité, sf. 61.

(62) Del Vecchio Giorgio, La Justice-La Vérité, sf. 132-133.

Del Vecchio Giorgio, Lezioni, sf. 335.

(63) Del Vecchio Giorgio, Lezioni, sf. 344.

(64) Del Vecchio Giorgio, Lezioni, sf. 346.

linden başka bir şey değildir. Ancak tabiat hakkında fizik bir telâkkiden başka, metafizik bir telâkki de vardır. Bu mânada tabiat illiyetin dar hudutları dışında bulunan cevherdir; her şeye düzen veren akıldır (65).

Tabiatın bu telâkkisi, illi telâkki ile zıt değildir, aksine onu tamamlamaktadır. Binaenaleyh, gayi tefsire baş vurmak zaruridir. Bu telâkki tarzlarından her biri hakikati aydınlatmaları bakımından meşrudurlar.

İnsan bir bakımdan tabiatın bir parçasını meydana getirir; başka bir bakımdan kendine ait bir fikir gibi tabiatı vaz ve ihtiva eder. İlliyet bakımından son merhale olarak gözüken sübjektif şuur ve vicdan, mantıkî bakımdan ilk merhaledir; çünkü, bu şuur ve vicdanın dışında ve ondan önce gelen herhangi bir hâdise, herhangi bir tecrübe var olamaz (66).

## 2) Determinizm ve Serbestî :

Sırf illiyet çerçevesi içinde, dünyada her şey muayyen olarak gbrünür; serbestî ortadan kaldırılmış olarak gözükmektedir. İnsan hareketleri bile tabii birer hâdise olduklarından muayyendirler ve bunların önceden tahmini de mümkündür. Bir failin hareketleri hakkında belirtilen tasvip etme veya etmeme hükümleri mânasızdır, zira hakikatte fiili yapan fail olmayıp, tabiattır ve fail tabii zaruret bir âletidir.

Ancak bu tabiatçı kıstas sadece nisbi ve talî bir kıymeti haizdir ve illiyet kanununun dahi şuur ve vicdan tarafından vaz ve beyan edildiği düşünülecek olursa, serbestî tam ve mutlak olarak tekrar ortaya çıkar. Demek ki, illi muayyenlikler ne kadar değişik olurlarsa olsunlar, temel kanunu ve başka hiç bir şeye dönüşmesine imkân olmayan hududu teşkil eden şuur ve vicdana yine de tâbidir (67).

Bilginin bu yüksek merhalesi sadece teorik bir kıymete sahip olmayıp, bizzat Etik'in temel ve esasını da teşkil eder. Birer tabiat hâdisesi olarak bütün hareketlerimiz zarurî ve takdîrî imkânsız olurlar; buna karşılık, bu hareketleri, tek mutlak prensip sıfatile

(65) Del Vecchio Giorgio, Humanité, sf. 197.

Del Vecchio Giorgio, Lezioni, sf. 346-347.

(66) Del Vecchio Giorgio, Lezioni, sf. 348.

(67) Del Vecchio Giorgio, Lezioni, sf. 349.

faile izafe ettiğimiz zaman, etik bir mâna ve kıymet kazanırlar (68).

### 3) Ben'in Üstünlüğü ve Etik Emperatif :

Etik âlem hakkında doğru bir görüşü sağlayan tek prensip, şahsın mutlak vasfından, failin şey üzerindeki üstünlüğünden ibarettir. Etrafındaki bütün hakikati, fikirler vasıtasile, ben'e irca edebilmek kabiliyeti, failin mahsus varlığını, niteliğini teşkil eder; sözü geçen kabiliyet, insanın kendi serbestisi ve sorumluluğu hakkındaki şuurda psikolojik ifadesini bulur ve fail bakımından derhal yüksek bir kaide, yani etik emperatif, haline dönüşür (69). Bu kaide, tabiat kuvvetlerinin vasıtası olarak değil, fakat prensip ve gayesi olan muhtar ve serbest bir varlık olarak hareket et, demektir (70). İnsan tabiatın bir parçası olmak sıfatile, daima fizik kanunlara uygun olarak hareket ettiği ve bu bakımdan iyi veya kötü arasında bir ayırım yapmak mümkün olmadığı halde, prensip olmak sıfatile kendi kendine karar verebilmek, yani etik kaideye uygun hareket etmek veya onu ihlâl etmek imkânına sahiptir. Bu sebepten insan hareketleri sadece birer tabiat hâdisesi olarak izah edilmeyip, serbestinin birer ifadesi olarak takdir edilirler.

### 4) Ahlâkla Hukukun Prensipleri :

İzah olunan hareket kaidesi, zarurî olarak iki ayrı şekilde vaz olunur ve bu şekillerden hher biri iki küllî etik kategorisinden birine, yani ahlâk ve hukuka tekabül eder.

Bu kaideden ilk olarak ahlâki vazife meydana gelir ve bu vazife sırf insan olması sebebiyle her insana taallük eder. Ahlâka uygun olarak veya vicdan gereğince hareket eden kimse, kendi vasıtasile insanlık hareket ediyormuş gibi, yahut kendi yerinde başka herhangi bir fail bulunuyormuş gibi hareket eder. Bütün ahlâk, ferdi şuurun bu yükselişinden ibarettir ve bu suretle külliyetle birleşmektedir. Bu yüzden üniversal mevzuatın esası insanın şuur ve vicdanında saklıdır (71).

Ancak etik prensip aynı zamanda objektif veya hukukî bir mânaya da sahiptir. Etik kaide failde serbest bir prensip olarak hare-

(68) Del Vecchio Giorgio, Lezioni, sf. 350.

(69) Del Vecchio Giorgio, L'Etat, sf. 98.

(70) Del Vecchio Giorgio, Lezioni, sf. 351.

(71) Del Vecchio Giorgio, Humanité, sf. 285-286.

ket etmek zaruret ve vecibesini yüklediği zaman, bu prensibin diğer herkes bakımından da bu sıfatla muteber olmasını da temin eder ve böylece başkaları tarafından fiilen menedilmemeyi veya kabul olunmayı talep hakkını aynı prensibe bağlar (72).

### 5) Mevzu Hukukun Tabiiliği ve Tabii Hukuk :

Herhangi bir siyasi yapı zarurî olarak hukuk şeklini tazammun eder; bu itibarla her cemiyet kendine mahsus bir hukuka sahiptir ve bu hukuk mevzu hukuktur. Bu mevzu hukuk illiyet düzeni içinde tarihî ve hadisevî sebeplerle meydana gelmiştir ve bu yüzden tabiidir. Mevzu hukuk tecrübenin bir mûtâsıdır ve bu sıfatla hâdise olarak izah edilebilir (73).

Bir taraftan bütün mevzu hukukun, yani hâdise olarak hukukun tabiiliğini kabul, hatta a priori olarak iddia etmek mümkündür; diğer taraftan, mutlak olarak nazara alınan insan tabiatından, her türlü hâdisenin üstünde, vecibe ve hak prensibini çıkarmak da mümkündür. Bu iki mütalâa tarzı hiç bir şekilde birbirinin yerini alamıyacağı gibi birbirleriyle de karıştırılmamak gerekir.

Hukuka uygunluk vasfı tamamile şeklidir, zira bir hukukî müessese yine hukukî olan diğer bir müesseseden farklı hatta ona zıt olabilir. Bir hukukî mesele karşısında bulunduğu zaman, bu durum bu meselenin hukuk idealine uygun olduğunu ifade etmez.

İdeale karşı olan hakiki saygı, bu idealin fiiliyatta tahakkuk ettiğini farzederek değil, bu hakaikatin üstünde, yani fizik neticenin aykırılığına rağmen muteber ve gerçek olarak kabul etmek suretile ifade edilebilir (74). Meselâ kölelik müessesesi hukukî bir müessesedir, fakat her insanda mevcut hak fikrinin bir ihlâlini, hattâ inkârını ifade eder. Demek ki, kölelik mevzu hukuka aittir, fakat tabiata aykırıdır, şu mânadaki, hâdiseye değil süjenin esasına dayanan bir zarurete aykırıdır.

### 6) Tabii Hukukun Gerçekleşmesi ve Gayeler Arasındaki Gayri Tabiiilik :

İdeal ile ampirik hakikat arasındaki uygunluk, eski tabii hu-

(72) Del Vecchio Giorgio, L'Etat, sf. 104.

(73) Del Vecchio Giorgio, Lezioni, sf. 356.

(74) Del Vecchio Giorgio, Lezioni, sf. 356-357.

kukçuların yaptığı gibi ilkel devirlerde değil, fakat bu hakikatin daha ilerlemiş safhalarında aranmak gerekir. Tarih bize tabii hukukun derece derece yükseldiğini ve neticede muayyen bir gelişme sonucu kabul edilmiş olduğunu gösterir. Bu gelişme insan varlığının, yani fertlerin ve milletlerin istiklâlinin gittikçe daha çok tanınmasına doğru götürür ve bu prensibin uygulanacağı sosyal meselelerin buna uygun olarak değişmelerini gerektirir.

Bu vetire ile oranlı olarak ve bu zorunluğa uygun olarak, üniversal bir insanlık hukukunun meydana gelmesi, yani bütün insanlığın hukukî bir düzen altında toplanması hususu, mevzuat sahasına girmek yolunu tutmuştur (75). İnsan tabiatının eşitliği müşterek bir nihai gayeye doğru gitmektedir ve bu gaye de üniversal hukuk olup, bunun prensipleri tabiatta mevcuttur. Bu prensipler a posteriori olarak tahakkuk etmezden ve fiilî hal ve vaziyetlerde ifadelerini bulmazdan önce, akıl bunları a priori olarak istidlâl etmekte ve muteber olduklarını kabul etmektedir (76).

#### 7) Tabii Hukukla Mevzu Hukuk Arasındaki Münasebetler :

Bu izahlardan sonra Del Vecchio tabii hukuku mevzu hukuku takdire ve adalete uygunluğunu ölçmeye yarayan bir kıstas olarak görmektedir. Muayyen konularda bizzat kanun koyucu bir kaide koymaktan çekinir ve hukukun öz esası olan tabii akıl kriterine bu işi havale eder. Gerek Medeni Kanundaki ve gerek birçok hususi kanunlardaki hakkaniyet ve nasafete olan atıflar bu mânadadır. Demek ki, tabii hukukun mevzu hukuk sistemi tarafından açıkça kabul ve iktibas edilmesi halile, yardımcı ve talî bir kaynak vazifesini görmesi halini birbirinden ayırmak gerekir.

Mevzu hukukun müşahhas bünyesi tabii hukuk prensiplerinin sınırlanmasını veya bozulmasını gerektirdiği hallerde bile, bu prensipler, mevzu hukuk düzeni içinde dahi, kıymetlerini tamamiyle kaybetmemektedirler; mevzu hukukun mütemmimi sıfatile, muayyen bir takım tesirler bakımından yürürlükteki kaideler tarafından tanındığı ve kendisine atıfta bulunduğu göre, tabii hukuk sözü geçen düzen içinde bile dolayısıyla bir uygulama alanı bulmaktadır (77).

(75) Del Vecchio Giorgio, Humanité, sf. 18.

(76) Del Vecchio Giorgio, L'Etat, sf. 105.

(77) Del Vecchio Giorgio, Lezioni, sf. 363.



### 8) Kanuniliğe Hürmet ve Adalet İçin Mücadele :

Tabii hukukla mevzu hukuk arasında giderilmesi imkânsız bir zıtlık halinde, gerek bu kaideleri uygulamaya mecbur olan hâkim bakımından, gerekse bu gibi kaidelere itaat etmesi emrolunan vatandaşlar bakımından tehlikeli meseleler ortaya çıkar.

Her iki halde de yürürlükteki kanunların âdil olmadıkları hakkında meydana gelecek bir kanaat, bunlara karşı ayaklanmayı haklı göstermez (78).

Kaide olarak hâkimin vazifesi icabı bu yürürlükteki kaideleri tefsir ve tatbik mecburiyetinde olduğundan şüphe edilemez. Ancak kanunun çerçevesi içinde ve kanuni şekillerde adaletin hiç olmazsa muayyen bir kısmının tahakkuk ettirilmesi konusunda mümkün bütün vasıtaların yetersizliği anlaşıldığı takdirdedir ki, hâkimin vazifesinden feragat etmesi gerekir (79).

İnsan tabiatının kat'i hukukî icaplarının giderilmesi imkânsız bir şekilde çığnendiği ve ihlâl olunduğu hallerde ihtilâl veya aktif mukavemet hakkı mevcuttur. Ancak bu şekilde adalet uğruna mücadelenin meşru olabilmesi için gerekli ilk şart, uğruna savaşılan daha yüksek adaletin taşıdığı daha büyük vecibelerin yerine getirilmesidir, yani fedakârlığa ve icap ederse ölüme katlanılması gereklidir (80).

İşte bu esaslar içinde ve bu kıstaslara göre, tabii hukukla mevzu hukuk arasındaki zıtlıkların sebebiyet verdikleri meseleler önenebilir.

### SONUÇ :

Etüdde de görüldüğü gibi Del Vecchio gayet düzenli bir mantıkla tabii hukuk fikrini desteklemiş ve katı pozitivizmin karşısına çıkmıştır. İnsan şuur ve vicdanını hukukun esası olarak kabul eden Del Vecchio, bu şuur ve vicdanın mevzu hukukun üstünde olduğunu ve aykırılık halinde, adaleti tahakkuk ettirmek için, fertlerin isyan edebileceklerini ileri sürmektedir. Ancak etüdde de belirtil-

(78) Del Vecchio Giorgio, La Justice-La Vérité, sf. 119.

(79) Del Vecchio Giorgio, La Justice-La Vérité, sf. 119-120.

(80) Del Vecchio Giorgio, La Justice-La Vérité, sf. 120-121.

Del Vecchio Giorgio, Lezioni, sf. 364.

diği gibi bu isyan ultima ratio (son çare) olarak nazara alınmaktadır.

Bundan başka Del Vecchio, bütün Devletlerin üstünde bir insanlık hukukunun tesisini istemekte ve Devletlerin mevzu hukuklarının bu yöne doğru gitmekte olduğunu belirtmektedir. Ancak bu temenninin ne kadar zor olduğu aşikârdır.