

**TÜRK HUKUK TARİHİ
ARAŞTIRMALARI**

Journal of Turkish Legal History

ISSN: 1306-6889

Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları

Journal of Turkish Legal History

Sayı 28, 2019 (Güz)

Sahibi ve Yazı İşleri Müdürü	Fethi Gedikli (İstanbul Üniversitesi Sadri Maksudi Arsal Hukuk Tarihi Uygulama ve Araştırma Merkezi Müdürü)
Kurucular	M. Âkif Aydın, Mehmet Akman, Ekrem B. Ekinci, Fethi Gedikli, M. Macit Kenanoğlu, Mustafa Şentop, Mürteza Bedir
Yayın Kurulu	M. Âkif Aydın, Mehmet Akman, Ekrem B. Ekinci, Fethi Gedikli, M. Macit Kenanoğlu, Mürteza Bedir, Sami Erdem, Ayhan Ceylan, Cihan Osmanağaoğlu Karahasanoğlu
Danışma Kurulu	İdris Bostan (İstanbul Ü.), Feridun Emecen (İstanbul 29 Mayıs Üni.), Mehmet İpşirli (İstanbul Medipol Üni.), İsmail E. Erünsal (İstanbul 29 Mayıs Üni.), M. Emin Artuk (İstanbul Medipol Üni.), İbrahim Kâfi Dönmez (İstanbul 29 Mayıs Üni.), Kemal Beydilli (İstanbul 29 Mayıs Üni.), Engin Deniz Akarlı (İstanbul Şehir Üni.), Sevgi Gül Akyılmaz (Ankara Hacı Bayram Veli Üni.), Mustafa Avcı (Ankara Sosyal Bilimler Üni.), Yusuf Karakoç (Dokuz Eylül Üni.), Nevin Ünal Özkorkut (Ankara Üni.)
Editör	Fethi Gedikli
Yardımcı Editör	Ali Adem Yörük
Sekreterlik	Furkan Şahan
Baskı	Pelikan Basım, Odin Topkapı Center no: 28/1a, Topkapı / İstanbul Tel: 0212 613 79 55
Baskı Tarihi	Aralık 2019

Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları yılda iki sayı yayımlanan hakemli bir dergidir.
Dergide yer alan yazıların ilmî ve fikrî sorumluluğu yazarlarına aittir.

Yönetim

İstanbul Üniversitesi Sadri Maksudi Arsal
Hukuk Tarihi Uygulama ve Araştırma Merkezi
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Merkez Bina
Oda 58 Beyazıt/İstanbul/Türkiye
e-posta: hukuktarihimerkezi@istanbul.edu.tr

Bu sayı Sancaktepe Belediyesi'nin katkılarıyla basılmıştır.
Belediye Başkanı Av. Şeyma Döğücü'ye teşekkür ederiz.

Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları

Sayı 28 • 2019 (Güz)

İçindekiler

Sırbistan'ın İdare-i Dâhiliyesine Dâir Kanunnâme: 1838 Türk Anayasası (Turski Ustav) <i>Ayhan Ceylan</i>	5
<i>Belgeler/Notlar</i>	
Hukuk Reformu Metinleri 7: Ömer Rıza Doğrul'un 1928 Tarihli The Angora Reform Tercümesi - Türkiye'nin Adli İnkılabı <i>Ali Adem Yörük</i>	55
Hukuk Reformu Metinleri 8: Kevakibîzâde Abdülhalik Midhat'ın Darülfünun ve Mekteb-i Hukuk'a Dair İki Yazısı <i>Haz. Rıdvan Abdurrahman Demirtaş</i>	105
Hukuk Reformu Metinleri 9: Celâl Nuri'nin Fenn-i Hukuktaki İnkılab Hakkında Musahabe Adlı Yazısı (1922) <i>Yasin Yılmaz</i>	115
Hukuk Reformu Metinleri 10: Abdullah Cevdet'in Kaleminden Medenî Kanun'un Kabulü (1926) <i>Yasin Yılmaz</i>	121
Hukuka Bir Nazar <i>Seyyid Haşim, haz. Mahmud Esad Kalıpçı</i>	129
Türk İnkılabı: Devlet Şekilleri ve Türkiye Büyük Millet Meclisi <i>Edip Serdengeçti - Haz. Emre Partalçı</i>	139
İsviçre Kanun-ı Medenîsinin Menşei ve Suret-i Tanzim ve Müzakeresi <i>Mişon Ventura - Haz. Rıdvan Abdurrahman Demirtaş</i>	147
Hukuk Müessesesi Tarihi: Hukuk Mektebi'nin Tarih ve Suret-i Tesisine Ait Malumat ve Vesâik <i>Ebül'ulâ Mardin - Haz. Ali Adem Yörük</i>	155

HUKUKA BİR NAZAR*

Seyyid Haşim, haz. Mahmud Esad Kalıpcı**

Bu satırları yazmaktan maksat hukukun zamanımızdaki tarz-ı telakkisini ve menbâ itibarıyla mütehammil olduğu suver-i tefsiriyeyi ve tayin-i mebdei müşkil bir tarihten beri memleketimizde usulsüzlük dolayısıyla asr-ı hâzırın tevliid ettiği ihtiyacât ile telifi gayr-ı kâbil cereyanını imkân mertebesinde tavzih etmektir.

* Bu çalışma, daha önce yayınladığımız iki çalışmanın devamı niteliğindedir: “Nağmesi Yarıda Susan Erganûn: Son Dönem Osmanlı Hukukçularından Seyyid Haşim Bey”, *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, sy. 10, s. 77-105; “İlk Jhering Mütercimimiz Seyyid Haşim Bey’in Jhering Çalışmaları”, aynı dergi, sy. 13-14, s. 23-58. Bunlardan birincisinde, Seyyid Haşim Bey’in (ö. 1917) biyografisi ayrıntılı bir şekilde verilmiş, eserlerinin önemi vurgulanmıştır. İkinci yazıda, onun Jhering’e (ö. 1892) ilişkin iki metni yayımlandı. Seyyid Haşim Bey’in bütün metinlerini peyderpey meslektaşlarımızın istifadesine sunmak niyetindeyiz. Bu çalışmada, Seyyid Haşim Bey’in “Hukuka Bir Nazar” adlı makalesi (*Bilgi Mecmuası*, I/3, Kanun-1 sani 1329 [1914], s. 283-292) Latin alfabesine aktarılacaktır. Yazının sonunda “bitmedi” notu vardır. Yazarın, yazının hemen başında bildirdiği maksadı da yazının bitmediğini teyit etmektedir. Bununla birlikte, bu yazının devamı niteliğinde bir çalışma tespit edilememiştir. Seyyid Haşim Bey’in bu yazısı, daha önce yayınlanmışsa da bu neşirde esasa etki eden (örneğin suver, sur; hakkın, hukuk; isma’, esma; müşâreket, meşarkat; müştereke, meşterki; âhar, âhir; mukaddem, mukdem; tagayyür, tağir; rabt, rabet; akl-ı küll, akıl gel; cây-ı kabul, cay kabul; hikmet-i devlet, hükümet devlet; tazarru’, tedr; fikr-i hukuk, fikir hukuk; fi’len, faalen; nokta-i nazar, nükte-i nazar; hürriyetperverlik, hürriyet pervalık; müsâvât, mesavat; ve kuru, vakuru; hür, har; kâffesine, kafasına; Fénelon’a, fenalığına; illet-i vaz’iye, alet ve za’yeleri; hissiyât, haşyet; tecerrüd, tecrid; muvafık, muvaffak; gadr, gadî şeklinde yazılmıştır) birçok hata mevcut olup yazının bu haliyle doğru bir şekilde anlaşılması olanaksızdır. Bu itibarla, yazının yeniden neşri elzem görülmüştür. Krş. Derya Sınacığı (Çev.), “Seyyid Haşim, ‘Hukuka Bir Nazar’ Osmanlı Türkçesi Aslından Günümüz Türkçesine Çeviri”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, VII/2, 2017, s. 129-140.

** Arş. Gör., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku bölümü doktora öğrencisi; e-posta: kalipci@istanbul.edu.tr. Yazının mukabelesini birlikte yaptığımız Arş. Gör İbrahim Enes Onat’a ve son okumasını yapan Prof. Dr. Fethi Gedikli ve Dr. Ali Adem Yörük’e teşekkür ederim.

Her vesile ile hakkın sadası ismâ'a çalışıldığı, istihsâl-i hak yolunda bazen feda-yı nefse kadar mücadele edildiği ve her zaman bir haktan bahsolunduğu halde bu sehâir ve munis kelimenin mefhumu vâzihan anlaşılmamış ve hakkın mahiyeti, mümeyyiz alameti hakkında fikir imal edilmemiştir.

Bütün kavimler nazarında hak, insanların efâlini tanzime hâdim bir kavâid silsilesinden ibarettir.

Fakat hakkın menşee ve esası, kuvve-i müeyyidesi ve mevzuu hakkındaki telakkilerde oldukça mühim farklar mevcuttur. Filhakika, hak bazen akıl ve tabiatın mahsulü, bazen menfaatten veya kuvvetten mütevellid olmak üzere kabul edilmiştir. Bazı mütefekkirler ise hakkın menşeeini gâh müşâreket-i haya-tiye mecburiyetinde, gâh şahsiyet fikrinin tekemmülünde ve gâh bazı şartlar dairesinde hâsıl olan kanaat ve emr-i vâki'de görmüşlerdir. Hakkın kuvve-i müeyyidesi de her asırda bir olmamıştır. İbtidâî kavimler indinde kuvve-i müeyyide Allah korkusu (mahâfetullah) idi; bilâhare devletin daimi nezareti bu hususu tekeffül etmiştir.

Hak fikri, bir milletin içtimâî ve siyasî ahvaliyle kaviyyen alakadardır. Bu günkü tarz-ı telakkiye göre hak, muayyen bir kıt'a-i arziyede mütemekkin ve aralarında nizamı temin ve idâme ile mükellef bir idare-i müştereke altında müçtemi efrâdın vücuduyla kâimdir; tabir-i âharla hak, devletin vücudunu istilzâm eder. Halbuki devlet fikri de yalnız müterakkî, muntazam bir heyet-i içtimâiyede mütecellî olabilir.

Hukuk-ı tabiiye mektebine¹ mensup olan mütefekkirler böyle düşünmüyorlardı. Onlara göre, insan, hâl-i içtimâîden mukaddem ve devletin tasdikinden âzâde olarak -hatta vücuduna muhtaç olmaksızın- hakka maliktir. Fertlerin hukuku bütün hukukun esasıdır. Ferdin hakkı her türlü kanunların, cemiyetlerin ve mukavelâtın fevkinde sabit ve tagayyür etmez bir mahiyeti hâizdir. Hak, bunlar indinde bir mefkûre değil, aklın mahsulü, tabiatın akliselime kabul ettirdiği bir fikirden ibarettir. Efrâdın hakkını kavî bir esasa rabt etmek ve onu taarruzdan masun kılmak maksadıyla hukuk-ı tabiiye mektebi müntesipleri hakkı yalnız aklî bir tarzda ispata çalışmışlardır.

Tarihî tetkikler neticesinden anlaşılıyor ki, bu tarz-ı telakki on yedinci asırda teşekkül eden hukuk mektebinin teşrîhâtından evvel de mevcut idi. Bu

¹ École du droit naturel. Bunlara, cemiyetin bidâyet-i teşekkülünü bir mukaveleye müstenit addettikleri için "hür mukaveleciler" dahi denebilir.

mektebin bihakkın müessisliği namını alan Grotius'dan evvel gerek kurûn-ı vüstâda ve gerek eski Yunanlılar ve Romalılar devrinde, hak, tabiattan (akl-ı küllden) muktebes bir şey addolunurdu. Vâkıâ, bu fikir Roma'ya Yunan felsefesinin tettebbu'undan sonra girmişti, fakat sonradan hâkimler ve müçtehitler için Roma hukukunun dürüş ve kuru kavaidinden mütevellid adl ve nısfete muhalif neticeleri tadile gayet güzel bir vasita olmuştur. *Jus naturale*, birçok ahvalde Roma müçtehitlerinin insaniyete daha layık içtihatlarda bulunmalarına hizmet etmiştir.

Bidâyeten hukukçular, hakk-ı tabî ile ecnebilere tatbik edilen hukuk-ı beynelmileli biri birine karıştırdılar; fakat, hakikatte, ahkâmı bütün kavimlere ve milletlere âmm ve menâfi'î bunların kâffesine şâmil olan tesisât, tabiat ve akla muvâfık addolunmak ik[ti]zâ ederdi.

Bununla beraber hakkın tefsirinde hasıl olan tahavvül her türlü netâyiciyle kâbil-i tatbik olamamıştı. Nitekim, kadim milletlerin tesisâtında cây-ı kabul bulan esaret gibi bugünkü hissiyatı rencide edecek kaideler devam etmekte ve "hikmet-i devlet" namına en şedit cezalar tatbik olunmakta idi.

Bilâhare hıristiyanlığın zuhuruyla "kaysere ait olanı kaysere ve Allah'a ait olanı Allah'a veriniz" kelim-ı meşhuru ilan edilerek insan (*homme*) ile vatanînin (*citoyen*) tefrik olunması efrâdı bir dereceye kadar esaretten kurtarabildi; fakat ferdin hakkını tamamıyla tarif edemediği gibi güya devletin mezâlimine karşı müdafaalarını taahhüt eylediği efrâdı kilisenin kucağına atmaktan çekinmedi. Vâkıâ, hıristiyanlık efrâd ile kilise arasında ihtilaf zuhuru ihtimal vermiyordu. Halbuki kilise her türlü saadetini temin için müesses olduğunu beyan ile efrâdın bütün hayatlarına hâkim oluyor ve bu suretle kilise devlet makamına kâim olmuş bulunuyordu. Nitekim bir zamanlar kilise adamları o derece ileri gitmişlerdi ki Roma kilisesi tarafından sadır olan emir ve kararlardan başka hak ıtlâkına layık bir şey yok farz ederlerdi.

Binâenaleyh hukuk-ı tabiiye mektebinin tesisi şerefî yine Grotius'a râci' olmak iktiza eder. Filhakika Grotius hukuk-ı tabiiye fikrini kilisenin hâkimiyetinden kurtararak medenî bir şekle ifrâğa muvaffak olduğu gibi kral ve prenslerin kudret ve salâhiyetlerine de bir had tayinine imkân ihzâr eylemiştir.

Grotius *Harb Hakkı ve Sulh Hakkı* nam kitabında tabî hakkı şu suretle tarif eder: "Tabî hak, akıselimin telkin ettiği bir kaidedir ki, bununla bir fiilin -tabiata muvâfakatına nazaran- adl ve ahlaka muhalif veya muvâfık olduğuna hük-

mederiz ve tabiatın hâliki olan Allah da evvelkisini ‘nehî’ ikincisini ‘emr’ eder”.

Grotius hakkı yalnız akıl ve tabiata müstenit addetmez; bunda ilahî bir menşe de tasavvur eyler².

Bu derece dine merbût bulunan Grotius, kilisenin mezâlimine karşı isyandan men-i nefis edememiştir. Filhakika ismi geçen kitabında: “Hıristiyanlık âlemi hûnîz muharebeler ile mâlidir. Sadece ilan-ı harb etmekle en şenî’ cina-yetleri, en müthiş zulümleri irtikâb ve îkâ’, meşruiyet kesb edermiş gibi pek adi vesilelerle muhâsamâta başlarlar ve bu suretle birçok masum kanı dökülmesine sebep olurlardı.” diyor. Ancak diğer taraftan kral ve zadedânın nüfuz ve iktidarlarının izdiyâd ve tevessü’üne mu’arız görünmezdi. Fakat bunu da Kral XIII. Louis’in hizmetinde bulunmuş olmasına atfetmek iktiza eder. Nitekim kralların adalet ve insaniyet kavaidi dairesinde icra-yı hükümet etmeleri için Cenâb-ı Hakk’ın lütuf ve inâyetini tazarru’ eylemiştir.

Grotius’dan sonra hukuk-ı tabiiye mektebi tamamıyla teessüs ederek bütün Avrupa’da nüfuz ve tesirâtı tevessü’ ve devam eyledi. Hatta, büyük mütefekkirlerin bu mektebin müdâfii olmamaları bu fikirlerin intişarına ve icra-yı tesir eylesine mani olmamıştır. Hobbes ve Locke, on yedinci asrın bu iki sîmâ-yı muhterem İngiltere’de büyük tesir ve nüfuz icra ettiler. Hobbes fikr-i hukuku münkir idi; buna göre hak, kuvvete müstenit; adalet, kavânîn-i mevzû’aya muhtaç olduğundan kavânîn-i devlete itaat -kanun-ı ilahîye muhalif de olsa- lazımdı.

Sarâhaten söylemek istemediği bu netâyici Hobbes’in nazariyatından istihrac kâbildir. Bakınız, hakkın tarif ve teşrihinde ne diyor: “Hak, insanın muhafaza-i hayat zımnında isti’âne eylediği vesâitin mecmûudur. Bu vesâitin birincisi kuvvettir. Binâenaleyh insanlar arasında mücadele zaruridir. Sulhu tesis için efrâdın kendilerine daha yüksek bir merciin emrine tâbi olmayacak bir reis tayin eylemeleri iktiza eder.”

Locke’un nokta-i nazarı bunun tamamıyla zıddıdır. Gerçi Hobbes gibi o da hâl-i tabîyi mebdede ittihaz ederse de bunu başka surette telakki eyler; Hobbes mebdedeki tabîi hâli bir emr-i fiiliden ibaret addettiği halde, Locke bunu hukukî mahiyeti haiz bir hâl farz eder ve bu devreye “hürriyet-i kâmile” devresi ünvanını verir. Bu devrede insan gayrın iradesine muhtaç ve onun hiçbir müsaadesine müftekir olmaksızın gerek zatı ve gerek emvali üzerinde dilediği vech

² Grotius, tabîi hak için Cenâb-ı Hakk’ın -haşâ- lüzum-ı mevcudiyetine hacet görmediğini de ilave eder.

ile tasarruf eder. Fakat, filen, bazısının hukuku diğerlerinin tecavüz ve taaddîsi tehlikesine maruz bulunduğundan insanlar hukuklarının temin-i muhafazası için cemiyetler tesis ederler. Binâenaleyh bu cemiyetlerden matlûb olan gaye şahsî hürriyetlerin himayesiyle temini kaziyesidir. Kuvvet, bir reis veya hükümdar tayinine salâhiyettar mebuslara müfevzadır. Bununla beraber hükümdar keyfî bir kudreti haiz değildir. Saltanat (*souveraineté*) yine millette kalır.

Saltanat-ı millet hakkında vaz' ve müdafaa eylediği bu nazariye ile hakkın semavî bir menbadan teraşşuh ettiğine kâil olanları cerh etmek istemiştir.

Cemiyetlerde, verdiği vazifeye nazaran Locke hukuk-ı tabiiye mektebi sâliklerine yaklaşır; hatta hürriyetperverlikte onları geçer. Bununla beraber, ahlakîyatta müfidiyet (*utilité*) taraftarıdır. Hukuk hakkındaki nokta-i nazarı da hukuk-ı tabiiye müntesiplerinin tarz-ı telakkisinden başkadır. Bunlar hakkı, ilham tarîkiyle aklın mahsulü addettikleri hâlde Locke, hakta içtimâî surette temin edilmiş bir menfaatten başka bir şey görmez. Binâenaleyh yine hukuk-ı tabiiye taraftarlarından ayrılarak menâfi'-i içtimâîye karşısında ferdin feda edilmesine muvâfık görünür.

Fransa'da hukuk-ı tabiiye mektebinin tesirâtı inkâr edilemezse de Fransız mütefekkirleri buna tamamıyla iltihâk eylememişlerdir; mesela Montesquieu, Voltaire, Rousseau efrâdın hukukunu tasdik ve teyit hususunda o dereceye varmamışlar, hatta bu mektepten ayrılmışlardır. Bununla beraber Fransa ihtilaliyle Hukuk-ı Beşer Beyannamesinde³ bu mektebin neşrettiği efkârın ilhâmâtı görülür. XIV. Louis'in zaman-ı sabâvetinden sonra krallık derebeyliği yıkarak bütün kuvâ-yı devleti nefsinde cem' etmişti. Diğer taraftan Roma kilisesinin nüfuzunu da kırmağa son derece çalıştı. Mutlakiyet-i idare bu suretle teessüs etti.

Birbirini vely eden bu hâdisât yakından tetkik edilirse daima kavînin zayıfı ezdiği, kuvvetin geçtiği el, hakkın mevcut [mucit?] ve vâzı'ı olduğu görülür. Kilise Romalıların "vatanî" ve "ecnebî" diye insanları ikiye tefrik etmesini muvâfık bulmuyor. Temin-i müsâvât zımında Roma'nın nüfuzunu kırarak bütün beşeriyetin refahını tahsil vazife-i mübeccelesiyle(!) meydana çıkıyor. Aynı zamanda İspanya ve Portekiz mezâlimini tarihinin pür-mefâhir(!) sahâyifine kaydediyordu. Bu defa Romalıların taksimi kilise elinde şu şekli

³ Jellinek, Hukuk-ı Beşer Beyannamesi'nin Amerikalıların "Bill of rights"ından me'hûz olduğunu maddî delâil ile ispat eder: *L'État moderne et son droit*.

alıyor: “İsevî”, “gayr-ı İsevî”.

Bundan sonra krallık silah-ı mücâhedesini derebeyleri hakkında olduğu gibi Roma kilisesine de tevcih ediyor. Mutlakiyet-i idare esası da kısmen kilise nüfuzunun lüzum-ı kesri fikrinden çıkmış oluyor.

Fakat henüz XIV. Louis’in evâhir-i saltanatına doğru mutlakiyet-i siyasiye aleyhinde ref-i sadâ-yı şikâyet edilmeye başlanılmıştı. Bidayet-i emrde bunlar -vâkıâ- temenni ve rica dairesinde kalmıştır.

On yedinci asrın sonlarına doğru imzasız olarak XIV. Louis’e gönderilen bir mektup şu sözleri ihtiva ediyordu: “Size hitap eden adamın bu dünyada hiçbir menfaati yoktur. Bu mektubu ne yeis ve keder, ne hırs ve tama’ sâikasıyla, ne de büyük menâsib ihrâzı sevdasıyla yazmıyor. Şayet size şiddet ve kuvvet ile hitap ediyorsa hakikatin hür ve kuvvetli olduğuna mübtenîdir.”

Fénelon’a isnat edilen bu mektup mutlakiyet usulünün bir memleketin kuvâ-yı maneviyesini tahrip ettiğini ilan eder.

Rûhu’l-Kavanîn’in (*Esprit des lois*) intişarıyla efkâra yeni bir saha açılmış oldu. O tarihe kadar bütün hukuk kitapları adi şerhler ve münakaşalar ile dolu idi: O zamanlar tesisât ve âdât yalnız bizâtihî tettebbu’ edilir ve mevâdd-ı kanûniyenin meânîsi ve âdetlerin suret-i tatbiki taharrîsiyle uğraşılırdı. *Rûhu’l-Kavanîn*’in mevzuu ise büsbütün başkadır. İlk defa olarak bütün devirlerin ve bütün memleketlerin kavânîni cem’ ve mukayese edilmiş, bunlara ilmî ve intikâdî bir usul tatbik olunmuş ve bu tesisâtın illet-i vaz’iyeleri taharrî edilerek zamanın, içtimâî ve iktisâdî itibarlarla muhitin, efkâr ve nazariyâtın ve edvâr-ı mezkûredeki örf ve âdâtın tesirâtı nazar-ı itinaya alınmıştır.

Rûhu’l-Kavanîn, gayet vâsi’ bir mukayese-i şerâyi’ mecmuasıdır. Bu kanunlar ne gibi ihtiyâcâtтан tevellüd etmiştir? Bunların tatbikatından ne gibi netâyic hasıl olmuştur? Bir usulden diğerine geçmeyi ne gibi esbâb ihzâr ve ikmâl etti? Hep bu noktalar tetkik olunmuştur.

Montesquieu üç şeyin istihsâline çalışmış ve akvâm ve hükûmâta da kabul ettirmiştir:

1. Kavânîn-i cezâiyeye adalet ve insaniyet fikirlerinin idhâli;
2. Esaretin ve zenci satımının ilgası;
3. Dinî mücadelâtın refiyle bunların temin-i serbestisi.

İnsaniyete pek büyük hizmetler eden ve hukukun terakkisinde azîm dahil olan Montesquieu hukuk-ı ferdiyenin ispatını hiç düşünmemiş ve hukuk-ı tabiiye mektebini işgal eden meseleye pek bîgâne kalmıştır. *Rûhu’l-Kavanîn* hakkın

esaslarını taharrî etmez. Kanunları “tabiat-ı eşyadan mütevellid münâsebât” suretinde tarif etmesi bunları muhtelif devir ve muhitlerde hissolunan ihtiyâcât-ı insâniyenin mahsulü addettiğine delalet eyler. Bu tarif, kavânîn ve hadisâtın hep nispi olduğu hakkındaki kanaatinin neticesidir.

Montesquieu nazarında hak, muayyen bir memleket veyahut bir zamanın efkâr ve ihtiyâcâtının ifadesinden ibarettir. Bu suretle ona göre hemân her şey tarihî birtakım zaruriyâtın neticesi addolunur. Hürriyet-i siyasiye hakkında der ki: “Bu insanın her istediğini değil belki istemesi muktezî olanları yapmaktır.” ve bundan şu neticeyi istihrac eder: “Hürriyet, kanunların müsaade ettiği şeyleri icradır.” ve kanunların kimler tarafından ve nasıl vücuda getirildiğini nazar-ı itibara almayarak kanunun men ettiği ahvale tasaddîyi fevza (*anarchie*) addeyleyler. Bu tarz-ı telakki de nefsü'l-emre muvâfik ve şâyân-ı kabuldür. Hakk-ı mülkiyeti dahi kanunun bahşettiği bir ruhsattan başka bir şey farz etmez.

Binâenaleyh Montesquieu'yu hukuk-ı tabiiye mektebine mensup addetmek doğru olamaz. Zira hakkın menşe ve menbaini kanunda görüyor. Böyle bir kaide kabul edilince devletin müdahalâtında mahzur tasavvur edilmemek icap eder. Esasen Montesquieu devletin serveti bildiği gibi taksim ve her şeyi bir nizama rabt edebileceğini kabul ediyor.

Efrâdın hukukunu ilan ve teyit için yapılan inkılaplar ve ihtilafların bâ'isi olmak itibarıyla burada kendisinden bahsedeceğimiz Rousseau mutlakiyet taraftarıdır. Locke'un cemiyetlerin teşekkülünden mukaddem insanların hürriyet-i kâmileye malik oldukları ve cemiyeti teşkil ile mevcut hukuklarının bir kısmından -mütebâkî hukuklarının muhafazası için- tecerrüd eyledikleri yolundaki nazariyâtını kabul eder.

Rousseau'nun hayatıyla müdafaa ettiği nazariyâtın tarihi tetebbu' edilirse anlaşılır ki tecrübenin kontrolünden kaçarak mantık kavâidini hissiyâta hâdim kılmak pek büyük hatalar ikâ'ına sebebiyet verir.

İstiklali en birinci ve en büyük servet addile mütebâkî mâmelekini ona fedaya müheyyâ bulunan Rousseau'nun mutlakiyetin en müthiş taraftarı olmasına hayret etmemek elden gelmiyor.

Malumdur ki Rousseau'nun birinci prensibi insanın fitraten saf olmasına itikattir. Onun için insanı bedbaht ve haşin kılan, kanun ve medeniyetten başka bir şey değildir. Binâenaleyh medeniyet-i hâzıranın tevliid ettiği mefâsidi izale ve insaniyeti tasfiye ve ıslah edecek surette şekl-i içtimâiyi yeniden tesise -icabında cebir isti'mâl ederek- sarf-ı himmet etmeyi lâ-büdd addeder.

Rousseau'nun son derece ferdiyet esasıyla başlayan nazariyatını mutlakiyet ile nasıl neticelendirdiğini *Fert ve Devlet (L'individu ét l'État)* müellifi Beudant şu suretle izah ediyor: "Rousseau nazarında hürriyet, son derece kıymetli ve lâzımı'l-ihtirâmdır." O, "Hürriyetten fâriğ olmak insanlık şerefinden ve bilcümle vezâiften tecerrüd etmek demektir. Hürriyetten mâadâsının terkinden bir zarar hasıl olmaz, fakat hürriyetten fâriğ olmak fitrat-ı insaniye ile kâbil-i telif değildir. İradenin hürriyetini selb etmek efâl ve harekâtın ahlâkiyetini izale eylemek demektir." diyor. Fakat bu hürriyet muhafaza ve teminata muhtaçtır. Zalimin âdil üzerine tecavüz ve taaddüsünü men için mukavele ve kanunlar lazımdır. O halde gaye nedir? Her azanın zât ve emvâlini bütün kuvâ-yı müşte-rekesiyle müdafaa ve sıyânet edecek bir şekl-i içtimâî bulmak.

Bu cemiyette "herkes kendisini umuma terk ederse de yine yalnız nef-sine münkâd olur ve bu suretle yine evvelki gibi muhafaza-i hürriyet eder." Meselenin bu tarzda vaz' edilmesi hallini işkâl eyler. Bütün hukukundan fâriğ olduktan sonra bir insanın, mezkûr hukukundan tecerrüden mukaddem olduğu gibi, ivaz olarak bir hisse-i saltanata malik olduğu için muhafaza-i hürriyet etmesine imkân tasavvur edilemez.

Halbuki bu feragata mahal var mı? Rousseau nazarında bu feragat zaruridir. Zira fert başka suretle bazı hukukunu muhafazaya muktedir olamaz. "Cemiyet ile fert arasında ihtilaf vukuunda bu hususta mevki'-i hâkimiyeti haiz olacak olan cemiyetle beraber bulunması icap eder. Ferdin, bilcümle hukukunu muhafaza emrinde ısrarı fevza (*anarchie*) tevlid eder." Efrâdın bazı hukukunun kendilerinde kalması halinde fert ile umum beynindeki ihtilâfâtı hall ü fasla salâhiyettar bir mâ-fevk bulunamayacağından ve her biri birtakım husûsatta kendi hâkimi olacağı cihetle umum üzerinde de icra-yı hükme nefsinde hak göreceğinden hâl-i tabîî devam eder ve teşekkül edecek cemiyet de zalim ve binâenaleyh matlûb olan fayda da elde edilmemiş olur.

Nazariyatına daima nâfiz bir mantık hâkim olan Rousseau efrâd ile cemiyet ve şuur (*conscience*) ile kanun (*loi*) arasında zuhur edebilecek ihtilafların halline çare bulamıyor ve fevza (*anarchie*) ile mutlakiyetten birini intihap mec-buriyetinde bulunduğu zaman mutlakiyeti tercih ederek mutavassıt bir hal tasavvur edemiyor.

Maahâzâ ferdi iradelerin mecmuunda bulamadığı bî-terafîlığın umumî iradede (*volonté générale*) mevcudiyetini tasavvur ederek mütesellî oluyor ve diyor ki: "İrade-i umumiye ile herkesin iradesinin mecmuu arasında çok kere fark

vardır. İrade-i umumiye menâfi'-i müşterekeden gayrısını düşünmez, halbuki diğeri hususî menfaatleri nazar-ı itibara alır.”

Fakat irade-i umumiye ekseriyetin iradesi demek olmadığı gibi zimâmdârânın iradesi olmasına da mani yoktur. Devlet namına hareket bir ekalliyetin iradesi de olabilir⁴.

İhtilaller esnasında ikâ' edilen mezâlimin, irtikâb olunan cinâyâtın mesuliyeti Rousseau'ya isnat olunabilir. Gerçi her türlü gadr u bî-dâd ve gasb u itisâf aleyhine kıyam etmiş ve insaniyet ve adalet fikirlerini neşr ve ta'mîme çalışmış ise de vaz' ettiği nazariyâtın netâyic-i mantığıyesi bunları nâ-kâbil-i ictinâb bir hale koymuştur. Zira ferdin hakkını inkâr etmiş ve menâfi'-i cemiyet namına efrâdın hayat⁵, vicdan ve emlakinin feda edilmesini tecviz eylemiştir. Saltanatın hukuku şöyle dursun meşruiyetini münakaşa caiz olmadığını iddia eder. “Sultan mahzâ sultan olduğu için ve daima bu itibarla hangi hukuku haiz olmak iktiza ederse ona maliktir” kaziyesini vaz' eden kendisidir.

⁴ *L'individu ét l'État.*

⁵ Madem ki ferdin hayatı tabiatın bir ihsanı olmayıp devletin şarta muallak bir hibesidir ve ancak bu sayede taht-ı emniyette yaşamıştır; binâenaleyh şayet irade-i umumiye kendisinin ölmesine lüzum gösterirse derhal ölmeye mecburdur. (*Contrat social*).