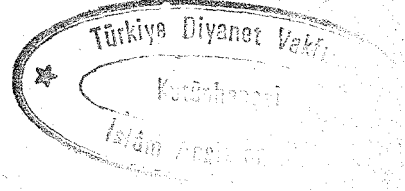


1

Millî Eğitim Bakanlığı İstanbul Yüksek İslâm Enstitüsü Yayınları 1—6



İ s t a n b u l

Yüksek İslâm Enstitüsü Dergisi

Revue de l'Institut des Hautes Etudes Islamiques

YIL I

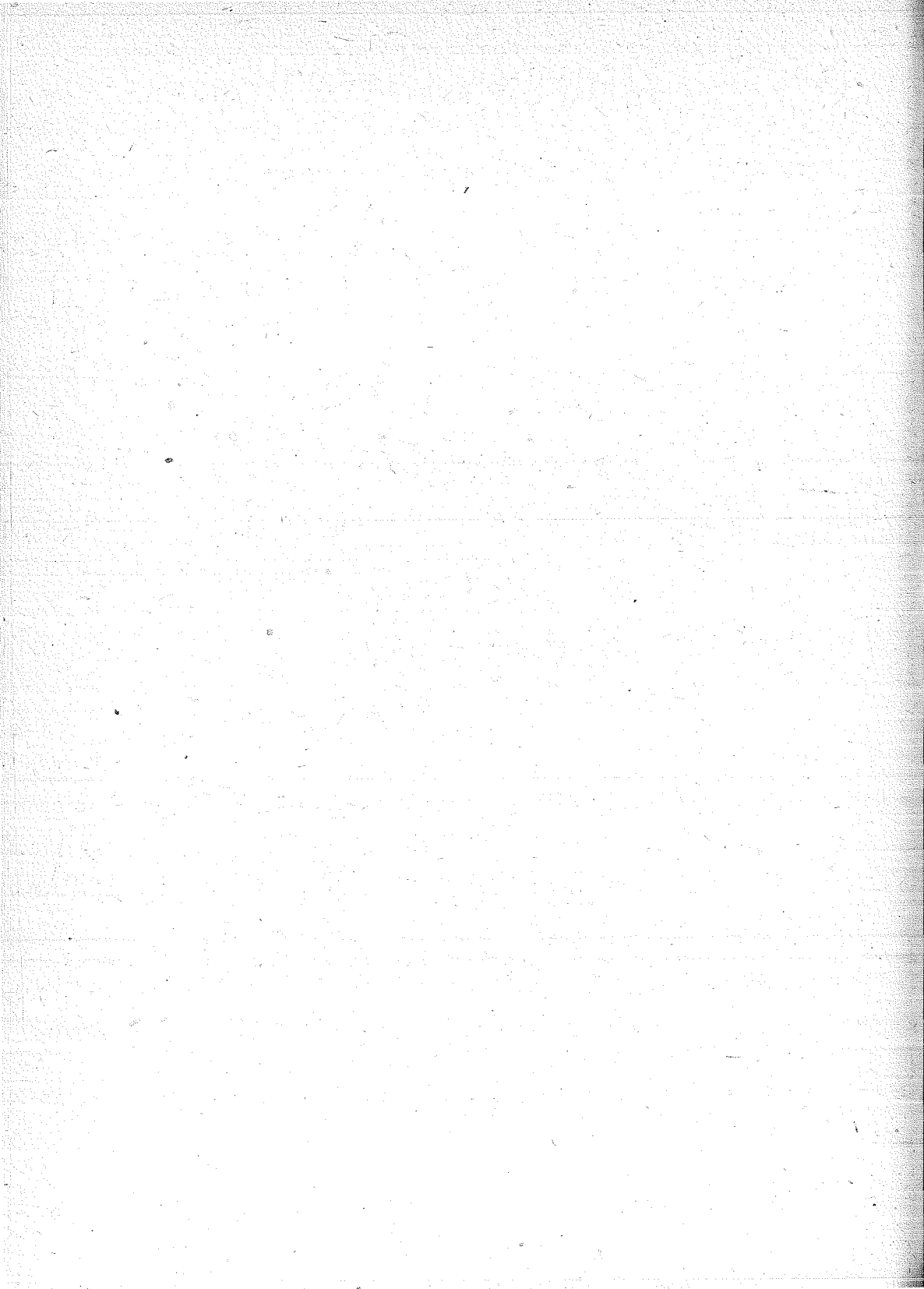
SAYI I

İSTANBUL YÜKSEK İSLÂM ENSTİTÜSÜ YAYINLARI: 4

Doç. Dr. N. M. Berkin

KANUNLARIN KUDRETİ

OSMAN YALÇIN MATBAASI
Divanyolu Caddesi Ersoy Han, İstanbul, 1962



I. Pek çok içtimâî hâdise kalplerde kuvvetle yerleşmiş bir kaç prensipin açığa vurulmasından ibarettir. Kanunların kudretine inanç, bu prensiplerin en ehemmiyetlilerinden biridir.

Liberal memleketlerin çoğunda her türlü dinî inançtan âzâde olduklarını söyleyen insanlara rastlanır. Bunlar Allaha inanmaz, bâtil itikatları da istihfaf eder. Fakat bu serbest fikir memleketlerinde, anayasa ve kanunların bükülmez kudreti hakkında en hafif bir şüphesi olan vatandaşa nâdiren tesadûf edilir. Hepimiz kat'iyetle biliriz ki, kanunlarla bir milletin içtimâî durumu istenildiği gibi değiştirilebilir; kanun darbelerile her türlü reform yapılabilir.

Kanun hâkimiyetine inanç her zaman tarihin en kuvvetli âmillerinden birini teşkil etmiştir. Dinî zihniyetin çok inkişaf etmiş olduğu milletlerde dahi artık gökyüzünden mucize değil, vazı kanundan hal çareleri bekleniyor ve dertlere deva kanunlarla teşrif yoldan aranıyor. Böylece dinî inançların çok müessir olduğu yerlerde bile kanunların kudreti ilâhî ahkâmın yerine geçiyor. Esasen kanunlarda ilâhî naslar gibi, izah etmeden emreder. Onların âmîr ve kısa hükümleri daima esrarlı bir tesir icra ettiğinden adeta dinî akidelerin kuvvetini taşır. Kanunları yapanlar münakaşa edilebilen bir kudretin kısa zamanda itaat edilmeyen bir kudret haline gelebileceğini çok iyi bilirler. Zira hakikî kudret emredenin kuvvetinde değil, itaat edenin rızaf mutavaatındadır.

Kanunların mutlak hâkimiyetine inanan vazı kanun hakikî sebepleri ekseriya kendisinden gizli kalan görünür dertlere çare bulmak üzere kanun yapar; durmadan kanun yapar ve çıkar

kanunların tesirsiz kalmasına veya ümid edilenin aksi tesirler yaratmasına hayret eder; bunun üzerine yeniden kanun yapar, vekillere sorular tevcih eder, kanunların tatbikini mürakabe edecek komisyonlar kurar ve yorulmadan idarenin tekmil şartlarına müdahale eder. Fakat vazı kanunun bu gayretine rağmen tarih en iyi niyetle çıkarılan kanunların yarattığı feci neticelerle doludur. Cemiyeti islâh ideali bazen çok zararlıdır. Bunun tesirile öyle kanunlar yapılır ki, sonuçları felâketli olabilir. Maalesef gayelerine aykırı netice doğuran teşriî tedbirler tarihte pek çoktur.

Muayyen bir içtimaî bünyeye veya bu bünyenin gerektirdiği hukukî vaziyete uymayan kanunlar cemiyeti zorlar veya sâdece kâğıt üzerinde kalır. Devlet tatbik edilemeyen kanunlardan sonunda kendiliğinden vazgeçer, çünkü herkes onları ihlâl eder. Umumîleşen bir suç da kısa zamanda hak halini alır. Bu sebeptendir ki, meselâ malî spekülâsyonlara ve modern iktisadî tekâmülden doğan tekmil mukavele şekillerine karşı koymak maksadile çıkarılan kanunlar muvaffak olamamışlardır. Kanunların hakikî doğuşunun tetkikinde bunun sebebi kolaylıkla anlaşılır.

Evvelki mülâhazalardan, hiç bir zaman kanun yolu ile reform yapılmaması ve kolların kavuşturulması lâzım geldiği neticesine mi varılacaktır? Muhakkak ki, çok defa, vazı kanun tehlikeli kanunlar isdar edecek yerde ellerini kavuştursa daha iyi olur. Fakat bu kötümser netice her zaman doğru değildir. Yapılan kanun zaruretlerden doğuyorsa, bu zaruretler vazı kanunun arzu ve iradesine yabancı da olsa, faydalı olur.

II. Kanun bahsinde ne yapmak ve bilhassa ne yapmamak lâzım geldiğini bilmek için ilk önce kanunların nasıl doğduklarını anlamaya çalışmalıdır.

Her şeyden evvel şunu kabul etmeli ki, bir millet başka zihniyette bir milletin esas nizamlarile kanunlarını, bunlar ne kadar mükemmel olursa olsun, harfiyen istimal edemez. Bazı memleketlerin Roma hukukunu, diğer bazılarının ise İngiliz anayasasını iktibas ettikleri söylenerek bunun aksi iddia edilebilirse de, bu iddia sathî bir görüşe dayanır. Roma hukuku, herhangi bir millet tarafından iktibas edildiği zaman derhal ona mal ol-

muşdur ; meselâ Almanyada bir Alman hukuku halini almıştır. İngiliz anayasası ise bir kaç millet tarafından benimsenmekle beraber İngilizlerden başka hiç bir millet tarafından tatbik edilmemiştir. Nitekim memleketimizde de, iktibas edilen yabancı kanunlar harfiyen alınmadığı halde, bunların çok zaman içtihadlarla olsun bünyemize uydurulması zarurî olmuş ve ona rağmen güçlüklerle karşılaşmıştır.

Bir milletin kanununun diğer bir millete uymayışının başlıca sebebi kanunların esasında örf ve âdetin bulunmasıdır. Filhakika, ekseriya kanun âdeti tedvin ile iktifa etmek zorundadır; esasen onun hakikî rolü de budur. Pek çok kanun memleketin muhtelif kısımlarında umumiyetle yerleşmiş âdetleri toplamaktan başka bir şey yapmaz. Böylece, bu kanunlar, çoktan başlamış olan hukukî tevhidî tamamlar.

Her günki içtimaî, sınıf, iktisadî zaruretler âdeti meydana getirir ; içtihat bu âdetleri tesbit eder, kanun da müeyyide altına alır. Fakat kanunun müeyyidelediği o zamanın âdeti v eya içtimaî vaziyetidir. Halbuki cemiyetler, bilhassa bugün, kanunlardan daha çabuk tekâmül etmektedirler. Kanunları bu tekâmülle uydurmak ve onları yeni âdetlere göre tâdil etmek vazifesi ise ictihada terettüp eder.

Hâkime istiklâl tanımayan ve onu hüküm vermekten ziyade hizmet etmekle mükellef sayan memleketlerde kanunların âdeti sür'atle tesbit etmeleri gerekir. Bu sebeptendir ki, bu memleketlerde kanunlar çabuk değişir. Halbuki İngiltere gibi hâkimin müstakil olduğu yerlerde kanunlara dokunmağa lüzum kalmaz, zira hâkim onları içtihadları ile bizzat tâdil eder. Böyle olmakla beraber hemen her yerde, içtimaî ihtiyaçların kanunlardan daha sür'atle inkişaf etmesi sebebiyle, âdetleri tesbit eden jürisprüdans daima kanunlardan kuvvetli olmuştur. Romalılar kadar metinlere riayetkâr millet azdır. Bununla beraber Roma kadar hiç bir yerde mahkeme içtihadlarının sarîh kanun metinlerini aştığı, onlarla bu derece tezat teşkil ettiği görülmemiştir. Bu vaziyet, geçmiş bir cemiyetin millî hukukunun uzun zaman cihanşümül ve ebedî bir hukuk nizamı örneği olarak alınmasına mâni olmamıştır.

İçtihat kapısı tamamen kapalı olan yerlerde hukuk tekâmül etmez. Hukuku tekâmül etmeyen ve değişmez kaideler için de

dönmuş olan bir cemiyet de tasavvur edilemez. Kur'anda tesbit edilmiş olan İslâm Hukuku dahi tahavvül etmiştir. Etrafında her şey değişirken kanun nasıl sâbit kalır? Bir zaman gelir ki, tatbiki imkânsız olur; metnine hürmet edilir, fakat ona riayet edilmez.

Böylece âdetlerin inkişafı neticesinde jürisprüdans kanun haricinde, hattâ bazen onun hilâfına tekâmül eder. Kanun hiç bir zaman âdetle mücadele edecek kadar kuvvetli olmamıştır. Bu sebeple hâkim kanunu zorla kabul ettiremez, ancak içtimâî hissiyatın ifadesi olan hukuka uymağa mecbur kalır.

Jürisprüdans, cemiyetlerin hareketli ve dinamik hayatı için zarurîdir. Âdetin tek mil inhirafını takip eden jürisprüdans olmasa kanun bir adaletsizlikler nesci haline gelir. İşte, meselâ, jürisprüdans sayesinde ki, tanınması kanunen men'edilen çocuğa babasının muaveneti temin edilebilir veya çoktanberi kendisinden haber alınamayan bir kimsenin gaipliğine hükmedilerek ölüme bağlı hakların istimaline ve bu meyanda mirasın âtil kalmamasına imkân verilmiş olur.

Bu gibi vak'alar kanunların tekevvününü izah eder ve vazı kanunun hakikî rolünü gösterir. Bu rol, sâdece adaletin yarattığı ve jürisprüdansın tesbit ettiği kanunları müeyyide altına almaktan ibaret olmalıdır. Bu iki merhaleden geçmeden, birdenbire, zamansız ortaya çıkan her kanun kabul edildiği gün ölüme mahkûmdur. Zira bir memleketin hukuku kâğıt üzerindeki kanun metinlerinden ibaret olmadığı gibi, kanunlar da akıldan veya herhangi bir düşüncenin değil, zaruretlerin mahsulleridir.