

## HUKUK SOSYOLOJİSİNİN KURUCULARI VE BUGÜNKÜ CEREBANLAR (\*)

Yazan: Georges GURVITCH  
Sorbonne Üniversitesinde Profesör

Çeviren: Doçent Dr. Hâmide TOPÇUOĞLU

### III — MAX WEBER ve EUGENE EHRLICH

Her ne kadar Max WEBER'in (1922 de vefat etmiştir) "*Iktisat ve Cemiyet*" adlı eserinin ikinci kısmının VII inci bölümünde izah edilmiş olan hukuk sosyolojisi, Avusturyalı bilgin Eugène EHRLICH'in (1923 de vefat etmiştir) eserlerinden daha sonra intişar etmiş ise de, bu sonuncu müellifin görüşleri âdeta WEBER'in muayyen bir temayülüne baştan verilmiş bir cevap gibi telâkki edilebilir. Filhakika WEBER, hukuk sosyolojisini hukukçuların dogmatik ve inşacı sistemleştirmelerine tabi kılmaya mütemayildi. Kitabımızın giriş kısmında işaret ettiğimiz gibi, WEBER'e göre her çeşit hukuk sosyolojisinin vazifesi, muayyen bir cemiyet tipi için hazırlanmış mütecanis bir kaideler sistemi şemasına göre, bu cemiyetteki sosyal hareket tarzlarının tahakkuk ihtimallerinin ve tahakkuk şanslarının nisbetini tetkikten ibaret olmalıydı. WEBER'in kendi prensiplerinin rehberliği sayesinde yekûnî cemiyetlerin hukukî tipolojisi mevzuunda yaptığı hizmetlerden, kitabımızda tefazulî hukuk sosyolojisi meselelerinin sistematik izahı sırasında istifade edilecektir.

Fiil ve hareketlerin derunî manalarının tefsiri bir şekilde ihâtası usulünün sosyolojiye tatbiki meselesinden ise eserimizin giriş kısmında bahsedilmiş ve Hukuk Felsefesi ile Hukuk Sosyolojisi arasında tahakkuk edecek güvenilir bir bağdaşma ve işbirliği için pek elverişli olan bu metoddâ WEBER'in gösterdiği muvaffakiyetler zikir ve tahlil edilmiş bulunmaktadır.

Şu halde burada, WEBER'in adını, sırf EHRLICH'in bu meselelerde takındığı tavırların ehemmiyetini daha iyi bir şekilde tebarüz ettirebilmek için hatırlatmak lâzım ve kâfi gelecektir. Filhakika EHRLICH, hukuk sos-

---

Baş taraf için bk. A.H.F. Dergisi, c. VII, s. 34, c. VIII, s. 1-2.

yolojisinin, münhasıran fiilî hareket tarzlarında in'ikâs eden sistemleştirilmelerden hareket etmesi halinde asıl kendi mevzuunu bulmaya asla muvaffak olamayacağını ispat etmiştir. Zira, Hukuk Sosyolojisinin asıl mevzuu, hukukî realitenin bütünüdür ve bu realite "hukukun mücerret kaziyeleri" nin ve ihtilâf kaidelerinin her çeşit şematizmini aşır geçmektedir.

Meselenin bu şekilde vaz'ı, EHRLİCH'in hukuk sosyolojisi ile HAURİOU'nun hukuk sosyolojisi arasındaki yakınlığın keşfine imkân verir. Filhakika bunların her ikisi de birbirlerini tanımadan, hukuk hayatının müessesesevî temelini (EHRLİCH'in tabiriyle: Einrichtung) araştırmışlardır. Bununla beraber daha makul, daha rölavist ve tarihle daha fazla meşbû, peşin hükümlerden daha çok kurtulmuş bir sosyolojik zihniyete sahip olmak meziyeti dolayısıyla HAURİOU'dan daha fazla temayüz eden EHRLİCH, başka bir temayülü bakımından ondan daha aşağı bir seviyede kalmıştır: bu da, tek taraflı bir şekilde realist olmak, yani ne maşerî psikolojiye ne sosyal gerçekliğin manevî tabakasına ehemmiyet vermemek temayülüdür. Mamafih bu temayül, EHRLİCH'i, DUGUIT'nin düştüğü "sensualisme" e kadar sürüklememiştir.

EHRLİCH; üç ana eserinde (*Hukukun kaynakları nazariyesi*, 1902. *Hukuk Sosyolojisi "Grundlegungs der Soziologie des Rechts"* 1913. II nci bası 1928. *Hukuk Mantığı* 1919.) iki meseleyi halle çalışır:

a) Hukukçuların sözde "hukuk ilmi" nin, hakikatte mütehavvil amelî gayeleri takip eden nisbî bir teknikten ibaret olduğunu ve sun'î sistemleştirmeleri yüzünden hukukun fiili gerçekliğinin ancak en sathî tabakasını, en dış kabuğunu kavramaya kabiliyetli bulunduğunu isbat etmek.

b) Bir bütün teşkil eden ve kendi kendine husul bulan asıl hukuk gerçekliğini, bu gerçekliğin derinliğine doğru inen bütün tabakalarıyla birlikte objektif ve metodik bir tarzda tetkik etmek. Şakulî tabakaların çokluğu meselesi ve bunların tetkik ve tasviri keyfiyeti, EHRLİCH'te sosyabilite şekillerinin ufki çokluğuna müteallik her nevi araştırmanın yerini alır. Bu husus, onda, HAURİOU'dan daha mütebarizdir. O kadar ki EHRLİCH, hukukî nizamlamanın tehalüfü meselesini münhasıran muhtelif derinliklerdeki hukuk tabakalarının mevcudiyeti ile izah eder. Sanki her hukuk nevinin, birbiri üzerine konmuş ve farklı derinlikleri haiz çeşit çeşit tabakaları yokmuş gibi!

Hukukun dogmatiko-normatif "ilminin" bir ilim olmayıp, müşahhas maksatlara hizmet eden bir teknik olması vakıası, mutad olarak değişmez bir "hukuk mantığından" neşet ettiğine zahip olduğumuz muayyen usullerin, hakikatte pek sarîh ve pek belirli tarihî şartlara intibak hallerinden

ibaret oldukları meydana çıkınca büsbütün aşikâr bir hal almaktadır. "Sözde hukuk mantığı"nın her üç postulatı da böyledir ki hakikatte bir tanesi bile bu vasıfta değildir:

- 1 — Evvelden tespit edilmiş kaziyelerle bağlı bulunan yargıcın her türlü serbestisinin reddi.
- 2 — Bütün hukukun devlete tabiiyeti.
- 3 — Hukuk vahdeti, yani hukukî kaziyelerin sistematik insicamı ile aynı şey sayılan hukuk birliği.

**EHRLICH** bunların, hakikatte hukukun fiilî gerçekliğine geçirilen bir "maske" den, "düzen ve dolap yollarından" başka bir şey olmadıklarını ispat eder. Bunlar ancak, hukuk hayatının muayyen tarihî safhalarında bir manası olan ve merkezileşmiş bir devletin ve bu devlet mahkemelerinin ihtiyaçlarına hizmet için tesis edilmiş olan usullerden ibarettir. (Meselâ Justinien devri ve XVII ve XIX uncu yüzyıllar gibi). Hukuk sosyolojisi bu hukuk mantığına tabi kalmak şöyle dursun, bilâkis onun kaba saba sembolcülüğünü meydana çıkarmak ve asıl hakiki menseini ifşa etmek suretiyle onun muteberlik derecesini hudutlandırmak durumundadır. Yargıcın, daha evvelden tanzim edilmiş mücerret hukuk kaideleriyle bağlı olduğu hakkındaki birinci postulat, hakikatte, muhtelif Kara Avrupası memleketleri tarafından yabancı bir hukukun sun'î bir şekilde iktibasının neticesinden ibarettir ki bu postulat kadim cemiyet hukuku ve şark hukuku gibi diğer medeniyet çerverelerinden başka bizzat Cumhuriyet Romasında bile tamamen meçhul kalmıştır. Bu postulat aynı veçhile Anglo-Sakson memleketlerince de meçhuldü. Keza bugün ortaya çıkan yepyeni ve tahmin dışı bir çok müesseselerin yargıcı mütemadiyen tazyik etmesi karşısında, aynı postulat hemen her yerde terk edilmiş bulunmaktadır.

İkinci postulata gelince; bütün hukukun devlete tabi kalması prensibi, hakikatte monarşik mutlakiyetçiliğin ve daha sonra da cumhuriyetçi ve anayasacı rejimlerin ihtiyaçları nazara alınarak kabul edilmiş bir usuldür. Bu görüşten tamamen Roma hukuku mesul tutulamaz (Meselâ Duguit'nin yaptığı gibi). **EHRLICH** klasik devir Cumhuriyet Roması hukukunun ancak Cesar devrinde ortaya çıkmış olan devletçi görüşten tasavvur edilebileceği kadar uzak olduğunu ispat etmiştir. Bir taraftan Ortaçağ hukukçuları, diğer taraftan günümüzün hukukçuları, Devlet içindeki muhtelif muhtar zümrelerin ve Devlet dışındaki muhtelif milletlerarası teşekküllerin müşterek tesirleri altında kalarak, bu fiksiyondan vazgeçmeye mecbur olmuşlardır.

Nihayet üçüncü postulat, yani hukukun tekçi vahdeti (unité moniste) prensibi hakikatte Devletin hadden aşırı derecede merkezileşmesini ter-

viç ve teşvik için başvuru ve temel olarak istidlâli akliyeciliği kullanan ve bile bile farazî olan bir usulden ibarettir. Bu postulat, müteaddit sosyal zümrelerin hukukî muhtariyetini tanımağa mecbur kalan hukukun yaşayan gerçekliği ile ve hususî çevrelerin teamül ve âdetlerindeki çokluk ve değişiklik ile o kadar açık bir ihtilâfa düşmüştür ki bu fiksiyonu kabul ettirebilmek için “mefhum içtihadı”nın (*Begriffsjurisprudenz*) sun’î inşâlarına müracaata mecbur olunmuştur. O “mefhumlar içtihadı” ki, hukukçuları, “esas olana arzî nazariyle ve arzî olana da kat’î ve nihâî nazariyle bakan insanlar” haline sokmakla öğünmektedir. Fihakika ilk iki postülâtın muteber olarak kabulü halinde dahi, (meselâ XVII ve XVIII inci yüzyıllarda olduğu gibi) üçüncü postülât gene pek güçlkle yerleşebilir ve bugün artık hiç bir şeye yaramaz. Hal ve şartlara uygun yeni bir teknik bulabilmek ve yeniden bazı sembolik postulaları tatbik edebilmek için, hukuk sosyolojisinin, kendi müşahede sahasına bir hâil olmaktan başka bir şeye yaramıyan bu sözde “hukuk mantığı” na artık hizmet etmemesini bizzat hukukçular temenni etmektedirler.

Daha ziyade Devlet tarafından hazırlanan hukukun “mücerret kaziyelerinin” ve daha ziyade mahkemelerin ve hukukçuların hazırladığı ve ferdler ve gruplar arası ihtilâflara taallük eden kararlardan müteşekkil müşahhas kaidelerin (*Entscheidungsnormen*, ki bunlara mücerret hukuk kaziyeleri karşısındaki serbestileri nazara alınarak “serbest hukuk” veya “yaşayan hukuk” denir) altında “cemiyeti barışçı bir iç nizam halinde yaşatan bir hukuk” kendini gösterir. Bu hukuk, bütün kaidelere temel hizmetini gördüğünden ve bütün diğer kaidelerden çok daha fazla objektif olduğundan, cemiyetin doğrudan doğruya olan, asıl hukukî nizamını “*gesellschaftliches Recht*” teşkil eder. Bu nizamın tetkiki, hukuk sosyolojisinin aslî vazifesini teşkil eder ki, böylelikle hukuk sosyolojisi, dogmatiko - sistemtik hukuk ilminden yalnız müşahedeye dayanan sırf objektif metodu dolayısıyla değil, aynı zamanda inceleme konusu bakımından da ayrılmış olur.

Hukukçular, hukukî realitenin sathını teşkil eden ilk iki tabakanın sistemleştirilmesine dayandıkları halde, hukuk sosyologları, kendilerine azimet noktası olarak bu realitenin en derin tabakasını alırlar, yani bizzat cemiyetin spontane ve vasitasızca husul bulmuş olan barışçı nizamını ele alırlar ve bu nizamdan birbiri üzerine mevzû muhtelif nizamlama şekillerinin sadır olması için hangi şartların müdahalesi gerektiğini izah ederler. İşte bu tarikledir ki hukuk sosyolojisi aşağıdaki tezi apaçık bir hakikat haline getirir: “Devrimizde hukuk tekâmülünün merkezi, bütün diğer devirlerde olduğu gibi, ne kanunda ne içtihat veya doktrinde, ne de

**daha umumî olarak bir kaideler sisteminde değil, belki bizzat cemiyetin kendisinde aramalıdır.”**

“Cemiyetin barışçı ve dahilî nizamı”, Devlet hariç olmak üzere, cemiyete dahil bulunan müteaddit kısmî toplulukların (zümrelerin) dahilî hukuk nizamlarının birbirleriyle karşılaşması neticesinde taayyün eder. Ehrlich burada zümrelerin hukukî tipolojisi meselelerine yaklaşır. Fakat bunu sonuna kadar tahlile devam etmez ve yalnız yekûnî cemiyetin derinliğine doğru olan muhtelif tabakalarının araştırılmasına bağlı kalır. Bu hususta tamamiyle umumî olan tek bir mümeyyiz vasıf ileri sürer: “toplulukların (zümrelerin) iç nizamı, sadece her nevi hukukun kadîm ve aslî tarihî şekli değildir. Bu nizam, esas temel olarak, evvelce olduğu gibi, bugün de kendini gösterir.” “Dün olduğu gibi bugün de, hukukun müessiriyeti, evveleminde ferdleri bir bütüne idhal eden cemiyetlerin, birliklerin, sessiz sedasız vaki olan tesir ve faaliyetlerine dayanır. Hukuku ihlâl edenle mücadele için yapılacak şey; onu, kilise, sendika, parti, aile, tröst, veya diğer bir grup gibi herhangi bir muhtar çevreden koğmak, çıkartmaktır. Zira, muayyen bir durumun, bir itibarın, bir müşteri çevresinin kaybedilmesi, hukuku ihlâl edenlerle mücadele hususunda kullanılacak en müessir ve hakiki vasıtayı teşkil eder.” “Fazla olarak Devletin de kendi hesabına, hukuku müeyyidelemek hususunda girişeceği teşebbüsün ehemmiyeti son derece daha zayıftır ve bu evvelki müeyyidelerin mevcut olmayışı halinde cemiyetin asla bir hukukî nizama erişemeyeceği pekâlâ iddia edilebilir.”

Bundan başka “su sathındaki köpüklere benzeyen” ve Devlet tarafından tanzim edilen mücerret hukuk kaziyeleri, esas itibariyle, devletleştirilmiş mahkemelere ve diğer devlet organlarına hitap ederler. Halbuki zümreler ve ferdler kendi hukukî hayatlarını bu mücerret kaziyelerin muhtevalarından tamamen habersiz olarak idame ederler. Bunlar sadece cemiyetin “müesseseler” den tereküp eden spontane hukukî nizamını bilirler ki, bu müesseseler karşısında her kaide sathî bir kabuktan, bir gölgeden ibarettir. Böylece “Devlet mevzuatı tarafından tesbit edilebilen kısım, cemiyetin hukuk nizamının pek cüz’î bir parçasıdır ve spontane hukukun en büyük kısmı, mücerret hukukî kaziyelere karşı tam bir bağımsızlık içinde inkişaf eder.” Bu mücerret kaziyeler, hattâ spontane hukukun muayyen bir kısmını tespitte muvaffak oldukları zaman bile, hukukun en durgun tabakasını teşkil ettiklerinden, spontane hukuka nisbetle daima geride kalırlar. Böylece hukuk hayatının en mühim hadiselerinin çoğu, meselâ Ortaçağda serfliğin ilgası, İngiltere’de köylülerin azad edilmesi, ferdî mülkiyet hakkının işsiz işçi kitleleri üzerinde bir emir ve ku-

manda hakkı haline istihalesi, sendika ve tröstlerin meydana çıkmaları, kollektif iş mukavelelerinin gelişmesi vesaire gibi hâdiseler, daima hukukun mücerret kaziyeleri karşısında tam bir istiklâl havası içinde meydana gelmiştir ve uzun zaman Devlet kanunları bunları bilememiş ve ancak pek uzun gecikmelerden sonra tanıyabilmiştir. Netice itibariyle denilebilir ki Devlet hukuku, Cemiyet hukuku karşısında sadece müessir olmamakla kalmaz bir ihtilâf halinde, daima, onun önünde eğilmek zorunda kalır. Zira burada bahis konusu olan şey, hukuk gerçekliğinin en sathî tabakası ile en derin tabakası arasındaki bir gerginlikten, bir çatışmadan ibarettir.

Cemiyetin barışçı ve kendiliğinden husul bulan hukuk nizamı üzerine, ihtilâf vukuunda ortaya çıkan karar kaidelerinin (içtihatların) tevazzuu ve bu kaideler tabakası üzerine de hukukun mücerret kaziyelerinin birikip yerleşmesi, keza, hukuk gerçekliğinin bu üç ayrı tabakası arasındaki münasebetlerin arzedeceği tahavvüller EHRLİCH'e göre sosyolojik bir tarzda izah edilebilir; esasen EHRLİCH burada, yekûnî cemiyetlerin hukukî tipolojisi meselelerine temas etmekte fakat bunu tebarüz ettirmemektedir. Karar kaideleri, daha önceden bazı fertler ve gruplar arasında vukua gelmiş ihtilâfların varlığını tazammun eder ki bu kaideler işte bu fert ve grupların menfaat ve yetkilerini tayin ve tahdid edecektir. Burada barış meselesinden ziyade bir savaş meselesi bahis mevzuudur, yani ferdî veya kollektif hak sahipleri, birbirleriyle ayrı ayrı "unité" ler, birbirlerinden müstakil "birimler" sıfatiyle karşılaşılır.

Barışçı ve kendiliğinden husul bulan nizamın içinden bu kaidelerin açıkça suduru için, hem ferdle gurur arasında bir farklılaşmanın zuhuru hem de birbirleriyle muadil değerde olduklarını iddia eden muhtelif grupların teşekkül etmiş olması lâzımdır.

Diğer taraftan, bu karar kaideleri, spontane hukuk nizamına nisbetle daha sarîh ve daha belirli olduklarından, bunların varlığı, o cemiyette rasyonalizmin, teemmülî ve mantığa dayanan düşüncenin muayyen bir inkişaf safhasını idrak etmiş olmasını tazammun eder. Ferdin topluluk muvacehesindeki tecerrüt nisbeti, muadil değerdeki toplulukların çoğalması hadiseleri, muhtelif nüanslar ve dereceler kabul eden nisbî hâdiseler olduklarından, karar kaideleri ile spontane hukuk arasındaki münasebetler, muhtelif cemiyetlerde ve muhtelif tarihi durumlarda birbirlerinden farklı manzaralar arzederler ki EHRLİCH bunları daha fazla izah etmez.

Karar kaideleri üzerine hukukun mücerret kaziyelerinin tevazzuu hali, imkân nisbetinde büyük bir hukukî istikrar ve genellik ihtiyacının vücudünü tazammun eder. Böyle bir ihtiyaç, meselâ mülkî devletin feodaliz-

me karşı mücadelesinde, keza sarih ve kati hesaplara dayanan ve herkes için müsavi bir kanun istiyen modern kapitalizmin inkişafı sırasında kendisini hissettirmiştir. (Bununla beraber, hukukun mücerret kaidelerinin, karar kaideleri üzerine tevazzuu vakıası, doğrudan doğruya devletin teşekkülü vakıasına tekabül etmez. Zira daha evvelden teşekkül etmiş olduğu halde devlet, hukuk hayatına uzun zamanlar hiç müdahale etmiyordu veya pek az karışıyordu.) Nihayet bu tevazzu keyfiyeti müşahhas kaidelerin bütün hususiyetlerini tek bir prensipten istihraç etmek iddiasında bulunan köklü ve kuvvetli bir rasyonalizme dayanmaktadır. Bu istikrar, vahdet ve umumilik ihtiyacı muhakkak ki, muhtelif nüanslara ve derecelere cevaz verdiğiinden ve daima pek nisbî neticeler elde ettiğiinden hukukun mücerret kaziyelerinin ve bu kaziyeleri tanzim eden devletin rolü muhtelif cemiyetlerde ve muhtelif devirlerde birbirinden pek farklı olmuştur. EHRLİCH'e bakılırsa, biz bu rolün yeniden azalmağa başladığı bir devirde yaşamaktayız.

EHRLİCH'in esas itibarile o kadar enteresan olan ve bilhassa Amerika'da pek derin bir tesir bırakan hukuk sosyolojisinin esaslı kusuru her türlü mikro-sosyolojik ve tefazulî tahlilin yokluğudur. Yani sosyabilite şekilleriyle zümrelerin hukukî tiplerini nazara alan bir tahlil fıkdanı. Bu müellifte görülen sosyolojik ve hukukî plüralizm münhasıran şakulî (derinliğine doğru) olan bir plüralizmdir. Bu hal EHRLİCH'in "cemiyet hukuku" namı altında, hukukun birbirinden pek farklı muhtelif nevilerini birbirine karıştırmasına âmil olmuştur ki bu karıştırma keyfiyeti, karar kaideleri ve mücerret hukuk kaziyeleri hakkında da yapılmıştır.

EHRLİCH'e göre "müessese" mahiyetinde olan veya hukukta bir spon taneliği haiz olan her şey, devlet-dışı cemiyete aittir ve dahilî bir birlik hukuku mahiyetindedir: "*Verbandsrecht = droit interne d'association*". Zira mukavelevî hukuk, mülkiyet hukuku ve tek taraflı tahakküm hukuku, sosyal hukukun maskeli şekillerinden ibarettir ve ferdi hukukun objektif ve spontane nizamı (fertler arası veya gruplar arası) zaten mevcut değildir. Aynı zamanda devlet sırf mücerret hukuk kaziyeleri şeklinde nazara alınmaktadır. Sanki devlet nizamında da derinliğine doğru muhtelif tabakalar mevcut değilmiş ve diğer spontane birliklerden, meselâ iktisadî veya dinî birliklerden ayrı spontane bir siyasî birlik olamazmış gibi. Bir mikro-sosyolojinin ve zümrelerin bir hukukî tipolojisinin fıkdanı, bu meselede EHRLİCH'i açıkça monist olan görüşlere saplandırmıştır. Fazla olarak devlet dışı cemiyet hukuku sun'î bir şekilde fakirleştirilmiştir. Zira bu hukuk yalnız spontanelik sahasına inhisar ettirilmiştir. Sanki bu hukukun kendi muhtar statülerinde kendine has mücerret kaziyeye-

leri yokmuş ve sanki hakem mahkemeleri gibi diğer hususî mahkemelerin faaliyeti neticesinde ihzar edilmiş kendine has karar kaideleri mevcut değilmiş gibi.

“BİZ” e tekabül eden hukuk ile “BAŞKASIYLA MÜNASEBET” lere tekabül eden, “BEN, SEN, O, ONLAR” a tekabül eden hukuk arasındaki tearuz inkâr edildiği halde, bilâhare bu zıddiyet, cemiyetin barışçı iç nizamı ile bu nizamdan ayrı olan ve ihtilâf halinde ortaya çıkan karar kaideleri şeklinde yeniden başgösterir. Fakat hukuk nevilerinin her türlü sosyal realitenin mümeyyiz vasfını teşkil eden şakulî tabakalarla bu şekilde birbirine karıştırılışı sun’î ve isabetsiz gözüktür. Filhakika bu karıştırma keyfiyeti, her hukuk nevinin kendine has tabakaları olduğu kadar grupların barışçı iç nizamlarıyla de meşgul bulunduğu vakiasını unutturur. Esasen fertler veya gruplar-arası hukukun da müessesevî ve spontane bir temeli vardır.

EHRLİCH, hukuk gerçekliğinin şakulî tabakalarile, sosyabilite şekilleri arasındaki tekabül ve tedahülüne inceleyecek yerde, sun’î muvaziliklere ve birleştirmelere başvurur ki, böylece hukuk hayatının mudil nescini basitleştirmiş olur. Hiç şüphesiz EHRLİCH’in içtimaî ve hukukî hayatın mânevî unsuru, yani bu hayatı ilham eden kıymetler ve ideler, hususiyile adalet idealinin muhtelif şekilleri karşısındaki lâkaydisinin, kısaca müfrit “réalisme” nin, hukuk sosyolojisi konusunun bu şekilde basitleştirilmesinde bir hayli tesiri olmuştur.

#### IV — BUGÜNKÜ CEREYANLAR

Fransa’da hukuk sosyolojisi sahasındaki en yeni araştırmalar (DURKHEİM mektebinin yaptıkları hariç olmak üzere) bilhassa hukuk bugünkü istihalelerinin tasviri ve sendika hukukunun Devlet hukukuna aykırılığı bakımından muhtelif hususiyetlerinin tetkiki üzerinde toplanmıştır. MAXIME LEROY, klâsik bir değer kazanmış olan eserleriyle ampirik tahavvüllerin sırf tasvirî bir müşahedesine dayanan ve her nevi dogmatik iddiadan, her türlü temayülden âri olan bu nevi araştırmalara bir örnek vermiştir. (*Le code civil et le droit nouveau, 1906. Les transformations de la puissance public, 1907. La loi, 1908. La coutume ouvrière. I ve II cilt. 1918. Les tendances du pouvoir et de la Liberté en France au XX ème siècle, 1937.*) Fakat bu sırf tasvirî metod, hukukî gerçekliğin spontane tabakalarına nüfuz ettikçe birtakım sistematik hukuk sosyolojisi problemlerini ortaya çıkarmaktan da hali kalmıyordu. Zira bu metod, hukukun



bugünkü hayatını işgal eden müteaddit ihtilâfları meydana çıkarıyordu. Ezcümle önceden tespit edilmiş katı kaidelerle elâstiki kaideler arasındaki ihtilâflar; muhtelif zümre tiplerine tekabül eden muhtelif hukukî nizamlamalar arasındaki ihtilâflar, hattâ bizzat bu nizamlama prensipleri arasındaki ihtilâflar..

Keza, aynı araştırma yolunu takip eden diğer müelliflerde de, meselâ Cruet'de ve Morin'de sistematik hukuk sosyolojisi problemlerine karşı aynı merak ve alâka kendini pek kuvvetle hissettirmektedir. Bu alâkalanmadan doğan neticeler, hukukun bugünkü istihalelerinin derin ve tarafsız bir tasvirine hem bir temel hem de bir kadro hizmetini görebilirler. (CRUET - *La vie du Droit et l'impuissance des lois*, 1914. - GASTON MORIN - *La révolte des faits contre le Code*, 1920. *La Loi et le Contrat*, *La décadence de leur souveraineté*, 1927). Hukuk sosyolojisi problemlerinin ideal - realist bir esasa dayanan ve bilhassa hukukun mikro-sosyolojisi ve zümrelerin hukukî tipolojisi şekli altında yapılan sistematik bir tahlili bana bizzat kendi eserlerimi ilham etmiştir: (*Idée du Droit social*, 1932. *Le temps présent et l'Idée du Droit social*, 1932. *L'Expérience juridique et la Philosophie pluraliste du Droit*, 1935. *Les formes de la sociabilité*, 1936 (*Essais de Sociologie*'de). Bu eserler aslında tamamen başka mevzulara müteallikti. Zira bunlarda bahis konusu olan, hukukun hususî bir nevinin (meselâ sosyal hukuk) tarif ve tesbiti hususunda bir taraftan hukuk felsefesi, bir taraftan da hukuk sosyolojisi arasındaki işbirliğinin tetkiki idi. Yahut da mikrososyoloji problemlerinin genel olarak incelenmesine başlamaktı. Bu itibarla ,adı geçen eserlerde hukuk sosyolojisinin muhtelif kısımları arasındaki münasebet kâfi derecede tahlil edilmiş değildi ve hattâ bizzat hukuk gerçekliği dahi, biraz basitleştirilmişti. İşte bu kitabımızda evvelki eserlerde noksan bırakılmış olan hususları ikmal ve tafsile çalışmaktayız.

Yabancı memleketlerde HUGO SİNZEIMER'in eserleri aynı zamanda hem GIERKE'den hem de EHRLICH ve WEBER'den mülhem olarak bizim ilim şubemizin muhtelif kısımları arasındaki farklılaşma ve hiyerarşiye müteallik ana meseleyi vazetmiş oldu. (*Der Taak der Rechtssoziologie* - hollanda dilinde: Hukuk sosyolojisinin vazifesi. Müellifin işçi hukukuna müteallik müteaddit önemli çalışmaları neticesinde hazırlanmıştır. *Die soziale Selbstbestimmung im Recht*, 1916. *Grundzüge des Arbeitsrechts*, I éd. 1921, II éd. 1927. *Die Soziologische Methode in der Privatrechtswissenschaft*, 1909). SİNZEIMER, hukuk sosyolojisinde şu ayırımın yapılmasını teklif ediyor :

a — Tasvirî Hukuk Sosyolojisi (La sociologie juridique descriptive)

- b — Tenkidî Hukuk Sosyolojisi (La sociologie juridique critique)
- c — Tekevvünî Hukuk Sosyolojisi (La sociologie juridique génétique)
- d — Nazarî Hukuk Sosyolojisi (La sociologie juridique théorique)

Bunlardan tenkidî hukuk sosyolojisi, tezahür eden kollektif davranışlarda normların tecelli ve tahakkuku meselesini tetkik edecektir. Nazarî hukuk sosyolojisi de hukuk gerçekliğinin teşekkülü üzerinde bir taraftan manevî tabakanın, diğer taraftan da morfolojik ve ekonomik tabakanın tesirini inceleyecektir. Buna mukabil tasvirî hukuk sosyolojisi, muhtelif cemiyetlerin hukukî hayatına müteallik bütün vakıaları toplamaktan başka bir şey yapacak değildir. Tekevvünî hukuk sosyolojisi ise, normların ve hukukun spontane gerçekliğinin muayyen muhitler ve mahdut çevreler zarfındaki istihalelerini takip edecektir. Tenkidî hukuk sosyolojisi, daha evvelden tasvirî hukuk sosyolojisinin varlığını tazammun eder. Tekevvünî hukuk sosyolojisi de ilk iki nevi hukuk sosyolojisine dayanır ve nihayet nazarî hukuk sosyolojisi bunların heyeti umumiyesini ikmal ve ihata eder.

Biz, her ne kadar kendi ilim şubemizi teşkil eden muhtelif araştırma nevelerinin birbirlerinden sarahatle tefriki ve bir meratip silsilesi içine sokulması fikrini tasvip etmekten başka bir şey yapamazsak da, bu meseleyi SİNZEİMER'in teklif ettiği tarzda halletmenin de bir hayli söz götürür mahiyette olduğunu zannediyoruz.

Filhakika, kanaatimizce, elde sarıh kıstaslar olmadıkça bir "tasvir" yapabilmek imkânsızdır. "Tenkid" ise, zannımızca, WEBER'in peşin hükümüne pek bağlı kalmıştır. Zira, kaidelerin dondurulmuş sistemini, bu kaidelerin fiilî davranışlardaki ve tatbikattaki tahakkukundan tamamen tecrit etmektedir. Nihayet, "Nazarî Hukuk Sosyolojisi" de hukukun tekevvün faktörlerinin basit bir araştırılışı şeklinde görünmektedir.

Tekevvünî hukuk sosyolojisinin bugünkü cemiyetteki tatbikatına tahsis edilmiş diğer yabancı eserler arasında Avusturyalı bilgin KARL RENNENNER'in kitabını zikretmek gerektiğine kaniiz. (*Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre sociale Funktion, 1929* - Hususî hukuk müesseseleri ve bunların sosyal fonksiyonu, bu eserin ilk şekli "Hukukun sosyal fonksiyonu" namı altında neşredilmişti: *Marxstudien, 1 er. v. 1904*). Bu kitap, değişmeden kalan hukukî "kadro" ile, bu kadronun mütekâmil kapitalist rejimdeki sosyal ve ekonomik in'ikâslarını birbirleriyle mukayese neticesinde şu hükme vasıl olur: cemiyetin cezrî bir istihalesi daima bu cemiyetin hukukî bünyesinin de buna tabi olarak istihale etmesini icap ettirmez. Bu itibarla, ne iktisadî tekâmülün faktörü her zaman hukuk olabilir, ne de bunun aksi vârittir. Yani ne sosyal ekonominin istihalesi her zaman doğrudan doğruya hukuka akseder. Meselâ mülkiyetin bünyesi bugün ta-

mamen değişmiştir ve bugün mülkiyet, gerek sosyal gerek ekonomik bakımdan, bir tahakküm hizbi tarafından boyunduruk altına alınan işçi kütleleri üzerindeki bir kumanda salâhiyeti haline gelmiştir. Halbuki "hukuk-ken" mülkiyet hakkı tamamen ferdiyetçi kalmıştır. Aşıkârdır ki RENNEN, MAX WEBER'in yerine geçerek, hukuk sosyolojisini, katı hukuk kaidele-  
rinin fiilî davranışlardaki tahakkükunun tetkikine tabi tutmaktadır. Bu-  
nu yaparken de hukukun doğrudan doğruya ve vasıtasızca sosyal hayatın  
bütününe tâbi olarak değişen daha derin tabakaları bulunduğuna, zira hu-  
kukî müesseselerin bünye deęişmesinin mücerret hukuk kaziyelerinden  
müstakil olarak, hatta bazan bunlara karşı gelerek, vaki olduğuna ve çün-  
kü bu kaziyelerin daimî hareket halinde bulunan hukuk gerçekliğinin  
sathını, katı dış kabuğunu teşkil ettiğine hiç bir imâ ve işarete bulunmaz.

Bununla beraber RENNEN'in görüşleri, marksist sosyolojinin, huku-  
kî hadiseleri hesaba katmak lüzumunu hissettiği nisbette, kabule mec-  
bur kaldığı bazı tadiller ve tahfifler bakımından, pek dikkate değer, pek  
öğretici mahiyettedir, şöyle ki: istihsal kuvvetlerinin basit bir gölge ha-  
disesi olan hukuk, sosyal hayatın diğer kısımlarıyla karşılıklı bir tesir ve  
aksi tesir münasebetinde bulunan muhtar bir kısım haline geliyor, zira  
bizzat istihsal kuvvetleri dahi, bazı yeni marksistler tarafından "küllî sos-  
yal hadiseler" olarak tefsir ediliyor ki bu hadiselerin manevî ve ruhî taba-  
kaları da ihtiva ettikleri kabul ediliyor.

Her ne kadar genel olarak marksist sosyoloji ve hususiyle marksist  
hukuk sosyolojisi, gittikçe her nevi natüralist ve realist iğvalardan uzak-  
laşır gibi görünüyorsa da (*BUCHARIN - La théorie du matérialisme  
historique 1922. PASCHUKANIS - Allgemeine Rechtslehre und  
Marxismus, 1927. KARL MANNHEIM - Idéologie et Utopie, 1922.* Bu ese-  
rin genişletilmiş bir tab'ı İngilizce olarak 1937 de yapılmıştır. Eser, WE-  
BER'in metodolojisi ile Marksizmin orijinal bir terkibi mahiyetindedir.)  
bağımsız bir alman sosyoloğu olan FRITZ OPPENHEIMER, Avusturya'lı  
bilgin GUMLOWICZ'den olduğu kadar (*Précis de Sociologie 1886 - Die  
Soziologische Staats idee 1902 Grundriss der Soziologie 1926*) MARX'dan  
da mülhem olarak yeniden natüralizme dönmektedir. Pek hacimli bir eser  
olan ve ikinci cildi Devlet ve Hukuk sosyolojisine tahsis edilmiş bulunan  
"Sosyoloji Sistemi" (1923 - 1933) nde müellif, devlet ve hukuku, ırklar  
(içtimaî mânada; biyolojik manada değil), sınıflar ve guruplar arası mü-  
cadelede tezahür eden kuvvet münasebetlerine irca eder. Yekûnî cemiyet-  
lerin tarihi tiplerinin inceden inceye tasviri, burada, sırf bir tarih felsefe-  
si yaratmak ve müellifin federalist idealine uygun bir istikbal hakkında  
kehanette bulunmak ve hukukun sosyolojiko-naturalist bir nazariyesini

kurmak maksadiyle yapılmıştır. Biz burada sosyolojinin iptidai safhalarına avdet haline, çoktan aşmış geçilmiş olan hatalara doğru bir dönüş ve asıl hukuk sosyolojisinin inkişaf yolunu kapayan bir gerileyişe şahit oluyoruz.

Nispeten daha semereli olan temayüller macar bilgini BARNÁ HORVATH'ın yeni eserinden sadır olmaktadır: (*Rechtssoziologie, 1934*. Biz-zat müellif tarafından yapılmış fransızca hülâsa ile karşılaştırınız: *Sociologie juridique et théorie processuelle du droit. Archives de Philosophie du Droit. 1935 n: 1-2*). HORVATH, WEBER'e imtisâlen, hukukun sosyal gerçekliğini, katı hukuk düsturarının mütecanis sistemlerine tekabül eden fiilî hareket tarzları olarak telâkki eder. Bu görüşü aşırarak ve KELSEN'in mantıkçı formalizminin tesiri altında kalarak, hukuk sosyolojisini bir "sinoptik metod" üzerine kurar, öyle ki, bu metod, "olması lâzım gelen" ile "olan" ı birbirlerine karıştırmadan veya birbirlerine bağlamadan sadece karşılaştıracaktır. Hukuk sosyolojisi problemleri, hukukla diğer sosyal fenomenler arasındaki münasebetlere irca edilmiştir: ekonomi, çeşitli neviden mücadeleler, iktidar, bilgi. Müellif bu münasebetlerden herbiri hakkında, evvelâ tarihî tahavvülleri, daha sonra karşılaştırılan her iki fenomenin karşılıklı sosyal fonksiyonlarını ve nihayet bunları ilham eden mantık ve kıymet prensiplerinin tahavvüllerini inceler. Bu karşılaştırmalar her sahada HORVATH'ı şu neticeye götürür: Hukuk ve iktisat, mücadele, iktidar ve bilgi; birbirlerine yardım ve nüfuz etmekle beraber, birbirleriyle tersine orantılı (makûsen mütenasip) bir durumdadırlar ve bu yüzden ancak vasatî şiddet derecelerinde birbirlerine tamamen tekabül edebilirler. O halde sosyal hadise sıfatiyle hukuk, nispeten muhtar demektir. Yalnız muhtelif "procédure" lere, muhtelif usullere nispetedir ki (ister mahkeme huzurundaki ihtilâflara taallûk etsin, ister mahkeme dışında tatbik edilen usullere müteallik olsun) hukuk tamamiyle bağlanmış bulunur.

Hukukun bu usullerle münasebeti müsbet orantılıdır. (mebsuten mütenasiptir). Bu sebepledir ki HORVATH, sosyolojik bakımdan, "hukukun; usulün bir tâbii, tarihî, içtimaî mantıkî ve aksiyolojik bir tâbii olduğu" kanaatine varabilmektedir. Ona göre usul, "hürriyet ile içtimaî zecrî telif ve terkibe matuf teknik vasıta" demektir. "En mütekâmil usul ile hukuk arasındaki karşılıklı tenasüp, makûs değil, mebsuttur. Hukuk, usulün tafdilinden, (tekemmülünden) başka bir şey değildir."

Şu halde müellife göre hukukun sosyolojik tetkiki, en sonunda "hukukun bir usulî nazariyesi" ni kurmaya elverişli görünmektedir.

HORVATH'ın hukuk sosyolojisinin birinci kusuru, bizim ilim dalımıza, kendine has bir konuya sahip olmak yetkisini tanımayan ve onu başka ilimlerden alınma konular arasında yapılan bir kombinezona irca eden sinoptik metodunda mündemiçtir ki, bu hal, hukuk sosyolojisini, hukukun spontane hayatının ana rolü oynadığı asıl hukukî gerçekliği tetkik imkânından mahrum etmektedir.

Diğer kusur ise, kanaatimizce, hukuk sosyolojisinin, kenarda kalan meseleleri üzerinde ısrar etmesindedir. Hukukun sosyal realitesi ile, diğer sosyal fenomenler arasındaki münasebetler, (esasen, izahı kabil olmıyan sebepler dolayısıyla Ahlâk ve Din bunlara idhal edilmemiş bulunuyor), ancak, hukuk sosyolojisi çalışmalarının bir tamamlanması ve sonu olarak tetkik edilebilir. (Karşılaştırınız: faktörlerin incelenmesi, aşağıda Bölüm: V) Bu itibarla HORVATH, âdetâ işe sonundan başlıyor ve her ne kadar yaptığı tahliller enteresan neticeler vermekte ise de; bu tahliller, tarihî tahavvüllerin nazara alınmış olmasına rağmen, her türlü hakiki tipoloji imkânını nez'eden son haddinde bir umumîlikten zarar görmektelerdir.

Hukukun; sosyabilite şekillerinin ve toplulukların tavsifî tiplerine göre farklılaştığı nazara alınmamıştır. Keza sosyal gerçekliğin derinliğine doğru muhtelif tabakalara ayrıldığıının da farkına varılmamıştır. Halbuki bu suretle birbirinden tefrik edilen çeşitli hukuk neveleri, hukuk kadroları ve hukuk sistemleri; ekonomi ile, mücadele ile, iktidar ve usul ile, son derece mütehavvil münasebetler içinde bulunmaktadırlar. HORVATH, ancak yekûnî cemiyetlerin hukukî tipolojisini nazara almaktadır. Fakat bu dahi, kendisinin, müfrit genelleştirme temayülünü frenliyememiştir ve netice itibariyle sadece hukukun usulî bir nazariyesini kurmasına yardım etmiştir. Bu nazariye ise, bütün diğer nazariyeler gibi dogmatiktir ve hukuk sosyolojisini - yetkisini aşması yüzünden - bozmaktan başka bir işe yaramamıştır.

Bilgisinin genişliğine ve nafiz görüşlerine rağmen HORVATH'ın muvaffakiyetsizliği, bir ders teşkil edecek mahiyettedir. Zira bu hal, hukuk sosyolojisinin birbirinden farklı ve birbirleriyle karşılıklı tâbiyyet durumunda bulunan muhtelif kısımlarını sarahatle tahdit ve tefrik etmeden ve "sosyal" in nev'î hususiyetini açıkça tayin etmeden bu ilmi tetkike girişmenin ne derece tehlikeli bir iş olduğunu göstermektedir.

Hukuk sosyolojisinin bugünkü cereyanları üzerindeki bu kısa tetkiki-mizi Hukukî Etnoloji'nin ve Mukayeseli Hukukun zengin inkişaflarını zikretmeden bitiremeyeceğiz. Filhakika bu ilimler, günden güne daha ti-

tiz, daha ihtiyatlı ve daha mütevazi olmakta ve tekâmülcülüğün basitleştirici tezlerine karşı daima daha gayrı müsait davranmaktadırlar. Zira bunların araştırmaları daima aynı tavsifi tip içine maksur kalmaktadır. Hukukî Etnoloji için THURNWALD'ın eserlerini zikretmek lâzımdır. Hususiyle kadim cemiyetlere tahsis edilen 1934 de münteşir beş ciltlik (*Die Menschliche Gesellschaft in ihren ethnologische - soziologischen Grundlagen*) adlı eseri zikre değer. Sonra LOWIE'nin fransızca tercümesi 1928 de intişar eden (*Traité de Sociologie primitive*) adlı eseri ve MALINOWSKI'nin muhtelif eserleri (1) ile Paris Sosyoloji ve Hukukî Etnoloji Enstitüsünün RENE MAUNIER'nin başkanlığı altında yayımlanan neşriyatı zikredilebilir ki bunlardan bilhassa 1938 de çıkan *Mélanges de Sociologie Nord-Africaine* ile 1935 de çıkan *Coutumes Algériennes* bu hususta fevkalâde örnekleri teşkil ederler. Bundan başka Mukayeseli Hukuk için, Lyon Mukayeseli Hukuk Enstitüsünün EDOUARD LAMBERT'in idaresindeki çalışmalarına müteallik müteaddit eserler ile Paris Mukayeseli Hukuk Enstitüsünün neşriyatı da meskût geçilemez (2).

(Devam edecektir)

(1) Bilhassa MALINOWSKI'nin 1926 da münteşir (*Crime and Custom in savage society*) adlı eserine bakınız (bu eser İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi neşriyatından olan SOSYOLOJİ DERGİSİ'nin 1 inci sayısında (sh. 218) Ercüment Atabay tarafından dilimize çevrilmiştir).

(2) Bibliyografya notlarımıza, bilhassa anglo-sakson memleketleri için kıymetli ve mütemmim malûmatı N. S. TIMACHEFF'in (*Introduction à la Sociologie Juridique, 1939. éd. Pédone*) adlı eserinin III üncü bölümünün 49-71 inci sahifelerinde bulabilirsiniz. Bizim ilim dalımız için mühim bir hizmet ve yardım teşkil eden bu eser maalesef burada incelenememiştir. Zira, eser, ancak kitabımızın tab'ı sırasında intişar etmiştir.