

HUKUK SOSYOLOJİSİNİN KURURUCULARI

I - DURKHEİM

Yazan: GEORGES GURVITCH
Sorbonne Üniversitesinde
Profesör

Çeviren: Dr. Hâlide TOPÇUOĞLU
Hukuk Felsefesi Asistanı

Kitabımızın giriş kısmında (*) Hukuk Sosyolojisinin, DURKHEİM Sosyolojisinin heyeti umumiyesi içinde işgal etmekte olduğu yere dair bazı umumî mahiyette işaretlerde bulunmuştuk. Burada meşgul olacağımız husus, DURKHEİM Sosyolojisinin müşahhas muhtevasının teşrihi olacaktır. Müellifin hassaten hukukî vakıalarla meşgul olduğu belli başlı iki eserinden maada (*De la Division du Travail Social 1898.*, *Deux Lois de l'Evolution Pénale 1900. Ann. Soc. IV, V*) diğer bütün eserleri de, bu meyanda *Ann. Soc.* de intişar etmiş olan mühim notları dahi (ki bu derginin III üncü kısmı Hukuk Sosyolojisine hasredilmiştir) gene bu sahayı ilgilendiren bazı açıklamaları ihtiva eder.

Her ne kadar DURKHEİM'in dergisinin bahsi geçen bölümü, ikinci başlık olarak "Tekevvünleri bakımından hukuk kaidelerinin tetkiki" adını taşıyorsa da, müellifin yaptığı araştırmaların azçok derin bir tahlili, kendisinin, Hukuk Sosyolojisini Hukukun Tekevvünü Sosyolojisine irca etmekten uzak bulunduğu hususunda hiçbir şüpheye mahal bırakmaz. Filhakika DURKHEİM, hukuk nevelerinin *tesaniüt (sociabilité) şekilleri* ile olan münasebetlerini ve yekûnî cemiyetlerin Tefazulî Hukuk Sosyolojisi ile olan alâkalarını tetkik etmekle Sistematik Hukuk Sosyolojisinin inkişafına bir hayli yardım etmiş oldu. Yalnız kendisi, bu iki çeşit araştırma nev'ini, behemahal, her türlü tekâmülü izah edecek bir anahtar gibi telâkki ettiği *geri cemiyetten* doğru gelen bir karabet ve teselsülün tetkikine raptetmek gerektiğine inandığı için, Hukukun Tekevvünü Sosyolojisi, DURKHEİM'in vardığı bütün netcilerin temeli gibi görünür. Şimdi, DURKHEİM'in eserinde Hukuk Sosyolojisinin üç temel probleminin teselsülünü tahlil edelim:

(*Sociabilité = içtimailik*) *şekilleri* ile hukuk neveleri arasındaki mü-

(*) G. GURVITCH - Hukuk Sosyolojisinin konusu ve problemleri. (Çeviren: Dr. Hâlide Topçuoğlu Ank. Huk. Fak. Dergisi cilt: VI Sayı 2, 3, 4. Sh. 222 - 245)

nasebet meselsi, haklı olarak *Division du Travail Social*'de araştırmaların azimet noktasını teşkil eder. "Sosyal tesanüdün - vakıa olarak tesanüt, *sociabilité* - gözle görünür sembolü, hukuktur." Şu halde biz, hukukta, içtimaf tesanüdün bütün belli başlı şekillerinin in'ikâslarını bulacağımızdan emin olabiliriz. "Ve buna mukabil, hukuk nevelerinin objektif bir tasnifi, yani sosyolojik araştırmalarda muteber olan bir tasnifi de ancak tesanüt şekillerinin tasnifine tâbi olarak yapılabilir. Filhakika hukukçular arasındaki müteamel olan Âmme Hukuku ve Hususî Hukuk şeklindeki tefrik, ancak ameli gayelere mâtuftur." ve sadece Devletin imtiyaz bahsettiği hukuk ile imtiyaz vermediği hukuku ifade eder ki, bu mevzudaki hükümler esash bir şekilde değişkendir. Hususî Hukuk, ekseriya tamaamen âmme hukukundakilere benzeyen hukukî bünyeleri ihtiva eder: (Meselâ aile hukuku, veya Sendika hukuku gibi, zira bunlar ancak esash hukuk mahiyetindedir). Devlet bile içtimaf hayatın ne her devrinde mevcut olmuş, ne de doğumundanberi aynı rolü oynamıştır. Böylece hukuk nevelerinin tasnifi işi, Hukuk Sosyolojisine terettüp eder ve burada yapılması zarurî olan ilk tasnif, mihaniki veya benzerliğe dayanan tesanütten doğan hukuk ile, uzvî veya farklılığa dayanan tesanüde tekabül eden hukuk arasındaki tefriktir. Mihaniki tesanüde uygun olan hukuk, ceza hukukudur. Uzvî tesanüde uyan hukuk ise, aile hukuku, borçlar hukuku, ticaret hukuku, usul hukuku, idarî ve esash hukuktur. Her nevi hukuk, ahlâkî kaidelerin mümeyyiz vasfı olan "yaygın müeyyideli" liğîn mukabili olarak "müteazzi müeyyideli (yahut müşekkel müeyyideli) kaideler" diye tarif edilebileceğinden tesanüdün iki zat şekline tekabül eden, hukukî nizamın iki büyük tipi, bu müteazzi müeyyidelerin birbirinden farklı iki nevinde tecelli eder: Mihaniki tesanüde tallûk eden hukuk tenkilî müeyyidelerle mücehhezdir, uzvî tesanüde taallûk eden hukuk ise iadevî müeyyideleri davet eder. "Tenkilî müeyyide, ferde, cemiyet tarafından ika edilen bir fenahğı, bir şeref ihlâlini tazammun eder ki, bu fenahk, bir ölüm cezası, bir cismânî ceza, bir hürriyet mahrumiyeti, veya sadece alenî bir takbih şeklinde olabilir. Buna mukabil iadevî müeyyide ise, ister kusurlu muamelenin matlup şekle irca edilmesi halinde olsun, ister iptali yani her nevi içtimaf kıymetten âri addedilmesi halinde olsun, daima yalnız eski durumun iadesi, karışan münasebetlerin normal hallerine ircandan ibarettir."

İmdi, tenkilî hukuk ile mihaniki tesanüt ve iadevî hukuk ile uzvî tesanüt arasındaki muvazat, DURKHEİM'e göre bedahat halindedir. Filhakika tenkilî müeyyidelerle bunların taallûk ettikleri ceza hukuku en esash içtimaf benzerlikleri himaye ederler. Cezalandırılan bir suç, mihani-

ki tesanüdün bir inkitamı maşerî guurun kuvvetli haletlerine karşı bir te-
cavüzü, herkeste aynı olan bir maşerî idealin ihlâlini" ifade eder. Keza bir
cemiyette "mihanîki tesanüt ne kadar faik durumda ise, ferd, o nisbette
mütecanis bir cemiyete mütevasıt gruplar olmaksızın doğrudan doğruya
bağlanmış durumdadır ve yine o nisbette tenkilî hukuk, îadevî hukuka üs-
tün vaziyettedir. Bilâkis, îadevî müeyyideler, cemiyetin ihtisaslaşmış gö-
revlere, tâlî topluluklara, ferdileştirilmiş şahsî faaliyetlere bölünmek sure-
tiyle vaki farklılaşmasını himaye eder. İadevî hukuk, içtimâî sa'yin tak-
simindeki serbest inkişafı garanti altına alır, zaten bizzat kendisi bu
inkişafın bir neticesidir. Cemiyetin kısımlaşmasına cevaz verdiğinden
daha yumuşak, daha elâstikî bir maşerî ideale taallük eder. "Hangi ce-
miyette uzvî tesanüt, yani farklılar arasındaki tesanüt diğerine faik du-
rumda ise o cemiyette hukukun büyük bir kısmı Ceza Hukukunun sulta-
sından kurtulur ve hattâ yavaş yavaş ona hâkim olmaya başlar. Husu-
siyle mukavele ile Devletin birbirlerine muvazî inkişafı - ki her ikisi
de daha ziyade îadevî mahiyetteki müeyyidelerle mücehhezdir - uzvî tesa-
nüdün ve onun hukukî sembollerininin kökleşmesinin en kat'î tezahürüdür.

Daha teferruatlı bir tahlil, DURKHEİM'i, hukukî kaidelerle tesanüt
şekillerinin bu iki büyük tipi içinde bazı tâlî tipleri tefrike sevkeder.
Böylece îadevî hukukta DURKHEİM, mukavelevî hukuk ile mukaveleyi
aşan hukuku tefrik eder. (Beytî aile hukuku, sendika hukuku, esasî hu-
kuk vesaire). Keza müellif, "mukaveledeki herşeyin mukavelevî olma-
dığını" müşahede eder ve çok def'a "bizim ihtiyarî iltihakımızın bize ar-
zu etmemiş olduğumuz vazifeler ihdas ettiğini" görür. Yani mukavele
şekli altında çok defa, üyelerinin yekûnuna ircaı imkânsız olan muayyen
toplulukların statü hukukunun (nizamî hukukunun) doğuşu gizlenmiş ol-
tur ki, bunlara DURKHEİM'den sonra "kaide - tasarruf" veya "iltihakî
akitler" adı verilmiştir. (*) Keza, uzvî tesanüt dahi DURKHEİM'de "mu-
kavelevî" veya hudutlandırıcı tesanüt ile karşılıklı nüfuz veya kısmî kay-
naşma şeklinde tarif edilebilecek diğer bir nevi tesanüde ayrılır (aşağı-
da II bölümle karşılaştırmız). Diğer taraftan DURKHEİM, îadevî hukuk-
ta da "mahz bir istinkâfa irca edilen tamamıyla menfî karakterde" bir
hukuk ile, (aynî hak gibi), "müsbet işbirliği hukukunun" birbirinden ay-
rıldığını müşahede eder. Bunlardan birincisi tesanüdün hiçbir nevine uyar
gözükmemektedir. İkincisi ise uzvî tesanüdü yalnız başına temsil eder ve
az evvel zikrettiğimiz iki tâlî tipe ayrılır.

Sayet DURKHEİM, her yekûnî cemiyetin ve her kısmî topluluğun

(*) Fazla izahat için: Hâmide Uzbank - Doğmatik ve Sosyolojik bakımdan
iltihakî akidler meselesi. Ank. Huk. Fak. cilt. III Sayı 2, 3, 4. Sh. 545-594.

içinde beraberce mevcut olan unsurlar sıfatiyle bu muhtelif tesanüt şekilleri ile muhtelif hukuk neveleri arasındaki münasebetleri tetkik etmekle iktifa etseydi bütün bu mülâhazalar haddizatında "hukukun mikrososyolojisi" ne taallük eden problemlerin çevresini aşamıyacaktı. Fakat o, mihanikî tesanüdü ve uzvî tesanüdü, keza iadevî hukuk ile tenkilî hukuku topyekûn cemiyetin tarihî safhalarına nakletmek gerektiğine inanıyordu ve hattâ uzvî tesanüt ile iadevî hukuka mihanikî tesanüt ile tenkilî hukuka nazaran daha yüksek bir kıymet izafe etmek suretiyle bu tarihî safhaları mânevî terakkinin muhtelif merhaleleri gibi telâkki ediyordu. İşte burada DURKHEİM'in sistemetik mikrososyolojisi kendi temelini tekevvinâ makrososyolojide bulmaya çalışır ve hattâ bunu, en sonunda, baştan tasarlarmış bir ideale olan inanç ile ilgili bir terakki nazariyesinde arar.

Bu tezi ileri sürebilmek için DURKHEİM, hukuk tarihine başvurur. Böylelikle DURKHEİM, şu neticeyi tesbit edebileceğini ümit eder: Cemiyetler ne kadar geri ise, onlarda o nisbette sert ve şiddetli olan tenkilî müeyyideler hâkimdir, ve cemiyetler ne kadar tekâmül ederlerse cezalar o nisbette yumuşar, hattâ bu hal, tenkilî hukukun iadevî hukuk tarafından hemen hemen tamamen bertaraf edilmesine kadar varır. Netekim ahdi Atik'te ve Manou kanunlarında en sert cezalar hâkimdi, dini himaye eden kanunlar günahların kefaretni merhametsizce çıkartırdı. On iki lavha kanunu ise, çok daha mütekâmil bir cemiyete ait olduğundan daha yumuşak müeyyidelere dayanır. Bunlarda cezaların iadevî müeyyideler tarafından bir hayli tahdit edilmiş olduğunu söylemeye hacet yoktur. Hıristiyan cemiyetlerinin adetlerine müteallik ilk tedvin eserlerini (Sâtiq kanunları, Wisigoths ve Burgondes kanunlar v. s.) orta çağ kanunları ile mukayese edersek ve bu sonuncuları da modern zamanların kanunlarıyla karşılaştırsak aynı şeyi müşahede edebiliriz: Cezalar müteaddiyen daha fazla yumuşamaya doğru tekâmül etmektedir ve iadevî müeyyideler gittikçe tenkilî müeyyideleri ortadan kaldırmaktadır.

Diğer taraftan, uzvî tesanüdün tedricî üstünlüğünün bir neticesi olan devletle mukavelenin muvazi inkişafı, DURKHEİM'e göre, hukuk sahasında müsavatın hürriyetin ve adaletin tecellisini intaç eder ve cemiyet üyeleri "artık, cemiyetin üzerlerinde hakkı olduğu eşyalar gibi değil, belki, kendilerinden vazgeçemeyeceği ve kendilerine karşı bazı vaziflerle mükellef bulunduğu işbirliği arkadaşları" olarak telâkki edildiklerinden, cemiyette hâkimiyetin (veya tahakküm = domination, çeviren) işbirliği (collaboration) lehine olarak ortadan kalkmasını temin eder. Zira Devlet nüfuzunun büyümesi, haddizatında Devletin daima daha az taşıyık ile iora ettiği görevlerinin bir tezayüdünden ibarettir ki, devlet bu görevleri âmirlikten ziyade idarecilik mevkiinde olan âmmâ hizmet-

leri vasıtasıyla yerine getirir. DURKHEİM, tıpkı SAINT-SIMON gibi, Devletin gittikçe daha fazla idareci rolünü aldığı ve gittikçe daha az hükmettiği ve devletin gittikçe genişleyen idarî görevlerinin, tenkilî değil ancak iadevî müeyyidelere muhtaç olduğu kanaatindedir. Devletin müsavatçı bir işbirliği cemiyeti haline istihalesi aynı zamanda mukavelevî münasebetlerin çoğalmasını teşvik ettiğinden DURKHEİM, ferdi hakkın tanınması keyfiyetini, mihanikî tesanüdü tedricî bir şekilde izale eden uzvî tesanüdün iyiliklerinin en kat'î bir tezahürü olarak görür.

Bununla beraber, DURKHEİM, daha sonraki araştırmalarında, hukukî tekâmül hakkındaki bu ilk nikbinliğini ciddi şekilde tadil lüzumunu hisseder. Zaten kendisinin *Deux lois de l'évolution pénale* (1900) hakkındaki tetkikinde Devleti, uzvî tesanüt ile olan zarurî bağından kurtarmıştır ve Devletin, hâkimiyet esasını üzerine dayanması nisbetinde ceza tekâmülünün âmili olmak gibi müstakil bir rolü olduğunu tebarüz ettirmiştir. "Cemiyet, ne kadar geri ise, ve merkezî iktidar ne kadar mutlak bir mahiyet arz ediyorsa, cezalar o nisbette şiddetlidir." Filhakika içtimai tipin karakteri ile, hükümet cihazının karakteri birbirinden dikkatle tefrik edilmelidir. İşte ceza tekâmülünün iki müstakil âmilin tahtı tesirinde olmasının hikmeti budur. Zira bu âmiller, müstakil olduklarından, birbirlerinden müstakillen hattâ bazan birbirlerine aykırı bir şekilde tesir icra ederler. Bazan geri bir tipten daha ileri tiplere doğru geçerken, cezaların, tahmin hilâfına olarak, azalmadığı görülür. Zira aynı anda hükümet cihazının teşkilâtı, içtimai teşkilâtın tesirlerini izale etmiş bulunur. Görülüyor ki, bu vetire pek mudildir." Böylece tenkilî müeyyidelerin,, mihanikî tesanüdün tâbii olarak tekâmülleri zarurî bir keyfiyet olmadığı gibi, Devlet te behemahal uzvî tesanüdün bir tezahürü demek değildir. Bundan başka; hürriyetten mahrum edici cezalar cismanî cezaların yerine geçtiğinden" uzvî tesanüdün terakkisine mütevakkıf olan ceza yu- muşaması vakıası, tenkil'in iade tarafından hudutlandırılması vaki olmadan husul bulabilir.

DURKHEİM *Suicide* (1897) de ve *Division du Travail Social*'in ikinci tâbına yazdığı mukaddimede ilk iddiasını tashih hususunda daha ileri gitti. Filhakika bu yazılarında Devletin kuvvetlenmesinin daima uzvî tesanüdün inkişafı dolayısıyla sosyal bağlılığın şiddetlenmesinin bir neticesi olmadığını, bu kuvvetlenme keyfiyetinin bazan da sosyal şekilsizliğin ve dağılmanın tek taraflı bir hâkimiyete sevketmesi neticesinde vaki olabileceğini ileri sürdü. XVIII ve XIX uncu yüzyılların merkezleşmiş devleti ile, kendisini devlete bağhyaçak mütevassıt topluluklardan mahrum ve münferit atomlar yığını halindeki vatandaşlar kitlesi arasında peyda

olan uçurumu bariz bir şekilde tasvir etti ve bu uçurumu intiharların çoğalma âmillerinden biri olarak telâkki etti. Aynı zamanda, iktisadî hayatın tecezzüsünün yanbaşı, modern orduların inkişafının da uzvî tesanüdün zaferini küçülttüğünü, daha doğrusu tamamen mihanikî tesanüdü andıran bir durum lehine olarak kuvvetle tahdit ettiğini işaret etti. Şu halde DURKHEİM'in en salâhiyetli muakkibi olan Marcel MAUSS'un kaleminden aşağıdaki satırları okurken hayret etmemeliyiz: "Problemi mudilleştirmek lâzımdır. Evvelâ muayyen noktalarda, ferdiyetçilik bizim kendi cemiyetlerimizi şekilsizliğe sürüklemiştir. DURKHEİM, bizim ahlâkımızla hukukumuz arasındaki, Devlet ile aile arasındaki ve nihayet devlet ile ferd arasındaki bu hemen hemen marazî denebilecek boşluktan sık sık bahseder. Bizde, hattâ bizim müsavat fikrimizde dahi mihanikî bir renk vardır, halbuki geri cemiyetlerde çok daha uzvî bir hal vardı. Ancak bu uzvîlik bizimkinden farklıdır." Bütün bu satırlar, Tekevvünî Hukuk Sosyolojisinin, hukukun Mikrososyolojisine temel olmak bakımından gösterdiği aczi teslim etmekten başka ne ifade eder? Fakat bu, hiçbir zaman, ölçsüz iddialardan vazgeçmiş ve sahasını tek bir yekûnî cemiyet tipi içine hasretmiş olan Tekevvünî Hukuk Sosyolojisi tetkiklerinin değerini inkâr etmek demek değildir.

DURKHEİM, "Birbirlerinden keyfiyet itibariyle farklı olan içtimaf tiplerin" in bir tasnifini meydana getirmek ve bu tiplerden herbirine tekabül eden "hukuk sistemlerini" tetkik etmek suretiyle Tefazulî Hukuk Sosyolojisi problemini vâzetmiş oldu. Burada aşikârdır ki *Division du Travail Social*'de incelenen Hukukun Mikrososyolojisinden hayli farklı olan yekûnî cemiyetlerin hukukî tipolojisi mevzubahistir. Bununla beraber DURKHEİM, iptidaen, mihanikî tesanüt ile tam bir ayniyet arzeden ve binnetice (hukukî sistemi) tamamen tenkilî hukuk şeklinde olan bir yekûnî cemiyet bünyesi, bir cemiyet tipi bulabileceğini zannetti. Bu tip (horde) veya (tek parçalı cemiyet) idi. Horde, DURKHEİM tarafından (hakikî sosyal protoloplazma) şeklinde adlandırıldığından, müellif, bu "horde"lar arasında yeni cemiyet tiplerini yaratacak şekilde birbirleriyle ve bu yeni cemiyetlerin de kendi aralarında kaç türlü birleşme tarzları varsa bir o kadar da belli başlı yekûnî cemiyet tipi olduğuna kani idi ve bu tipleri bulabileceğini zannediyordu. Böylece DURKHEİM, aşağıdaki tefrikleri yapmıştır:

1 — Klanların birleşmesinden meydana gelen basit çok parçalı cemiyet tipi (daha geniş bir bütün içine sokulmuş "horde") (Avusuralyalılar ve İroquois'lar arasında görülen haller),

2 — İçinde birçok kabile (tribu) lerin kaynaştığı basit bir surette

terekküp etmiş çok parçalı cemiyet tipi (meselâ İroquois veya Kabil konfederasyonları),

3 — Citée, Confédération ve kabile birlikleri gibi muzaaf bir şekilde terekküp etmiş çok parçalı cemiyet tipi (meselâ Roma "curie"leri),

4 — Bütün bu parçalı cemiyetlere mukabil olan müteazzî (organisée) cemiyet tipi, "Bu cemiyet tipi birbirleriyle aynı cinsten ve birbirinin benzeri olan parçaların yanyana gelmesi suretiyle değil, bir uzuvlar sistemi tarafından yaratılmıştır. Bu cemiyette fertler, aynı soydan gelmiş olmalarına göre değil, belki kendilerini tahsis ettikleri içtimaî faaliyetin hususî mahiyetlerine göre sınıflara ayrılırlar. Muhakkak ki bütün evelki tiplerden daha geniş ve keyfiyet itibariyle onlardan en fazla farklı olan bu dördüncü tip, netice itibariyle bütün mütekâmil cemiyetlere tekabül eder.

Yekûnî cemiyet tiplerinden herbiri, kendine mahsus olan dinî, hukukî ve iktisadî bünyeye sahiptir. Meselâ birinci tipte totemizm hâkimdir. İkincisinde ise kabile dinî vardır. Üçüncüsünde ve kısmen dördüncüsünde, bilâhara tamamen evrensel bir mahiyet alacak olan millî dinler hâkimdir. Birinci tipte hukuk sistemi (tabou) larla karışır ve hükümler yaygın bir halde bulunur. İkinci ve üçüncü tiplerde hukuk kısmen lâyikleşir ve hükümler temerküz etmeye, toprağa bağlanmaya başlar. Nihayet dördüncü tipte hukuk tamamen dinden ayrılır ve hükümler kat'î olarak bir teşkilâtta temerküz eder.

DURKHEİM, "keyfiyet itibariyle farklı içtimaî tipler" i ve bunlara tekabül eden "hukuk sistemleri" ni araştırmakla yekûnî cemiyetlerin hukukî tipolojisini hukukun tekevvünü sosyolojisinden tefrik edip, kendisini tek istikamet üzere tekâmül hakkındaki préjugé'lerden kurtarmak istedi. Filhakika şöyle diyordu: "Şayet tek bir içtimaî tip mevcutsa, muhtelif cemiyetler birbirlerinden ancak derece farkları ile tefrik edilebilirler. Eğer bilâkis birbirlerinden keyfiyet itibariyle farklı olan bir takım içtimaî tipler varsa bunları birbirlerine yaklaştırmak beyhude olur. Bunlar hendedi bir müstakim hattın mütecanis parçaları gibi birbirlerine intibak ettirilemezler. Böylece tarihi tekâmül, kendisine izafe edilen ideal ve sadeleştirici vahdeti kaybetmektedir. Bu tekâmül, âdeta birçok parçacıklara bölünmektedir ki bu parçacıklar birbirlerinden nev'iyet itibariyle farklı olduklarından birbirleriyle aynı imtidat istikameti içinde birleşmezler." Bununla beraber DURKHEİM'in içtimaî tipler hakkındaki tas-

nifine biraz daha yakından bakacak olursak hukukun mikrososyolojisi-
deki gibi burada da tekevvünü mülâhazaların hâkimiyetini ve netice iti-
barıyla tek bir istikâmet üzere ilerleyen tekâmül prejüjesini bertaraf et-
meye muvaffak olamadığını görürüz. Filhakika pek fazla geniş ve kaba
taslak olan iki büyük tip, yani "parçalı cemiyet" tipi ile "müteazzî ce-
miyet" tipi hariç olmak üzere, DURKHEIM'in tesis ettiği bütün diğer tip
tasnifleri, keyfi değil, belki tamamen kemmi mahiyettedirler (parçala-
rın yanyana gelmesi, çoğalması), zaten bizzat kendisinin söylediği gibi,
bunlar "tekâmül safhalarının bir hierarjisini temsil ederler." Bu suretle
henüz teşekkül etmiş olan hukuk sosyolojisi, derhal eski telâkkilere bağ-
lı olan tekevvünü sosyolojinin aceleci genellemeleri içinde boğulmaktadır.
Filhakika, DURKHEIM, yaptığı tipolojide esas hatasından vaz-
geçmemektedir: "Basit" (yahut aslı) ile "iptidai" yi birbirine karıştır-
mak hatası ki, bu hata, iptidai cemiyetin muazzam mudiliyetini, bizim-
kinden cezri bir surette farklı olan o büyük mudiliyetini meydana çıkaran
bütün muasır sosyolojik ve etnografik araştırmalar tarafından şiddetle
takbih edilmektedir.

Esasen DURKHEIM, cemiyet tipleri hakkında yaptığı ilk tasnifin
fazla kemmi ve fazla tekevvünü karakterini hissettiği için bundan mem-
nun kalmıyarak *VAnn. Soc. (1910 V. XI, 1913 V. XII)* deki notlarında ba-
zı esaslı tashihlerde bulundu. Şu iki cemiyet tipini birbirinden ayırdı:

- 1 — Toptemli klanlardan müteşekkil cemiyetler (Avusturalya tipi),
- 2 — Kısmen silinmiş totemli klanlara dayanan farklılaşmış cemiyet-
ler (Şimalî Amerika yerlileri: Buradaki farklılaşma, sınıfların, askerî
zümrelerin; ruhban muhitlerinin ve muhtelif sosyal organların az veya
çok mudil bir sisteminden ibarettir.)
- 3 — Erkek nesebine dayanan kabilevi cemiyetler ki bunlarda mahal-
li topluluklar (köy camiaları gibi) ve daimî merkezi hükümet şekli inki-
saf etmiştir. (Afrika kavimleri, Nigritiens'ler ve Sudanlılar, Bantu'lar
v. s.)
- 4 — Millî cemiyetler (Milletler ki bunların muhtelif cinslerini tefrik
icap eder.)

Burada devamlı bir tekevvüne ait bütün saklı fikirler bertaraf edil-
miş olmamakla beraber, bu ikinci tasnifte tiplerin tavsifi (keyfi) unsu-
runun ve aralarındaki esaslı inkita halinin çok daha iyi tebarüz ettirildi-
ği göze çarpmaktadır.

Asıl manada tekevvünü hukuk sosyolojisi meseleleri (yani hukukun
istihale âmilleri) DURKHEIM'i iki cepheden meggul etmiştir: Bunlar-
dan biri morfolojik, hususiyle demografik âmildir (nüfusun hacmi ve ke-

safeti), diğeri de dinî âmildir, daha doğrusu Mukaddes inancının tesiridir. (DURKHEİM'e göre bu âmîl, dinin yanında sihri de tazammun eder). Esasen bu iki âmilden birisi vasıtalı bir surette (maddî kesafet, kendisinin meşbu bulunduğu manevî kesafetten ayrılamıyacağından), diğeri ise doğrudan doğruya meşerî şuur haletlerine bağlıdır ki, bu şuur haletlerindeki tahavvüller, hukukî müesseselerin istihalelerinin en derin temelini teşkil ederler. DURKHEİM'in meslek hayatının sonuna doğru artık şu husus katıyetle belli olmuştur ki, hukuk ve keza din, iktisat, estetik, hülâsa bütün belli başlı sosyal hâdiseler "kıymet sistemleridir, binaenaleyh kollektif ideallerdir." Hukukî müesseselerin istihalelerine temel olan şey ise, işte bu meşerî şuurun ideallerindeki değişmelerdir. Zira cemiyetin kendini yaratması ve yeniden inşası daima bir ideal yaratması ile müterafık olur. "Cemiyet bu yaratma sayesinde kendisini yaratır ve yine bu yaratma iledir ki kenkisini periodik bir şekilde zaman zaman yeniden inşa eder. (*Phil. et Soc. Formes élémentaire de la Vie Religieuse*).

DURKHEİM, hukukun tekâmülü hakkındaki kendi umumî görüşlerini ancak bir tek cemiyet tipine tatbik etti: Totemli klanlar tarafından teşkil edilen cemiyet. Bu tahdit keyfiyeti DURKHEİM'in tekevvünü hukuk soyolojisinin en büyük kuvvetini teşkil eder. Zira tekevvünü hukuk sosyolojisi, müteaddit defalar tekrarladığımız gibi ancak bir tek tavsiffi tip içinde mümkündür. Çünkü muhtelif istihale âmilleri her tipin içinde birbirleriyle sayılamıyacak kadar çeşitli tarzlarda birleşirler.

Meselâ DURKHEİM, içtimâî sayın taksiminin ve bununla müterafık olarak hukukî nizamlamanın "cemiyetlerin hacim ve kesafetleriyle mebsuten mütenasip olarak tahavvül ettiklerini" ve gittikçe daha kesif ve pek umumî olarak daha hacimli bir hal alan cemiyetlerin "aynı zamanda en münkeşif cemiyetler" olduğunu ispat edebileceğini zannettiği halde, totemli klanlardan mürekkep cemiyet tipi için muhakkak ki doğru olan bu iddia, yalnız bugünkü cemiyetimiz için değil, fakat alelittlak bütün mütekâmil cemiyetler için dahi doğru olmaktan uzaktır. Hacim ile kesafet bedihidir ki her zaman başa baş gitmezler. (Pek hacimli cemiyetler bazan şekilsiz bir kitle manzarasını arzedebilir ve pek تنها olabilirler. Meselâ Cengiz Hanın İmparatorluğu gibi. Keza, kesafeti çok fazla olan cemiyetler de bazan pek mahdut hacimde olabilirler). Muhaceret, doğum azlığı cemiyetin nüfusunu azaltabilir. Hukukî nizamlama ise, kâh kesafet tezayüdü ile mücadele için, kâh nüfus azlığına mâni olmak için demografiye karşı müdahalekâr bir tavır takınabilir. Adedî kesafet nisbeti bile ölçülemez, zira her şey istihsal tekniğinin seviyesine tâbidir. Bir cemiyetin hacim ve kesafeti üzerinde müessir olan âmillerin gi-

rifliği o kadar mudil ve bunun hukukî nizamlama ile olan münasebetleri o kadar istikrarsızdır ki, ne zaman genellemeler kurulmak istense, derhal, neticeleri sebep yerine koymak tehlikesine maruz kalır. Burada müşahhas halleri tahlil ile iktifa etmelidir. Mamafih gene içtimai ve dolayısıyla hukukî istihalelerin yegâne sebebinin daima içtimai tipin bütün cismi içinde, heyeti umumiyesi içinde bulunduğunu, MAUSS'un pek isabetli tâbiri ile "külli sosyal hâdiseler" de mündemiç olduğunu asla unutmamalıdır. (Aşağıda V inci bölümle karşılaştırınız).

Hukukî müesseselerin istihalelerinde Kudsi'ye, Mukaddes'e olan inancın gösterdiği tahavvillerin tesirine gelince, bizzat DURKHEİM, bunu totemli klana ve kabilevi cemiyete nisbetle münakaşa etmektedir. Hukuk esaslı bir şekilde dinî yasaklara bağlı olduğundan - ki bunların ihlâli âmmenin takbihini davet eder - bu dinî memnuiyetler, sihrî neviden memnuiyetler tarafından istirkap ve tahdit edilmeye başlandığı zaman, hukuk yumuşar ve ferdi teşebbüslere yer bırakır. Çünkü, sihrî memnuiyetlerin ihlâli ancak teknik neticeler tevhit eder. Netekim, Mânanın mukaddes, gayri şahsi ve adsız kuvveti evvelâ münhasıran totem prensibi ile temsil edilmiştir: Klanın Allahı. Bununla beraber zaman geçtikçe, münhasıran dinî olan totem Mana'sı umumileşir ve bir taraftan kabilevi dine, öbür taraftan sihr'e vücut verir.

Bu itibarla, kollektif hukuk ile ferdi hukukun birbirinden farklılaşması, din ile sihrin birbirinden farklılaşmasına muvazi olarak vaki olur. Din iki bakımdan içtimaidir: Evvelâ muhtevası bakımından içtimaidir, zira Mukaddes mefhumu, cemiyetin cedit olan şeyin bir irtisamından ibarettir. Sonra tatbikat şekli bakımından içtimaidir, zira bu tatbikat daima bir kilisenin (*) vücudunu tazammun eder. Halbuki dinden doğan ve daha sonra ona karşı koyan sihir ise, ancak muhtevası itibariyle sosyaldir. Yani Mana'yı havi olduğundan dolayı. Halbuki, bunun tatbikatı çok daha ferdiyetçidir ve yaygın bir haldedir. Bu hal Mana'nın ferdi irade tarafından ve ferdi gayeler uğruna istimaline imkân vererek sihirbazan topluluktan ayrı bir varlık göstermesini temin eder. Dine bağlı olan kollektif hukuk, demekki sihre bağlı olan ferdi hukuk tarafından tahdit edilmektedir. Bu fikri DURKHEİM'in talebesi olan Paul HUVELİN geniş bir surette tafsil etmiştir. Hattâ sihrin, hukuk bakımından tevhit ettiği neticeleri "Mukaddes'e mahsus olan iktidarın, fert tarafından kendi menfaati uğruna suiistimal edilmesidir" şeklinde tarif etmiştir (La

(*) Müellifin maksadı dinî teşekküllerdir. Hıristiyanlığa has olan kilise müessesesi değil (Çeviren)

Magie et le Droit individuel Ann. Soc. 1906, Les Tablettes magiques et le Droit Romain 1900) (Bu kısmı IV üncü bölümle karşılaştırınız.)

DURKHEİM Sosyolojisinin açıklanmasını bitirmeden evvel, şunları da kaydedelim ki, geri cemiyetteki hukuk istihalelerinin dinî ve sihrî âmilleri hakkındaki araştırmaları, kendisini yeni bir hukuk tasnifine daha sevk etmiştir: Kollektif hukuk, ferdî hukuk. Bu tasnif ise, iki nevi tesanüde tâbi olarak ayırt edilen tenkilî hukuk ile bütün diğer hukuk neveleri arasındaki tefrike (beytî aile hukuku, borçlar hukuku, esasî hukuk) tekabül etmemektedir. Zira "iadevî hukukun" bazı neveleri ezcümle beytî aile hukuku, esasî hukuk, usul hukuku vesaire kollektif hukuka girer, diğer bazıları meselâ borçlar hukuku ise ferdî hukuka dahil olur. İadevî hukuk içinde dahi mukavelevî hukuk ile mukaveleyi aşan hukuk şeklindeki tâli tasniflerle esasen bir düzeltmeye tâbi tutulmuş olan ilk tasnif projesi, yeni bir kıstasa göre kurulan başka bir tasnifin daha müdahalesi yüzünden pek fazla karmaşık bir hale gelmiştir.

Burada DURKHEİM'in talebeleri olan MAUSS, FOCONNET, BOUGLÉ ve DAVY'nin pek kıymetli olan çalışmaları üzerinde fazla duramayacağız. Bu müelliflerin eserlerinden kitabımızın yekûnî cemiyetlerin hukukî tipolojisine ve hukuk sistemlerinin istihale âmilleri meselesine tahsis edilecek olan IV ve V inci bölümlerinde geniş miyasta istifade edeceğiz.

Şimdi, hukukun mikrososyolojisini ve tipolojisini tekevvünü mülâhazalara ircaa çalışmasını tenkit etmekle beraber zenginlik ve genişliğini meydana koymaya uğraştığımız DURKHEİM'in hukuk sosyolojisi hakkında serdi gerektiğine kani olduğumuz bazı ihtirazî kayıtları, mümkün olduğu kadar kısa bir şekilde hülâsa edelim: DURKHEİM, içtimailik (sociabilité) şekilleri ile hukuk neveleri arasındaki münasebetler meselesini pek isabetli olarak vazettiği halde üç sebepten dolayı kat'î neticelere vasıl olamadı: Evvelâ içtimailik şekilleri hakkında kendisinin yaptığı tasnif çok basittir ve sonra hukuk ile müteazzî zecir arasında tesis ettiği irtibat bir hayli söz götürür mahiyettedir. Nihayet hukuk, her nevi içtimailik şeklinin değil, belki bunların içinden yalnız bir kısmının ancak muayyen şartlara tekabül eden bazı sociabilité şekillerinin sembolüdür ve diğer içtimailik şekilleri hukuk bakımından verimsiz olabilir.

Bunlardaki benzeşme ve farklılık daha mütebariz veya daha ince olabilir, ya ayniyetlerin yahut ta sadece muadeletlerin teyit veya inkârını ifade edebilir, kâh bütün süjelere ait olur, kâh bunların yalnız bir kısmına taallük edebilir. Yahutta süjeler arasındaki münasebetlere hakim olan mevzu ve kıymetlere müteallik olabilir. Hiçbir socialibité şekli yoktur ki

İçinde hem bazı yakınlıklar hem de bazı farklılıklar bulunmasın. Bu bakımdan uzvî tesanüt yegâne gerçek tesanüttür ve bunun içinde içtimailik şekillerinin kesretini aramalıdır ki esasen bizzat DURKHEIM dahi, gerçekleştirilememekle beraber, bu hususu neticede; kabul etmiş bulunmaktadır.

Hukukun müteazzî zecir ile olan alâkası, hukuk gerçekliğinin en mühim kısımlarından, hususiyle Sosyolojiyi alâkadar eden kısımlarından birini bertaraf eder: Kendi kendine gelişen, dinamik ve mütemadî değişme halinde bulunan spontané hukuku. Bu spontané hukuk, organize hukukun hayat verici kaynağı olup, daimî bir şekilde onunla ihtilâf halindedir. Her nevi cebir organizasyonu, kendisine temel hizmetini görecek olan bu spontané hukukun varlığını tazammun eder ve her nevi müeyyideli hukuk, hattâ müeyyidesi yaygın bir halde olanı bile, müeyyidesiz olup müeyyideye temel hizmetini gören spontané bir hukuka dayanır. (Burada, yaygın müeyyideli hukukun, DURKHEIM'in fikrine muhalif olarak yine hukuk mahiyetini taşıdığını kaydetmelidir. Meselâ boykotaj veya vendetta ile müeyyidelenen kaideler v. s.) Zira her nevi hukuk içtimaiî garantiye mazhardır ve hukukun gerçekten müessir oluşu, müted olan ademi - tasvip, takbih reaksiyonları sayesinde tahakkuk eder. Fakat bu içtimaiî garanti, hukukî müeyyideden başka bir şeydir. Hukukî müeyyide, ister organize cebir şeklinde olsun, ister yaygın müeyyideler halinde olsun, daima, hukuku ihlâl edenlere karşı ittihaz edilmiş sarîh ve önceden kararlaştırılmış tedbirleri ifade eder. Zaten bunun içindir ki, muayyen bir cebir nevini, içtimailiğin muayyen bir şekline tekabül ettirmek imkânı yoktur. Zira aynı hukukî bünye muhtelif cinsten müeyyidelerle mücehhez olabilir. Yahutta, şeraite göre, her türlü müeyyideden âri de olabilir. Tenkil ile iade arasındaki tekabül keyfiyeti, kendisinden kurtulunamayan mutlak zecir ile, kendisinin mevzuahsolduğu muhitten çakmak suretiyle tesirinden kaçınılabilen meşrut zecir arasındaki tekabül ile çatıştığı zaman, mesele daha karmaşık bir hal alır (1). Bundan başka cebir şiddeti, organize içtimailik ile spontane içtimailik arasındaki münasebete bağlıdır, halbuki DURKHEIM bunu nazara almaz. Eğer bunlardan birincisi, ikincisi ile meşbu bulunuyorsa, cebir şekilleri yumuşar. Eğer bilakis, organize içtimailik spontané içtimailikten uzaklaşmışsa cebir şiddetlenir. Esasen kâh hâkimiyet hukukuna, kâh işbirliği hukukuna sevkeden âmil de, organize üst - yapı ile spontané alt - yapı arasındaki bu münasebetlerdir. (Aşağıda II inci bölümle karşılaştırınız). Hülâsa DURKHEIM, tenkili hukuk ile mutlak zecirle mücehhez hukuku

(1) Aşağıda III üncü bölüm ve fidee du Droit Social Sh: 25 vd.

ve hâkimiyet hukukunu birbiriyle aynı telâkki etmekte ve bunlara mukabil olarak tuttuğu iadevî hukuk ile meşrut zecirle mücehhez hukuku ve işbirliği hukukunu aynı şey saymakta haksızdı. Hakikatte *DURKHEIM'in* ayniyet gördüğü yerlerde müteaddit kombinezonlar vardır: İşbirliği hukuku tenkilî bir hukuk olabilir, hâkimiyet hukuku ise iadevî müeyyidelerle ve meşrut zecirle mücehhez bulunabilir. (Bugünkü teşebbüslerin ve imalathanelerin dahilî hukuku gibi).

Muhtelif sociabilité şekilleri ancak aktif iseler, yani yapılacak müşterek bir işe matuf iseler hukuk tarafından temsil edilirler. Dostlar, aşklar, hayranlar ve aynı dili konuşan kimseler arasındaki muhtelif sociabilité'ler ne hukukî bir nizamlamayı ne de bir organizasyonu doğurur. Demek ki hukuk neylerini, içtimailik şekillerine göre tâyin edebilmek için, bu şekillerin içinden hukuk tarafından temsil edilmeye müstait olanları bulup çıkarmalı ve böyle olmıyanların bulunduğunu da unutmamalıdır.

Tenkidî mülâhazaları bitirmeden evvel, müteaddit tâli grupların sosyal hayattaki rolü üzerinde ısrarla durmuş olan *DURKHEIM'in*, kendi hukuk sosyolojisinde kısmî toplulukların hukukî tipolojisinin temel problemi ile pek az meşgul olmuş olduğunu kaydedelim. Meselâ beytî aile hukukunun, sendika hukukunun ve cemiyet kurma hukukunun (droit associationiste), Devlet hukukunun, kilise hukukunun vesairenin neviyetleri meselesiyle pek az uğraşmıştır. O, yalnız geri cemiyetteki klanın mistiko - domestique topluluğu ile mahallî topluluk arasındaki ihtilâfa işaret etmiştir ki, bu husus bilâhara talebesi *DAVY* tarafından izah ve tafsil edilmiştir (2). *DURKHEIM*, bütün dikkatini, yekûnî cemiyetlerin hukukî tipolojisi üzerinde teksif etmiştir. Böylece mütekâmil cemiyet için, cemiyetin hukukî nizamı ile Devletin hukukî nizamı arasındaki tezat meselesi (ki hukuk sosyolojisinin bazı mübeşşirleri bu mesele üzerinde o kadar ısrar etmişlerdir,) daha umumî olarak hukukî plüralizm problemi, *DURKHEIM* tarafından tahlil edilmemiştir. Buna mukabil, sendikacılık ve korporasyon cereyanının yeni gelişmelerine karşı *DURKHEIM'in* duyduğu alâka o kadar bârizdir ki, kendi ahlâk tetkiklerinde meslekî ahlâka ayrı bir etüd tahsis etmiştir. (*Rév. Mét. 1930 poshtume.*) Bu vaziyet karşısında hukukî tipoloji sahasında bu mevzu ile iştigal etmeyişi büsbütün göze çarpmaktadır. Bu ihmal, şu sebeplere hamledilebilir: Evvelâ tekevvünü hukuk sosyolojisinin, diğer kollara hâkimiyeti, tabiatıyla *DURKHEIM'in* dikkatini tâli gruplar üzerine değil, yekûnî cemiyetler üzerine topluyordu. Filhakika, bu tâli grupların için-

(2) *DAVY et MORNET - Des Clans aux Empires, 1923.*

de aksi istikâmette bazı inkışaflar olabilirdi. Mahallî topluluklarda uzvî tesanütle buna tekabül eden hukuk üstün geldiği zamanlarda, iktisadî faaliyet topluluklarında (XVIII ve XIX yüzyıl), mihanikî tesanüt ile buna tekabül eden hukuk faik durumda olabilir. Hattâ bu aksi istikâmetteki hareket, aynı neve dahil bir kısmî toplulukta da vaki olabilir. XIX uncu yüzyıl sonunda ve XX inci yüzyıl başında bazı iktisadî faaliyet toplulukları arasında, sendikalizmin, kooperatiflerin, içtimâî sigortaların, vesairenin inkışafı ile mukaveleyi aşan uzvî tesanüt ve statü hukukunun kuvvetlenmesi ile müterafık olarak, büyük sanayiînkışafı yüzünden, yahut işsizlik hallerinin artmasıyla mihanikî tesanüdün de kuvvet kesbettiğini görmüyor muyuz? DURKHEİM, yekûnî cemiyetlerin inkışaf istikâmetini daha iyi tebarüz ettirebilmek için, bu farklı halleri pek çabuk atlamaya mütemayildir. Halbuki bu istikâmet, tâlî toplulukların çok defa birbirine zıt inkışaflarının birbiriyle teşkil ettikleri muvazene nazara alınmadan tâyin edilemez. Çünkü bu, onların muhassalasıdır.

Saniyen, DURKHEİM, tâlî grupları durgun bir hierarşi içine koymak suretiyle muayyen bir içtimâî ve hukukî monisme'e doğru gitmektedir. Filhakika meslekî topluluklar, daima devlete tâbi idi ve devlet de daima milletler-arası camiaya tekaddüm ediyordu. Sosyolojik rölativizme pek aykırı olan bu görüş, DURKHEİM'in tek bir maşerî şuur bulunduğu yolundaki anlayışı ile ilgilidir ki bu tek maşerî şuur, onun nazarında, hakikatteki müteaddit maşerî şuurların yerini tutmaktadır, halbuki bu maşerî şuurlar, gerçeklikte her yekûnî cemiyetin hayatında, hattâ her kısmî toplulukta müşahede edilebilirler ve birbirleriyle ihtilâf halinde bulunurlar. İşte DURKHEİM'in geri cemiyetteki din ile kollektif hukuku - ki bunlar içtimâî birlik prensipleridir - şihrin ve ferdî hukukun kaynakları olarak telâkki etmesinin sebebi budur. Keza medenî cemiyetlerde devlet ile mukavelenin devamlı bir şekilde ve birbirlerine muvazi olarak inkışaf ettikleri yolundaki görüşünün de temeli budur, netekim, büsbütün başka neviden hukukî müesseseler lehine olarak, Devletin de, mukavelenin de hep birlikte ortadan kalkabileceklerini (yahut gerileyebileceklerini) hiç düşünmemiştir.

DURKHEİM'in Hukuk Sosyolojisinde görülen, bazı güçlüklerin, yani tekevvüni meselelere fazla ehemmiyet verme, müteazzî müeyyideler üzerinde temerküz etme ve gizlice içtimâî ve hukukî bir monizme doğru temayül etme gibi hallerin sonuncu sebebi, muhakkak ki, hukukî tecrübenin mânevî muhtevası hakkındaki kararsızlıkta mündemiçtir. Adalet idealleri, kâh maşerî sübjektivitenin basit irtisamları, alelade mahsul-leri gibi, kâh maşerî sübjektivite tarafından idrak edilen ve ona mukave-

met eden *sui generis* muhtevalar gibi telâkki edildiğinden, bu iki telâkki maşerî guurun metafizik bir Esprit mertebesine yükseltilmesi suretiyle birbirleriyle birleştirilmektedir. DURKHEİM, hukuk sosyolojisinde idealizm ile realizmi telif (veya terkip) etmenin, daha doğrusu, bu ilim dalına ideal - realist bir temel vermenin zaruriliğini farketmiştir. Fakat, kendi hukuk sosyolojisini, hukuk felsefesinin ve hukuk kaidelerinin sistematiko - normatif tetkikinin yerine ikame etmek hevesinden vazgeçmediği için matlûp terkipi yapmaya muvaffak olamamıştır. DURKHEİM'in hukuk sosyolojisinin müşahhas tetkiklerindeki realizm, hukuk mefhumunu basit bir gölge hâdiseye, bir sübjektif irtisama irca etmek tehlikesini göstererek idealizmi tamamen ortadan kaldırıyordu. DURKHEİM'de tekevvünî araştırmaların faikiyet sebebi bundan ileri gelmektedir. Umumî telâkkilerinde ise, bilâkis, DURKHEİM'in gizli ve metafizik mahiyetteki müfrit spiritualizmi, onu bütün içtimâî gerçekliği, hukukî ve ahlâkî gerçekliğe ircaa sevk ediyordu.