

Yazan: **GEORGES GURVITCH**
Strasbourg Edebiyat Fakültesinde
Profesör

Çeviren: **Dr. Hâlide TOPÇUOĞLU**
Hukuk Felsefesi ve Hukuk
Sosyolojisi Asistanı

HUKUK SOSYOLOJİSİNİN MÜBEŞŞİRLERİ

Hukuk Sosyolojisinin mübeşşirleri pek çoktur, zira bunlar asıl hukuk hakkında yapılan araştırmalar sırasında kendiliklerinden ortaya çıkıverirler, halbuki bu araştırmaların asıl hedefleri başkadır: Meselâ bir cemiyet idealinin, yahut rölativist, realist veya ekonomik bir hukuk felsefesinin yaratılması gibi. Aşikârdır ki, "Metodik Hukuk Sosyolojisi" ne mukabil olan bu "kendi kendine gelişen Hukuk Sosyolojisi", umumiyetle bizim az evvel tefrik ettiğimiz meselelerden ancak bir tanesine ve tabiatıyla içinde bulunduğu çalışma sahasının mahiyetine göre teayyün edecek olan tek bir meseleye temas ediyordu: filhakika bu gibi çalışmalarda ya yalnız hukukun tekevvünü meselesi bahis konusu olurdu, yahut hukukun sosyal gerçekliği ile diğer sosyal fenomenler arasındaki münasebetler meselesi ele alınırdı; yahut tâ toplulukların hukukî tipolojisi incelenirdi ki bu da haksız olarak yalnız devlet şekillerinin tipolojisine inhisar ettirilirdi.

1 — ARİSTO, HOBBS, SPİNOZA, MONTESQUIEU:

Kadım zamanlarda ARİSTO (M. E. 385 - 322), yeni zamanlarda ise MONTESQUIEU (1689 - 1755) Metodik Hukuk Sosyolojisine mütedair çalışmalarda birbirleriyle en fazla yakınlık arzeden mütefekkirleri teşkil ederler. ARİSTO, halledilmeye muhtaç olan meselelerin heyeti umumiyesini daha baştan belirtmiş olması ve MONTESQUIEU ise araştırmalarını kıymet hükümlerinin müdahalelerinden kurtarmak ve ampirik müşahedeye istinat ettirmek için HOBBS'in (1588 - 1679) ve SPİNOZA'nın (1632 - 1677) "sosyal fizik" inden istifade etmiş olması itibarıyla birbirleriyle bir yakınlık gösterirler.

ARİSTO'nun hukuk sosyolojisi *Ethique* (bilhassa *Ethique à Nicomaque* I. V., VIII ve IX) ve *politique* adlı eserlerinin bir kısmını teşkil ederek onun ferdî ve kollektif hareketlerin en yüksek gayelerini ve bunlara eriştirecek olan vasıtaları araştıran pratik felsefesine dahil olur. Bu bakımdan meselenin ARİSTO tarafından vazediliş şeklinin,

müsbet bir ilim olarak ele alınan sosyoloji ile hiç bir münasebeti yoktur. Bununla beraber ARİSTO'nun gerçek varlıkta bulunan "*entéléchie*" ileri arayan natüralist gaiyeciliği onu ahlakta ve siyasette ise dialektik inşâlardan ziyade, mevcut toplulukların ve fillî hareket tarzlarının tasviri ile başlamağa sevketti. Böylelikle bunlarda gaye rolünü alan (daha doğrusu nihâî gayeler yerine geçen) ve beşer hareketlerinin en yüksek ve en mükemmel gayesine katılacak olan "*entéléchie*" leri bulacağını ümit ediyordu. İşte bu sebeptendir ki ARİSTO, adaletin neden ibaret olduğunu tesbit için evvelâ müsbet hukukun muhtelif nevilerini tavsir etti. Yani onu, müsbet hukukla (*Nómos* = gerçekten merî ve müessir içtimâî nizam), ve *Filia* ile (içtimâîlik istidadı veya içtimâî tesanüt), ve *Koinonia* ile (münferit topluluklar ki Devlet bunların başında gelir) olan münasebetleri içinde tetkik etti ve en iyi hükümet şeklini bulmak için, ARİSTO, gerçeklikte mevcut olan bütün hükümet nevilerini ve bunların muhtelif tipteki cemiyetlerin gerçek bünyeleri ile olan münasebetlerini inceden inceye tetkik etmekle iş başladı. (Hattâ, Yunanistanın belli başlı anayasalarını tamamen mukayeseli bir şekilde tasvire teşebbüs etmişti ki bize bu eserin ancak bir parçası, yani Atina anayasasına müteallik olan kısmı intikal etmiştir).

ARİSTO'ya göre ister beşer iradesiyle yaratılmış olsun, ister bundan müstakil olsun, (ve bu manada: tabiî) bütün hukuk, *nomos'a* tekabül eden ihtiyaç ve icapların aklı bir tarzda ifade edilışinden başka bir şey değildir. (*Eth. Nic.* 1129 ve devam). *Nomos*, Devlet tarafından ısdar edilmiş olan kanunların heyeti mecmuası demek değildir. Belki, muayyen bir içtimâî muhitte müessir olan içtimâî hareket kaidelerinin bütünü demektir, yani bu muhitin yaşayan ve kendi kendine meydana gelen nizamı demektir ki buna bir taraftan âdetler, teamüller ve örf kıscası bugün elâstikî ve teşkilâtlandırılmamış hukuk dediğimiz şey; diğer taraftan da içtimâî ahlâk girer. ARİSTO'nun anladığı manda hukuk, yani muayyen düsturlarda tesbit edilmiş olan hukukî icaplar, müşahhas ve dinamik olan *nomos'a* nazaran daha mücerret ve statiktirler. Esasen hukuk, *nomos'a* nispetle geride kalmaya mütemayil olup daima yeni baştan ona intibak etmek zorunda kalır. İşte bu husus, hukukun sosyal gerçekliği meselesini ortaya koymaktadır.

Hattâ hukukun neveleri bile ancak *filia* ve *koinonia'nın* muhtelif tiplerine bağlı olarak tespit edilebilir. Zira hukukun yaşayan gerçekliği ancak sosyal bir muhitte meydana çıkabilir, ve bu sosyal muhit ise, içtimâîlik şekillerinden (formes de sociabilité) ve kısmî topluluklardan (groupements particuliers) müteşekkildir.

Filia tabirinin mutad olarak “dostluk” şeklinde terceme edilmesi, ARİSTO’nun sosyolojik fikirlerinin hakikî mana ve şümulünün anlaşılması bakımından çok zararlı olmuştur. ARİSTO “hiç bir *koinonia* (gerçek topluluk) yoktur ki, onda bir *filia* ve hukuk tezahür etmemiş olsun” der (*Eth. Nic.* 1159 b). Her toplulukta kaç çeşit *filia* varsa bir o kadar çeşit te hukuk vardır. Zira hukukun tekâmülü *filia*’nın tekâmülüne tabidir. Bunların her ikisi de aynı şahıslara, ve aynı mevzulara taalluk eder, ve birbirlerine muvazi bir şekilde ilerlerler (1160 b).

Filia, içtimâî alâka veya içtimâîlik demektir ki bu, aşka, zevke veya menfaata dayanabilir, akrabalığa, vatandaşlığa yahut bir tarikata herhangi bir ihtiyarî cemiyete mensubiyete, nihayet geçici veya devamlı bir dostluğa taalluk edebilir (1156 - 1162). *Filia*, hasbî sevgiye dayandığı ve hayrı tahakkuk ettirdiği nisbette bir fazilet nevini bir “tesanüt ideali” ni (en mükemmel *filia* 1156 - 1157) ihtiva eder ki bunun karşılığı da “fillî tesanüt” tür. ARİSTO, birinci nevi tesanüdü izah için evvelâ ikinci nevi tesanüdün muhtelif nevilerini tasvir eder ve bu arada şu mühim vakıayı tespit eder: *filia*, hattâ mükemmel olmayan *filia* dahi, muayyen şartlar altında hukuktan müstağnî kalabildiği halde, hukuk, *filia* olmaksızın mümkün olamamaktadır. Zira *filia*, hukukun hem temelini hem mütemmimini teşkil etmektedir. Filhakika “sociabilité”; mücerret hukukun, hattâ *nomos*’un yarattığı bağlantıya nisbetle çok daha derin, daha esaslî, ve daha canlı bir bağlantıdır, ve zaten hukukun ve *nomos*’un temelini teşkil etmektedir (1155 a).

Maalesef ARİSTO, *filia*’ların sarîh kıstaslara göre bir tasnifini yapacak yerde, sadece müşahhas *filia* hallerini tasvir etmekle kalır ve asıl meseleyi incelemez. Yani hukuk bakımından hangi nevi *filia*’ların verimli, hangi nevilerin verimsiz olduğu meselesini tetkik etmez. Diğer taraftan *filia* ile *koinonia* arasındaki ayırdı yapmak suretiyle “Mikrososyoloji” ile “Makrososyoloji” arasındaki o kadar ehemmiyetli farkı belirttiği halde, her gurubun (*koinonia*) içinde bir çok “sociabilité” şeklinin aynı zamanda dahil bulunduğunu kabulde tereddüt gösterir. Meselâ eşlerin teşkil ettikleri aileden bahsederken aynı şeyi yapar. ARİSTO, ailenin içinde eşler arasındaki *filia*’yı, ana baba ile çocuklar arasındaki *filia*’yı (1158 b) ve bunların her birine tekabül eden müteaddit hukuk nevilerini birbirinden tefrik eder (1161 b). Fakat her hükümet şekline yani siyasi topluluğa “*koinoniae politike*” (Devlet) e ancak bir nevi *filia*’nın tekabül ettiğini iddia eder, ve bazan her bir *filia* şeklinin münhasıran, tekabül etmekte olduğu *koinonia*’ya nisbetle tayin edilebileceğini kabul eder gibi görünür (1160 a ve 1161 b). Böylece mik-

rososyolojik görüş noktası ile makrososyolojik görüş noktasını birbirine karıştırır. Bu, bizim bir çok metodik hukuk sosyolojilerinde tekrar rastlıyacağımız müsterek bir hatadır.

Bununla beraber, hukuk nevelerinin sosyal tiplere tâbi olarak tetkiki bahis konusu olduğu zaman, ARİSTO, hukukun mikrososyolojisini, toplulukların hukukî tipolojisinden sarahatle ayırd eder. Zira *Nicomache'*a ahlâk adlı eserinin V inci kitabında malları ve payeleri tevzi eden hukukla, mukavelevî ve cezaî hukuku birbirlerine karşı tutarak VIII inci kitabında bunları muhtelif nevi *filia'*lara rapteder. (1162, 1160 a). Filhakika ceza hukuku "örf ve âdetlere bağlı olan *filia'*ya dayanır, mukavelevî hukuk ise eşitler arasındaki bir "nizama bağlı *filia'*" ya istinat eder. (Yani daha katî ve daha hudutlu bir sociabilité); nihayet tevzii hukuk ise eşit olmayanlar arasındaki aynı nizamî *filia'*a dayanır.

Mikrososyolojik mülâhazalara dayanan ve ARİSTO'yu meşhur dağıtıcı ve denkleştirici adalet nazariyesini kurmağa sevk eden (ki buna müsavat nazariyesi demek daha doğrudur) bu üç hukuk nevine; topluluk tiplerine göre değişen müesses hukukî emir ve nizamlar tekabül eder: karı - koca ve aile hukuku (bu sonuncusu bir iktisadî istihsal gurubudur ki köleler üzerinde hâkimiyet hakkını tazammun eder), ailelerin birleşmesiyle kurulmuş olan köylerin hukuku; şehirlerin hukuku kardeşlik esasına dayanan muhtelif cemiyetlerin (associations fraternelles) hukuku, nihayet siyasî topluluğun hukuku: Devlet. Bu sonuncusu mevcut hükümet şekillerine göre tehalûf eder: monarşik aristokratik mahiyette olup *politia'*ya, yani mükemmel hükümet şekline tekabül eden bir Devlet hukuku vardır, keza pek az müessir olan bir tiranlık hukuku, bir oligarşi hukuku, ve bir demokrasi hukuku vardır ki bu sonuncular, ilk üç şeklin bozulmasından meydana gelmiş şekillerdir, ve bunlar da diğer müteaddit talî tiplere ayrılırlar (*Eth. Nic.* VIII, I., chap. XI - XIII, ve *Pol.*, 1. I, 1. III, 1280 ve devamı; IV, VI).

Bununla beraber toplulukların bu hukukî tipolojisi, ARİSTO'da Devletin mükemmel bir *koinonia* olması hasebiyle bütün diğer kısmî topluluklardan "evvel" ve metafizik bir mahiyette var olduğu yolundaki iddia yüzünden bir hayli mahdut kalmıştır. Esasen bu iddiaya göre bütün diğer kısmî topluluklar Devletin kendisine tâbi olan muhtelif parçalarından ibarettir. (1, 1252 b, 1255 a; *Eth; Nic* VIII, 1160 a). Keza Devletin hukuku, kısmî toplulukların muhtar hukukunu mümkün kılan yegâne âmil olmakla, bu hukuklara fâik durumdadır. Hattâ o kadar ki ARİSTO, kısmî toplulukların hukukunu, hakikî bir hukuk olarak tavsifte tereddüt eder, ve bunu "hukuka benzer bir şey" olarak tarif eder. Zira tabirin asıl manasiyle hukuk ancak Devlet hukukudur (*dikaion*

politikon) dur (*Pol.* 11253 a; *Eth. Nic.*, V, 1134 a - 1135 a). Kabli bir devletçilik fikrine dayanan ve fazla olarak muhtelif *filia*'ların doğurduğu hukuk nevelerine taalluk eden bu doğmatik muhakeme, ARİSTO'nun hukuk sosyolojisinin hangi hadde kadar varabileceğini açıkça gösterir: her nevi sosyal alâka ve münasebet, siyasî alâka tarafından bel'edilmiş olduğundan, toplulukların ezeli hiyerarşisi ve siyasî hukukun yani kanunların faikiyeti meseleleri bütün sosyolojik müşahedeler önünde hiç sarsılmadan kalmıştır. ARİSTO'nun muakkipleri, onun vazedip de halledemediği çok daha mühim problemleri kavrayamadıklarından, sadece nun vardığı doğmatik neticeleri olduğu gibi alıp hıfzetmekle iktifa etmişlerdir. ARİSTO'nun hukuk sosyolojisini, kendisinin siyasî metafiziğinin tahakkümünden kurtarabilmek için, bir GROTIUS'ün, ve bir LEIBNİZ'in dehâsına ihtiyaç vardı.

Artık bu şartlar içinde ARİSTO sosyolojisinin, ancak siyasî hukuk sahasına, ve bilhassa muhtelif nevi anayasaların doğuşu ve batışı meselelerine tatbiki halinde müşahhas neticeler elde edebilmiş olmasına hayret etmemek lâzımdır. ARİSTO, Devletin içinde bir tefrik yapar; Bizatihî siyasî camia (*Koinonia politike*) ile bu siyasî camianın teşkilâtlanmış olan üst - yapısı (hükümet şekli). Bütün anayasalar, siyasî camianın mütehavvil olan alt - yapısına intibak edebildikleri nispette ve intibak dereceleri miktarınca iyi olurlar ki bu alt - yapı'da nüfus kesafeti, muhtelif sınaî ve iktisadî faaliyetler, içtimaî sınıfların adedi ve bunlar arasındaki münasebetler rol oynamaktadır (1289 b, 1294 - 1326 a ve devamı). Bu faktörler arasındaki muvazene son derece müteharrik olduğundan hükümet şekillerindeki nisbîlik, izafiyet son derece büyüktür, ve ARİSTO, sosyal alt - yapı'lardaki tahavvülleri nazara alabilmek için müteaddit anayasaların birbirinden pek ince farklarla ayrılan tali tiplerini araştırmaya, bulup çıkarmaya koyulur (1290 a - 1293 b). Keza her hükümet şeklinin tutunma vasıtaları ve infilâl sebeplerini, pek çeşitli olarak kabul eder. (1301 - 1316 b). ARİSTO'nun mükemmel anayasa dediği şey, sun'î bir şekilde muvazene haline konmuş olan bir sosyal alt - yapı'ya uygun muhtelit bir hükümet şeklinden ibarettir. Yani bu siyasî topluluk (*koinoniae*) ne çok küçük, ne çok büyüktür; nüfusu ne çok kalabalıktır, ne de çok azdır ve "orta sınıfı" iktisadî hayata hakim olduğundan ve bütün vasıtalarla takviye edildiğinden bu devlet şekline azamî istikrarı temin etmektedir (1294 - 1297 a). Bedihîdir ki bu mükemmel şekil telakkisi, doğmatik ve sun'î bir tecrittir. Müessir illetlerle gaf illetlerin bir terkibi üzerine dayanmaktadır. Fakat bununla beraber bir sosyolojik rölavitizmle meşbudur ki bunu, ARİSTO, siyasî huku-

kun tetkikine pek büyük bir gayretle sokabilmiştir; ve neticede bu prensip, ideal Devlet tasavvurlarına galebe çalmışa benzemektedir.

Hülâsa ARİSTO, hukuk sosyolojisini kendi doğmatik metafiziğine ithal etmiş olmasına rağmen, bu ilmin temel meselelerinden bir çoğuna az çok temas etmiş, bu meseleleri kuşbakışı bir tetkikten geçirmiştir: Hukukun mikrososyolojisi, Tefazulî hukuk sosyolojisi, Tekevvünî hukuk sosyolojisi gibi. Fakat ARİSTO'nun sarîh neticelere vardığı yegâne saha, zamanındaki Yunanistanın siyasî hukukuna maksur olmak üzere, yine bu sonuncu sahadır. Yani tekevvünî hukuk sosyolojisi.

ARİSTO'dan MONTESQUIEU'ye kadar geçen zamanda tecrübeye dayanan tabiî ilimlerin Yeni Çağlardaki inkişafı, Descartes'çı mekanizmacılık, ve hukukun bir sosyal fiziğinin kurulmasını deneme gibi olaylar cereyan etmiştir ki bu sonuncusu bilhassa HOBBS'in ve SPİNOZA'nın adlariyle ilgilidir. Bu mütefekkirler üzerinde fazla duracak değiliz. Zira bunların fikirlerinde bir hukuk sosyolojisine değil, belki hukukun sosyolojiko - natüralist bir nazariyesine rastlanır ki bu nazariye sosyal hâdiselerin tetkikine mekanik prensiplerinin tatbik edilmesi esasına dayanır. Bundan başka bu tatbik tarzı, bu mütefekkirleri, asıl tetkik etmek istedikleri sosyal gerçekliği katî surette tahrip eden müfrit bir ferdiyetciliğe sevk etmiştir. Kendi zamanlarındaki fizikçilerin, cisimleri atomlara parçalamaları gibi, HOBBS ile SPİNOZA da cemiyeti (ki Devletle aynı şey telakki ediyorlardı) en küçük unsurlarına yani kendilerince farazî bir "tabiî hal" içine konmuş ve birbirlerinden tecrit edilmiş olan "ferd" lere ayırıyorlardı. Atomların mihanikî hareketlerine, bu birbirinin aynı sayılan ferdlerin nefislerini koruma insiyakları (*conatus sui tuendi et conservandi*) tekabül ediyordu ki bu da bu ferdlerin kullandıkları fizik kuvvetten farklı bir şey olmayan "tabiî hakları" na tekabül ediyordu. Bununla beraber atom - ferdler ve onların mihanikî kuvvetleri arasında zuhur eden çatışma (*entrhoc*), yani herkesin herkesle savaşı (*bellum omnium contra omnes*), ferdlerin nefislerini muhafaza temayülü ile tezat teşkil ettiğinden, onları "akıl" larının emrettiği yola sevk ediyordu. Bu da onların, kendi cüz'î kuvvetlerini, hâkim bir kuvvet içinde, yani Devlet kuvvetinde temerküz ettirmeleri için anlaşmaya çalışmaları ve böylece bir kuvvetler muvazenesi ile nizam ve sulhü (ki müsbet hukukla aynı şey sayılıyordu) teminat altına almaları demektir. Hukukun sosyal fiziği nazariyesinin kurucuları, kendi mekanikçi - natüralist'liklerini sert bir akılcılık ile birleştirmek suretiyle, kendi tetkik mevzularını teşkil eden hukukun, ham kuvvet içinde büsbütün eriyip gitmesini önüyorlardı. İşte bir sosyal fizik fikri ile "obligation"

prensibine dayanan bir mukavelecilik fikri arasındaki bâriz tenakuzu bu akılcılık kapatıyordu ki, bu tenakuz, aslında bütün bu doktrini kemirmekte, çürütmekte idi.

Esasen HOBBS ile SPİNOZA'yı hukukun sosyal fiziğinden, bu kadar birbirine aykırı neticeler istihracına sevkeden husus, bunların, akla düşen bu rolü, birbirlerinden pek farklı şekillerde tefsir etmiş olmalarıdır. HOBBS, aklın icaplarına, ancak, herkesin herkesle savaşına bir son vermek, ve Devletin mekanik kuvvetinin teessüsünü temin etmek için bir yer verdiğinden, bundan, Devletin küllî mutlakiyeti neticesine vardığı halde, SPİNOZA, bilâkis, bizatihî akli bir kuvvet olarak tanımak, hem de mekanik kuvvetle kıyaslanamayacak kadar büyük bir kuvvet olarak tanımak suretiyle ve Devletin mekanik kuvveti için beşer vicdanına nüfuzun imkânsızlığı hasebiyle bu mekanik kuvvetin, cevher itibariyle Allahın nâmütenahî aklının bir parçası demek olan beşer aklının o yenilmez kuvveti önünde gerilediği mülâhazasıyla, bundan ferdî hürriyet ve demokrasi lehine neticeler çıkarıyordu. Bu temel üzerine SPİNOZA "Traité Théologico - Politique et politique" adlı eserlerinde, mütehavvil sosyal muvazenelerin, yani keyfiyet itibariyle birbirlerinden farklı olup, birbirlerini karşılıklı olarak frenlemek suretiyle muhtelif Devlet tiplerinin nescini meydana getiren kuvvetlerin, emsâli ile muayese edilemeyecek kadar ince bir tahlilini meydana getirdi ki, böylelikle HOBBS'un siyasî ve basitleştirici mekaniğinden şüpheye mahal kalmamıştı.

Hülâsa, hukukun sosyal fiziğinden hatırda tutulabilecek olan yeğâne şey, sadece, SPİNOZA'nın hayran olunacak bir tarzda ifade ettiği şu metodolojik prensipten ibarettir: İnsanların hareket tarzları sosyolojik zaviyeden incelendiği zaman, yapılacak şey, bunları haricimizdeki eşyalar gibi yani müşahit için meçhul olan nesnelere gibi ele almak, ve bunların karşısında "ne gülmek, ne ağlamak değil, belki münhasıran bunları anlamaktan ibarettir".

MONTESQUIEU, "Kanunların ruhu" (1748) adlı meşhur eserinde ARİSTO'nun zengin mirasını (ki ancak siyasî topluluğa taalluk eden kısmını ele almıştı) sosyal fizik metodu ile (ve bilhassa bu metoda SPİNOZA'nın verdiği şekil dairesinde) terkip etmeye çalıştı. Eserinin adının çift manası vardır: a) Bununla müellif, bir taraftan hukukî kaidelerin katı kabuklarının içinden bu kaidelerin ilham kaynaklarını, hükümet şekilleri ile ve dolayısıyla siyasî topluluğun bu hükümet şekilleri altında gizlenen mütehavvil bünyesi ile olan irtibatlarını araştırmayı, b) Diğer taraftan da muhtelif hukukî - siyasî tiplerin doğuşunu diğer

sosyal olaylara tabi olarak izah edecek olan tabii kanunları, yani “eşya tabiatından çıkan zarurî münasebetleri” bulmayı istihdaf eder. Bu sonuncu bakımdan MONTESQUIEU, hukuk sosyolojisi ile umumî sosyolojinin diğer kolları arasındaki münasebetler meselesini vazetmekle, ARİSTO’nun araştırma zeminin genişletmiş olur. (Hususiyle hukuk sosyolojisinin; cemiyetin hacmini, toprağın işleniş tarzı ile arazinin tabiatını nüfus kesafetine tâbi olarak tetkik eden sosyal morfoloji ile olan münasebetlerini araştırır).

MONTESQUIEU’nun hukukî hayatın kanunlarının bulunmasına medâr olacağını zannettiği bu genişletme, eserin, bizzat ilk tabındaki başlıkta tebarüz ettirilmiştir: “Kanunların ruhu, yahut kanunların her hükümetin anayasası ile, âdetleriyle, iklim ile, nüfus ile, din, ticaret v.s. ile münasebetlerine dair...” Zira “insanları muhtelif şeyler idare eder: İklim, din, kanunlar, hükümetlerin siyaset oyunları, maziden alınan misaller, âdetler, görenekler; işte bu sebepten dolaydır ki, neticede umumî bir ruh meydana gelir.”

Bu başka cinsten olan âmiller arasında hiç bir hiyerarşi kurulamaz, hepsi birbirine muadil olduğundan bunların muhassasalası, muhtelif keyfiyetteki mürekkiplerin (composante qualitative), zâtî mahiyetleri ne olursa olsun, sadece tesir nispetlerine tabidir. İşte hukuk kaideleri “memleketin fizikî tabiatına, ikliminin buzlu, sıcak veya mutedil oluşuna, toprağının cinsine, bulunduğu mevkie, vüsatine, halkın hayat tarzına, işçi, avcı veya çoban oluşuna; anayasasının katlanabileceği hürriyet derecesine, mevcut nüfusun dinine, temayüllerine, servetlerine, sayılarına, ticaretlerine, adetlerine ve terbiye tarzlarına tâbi olduğundan” bu âmillerden her biri, mevzuu bahis cemiyetin topyekûn bünyesine tâbi olan müşahhas durumlara göre farklı bir ehemmiyet arzeder. MONTESQUIEU’nün rölativizmi ARİSTO’nun rölativizminden son derece daha makul ve daha derindir, bu rölativizm sosyal hayatı idare eden genel kanunların araştırılmasında istical gösterilmesine muarız kaldığı için, diğeriyle mukayese edilemeyecek kadar geniş bir sahayı içine almış olur.

MONTESQUIEU’nün hukuk sosyolojisi; ön plâna aldığı ve tesirleri itibarile girift ve mütehâvvil olan muhtelif faktörlerin karmaşık çokluğu ile, tetkik ve araştırmalara tarihî zihniyeti ve bu zihniyetin vakıaları ferdileştirme yolundaki temayülünü sokar. Bu sosyoloji, natüralist temayülleri (yani kollektif hareket tarzlarını fizik hâdiseler gibi ele almak temayülü) makul bir tecribî müşahede istikametine yöneltir. Hukuk sosyolojisini, mukayeseli hukuk tetkiklerine yaklaştırmak için, onu,

ilk defa olarak, her türlü inşacı zihniyetten kurtarmak suretiyle, CONDORCET ve COMTE gibi muakkiplerinde dahi pek kuvvetle hissedilen rasyonalizmi, cezrî bir ampirizim ile izale eder.

Her halde MONTESQUIEU, medeniyetin pek farklı çevrelerinde, hukukî tecrübelerin müşahhas muhtevasını tasvir etmekle, kendisinden evvel gelmiş olanların hepsinden daha salâhiyetli olarak, "hukukun, olması lâzım geleni değil, olanı ifade ettiğini ve âdetleri haklı çıkarmayıp, belki, izah etmekte olduğunu" iddia etmişti. Aynı zamanda onun, her müessesenin ve her iktidarın, suiistimalleri neticesinde bozulmaya mütemayil olduğu ve bu suiistimallerin ancak, birbirlerini karşılıklı olarak teviz eden müessese ve iktidarlar sayesinde tahdit edilebileceği yolundaki tezi, sosyal ve hukukî hayatın kendi plüralizmüne bağlı ve sökülüp atılması imkânsız, mütezat (antinomique) bünyesini belirtmiş oluyordu.

Bununla beraber "physique sociale" hakkındaki rasyonalizmden ve ARISTO'nun finalist metafiziğinden cezrî bir ampirizim lehine yapılan ve haddi zatında son derece kıymetli olan bu feragat, MONTESQUIEU'nün karşısına pek nâzik bir mesele çıkarmaktaydı: bu, sosyal kuvvetlere ve sosyal mahiyette olmayan ham kuvvetlere nispetle hukukun sosyal gerçekliğinin nev'iyeti (spécificité) meselesiydi. Muhtelif metinler gösteriyor ki, MONTESQUIEU, hukukun sosyal realitesinin içine, hukukî müesseselere ve hukukî tatbikata ilham ve istikamet veren manevî remizlerin (significations spirituelles) girdiğini, lâyikiyle hesaba katmakta idi. "İnsanlar tarafından yapılmış olan kanunların zuhurundan evvel de hukukî münasebetler mevcuttu. Müsbet kanunların emrettiklerinin ve menettiklerinin dışında ne âdil ne gayrı - âdil deye bir şey yoktur demek, bir daire çizilmeden evvel bütün kutular birbirine müsavi değildi demek gibidir. "Bundan başka, vicdan, zekâ ve irade beşerî hatti hareketlere müdahale ederek onlara kanunları ihlâl ve mevcut olanları tebdil imkânını verir." "İklimin icabı olan kötülöklere müsamaha gösterenler, kötü vazii kanunlardır. Ve iyi vâzii kanunlar, bunlara karşı koyanlardır." "Tabii (physique) sebepler insanı ne kadar rehavete sevk ederse, ahlâkî (manevî) sebepler onu o kadar rehavetten uzaklaştırmalıdır". Şüpheden âridir ki MONTESQUIEU'nün hukuk sosyolojisi, hukukun sosyal gerçekliğinin ruhla (esprit) temasını muhafaza etmekle, mahz natüralist bir temeli terketmiş bulunmaktadır. Netekim, bu hal bizzat eserin adından da anlaşılmaktadır: Kanunların ruhu.

Fakat, madem ki, hukukî müesseseleri ve hukukî tatbikatı ilham eden manevî remizler, hususîleşmiş ve mahallîleşmişler, ve hiçbir hiyerarşiye cevaz vermemektedirler, o halde bunlar aklî bir şekilde istidlâl dilemezler. Şu halde MONTESQUIEU için, bunları, bizzat bun-

lara âmil olan değişken sebeplerde (mobiles), fiilî hareket tarzlarına istikamet veren psikolojik kaynaklarda (ressorts psychologiques) ara-maktan başka yapılacak bir şey kalmamaktadır. İşte MONTESQUIEU-nun bir hükümetin “tabiati” ile, yani “onu böyle kılan şeyle - dış ya-pısı ile” bir “hükümetin prensibi”, “onu tahrik eden saik, yani onu can-landırarak, harekete getiren manalar” arasındaki meşhur tefriki buradan ileri gelir.

Grupların bütün hukukî tipolojisini hükümet şekillerinin araştırıl-masına irca etmekle (yani Devletçiliğe düşmekle), toplanan malzemenin zenginliğine rağmen, hükümet şekilleri içinden yalnız, belli başlı üç şekli tefrik etmekle (Cumhuriyeti monarşiyi ve istibdadı) ve nihayet hüküme-tin şekli ile, prensibi arasında bazı ihtilâflar zuhur edebileceğini hiç düşünmemekle MONTESQUIEU, kendi araştırma sahasını affedilemiye-cek bir tarzda daraltmış oldu. Mamafih bu hal, MONTESQUIEU'nün cumhuriyetçi müesseselerin kaynağını fazilet prensiplerinin teşkil etti-ği (dürüstlük ve fedakârlık ruhu), monarşik müesseselerin kaynağının şeref (her şahsın ve her sınıfın alâmeti) olduğu ve istibdat müessesele-rinin kaynağında korku olduğu yolundaki fikirlerinin gerçek hukukî hareket tarzlarının, ruhî mânalarının araştırılması ve bu hukukî hareket tarzların meydana geldikleri muhitlere göre bir tasnife tabi tutulması zaruretini belirtmesine mani olmamıştır.

Bununla beraber, bu muhtasar iş'arlar, hukukî mânalarla ahlâkî ma-nalar arasında hiçbir tefrik temin etmediklerinden MONTESQUIEU, hu-kuk sosyolojisinin mevzuunu tahdid için başka bir kıstasa başvurmaya kendisini mecbur hissetti: onun nazarında hukuk “bir kanun koyan ta-rafından vazedilmiş”, daha önceden tesbit edilmiş ve yukarıdan aşağıya doğru, sert, katı düsturlar halinde emredilmiş bir şeydir, kısacası, hu-kuk, bugünkü mânasıyla kanunlara, yani Devlet tarafından emredilmiş olan hususlara, irca edilmiştir.

Keza MONTESQUIEU, hukukla örf ve âdeti birbirinden tamamen ayırd eder: “Kanunlar vazedilmiştir, âdetlerse ilham edilmiştir”; “Ka-nunlar, vâzî kanunun kısmî ve belirli müesseseleridir, âdetler ve muâşe-ret kaideleri ise umumiyetle milletin müesseseleridir.” MONTESQUIEU'nün hukuk sosyolojisi sadece, kanunî buyrukların, bilfiil hükümleri al-tına alacakları hususî cemiyet tipine intibak şartlarını tetkik eder. Ka-nun koyanlara, sosyal muhitten tevellüt edebilecek mâniaları göstererek teşri tarzı hakkında pratik tavsiyelerde bulunur. Aşikârdır ki bu görüş anti - sociologique'tir ve bu yalnız kanun koyanı ve daha umumî olarak, Devleti, gerçek cemiyetin ötesinde bir yere koymuş olmasından değil.

belki aynı zamanda hukukî nizamlamayı yaşayan sosyal “spontanéité” sinin haricinde bırakmış olmasındandır. Sosyolojik zihniyete bu kadar aykırı olan “kanunculuk = légalisme” yahut hukukî pozitivizm, MONTESQUIEU'nün eserine nüfuz ederek bariz bir tenakuz gibi göze batar. Böylece Devletin, bir grup, bir objektif nizam (*koinoniac*) gibi değil de kumanda eden bir varlık gibi tefsiri yüzünden büsbütün takviye edilmiş olan kendi Devletçi temayülünün kurbanı olan ve keza elinden büsbütün kaçırdığı “hukukî = juridique” nin kıstasını tekrar bulmak zaruretinin kurbanı olan MONTESQUIEU, hukuk sosyolojisinin en mühim meselelerinden birini farketmemiştir: Hukukun yaşayan gerçekliği meselesini, spontané ve elâstikî hukuk meselesini, kendisine nisbetle teşkilâtlandırılmış ve önceden tesbit edilmiş hukukun daima geride kaldığı spontané hukuk meselesini. Bu bakımdan MONTESQUIEU, ARİSTO'dan bir hayli geride kalır. Hukukun mikrososyolojisi meselelerini bilmemek ve yalnız hukukun tekevvünü sosyolojisi üzerinde temerküz etmek ve bunun da yalnız siyasî sahaya tatbikini nazara almak hattâ münhasıran Devletin teşkilâtlandırılmış üst - yapısındaki tatbikini ele almak hatası, burada MONTESQUIEU'nün araştırmalarından çıkardığı neticelerden intikamını alır. Ve buna bir de kendisinin sosyolojik ampirizmdeki samimiyetine rağmen, araştırmalarında pratik bir maksat yani ferdiyetçi liberalizmi haklı çıkarmak maksadını gütmekten çekinmediği vakıasını da ilâve edersek, görülür ki, başarılan bütün metodolojik terakkilere rağmen, hukuk sosyolojisi “Kanunların ruhu” nun intişariyle doğmuş olmaktan çok uzaktı.

2 — DEVLETE MUKABİL OLARAK ALINAN “CEMIYET” İN HUKUKİ NIZAMI HAKKINDAKİ DOKTRİNLER : GROTIUS ve LEİBNİZ ile başlayıp Fransa'da PROUDHON ve Almanya'da GIERKE'ye kadar varan bu uzun doktrinler serisi, bir metodik hukuk sosyolojisi meselesini ortaya atmamakla beraber, toplulukların hukukî tipolojisini alâkadar eden araştırmaları, kendiliğinden, birhaylı ilerletmiş oldu. Her kısmî topluluğun veya topluluklar terekübünün muayyen bir hukuk nevinin muhtar bir şekilde doğumu, yani Devletle olan münasebetlerinden tamamen müstakil olarak meydana gelişi için hususî bir mihrak, bir kaynak teşkil ettiği vakıası üzerinde ısrar etmekle bu doktrinler, ne kadar topluluk tipi varsa bir o kadar da sosyal hukuk nevi bulunduğunu farketmeye başladılar. Böyle muhtelif gruplar arasındaki *à priori* hiyerarşinin reddi sayesinde “sosyal” mefhumu, “Devlet” mefhumu ile olan her türlü dogmatik ayniyetten (identification), tabiiyetten (soumission) veya irtibattan (liaison) kurtarılmış oldu. Filhakika bu batıl kanaat

HOBBS ve SPİNOZA'dan başka ARİSTO, MONTESQUIEU'nün de düşüncelerine hâkim olmuş bir fikirdi. Bununla beraber ideal bir sosyal nizam peşinde koşmakla (ki bu artık Devletçiliğe muarız ve federalist bir nizamdır), tahlillerini ister raşionalist ister romantik olsun behemehal herhangi bir spritüalizme istinat ettirmekle ve ne hukukun tekevvünü ve ne de hukukun mikrososyolojisine hiç veya hemen hemen hiç temas etmemekle, ve nihayet Devlete karşı olarak ele alınan "cemiyet" in hukukî nizamı bir mevzû kıymetler sistemi ile karıştırmakla, bu cereyanların temsilcileri, bütün bu sebeplerden dolayı inşacı bir doğmatizm içine dalyorlardı ki bu dogmatizm hukukun sosyal gerçekliğinin tasviri ve müsbet bir tetkiki olmaktan çok uzaktı, hattâ bu bakımdan ARİSTO ve MONTESQUIEU'nün görüşleri böyle bir tetkike daha fazla bir yakınlık arz ediyordu.

Daha evvel HUGO GROTIUS (1583 - 1645), "*appetitus societatis*" (içtimâlik istidadları) lerle bunların üzerlerine müesses olan "*communitates*" (topluluklar) ları, bir taraftan Devletle olan bütün zarurî irtibatlarından, diğer taraftan skolâstiklerin "*corpus mysticum*" undan ayırmakla seleflerinin Devletçi veya dinci olan monist görüşlerine karşı, birbirlerine muadil değerde bulunan sosyal nizamlar hakkındaki plüralist telâkkiye ileri sürdü: milletlerarası camia, kiliseler, Devletler, Devlet içindeki grupların hepsi kendilerine mahsus olan muhtar hukuku tevlit ederler ki bu hukukların bünyesi mensup oldukları grup tipine göre değişir. Zira "*custodia sociatatis*" her nevi hukukun temelidir, ve "mahdüt bir akılla mevsuf ve *appetitus societatis*" lerle birbirlerine bağlı olan mahlûkların muhtar cemiyeti "muayyen bir nev'î ifade eden (*générique*) bir mefhum olup, Devlet, bu cemiyet nevinin hiçbir imtiyazlı duruma sahip olmayan herhangi bir cinsinden ibarettir. İşte bu sebebledir ki, GREOTIUS'a göre ne kadar grup tipi varsa, bir o kadar da hukuk nev'î vardır. (İster tabîi ister müsbet olsun). Ve hususile GROTIUS, milletlerarası camia tarafından tevlit edilmiş olan "*jus latius patens*" ile Devlet tarafından meydana getirilen "*jus civile*" yi ve kısmî topluluklar tarafından yaratılan "*jus arctius*" u birbirlerinden tefrik eder. Böylece Devlet hukuku, dışarıdan ve içeriden muhtar hukuk neveleriyle sarılmış olur. Diğer taraftan "*jus arctius*", ayrıca "*jus rectorium*" ile "*jus equatorium*" a ayrılır ki bunlardan "*jus rectorium*" ana - baba ile çocuklar, veya efendilerle hizmetkârlar (aile hayatı ve iktisadî topluluklar), idare edenlerle idare edilenler (Belediyeler, Köyler ve Şehirler) arasındaki münasebetleri tanzim eder. "*Jus equatorium*" ise, karı - koca birliğinde, kardeşlik esasına dayanan cemiyetlerde (association fraternelle) ve ihtiyarî cemiyetlerde rol oynar.

GROTIUS'den daha evvel, JOHANNES ALTHUSIUS, "*Politique*" adlı eserinde (1603) muhtelif "*species consociationis*" leri ve bunlara tekabül eden muhtar hukuk nizamlarını birbirinden tefrik etti ise de kendisini katî olarak ARİSTO'nun tesirinden kurtaramadı, ve gruplar arasında evvelden teessüs etmiş olan bir *hierarchi* fikrine sadık kaldı. Halbuki GROTIUS, milletlerarası camia nazariyesiyle bu hiyerarşi fikrini yıkmaya muvaffak olmuştur.

Matematikten başka, bütün ömrünce hukukla da uğraşmış olan dâhi filozof LEİBNİZ (1647 - 1716), toplulukların hukukî tipolojisi sahasında, GROTIUS'un doğrudan doğruya bir muakkibi oldu. LEİBNİZ'e göre, "akılla muttasıf mahlûklar cemiyetinin tekemmülü"nden ibaret olup bu bakımdan Ahlâkla ilgili bulunan Hukuk (zira hukuk, merhamet ve yardım hissini taşkınlığını, mantikî hesaplar vasıtasıyla tadil ve tahdit eder), yine gerçek bir topluluk tarafından tevhit edilir ve ona tâbi olarak değişir. Yalnız mevzû hukuk değil, hattâ tabii hukuk bile tamamen ihtimâlidir: her ikisi de "vakıa hakikatlerinden" dir (vérités de fait); yoksa ebedî hakikatlerden değil (vérités éternelles). Demek ki hukuk tahavvüllerinin ampirik bir tetkiki zarurî görülmektedir ve LEİBNİZ gerek milletlerarası hukukun kaynakları hakkında olsun, gerek Cermen ört ve âdet hukukunun Roma hukukuna nisbetle arzettiği nev'iyet ve hususiyeti üzerinde olsun, geniş tarihî araştırmalara teşebbüs etmiştir. Filhakika LEİBNİZ'in, Devletin, hukukî hayattaki rolünün pek mahdut oluşu üzerinde durmasına, müsbet hukukun Devlete karşı haiz olduğu tam bir istiklâl meselesi üzerinde ısrar etmesine, birbirine muadil ve herbiri kendi hukukunun müvellidi olan toplulukların taaddüdü üzerinde durmasına, ve en nihayet, örf ve âdetin kanuna olan faikiyeti üzerinde bir hayli şiddetle ısrar etmesine âmil olan husus, işte ondaki bu gizli ampirizm temayülü idi ki, bu temayül, onun, hukukun üstün bir makamın emrine irca edilmesine karşı duyduğu husumetle birleşiyordu. Bu hem ampirik hem inşâî olan devletçilik - aleyhtarlığı LEİBNİZ'i; ARİSTO'nun olduğu kadar, HOBBS ve PUFFENDORF gibi ferdiyetçilerin de projeleriyle şiddetle mücadele ederek; bütün neticeleri, "cemiyet" ile "Devlet" in birbirleriyle aynı şey telâkki edilemeyecekleri, zira *her devletin bir cemiyet olduğu ve fakat her cemiyetin bir Devlet olmadığı* vakıasından istihraca sevk ediyordu: "*omnem civitatem esse societatem sed non contra*".

"*DIVISIO SOCIETATEM*" adlı pek mühim bir risalede LEİBNİZ, Devlet, Kilise, Milletlerarası camia gibi cemiyetlerin yanında aşağıdaki topluluk nevilerini de ayırd eder: karı - koca ailesi, aile cemiyeti, sanat

loncaları, sigorta sandıkları, rubban cemiyetleri, manastırlar, köyler, şehirler, eyaletler v.s. Hiç bir topluluk, bütün ihtiyaçları birden karşılayamayacağı için, bu toplulukların müteaddit oluşu, birbirlerine muadil oluşları, ve aralarında bir federasyon olması zarurîdir.. Cemiyetin heyeti umumiyesini, teşkilâtli bir tarzda ifade edebilecek olan şey, ancak, hem vazifevî hem de mülkî bir federalizm olabilir. Her topluluk kendine mahsus olan sosyal hukuku “*jus societatis congruentium*” tevlit eder ve ona sahip bulunur ki buna muhtar bir “bütüne katılma hukuku”, bir sulh ve ahenk hukuku denebilir (Droit d'intégration antonome dans l'ensemble, droit de paix et d'harmonie) (*De tribus juris gradibus*, édition MOLLAT, p. 12).

Bu muhtar sosyal hukuk, ne kadar topluluk tipi varsa, o kadar tehalüf eder; meselâ san'at loncalarının sosyal hukuku, Devletin sosyal hukukunun aynı değildir, ve Devletin sosyal hukuku da Kilisenin sosyal hukukunun aynı değildir.

Bununla beraber, “*jus societatis*” den istikak eden bütün iktidar, ve bizzat bütün “*jus societatis*”, muadiller arasında bir ahengi, tazammun ettğinden; tahakküm (veya hâkimiyet) cemiyetleri (*Societas herilis inaequalis*) ve bunların tevlit ettikleri hukuk, topluluğun müsterek hayatından sadır olmaz, belki, topluluğun ferdî mülkiyete anormal bir surette esir oluşundan meydana gelir. İşte LEİBNİZ, burada, Hukukî mikrososyolojiye temas ederken, herbir topluluk dahilinde cari olan sosyal hukuka karşı “*jus proprietatis*” şeklindeki ferdler - arası hukuku gösterir ki, bu hukuk, bizzatihi sınırlandırıcı mahiyette olup, bir sulh hukuku olmaksızın ziyade bir harp hukukudur, zira insanla şey arasında daimî olan harp hukukudur “*inter personam et rem perpetuum ets jus belli*” Prensipte itibariyle, ancak, insanlarla hayvanlar arasındaki münasabatlara tatbiki gereken tahakküm hukuku (droit de domination), topluluktan sadır olan sosyal kudretin, mülkiyet hakkına tâbi oluşu nisbetinde insanlar arasındaki münasebetlerde de kendini gösterir. Zira bu mülkiyet hakkı; eşyalar ve hayvanlar vasıtasıyla bizzat insanlara da sahip çıkmaya muvaffak olur. LEİBNİZ'in geniş ufuklar açan bu tahlilleri, maalesef, kendisinin âlemde ezeldenberi müesses olup, gerek umumî olarak bütün dünyada, gerek içtimaî ve hukukî âlemdeki bütün köklü ve feci ihtilâfların vücudünü daha baştan inkâr eden ezeli ahenk hakkındaki nazariyesi yüzünden değerden düşmüştü. Bu nazariye LEİBNİZ'in bir taraftan cemiyetin hukukî nizamı ile Devletin hukukî nizamı arasındaki, diğer taraftan da, sosyal hukukla (*jus societatis*), mülkiyet hukuku “*jus proprietatis*) arasındaki ziddiyetleri nihayete kadar götürmesine mani olmuştur.

LEİBNİZ'in talepleri olan WOLF, İCKSTADT, DARIES, ve bilhassa NETTELBLADT son derece daha ileri olan dogmatik aklîyeciliklerine ve hocalarının en derin görüşlerini ihmal etmiş olmalarına rağmen, toplulukların hukukî tipolojisi ile uğraşmaya devam ettiler ve bu topluluklara tekabül eden muhtar hukukî nizamların nevelerini tasnif ettiler ki, onların bu tasnif tarzları, LEİBNİZ'in tasniflerinden çok daha sarîh ve sistematik idi. Meselâ DARIES, ve İCKSTADT, sudur ettikleri topluluk tiplerine göre sosyal hukukun beş nevini birbirinden tefrike muvaffak oldular: 1 — “*jus sociale oeconomicum specialis*” (aile cemiyetine tekabül eden sosyal hukuk).

2 — “*jus sociale oeconomicum generalis*” (daha geniş iktisadî cemiyetlere tekabül eden hukuk (sanat loncaları, ticarî teşebbüsler, v. s. keza şehir ve köyleri de buraya idhal ederler.).

3 — “*Jus sociale politicum*”

4 — “*Jus sociale ecclesiasticum*”

5 — “*Jus sociale gentium*”

NETTELBLADT ise “*jura sociale societatis*” ile (yani her topluluğun iç hayatını tanzim eden muhtar hukuk nizamı ile, toplulukların dış hukukunun, yani ferdî hukukla aynı neviden olan topluluklararası hukukun birbirinden tefriki lüzumu üzerinde ısrar etmiştir. Bu sebeple, teşkilâtlı bir topluluk, kendi içinde mu'dil (karmaşık) bir hukukî şahıs manzarası arzettiği halde (une personne juridique complexe = *nexus juridicus socialis*) diğer topluluklarla olan mukavelevî münasebetlerinde basit bir hadden (birimden) ibarettir. “*jus sociale societatis*” ise, “*potestas socialis*” in temelidir ki, Devletin iktidarı (*imperium*), haddizatında, ancak bu sosyal kudretin muhtelif cinslerinden biridir. Bu mülâhazalara dayanarak, NETTELBLADT, *reğimen societatis*'i, yani iktisadî falaiyet topluluklarının heyeti umumiyesi ile bunların nizamını *regimen civitatis*'e karşı tutar, yani Devletin hukukî nizamına ve ona tabi olan *collegia publica*'lara lara mukabil olarak gösterir ve bu iki blok arasında bazı ihtilâfların ve bazı müteharrîk muvazenelerin bulunabileceğini kabul eder. “Böylece, diyor, çift bir hükümet ortaya çıkar: bunlardan biri resmî veya âmme mümessili olan hükümet (yahut medenî veya kamusal hükümet = Gouvernement civil ou public) dir, diğeri ise gayrı resmî hükümet (yahut hususî hükümet = Gouvernement privé) dir ki, bu, Devletten tamamen müstakil olan muhtar toplulukların sahip oldukları sosyal kudretten ibarettir.

Tarihçi, istatistikçi ve hukukçu olan A. L. SCHLÖZER, bu mülâhazalardan şu neticeyi çıkarmıştır: “bürgerliche Gesellschaft” (medenî ve

iktisadî cemiyet) ile Devlet arasındaki ziddiyet ki, bu iki müstakil hukuk nizamından biri faaliyet topluluklarının heyeti umumiyesine, diğeri ise mülki toplulukların veya komşuluk topluluklarının heyeti umumiyesine tekabül eder.

Bu ziddiyet, tefazülî hukuk sosyolojisi için esas teşkil etmiş ve XIX uncu yüzyılın ilk yarısında müteaddit fransız ve alman mütefekkirlerinin tefekkür mevzuu olmuştur.

Almanyadaki LEIBNİZ - WOLF mektebine muvazi olarak, Fransa'da felsefî ilhamlarını MALEBRANCHE ve LEIBNİZ'den alan fiziokratlar, bir kül olarak ele alınan ekonomik cemiyetin, kendiliğinden doğma hukuk nizamını Devlet nizamına karşı tutan QUESNAY'LE TRÔNE, DUPONT DE NEMOURS, MERCIER DE LA RIVIERE "iktisadî cemiyetin Devlet tarafından tadili kabil olmayan temel ve esas nizamı" üzerindeki düşünceleri ile; keza, Devlet tarafından dikte edilen hukukun, iktisadî cemiyetin hukuku önünde daima eğildiği yolundaki müşahedeleri ile, sadece ekonomi politik ilminin kurucuları olmakla kalmadılar, aynı zamanda hukuk sosyolojisinin de ilk kurucuları oldular. Bu muhtar iktisadî cemiyeti, kısmî toplulukların heyeti umumiyesi gibi değil de, âmme menfaatını en aşağı Devlet kadar temsile muktedir ve vahdetli bir kül gibi telakki etmek suretiyle müşterek bir iktisadî sosyal hukuk (un ordre du droit social de l'économie) fikrine vasıl oldular ki, bu sosyal hukuk sadece siyasî hukuk karşısında eğilmemekle kalmaz, hatta ona tekaddüm eder, üstün gelir. Bu mütefekkilere göre, arada bir ihtilâf zuhur ederse iktisadî hukuk nizamı, Devletin vazettiği hukuku iptal eder. DUPONT DE NEMOURS'da şunları okuyoruz:

"Devletin kanunları, sosyal nizamın ana kanunlarının beyanından ibaret olmalıdır. Eğer Hükümdarın emirleri bu kanunlara aykırı düşerse, bunlar hiç kimse için mecburî olmıyan beyanlar olarak kullanacaklardır" QUESNAY şu neticeye varır: "Devletin müsbet mevzuatı demekki esaslı bir surette cemiyetin kanunlarına tabidir." Topluluklar arasında ARİSTO'nun kabul ettiğinin tersine bir hiyerarşi kuran ve bir tarihçi zihniyetin fikdânını ifade eden bu düsturlarda daha derin bazı fikirlerin de bulunduğunu sezmeğe güç değildir. Nitekim bu fikirlerden biri, içtimâî hayattaki "teşkilâtlandırılmış" ile kendiliğinden meydana gelmiş" arasındaki umumî ziddiyettir. Keza bir diğeri de cemiyetin siyasî veçhesi ile iktisadî veçhesi arasındaki dinamik tezattır.

Cemiyetin hukukî nizamı ile Devlet nizamı arasındaki ziddiyet şeklinde ifadesini bulan ve toplulukların hukukî tipolojisine taalluk eden bu araştırmalar XIX uncu yüzyılda bir taraftan fransız sosyalistlerinden

SAINT SIMON ve PROUDHON'da, diğer taraftan da alman filozofları arasında FICHTE ve KRAUSE de ve "hukukçuların tarihçi mektebinde "ve nihayet germanistlerde" yeniden ele alınmıştır.

FICHTE (1762 - 1814), "cemiyet" in hukukî nizamının, Devletin hukukî nizamına nazaran gerek manevî muhtevaları bakımından gerek spotane hayatının kuvveti bakımından son derece daha zengin olduğu ve bundan, ahlâkî terakkînin Devleti lüzumsuz kılacağı ve "onu cemiyetin içinde eritip kaybedeceği" neticesinin çıkarılabileceği vakıasına işaret etmekle iktifa etmiş ise de; onun talebesi olan KRAUSE, (1781 - 1832), hocasının cemiyeti idealleştirmek hususundaki zafını adamakıllı sınırlandırmakla beraber, ayrıca kendisi, muhtelif topluluk tipleri ve bu tiplere tekabül eden hukukî nizamlara müteallik tasniflerin en mükemmellerinden birini yaptı. "Image de l'Humanité" adlı eserinde (1811) "Devlet, cemiyetin küllî hayatının ancak bir cüzünü temsil eder ve diğer teşekküller (associations) Devlete tabi bulunmayıp, belki onunla birlikte müşterek bir nizama dahil bulunurlar" diyerek KRAUSE, belli başlı üç topluluk tipini birbirinden ayırmaktadır: Evvelâ, millet ve milletlerarası camia gibi topyekûn cemiyetler vardır, Sonra üyelerinin hayatları üzerinde küllî nüfuza sahip olan "temel topluluklar" gelir, "aile", "unions des amis", nahiye, belediye ve bunların muhtelif federasyonları gibi. Nihayet hususî bir gaye güden topluluklar vardır: İktisadî birlikler, kiliseler, Devletler, terbiye cemiyetleri ve daha başkaları gibi. Herbir topyekûn cemiyete müteaddit temel topluluklar tekabül eder, ve herbir temel topluluğa da müteaddit mahdüt gayeli topluluklar tekabül eder. Hukuk, iradeden sadır olmaz, belki bu müteaddit grupların herbirinden sadır olur ve böylece bu gruplar hukuk nizamlarındaki kesretin iptidai ve âfakî kaynakları haline gelirler ve bunlar arasındaki çatışmalar ve muvazeneler, hukuk hayatının nescini teşkil ederler. Her topluluk, kendine has olan hukuk nevini yaratır ve bu hal ancak her fiilî topluluğun muayyen bir ideal gayeyi tahakkuk ettirmesi nisbetinde vaki olur ki, bu topluluklar, umumiyetle kendilerine has ruhî bir temayül neticesinde zaten bu ideal gaye ile meşbu bulunurlar. Kendi dogmatique "panenthéisme" inin tesiri altında kalan ve temayülleri itibariyle pek fazla rasonalist olan KRAUSE, bir topluluğun müsbet kıymetleri yarattığı gibi menfî kıymetleri de yaratabileceğini kabul edeceğe benzemez. Gerçeklik hükümleriyle kıymet hükümlerini birbirine karıştırarak ve toplulukların bir hukukî tipolojisine dayanarak, her yerde ve her zaman muteber olan ve muhtelif hukukî nizamlar arasındaki müstakar ve değişmez bir muvazeneye dayanan federalist bir sosyal idealin tesis edilebileceğini zanneder. Kendisinin talchelerinde (AHRENS ve diğerleri) daha kuvvetle mütebariz

olan bu karıştırma keyfiyeti, hertürlü tarihi izafiyet hissini fıkdanı ile ve "sociabilité" şekilleri (Geselligkeit) ile topluluk tipleri (Verein, Verband, Bund) arasında yapılan bir ayniyet ile birleşince, KRAUSE'nin haddizatında gayet kıymetli olan sosyolojik görüşlerini bir hayli bozmuştur.

SAVINGY ve PUCHTA; XIX uncu yüzyıldaki hukuk tetkiklerine pek derin bir tesir icra etmiş olan "hukukçuların tarihçi mektepleri"nin bu kurucuları, KRAUSE ile aynı kaynaktan mülhem olmuş kimselerdi: FICHTE'nin fikirleri. Fakat bunlar, FICHTE'nin bilhassa, "irrationaliste" ve romantik temayüllerini tebarüz ettirmişlerdir ve bunun neticesinde, hukukun yaşayan tarihi realitesi hakkında derin bir hürmet hissine sahip olmuşlardır. Fiilen yaşayan hukuk, bu mütefekirlere göre, ancak gayrı meşur, isimsiz ve kendikendine meydana gelen bir inkişafa tabidir. Burada bizzarure ağır, sessiz sadasız bir vetire bahis konusudur. Yani tıpkı bir dilin tekâmülüne benzeyen, ve ister Devlet mevzuatından ileri gelsin ister ihtilâllerden tevellüt edecek olsun, her türlü âni ve sert değişimleri reddeden ağır ve sessiz bir vetire. Hukukun tekevvünü hakkındaki ananevî telâkki, yani hukukun münhasıran tevarüs yoluyla meydana geldiği, ve nesillerin devamlı ve hissedilmez bir şekilde birbirlerini takip edişi ile intikal ettiği yolundaki görüş; tarihçi mektepte, çok daha derin bir sosyolojik anlayışla birleşir: teşkilâatlanmamış cemiyetin kendi kendine husul bulmuş olan bir hukukî nizamı fikri, müteharrik ve mütehavvil bir halk hukuku" Volksrecht" fikri. Öyleki, bu hukukun karşısında Devletin kanunu âciz kalır ve ancak onu müşahade ve tesbit ile iktifa edebilir. Maalesef SAVIGNY ve PUCHTA, Devlet hukuku ile, kendi kendine husul bulan ve yaşayan sosyal hukuk arasındaki ihtilâfı kanunla örf ve âdet arasındaki ihtilâfa irca ettiler. Halbuki örf ve âdet, hukukî gerçekliğin tesbit şekline taallük eden ve evelden çizilmiş olan bir yoldan ibarettir. Her türlü yeniliği reddeden ve mahiyeti itibariyle ananepereş olan bir yol. Aynı veçhile, Roma Hukukunu "ratio scripta"nın bir nevi telâkki etmekle, ve kendilerine daha yakın olan diğer bir hukukî geleneği yani bütün nev'iyeti ve hususiyeti içinde ele alınan Cermen hukukunu ihmal etmekle kendi tarihçi ve sosyolojik temayüllerine ihanet ettiler. Cermen hukukçuları (BAHR, WILDA, MAURER, BESELER) kendi seleflerinin ananepereş temayüllerini bir hayli sınırlandırmış olmakla tarihi rölativizm prensibine, bu manada, daha sadık kalmışlardır. Zira onlar halk hukukunun (Volksrecht), teşkilâatlanmamış cemiyet hukukunun bu kendi kendine husul bulma hassasının, gelenekte olduğu kadar yeniliklerde de ifadesini bulabileceği vakiasını tebarüz ettirdiler ve örf

ve âdetin yanında kısmî bazı topluluklara ait müstakil statülerin de ehemmiyetini belirtmiş oldular. Bununla beraber, pek tehlikeli olan yeni bir idealleştirmeden kendilerini alamadılar: bu, cermen hukukunun neviyeti ve hususiyetinin idealleştirilmesi idi ki bu hal, hukuk sosyolojisine doğru olan ilerleyişlerini önlemiş oluyordu. "Objektif ruh" ve "medenî cemiyet" hakkındaki HEGEL'ci nazariye üzerinde duracak değiliz, zaten bu nazariye, Devletin teşekkülündeki dialektik safhalardan birinden ibarettir. Esasen şimdiye kadar zikredilen nazariyelerle mukayese edilecek olursa bu nazariyenin, sosyolojik bakımdan herhangi bir yenilik getirmediği görülür. Hattâ HEGEL'in Roma Hukukunun ferdîyetçiliğine karşı duyduğu bağlılık ile müterafık bulunan devletçiliği yüzünden bu nazariyenin ehemmiyetli bir gerileme arzettiği de söylenebilir.

Toplulukların hukukî tipolojisine mütedair araştırmalarla, tekevvünî hukuk sosyolojisi arasında bilhassa bazı alman doktrinlerinde hissedilen yakınlık; SAİNT - SİMON'un ve hususiyle PROUDHON'un sosyalist doktrinlerinde açık ve katî ifadesini bulmuş oldu.

SAİNT-SİNON'da; Devletle iktisadî cemiyet arasındaki tezat, yani mülkî topluluklarla meslekî faaliyet toplulukları gibi iki büyük topluluk bloku arasındaki zıddiyet, kendisinin bütün mülâhazalarının mikrakını teşkil eder. Nihayet, FICHTE gibi, SAİNT-SİMON'un da "Devletin sınıî rejimin ilk olarak yerleşeceği bir cemiyette zamanla inhilâl edeceğini" haber veriş, kendisinin sosyalist cemiyette sadece sevginin hâkim olacağı yolundaki inancı ile birleşmiş olan teknokratik görüşünün bir neticesidir. Bununla beraber SAİNT - SİMON, iktisadî cemiyetin kendine has muhtar bir hukuk nizamına sahip bulunduğunu her yerde tebarüz ettirmiş ve misal olarak "sınıî teşkilât"a ve Devlet mahkemeleri yerine geçen "Ticaret ve sanayi mahkemeleri"ne atıflarda bulunmuştur ki bunlar müstakbel teşkilâtın ilk merhalesini teşkil etmektedirler. SAİNT-SİMON'un hukuka karşı yaptığı hücumlar, haddizatında Roma hukukunun İmparatorluk zamanındaki mutlakîyetçiliğini ve ferdîyetçiliğini aksettiren ve bugünkü cemiyete tatbikleri kabil olmayan muayyen prensiplerinin bir tenkidi olarak tecelli ederler. Devletin hukukî nizamı ile iktisadî cemiyetin hukukî nizamı arasındaki münasebetler mütehavvildir, ve topyekûn cemiyetin inkişâf safhalarına tâbidir. Askerliğin ve dinin hâkim olduğu devirlerde Devlet hukuku diğerine faik durumdadır. Halbuki Ortaçağ'da şehir ve kasabaların serbestiye kavuşmaları ile başlayan kanuncu (légiste) ve metafizik devirde Devletin hukuku bir hayli tahdit edilmiştir. Bu safhada ancak tâlî bir rolü vardır, ve sınıî devrin gelmesiyle de büsbütün ortadan kalkma temayülündedir. Diğer taraftan hu-

kuk sosyal hayatın “organik” devirlerine nazaran - ki sınıf rejim de bunun tezahür şekillerinden biri olacaktır - sosyal hayatın “critique” devirlerinde umumiyetle daha mühim bir rol oynar. SAINT-SİMÖN’da bu görüşlerle meşbu olan sosyolojik zihniyet ne kadar âşikâr ise diğerlerine hâkim vaziyette olan tekevvünü “génétiqne” tahlillerin, asıl mânasıyla toplulukların hukukî tipolojisi problemini kendi içlerinde eritmek tehlikesine maruz bıraktıkları vakıası da o kadar âşikârdır.

Buna mukabil , bütün sosyal gerçekliği teşkil eden ve birbirine gayrı kabili irca olan bir takım zıddiyetler arasında bir müteharrik muvazene prensibi olması sıfatıyla hukuka fevkalâde mühim bir rol izafe eden PROUDHON’da ise maddî kuvvetlerin etüdü ile kollektif aklın etüdü arasında yer alan hukuk sosyolojisi, âleltlak Sosyolojiden tam bir vuzuhla ayırt edilir; bu hukuk sosyolojisinde tekevvün meselesi ihmal edilmeksizin, toplulukların tipolojisi problemine hâkim bir mevki verilmiştir. PROUDHON’a göre Devletle Cemiyet arasındaki zıddiyet siyasi hukukla iktisadi hukuk arasındaki zıddiyeti tazammun eder. Bunlardan birincisi ona, sulh ve işbirliği hukukundan ziyade harp hukukuna daha yakın gözüktüğünden, evvelâ Devletin Cemiyet içinde inhilâl edeceğini tahmin eder ki bu, hukukun kuvvete galebe çalması olacaktır. Fakat olgunluk çağlarında ‘Justice dans la révolution et dans l’Eglise’ adlı eserinden itibaren PROUDHON, ilk görüşlerindeki hayalperestliği nazara alarak ve Devlete mukabil tutulan cemiyetin hukukî nizamını hatalı bir idealleştirmeden kurtarmaya başlayarak, birbirlerini karşılıklı olarak hudutlandırmak ve birbirleriyle işbirliği yapmak suretiyle sosyal hayatın nescini teşkil etmekte olan muhtelif toplulukların kesretini meydana çıkarır: müstahsil topluluklarını, müstehlik topluluklarını, karşılıklı yardım birliklerini (les mutualités), müşterek mâlikler topluluğunu (les copropriétés), Devleti (yurttaş topluluğu), muhtar âmme hizmetlerini birbirinden tefrik eder ve bu topluluklardan her birinin muhtar ve nev’ine has bir hukuk ifraz etmekte olduğunu ispat eder. Bir blok teşkil eden ve Devletten gayri olan cemiyetin doğurduğu hukuk nizamı, tıpkı Devletten gayri olan kısmî teşekküllerin (cemiyetlerin = associations) doğurdukları hukuk gibi, iktisadi hukuk çerçevesini aşar. Mamafih bu “iktisadi hukuk” terimi, PROUDHON tarafından, karşılıklı yardım hukuku (droit mutualiste) teriminin yanında, ihtimal ki muhtelif hukukî nizamlar arasında tahassul eden gerginliklerin, ihtilâfların ve müteharrik muvazenelerin; normal olarak, mülki topluluklarla (Devlet ve âmme hizmetleri - “siyasi federasyonlar”) iktisadi faaliyet toplulukları (müstehlik ve müstahsil cemiyetleri - “zirai-

sınâî federasyonlar”) arasındaki ziddiyet etrafında döndüğünü daha iyi belirtmesi hasebiyle muhafaza edilmiştir.

Filhakika bu, iktisadî federasyonun, Devletin kayıtsız tazyikine muvafak edebilmesi için ortaklaşa mülkiyet (propriété mutualist) prensibine dayanması zarureti yüzünden bir kat daha kökleşmiş olan bir ziddiyettir. Ekonomi'nin, “sınâî demokrasi” temeli üzerine kurulacak muhtar bir “sosyal anayasası” mânasına olan ıslâhat projelerini hazırlamak hususunda bu tahlillerden faydalanırken, PROUDHON, müşahhas tarihi vaziyetleri gözönüne almaktadır. (“Sınâî feodaliteyi istihlâf eden ve “sınâî imparatorluk”un korkunç heyûlasiyle mücadele eden” sınâî demokrasi”). Bu hal, kendisinin, mülkiyet problemini tetkik tarzında büyük bir sarahatle görülür. Filhakika bu tetkik tarzında mülkiyet prensiplerinin izafiliği pek isabetli bir şekilde tebarüz ettirilmiştir (Roma mülkiyeti, Feodal mülkiyet, kapitalist mülkiyet, ortaklaşa mülkiyet). Bununla beraber, PROUDHON, bu mütezayit rölâtivizmine rağmen, Devlet-dışı cemiyeti ve onun iktisadî hukukunu idealleştirme temayülünden kendini hiçbir zaman kurtaramadı. PROUDHON'un dogmatik rasyonalizmi, muhtelif hukukî nizamlar arasındaki ihtilâfları halleden kaidelerin değişebileceklerini farketmesine mani oldu. Bu, onun hukuk sosyolojisinin son sınırı olmuştur. Öyle bir sınır ki, hukuk gerçekliğinin ziddiyetlerle dolu çokluğu hakkındaki okadar derin olan esas fikre rağmen bu sosyolojinin, ancak bir ön-sosyoloji olarak kalmasına sebebiyet vermiştir.

Almanya'da XIX uncu Yüzyılın ikinci yarısında R. von MOHL'un KRAUSE ve BESELER'in ve Fransız sosyalistlerinin iki taraflı tesiri altında Devletle Cemiyet arasındaki tearuz probleminin derin bir surette incelenmesini müteakip bilhassa iki mütefekkir, toplulukların hukukî tipolojisini derinleştirmeye devam ettiler: L. von STEIN ile GIERKE, Bazı görüşlerinin marksizm üzerine tesir etmekten hali kalmadığı STEIN, kendi doktrinini Fransadaki sosyal hareketin derin bir tetkikinden ve FICHTE, KRAUSE, HEGEL'in birbirleriyle birleştirdiği nazariyelerinden istihraç etti. İktisadî cemiyetle Devletin birbirilerine irca edilemeyeceklerini, ve bunların tek taraflı bir tâbiyet halinde bulunmalarının da mümkün olduğunu kabul suretiyle STEIN, tamamen realist bir zihniyet göstermekle beraber, HEGEL'in tesiri altında kalarak bütün müsbet değerleri Devlette temerküz ettirdi. Zira Devlet, ona göre, manevî faaliyetin ve eşitlik ve hürlük prensiplerinin tecessüm etmiş şekliydi. Kendi haline terk edilen iktisadî cemiyet, daima daha zayıfların köle haline gelmesine ve tahakküm cemiyetlerinin vücutbulmasına sebebiyet verecektir.

Bu cemiyetten sadır olan sosyal hukuk, mülk sahiplerinin mülkten mahrum olanlar üzerindeki iktidarını sağlıyan bir sınıf hukukudur. (Efen-diler-köleler, senyörler-serfler, kapitalistler-işçiler); eğer bu sosyal hukuk, âmme hukukunu kendi tabiiyeti altına alacak olursa, bu âmme hukuku gayrimüsavatsız hale gelir ve sınıf hâkimiyetini tahdit ederek bunun zararlı neticeleriyle mücadele etmek gibi vazifelerine ihanet eder; Devletin iktisadî cemiyet içinde erimesi, tarihî misâlleri malûm olan bir kast rejimine götürür. Fakat Devlet, daima yeniden iktisadî cemiyetin üstüne çıkmaya ve cemiyetin gayrî-müsavatsız sosyal hukukuna karşı, kendi âmme hukukunu ve bilhassa sosyal müsavatsızlıkları gideren kendi idare hukukunu hâkim kılmaya muvaffak olur. Esasen Devletin iktisadî cemiyetin hukukî nizamlanmasına bu müdahalesi, ekseriya Devletin himaye ve kontrolü altında bir iktisadî muhtariyeti (self-government) tahakkuk ettiren ademi-merkeziyetçi âmme hizmetleri şeklinde olur (Bu âmme hizmetlerinin muhtar hukukunda cemiyetin hukukî nizamlanması ile Devletin hâkim durumdaki hukukunun bir sentezi meydana gelir). Böylece, daima birbirleriyle mücadele halinde olan ve karşılıklı tesir ve aksi-tesirlerle (Stosse und Gegenstosse) birbirleri üzerinde müessir olan Devlet ve iktisadî cemiyetten her biri, kâh diğere tek taraflı olarak hâkim olur, kâh onunla beraber kalır, ki bu takdirde birbirlerine karşılıklı olarak nüfuz ederler. STEIN'in, hukukun sosyal gerçekliği ve bu gerçekliğin dinamizminin zıddiyetlerle dolu seyri hakkında derin bir görüşe sahip olduğu şüpheden âridir. O. böylelikle hem tipolojik hukuk sosyolojisini hem de tekevvünî hukuk sosyolojisini ilerletmiş oldu. Fakat maalesef, bir taraftan kendisine Devlete mukabil tutulan cemiyetin idealleştirilmesinden kurtarıırken, öbür taraftan Devleti idealleştirmek hatasına düştü. Yani bir nevi hukukî Devletçiliğe. Onun fikrine göre adâlet idesine tekabül eden hukuk, münhasıran Devlet tarafında, yani kendini iktisadî cemiyetin sultasından kurtarmış olan Devlet yönünde aranacaktır. Zira Roma ananesine göre, hukuk mefhumu dahi ancak ferdiyetçi bir tarzda kurulabilir. Diğer taraftan STEIN, her "sociabilité" şeklinin kendine mahsus olan hukuk nevini doğurduğu ve muayyen bir topluluğa tekabül eden ve hukuk nevelerinin bir mikrokozmu temsil eden her hukukî nizamın kâh bir tahakküm cemiyeti, kah bir eşitlik cemiyeti olabileceği vakiasını da asla nazara almamıştır.

Alman kooperasyon hukukunun (Genossenschaftrecht) büyük tarihçisi olan GIERKE, STEIN'in tuttuğu yolun tam tersine bir istikamete yöneldi. Yani, tefazülî hukuk sosyolojisini, yeniden Devlete karşı tutulan muhtar toplulukların, muhtar hukuklarını idealleştirmeye doğru temayül ettirdi. GIERKE, her teşkilâtlanmış topluluğu, kendi muhtar hu-

kuk nizamının sahibi ve faili olarak tavsif ettikten sonra, (ki bu nizam bir karmaşık kolektif şahsiyet olan topluluğun - Gesamtperson - dahi- li hayatını tanzim eder ve bu karmaşık kolektif şahsiyet ise müşahhas bir sistem içinde teklik ve çokluğun bir sentezini ifade eder) ve huku- kun devlet muavcehesindeki istiklâlini ilân ettikten sonra, bu kolektif şahısların ve hukuk nizamlarının tiplerini metodik bir tasnife tabi tuttu. Böylece bir taraftan mülki esasa dayanan (Devlet ve ailevi bir esasa dayanan kolektif şahıslar gibi) kolektif şahıslarla, mahalle mukayyet olmayan faaliyetlere dayanan (iktisadi, meslekî, dinî faaliyetler gibi) kolektif şahısları, diğer taraftan da işbirliğine dayanan kolektif şahıslarla (Genossenschaften), hâkimiyet esasına dayanan kolektif şahısları (Herrschaften) birbirlerinden tefrik etti. Bu iki tasnif birbirini tamamen karşılamamaktadır. Zira, GIERKE'ye nazaran mülki topluluklar da- ima muhtelit bir karakter arzederler ki, bu karakterde hem bir hâkimi- yet unsuru, hem de bir işbirliği unsuru dahil bulunur. Halbuki akrabalık esasına dayanan topluluklarda hâkimiyet ve işbirliği muhtelif gruplar arasında bölünür: ana-baba-çocuklar grubu ile, efendiler-hizmetkârlar grubu ve bir de kardeşler topluluğu (ilk ikisinde hâkimiyet, sonuncusun- da işbirliği, çeviren). Yalnız faaliyet topluluklarıdır ki, ya münhasıran Genossenschaften yahut da münhasıran Herrschaften olabilirler. Birin- ciler için sendikalar, kooperatifler, ikinciler için de kapitalist rejimdeki fabrikalar veya büyük teşebbüsler gösterebilir. Bu muhtelif karmaşık kolektif şahıs tiplerinden herbiri sosyal hukuk nizamının hususî bir ne- vini tevhit eder "hâkimiyet veya tahakküm" sosyal hukuku, işbirliği sosyal hukuku, mülki sosyal hukuk, ailevi sosyal hukuk, meslekî hukuk, Kilise sosyal hukuku gibi, fakat mülki toplulukların içindeki hususî bir nevin, yani Devletin sosyal hukuku diğerlerine tekaddüm eder.

Topyekün cemiyetin hukuk sistemi ve bunun gerçekliğinin tarihi te- kevinü GIERKE'ye tahakküm cemiyetleri ile işbirliği cemiyetleri ara- sında cereyan eden devamlı ve feci bir mücadele şeklinde görünür. Bu mücadelenin sonu kâh bu iki tip cemiyetten birinin diğerine tefevvuk et- mesine, kâh aralarında bir muvazene kurulmasına, ve karşılıklı olarak birbirlerine nüfuz etmelerine müncer olur. Modern hukuk tarihi; Feoda- lite zamanında, toprak mülkiyeti esasına dayanan tahakküm cemiyetleri- nin zaferine imkân vermek gayesiyle "Genossenschaft"ın "Herrschaft"a tefevvuku ile başlamıştır. Fakat XIII üncü yüzyıldan XV inci Yüzyıla kadar geçen zamanda Feodalizme karşı, şehirler (ki iptidada ancak es- naf loncaları "confédération des corps de metiers" konfederasyonların- dan ibaretiler) "Guildes"ler ve "Compagnonages"lar şeklinde ortaya çı-

kan hür ve eşitçi cemiyetlerin gelişmeleri baş gösterir. Bununla beraber bu cemiyetler Devlete bağlı kapalı ve mecburî localar haline gelmek suretiyle kolaylıkla dejenere oldular. Zaten XVI ncı Yüzyılda Devlet katı olarak mülkî şeklini almış bulunuyordu ve hemen her yerde otokratik ve mutlakiyetçi bir seciye ihraz etmişti. Çünkü Devlet, bütün mülkî topluluklar gibi "Genossenschaft" ile "Herrschaft" arasında muhtelit bir kollektif şahıs olmakla beraber, kendi içinde, bu iki teşkilât prensibinin kâh birini, kâh diğerini hâkim kılabilmektedir. Devlette "Genossenschaft" prensibinin hâkim olmaya başlaması XVIII inci yüzyıl sonuna ve XIX uncu yüzyıl iptidalarına tesadüf eder ki, bu hal iki surette vaki olmuştur: birisi merkezî uzuvların demokratize edilmesi, diğeri de mahallî muhtar idarelerin (self government) inkişaf etmesi. Fakat "Herrschaft"ın Devlet teşkilâtı içine hasredilmesi; bizzarure, Devletin kendi teşkilâtı haricindeki serbest cemiyetlerin, muhtar "Genossenschaft"ların inkişafına müsait bir hale gelmesi vakiasını intaç eder ve keza bu devirde Devlet, yavaş yavaş müstakil işbirliği cemiyetlerinden müteşekkil muhtar ekonomik bir cemiyet tarafından tevzin edilmeye temayül eder.

Maalesef, GIERKE, muhtelif halleri işaret etmiş olmasına rağmen, "sociabilié" şekilleri ile "gerçek kollektif birimler"i birbirinden tefrik etmemiştir ki bu hal, onu, toplulukların pek basitleştirici ve pek kısa bir hukukî tipolojisini yapmaya sevketmiştir. GIERKE'nin hukuk sosyolojisine müteveccih temayülleri, bundan başka şu üçlü hata yüzünden inkişâf edememiştir: "Genossenschaft"a nevin bütün müsbet kıymetlerini izafe etmek hatası. Zira "Genossenschaft" bu değerlerden mahrum da olabilir. Sonra, bir ideal haline sokulmuş olan bu teşkilâtlanma şeklini, yalnız Cermen hukukuna hasretmek hatası, Nihayet Devletin - her zaman, her hal ve şartta - bütün diğeri topluluklara takaddüm ettiği yolunda *à priori* ve doğmatik bir iddiada bulunmak hatası. GIERKE'deki hukuk sosyolojisi tasarısı, tetkik ettiğimiz doktrinler çevresi içinde bu yeni ilim şubesinin önüne çıkan engelleri en fazla temizlemiş bir görüş tarzı olmasına rağmen, KRAUSE ve PROUDHON'un görüşlerindeki dar çerçeveyi aşmaya muvaffak olamamıştır (1).

3 — EVRENSEL HUKUK TARİHİ. MUKAYESELİ HUKUK. HUKUKİ ETNOLOJİ. KRİMİNOLOJİ ;

Hukuk sosyolojisi mübeşşirlerinin üçüncü grubu, tercihan hukukun

(1) Yukarıda § 2 de zikredilen doktrinlerin tafsilâtlı izahı ve ilgili bibliyografya için bak: GURVITCH - *Idée du Droit social* 1932 sh: 171 - 567.

tekevvünü meselesiyle iştigal etmişlerdir. Böylece hukuk tekâmülünün devamlı ve inkıtasız bir şekilde hangi istikamette ilerlediğini bulmak için, en eski cemiyetlerden hareket etmek gerektiğini zannetmişlerdir. Doğrusunu söylemek lâzımgelirse, bu gayretleri boşa gittiğinden, ve birbirinden farklı tavsifî cemiyet tiplerine ve farklı medeniyetlere mensup hukukî müesseseleri birbirlerine yaklaştırmak ve birbirleriyle mukayese etmek suretiyle, hukukun tekâmül hareketi için bir tek istikamet tesbit etmenin imkânsız olduğunu anladıklarından, bu araştırmalar hukukun tekevvünü meselesini, yani onun istihale âmilleri meselesini halledeceği yerde, daha ziyade, hususî bir topyekûn cemiyet tipine, yani kadîm (archaique) cemiyet tipine tekabül eden hususî bir hukuk tipinin tespitine yardım etmiş oldular.

Böylece, bu nevi araştırmalardan, tekevvünü hukuk sosyolojisi değil, belki topyekûn cemiyetlerin hukukî tipolojisi istifade etmiş oldu. Zira, "génétique" hukuk sosyolojisi, hukuk istihalesindeki muntazam ilerleyişlerin istikametlerini ve bunların âmillerini ancak tek bir tavsifî tip içinde tetkik edebilir.

HENRİ SUMNER MAÏNE, "*L'Ancien Droit Considéré dans ses rapports avec l'histoire de la société primitive et avec les idées modernes* (1861). Fransızcaya tercemesi: 1874" adlı eserinde; Hint hukuku ile İrlanda hukuku arasında mevcut bazı benzerlikler üzerinde ısrar ederek bu nevi çalışmalara yol açmış oldu. Muhtelif medeniyet çevreleri içindeki "köy camiaları" (klanların mahallileşmiş şekilleri) üzerine dikkati çekti ki, bu camialar, kollektif gayrimenkul mülkiyeti ile yaygın bir halde bulunan hâkimiyet unsurlarından müteşekkildir. MAÏNE, bu iki unsurun bütün bir hukukî inkişâfın temelleri olarak telâkki ediyordu (*Etudes sur l'histoire des institutionis primitives*, 1876. Fransızcaya tercemesi: 1889), MAÏNE, yaptığı bu tarihî ve mukayeseli araştırmaları, hukukî tekâmülün umumî bir kanununu tesbite muvaffak olacağını zannediyordu: "Terakki yolundaki cemiyetlerin tekâmül hareketi bugüne kadar, daima statü'den mukaveleye geçmek suretiyle olmuştur." Aynı şekilde HERBERT SPENCER tarafında da bildirilen bu kanun, tekâmül "tohum"unun araştırılmasına mütealliktir, yani "bizim zihnî bünyemizin müstakar olduğu, ve bu zihnî bünyenin tezahür yerleri olan hukukî müesseselerin de MONTESQİEU'nün bildirdiğinden daha az mütehavvil ve nisbî olduğu" yolundaki kanaata dayanan bir araştırma ile ilgilidir. MAÏNE, kendi mukayeseci metodunu "doğmatik mukayeseli mevzuat"a mukabil olarak tutar ki, bu metodda tarihî safhalar nazara alınır ve bu safhalar içinde ancak aynı tarihî seviyede bulunan hukukî müesseseler

birbirlerine yaklaştırılır. - Bununla beraber, MAITLAND, ve VİNOGRADOFF gibi müteakip neslin hukuk tarihçileri, tarihî inkişafı bir muvazat tesisinin keyfî birşey olduğunu ve asıl tarih metodunun, ancak, tekrarı kabil olmayan ve adamakıllı ferdileştirilmiş vakıaların tesbitine cevaz verdiğini ve muhtelif cemiyet tiplerinde hukuk tekâmülünün arzettiği mu'diliyet ve imtidatsızlık karşısında kadîm (geri) cemiyet hukukunun, bütün hukukun evrensel tekevvünü için bir temel olarak telâkisinin imkânsız olduğunu isbat suretiyle, MAİNE'in araştırma metodunu haklı olarak tenkit ettiler. Böylece kendi makul hadleri içine irca edilmiş olan tarihçi - mukayeseci metod; araştırmaları, bir tek topyekûn cemiyete tekabül eden hukuk tipinin ötesine götüremeyecek olan bir metod olarak kabul edildi. (Karşılaştırınız : VİNOGRADOFF - *Principes historique du Droit*. Fransızcaya tercemesi: 1924, 1 Cilt, sf. 160-173).

Bu bakımdan FUSTEL DE COULANGE'ın 1864 de neşredilen "*Cité Antique*" adlı klâsik eseri, tabiat-üstü kuvetlere olan inancın, hususiyle dinî inancın Yunan-Roma şehrinin iptidâî şekline tekbaül eden hukuk tipindeki rolünü meydana çıkarmak suretiyle daha fazla tatminkâr bir durum arzeder. Yunan-Roma muhitinde âile ocağının, Kırallığın, gayrimenkül mülkiyetinin, miras hakkının ve evlenmenin dinle olan irtibatını meydana çıkarırken FUSTEL, hukuk inkişafının umumî kanunlarını keşfetmek iddiasında bulunmuyor, sadece birbirlerine bir hayli yakın olan bu iki medeniyet çevresini birbirleriyle mukayese etmekle iktifa ediyordu. Bununla beraber, FUSTEL'in meşgul olduğu meseleleri daha sonra ele alan GUSTAVE GLOTZ, (dikkate değer eserlerinde : *La solidarité de la famille dans le droit civil en Grèce 1904 et La Cité Grecque 1928*) , FUSTEL DE COULANGE'ı, haklı olarak çok basitleştirici ve çok tamimci olmakla ve kadîm Cité'nin tekâmülündeki mudiliyeti farkedememekle ittiham eder, zira bu Cité, âilenin (Clan = Genos) mihrak teşkil ettiği merkezîyetçi çevreler vasıtasıyla değil, ancak ve yalnız Cité'nin hukukî nizamı ile âilelerin hukukî nizamları arasındaki çatışmalar ve karşılıklı tesirlerle istihale ve inkişaf edebilmekteydi.

MAİNE'in muakkibi olan MAXİME KOVALEWSKİ, her iki eserinde (*Le Tableau des origines et de l'évolution de la famille et de la propriété 1890* ve bilhassa *La Coutume contemporaine et la loi ancienne 1893*) tarihçi-mukayeseci metodu kendi selefinden daha fazla ihtiyatla kullanır. "Hukukun mukayeseli tarihinde, sosyolojik ampirizmin bu sahadaki tahakkukunu" görmeğe devam etmekle ve bunu "farklardan ziyade benzerlikleri aramaya" yetkili saymakla beraber, KOVALEWSKİ, hukukî müesseseler arasındaki mütemadî teselsülü aramaktan ziyade "ilk hukukî müesseselere vücut veren o müphem ve karanlık vetireyi" keş-

fetmeye çalışır. Yani kadim ve iptidai hukuk tipini. Zira o, "mütevassıt halkaların noksan olduğunu" bilir. DARESTE ise eserlerinde daha ihtiyatkâr görünür : "*Etudes d'histoire du Droit 1889 ve Nouvelles études d'histoire du Droit, 1902*". Kendisi bu eserlerde muhtelif milletlere göre kadim hukuku tasvir etmekle iktifa eder, ve yalnız hukuk tekâmülünün sosyolojik bir tamimine karşı değil, aynı zamanda müsterek bir kadim hukuk tipi icat eden "Hukukî Etnoloji"ye karşı da cephe alır.

Buna mukabil Avusturyalı hukukçu ve Roma Hukukunun pek meşhur tarihçisi R. von JHERİNG, *Esprit du Droit Romain, I - III*, Fransızca tercemesi, 1876) hukukî istihaleleri Roma cemiyetinin küllî tekâmülünün heyeti uumiyesi içine ithal etmek suretiyle Roma Hukukunu geniş bir sosyolojik zihniyet içinde tetkik ettikten sonra ve haklı olarak "bizi kendine esir eden ve hukuk ilmini matematiğe çevirten cazibeden" kendisini kurtarmak arzusunu ızhar ettikten sonra, bizzat yaptığı müşahhas müşahedeler üzerine, her yerde ve her zaman muteber olacak olan "hukukun bir sosyolojik nazariyesi"ni kurabileceğini zannetti. Evvelâ tarihçi mektebin hatasını tashih ederek, hukukî inkişaf temelinin daima mücadele olduğunu, hukuk uğruna yapılan şuurlu bir savaş olduğunu ve hukukun gayrimeşur bir şekilde (ağır, sulh içinde ve dilin inkişâfı gibi) inkişâf ettiği yolundaki fikrin kabul edilemeyeceğini ilân etmekle iktifa etti (*Le combat pour le Droit, 1875*). Muhakkak ki mübalağalı ve ne bütün hukuk neveleri, ne de bütün topluluklar ve cemiyetler için muteber olan bir tez. Bu iddianın yegâne kıymeti, daha evvelkilerin ortaya attıkları tezlere gösterdiği muhalefetten ibarettir. "*Le But en Droit, I - II* cilt. 1877-1883" adlı eserinde JHERİNG, kendi hukuk sosyolojisi tasarısını tamamen doğmatik mahiyette bir hukuk nazariyesine tebdil ederek daha ileri gitmiş oldu. Bu nazariyeye göre her hukuk, sosyal menfaatlerin müdafaasından ibaret olan şuurlu bir gayeye bağlıdır ve bu müdafaa Devlet tarafından yapılır ki böylece bütün hukuk Devletin zecrine bağlanmış olur. Bu suretle JHERİNG'in hukuk sosyolojisi baştan birtakım ölçüsüz iddialar serdinden sonra neticede sosyolojik izafiyet zihniyetine aykırı olan Devletçi bir hukuk nazariyesi sıfatıyla "hukukun bütün bir tarihine gözlerini kapayarak" (H.S. MAİNE) hattâ umumiyetle hukukun bütün yaşıyan gerçekliğini görmiyerek, kendisini, zamanının beylik prejüjelerine kaptırmış oldu.

Bu bakımdan Alman hukuk tarihçisi B. W. LEİST'in gayretleri daha alâkabahşır. Bu müellif, tarihçi mektebin doktrini üzerinde JHERİNG'inkinden hayli farklı bir tarzda tashihler yapmıştır. "*Analyse dogmatique du Droit Romaine 1854 ve La Nature de la Propriété 1860 ve Les Fondements réels et les matières du Droit*" adlı eserlerinde LEİST,

kendi tarihî müşahedelerini; hukukun tekevvünü kanunlarını tesbit için yahut yeni bir hukuk nazariyesi kurmak için değil, belki sistematik hukuk sosyolojisinin temel problemlerinden birini vazetmek için umumileştirir. Bu problem, daha önceden kanunda ve örf ve âdetle tesbit edilmiş olan hukuk kaideleriyle hukukun yaşayan gerçekliği arasındaki münasebet meselesidir. “*Lebensverhältnisse*”ler, yaşayan sosyal münasebetler, kendi hukukî nizamlarını kendileri ifraz ederler ki bu hukukî nizamlar katı ve şekli hukukun altında meknuz bulunur. Bu, objektif unsurdur., hukukun “*Physise*”sidir (tabiatı, maddesidir). Bu, romalıların “*naturalis ratio*” dedikleri şeydir ki bunun tabii hukukla bir münasebeti yoktur, ve “gerçek hukukî müesseselerin” en derin tabakası demektir. Bu gerçek hukukî meseleler, ayrı bir ilim kolu tarafından tetkik edilmelidir ki bu; katı hukuk kaidelerinin dogmatik ve sistematik etüdünden olduğu kadar, Hukuk Felsefesinden de farklı bir ilim dalı olmalıdır. Hukukun yaşayan müessesevi gerçekliğinin bu “*Physique*”i, yani Devletin ve hukukçuların sistemleştirmeleriyle tadil edilemeyen, belki bunları, kendisini nazara almaya mecbur eden “*physique*” i, Hukuk Sosyolojisinin tetkik konusudur. LEİST, bu terimi kullanmamıştır, fakat tahlillerinin neticesinden zarurî olarak bu anlaşılmaktadır. HUGO SİNZEIMER’in işaret ettiği gibi (*La tâche de la Sociologie du Droit* 1935; Hollanda dilinde. 50-53), LEİST’te bugünkü hukuk sosyolojisinin HAURIOU, EHRLICH gibi belli başlı kurucularının fikirlerinin evvelden sezilişlerine rastlamak kabildir. Bununla beraber, LEİST, kendi görüşünü tahakkuk ettirmeye muvaffak olamadı. Zira hukukun yaşayan gerçekliğini, Devlete raptettiği müsbet hukukun dışına koyuyordu, ve hukuk sosyolojisini hukuk gerçekliğinin bir tek tabakasına inhisar ettiriyordu: kendi kendine husul bulan hukuk (*Droit spontané*).

* * *

Hukuk tarihçilerinin ve mukayese metodunu kullananların yaptıkları yardımın yanbaşında, hukuk sosyolojisinin teşekkülüne etnografaların ve etnologların yaptıkları yardımlara da bir yer ayırmak lâzımdır. Zaten MAİNE, KOVALEWSKI, ve DAREST’te bu nevi araştırmaların tesiri kuvvetle hissedilmekteydi. Fakat Fransada LETOURNEAU (*Evolution juridique 1891*), Almanyada POST, Hollandada STEINMETZ, hukukun tekevvünü sosyolojisine temel teşkil etmek üzere müşahhas etnografik araştırmaların Etnolojide umumileştirilmesine taraf-tar olan birçok kimselerin ve hususiyile LUBBOCK, TAYLOR ve MORGAN’ın çalışmalarından cezri bir şekilde istifadeye çalıştılar. Hususiyile Alman bilgini POST, uzun bir çalışmalar serisinde muhtelif hukukî mü-

esseselerin etnolojisinin, bütün hukukun doğum sebeplerini ve bütün cemiyetlerdeki tekâmül kanunlarını keşfettirmeye elverişli olduğunu iddia edebileceğini zannetti. (*Introduction à la Science naturelle du Droit, 1872. Théorie générale du Droit fondée sur l'Ethnologie comparative, 1880, I et II v. Les fondements du Droit et les principes de son évolution; Théorie générale du Droit à base sociologique, 1884; Les Tâches de la théorie du Droit, 1891; Traité de la Jurisprudence Ethnologique I et II v. 1894 - 1895*). Zira, "hukukun bu etnolojik sosyolojisi, aynı zamanda, yerine kaim olduğu hukuk teorisinin mümkün olan yegâne kaynağıydı, ve mukayeseli bir istikra ile hukuk mefhumunu tarife muvaffak olmuştu". Bununla beraber, POST'un muazzam gayreti, ancak "birbirinden pek farklı cemiyetlerden alınmış ve keyfî bir tarzda sıralanmış olan bir hukukî müesseseler kataloğu" na müntehi oldu (FAUCONNET). Bu araştırmalardan, bu müesseseler hakkında hiç bir izahat, bunların tekâmülleri hakkında hiç bir kanun, ve hukuku ahlak ve Dinden ayırarak olan hiç bir "hukuk mefhumu" istihracı mümkün olmadı ve olamazdı. Bizzat POST dahi, son eserlerinde, "hukukun mukayeseli etnolojisi, sadece hukuk sosyolojisinin bir kısmından ibarettir", "ve bu sosyoloji ise hukuk teorisinin temellerinden birini teşkil eder" demekle başlangıçtaki iddialarının herhangi bir muvaffakiyetsizliğe uğrıyacağını hissetmişti.

POST'un muakkibi olan S. R. STEINMETZ, Psikoloji ile birleşecek olan hukuk sosyolojisinin, hukuk teorisinin yerine geçmeğe kabiliyetli olduğunu zannetmekle beraber, kendi selefinden çok daha ihliyath görünür. (*Etudes Ethnologiques sur le premier développement de la peine; I et II v. 1892 - 1894; Les relations juridiques des indigènes de l'Afrique et de l'Océanie, 1903; Classification des types sociaux, l'Ann. Soc. III v. 1900*). STEINMETZ'e göre, mukayeseli hukuk etnolojisi, "tabiat ilimlerine" değil, "kültür ilimleri" ne girdiğinden, genel tekâmül kanunlarını araştıramaz, belki yalnız muayyen sosyal bünyelere tekabül eden hukukî hayatın hususî tiplerini araştıracaktır. Meselâ kadim cemiyete tekabül eden hukuk tiplerini. Hattâ bu bile ayrıca talî cinslere ayrılır. Sonra; hukuk sosyolojisi, bütün sosyoloji gibi, "aslâ Etnolojiye irca edilemez". STEINMETZ tarafından muhtelif geri cemiyetler hukukunun tasviri dahi ilmî ve daha ihtiyatkâranedir. Zira mukayeseden evvel, her müşahhas hukukî fenomeni evvelâ mutâ cemiyetin sosyal hayatının heyeti umumiyesine ithal eder. Böylece STEINMETZ'in çalışmaları modern etnologların, ezcümle THURNWALD'ın tuttuğu istikamete tevecüh etmiş olur.

Geri cemiyette sihir ile din arasındaki münasebetleri ve bu münasebetlerin hukuk üzerindeki akislerini (*Le Rameau d'or* 1890. 7 cilt. 1911 - 1915) ve (*La Tâche de Psyché* 1909) ile (*Les origines magiques de la Royauté* 1905) de hülâsa ettiği geri hukukî müesseselere müteallik neticeleri tahlil eden FRAZER'in etnolojik Antrópolojisi; geri hukuku ilgilendiren bütün bir temel problemler serisini vazetmekle beraber, hukuk sosyolojisini tamamiyle istihlaf etmek yolunda hiç bir iddiada bulunmaz. Hattâ pek aceleci tamimlere ve bir hayli söz görürür tekâmlüğe rağmen, bu etnolojik Antropolojinin, hukuk teorisi yerine kaim olmak hususunda da bir iddiası görülmez.

Elhasıl, hukukî etnoloji tekâmül ettiği nisbette, başlangıçtaki iddialarından vazgeçer oldu. Yani hukuk tekâmülünün genel kanunlarını bulmak ve tekevvünü hukuk sosyolojisi meselelerini halletmek iddialarından, zamanla, feragat etti. Buna mukabil, hususî bir topyekûn cemiyetin, yani geri cemiyetin hukukî tipolojisine yardım ederken, hukukî etnoloji, müşahede ettiği fenomenleri, içlerinde buldukları sosyal fenomenlerin heyeti umumiyesine yani "topyekûn sosyal fenomenler" in bütününe ithal etmeye muvaffak olamıyordu. İşte burada geri cemiyete tekabül eden hukukî hayat tipi hakkında ve bu tipin hudutları içindeki tekâmül âmilleri hakkında katî vuzuhu temin edecek olan tetkikler yine bir taraftan DURKHEİM ve onun talebeleri olan MAUSS ve FAUCONNET ve DAVY gibi müelliflerin ciddî bir sosyolojik metoda göre yaptıkları etnolojik çalışmalar, diğer taraftan da LEVY - BRUHL'ün "*Mentalité primitive*" üzerindeki yenilik getiren çalışmaları olmuştur.

* * *

Hukuk sosyolojisinin mübeşşirleri hakkındaki bu kısa beyanımızı bitirmemiz için, biraz da, bu ilim dalının ceza hukuku sahasında kaydettiği inkişaf hakkında bir kaç söz söylememiz gerekmektedir. LOMBROSO (*L'Homme Criminel* 1876) ve GAROFOLO (*Critérium positif de la criminalité* 1878) gibi İtalyan âlimlerinin, suçu, metafizik hüviyeti olan bir şey gibi suçludan tecrit eden mücerret klâsik telakkilere karşı tepki göstererek, suçluların, ruhî bakımdan zaten suç işlemeye müsait bir halet içinde buldukları hususunda ısrar etmek suretiyle, antropo - psikolojik ve biolojik telakkileri münakaşaya katmalarından sonra bir seri cinaiyatçı, bu görüş noktasına karşı cinaiyat sosyolojisi (veya suç sosyolojisi) denen görüşü ileri sürmeye başladılar. Burada bu görüşün ancak iki temsilcisi üzerinde duracağım: Fransada GABRIEL TARDE, ve İtalyada ENRİCO FERRİ ki, bunların vardıkları neticeler açıkça birbirinden farklıdır.

“*Sociologie Criminelle*. Fransızca tercemesi: 1905” müellifi olan ENRİCO FERRİ, “suç sosyal vakıasının müsbet tetkikinde” - ki topluluğun kollektif menfaatini tehdit eden ve “cemiyetin müdafaa ve tenkil reaksiyonlarını tahrik eden her fiil suça temsil edilebilir - suçluluğun ortaya çıkardığı bütün meselelerin hallini araştırır. Böylece suç sosyolojisi, ceza hukuku kaidelerinin sistematik tetkikini lüzumsuz kılar ve pratik ıslahat (ceza siyaseti), artık doğrudan doğruya suçluluğun nazârî bilgisinden istihraç edilir. Suçluluğun; esas manasını teşkil eden “bir hukukî kaidenin ihlâli ve nihayet bir kollektif idealin haleldar edilmesi olmak” vasfını bertaraf eden bu sâfiyane natüralist pozitivizme rağmen, FERRİ, suç sosyolojisinin (neviyetinin neden ibaret olduğunu tayin etmeksizin) umumî sosyolojiye karışmayıp, hukuk sosyolojisinin bir kolunu teşkil ettiğini lâyıkiyle nazara almıştır. Muhakkak ki suç sosyolojisinin, Esprit sosyolojisinin bir cinsini teşkil ettiğini bilmemektedir, ve bu hal, kendisinin bütün tahlilleri için zararlı olmuştur, ve icabında cemiyet için tehlikeli olan faileri daha hiç bir suç işlemedikleri bir sırada dahi cezalandırmaya sevk edecek olan saf bir önleyici sosyal korunma tekniği ile, sosyolojik bakımdan izah edemediği “*kanunsuz suç olmaz, kanunsuz ceza olmaz*” prensibi arasında bocalamasına sebep olmuştur. Bununla beraber, FERRİ’nin, istatistikî mütalâalardan faydalanarak, suçun “sosyal âmilleri” ni meydana koymaktaki ısrarı “ki bu âmiller nüfusun farklı kesafeti, umumî efkârın ve dinin durumu, aile teşkilâtı ve terbiye sistemi, sınaî istihsal, alkolizm, iktisadî ve siyasî teşkilât, v.s. gibi şeylerdir), mesleğin, medenî halin ve yaşın suç üzerindeki tesir nisbetini göstermedeki sarahati, nihayet, suç şekillerinin cemiyet tiplerine göre değişmesine müteallik müşahadeleri (Feodal cemiyette suçun taammüm etmiş olan şekli cebir ve tecavüz olduğu halde, burjuva cemiyetinde hile ve dolandırıcılıktır), hasılı bütün bu iddiaları, ceza hukukunun tekevvünü sosyolojisine yapılan kıymetli yardımları teşkil ederler. Hukuk sosyolojisine yol açan bu ilimî kazançlar öyle bir sahada elde edilmişlerdir ki, bu saha, bir suç teorisi, bir ceza ve mesuliyet teorisi için bir temel teşkil etmek şöyle dursun, bilâkis bu mefhumların daha önceden aydınlatılmış ve tayin edilmiş olmalarını istilzam eder. Hattâ toplulukların ve topyekûn cemiyetlerin bir sistematik hukukî ti-polojilerinin de daha önceden teessüs etmiş olmalarına ihtiyaç gösterir.

Pek tanınmış Fransız filozofu GABRIEL TARDE (1843 - 1904), ferdî icatların tekrarından ibaret olan sosyal taklit nazariyesini hazırlamadan evvel, suçluluk meselesiyle bir hayli meşgul olmuştu. Kendisinin hâkimlikte ve Adliye Nezareti suçlu istatistikleri müdürlüğünde geçen meslekî hayatı bu nevi araştırmalarda ona hususî bir yetki bahşedi-

yordu, ve muhakkak ki bu araştırmalar TARDE sosyolojisinin kaynaklarından birini teşkil etmekteydi. TARDE, “*La Criminalité Comparée* 1888, *La Philosophie Pénale* 1890, *Etudes pénales et sociales* 1892, *Les foules et les sectes eriminelles* 1893, (*L’Opinion et La Foule* 1901 de tekrar basılmıştır)” gibi eserlerinde, suçu, kendi anladığı şekilde sosyal gerçekliğe tabi olarak tetkik etmeye koyulmuştur. TARDE, FERRİnin natüralist ve faydacı prejüjelerine iştirak etmedi, ve kendisinin “suçun sosyal sebepleri” hakkındaki araştırmasına “zihinlerarası psikoloji” ye doğru bir istikamet verirken, suç psikolojisinin hukukî sembollerden, *idée*’lerden ve kıymetlerden vazgeçemeyeceğini lâıkiyle hesaba kattı (ki daha sonra *Logique Sociale* adlı eserinde 1893 - bunlara “sosyal espri kategorileri” adını vermiştir). Böylece bu ilim dalı, suçun hukukî tetkikini istihlâf etmek şöyle dursun, TARDE’a göre bu tetkik şekli ile karşılıklı bağıllık durumunda idi. Şu kadar ki onu, artık eski skolastik mahiyetinden kurtarmıştı.

TARDE’ın suç sosyolojisinin gayelerindeki bu büyük tevazu, onun “sosyal organizasyon ne ise, suçluluğun da ona göre olduğu” vakıasını istihracına ve “suçlu namzetlerini seçen ve onları buna mahkûm eden cemiyettir”, “delilik bile sosyal hallerin bir neticesidir” gibi görüşler serdetmesine mâni olamadı ve hattı buna yardım etti. Suçlu istatistiklerinden faydalanan TARDE, “suçluların meslekî guruplarının” suçta oynadığı rolü meydana çıkardı. Suçta halkın (foule) ve dinî mezheplerin (secte) faaliyetlerinin tesirlerini; LE BON’un ve SIEGHELE’nin mübalâğa ve karıştırmalarını tashih ederek, tetkik etti.

“Halk” la “umumî. efkârı” birbirine karşı tuttu, ve “toplanma = rassablement) nın daima bir “fenalık mikrobu” gibi telâkki edilmesi lâzım gelmediğini isbat etti. Maalesef TARDE, suçu, münhasıran ferdî teşebbüslerin taklidi ile izah etmek gerektiğini zannetti ve bizzat mesuliyet prensibini dahi “failin şahsî hüviyeti ile birleşmiş” olarak “fiilin taklit edilebilme imkânı” üzerine kurmaya çalıştı.

TARDE’ı vakıaların gerçekliğinden uzaklaştıran ve esasen sosyolojik zihniyete mugayir olan bu keyfî inşalar, esas itibariyle muayyen bir ehemmiyeti haiz bulunan araştırmaları ciddî bir surette haleldar etti. TARDE meslekî faaliyetleri sırasında hukuk sosyolojisini ilgilendiren umumî araştırmalarla kendi suçluluk sosyolojisini tamamladı. İki eserinde (*Les transformations du Droit* 1893), (*Les transformations du pouvoir* 1899) hukukî müesseselerin inkışafının mütecanis bir temadisi hakkındaki tekâmülcü tezle (ki bu tez hukuk müesseselerinin tohumunu kadim cemiyette buluyordu) pek şiddetle mücadele etti. Bu mevzudaki

kalem mücadelesi, şayet kendisinin ferdî icat hakkındaki umumî tezine bağlanmamış olsaydı büyük bir kıymet kazanacaktı. Zira, ferdî icat - ve bunun taklit suretiyle kollektif tekrarı - bu tekrara muhalefet edilmesi ve nihayet intibakın husulü yolundaki tezi, bu iddialarla hukuk hayatının en esash unsurunu bertaraf ediyordu: hukukun yaradılışında ve tanımışında topluluğun oynadığı rolü.

Diğer taraftan, her yere kendi umumî şemasını tatbik ederek, biz-zat kendisi tek bir hat istikametinde giden bir tekâmül nazariyesine vâsıl oldu ki, bu hat, ona göre, daima, aynı hukukla bağlı olan şahıslar çevresinin gittikçe genişlemesi istikametindeydi. Yani "hukukî terakki" bundan ibaretti. Bu hatalara rağmen TARDE, bazı fer'î meseleler üzerinde öğretici sonuçlara vâsıl olmuştur: bir taraftan birinci emsali teşkil eden ilk müteşebbislere, diğer taraftan teamüllere ve mahkeme kararlarına izafe ettiği rol; sonra örf ve âdet hukukundan (âdet - taklidi) teşriî hukuka (moda - taklidi) geçişi tasvir edişi, (ki bu teşriî hukuk ta; daha yeni teşekkül edecek olan bir âdet önünde eğilmeye mahkûmdur) gibi hususlar, hukukun kaynakları hakkındaki tekevvünî ve sistematik hukuk sosyolojisi için, mühim yardımları teşkil ederler. TARDE'in adı, metodik tahakkukunu ilerde tetkik edeceğim bugünkü hukuk sosyolojisinin en yakın mübeşşirleri arasında zikredilmeye evleviyetle lâyıktır.

(Devam edecektir)