

HUKUKİ GERÇEKLIK — SOSYAL GERÇEKLIK

Hukuk ile sosyoloji arasındaki bağıntılar ve hukukun
sosyal hayattaki rolü üzerinde bir deneme ;

Yazan : François RUSSO

Çeviren Asistan Dr. Rasin Arsebük

GİRİŞ BAHİSİ

Hukuki ile sosyal arasındaki temel ikilik

Kamu bilincinin belirtisi olarak hukuk :

Hukukun kamu bilincinden çıktığı hakkındaki kuram bilhassa XIX uncu yüzyılın ilk yarısında Savigny'nin Tarihçi Okulu tarafından geliştirilmiş ve sonra da Durkheim ve okulunun kamu bilinci üzerindeki görüşleri ile az çok değişik bir anlamda yeniden ele alınmıştır. Bu açılarından, hukuk, kamu bilincinin temelli bir belirtisi olarak düşünülüyor. Hukukun şüphesiz sistematik olan bu türlü tasarımı ilgiyi onun uzun zamandanberi savsanmış olan yönlerine çekmesini sonuçladı, hukuku sadece kanun koyucunun eseri olarak kabul eden doktrinlere karşı yerinde bir tepki yarattı ve hukukla uğraşan filozofların ilgileri örf ve âdetin önemi üzerine çevrildi. Böylelikle anlaşıldı ki hukukun meydana gelişinde asıl yaratıcı evre hukukun kolektif ve kendikendine olan meydana geliş evresidir, yoksa, hukuk profesyonellerinin teknik denilen prosedelerle bu verileri hukuki gerçekler haline çevirdikleri evre değildir.

Fakat bu kuramın hukukun meydana gelişinin tek açıklama şekli olarak benimsenmesine engel olan bir takım güçlükler çıkıyor hemen.

Önce, önerilen kamu bilinci bilisi (notion) uymuyor pek gerçeğe. Gerçekten kamu bilincinin ne olduğu iyice belirtilmemiştir; havattan fıskırıp da düşüncenin henüz kavrayamadığı şeyler gibi belirsiz kalıyor; dolaşısıyla hukukun sosyal hayatta karşılaşmakla zorunlu olduğu kesinlik ve açıklık ihtiyaçlarını cevapsız bırakarak belli başlı sosyal meseleleri çözemiyor.

Şunu da ekliyelim ki kamu bilinci tek bir ögeden meydana gelmiş

değildir (39). O, genel olarak bölüntülüdür ve karşıt ögeler ihtiva eder: “Üstün akımların (courants dominants) karşısında karşıt veya yandan gelen akımlar vardır” (40). Bundan da şu sonuç çıkıyor: Hukuk kamu bilincinin bir belirtisinden çok birbirlerine karşıt olan yösemelerin bir bileşkesi veya bir yönsemenin bir başka yönseme üzerinde elde ettiği üstünlüktür.

İşte bu sebeplerden dolayı, kamu bilinci, hukuku tek başına meydana getirmek hususunda tam bir yetersizlik içindedir. Belki hukuka önemli ögeler sağlar fakat onun meydana gelişi salt kendisine dayanarak olmaz. Görülüyor ki sosyal hayatın dinamizminin bir gereği olarak hukukun tespitinde tamamlayıcı bir rol oynayacak bir tümleçe ihtiyaç var.

Bu görüşlerimiz her ne kadar yüzde iseler de (élémentaires) hukukun salt kamu bilincinden çıktığını ileri süren kuramın yetersizliğini gösteriyor. İşte bir toplum için hukuk edinme gereği buradan çıkıyor.

Bu zorunluluğu, hukukun sosyal hayatta belirme tarzının doğrudan doğruya gözlemi de doğrulamaktadır. Gerçekten, hukuk, çoğu zaman, yalnız kamu bilincinin eseri imiş gibi durmuyor.

Özde olan (spontanée) sosyal hayat dışında bir veri olarak hukuk :

Doğrudan doğruya kamu bilincinden çıkmayan hukuk iki ana sınıfa ayrılır: bir yanda uzmanlar elinden çıkan veya daha geniş bir değişle toplumun bütünü tarafından değil de özel topluluklar tarafından yapılan ve sonra toplumun bütününe kabul ettirilen hukuk, öbür yandan, bir başka toplumdaki alınıp getirilen hukuk. Bu duruma göre, toplumların, kendilerinin yaratmadıkları ve belki de en köklü yönsemelerine aykırı olan bir hukuka tabi olmaları olurlu oluyor.

Kanun koyucunun bağımsız olarak yaratış payının büyüklüğüne de özellikle işaret edilmiştir. “Kanunların diyor M. le Fur, salt erke dayandırılarak zorla kabul ettirildiği aşırı durumları bir yana bırakarak münhasıran Fransa’yı ele alalım. Eski ve yeni bütün kanunlarımızın sadece sosyal zorunlukların veya toplumun yüksek iradesinin bir sonucu olarak görmenin bir olanağı var mıdır? Böyle bir iddia — yapılacak olursa — kanunlarımızın pek çoğu için yanlış olurdu. Örneklerini bulmak hiç de güç değil. Yaram yüzyıldan beri yürürükten kaldırılması istenen, Medeni Kanun’un eşitlik üzere aynen taksimi koyan maddesi, bir çok Avrupa Devleti hukuklarına nazaran geçkin sayılabilecek olan dernek veya ku-

(39) Bk. Gurvitch, *Essais de Sociologie*, Sirey 1938.

(40) Bk. Dicey, *Etude sur les rapports entre le Droit et l’Opinion publique en Angleterre au XIX e siècle*, fr. çev. Giard, 1906.

rum rejimlerimiz. Bugün Fransa'da, Kilise ile Devlet'in ayrılmasını ön gören kanun genel olarak benimsenmiş durumdadır; oysa ki bu kanun oy sayısına göre seçmenlerin altında ve halkın da yirmide birinden daha azını temsil eden millet vekilleri tarafından kabul edilmişti. Üstelik çoğunluğu meydana getiren milletvekillerinden pek azı bunun seçim bildirgelerine geçirmisti ve nihayet, bu karara, hemen hemen tüm olarak karşın oldukları bilinen Conseils généraux'lara danışmaya yanaşılmadan varılmıştı. Görülüyor ki kanun koyucunun rolünün önemini belirten fikirler kolay kolay yürütülemez" (41).

Daha eski bir geçmişte bir Büyük Petro'nun, bir İkinci Frederik'in, bir Napolyon'un yasama bakımından ne büyük eserler meydana koydukları malumdur. Bu yüce kanun koyucular kamu bilincini, kamu oyunu elbette ki sözden uzak tutmuyorlardı. Fakat yarattıkları şey bu araçlarla elde edebilecekleri hukuki verileri kat kat aştı.

Bir toplum içinde hukuku yapan yalnız kanun koyucu değildir. Başka kişi ve organlar da buna katılırlar.

Öyle anlaşılıyor ki uygarlığın başlangıcında hukuku yaratan toplum değildir. Toplum bilmiyor hukukunun ne olduğunu. Hukuk, çoğu zamandinsel bir kisveye bürünmüş olan "hukuk bildiricileri" (diseurs de droit) tarafından açığa vuruluyor. Roma'da Pontifus'lar, Cermenlerde "yıllık hukuki toplantılarında geleneklerin bütününe halka bildiren hukuk bildiricileri" (42) vardı. Gerçi bu hukuk bildiricileri, kuralları, halk bilincinde buldukları verilerden alıyorlar ve (Cermenlerde olduğu gibi) çok defa halk kendisine sunulan kuralı onayıp onamamakta da özgür kalıyordu. Fakat gine de hukuk, kamu bilincinin eseri sayılmıyor, o, onu bildirme yetkisi olan uzman kişilerden meydana gelen bir kurul aracı ile öğreniliyordu.

Daha gelişmiş uygarlıklarda, hukuk, laikleştirilmiş olmasına ve eskisi kadar gizli kalmamasına rağmen, toplumun bütünü tarafından değil de bazı kişiler veya kurullar tarafından yaratılma niteliğini muhafaza etmektedir; Roma'da iurisconsultus'lar, veya Prudens'ler var, Preator var; Orta Çağ'da, Fransa'da kamu hukukunun gelişmesinde büyük etkileri olan kanuncular (legistes) ve özel hukuk alanında da Boloşna Hukuk Okulu gibi roma hukukçu çevreleri var.

Aynı şey İngiliz hukuku için de söylenmiştir: halk örfünün ne olduğunu bilmiyordu, onu yaratan kendisi değildi; örf, yargıç ve hukukçu ku-

(41) Les grands problèmes du droit, s. 51-52.

(42) Petrau-Gay, La Laghsaga salienne et l'intéret de ses survivances historiques, RHDF, 1935, s. 454 sq.

rulları tarafından meydana getiriliyordu. "İngiliz örf ve âdet hukukunu bilen yalnız yargıçlardır; hukukla ilgileri olmayan kişiler için o, bir meçhul olmaktan kurtulamamıştır" (43) diyor Summer Maine.

Açıkça görülüyor ki hukuku tek başına kamu bilinci yaratır kuramı kabul edildiğinde hukukun meydana gelişinin bir çok önemli sosyolojik yönleri savsanmış olacaktır.

Bir toplumun hukukunun o toplumdan olan topluluklar veya kişiler tarafından yaratılması şart değildir; hukuk dışarıdan da gelebilir. Bu takdirde, çok defa hukuk, yabancı bir toplumdan alınıp getirilmiş demektir. Gerçekten, bir başka toplumda doğup gelişmiş olan kurumları benimseme yolunda genelleme bir yönseme vardır toplumlarda.

Bu da hukukun doğrudan doğruya kamu bilincinden çıkmadığını gösteren bir başka nokta. Ulusların hukuki hayatlarında her an rastlanabilen böyle bir olayın ne kadar belirtilse azdır önemi. Hukukun sosyal çevrenin bir belirtisi olduğunu tanıtmayı başlıca amaç edinen Savigny'nin Tarihi Okulu onun bu yönünü savsanmıştır.

Orta Çağda batı acunu tarafından Roma hukukunun kabulü bu receptio'ların en önemlisidir. Roma hukukunun Fransız hukuku üzerindeki büyük etkisi malumdur. Aynı etkiye Alman hukukunda da rastlanır. 15 inci yüzyılda ve 16 ncı yüzyılın başlarında kaleme alınan âdetler ilden ile başkalık göstermekle beraber Roma hukukunun duyulur derecede hukuka girdiğini göstermektedir (44).

Kilise hukuku da aldı yabancı kuralları. Kilise disiplin kurallarından pek çoğu belirli bölgelerin ürünü oldukları halde sonradan bütün Hıristiyanlık acunu tarafından benimsendi. Özellikle İrlandada ve İngilteredeki ada derlemeleri (Collections insulaires) de denilen kilise kuralları derlemelerinin kara Avrupası kilise hukuku üzerinde etkisi büyük olmuştur (45).

Daha özel olmakla beraber hiç de daha az tipik olmayan bazı başka receptionlara da işaret edilmiştir: İngiltere'nin kanunların anlaşmazlığına dair uluslar arası âdetleri kabul etmesi gibi (46).

Hıristiyan acunu dışında da önemli receptio'lara rastlanmaktadır:

(43) Cruet'den, La vie du droit et l'impuissance des Lois, Flammarion, 1908, s. 57.

(44) Bk. Kuntel et Thieme, Quellen zur neuerem Privatrechtsgeschichte Deutschlands, Weimar, 1936.

(45) Bk. Fournier'nin başlıca eseri, Histoire des collections canoniques en occident, depuis les Fausses Décrétales jusqu'au Décret de Gratien, 2. c. Sirey, 1931-32.

(46) Bk. Lévy-Ullmann, RHDF, 1933, s. 210.

islâm egemenliği altına düşenler islam hukukunu kabul etmişlerdir; Birmanya da aynı şekilde Hind hukukunu almıştır (47).

Bu şekilde hukuk edinmek her zaman birden ve tüm olarak olmuyor; o çok defa uzun bir zaman sonunda benimsenir (48). Üstelik bazan dıştan gelme kendini kabul ettirmek isteyen hukuk ile kamu bilincinden doğma hukuk arasında bazı noktalarda anlaşmazlık dahi çıkabilir. Bu türlü, ilgi göstermeye değer bir örneği, bazı ulusların islâm hukukunu benimseme yolundaki direnişlerinde görüyoruz: berberilerde, islam hukukuna aykırı olarak, kadına miras hakkı tanınmamış, arındırıcı ant (serment purgatoire) dinsel şeklini muhafaza etmiştir (49).

Hukukun bilinçli yaratılışı. Başlıca sosyal zorunluluklar :

Hukukun sosyal hayata göre olan durumu üzerindeki bu genel görüş hukuk ile sosyoloji arasındaki bağıntılar probleminin başlıca noktalarını ortaya çıkarmaktadır.

Bazı bakımlardan hukuk, en özde oluş ve en derin yönleriyle sosyal hayatın kendisidir ;bazı bakımlardan ise hukuk sosyal hayatın ayrılmaz bir görüşünü teşkil eder. Bu durumunda, hukuk, sosyal hayatın araçsız verilerinin karşıtıdır. Aynı zamanda da sosyalin kenar çevresinde yer alan ikincil bir şey gibi durur. Demek ki ilerde niteliklerini belirtmekle zorunlu olduğumuz temelli bir ikilikle karşı karşıyayız.

Hukukun meydana gelişine gelince bu yalnız sosyal hayatın özden olan ve bilinçsiz bir eseri değildir. Çünkü salt bu şekilde doğmuş bir hukuk hukuki'nin sosyal hayatta yüklenmekle zorunlu olduğu görevleri yerine getiremez. Gerçekten, bu haliyle belirsizdir, tutarsızdır hukuk. Şu halde bilinçle meydana getirilmiş hukuk sosyal hayatın bir zorunluluğudur. Bilim evresında olan bu meydana getirilişin hangi bakımdan araçsız sosyal veriye bağlı kaldığını, sosyal yapıların daha doğrusu tekniğin işe karıştığı ikinci evrede ise hangi bakımdan bu sosyal veriden ayrıldığını tesbit etmek gerekecektir. Bilim veya teknik, verinin salt bilinçli incelenişi (simple étude réfléchie du donné) veya yapı, hukukun meydana çıkışının mahiyetini belirtme yolunda çözümleyeceğimiz başlıca ikiliklerdir.

Yazımızın başından beri görülüyor ki ister hukukun mahiyeti, ister onun meydana gelişini olsun, hukuk ile sosyoloji arasındaki bağıntılar

(47) Bk. del Vecchio, Justice, Droit, Etat, s. 184 sq.

(48) Bk. Tarde, Les transformations du Droit, Alcan, 1893.

(49) Bk. G. Marcy, Le problème du droit coutumier berbère, La France Méditerranéenne et africaine, 1939, fask. I.

problemi çokçu bir görüşten hareket edilerek çözülmek istiyor.

İşaret ettiğimiz bu temelli ikiliğin yanında, hukukun meydana gelişinin mahiyetinde daha bir çok ayrımlılık kaynaklarına rastlıyacağız.

Eserimiz boyunca doğruluğunu tanıtlamaya çalışacağımız ve onun son bölümünde ise tam olarak belirecek olan çokcu bir düşüncedir. Tek bir bakış açısına kalmamak ve sosyal hayat araştırmalarında ve özellikle hukuk felsefesinde çekinilmesi daima gereken yoksullaştırıcı bir tekçiliğe (un monisme appauvrissant) düşmemek için, onu, daha başlangıçtan itibaren, yön gösterici bir ide (idée directive), bir çalışma varsayımı olarak kabul etmek gerekiyor.

BİRİNCİ BÖLÜM

Hukuki metotla sosyolojik metodun karşılaştırmalı incelenişi (Gerçekleşme şekline göre hukukun nitelikleri)

BİRİNCİ FASIL

Hukukun üç genel gerçekleşme şekli: Özdenlik, bilinçlilik, yapı:

Bugün, hukukun, meydana geliş hakkında edinilmiş olan fikirlere iki çift temel kavram egemendir: veri ve yapı-bilim ve teknik. M. Gén'y'e (büyük eseri Science et technique en droit positif'e bk.) borçlu olduğumuz bu kavramlar bugün artık neredeyse klâsik oldular. Hukukun gerçekleşmesi problemini inceliyebilmemiz için bu temel kavramlar karşısında belirli bir pozisyon almamız gerekiyor. Kaldı ki bizce bu kavramlar önemlerine rağmen aydınlatılmak istiyor; bir takım belirsizlikler ve çifte anlamlılıklar (équivoques) giderildikten sonra kullanmak doğru olur onları. Bu açıklamalardan sonradır ki hukukun genel meydana geliş şekillerinin incelenişine geçebiliriz.

Önce veri nedir? Gen'y'e (50) göre veri hukukçuların çalışmalarına temel olan maddedir. Fakat bahis konusu olan madde hangi maddedir? Bu, tarihin mi, sosyal hayatın mı, yoksa usun mu doğrudan doğruya olan bir verisidir? Bu, işlenmemiş ham bir verimdir yoksa düşüncenin işlediği, bilimin düzenlediği bir veri midir? Aradaki ayrım çok önemli. İlk çeşit veri ile öbürü arasında ağır ve güç olmakla beraber tam anlamı ile bilimsel olan, sosyal hayatın düşünükli incelenişi yer alıyor. Bu ayrımı, M. Geny, hiç bir zaman açıkça ortaya koymuyor. Oysaki pratik ve doğrudan doğruya kuruluş evresi ile tiliğin gerçek anlamıyla yapı evresi arasında

(50) Science et Technique, c. II, s. 370.

kalan, M. Gény'nin bilim dediği, sosyal gerçekliğin positif inceleniş evresinin aydınlığa çıkarılması için bunun yapılması şarttır. Dolayısıyla, veri kadar temelli bir kavram olan bilim de M. Gény'nin eserinde tatmin eder şekilde açıklanmış değildir. Gerçekten, hukukun kuruluşunun bilimsel evresi gerektiği kadar çözümlenmemiştir; bu evre, yapı evresine göre, ikinci derece bir yer tutmaktadır. Biz ise, bilimsel evrenin, hukukun kuruluşunda önemli bir yer tuttuğunu tanıthabileceğimizi sanıyoruz.

Teknik kavramına gelince bu da iki anlamlı olup hukukun meydana geliş mekanizmasının kavranışını güçleştirecek bir durumu vardır.

Gerçekten mademki teknik, bilimin bir karşıtıdır, onu şöyle tanımlamak gerekir: teknik bilimsel sayılmaları olur/ü olmıyan prosedelerin genel toplamıdır. Oysaki M. Gény'nin teknik için verdiği tanım şudur: teknik, hukukun güttüğü pratik amaçların gerektirdiği, kesinliği, sadeliği, uygulanabilir olmağı ve objektifliğı sosyal gerçekliğe veren prosedelerin bütünüdür. Aynı anlayışa "Technique de l'élaboration du droit positif" (51) adlı önemli eserinde M. Gény'nin fikirlerini derinleştiren ve geliştiren M. Dabin'de de rastlanılmaktadır. Ancak yukardaki iki tanım birbirinden ayrılmıştır. İkinci tanımın birinci tanıma uyması için sosyal gerçekliğin bilimsel inceleme yollarından hiç birinin hukukun pratik amaçlarına elverişli olmadığına tanıtlanması gerekir. Oysa ki bunu yapmak kolay değildir ve hattâ biz bunun karşıtı tanıthıyacağız yani sosyal hayatın bilimsel incelenişinin yani sosyal bilimin veya geniş anlamı ile sosyolojinin getirdiği düzen ve açıklığın sosyal gerçekliğe hukuki gerçeklik niteliğini vermede büyük bir payı olduğunu göstereceğiz. Görülüyor ki M. Gény'deki teknik kavramı sade belirsiz değil aynı zamanda tehlikelidir de çünkü böyle bir anlayış hukukun meydana gelişinin doğru olarak anlaşılmasını engelliyebilir.

Son olarak yapı bilisine gelecek olursak bunun da M. Gény'de iki anlamlı olduğunu görürüz. Gerçekten iki ayrı yapı anlayışı var M. Gény'nin: 1 — Yapı hukuki bir amaca doğrudan doğruya yönelmiyerek yeni sosyal organizmalar halinde, (ekonomik, ekinsel kurumların yaratılmasında olduğu gibi) sosyal hayatın zenginleşmesini erek edinir. 2 — Yapı; ereği münhasıran hukukidir yani daha önce meydana gelen bir sosyal gerçekliğe (bu, sosyal hayatın bir verisi veya ilk anlamında olmak üzere, yapıdır) bu gerçekliğin sosyal hayatı kavranışını ve daha geniş olarak, doğrudan doğruya hukuki olan amaçlara uymalarını sağlamak için (açıklık, sadelik, objektiflik gibi) gerekli tamamlayıcıları ekler. Bu ise yapıyı sağlaması bakımından bizi yeniden teknik kavramına götürür. Gerçekleşti-

(51) Sirey, 1935.

rilen yapı tipine göre, sosyal veya politik teknik ile münhasıran hukuki olan teknik birbirinden ayırt edilmelidir. Bu ayırt etme M. Dabin tarafın dan M. Gényn'in eserinde yapılan önemli aydınlatmalardan biri olmuştur.

Artık bu açıklamalardan sonra hukukun meydana gelişinin çeşitli görüngülerini daha temelli ve ayrıntılı olarak ele almamız olurlu oluyor. Bu meydana gelişin üç önemli evresini sıra ile inceleyeceğiz: kendiliğinden ve pratik olarak meydana geliş evresi, salt düşünme (simple reflexion) evresi, yapı evresi. Bu çözümlenmelerin incelemelerimiz için ne kadar önemli olduğu açıktır. Bilim evresinin incelenişi, bize hukuk biliminin ne oranda sosyal gerçekliğin pozitif bilimsel bir etüdü olduğunu, başka bir deyim ile hukuki metodun, kullandığı prosedeler bakımından, sosyolojik metotla ne oranda kaynaştığını gösterecektir. Bundan sonra yapının incelenişi, bir yandan hukukun ne orada normatif bir bilim, öbür yandan, hangi yönden salt hukuki bir teknik olduğunu belirtecektir. Hukuki gerçekliğin doğası problemine gelince özden olarak ve pratik doğuş evresinin incelenişi, bize, hukuki gerçekliğin hangi yönden sosyal gerçekliğe yaklaştığını gösterecek, buna karşı, bilim ve özellikle yapı evrelerinin incelenişi hukuki gerçekliğin araçsız sosyal gerçeklik ile hangi noktalardan ayrıldığını gösterecektir.

Burada hukukun meydana gelişinin bütün yönlerini ayrıntılı olarak inceleme bahis konusu değildir; sadece çeşitli tiplerin başlıca niteliklerini belirtmek istiyoruz. Başlangıçta da dediğimiz gibi, her bir görüngünün, hukukun meydana gelişindeki payını kesin olarak belirtme iddiasında olmadığımız gibi, a fortiori, burada bu meydana gelişini sağlayan organların incelenişine girişecek değiliz. Çünkü aynı bir organ (parlamento, mahkeme, hukukta uzmanlaşmış sosyal grup), her üç tipe girebilecek hukuk yaratma prosedeleri kullanabileceği gibi, yaratıcı organ, kullandığı prosedelerin dışında bizi burada doğrudan doğruya ilişilendirmeyen sosyolojik görüngülere de sahip olabilir. Bu konularda tamamlayıcı bilgi edinmek için hukukun kaynakları üzerindeki incelemelere baş vurmak gerekiyor (52).

Oldukça genel olarak kabul edile gelen fikirlerin bir tepkisi olarak çözümlenmelerimiz özellikle şu noktalara yönelecektir: 1 — Hukukun meydana gelişinde kullanılan hukuki metodun, sosyolojide, genel olarak, sosyal gerçekliği incelemek için kullanılan metodun aynı olduğu, 2 — Hukuki yapı görüngüsü altında, çoğu zaman, gerçekte sosyal verinin sadece bilimsel bir organizasyonunun veya özden ve pratik olarak teşekkül etmiş olan bir verinin hukuk tarafından benimsenişinin (consécration) sak-

(52) Bilhassa, Mélanges Hauriou, Sirey, 1929, ve AIIPD, c. I, 1934.

lı olduğu gösterilecek, 3 — Bir yandan hukuki teşekkülün bilimsel evresinde sosyolojinin payı, öbür yandan, bir çok hukuki yapıda var olan sosyal etkinlikler belirtilecektir.

Etüdümüzü, progresif olarak derinleşmek suretiyle şu üç bölümde tamamlayacağız: Özden olarak, bilinç yolu ile, ve yapı şeklinde, hukukun meydana gelişindeki üç evrenin genel görünüşü; hukuki teşekkülde değer ve tekniğin meydana getirdiği iki temel yönün daha yakından incelenişi; son olarak da daha ayrıntılı bir şekilde, hukuki tekniğin bazı özel usullerinin çözümlenişi.

Hukukun özden doğuşu :

Günümüzün yazarları, özellikle M. Lambert ve M. Gurvitch, Tarihçi Okul'un az çok belirsiz kalan görüşlerini derinleştirerek, hukukun, toplumlar içinde, salt pratik ve özden olarak husule geliş tarzının önemi üzerinde ısrarla durmuşlardır. M. Gurvitch, henüz eksik kalmakla beraber tam anlamı ile hukuki olan bu şekilleri, "hukuki yaşanmışın (vécu juridique) en derin ve en duygusal tabakasını teşkil eden ve öbür bütün kurallara göre daha araçsız ve daha gerçek olan veriler" (53) i çözümlenmektedir Böyle bir görüş M. Gurvitch'in inorganize için olan zaafının bir görünüşü olsa dahi uzun zamanlar hatta bu gün bile hukukun kuramsal yoldan ve bir fikir ürünü olarak meydana gelişine verilen yersiz önemden ötürü ilgi çekici bir araştırma yolu teşkil etmektedir. Hukukun büyük bir bölümü sosyal etkinlikten meydana gelir. Hukukun teşekkülü ile sosyal etkinliği birbirinden ayırmağa çalışmak hatadır. Gerçekten, çok defa, ikisi birbiriyle karışmış durumdadır. Sosyal hayat, toplum hayatı demek, hukuki düzenlemeye doğru yönsemenin belirmesi demektir. "Tek ve aynı bir eylemle hem hukuklarını yaratan ve hem de varlıklarını ona dayandıran, kendilerine temel teşkil eden hukuku meydana getirerek varlıklarını ortaya koyan toplumlar vardır. Bu toplumlarda hukuka dayanarak teşekkül ile hukukun teşekkülü aynı anda olmaktadır." (54). Denilebilir ki sosyal hukuk idesini çözümlerken M. Gurvitch'in başlıca kaygusu işte bu fenomeni yakından incelemektir. Bu açıdan bakıldığında, hukuk, sosyal hayata erkle kök salmış olarak görünüyor.

Hukukun bu özden ve araçsız meydana gelişinin incelenişi örf ve âdetin teşekkülü problemini ortaya çıkarmaktadır. Bu konuda tam bir çö-

(53) L'Expérience Juridique, s. 69

(54) Le Fur, Les Grands Problèmes du Droit, s. 211.

ziimlemeye geçmek dışında kalıyor etüdümüzün. Özellikle önemli olan bir iki görüngüsüne işaret etmekle yetinelim.

Kazai içtihat çözmekle yükümlü olduğu somut anlaşmazlıkların pratik karakteri itibariyle özden olan sosyal hayata çok yaklaşır. Ancak sosyal hayatın daha da derinlerinde yer alan hukuk kaynakları vardır (55): çeşitli mesleki etkinliklerden, günlük uygulamalardan, meslek teşekküllerinden, sendikalardan, satınalma ve satma birliklerinden v.s. “şurupların partilerin ve kişilerin mücadelesinden” (56) doğan hukuk.

Bu özden ve pratik olarak meydana gelişi şu iki somut örnek üzerinden inceliyelim; bulgu belgesi (ihtira berati) hukuku, ticaret şirketleri hukuku.

Hukuki olduğu kadar sosyal bir olgu olan bulgu belgesini kavrayabilmemiz için önce kanunlara baş vurmamız gerekir (7 Ocak 1791 ve 7 Temmuz 1842 tarihli kanunlar). Bunlardan belki, bulgu belgesinin, kanun koyucu tarafından meydana getirildiği ve Eski Rejim’de onun mevcut olmadığı sonucuna varılabilir. (Bu örneği ana hatları ile kendisinden aldığımız) M. Isoré (57) nin de dediği gibi “Genel olarak kabul edilen bir fikre göre 1791 tarihinden önce bulgu belgesi yoktu; o, kanun koyucu tarafından çıkarılmıştı”. Oysa ki 17 nci ve 18 inci yüzyıllardaki belgelerin incelenişi, bize, adı ile olmasa bile bir varlık olarak bu kurumun yaşadığını gösteriyor: gerçekten, bulgu belgesinin ana öğelerine daha o çağlarda rastlanmaktadır: tekelin belirli bir zaman için oluşu, korunmadan yararlanabilmek için bir yeniliğin olması ve bulgunun endüstride bir uygulama alanı bulabilmesi şartları, bulunan prosedenin tam olarak betimlenmesi ve belirtilmesi zorunluluğu... Bütün bu öğeler ise kuramsal bir yolla değil ticaret ve endüstri hayatının uygulanmasından doğmuştur; kanun sonradan gelip bazı noktaları aydınlatmıştır. Bulgu belgesinin özünü meydana getiren şeyler daha önce vardı; onu yaratan kanun değildi.

Hukukun meydana gelişinde pratik ve özden oluş öğelerinin önemini belirten bir başka örnek de ticaret şirketlerinin doğuşudur. “Onların gelişmeleri ticaret örfünün en karakteristik bir gösterisidir. Etkinliklerini bizzat pratik tayin etmiş; eski hukukumuzun kuramcuları onların gelişmesinde hemen hemen hiç bir rol oynamamışlardır” (58). Eski rejimde

(55) Bk. E. Lambert, L’enseignement du Dr. comme Sc. sociale, 1928, s. 40.

(56) Bk. M. Guetzevitch, Propos de méthode, Rev. d’His. Pol. et Constitutionnelle, Janv. - mars 1937, s. 180 sq.

(57) RHDF, 1937, s. 94.

(58) Bu örneği Henri Lévy-Bruhl’in şu etüdünden aldık: Les différentes espèces de Sociétés de Commerce en France au 17ième et au 18ième siècle, RHDF, 1937, s. 294 sq.

üç ana çeşit şirket vardı: bütün ortakların in infinitum ve in solidum sorumluluğunda genel şirket; yalnız komanditelerin sorumluluğunda komandit şirket; (bu gün aynı adı taşıyan şirketlerden ayrılmış olarak) yalnız üçüncü kişilerle sözleşme yapanın sorumluluğunda anonim şirket. Bunlardan başka hisse senedli bir takım şirketler de vardır ki bunların mahiyetleri pek belli değildir.

Bu duruma göre, 19 uncu yüzyıldaki mevzuat ticaret şirketlerinin yapısını yoktan var etmiş sayılamaz; başlıca öğeleri yüzyıllardan beri devam edegelen ticaret örfü tarafından meydana konmuştur. Bununla beraber böylece meydana gelen bu rejimin bir çok eksiklikleri vardı: Bir kere şirketlerin adlandırılması işinde açıklık yoktu. Örneğin aslında komandit olmayan şirketlere komandit şirket deniliyordu. Aynı belirsizlik, elde edilen kazancın iflâs halinde ne olacağı ve komanditlerin borçlarının mahiyetinin ne olduğu hususlarında da vardı. Bu karışıklığın düzenlenmesi için kanun koyucunun müdahalesi gerekli idi.

Getirdiğimiz bu örnek pratiğin, hukukun meydana gelmesinde oynadığı önemli rolü belirttiği gibi, bu pratik yoldan doğuşun noksanlarını ve onun bilinçli ve kuramsal bir çalışma ile tamamlanması gereğini de belirtmektedir. Hukukun pratik yoldan meydana gelişi ile kuramsal olarak meydana gelişi arasındaki bağ ve birbirini tamamlayıcı karakter buradan çıkmaktadır.

Düşünce ekini olarak hukuk:

Hukukun pratik yoldan doğuşunun işte budur ana hatları. Bu çeşit teşekkülün karşısını düşüncenin ve iradenin başlıca rolü oynadıkları bilinçli teşekkül teşkil eder.

Veri ile yapı arasındaki bağıntılar üzerinde yanlış bir anlama düğülmemek için bilinçli yaratışın iki önemli evresini birbirinden kesin olarak ayırmak gerekir. Bu bölümün başında buna kısaca dokunmuştuk. Hukukun bilinçli meydana gelişinin ilk evresi verinin salt objektif incelenişi olan bilimsel evredir. Bu evre bir sosyal yapının veya yeni yapıların meydana getirilmesini kapsamayıp, sadece verinin bilimsel incelenişi ile onun organizasyonunu öngörmektedir. Yapıcı olan evre ikinci evredir. Orada sosyal gerçekliğe yeni öğeler eklenmektedir.

Bu evrelerin, hukukun teşekkülündeki payları hakkında, kuramcılar arasındaki şiddetli tartışmalar malumdur. Sosyolog olan hukukçular asıl bilimsel evrenin önemi üzerinde durmaktadırlar; daha çok doğmacı olan hukukçular ise, yapı görüngüsünü belirtmişlerdir.

"İlk gruptaki hukukçular için kanun koyucu hukuku varmaktan çok

onu ifade eder. Kanun koyucu, kurumların örf ve âdetin ve hukukun varlığının gerekli kıldığı inanları belirtmeyi amaç edindiği durumlarda, sosyolojik metodu uygulamalıdır; sosyal hayatı positif olarak inceleyen sosyolojik metod bu amaca çok elverişlidir” (59). Bu, salt gözlem işi olmaktan çıkıp, anlayıp kavrama, veriyi organize etme, bilince vardırma işi oluyor. Örneğin sosyal bir veri olarak alınan kazai içtihat için “aynı çeşit kararların verilmesine bilinçli veya bilinçsiz olarak sebep olan temelli yönsemelerin ortaya çıkarılması” (60) bahis konusu olacaktır.

Böylece, hukuk, sosyal veriye eklenen bir yapı olmadan önce, bu sosyal veri üzerinde düşünme, daha önce kendiliğinden yaşanmış olan sosyal hayatın bilinçlendirilmesidir. Biraz da izam edilerek “hukuk toplumunun karakteristiği bilinçli organizasyondur” (61) denmesi bundandır. Düzenlemek, sosyal çeşitliliği organize etmek hukukçunun başta gelen görevlerindedir. Bu, bazan, hukukî gerçeği ortaya çıkarmaya yeter gelecektir; fakat ne olursa olsun, bunun, gerçek anlamdaki yapı işlemlerinden önce olması şarttır. Bu işe tam anlamı ile sosyolojinin, positif sosyal bilimin işidir.

Gerek tabii hukuk problemi, gerekse teknik, dikkati daha çok çektiğinden, hukukun meydana gelişinin bu yönü üzerinde fazla durulmadı. Sosyal gerçekliğin, bir düşünce konusu teşkil ettiği ve bilimsel bir çalışma sonunda organize edildiği derecede hukukî bir gerçeklik teşkil etmek için varlığı şart olan niteliklere zaten sahip olduğu pek farkedilmedi. Hukukun olabilmesi için, bilgi ve pekinlik gerektir. Sosyal verinin bilimsel ettüdü ise, bunu çok geniş ölçüde gerçekleştirmektedir.

Bu işlemin, ayrıca, sosyal önemi de büyüktür. Organize bir düşünce sonunda hukukî gerçeklik olan sosyal gerçeklik, içinden çıktığı topluma, onu değerlendirerek dönüyor. Bu hukukî gerçeklik içinde toplum yine kendini bulur; bununla beraber, toplum, düşünme işini kendi başına yapamaz. Bu, sosyal bilinci derinden derine değiştirip pekleştiren sosyal hayatı objektifleştirme işidir.

Bu bilince girmenin, bu ham sosyal verinin aydınlatılmasının bilimsel kaplamı ve sosyal önemi, bir Tarde veya Saleilles tarafından belirgin olarak ortaya konmuştur. Bir anayasanın meydana getirilmesi hakkında, Tarde, şöyle diyordu: “Bir anayasa buyurucu, bir düzenleme olmaktan çok, bir açıklamadır. Onun değeri samimiyetindedir. Zaten bir kanunun bir ulusu reforme etmekten ziyade, ona kendini tanıma imkânını verdiği

(59) Aillet, Dr. et Sociologie, Rev. de Métaph. et de Morale, 1923, s. 108,

(60) Haesert, La Technique juridique, APDS, 1939, c. s. 57

(61) N. Kralyevitch, La Portée théo. du glissement du Dr. vers la Sic, Sir. 1939 s. 243,

herkesçe bilinen bir hakikattir. Bir araya getirilmiş, genelleştirilmiş, sistemleştirilmiş politikadan ibarettir anayasa” (63). Burada kanunun oynayabileceği rol bakımından az çok mübalâğaya kaçılmaktadır. Kanun da reform yapabilir; yalnız burada dikkat edilecek nokta, onun önce anlamakla, organize etmekle, sistemleştirilmekle işe başladığıdır; yani bir yapı olmaktan önce o, sosyal gerçekliğin bilimsel bir etüdüdür. Bu, çok zaman üzerinde durulmadan geçilen bir noktadır.

Salcilles, eski hukukumuzda ve yanlış olarak salt teknikten ibaret olduğu ileri sürülen Roma hukukundaki bu bilince girme ve düşünme etkinliğini çok iyi belirtiyor: “Roma hukukunda, ölmüşün kişiliğinin sürmesi, eski hukukumuzda saisine (miras edinme) ideleri belirli olmıyan, bulanık fikirlerin yerini alan açık ve belirli idelerdir. Hukukun görevi de, toplum ruhunun derinliklerinde çalkanan bulanık duyulardan, pozitif bir uygulamaya elverişli açık, belirli, rasyonel formüller çıkarmaktadır. Sosyal bir çevrede belirli bir anda güne çıkan isteklerin yerine gelmeleri için salt formülün karanlık ve belirsizliğinden kurtulup sınırları belirli rasyonel formüllere bürünmeleri gerekir”. (64) Geçen kuşağın yüce hukukçularının önem ve anlamını iyice gördükleri hukukun bu meydana geliş görüngüsünün daha sonra gelen hukukçular tarafından gözden az çok kaybedilişi üzüntü veriyor kişiye.. M. Dabin (65), ve P. Renard (66) bu nokta üzerinde hiç denecek kadar az duruyorlar; bir takımını ise, bu bilimsel etkinliği teknik düzenlemeden önce gelen bir işlem sayıyorlar: anlamıyorlar ki, bu bilimsel düzenleme, geniş ölçüde, hukukun teknik amaçlarına varmasını sağlar (67). r

YAPI :

Şimdi hukuku meydana gelişinin üçüncü evresini teşkil eden yapı evresine gelelim. Hukukun düzenlenişinin bu görüngüsü bittabi ne Tarihçi Okul ne de salt pozitivist sosyologlar tarafından göz önünde tutulmadı.

Oysaki özden veya düşünöklü olarak doğuş görüngüleri kadar önemlidir bu görüngü. Bu evrenin özelliği, gerçeğe ve veriye, o gerçek ve veriden çıkarılamıyacak öğeler ekleyerek o gerçeği ve veriyi geçmededir. Bizim şimdi yaptığımız gibi bir yönden özden oluş, öbür yönden bilimsel düşünlük evrelerinin önemi gözönünde tutulduğunda, hukukun oluşunun yapı evresi-

(63) Cruet'den La vie du Dr. s. 105.

(64) Dr. civ. et Dr. comp., Rev, Inter, de l'Enseignement, 1911, c, 61, s, 45,

(65) Technique de l'elaboration du Dr. positif, s. 349.

(66) La Philosophie de l'institution.

(67) Örneğin Kralyevitch, op. cit., passim.

(68) Aillet, Dr. et Sociologie, loc. cit., s. 112,

ne, çok kere olduğu gibi gereğinden fazla önem verilmekten kaçınılmış olur.

Genel olarak, bu evre olmadan, tamamlanamaz hukuk. "Tek başına bilimsel metot, çalışmalarının sonuna getiremez hukukçuyu" (68); hiç olmazsa pek çok hallerde "hukuk bilimini yalnız bilim değil ve fakat aynı zamanda eleştirim ve eylem de meydana getirir" (69). Bunun içindir ki "M. Gény'nin inanç ile bilimi birbirine karıştırma hususundaki inadı ve sonuçta sosyolojik görüş noktasına gelmeyi kesin olarak reddedişi" bize çok doğru bir yer alış olarak geliyor.

Gördük ki, hukuku bilmek için, çoğu zaman, sosyal veriyi ele almak, toplumsal bilinci incelemek yeter geliyor. Ancak bu görüş noktası tamamlanmak ister. Çünkü hukuk aynı zamanda "önceden düşünülerek yapılan bir seçimin, bir görecenin, bir dengenin dolayısıyla gerçek bir yapının eseridir. Positif hukuk, insan dehası tarafından insanlığın evrimine en yararlı, en etkili, en ekonomik şekilde hizmet etmek için yaratılmıştır. (70)

Hayatın özden olarak evrimi sonunda meydana çıkan çözmeleri (solutions) meşru saymakla kanun koyucunun ödevi bitmiş sayılamaz. Günün anlayışına uymuyor diye yarattığı kurumların kâğıtta kalmaları da şart değildir. Başka bir deyim ile "kanun koyucu da hukuk yapar hukuku bildirmekle yetinmez. Eşyanın doğasından çıkan kanunlar olduğu gibi, bağımsız iradelerin vardığı kararlardan doğan kanunlar da vardır" (71). Oldukça büyük bir ölçüde "verinin suni bir yapısı, zekâdan çok eylemin eseridir" (72) hukuk. Özellikle ancak iradenin işe karışması, bir çok sosyal konuyu kendine göre yorumlamaya kalkışan çeşitli yönsemeleri ve tartışma konusu inançları bir düzen altına alabilir. Salt bilimsel bir çalışma sağlayamaz bunu (73), yapı evresinin işe karışması şarttır.

Ancak bu "yaratıcı ve müteşebbis erk deneye gereken önemi vermedir". Yapı, olgu ve olaylara göre değişmeye daima hazır bir şekilde ölçmeli olmalıdır. Bu gün mevzuatımızda görülen geçici kanunlar politik bir kararsızlıktan doğmuyor; hukukî yapı ile ilgili yukarıdaki anlayış tarzı, kanunları, olgu ve olaylarla karşılaştıktan sonra değerleri biçilmek istenen yapılar olarak ele alıyor. "deneyle, çıkacak sonucu beklemekle" dolu bir mevzuat.

(69) Aillet, loc cit. s. 114.

(70) Dabin, La Technique de l'élaboration de Dr. positif, s. 23

(71) Bk. Desqueyrat, La part d'immuable et de Variable dans le Régime des Libertés, Semaine Sociale, Rouen, 1938, Gabalda, Burdeau, Essai sur l'évolution de la notion de Loi en Dr. fr., APDS, 1939, c. 1-2.

(72) Gény, Sc. et Technique, c. III, s. 23.

(73) Tarde "Kanunlar barış antlaşmalarıdır" derdi, Les transformations du Dr. 1893, s. 4.

Gerçekten yapı sosyal hayattaki etkisine göre değer taşır. Herde bu noktaya tekrar tekrar dokunma fırsatını bulacağız: hukukun düzenlenişinin bir görüngüsünün önemini yargılayabilmek için onu tek başına çözümlenememek yetmez, sosyal hayatın içine gerçekten girip girmediğini de araştırmak gerekir. Gerek Fransa'da ihtilâl sıralarında, gerekse Avrupa'da 1914 savaşından sonra doktrin bakımından çok akımlı olan bir çok anayasasının, olgu ve olayların sınamasından geçtikten sonra gerçek politik bir önem taşımadıkları görülüp nasıl gözden düştükleri herkesce bilinmektedir. Sınamaya dayanılmadan yapılan anayasaların bu yetersizlikleri ve kötüye kullanışlarını, M. Bigne de Villeneuve Fransız anayasaları hakkında çok güzel ortaya koyuyor: "Yüz elli yıl kadar Fransa idarecileri anayasa mevzuatına âdeta putperestçe bir inanla bağlandılar. 1789 ihtilâlinin başından beri bu ihtilâlin "yüce ataları", o basit felsefeleriyle, anayasayı yapan kanun koyucunun tümerkli (omnipotent) ve tam olarak bağımsız olduğu inananı yaymağa ve yarattığı eserin de karşı konulmaz ve çok yüksek bir değer taşıdığını belirtmeye koyuldular. Kanun koyucunun kanısı, kanunu kimseden almayıp baştan başa kendisi yarattığı idi. Kamutayın 27 temmuz 1789 tarihli oturumunda Clermont-Tonnerre'in de dediği gibi "ödevleri" bir anayasa yaratmaktır" Yaratmak demek bir şeyi yoktan var etmektir. Fakat bu aynı zamanda, şeyi keyfe göre biçime sokmak ona istenen şekli, önemi ve kapsamı vermek, yani kısaca, "en yüksek erk" (maitre suprême) olarak hareket etmek demektir. 1789 Kamutayının yapmak istediği de bu idi. Onun düşüncesine göre bir ulusun mutluluğu veya karabahtliliği yalnız ve yalnız kanun koyucularına bağlıdır. Kanun koyucusu dilerse esir sürüleri, dilerse kahramanlar ve azizler sürüsü çıkarabilir o ulustan. Tartışmaların sonunda metinler resmi hukuki şekil ile kanun niteliğini alır almaz sanki gizli bir erk onları rakipsiz kılıyor ve kutsala sövme gözdağı altında uyrukların itaatını sağlıyor. Ne önce ne de bu gün var olanı göz önünde tutmadan sadece olması gerekli sandıklarına önem vererek, yoktan kanun yapma haklarını az veya çok gururlanarak, az veya çok belli ederek ve fakat daima dikkate değer bir ısrarla 1789 dan beri ileri sürmüşlerdir kanun koyucularımız.

"Kişi, diyor Joseph de Maistre, etkinlik alanı içinde her şeyi değiştirebilir fakat hiç bir şey yaratamaz; onun bağlı olduğu fiziki ve ahlâki kanunun gereği budur. Fakat nasıl oldu da kendisini bir anayasa yaratacılıkta erke gördü? Hiç bir politik organizasyon keyfi bir anlaşma ile meydana gelemez. Çünkü onda bulunması gerekli olan öğeler insanlara tabi olmayıp onlardan önce vardır ve kendilerini onlara zorla kabul ettirirler. Herhangi bir kurultay bir ulus yaratamaz. Salt böyle bir iddia tasarımılanabilece en gülünç ve acayip şeyi çığnlığı bakımından aşar.

Çünkü kişi ne kadar uslu, özgür ve her türlü eksiklikten arık (sublime) olursa olsun, Plutarque'ın deyimi ile 'Tanrının bir aracı, bir aletidir'. Kişinin içindeki özgürlük duygusu ona bağımlılığını unutturamazdır. Durum bu olduğuna göre, kanun maddelerini güzel bir şekilde düzenlemekten ziyade, yasama sistemini teşkil etmek, daha doğrusu yetkili politika adamlarının ve hukukçuların kontrolü altında, yasayıcı sistemin meydana gelişine imkân vermek gerekiyor" (75).

Hukukun işlemi ilgilendiren noktalar, doğrudan doğruya, kıbabımızın ikinci bölümünde incelenecekse de, bu yapının işlemi üzerinde şimdiden, bazı açıklamalarda bulunmak doğru olur.

Hukukî yapının objesi hakkında dar bir anlayışa düşmemek için yapının sadece etik veya çeşitli hukukî yapıların aynı derecede etik olmadıklarına dikkat edilmek gerekiyor. Zaten bu düşünük sade yapı için değil, aynı zamanda, özden olarak meydana gelişler ve pozitif bilinçli yaratmalar için de bahis konusudur. Fakat burada özellikle büyük önem taşır. Çünkü yapıda en çok yer tutar etik öğeler; bu nokta önümüzdeki fasılda yeniden ele alınacaktır.

Hukukî yapılar etiklerdir, ahlâki bir ereklere vardır çünkü kamu yararına yönelmişlerdir. Bununla beraber hukukî yapıları ikiye ayrılabiliriz : Bir bölümü doğrudan doğruya ve araçsız olarak yönelirler ahlâki ereğe: hırsızlığı, hakareti, töreye karşı işlenen suçları müeyyidelendiren ceza kanunlarında olduğu gibi. Öbür bölümü böylesine doğrudan doğruya etik değildir. Bunlar her şeyden önce sosyal hayatın iyi bir düzenlenişini sağlayan tekniklerdir. Ahlâk bakımından tarafsız ve kayıtsız değil, çünkü hiç bir insan etkinliği tarafsız olmayıp, olsa olsa ahlâken onanulabilir olur-, olurlu olan bir çok yapıdan bazıları tercih edilecektir. Bu tercih ahlâki niteliklerinin daha çok olmasından değil, daha üstün teknik niteliklere sahip olmalarındandır. Bunu, trafik nizamları, kamu idaresi, maliye sistemleri, ticaret organizasyonu, ipotek ve genel olarak sigorta kurallarının çoğunda görmekteyiz. Demek ki birini öbüründen dikkatle ayırmanın gerekli olduğu iki tip yapı varmış (76).

Görülüyor ki, etik görüş noktası, ne kadar önem taşırsa taşırsın, almıyor hukukî olgu ve olayların bütününe içine. Hukukî ile sosyal arastırdaki bağıntılar problemi hakkında dengeli ve tam bir görüş sahibi olunmak isteniyorsa, sosyal organizasyon yani teknik görüş noktasının da göz önünde tutulması gereklidir.

Hukukun meydana gelişinin yönlerinin her birinin mahiyetini an-

(75) Lettres aux Sonstituants, Illustration, 12 juillet, 1941.

(76) Bk. Delos, Rapports entre la Mor. et le Dr., APDS, 1933, c. 1-2,

cak bir çok monografiler ortaya koyabilir. Oranlarına (dosage) gelince bu, şüphesiz ki, her somut duruma göre başka başka olacaktır. Biz, burada, böyle incelemelere girişemeyeceğiz. Zaten dünün ve bu günün gözlem temellerinden (bases d'observation) yoksunuz çok defa. Özden ve pratik olarak meydana geliş ve bilinçli yaratış oranları hakkında M. Collinet'in "Le rôle de la doctrine et de la pratique dans le développement du droit prive au Bas Empire" (77) adlı etüdüne işaretle yetinelim. Bu iki çeşit etkiye aşağı yukarı eşit pay tanıyan M. Collinet hiç de açık ve belirli olmıyan bir sonuca varıyor. M. Collinet bu iki türlü meydana geliş arasındaki sıkı iç-tenetkiye (interaction) de dokunuyor. Belirli bir görüş noktasından doktrin ve pratik, ayrı iki yaratma tipi olmaktan ziyade aynı bir meydana gelişin iki ayrı evresi olarak düşünölmelidir.

Güney-batı Tunus'daki kollektif topraklar için, bu son zamanlarda meydana getirilen hukukî rejim, bu konuda vazılmış ilgi gösterilmeye değer eserlerden de anlaşılacağı üzere, hukukun meydana gelişinin çözümlediğimiz üç görüngüsüne de rastlanılan güzel bir örnek teşkil etmektedir. (78). Özden olarak ve pratik oluş: Yönetimciler, önce, var olan kollektif toprak rejimini gözlemlemekle işe başladılar. Gördüler ki göçebe oymaklarının yaşama şartlarından, çevrenin coğrafi ve ekonomik verilerinden doğan, zamanla meydana gelmiş bir gayrimenkul organizasyonu var. Bu salt gözlemden sonra bilimsel düzenleme geldi: organizasyon ve, bu verilerin aydınlatılması. M. Despois bu evre için şöyle diyor: Fransız mevzuatı Kuran geleneğinden daha sert olmasına rağmen gün geçtikçe onun yerini alıyor ve bu sertliğin olgu ve olaylara daha uygun olduğu da görülüyor".

Bu bilimsel evrede bir yaratma değil bir organizasyon, bir bilinçleniş oldu. Yerlilerin hayatı gözönüne çıkarıldı, bir deyim buldu. Onlar kendiliklerinden bunu hiç bir zaman başaramıyacaklardı. Son olarak yapı evresi geldi Bu pozitif veriler ve bu doğal yönelmelerden kalkılarak, toprakların devir ve temlik edilememesi, arta kalan toprakların Tunus idaresi tarafından paylaşılması gibi her türlü ahlâki ve sosyal kayguları tatmin eden yerlilerin mülkiyet statüsü meydana getirildi. Toprakların idaresi ve onların işletilmesini kontrol edecek olan vesayet kurullarının yarattılmasının da daha açık olarak kendini gösteriyor bu yapı. M. Despois, kollektif toprakların bu düzenlenişinin sosyal ve ekonomik verilere ne kadar bağlı kal-

(77) RHDF, 1928, s. 552 sq.

(78) Bk. Housset, Le Statut des terres col. et la fixation des indigènes au sol de Tunisie, Libr. Technique et Econ., 1939, Bu eser hakkında: "En terre d'İslâm" Dergisi, 1941, s. 136., Depois Le Sahel et les pays de basse steppe, Les Belles Lettres, 1939. Bu eser hak. "En Terre d'İslâm" Dergisi, 1941, s. 173.

dıklarını gözlemliyor: “Toprakların hukukî kadrolarının Fransız mevzuatı tarafından erklendirilip kesinleştirilmesinin yaşama şekilleri ile ekonominin gelişimi ve ülkenin genel görünüşünün değişim üzerinde çok önemli hattâ temelli denilebilecek bir etkisi oldu” (79).

Hukukun meydana gelişinin bu üç temel şeklinin genel incelenisinden sonra, düşünükli ve yapıcı evrelerin iki özel görünüşü üzerinde durmamız gerekiyor: bunların ilki hukukun düzgüsel ikincisi teknik görevi itibariyle meydana gelişini ilgilendiriyor.

(Devam edecek)

(79) Op, cit., s. 237.