

GEORGES GURVITCH'İN TRANSPERSONALİST İÇTİMÂİ HUKUK DOKTRİNİ HAKKINDA DÜŞÜNCELER

Doç. Dr. Rahmi ÇOBANOĞLU

I. — DOKTRİNİN İZAHI

Amprizmle spiritüalizm arasında bir uzlaşma teminine çalışan Gurvitch, bizzat kendisinin ideal - realist adını verdiği bir metodla, hukukî realite hakkında doğru bir bilgi edinmeğe uğraşmıştır.

Hukukî realitenin keşfinde, «hads»e büyük bir ehemmiyet tanıyan bu metod¹, bir taraftan sosyoloji ile metafiziği bağdaştırmağa gayret etmekte, diğer taraftan, tecrübe mefhumile kıymetler sistemini telif etmek gayesini gütmektedir.

1. — Tecrübe metodu.

Gurvitch, hukukî ve ahlâkî hakikatleri ihtiva eden etik realiteye ait bilgilerin ele geçirilmesi hususunda, epistemolojik bakımdan umumiyetle bütün realitelere tatbik edilen tecrübe metoduna müracaat ediyor. Gurvitch'e göre, bu metod sayesinde biz, yalnız mahsus âleme veya mantık âlemine değil, etik âlem de dahil olmak üzere, bütün sahalara ait bulunan realiteleri, evvelâ, ihsaslarımıza ve zihnî melekelerimize göründükleri şekilde kavrar ve tanırız. Aklimız ise, ayrı ayrı her ilme ait olan mefhumları, ancak sonradan, bu tecrübenin bize vereceği mütalardan istihraç eder.

Hulâsa bu metod, son derece hususî bir ruhî faaliyet vasıtasile, mefhumlara, hükümlere ve muhakemelere dayanan ilmi ve felsefî bütün sistemleri bertaraf ederek, her ilme ait mefhumlara destek vazifesi gören ve tamamen o ilme has olan hakikatlere yükselmek-

1) *Paul Roubier*, *Théorie générale du droit*, Paris 1946, Sh. 127-128, Not. 3. Aynı zamanda Bk. *Ali Fuad Gedik*, *Hukuk ve sosyologlar*, İstanbul 1945, Sh. 135 ve s.

ten ibarettir. Bu hakikatler, insan zekâsının inşâî faaliyetinin eseri olan asıl bilgiye temel teşkil eden mütalardır. Bu realitelere biz, ancak hads yolu ile yâni hasselerimizle zihnî melekelerimizin, daimî bir değişme içersinde bulunan hayatla doğrudan doğruya temasları neticesinde erişebiliriz. Her türlü mefhum, hüküm ve muhakemededen kurtulmak suretile temin edilen bu temas, «yaşanan realite»nin içimizde tecrübe edilmesi demektir.

Ancak, burada kastedilen tecrübe ile ilmî tecrübeyi birbirine karıştırmamak lâzımdır. İlmî tecrübe, teemmüle dayanır, aklıdır. O, kendisine mevzu teşkil eden şeyi, «yaşanan realite»den tecrit eder. Halbuki «yaşanan realite»nin derunî tecrübesi, hayat ile olan daimî ve seyyal bir temastır. Mamafî, Gurvitch'e göre, her iki nevi tecrübenin de epistemolojik bakımdan değeri vardır.

Gurvitch, ampristlerin, bilâvasıta olanın spontane tecrübesile iktifa etmek ve asıl bilginin, aklın inşâî faaliyetinin bir mahsulü olduğuna inanmamak suretile hataya düştüklerini söylüyor². Diğer taraftan rasyonalist ve kritisist filozoflar da, tecrübe mefhumunu, sadece ilmî tecrübeye inhisar ettirmek ve vâkıa denilen şeyi «realite hükmü» namı altında zihnimizin bir eseri olarak görmekle, yine Gurvitch'e göre, yanlış bir yol tutmuşlardır.

Halbuki Gurvitch, bilgi meselesinde iki merhale kabul etmek lâzımgeldiği kanaatindedir:

- a) Hadsî tecrübe veya «yaşanan realite»nin içimizde tecrübesi.
- b) Hadsî tecrübenin mütaları üzerinde hükümler, muhakemeler yürüten, tamimler ve mefhumlar ortaya atan ve zihnimiz tarafından meydana getirilen asıl bilgi.

Spontane tecrübeye gelince, ayrı ayrı her realiteye tekabül eden hususî bir tecrübe şekli vardır. Fakat her tecrübenin, bize, farklı realiteler karşısında bulunduğumuz hissini verecek, hususî karakterlerini ne suretle elde edebiliriz?..

Gurvitch'e göre, burada, bazı hükümleri, bazı muhakeme ve mefhumları bize ilham eden «yaşanan realite»yi tekrar ele geçirmek hususunda faydalandığımız teemmülî bir vetireye müracaat ederiz. Bu vetireye «Inversion - Akis» adı verilir ve aşağıdaki esaslara dayanır:

2) G. Gurvitch, *L'Expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Paris 1935, Sh. 19.

Zihin, bir mefhum meydana getirdiği sırada, onun bu faaliyeti, muayyen bir bilgi sahası ile ilgili bir tecrübeye tekabül eder. Bu sırada izim içimizde bu muayyen bilgi sahasının hakikati hakkında zimnî ve bilkuvve mevcut bir hads meydana gelmiştir.

Eğer bu hususî hakikat, realite, yerden çıkarılan gayri saf bir maden parçasına, bu realiteye ait mefhumlar da o madenle karışmış bir halde bulunan taş, toprak v.s. gibi yabancı maddelere kıyas edilecek olursa, inversion (akis) vetiresinin fonksiyonu ve gayesi, bu hads vasıtası ile, onu, mefhumlardan ve ilmi tertiplerden ayıklarak saf halde ele geçirmek ve böylece sarih ve fiilî bir şekilde filozofun zihnine iade etmektir.

Bu felsefî faaliyetin bir fonksiyonu da, «yaşanan realite»ye ait tecrübeleri tahkik etmek yâni, evvelâ onun, kendisini bize ister istemez kabul ettiren karşı konulmazlık karakterini görmek ve yine onun, diğer mütalara ait tecrübelerin hey'eti umumiyesi içersine dahil oluşunu yâni afakîliğini hissetmektir.

Bu suretle, ayrı ayrı her ilme ait mefhumların ötesinde, hususî tecrübelerle yükselmek suretile, yine hususî mahiyette hakikatlere ulaşılır. Bu da bize, tecrübe mefhumunun ne kadar geniş bir tatbik sahasına malik bulunduğunu gösterir.

Mahsus âlemin hakikati, mahsus olanın tecrübesi ile elde edilir. Bu âleme ait realitelerin teşhisi gayet kolaydır. Ampristlerin anladığı mânada tecrübe, münhasıran, bu realiteler üzerinde yapılır. Halbuki bunun yanında, bir de, mâkul idelere ait tecrübe vardır.

Mantıkî realitelere gelince, bunlar da, muhakemenin ilk prensiplerini ve bu muhakemenin tecrit, tamim, hüküm v.s. gibi ameliyelerini bize hissettiren mantıkî tecrübe ile elde edilir.

Nihayet, etik realitelere, ahlâkî ve hukukî hakikatlere de, biraz aşağıda görüleceği gibi, Gurvitch'e göre, hususî bir tecrübe vasıtası ile nüfuz edilir. Hattâ bâzı müelliflere nazaran, metafizik ve dinî realitelere erişmek hususunda metafizik bir tecrübe (Bergson) ve mistik bir tecrübe (W. James) de mevcuttur³.

2. — Ahlâkî tecrübe - Hukukî tecrübe.

Ahlâkî tecrübe, esas itibarile W. James, Bergson ve Rauh tarafından⁴ incelenmiş olmakla beraber, Gurvitch de bu hususta bâzı

3) G. Gurvitch, a.g.e., Sh. 22 ve s. 26 ve s.

4) G. Gurvitch, a.g.e., Sh. 22 ve s. 33 ve s.

görüşler ileri sürmektedir. Ancak, onun bilhassa meşgul olduğu saha, hukukî tecrübe sahasıdır. Bu sahada F. Gény ve M. Hauriou'nun kendisine takaddüm ettikleri bizzat Gurvitch tarafından da kabul edilmekle beraber, hukukî realite ve hukukî tecrübe mefhumlarını en büyük bir sarahat ve berraklıkla belirten⁵ yine kendisi olmuştur.

a) *Ahlâkî tecrübe.*

Gurvitch'e göre ahlâkî tecrübe, insanın, meydana getirdiği bazı fiillerin iyi veya fena olduğunu hissettiği sırada, kendi içinde yaşamakta olan realite ile doğrudan doğruya temasa geçmesinden ibarettir. Bu fiillerden her biri, insanı, ahlâkî varlığının terakki ve inkişafını sağlıyan veya bunun aksine, o hususta bir kayıp veya bir gerileme teşkil eden bir kıymetin idrakine ulaştırdığı gibi, onu, beşerî terakkinin müteveccih bulunduğu ahlâkî ideal hakkında da tenvir eder.

Bu suretle takdir edilen her fiil, insanda, bir taraftan bir ideal arzusu meydana getirirken, diğer taraftan ona ahlâkî varlığını da hissettirir. İşte her birimiz için ahlâkî hakikat olan şey, ferdî mahiyetteki bu beşerî idealdir ve ahlâkî tecrübe ile idrak olunan her kıymet, bu idealin bir unsurunu teşkil eyler.

Bu böyle olunca, biz bu ideali yavaş yavaş iktisap ediyoruz demektir. Şuurumuz, onu, tedricî surette hissediyor ve biz, ağır bir tempo içersinde, tekemmül ediyor, olgunlaşıyoruz. Şu halde bu ideal, daimî bir oluştan ibarettir.

Bu düşüncelerin tabii bir neticesi olarak, ahlâkî tecrübenin son derece müdil bir şey olduğunu ve daimî bir faaliyet içersinde bulunduğunu kabul etmemiz lâzımgelir.

Filhakika, Gurvitch'e göre ahlâkî tecrübe, esas itibarile dinamikdir. O, ahlâkî realiteyi (yâni fiilin iyi veya kötü oluşuna ait bilgiyi) beşerî fiilin cereyanı içersinde elde eder. Her insan, faaliyeti sırasında, aradığı veya araması lâzımgelen ideal (hayır) hakkında kendi kendisini aydınlatır. Bu bakımdan, her fiil, yeni bir ahlâkî tecrübedir ve insanı, bu ideali hakkında aydınlatmak suretile onu - kendisi istediği taktirde - terakki ve inkişaf yoluna sevkeder.

Hulâsa, Gurvitch'e nazaran, ahlâkî tecrübe, ferdî mahiyeti dolayısıyla herkese göre değişir ve hangi şahsın şuurunda cereyan ediyorsa, ona, yalnız kendisine mahsus ahlâkî bir ideal verir.

5) G. Gurvitch, a.g.e., Sh. 33 ve s. 57 ve s.

b) *Hukukî tecrübe.*

Gurvitch'e göre hukukî tecrübe, ahlâkî tecrübenin aksine olarak, erişilecek bir ideal uğrunda elde edilmesi gereken değerlerin değil, muayyen bir sosyal nizam içersinde fiilen mevcut bulunan müktesep kıymetlerin tecrübesidir. Hukuk kaidelerinin temelini teşkil eden ve muayyen bir zamanda, muayyen bir içtimaî topluluğun hayrı için zarurî olan bu kıymetler, o topluluğun bilfiil mevcut sosyal nizamı içersinde bulunurlar. Bu fiilî sosyal nizam ise, başlı başına, korunması lâzımgelen beşerî bir kıymeti teşkil eder. Sosyal nizamın herhangi bir vâkıası içinde mündemiç bulunan bu kıymeti, o vâkıa içersinden çıkarıp kurtarmak insan zihnine düşen bir vazifedir. Bu, haddi zatında bir nevi tecrübedir ve insana, bilâvasıta hadsî bir hüküm verdirir. Kıymetin, bu bilâvasıta ve hadsî olan hüküm vasıtasile, içinde bulunduğu vâkıadan kurtarılışı ise, hukukî realiteyi meydana getirir. Bu hukukî realite, kanun koyucunun, hâkimin ve faaliyetleriyle istemiyerek bâza teamüllerin teşekkülüne âmil olan bütün hukuk süjelerinin tecrübelerinde bilkuvve mevcuttur. Ondan fiilî bir mûta meydana getirmek yâni onun vazih ve sarih bir hale sokulması ise, hukuk felsefesine ait bir iştir.

Hukukî tecrübe, ahlâkî tecrübe ile mahsus âleme ait tecrübe arasında ortalama bir yer işgal eder. Zira, Gurvitch'in yukarıda belirtmeye çalıştığımız izahlarından da anlaşılacağı gibi, hukuk, bir taraftan etik kıymetlerle, diğer taraftan ise sosyal vâkıalarla alâkalıdır. Bu itibarla hukukî tecrübe, muayyen bir zamanda bir topluluğu teşkil eden bütün insanların ve geçmiş nesillerin vasatî ahlâk anlayışı ile meşbu bulunan sosyal nizamda mündemiç terakki ideallerini, bize, ancak cemiyetin mahsus vâkıaları içersinde idrak ettirebilir. Şu halde hukukî tecrübe, kısmen statik ve muhafazakâr bir karaktere sahip demektir. Filhakika Gurvitch'e göre, hukukî tecrübe, ahlâkî tecrübe gibi, daimî ve müterakki bir faaliyet içinde değildir. Hukukî tecrübe, zaman zaman içtimaî durumu yoklar, tetkik eder ve durumun hususiyetine göre örf ve âdet, kanun, içtihat ve doktrin gibi cemiyetin muayyen bir zamandaki normatif kıymetlerini zımnî surette aksettiren şekiller altında kendini ifade eder. Ancak, bu sırada içtimaî nizam, ahlâkî idelerin ve tarihî şartların tesiri altında tekâmül eder, değişir ve böylelikle müsbet hukuk, hiç bir zaman, içtimaî nizamın icaplarıyla tam ve mutlak bir âhenk içersinde bulunmaz.

Bu vâkıa, Gurvitch'e göre, içtimai hayatın seyrine ayak uydurmak üzere, serbest hukuk, spontane hukuk veya yaşayan hukuk gibi isimler altında ortaya atılan doktrinlerin mucip sebebinin teşkil eder⁶. Ancak, Gurvitch'e göre, bu doktrinlerde müdafaa edilen hukukî telâkkilerin, haddi zatında hukukla alâkası yoktur. Zira onlar, hukukun, adaletin bir icabı olan hukukî emniyeti sağlamak fonksiyonuna bağlı muhafazakârlık karakterini açıkca ihmal etmişlerdir. Halbuki hukukun bu karakteri, bilhassa, müktesep haklar ve kanunların geçmişe şamil olmazlığı prensiplerinde kendisini gösterir. Hulâsa bu doktrinler, münhasıran ahlâka ait bulunan normun bilâvasıta dinamizmi mefhumunu hukuk sahasına nakletmek suretile büyük bir hataya düşmüşlerdir. Gerçi, hukukun da kendine göre muayyen bir dinamizmi vardır. Fakat o, daha yavaş ve zaman zaman sıçramalarla ilerleyen bir hareket seyri takip eder⁷.

Ahlâkî tecrübe ile hukukî tecrübe arasındaki bu mukayese, bizi, Gurvitch'in ahlâk ile hukukun münasebetleri hakkındaki düşüncelerine götürmektedir.

3. — Ahlâk ile hukukun münasebetleri.

Gurvitch'e göre hukuk, sıkı bir şekilde ahlâka bağlıdır. Bu görüş, ilk bakışta, Gurvitch'in klâsik doktrinden hiç de ayrılmamakta olduğu hissini vermekle beraber, biz onun bu mevzudaki orijinal düşüncesini, adalet mefhumuna verdiği mâna içersinde bulabiliriz. Hukuku, adaleti tahakkuk ettirmek yolunda bir deneme olarak kabul eden, bu denemenin de, zaman ve muhitin müşahhas şartlarına tâbi bulunduğunu ileri süren Gurvitch'e göre⁸ adalet, ahlâkî idealle bu idealin vâkıalar dahilindeki tahakkuku yâni amprîk realite arasında mutavassıt bir haldir. Adalet, insanın noksan bir mahlûk oluşunu tazammun eder. Zira, eğer insan, tam ve mükemmel bir mahlûk olarak yaratılmış olsaydı, adalete lüzum kalmıyacak, ahlâkî ideal tek başına mevcut ve kâfi olabilecekti. Gurvitch, bu suretle, ahlâkî idealden ayırdığı adaleti, bu idealin tahakkukunda zarurî bir merhale olarak kabul ediyor. Filhakika, ona göre adalet, akli, kemî ve şematik vasıfları dolayısıyla, gayrı akli, mutlak ve tamamen kalitatif karakterlere sahip bulunan ahlâkî ideale aykırıdır. Adalet, Gurvitch'e göre, fertlerle değil, tiplerle alâkadır. Müstakar ve

6) *G. Gurvitch*, a.g.e., Sh. 52.

7) *G. Gurvitch*, a.g.e., Sh. 73 ve s.

8) *G. Gurvitch*, *L'Idée du droit social*, Paris 1932, Sh. 96.

muayyen olması dolayısıyla de, ahlâkî ideal gibi devamlı ve yaratıcı bir faaliyet içersinde bulunmaz. Bununla beraber, adaleti tamamiyle aklileştirmek de doğru değildir. Zira o, ahlâkî idealle, mantıkî kategoriler (Logos) arasında mutavassıt bir rol oynar⁹.

Hukuku meydana getiren ve ona normativist veya sadece realiteyi nazarı itibara alan tariflere sığma hususunda mani bir müdiyet veren adalettir. Bu itibarla, Gurvitch'e göre, hukukî fenomenlerin hukukîlik sıfatlarına uygun bir nazariye, ancak, mutlak bir normativizmin ve saf mânada bir sosyolojinin ötesinde kurulabilir. Zira, adalet gibi hukuk da, ahlâkî idealle realite arasında mutavassıt bir durum içersinde bulunur. Hukuk mevcut olabilmek için, muayyen ölçüde fiilî bir halle birlikte ahlâkî idealin mevcudiyetini tazammun eder. Hukukun bu mutavassıt durumu, onun iki taraflı veya daha doğrusu çok taraflı karakterinde açıkça tezahür eder. Çünkü hukuk, mütenakız talep ve iddialar arasında müşterek bir ölçü meydana getirmek mevkiindedir. Bu mütenakız talep ve iddiaları, kendi aralarında telif etmek için, hukukun, bizatihi kaideden daha başka bir otoriteye istinat etmesi lâzımgelir. Bu da, mecburîlik karakterini bizatihi kendisinden alan ahlâkî kaide karşısında, hukuk kaidesinin mümeyyiz bir vasfını teşkil eder.

4. — Normatif vâkıalar.

Hukuk kaidesinin dayandığı otorite, mecburîlik kuvveti veya daha kısa olarak hukukun temeli, Gurvitch'e göre, onun spontane surette içinde doğmuş olduğu içtimaî topluluktur. Gurvitch, kendi varlık ve tekâmüllerini teminat altına alacak hukukî sistemleri meydana getirmek hususunda tam bir ehliyete sahip toplulukların mevcut bulunduğuna kanidir. Bu topluluklar, sözü geçen ehliyetleri dolayısıyla, kendi kendilerine taazzuv ederler. Bu itibarla, hukukun temeli, şahıstan müstakil olmak gerekir. Çok zaman, hukukun temelinin bir hakikî şahıs veya bir taazzuv içersinde şahsileştirilmesi keyfiyeti, o şahıs veya o taazzuvun, hukukî tekemmülün bir menbaı olarak telâkki edilmesi netciesini vermiştir. Gurvitch'in doktrininde bu menba, henüz taazzuv etmemiş hali içersinde bir hukuk sistemini harekete getirip onun tekâmülünü temin edecek hayatî ve

9) G. Gurvitch, a.g.e., sh. 99.

yaratıcı hamleye sahip bulunan topluluğun bizzat kendisidir. Yukarıda, muayyen bir içtimâî topluluğun hayrı için zarurî olan kıymetlerin, Gurvitch'e göre, o topluluğun, bilfiil mevcut sosyal nizamı içersinde mündemiç bulunduğunu görmüştür. İşte, Hauriou'nun müessese adını verdiği bu fiilî sosyal nizama, Gurvitch, normatif vâkıalar demektedir¹⁰. Bu tâbir, norm yaratan vâkıa mânasında anlaşıldığı taktirde, vâkıa ve norm gibi, bilgimizin yekdiğerinden mutlak surette farklı iki ayrı fikrini zahirî surette birleştirmiş olması bakımından tenkit edilebilir. Fakat Gurvitch, kendi terimini müdafaa ederek, onun, norm yaratan vâkıa mânasına değil, içinde muayyen bir cemiyete ait normatif kıymetlerin mündemiç bulunduğu bir vâkıa olarak anlaşılması lâzımgeldiğine dikkat nazarımızı çekmektedir. Filhakika, Gurvitch'e göre normatif vâkıa, ahlâkî ve hukukî kıymetlerle meşbu ve cevheri itibarile, manevî olanın, başka bir tabirle, sosyal vâkıalara inkılâp eden objektif idelerin madî bir hale getirilişini gösteren bir vâkıa olmalıdır. Şu halde bir vâkıaya, normatif nazariye bakılabilmesi için, onun tecessüm ettirdiği kıymetlerin, kendilerini, adalete bağlı ve ahlâkî idealin hizmetinde müsbet kıymetler olarak belirtmeleri lâzımgelir¹¹.

İşte Gurvitch'e göre, hukukun temeli, bu mânada anlaşılan normatif vâkıalardır.

Ancak, Gurvitch'in normatif vâkıaları, bize, ister istemez, Hauriou'nun müessese nazariyesini düşündürmektedir¹². Hauriou'ya göre, hukuk iki unsur üzerine kurulmuştur: Bir fikir ve muayyen içtimâî vâkıalar. Müessese, fiilî halin hukukî hale bir istihalesi, daha başka bir ifade ile, içtimâî surette tahakkuk eden bir fikrin, sosyal vâkıa haline inkılâbıdır. Bu, Gurvitch'in normatif vâkıasında da aynen böyledir. O da, normatif metodu, sosyolojik metodla mezcetmeğe çalışıyor. Yalnız her iki hukukçu arasında şu fark vardır: Normatif metodla sosyolojik metodun mezci keyfiyeti, Hauriou'da thomist tesirler altında meydana geldiği halde, burada Bergson tesiri hâkimdir.

10) *G. Gurvitch, L'Expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit, Paris 1935, Sh. 65, 125, 142. F. Russo, Réalité juridique et réalité sociale, 1942, Sh. 50 ve s.*

11) *G. Gurvitch, L'Idée du droit social, Sh. 115, 129, 156.*

12) *M. Règlade, Théorie générale du droit dans l'oeuvre de Léon Duguit (Arch. de Phil. et de Soc. Jur. 1932 Sh. 44 - 45, Not. 1).*

5. — İçtimaî hukuk idesi.

Hukukî tecrübe, ahlâkî tecrübe gibi ferdî değil, maşerîdir. Filhakika Gurvitch'e göre, eğer ahlâkî realite dahilinde kıymet, muayyen bir ferdî hareketi icap ettiriyor ve ancak tek bir şuura hitap ediyorsa, bunun tamamile aksine, o, hukukî realite dahilinde muayyen bir içtimaî hareketi icap ettirir ve bir topluluğun bütün üyelerine hitap eder. Şu halde hukukî tecrübe, maşerî bir şuur fenomeni oluyor demektir. Ancak buradaki maşerîlik, Alman tarihçi mektebinin «maşerî varlık» ve Durkheim'ın «şahıslar topluluğu» diye gösterdiği mefhumlardan farklıdır. Zira Gurvitch'e göre bunlar, isbatı imkânsız à priori mefhumlardır. Burada bahis mevzuu olan ise, çeşitli ferdî tecrübelerin meydana getirmiş olduğu neticedir. Meselâ, kanunun riayeti mecburî bir hukuk kaidesi ihtiva ettiğini söylediğimiz zaman, bu hükmümüz, onu, daha önce teamülî bir kaide haline getirmiş olan sayısız ferdî tatbikler göz önünde tutulmak suretile topluluk üzerinde yapılmış bir tecrübeyi ifade eder.

Hukukî tecrübeye maşerî sıfatını veren, ferdî şuurların - eğer aynı şeyi istiyorlarsa - birbiri içinde kaynayıp erimesi (fusion) veya bunlar - birbirine zıt menfaatleri temsil ettikleri taktirde - kendi aralarında imtizaç (coordination) etmek suretile âhenkleşmeleri vâkıyasıdır. Ferdî şuurların tamamîleşmesi (intégration) diye de ifade edebileceğimiz birinci vâkıa, kanunda ve umumiyetle Gurvitch'in içtimaî hukuk dediği objektif hukukun veya hukuk kaidesinin kaynağı olan her türlü fiil dahilinde meydana gelir¹³. Ferdî şuurların birbirine zıt menfaatleri temsil ettikleri taktirde, kendi aralarında imtizaç etmelerinden ibaret bulunan ikinci vâkıa ise, mukavelelerde ve Gurvitch'in ferdî hukuk dediği¹⁴ sübjektif mahiyeti haiz bütün hukuk kaynakları içersinde husule gelir. Fakat ister içtimaî ister ferdî olsun hukukî tecrübe, Gurvitch'e göre, daima maşerîdir. Zira, aynı içtimaî kıymet, topluluğu teşkil eden bütün üyeler veya onlardan bir çoğu tarafından yaşanmış ve hissedilmiştir.

Bu suretle, hukuk mefhumunda meknuz bulunan ve vâkıalar içersinde tamamîleşen kıymetlerin afakileştirilmesi keyfiyeti, onları bu vâkıalar içersinde devşirip muayyen bir hale getiren transpersonal içtimaî bir ruhun eseri olmuş olur.

13) Mukayese için bk. E. Menemencioğlu, Sosyal hukuk ve tamamiyet nazariyesi, 1938. (Hukuk ilmini yayma kurumu konferanslar serisi 42).

14) G. Gurvitch, L'Expérience Sh. 74.

Gurvitch'in, ferdiyetçilikle üniversalizmi, içinde telif etmeğe çalıştığı bu transpersonel içtimaî ruh, birbiri yerine ikame edilemiyen nihayetsiz sayıda şahsî şuurlardan meydana gelir. Bu telâkkiye göre bütün, kendisini meydana getiren uzuvların basit bir yekûnundan farklı bulunduğu için, onlara müteal değildir. Bu sebeple o, ne haricî bir obje, ne de üstün bir şahsiyet olarak onlarla tearuz etmez. Burada şahsî «ben»leri aşan şuur, ne obje ve ne de şahıstır. Sadece, bütün şahısların meydana getirdikleri fiiller vasıtasile, aslî birer parçası haline geldikleri şuur - üstü bir faaliyettir. Buna karşılık, bu faaliyet de, sözü geçen şahıslara nüfuz eder. Şu halde Gurvitch'in «biz» diye ifade ettiği bu transpersonel bütün, şuur - üstü faaliyetle şuurlu fiil arasındaki karşılıklı tesir ve nüfuzun tazammun ettiği mâna dahilinde, aslî bir totalité olarak tavsif edilebilir¹⁵.

İçtimaî realitenin sosyolojik telâkkisile, Gurvitch'in bu realiteyi anlayış tarzı arasında mevcut büyük fark, burada kendisini gösterir. Sosyologlara göre bu realite, cemiyeti meydana getiren uzuvların üstünde ve onlara müteal olduğu halde, Gurvitch'e göre, sadece aslî bir karaktere sahiptir. O ne bir kollektif şuur, ne obje ve ne de şahıs olmayıp, sadece, saf mânada şuur - üstü bir faaliyettir. O, aslî totalité ile bütünü teşkil eden uzuvlardan her birinin, yekdiğeri içersine, karşılıklı surette nüfuz etmeleri neticesinde meydana gelir. Başka bir ifade ile, o, her cüz'ün, bütün dahilinde, onun bütünlüğünün¹⁶ yaratıcı bir unsuru olmak üzere tamamîleşmesidir.

Gurvitch'e göre sosyal grup, ancak müsterek bir cehd vasıtasile idrak edilebilecek bir idenin meydana getirdiği yaratıcı fiile, bu sosyal grubu teşkil eden uzuvların toplu surette iştirak etmeleri vâkiasile temayüz eder. Gurvitch bu esastan hareket ederek, sosyal grubu meydana getiren uzuvlarla, çok zaman onların dışında hâkim bir iktidar olarak tasavvur edilmiş bulunan bütün arasında, bir tâbiyet (subordination) münaseetinin¹⁷ mevcut olmayacağı neticesine varıyor. Zira Gurvitch, ideal bir «entité» olan bütünü, unsurların dışında bir obje veya onların üstünde yer almış bir süje halinde değil, daha ziyade onların çokluğunda mündemiç bir vahdet, bir «biz» olarak kabul etmektedir.

15) G. Gurvitch, L'Idée Sh. 9, Not. 3.

16) G. Gurvitch, a.g.e., Sh. 18.

17) P. Scholten, L'Autorité de l'Etat (Arch. de Phil. et de Soc. Jur. 1934, Sh. 143 ve s).

Böyle bir bütün, yine Gurvitch'e göre, esas itibarile musavatçı ve anti - hiyerarşiktir. Çünkü artık burada, (sen, ben, o) değil, (biz), ve hâkimiyet değil bir el ve iş birliği bahis mevzuudur. Bu, o derece vazih bir şeydir ki, süre - hareket ve yeninin mütemadi surette yaratılması vâkıası, bütünün, uzuvlar dışında kendini belirtmesi tasavvuruna mani olur. Zira, aksi taktirde bu vâkıa âtil bir hale getirilmiş ve yaratıcı hareket duraklamış olurdu. Şu halde, yaratıcı süre içersinde mutalâa edilen aktif bütün, ancak aslı bir totalité olabilir¹⁸.

Gurvitch'in buraya kadar izah etmeğe çalıştığımız kanaatlerine uyan ve uymıyan bâzı görüşlere Bergsonda tesadüf edebiliyoruz:

Filhakika Bergson'a göre, şuurumuzda teşekkül eden hükümler, umumiyetle «içtimaî ben»in vermiş olduğu hükümlerdir. Ahlâkî endişe ise, «içtimaî ben»le «ferdî ben» arasındaki münasebetlerin bir neticesinden başka bir şey değildir¹⁹. Büyük fransız filozofu, adaletin musavatçı karakterine de «Ahlâk ve hukukun iki kaynağı» isimli eserinde nazarı dikkatı çekmektedir²⁰. Kuvvet ve hâkimiyete gelince, Bergson, bu hususta şöyle bir görüş ileri sürmektedir:

Bergson, kuvvet ve hâkimiyetin, eski cemiyetleri birbirine tâbi sınıflar halinde bir bölüme tâbi tutmuş olmasını ve başlangıçta, sadece itiyadın mahsulü olan bu vâkıanın, zamanla, tabiî bir vâkıa olarak kabul edilmiş bulunmasını kuvvetle muhtemel görüyor. Aşağı sınıf, bu durumunu nasıl uzun müddet mûta olarak kabul etmişse, en kuvvetli sınıf haline geldiği zamanda dahi çoktanberi idare edenlere bir kıymet üstünlüğü izafe etmeğe alışmış bulunduğu için, bu vaziyetine de kolaylıkla razı olabilecek ve ister hakikî ister zahirî olsun, idare edenlerin bu üstünlüğü, sanki onlarda doğuştan mevcutmuş tesirini bırakmakta devam edecektir. Cemiyetlerin bir disipline tâbi bulunmasını istemiş olan tabiat, insanı, bu hayale önceden hazırlamıştır²¹. Madem ki tabiat bir disiplin istiyor, şu halde, beşerî veya hayvanî her cemiyet bir taazzuvdur ve bu itibarla unsurların bir imtizacını (coordination) ve umumiyetle bu unsurların yekdiğerine tâbiyetini (subordination) tazammun eder²².

18) G. Gurvitch, a.g.e., Sh. 162 ve s.

19) H. Bergson, Les deux sources de la morale et de la religion, Sh. 10.

20) H. Bergson, a.g.e., Sh. 68 ve s.

21) H. Bergson, a.g.e., Sh. 69 ve s.

22) H. Bergson, a.g.e., Sh. 22.

Bu son satırlar, iki müellif arasında derin bir görüş farkını meydana çıkarmaktadır: Birisi (Bergson), unsurların bir imtizaç ve tâbiyetini zarurî kabul ettiği halde, diğeri (Gurvitch) bu hususta bir iştirak (communion) ve bir iş birliği (coopération) mevzuu bahis olduğuna kani bulunmaktadır.

Ahlâkçı filozofla, filozof hukukçu arasında yaptığımız bu karşılaştırma, bizi, bir mukayese daha yapmağa sevk ediyor. Bu da, taazzuvun, toplulukların veya sosyal hukukun henüz taazzuv etmemiş ve irrasyonel haline nazaran daha üstün olup olmadığı meselesile ilgilidir. Burada, Hauriou'nun düşünceleri Gurvitch'in kanaatlerini karşılaştırmış olacağız:

Hauriou, thomist bir ifade kullanarak, sosyal grubun veya müessesenin sübjektif şahsiyetile objektif ferdiyeti arasında bir tefrik yapıyor. Ona göre ferdiyeti temyiz eden muhteva, şahsiyeti ise surettir. Zira, bir varlığı ferdileştiren yâni onu tayin ve tahdit eden şey muhtevadır. Hattâ muhteva, o varlığın tabîî halidir denebilir. Bunu müşahhas bir misalle göstermek istersek, muhtevayı meselâ bir heykeltraşın san'atkârane dehasını meydana getiren fikirlerini üzerine işlediği mermere benzetebiliriz. Suret ise, bu misaldeki fikre tekabül eder. Herhangi bir varlığın, dağınık bir halde bulunan unsurlarını topluyarak onlara bir vahdet temin edecek olan odur. İnsanda ise vücut maddeyi, ruh da sureti meydana getirir.

Gurvitch, haddi zatında kusurlu bulduğu ve hakikî mânasına nüfuz etmek istemediği bu ifadeleri²³, kendine mal ederek, eğer Hauriou'nun dediği gibi, kollektif şahsiyet, sosyal grubun objektif ferdiyeti mevcut olmaksızın bir varlığa sahip bulunamıyorsa, bu şahsiyet, ruhu bir beden dahilinde yaşamak üzere yaratılmış olan insan şahsiyeti örnek alınmak suretile meydana getirilmiş olduğu için, objektif ferdiyet, şahsileştirilmiş olan üstün yapısından pekâlâ vazgeçebilir, diyor. Gurvitch'e göre bu, sadece, meselâ bir fabrika veya gayri nizâmî bir sendikada olduğu gibi, içtimâî bir topluluğun, haricî faaliyetlerinde bir şahıs olarak tanınmasını mevcut bulabileceğini ve böylelikle sosyal bir hukuk meydana getirebileceğini ileri süren Saleilles'in anladığı mânada değil, aynı zamanda, içtimâî

23) Gurvitch'e göre, Hauriou bu objektif ferdiyet terimini, ancak, bizim rasyonel şahsiyetimiz altında kaybolmayan irrasyonel ferdiyetimizle, topluluğun şahsileştirilmiş ve rasyonel bir hale sokulmuş üst yapısı altında ziyaa uğramayan afakî irrasyonalizmi arasında mevcut benzerliği desteklemek için seçmiş olabilir. (Les idées maîtresses de Maurice Hauriou, Arch. de Phil. et de Soc. Jur. 1931, 1 - 2, sh. 167).

bir topluluğun, bu neticelere varmak için kendi dahilinde bir hukuk süjesi olarak teşekkül etmek ve kendisini bir taazzuv halinde göstermek ihtiyacında bulunmaması vâkıasının tazammun ettiği mâna bakımından da doğrudur.

Müessese halindeki içtımâi grubun objektif ferdiyetinin irrasyonel karakteri, ancak, bu objektif ferdiyetin henüz taazzuv etmemiş ve bilfiil bir hukuk süjesi olmak sıfatından mahrum bir topluluk mânasında anlaşılması suretile belirtilebilir. Zira bu irrasyonel karakterin, üstün bir taazzuvun tamamile rasyonel şematizmi içerisinde anlaşılmasına imkân yoktur²⁴.

Gurvitch bundan, irrasyonel bir karaktere sahip olan objektif ferdiyetin, bütün taazzuvlardan daha üstün olduğu neticesini çıkarıyor. Ona göre, objektif ferdiyetin meydana getirmiş olduğu taazzuv etmemiş sosyal hukuk, nasıl, müteazzıv sosyal hukuka nazaran daha üstünse, objektif ferdiyetler de bütün bu taazzuvlardan daha zengindir ve onlara temel teşkil eder. Bu suretle hukukî realite, kendiliğinden mevcut ve yaşayan bir realite olarak ortaya çıkar. Bu böyle olunca, hukukî hayatın yaratıcı dinamizminin irrasyonel karakteri, nasıl olur da, rasyonel bir taazzuvun şematizmi içerisinde kat'î bir duraklama kaydedebilir?²⁵. Bunun içindir ki müessese, tamamile kendi gayesinin tahakkuku için tanzim edilmiş olamaz. Zira bu gaye, onun sadece taazzuvuna bağlıdır ve gayeyi, müesseseye dahil bütün uzuvların, üzerinde birleşmiş oldukları sosyal mânada eser fikrile karıştırmaktan kat'î surette çekinmek lâzımdır. İçtımâi eser fikrinde gayrı muayyen bir taraf ve daimî bir iktisap kabiliyeti mevcut bulunduğu halde, gaye, tamamile muayyen ve tahdididir. Bu bakımdan müessesenin gayesi, onun idareci idesine nazaran son derece fakirdir. Fikir, hareketin dinamik unsurunu teşkil ettiği halde, gaye, onun tamamile statik bir unsurunu meydana getirir ve gaye nasıl taazzuva bağlı bulunuyorsa, eser fikri de, müessesenin objektif ferdiyetine bağlıdır²⁶.

Gurvitch'in, kendi felsefesine göre belirtmiş olduğu gaye ve eser fikri arasındaki tefrik, haddi zatında kendisinin değil, Hauriou'nundur. Gurvitch, Bergson'un, bütün gaiyetçi telâkkileri, hayatî hamlenin bilâvasıta mütalarının, mücerret ve şematik bir zihnî tasavvur dahilinde, aslî şekillerini kaybetmelerinden ibaret addeden

24) G. Gurvitch, a.g.e., Sh. 168.

25) G. Gurvitch, a.g.e., Sh. 176.

26) G. Gurvitch, a.g.e., Sh. 177.

noktai nazarından²⁷ mülhem olarak bu tefriki, Max Scheler'in aklı olan gaye ile gayrı akli olan kıymet arasında yapmış olduğu ayırım ile mukayese etmiş oluyor.

Bu suretle Gurvitch, kendi görüşlerine uymıyan bir nazariyeyi (Hauriou'nun nazariyesi) tamamen şahsî bir surette tefsir ettiği gibi, burada, kendi telâkkilerinin Bergson felsefesile olan bağlılığına da işaret etmiş oluyor.

Filhakika, Bergson felsefesinden mülhem esaslar, Gurvitch'in hukukî doktrininin metafizik anahtarını teşkil eder. Bu doktrinde, Bergson'un antientelektüalist ve anti - finalist felsefesi, kendisine geniş bir yayılma sahası temin etmiştir.

Hauriou'ya gelince, onun düşünceleri, Gurvitch'in tahmin ettiğinden daha derin ve bir çok inceliklerle doludur. Sadece şunu kaydetmekle iktifa edelim ki, Hauriou'nun, Max Scheler'in gayrı akli olan kıymet mefhumunu ifade etmek için, tamamen akli olan eser fikri tâbirini kullanmış olması, bize biraz garip görünüyor. Bizce «eser fikri» tâbiri, tamamen, onun objektif ferdiyeti ifade eden sübjektif şahsiyet telâkkisine uygun gelmektedir.

Gurvitch'in doktrini, bir çok hukukçularda hukukun esas itibarile ferdiyetçi bir karaktere sahip olduğu hakkında derin surette kökleşmiş bulunan batıl bir inanışa karşı, hukukun sosyal karakterinin üstünlüğünü belirtmek yolunda bir temayül ve bir cehit ifade eder. Ona göre fert, hukukun en ulvî gayesi olamaz ve hukukun rolü, Kant'ın ferdiyetçi prensibine göre, hürriyetlerin tahdidine inhisar ettirilemez. Gurvitch'e göre hukukun fonksiyonu, sadece, içtimaî hayatın bir cehennem haline gelmesine mani olmak değil, aynı zamanda onu, müsbet ve müessir bir şekilde ıslah etmektir²⁸. Auguste Comte, Saint Simon ve Karl Marx gibi filozofların hukuka küskün bir tavır takınmalarına sebep, Gurvitch'e göre, hukukun ferdiyetçi karakteri üzerinde çok fazla ısrar edilmiş olmasıdır. Bu gibi filozofların izinde yürüyerek hukuku inkâr etmek isteyenleri bu tutumlarından vaz geçirmek için, onlara, hukukun, zarurî surette ferdiyetçi olmadığını ve onda içtimaî tarafın daha üstün bulunduğunu isbat etmekten başka çare yoktur. Gurvitch'in yapmak istediği de budur.

27) G. Gurvitch, a.g.e., Sh. 178, not. 2.

28) G. Gurvitch, L'Idée Sh. 5 ve 112.

6. — Tabii hukuk - Hadsî müsbet hukuk.

Gurvitch'in, hukuku, şuur - üstü ve transpersonel bir yaratıcı faaliyetin eseri olarak telâkki eden doktrini karşısında, asırdide tabii hukuk mefhumu, sosyal realitenin mütalarından tamamile müstakil bir hukuk mânasında, terimler, arasında mevcut bir tenakuzu ifade eder. Zira bu mefhuma, Gurvitch'e göre, tarihin muhtelif devirlerinde, birbirinden farklı bir çok mânalar verilmiş²⁹, zaman zaman teokratik bir sistem dahiline sokulmuş olduğu gibi, çok defa, ahlâkla aynı şey olarak görülmüştür.

Halbuki Gurvitch'e göre, otonom bir hukuk sistemi dahilinde birbirinden tefrik edilmesi lâzımgelen şeyler, müsbet hukukla tabii hukuk değil, ancak, tek bir hukukun muhtelif tahakkuk tarzlarıdır. Meselâ kanun, örf ve âdet veya hukukî emsal dediğimiz şeyleri, müsbet olsun olmasın hukuku meydana getiren çeşitli kaynaklar olarak göremeyiz. Zira bunlar, sadece, önceden mevcut bir hukukun birbirinden farklı tahakkuk tarzlarından ibarettirler. Bir hukukî sistemin kaynağı ve mer'iyetinin temeli olan şey, onun, içinde meydana gelmiş olduğu içtimaî birlik ve sosyal münasebetler vâkıasıdır.

Burada hukukun kanun, örf ve âdet, hukukî emsal v.s. gibi şekli vetirelerden daha farklı bir takım tahakkuk vasıtalarına malik bulunduğu açıkça ortaya çıkar. Gurvitch'e göre bu vasıta, hadstir. Gurvitch, polonyalı hukukçu Léon Pétrasizky'den almış olduğu «hadsî hukuk» terimini kullanıyor. Ancak Gurvitch'e göre Pétrasizky, bir ferdin hadsî hukuku ile, hukukî hayatta mühim bir rol oynayan topluluğun hadsî hukukunu birbirinden ayırmak³⁰ ve tamamile ferdi bir şuur halinin tahakkukundan ibaret bulunan şahsî veya ferdi hadsî hukuktan başka bir şey tanımamak suretile tam bir sübjektivizme düşmüştür.

Gurvitch'in hadsî hukukuna gelince, bu, Pétrasizky'inin hadsî hukukundan farklıdır. Gurvitch'e göre, önceden mevcut hukukî realitenin bilâvasıta bir şekilde keşfedilmesi keyfiyetinin bir neticesi olan hadsî hukuk, hakikatte, teknik yollarla tahakkuk eden şekli müsbet hukuk ve bilâvasıta surette tahakkuk eden hadsî müsbet hukuk diye ikiye ayrılan müsbet hukukun³¹, bir çeşidi halinde kendi-

29) *G. Gurvitch*, Droit naturel ou droit positif intuitif (Arch. de Phil. et de Soc. Jus. 1933, 3 - 4, Sh. 55 - 90).

30) *G. Gurvitch*, Une théorie intuitionniste du droit: Léon Pétrasizky (Arch. de Phil. et de Soc. Jur. 1931, 3 - 4, Sh. 416).

31) *G. Gurvitch*, Le droit naturel ou le droit intuitif, Sh. 69.

sini gösterir. Zira, Gurvitch'e göre hukuk, ancak müsbet bir hukuk olabilir. Tabii hukuk ise, mantıken imkânsız bir mefhumdur. Gurvitch'in, sistematik ve tarihi bakımdan uzun bir tahlile tâbi tuttuğu ve tabii hukukçular tarafından otonom bir hukuk mânasında anlaşılan bu mefhum, ona göre, terimlerdeki bir tenakuzu ifade eder. Zira, tam mânasile otonom bir hukuk, Gurvitch'e göre, artık bir hukuk olmaktan çıkar da, ahlâkî bir postülât veya ahlâkî değer bakımından hukuk hakkında ileri sürülmüş bir rey veya bir kanaat halini alır³². Tabii hukuk mefhumu, bir ideden, müşahhas muhtevalı ve gerçek mânada müteber bir hukuk meydana getirmek bahis mevzuu olduğu taktirde, doğmatik bir telâkkiyi tazammun eder. Kant'ın kıyası fasidini (paralojizm) andıran bu telâkki, Descartes'ın meşhur «cogito»sundan ruhun varlığını ve ölmezliğini veyahut, bilfarz cevher gibi, mantıkî bir kategoriden gerçek ve amprik bir nesneyi talil etmekten ibarettir. Halbuki, umumiyetle bir şeyin idrakini temin eden unsur, nasıl ihsaslar tarafından veriliyorsa, hukuk sahasında da bu unsuru veren muayyen bir içtimaî muhit içerisinde kıymetleri tahakkuk ettiren normatif vâkıyalardır. Bir de, tabii hukukla müsbet hukuk, yekdiğerile tearuz ettiği hallerde, kendilerine üstün üçüncü bir nizam dahilinde kaynaşamıyan bu iki ayrı düzenin, hangi kıstasa göre uzlaştırılması lâzımgeleceği keyfiyeti, halli imkânsız bir mesele olur. İşte, Gurvitch'i, her türlü hukukun zarurî surette müsbet bir hukuk olması lâzımgeldiği kanaatına götüren bu mülâhazalardır³³.

Gurvitch, bu mülâhazalara dayanarak tabii hukuku, bertaraf ettikten sonra, onun yerine hadsî müsbet hukuku ikame etmeğe çalışıyor³⁴. Filhakika, Gurvitch'e göre hadsî müsbet hukuk, yâni, teknik prosedürlerden müstakil olarak, bilâvasıta bir hads marifetile doğrudan doğruya normatif vâkıyalardan elde edilen hukuk, tabii hukuk mefhumunun reddine sebep olan kusurlardan hiç birini tazammun etmez. Bir kere, hadsî müsbet hukuk, şeklî müsbet hukuk gibi, normatif vâkıyaların tahkiki esasına dayanmakta olduğu için, otonom bir hukuk değildir. Onun aynı zamanda, akliyecî bir doğmatizmle de alâkası yoktur. Zira, burada, kablî bir prensipten talil yolu ile istihraç edilecek yerde, bilâkis, doğrudan doğruya tahkik edilmiş spontane ve amprik bir realite bahis mevzuudur. Nihayet, şeklî müsbet hukukla, hadsî müsbet hukuk arasındaki ihtilâf-

32) *G. Gurvitch*, a.g.e., Sh. 69, 70.

33) *G. Gurvitch*, a.g.e., Sh. 80.

34) *G. Gurvitch*, a.g.e., Sh. 83 ve s.

lar da, hal suretlerini, aynı müsbet hukuk nizamı içersinde bulurlar. Zira bu müsbet hukukun ilk kaynakları, sadece tahkik suretleri değişen normatif vâkıalardır. Hususî bir ihtilâf sırasında, üstünlüğün bunlardan hangisine ait olacağı meselesine gelince, bu, onların, temsil ettikleri normatif vâkıalarla olan uygunluk derecelerine göre değişir. İctimai nizam ve güvenlik, normal zamanlarda, şekli müsbet hukukun faikiyetini icap ettirdiği halde, bir cemiyet içerisinde ihtilâller meydana geldiği vakit de, hadsî müsbet hukuk, kendisine bir üstünlük temin eder.

Burada Gurvitch, şekli müsbet hukuk karşısında hadsî müsbet hukuka ahlâkî ve hukukî mânada üstün bir kıymet tanımakta olduğu yolunda yanlış bir neticeye varılmaması lâzımgeldiği hususunda bizi ikaz ediyor³⁵.

Netekim, Gurvitch'e nazaran hadsî hukuk, bâzı hallerde, şekli hukuktan daha az mükemmel ve daha az bir kıymete sahip görünür. Burada, teknik usuller, normatif vâkıaların tekâmülünü, halkın bilâvasıta hadsinden daha iyi bir şekilde tahkik ve ızhar edebilmiş oldukları için, şekli hukuk, hadsî hukuka nazaran daha müterakki, daha ileri bir durumda bulunur. Gurvitch, yine aynı hususun izahı sadedinde, şöyle bir misale müracaat ederek, bir memlekette demokrasi rejimi teessüs ettiği zaman, o memleketin bâzı sosyal çevrelerinde, aristokrasiye, hattâ otokrasiye mütemayil bir hadsî hukukun yaşamakta devam ettiğini söylüyor. Burada, müsbet hukuk, normatif vâkıayı daha iyi bir surette tahkik ve ızhar edebilmiş olduğu için, hadsî hukuka nazaran daha ileri ve daha mükemmel bir durumda bulunur.

Bu misalde mevcut hakikat, Gurvitch'in izahı ile bir tenakuz meydana getirmemekle beraber, hadsî müsbet hukuk mefhumile spontane hukuk mefhumunun yekdiğerine karıştırılmaması hususunda bizi tenvir eder. Spontane hukuk, teknik usuller ve bilâvasıta bir hads vasıtasile yapılan bütün tahkiklerden önce, normatif vâkıalar tarafından meydana getirilen henüz taazzuv etmemiş hukuktur. Bu tahkikler, buradaki spontaneiteye az çok yaklaşabilirler. Bu hususta da şekli hukuk, an'aneye bağlılığı sebebiyle, nisbeten duraklamış ve geri kalmış bulunan hadsî hukuktan daha büyük bir muvaffakiyet gösterebilir³⁶.

35) G. Gurvitch, a.g.e., Sh. 85.

36) G. Gurvitch, a.g.e., Sh. 86.

II. — DOKTRİNE YAPILAN BAŞLICA TENKİTLER

1. — Alessandro Levi'nin tenkidi.

Alessandro Levi, dar mânada hukuk, hukuk sosyolojisi ve hukuk felsefesi sahalarında, beşerî tefekkürün inkişaflarını alâka ile takip eden bütün hukukşinasların müşterek kanaatine uyararak, Gurvitch'in, hukukî tecrübe ve sosyal hukuk idesi gibi bugünün şartlarına kolaylıkla intibak eden mefhumlar üzerinde işlemek ve umumî alâkayı, son zamanlara kadar hukuk doğmatığı tarafından ihmal edilmiş bulunan fenomenler üzerine çekmek suretile zamanımız tefekkürüne yapmış olduğu büyük hizmeti, onun en takdire değer tarafı olarak kabul etmektedir³⁷.

Filhakika, A. Levi'ye göre, bizzat Gurvitch'in de söylemiş olduğu gibi bütün yollar nasıl Romaya çıkıyorsa, hukuk ilmindeki bütün caddelerin de, eninde sonunda, bizi sosyal hukuk idesine ulaştırması mümkündür³⁸. Ancak, bu idenin haiz olduğu vüs'at ve şümül, herhangi bir münakaşayı davet etmiyecek derecede açık ve herkesçe teslim edilmiş bulunmakla beraber, hiç de mütecanis olmıyan bir sürü vâkıa, müessese ve mefhumu tek bir kaide içersine sokmak suretile sosyal hukuk idesinin ve bu idenin ihata etmekte olduğu içtimai fenomenlerin ne derece vuzuh ve sarahatle tasvir edilebileceği meselesi, zihinleri yoklayabilir.

Yine A. Levi'ye göre Gurvitch, içtimai hukuka ait eserlerinde bütün alâka ve tercihini³⁹, «sosyal tamamıyet»i ve «toplulukla ferdin aslı totalitési»ni diğer hukuk telâkkilerinden daha iyi tecessüm ettiren bu sosyal hukuk üzerinde toplamakla beraber, ondan, hukukî tecrübenin çeşitli esasları hakkında mevsuk ve daha teferruatlı tahliller beklenirdi. Halbuki Gurvitch, bu esaslar hakkında ancak bâzı icmaller, hulâsalar verebilmiştir. Hattâ son eserlerinde⁴⁰, içtimai fenomenin muhtelif safhalarının hukukî veçhesini aydınlatan bâzı açıklamalarda bulunmuş olmasına rağmen, A. Levi, bunları da kendi noktai nazarından kâfi bulmamaktadır.

37) *Alessandro Levi*, Quelques remarques méthodologiques à propos du droit et de sociabilité (Arch. de Phil. et de Soc. Jur. 1939, Sh. 104).

38) *G. Gurvitch*, Le temps présent 1932 Sh. 12.

39) *G. Gurvitch*, L'Idée 1932, Sh. 11 ve s. ve 17.

40) *G. Gurvitch*, Essai d'une classification pluraliste des formes de la sociabilité, Annales sociologiques, seri A, fask. 3; Essai de sociologie, 1938, Sh. 9 - 112.

Gurvitch'in doktrininde, A. Levi'nin karanlık bulduğu noktalardan birisi de, «normatif vâkıalar»dır. Filhakika A. Levi, bu mefhumun mânasını, bir türlü anlıyamadığını söylemekte ve Gurvitch'in, bir çok eserlerinde vermiş olduğu çeşitli misallere⁴¹ rağmen, bu mefhumun yine de müphem kaldığını iddia etmektedir⁴².

Gurvitch'e göre hukuk sosyolojisi, hukukî tecrübenin nihayetsiz çeşitlerinden her birinin müsbet muhtevasını, insan hattı hareketinin ve müesseselerin mahsus vâkıaları dahilinde ifade edilmiş olarak tarif eder⁴³. Bu sosyolojik tarif, belki de Gurvitch'in hukukî tecrübe bahsindeki ilmî taharrilerine en fazla uyan bir tariftir. Ancak, kelimenin en geniş mânasına, ilmin hukukî tecrübenin tetkik ve mutalâası dolayısıyla yapacağı iş, yalnız bundan ibaret değildir. Hukukî tecrübe, tarihî bakımdan veya onun mütemadi tahavvüllerine hâkim olan dinamizmi bir tarafa bırakmak suretile, sistematik noktai nazardan da tetkik ve mutalâa olunabilir.

Bunlardan başka, hukukî tecrübe, felsefî bakımdan da incelenebilir. Hukukî tecrübe, haddi zatında, beşerî bir tecrübedir. Onu, sübjektif bir takdir ve tenkide tâbi tutmaksızın esaslı surette tanımak ve anlamak imkânsızdır. Biz, bizzat kendimizi, meydana getirdiğimiz eserlerin aynasına bakmak suretile tanıyabiliriz. Hukukî tecrübeye gelince, o da, bu aynaya akseden hattı hareketimizin başlıca tezahürlerinden birisidir. İlâhî hakikatı, nasıl, hilkat vetiresinde tezahür etmiş buluyorsak, beşerî hakikatı da fiillerimiz içersinde aramak mecburiyetindeyiz. Zira küllî olan, ferdî olanda mündemiçtir.

Halbuki hukukî tecrübe karşısında, kelimenin teknik mânasına, bir hukukçu olarak hareket etmediği muhakkak olan Gurvitch, A. Levi'ye göre, elindeki geniş felsefî malzemeye ve sahip bulunduğu derin felsefî zevke rağmen, bu sahada, daha ziyade bir hukuk sosyoloğu olarak görülmektedir. Bununla beraber Gurvitch'in, içtimaî hukuk hakkındaki görüşleriyle, felsefe, sosyoloji, hukuk ilmi veya hukuk doğmatığı arasındaki tedahülü mükemmel bir surette belirtmiş olduğunu unutmamak lâzımdır.

Böylelikle Gurvitch, A. Levi'ye göre, şimdiye kadar ihmal olunmuş veya bu noktai nazardan pek az tetkik edilmiş bulunan bir çok

41) G. Gurvitch, L'Idée Sh. 20, 113 ve s; Le temps présent Sh. 279, 295.

42) A. Levi, a.g.e., Sh. 106.

43) G. Gurvitch, Expérience Sh. 83.

sosyal fenomenler hakkında, hukukî bakımdan yaptığı metodik tetkiklerle, hukukî fenomenlerin içtimailik vâkıasının muhtelif şekillerile olan bağılılığını ileri süren görüşlere de büyük bir hizmette bulunmuştur.

Filhakika bu görüşlere nazaran, felsefe, bilgi nazariyesi bakımından hukukun içtimailiğini meydana çıkardığı gibi, sosyoloji de, onun muhtevasının muhtelif şekiller gösteren çeşitliliğini tarif eder. Doğmatığe gelince, o da, hukukun surî bünyesini tahlil etmek suretile, muhtevası ne olursa olsun - daha uygun bir tabirle her hukuk nizamının - her şeyden evvel ve daima sùjeler - arası veya sosyal tecrübenin hiç değilse iptidaî bir taazzuvundan ibaret bulunduğunu isbat eder.

Gurvitch, sosyal hukukun, ilk şekli ile, içtimai grubun bütün taazzuvlarına takaddüm ettiğini⁴⁴, taazzuv etmemiş sosyal hukukun ise taazzuv etmiş hukuka karşı cephe almış bulunduğunu söylüyor ve sık sık, hukukun, yalnız devlet teşkilâtından değil, herhangi bir sosyal taazzuvdan daha evvel mevcut olan bir takım şekli kaynaklarından⁴⁵ ve bütün kaidelerden daha gerçek olan ve hukukî mâna-da «yaşanan»ın en esaslı ve derin temelini teşkil eden⁴⁶ spontane ve taazzuv etmemiş normatif vâkıalardan bahsediyor.

Gurvitch'in, bu ve buna benzer müşahedeleri hakkında A. Levi şöyle düşünüyor:

Hukukî tefekkürün incelikleri karşısında ihtiyatı elden bırakmamak şartile, hukukun yükseliş noktası, ancak, diğer etik inançlar ve sosyal müesseseler göz önünde tutulmak suretile tayin edilebilir. Netekim, hukuk âleminde tam ve nakıs normlar mevcut olduğu gibi, az veya çok bir mükemmellekle taazzuv etmiş hukukî nizamlar da mevcuttur. Lâkin hukukî nizam, hukuk mefhumu cemiyet mefhumile aynı şey olarak görülmeğe istenmediği taktirde dahi, hukukun hiç değilse iskeletini teşkil eder. Anormal bir iskelete sahip insanlar bulunduğu gibi, fena kurulmuş hukukî nizamlar da mevcut olabilir ve nasıl, iskeletsiz bir insan tahayyül edilemiyorsa, taazzuv etmemiş bir hukuka sahip herhangi bir cemiyet de tasavvurumuz dışında kalır. Şu halde hukuk, eğer herşeyden evvel sosyal bir «entité»nin taazzuvundan ibaret bulunuyorsa, o, bu sebepten, nizam prensibinin bir neticesi oluyor, demektir ve hukukun temsil

44) G. Gurvitch, L'Idée Sh. 16.

45) G. Gurvitch, a.g.e., Sh. 49 - 51, 138.

46) G. Gurvitch, Expérience Sh. 69.

ettiği bu nizam, ancak şekli bir nizam olacağı için, adaleti de hiç bir zaman tahakkuk ettirememesi lâzımgelir⁴⁷.

Adalet bir ideal veya daha doğrusu, her süjenin, her varlığın, kendi hissesine düşeni elde etmek hususundaki bir talep ve iddiasını tazammun eden etik idealdir. Şu halde o, fenomenler âlemine değil, deontoloji sahasına girer. Filhakika bu talep ve iddia, şuurda, ferdi veya içtimaî hayatta mündemiç bulunduğu halde (Adaletin kökleri, belki de, elem ihsasında aranmak lâzımgelir. Zira adalet, bu ihsasa karşı bir isyanı ifade eder) beşerî hususatın fenomenal veçhesinin (tâbirin riyazî mânasile) ancak gayesinde tasavvur edilebilir. Hattâ bu hususta, mutlak bir mütealiyet postülâtına başvurmak ihtiyacında bulunulmuyorsa, adalette sembolize edilen bu talep ve iddianın, hayatın ve mukadderatın külliliği hakkındaki bir imanın, veya az çok meş'ur bir hadse dayanmakta olduğunu kabul etmek icap eder. Fakat adalet gibi bir mefhuma ancak dokunulabilir, onu tahakkuk ettirmek ise, son derecede güç bir iştir.

Alessandro Levi, bu düşüncelerden sonra, Gurvitch'in adalet telâkkisinde, kıymet ve vâkıyı aynı zamanda ihtiva etmesinden gelen melez bir karakter ve ahlâk ile mantık arasında mutavassıt bir yer işgal etmesi dolayısıyla sonsuz bir istikrarsızlık bulmakta, bu yüzden bu telâkkiye iştirak edemeyeceğini söylemektedir. Gurvitch'in, her türlü hukukî nizamın, zarurî surette adalete müteveccih olduğunu ifade eden bu telâkkisi, ona göre, ilmî analizin afakiliğini haleldâr edebilecek etik endişelerin mahsulüdür⁴⁸.

2. — Georges Aillet'nin tenkidi.

Gurvitch'in, fiilî bir hal ile bir kıymeti aynı zamanda ihtiva eden normatif vâkıalara dayanan ve hukukun formel kaynaklarının ötesinde, hads yolu ile bilâvasıta idrak edilebilen sosyal hukuku, Aillet'ye göre, bizzat Gurvitch'in de kabul etmiş olduğu gibi, içtimaî ve hukukî sahada, umumiyetle tabii hukuka tanınmış bulunan bir rolü ifa eder⁴⁹.

47) A. Levi, a.g.e., Sh. 109.

48) A. Levi, a.g.e., Sh. 111.

49) G. Aillet, De la signification méthodologique de l'idée de droit naturel; Arch. de Phil. et de Soc. Jur. 1933, 3-4, Sh. 51; Aynı görüş hk. Bk. Maxime Leroy, Arch. de Phil. 1932, 1-2, Sh. 221; P. Léon, Arch. de Phil. 1934, Sh. 297.

Aillet'ye göre, Gurvitch'in tabii hukuk adı altında anladığı ve yürütmeğe çalıştığı şey, esas itibarile, bir taraftan, tam ve noksan-sız bir tabii hukuk sistemi idesi, diğer taraftan ise, hukukun tekâmülünü ferdî ve içtimaî kıymetlerin mücadelesinde bulan düşünceye karşı cephe almış olan dinî doğmatizmdir.

Fakat, tabii hukukla hadsî hukuk arasında, fonksiyon bakımından mevcut bu mutabakat, acaba, Gurvitch'in düşündüğü gibi, sözde tabii hukukun, inançlar ve müesseseler dahilinde hads yolu ile idrak edilen müsbet hukuktan ibaret bulunması keyfiyetinin bir neticesi midir?.. Yoksa, bilâkis, onun sözde hadsî müsbet hukukunun tabii hukuktan başka bir şey olmaması vâkıyasından mı ileri gelmektedir?.. Aillet, bu faraziyelerden ikincisine mütemayil bulunmaktadır.

Ancak, Aillet'nin münakaşa etmek istediği hususlar, ne bütün beşerî telâkkiler gibi tabii hukukun da şuurlarda tahkik edilmesi icap ettiği keyfiyeti, ne onun, bir nevi psikolojik mevcudiyete sahip olabilmek için zarurî surette müsbet olması lâzımgeldiği hususu, ne müteazzıv veya gayrı müteazzıv müsbet hukukun, onu, tatbikatta ve müesseselerde tahakkuk ettirmesi bakımından bir çok hallerde müsbet bir hukukî mevcudiyete sahip bulunduğu noktası ve nihayet ne de bu tabii hukukun, saf mânada bir ideal arzusuna müncer olmadığı hallerde, normatif vâkıyalardan yâni tatbikattan, inançlardan ve fiilî bir durumla bir otoriteye aynı zamanda sahip bulunan müesseselerden ibaret bulunduğu meselesidir.

İster sosyal vâkıalar aynı zamanda birer kıymet olsunlar, isterse buna mukabil, à priori olan kıymetler, tıpkı vâkıalar gibi tahkik edilebilsinler, Aillet'ye göre bunlar, Durkheim ve Rauh'ın, her biri kendi zayıyesinden olmak üzere, esaslı surette isbat etmiş buldukları hususlardır.

Fakat bunun böyle oluşu, bu bölünmez realitenin iki cephesini birbirinden tefrik etmek hususunda bir mani meydana getirir mi?.. Ve bu tefrik, haddî zatında, hukuk felsefesile sosyoloji arasında mevcut bulunan ve bizim, hukuka müteallik olan ve tabii hukuk adı altında gizlenmiş bulunan bir teemmülle mutabakat halinde gördüğümüz tefrikin aynı olmaz mı?..

Bu suali vaz'eden Aillet, Gurvitch'e göre sosyolojinin isbatlarla meşgûl olmadığını ve olamayacağını, kıymetlerle ilgili bulunan vâkıaların, sosyoloji, münhasıran birer vâkıa olarak alâkadar ettiğini⁵⁰ söyledikten ve yine Gurvitch'in, hukuka ve adalete yarar müsbet

50) G. Gurvitch, L'Idée Sh. 129.

kıymetleriecessüm ettiren normatif vâkıaları, diğer sosyal vâkıalardan ayırmakla görevli hukukî teemmüle ehemmiyet verilmesi lâzım geldiği yolundaki kanaatine işaret ettikten sonra, onun, yukarıki suali, bizzat Aillet'nin onu vaz'ederken kasdetmekte olduğu mâna dahilinde anlamış olduğunu iddia ediyor.

Nihayet Aillet, yine Gurvitch'in, Radbruch hakkında yazmış olduğu bir makalesinin⁵¹ bâzı kısımlarına müracaat ederek bu husustaki düşüncelerini tamamlamak istiyor:

Filhakika Gurvitch, bu makalesinde, kıymet hükümlerile realite hükümleri arasında, bizzat realite ile kıymetler arasında mevcut aykırılığı aşan bir tearuz bulunduğunu, kıymetlerin, vâkıalardan doğmayıp sadece onlarda tezahür ettiğini ve nihayet hükümlerin, kıymetlerin vâkıalar dahilinde teressüm eden ve hads yolu ile idrak edilen tablosunu yer yer parçaladığını söylüyor.

Halbuki, Aillet'ye göre, Radbruch, bir taraftan, hukukun müteberiyeti hakkında tamamen sosyolojik bir teoriyi, sadece vâkıaları nazarı itibara alması bakımından ve diğer taraftan, tamamile felsefi bir nazariyeyi de, hukukun müteberiyetini, tâlil yolu ile, onun doğruluğundan yâni rasyonel kıymetinden istihraç etmesi dolayısıyla reddetmekte ve hukukun hakikatte bu iki cepheyi yekdiğerile birleştirmiş olduğunu müşahede etmektedir. Bu itibarla, Aillet, Gurvitch'in, onun düalist nazariyesini, hukukun, kıymetlerle vâkıalar arasında bir vasıta olarak idrakine mâni oluyor, diye tenkit etmesini, hayret verici bir şey addetmekte ve tenkitlerine şu şekilde devam etmektedir:

Realitenin bu iki cephesi arasında yaptığı tefrikten dolayı, Radbruch'a tevcih edilmiş olan bu tenkit, (bizzat Gurvitch aynı şeyi açıkça tefrik etmiş olduğu halde) bilgimiz tarafından ayırt edilen bu iki cephenin, hakikatte, yekdiğerinden ayrılmaz şeyler olduğu bahane ittihaz edilerek yapılmış haksız bir muaheze değil midir?.. Vâkıa ve kıymet mefhumlarının aynı objeye tatbiki lüzumu, tek başına, bu iki mefhumu yekdiğerine aykırı kavramlar olmaktan çıkarır mı?.. Ve bu iki mefhum arasında mutavassıt bir realite fikri bizi açıkça, bir iltibasa sürüklemeyebilir mi?..

Gurvitch'e göre, Kant'ın iddia ettiği gibi, kıymetlerin temeli, «olması lâzımgelen» değil, bilâkis, olması lâzımgelen'in temeli kıy-

51) G. Gurvitch, Une philosophie antinomique du droit; *Gustave Radbruch* (Arch. de Phil. et de Soc. Jur. 1932, Sh. 530 - 563.

metlerdir⁵². Şu halde, basit ve mücerret bir mefhum olan vecibe kavramından, müşahhas ve müsbet mânada hiç bir normun elde edilemeyeceği anlaşılıyor. Lâkin aceba bizzat vecibe, bu kıymetlerden onların birer vâkıa olarak mı, yoksa birer kıymet olarak mı telâkki edilmesi neticesinde istihraç edilir?.. Ve aceba bu, Gurvitch'in, hukukî mânada bir teemmülün, kıymetler hakkında hüküm yürüten otonom bir hukuk nazariyesinin zarurîliği hakkındaki iddialarını ortadan kaldırır mı?..

Aillet'ye göre, Gurvitch, istemiyerek ve sun'î telâkki ettiği bir ayırmadan çekinerek, bizzat kendisinin gâyet açık surette tefrik etmiş olduğu şeyleri yeniden birbirine karıştırmak istemiyor.

Aillet, bunun delilini, bir taraftan Gurvitch'in, bütün içtimai grubun şuurunda ifadesini bulan, ilk, spontane ve temel müsbet hukukun, hakikatte ve esas itibarile serbest işbirliğine, musavata ve demokrasiye müsait olduğu yolundaki iddiasında, diğer taraftan, bunun aksine olarak, her türlü temayülün, onca, birer tenakuz olarak görülmüş olması keyfiyetinde buluyor. Geniş bir sahaya yayılmış fenomenler olarak gösterilen, hakimiyet esasına müstenit toplulukları, müsbet hukukun, vâkıa hukukunun dışında bırakmak ve sosyal hukuku hâkimiyet hukukundan kurtarmak için, bu toplulukların bünyesini derin bir tetkik ve tahlile tâbi tutmak, serbest ve iradî bir intihabın neticesi değil midir?.. Bu, şuurun, sadece eşya için müteber olan mülkiyet hakkının, beşerî münasebetlere tatbik etmek istememesinden ve hadsin, ancak, şuurun bir hakkı tanımış olduğu yerde, hukuku idrak edebileceği keyfiyetinden ve nihayet hadsî müsbet hukukun tarifinin tabîî hukukun bir postülâtına tâbi olmasından ileri gelmiyor mu?..

Ancak, yeniden içine düşülen bu iltibasın iki tehlikesi vardır: Spekülâtif bakımdan olan birinci tehlike, Maxime Leroy'nun da işaret ettiği gibi⁵³, nikbinlik tehlikesidir: Gerçek müsbet hukuk, sosyal hukukun demokratik ve musavatçı idealine daima uygun mudur?.. Veya her zaman uygun olabilir mi?.. Şüphesiz, bu sualler karşısında Gurvitch, gerçek müsbet hukuk bir hukuk olmakta devam ettiği, bu uygunluğun mümkün olabileceği kanaatını ileri sürecektir. Zira ona göre, müsbet olan şey, hukuk değildir. Böylelikle, Aillet'ye göre Gurvitch, kendisi de farkında olmaksızın, bir idealist halinde or-

52) *G. Gurvitch*, a.g.e., Sh. 553.

53) *Maxime Leroy*, a.g.e., Arch. de Phil. 1932, 1-2, Sh. 215 - 238; *G. Guy - Grand*, La démocratie est - elle dépassée, Arch. de Phil. 1932, 1-2, Sh. 50 ve s.

taya çıkmış olur. Müsbet sahada kalmak hususundaki iradesine rağmen o, Del Vecchio gibi, ancak hukukî ideale uygun olanı hukuk olarak tanımaktadır.

Amelî bakımdan olan ikinci tehlikeye gelince, o da, yine nikbinlik tehlikesidir: Sosyal hukuk, günün birinde, mutlâk ve müstebit bir hukuk halini almaz mı?.. Onun, bir hakimiyet münasebeti veya ferdin topluluk tarafından massedilmesi gibi bir tehlikeye düşmeden, fertle topluluk arasındaki âhenkli tamamıyeti, ilânihaye, devam ettireceğini kim bize temin edebilir?.. Bu, bir bakıma, her türlü sosyal taazzuva takaddüm eden gayrı müteazziv hukukun gayrı meş'ur, gayrı aklî ve müphem kuvvetlerine ifrat derecede bir itimat göstermek olmaz mı?.. İçtimaî olanı, ruhî olanın seviyesine yükseltmek, tabii hukukun, aklın hukukî hayatta mevcut gayrı meş'ur kuvvetleri murakabe etmesinden ibaret bulunan en esaslî fonksiyonunun terkedilmesi demek olur.

Gurvitch'in ilham ettiği şekilde, tabii hukukla hadsî müsbet hukuku aynı şey olarak görmek, bizi, hem müsbet olan hakkındaki şuurdan, hem de aklî murakabenin zarurîliği hissinden mahrum eder.

Eğer hukukçu, müsbet olanla aklî olana müsavi derecede muhtaç bulunuyorsa, bu ihtiyacını, Aillet'ye göre, reel olanın müdiliyetine riayet etmek bahanesi altında bu iki mefhumu mutavassıt bir mefhum içersinde kaynaştırmakla değil, ilmin metodu dahilinde, yalnız beşerî fiiller tarafından tevhit edilmesi lâzımgelen müsbet hukukla tabii veya aklî hukuku, hukuk felsefesi ile hukuk sosyolojisini, büyük bir vuzuh içinde ayırt etmek suretile tatmin edebilir⁵⁴.

Alessandro Levi'nin ve Georges Aillet'nin tenkitlerinden sonra, biz de, Gurvitch'in doktrininde dikkat nazarımızı çeken bir nokta üzerinde düşüncemizi söylemek istiyoruz:

Gurvitch, hukukî tecrübenin münhasıran maşerî, ahlâkî tecrübenin ise, münhasıran ferdî bir tecrübe olduğunu söylüyordu. Bizce hukukî tecrübe, maşerî olmadan evvel, zarurî surette ferdîdir. Gur-

54) Gurvitch, Aillet'nin bu tenkidini, yukarıda adı geçen «Droit naturel ou droit positif intuitif» başlıklı yazısında (Arch. de Phil. et de Soc. Jur. 1933, 3-4, Sh. 79-80. Not: 2, 87, 88, 90) cevaplandırmakta ise de, biz, mevzuumuzun hudutlarını, karşılıklı uzun bir münakaşanın derinliklerinde kaybetmemek endişesiyle, esasen tatmin edici olmaktan uzak bulunan bu cevapları burada göstermekten sarfı nazar etmiş bulunuyoruz. Bu hususta Bk. L. Le Fur Les grands problèmes du droit, Paris 1937, Sh. 118-120.

vitch'in misâlini kullanarak hukuk süjesi, hukuk âlimi, hakim veya kanun koyucunun, tatbik veya tahkik edecekleri normu, içtimâî nizamdan istihraç etmeğe çalışırlarken, kendi fiillerinde tezahür eden ferdî bir tecrübe yapmış olurlar. Ancak, bu fiillerin tekerrrnden ve kanunun başlangıçta teaml surette tatbik edilmiş olmasından sonradır ki, hukukî sahada maşerî bir tecrübeden bahsedilebilir. Bundan başka, maşerî tecrübe yalnız hukukî sahada değil, içtimâî âdetler ideal bir ahlâkın normlarını ifade ettikleri zaman, ahlâkî sahada da meydana gelebilirler.

Kanaatımızca burada, «münhasıran maşerî» veya «münhasıran hukukî» diyecek yerde, hukukî tecrübenin sosyal zaruretler icabı ferdî bir tecrübe olmaktan çıkıp, maşerî bir hale geldiğini ve ahlâkın da daima ferdî değil, ekseriya ferdî olduğunu söylemek daha doğru olurdu.

Doç. Dr. Rahmi ÇOBANOĞLU