

HUKUK VE İÇTİMAİYAT TARİFLERİNİN KARŞILAŞTIRILMASI

Dr. Fındıkoğlu

Hukuk Fakültesi İctimaiyat Profesörü

Muhtelif memleketlerde, bu arada bilhassa bizde, gittikçe birbirine daha ziyade yakınlaştıklarını gördüğümüz hukuki disiplinlerle içtimaiyatın bu yakınlaşmasını iyice anlamak için hukukun ve sosyolojinin ayrı ayrı tarifini gözönüne almağı faydalı buluyoruz. Bu tarifler yapıldıktan sonra her ikisinin karşılaştırılması daha kolay olacaktır.

I

HUKUKUN MUHTELİF TARİFLERİ

Bütün hukuk disiplinleri, kendi meselelerine girişmeden önce birer tarif vermeğı ötedenberi itiyad edinmişlerdir. Bu itiyad, başlıbaşına bir hâdise olmuş, zamanın felsefî cereyanlarına, içtimai ve siyasi ihtiyaçlarına göre bu hâdisede de başkalıklar ve yenilikler görülmüştür.

Muasır Avrupa'da, büyük tedvin devrine girmeden evvel bilhassa hukukçular tarafından yapılmış esaslı bir tarif mevcut değildir. Hukukun esasına ait tarifler, Fransa'da 1804 Napoléon kodu vesilesiyle ortaya atılmış, hattâ bu tarifleri ihtiva eden eserlerin isimleri bile «hukuk» tan ziyade «kanun» ve «kod» lara işaret eylemiştir. Böylece teamüli hukuktan müdevven hukuka yükseliş ile, ilmi bir hukuk tarifine doğru yönelme arasında bir illet ve netice münasebeti görülmektedir.

Bu suretle başlayan ve günümüze kadar devam eden hukuk tariflerinin bir tipolojisi yapılmak icap ederse başlıca dört tip ile karşılaşırız: 1) Metinci ve tefsircilerin tarifi; 2) Feylesofların tarifi; 3) İctimaiyatçıların tarifi; 4) Modern hukukçuların tarifi. Şimdi bunlardan her biri içinde en tipik olanlarına temas edeceğiz.

I. — Tefsircilerin tarifleri;

Bu tipe dahil tariflerin müşterek seciyesi hukuk ile kanun arasında bir beraberlik ve ayniyet görmektir. Sanki büyük kodların vücuda gelmesinden evvel hukuk mevcut değilmiş hissini veren bu tarifler içinde en mühimleri Fransız hukukçularından *Marcadé*, *Demante* ve *Demolombe*'a aittir. Bunlardan birincisine göre «hukuk, kanunlardaki hükümlerin bütünü, yahut daha ziyade umumî neticesi olup ferd bunlara — riayet etmek veya karşı gelmek ihtiyarı ile — tâbi bulunmaktadır.» Aynı düşünceyi ikinci müellifte şu kısa cümle ile ifade edilmiş görüyoruz: «Hukuk fikri, esası olarak kanun fikrine bağlıdır.» Nihayet *Demolombe* ise bu tarifleri aydınlatıyor: «Kanun, Devletin bütün arazisi üzerinde emretmek, yasak etmek, ve müsaade eylemek gücüne malik bir otorite tarafından konulmuş bir kaideden ibarettir. Bu gibi kaidelerin neticesi veya yekûnu ise hukuku teşkil eder.»

1804 Fransız Medenî Kanununun tefsiri vesilesiyle ortaya atılan bu gibi tariflere ilk evvel karşı gelen, hukukçu *Laurent*'dir. İlk bakışta bundan evvelki tariflerden ayrılmadığı zannedilen bu müellif, tarifini izah ederken hukuk ile kanun arasındaki ayrılığı farkeylemiştir. İlk evvel «hukukun mevzuu kanun mevzuunun aynidir: Ferdler ve milletler için mecburî kaideler vazetmek!» diyen *Laurent*, tarifini anlatırken şöyle düşünüyor: fakat «hukuk kanundan öncedir ve insanın, medenî cemiyetlerin tabiatında mündemiçtir. Kanundan ayrı bir hukukun bulunduğunu inkâr etmek için, insanın manevî bir mevcut olduğunu reddeylemek lâzımdır. Hakikatte, mutlak adaletin ifadesi olan ebedî bir hukuk vardır. İnsan, ilâhî mükemmelliğe yaklaştıkça bu hukuk da vicdanı beşerden zuhur eylemektedir.»

Bu son tarif, tefsircilerin çevresinden ayrılmaklığımıza da hizmet ediyor. Bundan sonra yapılacak tariflerde hukuk ile kanun arasında, bizim eski mantıkçıların ifadesiyle «umum» ve «husus» farkları gözönüne alınacaktır.

II. — Feylesofların tarifleri;

Büyük tedvin hâdiseleri üzerine kodların tefsirini yapan hukukçular tarafından yapılan hukuk tariflerinden çok evvel, hukuk felsefesi tarihinin nümunelerini gösterdiği bir takım tarifler mevcuttur. Hattâ bu tariflerin, tedvinlerden çok evvel yapılmış olduğuna göre klâsik hukukçular tarafından gözönüne alınmamasını, bu suretle hukuk ile kanunun birbirine karıştırılmasını hayretle karşı-

lamak lâzımdır. Bilfarz *Sokrat*'ın yazılı ve yazısız kanunlar tefriki, hukuku tarif edecek olanlar için çok bereketli bir ilham kaynağı olabileceği iken tefsirciler bu ciheti gözönüne almamışlar, ancak geçen asrın yarısından sonra hukukun «kanun» dan veya «kanunlar» dan ibaret olmadığını düşünmeğe başlamışlardır. Hukuk tariflerini bir araya toplayan *Lévy-Ullmann*'a göre hukukçular arasındaki bu zihniyet değişikliği 1871 den sonra hukuka gelmiş ve ilk defa açık bir surette *Valette* ve *Beudant* taraflarından ortaya atılmıştır.

Modern hukuk tariflerine temas eylemeden önce felsefe ve içtimaiyat zaviyesinden yapılan hukuk tariflerinden bir kaçını zikre-deceğiz.

En başta on sekizinci asrın büyük Alman feylesofu *Kant*'ı görüyoruz. Bu feylesofa göre hukuk «her birimizin davranışının, başkalarının davranışı ile, külli bir hürriyet kanununa göre uzlaşabileceği şeraitten çıkmış bir mefhum» dur. Her türlü zaman ve mekân kayıtlarından sıyrılmış olan bu tarifi, bildiğiniz veçhile *Kant* «Nazarî akıl» ile elde etmiş, hukuki ampirizmden uzak kalmıştır. Nerede ve hangi asırda olursa olsun hukuk, herkesin hürriyetini başkalarınınkini ile telif şeraitini tesbit edecektir. *Kant*'ın bu «akılcı-rasyonalist» tarifi yanında İngiliz feylesofu *Jérémie Bentham*'ın «ütilitarist-faydacı» tarifi, tam aksi istikameti temsil ediyor: *Kant*'ın hukuk rasyonalizmi şöyle dursun, *Montesquieu*'nün kanunu «hâdiseler arasındaki zarurî münasebetler» den ibaret gösteren, ve «yer üzerindeki halkları idare etmek itibariyle akli beşeri teşkil eylediğini» ifade eden daha az rasyonalist tarifleri bile doğru değildir. Bu gibi tarifler mevzuu gayet basit olan hukuku, giriftleştirmekten başka bir şeye yaramamaktadır. Yapılacak şey haz ve elemelerin bir tablosunu yapmak, hukukun bu tablo karşısındaki rolünü araştırmaktır. Hukukun işi, eaha doğrusu *Bentham*'ın kullandığı kelimelerle «hükûmetin esas vazifesi, ferdi, elem ve ıstıraplara karşı korumak», ve bunun için «ferdlere haklar bahşetmek» tir. Buna mukabil ferd de «bu hukuka mazhar olabilmek için hürriyetinin bir kısmını feda edecektir.» Bir hükûmetin mükemmelliği «ferdin kendi hürriyetinden yaptığı fedakârlığı azaltmak ve mazhar olduğu hukuku çoğaltmak» ile ölçülmelidir. En iyi hukuk için de bu ölçü ele alınacaktır: Beni alâkadar eden yalnız kendi «le Bien - Hayr» im ve «le Mal - Şer» imdir. Yoksa meselâ *Montesquieu*'nün düşündüğü gibi «hâdiseler arasındaki zarurî nisbetler», yahut 1804 tarihli Fran-

sız kodunun mülhem olduğu «bütün yer üzerindeki halkları idare eden akli beşer» in müsavisi olan kanun ile bir alâkam yoktur (1).

III. — İctimaiyatçuların tarifleri:

İctimaiyat ve içtimaiyat felsefesi mensupları arasındaki tarif tecrübelerinden bir nümune seçmek icap ederse biri on dokuzuncu diğeri yirminci asra mensup iki isim zikredebiliriz: *Auguste Comte* ve *Gaston Richard*. Fakat bunların ikisi de bize vazih bir hukuk tarifi vermemiştir. Hukuk sosyolojisine pozitivizmi sokan *Comte*, ferdin rolünü sifıra indiren bir telâkki güdüyor. Yeni hukuk tabirleriyle afakî hukuktan başka bir hukuk tanımıyor. Modern hukukçular arasında ismini sık sık işiteceğiniz *Léon Duguit*'nin hukukî telâkkilerine temel teşkil eden pozitivizme göre hukuktaki «hukuk», daha doğrusu — türkçenin verdiği bir imkândan istifade ederek söyleyelim — «hak», ilmî ve reel bir mefhum olmaktan ziyade tabiat üstü, «tabiat ötesi - *Métaphysique*» bir mefhumdur ve hukuk sosyolojisinde hiçbir yeri yoktur.

«Nasil illet kelimesinin hakikî felsefe lisanından bertaraf edilmesi icap ediyorsa aynı surette de *hak* kelimesi hakikî hukuk lisanından çıkarılmalıdır. Bu iki teolojik-metafizik mefhumdan (yani illet ve haktan) biri (yani hak) artık bundan sonra gayri ahlâkî ve anarşistçedir, nasıl ki diğeri (yani illet) gayri aklî ve sofistçe bir mahiyet arz etmektedir... Teokrasiye karşı mücadele için, son beş asrın metafiziği, menfi bir vaifeden başka bir şey ihtiva etmiyen bu sözde *beşer haklarını*, aramıza soktu. Bu haklar, gerçekten uzvi bir

(1) Bk: J. Bentham: Introduction to the principles of morals and legislation, 1789, London. (L.-U.'a göre: Sf. 86). Gerçekten Bentham, Montesquieu'yü böyle tenkit ediyor. Montesquieu'nün «kanun» mefhumu hakkında yaptığı «hâdiseler arasındaki zarurî münasebet» tarifi, yalnız hukuk kanunları için değil, müsbet ve manevî ilimlerdeki kanunlar için de muteberdir. Daha ziyade hukuk kanunlarını alâkadar eden ikinci tarifin asıl metni şudur: «La loi, en général, est la raison humain, en tant qu'elle gouverne les peuples de la terre.» Bk: *Esprit des lois*, Livre I, Ch. III. Türkçe tercümesinde şöyle deniyor: «Umumiyet üzere kanun, bütün akvamı arzı idare eden müdrikeyi beşerdir.» Cümleyi tamamlayan ifadeler hukuk sosyolojisi bakımından çok mühim ise de, Bentham bunun değerini anlıyamamıştır: «Her kavmin kavanini siyasiye ve medeniyesi bu müdrikeyi beşerin kabili tatbik olduğu ahvali hususiyeden başka şey olmamalıdır. Siyasî ve medenî kanunlar ait oldukları kavmin ihtiyacak ve temayülâtına o derece uygun olmak icap eder ki bir kavme ait kavanini siyasiye ve medeniyenin diğeri bir kavme tevafuku ancak ender tesadüflerden olabilir.» Bk: *Ruhül-Kavanin*, H. Nâzım tercümesi, 1339, C. I, Sf. 13. Biz burada sırf Bentham dolayısıyla Montesquieu'den bahsediyoruz.

mahiyet verilmek istendiği zaman, antisosyal olan tabiatlerini, daima ferdiyeti takdis etmeğe temayül suretiyle hemen izhar eylediler. Artık hiçbir semavî unvan kabul etmiyen müsbet devirde hak fikri kat'i surette kayboluyor. Herkes herkese karşı vazifeye maliktir, fakat hiç kimsenin kendine mahsus *hak*'kî yoktur... Başka bir ifade ile hiçbir kimsenin, kendi vazifesini daima ifadan başka bir hakkı mevcut değildir (2)». Görülüyor ki bize vazih bir cümle içinde ifade edilmiş kısa bir hukuk tarifi vermemiş olan *Comte*'un fikri, bütün felsefî sistemin esaslarıyla alâkadar ve birbirine bağlı düşünceler şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu sistemin felsefe sahasındaki tesirlerini bilâhare «Viyana derneği - Wienerkreise» ne mensup pozitivist feylesoflar, hukuk sahasındaki tesirleri memleketimizde de tanımış olan *L. Duguit*, çok bereketli bir surette temsil eyliyeceklerdir (3).

Fransız sosyoloğlarından *Gaston Richard*, hukukî meselelerle en ziyade meşgul olan bir içtimaiyatçı olmak itibariyle *hukukun tarifi* sahasında yaptığı tecrübe zikre değer. Ona göre sabit ve donmuş bir tariften ziyade, hukukî tekâmülün gidişini ifade edecek bir formül tercih edilmelidir. Bu formül ise şu olabilir: «Mâ'şerî hükümlerin tesiri altında egoist seciyenin geçirdiği istihale (4)». Her devirde bu istihalenin derecesi başka başkadır. *G. Richard*'ın vermekten çekindiği *hukuk tarifi*'ni, eserini tahlil eden bir hukukçu çıkarmağa çalışıyor: «Bir zümre içindeki, yahut zümreler arasındaki hayatî rekabeti, zarurî olan asgarî dereceye indirmek suretiyle, her zümreyi bazı uzuvlarının çıkardığı karışıklıklara veya başka zümreler tarafından vaki olan husumetlere karşı koruyan vasıtaların topuna birden hukuk denir (5)».

(2) Bk: A. Comte: *Système de politique positive*, 1890, C. I, Sf. 361.

(3) Modern pozitivist ve realist hukukçuların istinat ettikleri felsefî fikirleri iyice anlamak için gerek pozitivizmi, gerek Viyana derneği ve neo-pozitivizmi iyi kavramak lâzımdır. Bu hususta türkçe kaynaklara işaret edelim: E. Mach: *Bilgi ve hata*, S. Esat tercümesi; Z. Fahri: *Felsefe kongrelerinde Türkiye*; Lévy-Bruhl: *Comte'un felsefesi*; H. Ziya: *Muasır filozoflar*; E. von Aster: *Bugünkü Almanya'da felsefe* (Ülkü, 1940).

(5) Bk: Charmont: *Ecole sociologique et positive*, Sf. 120 (Lévy-Ullmann'a göre).

(4) Bk: G. Richard: *Essai sur l'origine de l'idée du droit*, Paris 1892, Sf. 244. Bu eser, sosyoloğun esas tezidir.

IV. — *Modern hukukçuların tarifleri;*

Felsefe ve içtimaiyatın hukuk etrafında ileri sürdüğü düşünceler ve tarif taslakları, şimdiye kadar dar bir saha üzerinde dolaşan hukukçulara tesir etmekten geri kalmadı. Bilhassa 1870 den sonraki hukukî neşriyatta bu tesirin bereketli izlerine rastlamaktayız. Hattâ bu neşriyatın başlıklarında bile biz bu tesiri görmekteyiz: Artık «kanun» veya «kod» yerine hukuk kelimesi kullanılıyor, ve böylece «kanun» un varlığını, metinlerden önceye götüren düşünce muzaffer oluyor.

Fransız hukukçuları arasında bu düşüncenin ilk vesikasını veren *Valette*, daha sonra *Beudant*'dır (6). Bu iki müellif, âdeta sonraki hukukçu neslinin iki kılavuzu mahiyetindedir. Gerçekten *Planiol*'ler, *Baudry-Lacantinerie*'ler, *Surville*'ler, *A. Colin*'ler ve *Capitant*'lar, işte bu neslin en sivrilmiş şahsiyetlerini teşkil etmektedirler.

Baudry-Lacantinerie'ye göre:

Bu müellife göre hukuk «insanın kendi hemcinslerine karşı davranışını düzenliyen, riayet edilmeleri haricî bir müeyyide ile de temin edilebilecek bulunan, aynı zamanda doğru ve faydalı bir takım kaidelerin yekûnundan» ibarettir (7). Bu hukukun iki şeklini de B.-L. tayin ediyor: Kaideler formülense müsbet veya mevzu hukuk, formüllememiş ise mefkûrevî (idéal) hukuk halinde mevcuttur.

Surville'e göre:

Bu hukukçuya nazaran hukuk «içtimaî kuvvetin müeyyidesi tesiri altında, hemcinsleriyle olan münasebetlerinde insanın kendi hürriyetini kullanım tarzının, içtimaî kuvvetin müeyyidesi altında, tâbi olduğu bir takım kaideler yekûnundan» teşekkül eder (8). Görülüyor ki *doğru* ve *faydalı* mefhumları bir tarafa bırakılırsa, bu tarif, evvelki tarifin bir tekrarıdır başka bir şey değildir.

François Gény'ye göre:

Modern hukukçular arasında bize mantıkî bir tarif vermek isteyen, mantık fenninin istediği tarif tarzına uygun davranan *François Gény*'ye göre «hukuk, hemcinsleriyle münasebette bulunan in-

(6) Bk: *Beudant: Le droit individuel et l'Etat, 1891, Sf. 12: «Le droit... est la source des lois.»*

(7) Bk: *Baudry-Lacantinerie: Précis de droit civil, 1912.*

(8) Bk: *Surville: Eléments d'un cours de droit civil français, 1910.*

sanın harici davranışlarının tâbi olduğu kaideler mecmuu» dur. Tamamlayıcı ikinci bir tarif ile müellif bu kaidelerin mahiyetini şöyle belirtiyor: «*Bu kaideler, insanlığın mâ'serî şuurunun muayyen bir anında adalet fikri tabîisinin ilhamı altında içtimai, icabında cebrî olan bir müeyyide ile tezahür etmekte, bu gibi müeyyidelerle mücehhez olmağa mütemayil bulunmakta, bundan böyle cemiyette düzeni temin için hususî iradelere hâkim olan kat'î emirler şekli ile ortaya konmaktadır (9)*».

Bu tarif, hukuk tarifleriyle meşgul olan nazariyeciler tarafından «mantıki» vasıf ile vasıflandırılmaktadır. Niçin? Çünkü bizim eski mantıkçıların iyi bir tarifin nasıl olabileceği hakkında verdikleri izaha çok uygundur: *İyi bir tarif, tarif edilen şeyin cinsi karibi ile faslı karibinden teşekkül etmelidir (10)*. O halde «hukuk» un «karip veya yakın cins - Genre prochain» i ile «yakın fasıl - Différence prochaine» nı bulmak lâzımdır. Müellifin tarifinde bu iki unsuru gösteren Lévy-Ullmann'a göre (11) *Gény*'nin tarifinde yakın cins, tıpkı hukuk gibi müeyyidelerle mücehhez olan din, ahlâk, muâşeret, moda, batıl itikat... ilâh kaideleridir. Buna mukabil *yakın fark* veya *fasıl* da hukuktaki müeyyideleri, dindeki, ahlâktaki, modadaki... ilâh müeyyidelerinden ayıran hususiyetlerdir. Bu hususiyetler şunlardır: Müeyyidelerin cebrîliği, adalet fikri, emrin kat'îliği ve su götürme-mezliği. Yukarıdaki tamamlayıcı tarife dikkat edilirse bu üç noktanın gözönüne alındığı görülecek, bu vesile ile hukuk ile diğer içtimai hâdise gruplarından bir kısmının ayrılığı anlaşılacaktır.

Jéze'e göre:

Kendisini *Duguit* gibi realist ve pozitivist sayan *Jéze*, hukuk tarifinden her türlü ahlâkî ve aklî unsurları çıkararak muhtelif tarifler yapmıştır. Bu tariflerden birine göre «hukuk, esasında salâhiyet tarafından vazedilmiş bir nizamdır (12)». Daha sonraları bu kısa tarifi aydınlatan izahlarda bulunmuştur: «Bir memleketin hukuku, muayyen bir memlekette, muayyen bir anda iyi veya fena, faydalı veya zararlı hükmedilen ve hâkimler, mahkemelerce *bilfiil* tatbik olunan kaidelerin yekûnudur. Bu tariften ayrılan her nazari izah, fikrimce, tenkide pek müsaittir: Böyle bir izah, bir hukukçu tarafından yazılmış bir roman, bir muhayyile eseridir... *Bir kıymete ve*

(9) Bk: F. Gény: Science et technique, I. Sf. 50.

(10) Bak: Ağaoğlu Tezer: Mantık, 1928 İstanbul, Sf. 21.

(11) Bk: Lévy-Ullmann: Kz. Sf. 76-77.

(12) Bk: Jéze: Cours de droit public, 1913, Sf. 6.

ıçtımâî bir kuvvete malik kaideler yerine, formülleyen kimsenin şahsî tercihlerinden başka bir desteği bulunmayan öğütler konmuştur.» Bütün idealist hukuk tariflerinin müsterek unsuru olarak *mutlak adalet* fikrini izafileştiriyor: «Adalet, muayyen bir memlekette, muayyen bir devirde insanların adalet olduğuna iman ettikleri şeydir. *Pyrenée'nin öbür tarafındaki hakikat bu tarafta hatadır.* Şu halde muayyen bir memlekette, muayyen bir devirde hukuk, bu memleket ve bu devir halkının ekseriyetinin içtımâî davranış, âdil ve içtımâî bakımdan faydalı addettiği içtımâî davranış kaidelerinin yekûnundan teşekkül eder (13)».

Jhering'e göre:

Alman hukuk âlimlerinden *Jhering* devletçilik ideolojisini okşayan şu tarifi, kaide, cebir, ve Devlet unsurlarını ihtiva ediyor: «Hukuk, bir Devlet dahilinde mer'î olan cebrî kaidelerde mündemiç mefhum»dan ibarettir. Bilâhare, bu tarifi, ikinci bir tarif ile aydınlatan müellif, modern sosyolojik hukuk tarifine bir zemin hazırlamıştır. Buna göre: «Hukuk, cemiyetin yaşama şartlarının Devletin cebredici kuvvetine dayanan teminatının iktisap ettiği şekildir (14).

Her iki tarifteki devletçi ve sosyolojik unsurların ne kadar kuvvetli olduğu ve ağır bastığı görülüyor. *Lévy-Ulmann* ve *Louis le Fur* bu bakımdan *Jhering'i* tenkit etmişlerdir (15). Maamafih müellifin fikrî tekâmülü yakından takip edilirse sonradan kendi kendisini tashih eylediği görülür. O kadar ki 1868 de Viyana'da vermiş olduğu bir seri hukukî konferanslarda âdeta kendi eseri olan ve yukarıdaki tarifleri ihtiva eden «hukukta gaye - Der Zweck im Recht»in esaslarıyla çarpışan yeni bir hukuk tarifi vermiştir.

Gerçekten yukarıdaki her iki tarifte ferdin cemiyete ve Devlete feda edildiği görülmektedir. Halbuki bilâhare «Hukuk uğrunda savaş» adı altında neşredilen konferanslarında ferde ait hak ve hisseyi ön safa geçiren bir tarife vâsıl oldu. İleride başka bir vesile ile temas edeceğimiz bu tarife göre hukuk «tehdit edilen varlığın im-

(13) Bk: Jèje: Les principes généraux du droit administratif, 1914, Sf. III.

(14) Bk: Jhering: Der Zweck im Recht, C. I, Fas. VIII, 1877, Sf. 318.

(15) Bk: Lévy-Ulmann: Eléments d'Introduction générale à l'étude des sciences juridique: I, La définition du droit, Paris, 1917, Sf. 101-107; ve Louis Fur: Essai d'une définition synthétique du droit, Sf. 316.

dat işareti, silâh başı âvazı olan ıstırab» in mahsulüdür. Bu «ıstırab» ı, Devlet ve cemiyet karşısında hisseden fert hukuku, mücadele ile bulacaktır.

Bununla beraber çok felsefi ve müphem olan bu son düşünce ile ilk tarifleri birbirine bağlamak mümkündür. Esasen yukarıdaki iki tarif de «Şekilci - Formaliste» dir. Ferde ait hisse, bu «şekl» in içindeki «muhteva» ile alâkalıdır. *Jhering*, bu «muhteva» için ferdin sarfedeceği mücadeleyi çok yaman bir sosyoloğ edası ile şu şekilde izah ediyor: «Bu muhteva cemiyetlere göre değişir. Meselâ toprak mülkiyetine ait davalarda köylü, en kuvvetli hukukî hisse sahiptir... Tüccar için kredi, zabıt için askerî şeref aynı derecede mühimdir. Devrin hukuku, buna göre tanzim edilir. Meselâ asrî kanunlar, tüccarın kredisi, âdi veya hileli iflâs meselelerinde fevkalâde sıkı davranmışlardır... Hukukî his, mevki ve meslek tehalüfüne göre başka başka hassasiyet göstermektedir. Teokrasi, mukaddesata tecavüzü, putlara perestîşi, bellibaşlı suçlardan addettiği halde, sınır geçmeği basit bir suç sayar. Çiftçi Devlet, bilâkis sınır geçme-suçunu son şiddetiyle takip eder. Buna mukabil mukaddesata tecavüzü en hafif bir ceza ile tecziye edecektir (17)». Görülüyor ki *Jhering*, «Cemiyetin yaşama şartları» hakkında çok «İzafiyeci - Relativiste» bir telâkkiye sahiptir. Fert «Devletin cebredici kuvvetine dayanan teminat» tan istifade emek için mücadeleye mecbur bulunmaktadır.

Léon Duguit'ye göre:

Modern hukukçuların hukuk tarifleri arasında *Duguit*'ye ait olanı hususî bir ehemmiyete maliktir. Çünkü bu tarif, evvelce telâkkisine işaret ettiğimiz meşhur pozitivist Fransız feylesofu *Auguste Comte*'un sisteminden kuvvet almaktadır. Gerçekten «hak» kelimesinin hukukî lisandan çıkarılmasını istiyen *Comte* gibi, *Duguit* de «her türlü karışıklıklara meydan verdiği için bu kelimenin ilmi lisandan çıkarılıp atılması, büyük bir terakki eseri olacaktır (18)» diyor.

(16) Bk: *Jhering*: Kz. Sf. 318. Bu eser fransızcaya «La lutte pour le droit» ismi ile 1890 da *Meulenacre* tarafından, türkçe «Hukuk uğrunda savaş» ismiyle *Rasih* tarafından çevrilmiştir. Biz türkçe tercümesinden istifade ediyoruz.

(17) Bk: Kz. Sf.

(18) Bk: yukarıda, Not 2, 3.

O halde haktan (yani enfüsi hukuktan) ve hukuktan (yani objektif hukuktan) bahsedilemeyecek midir? Müellif bunlardan birincisini (enfüsi hukuku) reddetmekte, ikincisi için de daha ziyade «hukuk kaidesi - La règle du droit» tabirini kullanmaktadır. Bu kaide, ona göre, «Cemiyet halinde yaşayan fertlere tahmil edilen bir davranış tarzı olup ona saygı gösterme, cemiyetçe muayyen bir anda âmme menfaatinin garantisi sayılmakta, saygısızlık ve tecavüz ise, müte-cavize karşı mâ'serî bir reaksiyon doğurmaktadır (19)».

Bu tarif, bir bakıma hukuk sosyolojisinin hoşuna gidecek bir tariftir. Zira cemiyeti fertler kümesi olmaktan ziyade ayrı bir şey-niyet sayan, ferde ancak «içtimai - social» bir hayat yaşadığı için içtimai bir kıymet atfeden, cemiyetten ayrı ve bir «hak sahibi» olan ferde yer vermiyen sosyolojik bir görüşe dayanıyor. Başka bir ta-birle bir nevi içtimai kimya faraziyesine istinat etmektedir: Fertler-den teşekkül eden cemiyet, buna rağmen, fertler yığını değildir, ay-rı bir realite teşkil eder. Daha açık bir lisanla «ben - moi» in mev-cudiyeti, «biz» in mevcudiyetinden ötürüdür. Böyle olunca «ben», bir hak sahibi olamaz. Onun «hak» kı, ancak yaşadığı içtimai hayat icabı olan «kanunî vaziyet - situation légale» ten ibarettir.

Hukukî pozitivismden hareket eden *Duguit*'nin tarifinde gerek felsefi bakımdan, gerek sosyolojik noktadan tenkit edilecek tarafla-ra sonradan temas edeceğiz. Şimdiden bu tarif dolayısıyla şu kadar söyleyelim ki hukuk tarifine girecek bütün unsurlar afakî hukuka aittir. Enfüsi hukuka ait düşünceler, sadece menfi bir maksat ile öne sürülebilir: Her çeşit ferdî imtiyazlara yer veren bir «hak», il-ga edilecektir. Esasen ona göre hukukçuların enfüsi hukuktan kas-dettikleri şey pek müphemdir. Enfüsi hukuk deyince şu iki nokta anlaşılabilir: 1) Afakî hukukun çizdiği sınır içinde ferde ait olan davranış tarzı; 2) Muayyen bir ferden diğer bir fertten müşah-has ve belli bir hizmetin ifasını istemesi hakkı. Eğer enfüsi hukuk-tan güdülen şey bu iki noktadan ibaret ise *Duguit* kabul ediyor, yal-nız bir isim değişikliği istiyor: Enfüsi hukuk demeyiniz, ferden «ka-nunî vaziyeti - situation légale» nden, yahut başka bir ifade ile «en-füsi olan hukukî vaziyet - situation juridique subjectif» den bahse-diniz! Şu halde müellifin hukuk tarifinde enfüsi hukuka yer verip vermemesi meselesinde bu tefsiri göz önüne almak lâzımdır. Bunun-la beraber ferde, enfüsi hukuka bıraktığı bir pay mevcut değildir: *Duguit*, asıl ana tarifine sadık olduğu gibi, «hak» yerine «vazife»-

(18) Bk: Léon Duguit: *Revue du droit public*, 1917, C, 27.

nin konulmasını isteyen *Auguste Comte*'a sadakatini de muhafaza etmektedir (20).

Bonnecase'a göre:

Fransa'da *F. Génay*'nin rasyonalist hukuk telâkkisini kabul etmiş olan *J. Bonnecase* ihtiva ettiği unsurlar itibarıyla mantıkî olan bir tarif veriyor: «Teşekkül etmiş bir otorite tarafından fertlerin şahsiyetini, muhtelif zümreleriyle göz önüne alınan kollektivite menfaatlerinin muhafazası endişesiyle uzlaştırmak suretiyle içtimai âhengin gerçekleşmesi namına, insana bilfiil tahmil olunan veya içtimai, akli olarak yüklenmesi elverişli bulunan haricî davranış kaidelerinin yekûnu» ndan ibarettir (21). Pek uzun olan bu tarif, *haricî davranış* unsuruna da büyük bir ehemmiyet vermektedir (22).

Louis le Fur'e göre:

Zamanımızın muhtelif hukukçuları tarafından yapılan tarifleri bir araya getiren maruf Fransız hukukçu ve sosyoloğu *Louis le Fur*, bu hususta iyi bir tarifin başlıca üç unsura sahip olması lüzumunu ileri sürüyor. Bu unsurlar şunlardır:

1. — Emir unsuru;
2. — Gaye unsuru;
3. — Müeyyide unsuru.

Birinci unsurun teşekkülünde esaslı rolü «akıl» veya «tecrübe» den birine vermek ve bunlardan birini her şey addetmek doğru olmaz. Hukuk kaidesinin «emri, emirci - impératif» unsurunu, şüpheli-

(20) Maamafih *L. Duguit*'nin *Comte*'la beraber Alman hukukçu ve sosyoloğu *Jhering*'den de müteessir olduğu görülüyor. *Jhering*'e göre «Hukuk kelimesi, iki mânadadır. Afaki mânada Devletin tatbik ettiği prensiplerin hepsine isim oluyor. Enfüsi mânada alâkalı şahsın hukukuna, mücerret kaidenin nüfuzu demektir.» Bu tefrikin, *Duguit*'deki afaki ve enfüsi hukuk fikirlerini kuvvetlen andırıldığı inkâr edilemez. Felsefi doktrin bakımından bir *Comte* talebesi olan *Duguit*, hukukçu sıfatıyla daha ziyade *Jhering*'ten belki müteessir olmuştur. Fakat *Jhering*'in ferde, muayyen bir cemiyet içinde verilmiş olan haklar için nasıl mücadele lüzumunu tahmil eylediği gözönüne alınırsa aradaki ayrılık göze çarpacaktır. Bu itibarla «Hukuk uğrunda savaş» ı tavsiye eden bir müellifi, ferde sadece «kanunî vaziyet» tanıyan bir müellife yaklaştıran *Lévy-Ulmann*'in düşüncesi tenkit edilebilir.

(21) Bk: *J. Bonnecase*: *La théorie du droit en France...*, 1919, Sf. 9.

(22) Bk: *L. le Fur*: *Essai d'une définition synthétique du droit*, *Bull. de légis. comparée*, 1930, Sf. 317: «Le droit tient aussi compte de l'intention, il suffit de rappeler la théorie qui porte ce nom en droit pénal et la notion de bonne foi en droit privé.»

siz akıl tayin eder. Fakat tecrübenin, örf ve âdetlerin de hissesi vardır. İkinci unsur «gai - téléologique» seciyeyi gösteriyor. Fakat buradaki gayenin ahlâki ve faydacı gayelerden ayırd edilmesi gerektir. Şöyle ki: hukukî hayr ve şer, ahlâki hayr ve şerden başka olduğu gibi, fayda ve zarar mefhumlarından da ayrıdır. Belki «hukukî hayr - le bien juridique» ve «hukukî şer - le mal juridique» bir taraftan «ahlâki hayr - le bien mal» la «ahlâki şer - le mal moral» i, diğer taraftan «faydalı - l'util» ile «zararlı - le nuisible» yı bir araya toplayacak, fakat ne başlı başına biri, ne de başlı başına ötekisi olmayacaktır (23).

Nihayet üçüncü unsura gelince bu unsur hukuk çeşitleri içinde yalnız müsbet ve mevzu denen hukuk için öne sürülür. Meselâ ahlâki hukukta, ahlâk kaidelerine yakınlığı dolayısıyla, müeyyide mevcut değildir. Böylece *Louis le Fur* bu üç unsuru taşıyan şu tarife varmaktadır: «Hukuk, âmme hayrının gerçekleşmesi maksadiyle teşkilâtlanmış bir cemiyet tarafından fertlere ve tâli zümrelere tahmil edilmiş olan hayat kaidesidir.» Bunun yanında yukarıdaki üç unsur daha iyi belirten bir başka tarif de görülüyor: Hukuk «hukukî şahısların, icabında müsbet müeyyidelerin tatbikatiyle teminat altına alınmış, salâhiyettar bir otorite tarafından âmme hayrı mucibince istimal edilmiş salâhiyetlerinin *tayini*» nden ibarettir. Bu son tarifte iki noktayı aydınlatan müellif «tayin - détermination» yerine önceleri her ne kadar «tahdit, sınırlandırma - délimitation» yı düşünmüş ise de fertçi unsura ehemmiyet vermiş olmak endişesiyle vazgeçtiğini, «salâhiyettar otorite» den de yerine göre bir ferdi, bir heyeti, bir zümreyi kasdeylediğini belirtmekte, tarifinin gerek millî, gerek beynelmilel her çeşit hukuk için elverişli olduğunu düşünmektedir (24).

Bu suretle dört zümrede yokladığımız muhtelif hukuk tarifleri, aynı zamanda bir tekâmül sırası da arzulemektedir. Bir taraftan tefsircilerin basit tarifleri, diğer taraftan feylesofların ve içtimaiyatçıların rehberlikleri ile aydınlanmış olan modern hukukçuların ta-

(23) Burada «Bien» ile «Mal» mukabili olarak «iyi» ve «fena» yı, yahut «iyilik» ve «fenalık» ı kullanmak istedikse de bizi alâkalandıran mefhumları karşılamadıklarını görünce vazgeçtik. Bununla beraber «iyi» ve «fena» yı kullanmak belki mümkün olabilir. Bu takdirde «sıfat» olarak değil isim halinde kullanılmalrı ve meselâ «hukukî iyi» yahut «hukukça iyi - le Bien juridique» denilmesi lâzım olacaktır.

(24) Bk: *Louis le Fur: Essai d'une définition synthétique du droit, Bulletin de la Société de Législation comparée, 1930, C. 59, Sf. 290-320.*

rifleri bu tekâmülün iki ucunu teşkil ediyor. Görüyoruz ki ilkin bütün hukukun yazılı hukuktan ibaret olmadığı, sonra «bütün» ün «tek» karşısında reaksiyonda bulunduğu, nihayet «içtimai - le social» nin müdafaası lâzım geldiği... gibi noktalar, modern hukuk tariflerinin seciyelerinden bazılarını vücuda getirmektedir. Şimdi bu tariflerin doğuşunda âmil olan sosyolojinin tarifine geçmek lüzumu karşısında bulunuyoruz.

II

İÇTİMAİYATIN MUHTELİF TARIFLARI

İçtimaiyat, kısaca cemiyet ilmi, topluluk bilgisidir. Fakat bu kısa tarifin, yakından bakılırsa bir çok dumanlı, karanlık köşeleri vardır. İlkin akla gelen şudur: Bir hukuk ilmi var, bir iktisat ilmi, bir estetik, bir edebiyat tarihi... ilâh var. Bunların hepsi birer «içtimai ilim» dir. Her biri cemiyetin şu veya bu müessesesini, meselâ hukukî, dinî, siyasi... müesseselerini araştırıyor, yoklıyor, mümkün olduğu kadar kanunlarını buluyor, yahut bulmağa savaşıyor. O halde olsa olsa sosyoloji denen ilim, bütün bu tek ilimlerin bir birleşmesi, münferit içtimai ilimlerin vardıkları neticeleri bir araya getiren bir *terkip*'ten ibarettir.

Böyle bir düşünce karşısında başka çeşit güçlükler çıkacaktır. Ya bu *birleşme ve birleştirme*, sadece bir araya getirme olur, o zaman içtimaiyat bir nevi *fihrist*'tir, âdeta bir hulâsadır. Bu takdirde büyük bir ehemmiyeti, hele ilmi ehemmiyeti bulunmayacaktır. Yahut bir nevi *felsefe*'dir, âdeta münferit içtimai ilimlerin mevzularını birleştirerek bağliyacık ve hepsinde müşterek olan tarafı gösterecektir. Bu takdirde de *ilmi* vasfı aşan bir seciye kazanması, ötedenberi mevcut olan *içtimai felsefe* veya *tarih felsefesi*'ne benzemesi ihtimali vardır. Halbuki böyle bir ihtimali biz hoş görmüyor, zira sosyolojinin ilimler sırasında yer almasını istiyor, yeni içtimaiyatın, eskisinden mevzu ve usul itibariyle ayrı olduğunu tekrarlıyoruz.

Modern sosyolojinin tarifini elde etmek hususunda muhtelif memleketlerde, muhtelif mekteplere mensup içtimaiyatçılarca çeşit çeşit tecrübeler yapılmıştır. İçtimaiyatın tarihine girmeksizin sadece Alman ve Fransız sosyologlarından bir kaçına baş vurmak ve ne gibi tariflerin bulunduğunu görmek kâfidir.

I. — Alman içtimaiyatçılarınun tarifleri;

Modern Alman sosyolojisinin üstadları arasında mevzuumuz için seçtiğimiz müellifler şunlardır: *Tönniers*, *Simmel*, *Von Wiese*.

Tönnies'ye göre:

Ona göre içtimaiyatın vazifesi, içtimai hâdiselerde iki tip sosyal yaşayışın nasıl tezahür ettiğini bulup göstermektir: Cemaat ve cemiyet. Cemaat hayatı, fertleri bir bütün içinde yaşatan, birbirine bağlı tutan uzvî bir hayattır. Cemiyet ise içinde hürriyet şuurunun, zekânın ve müsavat fikrinin serpildiği bir yaşayış tarzıdır. Evvelkisinde «derin irade, esas irade - Wesenwille», ikincisinde «irade, karar veren irade - Kürwille» hâkimdir. Hukukî hâdiseler arasında aile münasebetlerini düzenliyen kaideler, «esas irade» ile, borç münasebetlerini düzenliyen kaideler ise «karar veren irade» ile alâkalıdır. O halde içtimaiyatın bu iki tip topluluk hayatının vasıflarına ait olan bilgilerini, hukuk sosyolojisi muhtelif hukuk hâdiselerine tatbik edebilir: Cemaat hayatının seciyelerini taşıyan hukuk hâdiseleri, cemiyet tarzının karakterlerini arzeden hukuk hâdiselerinden bu ölçü ile tefrik edilecektir (25). Aile hukukuna ilişen hâdiseler ve müesseselerde sempati, sevgi ve tesanüd, borçlar hukukuna ilişen hâdiseler ve müesseselerde ise zekâ, hesap ve mukaveleci zihniyet hâkimdir.

Simmel'e göre:

Hususi içtimai ilimlerden ayrı bir içtimaiyat kabul edenler arasında *Simmel*'i de görüyoruz. Ona göre münferit ilimler, içtimai hâdiseleri, içtimaiyat ise bu hâdiselerin içinde cereyan ettiği «cemiyet» i araştırır. Hâdiselerin «şekil - form» ini yoklar. Nasıl hendeşe kalitelere, hassalardan sıyrılmış bir mekân ve mesafeyi ölçerse, içtimaiyat da müşahhas, sosyal hâdiselerden boşalmış olan içtimai mekânı araştırmalıdır.

Muhteviyatı olmıyan bir «içtimai» ne olabilir? Öyle bir şey ki ne hukukî, iktisadî, ne de edebî, dinî veya siyasîdir: Bu şey *Simmel*'e göre «karşılıklı tesir - wechselwirkung» dir. Meselâ idare edenlerle edilenler arasında bu karşılıklı tesir iki «şekil» arzeder: İstiklâl, yani gayri şahsî bir otoritenin mevcudiyeti ve tâbiiyet, yani şahsî bir otoritenin mevcudiyeti. İşte içtimai, bu neviden münasebetlerde mündemiçtir. Bunlar, şekiller, kadrolardır, içleri boştur. Münfe-

(25) F. Tönnies'nin bu ana düşüncesi ilk defa 1888 de intişar eden «Cemaat ve cemiyet - Gemeinschaft und Gesellschaft» isimindeki eserinde ortaya atılmış ise de ancak 1910 dan sonra yapılan ikinci basılışı ile sosyoloji mahfillerince tanınmıştır. Bizde pek az tanınan bu Alman içtimaiyatçısı hakkında şu iki kaynak gösterilebilir: Bk: Prof. Kessler, İçtimaiyata başlangıç, 1938, Fındıkoğlu tercümesi; Prof. H. Ziya, İçtimai doktrinler tarihi, 1941. Bu iki kelimenin lisanımıza cemaat ve cemiyet tarzında çevrilişi oldukça yayılmış bulunmaktadır.

rit cemiyet hâdiselerinden bahsedilirken bu şekillere dayanılarak izah denemeleri yapılabilir.

Von Wiese'ye göre:

Simmel'den mülhem olan *Von Wiese* içtimaiyatı fertler arasındaki münasebetler şeklinde belirip vücut bulan ve taazzuv eden cemiyetin ilmi diye tarif etmektedir. Muhtelif içtimai ilimler, kendi sahalarını araştırırlar. Fakat bu esnada sosyolojinin bulacağı «münasebet - beziehung» ve «teşekkül - gebilde» lere istinat etmelidirler. İçtimai olan şey, ancak bu suretle kavranılabilir.

Von Wiese'ye göre bütün münasebetler, iki umumî kadroda toplanır: yaklaşma, uzaklaşma. Herhangi bir zamanın herhangi bir müessesesinde bu münasebet şekilleri mevcuttur. Her iki çeşit münasebet bize «mesafeleşme - Distanzierung» mefhumu ile bu mesafeleşme neticesinde billûrlaşan ve beliren «teşekkül - gebilde» mefhumunu temin ediyor. Bu teşekküller arasındaki karşılıklı münasebetler *Simmel*'in düşündüğü «karşılıklı tesir - wechselwirkung» olmayıp «karşılıklı münasebet - wechselbeziehung» halinde tasarlanmalıdır. Meselâ idare eden zümre ile idare edilenler arasında bir karşılıklı münasebet mevcuttur. Fakat bu münasebet daima karşılıklı tesir olmayabilir. Bir taraf tam mânasiyle hâkim olurken, idare edilenler zümresinin passif kaldığı siyasi «teşekkül - gebilde» ler yok değildir. İşte içtimaiyat, muhteviyatları bir tarafa bırakılarak göz önüne alınan bu münasebetlerin ilminden ibarettir (26).

II. — Fransız içtimaiyatçılarının tarifleri;

Fransız içtimaiyatından Durkheim'ı, Bouglé'yi, G. Richard'ı, R. Maunier'yi seçiyoruz.

Durkheim'a göre:

Memleketimizde başlıbaşına bir mektep vücuda getirmiş olan bu Fransız içtimaiyatçısının sosyolojiyi tarif edişini hususî bir ehemmiyetle belirtmeğe çalışacağız.

Ayrı ayrı içtimai ilimlerin oldukça inkişaf ettikleri, bunların yanında sosyal hayatı toptan bir görüş ile göz önüne almak istiyen

(26) L. von Wiese hakkında memleketimizde şimdiye kadar şu bir kaç tetkik neşredilmiştir: Prof. Kessler: İçtimaiyata başlangıç, 1938; Fuat Hulûsi: İçtimai hukuk fikrine ait bazı mülâhazalar, 1937 Ankara; Fındıkoğlu: Almanya'da psikolojik içtimaiyat, 1938, İş Mecmuası, sayı 17-22; H. Ziya: İçtimai doktrinler, 1941. Bunlardan başka «Çığır» mecmuasının 1937-38 koleksiyonlarında müellifin «İçtimaiyat» isimli bir kitabının tarafımızdan yapılmış tercümesinin bir kısmı bulunmaktadır.

umumî bir içtimaiyat telâkkisinin revaçta bulunduğu bir memleket-te her iki çeşit düşünceden ayrılan *Durkheim*'in sosyolojiyi tarifin-de dikkat edilecek mühim bir noktayı şimdiden belirtelim: O, ne münferit içtimai ilimlerden (yani hukuktan, iktisattan, estetik-ten...) ayrı bir içtimaiyat düşünüyor, ne de bu münferit içtimai ilim-lerin bir araya gelmesinden vücuda gelecek bir içtimaiyat telâkkisi güdüyor. Onun istediği şey, her içtimai müessesede hayatı, ferdi, coğrafi âmillere üzerine müessir, yahut onlardan icabında müteessir olan «içtimai - le social» yi bulmaktır. Bundan sonra elde edeceği neticeleri münferit içtimai ilimler, bu arada tarih, etnoğrafya, folklor gibi diğer yardımcı ilimler kullanacaklardır ve kullanmalıdırlar da. Bir misal: aile müessesesi içinde biyolojik (cinsî insiyak), ferdi (iki cins arasındaki karşılıklı sempati), coğrafi (iklimin izdivaç yaşına tesiri) âmillerin tesiri vardır. Fakat bu gibi tesirlerin yekûnu aileyi vücuda getirmekten uzaktır. Bu tesirler aynı kaldığı halde değişen bir aile şekli, bir aile tipi, bu tip içinde muhtelif (meselâ nişanlanma, evlenme, dinî veya lâik nikâh akdi, boşanma gibi) ailevi müesseselerin istihaleleri vardır. İşte içtimaiyatın vazifesi, sosyal olan bu şekilleri, tipleri ve istihaleleri tarihin, etnoğrafyanın, içtimai realite üzerinde yapılacak müşahede ve anketlerin yardımı ile bulup göstermekten ibarettir.

Fakat bir sorgu ile karşılaşırız: Tek tek göz önüne alınan içtimai ilimlerden ayrı bir içtimaiyattan ne mânada bahsedilebilir? Geçen asrın ortalarında ve asrımızın ilk çeyreği içinde bu mesele hayli münakaşa edildi. *Auguste Comte*, bütün içtimai realiteyi kavrayan, hattâ pozitivizm ve üç hal kanunu icabı olarak felsefenin yerini tutan geniş bir içtimaiyat fikrini ortaya attı (27). *Durkheim* da bu fikirde midir? verdiği cevabı gözden geçirelim:

«Bugün pozitivizm doktrininden elimizde pek az şey kalmıştır. Üç hal kanununun şimdiki kıymeti sadece tarihidir. *Comte*'un meseleyi ifade ediş tarzı, onu halledilmez bir hale sokmuştur. O zannediyordu ki yalnız tek bir kanun vardır ve umumiyetle insan cemiyeti bu kanuna göre serpilmiştir. İçtimaiyatçının vazifesi ise işte bu kanunu keşfetmekten ibarettir. Bu suretle nev'i beşerin topyekûn olarak tek ve aynı bir cemiyet teşkil ettiğini ve daima her yerde aynı istikamette tekâmül eylediğini kabul ediyordu. Hakikatte insanlık, umumî heyetiyle, akli bir mevcuttur. Reel olarak mevcut olan şey (kabileler, milletler, sülâleler, her çeşit Devletler)

(27) Bk: L. Lévy-Bruhl: *Comte'un felsefesi*, Fındıkoğlu tercümesi, 1940.

hususî cemiyetlerdir. Bu cemiyetlerden her biri kendine mahsus şekilde doğar, ölür, ileriler, geriler. Keza bu cemiyetler başka başka olan tekâmülleri birbirine bağlanarak ve aynı düz hattın parçaları tarzında devam etmeksizin muhtelif gayeler takip ederler. Beşeri oluş *Comte*'un hiç aklına getiremediği bir giriftliğe maliktir (28)».

Comte'dan sonra bu geniş ve müphem sosyoloji telâkkisi bir müddet daha yaşadı. İngiltere'de *Stuart Mill*, münferit içtimai ilimlerin yanında bu ilimlerin mevzularını toptan ve bütün giriftlikleri ile gözönüne alan bir içtimaiyata yer verilmesini istedi (29). Ona göre bu geniş ve ihata edici ilim, hususî hâdiseler arasındaki karşılıklı münasebetleri, «beraber bulunuş - coexistence» şartlarını araştıracaktır.

Fakat böyle bir içtimaiyat, ilmi bakımdan doğru değildir. Zira bir defa hususî olan içtimai ilimler yetesiye ilerilemişlerdir. Sonra bu ilerileme gerçekleşmiş olsa bile «hususî» lardan, yani meselâ hukukî, iktisadî hâdiselerden ayrı bir «umumî» düşünmek skolâstisizmin düşlüğü hataların tekerrürüne yol açabilir. Fransız sosyologlarından *Fauconnet* ile birlikte *Durkheim*'in dediği gibi: «Umumî'ler daima hususî'ler içindedirler (30)». Böyle olmakla beraber sosyolojinin isim babası olan *Comte*, ve onu devam ettiren *Stuart Mill*, aynı zamanda içtimai şe'niyetin giriftliği duygusuna da maliktirler. İçtimaiyatın inkişafını, sosyal hâdiselerin incelenmesinden bekliyen *Comte*'un bu sezgisini tefsir vesilesiyle *Durkheim* şu neticeye varıyor: «İlim, hususî, mahdut meselelerden teşekkül eder. Bu meseleler birbirine bağlı olmak ile beraber birbirinden ayrı olarak araştırılmalıdır. Aralardaki bağıklık, ancak ilmin terakkisi nesbetinde yavaş yavaş belirecektir. İçtimaiyat, içtimai realiteyi toptan ve umumî heyeti ile kavramaktan vazgeçerek bu realiteye bilâkis tahlili sokmak, hususî meselelere malzeme olmağa yarıyacak muhtelif parçaları, unsurları bulup çıkarmak suretiyle hakikî bir müsbet ilim olabilecektir (31).

(28) Bk: E. Durkheim: La Sociologie, 1916 «La Science Française» koleksiyonu, Sf. 8.

(29) Bk: Stuart Mill: Système de logique, fasıl VI. Bu fasılın Fransızca Belot tercümesi. Maamafih Mill «sosyoloji» tabirini değil, «umumî içtimai ilim - science social générale» tabirini kullanıyor. Fakat maksat aynıdır.

(30) Bk: Fauconnet et Durkheim: Sociologie et sciences sociales, Revue philosophique, 1903, Sf. 466.

(31) Bk: E. Durkheim: La Sociologie, 1916 Paris, Sf. 9.

Bouglé'ye göre:

Fransız içtimaiyat mektebinin şeflerinden olup bizde de tanınan *C. Bouglé* (32), içtimaiyatı, *Durkheim* gibi tarif etmektedir: İçtimaiyat, içtimai hâdiseleri, yani âdetler ve kanunlar halinde objektifleşen mâ'şerî itiyadlardan, merasim ve teknikten ibaret hukukî, siyasi, iktisadi, dinî ve, edebî müessese tiplerini araştıran bir ilimdir (33). Bu araştırmalar cemiyetin tabiat içinde ayrı bir saltanat, ayrı bir âlem teşkil ettiğini, hâdiselerinin tabiat hâdiseleri gibi kanuna tâbi olduğunu gösterecektir. Sonra bu umumî kanunlardan istifade edecek münferit içtimai ilimler, sosyolojik bir zihniyet kazanırlar. Bilhassa hukuk sosyolojisinin, bundan kazanacağı hizmetler çok büyüktür. Zaten şimdiden hukuk, sosyolojinin bu yardımından istifade etmeğe başlamıştır (34).

Gaston Richard'a göre:

İlk zamanlarda *Durkheim* mektebine mensup iken son zamanlarda telâkki farklarından dolayı ayrılan, memleketimizde de az ve çok maruf olan *G. Richard*'a göre sosyolojinin tarifi, içtimai realitenin tetkiki ile alâkalı üç çeşit bilginin birbirinden ayırd edilmesi kabil dir. Bu üç çeşit bilgi şunlardır:

1. — Tasvirî bilgi: Yazı ve zenaat vücuda getirmiş halkların medeniyet tarihi, yazılı eserleri bulunmayan halkların etnoğrafyası, tarihten önceği çağlarda yaşamış halkların paleontolojisi... gibi.

2. — Mücerret bilgi: İçtimai hayatın ve müesseselerin yalnız birini yoklayan iktisat, hukuk, estetik... gibi.

3. — Mukayeseli bilgi: İçtimai hayat ve müesseseleri topunu birden gözönüne alarak mukayeseli ve tekevvünü, yani hâdise ve müesseselerin «oluş - genèse» larını yoklayıcı bilgiler ki umumiyetle içtimaiyat denince kastedilen şey de bundan ibarettir. *G. Ri-*

(32) Filhakika *C. Bouglé*, memleketimizde oldukça tanınmış bir sosyoloğdur. Henüz *Durkheim* ile alâkadarlık görülmeden önce genç bir Türk mütefekkeri, şuurlu ve anlayışlı bir zihniyet ile *Bouglé*'nin mühim bir eserini tercüme etmişti İlim içtimai nedir: Bk: M. Sulhi. Daha sonra *Bouglé*, İstanbul'a gelerek bir kaç konferans vermiştir: Bk: Yeni Mecmua, 1924. Son zamanlarda «Kıymetlerin tekâmülü» isimindeki eserinden bazı parçalar «Felsefe ve İçtimaiyat Mecmuası» nda intişar etti. Bu hususta daha ileride etraflı malûmat vereceğiz.

(33) Bk: *C. Bouglé*: Bilan de la sociologie française contemporaine, 1935, Sf. VI.

(34) Bk: *C. Bouglé*: Sociologie juridique (Bilan de la sociologie... nin V inci faslı, Sf. 95). Bu etüd tarafımızdan tercüme edilerek neşredilmiştir: Bk: Baro Mecmuası, 1939.

chard, daha fazla aydınlık temin etmek için «mukayeseli içtimaiyat - sociologie comparée» tabirini tercih etmekte ve şu izahatı vermektedir: Tasvirici (tarih, etnoğrafya, paleontoloji) ilimlerle mücerret tahlilci (iktisat, hukuk) ilimler arasında yer alan mukayeseli içtimaiyat, evvelkilere nisbetle daha az müşahhas, ikincilere nisbetle daha az mücerrettir. Bu ilmin seciyesi, bir çok münekkitlerce yanlış anlaşılmuş, bazıları mukayeseli içtimaiyatı tarih içinde eritmek, bazıları da onun vazifelerini münferit içtimai ilimlere pay etmek istemişlerdir: Hakikatte içtimaiyatın meşruiyetini temin eden cihet de kendisinin yukarıda anlattığımız birinci ve ikinci çeşit ilimler arasına girmesidir. İçtimaiyatçının tetkiklerine baş vurmayan istatistikçi ve iktisatçı, tarihçinin, filoloğun, etnoğrafyacının... araştırmalarına yabancı kalacaktır. Hattâ bu yabancılık dolayısıyla münferit içtimai ilimlerin, birbirlerinden habersiz, hattâ kısır neticeler doğurması tehlikesi de vardır. Tasvirici ilimlerin sadece müşahhas, münferit içtimai ilimlerin sadece mücerret olan mahsulleri, ancak içtimaiyat potasında eritilmek şartıyla ilmî bir seciye kazanır. Bu ameliye neticesindedir ki içtimaiyat «içtimai tipler - les types sociaux» bulan ve bunları birbirine bağlayan bir ilim haline gelecektir (35).

R. Maunier'ye göre:

Ötedenberi bir çok tarih feylesoflarının da muhtelif tefsirlerle müşterek oldukları «içtimaiyat, beşerî inkişafın ilmidir» tarzındaki tarifleri tenkit ile başlayan *Maunier*, bu gibi kaziyelerdeki ilim ve inkişaf unsurlarını ele alıyor: Ancak «olan - ce qui est» ın, vakianın ilmi olabilir. İnkişaf ise «olması lâzım gelen - ce qui doit être» le karışır. Böyle bir tarif, bizi yeniden eski içtimaiyata, içtimai felsefe veya tarih felsefesi denen çığıra götürebilir. Bu itibarla tarif üzerinde ilmî zihniyetin istediği değişiklikler yapılmalıdır. *Maunier* şöyle bir tarife vâsil oluyor: «İçtimaiyat, zaman ve mekân içinde

(35) G. Richard, memleketimiz için, yabancı değildir. Durkheim mektebine ait bütün türkçe eserlerde ondan bahsedildiği görülür. Kısa, fakat çok faydalı olan «İçtimaiyat - Sociologie» 1928 de tercüme ve neşredilmiştir. Bundan başka G. Richard Türk aile sosyolojisine hususî bir ehemmiyet vermesi itibarıyla de bizi alâkadar eder. Z. Gökalp'ın Türk ailesine ait araştırmaları, ana sezgi itibarıyla G. R. dan mülhemdir. Bu hususta zengin bir kitabiyat için «Türk aile hukukunun istihalesi» isimindeki fransızca esere de bakılabilir. Fransız içtimaiyatçısı «Tarihte kadın» ismini taşıyan kitabında, burada tarifini naklettiğimiz içtimaiyatın tatbkatını yapmış ve Türk ailesinin tekâmül seyrini göstermiştir.

görülebilin insan cemiyetlerinin tasviri, mukayeseli ve izahlı tetkiki-
kidir (36).

Bu tarifteki başlıca esaslar şunlardır:

a) Mümkün (possible) veya mefkûrevî (idéal) den değil, olan-
dan, şe'ni (réel) den hareket etmek;

b) Mutlak ve belirsiz bir cemiyet'i değil, zaman ve mekânları
belli olan cemiyetler'i gözönüne almak;

c) Umumiyetle insan mefhumu üzerinde muhakemeler yap-
cak yerde vakıaların «tasvir - description» ine, «mukayese - compa-
raison» sine ve nihayet «izah, anlatılış - explication» ina ehemmi-
yet vermek.

Bu esaslara dayanarak kurulacak bir içtimaiyat ile münferit iç-
timai ilimler arasındaki münakaşalı meseleye artık halledilmiş na-
zariyle bakılabilir: Hususî içtimai hâdiseler, (meselâ yalnız başına
iktisadî, yalnız başına hukukî olanlar) ancak içtimai hâdiselerin bü-
tünü gözönüne alınmak suretiyle anlaşılacaktır (37).

İşte hukuk ile sosyolojinin ayrı ayrı yapılan tarifleri hakkında-
ki bahsimiz burada nihayete eriyor. Bundan sonra bu iki disiplini
birleştirerek mütalâa edeceğiz, yani hukuk ile içtimaiyat tariflerini
birbirine yaklaştırmak suretiyle «hukuk sosyolojisi, hukukî içtimai-
yat - sociologie juridique - rechtssoziologie» in mevzuunu ele ala-
cağız. O zaman doğrudan doğruya hukukî olan derslerin (yani me-
denî hukukun, ceza hukukunun, esas teşkilât hukukunun... ilâh) ya-
nında yer almak istiyen içtimaiyatın hukuk ilimlerine yapacağı hiz-
met daha iyi anlaşılacak, hukuksuz bir sosyolojinin bereketsizliği
kadar sosyolojisiz bir hukukun da kuruluşu ve basitliği, bilhassa mo-
dern içtimai ihtiyaçlara cevap veremeyeceği belirecektir.

(36) R. Maunier, memleketimizde hemen hiç tanınmamış bir Fransız iç-
timaiyatçısıdır. Ankara Hukuk Fakültesinde içtimaiyat tedris eden muhterem
Prof. M. Emin'in, bu sosyoloğdan mülhem olduğu anlaşılıyor: Bk: Sosyoloji
notları, Ankara Hukuk Fakültesi talebe neşriyatından, daktilografi ile çoğal-
tılmış notlardan, 1940. Maunier'nin bizim için ayrı bir ehemmiyeti de onun
vaktiyle Cezayir'de sosyoloji profesörlüğü yaparken İbni Haldun'a karşı bes-
lediği hususî alâka ve yaptığı neşriyatıdır. Bu hususta «Hukuk Fakültesi Mec-
muası, 1940, sayı » de neşrettiğimiz «İbni Haldun ve hukuka ait fikirle-
ri» nde bibliyografik malûmata rastlanabilir.

(37) Bk: R. Maunier: Introduction à la sociologie, Paris, 1929, Sf. 3.