

FRANSA'DA

HUKUK SOSYOLOJİSİ

Prof. C. Bouglé

— I —

İçtimaiyat ve Hukukçular

Fransada içtimaiyat ile hukuk arasında her zaman iyi bir imtizaç görülmüş değildir. Bir çok Fransız hukukçuları, mantıkî bir cehit neticesinde, hukukî metinlerden sarîh bir takım ameli neticeler çıkarmağa alışmış olduklarından, iddialarının büyük olması kadar mevzuu da kendilerine müphem görünen yeni bir ilim disiplininin (yani içtimaiyatın) ilerlemesini lâkaydi ile karşıladılar. Edebiyat Fakültelerinde ve ilk Muallim Mekteplerinde muhtelif cemiyet tiplerine, yahut içtimai tekâmülün muhtelif anlarına taallûk eden tedrisat elverişli olabilir. Fakat bu gibi tedrisatın Hukuk Fakültelerinde yapılması tehlikesiz değilse bile faydasızdır. Hukuk Fakülteleri, büyük zahmetler sonunda kapılarını iktisat tedrisatına nihayet açmışlardı. İktisat hiç değilse ölçülebilen, sayıya gelen eşya ve menfaatlere müteallik araştırmalarda bulunmak meziyetine sahipti. Halbuki A. Comte'un "*Büyük varlık - Le grand Etre*" hülyaları ile ilişkili olan içtimai dinamîğe ve içtimai statîğe ait muhakemeler, ameli hukukçuların umumi kültürü için hiç bir fayda arzemiyeceği gibi fazla olarak onların kafasını da bozabilirdi.

Hukukçuların bu itimatsız davranışından artık bir iz kalmamış gibidir. Birbirlerine muhalefet halinde bulundurulmuş bu iki disiplin (yani hukuk ile sosyoloji) in yekdiğerlerine yaklaşma tecrübeleri sıklaşıyor. Yalnız hukuk meselelerine teveccüh eden içtimaiyatçuların gittikçe daha çoğaldığını görmekte kalmıyoruz. Aynı zamanda "code"ların ve âdetlerin tetkikinde, halkların zihniyeti hakkında malûmat edinmek istiyen hukukçuların, gerek hukuk tarihi sahasındaki araştırmalarıyla, gerek tabii hukuka ait mülâhazaları ile

sosyolojik nazariyeleri gözönünde tuttuklarına şahit olmaktadır. Dikkate değer bir hareket: on iki kadar hukuk profesörü şimdi nüvesi “İçtimaiyat yllığı - *Année sociologique*” tarafından temin edilen “Fransız İçtimaiyat Enstitüsü - Institut Français de Sociologie” ne dahil olmuş bulunuyor. Diğer taraftan son zamanlarda kurulan “Hukuk Felsefesi arşivleri - Archives de philosophie du Droit” ismine de “*Hukukî içtimaiyat - Sociologie juridique*” kelimelerini de ilâve etmiş bulunuyorlar. Bu “Hukuk felsefesi ve hukuk sosyolojisi” enstitüsü, önyak olduğu kongrelerde - meselâ birinci toplantıda mevzu’ ve müsbet hukukun kaynakları meselesine ait raporlarda - asıl hukukçular kadar içtimaiyatçıları da müşterek bir mülahazaya davet eylemektedir.

Bu yakınlaşma tecrübesini er geç zaten bekliyorduk. Her iki takım (yani hukukçular ve sosyoloğlar) kazmaları ile, kendinlerine ait sahaları kazmakta idiler. Bunu yaparken birbirlerine rastlamaları mukadder değildi mi?

— II —

HUKUK VE İÇTİMAİYATÇILAR

İçtimaiyatın, kanun ve adetlerin tetkikinden yüz çeviremeyeceği, inşa etmek istediği evin önüne şu vecizeyi kaydetmek mecburiyetinde bulunduğu aşikârdır: “Hukukçu olmıyan hiç bir kimse bu eve girmesin - Que nul n’entre içi s’il n’est juriste.., Hak fikrinin değil, kelimesinin bile içtimaiyatçı Comte’a dehşet verdiği şüphesizdir. Comte’un fikrî terbiyesinin husule geldiği devirdeki hukuk telâkkisi - ki endividüalist idi - “**Büyük varlık**” ve ferdin bütüne karşı olan vazifeleri etrafında edindiği fikirlerle barışmaz bir şekilde görünürdü. Fakat bu, vakıa olarak, fertler arasında ve fertlerin teşkil ettikleri zümreler arasındaki münasebetlerin nasıl taazzuv ettiğini tesbit etmek için kabul edilen kaidelerin bilgisi, müşahede vasıtalarının en elverişlisidir. Bu nokta ilmi araştırmalar sahasında Comte’un eserini yakından takip edenlerin gözünden kaçmadı. “İçtimai iş bölümü” hakkındaki tezinden itibaren *Durkheim*, hukuk vasıtasile tesanüdün iki şeklini tesbit ettiğini düşünüyordu. Tesanüt mekanik olduğu, benzeyişlerin çok ve konformizmin hâkim bulunduğu sırada tedibci hukuk (*droit repressif*), iadeci hukuka (*droit restitutif*) galibdir. Tesanüt bilâkis uzvî olunca, yani

farklar ortaya çıkınca, ferdçilik müsamaha götürür bir hal alınca iadeci hukuk üstün vaziyet elde eder. Bundan başka Durkheim'ın talebeleri, içtimaiyatı, zümrelerin asıl hayatlarını idare eden müesseselerin mukayeseli tedkiki olarak tarif etmek neticesine varmadılar mı? Şüphesiz burada müesseselerden geniş manayı kasdediyorlardı. Onların düşündükleri şey lisan sahasında olduğu kadar iktisadî münasebetler bahsinde de önümüze çıkan muhtelif ma'serî itiyatlar idi. Diğer taraftan A. Bayet, (İntihar ve ahlâk - Le suicide et la morale) isimli tezinde intihar hakkındaki efkârı umumiye tahavvüllerni tetkik ediyor, bu tahavvülleri ölçmek için kanun metinleriyle iktifa etmenin mümkün olamayacağını ileri sürüyordu. Bu hususta kanunlar, ekseriya adetlere nisbetle geri kalmışlardır. Bunun için sosyoloğ, kendisini alâkadar eden şeniyeti elde etmek için hukukun bildirdiklerini, her çeşit örf ve adetlerin, meselâ lisan ve edebiyatların tedkiki ile itmam veya icabında tashih etmelidir

Kanunlar sistemi hakkındaki mütalâalar zarurî bir başlangıç olarak kalır. Meşru' tanınan iddialara garanti temin eden, içtimai hayata sulh içinde devam etmek fırsatını veren, cemiyetin çatısını teşkil eden esaslı mecburiyetler, kanunlar sistemi ile müeyyidelenmiş ve sarahat kesbetmiştir.

İşte bunun içindir ki Hubert, yukarıda işaret ettiğimiz *Arşivler*'in birinci cildinde çıkan bir yazısında hukukî vakıanın, bütün içtimai olan şeylerin nizama sokulmuş safhası olduğunu, kanunların ruhunun, kanunların bütün ma'serî zihniyet ile beraber müdafaa ettiği bir münasebetten ibaret bulunduğu, bir manada hukukî içtimaiyatın bütün içtimaiyatı teşkil ettiğini ileri sürüyor. Diğer taraftan hukukçuların bu münasebetleri görmemiş olmaları nasıl mümkün olabilirdi? Bir kod, havada muallâk olan bir şey değildir. Onu vahyin eseri, gökden inmiş bile addetsek yüzlerce kökü ile toprağa bağlıdır. O bize muayyen bir tarihî vaziyeti, muayyen bir itikatlar, menfaatler halini, insanların birbirlerini anlama ve müdafaa etme tarzını gösterir. Bu gibi vaziyetler haller ve tarzlar değişince onu tesbit eden, meşru'laşdıran kaidelerde ergeç değişeceklerdir. Aynı zamanda hem bir izafiyetçi (relativiste), hem de uzviyetçi (organiciste) olan ve kanunları zümrenin hayatına bağlayan bu duyguyu elde etmeğe hukuk tarihi yeter. Hukuk tarihi Hukuk Fakültelerimizde, doğmatik denen ve hakikatte bir teknikten başka bir şey olmayıp yarının avukatlarına, hâkimlerine, vekillerine, tatbik edecekleri kanunları öğreten tedarisat yanında bir yer almıştır. Tabii en ziyade ehemmiyet verilen, bir çok diğer hu-

kukçular arasından seçilmiş bir hukuk olmaktan ziyade misli bulunmaz bir sistem gibi düşünülen Roma hukukudur. Fakat tedrici surette müşahede sahası genişledi. Bu suretle Roma hukukundaki usuller ve kaideleri yalnız Cermen cemiyetlerinin hukuki usul ve kaidelerile değil, aynı zamanda iptidai cemiyetlerinki ile de mukayese etmeğe doğru gidildi. Hukuk tarihi sahasında **Dareste**'in yaptığı tetkikat, muakkipleri tarafından devam ettirildi. Paris de olduğu gibi Lyon da da *Mukayeseli Hukuk Enstitüleri* en yeni kanun sistemlerini karşılaştırırken bir *Hukuk Etnolojisi Enstitüsü*, müstemlikeleştirdiğimiz cemiyetlerde mer'î hukuk şekilleri hakkında bizi tenvir etmektedir. Mukayeseler yalnız mümkün görünmekle kalmıyor. Artık onlardan vaz da geçilemiyor. Bu mukayese zarureti kendisini bize aşlamaktadır. Esaslı müesseselerin - hattâ hukukta - tebellür edenler de dahil olduğu halde - mukayeseli bir tetkiki içtimaiyat için tabii bir giriş teşkil etmez mi? Hattâ bu mukayeseli tetkikler, içtimaiyat için tabii bir methal teşkil edemez mi? Hattâ bu mukayeseli tetkikler içtimaiyatın bir parçası değil midir?

Fakat asıl içtimaiyatın yapacağı iş başkadır. Onun, her şeyden evvel muhtelif müesseselerin mukayeseli tetkikinden ibaret olduğunu kabul ediyoruz. Yalnız bu tetkik aynı zamanda terkiбі olmalı, bu muhtelif müesseselerin, zümrelerin hayatı ile olan münasebetlerini aydınlatmalıdır. İçtimai zümrelerin hususî hayatları olduğu duygusu, kendilerine mahsus hareket tarzları hissi, onların bir araya getirdikleri ferdlerin davranışlarının duygusu, sosyolojik zihniyetin nişanesi değil midir? Asıl içtimaiyatçıların bu hissi nasıl izah tecrübesinde bulduklarını biliyoruz. İçtimaiyatçılar bize, cemiyet olan "bütün" de, "parçalar yekûnu" olmaktan fazla bir şeyin bulunduğunu gösterdiler. Bütünün parçaları, fertler münasebete giriştikleri, birbirlerine tesir ettikleri zaman bir nevi sentez vücade geliyor, bu sentez bir takım kuvvetler vücade getiriyor, orijinal hususiyetler izhar ediyor. Bizim ferdi şuurumuzun müşahedesini yalnız başına bu sentezi, bu yeniliği sezmeğe kâfi gelmez. Bu yenilikler ve sentezler, bir "cemiyetden ibaret olan bir nevi yeni şahsiyetin tezahürleri gibi görünürler. Yalnız vücutları bedenleri değil, aynı zamanda ruhları da münasebet halinde bulunduran içtimai vakıalar en son tahlilde "tasavvurlar" dan ibaret bulunduğundan "müsterek-commun" tasavvurların diğer bir teskilâtçısı olan maşeri vicdanların mevcudiyetinden bahsetmek yerinde olacaktır.

Hukukçular ne nisbette bu telâkkilere yaklaşmışlardır, bu te-

lâkkileri hangi noktaya kadar kabul etmektedirler? Şimdi aydınlatılması icap eden nokta budur.

— III —

İşte elimizde bir rehber: Bordeaux Hukuk Fakültesi Profesörü *Bonnecase*'in iki ciltlik (1804 ten bugüne kadar Fransız hukuk te-lâkkisi - *La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente* "eseri. Müellif bu eserde" *Ümanizmin, klasisizmin, romantizmin* "fransız hukuk tefekkürüne bastığı damgaları göstermeğe çalışıyor. Bol metinler, ince tahliller, Fransız tefekkürünün diğer şekillerile hukukî düşünce arasında yakınlaştırmalar. Çizilen levha tahayyül edilebilecek kadar mükemmeldir. Bugün bakımından müellif, hukukçuların, hukukun geçirdiği buhran etrafındaki endişeleri üzerinde ısrarla durmaktadır. *Bonnecase*'a göre hukukçular hangi evliyaya bağlanacaklarını bilmiyorlar. İşte kendisinin kıymet verdiği ve mümkün olduğu kadar müphem olan tabirlerden birini teşkil eden romantizm tabirini bu hukukçulara atfetmesinin sebebi de budur

Buhranın sebebi nedir? Sebep şu ki içtimai şeniyette, medeni kanunu vücade getirenlerin önceden görmedikleri veya göremedikleri istihaleler olmuştur. Bu istihaleler, medeni kanun bekçilerini, medeni kanunu ve kendi doktrin ve usullerini gözden geçirmeğe mecbur edecektir. Zaten çok evvel Jean Ray (*Medeni kanunun mantıkî yapısı üzerinde bir kalem denemesi - Essai sur la structure logique du code civil*) eserinde kodun küllî ve ebedi bir aklın mantıkî eseri olmaktan ziyade ma'serî vicdanın muayyen bir halinin tercümesinden ibaret olduğunu gösterdi. Fakat eğer bir manada tarihin mahsulü ise, tarihin hareketinin onu aşması mukadderdir. Binaenaleyh "vakıaların hukuka karşı isyanı - Révolte des faits contre le droit" kadar hiç bir şey tabii olamaz. Bu ise *Morin*'in bir kitabının ismi olup ihtiva ettiği ana fikirler (Kanun ve mukavele, bunların hakimiyetinin tereddidi - *La loi et le contrat, la décadence de leur souveraineté*) ne aîd yani bir eserde zenginleştirmiştir. İster patronlarla sendika azası olan amele arasındaki yahut yüksek bir cemiyet teşkilini arzu eden milletler arasındaki mukaveleler olsun, isterse *G. Soelle*'in birbiriyle karşılaştırmaktan pek hoşlandığı ame-

le hukuku ve hukuku beşer olsun: herhangi şekilde olursa olsun, henüz yakası açılmamış meseleler karşısında kalacaksınız. Takdis edilmiş kanunların mahud İmalâthanesi, noksanlarını gösteriyor. Dahası var: vakıaların tazyiki altında bizzat hukukçu kendi prensiplerini bir daha gözden geçirmeye mecbur kalmaktadır. Ekseriya bütün bu müşkiller (birçok mâna iltibaslarını mucib olan) bir kelimeye takılır: ananevî fertcilik Fransada iflâs etmek üzere olacaktır. Terbiyemizde mühim bir yeri olan Roma hukukunun bizi, adil münasebetleri, mülkiyetlerini istedikleri gibi kullanan hür şahıslar arasında ki mukavele tipine uygun düşünmeğe alıştırmış olduğu tekrar ediliyor. İhtilâl, bu eski fikre şu düşünceyi ilâve ediyor: devlet, sanki fertler arasındaki bir mukaveleden doğmuşçasına teşekkül etmelidir. Bunun neticesi olarak hususî teşekkülleri, loncaların da dahil olduğu mutevassıt zümreleri ortadan sistematik surette kaldırdı, tâki fertler karşı karşıya kalsınlar. Vukuat, bu vaziyetin kabili müdafaa olmadığını, bütün mükellefiyetleri mukaveleye irca'ın, yarut kanunî mukaveleye uygun düşünmenin imkânsız bulunduğunu gösterdi.

— IV —

İÇTİMAİ İSTİHALELERİN DOKTRİNLERE TESİRİ

Bilhassa büyük sanayi, yalnız başına amelenin patron karşısındaki takatsızlığını ortaya koymuştur: ameleye kendi aralarında birleşmek hürriyeti vermek icap etti, ferdi mukaveleler yerine hakikî "mukavele-kanun" olan kollektif mukaveleleri koymak, müteşebbisin, kendi hesabına hatası bile olmasa, fabrikasındaki amelenin başına gelen kazalardan mesuliyetini kabul etmek lâzımgeldi. Bu suretle hürriyet mefhumu, mesuliyet mefhumu gibi, bir nevi inbisata maruz kalıyor, bu hal ise onların anlaşılmaması ile neticeleniyordu. Bu hakikatte, ferdiyetçi hukukun yerine geçmek üzere bulunan bir sosyalist hukuk değil midir? Hiç değilse *Gurvitch*'in tarihi olduğu kadar felsefi de olan derlitoplu eserinde gösterdiği gibi, "İçtimai hak fikri - *L'dée du droit social*" her tarafta sahayı kazanmakta idi.

Şüphesiz bu nakızî dâva (antithèse) üzerinde söylenecek daha bir çok şeyler vardır. Hukukî sosyalizm, mutlaka her türlü ferdciliğin inkârı demek değildir. Otuz yıldan fazla bir zaman evvel

Jaurès bu noktaya *Revue de Paris* de dikkatimizi çekiyordu: “Sosyalizm, fertcilik olmakta devam ediyor, ancak mantikî ve tam bir fertcilik.. “Bununla demek istediği şu idi: mülkiyet rejiminin bir istihale geçirmesi, daha büyük bir miktardaki insanların hakikî hürriyeti tatması için zarurî olacaktır. *Charmont*, hukukun sosyallize edilmesinin, ekseriya, herhangi zümre mevzuubahs olursa olsun, hukukun sülüstimaline karşı ferde himaye temin eylediği neticesini doğurduğuna işaret etti. Bu işaret içtimai hukukta, hukuku beşeri çığnemeğe elverişli bir hal ve kudret bulunduğunu gösterenlere karşı pek yerindedir. Böyle bir hal, yani ferdi hukukun çığnenmesi, müfrit milliyetçilik veya kollektivizm rejiminde vukua gelebilir. Fakat demokrat bir rejimde içtinabı kabil bir hadisedir.

Her ne ise, hususi sahada olduğu kadar âmme sahasında da hukukun istihaleleri, klâsik hukukçuların aşına oldukları mefhumların bir defa gözden geçirilmesi neticesini doğuruyor. “*Metin tefsiri-Exégèse*” mektebi, beyhude yere istenen imtiyazlara muvafakat etmiş oldu. Artık hakimiyetin, yalnız kanun metninden değil, kanun vazımın zihniyetine rehberlik eden düşüncede de ilham almasına müsaade ediliyordu. Daha sonraları hakimın bu düşünceye iştirak etmeksizin, kanun metninden, kabul edilmesi lâzım yeni vaziyetlerin ister görüldüğü her şeyi istidlal etmekte meharet göstermesi de kabul edildi. Bunlar, mülâyemet ve yumuşama idmanları oluyor. Bu suretle samimiyeti feda uğuruna devamlılığın muhafaza edildiği zannediliyor. Bu vaziyette hukuk felsefemizin topunun birden gözden geçirilmesinin lüzumunu itiraf etmek daha cesurane olmaz mı? Filhakika buradan bir çok yeni sistemler çıktı ki hemen hepsi içtimaiyat zihniyetine az çok bir hisse ayırmak lüzumunu hissetmektedirler.

— V —

LÉON DUGUIT'DE HUKUKİ İÇTİMAİYAT

Ananeci telâkkilerin reddi hususunda en radikal davranan Bordeaux Hukuk Fakültesinin eski reisi ve (*Devlet, afaki hukuk ve mevzu kanun - L'Etat, Droit objectif, la loi positive*) isimli meşhur eserin sahibi *Duguît* dir. Evvelâ *Duguît*, *A. Comte*'un fikrini benimliyor: ferdin hakkı yoktur, malik olduğu şey yalnız vazifelerdir. Hukuku beşeri her şeyin fevkinde tutan Fransız inkılâbı bu vâci.

yette aldanmış oluyor. Bordeau da verdiği derslerde olduğu gibi ecnebi memleketlerde yaptığı konferanslarda da *Duguit* bu sorguya evet demekten çekinmiyor. İleri sürdüğü delil bugün gerek Almanya'da, gerek İtalyada bütün kudretile kanun yaratıcı olan Devleti her şeyin fevkinde görenlere karşı kullanılabilir. Fakat *Duguit* ananeci telâkkiye olduğu kadar bu telâkkiye de muhaliftir. Fransız ananesi ile Alman ananesini birbirine yaklaştırmaktan hoşlanmaktadır. Ferdi olduğu kadar devleti de bir hak sahibi görmek istemektedir. *İperium*'un hatırası kadar *Dominium* hatırasını da menfi karşılıyor. Esasında enfüsi hak fikri, kuvvetler arkasında *cevher* bulundurmak itiyadından bugün muhafaza ettiğimiz bir metafizik mefhum değil mi? Şikâyet edilen buhrandan çıkmak, ruhların ahengini yaratmak için yegâne çare vakıalara dönmektir. Vakıa şuki her cemiyette afakî hukukun kaynakları olan ve kendilerini bize aşıl原因 bazı cemiyet kaideleri vardır. Bunların mevcudiyetini nasıl izah etmeli? İnsanların yaşamak için birbirlerinden vazgeçmelerini imkânsız kılan "Karşılıklı bağıllık - *İnterdépendance*" bu izaha yarayacaktır. Bu karşılıklı bağıllık ve tesanüt, *Durkheim*'ın gösterdiği gibi, işbölümü şeklini alınca, cemiyet hayatının, her ferdin kendi fonksiyonunu ifa etmesi şartile devam edebilir. Hukuki kaidelerin mevzuu da işte budur: gerek malını kıymetlendiren mülk sahibinin, emeğini satan amelenin, gerek idarei maslahatları ifa eden asıl memurun kendi fonksiyonlarını icra eylemelerini mümkün kılmak. O halde hukuk "*meslek - profession*" etrafında gittikçe teşkilâtlanmağa mecbur olacaktır. Hukuk, kendisini sınıf mücadelesi sahası içine terk etmiyecek, fakat gerek ferd namına, gerek devlet namına tahmil edilen tahdidattan da kurtarılmış olacak, bir nevi umumileşmiş sendikalizmi mümkün kılacaktır. *Duguit* bu sistemin realist olduğunu zannediyor ve telâkkilerini her çeşit romantizm dışında dermeyan ettiğinden dolayı öğünüyor. Bu meselede komportöman ruhiyatçıların tarzına yakın bir şekilde, gözle müşahede edilmeyen vakıaları gözönüne almıyor. Bunun içindir ki içtimaiyatçıların bahsetmeğe başladıkları "Ma'seri vicdan" a hitabı reddetmektedir. *Duguit*'ye göre bu ma'seri vicdan, yeni bir ustûre yahut recm edilecek eski bir fantomdur.

Kendi hukuk kaidesini meşru göstermek için *Duguit* hakikaten gözle müşahedesi kabil vakıalara bağlanıyor. Hayli zaman evvel *Davy* (*Hukuk, idealizm ve tecrübe - Le droit, l'idéalisme et l'expérience*) tezinde bu noktayı ileri sürdü. Son yeni tenkitler aynı manada oldukça mebzul. Meselâ *Valine*'in (*Amme hukukunun iki ustadı -*

Deux maitres du Droit public) ismi altındaki Hauriou ve Duguit'e ait eserinde Duguit'yi farkında olmadan idealizm yapan bir idealist olarak ortaya atıyor. Vakıa şuki müellif, meşru iddiaları diğerlerinden tefrik için yalnız tesanüt duygusuna değil, diğer hislere, meselâ adalet hissine başvurmak mecburiyetindedir. Cemiyet, korporasyon, tesis ... herhangi bir kollektivitenin fiillerinin hukuki bakımdan tanınması ve himaye edilmesi için gayelerinin "mevzuu-bahs olan memleketin herhangi muayyen bir anında anlaşılmiş olan içtimai tesanüdüne uygun" olması lâzımdır. Duguit'den şu parçayı alalım: "*Hukuku yapan, hukuk kaidesini vücude getiren şey muayyen bir memlekette muayyen bir devrede filân kaidenin emparatif olduğu, falan işin görülmesi lâzımgeldiği etrafında insan kitlesine derinden nüfuz eden imandır.*"

Davy, bizim dikkatimizi bu gibi fıkralara celbetmekte haklıdır. Çünkü bu fıkralar bize her şeyden evvel zümrede ferdlere aşılana hisleri nazarı dikkate alan bir ruhiyattan vazgeçemiyen Duguit'nin, istesin istemesin, içtimaiyatın sathi mailinde bulunduğunu gösterir.

— VI —

M. HAURIOU'DA HUKUKİ İÇTİMAİYAT

Aynı isbat, Duguit'nin büyük muhalifi Hauriou için de varid olabilir. Son yirmi yıldaki hukuk felsefemizin tarihi bu iki hukukçunun düelloları ile, birbirlerine vurdukları darbelerin akisleriyle doludur. Duguit'yi anarşist gibi göstermekten hoşlanan Hauriou, Duguit'nin bize, ne idare edenler zümresi tarafından vücude getirilen kanunlara itaatın, ne de ferdin haklarına hürmetin sebebini gösteremediğini beyan etmekte idi. Fakat bu, Hauriou'nun kendi hesabına ne fertçiliğe, ne de ananevi devletçiliğe bağlı olduğunu göstermez. Hauriou diyorki asıl mesele fertsiz bir kollektivizm kadar frenlenmiş bir endividüalizmden de uzak kalmaktır. Bu iki kutub arasında vasat noktayı bulmağı kendisine temin eden nazariye, müessese nazariyesidir. Bu nazariye hayli meşhurdur. Bir çokları yalnız bizim hukuk telâkkilerimizi değil, aynı zamanda bütün felsefemizi yenileştirmek için bu nazariyeye bel bağlanıyor. G. Renard bu nazariyeyi Taine'in kullandığı meşhur tabiri Tarde'dan alıp kullanmak için bütün kilitleri açan bir anahtar gibi kullandı.

“Cahiers de la nouvelle journée” de *Hauriou*'nun muhtelif hatıralarını nakleden Archambault şöyle diyor: “Ondokuzuncu asrın içtimai ve hukuki felsefesi, sırasile iki çıkmaza sapmak hususunda bir talihsizliğe uğradı: bir taraftan iradeci fertçilik (*Individualisme volontariste*), diğer taraftan içtimaiyatçılık (*sociologisme*). İkisinin arasında “Müessese-İnstitution” nazariyesi hür ve kurtarıcı yolu göstermektedir.” Ve ilâve ediyor: “İçtimaiyatçılar bu müessese nazariyesinin kendi dâvalarını, içine gömülüp kalma tehlikesile karşılaştığı çukurdan çıkaracak bir rehber olup olmadığını sormağa başlıyorlar.”

Müessese mefhumunun içtimaiyatçılar için merkezi bir rol oynadığını, sosyoloğların kendi araştırmalarının mevzuunu tarif etmek için müessese fikrini kullandıklarını evvelce hatırlatmıştık. “İlim gibi anlaşılan tarih . Histoire considérée comme science” eserinin sahibi olan *Lacombe*'un ifade ettiği gibi vukua gelen vak'a karşısında içtimaiyatçılar bilhassa devam eden ameliyeleri, bir zümreye tahmil edilen adet ve kanunu tetkik ediyorlar. *Hauriou müessese* kelimesini çok sarih bir mânada kabul ediyor. Şüphesiz müessese, ona göre ameliyeler şebekesidir. Meselâ bazı neticeler doğuran bir mülkiyet rejimi bir “Müessese - şey: Institution - chose” dir. Fakat *Hauriou*'yu alâkadar eden “Müessese-fikir” bir tesis, bir korporasyon, kendi hayat şartlarını tesbit yolunda elinde bulundurduğu hükümet kuvveti sayesinde bir hukuk tesis eyliyen bir millettir. *Hauriou*'nun kendisinin de dediği gibi bir “*İçtimai vitalizm-Vitalisme social*” denemesi olan bu nazariye, evvelâ fertlerin şuurlu eseri olan mukavele dışında, teşekkül etmiş kuvvetlerin şuurlu eserini teşkil eden kanuna mukaddem ve bir inzibatı, bir disiplini hâkim vaziyete getiren teşkilâtçı kuvvetlerin tesirine bel bağlıyor. Eğer René Berthelot'nun gösterdiği gibi her romantizm bir vitalizm ise zümrelerin teşkilâtçı kudretine inanmayı istilzam ediyorsa *Hauriou*'nun bu nazariyesinden de bir romantizm çıktığı aşikârdır. Fakat *Hauriou*, insiyaka karşı bir iman beslemekten memnun olmayacaktır. Çünkü o, *müessese*'nin hukuk yaratmasına yaranayan mekanizmayı bozuyor ve tahlil ediyor. Her teşebbüs için - bu teşebbüs ister bir hastahane, ister bir kongregasyon, ister bir Devlet etrafında olsun - *gerçekleştirilecek bir eserin fikri* lâzımdır. (Mevzûrbahs tesis ve teşebbüsün dahiline ait bir fikir o tesis ve teşebbüs dışında kalacak gayeden başka ve fazla bir şeydir. Burada “klâsik gaiyetçilik - Finalisme classique” hakkında Bergson'un yaptığı tenkitlerin tesiri mahsusdur.' Teşekkül etmiş bir hükümet

İktidarı, ikinci derecede müdahale etmelidir: bu müdahale olmaksızın *Fikir* müteazzı bir hale gelemeyecek, bir nizam tarafından müdafaa edilemeyecektir. Fakat şimdi bir üçüncü unsurla karşılaşılıyor. Hauriou buna *Communion* diyor: Fikrin, bu arada, *Fikir* tarafından meşru gösterilecek nizamlara itaat edecek olanların iltihakına ve iştirakına rastlaması gerektir. Ortaçağda "Nahiye-Commune"lerin tesisi, ondokuzuncu asırda sendikaların kuruluşu, alkışları ve iştirakleri farzettirir. Müsterek ve gergin hisleri ifade eyler. Müessesenin canlı ve müessir kalması için bu hislerin ve bu iştirakların, fertlerin gayrimeş'urunda bile olsa, devam etmesi lâzımdır. Bir devletin, yığınlarla temas halinde kaldıkça ve onların iltihak ve iştiraklarından emin oldukça canlılığını muhafaza etmeğe müyesser olması daima bu yüzden değil midir?

— VII —

HAURIOU VE MA'ŞERİ VİCDAN FIKRI

Bu mütalâalar her zümrenin bir kollektif vicdana istinad lüzumunu ileri sürmeğe müncer oluyor. Fakat Hauriou bu çeşit bir lisanı reddetmektedir. Kollektif vicdan tabiri, Hauriou üzerinde, her şeyi ihtiva edecek bir kollektivizme yol açıyormuş tesirini yapıyor: böyle bir kollektivizm, Hauriou'nun şiddetle mahkûm ettiği bir Alman temayülüdür. Fakat kollektif vicdanın, kendine göre, içtimai tekâmülün bazı anlarında, bazı medeniyet tiplerinde, ferdi şuurların tehalüf ettirici otonomisine gittikçe daha geniş bir pay bırakmak lüzumuna müsaade ettiğini, meşru gösterdiğini farkediyor. Nitekim bu hususu Durkheim ve mesai arkadaşları göstermişlerdir. Otoritenin müdahalelerine karşı ferdi müdafaa ihtiyacını hissettiği zaman ferdi korumak endişesine adalet endişesini katmak zaruretini göstermek için Hauriou, kendini gösteren *Fikirleri* ileri sürüyor. Fakat bu *fikirleri* muteber kabul etmek için bunları ezeli imişler gibi, gökten düşmüşler gibi düşünmek lüzumu karşısında kalıyor. M. Gurwitch'in işaret ettiği gibi burada tomizmden, yahut hiç değilse platonizmden bir iz vardır. Nev'i beşerin karakteristiği olacak gayri zamanî bir fikre tekabül eden tabîi hukuk, cemiyetin mahsulü olmayacaktır. Bu mânada Alman hukukçusu *Stammler* tarafından ileri sürülen ve *Simiand* tarafında da *Année sociologique*'de mevzuubahsedilen "Değişebilir muhtevalı tabîi hu-

kuk-Droit naturel à contenu variable” fikri Hauriou’yu korkutacaktır. Bununla beraber Hauriou, bizzat adaletin de cemiyetlerde bulunabilmek ve yaşamak için oldukça muhtelif uyuşma ve anlaşmalar kabul ettiğini takdire mecburdur. “Ahlâk ve âdetler ilmi”nin meşhur bir sahifesinde Lévy-Bruhl’ün de gösterdiği gibi “*Suum cuique tribuere. Herkese kendi hakkını verme*” arzun muhtelif yerlerinde aynı mânayı taşımış olmaktan çok uzaktır.

M. Géný’nin gösterdiği vecihle yalnız tabii bir muta değil, bir tarihi muta da vardır. En sistemci hukukcular, serbest ilmi araştırma dedikleri şeyi muallâkta asılı bırakmamak için bu tarihî mutaya ehemmiyet vermelidirler. G. Renard ve Ripert gibi bir kısım hukukçuların bu meselede hazır bir tarzihalle sahib olduğunu biliyoruz. Bu tarzihal, katolik bir tarzihaldir. Vahye müstenid ebdi hakikatler, yüksek bir liyakate mazhar olan ölmez bir beşeri şahsiyet fikri: hukuku kurmak için bundan daha müsait temel ne olabilir? Bununla beraber bugün bu itikatlar haricinde bir selâmet çaresi bulunmadığını söylemeğe kim cesaret edebilir? Hubert ve Géný’nin kendisi bile, stoiklerden *Grotius* yahut Kant’a kadar tabîi hukukun lâyük kaynaklarını göstermekte güçlük çekmiyorlar. Kilisenin Devletten ayrıldığı cemiyetlerde hukukî dinî naslarla zincirlemenin ihtiyatsız bir hareket olduğunu söylemek istiyorlar. Bu cemiyetlerin yapısı, müsamaha rejimi altında, beraberce bir arada bulundurdukları temayüllerin mütebeddilliği, hukukçuyu daha geniş bir şeyler aramağa sevketmektedir. Bu, içtimai realitenin emrettiği, zaruri ideale muayyen bir istikamet tahmil ve emrettiğini söylemekten başka bir şey midir?

Kat’î, fakat bununla beraber izafî, nisbî olmak: işte hukukun alın yazısı budur. İki çeşit seciyeyi (kat’iliği ve izafiligi) en tabii surette izah eden de işte zümrelerin hayatından çıkan fkirlerin taziyeki değil midir? Eğer hukukî emirler, ferde bir şey tahmil eden otoriter bir seciye iktisab ediyorlarsa bunun sebebi, Hauriou’nun nazarında kıymetli olan müesseselerin, şuur sahibi hükmi şahsiyetler tesis etmeğe müncer olmaları değil midir? Burada müessese nazariyesinin içtimaiyatta faydalı bir destek bulacağı tezahür etmiyor mu? G. Davy uzun zamandan beri bu noktayı belirtmeğe çalışıyor. Son zamanlarda M. Delos’da “Hukuk felsefesi arşivleri. Archives de Philosophie du Droit”nde Davy’nin fikirlerini hemen her noktada tasdik ediyor. Hattâ Delos “İçtimaiyata müstenit bir hükmi şahsiyet nazariyesi” kurmağa çalışırken böyle bir nazariye-

nin destekliği olmaksızın her türlü müessese nazariyesinin kendisine eksikli görüneceğini de ilâve etmektedir.

— VIII —

E. LÉVY VE HUKUKİ İÇTİMAİYAT

İçtimaiyat telâkkilerinin istikametine mukavemet etmek şöyle dursun, bilâkis kendisini tamamilе ona terkeden bir hukukçuya yapabileceği yardımın ne olabileceğini şimdi göstereyim. Bu hususta E. Lévy'nin eserleri dikkate şayandır. Lyon Hukuk Fakültesi Profesörü E. Lévy "Gayri menkulün tapu ile ispatı - La preuve par titre du Droit de propriété immobilière" ismindeki tezine ve "Hukukun sosyalist görüşü - Vision socialiste du Droit" eserine şimdi "*Hukukun temeli - Fondement du Droit*" kitabını da ilâve ediyor. Kâhinane formüllerle dolu olmakla beraber düşündürücü bir eser. E. Lévy Profesör olduğu kadar şair ve peygamberdir de. Fakat kendisini iyi tanıyanların - meselâ Ch. Andler'in, E. Lambert'in, A. De. Monzie'nin - şehadetlerine göre E. Lévy, çağdaş hukuk üstadları arasında en orijinal olanlardandır, genç dimağları, hukuk felsefesinin istihalesi, zarurî teceddüdü üzerinde en derin surette düşündürtenlerden biridir, Bunu yaparken hangi istikameti takip ediyor? E. Lévy'ye göre hukuk maddi bir şey değil, bir efkârı umumiye işidir. Hukukun olduğu her yerde, bir cemiyetin uzuvlarına garanti ve değer va'deden meşru bir intizar da vardır. Mülkiyet sahibi olmak, bazı malları kullanabileceğine inanmak demektir. Cemiyet kanunlarını tanzim eder, tâki bu inanış ve itimat sukutu hayâl ile neticelenmesin. Zımnî bir anlaşmaya, müşterek bir irade faraziyesine dayanan böyle bir destek olmaksızın her mülkiyet yıkıcı olur. Aynı suretle mukavele akdeden iki ferdin hareketinde de kollektif bir irade, mukavele yapan kimseye emniyet verme iradesi mevcuttur. Yapılan taahhüdün hakikî kıymetini de bu teşkil etmektedir. "Mesuliyeti, mukaveleyi vücade getiren, hukukî mevcudiyeti yaratan muhitin ta kendisi, kanunları tasarlıyacak hale gelen cemiyetin o kanunlarla beraber teşkil ettiği vahdettir." Borçluluk, itimat, itikat hep birbirine bağlıdır. Bilhassa hukuki sahada ma'seri itikatlarla yaşıyoruz. Şahsiyetin kendisini ortaya vaz'etmesi için ma'seri tasavvurların muayyen bir haline ihtiyaç vardır. E. Lévy'yi telâkkilerinde tasdik eden şey Durkheim'ın yaptığı araştırmalar-

dır. Aynı fikir silsilesini takip etmek suretile E. Lévy, hukukun her şeyden evvel bir din olduğu neticesine varmıştır.

Hukuk bir dindir, bununla beraber şüphesiz daima aynı kaide-leri ileri sürmekten ve onları takdisten uzaktır. E. Lévy'nin keşfi-ne göre *bu din belki yarın, mülk sahibinin mamelekini, yaşamak için kendi emek kuvvetinden başka bir şeyi olmayan sınıfın matlubu içinde masedecektir.* Müstahsillerle müstehlikler arasındaki hakka-niyetli münasebetler, onların birbirlerine olan itimatlarından mül-hemdir. Zira E. Lévy, sosyoloğ olmakla beraber aynı zamanda sos-yalisttir de. "Ma'şeri hukukun tasdik"nden, mülkiyet hukunu kü-çültecek reformlar çıkarabileceği kanaatindedir. Yarının kanunla-rının alacağı şekil ne olursa olsun, ve bu beklene dursun, hukuk, bir içtimai muhitte ve bir içtimai muhit vasıtasile teşekkül ettiğine göre onun tahavvülünün, bizzat hukukun kanununu olduğunu hat-ırlamak ehemmiyetlidir. Zaten Ch. Andler bu noktada E. Lévy'nin fikrinin, Lassalle'inkine bağlandığına işaret ediyordu. "Hukuk esasında ve cevheri itibarile izafidir: hukuk ihtiyacın bizzat ifa-desi olan içtmai itikatlarla birlikte değişir."

— IX —

HUKUK VE İÇTİMAİYAT BAĞLILIĞI

Hukuk ile içtimaiyat arasındaki münasebetlere verilecek isti-kamet bakımından, bize göre en alâkabahş olan şu noktayı ilâve edelim: mesele, mevcut hukukî sistemi yenileştirmeği istihdaf eden ve şimdiye kadar zikredeğeldiğimiz bu pek umumî tasdiki hü-kümlerde olmayıp, daha ziyade hususî tetkiklerin yapılmasındadır. Şu şartlaki bu tetkikler mukayeseli bir zihniyetle düşünölsün ve huku-kun şu veya bu safhasına yahut hukukun mevcudiyeti için zarurî şu veya bu mefhuma taallük etsin.

Bir müddet *Années Sociologiques*'in mesai arkadaşlarından olan G. Richard bu noktayı "*Hukuk fikrinin kaynakları - Origines de l'idée du droit*" isimli tezinde mevzuubahs etmiş ve etnografik, sosyolojik müşahedenin hukuk felsefesini, meselâ usulü muhake-menin aldığı şekillere nazarı dikkati celbetmek suretile, nasıl yeni-leştirebileceğini göstermiştir. Bundan bir müddet sonra Durkheim'in kendisi, *Année sociologique*'in dördüncü cildinde bu neviden araş-tırmaların bereketliliği hususunda zikre şayan bir nümune vücude

getirdi. Bu nümunedeki *Durkheim*, cezai tekâmülün iki kanununu formüllüyordu: “*Cezanın şiddeti, cemiyetin daha yüksek bir tipe mensubiyeti, ve merkezi kuvvetin daha mutlak bir seciye taşıması ile mebsuten mütenasibdir.*” *Hürriyetten mahrumiyet cezaları, başka başka devreler için, işlenen cürümlerin vehametine göre, tecziye ve tedibin gittikçe normal tipi olmağa temayül etmektedir.*” Ceza hukukunun mülâyimleşmesini, habsin muhtelif ahvalde, arkaik hukukta tabii bir şey olan her cins - kazıklama, yakma, fil altında çığnetme, boğma, kulaklara ve ağızlara kaynar yağ dökme gibi - cezalara kaim olması hadisesini nasıl izah etmeli? Bunun için adetlerin mülâyimleştiğini ileri sürmek yeter mi? Cemiyetlerin bünyelerinde husule gelen değişiklikler, cezanın bu insanileşmesini anlamağa yardım edecektr. Cemiyet basit olduğu, başka soplardan mürekkep olmıyan sop ve klanlardan ibaret bulunduğu zaman zümrenin müsamahasızlığı hiç bir engel tanımaz. O zaman tatbik edilen cezalar müthiş olacaktır. Farzedelim ki bir siyasi teşkilât kuruyor, bu teşkilât mutlak bir kuvvet halinde yalnız başına sıvrılıyor: o vakit insanlara eşya gibi muamele etmek temayülü çok büyüktür, aynı zamanda böyle bir vaziyette buna imkân da verilmiştir. Mürim insanların ıztırapları ehemmiyetsizdir. Roma İmparatorluğunda, hükümet kuvvetinin mutlak olduğu zamanlarda ceza kanunu şiddetli bir manzara iktisap etmişti. Fransada mutlak monarşinin zirvesi, aynı zamanda tecziye ve te'dibin de zirvesidir. Teşkilâtlı mukavemet merkezlerinin bulunmadığı yerde, merhamet, hiç bir hak iddia edemez. İçtimai nizamın istinat ettiği ma'şeri itikatlar, cürmü cezalandırmak için gayri insanî şiddetleri caiz görür. O zaman cürümler, ekseriya mukaddes ananeler saygısına karşı gelen fiillerden ibarettir. Bu cürümler aynı zamanda, işlenmiş bir takım küfürlerdir. Bizim için cürüm esasında bir beşeri menfaati izardan ibaret iken, iptidai halklar için cürüm hemen hemen münhasiren âyin amellerini ifa etmemek, ananevi yasaklara karşı gelmek, ataların örflerinden ayrılmak, otoriteye itaatsizlik etmekten ibaret olagelmıştır. Suçun bu dinî telâkkisine lâik bir telâkkinin kaim olması için bir takım derin içtimai istihalelerin vukuu icap etti: meselâ devletlerin kliselerden ayrılması, yahut ailelerin dışında meslekî teşkilâtın kurulması gibi. O zaman ferdi hürriyet, meydan kazanmağa başlıyor ve biz isyanımızı şahsi hakları izrar edenlere tevcih ediyoruz. Bu hal bizi iptidai halkların âmme vicdanınca daha müsamaha ile karşılanacak bir çok fiilleri müeyyidelendirmeğe sevk etmektedir. Fakat bu müeyyideler, mukabil bir kuvvet olmak.

sızın hâkim olan dinî temelli bir otoritenin hâkim olduğu cemiyetlerde görülen müeyyidelerin vahametini arzetmekten uzaktır. Bizat suçlular, bizim beşeri şahsiyet için gittikçe artan hürmetimizden istifade etmektedirler. Cürme kurban gidenin tecavüze uğramış insanî liyakatini, suçlunun şahsını cezalamak ile öc almakda bir nevi tenakuz yok mudur? Bugünkü ceza hukuku sistemimizin mücrimi cezalamak hususunda bir çok noktalarda izini taşıdığı vesveselerin, tereddütlerin, mülâyimleştirmelerin sebebini burada aramalıdır.

— X —

CEZA HUKUKU SOSYOLOJİSİ

Bu esaslı vakıa, yani ma'sherî şuur ile ferdi şuurlar arasındaki münasebetlerin altüst oluşu, *Fauconnet*'nin, üzerinde bir çok münakaşaların yapıldığı "*Mesuliyet .. Responsabilité*" mefhumunda vaki olan istihaleler için bize verdiği izahlarda görülür. *Fauconnet* mesuliyet meselesi etrafında vücutta gelen bütün nazariyeleri ve tenakuzları hatırlattıktan sonra mesuliyetin, mesuliyet vakiaları içinde tetkik edilmesini ve "mutad olarak felsefeye bırakılan bu meselenin tarihî usul ile yoklanmasını" istiyor. Vaki'de de muhtelif cemiyetlere bakılacak olursa, mesul adedilen fertler ve mesuliyet doğuran vaziyetler vardır. Bütün bunlar gözden geçirilirse, ne mesuliyet mevzuu olan fertlerin, ne de onu icap ettiren vaziyetlerin, kendi zamanımızın fikirlerine göre olmasını isteyeceğimiz şeylerden ibaret bulunmadığı hemen anlaşılır. Tarihte mes'ul addedilen yalnız şuur sahibi fertler olmamıştır, aynı zamanda çocuklar, deliler ve hayvanlar, hattâ aletler de mesul tutulmuştur. Mesuliyeti yalnız faal ve iradî bir müdahale doğurmamıştır, aynı zamanda münfail ve passif müdahale, doğrudan doğruya olmıyan müdahale de doğuruyor: bir âyine, bilmeksizin bile olsa, tecavüz eden, temas etmek suretiyle kendisini kirleten kimse bir cezaya maruzdur. Hakikatte bir cemiyet muhafazasının lüzumlu olduğuna kendisinin hükmettiği bir takım şedit, ma'sherî duygular karşısındadır. Bu neviden duyguların bulunduğu her yerde onlara karşı vuku bulan herhangi bir aksiyon şedit bir reaksiyon, tamir mahiyetini haiz herhangi bir imha ve tahrip ihtiyacını, binnetice cezalamak lüzumunu doğurur. Fakat kimi cezalandıracağız? Suçlunun bulunması kaygısının, esaslı meseleyi teşkil etmesi, uzun zaman sonra ortaya çıkacaktır. İlk cemiyetlerde intikamın istikametsiz olduğu anlaşılıyor.

“Hukuk ve kuvvetler - Droit et forces” de Hénaff’ın üzerine dikkatimizi celbettiği fikir müvazene fikridir: “Her çeşit zarar, bir tazminatın verilmesi ile değil, muadil bir tahrib tariki ile tamir edilmelidir.” Philippine yerlileri, şefleri öldürüldüğü takdirde ilk rastgelenen yolcuyla öldürürler. Birbirinden hayli muhtelif memleketlerde bir çok adetler ceza müessesesinin ilk şekillerinde bir nevi mücrim tayin etmemek halinin kaide olduğunu gösteriyor. İstenen şey, asıl cürmün silinmesidir. O zaman cürmü sembolize edecek, şahıslandıracak bir mesuliyet hamili aranmaktadır.

Bu vaziyette hakikî mesuliyetin fonksiyonunun şundan ibaret olduğu anlaşılıyor: “Cezanın tahakkukunu, ona bir tatbikat noktası temin etmek suretile, mümkün kılmak, binnetice cezaya kendi faydalı rolünü oynamasına zemin hazırlamak.”

Fena muameleye uğrayan ma’şerî şuur bir şikâr istiyor: *Quaerens quen devoret*. Mücrimin bir “Vur abalıya Bouc émissaire” olması onun cürmün illeti olmasından değil, daha ziyade muğlak olan sebeplerden ötürüdür. Hukuk ideali olarak ancak cürmün meş’ur illeti olan her ferde mesuliyet atfi teklifi neticesine geldiği takdirde bu, modern cemiyetlerde ferdi ve şuurunu ilk safda bulunduran her çeşit istihalelere bağlı bir hâdisedir.

Şimdi dikkatimiz cezaya maruz kalan ve acısı merhametimizi isyana sevkeden üzerinde toplanmaktadır. İcabında, intikamı bir nevi “*ihtibas - Refoulement*” a maruz bırakan muzaaf hareket bu suretle anlaşılır: cezalar hafiflerken, mesuliyet de sarahat kesbediyor. O zaman cezayı daha adil bir şekilde tatbik için, ferdin ruhunda olup bitenle daha çok meşgul oluyor. Bu tahdidat devam ede ede en sonunda mesuliyet bir taraftan ferdileşirken öteyandan manevileşiyor. Bu hal, cezanın bu şekli almasını istihdaf eden felsefî nazariyeden ziyade tarihî bir vaziyetin neticesidir.

— XI —

NETİCE

Fransız hukuk felsefesinde uzun zamanlar *Mesuliyet* den ziyade mühim bir mevki işgal eden bir meseleye ait bir misal daha getireceğiz. Hatırlatmak istediğimiz mesele, *G. Davy*’nin “*Yeminli iman - La foi jurée*” ındaki teze aittir: bu tez mukavelevi hukukun teşekkülünü tesbit etmek, bize, bazıları için hukukun anaparçası, temel noktası olan mukavelenin, beşer tabiatında mündemic bir te-

mayül olmaktan ziyade, tarihin bize temin ettiği bir kazanç bir iktisab olduğunu hatırlatmak istiyor.

Sumner Maine, hukukun terakkisini, mukavelenin statüye, insanın öz iradesini başkasınınkine bağlamak suretile kendi kendisinin yarattığı mecburiyetleri, doğuşunun, içtimai vaziyetinin, bir zümreye mensubiyetinin tahmil eylediği mecburiyetlere ikamesi şeklinde göstermişti. Hukuk felsefemizde uzun zamanlar esaslı bir rol oynamış olan bu nakizi - dâva (antithèse) bağlı kalmak lâzım mıdır? *Sumner Maine* nazariyesinin temelini tenkide kalkışan hukukçularımızın ileri sürdükleri delillere *Davy*, sosyolojik deliller ilâve edecek, bize mukavelenin statüden çıktığını, mukavelenin kat'î ve emrî seciyesini bizzat zümrelerin otoritesinden almak suretile iktisab ettiğini, zümrelerin otoritesinde kat'iliği ancak onlara istinad etmek suretile aşabileceğini gösterecektir. Hukukun ilkin doğuşun icap ettirdiği bir vaziyette bulunan ferd için vücade geldiği doğrudur. Ferd, ancak mensub olduğu "beytî-siyasî — Politico-domestique" zümrenin ananesile ortaya konmuş olan şeraite göre hak ister. Fakat her şeyden evvel bu zümreye *doğuş* münasebetinden başka bir vasıta ile girilemez mi? Evlenme böyle bir vasıtanın bulunduğuna mükemmel bir delildir. Nitekim Amerikan içtimaiyatçısı *Boas*'ın kaydettiği gibi evlenme, esasında, imtiyazlar kazanmak vasıtasıdır. Bundan başka bütün cemiyetlerde *tabii* akrabalıklar yanında sun'î akrabalıklar görülmüyor mu? Birbirlerinin kanlarını için iki muharip kardeş oluyor, her biri yeni hak ve vazifeler kazanıyor. İradî bir hareket neticesinde hukukî vaziyet değişmiştir. Bu, mukaveleden önce (précontrat) bir haldir.

Mukaveleyi teşkil eden unsurların nasıl yuğurulduğunu daha sarıh surette görmek istendiği takdirde *potlatch* denen dikkate şayan bir hâdisenin işleyişini takip etmek lâzımdır. Mukabilinde bir şey beklenen hediye ibaret olan bu müessese yalnız vermek mecburiyetini değil, aynı zamanda iade etmek mecburiyetini de muhtevidir. Bu müessese, malları mobilize edip yeniden tevzi eden ibtidai mübadele şeklinden ibarettir. Aynı zamanda bir bayram, bir tevellüt, bir izdivaç, bir mezar inşası vesilesile cereyan eden, hazinelerini ortaya koymak suretile birbirlerini matetmek fırsatını veren bir meydan okuma şeklidir. *Mauss*'a göre bu âdet, meselâ şimali Amerika şarkındaki, yahut Melaneziya'daki birçok iptidai cemiyetlerin hayatına hâkimdir, ve içtimai vakıaların biricik "*Syncrétisme*" ini teşkil etmektedir. Hadisenin ehemmiyetine bakınız ki bir *potlaç* medeniyetinden bahsedilmeğe kadar varıldı.

Potlaç müessesesinin *Davy*'yi alâkadar eden tarafı, hibe sahiplerine yalnız kendini göstermek, hürmet kazanmak değil, nefsine karşı bir mecburiyet tahmil etmeğe ve başkaları nezdinde de onlardan bekledikleri mecburiyetleri yaratmağa vesile olmuştur. Burada mukaveleye giden yol üzerinde değil miyiz? arkalarında artık bir klan değil, bir tarikat, gizli bir cemiyet bulunan herhangi bir şefin kendisine iktidar büyüklüğünün kaynağı olan hürriyet fazlalığını temin eden teşebbüslerde bulunduğu zaman bu cihet açıkça görülür. Bu suretle irsi olan yükselme ve terfiler yanında intihaba müstenit yükselme ve terfiler de gözüktür. Hayat ve tebeddül prensibi olan potlaç icabı, yükselmeler mümkün olur. Rekabet meydanının kahramanları kitleden ayrılırlar. Kendilerine basamak olan müessesenin, örf ve adet haline gelmesi ile siyasî iktidar sahasında ferdi yetçiliğe yol açılır. Vücutta gelen imtiyazlı hakimiyetler o zaman mukavemetlere rastlıyacaklardır. Kendilerini taklid eden başka iktidarlar, ilk teşekkül eden imtiyazlı iktidarı tahdit edecekler, *"içtimai şeraitin mahsulü" olmak itibarıyla kendilerini de bir gün tahdit eden başka içtimai şartlar karşısında bulunacaklardır.*" Bu suretle fertçilik, müsavatsızlığa müncer olmak için feodalizmi geçmiş bulunacaktır.

Getirdiğimiz birkaç misal *Mauss*'un "Beynelmilel hukuk felsefi enstitüsü"nü'nün son bir toplantısında şu müdahalesinin haksız ve yersiz olmadığını gösteriyor: *"İçtimaiyatçılar için her mefhum değişir, çünkü kaynağı tarihtir."* *Mauss* bu müdahalenin neticesinde hukuk için mesuliyet veya mukavele mefhumları kadar mühim olan şahıs mefhumu hakkında yakında sosyolojik bir etüd vücutta getireceğini ilâve etmiştir.

O halde içtimaiyatçı, içtimaiyatçı olmanın tarifi icabı, relativist, yani izafiyecedir. Burada içtimaiyatçı, tarihçilerin arkasında, onlara ayak uydurmaktan başka bir şey yapamaz. Fakat tarih, mukayese usulünü kullanmak suretile, müesseselerin, hattâ hukukun kendisine ait prensiplerin hangi realitelere nisbetle değiştiğini göstermeğe çalıştığı takdirde sosyoloğu tatmin edebilir. Filhakika içtimaiyatçılara göre hâkim şeniyetleri, cemiyetlerin birleştirdikleri ferdi şuurulara yine cemiyetler tarafından aşılana tasavvurlarda aramak gerektir. Bu ana meşguliyetin - ki bazıları buna şematik bir sulka, bir fikrisabit diyorlar - her halde hukuk ilmine birçok faydalı hizmetlerde bulunacağını düşünebiliriz.