

## HUKUKİ GERÇEKLIK - SOSYAL GERÇEKLIK

Hukuk ile sosyoloji arasındaki bağıntılar ve hukukun sosyal hayatta ki rolü üzerinde bir deneme

Yazan : François RUSSO

Çeviren : Asis. Dr. Rasin ARSEBÜK

### G İ R İ Ş

Sosyal bilimlerin bu gün düzenlenmesi problemini az çok ciddi olarak ele alan bir kimse, kılıklı (pratique) bir disiplin olan ve ardından uzun bir geleneği bulunan hukuk ile, kılıklı amaç gütmeyen ve henüz kurulmuş olan sosyal bilimler arasındaki bağdaşım yokluğu karşısında hayrete düşer. «Eski mesleki disiplinler ile genel bilgiyi ilgilendiren yeniler, birbirleri ile iç içe girmeden ayrı olarak yan yana yaşama yönsemesindedirler» (1). Bununla beraber sonunda, birbirleriyle karşılaşmaktadırlar ve aralarında gizli bir rakabet bile vardır, çünkü her biri sosyal hayatın bütününe inceleme iddiasındadır. Takındıkları nitelikler böyle bir tekeli meşru kılsa da gerek metot, gerekse inceleme konusunun genişliği bakımından, her ikisinin de ayrı mahiyette olmakla beraber hemen hemen aynı ölçüde eksiklikleri vardır.

İlkin hukukun nasıl bir çehre ile ortaya çıktığını görelim. Klasik sayılan el kitaplarını şöyle bir gözden geçirmek, hemen bütün sosyal konulara temas edilmekte olduğunu gözlemlemeye kâfi gelir. Üstelik, bu konuların açıklanış tarzı, incelenen sosyal hayat bölümünün tam olarak incelenmiş olduğu duygusunu uyandırmaktadır. Tamamlayıcı incelemelerin hukukî etüdü derinleştirilebilecekleri hususuna işaret edilmiş olsa bile bu gibi incelemelere genel sistem içinde bir yer ayrılmamıştır, bunlar basit birer ek olarak ortaya çıkmaktadırlar. Sosyal gerçekliklerin incelenmesinde biraz derinleşildiğinde hukukî açıklanışın yetersizliği derhal belirir: Konu tam olarak incelenmemiştir, bazı temel problemler inceleme dışı kalmıştır. Ancak bütün bu eksikliklerine rağmen hukukun

---

(1) E. Lambert, L'Enseignement du Droit comme Science Sociale, Giard, 1928, s. 52

sosyal bakımdan arzettiği yoğunluk ve çeşitlilik pek büyük olup onda ki nüfuz kudreti ve kesinlikde son derece yüksektir.

Sosyoloji de sosyal hayatın bütününi hukuktan da geniş olarak inceleme iddiasındadır, ve gerçekten, hukuka nispetle, daha geniş daha tam gibi görünmektedir; sonra sosyoloji daha positiftir çok daha ilgi uyandırıcıdır. Bütün bunlarla birlikte, o dahi, sosyal hayatın bazı önemli cephelerini ihmal etmektedir; bilhassa hukukî fenomenler gerektiği kadar incelenmemiştir; kendisi de çok «yeknasak» tır, yeter derecede farklılaşmış değildir; ön bilgiler (notions premières) ve açıklayıcı kuramlar (théories explicatives) oldukça basittirler, gerektiği kadar işlenmemişlerdir. Bütün sosyolojinin temel kavramı yapılmak istenen kamu bilinci (conscience collective) buna bir misaldir. Metoduna gelince gözleme geniş yer vermiş olmakla takdir edilse bile, bu metot, kesinlik ve açıklıktan mahrumdur.

İşte gerek kendi gerekse birbirleriyle olan bağıntıları bakımından bu iki disiplinin durumları kısaca budur.

Hukukçu ile sosyologun sosyal karşısında farklı davranışları çoktandır gözden kaçmamıştı. Görüş tarzlarının ahenkleştirilmesi yolunda denemeler yapılmış, hukukçu ile sosyolog yakınlaşmaya çalışmışlardır.

Sosyologlar hukukî fonomenlerle daha yakından meşgul olmaya başlarken sosyolojinin ilgilendiği hususlar da hukuk alanına intikal etmiştir. Bir Hauriou'nun veya bir Duguit'nin eserlerinin bu bakımdan ne büyük bir biresim hamlesi teşkil ettikleri herkesçe malumdur. Bununla beraber gerek kılıklı gerekse kuramsal bakımdan hukuk ile sosyoloji arasındaki bağıntıların gerektiği kadar açığa çıkarılmış oldukları düşüncesinde değiliz. Bu gün, bir karşılaştırma yapmak için, dünden çok daha fazla hukukî görüş noktası ile sosyolojik görüş noktasından bahsediliyor diye kendimizi bahtiyar sayamayız. Çünkü bu görüş noktalarının nelerden ibaret olduklarını araştırılması kahtyor ki bu henüz yapılmış değildir.

Bununla beraber, hukuk ile sosyoloji arasında bir rabıta kurmak üzere yeni bir disiplin teşekkül etti: hukuk sosyolojisi. Bu konuda Fransa'da iki yayım var: Sosyoloji yıllıklarının C serisi (2), ile Hukuk felsefesi ve hukuk sosyolojisi arşivleri (3).

Hukuk sosyolojisinin belirli bir metodu varmıdır ve hukuk ile sos-

(2) Alcan, 1926 dan itibaren l'Année Sociologique'in devamı.

(3) Bu dergi daha çok hukuk felsefesi ile ilgilenmektedir.

yoloji arasındaki bağıntıların kuramsal problemini çözümlenmiş midir?

Hukuk sosyolojisinin temelleri olan ilkeler gerektiği kadar açıklanmış değildir. Bununla beraber, bu konuda, bazı etütlere rastlanmaktadır ki içlerinde en önemlisi M. Hubert'inki (4) gibi görünüyor.

Hukuk sosyolojisinin en görünür niteliği hukuki olguları sosyal hayatın öteki gösterilerinden ayırmama kaygusudur. M. Hubert'e göre bu onun «başlıca niteliğidir» (5). Hukuk sosyolojisi, hukuki olguların çok temelli olan içtimailik niteliklerini sezmiştir; «bir hukuk sosyolojisi etüdü yapmak demek, hukuki yönlerinden doğru belirli bir kategoride ki sosyal olgulara varmaya çalışmak demektir.» Daha açık bir deyiş ile hukuk sosyolojisinin amacı «bir yandan sosyal hayattan itibaren hukukun oluşunu, öte yandan hukukun uygulanış ve işleyişini incelemektir» (6). M. Gurvitch'de problemi aşağı yukarı aynı şekilde ortaya koyuyor: «Hukuk sosyolojisi, hukuki davranışı, sosyal hayatın öteki fenomenleri ile avni sosyal hayat bütünü içine sokarak bağıntı haline koyar; onların oluş ve gelişme sebeplerini inceler» (7).

Ancak problem burada tatmin eder şekilde ortaya konmuş olsa da - onlar ilerde inceleyeceğimiz başlıca noktaları teşkil etmektedir - çözümlenmiş sayılamaz. Geriye hukukun sosyal hayattan itibaren ne şekilde belirlediği hususunun aydınlatılması kalıyor; bu, bütün, hukukun teşekkülü problemidir. Sonra, ayrıca, hukukun sosyal hayata giriş suretinin de incelenmesi gerekiyor. Bu fenomenlerin ne kadar karmaşık olduklarını ve ne değişik yüzler gösterebileceklerini ilerde göreceğiz. Üstelik hukukun temel niteliklerinin belirtilmesine çalışıldığı taktirdedir ki bu fenomenler biraz daha derin olarak anlaşılabilir; aksi durumda onlar hakkında sırf şekilsel ve çok genel bir görüşe sahip olmuş oluruz. Bütün bu hususlar, hukuk ve hukuk sosyolojisi kuramcıları tarafından, tam ve az çok sistematik olarak incelenmiş görünüyor.

Hukuk sosyolojisi üzerindeki bu görüşleri benimsemekle, hukuk ile sosyoloji arasında ki bağıntılar bakımından, az çok içtimaiyatçı bir görüşe sahip olmaktan çekinmekteyiz. Gerçekten adlarını saydığımız yazarlarda hukukun farklılaşmış ve özerk cephelerini açığa çıkarma hususunda belirli bir kayguya rastlanmamaktadır. Bu durum karşısında hukukun

(4) Science du Droit, Sociologie juridique et Philosophie du Droit, APDS, 1931, c. 1 - 2, s. 53

(5) Loc. cit., s. 55

(6) Loc. cit., s. 57

(7) L'Expérience juridique, 1935, s. s. 83.

sosyoloji içinde «erimesinden» korkulabilir. M. Hubert hukuk sosyolojisi, «hukuki olguların kendilerine has ve başlıbaşına bir varlığı haiz olmalarını kabul etmez» (8) demiyor mu? Oysa ki biz, bir sınır tanımak kaydı altında, hukukun bu özerkliği üzerinde ısrar edeceğiz. Zaten öbür türlü, hukuk sosyolojisi, mantık ve kavramcılık gibi bazı usulleri gerektikleri kadar nazarı itibara almıyor gibi görünüyor; mesela M. Hubert mantiki düşünceleri (*considérations logiques*) ve hukukun akli görüşlerini (*visions rationnelles du droit*) (9) hukuk sosyolojisinden uzak tutuyor ve hukuka çok belirli bir nitelik veren ve sosyolojik bakımdan çok önemli olan düşünme ve bilinçe geçme (*prise de conscience*) cihetlerine ancak şöyle bir dokunmakla yetiniyor.

Hukuk sosyolojisine son olarak yapılabilecek bir eleştirim de şudur:

Hukuk sosyolojisi, bu konuda oldukça büyük bir sayıyı bulan eserlerde aldığı çehre ile, başlıbaşına, özerk bir disiplin olarak değil, gerek hukukun gerekse sosyolojinin çeşitli dallarında daha önce rastlanmış problemlerin yeniden ele alınışı gibi belirmektedir. Özerk bir disiplin kurmaktaki bu pratik kudretsizlik hukuk ile sosyoloji arasında ki bağıntılara dair kesin ve inceden iaceye işlenmiş kavramların temelde ki noksanlıklarını tahmine imkân veriyor.

Bu durum karşısında, bu alanda bu güne değin yapılanları da göz önüne almak şartı ile, hukuk ile sosyoloji arasında ki bağıntılara dair daha temelli bir çalışmaya teşebbüs edilmek gerekiyor.

Bu türlü bir teşebbüsü yalnız kuramsal ve zamandışı denilebilecek sebepler gerekli kılmıyor günün icapları da bizi buna zorluyor: uzaktan veya yakından hukuk veya sosyolojiye dokunanların çoğunda hukuki bakış noktası ile sosyolojik bakış noktasını birbirlerine yakınlaştırma hususunda büyük bir gayret gözlemlenmektedir. Bu türlü gayret, Fransa'da, bu son yıllarda yeni mevkutelerin ortaya çıkışı ile beliriyor: *Annales d'histoire économique et sociale* (10) ki başlıca amaçlarından biri sosyal olgular tarihinde hukuk tarihinin ihmal edebileceği vecheleri açığa çıkarmaktır; Anayasa hukukunu siyasî tarih araştırmalarına yaklaştırmak için *Revue d'Histoire Politique et Constitutionnelle* (11); hukuki araştırmalara sosyal ve ekonomik verileri daha geniş çapta sokabilmek için, 1938 de genç hukukçulardan müteşekkil bir grup tara-

(8) Loc. cit., s. 55.

(9) Loc. cit., s. 58.

(10) 1929 tarihinde L. Febvre ve Bloch, Colin tarafından kurulmuş 1930 dan itibaren de *Annales d'Histoire Sociale* adını almıştır.

(11) 1937 den itibaren çıkmaktadır - Sirey-.

findan kurulan Les Annales du Droit et des Sciences Sociales.

Sosyal ilimler öğretiminin ıslahı için yeni yeni girifilen teŝebbüslerde ki tereddütle atılmakta olan adımlara ayrıca iŝarete bilmem ihtiyaç varmı?

Bu tasvir ettiğimiz durum, bu eserimizle varmak istediğimiz amacı oldukça açık olarak göstermektedir. Tam anlamı ile orijinal bir eser yaratmak bahis konusu değildir; yapılacak şey, bir yandan, bu konuda ki çok farklı yeralıŝları düzenlemeğe çalışmaktan, öbür yandan gözlemlediğimiz mebzul fakat mübhem yönsemeleri bilinçlemekten ibarettir. Etüdümüz her ŝeyi sonuna kadar inceleme iddiasında olmaktan uzaktır. Yalnız, meselenin temel davalarını ve ana fikirlerini, oldukça somut çözümlmelerden hareket ederek ortaya koymaya çalışacağız.

Sonra, bu incelememizde, hukukun sosyal hayatla ilgili olarak gelişmesine dair, genel bir görüş aramamak gerekiyor. Muayyen bir toplantıda hukuk ile sosyoloji arasındaki bağıntıları tespit eden çeşitli ögelerin oranlarının kesin olarak tayinleri de beklenmemelidir. Amacımız çok daha mütevazidir: Bu gibi problemleri inceleyebilmek için gerekli olan çalışma malzemesinin ve varsayımlarının yaratılması hususuna iŝtirak etmek.

Böyle kurumsal ve metodolojik bir etüt için biraz acele edildiği, yani böyle bir etütün pek lüzumu olmadığı akla gelebilir. Kılğının kendi kendine, somut denemelerle, hukuk ile sosyoloji arasındaki bağıntılarının mahiyetini yavaş yavaş belirtmesine müsaade etmek daha doğru olmazmı? Kuram tek başına yeter gelmiyebilir; bununla birlikte bilhassa bizi ilgilendiren konuda varlığı elzemdir. Çünkü somut araştırmaların altında, hukuk ile sosyoloji arasındaki bağıntılara dair tam olmayan, dar ve tek taraflı bir kurama rastlanmaktadır.

Bunlardan başka, veri, yapı, teknik gibi temel kavramlar üzerinde gerçekten anlaşmazlıklar ve karıŝıklıklar var; bilim ile teknik, pozitif ile düzgüsel gibi klasik karŝıtlarda olduğu gibi bir takım kesin ayrıntılar yapıldı fakat bunlar, problemleri basitleŝtirecekleri yerde büsbütün karıŝtırdılar.

Bu durum, problemin temellerini aydınlatacak olan kurumsal bir çalışmayı haklı kılmaktadır.

Amaca en elverişli şartlar altında erişebilmek için, metod hakkında bizce önemli görülen bazı noktalara, önceden işaret etmek gerekiyor.

Sosyal bilimlerin metodunun özelliđine saygı göstermekle beraber

bilhassa tabiat bilimlerinin gelişmesinden doğan ve çok geniş bir uygulama alanı olan bilimsel metodolojinin yeni bazı görüşlerini de kullanmak olanaklı hatta çok faydalı gibi görünüyor.

Metot hakkında ön düşüncüler:

İlk düşünük önsel metot ile somut metot arasındaki bağıntıları ilgilendiriyor. Hukuk ile sosyoloji arasındaki bağıntılar daha belirli ve ayrıntılı olarak belirtmek istendiğinde somut çözümler kullanılmamasının şart olduğu düşüncesindeyiz. Sırf önsel metod oldukça belirsiz ve kısır sonuçlara vardırır. Hukuk ile sosyoloji arasındaki bağıntılar problemi ancak önsel metotla somut metot kaynaştırıldığında çözümlenebilir. Bu kaynaşma bir çok bakımdan «hukuki ve sosyal somut verilerin düşünükli çözümlenme metodu» (méthode d'analyse réflexive des données concrètes juridiques et sociales) olarak niteliklendirilebilir. Sırf önsel veya deneyle ilgisi olmayan düşünüklerle çevrelenmemek nasıl gerekli ise, sırf pozitif betimlemelerle bağlı kalmamak da aynı derece gereklidir. Bu pozitif veriler üzerinde düşünmek, onların esaslarına varmaya çalışmak gerekiyor. Bu andan itibaren de işe felsefi görüşlerin katılmaları zamanı gelmiştir. Çok teknik olan ve fakat aynı zamanda felsefi görüşlere de yer veren eserlerden yoksun değiliz; bununla beraber, bu eserlerde, felsefi ilke ve düşünceler sanki dışardan doğru uygulanmaktadırlar, pozitif veri ile tam bir bütün meydana getirmemektedirler.

M. Géný'nin eserine yapılabilecek itiraz da bu değildir? Temas ettiği felsefi kuramlar hukukî somut çözümlerle - eser bu çözümler bakımından çok zengindir - gerçekten bir bütün teşkil etmiyor. Aynı düşünük R. P. Renard'ın hiç değilse Nancy Üniversitesinde profesörlük ettiği devre ait, eserleri için de varittir (12). Çok derin olan somut çözümlere Duhem Henri Poincaré veya Bergsondan aldığı felsefi ilkeleri uygulamakla beraber bunlar, çözümlenmekte olan pozitif komuyu gerçekten canlandıramamaktadır.

Buna karşılık olarak bazı hukuk kuramı etütlerinde felsefi yapılar oldukça ayrıntılıdır fakat bu sefer de pozitif veriler pek sistematik olmayan veya eksik olan bir örnek çerçevesi içinde kullanılmaktadır.

Meselâ R. P. Renard'ın yeni eserlerinde büyük bir erkle incelediği hukuk felsefesi fikirleri, öyle görülüyor ki, gerektiği kadar, somut çözümlendire dayanmamaktadırlar. Kendisinin de kuruluşunda kayda değer hizmetleri olduğu müessesesinin hala vuzuhsuz kalmasının sebebi, kuramsal fikirlerin, somut çözümlerle gerektiği kadar aydınlatılmamış ve denenmemiş olmasındadır.

(12) Bibliyografya eserin sonundadır.

Oysaki Haurio'nun eserlerinde felsefi düşünüklerle somut incelemelerin birleştirilmesi çok başarılı olmuştur. Felsefesi hukuki çözümlerle tam bir birlik meydana getirmektedir.

M. Gurvitch'te de pozitif çözümlerle ile felsefi düşünüş başarılı bir şekilde bağdaştırılmıştır.

Somut hukuki verinin tam ve sadık çözümlerinden itibaren hukukun temel yapılarına varmaya çalışmak daha verimli olacaktır. Ancak bu, çok sayıda ve ayrıntılı tanımlara ve betimlere ihtiyaç göstermektedir ki bunlar geçmişte ki hukuki olgu ve olaylar için tarihi araştırmalara dayanacaklardır; bu tarihi araştırmalara ise henüz malik değiliz. Bununla beraber, hukukla sosyoloji arasındaki bağlantıların önemli yönlerinin bazı bakımlardan meydana çıkarılmasını sağlayacak olan dikkate değer birtakım çözümlerden de faydalanacağız.

Her ne olursa olsun, gerçekleştirilmesi yolunda teşebbüse geçtiğimiz bu çeşit incelemelerde önemli olan şey pozitiflikten uzaklaşmaya, acele olarak yürütülen felsefi düşünüklerle, denemeye gerektiği kadar dayanmayan önsel kavramların kötüye kullanılmalarına karşı daima uyanık durmaktır.

«Yalnız mantığa başvurarak hukuk kaidesinin karakteristik niteliklerini soyut bir kavramdan mantık yoluyla çıkarma yerine, önce bir yararlık içinde hukuki olgu ve olayların meydana gelişini ve verimini incelemek gerekir» (13).

Aynı zamanda, buna karşık olarak, hukuki ve sosyal temel olgu ve olayların çıkarılamıyacağı sırf pozitif betimlemelerden de sakınılmalıdır. Tarih tekniği bakımından kusursuz olmakla beraber gözlemlenen olgu ve olayları iyice kavrama kaygusu olmadan yapılan bir çok tarih etütleri kuramsal bir önem taşıyamadan kalıyorlar.

Bir başka önemli ön düşünük de şudur : bir gerçekliğin mahiyeti ile bu mahiyetin bilinmesini sağlayacak olan metodun incelenmesinin birlikte yapılması gereği. Uzun zaman bu iki problemin ayrı birer inceleme konusu oldukları sanıldı; hiç olmazsa bilimsel felsefe öğretiminde, genel olarak, böyle bir sanı varmış gibi hareket edildi. Oysa ki, bu şekilde, problemlerin anlaşılmasında büyük bir engel ortaya çıkmaktadır. Çünkü her ikisi de (yani gerçekliğin mahiyeti ile bunun anlaşılmasını sağlayacak olan metod) birbirlerine karşılıklı olarak bağlıdır. Metodun kavranması uygulanacağı konunun mahiyeti üzerinde önceden az çok bilgi sahibi olmayı gerektirdiği gibi metod üzerinde bilgi sahibi ol-

(13) P. Duclos, La Notion de Constitution dans l'Oeuvre de l'Assemblée Constituante: Dalloz. 1933. s. 2

mak da, buna karşı, konunun bazı niteliklerinin bilinmekte olduğunu ortaya koyar. Bundan ötürüdür ki konunun mahiyeti ile ilgilenilmeden metodun şekilsel incelenişi belirli olamaz ve gerçek bir önem taşıyamaz. Buna karşı, yalnız sonuçlarla ilgilenen ve metodun açıklanmasını ihmal eden, bir olgunun mahiyeti üzerinde ki düşüncükler de eşyanın yüzünde kalma tehlikesindedir.

Sosyal bilimin bahis konusu olduğu durumlarda incelenen konu ile metodun birleştirilmesi yolunda bu genel sebeplere özel sebepler de katılmaktadır. Sosyal gerçeklik, büyük bir kısmı ile, araçsız sosyal veri üzerinde ki düşünüşün eseri olduğundan, nitelikleri, onun gerçekleşmesini olurlu kılan metoda bağlı olacaktır: bilimsel veya daha belirli olarak yapıcı metod.

Böylece aynı bir araştırma içinde bir yandan hukuk ile sosyolojinin, öbür yandan sosyal gerçeklik ile hukuki gerçekliğin kıyaslanmasını birleştirmemizin sebebi anlaşılmaktadır. İlk problem tam olarak incelenilmek için sade hukukun metodu değil hukukun ilgili olduğu alan da incelenmelidir; Bu çifte zorunluluk ikinci problem için de bahis konusudur: az önce de dediğimiz gibi, hukukun mahiyetini belirtebilmek için, ilkin, hukukun ilgili olduğu sosyal hayat alanı problemini de içine alan hukuki gerçekliği doğrudan doğruya incelememiz gereklidir; ancak bu inceleme de, hukuki metod üzerinde başka bir inceleme ile belirli kılınmalıdır.

Demek ki etüdümüzün tam olması için iki problemi aynı zamanda incelememiz gerekiyor, bu da, gördüğümüz gibi, etüdümüzün tümlüğünü bozmaktan uzaktır.

Ayrıca, etüdümüze, bilimin gerçek mahiyeti hakkında çok yumuşak ve aynı zamanda çok daha derin bir anlayış egemen olacaktır. Kanunlar konmakla bilimin temelli olarak kurulduğu inanı artık bırakılmaktadır. Bu gün, bir bili (notion), bir kavram açıklandığı ve bilhassa, görünüşte çeşitli duran bir bütüne, içlerinden özel verilerin sonradan çıkarılabileceği ilkelerin yardımı ile birlik sokulduğunda bilim vardır yani gerçekliğin içine giriliyor, eşyanın mahiyeti sezilmeye başlanıyor denilmektedir. Bu daha geniş anlayış içinde, çoğu zaman, sırf teknik sayılan bir çok hukuki oluş yolunun gerçekte bilimsel oldukları ortaya çıkacaktır.

Mantığın bilimsel araştırmalarda kullanılmasının bilimsel önemi üzerinde de duracağız. Kavramcılığın eleştirimi, sezgiye verilen yersiz pay, sınamanın (expérimentation) kazandığı başarı, mantığın ve tümden gelimlerin öneminin unutulmasına sebep oldular. Bu genel yönseme hu-



kuka girince hukuki metodun bazı yöntemlerinin bilimsel önemleri farkedilmez oldu.

Son olarak, bilim ile teknik arasında ki bağıntılara dair bu gün edilenen daha yumuşak tasarımlardan sosyal bilimler metodunu yararlandırmak ta yerinde bir iş olur gibi görünmektedir. Gerçekliğin bu iki ele alınış şekli arasında sıkı bağların varlığı ve bunların birbirlerinden ayrımlı hareket tarzları teşkil etmedikleri kabul edilmektedir. Kılığı ile bilim arasında işaret etmekten hoşlanılan karşıtlık yoktur. Görünüşte çok basit olan kılıglı bir durum (cas pratique), büyük önem taşıyan bilimsel araştırmalara geçilmesine çok defa sebep olabilir. Kaldı ki tekniğe yükletilen ağır şartlar onun, başlamasına sebep olduğu araştırmaların ciddilik ve derinliğinin bir inancasıdır. Sırf teknik sayılabilecek işlemlere büyük bir sosyolojik değer tanımakla, bu düşünüklerin, hukuk alanında, ne büyük önem taşıyabileceklerini ilerde göreceğiz.

Metot hakkında, bu oldukça genel düşünüklerden sonra, çalışmamızı olurlu olduğu kadar belirli ve verimli kılabilmek için, biri sosyoloji ötürü hukuk fikrini ilgilendiren iki özel düşünükte daha bulacağız.

Hukuk le sosyoloji arasındaki bağıntılar üzerinde bir araştırma yapacağız dedik. Fakat herşeyden önce sosyolojiden ne anlaşılacak gerekiyor? Bu terim hiç de açık değil. Bazılarına göre bu, en geniş anlamı ile, sosyal bilimdir; bazılarına göre ise, sosyal gerçekliğin, düzgüsel veya daha çok felsefi olan incelemelerinin aksi olarak, sırf pozitif inceleniştir. Bu konuda daha çok başka görüşlerde anılabilir.

Biz sosyolojiyi en geniş anlamı ile yani sosyal hayatın olurlu olabilen en geniş incelenişi olarak kabul edeceğiz. Bu duruma göre sosyoloji terimine pozitif bir inceleme kadar düzgüsel bir incelemeyi, kurumlar hakkında bir inceleme kadar sosyal hayatın daha değişik olan olguları hakkında ki incelemeyi de sokuyoruz demektir. Daha dar bir tanımlamadan hareket etmek bir çok problemlerde yanılma ihtimalini ortaya çıkardığı gibi bir çok problemlerin de çözülmüş varsayımlarını gerektirecektir ki bu da hiç doğru bir şey değildir.

Gerçekten, düşüncemize göre, sırf sosyal olguların pozitif incelenişiyle çevrelenmiş bir sosyal bilimin iyice belirli ve özerk olarak kurulabileceği şüphelidir; biz bunun aksini yani böyle pozitif bir incelemenin temelden eksikliğini göstereceğiz; sosyal olguların düzgüsel incelenişini - veya yüzde kalan (sathi) amaçları sosyal gerçekliğin özüne varmak için aşan sözde yüksek bir sosyal bilimi ayrı bir bilim olarak pozitif inceleme-

ye karşı koymada ki hatayı belirteceğiz. Sosyoloji kelimesinin bu şekilde kullanılışı meşru görünüyor.

Gerçekten, sosyoloji teriminin, sosyal hayatın daha derin bir incele- nişine uygulanışına engel olacak kadar sosyal olguların positif incelenişi anlamına geldiğini sanmıyoruz.

Kaldı ki ilerdeki sayfalarda bu çok daha geniş sosyal bilimin ba- zı özel yönlerini aydınlatma fırsatlarını elde edeceğiz. O zaman sosyal gerçeklikle temasa geliş tarzları arasındaki ayrımlar belirlemeye başhya- caktır. Positif metot ile düzgüsel metot, daha seyrek kullanılmakla bera- ber tarih ile sosyoloji, ekinel olgular bilimleri (sciences des faits cultu- rels) ile bütün toplumlar için müşterek olgular bilimleri gibi ayrımla- lara rastlıyacağız.

Ancak, bu çevreleyici görüşleri, haklı kıldıktan sonra kabul edece- ğiz. Zaten özerk disiplinler kurmanın yetersizliğini belirteceğiz ki bu da, başta tedbir almakla haklı olduğumuzu gösterecektir.

Bu çok geniş sosyal görüş açılarını kabul etmektir ki hukuki olayı bütün genişliği ile görmek ve meydana getirdiği birliği bozmamak olurlu olabilir.

Yalnız sosyal olguların positif inceleniş sosyolojisi gibi daha özel ba- kış noktalarında kalmış olsaydık, hukuk ile sosyoloji arasında ki bağın- tıların önemli yüzlerini ihmal etmiş ve olaylar arasında eşyanın doğası- na uymayan ayrımlar yapmış olmaktan kaygılabildik.

Sosyolojiyi, gerek varılan sosyal alanın uzamı gerekse bilginin işle- yiş (nüfuz) derecesi bakımından olsun, en geniş anlamında kabul etmek- le, çeşitli sosyal bilimleri bağlantılı ve örgensel bir bütün içinde toplama- maya çalışan günümüzün yönsemeleriyle de bağdaşmış oluyoruz.

Hukuk bilisine (notion) gelince bu konuda şimdilik belirli bir ta- nım bulmak zorunda değiliz, daha çok şekilsel olacak olan bir düşünük- le yetinebiliriz. Bu düşünük hukukun tanımı, karakteri, doğası üzerinde ki düşüncelerde hüküm süren karışıklıklara dairdir. Bu konuda sırf mantık açısından bile bakıldığında, hukuk felsefesi ve hukuk kuramı prob- lemlerinin konuluşunu gerçekten bozabilecek büyük belirsizliklerin (:imprécisions) ve karışıklıkların varlığı görülmektedir.

Önce, bir tanımlamanın, tanımlama konusunun bütününe ve fakat sade ona uygulanabileceği unutulmuş gibi görünmektedir - böyle ilkel bir mantık kuralına işaret etmiş olmaktan dolayı özür dileriz-. Şu du- rumda, hukukun tanımlanması gerektiğinde, bir yönden hukuki olay- ların sade bir kısmında rastlanan bir niteliğin tanıma girmemesi için u- yanık durmalı, öbür yönden hukuku tanımladığı bildirilen bir niteliğin hukuki olaylardan gayri olaylarda bulunmadığı tespit edilmelidir. Çok

zaman, en evrimmiş (tekâmül etmiş) olaylarda rastlanan düzenli zor (contrainte organisée) 'un hukuku tanımladığı ileri sürülür, veya hukuk, sade hukuki kurumlara has olmayıp her çeşit kurumda rastlanan durallıkla tanımlanır.

Hukukun doğası bilisine gelince, bu, çok defa hukukun tanımı ile karıştırılmaktadır. Bir tanım çok güzel olabilir ancak bu, onun, tanımlanan gerçekliğin özünü veya gerçek doğasını belirtmek için bir sebep teşkil etmez. Örneğin zor'un hukuku tanımladığını bir an için kabul edelim - bu da zor'u oldukça geniş bir anlamda almakla olabilir - bundan zorun hukukun gerçek doğasını belirttiği sonucu çıkmaz. Üstelik bu, oldukça dışsal bir nitelik olup örneğin (az önce de gördüğümüz gibi tanıma elverişli olmamakla beraber hukukun önemli bir yüzünü teşkil eden) durallık niteliğinden çok daha temelsizdir.

Bundan ötürüdür ki hukuk kuramı üzerinde ki bir takım etütlerin yanlış olarak uyandırdıkları sanının aksine, bir tanım yapmakla hukuk üzerinde söylenecek söz kalmadı denemez. Bir çok nitelikler henüz çözümlenmemiş olabilir.

Bu yaptığımız işaretlere uygun olarak, her hukuki özelliği inceleyişte, bu çeşitli noktaları belirtmeye çalışacağız. Böyle bir kaygı olmaksızın hukukun ortaya attığı problemleri inceleyecek bir eser, herhalde çok noksan kalacaktır.

#### Faydalandığımız başlıca eserler

Başlangıçta da söylediğimiz gibi, amacımız yeni (originale) bir eser yaratmaktan ziyade, hukuk felsefesi ve kuramının bizi ilgilendiren konuda, birbirlerinden oldukça ayrımlı ve hatta bazen de karşıt olan yönsemelerini olurlu olduğu kadar tam ve dengeli bir bütün halinde düzenlemekten ibarettir. Durum böyle olunca çalışmamızın dayanağını teşkil eden ve kendilerine doğrudan doğruya bağlı olduğu yazar ve eserleri kısaca anmanın faydalı olacağını sanıyoruz. Konu üzerinde daha kişisel bir düzenlemede bulunmadan önce bu yazarların düşüncelerini olduğu gibi benimsemeye çalıştık.

Önce, tanınmış klasik eserler dışında, sosyale dair olan oldukça genel düşünceler meyanında Simiand (14) ve M. Mauss (15) 'un metodolojik eserlerini ve sonra da daha çok felsefi bir mahiyet gösteren R. Aron'un

(14) Esasları, Le Salaire, L'Evolution Sociale et la Monnaie adlı büyük eserinin giriş kısmındadır. 3 c., Alcan 1932.

(15) Grande Encyclopédie'deki Sociologie adlı yazısıyla Annales Sociologiques'in 1935 yılı A serisinde ki yazılara bakınız.

Introduction à la philosophie de l'histoire (16) adlı önemli tezini analiz.

Hukuk felsefesi ve hukuk kuramında, tabii hukukun elastiki olmakla beraber üstün bir yer tuttuğu çok verimli olan kuramlar arasında M. Le Fur'ün bilhassa Les Grands Problemes du Droit) (17), ile M. del Vecchio'nun Leçons de Philosophie du droit ile daha sonra yayınlanmış olan Justice, Droit, Etat (19) adlı eserlerinden çok faydalandık.

Daha çok sosyolojiye doğru yönelmiş olan eserler arasında şüphesiz ki Lambert (20) 'in Duguit'nin (bilhassa *Traité de Droit Constitutionnel* (21) 'ini; Hauriou'nun *Aux Sources du Droit* (22) adlı eserlerini göz önünde tuttuk. Hukuki tekniğe daha geniş bir yer veren eserler arasında, bu gün dahi önemini muhafaza etmekte olan İhering (23) 'in eserlerini anmak gerekir. Sonra, bu eserlerden daha az önemli olmıyan ve bizi daha da yakından ilgilendiren Saleilles (24) 'in eserleri gelir ki Dabin tarafından *La Philosophie de l'ordre juridique positif* (25) ve bilhassa *Technique de l'élaboration du droit positif* (26) adlı eserlerinde tamamlanıp geliştirilen Geny'nin baş eseri *Science et technique du droit prive positif* (27) buna çok yakından bağlıdır. Hukuki tekniğin kuramı için Dekan Morin ile M. Aillet ve M. Haesert'in eserlerinden de faydalandık.

Sosyoloji alanında Hauriou ve Duguit ve felsefe alanında skolaştığın ve sosyal katolik okulunun izinden giden yazarlara ve eserlerine gelince, son zamanlarda yayınlanan *Philosophie de l'institution* (28) da derinleştirilen, P. Renard'ın *Théorie de l'institution*'unu, D. Delos'un *Soci-*

(16) Gallimard, 1937

(17) Sirey, 1937

(18) Sirey, 1936

(19) Sirey, 1938

(20) *La Fonction du Droit civil Comparé*, Giard, 1903

(21) De Boccard, 5 ci 1922 - 27

(22) Çeşitli dergilerde çıkan yazılar. *Cahier de la Nouvelle Journée*, N. 23 Bloud, 1933

(23) Kitabın sonunda ki bibliyografiye bakınız.

(24) Kitabın sonundaki bibliyografyaya bakınız. Bilhassa şu makalelerden faydalandık: *Droit civil et droit comparé*. *Rev. Inter. de l'enseignement*, 1911, t. LXI, s. 1 ve dev.; *Rapports du Droit de la Sociologie*, aynı dergi, 1904, t. XLVIII, s. 430; *Ecole historique et Droit naturel*. *Rev. trim., de dr. civ.* 1902 s. 80

(25) Sirey, 1929

(26) Sirey, 1935

(27) Sirey, 4 c., 1913 - 25

(28) P. Renard'ın eserlerinin tamamı için eserin sonundaki bibliyografyaya bakınız

été Internationale et les principes du droit publique (29) 'ini( yine bu son zamanlarda yayınlanmış olan P. Desqueyrat'ın l'Institution, le droit objeetif et la technique positive (30) 'ini (ki bu son eser yakında yayımlanacak olan etütlerde yeniden ele alınıp geliştirilecektir) sayalım.

Bazı noktalarda, M. Gurvitch'in bilindiği gibi on yıldan beri hukuk felsefesinin gelişmesi üzerinde çok önemli etkisi olmuş olan önemli çalışmalarını yakından takip ettik (31).

Fransız hukuki pozitivizmini Carré de Malberg (32) ile onun izinden giden Waline (33)' den ve Viyana Okulunun hukuki pozitivizmini Kelsen (34)'den inceledik.

Tarihi ilgilendiren somut örnekleri en çok Revue Histerique du droit Français et étranger ile özel monografilerle etütlerden ve bilhassa, M. Grandelaude'un Fransız Monarşisi üzerinde ki amme hukuku dersleri (35) ile P. Lecler'in «Etudes» (36) lerde çıkan yazılarında aldık. Sosyolojiyi ilgilendirenler için ise P. Tonneau'nun mülk'yet üzerinde ki pek önemli eseri (37) ile P. Desqueyrat'nın aynı konuda ki eserlerinden (38) faydalandık.

#### Eserimizin sistemi

Girisin tamam olması için, kitabımızda, takibini düşündüğümüz sistemi belirtmemiz gerekiyor. Önce, giriş bahsinde, hukukun sosyal hayatla ilgili olarak durumunu, ana hatlarıyla belirteceğiz. Bu durumun temelli olarak ikici olduğu görülecektir; çünkü, hukuk, bakış açısına göre, bazan sosyal hayatın tam içinde yer almış, onun en araçsız ve doğrudan

(29) Pedone, 1931

(30) Sirey 1933

(31) Bilhassa Idée du Droit Social, Sirey 1932; eserin sonundaki geniş bibliyografyaya bakınız

(32) Bilhassa Introduction à la théorie générale de l'Etat Tenin 1920; La Loi expression de la volonté générale, Sirey 1931. Kitabın sonundaki geniş bibliyografyaya bakınız.

(33) Bilhassa Défense du positivisme juridique, APDS, 1939, c. 1 - 2.

(34) Kelsen, Revue de Métaphysique et de Morale (1934) de ki Méthode et notion fondamentale de la théorie pure du droit (s. 183) adlı bir makalesi ile doktrini üzerinde genel bir görüş vermektedir.

(35) Les Lois Fondamentales de la Monarchie Française, Paris, Les Cours de Droit, 1932 - 33.

(36) Bilhassa Propriété et Feodalité, Etudes, 1934, c. CCXIX, s. 433.

(37) Dictionnaire de Théologie Catholique de Vacant ve Mangenet tarafından kaleme alınmış olan Propriété üzerinde ki yazı.

(38) Spes, 1939

doğruya bir belirtisi bazan da, bunun tam aksine, dışardan gelip kendini sosyal vicdana zorla kabulettiren hayatın farklılaşmış bir ögesi (unsuru) olarak düşünülebilir. Bu temelli ikicilik, eserimiz boyunca yapılacak bütün çözümlenmelerde varlığını gösterecek ve sonuç kısmında gelişmiş ve açıklanmış olarak ortaya çıkacaktır.

Bu genel görüşten sonra araştırmamızı üç bölümde yapacağız.

Birinci bölüm: hukuki metotla sosyolojik metodun mukayeseli incelenişi. Hukuki metodun hangi bakımdan, sosyal gerçekliğin bilimsel incelenişi olarak tasarımlanabileceğini, - ki bu durumda hukuki metot sosyolojik metodun aynısı olmaktadır; hangi bakımdan da, tam aksine, kendine has usullere sahip olduğunu belirteceğiz. Bu iki metodun karşılaştırılması bu birinci bölümün başlıca ereği olmakla beraber bilhassa bilince girme (prise de conscience), yapı (construction), değer ve mantık gibi hukukun kuruluş tarzından doğan gerçekliğin bazı niteliklerini belirtmiş olmakla ikinci bölüme de girmiş olacağız.

İkinci bölüm: sosyal gerçeklik ile kıyaslanan hukuki gerçekliğin doğrudan doğruya incelenişi. Hukuki gerçekliği oluşu itibariyle değil, sosyal hayatta bize görüldüğü şekliyle ele alacağız; ancak bundan sonradır ki, sosyal hayatın bütünü içinde hukuka özel bir çehre veren dışarılık (exteriorité), durallık (stabilité), cebir, şekilsel ayrılık niteliği gibi, temel niteliklerin incelenişine geçilecektir. Hukukun ilgili olduğu alanların bu şekilde tespiti, hukuk ile sosyoloji arasında ki kıyaslamayı tamamlamamızı sağlayacaktır çünkü sosyal hayatın hangi bölümünün hukukun düzenleme konusu olduğunu daha tam olarak tesbit etmiş olacağız. Böylece, bu ikinci bölümde, bazı özel görüş noktalarından, hukuk ile sosyalın karşılıklı etkilerini incelemeye başlamış olacağız.

Üçüncü bölüm: hukukun ne şekilde sosyal hayata girip onunla karıştığının genel olarak incelenişi. Hukuk ile sosyal arasında kurulabilecek çeşitli bağını tipleri ile hukukun sosyal hayatta özerk bir «düzen» olarak belirme ölçüsünü tespit edeceğiz.

Görüldüğü gibi her bir bölüm problemi belirli bir noktadan ele almakla beraber üçü de birlikte incelenişlerinin zorunluluğunu belirttiğimiz şu iki problemin çözümlenmesine yönelmiş bulunmaktadır: bir yandan hukuki bilimle sosyal bilimin öte yandan hukuki gerçeklikle sosyal gerçekliğin mukayeseli incelenişleti.

(Devam edecek)