

CEP ÜNİVERSİTESİ

Hukuk Sosyolojisi

HENRI LEVY-BRUHL

İletişim Yayınları • PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE

CEP ÜNİVERSİTESİ

Hukuk Sosyolojisi

Sociologie du droit

HENRI LEVY-BRUHL
Paris Ekonomik Bilimler ve Hukuk Fakülteleri'nde Öğretim Üyesi

Çeviren
HÜSNÜ DİLLİ

İletişim Yayınları • *PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE*

İletişim Yayınları • PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE

CEP ÜNİVERSİTESİ

İletişim Yayıncılık A.Ş. Adına Sahibi: Murat Belge
Genel Yayın Yönetmeni: Fahri Aral
Yayın Yönetmeni: Erkan Kayılı
Yayın Danışmanı: Ahmet İnsel

Yayın Kurulu:
Fahri Aral, Murat Belge, Tanıl Bora, Murat Gültekingil,
Ahmet İnsel, Erkan Kayılı, Ümit Kıvanç,
Tuğrul Paşaoğlu, Mete Tunçay.

Görsel Tasarım: Ümit Kıvanç
Dizgi: Maraton Dizgievi
Sayfa Düzeni: Hüsnü Abbas
Baskı: Şefik Matbaası (iç) / Ayhan Matbaası (kapak)
Dağıtım: Hür Basın Dağıtım A.Ş.

İletişim Yayıncılık A.Ş. · Cep Üniversitesi 36 · ISBN 975-470-093-1

1. Basım · İletişim Yayınları, Haziran 1991.
Şubat 1990 tarihli 7. baskısından çevrilmiştir.

© Que sais-je?, Presses Universitaires de France, 1961
108, Boulevard Saint-Germain, 75006, Paris-France
© İletişim Yayıncılık A.Ş., 1991
Klodfarer Cad. İletişim Han. No:7 34400
Cağaloğlu-ISTANBUL, Tel: 516 22 60 - 61 - 62

YAZARIN DİĞER ESERLERİ

Le témoignage instrumentaire à Rome, Paris, Rousseau, 1910.
Les élections abbatiales en France, Paris, Rousseau, 1913.
Quelques problèmes du très ancien droit romain, Paris, Domat-Montchrestien, 1934.
Histoire de la lettre de change en France au 18. siècle, Paris, Sirey, 1933.
Histoire des sociétés de commerce en France au 18. siècle, Paris, Domat-Montchrestien, 1938.
Aspects sociologiques du droit, Paris, Rivière, 1955.
Recherches sur les actions de la loi, Paris, Sirey, 1960.
La preuve judiciaire, Paris, Rivière, 1964.

Önsöz

Günümüzde bilgi bir yandan en önemli değer haline gelirken diğer yandan da artan bir hızla gelişiyor, çeşitleniyor. Ama katlanarak büyüyen bilgi üretiminden yararlanmak, özellikle gündelik yaşam kaygılarının baskısı altında, zorlaşıyor. Her şeye rağmen bilgiye ulaşma çabasını sürdürenler için de imkânlar pek fazla değil.

Ayrıca, özellikle Türkiye gibi ülkelerde bir konuda kendini geliştirmek ya da sırf merakını gidermek için herhangi bir konuyu öğrenmek isteyenlerin şansı çok az. Üniversitelerimiz, toplumumuzun yetişkin bölümüne katkıda bulunmak için gerekli imkânlardan yoksun.

Cep Üniversitesi kitapları işte bu olumsuz ortamda, evlerinde kendilerini yetiştirmek, otobüste, vapurda, trende harcanan zamandan kendileri için yararlanmak isteyenlere sunulmak üzere hazırlandı.

20. yüzyıl Fransız kültür hayatının en önemli ürünlerinden olan, bugün yaklaşık 3000 kitaplık dev bir dizi oluşturan "Que sais-je" (Ne Biliyorum?) dizisini İletişim Yayınları Türkçe'ye kazandırıyor. İletişim'in Cep Üniversitesi, bu büyük diziden seçilmiş,

Türkiyeli okurlar için özellikle ilgi çekici olabilecek eserlerin yanısıra, Avrupa'nın başka yayınevlerinin benzer bir çerçevede yayımladığı kitapları da içeriyor.

Ayrıca, Türkiye'nin siyaset, kültür, ekonomi hayatıyla ilgili konularda özel olarak bu dizi için yazılmış telif eserler "üniversite"nin "öğrenim programını" tamamlayacak.

Cep Üniversitesi'nin her kitabı alanının öndegelen bir uzmanı tarafından yazıldı. Kitaplar, hem konuya ilk kez eğilen kişilere hem de bilgisini derinleştirmek isteyenlere seslenebilecek bir kapsam ve derinlikte. Bilginin yeterli ve anlaşılır olması, temel kıstas. Cep Üniversitesi kitaplarını lise ve üniversite öğrencileri yardımcı ders kitabı olarak kullanabilecek; öğretmenler, öğretim üyeleri ve araştırmacılar bu kitaplardan kaynak olarak yararlanabilecek; *gazeteciler yoğun iş temposu içinde çabuk bilgilenme ihtiyaçlarını* Cep Üniversitesi'nden karşılayabilecek; çalıştığı meslek dalında bilgisini geliştirmek isteyen, evinde, kendi programlayabileceği bir meslekî eğitim imkânına kavuşacak; ayrıca, herhangi bir nedenle herhangi bir konuyu merak eden herkes, kolay okunur, kolay taşınır, ucuz bir kaynağı Cep Üniversitesi'nden temin edebilecek.

Cep Üniversitesi kitapları sık aralıklarla yayımlandıkça, benzersiz bir genel kültür kitaplığı oluşturacak. İnsan Hakları'ndan Genetik'e, Kanser'den Ortak Pazar'a, Alkolizm'den Kapitalizm'e, İstatistik'den Cinsellik'e kadar uzanan geniş bir bilgi alanında hem zahmetsiz hem verimli bir gezinti için ideal "mekân", Cep Üniversitesi.

İletişim Yayınları

İçindekiler

BİRİNCİ KISIM
Genel Kavramlar 7

I. BÖLÜM
Hukukun Tanımı 7
Tinselci Doktrinler 10
Marksist Doktrin 17
Sosyolojik Anlayış 23

II. BÖLÜM
Hukukun Kaynakları 39
Örf ve Âdet 40
Yasa 55
Kazai İçtihat 63
Doktrin 75

III. BÖLÜM
Hukukun Gelişme Etmenleri 77
Gelişme Etmenlerinin İncelenmesi 77
Bu Etmenlerin Etkileme Biçimleri 81

İKİNCİ KISIM
Hukukun Bilimi 83

I. BÖLÜM
Genel Bilgiler 83
Hukuk Biliminin Kökenleri 88
Yöntem 92

II. BÖLÜM
Bugün ve Yarının Sorunları 109
İlişkiler Sorunu 109
Hukukun Birleştirilmesi 113

BİRİNCİ KISIM
GENEL KAVRAMLAR

BİRİNCİ BÖLÜM
HUKUKUN TANIMI

İlk olarak "droit" (Hukuk, hak, düz...) sözcüğünün tanımını yapalım. Görüldüğü gibi bu sözcük birden fazla anlama geliyor; o halde bunlar arasında bir seçim yapmamız gerekiyor. Etimolojinin (kökbilim) bu konudaki katkısı çok sınırlı kalacaktır. Fransızca'da "droit" sözcüğü (İngilizce'de *right*, Almanca'da *recht*, İtalyanca'da *diritte*, vb. olduğu gibi), bir geometrik şeklin önce ahlâki daha sonra da hukuksal bir anlam kazandığı bir değişimle bağlantılıdır: Fransızca'da bu sözcük, eğri ya da verevin tersi olan ve insani ilişkilerde adillik, içtenlik, dürüstlük kavramlarını çağrıştıran düz çizgi demektir. Sözcüğün bu şekilde algılanması bize sözkonusu kavram hakkında ancak çok yaklaşık bir fikir verebilir. En iyisi bu kavramın nasıl kullanıldığına bir bakalım.

Öznel Hak ve Nesnel Hak - Yüzeysel de olsa bir ilk gözlemle, "droit" sözcüğünün oldukça farklı iki anlamda da çok sık kullanıldığını müşahade edebiliriz; bu anlamlar genellikle öznel ve nesnel nitelemeleriyle ayırdedilirler. Öznel hak bir bireye ya da bir topluluğa ait olduğu kabul edilen haktır: Bu, ona verilmiş olan şu ya da bu faaliyette bulunma yetisidir. Söz gelimi oy hakkı, eğitim hakkı, iş hakkı, vb.'den söz edilecektir. Çeşitli İnsan Hakları Bildirgeleri'nde sözcük işte, daha sonraki sayfalarda değineceğimiz bu öznel anlamıyla ele alınır. Biz terimin özellikle diğer anlamına yani "nesnel" yönüne

ağırlık vereceğiz. Bir başka deyişle, bireylere uygulanan ve uyulmadığı taktirde yaptırım gerektirebilen kural ya da kurallar bütününü kastediyoruz. Son derece geniş ve bu yapıtın açıklamayı amaçladığı bu konu, bir ölçüde birincinin (öznel) karşıtıdır, zira öznel hak bir yeti, bir özgürlük ise, nesnel hak esas itibariyle bir zorunluluktur. Nasıl olur da bu denli farklı, hatta bu denli çelişkili iki kavram aynı sözcükle ifade edilebilir? Bunun nedeni öznel hakkın, kendisini bireyin bir kazanımı olarak göstermesine ve giderek zorlama düşüncesinden olabildiğince uzak görünmesine rağmen, yine de amacı - kendisinin ilan ettiği- özgürlüklerin işlemesini sağlamak olan ve yaptırımlarla donatılmış bir kurallar bütününü oluşturmadığı söylenemez. Uygulamada aynı olmamakla birlikte, zorunluluk düşüncesi öznel hakkın olduğu gibi, nesnel hakkın da temelini oluşturur.

Hukuk kuralları o denli çok ve çeşitlidir ki, açık bir fikir edinebilmek için bunları belli kategorilere ayırmak gerekir. Bu sınıflama, birçok görüşe göre yapılabilir. Ben, bunların sadece başlıcalarını belirteceğim.

Kamu Hukuku ve Özel Hukuk - Öncelikle, hukuk kuralı ile siyasal erk arasındaki mevcut sıkı ilişkiye göre -bu konuya yeniden değineceğim- hukuksal bütünler çoğu kez kuralların hayata geçtiği devletlere göre ayırdedilir. İşte böylece bir Fransız Hukuku'ndan, bir Alman Hukuku'ndan, Antik Çağ'da bir Roma Hukuku'ndan, bir Attika Hukuku'ndan, vb. söz edilir. Çerçevesi iyice belirlenmiş dallar çerçevesinde, genel kabul gören pek çok ayrım olduğu görülür. Bunların en önemlilerinden biri kamu hukuku ile özel hukuk arasındaki ayrımdır. İlk bakışta bu ayrım basit gibi görünür: Devletlerin kendi aralarındaki ilişkileri düzenleyen kural-

lar (uluslararası kamu hukuku) ya da devletler bünyesinde yer alan bireyler ya da topluluklar arasındaki ilişkiler (anayasa hukuku, idare hukuku, vb.) kamu hukuku içinde yeralırlar. Medeni hukuk ve ticaret hukukunda olduğu gibi, özel kişilerin çıkarlarını belirleyen kurallar ise, tersine, özel hukukun konusunu oluşturur. Oysa gerçek daha karmaşıktır. Genel çıkarlar ile özel kişilerin çıkarının birbirine karıştığı durumlar da az değildir. Bunu kavramak için, öncelikle mağdura zarar veren, ama tüm toplumsal grup tarafından da bir saldırı olarak hissedilen ve her yerde kamuoyunca mahkûm edilen suçları akla getirmek yeterlidir. Tüm modern toplumlarda, anlaşmazlıkların hallini ve bunlara çözüm getirmeyi topluluk üstlenir. Peki, ceza hukuku ya da ceza usülü hangi kategoride yeralacaktır? Öğrenim ya da uygulamanın gereksinimlerine göre bunlar, ayrım yapmaksızın, kamu hukuku ya da özel hukuk içinde yeralırlar. Dahası, özel hukukun geleneksel konusu olan medeni hukuk günümüzde, kamu hukukundan alınan unsurları da benimsemektedir; bunun nedeni topluluğun bireyler arasındaki ilişkilere gitgide daha fazla dahil olmasıdır. Bu, özellikle sözleşmeler konusunda kendisini gösterir; ve ayrıca uzun süredir, kapitalist ülkelerde bile sözleşmenin alenileşmekte olduğuna işaret ediliyordu.[1] Bu, Sovyet Rusya gibi sosyalist yapılı ülkelerde haydi haydi böyledir; bu ülkede özel hukukun son derece sınırlandığı söylenebilir.[2]

Daha başka birçok sınıflama da önerilmiştir ya da kullanılmaktadır, ancak bunların sadece ampirik ya da didaktik bir değeri vardır (şahıslar huku-

(1) Bkz. Özellikle L. Osserand'ın çalışmaları, öncelikle de: *Introduction à l'Etude du Droit Comparé*, Edouard Lambert onuruna derleme, Paris, 1938, c. III, s. 134.

(2) Bkz. René David, *le Droit Soviétique*, Paris, 1954

ku, şeyler hukuku, vb). Bu konu üstünde durmayacağım. Bizzat hukukun tanımı, bu tanım hakkında fikir edinme çok daha önemli temel bir sorundur. Burada da çok değişik görüşler vardır. Küçük ayrımlara girmeden şu üç ana kuramı açıklayacağım; Tinselci doktrin, Marksist doktrin, sosyolojik doktrin. Ben bu sonuncusunu benimsiyorum.

I. Tinselci Doktrinler

Bu başlık altında çok çeşitli, ama hepsi, sonuç itibariyle aynı yönlendirici düşünceye, yani hukukun insanın kalbine yerleşmiş ve ona izleyeceği yolu, takınacağı tavrı gösteren bir esin 'akılcı ya da doğaüstü olup olmaması hiç önemli değil- olduğu düşüncesine dayanan görüşleri, itiraf etmeliyim ki oldukça keyfî bir şekilde topluyorum.

1. Antikçağ Anlayışları - Bu doktrin önce Yunanlılar arasında ifade edildi; özellikle Platon ve Aristo'da, ama aynı zamanda ve özellikle de Stoacılar'da görülür. Yunan Felsefesi'nin Romalılar arasındaki sözcüsü olan Cicero, bu doktrini, yapıtlarının kimi bölümlerinde, özellikle de *De Rebuplica'nın*[3] çok sık anılan şu satırlarında gözler önüne sermiştir: "Bu, doğaya uygun, herkesi kapsayan, değişmez, sonsuz, buyurarak ne yapmamız gerektiğini söyleyen ve yasaklamak suretiyle bizi kötülüğe karşı koruyan, aklın yolunu gösteren doğru bir yasadır; ancak iyilere buyurmasa da yasaklamasa da, ne buyrukları ne de yasaklamalarıyla kötüleri değiştirebilir. İlahi yaratıcıya göre bu yasanın kaldırılması önerilemez ve bu yasaya karşı çıkılamaz. Yorumcu ya da sözcü olarak bir Aelius Sextus'un aranmasına gerek yoktur; Roma ya da Atina'da başka başka değildir; yarınki bugünkünden farklı değildir;

(3) Ciceron, *De Republica*, 3,22,33

ama tek ve sonsuz ve değişmez olan yasa her zaman ve bütün uluslar içindir..."

Eski Yunan düşüncesiyle beslenen Romalı jurisconsultus'lar (yasa ve hukuk adamları ç.n.), bu temeller üstünde, bu ilkelere çok yakın ve ahlâkçılıktan derinlemesine etkilenmiş bir hukuk anlayışı oluşturdular. Celsus'a (İ.S. 2. yüzyıl) göre hukuk iyi ve adil/doğru olma sanatıdır *(ars boni et aequi).* Bundan yarım yüzyıl sonra, Ulpianus bunu şu üç özdeyişte özetleyecektir: *Honeste Vivere* (namusluca yaşamak); *alterum non laedere* (komşusuna zarar vermemek); *suum cuique tribuere* (herkese, hakkı olanı vermek). Bunların, kesin hukuk kurallarından çok, ideal davranış ilkeleri oldukları görülür. Bunlara doğal hukuk adının verilmesinin nedeni, o zamanlar her devlete özgü kuralları *(civitas)* belirten bir terim olan medeni hukukla olan karşıtlıklarını göstermektir. Ama jurisconsultus'ların düşüncesine göre, hukuksal belgelerde bir tür hiyerarşi vardır ve medeni yasalar her zaman yukarıda belirtilen önemli ilkelerden esinlenmelidirler. Dahası, jurisconsultus'lar hukuku genellikle bir uygulama, adaleti uygulama sanatı olarak algılamışlardır. Ne kadar gerçekçi olursa olsun, Roma Hukuku, bütünü itibariyle bu ilkelere bağlı kalmıştır.

2. Ortaçağ Anlayışı - Eskiçağ uygarlığı Germen halkları ve Hıristiyan dininin eşanlı baskısı altında çökerken hukuk, Batı'da en azından kesin bir gerileme içine girdi. Hukuk kurallarının artık eşitlik ilkesine -Roma hukuk kuralları böyleydi-[4] değil de, tersine hiyerarşi ve boyun eğmeye dayandığı yepyeni bir toplum biçimi olan feodalitenin kuruluşuna tanık olundu. Yine de, bu rejimin şiddete dayandığı iddiası doğru değildir. Her toplum gibi

(4) Bkz. H. H. Lévy Bruhl, Roma Hukuku Eşitlikçi midir? *Romanitas*, c. III-IV, Rio de Janeiro, 1961, s. 47-56.

feodal toplumun da kendi hukuku vardır. Bu hukuk sisteminin en önemli unsuru sözleşme, Roma sözleşmesi ya da çağdaş sözleşmeden tamamen farklıdır. Her şeyden önce bu hukuk sistemi hem kamu hukuku, hem de özel hukukla ilgilidir, zira devletin egemenliği kavramı hemen bütünüyle ortadan kalktığından kamu işlevleri büyük bölümüyle ortak miras olmuşlardır. İkinci olarak ve daha da önemlisi, Ortaçağ sözleşmesi Roma ve çağdaş hukuk tanımına hiçbir şekilde uymaz, bu tanıma göre Ortaçağ sözleşmesi (kuramsal olarak) eşit ve özgür iki iradenin ürünüdür. Bir kişi ya da bir toprağı belli hak ve yükümlülükler içeren kesin bir statü içine alan ya da böyle bir statüde tutan bir tür antlaşmaya çok daha yakındır. Ayrıca, en azından Ortaçağ'ın ilk yarısında hukuk, titizlikle uyulan ve hiçbir eleştirel düşüncenin baskısını duymayan örf ve âdetler biçiminde sözlü olarak nakledilirdi. Feodal hukuk, o çağda işte bütün bu nedenlerle derinlemesine bir doktrin konusu olamamıştır.

Hukuksal bir doktrinin unsurlarına ancak Kilise'de, o da kendi tanrıbilimcileri ve hukukçuları vasıtasıyla rastlanabilir; bu doktrin de, çok tanrılı inançlarına rağmen Romalı jurinconsultus'ların hukuksal doktriniyle birleşir. Ortaçağ'ın en ünlü bilgini Aziz Aquinolu Thomas, işte bu çerçevede, üç tür hukuk ayırdeder: Birincisi, Kutsal Kitaplar ile papalar ve konsillerin kararlarına dayalı ilahi hukuktur. Doğal hukuk adını verdiği ikincisi ise Romalılar'ın da bu şekilde belirttikleri hukuktan hiç ayrılmaz. Kurallarının akılcı bir temeli vardır ve Aziz Thomas'a göre aklın imanla çatışmasından öte, akılda imanın en parlak ifadesinin görüldüğü bilinir.[5] Hukukun bu kurallarının pozitif hukuk kural-

(5) Michel Villey, *Leçons et Histoire de la Philosophie du Droit*, Paris, Sirey, 1957, s. 49.

larına, bunlar arasında bir çelişki ortaya çıktığında, üstünlük sağlaması doğal değil midir? Nitekim bazı durumlarda, kendisinin de dolaylı olarak ilahi hukuktan geldiği söylenebilecek olan doğal hukuka saygıyı sağlamak için itaatsizliği düşünmeye yönelmiş olamaz mı?

3. Roma Hukuku'nda Rönesans - Aşağı yukarı aynı çağda, o zamana kadar sadece manastır kütüphanelerinin gölgesinde birkaç ermiş papaz tarafından bilinen Roma Hukuku, olağanüstü bir kuvvet ve parıltıyla kendini gösterdi. 11. yüzyıl sonunda Bolonya'dan başlayan hareket başta İtalya ve Fransa olmak üzere Batı Avrupa ülkelerinde büyük bir hızla yayıldı. Bu şaşırtıcı dirilişin nedenleri henüz tam olarak belirlenememiştir, ama genellikle ve her şeyden önce o dönemlerde meydana gelen ve feodal hukuk rejimine uyum sağlamakta zorluk çeken bir kentsel nüfusun ortaya çıkmasına yolaçan toplumsal ve ekonomik değişikliklerin sonucu olduğu kanısı yaygındır. Ayrıca Roma Hukuku'nun bu uyanışının sonuçlarından biri de hukuk kuralları üstünde düşünme eğilimini başlatmış olması değil midir? Bu uyanış, açımlayıcılar (Glossateur'ler) denen ilk Roman dilleri uzmanları arasında henüz çok belirgin değildi. Ancak bunları izleyen ve son şarihler/açımlayıcılar (Post-glossateurs) ya da Bartoliste'ler (en ünlülerinden biri olan Bartole'un (1313-1356) adından) denen ikinci "dalga", bazıları çok özgün ve çok ilgi çekici olan hukuksal yapılar inşa etmekte duraksamadı. Ama bütün bunlar sadece usul alanında kaldı; hukukun doğası ve özünün hukukçular tarafından tartışıldığını görmek için Rönesans'ın kurtarıcı güçlü soluğunu beklemek gerekti.

4. Doğal Hukuk - Bilimsel tartışmalar özellikle doğal hukuk kavramı üstüne olacaktır. Aslında

doğal hukuk kavramının tartışma konusu olmasından çok, bu kavram değişikliğe uğradı. Oysa bütün Ortaçağ boyunca hiç kuşkusuz akılcı, ama aynı zamanda ilahi hukuktan da nasibini almış bir kavram olarak görüldü, o tarihlerden itibaren bir laikleşme süreciyle karşı karşıya kaldı; bu sürecin belirgin bir izi daha sonraları büyük Hollandalı hukukçu Grotius'da görülebilir. Nitekim şu satırlar Grotius'un kalemindedir:[6] "Tanrı'nın varolmadığını ya da insani işlerle meşgul olmadığını varsaysak bile -ki bu ancak günah işleme pahasına varsayılabilir- söylediğimizin belli bir dayanağı olabilirdi." Bu, hukukun, ilahi iradeye değilse, hiçbir dış iradeye bağlı olmadığını söylemenin ince -ve, maruz kaldığı tehlikeler düşünüldüğünde, aynı zamanda cesurca- bir şekli değil midir?

Grotius, kendini haklı olarak, doğal hukuka en tamamlanmış şeklini vermiş biri gibi görüyor. Doğal hukukun, uluslararası ilişkilerde, yani o zamana kadar hiçbir kurala/sınırlamaya bağlı olmayan bir alanda ilk uygulamasını o yaptı. Böylece çok önemli bir ilerleme gerçekleştirdi ve belki de bu nedenle insanlığa hayrı dokunan biri olarak görüldü. Ama bundan, doğal hukuk kavramının hukuk alanında bir rol oynamaya elverişli olduğu sonucu çıkmaz. Bu kavram, daha önce de gördüğümüz gibi, üçünü aktardığımız belli sayıda özdeyişle özetlenir/sınırlıdır; daha da ekleyebiliriz. Ama bunlar, aynı şekilde kaldıkları sürece, olsa olsa bir davranışı/tutumu yönlendirmeye yarayabilirler: Kesin bir karşı çıkışı kesip atabilecek güç ve yetenekleri yok gibidir.

5. 18. Yüzyıl - Doğal hukuk kuramı, akılcı dayanağı itibariyle, daha önce gözlediğimiz gibi, Eskiçağ jurisconsultus'larının öğretilerine bağlanıyordu.

(6) Grotius, *De Jure Belli et Pacis.*

Aynı zamanda, 17. ve özellikle de 18. yüzyıl düşünürlerini yönlendiren anlayışla da tam bir uyum içindeydi. O çağda ortaya çıkan toplumsal ve siyasal nitelikli gelişmeler, rasyonalist (akılcı) kuramların henüz doğum sancısını çektiği bireyci eğilimleri güçlendirdi. Hobbes ve az sayıda birkaç yazar dışında, Fransız ve İngiliz politika yazarları, hukukta, insanları kendi bireysel mutlulukları ile kolektif refahı uzlaştırmaya en elverişli çözümleri bulmaya yönelten doğal bir özlemin ürününü gördüler. Ama, o zamanlar ortaya çıkan ve sadece zihinleri değil, ama kurumları da derinlemesine etkileyen iki kurama işaret etmek yerinde olur. Bunların her ikisini de J.-J, Rousseau'ya borçluyuz, ya da en azından bunları en kesin biçim ve belagatle Rousseau ortaya koydu. Birincisi "iyi vahşi" mitosu, yani insanın "yaratıcısının ellerinden erdemli olarak çıktığı" ve toplum tarafından bozulduğu düşüncesidir. Başlangıçta insan herhalde tek başınaydı, Daniel de Foë bunu Robinson öyküsüyle betimledi. İnsanlar, içinde bulundukları tek başınalıktan çıkmak için, birlikte yaşamayı düşünmüş ve bir sözleşme, filozofun en ünlü kitaplarından birinin başlığı olan ünlü "toplumsal sözleşme"yle toplumu kurmuş olmalıydılar.

Etnoloji ve tarih, bu her iki kuramın da dayanıksızlığını -gerçek dışılığını denmezse- gösterdiler. Gerçeği karşılamayan sözkonusu kuramlar, olsa olsa, bireyin çabasını yüceltmeye yönelik mitoslar gibi görülebilirler. Tek bir sözcükle liberal olarak nitelenebilen bu doktrinler, yayılmalarına en uygun alanı, 17. yüzyılın ikinci yarısında ancak Fransa'da bulmadılar mı? En güzel/uygun anlatımlarının ilk İnsan ve Yurttaşlık Bildirgesi'nde (1789) yeraldığı görülür ve bu konuda "hukuk" sözcüğünün öznel anlamı ile nesnel anlamı arasında belirgin bir ya-

kınlaşmanın meydana geldiği de gözlenebilir. Nesnel hukuk, hukukun kuralı, temel amacı bireyi korumak, ona azami refah ve özgürlük sağlamak, kısacası ona "hakları"nı kullanma güvencesini vermek olarak algılanır. Görünüşe rağmen, bu düşüncelerin hâlâ daha çok canlı olduklarını ve erdemlerini günümüz dünyasında da kaybetmediklerini göreceğiz.

6. Tarihsel Hukuk Okulu - 18. yüzyıl sonları ile 19. yüzyıl başlarında en kesin ifadesi doğal hukuk olan idealist kuramlar, ilk olarak, o tarihlerde Almanya'da ortaya çıkan "tarihsel hukuk okulu" adındaki bir öğretisel hareketin şiddetli yükselişiyle karşılaştılar. Bu hareketin öncüleri Hugo ve genel olarak kurucusu sayılan Fr. Ch.de Savigny'ydi. Adından da anlaşılacağı gibi, yeni okulun esas alanı tarihti. Egemen kuramın en zayıf noktalarından biri de buydu. Hukuk kuralları, tüm zamanlarda ve her yerde aynı olduğu düşünülen aklın ürünleri olarak algılanmış/tasarlanmıştı. Hukukçular içinde sadece Montesquieu, *Esprit des Lois* (Yasaların Ruhu) adlı yapıtında, yönergelerin ne kadar çeşitli olduğuna dikkati çekti. Ayrıca, bu saptamadan yararlanarak, sıkı sıkıya bağlı kaldığı akılcı öğretiyi de eleştirdi.[7] Savigny ve tilmizleri ise, bambaşka bir görüş açısından hareket ettiler. Hukuksal kuralların kökenini araştırırken, *Volksgeist* adlı yapıtlarında görüldüğü gibi, bunu halkların ulusal bilincinde bulduklarını sandılar. Her topluluk kendi öz hukukunu oluşturur ve bu hukuk kendisini uygun bir şekilde örf ve âdetlerde yasalardan daha iyi ortaya koyar. Daha ileride örf ve âdet ile yasa ayrımına dön-

(7) Montesquieu *Esprit des Lois*, (Yasaların Ruhu), 1. I, Böl. 3: "Yasa, genel olarak, tüm dünya halklarını yöneten anlamında insan aklıdır; her ulusun kendi siyasal ve hukuk yasaları, bu insan aklının uygulandığı özel durumlar olmalıdır ancak."

me fırsatını bulacağım. Burada, böylesi bir doktrinin daha önce açıkladığımız doktrinlerden farkını - daha doğrusu, köklü karşıtlığı- belirtmek yeterlidir. Tarih okulu, genel ve evrensel bir hukuk yerine, kuramsal olarak birbirine yabancı ve kusursuz oldukça daha da ulusal olan birçok özgün hukukun serpilip geliştiğini dikkatimize sundu. Öte yandan, klasik okul kendi gelişmesi ve yayılması için gerekli "açık ve farklı" düşünceleri etkiliyorsa da, bu durum hukukun ilk saikini içgüdü ve bilinçaltında bulan yeni doktrin için geçerli değildir. Bununla birlikte iki eğilim arasındaki çatışma, tahmin edilebilecek olandan daha az belirgin, daha az keskin oldu. Bu, kendisini ölçüsüzlüğe kaptırmamış ve ilkelerini nihai sonuçlarına kadar sürdürmeme becerisini gösteren tarih okulunun önderi Savigny'nin ileri görüşlülüğüne bağlıdır. Dahası bu büyük hukukçu, kendi öğretisine bağlı kalmakla birlikte, tüm hukuklar arasında temel bir yakınlık olduğu düşüncesini ifade etmekten geri kalmadı; tilmizlerinden biri olan büyük Fransız tarihçi Michelet bu düşünceyi yapıtlarından birinin başlığında yansıtmaktadır.[8] Tinselci okulun yöntem ve özüne/ruhuna da önemli bir darbe vurulduğu en az o kadar doğrudur.

II. Marksist Doktrin

19. yüzyılın ortasına doğru Marx ve Engels adlı iki Alman düşünürün geliştirdiği yeni bir hukuk anlayışı ortaya çıktı. Kendisinden öncekilerden derinlemesine farklı olan bu anlayışı kavrayabilmek için yazarlarının -her ikisi de sosyal reformculardı- değişmez kaygısını bir an bile akıldan çıkarmamak

(8) J. Michelet, *Origines du Droit Français Cherchées Dans les Symboles et les Formules du Droit Universel*, Paris 1837.

gerekir. Bu yazarlar, özellikle, işçilerin çalışma ve yaşam koşulları ile bunları iyileştirebilecek reformlar konusunda oldukça çok sayıda yapıt kaleme alan İngiliz ve Fransız sosyalistlerin çizgisinde yeraldılar. Karl Marx'ın Berlin Hukuk Fakültesi'nde öğrenim görmüş olmasına rağmen, onlar hukukçu olmaktan çok iktisatçıydılar.[9] Marx, aynı zamanda felsefeciydi. Kısa bir süre Hegel'in öğretisinin etkisinde kaldı ve hukuk üstüne düşüncelerinde, bir ölçüde, Hegel'den esinlendi.[10] Marksist hukuk kuramını ayırdeden -kendisinden öncekilerin tersine- belli bir siyasal ve toplumsal örgütlenme ile olan sıkı bağıydı. Marx'a göre ne hukuk devlet olmadan, ne de devlet hukuk olmadan varolabilirdi ve de devlet bir sınıfın (burjuvazi) diğer bir sınıf (proleterya) üstündeki egemenlik aracından başka bir şey değildi. *Dolayısıyla hukuk, varolabilmek için, hiyerarşize* edilmiş ve sınıflara ayrılmış bir toplumu varsayar; kapitalistlerin emekçilere karşı verdikleri sınıf mücadelesinde bir silahtır. Bundan çıkan sonuç şudur: Ne hukuk, ne de devlet bütün zamanlarda varolmuştur. Kölelik öncesi çağda ve ilkel topluluklarda ise haydi haydi, hukuktan söz etmek mümkün değildir. Tüm ihtilaflar bir hakemlik düzeninin şemsiye altında sulhen ya da sözgelimi aile reisinin buyurucu kararıyla çözümlenir. Zincirin öbür ucunda ise, ezilen sınıf, düşmanlarını yendiğinde huku-

(9) Marx'ın, bu toplumsal reformcunun hukuk ve hukukçulara karşı duyduğu tiksintinin başka ve daha derin bir nedeni belki de kurulu düzenin kuramcılarına karşı tepkisidir; Marx'a göre onlar, ancak kurulu düzenin savunucuları olabilirler. Nitekim hukukçuların, genellikle muhafazakâr olduklarını deneyim de kanıtlamaktadır. Yine de bu hep böyle değildir; örneğin Marx'ın çağdaşları arasında en azından ünlü bir sosyalist hukukçu vardır: Ferdinand Lassalle. Hukukun derinlemesine incelenmesi mevcut kuralları, eleştiriden daha çok doğruluyacı/aklayıcı bir sonuç doğurmaz.

(10) K. Stoyanoviç, *La Pensée Marxiste et le Droit*, Paris, 1974.

kun varlığı, bu sonuca bağlı olarak, son bulacaktır, zira uyum kendiliğinden ve her bireyin ve herkesin iyiliği için engelle karşılaşmadan sağlanacaktır. Dolayısıyla hukuk, tamamen geçici ve yazgısı yıkılmak, daha doğrusu tarihsel görevini tamamladığından kendi kendine ortadan kalkmak olan bir kurumdur- ya da bir kurumlar bütünü.

Bu hukuk anlayışı Hegel'e çok şey borçludur: O da hukuk ile devleti birbirine sıkı sıkıya bağlıyordu; şu temel farkla ki, Hegel'e göre devlet son derece saygı duyulacak, hatta neredeyse ilahi bir kurum, misyonu toplumlarda düzen ve barışı/huzuru korumak olan yönetici ve örgütleyici bir temel yasaydı. Oysa, yukarıda gördüğümüz gibi, tam tersine, Marx devletin bir baskı aracı olduğu, her yolla mücadele edilmesi ve yıkılması gerektiği görüşündedir. Büyük ölçüde duygusal olan bu tutumu Karl Marx'a hiç kuşkusuz yaşadığı dönemlerde kendisinin de görebildiği ve özellikle sanayi bölgelerini kırıp geçiren sefalet manzaraları ve yönetici sınıfın bu rejimin yararlananları olan kapitalistlere verdiği destek esinlemiştir. Gerçekten de devlet aygıtının bütünüyle kurulu düzeni savunma ve soyguncu sınıfın kâr ve ayrıcalıklarını sürdürme amacı güttüğü doğruydu. Hiç kimse bu durumun tamamen ortadan kalktığını iddia edemez.[11]

Marksist Doktrinin İncelenmesi - Bununla birlikte, Marksist doktrinin tarihsel bakımdan çeşitli hatalara düştüğü söylenebilir; bunlar idealist doktrinlerin savunucularına yüklenen hatalar kadar ciddidir. Burada da etnoloji ve tarih dayanaksız savları düzeltmek zorunda kalmıştır. Nitekim, ilkel denen toplumlarda hukukun varolmadığı savı yanlıştır. Bu hukuk, ileride göreceğimiz gibi özel nite-

(11) Bkz. S. Dalligny, *Essai Sur les Principes d'un Droit Civil Socialiste.*

likler gösterir. Her şeyden önce dinle çok iç içe geçmiştir. Ayrıca, gelenekçi hukuksal sistemler sözkonusudur, zira hukukun özünü oluşturan unsurlara, örneğin topluluğun dayattığı ve ilan ettiği yaptırımlarla donanmış davranış biçimlerine bu sistemin her yerinde karşılaşılır. Her hukuksal örgütlenmenin -varoluş nedenini kaybettiğine göre- kapitalist rejim düşer düşmez ortadan kalkacağı savı da kesinlikle ütopyadır. Günümüzde Rusya'da ve halk demokrasileriyle yönetilen ülkelerde olup bitenlere bakarak bu sava karşı çok güçlü gerekçeler öne sürülemez hiç kuşkusuz, zira buna, sosyalizmin sözkonusu ülkelerde henüz sağlam bir şekilde oturmadığı, dış düşmanlarca tehdit edildiği ve rejimin güvenliği ve varlığını sürdürme şansının son derece sert bir devlet aygıtını gerektirdiği şeklinde yanıt vermek kolay olacaktır. Ne var ki bu durum esasen geçicidir. Tehlike bertaraf edilir edilmez merkezî otoritenin yıkılacağı, ya da daha doğrusu, amaçsız kalacağı için kendiliğinden düşeceği ileri sürülür.

Burada, gözden kaçmayacak kadar şaşırtıcı iyimser ve biraz da iyice eski bir bakış açısı var. Halklar, uzun süre, yaşadıkları sefaletten kaçmak için, bir altın çağı düşleyip durdular; insanların, her tür ihtilaf ve şiddetten azade, bir kardeşlik topluluğu şeklinde huzur içinde yaşamayı umdukları bu mutlu çağı, olur olmaz bir şekilde, ya çok eski bir geçmiş, ya da çok uzak bir gelecek içine oturttular. Böyle bir durumda elbette ne devlet, ne de hukuka düşen bir rol kalacaktı. Böylesi bir ideali bugünün insanlarına çok parlak ve yararlı gibi göstermenin pek gerçekçi olduğu söylenemez. Silahlı çatışmaların son bulabileceğini ve sınıfsız bir toplum kurulacağını umut etmek elbette yerinde bir talep olabilir: Bu çok önemli iki ilerlemenin, gerçekleşmesi belli de çok gecikmeyecek. Buna karşılık ne ka-

dar homojen olursa olsun, bir toplumun, davranış kuralları olmadan yaşayabilmesi ya da bu kuralların belirsizlik veya ihtilaflar doğurmaması herhalde düşünülemez. Başka bir deyişle, bütünün/herkesin çıkarlarının otomatik olarak her bireyin tatminiyle çakışabileceği bir toplumsal rejimi hayal edebilmek mantıken mümkün değildir. Hatta böyle bir şey belki arzu edilmeyebilir de. Belki de ihtilaflar, hatta suçlar da insanlığın ilerlemesi için gereklidir, kimbilir. Şurası kesin ki, Marksist öğreti, devlet ve hukukun ortadan kalkmasını hayal ederken kendisini son derece idealist, hatta düşsel olarak gösteriyor; bu da övünmekten hoşlandığı maddeci sıfatının kendisine hiç uygun olmadığını ya da başka bir anlamda ele alınması gerektiğini gösteriyor.

Ayrıca Marx ve Engels'in devlet hakkındaki düşüncelerinin yanlış ve güdük olduğu da gözlenebilir. Devlet derken, 19. yüzyıl ortalarındaki İngiltere ve Fransa'da işleyişini gördükleri baskıcı aygıtı, simgesi jandarma ve hapishane olan devleti kastediyorlar. Kazanılmış durumlar ile kurulu düzeni korumanın/sürdürmenin devletin öncelikli işlevlerinden biri olmaması gerektiğine kuşku yoktur, ama devletin tek işlevi de bu değildir. Devlet, özellikle çağdaş devlet, bu işlevinin yanı sıra sayılamayacak kadar çok, hem de çok önemli daha başka işlevler de üstlenir: Adaleti sağlama, eğitimi yaygınlaştırma, halk sağlığını gözetme, vb. Ayrıca, sosyalistlerin, devletin tarihte sık sık oynadığı ve hâlâ daha birçok durumda oynamaya devam ettiği kurtarıcı rolü nasıl olup da unuttuklarına şaşırılabilir. Devlet, yani topyekûn toplum, kendi üzerinde gerçek bir baskı uygulayan değersiz ve kıskanç ikincil gruplara karşı, bireyin yararı için mücadele etti. Zincirlerini kırdı ve ufkunu genişletti.[12] Devlete karşı bu şiddetli

(12) Burada Lacordaire'in şu ünlü sözünü anımsayalım: "Zengin ile

saldırılar, devletin çoğu kez hayırsever rolü dikkate alınmadan ve bilimsel olmaktan çok kısmi ve duygusal bir yaklaşımla yürütülüyor. Aslında devlet, siyasal toplumun hukuksal görünümünden başka birşey değildir. Bir burjuva toplumda devlet de burjuvadır. Burjuva sınıfının kaldırıldığı bir toplumda ise proletarya niteliklidir. Bir ulusun, kendisini ifade eden bu organ olmadan varolması herhalde düşünülemez. Devletin bazı ayrıcalıklarını, kimilerinin düşündüğü gibi, daha dar, bireye daha yakın başka topluluklar yararına (ya da onların hesabına) terkedip terketmemesi ise bambaşka bir konudur. Bu bağlamda, hukukun, Hegel ve Marx'ın sandıklarının ve hâlâ daha çoğu kez sanıldığının tersine, devletle bütünleşmiş olmaktan uzak olduğunu saptamak yerindedir. İlerideki satırlarda, hiçbir düzeyde devletle ilişkisi olmayan örgütlenmelerde ya da gruplaşmalarda da -sadece ilkel topluluklarda değil, aynı zamanda en modern uluslarda bile- hukuk kurallarının varolduğunu gösterme fırsatını bulacağım.

Bütün bu eleştirilere rağmen, Marksist hukuk öğretileri, kabul edilebilir gibi görünmeyen kendi öz anlayışlarıyla değil, ama yaptıkları ve daha önceki okulun algıladığı şekliyle hukuksal yönergelerin sözde akılcı temellerini çökertmek üzere tarih okulununkiyle birleşen eleştirel çalışmayla hukuk bilimine büyük bir hizmette bulundular. Hukukun laikleştirilmesine, hatta neredeyse körü körüne bağnazlıktan kurtarılmasına, her toplumun sanat, dil, vb. gibi diğer unsurlarıyla -ne çok ne de az- eşit düzeyde uyulması mümkün ve uyulması gereken olağan bir veri -sosyal yaşamın bir verisi- gibi görülebilmesine önemli ölçüde katkıda bulundular. Böy-

yoksul arasında, zayıf ile güçlü arasında, ezen özgürlüktür, özgürleşen ise yasa."

lece hukuksal olguların pozitif bir şekilde, yani sosyoloji okulunun belirttiği şekilde algılanması yolu açılmış oldu. Daha sonraki gelişmelerin konusunu da işte bu okul oluşturacaktır.

III. Sosyolojik Anlayış

Sosyolojiye göre hukuk, her şeyden önce toplumsal bir olgudur. Şu tanımı öneriyorum: "Hukuk her an, ait olunan grubun dayattığı toplumsal ilişkileri belirleyen zorunlu kurallar bütünüdür."

Bu tanımdan, aydınlatmalar gerektiren şu üç unsuru ele alacağım: 1. Sözkonusu olan, zorunlu kurallardır; 2. Bu kuralları toplumsal grup dayatır, 3. Bu kurallar durmadan değişir.

1. Zorunluluk Kavramı - Zorunluluk, kimsenin kuşkusu olmasın, hukukun temel unsurudur. İlk bakışta, bu aykırı görülebilir, zira "hukuk" sözcüğü kamuoyu açısından daha çok ihtiyari bir durumu, bir özgürlüğü, yani bir zorlamanın tersini çağrıştırır. Günlük dilde genellikle, bazı bakımlardan, toplulukça dayatılan kuralın zıddı gibi görünen öznel anlamıyla algılanır. Bu anlamı bir yana bırakacağız.

İnsan, toplumsal davranışında ne kadar kıskıvrak bağlanırsa bağlansın, bu durumu herkes açıkça görmeyebilir, zira biz bu kurallara uymaya o kadar alışmışızdır ki, yerçekimi gibi kimi fiziksel zorunluluklarda olduğu gibi bundan da hiç rahatsız olmayız. Bu o kadar doğrudur ki, genellikle ve tanımı gereği bu kurallar düşünme ve duyumsama biçimimize uyar. Yine de bireysel iradeye bırakılan alan, en liberal rejimlerde bile, son derece sınırlanmıştır. Bu sınırlama, özgürlüğün, akdi hukuk bakımından en eksiksiz olduğu düşünülen ülkelerde bile görülür. Birçok yazara göre burada "iradenin özgürlü-

ğü" hüküm sürer. Aslında, açıkça gösterildiği gibi,[13] bu "özerklik" en dar sınırlar içinde devinir ve bunu kuşatan toplumsal kadrolar her tür özgün girişime, her önemli yeniliğe karşı çıkarlar. Tarafların tasarrufunda kalan sadece usullerdir -hiç kuşkusuz uygulamada önemli, ama kuramsal olarak pek değerli değildir. Sözleşmelerin yapısı topluluk tarafından yasal ya da kaynağını örf ve âdetlerden alan yönergelerle belirlenir ve ancak, topluluğun bu yapıya ilişkin görüşü değiştiği ölçüde değişime uğrar.

Yaptırımlar - Yaptırımsız zorunluluk olamaz. Ayrıca, hukuk bir yaptırımlar sistemi olarak da tanımlanmıştır. Ancak, bu konuda birtakım açıklamalar ve nüanslar getirmek yerinde olacaktır. Önce, sadece dini yaptırımlar ile sadece ahlâki yaptırımları hukuk alanının dışına çıkarmak gerekir. Daha ilerideki satırlarda, hukuku din ve ahlâktan ayırmamız gerektiğinde bu noktalara yeniden döneceğim. Şimdilik şunu söylemek yeterlidir: Hukuksal olmaları için, yaptırımlar etkilerini bu dünyada ve toplumsal açıdan göstermeli, kişilerin durumunu ya da onların maddi-manevi varlığını değiştirmelidir.

Ama bu hukuksal yaptırımlar da çok çeşitlidir ve dolayısıyla birkaç kategoride sınıflanmalıdırlar. Bu bölümlemelerin en önemlisi, medeni hukuk (kaleminin en geniş anlamında) ile ceza hukuku arasında ayrım yapanıdır. Ayrıntılara girmeden ve esastan uzaklaşmamak kaydıyla, medeni hukukun değerlendirici, ceza hukukunun ise baskıcı (bu terime yeniden dönmek şartıyla) oldukları söylenebilir. Bundan ne çıkarılabilir? Medeni hukukun -bu bakımdan medeni hukuktan ayrılmayan ticaret hukuku da eklenebilir- ana konusu, kişilerin toplumsal konumunu, ana-baba mirası malların durumunu,

(13) Bkz. Emm. Gounot, *La Doctrine de l'Autonomie de la Volonté*, hukuk tezi, Dijon, 1912.

ekonomik nitelikli ilişkilerin şekil ve etkilerini / sonuçlarını belirlemektir. İlkesel olarak medeni hukuk, duygusal nitelikli sorunlarla ilgilenmez, ya da en azından, kamuoyunu derinlemesine duygulandıracak yapıda değildir. Devleti ilgilendirseler de, salt idari işler için de aynı durum sözkonusudur. Zaten bu yüzden Durkheim, sosyolojik bir terminoloji kullanarak, medeni ya da değerlendirici yaptırımların, "kollektif bilincin" zayıf durumları"na başvurduğunu söylüyordu.[14] Tersine, ceza hukukunun yönergelerine yönelik ihlaller, toplumsal grupta şiddetli bir tepkiye yolaçar; bu tepkinin yoğunluğu ise, işlenen suça ve grubun zarara uğrayan konuya -insan ya da şey- verdiği öneme göre değişir. Demek ki, yaptırım, bu bakımdan, heyecan verici bir unsur nedeniyle ağırlaşır/daha da karmaşıklaşır ve sadece telafi edicrolamaz, zira eylem "topluluk bilincinin zayıf durumları"nı kötü etkilemiştir.

2. Hangi Toplumsal Gruptan Söz ediliyor? - *Her Toplumun Kendi Hukuku Vardır.* - Hukuk kuralları, yukarıda belirtmiştim, herkese, ait olduğu grup tarafından dayatılır. Ama bu iddianın açıklanmaya ihtiyacı vardır. Bunun için ünlü özdeyiş: Ubi societas, ibi Jus'u ileri sürmek ve bu grubun toplum olduğunu söylemek yeterli değildir. Bu sözcük de ikili anlama sahiptir: Çok sayıda toplum türü vardır ve herkes, fiilen, bunlardan birkaçına ait olabilir, aittir. Böylece şu soruyla karşılaşıyoruz: Hukuk kurallarının çıktığı toplumsal grup hangisidir?

Ama önce şu soru sorulmalıdır: Bazı toplumların (bu terime verilen anlam ne olursa olsun) hukuk olmadan da yaşayabilecekleri doğru mudur? Bir başka deyişle, Ubi societas, ibi Jus özdeyişi ev-

(14) Durkheim, *Les Règles de la Méthode Sociologique*, 7. baskı, 1919.

rensel midir?

Bunun kimilerince tartışıldığı, benimsenmediği görüldü. Nitekim hukukun, ayrılmaz şekilde devlete bağlı olduğu ve sadece bazı toplum şekillerinde varolduğu söylendi. Özellikle de, ilkel denen toplumlarda olmayacağı ileri sürüldü. Bunun hiç de böyle olmadığını gördük; bu noktaya yeniden döneceğiz. Kaldı ki, geleceğin sınıfsız toplumunda toplumsal ilişkiler o denli kusursuz olacak ki hiçbir düzenlemeye gerek kalmayacak şeklinde düşünmeye olanak veren hiçbir şey yok. Böylesi bir öngörü oldukça düşsel görünüyor.

Gerçekler dünyasında kalalım ve kendimize şu soruyu soralım: Kendi üyelerine hukuk kurallarını hangi gruplar dayatabilir? Her insan topluluğunun kendi hukuku olduğu doğru mudur? Ve de, eğer böyle değilse, bu topluluklar arasından hangileri hukuk kurallarını oluşturur ve hangileri oluşturamaz?

Monist Okul; Plüralist Okul - Bu konuda iki okul vardır; birine monist, öbürüne çoğulcu denebilir. Hemen tüm hukukçuların yeraldığı birincisine göre tek bir toplumsal grup tipi, yani siyasal grup - ki buna artık hemen herkes global toplum diyor- hukuk kurallarını yaratmaya yetkilidir-ehildir. Birkaç hukukçu bir yana bırakılırsa esasen sosyologlar ile felsefecileri içeren öbür okula göre, ne olursa olsun her topluluk kendisine ait işleyiş kuralları oluşturabilir -çoğu kez oluşturmaktadır da; bu kurallar, basit düzenlemeler olmaktan çıkıp gerçek hukuk kuralları düzeyine yükselebilirler.[15] Gerçeğin incelenmesi bize, kuramsal mülahazalardan daha iyi bir şekilde, bir fikir edinmemize olanak verecektir.

(15) Çoğulcu doktrinin başlıca savunucusu, bu görüşü birkaç yazısında, özellikle de *Traité de Sociologie* adlı yapıtında (c. II, Paris, 1960, s. 173 ve devamı). savunan G. Gurvitch'di.

Görüleceği gibi, Hegelci ve Marksist kuramlara yaklaşan, ama aynı zamanda en klasik hukukçuların öğrettiği ilk doktrin belirgin biçimde yanlıştır. Toplumsal yaşama bir bakış bile, bizi, siyasal otorite tarafından dayatılanların dışında da, yasal ya da en azından hukuksal yönergeler olduğuna inandırır. Dün olduğu gibi bugün de, global toplum organlarının yetkisinden kaynaklanmayan hukuklar mevcuttur. Uluslarüstü hukuklar ve uluslaraltı hukuklar vardır.

A) Uluslararası Hukuklar -

Dini Hukuklar - En çarpıcı örnek, farklı dini hukuklar örneğidir: Hıristiyan hukuku (Katolik ve Protestan), İslam Hukuku, eski Musevi Hukuku, bazı Doğu ve Uzakdoğu dinlerinde hukuk. Bu dini sistemlerde yönergelerin inkâr edilmez bir hukuksal niteliği vardır. Bu metinlerin sadece dini alanla -burada, insanın ilahi olanla ilişkilerini kastediyorum- sınırlı olmadıklarını, ama çoğu kez kılı kırk yaran, aile, mülkiyet, veraset, yükümlülükler, vb. gibi kesinlikle insani sorunlara ilişkin düzenlemelerle dolu olduklarını görmek için Kuran ya da Kutsal Kitab'ı okumak yeterlidir. Oysa bu kuralların kaynaklandığı otorite, siyasal iktidarla karışsa da (teokratik denen devletlerde) siyasal iktidar değildir. Hatta onunla çatıştığı ve dini iktidarın, dini otoritece konan kurallara hiçbir zorlayıcı güç atfetmediği de olabilir. Devletin laikleşerek Kiliseler'den koptuğu bazı çağdaş ülkelerde olan da budur. Ama Hıristiyan hukukunun, en azından evlilik gibi bazı alanlarda uygulandığı başka çağdaş ülkeler de vardır.

Ayrıca uluslarüstü hukuk örnekleri olarak, çoksayıda ülkede devletler arasındaki sınırları ya da ilgililerin milliyetini dikkate almadan yayılmış olan bazı gelenekçi mesleki kuruluşlar sayılabilir. Bu-

nun en ayırdedici örneğinin Ortaçağ'da yayılan ve sanki ulusal bir yasaymışçasına büyük bir titizlikle uyulan tacirler hukuku *(Jus mercatorum)* olduğu söylenebilir.

Uluslararası Örgütlenmeler - Daha da ilginç olanı,sayıları günümüzde çoğalan uluslararası kuruluşlarca ortaya konan düzenlemelerdir. Hatta bu kuruluşların hızla çoğalması, kendi birliğinin bilincine varmaya çalışan bir insanlığın bu arayışının göstergesidir.[16] Çoğu teknik ya da kültürel nitelikli olan bu kuruluşların bazıları ise açıkça hukuksal niteliklidir. I. Dünya Savaşı sonunda ortaya çıkan ve ikincisinin kurbanı olan Milletler Cemiyeti yerini, kuramsal olarak aynı demokratik anlayışın yönlendirdiği tüm ulusları kapsayan Birleşmiş Milletler Örgütü'ne bıraktı. Daha dar bir açıdan bakıldığında, geniş alanlarda komşu devletlerin gruplaşma girişimlerine tanık oluyoruz: Bugün Avrupa'daki, yarın belki Afrika ya da Asya'da veya bu kıtaların şu ya da bu kesiminde olacağı gibi. Daha şimdiden, gerek ekonomik gerekse hukuksal düzeylerde teknik organlar oluşturuldu; bu organlarca çıkarılan kesin buyrukların, bunların yerine getirilmesini sağlayabilecek hiçbir siyasal erkin olmamasına rağmen yine de hukuksal bir niteliği olup olmadığı sorgulanabilir. Bu, uluslararası hukukun ebedi sorusudur. Gerçek bir hukuk mudur bu? Kimi yazarlar, özellikle sözkonusu yetersizlik / belirsizlikten hareket ederek bu soruyu olumsuz yanıtlamaktadırlar. Ancak bunların sayısı gitgide azalmaktadır. Uluslararası hukuk, ahlâki alanda yeralmaz; "doğal hukuk"tan çok daha başka bir şeydir. Yukarıda gördüğümüz gibi, tüm hukuk kurallarının ilkesel olarak zorunlu olmasına rağmen, yaptırımları çoğu kez be-

(16) Onlar hakkında, adage sözcüğünü ters yüz ederek şu söylenebilir: *Ubi jus, ibi societas.*

lirsizdir. Bu, konumuz için de böyledir. Birleşmiş Milletler Örgütü ya da La Haye Uluslararası Adalet Divanı'nın "tavsiyeleri"nin icrası, her ne kadar zabıta gücünün uhdesinde olmasa da, hukuk kuralları olarak adlandırılmayı hakeder. Şöyle ya da böyle, kurulu bir siyasal örgütten destek almayan, oluşum halindeki bir hukukla karşı karşıyayız.

Buna karşılık, Ortaçağ'da ya da daha sonraları Roma Hukuku gibi evrenselci hukukları süperdevletçi hukuklar olarak mütalaa etmekten kaçınmak gerekir. Hiç kuşkusuz bu hukuk çeşitli ülkelerde yayıldı, ama meşru otoriteler tarafından gelenek ya da yasa olarak kabul edildi ve unsurlarından birini oluşturduğu çeşitli ulusal hukuklar arasına katıldı. Dayanak olarak yararlandığı siyasal aygıtın düşmesinden beri ve bu nedenle zorlayıcı güç artık Roma Hukuku'nun kendi öz parçası olmaktan çıkmıştı.

B) Devletleraltı Hukuklar -

Devletaltı Gruplaşmaları - Ulus-altı yani siyasal toplumun altındaki gruplarca oluşturulmuş bir hukuk var mıdır? Tarihi incelediğimiz takdirde, olumlu yanıt verme eğilimimiz ağır basacaktır. Hiç kuşkusuz Antik Çağ için bu sorunun yanıtı olumsuz gibi görünüyor, zira Roma'da, Yunanistan'da, Germenler'de bildiğimiz kadarıyla, çok zayıf olan ailesel örf ve âdetler, tam anlamıyla devlet-altı bir hukukun kanıtını oluşturmuyor olabilirler; bununla birlikte *gens, génos, Sippe,* vb. örgütlü bir devletin hemen hiç olmadığı bir ortamda siyasal işlevler yürütüyorlardı. Ortaçağ'da Batı Avrupa'da, özellikle de Fransa'da yapılabilecek gözlemler daha güvenilirdir. Karolenj İmparatorluğu'nun çöküşünden itibaren buralarda hızla doğup çoğaldığı görülen yerel ya da bölgesel hukuk örf ve âdetlerinin yayılma alanının her zaman, feodal bir otoritenin hareketlili-

ğiyle çakışmadığı gözlenebilir. Bu konuda ikna olmak için iyi bir eski Fransa haritasına bakmak yeterlidir. Bu örf ve âdetlerin kökeni, sorunsallığını korumaktadır, ama her halûkârda -zaten şimdilik bizi ilgilendiren de budur- sözkonusu örf ve âdetler, siyasal iktidarla sıkı ilişki içinde olmaktan uzaktır.

Çağdaş Devletlerde - Sorun, son derece merkezî çağdaş devletler için de sözkonusudur; ve özellikle bu devletler açısından tartışılmıştır. Özellikle, ikincil gruplaşmaların, devlet gibi, hukuk kuralları oluşturup oluşturamayacakları sorgulanmıştır. Bu tekeli devlete ayıran monistlerin tersine, çoğulcular, hiç olmazsa kuramsal bakımdan, her insan gruplaşmasının, bir spor kulübü, bir ticari şirket, bir sendika, bir ulus kadar kendi hukuku olduğu görüşündedirler.

Öyle görünüyor ki, açıkça abartılı kimi savları bir yana koymak kaydıyla onlara hak vermek gerekiyor. Böylece, ne zaman bir kuruluş kendi tüzüğünü oluştursa, bu kuruluşun genel müşterek hukukla çatışan bir mesleksel hukuk yarattığı iddiası tamamen yanlış görünüyor. Bunun, ne zaman iki kişi bir sözleşme bağıtlasa her seferinde yeni bir hukukun oluştuğunu ileri sürmekten farkı yoktur. Çoğu kez ikinci grup, yasa ya da örf ve âdetin çizdiği çerçeve içinde kalacak ve kararları da bu çerçeveye uygun olacaktır. Ama yine de, o zamana kadar izlenen hukuksal uygulamadan ayrıldığı da olabilir. Bu durumda, yenilikler iki tür olabilir: Ya genel müşterek hukuk çizgisinde kalacak ya da bu hukuku daha da kesinleştirmek, yetkinleştirmekten başka işlevleri olmayacaktır: Bu durumda gerçekten yeni bir hukuk yaratımı olduğu söylenemez. Bu yaratım, tersine, olağan hukuksal kurallar içinde faaliyette bulunma ve kendilerine atfettikleri rolü oynama olanağını bulamayan ikincil gruplar, bilinçli ya da bi-

linçsizce, genel/müşterek hukuku yarı-yasal ya da hatta açıkça gayrimeşru yönergelerle değiştirdiklerinde gerçekleşir. O halde, bu gayrımeşru uygulamalar nasıl olur da bir toplumun hukukunun bir unsuru olarak mütalaa edilebilir? Bunu izleyen bölümde göreceğiz. Şimdilik şu görünür ikileme işaret etmekle yetinelim: Global bir toplumda bir gruplaşma kendisini, genel olarak uyulanlardan farklı kurallara bağlasa ve bu kurallar ilgililer tarafından itirazsız şekilde uygulansa, kimi zaman belirsiz ya da hatta gizli kalan, ama başka durumlarda geniş bir yayılma sağlayacak ve hukuksal sistemin bütünüyle bütünleşecek birtakım hukuk kurallarıyla karşılaşırız.

3. Hukuk Kurallarının Esasen Geçici Niteliği - Grup Değiştiğine Göre Hukuk da Değişir - Sosyologa göre, egemenliğini uzun süre koruyan ve günümüzde hâlâ çok yaygın olan bir doktrinin tersine, hukuk kurallarının durağan ve kesiksiz bir niteliği yoktur. Geçicilikleri, daha önce önermiş olduğum tanımdan çıkarsanabilir. Nitekim, şayet hukuk kaynağını toplumsal gruptan alıyorsa, durağanlık ancak bu grup için sözkonusu olabilir. Oysa, bir insan toplaşması, farklı bir cinsiyet ve yaşlardan bireylerin az ya da çok doğal, bilinçli ya da rastlantısal bir şekilde bir araya gelmesi değil de nedir; grup hiçbir zaman aynı grup olarak kalmaz, zira kendisini oluşturan unsurlar zamanın etkisiyle her an değişir. Bu unsurlar, ömürlerinin iki ayrı anında, söz gelimi on yıl arayla ve hatta hâlâ tıpatıp aynı kişilerden oluştukları (nadir bir durum) varsayılarak ele alınsalar da, bu kez sözkonusu kişilerin değiştikleri görülür: Yetişkinler yaşlanmış, gençler ise geçen yılların etkisiyle yetişkin erkek ve kadınlar olmuşlardır, tabii bu arada olaylara bakış açıları da zorunlu olarak değişmiştir. Kısacası, belli bir za-

man sonunda bu grup, bazılarının ölümü, başka etkilere duyarlı yeni üyelerin katılmasıyla az ya da çok bütünüyle yenilenmiş olur. Şayet hukuk bir grubun iradesinin ifadesi ise, nasıl olur da, grup sürekli olarak değişirken kendisi değişmeden kalabilir?

Zaten gözlem de hukukun kesiksiz değişmelere konu olduğunu çok açık bir şekilde gösterir. Hiç kuşkusuz, bu gerçek uzun süre farkedilemedi. Bunun nedeni, hukukçuların uzun yüzyıllar boyunca sadece kendi ülkelerinin hukukuyla ve yine sadece kendi çağlarının yürürlükteki kurallarıyla ilgilenmeleriydi. Tarihsel bakış açısının yanı sıra karşılaştırmalı bakış açısı da ancak yakın bir dönemde programlara, yöntemlere, zihinlere girdi. Geçmişin ya da yabancı ülkelerin hukuk sistemleriyle bir karşılaştırma, yeryüzünde uygulanan hukuk kurallarının müthiş çeşitliliğini kavramak için yeterlidir. Daha önceleri hukukçular -Yunanistan'da Sofistler[17] ya da Fransa'da Montaigne-[18] bu konuya dikkat çekmişlerdi. Sonunda, evrensel ve ebedi hiçbir hukuk ilkesinin olamayacağı görüldü. Doğal hukukun kendisini ifade unsurları olan kurallar ile daha önce sözünü ettiklerim bu gözlemin dışında düşünülmemelidir. Hiç kuşkusuz ve her zaman, "dürüstçe yaşamak", "herkese hakkını vermek" vb. buyurulur, ama bunlar çok genel ve hukukun dikkate alamayacağı ahlâki kurallardan başka birşey değildirler, zira sorun bütünüyle şu ya da bu toplumsal grubun, herkesin kendi hakkını aldığına kanaat getirdiğinde, dürüstlükten ne anladığının bilinmesidir; ve de, az önce de belirttiğim gibi, çözümler çok

(17) A. Papachristos, Sofistlerin Hukuk Sosyolojisi, *Année Sociologique*, 1974, s. 441 ve devamı.

(18) Montaigne, *Denemeler*, 1. I, Bölüm XXIII: "Örf - âdet ve Yerleşmiş Bir Yasanın Kolayca Değiştirilmesi Üstüne."

çeşitli ve çelişkilidir. Bazı doğal hukuk yandaşları, son çare olanak, "değişken içerikli doğal hukuk" adını verdikleri bir kavram icat ettiler;[19] doğruyu söylemek gerekirse bu, kof bir yaklaşımdan ya da daha doğrusu, değişmez bir hukukun kendi değişir unsurlarıyla olanaksız bağdaşmasını gerçekleştirme iddiasında olduğu için, kullandığı terimlerde çelişki içeren bir anlayıştan başka birşey değildir. Ceza hukuku dahil, her şey bu kesiksiz değişme yasasına tabidir. Hiçbir insan eylemi kendiliğinden masum ya da suç değildir. Anne ya da baba cinayeti gibi bize en iğrenç gelen alçakça cinayetlere bazı toplumsal gruplarda izin verilir; kimi ilkel topluluklarda sert şekilde cezalandırılan, bazı yasakların ihlali gibi başka suçları ise tam anlamıyla soğukkanlılıkla karşılıyoruz.

O halde bir karara varmamız gerekir: Hukukun "ölümsüz ilkeleri" anlayışı bir tuzaktır ve gerçekçi akıllar bunu saptayabilirler. Ne geçmişte, ne de bugünde olan bu sürekliliğin, belli ölçüde gelecekte gerçekleşeceğini umut etmenin belki de yasak olmadığını daha ileride göreceğiz. Ne olursa olsun, hukuk kurallarının bu sürekli değişen niteliği, şimdi incelememiz gereken bazı sorunlara yolaçar.

Hukuk ve İfade Edilme Biçimi - Her şeyden önce, hukuk durağan olmasa/devinse bile, anlatımı çoğu kez sabit kalır ya da en azından hukukun devinim hızına yetişmez ve gerisinde kalır, ya da kimi kez -o kadar sık olmasa da- önüne geçer. En sık rastlanan durum, bir hukuk kuralının sözlü ya da yazılı olarak ifade edilmesi ve uzun yıllar boyunca kuşaktan kuşağa aynı terimlerle nakledilmesidir. Bu kural, topluluktan ya da temsilcilerinden kaynaklandığı için belli bir saygı görür: Dolayısıyla değiştirilmesi genellikle oldukça zordur. Yine de öyle

(19) R. Stammler, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, Berlin, 1928.

bir an gelir ki, ifade ediliş biçimi artık uygun değildir. O andan itibaren, bu kuralı uygulamakta görevli olan kişi -normal olarak bir yargıç olacaktır bu-, bazı durumlarda dramatik bir görünüm alabilen gerçek bir vicdan muhasebesiyle karşı karşıya kalabilir. Yargıç, mesleki bakımdan, aynı derecede zorunlu iki göreve birden tâbidir: "Adaleti yerine getirmeli", yani önüne getirilen ihtilafa, kendisine en adil görünen çözümü bulmalıdır. Ama, aynı zamanda, kararına temel oluşturması gereken hukuk kuralı metniyle bağlıdır, zira kendi kişisel görüşünü hesaba katmaması gerektiğini de unutamaz ve hükmünü onun adına verdiği topluluğun sözcüsü olamaz. Peki, kendisine çok haksız ya da en azından eksik/yetersiz gelen bir kural karşısında ne yapmalıdır? Ortaya koymaya çalıştığım gibi, şayet hukukun, her anki şekliyle -yani hükmünü verdiği anda- toplumsal bünyenin iradesinin ifadesi olduğuna inanmışsa yargıç, eksik ve tıkanmış hukuk kuralından çok yaşayan hukukun kölesi olarak, elindeki tüm yollarla, bu kuralın yönünü adil bir çözüme doğru çevirmelidir; gerekirse bu kuralı kurnazca ve usulsüz yorumlayabilir de. Bu çok önemli noktaya daha sonra döneceğim.

Ancak, yargıcın kendisini dışında tutamayacağı bir zorunluluk vardır: Ona hukuk kuralına dayanması buyurulmuştur; bu kural, zaman ve mekanlara göre, örf ve âdete dönüşecek ya da meşrulaşacaktır. Hukuk, kendisini ifade eden kuraldan keyfî bir şekilde kopartılamaz. Eğer hukukun toplumsal niteliği, uygulamasının toplumsal bünyenin özlemlerine uygun olmasını istiyorsa, hukukun herkesin bilgisine sunulmasını da en az o kadar ve zorunlu olarak gerektirir: Herkesin güvenliğinin pahası budur. Hukuk, hiç kuşkusuz toplumsal grubun eseri olduğuna göre, grubun tüm üyeleri de, şu ya da bu

ölçüde belirsiz bir şekilde, her durumda kendilerinin olan davranışın bilincindedir. "Yasayı bilmemek mazeret değildir" özdeyişinin -en azından çağdaş toplumlarda kimi zaman yanlış bir şekilde uygulanan özdeyiş- temelini de zaten bu aynı veri oluşturur. Her ne olursa olsun, yargıcın kararını, daha önce formüle edilen bir kurala bağlama yükümlülüğü bireylerin sahip olabileceği tek güvencedir; bu güvence, adaletin, genel olarak, grubun özlemlerine uygun olduğu ve her yerde aynı temellere göre tecelli etmesidir.

Hukukun bu tanımını tamamlamak için, hukuku din ve ahlâktan neyin ayırdettiğini belirtmek gerekir; din ve ahlâk da yaptırımları olan yükümlülük sistemleri, normlar sistemleridir.

Hukuk ve Din - İlk olarak din üstüne; ilkel toplumlarda hukukun henüz dinden ayrı olmadığını daha önce de söylemiştim; bu toplulukların bütün düşünce ve davranışlarının gizemli bir havayla sarıldığı düşünülecek olursa bunun neden böyle olduğu kolayca anlaşılır. Bundan da sözkonusu toplulukları düzenleyen genellikle örf ve âdetlere dayalı çok katı yönergelerin sadece doğaüstü yaptırımları olduğu sonucu çıkar, Hukuk, ancak yavaş bir laikleşme sürecinin sonunda -ya da daha ileri uygarlıkların etkisi altında- din dışı dünyayı ruhani dünyadan ayırarak gerçek niteliğini kazandı. Çağdaş tipteki toplumlarda, çeşitli Kilise hukukları gibi, dini yasalar da insani adalet erki ve vicdan erki ayrımını yaparlar. Gerçek anlamda dini sadece bu sonuncusu ilgilendirir. Vicdan erki, ne düzenlediği eylemlerin doğası gereği, ne de bunlara uyguladığı yaptırımlar gereği hukukla karıştırılabilir.

Hukuk ve Ahlâk - Hukuk ve ahlâk ayrımı, kavranması daha zor bir konudur, zira her ikisi de aynı alanda yeralırlar; ne var ki ahlâkın, hatta alışıldığı

üzere "toplumsal ahlâk" terimiyle belirtilen ahlâkın bile hukuktan çok daha az belirgin bir toplumsal niteliği vardır. Gerçek alanı bireysel vicdandır, oysa hukuk yönergelerinin zorunlu olarak kolektif bir niteliği vardır ve en azından ilgili birey kadar toplumsal grubu da ilgilendirirler. Aynı şekilde, ahlâk kurallarının uygulanma alanı da, hukuk kurallarının uygulama alanından farklıdır -her ne kadar bu iki alan geniş ölçüde örtüşseler de. Ahlâk, hukuktan hem daha fazla, hem de daha az talepkârdır. Hukuk yönergeleri, sadece eylem ve davranışları dikkate almak üzere, genel olarak, vicdanın gizli köşelerine girmekten geri durur ve niyetlerle ilgilenmezken,[20] tersine ahlâkın ayrıcalıklı yeri buralardır. Bu, çok sayıda ahlâk dışı ya da hatta açıkça ahlâka aykırı eylem ve davranışların hukuk açısından tam anlamıyla önemsiz olduğu anlamına gelir, hukuka göre "yasaklanmamış her şey serbesttir" ama tersine, yaptırım gözönüne alındığında, hukukun ahlâktan daha zorlayıcı olduğu söylenebilir. Ahlâki bir kuralın ihlali bir kınamadır. Bunu kesinlikle küçümsememek gerekir, zira ayıplama ya da hatta alay bile çok ciddi etkiler uyandırabilir, bir ruhsal rahatsızlık yaratabilir, bir kariyeri mahvedebilir, intihara bile yolaçabilir. Ancak kınama/ayıplama, ilgilide kamu otoritesinin bir eylemi -söz gelimi cezai bir mahkûmiyet- kadar iz bırakmayacaktır.

Doğal Yükümlülükler - Ahlâk ve hukuk aralarında hiç boş alan bırakmayacak kadar birbirlerine yakındırlar. Bu yüzden hukuk "doğal" denen eksik yükümlülükler içerir; bunlar öylesine yarı-yaptırımlarla donanmıştır ki, sözgelimi alacaklının ala-

(20) Bu sadece genel olarak doğrudur. Modern hukuklar cezai olduğu kadar medeni konularda da niyete geniş bir yer verirler. Ayrıca toplumsal yaşamın yeni verilerinde, nesnel denen, yani her tür hatadan azade sorumluluk durumları çoğalmıştır.

cağının icrası için adalete başvuramayacağı gibi, borcunu yerine getirmiş olan borçlu da borç olmayan şeyi ödediğini iddia edemez ve borç olmayan şeyin geri ödenmesi talebinde bulunamaz. Özellikle ahlâk, hukukun beslendiği tükenmez bir hazinedir. Gelişip inceldiği ölçüde talepleri daha da buyurganlaşarak basit görevlerden hukuksal yükümlülüklere dönüşür. Daha ender olsa da tersine gelişmeyle de karşılaşılır; bozulan, hukuksal yaptırımdan kopan ve böylece artık sadece ahlâki vicdana bağımlı duruma gelen hukuk kuralları da vardır.

Hukuk ve Ahlâk Arasındaki Anlaşmazlık - Öte yandan, ahlâk ile hukuk arasındaki sıkı ilişkiler, bazı durumlarda, anlaşmazlıkların ortaya çıkmasına da yolaçabilir. Özellikle, şu ya da bu kuralın, hukuksal alanda dayatıldığı ve ahlâk adına, vicdanen bu kurala uyamayacağını düşünen topluluk üyelerince reddedildiği de olabilir.[21] Kendi dini ya da felsefi inançlarına ters düşen eylemleri yerine getirme emri verilen askerlerin durumu buna bir örnektir. (Kilise "envanterleri"ni tutma görevi verilen subaylar, inancı gereği askerlik görevi yapmak istemeyen ["objecteurs de conscience"] askerler, vb.). Hukuk kuralı ahlâk kuralına boyun mu eğecektir ya da tersi çözüm mü düşünmelidir? Sosyologa göre bu sorunun yanıtı kuşkuya yer bırakmayacak kadar açıktır: Uyulması gereken hukuk kuralıdır, zira yürürlükte olduğu sürece toplumsal bünyenin iradesini o temsil eder, oysa diğeri kişisel bir görüşü ya da olsa olsa toplumun bir azınlık kesiminde yayılmış bir kişisel görüşü ifade eder ve dolayısıyla, grubun onayım/katılımını sağlayana kadar birincisine tabi olmalıdır. Elbette ki yasayı eleştirmek, yasaya karşı

(21) Bu, karşılıklı normlar bağımlılığı çerçevesinde ele alınan olgulardan biridir (Bkz. J. Carbonnier, *Essais Sur les Lois*, 1979, s. 251): İki norm sistemi yarış halindedir.

kampanya yürütmek ve yasanın ortadan kaldırılması için çalışmak serbesttir. Ama bu gerçekleşmediği sürece yasaya uymak gerekir.[22] Ancak buraya iki kayıt koymak yerinde olacaktır. Yasama sisteminin, ulusun bütünü tarafından kabul edilmeyen, zorba, kuvvet zoruyla dayatılmış bir iktidarın eseri olduğu için bütünüyle gayrimeşru olduğu durumlar vardır. Fransızlar böyle bir durumu yaşadı. Sözünü ettiğimiz varsayımda itaat görevi ciddi ihlallerle karşılaşabilir ve karşılaşmalıdır da. Aynı düşüncenin devamı olarak, meşru olsa bile bir iktidar, başta kalmak için zorlayıcı gücünü kötüye kullandığında, bu iktidarın emirleri artık toplumsal bünyenin iradesini ifade etmez ve o andan itibaren itaatsizlik 1793 Fransız Anayasası'nın ilan ettiği gibi sadece bir hak değil bir görevdir de.[23] Genelde, bugünün meşru iktidarlarının kökeninde bir ayaklanma olduğunu söylemek abartı sayılmaz.

(22) Katolik hukukçular, Medeni Kanun'a itaatsizliği, bu kanun, üstün olduğu düşünülen zorunluluklarla uyuşmazlığa düştüğü ölçüde meşru kabul etme eğilimindedirler. Bu bağlamda, bkz. P. Coste-Floret, *Les Problèmes Fondamentaux du Droit*, Paris, 1946.

(23) Madde 35. "Hükümet halkın haklarına tecavüz ettiğinde ayaklanma, halk ve halkın her bölümü için hakların en kutsalı ve ödevlerin en zorunlusudur."

İKİNCİ BÖLÜM
HUKUKUN KAYNAKLARI

Kaynak sözcüğü, doğa olaylarından alınmıştır. Bir akarsuyun topraktan çıktığı, doğduğu nokta anlamına gelir. Hukuksal alanda, bu doğuş, köken düşüncesiyle bağlantılı olmakla birlikte yaygın olarak farklı her iki anlamda da kullanılır; ama birbirine karıştırılmamalıdır.

Sözcüğün "tarihsel" ya da "belgesel" diye adlandıracağım ilk anlamından, hukuku tanımamıza olanak veren her tür veri anlaşılır. Bunlar, çoğu kez, belli bir uygarlık düzeyinden hareketle, yazılı belgelerdir. Nitekim, Roma Hukuku kaynaklarının el yazmalarından, yönergelerden, papirüslerden, Latin edebiyatının içerdiği hukuka anıştırmalardan, vb. oluştuğu söylenebilir. Bunlar arkeolojik anıtlar, tayinler, özlü gelenekler, vb. de olabilir. Kısacası, bizi bugünkü ya da geçmiş hukuk kurumları üstüne bilgilendirebilen her şey bilgimizin kaynağıdır. Burada kaynak sözcüğünün bu ilk anlamını, daha ileride de göreceğimiz için, bir yana bırakacağım.

Kaynak sözcüğünün dogmatik anlamı -burada sadece bununla ilgileneceğiz- kaynaklandığı eğretilemeye daha yakındır. Nitekim, tüm hukuk kurallarının kökenini belirtir. "Hukuk nereden çıkmıştır" sorusunu yanıtlar.

Bağlı olduğum sosyolojik kurama göre bu sorunun, yukarı da verdiğim tek bir yanıtı vardır: Hukuk, toplumsal gruptan kaynaklanır; hukuk kuralları, bu grubun toplumsal ilişkilerin kuruluş biçimine yaklaşımını ifade eder. Bu bakış açısı genel-

likle, öğretilenden oldukça farklıdır. Hukuk kuralları üstüne yaygın doktrin, hukuk kuralının kökeni sorusunu açıkça sormaz, oysa bu konu çok önemlidir; yaygın doktrin, çabasını, kapsadıkları farklı biçimler (yasa, gelenek, içtihat, öğreti) üstünde yoğunlaştırır, böylece bu biçimlerin birbirlerinden köklü bir şekilde farklı oldukları izlenimini yaratır. Sosyoloğa göre ise, tersine, hukukçuların ayırdettikleri hukukun biçimsel kaynakları tek ve aynı kaynağın değişkelerinden başka birşey değildir. Örf ve âdete çok büyük bir önem verdiğim için, yaygın kuramdan ayrılıyorum. Bu incelemeye örf ve âdetten başlayacağım.

I. Örf ve Âdet

1. Örf ve Âdet Üstüne Genelleme - Yasayı, hukukun biçimsel kaynaklarının başına yerleştirmek alışkanlık haline gelmiştir. Yasanın bu yeri, bilinen/açık pratik ve didaktik nedenlerle haklı gösterilebilir. Daha ileride göreceğimiz gibi, çağdaş toplumlarımızın temeli meşruiyetçidir ve bilinenden bilenmeyene doğru gitmek iyi bir yöntem olarak görünür. Yine de şayet önceliği örf ve âdete veriyorsam, bunun nedeni hukukun bu kaynağına, genellikle kabul edilmeyen bir kapsam, bir genelleme ve hatta bir güncellik kazandırabileceğime inanmamdır. Buna göre, aslında gelişmiş tipteki çağdaş toplumlarda ikincil bir rol oynayan teknik anlamında örf ve âdetin dışında bir de, açığa çıkarılması her ne kadar daha zor olsa da, çok daha yaygın ve çok daha etkili bir örf ve âdet daha vardır. İşte ben, bu sözcüğe verilen olağan anlamı incelemeye geçmeden önce işe bu örf ve âdetten başlayacağım.

Daha önce birkaç kez yazdığım gibi hukuk, katı

bir sistem olmaktan çok esasen kesin değildir ve her an değişir; yerkabuğu açısından aşındırma sözcüğünün taşıdığı anlam gibi, toplumsal ilişkileri kesintisiz bir şekilde değiştiren hem yıkıcı/bozucu, hem yaratıcı bu eylemi de bir sözcükle belirtmek gerekir. Örf ve âdet terimini bu çok yaygın şekliylekullanmak bu sözcüğü zorlamak sayılmaz. Bu geniş anlamıyla örf ve âdet yeni hukuku, yaşam, bitki ve hayvan türleri bakımından nasıl hâlâ daha gizlilikler/belirsizlikler taşıyorsa, aynı şekilde gizlice oluşturur. Hukuk kurumlarının yaşamsal gücüdür örf ve âdet. Dolayısıyla tanımlanmamış bir uygulama alanı vardır. Bir sürü hukuk kaynağından biri değildir: Hatta neredeyse hukukun tek kaynağı olduğu bile söylenebilir.

Gizli ya da belirsiz olsa da, örf ve âdet, eğer kendini eylemlerle dışsal bir şekilde, ifade etmeseydi, görülebilir/algılanabilir olamayacaktı. Bu belirtiler negatif ya da pozitiftirler. Negatif olmalarının nedeni pozitif hukukun uygulama eksikliğidir. Bu, hukukçuların yeni yeni üstüne eğilmeye başladıkları çok önemli bir olgudur. Bu olgunun, hukukçuların bu kadar uzun süre gözlerinden kaçmış olması aslında şaşırtıcı değildir. Bir hukuk kuralı varoldukça değeri, etkisi tartışma konusu olmuyordu. Bir kuralın, başkaca hiçbir inceleme olmadan bütünüyle yürürlükteymiş gibi kabul edilmesi için bu kuralın yasalar içinde yeralması yeterliydi. Dahası, bu konu hiç irdelenmiyordu bile: Sorunun varlığı ve öneminin farkına varabilmek için hukuk alanında sosyolojik düşüncenin son zamanlarda ortaya çıkması gerekti.

2. Yürürlükten Düşme - Herkes, tüm hukuk sistemlerinde, daha başından itibaren ya kötü kaleme alındıkları için ya da başka herhangi bir nedenle gerçeğe uymadıklarından dolayı uygulanmayan,

veya -daha sık olarak- belli bir süre uygulandıktan sonra toplumun yeni ihtiyaçlarını karşılayamamaları nedeniyle uygulamada geçersizliğini kaybeden bazı kuralların varolduğu konusunda hemfikirdir: Geçersizleşme nedeniyle ortadan kaldırma denen olgu işte budur. Bunun, yukarıda anlatılan sosyolojik anlamda örf ve âdet kuramıyla ne kadar uyuştuğunu belirtmeye sanırım gerek yok. Şöyle ya da böyle, kesin olan birşey varsa o da yasalarımızdaki kuralların önemli bir kısmına uyulmadığıdır. Bundan ne çıkarsanabilir? Sözkonusu kuralların, yaşamın dışına düştükleri için hukukunda dışına düşmüş olabilecekleri sonucuna varmak istenebilir. Bu eğretilemeye en etkili anlamını vermekle "anlamsız"laşmış olabilirler ve yargıç eğer, yapması gerektiği gibi, görüntülerden çok gerçeklere bağlansa, kuralları hukukun kaynaklarından kesin ve bilinçli olarak koparması gerekirdi.[24] Aslında her şey bu kadar basit olmadığı gibi birkaç ince ayrımı da ortaya koymak gerekli görünüyor. Hukukta, tüm kesinliğiyle mantıksal ve matematiksel muhakemede bulunmak olanaksızdır. Dolayısıyla bu alanda batıl bir fiilin sonuçsuz olacağını ya da şeylerin, Roma Hukuku anlatımına göre "bütünüyle eski durumuna getirme"nin mümkün olabileceğini söylemek yanlıştır.[25] Aynı şekilde, uygulanmamış ya da hatta hiçbir zaman olmamış hukuk kuralları tamamen sonuçsuz/etkisizdir. Yakın bir zamanda hukuk kurallarının, etkilerini göstermeleri için her zaman bir uygulama alanına gereksinim duymalarının ille de gerekmediği ortaya konmuştur; bu yaklaşım bi-

(24) Benim de birçok kez, özellikle "*Aspects Sociologiques du Droit*"da (Paris, 1955, s. 78) desteklediğim görüş. Corbonnier'nin sayfa 43'te (dipnot 2) aktarılan gözlemleri, sorun üstüne daha ayrımlı ve ayrıntılı bir görüş edinmeme yolaçtı.

(25) H. Lévy-Bruhl, Batıl Muamelelerin Etkileri (İtalyanca), *Rivista Internazionale di Filosofia di Diritto*, c. VI (1926), s. 177-181.

çiminin anlaşılması hiç kuşkusuz güçtür; dolayısıyla birkaç uygulama tarzını ayırdetmek yerinde olur: Bunlardan biri -ilk akla geleni- malumdur ve çoğu kez hukuksal bir şekilde kendini ifade ederken diğerleri, bunun kadar gerçek olmakla birlikte o kadar kolay algılanmaz.[26]

Bu şartla, bir hukuk kuralının uygulanmaması ya da kadük olmasının bir örf ve âdetin sonucu olduğu söylenebilir, çünkü biçimsel bir yol, gerçek bir yöntem kullanmadan hukuksal bir çözüme son verir ve yerine bir başkasını ikame eder; bu, duruma göre, ya yeniden geçerlilik kazanacak eski çözüm veya önceki gibi kendiliğinden ve gizlice ortaya çıkacak yeni bir çözüm olacaktır. Yürürlükteki bir hukuku yıkan eden bu örf ve âdet, daha ileride değineceğimiz yasa gereği yürürlükten kaldırma olgusundan *ayırdedilmelidir.*

3. Yürürlükten Kaldırıcı Örf-Âdet ve Yaratıcı Örf-Âdet - Bu geçersizleştirici geleneklerin (sözcüğün en geniş anlamında) yanına yaratıcı gelenekleri de koymak gerekir; az önce de söylediğim gibi bunların bazıları kuşkusuz hem biri (yürürlükten kaldırıcı) hem diğeri (yaratıcı) olabilir. İyi anlatabildiysem, örf ve âdetin bu yaratıcı erdemi en azından, toplu yaşamın belli bir kendiliğindenlik ve bir asgari yoğunluk gösterdiği toplumlarda genel ve evrensel bir olgudur. Oysa bu olgu, dar anlamda örf ve âdet rejiminde -daha ileride inceleyeceğiz- yaşadıkları için bir yana bırakacağımız bu toplumlar için geçerli değildir. Sözcüğün genel anlamında ve bizi burada ilgilendirdiği yönüyle örf ve âdetin bu toplumlardaki varlığı oldukça sınırlıdır, oysa daha gelişmiş toplumlarda örf ve âdet hukuksal ilerleme-

(26) J. Carbonnier, Hukuk Kuralının Geçerliği ve Geçersizliği, *Année sociologique*, 3. série, 1958, s. 3.17 ve *Flexible Droit*, 4. baskı, 1979, s. 99.

nin başlıca etmenidir. Örf ve âdetin, bugüne kadar ihmal edilmiş ya da anlaşılmamış olmasının nedeni, sözcüğün diğer anlamlarıyla -kendiliğindenselliği, ortaya çıkışındaki giz- birlikte örf ve âdete özgü bu özelliktir. Örf ve âdetin varlığı ancak, etkilerini gösterdiğinde farkedilir. Açığa çıkarılmasını hiç kuşkusuz zorlaştıran bu gize rağmen yine de örf ve âdetin nasıl oluştuğu, yayıldığı ve kendisini kabul ettirdiğine biraz da olsa ışık tutmak olanaksız değildir. Her ne kadar kesin olmasa da bir fikir edinebilmek için, hiç kuşkusuz çok daha fazla sayıda veriye sahip olmak gerekir, ama yine de bazı ipuçları çıkarılabilir. Öncelikle, her yeni örf ve âdet herhalde bireysel bir buluşun sonucudur. Toplumsal grup içinde yeralan bir kimse, hukuk aygıtının bir eksikliğinden zarara uğrayınca, bunu iyileştirmeyi ya da hiç olmazsa yeni gereksinimlere uydurmayı akıl etmiş olmalıdır. Bu kişi, kendini göstermeye başlayan ortak özlemlerin sözcüsü, aracıdır, ama sözkonusu özlemler ancak, çoğu kez bilinmezliğini (anonim) koruyan bu kişi aracılığıyla gerçekleşebilmişlerdir. Bir örnek verelim: Zamanımızın bir buluşu olmakla birlikte çizgili çeki (ancak bir bankacı aracılığıyla paraya çevrilebilen üstü paralel çizgili çek, ç.n) kimin bulduğunu biliyor muyuz? Çekin mucidini ise -çok daha eski- haydi haydi bilemeyiz. Bir grup bünyesinde bu şekilde bir yenilik meydana geldiğinde, bu yenilik tutabilir de tutmayabilir de. Çoğu kez bu ikinci durumla karşılaşılır. Acemice ya da vakitsiz oldukları için veya bambaşka bir nedenle sonuçsuz kalan pek çok girişim vardır. Başarılı olanları öğrenmek daha önemlidir ve bunların başarı nedenini, gelişme sürecini tanımak çok ilgi çekici olacaktır. Yeni çözüm, çoğu kez önce dar bir çevrede- örneğin toplumsal mesleki bir çevre- gizlice gelişme gösterir; herkes tarafından kabul edildikten sonra da

mesleğin çerçevesini aşarak mutat bir uygulamaya dönüşür ve nihayet, çok değişken bir süre sonunda hukuksal yaptırımı da içeren yasal yaptırımla donanır. Bir örf ve âdet olarak karanlıkta yaşadığı sürece, sözkonusu kural, en azından Fransız hukuk sistemine yargıç tarafından kabul edilebilir, çoğu kez kırsal mülkiyet alanında görülen yerel kullanımların sözkonusu olduğu son derece özel durumlar dışında, yargıcın bir örf ve âdete iktibas etme hakkı yoktur. Ancak, şayet örf ve âdetin adalet sistemi içinde bir yaptırımı yoksa, bunun bir hukuk kaynağı olduğu ileri sürülebilir mi? Hukuksal yaptırım da zaten hukuk kuralını niteleyen ve sözgelimi onu ahlâki yasadan ayırdeden şey değil midir? Ben bu görüşte değilim; nitekim, önerdiğim hukuk tanımında yaptırımı işin içine katmamaya özen göstérdim. Hukuksal yaptırım, ne kadar önemli olursa olsun, sosyologa göre zorunlu değildir; nitekim, daha önce de belirttiğim gibi yükümlülük, bu nedenle, hukuksal olmaktan çıkmaz. Onu niteleyen, yaptırımdan çok, bu yükümlülüğün ihlal edilmesinin grupta yolaçtığı tepkinin şiddetidir. Genellikle sadece global toplumun bir adalet aygıtı vardır, ama devletin üstünde ya da altındaki başka toplumsal grupların da hukuk kuralları oluşturduklarını gördük; bu kurallar, mahkemeler tarafından resmen onaylanamazlar. Zaten, dikkatli bir soruşturma hiç kuşkusuz, yürürlükteki hukuka aykırı düşen örf ve âdetlerin, bu yüzden, en azından bir ölçüde, yasal olmadıklarını ortaya koyacaktır; bir tür zımni anlaşmayla bu örf ve âdetlerin hukuki otoriteye sevkinden imtina edilir. Sonuç olarak, bu grup üyelerinin büyük çoğunluğu tarafından açıkça ya da zımnen benimsenen her yeni kuralı hukuksal örf ve âdet kuralı olarak ele alırız, yeter ki bu kural sadece ahlâki bir nitelik göstermesin.

Az önce bu örf ve âdetlerin çoğunlukla meslek gruplarında yayıldığını söylemiştim. Bunun örneğine özellikle tüccar, bankacı, denizci çevrelerinde ya da büyük sanayi işçileri arasında rastlanır.[27] Ama, sadece mesleğin örf ve âdetleri olduğu yanlışına da düşülmemelidir. Nitekim köylü dünyası, zorunlu birtakım örf ve âdetlere uymakla kentli dünyasından ve genel/müşterek hukuktan ayrılır; metrik sistemle çelişen eski ölçü derecelerinin Fransız kırsal kesimlerinde hâlâ yaygın bir şekilde kullanılıyor olması bu örf ve âdetler arasındadır; üstelik metrik sistemi kullanmak bir buçuk yüzyıldan beri zorunludur. Aynı şekilde, önceki bir hukukun kalıntıları olan ve noter kurnazlığının becerisi sayesinde varlığını sürdüren bölgesel örf ve âdetler de mevcuttur: Bearn gibi bazı taşra yörelerinde büyük çocuğun öncelik hakkı gibi. Son iki durum bizi, gerileyen, etkisi azalan örf ve âdetlerle karşı karşıya bırakmaktadır: Bunlar istisnadır. Oysa daha çok, tedrici nitelemesine yakışan örf ve âdetlerin çoğu önce dar bir çevrede yayılır, burada kendilerini kanıtladıktan sonra toplum bütünü tarafından ve yasal düzeyde benimsenir.

4. Genel Hukuka Aykırı Örf ve Âdet - Örf ve âdetlerin çoğu kez, yürürlükteki hukukla uyuşmazlık halinde olduklarını söylemiştim. Bu konu üstünde durmakta yarar var. Örf ve âdetler her zaman yarı yasal, ama kimi zaman da açıkça yasadışıdırlar. Düşüncelerin, bir ülkenin yasalarına girmesi ve yeni kurumların tesisi örf ve âdetlerin aracılığıyla olur. Bir hukuksal sistemin, bütünüyle parçalanmadan, çok farklı ve neredeyse çelişkili kuralları kabul etmesi şaşırtıcı gibi görünebilir. Bir hukuksal yapının belli bir birlik içinde olması gerekmez mi? Demek ki, hukukun, özellikle de özel hukukun çok

(27) Maxime Leroy, *La Coutume Ouvrière*, Paris, 2 cilt, 1913.

büyük esnekliği yeterince dikkate alınmamıştır.[28] Bizimki gibi bir mevzuat tarih ve anlayış bakımından farklı bir sürü düzenlemeler içerir.

Buna birkaç örnek vereceğim. Aile hukukunda, 1804 Medeni Kanunu'nu kaleme alanlar evliliği bir ortaklık, ama kadının kocasıyla eşit olmaktan uzak olduğu bir ortaklık olarak algılıyorlardı. Koca, evlilik müessesesinin başıdır (reisidir), ve kadın pek çok hukuksal muameleyi ancak kocasının izniyle yürütebilir. Üstelik, kadın, bazı bakımlardan, aileyle gerçekten bütünleşmeden aile içine girmiş bir unsur olarak görülür; bu da kadının, veraset alanında aynı kandan hısımlardan sonra geldiği şeklinde ifade edilir. Medeni Kanun'un kaleme alınmasını izleyen dönemlerde ve özellikle de son yıllarda kadınlar lehine bir gelişme görüldü. Yeni yasalar, içtihatlar, Fransız Hukuk Sistemi'ne, evli kadının hakları konusunda çok daha liberal bir anlayış getirdiler. Bu anlayış, ifadesini uygulamada bulan örf ve âdet tarafından hazırlanmıştır. -Borçlar Hukuku, bu türden verilerle doludur. Bunların en bilinenlerini birkaç sözcükle anımsatabilirim. Medeni Kanun'un 1382. maddesine göre sanki bir zararın failinin bir hata işlemiş olması, bunun sorumluluğunun o kişiye yüklenebilmesini gerektirir. Oysa çoğu kez mağdurun bu hatayı işleyebilecek durumda olmadığı görülmüştür. 1382. maddesine göre Medeni Kanun, bir zararın failine eyleminin sorumluluğunun yüklenebilmesini failin sözkonusu zarara yolaçan bir hatayı işlemiş olması koşuluna bağlamıştır; oysa çoğu kez mağdurun bu hatayı ortaya koyabilecek durumda olmadığı görülmüştür. Bu durumda mağdur, telafisi mümkün olmayacak şekilde, (tazminat-

(28) Lévy-Bruhl, Aynı Hukuk Sistemi İçinde Gerilim ve İhtilaflar, *Cahiers Internationaux de Sociologie*, c. XXX, 1961, s. 35 ve devamı.

sız, ç.n), zarara katlanmalı mıdır? 19. yüzyılda yavaş yavaş, her tür hata ya da her tür ihmal dışında bile, bir riskin faili ve bir zarar olasılığının yaratılmış olunabileceği ve bu zararı tazmin etmek zorunda kalınabileceği düşüncesi ortaya çıktı. Bir dizi düzenlemeyi de (örneğin işkazalarına ilişkin 9 Aralık 1898 tarihli yasa) beraberinde getiren bu yeni anlayış, Fransız yasalarında 1382. maddeyle bir arada bulunur. Başka bir örnek, Medeni Kanun'un 1119. maddesi, yükümlülüklerin sonuçlarının akteden taraflarla sınırlı olduğunu belirtir. Çağdaş yaşamın gerekleri akdin bu kesinlikle bireyci anlayışında gedik açmıştır. Büyük sanayi, belki zanaatvari işyerlerine uygun düşen bu düzenlemeye uyum sağlayamadı. Hükümleri, imzalayanların dışındaki kuruluşları bağlayıcı toplu sözleşmeler bağıtlanmak zorunda kalındı. Aynı düşünce çerçevesinde, bu 1119. madde, gereksinim olarak kendini hissettiren yaşam sigortasının varlığına engel oluşturuyordu. Madde korundu, ama ustaca -aslında kurnazca- bir içtihat, bu maddeyi ilk anlamından saptırmayı ve oluşturduğu engeli kaldırmayı başardı. Bu örnekler kolayca çoğaltılabilir. Vereceğim şu sonuncu örnek tamamen farklı bir alandan, suç hukukundan alınmıştır. 1810 tarihli Ceza Yasası'na göre cezanın işlevinin suçluyu cezalandırmak ve aynı kötü fiilleri işlemeye kalkışabilecekleri, cezayla caydırmak olduğu bilinir. Bu anlayış artık, büyük ölçüde, eskimiştir. Günümüzde suçluyu bir hasta ya da bir uyumsuz gibi görme eğilimi gelişmektedir; toplum, suçluyu, cezalandırmaktan çok tedavi ve ıslah etmelidir; alınan pek çok önlem de zaten bu düşünceden kaynaklanmıştır. Sözkonusu önlemlerin, Ceza Yasası'nın hâlâ yürürlükte olan yönergeleriyle uyuşması zordur. Ama bir kez daha belirtmekte yarar var: Bir hukuk sisteminden çok büyük bir kesin

tutarlılık/uyuşum içinde olması beklenmemelidir. Daha doğrusu, bu tutarlılık/uyuşum, kaynakların görünür çelişkilerinin ötesinde mevcuttur: Tutarlılık ve birliği, daha önce gördüğümüz gibi tek gerçek hukuk kaynağı olan kolektif görüş gerçekleştirir.

Yukarıda söylenenler, bizi konumuzdan örf ve âdet uzaklaştırıyor gibi görünüyorsa da aslında durum hiç de öyle değildir. Az önce değindiğim, Fransız hukuk sistemini bu kadar derinlemesine değiştiren yenilikler, ilk bakışta yasama ya da içtihatlarla ilgili gibi görünmektedir: Aslında geleneklerden kaynaklanırlar ve pratiğin ürünüdürler. Bu, bir süre yasalara aykırı bir şekilde yaşadıktan sonra yasa ve mahkemeler tarafından kabul edilen yaşam sigortaları, sendikal yaşamın ortaya çıkardığı toplu sözleşmeler, zemini noterlik uygulamasınca hazırlanan ve bankacılık uygulamasıyla da genişleyen evli kadının yeni durumu, kriminolojideki, çoğunlukla suçlu çocukluğun ıslahından doğan ve yavaş yavaş yetişkinleri de içine alan reformlar .... için geçerli ve doğrudur. Düşünüldüğünde, hukuk kurallarımızın çoğunun örf ve âdetlerden kaynaklandığı görülür; yasanın çoğu kez sadece fiili bir durumun onaylanması olduğu söylenirken aslında aynı, yani sosyal grubun zaten benzer uygulamalar içinde olduğu düşüncesi seslendirilmiş olmaktadır. Ancak, yaygın bir görüşü düzeltmeliyim, zira bu uygulamalar, zaten çoğunlukla, sıradan olaylardan değil hukuktan kaynaklanıyordu. Her halükârda örf ve âdetlerin, en gelişmiş toplumlarda bile hukukun oluşumunda ne kadar büyük bir öneme sahip olduğu anlaşılmaktadır.

5. Kısmi Örf ve Âdetler Karşısında Yasanın Üstünlüğü - Yine de burada önemli bir saptama yapmak gerekir. Bir davranış kuralının, belli bir ortamda, yasal yönergelerden az ya da çok uzaklaş-

sa bile (doğal olarak, bir suç oluşturmaması şartıyla) herkes tarafından uyulmak kaydıyla bir hukuksal değeri olduğu doğruysa, aynı şekilde yasanın egemen olduğu bir toplumda uygulanan bu örf ve âdet kurallarının oldukça dayanıksız olduklarını ve global toplumca onaylanan bir kural, yani bir yasa kadar güçlü olmadıklarını da kabul etmek gerekir. Genel yasa ile bölgesel, mesleki, vb. örf ve âdet arasında doğabilecek bir anlaşmazlıkta üstünlük elbette birincinin olacaktır. Yasanın egemen olduğu, örneğin bugünkü Fransa gibi bir ülkede örf ve âdetler bir hukuk kaynağı olsalar bile -ki buna inanıyorum- yasal yaptırım gücünden yoksundurlar.

6. İlkel Toplumlarda Örf ve Âdet - Örf ve âdeti, en genel anlamı ve varlık ve gücünün çoğunlukla bilinmediği ya da değerlendirilmediği en uygar toplumlardaki algılanış biçimiyle inceledik. Örf ve âdet, o kadar farklı olmasa da, hukukun tek, en azından en önemli kaynağı olduğu ve hukuk mekanizmasının olmadığı ya da nadiren kullanıldığı toplumsal gruplarda başka bir görünüm arzeder. İlkel toplumlar birinci, Ortaçağ Avrupası ise ikinci durumda yeralırlar.

İlkel toplumlar, yazıyı bilmedikleri için zorunlu olarak örf ve âdet hukukunun egemen olduğu düzende yaşarlar. Bu düzende örf ve âdetler sayıca çok ve çeşitlidirler. Yine de bunların ortak nitelikleri vardır. Her şeyden önce, yukarıda söylediğim gibi, dinden çok zor ayırdedilen hukuk, şu örf ve âdet hukuku mistisizminden derinlemesine etkilenmiştir. Pek çok yasağın ihlaline getirilen yaptırımlar dinsel niteliklidir. İkinci olarak, bu örf ve âdetler son derece dayanıklıdır ve çok yavaş bir şekilde değişirler. Bu durum, ilk bakışta, bu incelemenin başlarında yazdıklarımla, yani hukukun sürekli bir değişim içinde olduğu görüşüyle çelişkili gibi görüne-

bilir. Aslında bu sav sadece, toplumsal aşamın yoğun olduğu çağdaş toplumlarda tam anlamıyla doğrudur. İlkel toplumlarda, varolmanın ekolojik ve iktisadi koşulları insan ilişkilerinde hiçbir hızlı değişime izin vermez. Toplumsal gruplar genellikle öylesine dar, kapalı, başka gruplarla iletişimsizdirler ki, hukukun yenilenmesinde güçlü nedenler olan yabancı unsurlar bu toplumlarda hemen hiç yokturlar. Üstelik, hukukun korkunç doğaüstü yaptırımlara uygun dinsel niteliği ilkel toplumlarda, durağanlığa elverişli bir törelere bağlılığı sürdürür. Tüm bu nedenlerle, ilkel insanların örf ve âdeti görece çok durağandır. İlkel örf ve âdetlerin incelenmesiyle ilgili olarak şunlar da söylenebilir: Bu örf ve âdetler, günümüzde de davranışlarını gözleyebileceğimiz insanoğulları tarafından uygulanmaktadır; ayrıca, tarihsel durumlar bize, bu örf ve âdet sistemlerinin daha üstün başka hukuk sistemleriyle -kimi zaman ani, sert- temâsından meydana gelen etkileri saptamamıza olanak verirler.

7. Ortaçağ Örf ve Âdetleri - Fransa gibi kimi ülkelerde 17. yüzyılın sonuna kadar devam eden Ortaçağ Avrupası'nın örf ve âdet hukuku artık, geri dönülmez bir şekilde geçmişte kalmıştır ve dolayısıyla da ancak dolaylı olarak bilinebilir. Ayrıca, başka hukuk kaynaklarıyla birarada yaşar. Henüz çözümlenememiş bir dizi sorun bırakmıştır ortada. Bunların en önemlisi sözellik sorunudur. Örf ve âdetin, yazıyı bilmedikleri için ilkel halklarda sözel olması doğal ve kaçınılmazdı. Ama Ortaçağ'da da, yani yazının henüz tüm dünyada yaygınlık kazanmamış olmasına rağmen, yine de bazı çevrelerde yaygın bir şekilde kullanıldığı bir çağda, örf ve âdetlerin yine aynı niteliği göstermesini açıklamak o kadar kolay değildir. Bağış senedi ya da vasiyetnameler gibi pek çok özel nitelikli senet arşivleri

doldurur ve özenle kaleme alınıp saklanırken, genel nitelikli bu belgelerin -yani örf ve âdetler- tam tersine, deyim yerindeyse, maddi dayanaktan yoksun, bütün çarpıtılma ve saptırılma tehlikeleriyle birlikte kulaktan kulağa iletilen sözlere indirgenmiş, uçucu ve eğreti bir durumda kalmış olmaları nasıl açıklanabilir? Hukukçular her ne kadar merak ediyor gibi görünmüyorlarsa da, bu aykırılığı açıklamak gerekiyor. Benim önereceğim görüş sadece bir varsayım niteliğinde olacaktır. O çağda hukuk -en azından özel hukuk olarak adlandırdığımız- siyasal iktidarın bir simgesi/özelliği olarak görülmüyor, ve biraz da koşullardan doğan kişiler arasındaki ilişkiler, bir zeytinyağı lekesi misali, sanki hiçbir kurala boyun eğmeden yayılıyordu. Dolayısıyla örf ve âdet, zorlayıcı gücünü, başlangıçta, örgütlü bir kamu otoritesinden değil, sadece, tatmin eder gibi göründüğü için şu ya da bu geleneksel çözümü dayatan toplumsal baskıdan alır. Bir süre, biraz karmakarışık gibi görünen bu durumla yetinilmişse de, toplumsal ilişkiler daha da sıklaştıkça bu sistemin eksiklikleri/yetersizlikleri ortaya çıkmıştır.[29] Güvenlik, herkesin hak ve ödevlerinin önceden ve kesin olarak bilinmesini, yani bir başka deyişle hukuk kurallarının ilân edilmesini gerektirir. Bu sonuca, birbiriyle çakışan iki olgu sayesinde varılmıştır. Her şeyden önce, örf ve âdetleri yazılı olarak saptama gereksinimi duyumsandı, ama ilk yazmalar, bireysel girişimlerle gerçekleşti, bunların hiçbir resmi niteliği yoktu. Bunlar, kendileri ya da hemşerileri için, kendi çevrelerinde yürürlükte olan kuralları az ya da çok dizgeli bir şekilde derlediler ve düzene koydu-

(29) Örf ve âdetlerin varlığı, içeriği ve coğrafi sınırlarına ilişkin belirsizlik hep bir sorun ve dava kaynağıydı. Buna bir son vermek üzere, esasen bölgenin ileri gelenlerinin sorgulanmasına ilişkin bir usul gerçekleştirildi. Elde edilen sonuçlar umut verici değildi, zaten olamazdı da.

lar. Daha sonra ise, bu arada otoritesi ve sorumlulukları artan ve daha sorumlu bir tutumla hareket etmeye başlayan kamu erkleri, halkı, herkesin nasıl davranması gerektiğini gösteren kurallar konusunda bilgilendirmek gerektiğinin bilincine vardılar -bu onların göreviydi. Aynı zamanda örf ve âdetlerin uygulanma alanı da belli bir idari çevre sınırlarıyla örtüşmeye başladı. Devletin merkezileştiği ve güçlendiği bir sırada bu tür önlemlerin alınmış olması hiç de şaşırtıcı değildir. Fransa'da 15. yüzyılın ortalarında, 1454'te VII. Charles, ünlü Montil-les-Tours buyruğuyla krallık örf ve âdetlerinin resmen kaleme alınmasını buyurdu ve bu amaçla bir usul tesis etti. Buyruğa o kadar özenle uyulmadığı gibi örf ve âdetler de henüz Devrim sırasında bütünüyle kaleme alınmamıştı. Burada bizi ilgilendiren, bu yazmanın etkisinin ne olduğunu öğrenmektir. Sözel niteliğini yitirdiği için hukuk, örf ve âdet hukuku olmaktan çıkmış mıydı? Aslında, evet. Yazılı örf ve âdete, yasal bir metin halinde uyulmuştu ve örneğin Paris Örf ve Âdeti'nin (Krallıkta en önemli olanı) hükümlerini bir krallık deklarasyonunun maddelerinden ayırdeden önemli hiçbir şey yoktu. Yine de alışkanlık, Eski Rejim'in (Ancien Régime) sonuna, yani Fransa'nın bu konuda ikiye bölünmesine kadar devam etti: Birinci ve en geniş bölümüne Örf ve Âdetler ülkesi denirken, eskiden beri Roma Hukuku'yla yönetilen özellikle Orta Fransa'daki bazı iller "Yazılı hukuk ülkesi" adını aldılar. Bu adlandırmaların artık sadece tarihsel bir önemi vardır.

8. Örf ve Âdet Akılcı Olmalı mıdır? - Ortaçağ hukukçularının örf ve âdetlere atfettiği başka bir özelliğin de üstünde durmak gerekir. Bu hukukçular, örf ve âdetlerin akılcı olmasını istediler. Sözkonusu talebi öne sürerken, her şeyden önce, Kilise Hukuku ve Kilise'nin kuruluş örgütlenmesiyle ke-

sin bir uyuşmazlık içinde oldukları için kabul edilemez gibi gördükleri bazı örf ve âdetlere karşı mücadele vermek istiyorlardı. Hattâ günümüzde bile, Anglo-Sakson hukukçular örf ve âdetin *reasonableness* (mantığa uygun, akılcı, ç.n) olmasını istemekte ve dolayısıyla hukukun temel ilkeleriyle çatışması durumunda bir örf ve âdetin mahkemeler tarafından geçerli olarak kabul edilemeyeceğini ifade etmektedirler. Benzer bir anlayış, hukuk kuralları arasında, az sonra değineceğimiz tali yasalar ile temel yasalar arasındakine oldukça yakın bir hiyerarşi olduğunu varsayar; aynı anlayışa göre üstün, temel hukuk kuralları olmalı, başka hiçbir hukuk kuralı bunların üstünde yeralamamalıdır. Çeşitli örf ve âdetlerin hızla çoğaldığı Ortaçağ Avrupası'ndaki gibi bir düzende bu ilke, hiç kuşkusuz düzen ve açıklık sağlayıcı bir özelliğe ve uygulamada kesin bir etkiye sahipti. Kuramsal bakımdan ise çok daha tartışmalıdır, zira olduğu şekliyle kabul edilen her örf ve âdet sosyal grubun en yüce ifadesidir ve ya bir yasa ya da tersi bir örf ve âdetin tesisi ile - ya da yürürlükten düşmesi sonucu- feshedilebilirler.[30] Yukarıda gördüğümüz gibi, sözde temel ilkeler birer aldatmacadan başka birşey değildirler.

(30) En azından kıta ülkelerinde sadece yasaları ilgilendiren anayasallık sorunu bir yana, yalnızca tüm örf ve âdetlerin eşit nüfuza sahip olmaları yetmez, aynı zamanda bir örf ve âdetin, toplumsal grubun bütünü tarafından kabul edilmesi koşuluyla, bir üst otorite adına mahkûm edilebilmesini de anlayabilmek mümkün değildir. Zira nereden gelecektir bu otorite? Buna karşılık, daha önce de söylenmiş olduğu gibi, bir yasama mekanizmasına sahip bir hukuk sisteminde özel, bölgesel, yerel, mesleki, vb. örf ve âdetler, uyuşmazlık durumunda, yerlerini, en azından geçici olarak global toplum iradesini dile getiren yasaya bırakmalıdırlar.

II. Yasa

Yasa, esasen örf ve âdetten farklı değildir: Her ikisi de grubun iradesinin ifadesidir. Bunları birbirinden ayıran teknik bir veridir: Daha öncede gördüğümüz gibi, örf ve âdet kendiliğinden ve "içgüdüsel"dir, yasa ise uzmanlaşmış bir organdan doğar ve günümüzde ve toplumlarımızda yasa neşir ve ilanı adını alan bir usule göre aleniyet kazanır. Ayrıca, yasa yazılı formüllerle ifade edilirken, örf ve âdet ise ilkesel olarak sözlüdür. Yasanın hazırlanış usulünü, biçim ve kapsamını/ etkisini sırasıyla inceleyeceğim. Konuya girmeden önce yasanın tarihine kısaca değinmeyi gerekli görüyorum.

1. İlk Yasalar - Yasa, iki nedenden dolayı, örf ve âdetten daha sonra ortaya çıktı. Birincisi, yazının kullanımına gereksinimi vardı ve yazı da ancak insanlık tarihinin görece yakın bir döneminde keşfedildi. Aslında bu ölçüt o kadar tutarlı değildir. Bazı hukuk kurallarının sözlü olarak ilan edilmiş ve yasama kurallarının etkisine sahip oldukları düşünülebilir. Daha doğru ve önemli olan ikinci nedendir: Kendisini hazırlayacak uzmanlaşmış bir mercinin varlığını gerektiren yasa en ilkel topluluklarda görülmez. Bu topluluklar geleneksel örf ve âdetler düzeninde yaşarlar, zira yasa bir işbölümünü, işlevlerin farklılaşmasını -bu farklılaşma o dönemlerde henüz gerçekleşmemiştir- gerektirir. Bilinen en eski yasalar, zamanımızdan iki bin yıl öncesine ait Mezopotamya metinleridir, bunların en bilineni -en eski tarihlisi değil- Ünlü Hammurabi - Babil Kralı- yasalarıdır. İbranilerin On Emri (Emavir-i Aşere) [Birkaç yüzyıl sonra], Manu'nun Hint Yasaları (3. Yüzyıl) gibi diğer yasalar ise çok daha yenidir. Roma'nın XII yasa tableti 5. yüzyıla tarihlenirken, Germenler ilk yasalarını (bu arada ünlü

Salik Yasası) ancak İ.S. 6. yüzyıla doğru kaleme aldılar. Aslında bu kronolojik göstergelerin çok büyük önemi yoktur. Asıl önemli olan, halkların yasalara, gelişmelerinin hangi evresinde gereksinim duyduklarının saptanmasıdır. Ayrıca çoğunlukla birbirinden kopuk olmayan bu yasalar, yasa grupları sözcüğüyle belirtilen, az ya da çok dizgeli bütünler şeklinde ortaya çıkarlar. İlk kanunnamelerin örf ve âdetlere oldukça benzediği sanılır; bunlar -en azından maddi hukuka ilişkin olanları- gerçek anlamıyla yasalardan çok kökenleri ve tarihleri farklı örf ve âdetlerin resmi yazımı olarak görülmelidir.- Bambaşka bir nitelikte olan çağdaş yasa gruplarında kendiliğindenliğe yer yoktur. Bunlar bilinçli ve iyice düşünülüp taşınılmış bir hazırlık sürecinin ürünüdürler. Ayrıca, istisnalar dışında, kökenleri ve yaşam süreleri farklı unsurların bir "toplamı" değil, ama yürürlükteki hukukun tutarlı ve dizgeli bir bütünüdür. Bu tutarlılık, daha önce gördüğümüz gibi, gerçek olmaktan çok zahiridir.

2. Örf ve Âdet ve Yasa - İki sistemden hangisi -örf ve âdet sistemi ya da yasa sistemi- yeğlenmelidir? 19. yüzyıl başlarında Almanya'da bilimsel bir tartışma, biri örf ve âdet, öbürü ise yasalaştırma (tedvin) yanlısı iki hukukçuyu -Savigny ve Thibaut- karşı karşıya getirdi.[31] Tarih okulunun önderi olan Savigny, hukukun kollektif bilinçten doğduğu düşüncesini keşfetti; çağdaş sosyoloji bu düşünceyi doğruladı. Savigny bundan, örf ve âdetin, ulusal topluluğun doğrudan ve katıksız ifadesi olduğu için yasaya tercih edilmesi gerektiği sonucunu çıkarıyordu. Ama olayların incelenmesi bu sava ters düşüyordu. Nitekim örf ve âdetler daha esnek ve yeni

(31) Z. Krystufek, Savigny ile Thibaut Arasındaki Tartışma ve Avrupa Hukuk Düşüncesi Üstündeki Düşüncesi, *Revue Historique de Droit*, XLIV, 1966, s. 59-75.

koşullara daha kolayca uyum sağlayabilen bir yapıya sahip olmak bir yana, daha çok iyice yerleşme ve süreklilik kazanma eğilimindedirler; çok zor değişirler. Thibaut, bu konuda Savigny karşısında haklıydı. Sözün kısası tüm çağdaş devletler, daha önce de gördüğümüz gibi, örf ve âdetler karşısında, ulaşılması daha hızlı ve daha güvenilir bir bilgilenmenin büyük üstünlüğüne sahip, yasa (yasa grupları) düzeninde yaşıyorlar.

3. Yasanın Hazırlanması - Yasa nasıl hazırlanır? En eski çağlarda hukuk ve dinin birbirinden ayırdedilmediği bilinir. Yasa, Tanrı buyruğu olarak ilan edilirdi ve yasa koyucu kral da Tanrı'nın sesi ve sözcüsüydü. Çok genel, muğlak ve geniş kapsamlı bir olgu olan laikleşme sürecinin ardından yasa, devlet otoritelerince, çok çeşitli usullerle ifade edildi. Gelecek için zorlayıcı bir kuralı, bir başka deyişle yasama erkini dile getirirken hukuktan söz etme ayrıcalığı, siyasal otoritenin çok önemli bir özelliğiydi. Bu, anayasal rejimlere göre değişiklik gösterecektir. Doğrudan demokrasiyle yönetilen ülkelerde yasa, kaynağını tüm yurttaşlardan alacaktır. Parlamenter bir rejimde ulusun temsilcileri tarafından oylanacaktır. Zaten ulusun temsilcileri bu amaçla seçilmişlerdir; mutlak monarşi rejiminde ise yasa kaynağını, yönettiği ulusu şahsında temsil ettiği varsayılan kraldan alır. Uygulamada büyük bir önemi olsa da bu yöntemler, herkesin paylaştığı şu ortak ilkeyi gizleyemezler: Yasa -nitekim örf ve âdet gibi- genel iradenin ifadesidir. Bu ilkeden çıkan sonuç da şudur: Bir yasa ne kadar iyiyse, topluluğun duyumsadığı gereksinimi de o kadar iyi karşılar. İşte bu nedenle, yasa özenle hazırlanmalıdır. Parlamenter rejimde yasalar genellikle komisyonlarda hazırlanır. Şu soru sorulabilir: Çoğu kez bu çalışmaya özen ve bilinçli yaklaşmalarına rağ-

men, komisyonların elinde kamu erklerini toplumsal bünyenin gereksinimleri hakkında bilgilendirecek sürekli bir istatistiki dokümantasyon bulunsa bu çalışma daha verimli olmaz mı? Fransa'da bunun ayrımına varılmaya başlandı.

4. Yasaların Sınıflandırılması- Her yasa aynı değerde değildir; birkaç grubu ayrılmışlardır; bunları önem sıralarına göre kısaca ele alacağım. Sınıflama çizelgesinin tepesinde, tartışılan ve kimi hukukçulara göre yasa olmayan yönergeler yeralır. İnsan Hakları Bildirgeleri böyledir. Bu belgeler gerçek anlamıyla yasalar ve "genel hukuk ilkeleri" arasında yeralırlar; bu ilkeler, daha önce hiçbir hukuksal nitelik atfetmediğimiz tabii hukuk özdeyişlerinden başka birşey değildirler. Oysa bana göre[32] ilki ve en önemlisi 1789 Bildirgesi -Fransa'da- olan Haklar Bildirgeleri'nin böyle bir hukuksal niteliği vardır. Çoğu kez anayasalar için bir önsöz oluşturdukları gerekçesiyle kimi yazarlar bu bildirgelere "anayasa üstü yasalar" adını vermişlerdir. Başkaları ise, tersine, bunların bütünüyle ahlâk kuralları olduğu görüşündedirler. Bununla birlikte, müsbet hukuk içinde yeralırlar ve adli kararlara da temel teşkil etmişlerdir. Gerçek anlamıyla anayasalar ise, herkesin kabul ettiği gibi gerçek, ama gerek düzenledikleri alanlar, gerekse bulundukları yüksek düzey itibariyle kendine özgü yapısı olan yasalardır. Başlıca konusu kamu erklerinin rolünü tanımlamaktır. Belirleyici bir öneme sahiptirler, düzenleyici işlevleri de çok hassastır: Kişilere ve gruplara, kurumların işleyişini engellemeden, özgürlüklerini tam anlamıyla kullanmalarına olanak sağlamalıdırlar. Münferit yasaların içinde yeraldığı bir tür çerçeve oluştururlar. Önemleri nedeniyle, kendine

(32) Georges Scelle, Kamu Hukuku ve Devlet Kuramı, *Introduction à l'Etude du Droit*, c. I, Paris (1951), s. 46 ve devamı.

özgü bir usulle oylanırlar; günümüz Fransası gibi bazı ülkelerde, referandum yoluyla halkın onayına sunulurlar.

5. Yasaların Anayasallığı - Münferit yasaların anayasalara uygunluğu hassas bir sorun yaratır. Düzenli bir şekilde oylanan bir yasanın Anayasa'nın lafzına ve ruhuna aykırı olması durumunda ne olur? Bir başka deyişle, Anayasa'nın yasa karşısındaki üstünlüğü uygulamada nasıl ortaya çıkar? Aslında tatmin edici hiçbir çözüm yolu sağlanamamıştır. Kimilerine göre, yasaların anayasaya aykırı olup olmadığını saptamak ve aykırı olanların iptaline karar vermek adalet erkine ait olmalıdır. ABD bu sistemi benimsemiştir. Yasalar, bunları kaldırma yetkisine sahip Federal Adalet Divanı'na havale edilebilirler. Adalet erkine, yasama erkini denetleme olanağı veren bu sistem kabul edilemez. Hukuk kuralının, kollektif iradenin ifadesi olduğunu söyleyen sosyolojik ilkeye aykırıdır. Nitekim kolektif iradeyi, seçilmiş vekiller temsil eder -yoksa, konusu ve yansızlığı ne olursa olsun meslek birliği değil. Aksi taktirde, haklı olarak "yargıçlar yönetimi" şeklinde belirtilen bir rejimle karşı karşıya olurduk. Bu yargıçlar ulusun üstünde yeralacaklardı; bu da demokrasi ilkesiyle açıkça çelişir. Belki yargıçların, adli işlevlerini yerine getirirken kararlarını topluluk adına verdikleri gerekçesiyle sıradan bir meslek birliği değil, ama ulusun sözcüleri oldukları ileri sürülecektir. Montesquieu, bundan iki yüz yıl önce, kuvvetler (erklerin) karışıklığının doğurabileceği ciddi tehlikelere dikkati çekmişti. Nasıl yargı erki siyasal erk karşısında bağımsız kalmalıysa, ülkeyi yönetmek ve özellikle de yasa koymakla görevli organın da en az o kadar, başka işlevlerle görevli yargıçlar karşısında bağımsızlığını koruması zorunludur.

'1958'de Fransız Anayasası'nın benimsediği çözüm de tatmin edici değildir: Buna göre yasaların Anayasa'ya uygunluğunu denetleme görevi, birtakım şahsiyetlerden oluşan bir Konsey'e bırakıldı. En iyi çözüm herhalde şudur: Bu Konsey, yasanın -varsa- kusuruna dikkat çekmekle görevli olurken, yasa koyucu organda yasayı yeniden görüşmek zorunda olmalı, amâ bu arada egemen konumunu da her zaman korumalıdır, çünkü kısacası son söz ona aittir. Zaten bu yasaların Anayasa'ya uygunluğu sorunu, herhalde reel olmaktan çok kuramsaldır, çünkü yasa yapıcı çoğu kez Anayasa metinlerinin lafzı ve ruhuyla kesin olarak çelişen yasaları oylamadan imtina eder.

6. Kısmi Yasalar - Şimdi yasanın kapsamını ele alırken, önce zaman ve mekân içindeki sınırlarını incelemek gerekir. Mekân içinde uygulanmasını, ilkesel olarak yasa ile siyasal erk arasındaki sıkı ilişkiler belirler. Daha önce de gördüğümüz gibi, devletüstü ya da devletötesi olabilen örf ve âdetin tersine, siyasal erk tarafından hazırlanan yasa kuramsal olarak bu erkin uygulandığı sınırların ne ötesinde, ne de berisinde uygulanır, ve dolayısıyla da milliyet kavramına sıkı sıkıya bağlıdır. Yine de bu ilke bazı önemli kayıtlar içerir. Birincisi, yasanın ille de Devlet'in tüm yurttaşlarını kapsadığı anlamına gelmez, ya da en azından bu noktada bir tür anlam sapmasına izin vermemek gerekir: Yasanın ilan ettiği hukuk kuralı herkes için zorunludur, ama sadece tek bir insan kategorisini -örneğin kadın ve çocuk emeğini koruyan yasalar- ya da hatta birey olarak belirtilen tek bir kişiyi de -yasanın, onurlandırılması istenen bir yurttaşa onursal ya da parasal bir ödül vermesi gibi- hedeflemiş olabilir. Bazı yazarlara[33] göre yasanın rolü bu değildir; yasa

(33) G.Ripert, *Le Régime Démocratique et le Droit Civil Moderne*,

soyut ve genel nitelikte olmalıdır. Bununla birlikte, yasanın bir yurttaşlar kategorisinde, hatta sadece bir kişiye uygun olmasını engelleyen birşey yoktur. Yeter ki toplum, bütünüyle, bunların etkinlikleriyle ilgilensin ve iradesini, kendisini oluşturan bireylere ifade etme gereksinimini duyumsasın. Bu durumu, ayrıcalıklar denen durumdan ayırdetmek gerekir. Ayrıcalıklar, genellikle olduğu gibi iktisadi ve siyasal anlamıyla değil hukuksal anlamıyla toplumsal sınıf kavramıyla ilişkilidir. Ayrıcalıklar, hak eşitliğine dayalı demokratik rejimli ülkelerde olmamalıdır, ama bunlar her toplumsal sınıfın hukuksal olarak tanımlanmış bir statüsü olduğu aşama sırasına göre düzenlenmiş (hiyerarşize) toplumlarda görülür -örneğin kastlara bölünmüş Hindistan.

*7. **Yasaların Kişiselliği*** - Diğer yandan, yasanın Devlet'le olan içsel bağlantısından, bazı tarihsel durumlarda, yasaların kişiselliği adıyla bilinen sorun doğar. Bu olgu, siyasal erk bir gerileme içine girdiğinde ya da en azından otoritesi azaldığında meydana gelir. Bunun en tipik örneklerinden biri, barbar istilalarından sonra Batı Avrupa'da yaşanan durumdur. O tarihlerde yasanın olmadığı belki söylenemezdi, çünkü tersine Germen hükümdarları, egemenlikleri altındaki halklar için kanunnameler kaleme almaya özen gösterdiler, ama etnik unsurların birbiriyle kaynaşma süreci henüz tamamlanmamış olduğundan hemen tüm yeni krallıklarda biri Romalılar, diğeri de Germen teba için iki ayrı yasa dizisi çıkartıldı. Bu önlemin de yeterli olmadığı ortaya çıktı ve böylece yeterince güçlü bir yasama erkinin olmadığı bir ortamda çok geçmeden bir sürü yasa ihtilafı doğdu. Nihayet, milliyetin yasama yetkisine üstün gelmesi kuralı da çoğu kez cezai alanda başarısızlığa uğradı. Devletin, diğer işlevlerinin

Paris, 1936, s. 396 ve devamı.

yanı sıra kendi toprakları üstünde düzen ve güvenliği sağlama işlevi olduğu ilkesi uyarınca yabancı suçlular, suçu işledikleri yerin mahkemelerine çıkarılabilirler -bu suçlunun kendi ülkesine geri gönderilmesi usulünün yerine getirilmesi kaydıyla.

8. Yasa Ne Zaman Yürürlüğe Girer? - Yasanın zaman içindeki kapsamına gelince, burada biz en azından *terminus a quo* için, yukarıda üstünde ısrarla durduğum yasa ile örf ve âdet arasındaki ayrımı yeniden görüyoruz. Örf ve âdet, düşünülmeden ya da önceden kararlaştırılmadan doğarken, yasa kronolojik sürecin iyice belirlenmiş bir anında, çağdaş devletlerde neşir ve ilan adını alan *ad hoc* bir usule göre ortaya çıkar. Bu usulle yasal kuralın içeriği, uygun araçlarla ilgililerin bilgisine götürülür. Yasa ancak bu andan itibaren uygulamaya girer. Her halükarda, daha önce tamamlanmış fiiller için uygulanamaz: Buna geriye işlemezlik ilkesi denir -Fransız hukukunda Medeni Kanun'un 2. maddesinde ifade edilir. Yasanın bu niteliği önemlidir: Yurttaşların güvenliğinin en sağlam güvencelerinden birini oluşturduğu cezai bakımdan son derece uygundur.

9. Yasa Ne Zaman Uygulamadan Kalkar - *Terminus ad quem,* yani yasanın yürürlükten kalktığı anın belirlenmesine gelince: Genel kabul gören doktrine göre bir yasa, bir diğer yasa tarafından usulüne uygun bir şekilde ortadan kaldırılmadıkça yürürlükte kalır; bu çözüm, yasanın günümüzde ve gelişmiş toplumlarda hukukun hemen hemen tek kaynağı olduğu savına tamamen uygundur. Örf ve âdet üstüne yaptığım açıklamalardan sonra, bu doktrini neden kabul edemeyeceğim anlaşılacaktır. Daha az dogmatik, daha gerçekçi bir görüşten hareketle, bir süre uygulandıktan sonra bir yasanın yerine yeni bir metin getirilse de getirilmese de -

varlığını yitirmesi durumunda bu yasa, istisnalar hariç, yürürlükten düşmüş olarak düşünülebilir-hiç kuşkusuz usulüne uygun ve formel olarak değil, ama geçerliliğini yitirerek, yani örf ve âdetin etkisiyle kalkmıştır. Daha önce değindiğim için, burada kısa bir anımsatmayla yetiniyorum. Hukuk sosyolojisi çerçevesinde, bir yasanın açıkça olduğu kadar zımnen de kalkabileceğini akılda tutmakla yetinelim: Yasayı ortadan kalkmış kabul edebilmek için, artık toplumsal grubun özlemlerine uygun düşmüyor olması yeterlidir.

Nihayet, bir yasanın kapsamı doğal olarak içeriğine verilen anlama bağlıdır: Dolayısıyla yasanın kapsamı, yasanın yorumlanması sorunundan bağımsız değildir. Yasanın en önemli yorumcusu, bir ihtilafa bakan yargıç olduğuna göre, bu da bizi, klasik doktrine göre hukukun üçüncü kaynağı olan içtihat konusunu ele almaya götürür.

III. Kazai İçtihat

1. İçtihattan Hukuk Doğar mı? Dar anlamıyla içtihat, yargı organlarından yani mahkemelerden çıkan kararları ifade eder. Günümüz Fransası'nda bu mahkemeler çok sayıda ve çeşitlidir. Küçük suçlar hakkında karar veren mütevazi zabıta merciinden, Yüksek Mahkeme denen Yargıtay'a kadar uzanırlar; Yargıtay'ın işlevi, her dereceden mahkemelerin yasaya uyup uymadığını gözlemek ve böylece hukukun birliğini sağlamaktır. Ama akla hemen şu soru takılmaktadır: Peki nasıl olur da bu yargı organları hukukun kaynakları olabilirler? Öyleyse yargıcın işlevi daha önceden mevcut bir hukukun uygulanmasıyla ilgili değil de nedir? Yargıç, bu sorunla çoğu kez kıyas şeklinde karşılaşılır. Yasa koyucunun, hakkında bir sonuca vardığı örnek duru-

mu bilen yargıç, böylece önüne getirilen türün bu örnek duruma uygun olup olmadığını araştırmalı ve gerekli sonuçları çıkarmalıdır. Belki de hassas, ama yasanın çizdiği sınırlar içinde kalan bir uygulama sorunu işte bu noktada ortaya çıkar. İlkesel olarak, yargıcın çalışmasının mevcut hukuk kurallarını nasıl değiştirebileceği, hatta bunlara nasıl eklemeler yapabileceği de ayrı bir merak konusudur. Bu mahkeme, ilk bakışta, çağdaş ülkelerin çoğunda olduğu gibi özellikle Fransa'da yasalara dayalı hukuk sistemleri için geçerlidir. Yasanın görmezden gelindiği ya da pek çok yaygın olmadığı ve örf-âdet egemenliğinde yaşayan toplumlarda çok daha az geçerlidir. Bu toplumlarda ister ilkel halklar ya da Ortaçağ Avrupası, isterse günümüzde Anglo-Sakson ülkeler olsun- yargıcın rolü elbette daha önemlidir. Mevcut olmayan bir yasal yönergenin bendesi olamaz. Diğer yandan, iyi bilinmeyen örf ve âdet de, çoğu durumda, etkili bir yol gösterici olamaz. O halde, yargıcın, kendisinin hukukun yaşayan bir kaynağı olduğunu gösterircesine çok daha fazla inisiyatif alması son derece doğaldır.[34] Bazı yazarlar, bundan biraz da acele ederek, hukukun esasen yargısal bir kökeni olduğu sonucunu çıkardılar.[35] Bu kuram kabul edilemez. Birincisi, uzun zamandır ortaya konan gözleme göre çok sayıda hukuk kuralı, herkes tarafından kabul edildiği için mahkemelerin görüşüne sunulmamıştı. Oysa en önemli olanları da bunlardı. Diğer yandan ve özellikle, bu toplumsal ortamda bile yargıcın (ya da büyücünün), kendisine havale edilen ihtilafı kendi bireysel inancının telkin

(34) Bu, Anglo-Sakson terminolojisinde çarpıcı bir şekilde ifade edilir. Burada hukuk *Judge made law* şeklinde tanımlanırken "adalet" sözcüğü de yargıcın adıyla bütünleşir: "Bay Smith adaleti."

(35) Bu, büyük Fransız hukuk tarihçisi ve karşılaştırmacısı Edouard Lambert'in, özellikle *La Fonction du Droit Civil Comparé*, Paris 1903 adlı yapıtında açıkladığı kuramıdır.

ve tavsiyelerine göre halledebileceğini düşünmek çok ciddi bir hata olurdu. Kararı elbette, burada da belki de daha çok burada, kollektif görüşe uygundu. Hiç kuşkusuz, örf ve âdet ona, açıkça, alacağı kararı dayatmaz ama üstünde belli etmeden ve karşı konulamaz bir baskı kurar ve böylece yargıcın rolü de yeni bir sonuca varmak değil, kendisini kuşatan ortamın özlemlerine en uygun sonucu araştırmak şeklinde ortaya çıkar. Dolayısıyla hukuk kurallarını yargıçların oluşturduğunu, hazırladığını söylemek doğru değildir, zira bunlar zaten vardı: Yargıçlar, bunları, kendilerini kimi kez *Urteilsfinder* sözcüğüyle belirten eski Germen metinlerindeki çok doğru ifadeye göre, "buldular."

2. *Roma İçtihadı* -Roma Hukuku, bizi ilgilendiren konuda kendine özgü bir nitelik gönderiyor. Birincisi yasa, Romalılar'ın hukuksal yaşamında egemen bir yere sahip değildi: Romalılar'ın toplumsal yaşamının sadece görece sınırlı bir kesimini kapsıyordu. Bundan çıkarak Romalılar'ın örf ve âdet hukuk sisteminde yaşadıkları söylenebilir mi? Bu da değil. Öyle bir yargı örgütlenmeleri vardı ki, usul Romalılar'da hukuksal ilerlemenin motoru olmuştur. Bununla birlikte, hukuku yaratanlar ve önemli olanlar yargıçların kararları değildi: Bu kararların önemi önemsenmeyecek kadar azdır.[36] Tersine öncelikli rol oynayan, bir iddianın hangi koşullarda yargı önüne çıkarılabileceğinin incelenmesiydi. Oysa buna karar veren yargıç değildi. Buna karar veren yasa koyucu, ama özellikle de praetor denen bir magistratus'dur (Roma'da üst düzey kamu görevlisi, ç.n.); davayı çözüme kavuşturan kendisi olmadığı için magistratus yargıçla kesinlikle karıştırılmamalıdır. Birbirini izleyen pek çok hukukçu,

(36) P. Collinet, Klasik Roma Hukuku'nun oluşumunda yargıçların rolü, *Recueil Gény* (1933), s. 23-31.

yani prudens sonsuz bir öngörüyle, bir iddianın hangi sınırlar içinde yargı tarafından kabul edilebildiğini belirlemeye çalıştılar. İşte Roma'da praetor'lar ile prudens'ın bu uyumlu çalışmasına içtihat denildi. Görüldüğü gibi içtihat, hukuk kaynağı olarak son derece verimli olabilir, ama içtihat sözcüğünün o çağda, bugünkünden çok farklı şeyleri ifade ettiği de görülür.

3. Çağdaş Toplumlarda - Peki, günümüzde çağdaş toplumlarda, özellikle de yasanın egemenliğinde bir hukuk modeli olarak görülebilecek Fransız Hukuku'nda durum nedir? İlk bakışta, daha önce de söylediğim gibi, yargıca en küçük bir hukuk kuralı yaratabilmesi için bile herhangi bir olanak verilmiş olması mümkün değildir. Yargıcın görevi yasayı uygulamaktır, hepsi bu. Bu açıdan bakıldığında içtihat bir hukuk kaynağı olamaz.

4. Yorumlama - Biraz daha düşününce işin daha basit olduğu görülür. Böyle bir doktrin, yasa koyucunun, yargıcın karşılaşacağı tüm soruların yanıtını önceden bulduğunu varsayar. Medeni Hukuk yazarlarının iddiası böyledir. Yaptıkları işin kapsamı ve yeniliğinden ve her yerden aldıkları övgülerle başları dönen bu yazarlar, bugün bize biraz safça gelen bir iyi niyetle, formüle ettikleri kuralların hem akılcı, hem de değişmez olacağını hayal ettiler.[37] Yani, daha doğru görmüş olan Portalis'in

(37) Medeni Kanun'un ortaya çıkışı, iktidara karşı belli bir dalkavukluğun göze çarptığı abartmalı övgülerle karşılandı. Grenier'ye göre "Medeni Kanun'a uyulması evrensel ahlâkı yaratacaktır." Bigot de Préameneu bunu "dini saygıya lâyık kutsal sandık" (Yahudiler'in yasa levhalarını sakladıkları sandık, ç.n.) olarak niteler. Portalis'e göre ise yasa "ebedi düzenin görüntüsü"dür. Bu "yasa fetişizmi" (yasaya tapma), birkaç istisna dışında, bütün 19. yüzyıl boyunca öylesine yinelenip durdu ki, hukukçuların çabası yasa metinlerini yorumlamakla sınırlanıyordu. Buna metin yorumlama okulu adı verildi. Bkz. J. Bonnecase, *La Thémis et son Fondateur, Athanase Jourdan*, Paris, 1914.

dışında,[38] hem tarihsel, hem de sosyolojik anlayışları yetersizdi. Her ne olursa olsun her şeyi iyice öngördüklerini düşünüyorlardı, çünkü yargıçlara, kararlarını gerekçelendirmek için bir yasa maddesine dayanma kesin zorunluluğunu getirmişlerdi. Oysa çok açıktır ki, yasa koyucunun, toplumsal yaşamdan kaynaklanan sonsuzca çok ve karmaşık varsayımların hepsini öngörebilmeleri olanaksızdı. Hukuk kurumlarının esasen dinamik bir doğası olduğu kabul edildiğinde -ki ben bu görüşteyim- bu olanaksızlık daha kolayca görülecektir. Yasa metni katıdır, ya da en azından esnekliği sınırlıdır. Dolayısıyla, sürekli hareket halindeki bir toplumun yeni gereksinmelerini karşılayamaz.[39] Değişime uğramış bir toplumsal bünyenin talepleriyle çelişen bir yasa uygulamadan düşer ve örf ve âdet tarafından, açıkça olmasa bile, geçersiz kılınır. Ama yargıca, karar vermek için bir yasa metnine dayanmak zorunluluğunun getirilmiş olması, bazı durumlarda, mahkemeleri, biçimsel olarak sadece mevcut yasaları uyguluyor görünmekle birlikte, gerçekten yeni bir hukuk yaratmaya sürüklemiştir. Böylece mahkemeler, hukukun özü itibariyle yaratıcı bir rol oynamışlardır; bu rol, çoğu kez, Roma'da praetorunküyle karşılaştırılmıştır, öyle ki içtihatta praetor'un işlevinden rahatlıkla söz edilmektedir. Bu işlev, görüldüğü gibi, yasa metinlerine kimi zaman genişletici, kimi zaman sınırlayıcı, ama her halukârda yasanın, yasa koyucunun vermiş olduğu olağan anlamından farklı bir anlam yüklenmesinden ibarettir, çünkü bu anlam artık uygun düşmemektedir. Bu yorumlama çalışması, üstünde biraz olsun durmaya

(38) Portalis, *Discours Préliminaire du Code Civil:* "Yasalar zamanla oluşur: Açıkça söylemek gerekirse yasalar yapılmaz."

(39) Hattâ, biraz abartılı olsa da, yasanın, ilan edildiğinin ertesi günü geçersiz olduğu bile söylenmiştir. Bu belki kuramsal olarak doğru olabilir, ama uygulamada hayır.

değer.

- İlk olarak, sözkonusu çalışmanın hangi durumlarda olacağını belirtelim. Şayet yasa herhangi bir belirsizlik göstermiyorsa sorun yok demektir: Dolayısıyla yorumlanması gereksiz, hatta tehlikelidir. Yıl VII Fransız Medeni Kanun tasarısında çok bilgece bir yaklaşımla şöyle deniyordu." "Yasa sarih olduğunda, yasanın ruhuna uymak bahanesiyle lafzından kesinlikle yan çizmemek gerekir." Kesin yasal zorunluluktan kaçma olanağı yaratabilecek keyfi istisnalar ya da ayrımlar katılmasına izin verilemez: Yoksa bireysel ve öznel bir görüş, genel ve buyurucu bir kuralın yerine getirilmiş olur.Sarih bir yasa ancak, yasa koyucunun açık bir kalem sürçmesi ya da bir gaflette bulunması durumunda yorum gerektirir.[40] Ayrıca yargıç, söz gelimi bilim ya da teknikteki ilerlemelerin ortaya çıkardığı yepyeni bir durumla karşı karşıya kalabilir; bu ilerlemeler, yasanın henüz yetişemediği bir hızda gerçekleşmiş olabilir.[41] Bu durumda ne yapmalı? Burada, çağdaş hukuk çerçevesinde, ceza hukuku ile medeni hukuku birbirinden ayırmak gerekir. Ceza yargıcı dava dosyasını hazırlayabilir ya da sorgulamayı bir kovuşturmazlık kararıyla kapatabilir. Kıyaslama yoluyla muhakeme yürütmesi çok enderdir.[42] Medeni hukuk konusunda ise, Medeni Kanun'un 4. maddesi yargıcı, "yasanın suskunluğu, belirsizliği ya da ye-

(40) Klasik örnek: 11 Kasım 1917 tarihli demiryolları polisi nizamnamesinde, trenin tamamen durmadan arabadan inmemelerini buyuruluyordu.

(41) Sorun, elektrik cereyanı hırsızlığı nedeniyle gündeme geldi; 1810 Ceza Yasası'nı yazanlar, doğal olarak böyle bir şeyi öngörememişlerdi.

(42) Mukayese yoluyla muhakeme Roma Hukuku'nda olduğu gibi İslam Hukuku'nda da çok kullanılır; İslam Hukuku'nda, "sevap" denen eylemlerin temeli olan bu muhakeme yolu, yasanın harfiyen yorumlanmasının yurttaşların güvenliğinin başlıca teminatı olduğu ceza alanında büyük tehlikeler doğurur.

tersizliği bahanesiyle" yargılanmaktan kaçınması durumunda cezalandırır. Dolayısıyla, yasanın yetersizliği yargıca yetkisiz olduğunu bildirme hakkını tanımaz. Yetersizlik, yasanın belirsizliğinde olduğu gibi, hassas bir yorumlama sorununa yolaçar.

5. Yasayı Yorumlama Yöntemleri - Yargıcın, olguları ortaya koyduktan sonra, kendisine dava verileri bağlamında yetersiz gibi görünen bir yasa metni karşısında güç durumda kaldığını varsayalım. Yapması gereken ilk iş yasanın gerçek anlamını araştırma olacaktır. Hedefe varmak için kullanacağı usuller nelerdir?

Bir metnin gerçek anlamını, çoğu kez, ancak içinde yeraldığı diğer düzenleme ve hükümler bütünüyle birlikte ele alındığında kazanabildiği görülür. Kimi zaman metnin anlamının, başka metinlerle -aynı yasa ya da aynı yasa grubunun başka maddeleri- yan yana konulduğunda daha bir açıklığa kavuştuğu görülür. Bu gibi durumlarda muhakeme, kıyas yoluyla ya da *a contrario* yapılır. Kıyas yoluyla: Bu başka metnin benzer bir soruna bir çözüm getirdiği görülürse, aynı çözümün ihtilaf konusu durum için de uygulanabileceği düşünülebilecektir. *A contrario*'ya gelince: Bir yasa metninin, birbirine çok benzeyen iki durum karşısında, buyurduğu çözümün sadece birisi için geçerli olduğunu açıkça belirtiyor olması, görünüşte benzer de olsa diğer duruma farklı bir çözüm getirilmesi gerektiği şeklinde anlaşılmalıdır. Ama bu muhakeme usulleri ciddi hatalara açıktır.

6. Hazırlık Çalışmaları - Bir yasanın gerçek anlamının, çeşitli belgelerle -yasadan önce yasanın doğuşuyla eş zamanlı-, olası hazırlık tartışmalarıyla, kısacası hazırlık çalışmalarıyla aydınlatılabileceği düşüncesi çok çekici gelebilir. Burada da hukukun özgün niteliği, toplumsal doğası bir kez daha

kendini gösterir. Bir yasanın gerçek yazarı, birey olarak yasa koyucu olmaktan öte, bu yasanın az ya da çok sadık sözcüsü olduğu gruptur; öyle ki, yasayı kaleme alan şu ya da bu kişinin kişisel niyetleri önemsiz bir nicelik gibi görülebilir.[43] Bunun doğruluğu, yasanın ilanından itibaren geçen süreyle doğru orantılıdır. Yasa metni, bu geçen süre içinde artık yazarından kopmuş ve kendi hayatını yaşamaya başlamıştır. Özelliklerinden bazılarını yitirirken, yenilerini edinmiştir.[44] Eski anlamını arayıp bulma yönündeki her girişim mantık dışı olacaktır, zira yasa metni toplumun yeni gereksinimlerine uyum sağlayabildiği sürece hayatta kalabilmiştir. Aynı şey, her yeni kuşak tarafından bir anlamda yeniden yaratılan edebiyat başyapıtları için de söylenmiştir; her kuşak, başka açıdan yaklaştığı bu yapıtlarda, çoğu kez, yazarlarının düşünce ve isteğinden bambaşka birşeyler keşfediyor.[45] Bu, hukuk kuralları

(43) Henri Capitant, *Recueil Gény*, Paris, 1935, c. II, s. 204-216, bambaşka nedenlerle hazırlık çalışmalarına girişilmesinin de karşısındaydı.

(44) Geny, *Méthode d'Interprétation et Sources en Droit Privé Positif*, 2. baskı, 1932, s. 258 ve devamı.

(45) Eski Roma Hukuku'ndan bize bu konuda mantıklı bir örnek kalmıştır. XII levha yasasının bir hükmü (İ.Ö. 5. yüzyıl), aile babasına oğlunun en çok üç kez satabilmesine izin veriyordu (en azından, genel kabul gören yoruma göre). Üçüncü satışta, onun üstündeki babalık gücü ve yetkisini yitiriyordu. Bu kural herhalde bir kötüye kullanmayı önlemeyi amaçlıyordu. Oysa, belli bir süre sonra, ailenin erkek çocuğuna, aslında babası sağken kazanamayacağı bir hukuksal özerklik verme gereksinimi hissedildi. Romalı ilk hukukçuların ustalığı, yukarıda anılan XII levhanın getirdiği kuralı ters anlamda kullanarak bu güçlüğün üstesinden geldi. Babanın, oğlunu üç kez satınca babalık gücünü yitirdiğine göre, oğlunu, onu vakit geçirmeden serbest bırakacak olan bir dostuna hayali olarak peş peşe üç kez satması yetiyordu. Böylece, büyük saygı duyulan bir yasa hükmüne tek kelimesini bile değiştirmeden, kumazca bir yorumlamayla, başlangıçtaki anlamının neredeyse tersi anlam yüklenebiliyordu.

için çok daha geçerlidir, çünkü, yapıtın başında verdiğim tanıma göre, sözkonusu kurallar toplumsal bünyenin *o zamanki* iradesini ifade ederler. Bu ilkeden çıkacak sonuç bellidir: Bir yasal düzenlemenin gerçek, yani etkili anlamı yasanın kaleme alındığı döneme -kimi zaman onlarca yıl geriye- dönerek değil, tersine o günkü ortam içinde bulunabilir. Bu görüşü bildiğim kadarıyla en iyi şekilde dile getiren ilk Yargıtay Başkanı Ballot-Beaupré[46] idi: "Yargıç hiçbir zaman, yüz yıl önce yasa grubu yazarlarının şu ya da bu maddeyi hangi düşünceyle kaleme aldıklarına takılıp kalmamalıdır. Kendisine şu soruyu sormalıdır: Bir yüzyıldan beri düşüncelerde, göreneklerde, kurumlarda, Fransa'nın toplumsal ve ekonomik durumunda meydana gelen bütün bu değişiklikler çerçevesinde, adalet ve akıl, *yasa metninin çağdaş yaşamın gerçeklerine liberal bir* şekilde uyarlanmasını buyursaydı sözkonusu yasa yazarlarının düşüncesi ne olurdu?" Bu görüş oldukça şiddetli bir itirazla karşılaştı: Tehlikeli bir öznelciliğe kapı açar gibi görüldü. Hükmün verilmesi gereken anda karar verme durumundaki yasa koyucunun o anki iradesinin "ne olabileceği"ni bilmek için hangi ölçütleri kullanmak gerekir? Bu bakımdan hiçbir kesin kural getirilemeyeceği için, genellikle muhafazakâr bir mizaca sahip olan yargıçların ihtiyat ve ağırbaşlılığına güvenmek zorunda kalınır.

7. Emsallere Başvurmak - Yorumcunun, seve seve kullanacağı bir başka usul ise emsallere başvurmaktır. Baktığı bir davada uygulanacak yasa metni konusunda kararsız olan bir hukukçunun mesleki refleksi onu, benzeri bir davanın daha önce görülüp görülmediğini ve ilgili mahkemelerin yasa-

(46) *Levre du Centenaire du Code Civil,* Paris, Imprimerie Nationale, 1904.

yı hangi yönde algıladığını araştırmaya sevkedecektir: Eğer yorumu yapan yüksek yargı organlarıysa - Fransa'da Yargıtay ya da Devlet Konseyi- bu yorum çok ender olarak itirazla karşılaşacaktır. Bu, hiç kuşku yok ki, tembelce ve kesin olmayan bir çözümdür, zira yeni bir durum öncekinden farklı özellikler gösterir; birinci için geçerli olabilen karar ikinci için olmayabilir. Fransız hukuk uygulamasında sık görülen emsallere başvurma usulünün etkisi Anglo-Sakson ülkelerdeki kadar değildir; bu ülkelerde, çok güçlü bir örf ve âdet geleneği, sözkonusu usulün adage (genellikle örf ve âdet hukukundan alınma bir hüküm şekli, ç.n) şeklinde -*stare decisis*- kullanılmasını salık veriyordu.

Bu kısa müşahadelerden çıkan sonuç şudur: Yargıç çoğu kez, yasayı uygulama zorunluluğu ile en az o kadar kaçınılmaz olan adil ve anın gereklerine uygun bir adaleti yerine getirme zorunluluğu arasında kalır. İşte bu nedenle sık sık, yasa metnine, yazarının verdiğinden açıkça farklı yeni bir anlam vermek zorunda kalacaktır. Yani, böyle bir durumda yargıç, bir dereceye kadar, yasama çalışmasına da katılmış olacaktır -kuralın anlamını değiştirdiği ölçüde.[47] İçtihat da, işte bu ölçüde yaratıcıdır ve de dolayısıyla hukukun kaynakları arasında sayılabilir. Onun yolaçtığı pek çok hukuksal yenilik ve ilerleme vardır.[48]

8. Hakkın Kötüye Kullanılması (Suistimali) Kuramı - Yüzyılın başından beri oldukça büyük bir

(47) Her yorumun aslında metne birşeyler katmak olduğu, haklı olarak belirtildi. İşte bu nedenle, kendi yapıtlarının ayakta kalmasını kıskançlıkla isteyen bazı yasa koyucular bunların yorumlanmasını yasakladılar.

(48) Bkz. J. Charmont, *Les Transformations du Droit Civil*, Paris, 1912; R. Savatier, *Les Métamorphoses Economiques et Sociales du Droit Civil d'Aujourd'hui*, Paris, 1948; yeniden basım 3 cilt, Paris 1964.

gelişme gösteren ve içtihadın, metinler karşısında belli bir bağımsızlığı olduğunu vurgulayan bir kuramdan da söz etmek gerekir. Hakkın kötüye kullanılmasını kastediyorum.

Hakkın kötüye kullanılması kuramı ancak, bireysel ya da öznel haklar anlayışında derin bir dönüşüm meydana geldikten sonra doğabildi. Uzun zaman her bireyin, bir anlamda, kendisinin egemen olduğu ve yasalara ve kurallara uymak kaydıyla istediği gibi davranabileceği kapalı bir alanın merkezi olduğu düşünüldü. Bu bakış açısına göre elbette hakkın kötüye kullanılması sözkonusu olamazdı. Bu yeni kavram, toplumsal ilişkilerin yoğunlaşmasıyla birlikte insanlar arasında karşılıklı bağımlılık ve dayanışma düşüncesinin benimsendiği bir zamanda ortaya çıktı. Bu düşünce, o zamana kadar sadece, *klan* ya da *gens*'ler (*gentes:* Eski Roma'da aynı adı taşıyan ve aynı atanın soyundan gelen birkaç aileden oluşan öbek, ç.n.) gibi dar ve çok organize gruplarda mevcuttu. Ama, bu grupların sınırlarını aştığında, ne kadar mutlak olursa olsun, bir hakkın kullanımının kötü niyetli bir düşünceyle yapılmaması gerektiği kabul edildi.[49] Bir kişinin, kendini haklı çıkarması için kendi kendine haklı olması yetmez: Ayrıca, sahip olduğu bu hakkı kötüye kullanmamış olması da gerekir ve bu da mahkemelerin takdirine bırakılan bir konudur. Bu hukuki özdeyiş, hiç kuşkusuz, çekince uygulandı -harfiyen uygulanmış olsaydı, devrimci bir önemi olurdu; ne var ki, Fransız içtihadı tarafından oldukça geniş bir şekilde benimsendiği ve yorumcunun, yani yargıcın etkilerini artırıcı bir niteliğe sahip olduğu da doğrudur.[50]

(49) Yasama alanında dayanışmanın yaygınlaşması, ceza hukukunda yeni bir suçun ortaya çıkmasına yolaçtı: Tehlikedeki kimseye yardımı red.

(50) Buna yakın bir düşünce dizgesi çerçevesinde, kestirilemezlik denen kurama da işaret etmek gerekir. Sözkonusu olan, belli

9. Yargıcın Hakemliği - İçtihadın bu üretken faaliyeti karşısında, aynı yolda daha da ileri gitmenin ve yargıca, hiç olmazsa zımnen, yasayı metinlerden çok hakkaniyet esasına göre yorumlama hakkı verilmesinin uygun olup olmadığı bile sorgulandı. Konu kamuoyunun önüne 19. yüzyılın son yıllarında, çok saygıdeğer bir yargıç olan Château-Thierry Mahkemesi Başkanı Magnaud'nun verdiği hükümler vesilesiyle getirildi.[51] Soylu bir insanlığın izlerini taşıyan kararları nedeniyle halk ona "iyi yargıç" sıfatını verdi. Bununla birlikte, kararlarından çoğunun metinlerden gerçekten çok fazla uzaklaştığını da kabul etmek gerekir; yargının öznelliği konusu da yine bu vesileyle tartışılmıştır. Bu, sonu gelmeyen bir sorundur ve hiçbir zaman da çözülmeyecektir. Nedenini gördük. Bu sorun, doğası gereği katı olan metinler ile toplumsal yaşamın esnekliği/değişirliği arasındaki kaçınılmaz çelişkinin sonucudur.

Daha eksiksiz bir adalete ulaşma uğruna metinleri kaldırmak mı gerekir? Zaten yorumlama özgürlüğünün yargıca bırakılmasının bundan başka ne anlamı olabilir ki? Bence bu, kötüden de kötü bir çaredir, zira yargıç, yasa metninin getirdiği sınırlamadan kurtulunca, kendi siyasal, felsefi ya da dini inançlarına göre karar verebilecektir ve böylece ay-

koşullarda aktedilen, icrası sırasında bu koşulların borçlu ya da alacaklı aleyhine değiştiği ve bu değişikliğin mantıken kestirilemeyeceği bir sözleşmenin bağıtlandığı durumlardır (buna tipik örnek paranın ani devalüasyonudur). Bu durumda sözleşme aynen uygulanmalı mıdır, yoksa tersine, tarafların ortak niyetini esas olarak yeni koşullara mı uyarlanmalıdır? Yargıç, burada da bir kez daha, vicdanıyla başbaşadır. Bu kestirilmezlik konusunda Fransız içtihadının, hakkın kötüye kullanılmasına göre daha çekingen olduğu ve çoğu kez kolay bir nominalizme pes eder göründüğü görülecektir.

(51) Bkz. H. Leyret, *Les Jugements du Président Magnaud*, Paris, 1900.

nı ihtilaf bir mahkemeden diğerine farklı bir çözümle karşılaşabilecektir. Böylesi bir durum, çok kötü olmasının yanı sıra, genelinde halkın adalete beslediği güveni de sarsabilecek niteliktedir. Ayrıca bu çözüm, görünüşe bakılmazsa, açıkça antidemokratiktir, zira sonuç itibariyle yargıca, belki kuramsal olarak değil, ama yasanın özellikle uygulamada geçerli olduğu düşünülürse, fiilen yasama gücünü vermiş olacaktır. Oysa yasanın, ahlâki değeri ve teknik yeteneği ne olursa olsun bir meslek grubunca değil, ama tüm yurttaşlar tarafından hazırlanmış olması yararlı bir ilkedir. Kaldı ki, yargıçların yasa metni karşısında çok büyük bir bağımsızlığa sahip oldukları bir deneyim yaşanmış ve güvensizlik yarattığı için iyi sonuçlar vermemiştir: Eski Rejim döneminde halk "Tanrı bizi parlamentonun hakkaniyetinden korusun!" diye haykırıyor ve tüm krallık için, sağlam temellere dayalı tek bir adalet istiyordu. Metnin katılığını geniş bir yorumlama özgürlüğüyle hafifletmek şartıyla, yargıcın yasanın hizmetkârı olarak kalması gereklidir.[52]

IV. Doktrin

Doktrin Bir Hukuk Kaynağı Değildir - Klasik kuram, genellikle, doktrin denilen bir dördüncü hukuk kaynağını tanır. Teknik dilde bununla kastedilen, kendini hukuka vermiş olanların, geniş anlamda hukukçular (hukuk profesörleri, yargıçlar, avukatlar, adli ve yargı dışı uygulama içinde yeralanlar) denen kimselerin açıklanmış görüşleridir.

(52) Anglo-Sakson ülkelerde olduğu gibi Fransa'da da, yargıç ve adli kurumlar sosyolojisi, hukuk sosyolojisinin bir dalı olarak gelişme eğilimindedir: Bkz. Örneğin *Année Sociologique*'de (1970, s. 397 ve devamı) irdelenen yapıtlar; bkz. J. Carbonnier, *Flexible Droit*, 4. baskı, 1979, s. 319 ve devamı ve *Sociologie juridique*, 1978, s. 46.

Bu hukuk kaynağı diğerlerinden açıkça ayrılır. Aslında çağdaş Fransız Hukuku'nda çok özel bir niteliğe sahiptir. Daha önce kısaca incelediğimiz diğerleri dolaysız hukuk kaynakları iken, doktrinin dolaylı bir hukuk kaynağı olduğu söylenebilir. Hukukçuların kendi yazılı görüşlerinin (kuramsal ya da uygulamaya yönelik kitaplar, yasa ya da kararlar üstüne istişareler, yorumlar, şu ya da bu kurum üstüne incelemeler, vb.) bu şekliyle hiçbir hukuksal gücü, hiçbir zorlayıcı etki gücü yoktur. Bu etki gücünü ancak yasa, örf-âdet ya da içtihat tarafından teyit edildikleri zaman ve ölçüde kazanabilecekleridir.[53] Ben, bunların bir hukuk kaynağı olarak görülmesinde biraz abartma olduğu kanısındayım. Doktrin günümüzde -Eski Roma'da böyle değildi- siyasi, ahlâki, iktisadi, dini, vb. nitelikli etmenler gibi, hukuksal gelişim etmenlerinden biridir sadece. Gény'nin altını çizdiği "özgür bilimsel araştırma",[54] yasa koyucu ile yorumcunun çalışmalarını çok kolaylaştırır; nesnel bir anlayışla yürütüldüğünde, hukuk biliminin, daha ileride değineceğimiz ve normal olarak uygulama alanında önemli sonuçlara yolaçabilen şu "hukuk sosyolojisi"nin oluşumuna olanak verir sadece. Ancak, "özgür bilimsel araştırma"da doğrudan hukuk kuralları yaratamaz. Toplumsal grup tarafından benimsenmedikçe, yazarların görüşleri kendilerine ait olarak kalır ve hukuk yaşamını etkilemezler.

(53) Görünüşe rağmen Roma'da da böyleydi: Bir niyetin adalet önüne götürülebilmesi için bir "eylem" biçimini alması gerekiyordu ve bu eylemler de, çoğu kez Prudens'lerden (günümüzde doktrin) esinlenmiş olsa da adli otorite tarafından onaylanmış olması gerekiyordu. Bkz. H. Lévy-Bruhl. Prudens ve Praetor, *Revue Historique du Droit Français et Etranger*, 1926, s. 4-39.

(54) Bkz. Gény, *Méthode*..... c. II, s. 74-190.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HUKUKUN GELİŞME ETMENLERİ

Önceki sayfalarda açıklamış olduğum gibi, hukukun sosyolojik algılanışı hukuku bize bir sürü etkinin ürünü olarak sunar. Hukuk, toplumsal bünyedeki iradelerin ifadesi olduğuna göre, demek ki toplumu etkileyen her şeyin toplumun hukuku üstünde de bir yansıması vardır. Çeşitli etmenlerin, hukuku hangi ölçüde etkilediklerini -şayet etkiliyorlarsa- ve az da olsa, bir elektrik akımının etkisinde mıknatıslanmış bir iğneninkine benzer şekilde salınmasına yolaçtığına kısaca değinmek kuşkusuz ilgi çekici olacaktır. Önce bu etmenlerin neler olduğuna, ikinci olarak da nasıl etkilediklerine bakacağız.

I. Gelişme Etmenlerinin İncelenmesi

Bunları üçe ayırabiliriz: İktisadi etmenler, siyasal etmenler ve kültürel etmenler.

1. İktisadi Etmenler - *Eski Roma'da* - Bir toplumun iktisadi yapısı, kesin bir şekilde bu toplumun hukukunda ifadesini bulur. Bilinen birşey olduğu için üstünde durmayacağım. Biri Antikçağ'dan, diğeri ise modern zamanlardan iki örnek vermekle yetineceğim sadece. En eski kaynaklarımızın izin verdiği ölçüde eski tarihlerde Roma toplumu, çoğu kendisini tarıma adamış köylülerden oluşuyordu. Elimizdeki veriler ölçüsünde, bunların örf ve âdetlerinin aynen çiftçilerinkiler gibi olduğunu görüyoruz. Bu örf ve âdetler, büyük bir yetki toplan-

ması, neredeyse gerçekten yapılaşmış tek ve başlıca örgüt olan evcil grup bünyesinde katı bir disiplinle ayırdedilirdi. Bu grubun tüm üyeleri şefin, *pater familias*'ın güçlü otoritesine boyun eğerlerdi; şef, hukuksal gücün tek sahibiydi; yaşları ve toplumsal durumları ne olursa olsun diğer üyelerin hiçbir inisiyatif hakkı ve özerkliği yoktu. Bu aşırı -bu kadar mutlak olan bir başkası bilinmiyor- babaerkil rejimin, alış-verişin çok seyrek olduğu, hemen hemen kendine yeterli bir kırsal toplum için hiçbir önemli sakıncası yoktur. Hak, hukuk konusu olmayı gerektiren pek birşey mevcut değildi; aksine bu toplum kesin ve sıkı bir disiplin gerektiriyordu. Dar bir muhafazakârlık, katı bir biçimcilik, dışarıdan gelenlere, şeylere ve düşüncelere karşı büyük bir kuşku ve güvensizlik bu toplumun diğer özellikleri arasında sayılabilir. Dolayısıyla Eski Roma'nın arkaik hukukunun, bu küçük çiftçiler toplumuna mükemmel bir şekilde uyarlandığı söylenebilir. İ.Ö. 3. yüzyılda, tarımcı Romalılar tüccar oldular. Ekonomik yapılarındaki bu dönüşüm onların hukukuna da yansıdı. Artık global toplumun denetimine tâbi olan aile örgütlenmesi eskisi kadar katı değildi: Toplumsal ilişkilerin yoğunlaşması nedeniyle hukuku ilgilendiren konularda artış görüldü. Böylece, örneğin erkek çocuğun babasının, evli kadının da kocasının despot otoritelerinden kurtulmalarını sağlayan dolaylı da olsa bir yol bulundu ve köleleri azat etme/özgürleştirme biçimleri çoğaldı. Formalizm, özellikle hukuka iyi niyet kavramının girmesiyle birlikte yumuşadı. Sıradan bir muvafakatın akit taraflar arasında yükümlülükler yaratabileceği işlemler bulundu. Yabancılara, düşman muamelesi yapılmasından vazgeçildi.[55]

(55) *Hostis* kelimesi Eski Çağ'da Roma'da hem yabancı hem de düşman anlamına geliyordu.

Modern Zamanlar - 18. yüzyılın sonlarına doğru, büyük sanayi ile makineleşmenin ortaya çıkmasıyla birlikte, bu tür olgular modern çağda da görüldü. Bu yeni süreç, taşınır sermayeleri ele geçirerek zenginleşen yeni bir sınıfın oluşmasına ve aynı zamanda toprak sahiplerinin zayıflamasına yolaçtı. Böylece burjuvazinin siyasal iktidara yükselmesi de hukuk düzeninde, en başta imtiyazların ortadan kaldırılması ve yurttaşlar arasında eşitliğin ilanıyla derin altüstlüklere yolaçtı.[56]

2. Siyasal Etmenler - Siyasal etmenlerin hukuk üstündeki etkisi, daha belirgin olduğu için, daha iyi bilinmektedir. Bu alandaki en ayırdedici, en çarpıcı olgu silahlı kuvvetler tarafından fetih, ilhaktır. Galip gelenin, çoğu kez, yenilene kendi yasalarını, kendi hukukunu ve kendi siyasal anayasasını dayattığı bilinir. Ama yine de bu, mutlak bir kural değildir. İki durum, sözkonusu kuralı devre dışı bırakabilir. Birincisi, yenen (galip) halk liberal bir politika uygulayabilir ve yenilen halklara kendi örf ve âdetlerine göre yaşama hakkı tanıyabilir ya da en azından, yeni bir sistem getirecekse bunu yavaş yavaş, zamana yayarak yapabilir. Sanırım Eski Romalılar böyleydi. Ayrıca halklara göre de bir ayrım yapmakta yarar var: Bazı halklar ulusal anlayışlarına başka halklardan daha bağlıdırlar ve kahramanlık mertebesine varan bir kararlılıkla mücadele ederler özümsenmeye karşı; oysa başkaları, kendilerininkinden daha üstün olarak kabul ettikleri bir hukuku ses çıkarmadan, hatta kimi zaman coşkuyla karşılarlar.

Bir ülkenin siyasal rejiminin, o ülkenin özel hukuk kurallarını etkilemediği söylenemez. Aile, mülkiyet, hatta sözleşmeler düzeni, hüküm süren reji-

(56) M. Garaud, *Histoire Générale du Droit Privé Français (de 1789 à 1804) La Révolution et l'Egalité Civile*, Paris, Sirey, 1953.

min niteliğine -monarşi, aristokrasi, feodalite ya da demokrasi- göre farklı bir şekilde oluşacaktır; bu farklılık belki yasa metinlerinde değil -örneğin aynı Medeni Kanun önemli bir değişikliğe uğramadan, 19. yüzyılda Fransa'da birbirini izleyen farklı siyasal rejimlerde uygulandı-, ama metinleri uygulatan anlayışta görülecektir.

3. Kültürel Etmenler - Hukukun, toplumsal bünyenin özlemlerini dile getiren diğer uygarlık gösterge ve olgularıyla doğrudan bağlantılı olduğunu gördük. Hukuksal olaylarla kültür olayları arasında zorunlu bir uyum vardır. Yine de bu saptama, hukukun en gelişmiş olduğu her yerde diğer kültür olaylarının da aynı düzeyde olmasını gerektirmez. Her halkın kendine özgü meziyetleri vardır: Bu, Eski Roma'da hukuk, Yunanistan'da sanatlar, İbraniler'de din, vb.dir. Burada söylenmek istenen şudur: Kültür hukuku etkiler. Yunanistan'ın fethi, Romalılar'ın sadece sanatları ve edebiyatını değil, aynı zamanda kurumlarını da belirleyici bir şekilde etkiledi. Bu, yenilenin yenen üstünde gerçekleştirdiği kendi kültürüne yabancılaştırma hareketine çarpıcı -ama kesinlikle tek değil- bir örnektir.

4. Dinin Hukuk Üstündeki Etkisi - Dinin hukuk üstündeki etkisi de büyük olabilir, ama burada bir ayrım yapmak gerekiyor. Din, bazı hukuk sistemlerine, deyim yerindeyse, başından beri girmiştir. İlksel hukuklar, eski Yahudi hukuku, İslam hukuku böyledir. Dolayısıyla, bu sistemlerin dini etmenlerce değiştirilmiş olması sözkonusu değildir. Özü itibariyle laik olan bir hukuk sisteminin, zaman içinde çok güçlü bir dini akımla karşılaşması ise çok farklı bir durumdur. İ.S.3 ve 4. yüzyıllara doğru Roma Hukuku'nun Hıristiyan düşünceleriyle karşılaşması buna güzel bir örnektir. Yine de Roma Hukuku'nun durumunu/konumunu korumuş olma-

sı çarpıcı bir saptamadır. Evlenme, boşanma, nesep gibi bazı özel alanlarda Hıristiyanlık, çok az da olsa, Roma Hukuku'nu etkilemiştir; Justinianus Hukuku da, Antoninuslar ve Severuslar zamanındaki büyük pagan hukukçulardan esinlenmiştir. Bu etki sadece Ortaçağ'da, Kilise hukukunun oluşumu sırasında geniş ölçüde gerçekleşmiş ve giderek yeni kurumların doğmasına yolaçmıştır. - Ters yönde ise, 18. yüzyıl sonlarından itibaren Avrupa'da ve özellikle de Fransa'da gelişen laikleşme hareketi, uzun süre Kilise'nin denetiminde kalmış olan öğrenim, medeni durum, kamu yardımı, vb. gibi çok sayıda kurumu laikleştirmiştir.

II. Bu Etmenlerin Etkileme Biçimleri

Hukukun sürekli gelişme halinde olduğunu gördük, ama bu gelişme tüm toplumlarda aynı hızda olmamaktadır; bunu kaba çizgileriyle üçe ayırabiliriz: Durgunluk, düzenli gelişme, ani değişmeler.

1. İlkel Toplumlar - Bazı toplumlar içe dönükyaşarlar ve bu nedenle gözlemciye sadece, yüzyıllar boyunca neredeyse farkedilemeyecek kadar küçük değişiklikler sunurlar. Bunlara kimi zaman "tarihsiz toplumlar" denir; harfi harfine alındığında bu deyiş elbette doğru değildir. Doğru olan, içinde yaşadıkları coğrafi ve demografik koşullarla mistik ortamın bu toplumları, atalarından kalma kurumlarını neredeyse hemen hiçbir değişiklik olmadan korumalarına yolaçtığıdır. İlkel denen toplulukların bir çoğu böyledir. Tüm insan gruplarının ayırdedici özelliği olan sürekli değişim kuralına bir istisna oluştururlar.

2. Olağan Durum - Toplumların çoğu, kendi hukukları bakımından az ya da çok düzenli ve kendileri ayakta kaldıkça da süren bir gelişmeye boyun

eğerler. Ne var ki bu konuda özel kurumlar ile kamu kurumları arasında bir ayrım yapmak gerekir. Bu sonuncuların, en azından görünüşte birincilerden daha duyarlı oldukları söylenebilir. Kolektif duyguları daha belirgin/canlı bir şekilde ifade ettikleri için, bunların değişiminde çoğu kez şiddet unsuru da devreye girer. Tersine, özel hukuk kurumları ise, karışık dönemlerden genellikle büyük dönüşümlere uğramadan geçerler.

3. Devrim - Toplumsal bir olgu olmasının yanı sıra, çok önemli bir hukuksal olgu da olmasına rağmen hukukçuların anlaşılmaz bir şekilde görmezlikten geldikleri -belki de daha doğrusu küçümsedikleri- devrim kavramı devreye girer bu noktada.[57] Devrim kavramı üstünde uzun uzadıya durmak gerekirse de, bunun yeri burası değildir: Sadece birkaç kısa saptamayla yetineceğim. Devrim, bir hukuk sisteminin, toplumsal bünyedeki faal unsurlardan, yeni değerlerin taşıyıcısı olan bir unsurunun sahneye çıkmasıyla gerçekleşen ani ve şiddetli, topyekûn ya da kısmi bir halk dönüşümü olarak tanımlanabilir. Burada söylenmiş olduğu gibi devrim, çoğu kez, özel hukuktan çok kamu hukukunu ilgilendirir; bu arada Fransa'daki 1830 Devrimi gibi sadece siyasal devrimler de vardır. Bununla birlikte en önemli devrimler, diğer toplumsal ilişkileri de etkiler. Önceki hukuku yıkarak ulusun yapısını derinlemesine dönüştüren Fransız 1789 Devrimi ve Rusya'da 1917 Devrimi bunlar arasındadır.

(57) H. Lévy-Bruhl, Le Concept Juridique de la Révolition, *Recueil Edouard Lambert*, Paris, 1938, cilt II, sayfa 250-253; M. Raléa, *Révolution et Socialisme*, Paris, 1923.

İKİNCİ KISIM
HUKUK BİLİMİ

BİRİNCİ BÖLÜM
GENEL BİLGİLER

Önceki sayfalarda hukuku açıklamaya çalıştım. Hukuk bize, elbette değişik, ama hayali veya keyfi olmayan kurallardan oluşan çözümleme sonucu öğrenebildiğimiz birtakım etmenlerin ürünü olduğu için belli bir nesnelliğe sahip toplumsal bir olay olarak göründü. Hukuk kuralları kuşkusuz daha gevşek, ama en az doğa olaylarına hükmedenler kadar gerçek olan belli bir determinizme uydukları ölçüde hukuk da bir bilimsel araştırma konusu olabilir.

1. Bilim ve Teknik - Uzun zamanlar bir sanat, bir teknik gibi düşünülmüştür. Toplumsal bünyenin sözlü ya da yazılı yönergelerini birkaç kelime ile ifade eden yasa koyucunun sanatıdır. Özellikle de, eğer sözkonusu kişi yargıçsa, araştırarak yorumlama sanatıdır- eğer ilgili ya da avukat olarak uyuşmazlığa katılıyorsa, durumunu yasa ya da örf ve âdetlere hassasiyetle uydurmalıdır. Hatta Antik Çağ'da bu konuda uzman olan Romalılar'da hukuk böyleydi. (1. - 3. yüzyılda) Roma Hukuku'nun klasik dönemindeki (1. - 3. yüzyıl) prudens'leri büyük teknisyenlerdi.

Hatta tekniği bile aştılar demek doğru olur, çünkü hâlâ daha kullandığımız kavramları onlar yarattılar. Oysa onların hukukun bilimselliğini düşündükleri söylenemez. Bunun için zamana ihtiyaçları vardı. Tarih bilinçleri yoktu; geçmişle ancak ahlâki dersler çıkarmak için ilgileniyorlardı. Diğer halkların hukuku ile de ilgilenmiyorlardı. Hukukun

bilim olabileceğini anlamak için uzun yıllar geçti. Bu sezgi ilk olarak Montesquieu'de ortaya çıktı; Montesquieu bunu *L'Esprit des Lois* (Yasaların Ruhu) adlı yapıtının ilk satırlarında yeralan şu cümleyle ifade etti: "yasalar... olayların doğasından doğan gerekli ilişkilerdir." O, hukuk kurumlarının nesnel niteliğini ortaya atarak hukuka bilim olma yolunu açtı.

*2. **Hukuk Bilimine Karşı Çıkmalar*** - Aslında bu yolun, açılışından 200 yıl geçmesine rağmen düzenli olarak izlendiği söylenemez ve hattâ birçok yazar, özellikle de hukuk bilimcileri dahil, bugün hukukun diğer toplumsal olayların tersine (örneğin dil) bilimsel araştırma konusu olabileceği konusunda tereddüt içindedirler. Bunlar arasından, sadece pratisyen olanlar bu sorun ile ilgilenmemişlerdir. Kuramcılardan birçoğuna göre ise, hukuk kuralları gerçek bir determinizme uymazlar. Onları bu şekilde düşündürten, hukuk kurallarının yapısı, normatif niteliğidir. Almanlar'ın dediği gibi esas olan ne olduğu değil -Sein- ne olması -Sollen- gerektiğidir. Hukuksal olayın bu özgün yapısı onun bilimsel araştırmanın dışında bırakılmasına yolaçmaktadır. Aslında niçin olduğunu pek anlayamıyoruz. Hukuk kuralları şüphesiz normatiftir, ama bu bilimsel araştırma konusu olmalarını engellemez. Günümüzde hukuktan çok yandaşı olan dini yaptırımlar daha çok bilimsel çalışma konusu oluyor ve hiç kimse de bunları engellemeyi düşünmüyor. Ahlâk için de durum böyledir.

Bazı hukukçuların, ki sayıları gitgide azalıyor, hukuku bir bilim dalı olarak görmelerini engelleyen asıl neden onların bireysel eğitimleridir. Birçoğu için hukuk, bir düşüncenin ifadesi, dayatılmış bir iradedir. Bir yasayı yorumlamak için, çoğu kez yukarıda da söylediğimiz gibi yasa koyucunun düşün-

cesine, yani kişiliğine ve hattâ kimi zaman yaşamöyküsüne başvurmak gerekebilir, böylece bu konuda ortaya çıkan sıkıntılar açıklanabilir. Böyle düşünüldüğünde bunu bütün bilim için yapmak mümkün değildir: Özel bilim olamaz. Ama tersine, benim de söylediğim gibi, hukuksal olayların, toplumsal olayların en önemlilerinden biri olarak toplumsal nedenleri varsa, hukuk kuralları kişilerin değil de grupların bir ifadesiyse, bunların nesnelliği var demektir, bu da onların bilimsel araştırma konusu olabileceğini doğrulamaktadır.

Doğal olarak bireylerin olayların akışını değiştirdiğini inkâr edemeyiz ya da küçümseyemeyiz. Tarih, bazı yetkileri ya da olağanüstü saygınlığı olan bir insanın olayları değiştirebildiği, geciktirebildiği, saptırabildiği ya da çabuklaştırabildiğinin örnekleriyle doludur. Ama bu durum köklü olamaz ve hukuksal yapıyı sürekli etkileyemez.

Toplumsal açıdan bakıldığında, doğa ve fizik alanında olduğu gibi, insan ancak doğaya uymaya başladığında ona egemen olabilmektedir. Bir despot ya da fanatiğin etkisi hiçbir zaman sürekli olmamıştır. Bu demektir ki, hukuk kurumları bir kişinin etkisinden çok başka etmenlerden oluşmaktadır ve toplumsal yaşamın bütün diğer koşullarına bağlıdır. Bu bir "nexus" duygusu haline dönüşerek hukukun uzun zamandır içinde yaşadığı soyutlanmış ortamdan çıkmasını sağlıyor. Hukukun bir bilim dalı olabilmesi için bütün koşullar mevcuttur.

3. Hukuk ve Tekniği Ayırdetmenin Önemi - Bilim olarak hukukun doğası, üzerinde durulması gereken bir konudur ve bu konuda oldukça büyük bir karışıklığın olduğu da bilinmelidir; Öyle ki çoğu kez hukuksal uygulamaya bilim denmektedir. Bu karışıklık maalesef, uygulamalı bilimler ve saf bilimler şeklinde konuşma alışkanlığından da geliyor.

Oysa uygulamalı bilimlere teknik bilimler denmeliydi ve bilim adlandırması ise sadece saf bilimlere ayrılmalıydı.

Bu terminolojik ayrımda hiçbir küçümseyici ya da aşağılayıcı bir niyet, hiçbir peşin yargı yoktur, sadece değişik olayları değişik terimlerle ifade etmek istiyorum. Bu bir gereksinmedir. Oysa çoğu zaman bilim ve teknik birbirinden ayrılamaz - bu da özellikle her ikisinde de aynı derecede kesin ve ciddi olan yöntemden değil yorumlanmasından ve hattâ araştırmanın ele alınışından kaynaklanmaktadır. Eğer bir teknik sözkonusu ise, tüm çaba pratik yararı az ya da çok acil olan sorunu çözmeye yönelmelidir. Bunun tersine, gerçek anlamıyla bilim, yani "saf" bilim araştırmanın pratik sonuçlarıyla kesinlikle ilgilenmez. Bilim adamı da toplumsal yaşam üstünde hiçbir etkisi olmamakla övünmez. Belki onun çalışmalarından pratik sonuçlar alınabilir. Bir insan olarak, eğer sonuçlar yararlı ise övünebilir, yararsız ise üzülebilir, ama bilim adamı olarak önce sonucu düşünmez. Çalışmaları hiçbir çıkar amacı gütmez. Jacobi'nin ifadesine bakılırsa, o insanlığa katkıdan çok "insan aklının gururu" için çalışmaktadır. "Bilim için bilim" düşüncesi bazılarına kibirli ya da ters gelebilir. Ben ise bu görüşe sıkı sıkıya bağlanmak gerektiği düşüncesindeyim, çünkü her ne kadar verimli olursa olsun art niyetli bir yaklaşım bilimsel araştırmayı düzeltilmesi olanaksız bir şekilde bozar. Bilim adamı kendini sadece gerçeğe vermelidir.

4. Güdümlü Bilimin Tehlikeleri - Eğer saf bilim ve uygulamalı bilim-teknik diyebiliriz- ayrımı birçok etmen arasından bilim adamının davranışından kaynaklanıyorsa, günümüzde ihmal edilmeyecek kadar pratik bir yararı var demektir. Yoksa hukuk bilimi politikanın değişkenliğine bağlı kalma

riskini taşır. Bu konuda yapılan incelemeler biyolojinin bile otoriter bir hükümetin etkilerinden kaçınamadığını göstermiştir. Bazı ülkelerde biliyoruz ki Kutsal Kitap adına yapılan Darwin karşıtı sansürlerden sonra zavallı genetik bile Marksist kurama çarptı. İnsanı konu alan bilimlerde devlet müdahalesinden kaçınılmalıdır.

Siyasal güç özellikle bu alanda düşüncelerini dayatmaya çalışabilir. İşte bu durumlarda, bilim adamının kendine güvenmesi ve soğukkanlı olmaya gereksinimi vardır. Çalışmalarında her tür pay ve çıkar düşüncesinden kaçınmalı ve görevine hiçbir otoritenin karışmasına izin vermemelidir. Tabii devlet de kendi görevi itibarı ile görevi olan genel yararı koruyabilmek için bilimden azami ölçüde faydalanmak isteyecektir. Bu iki uyuşmaz gibi görünen eğilimin çözümü teknik ile bilimin ayırdedilmesiyle olanaklıdır.

Siyasal gücün görevi bilim adamlarına, kendi bilimsel çalışmalarında yönergeler vermemek olduğu gibi, ulusunun selâmeti ve refahıyla ilgili birtakım sorunları çözmek için önerilerde bulunması da doğaldır. Hukuk alanında ise, devlet gerek mevcut hukuk kurallarını değiştirmek için, gerekse yeni kurallar çıkarmak için hukukçuların çalışmalarından ve özellikle de bunların hukuk kurumlarına ilişkin kullanılabilir sonuçlarından yararlanacaktır.

Bilim ve teknik ayrımı, tüm bilim adamlarına olduğu gibi hukukbilimciye de gerekli olan mutlak düşünce bağımsızlığı güvencesini vererek bu sonuçların elde edilmesini sağlayabilir. Birkaç yıl önce, her tür karışıklığı önlemek için "Juristique"[58] sözcüğünü hukuk bilimini ve "Juristicien" sözcüğünü

(58) H. Lévy-Bruhl, Hukuk Bilimi ya da Juristique, *Aspects Sociologiques du Droit*, Paris, Riviére, 1955, s. 33-45.

de bu konuda çalışan bilim adamını belirtmek için kullanmayı önermiştim. Burada da bu terminolojiyi kullanacağım. Bundan sonraki sayfalarda bilimin tarih ve yöntemini, sonra da konusunu inceleyeceğim.

I. Hukuk Biliminin Kökenleri

1. İlk Haberciler - Hukuk biliminin gerçek kurucusu olan Montesquieu'ye kadar inmeden -ki döneminde izlenmedi- sosyoloji ile hukukun nasıl, hangi koşullarda karşılaştığını ele alalım. Bu iki alan uzun zaman birbirlerini görmezlikten geldiler ya da birbirlerine sırt çevirdiler. Bunun nedeni de sadece hukukçular değil. Bilindiği gibi, sosyoloji 19. yüzyılın ilk yarısında kuruldu ve de kurucusu iki Fransız düşünürüdür: Henri de Saint-Simon ve Auguste Comte. İlkinin hiçbir hukuk bilgisi yoktu. Comte'un ise vardı denemez.

O zamanlar en ileri düzeyde olan tarihi okulun etkisiyle yasaları yapay bir yapı olarak gördü ve Marx gibi, ama bambaşka nedenlerle hukukun geçici olduğunu ve geleceğin pozitivist toplumunda yok olacağını düşündü. 1880'li yıllara kadar, özellikle toplumsal reformcular olan sosyologların tutumunda çok büyük değişiklikler meydana geldiği söylenemez. 1882'de Herbert Spencer, yasalar üstüne bir bölüm ayırdığı *Principes of Sociology* adlı kitabını yayımladı ve burada şimdi doğru olduğunu söyleyebileceğimiz şu görüşü dile getirdi: Hukuk sadece örf ve âdetin billurlaşmış bir şeklidir.

Fakat Darwin'in tilmizi olan Spencer'in sosyolojisi, bir bütün olarak ele alındığında, hukuka çok az yer veren organik ve biyolojik bir doktrin olduğu görülmektedir. Halbuki Darwin'in yüzeysel olan ve doğruluğunu kabul etmediğimiz tek çizgi üzerinde

gelişme kavramı hariç bazı düşüncelerinin "Toplumsal Darwincilik" dediğimiz olumlu sonuçlarını da kabul etmemek doğru olmaz. Bu etki özellikle İtalyan Vaccaro'nun *Bases du Droit et de l'Etat* (Devlet ve Hukukun Temelleri, Torino, 1893) adlı yapıtında hissedilmektedir. Diğeri de, Marx'ın etkisi ve belki de özellikle artık klasik olan "Aile ve Mülkiyetin Kökenleri" adlı küçük kitabı 1884'de yayımlanan Engels'in etkisi. Başka örnek ise Guillaume de Greef'in *Introduction à la Sociologie* (Sosyolojiye Giriş, Brüksel, 1896) ve Lorica'nın *Les Bases Economiques de la Constitution Sociale* (Toplumsal Oluşumun İktisadi Temelleri, 1893) adlı yapıtları üstünde görüldü.

Kuşkusuz bu yazarlar ekonomik olaylara hukuksal olaylardan daha çok önem veriyorlardı, ama hukuku ekonomiye yaklaştırma ve böylece de hukuku tecrit durumundan kurtarma gibi önemli bir işlevleri oldu. Çok daha psikolojik bir açıdan Lester Ward da 1883'de hukuku doğal ortamı değiştirmeye yönelik bir deneme olarak düşündüğü *Sociologie Dynamique* (Dinamik Sosyoloji) adlı yapıtını yayımladı.

Değişik alanlarda sosyologlar tarafından daha çok çıkar güdücü ve ahlâkçı düşüncelerle yapılan anketleri de unutmamak gerekir. Fransa'da özellikle aile bütçesini ele alan Le Play'in ya da Henri Joly'nin suçluluk üzerine çalışmaları da bunlar arasındadır. Fakat bu iki yapıt, ancak birer yaklaşım olarak düşünülebilir. Ross'un *[Social Control, (Toplumsal Denetim)* New York, 1901] çalışmaları ve W. Sum-ner'ın karşılaştırmalı hukuk ile örf ve âdete geniş yerveren *"Folkways"* (Boston, 1906) adlı yapıtları daha da sistemlidir. İşte o zaman hukukun toplumsal bir olgu olduğu düşüncesine alışılmaya başlandığında "hukuksal sosyoloji" kavramı da or-

taya çıktı.

2. Hukuk Biliminin Kurulması - Buna rağmen 20. yüzyılın son yıllarında bile bu konuda gerçek bir doktrin, sağlam bir yöntem olduğu söylenemez. Sosyoloji ve hukuk arasındaki bağların kesinleşmesi Emile Durkheim sayesinde olmuştur.

Bu bilim adamı, toplumsal olayların münferit ögelere indirgenemezliği şeklindeki özgün niteliğini ortaya çıkararak *sosyolojiyi* yeni temeller üzerine oturttu. O, hukukçu değil de meslekten ve yaratılıştan felsefeci olmasına rağmen, hukukun vazgeçilmez toplumsal doğasını kabul edip ortaya çıkarma başarısını gösterdi. Daha çok onun sayesinde, hukuk kuralları, değiştirilemez ve kutsal bir şeymiş gibi görünmekten çıktı. O, insan özlemlerini az ya da çok kusursuz bir şekilde dile getiren hukuk kurallarının değişken ve dinamik olduğunu ortaya koydu.

O döneme göre yeni olan bu kavram gizli kaldığı konumdan çıkarak hukuku gerçeğe yaklaştırdı. Hukuk sanat, dil, din, vb. gibi toplumsal yaşamın bir ifadesi olarak onlarla sıkı bağlar içindedir ve ayrı düşünülemez. Böylece hukuk araştırmalarına yeni bir yön kazandırıldı ve hukukçulara hukuk kurallarının hangi ölçüler içinde uygulanıp uygulanmadığını, ortaya çıkış nedenlerini, etkinliğini ya da yürürlükten düşmesinin nedenlerini, vb., değerlendirmek için toplumsal ortamları inceleme zorunluluğu doğuyordu. Bütün bunlar, Durkheim'ın doktora tezi olan *La Division du Travail Social* (Toplumsal İş Bölümü, 1893) ya da *Les Règles de la Méthode Sociologique* (Sosyolojik Yöntemin Kuralları, 1894) adlı kuramsal çalışmalarında olduğu gibi, az ya da çok doğrudan hukuka temas eden diğer pozitif araştırma konularında da yeni yeni yeşermekteydiler. Önemli konular arasında özellikle ilkel toplumlarda

toplumsal örgütlenme ve aile konusunu sayabiliriz. Ondan az bir zaman önce, İtalya'da çıkan suç sosyolojisi alanındaki temel yapıtlardan sayılan Enrico Ferri'nin yazdığı *Le Suicide* (İntihar, 1897) kitabı kriminolojiye özel bir yer kazandırdı. Bütün bu gelişmelerin zamanın aydın hukukçularını etkilememesi olanaksızdı. Hukuk Fakültesi'nden üç seçkin profesör Emmanuel Léyy. Charmont ve Huvelin, Durkheim'ın 1898'de kurduğu *L'Année Sociologique*[59] adlı dergiye katkıda bulundular. Durkheim'ın görüşlerine tam olarak katılmasalar bile, Duguit ve Maurice Hauriou onun etkisi altında kaldılar.[60]

*3. **Hukuk Sosyolojisi*** - Sosyolog ile hukukçular arasında etkin ve verimli ilişkiler ancak II. Dünya Savaşı'ndan sonra oldu. Yanlış anlaşılmalardan kaynaklanan karşılıklı önyargıları dağıtmak için en az yarım yüzyıl gerekti. Bugün ise buzlar çözülmüştür[61] ve iki anlayış arasında yakın işbirliğini gösteren işaretler vardır. Önce Strasbourg (1956)[62] ve Toulouse (1958)[63] toplantıları, sonra da ilki 1956'da Paris Hukuk Fakültesi'nde açılan hukuk sosyolojisi öğreniminin tesis edilmesi bunlar arasındadır. Fransa dışındaki ülkelerde de bu konu gerek sosyolog gerekse hukukçular tarafından yüzyılın başından beri yeterince incelendi. Bunlar ara-

(59) *L'Année Sociologique*, 3. takımında (1948'den bu yana) hukuk sosyolojisine ilişkin notlar ve çözümlemelerden oluşan bir bölüm ayırır. Ayrıca bkz. *Hukuk Sosyolojisi ve Adalet* e ayrılmış cilt 27 (1976)

(60) E. Pisier-Kouchner, La Sociologie Durkheimienne Dans l'Oueuvre de Duguit, *Année Sociologique*, 1977, s. 95 ve devamı.

(61) V. Terré, un Bilan de Sociologie Juridique, *Semaine Juridique*, 1966, I, 2015; A.-J. Amaud, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1972, s. 532 ve 1976, s. 492.

(62) *Méthode Sociologique et Droit*, Paris, 1958.

(63) Travaux de la Faculté de Droit de Toulouse, 1959.

sında Almanya'da Kantorowitz,[64] Avusturya'da Eugen Ehrlich,[65] Polonya'da Petrazycki,[66] Rusya'da Timaşef,[67] ABD'de Roscoe Pound[68] ve Sorokin,[69] Hollanda'da Sinzheimer,[70] İtalya'da Trevesi'yi[71] sayabiliriz. Kimi zaman temel, farklılıklara rağmen kendilerini bu çalışmalara veren araştırmacıların çoğalması yarım yüzyıldan beri hukuk anlayışında gerçekleşen değişikliğin güvenilir bir işaretidir. Artık, eskiden beylik söz ve düşüncelerin bahanesi olarak kullanılan muğlak bir hukuk felsefesiyle yetinilmiyor. Araştırmalar gün geçtikçe hukuk sistemleri ile kurumlarının incelenmesini konu almakta ve hukuk bilimi ile kaynaşma eğilimindedir.

II. Yöntem

Hukuk bilimcisi araştırmalarında hangi yöntemi kullanmalıdır? Aslını söylemek gerekirse, bu yöntem genel olarak, toplumsal bilimlerde kullanılandan hiç de farklı değildir.[72] Yöntem başlıca üç işlemle özetlenebilir: Gözlem, yorum ve karşılaştırma.

1. Gözlem - Gözlem, hukuksal olayın modern tipte çağdaş, arkaik tipte çağdaş ya da yokolmuş

(64) H. Kantorowitz, *Der Kampf und die Rechtswissenschaft* (1906).
(65) E. Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Leipzig, 1913.
(66) Leo V. Petrazycki, *Methodologie der Theorien des Rechts und der Moral*, Paris, Sirey, 1933.
(67) N.S. Timaşef, *Introduction à la Sociologie Juridique*, Paris, Pédone, 1939.
(68) Roscoe Pound, *Social Control Through Law*, Yale University Press, 1942.
(69) P. Sorokin, *Social and Cultural Dynamics*, 4 cilt (1937-1942).
(70) H. Sinzheimer, *Die Soziologische Methode in der Privatrechtswissenschaft*, Münih 1909.
(71) Bkz. Trevesi'nin *Introduzione alla Sociologia del* Diritto'su, 1980.
(72) M. Grawitz, *Méthodes des Sciences Sociales*, 1972.

toplumlarda cereyan edişine göre değişik şekillerde yapılır.

A. Modern Toplumlar - Gözlemin kolay olduğu toplumlardır. Çünkü bilgi kaynakları bol ve hattâ aşırı boldur, hatta bazen bunları denetlemek zordur. En önemlileri yazılı kaynaklardır: Teknik nitelikli belgeler, öncelikle de kuralları gösteren mevzuat metinleri, kuralın nasıl uygulandığını gösteren içtihat koleksiyonları. Ama gözlemler yukarıda da söylendiği gibi, dikkatli ve ihtiyatlı bir şekilde yürütülmelidir. Bir yasa derlemesi hem çok fazla belge verir, hem de tam olamaz: Çok yüklüdür, çünkü uygulanmayan birçok mevzuatı kapsar, eksiktir, çünkü kuşkusuz hukuk kuralı olan ve genel olarak uyulmuş, ama yasada yer almamış örf ve âdetleri içermez. İçtihada gelince, yaşama daha yakın olmasına rağmen hukuksal gerçeği tam ve olduğu gibi yansıtmaz. Az önce sözünü ettiğim bu örf ve âdet kurallarının birçoğu dolaylı ve doğrudan anlaşmalardan ortaya çıktıkları halde çoğu kez adalete sunulmamış ve yargı konusu olmamışlardır. Öyleyse daha da ileri gidilmeli, noter ve büyük küçük kuruluşların arşivlerine başvurulmalı ve daha da önemlisi -çünkü bu az ya da çok yarı yasal uygulamalar nadiren yazıya dökülmektedir- ilgililerin tanıklıklarına başvurulmalıdır. Bazen yazınsal yapıtlarda da bu konuda bilgiler bulabiliriz, zira Balzac gibi romancılar yasa gruplarında boşuna arayacağımız hukuksal gerçeğin görünümlerini ortaya koyabilirler. Oysa bu son kaynak (belgesel anlamda), hukuk için ahlâk ve psikolojide olduğu kadar verimli olmayacaktır genelde, zira bütünlerden çok bireyleri ele alır. Metinlerden çok gerçeklere ağırlık veren sosyolojik hukuk anlayışı, hukuk kurumlarının, haksızca Durkheim'a yakıştırılan "şeyler" gibi görülmesine yolaçtı. Mademki bunlar "kolektif şeyler"dir, o hal-

de onları tanımlamak için kullanılması uygun olacak başlıca araçlardan biri istatistik olacaktır. Bir kurumun gerçek etki ve kapsamını anlamak ve bunu zaman ve mekân içinde ölçebilmek için düzenli olarak belirlenen mümkün olduğunca doğru sayısal veriler kullanmak gerekir.

a) İstatistik Yöntemi - Hukukta istatistiğin kullanılması görece yenidir. Bu yöntem, 19. yüzyılın ilk çeyreğinde özellikle Fransa ve Belçika'da[73] doğan düşünce hareketine bağlanır ve 1827'de ilk adli istatistiğin Fransa'da yayımlanmasına varır. Bu yöntem, hâlâ koruduğu *Compte Rendu de la Justice Civile et Criminelle* ((Hukuk ve Ceza Yargıları Raporu) adını taşıyordu. Adalet Bakanlığı gözetimi altında hazırlanan bu resmi yayın bilimsel bir çalışmadan çok hükümete adaletin nasıl uygulandığını gösteren idari bir çalışmadır.

Yıllık şeklinde tasarlanan bu yayın, neticede mücbir sebepler dışında (savaş dönemi) her yıl bir cilt halinde düzenli olarak yayımlandı. Fransa'nın bu girişimi olumlu karşılandı ve Avrupa'nın diğer önemli ülkeleri tarafından da izlendi. Adli İstatistikler önemli eleştirilere konu oldu; hâtta yazarlar bunun bilimsel olarak kullanılamayacağını belirttiler. Eleştiriler biraz abartılmıştı, özellikle de yakın dönemde, zira o dönemde bu belgelerin daha da bilimsel olması için ciddi gayretler gösterilmişti. Her ne olursa olsun, başka yerde bulamayacağımız,

(73) 18. yüzyıl sonundan itibaren matematikteki gelişmeler ve olasılık hesaplarının ortaya çıkması toplumsal olayların da, bir ölçüde bu yöntemle değerlendirilebileceğini ortaya koydu. Laplace ve Bernouilli kardeşlerin çalışmalarını hatırlatabiliriz. Daha ileri tarihlerde ise S.D. Poisson'un çalışmalarını da anmakta yarar var: *Recherches Sur la Probabilité des Jugements en Matière Criminelle et en Matière Civile*, ve *Note Sur la Proportion des Condamnations Prononcées par les Jurys*. Toplumsal alanda Fransa'da Guerry, Belçika'da Quételet istatistiğin başlıca öncüleri sayılabilirler.

Fransız hukuksal yaşamının çok önemli bir yönü, yani yargı düzeni üstüne birçok bilgi bunların içinde bulunmaktaydı. Bazen *nomo-istatistik* de[74] denen hukuk istatistiği böyle başladı, çünkü mahkemeden geçen davaları saymak görece kolay oluyordu. Hukuksal faaliyet dava konusu olmadığında, istatistiksel araştırma çok daha yavaş ilerliyordu, hattâ hemen hiç olmuyordu. Oysa bu çok önemliydi. Kim evlilik sözleşmelerinin,[75] vasiyetnamelerin, değişik dönemlerde değişik ortam ve bölgelerde gayrı meşru çocukların sayısını ve durumunu öğrenmenin ne kadar yararlı olacağını görmez ki? Başka bir örnekle, çeşitli ticari kuruluşların dağılımını bilmek önemli değil midir? Bütün bunlar ve daha başka hukuksal olaylar üstüne dokümantasyon mevcuttur; hattâ bunlara ulaşmak çoğu kez oldukça kolaydır.

Ama bunlara az başvurulduğu gibi, tam olarak toparlanamamışlardır da. Birçok hukukçunun yüzyıllarca bu kurumları incelemelerine rağmen toplumsal yaşamda ne ifade ettiklerini hiçbir zaman sormamaları ne kadar şaşırtıcıdır. Hukuksal istatistiğin gelişmesi, bilimsel açıdan acil bir şekilde ele alınmalıdır.

b) Anket - Hukuk bilimcilerinin araştırmalarını kolaylaştıran tüm teknik usulleri aktarma iddiasında olmadan sadece en yeni olanaklardan birine işaret etmekle yetineceğim: Anket. Polis ve yargı, özellikle de ceza hukuku tarafından her zaman kullanılmış olan anketin, bilimsel araştırma yöntemi olmasından bu yana sadece yarım yüzyıl geçmiştir.[76]

(74) Bkz. George H. Jaffin, Prologue to Nomostatistics, *Columbia Law Review*, cilt XXV (1925), s. 1-32.

(75) Bkz. Un Essai de Statistique de 1962, *Année Sociologique* 1964, s. 443 ve Une Enquete Par Sondage de Conseil Supérieur du Notariat *(Dossiers Juridiques du Notariat*, 1974, No. 4)

(76) Yukarıda belirtmiş olduğum gibi izlenecek yol, Le Play ve okulu

Buna birtakım önyargılar engel oluyordu, bazı geleneksel görüşlere de ters düşüyordu, çünkü ilkesel olarak bu düşüncelere göre bilimsel çalışma tek bir kişinin sorumluluğunda ve onun eseriydi. Anket ise tersine, genel olarak bir araştırmacı ekip tarafından yürütülür, buna da daha deneyimli bir bilim *adamı başkanlık ederdi. Bazen bu bile gerekli değil*di, çünkü çalışma grupları, işi ve sorumlulukları eşit olarak paylaşacak şekilde oluşturuyordu. Ayrıca ve özellikle anket yeni bir çığır açıyordu, zira istisnalar hariç toplumsal alandaki bilimsel çalışmalar o zamana kadar sadece kitabiydi. Bilim adamı eleştirel ya da yapıcı düşüncelerini yazılı veya resimli belgelerle besliyordu, oysa somut gerçek ve canlı olanı gözlemek aklına gelmiyordu. Oysa ona yaraşan bu olmalıydı. Böyle bir görevi istemiyordu, basit olarak gördüğü bu görevi profesyonel bir anketçi ya da gazetecinin işi olarak değerlendiriyordu. Bu davranış biçimi daha çok etnolojinin etkisi sayesinde değişmiştir. İlkel toplumların incelenmesi, tanımı itibariyle yazılı belgelere başvurmadan, yani sadece yerlileri doğrudan gözleyerek yapılıyordu. Oysa anket gözlem değil de nedir? Bu toplulukları incelemek için etnografların kullandıkları yöntemler gelişti ve modernleşti. Konuşma ve davranışları daha canlı olarak kaydedebilmek için gitgide teyp *ve kamera gibi hassas aletler daha sık kullanılma*ya başlandı. Özellikle de içten yanıtlar alabilmek için, soru sorma sanatında da çok önemli gelişmeler oldu. Bütün bu usullerin, günlük toplumsal gerçeğin incelenmesinde kullanılabilir oldukları görüldü; böylece hem yazılı belgeler, hem de canlı tanıklıklar elde etmek mümkün oldu. Anket, daha çok sondaj yoluyla, son yıllarda özellikle ABD'de geliştirilen anket soru çizelgesi tekniği kullanılarak yapılmak-

tarafından çizilmişti.

tadır. Bu yöntem ekonomi ve politika alanında Avrupa'da yayıldı, daha sonra da hukuk alanında -özellikle kriminolojide- kullanılmaya başlandı. Günümüzde ise, ticari ve medeni hukukun yanı sıra kamu hukukuna da girdi. Büyük zorlukları olmasına rağmen, soru sorulacak kişiler dikkatle seçilirse,[77] anket yapanların yeterli psikolojik eğitimi varsa ve sözlü ya da yazılı anket soru çizelgeleri de özenle hazırlanmışsa yöntemin çok büyük yararları olacaktır.

B) Etnografik Gözlem - İlkel denen toplumlar üstüne yazılı belgelerden söz edilemez (hattâ onlara bazen yazısız toplumlar da deniyor), ama akla onlarla ilgili bir soru geliyor: Bu toplumların bir hukuku var mıdır? Varsa, bunu öğrenmek önemli midir? İlk soru ile daha önce karşılaşmış ve olumlu cevap vermiştik. İkinci soruya gelince, buna yanıtımız da olumsuz olamaz. Kuşkusuz hukuk bizimkinden çok farklıdır, ama şayet iyi anlatabildiysem, bugünkü hukukun da hiçbir ayrıcalığı hattâ hukuk biliminin inceleme konuları üstünde de hiçbir tekeli olmadığı görülecektir. Böylesi bir ayrıcalığı ve tekeli olabilmesi ancak hukuk biliminin toplumu değiştirmeyi ya da iyileştirmeyi tasarlamasıyla mümkündür. Oysa -sanırım bu konu üstünde yeterince durduk- hukuk biliminin böyle pragmatik bir rolü yoktur. Onun için hukuk sistemleri arasında hiçbir ayrım sözkonusu olamaz. Hukuk biliminin gözünde

(77) Eşler arasında mal rejimi sözleşmeleri üstüne 13 Temmuz 1965 tarihli yasa, Adalet Bakanlığı tarafından sosyolojik bir anketle hazırlanmıştı. Anket sonuçları IFOP'un dergisi *Sondages*'da (1967,s.11 ve devamı) yayımlandı; bkz. Terré, *Année Sociologique*, 1965, s. 3 ve devamı. O tarihten sonra, yine aynı bakanlığın girişimiyle veraset hukuku (*Sondages*, 1971), boşanma (bkz. INED ve Paris Hukuk Üniversitesi Hukuk Sosyolojisi Laboratuvarı'nın anketi, *Le Divorce et les Français*, 1974-1975, 2 cilt), trafik kazaları üstüne (*Compte de la Justice Civile*, 1971) başka sosyolojik anketler de yürütüldü.

bunların hepsi zaman ve mekân içinde ister yakın ister uzak olsunlar, aynı derecede araştırmaya değer. Ayrıca ilkel toplumların, hukuk biliminin inceleme alanı dışında olması bir yana, tersine son derece ilginç özellikler gösterdiklerini de eklemek isterim. Bunlar o kadar özgündürler ki, başlı başına bir bilim dalının, yani hukuk etnolojisinin konusunu oluştururlar. Bizim burada ilkel hukuktan söz etmemizin amacı, ilkel hukuku gelişiminin ilk evresini incelemek üzere kullanılacak uygun yönteme, yani gözleme dikkati çekmektir. Yazı olmaması nedeniyle, ilk aşamada bilgi sadece yerlilerle konuşmakla ve daha sonra özellikle de gözlemle (görmek ve dinlemek) sınırlanmıştır. Bu tür bir çalışma için, yukarıda da bahsettiğim modern bilimin bize sağladığı en gelişmiş araçlardan yararlanmak gerekir.

Bu toplumların hukukunu öğrenmek isteyen etnograf, idareci veya din görevlisi, mümkün olduğu kadar onların yaşamlarına girmeli, güvenlerini kazanarak toplumsal yaşamlarına katılmalı, törenlerinde bulunmalıdır. Çoğu kez sözden daha iyi olan bu yakın ilişki onlara bu toplumların iktisadi ve hukuksal yapıları üstüne ışık tutacaktır.

C) Yazılı Belgeler Üstünde Gözlem - Artık varlığı sona ermiş ve ancak muhafaza edebildiğimiz kalıntılardan tanıyabildiğimiz toplumların incelenmesinde kullanılan gözlem yöntemi, elbette bu kalıntıların niteliklerine bağlı olacaktır. Dolayısıyla bu toplumların hukuku üstüne geçerli bir bilgi sahibi olmak hemen hemen olanaksızdır.[78] Değerli ve övülecek çalışmalara rağmen tarihöncesi insanlığın kurumları hakkında hemen hiç bilgimiz yoktur. Zaman bakımından bize daha yakın olan diğer toplumlara ilişkin bazı bilgi parçaları ikonografi ya da

(78) Bkz. J. Dauvillier, Problémes Juridiques de l'Epoque Paléolithique, *Mélanges H. Lévy-Bruhl*, Paris, Sirey, 1959, s. 351-359.

arkeoloji sayesinde gün ışığına çıkarılabilmiştir, ama bunlardan sözkonusu toplumların hukuksal kurumlarına ilişkin güvenilir veriler çıkarmak çok zordur. Yok olmuş uygarlıkların toplumsal kurumları üstüne belgelerden söz etmek ancak yazının bulunduğu tarihten itibaren olanaklıdır. Bu belgeler iki türlüdür: Dolaysız ya da dolaylı bilgiler. Dolaylı bilgiler denince karşımıza, Herodot'un Persler, Posidonius'un Thraklar, Tacitus'un Germenler, vb. üstüne verdikleri gibi üçüncü kişilerden sağlanan bilgilerle karşılaşırız. Oysa, araştırmanın konusu olan ortamdan gelenler, tersine dolaysız bilgilerdir ve bunlar, ilkesel olarak daha az eleştiri gerektirirler. Maruz kaldıkları yoğun tahribatlara rağmen, özellikle bazı halklar üstüne çok sayıda yazılı belgeye sahibiz; oysa başka halklara ilişkin neredeyse tam bir bilgisizlikle karşı karşıyayız. Örneğin Mısır'ın Firavunlar dönemi elimizde çok az yazılı belge varken, Lagos hanedanı dönemi ile daha sonraki dönemlere ilişkin binlerce metin -papirüs üstüne- vardır; eski İbrani Hukuku'na gelince neredeyse sadece Eski Ahit'le yetinmek zorundayız. Aynı durum, sadece Veda derlemeleri ve Manu yasaları aracılığıyla öğrendiğimiz eski Hindu Hukuku için de geçerlidir. Buna karşılık Mezopotamya'dan gelen ve çivi harfleriyle yazılmış o kadar çok hukuksal belge vardır ki, bunların tümünü çözmek onlarca yılı gerektirir. Batı Avrupa üstüne ise ne Galyalılar'dan, ne de eski Germenler'den (İrlandalılar ve İskandinavlar dışında, ama tarih bakımından çok daha sonraki derlemelerde) doğrudan hiçbir şey kalmamıştır. Oysa Roma bize hem sayıca, hem de ve özellikle değeri bakımından çok büyük bir hukuksal kaynak bıraktı. Ayrıca, kimi zaman alfabenin Küçük Asya'da bulunması, papirüsun korunmasına olanak veren kuraklık ya da silindir biçiminde piş-

miş toprak üstüne kazınmış Mezopotamya yazıtlarının dayanıklığı gibi kimi zaman tamamen rastlantısal durumlar sonucu Sümer-Akad Hukuku, Eski Yunan Hukuku ve Roma Hukuku üstüne oldukça derinlemesine bilgi sahibi olduk, oysa başka hukuk sistemleri hakkında hâlâ daha hemen hiçbir şey bilmiyoruz.

Babil, Yunan ya da Roma uygarlıkları gibi eski toplumların hukukunu sadece yazılı belgeler sayesinde öğrenebildiğimize göre, aynı durum, tanıklığına başvurulabilecek tek bir insanın bile kalmayacağı kadar bir sürenin geçmiş olması şartıyla kendi hukukumuz için de geçerli olabilir. Kabaca söylemek gerekirse: 19. yüzyıl başları ve hattâ ortaları gibi oldukça yakın bir geçmiş üstüne bilgilerimiz sadece yazılı belgelerle sınırlıdır, zira artık o dönem üstüne tanıklık yapabilecek tek bir insan bile hayatta değildir.

2. Yorumlama - Hukukçunun, şayet sosyologsa, kullanımına sunulan bu verileri nasıl bir anlayışla yorumlayacağını da belirtmek gerekir. Sorunun en önemli yanı budur. Hukukbilimci ile tarihçi arasında bir karşılaştırma yaparsak, bu yöntemin, sözkonusu anlayışı, dogmatik bir şekilde ortaya koymaktan çok tüm yönleriyle gözler önüne sereceği görülecektir.

Neredeyse işaret etmeyi gerektirmeyecek kadar doğal olan bir ilk ayrımı, bir anlamda, bizzat araştırmanın konusu gerektirmektedir. Tarihçi, geçmişi yeniden oluşturmayı (bu belki de bir ütopyadır) kendine görev edinirken ve dolayısıyla sadece anısını koruduğumuz olaylar arasında bir seçim yapmayı ilkesel olarak kendine yasaklarken, hukukçu dikkatini münhasıran, daha önce tanımlamaya çalıştığım hukuksal olaylar, yani kolektif davranış kuralları üstüne çevirir. Yani, sadece betimsel, bireysel

ve öze ilişkin olmayanı *a priori* önemsemeyecektir. Yine de bu konuda, bu çelişkiyi biraz olsun hafifletebilecek bir iki açıklama yapılabilir.

İlk olarak, tarihçiler geçmiş çağları tüm karmaşıklıklarıyla birlikte yeniden yaşatabilmelerinin olanaksızlığını ve her şeyi aynı düzeyde ele aldıkları taktirde bir kaosa sürükleneceklerini farkettiler. Ayrıca, bilinçli ya da bilinçsizce, kendi tarih çevrimlerini, kendi zamanlarında geçerli olan eğilimlere göre değişen yönlendirici düşünceler çerçevesinde düzenlediler. Tarihçi çok uzun bir süre önceliği egemenlere, ardından uluslararası olaylara ve özellikle de savaşlara, daha sonra da kültür olaylarına verdi. Günümüzde eğilim, önceliğin, Marksizm'in etkisiyle, o zamana kadar çok ihmal edilen -bunu kabul etmek gerekir- iktisadi olaylara verilmesi yönündedir. Hukuk tarihçileri, kendi açılarından, kullandıkları yöntemi biraz olsun yumuşattılar ve hedef ve amaçlarını genişlettiler. Münferit olayları, en azından anlamlı oldukları ve test amacıyla kullanılabildikleri ölçüde, eskisi kadar küçümsemiyorlardı. Her şeye rağmen, araştırmanın konusuna ilişkin bu ilk ayrım önemini koruyor.

Bu ayrım, tarihçiler ile hukukçular aynı sorunları ele alsalar da -bu doğal olarak sık sık görülür- vardır ve daha öğreticidir. Ancak ne birileri, ne de öbürleri ne sorunlara aynı şekilde yaklaşırlar, ne de bunları aynı şekilde algılarlar. Sadece Fransız düşünürlerinden bir örnek vermek gerekirse, bir yandan Luchaire ya da Calmette'in, öte yandan Esnein ya da Olivier-Martin'in feodaliteyi nasıl ele alıp işlediklerine bakmak yeterlidir. Birinciler daha betimseldir, ikinciler daha çok yapılar üstünde dururlar; kurumlardan yola çıkarak daha nesnel bir anlayış oluştururlar.

Ama daha da öteye gitmek ve tarihçi ile hukuk-

çu arasındaki daha derin ve daha az göze çarpan ayrımları ortaya çıkarmak gerekir.

A) Kronoloji Kavramı - Önce hukukçunun, kronolojiye daha az önem verdiği, biraz farklı bir kronoloji kavramını ele alalım.

Örneğin Langlois ve Seignobos'un kitabında[79] ifade edildikleri şekliyle klasik tarih yönteminin kurallarına göre kronoloji büyük saygı gösterilmesi gereken bir konudur. Onların gözünde olayların kılı kırk yararcasına tarihlendirilmesi tarihçinin başlıca görevidir ve de belirsizlik alanını durmadan daha da daraltmak amacıyla ustaca ve geliştirilmiş usuller tasarlanmıştır. Bu çalışmanın önemini, hiçbir şekilde yadsımak ya da önemini azaltmak sözkonusu olamaz, zira bu çalışma her tarihsel araştırma için esastır ve öyle de kalmalıdır. Ama, hukukçunun -sosyolog olduğu ölçüde- tarihlendirme üstüne anlayışı farklı ve daha ayrıntılıdır. Onu ilgilendiren, olayın maddi olarak meydana geldiği an değil, ama etkisini gösterdiği andır. Bir başka deyişle, dikkate alınmaya değer olan gökbilim yani takvim zamanı değil, ama toplumsal zaman, bir olay ile aynı yapıdaki bir başka olay arasındaki kronoloji ilişkisidir. Bu görüş benimsendiği takdirde, tarih konusu ister istemez başka bir açıdan ortaya çıkar. Böylece bir olay ya da bir düşüncenin maddi olarak meydana geldiği ana daha az, bu olay ya da bu düşüncenin etkide bulunduğu ana ise daha çok önem verilecektir; zaman içinde birincisinden daha eskiye gidebilen ikincisini belirlemek en az birincisi kadar zordur. Bu, özellikle ilk yayımlandıkları an ile etkiledikleri an arasında büyük zaman farkı görülen doktrinler için doğrudur.

B) Doğru Anlayışı - Bana göre en önemli, en de-

(79) Bkz. V. Langlois ve Ch. Seignobs, *Introduction aux Etudes Historiques*, Paris, 1898.

rin ayrım doğru konusunda tarihçiler ile hukukçuların aynı anlayışta olmamalarından kaynaklanıyor. Tarihçilerin bu konudaki anlayışı, kabul etmek gerekir ki, genel bilimsel doğru kavramına diğerinden çok daha yakındır. Kendi gerçeğiyle birlikte açıklanan şeye kesin bağlı kalma gibi bir kaygıları vardır ve dolayısıyla benimsedikleri doğru kavramı kesin ve ahlâksaldır: Özgün gerçeklik kavramına çok benzer. Hukuksal nitelikli bir metin, bir yasa, bir âdi senet incelendiğinde tarihçinin ilk işi bunun ilk anlamını, yani yazarının buna vermek istediği anlamı araştırmaktır. Belgenin daha sonraları nasıl sağlandığı ve sonraki gelişmeler ise onu ilgilendirmez ve hatta mümkün olduğunca, ısrarla ele alınmamalıdır. Tarihçi metnin ilk anlamına, saflığına, gerçek anlamına bağlı kalır.

Hukukçuya -ya da hukukbilimci- göre ise durum bunun tam tersidir. Hukukçunun gözünde hukuksal metin, anlamı ve kapsamı, etkisi, ortaya çıkış koşullarına bağlı kalan bir arşiv parçasından başka birşeydir. Bu, sürekli gelişme halindeki bir ortamda etkisini gösterecek ve dolayısıyla kendisi de daima gelişen bir tür canlı varlıktır. Bunun sonucu olarak, anlamı durmadan değişir ve hukukçuya göre ilk anlamı, zaman içinde kazanacağı farklı anlamlardan daha önemli değildir. Özgün gerçek kavramı, hukukçu için o kadar ilgi çekici değildir, bu da, az önce yaptığım gibi, hukukçunun anlayışının tarihçininkine göre daha az ahlâksal olduğunu söyleme olanağı verir. Yargıçların kasden ve vicdan azabı duymadan bilerek ters anlamlara vardıklarını daha önce gördük. Burada ise hukukçuların açıkça uydurma şeylere ne kadar önem verdiklerini görüyoruz. Bu itiraf insan aklı için ne kadar küçültücü olursa olsun şunu kabul etmek zorundayız: Hukuk, sadece yerleşmiş doğrulara değil, yanlış bi-

le olsalar genel olarak yaygın düşünce ve inançlara dayanır.[80] İlk bakışta çelişkili görünse de şu beylik özdeyiş bu saptamayı dile getirir: *Error communis facit jus.* "Efsane tarihten daha doğrudur" özdeyişi de aynı anlamda kullanılır. Hukukçulara göre bu özdeyişler derin bir gerçeği içerir. Bir efsane, bir mitos bir toplumsal grup içinde yayılıp hemen herkes tarafından benimsendiğinde bunların dayanaklarının doğru olmaması ya da bir yutturmaca olması artık o kadar önemli değildir: Her şey, sanki dürüst ve reel bir hukuk kaynağı sözkonusuymuş gibi cereyan eder. Bu konuda örnek olarak Yukarı Ortaçağ'ın Faux Capitulares'i (Sahte Buyrultular, ç.n) ile Fausses Décrétales'ini (Sahte Papa Mektupları, ç.n.) vermek yeterlidir; bunlar özgün gerçekmişçesine aynı kapsam ve etkisi olan düzmece yazılardır.

Kaldı ki, yukarıdaki uç durumların dışında bu, olağan bir tutumdur ve bir metni ilk anlamını hiç mi hiç merak etmeden yeni koşullara uyarlamaya çalışan hukukçunun mesleki bir tepkisi gibidir. Burada, hukukun kaynakları üstüne daha önce söylemiş olduklarıma yeniden değiniyorum. Hukuksal bir metin, yürürlükte kalmak kaydıyla, toplumsal işlevini yerine getirmelidir; bu metin, yazınsal bir metin ya da bir sanat yapıtı gibi basit bir tefekkür konusu değildir. Oysa, kendisini oluşturan terimlerin bir anlamda tutsağı olan hukuksal bir metin, hareket halindeki bir dünyada donmuş kalmış gibidir. Dolayısıyla, kimi zaman gerçek bir düşünsel ustalıkla, az ya da çok bilinçlice uydurma ya da en azından yanlı bir yorumlama pahasına da olsa hukuksal metne azami etkinliği "kazandırmak" gerekir. Bu perspektif içinde kalmak ve dönemin tüm belgelerinden özenle yararlanmak kaydıyla metni

(80) Emmanuel Lévy "hukuk inançlara dayanır" demeye alışmıştı.

kaleme alanın gerçek niyetinin ne olduğunu, dürüst bir tarih çözümlemesinin ilk adımının ne olabileceğini araştırmaya gerek kalmayacaktır. Sadece bu niyet, en azından belli bir süre sonra önemini yitirmekle kalmaz, aynı zamanda, tüm hukukçuların bildiği gibi, yasal düzenlemelerin yazarlarının arzusunun tam tersi bir anlamda yorumlandığı da olur.[81]

Hukukçular hemen "skandal" diye bağırmakta acele etmesinler. Hiç kuşkusuz burada ilk bakışta oldukça şaşırtıcı gibi görünen bir tutum vardır, zira bu noktada biz, kimi yazarlara kendilerinin olmayan görüşler yakıştırmaktan çekinmeyen eskilere -Örneğin Justinianus'un *Digesta*'sındaki ünlü kalem oynatmaları- göre çok daha alınganız. Ama, hukukçular çoğu kez olduğu gibi, şayet bir metni görüşlerine sunulan soruna adilane bir çözüm getirebilmek amacıyla ilk anlamından saptırılıyorsa bu durumda onları kınayamayız. Böylece kaba bir ahlâk anlayışına hafifçe sırt çevirerek kendilerini üstün bir ahlâk anlayışının hizmetine verirler. Ayrıca, kendilerinden önceki bir yazarın düzenlemiş olduğu hukuksal bir metni bilerek ya da bilmeyerek değiştirerek bir tür sahtecilik yaptıklarını ileri sürmek doğru değildir. İşte burada da bir kez daha hukuksal metin ile örneğin yazınsal bir metin arasındaki ayrım kendini gösterir. Sosyologa göre hukuk kuralının gerçek yaratıcısı, yazarından çok toplumsal gruptur; yazar, kuralı kaleme almakla sözkonusu grubun özlemlerini dile getirmiştir. Bu durumda -konuya yeniden döndüğüm için kusuruma bakılmasın, ama bu konu son derece önemlidir- hukuk kuralı görünüşteki yaratıcısından, yazarından hemen koparak bir anlamda özerk bir yaşam sürmeye başlar. Dolayısıyla bu metinden -sözcüklerin olağan anlamına gereğinden çok zarar vermeden- çıkarıla-

(81) Bunun bir örneğini daha önce de görmüştük.

bilecek ne varsa çıkarılması hem meşrudur, hem de yorumcuya tavsiye edilir.

3. Karşılaştırma - Buraya kadar söylenenler, daha önce de gördüğümüz gibi, hukuk bilgimizin en zengin kaynağını oluşturan hukuksal metinlere ilişkindir. Ama hukuk bilimi, kaynakların eleştirisinden çok daha ötesine yönelir. Başlıca konusu kurumların, yani sonuç itibariyle şu pozitif ya da negatif kural ve usul öbeklerinin ya da şu veya bu amacı gerçekleştirmek amacıyla toplumun kendi üyelerine dayattığı davranışların öğrenilmesidir. Bu üst düzeyde, hukukçunun kullanması gereken yöntem temelde karşılaştırma yöntemidir. Temel bilimlerde ve beşeri bilimlerde -özellikle dilbilim ve mitoloji alanında- başarıyla kullanılan, ama hukuksal alanda çok emin ve kesin olmayan bu yöntem üstünde biraz olsun durmamız gerekir.

A) İşlevsel Karşılaştırma - Bu yöntemin alanını, daha başlangıçta dayanaktan yoksun sınırlamalar getirmekten kaçınarak olabildiğince genişletmenin yararlı olacağı kanısındayım. Bence karşılaştırma iki düzlemde yapılabilir ve yapılmalıdır da: Maddi ya da tarihsel düzlem ve mekân ya da coğrafya düzlemi -hatta modaya uygun bir istiare olarak da düşey düzlem ile yatay düzlem. Söz gelimi "karşılaştırmalı hukuk" derken anlatılmak istenenin bu olmadığını canı gönülden kabul ediyorum. Tarihsel nitelikli her tür karşılaştırma çoğu kez bunun dışındadır. Sözcüğün mekânsal anlamı ise bir o kadar, hatta düşünülmeyecek kadar dardır. Çağdaş hukuk sistemlerinin hepsi karşılaştırma öğesi olarak kabul edilmez. Bu ancak yapısal benzerlik gösterenler için sözkonusudur.[82] Örneğin başkentleri-

(82) Bu René David'in *Traité Elémentaire de Droit Civil Comparé* (Paris, 1950) adlı kitabında savunduğu görüştür. Bizim görüş açımızdan ise Otetelisano, *Esquisse d'Une Théorie Générale de la Science du Droit Comparé*, Paris, 1940.

mize uçakla birkaç saat mesafede yaşayan, ama hukuk ilkeleri bizimkilerle taban tabana zıt toplumlar -ilkel denen toplumları kastediyorum- *a priori* bunun dışındadır. Bu dışlama can sıkıcıdır, ancak kendi hukukumuzu yetkinleştirme düşüncesiyle bu halkların hukukunu incelemenin pratik hukuk bakımından büyük bir yararı olmayacağı ortadadır. Ama bilimsel açıdan bakıldığında durum farklıdır. Bu açıdan, yukarıda da işaret ettiğim gibi, önceden hiçbir dışlama yapılamaz ve de tüm hukuk sistemleri eş değerdedir. Dolayısıyla, şu ya da bu ilkel kurum ile kültür düzeyi daha yüksek başka bir kurum arasında bir karşılaştırma yapmakta yarar varsa, bunu engelleyecek hiçbir şey olamaz. İlkel insanların bazı kurumları, bizim kurumlarımızın kimi özelliklerini aydınlatabilir ve de tersine kendi deneyimimiz onların kimi hukuksal davranışlarını anlamamıza yardımcı olabilir. Onlarla bizler arasında, kopukluk değil, tam tersine bir süreklilik vardır. Etnoloji bugün ile geçmiş arasında bir köprü işlevi görebilir. Kronolojik anlamda çağdaşlarımız olan bu ilkel insanlar, sosyolojik açıdan uzak atalarımızdırlar. Bundan da şu sonuca varabiliriz: Onların kurumları ile bizimkiler arasında yapılacak bir karşılaştırma yararlıysa, bu, bizden önceki ve onlara göre daha yakın bir çağda yaşamış ve hiç kuşkusuz bize daha yakın olan toplumlar için haydi haydi geçerlidir. Bir başka deyişle, tarihsel sıra içinde karşılaştırma (düşey karşılaştırma) coğrafi karşılaştırma (yatay) kadar haklı bir temele dayanmıştır.

Karşılaştırma, hukuksal alanda önemli güçlükler gösterdiği için çok ihtiyatlı bir şekilde kullanılmalıdır. Bir kurumun, bu tür bir yöntemi kullanarak belli bir işlevi yerine getirmesi bu yöntemin kökennin bulunduğu ortamda kendiliğinden mi orta-

ya çıktığını, yoksa başka bir yerden mi ve de hangi hukuk sisteminden alındığını öğrenmeyi gerektirir. Diğer yandan sözcük ve terimler de ciddi bir karışıklık kaynağıdır. Aynı sözcüğün, birbirine yakın dillerde kimi zaman çok farklı anlamlar ifade etmesinin yanı sıra, aynı dilde bile zaman içinde farklı kurumları işaret ettiği görülür. Dolayısıyla karşılaştırmanın, kurumdan, özellikle de kendisini belirten terimden çok yerine getireceği işlev bakımından ele alınması yerinde olacaktır herhalde.

B) Hukuk Sistemlerinin Geçici Tiplendirilmesi - Az önce ana çizgileriyle belirttiğim yöntemlerin yerinde kullanımı sadece kurumları ve toplumsal işlevlerini değil, ama aynı zamanda hukuk sistemlerini de derinlemesine öğrenmeyi hedeflemelidir. Ama bu konuda henüz yeterince aydınlanabilmiş değiliz. Bu hukuk sistemlerinin sayısı bile kesin olarak bilinmemektedir, zira bunları birbirinden ayırmada kullanılacak ölçütler üstünde henüz genel bir mutabakata varılmış değildir. Ben kişisel olarak, René David'in *Traité Elémentaire de Droit Civil Comparé* adlı yapıtında önerdiği sınıflamayı geçici olarak benimsiyorum. Modern tipteki çağdaş hukukları -sadece bunlarla ilgilenir- beş gruba ayırır: Batı Hukuku, Sovyet Hukuku, İslâm Hukuku, Hindu Hukuku, Çin Hukuku. Ben de eski Yahudi Hukuku'nun "teokratik hukuklar" adı altında İslam Hukuku'yla birleştirdikten başka bu listeye iki kategori daha ekleyeceğim: İlkel hukuk, birçok değişiklik içerse de temel çizgileri hep aynıdır; Feodal hukuk, geniş alanlarda -özellikle Ortaçağ Avrupası'nda ve de başka bölgelerde, başka çağlarda, örneğin Çin ve Japonya'da egemendi. Bu tiplendirmenin, oldukça yüzeysel olduğu ve daha sağlam temeller üstüne oturmadan önce uzun ve sabırlı araştırmalar gerektireceği açıktır.

İKİNCİ BÖLÜM
BUGÜN VE YARININ SORUNLARI

Tantae molis erat *humanum* condere *genus*!
(Virjil)

Sosyolog hukukçuların araştırmalarına konu olan sorun kategorilerinden ikisini ayrıca incelemeye değer gördüm, bunun nedeni her ikisinin de görece yeni bir ortak özelliğe sahip olmalarıdır. Bu bir yandan farklı hukuklar arasındaki ilişkiler sorunu, diğeri de hukukun birleşmesi sorunudur. Bu sorunların birbirine bağlı olduğu daha ilk bakışta görülür.

I. İlişkiler Sorunu[83]

1. Hukuksal Etkileşim - Yeni bir sorun derken anlaşmak gerekir. Bu sorunun eski ve hattâ çok daha eski bir dönemde ortaya çıkmadığını iddia etmek saçma olacaktır. Söylemek istediğim sadece şudur: Sözkonusu sorunun bilincine varılması ve yöntemsel bir şekilde çözülmeye çalışılması zamanımıza çok yakın bir tarihe rastlar. Peki nedir bu sorun? En genel anlamda şu şekilde ifade edilebilir: Bir toplumsal grup, birkaç ender istisna dışında,

(83) Bu konuda bkz. Andreas B. Schwarz, La Réception et l'Assimilation des Droits Etrangers, in *Recueil Lambert*, II, s. 581-590; H. Lévy-Bruhl, Note Sur les Contacts Entre les Systé Juridiques, *Eos*, XVIII. (1956) (*Mélanges Tanbenschlag*, cilt I) s. 27-33; Roger Bastide, *Le Prochain et le Lointain* (L'acculturation Juridique (Hukuksal Yabancılaşma), s. 149), Paris, 1970; J. Gaudemet, Les Transferts de Droit (Hukuk Aktarmaları), *Année Sociologique*, 1976, s. 29; R. Rodiére, Les Migrations de Systémes Juridiques, *Mélanges Marty*, 1978, s. 947.

hiçbir zaman mutlak anlamda yalıtlanmış değildir. Kendi öz kaynaklarıyla karşılayamayacağı iktisadi ya da kültürel gereksinimler nedeniyle olsa da yakın ve hatta uzak gruplarla ilişkiye girer. Biçimleri çok çeşitli olsa da toplumsal ilişkilerin neredeyse evrenselliği -zaman ve mekân içinde- buradan doğar. Savaş ve fetih gibi şiddet kadar ticari mübadeleler gibi şiddeti dışlayan birçok ilişki biçimi çok uzun zamandan beri incelenmektedir. Ama üstünde en az düşünülen, gruplar arasındaki bu iletişimlerin hukuksal yönüdür. Kuşkusuz, uluslararası ilişkilerin yoğun olduğu karmaşık bir toplumda iç içe geçen farklı hukuk sistemlerinde ortaya çıkan ve çoğu kez güç sorunları çözmeye uğraşan koskoca bir hukuk dalı vardır: Uluslararası özel hukuk. Esas amacı yasa ihtilâflarını, olayları ince ve mümkün olduğunca nesnel bir çözümleme yaparak çözmektir. Bu araştırmalar toplumbilimci için elbette çok ilgi çekicidir, ama onun özellikle dikkatini yoğunlaştıracağı şey -bence bunu henüz yeterince yapmamıştır- yabancı hukukların bir hukuk sistemi üstündeki etkisinin incelenmesidir. Kuşkusuz, bir hukuk sisteminin iç etmenlerin etkisiyle dönüşüme uğradığı oldukça sık görülür. Bir hukuk sisteminde meydana gelen gerçekten önemli yenilikler, çoğu kez sözkonusu sisteme dahil edilen yabancı ögelerden kaynaklanır. Bu, bir çok kez ifade edilmiş olmasına karşılık hâlâ daha pek iyi bilinmeyen bir olgudur: Aktarma. Şu şekilde açıklanabilir: Bir grup, geleneksel çözümlerin halledemediği bir güçlükle karşılaştığında yabancı bir çözümle karşı karşıya kalabilir; ya bu çözümü geri çevirecek ya da benimseyecek, yani kendi hukukuna katacaktır. Burada da iki varsayım sözkonusudur. Birincisi, önemsiz ve ayrıntı bir konuda bile "ithalatçı" hukukun, söz gelimi teknik üstünlüğü nedeniyle -başkaca sonuçlara

yolaçmayacak- bir aktarma yapmasıdır. Ama ithal edilen hukuk kuralı önemli, kurumun temel öğeleriyle ilintili olması da mümkündür. Bu durumda, aynı alanı düzenleyen hükümleri birbirine bağlayan iç mantığı nedeniyle sözkonusu kural bir anlamda bir harç işlevi görür ve kurumu bütünüyle değiştirmeye yardımcı olur; bu, ya yabancı çözümü körü körüne taklit etmekle, ya da çoğu kez olduğu gibi bir sentezde bulunarak yapılacaktır; sonuncu durumda, ulusal hukuk ile yabancı hukukun öğeleri iç içe geçerek yeni tip bir kurum oluştururlar. Ama biraz daha ileri giderek münferit bir kural ya da hatta bir kurum değil, ama bütün bir hukuk sistemi bile aktarma yapılabilir. Buna teknik dilde hukukların "rönesansı" (yeniden doğuşu) denir.

2. Roma Hukuku'nun Ortaçağ'da Rönesansı - Geçmişte, böylesi bir rönesansın klasik örneği, Roma Hukuku'nun 11. yüzyıl sonundan itibaren Batı Avrupa'da gözlenen rönesansıdır; bu, daha önce de belirttiğim gibi her bakımdan çok önemli bir olaydır. Hukukun sosyolojik tanımına uygun olarak, bir hukuk sisteminin, kendisini ortaya çıkaran toplumsal koşullar değişmedikçe geçerliliğini koruyabileceğini çok açık bir şekilde gösterir. Yerini yeniden doğan Roma Hukuku'na bırakacak olan feodal hukuk, iktisadi faaliyetin en azından kentlerde gelişmekte olduğu 12. yüzyıl toplumu gibi bir toplumun gereksinimlerine artık uygun değildi. Belki bu örneğin kendi savıma ters düştüğü, yani feodal hukukun zaten yıkılmış olduğu söylenebilecektir. Ama nasıl olmuştu da yerini Roma Hukuku gibi uzun yüzyıllar öncesinde bırakılmış bir hukuk sistemi almış ve tamamen farklı yapıdaki bir topluma uyarlanmıştı? - Roma Hukuku'ndan hareketle son derece özel bir durumla karşı karşıya olduğumuzu unutmayalım. Oluştuğu şekliyle, mümkün olan en

geniş ölçüde, ister dinsel, ahlâksal ister siyasal ya da başka her tür özgün nitelikten arınmıştır. İster bilinçlice, ister mutlu bir rastlantı sonucu olsun, Roma Hukuku etnik değil,ama insanidir ve bu nedenle ana hatlarıyla hak eşitliği ilkesine dayalı her topluma uygulanabilir. Geri kalanı da teknik yetkinliği tamamlar. Böylece, sosyolojik doktrine de ters düşmeden, ilk bakışta çok garip görünen, bir hukuk sisteminin kendi külleri içinden yeniden doğması ve hiçbir şiddetin baskısı olmadan kendini, o zamana kadar yabancı olduğu ülkelerde bile kabul ettirmesi açıklanmış olur.

3. Modern Zamanlarda Dışarıdan Alma Olgusu - Dışarıdan alma durumları ise çok daha fazladır ve ya kısmi ya da topyekûn aktarmalardır. Çoğu, kendi hukuk kurallarının çözemediği modern yaşamın sorunlarıyla aniden karşılaşan yeni ülkeleri ilgilendirir. 19. yüzyılda, Fransız Medeni Kanunu'ndan esinlenen bazı Güney Amerika Devletleri ile Japonya'nın, daha sonraları İsviçre yasalarını örnek alan Türkiye'nin, daha yakın tarihlerde Mısır, Çin, Etiyopya, vb.'nin durumu böyleydi. Günümüzde, son derece ilgi çekici bu tür olgularla karşılaşıyoruz. Bunlar, sonsuza kadar uyuyacağı sanılan bazı ulusların birden uyanmasıyla ortaya çıkmıştır. Özellikle Afrika ve Asya'da, o zamana kadar sadece işgücü deposu olarak görülen eski topluluklar baskıcı bir himayeden kurtularak hiç beklenmedik yeteneklere sahip olduklarını gösterdiler. Milyonlarca insan için arkaik bir yapıdan modern bir uygarlık düzeyine az ya da çok sert bir geçiş sorunu da işte böylece ortaya çıktı. Hukuksal bakımdan bu sorun, eski örf ve âdetlerin korunması ya da yıkılması ve bunların yerini, bazı geleneksel değerlerin ister istemez kurban edileceği bir hukuk sisteminin alması şeklinde ifadesini buldu.

II. Hukukun Birleştirilmesi

Önemli mülâhazalar, bu yapıtta incelenenlerin sonuncusu olacak bir konuya daha değinmeyi gerekli kıldı. Aynı kuralların tüm insanları yönetmesi mümkün müdür, hatta kabul edilebilir mi?

1. Tek Hukuk Dönemi Oldu mu? İlk soru tarihe ilişkindir. Bu tür bir birlik geçmişte gerçekleşmiş midir? Her şey bunun tersini düşündürmektedir: Tarihçiler ve etnografların gözlemleri, ilkel insanlığın boyutları çok dar, başka gruplarla sadece gevşek ve rastlantısal ilişkileri olan toplumsal gruplar halinde yaşadıkları konusunda çakışmaktadır. Zaten, her ne kadar tartışılmış olsa da, bu grupların birbirlerine karşı düşmanca duygular besledikleri bir gerçektir. Bu koşullarda, tarih öncesinde ya da protohistoryada (tarih öncesi ile tarih arasında kalan çağ, ç.n.) gerçek bir hukuksal birliğin oluşmuş olması çok zayıf bir olasılıktır. Bu sava karşı üç itiraz -çok zayıf- ileri sürülebilir. 1. Birincisi mitolojiden alınmıştır: Antik Çağ ve özellikle de Latin Antik Çağı'nda Saturnus'un hüküm sürdüğü mitosu öğretilmiştir; buna göre, insanlar eskiden bir tür altın çağda, toplumsal yaşamın tüm kötülüklerden arındığı bir barış ve refah çağında yaşamışlardı. Bundan hareketle şu tahminde bulunuldu: Sözkonusu olan belki de basit bir efsane değil, ama Cilalı Taş Devri'ne göndermede bulunan tarihsel bir anıydı. Ama bu görüşün ciddi bir şekilde dikkate alınması olanaksızdı. Cilalı Taş Devri'nin teknolojide ve dolayısıyla, kuşkusuz, ahlâk ve kültür düzeninde büyük bir ilerleme sağladığını herkes kabul etmektedir, ama Saturnus'un saltanatı mitosunun, bu devrimin zaman içinde yeniden gündeme gelmesi olduğunu, bunun ne kadar az olursa olsun siyasal ya da hukuksal bir birleşmeye yolaçtığını

düşündürtecek hiçbir ipucu yoktur; 2. Karşılaştırmalı dilbilim kaynaklı bazı veriler, çok eski çağdan beri alabildiğine geniş bir coğrafî alanda hüküm süren imparatorluklar olduğunu düşündürtmektedir. Böylece varsayımı sonuna kadar zorlayarak bir ilkinsan topluluğunun varlığı varsayılabilir; bu varsayım da oldukça iyi bilinen bir mitosa, Babil Kulesi mitosuna dayanmaktadır. Ama dile ilişkin olguları kurumsal olgulara bağlamak çok çüretkârca bir girişim olacaktır; üstelik, yineleyelim ki, mitos hiçbir zaman tarihsel bir kanıtla eşdeğer olmamıştır; 3. Etnografların gözlemleri sayesinde, ilkel topluluklara ilişkin çok sayıda örf ve âdet olduğunu gördük, kuşkusuz çok çeşitli olmalarına rağmen bu örf ve âdetler o kadar çok ortak özellikler gösterirler ki, daha önce belirttiğim gibi, bir ilkel hukuktan söz edilebilir. Ama bu noktası noktasına alınmamalıdır. Sadece modern toplumlar değil, arkaik toplumlar da aynı bir hukuk düzeninde yaşamazlar ve onların örf ve âdetlerinden çıkarsanan örneksemeler -hatta kimi zaman benzeşmeler-, içinde yaşadıkları görece benzer koşullardan ileri gelmektedir, bu bizler için de geçerlidir.

2. Roma Hukuku'nda Birlik Sorunu - Aynı zamanda, hukukun birliğinin çağımıza çok daha yakın bir zamanda, Roma'nın tam Akdeniz havzasını fethettiği ve hukuk kurallarının bu devasa İmparatorluk içindeki tüm halklara sözde uygulandığı bir dönemde gerçekleşip gerçekleşmediği de sorgulanabilir. Bu soruya genellikle olumlu yanıt verilmiştir. Nitekim İ.S. 212'de İmparator Caracalla'nın, İmparatorluk sınırları içinde bulunan herkese Roma sitesi hakkını verdiğini biliyoruz. Böylece hukukun çok geniş bir ölçüde genelleştirildiği bir ilk örnekle karşılaşmış oluyoruz. Yine de bunun gerçek bir hukuk birliği olduğu konusunda kuşku duymamızı

sağlayan güçlü nedenler vardır. Her şeyden önce, Caracalla'nın buyrultusunun amacı ve sonucu İmparatorluk'ta yaşayan herkesi Roma Hukuku'na tabi kılmak mıydı? Hiç de değil. En seçkin yazarlar, az sayıda belgeye dayanarak öğrendiğimiz bu metnin kapsamı ve etkisinin çok daha önemsiz olduğu kanısındadırlar. Yabancıların konumunu belirlemek istediğini varsayarsak -ki bu bile tartışmalıdır- onlara, ilk konumlarını ortadan kaldırmadan ve böylece ikili bir aidiyet hakkı tanıyarak Roma sitesini açmış olması güçlü bir olasılıktır. Ayrıca, 212'den sonra Roma İmparatorluğu sınırları içinde bile birçok bölgesel ya da yerel örf ve âdetin sürüp gitmiş olması mümkündür; bunların en azından bazıları, yapmış olduğum örf ve âdet tanımına göre gerçek hukuk kuralları olarak görülebilir. Nihayet, Roma İmparatorluğu'nun acımasız bir merkezci politikayla kendi toprakları üstündeki bu örf ve âdetleri bastırdığı ve yok ettiği varsayılırsa, belgesizlik nedeniyle haklarında hemen hiçbir şey bilmediğimiz, ama kendi uygarlığı dini gelenek ve görenekleri ile kendi hukuku olan geniş toprakları kendi dışında bırakan Akdeniz havazasının, aynı anda o çağda dünyanın en kalabalık ve en parlak -en azından kendi kaynaklarımıza göre- kesimi olduğunu görürüz. Böylece, Roma İmparatorluk Hukuku'nun gerçekleştirdiği birliğin olsa olsa ancak, askeri ve siyasal fetihlerin yolaçtığı hukuksal nitelikli birtakım sonuçları olduğu söylenebilir; bu, İslam Hukuku'nun 7. yüzyılda ve daha sonraki yüzyıllarda geniş topraklarda yayılmasıyla karşılaştırılabilir.

Hukukun birliği ne geçmişte, ne de günümüzde hiç gerçekleşmediyse, gelecekte gerçekleşebileceği söylenebilir mi? Hukukun doğası üstüne yukarıda belirlenmiş olan ilkelerden hareketle hiç olmazsa böyle bir birliğin koşulları ortaya konabilir.

3. Hukukun Zaman İçinde Birliğinin Belirtileri - Hukuk toplumsal bünyenin iradesini ifade ettiğine göre, ancak bu iradenin her yerde aynı olması koşuluyla birleşebilir. Oysa, yeryüzündeki tüm halkların böylesi bir uyum içinde olmaları düşünülemez ve hatta istenmez. Bundan, birleşme yönündeki çabaları reddederek her tür birleşmenin olanaksız olduğu sonucunu çıkarmak ve bugün yeryüzünde gözlediğimiz az ya da çok çelişkili hukuk kurallarının bu karmakarışık ve canlı, ilginç mozayiğini korumak gerekir mi? Büyük Batı toplaşmaları içinde yeralmayan halklar kendi içlerine dönük yaşamayı ve uluslararası yaşama çok sınırlı bir şekilde katılmayı sürdürdükçe bu farklı kuralların yan yana yaşamasının belki de çok büyük sakıncaları olmayacaktır. Ama günümüzde olaylar farklı şekilde gelişmektedir: İlişkiler çoğalmıştır ve her şey bu ilişkilerin artan bir hızla gelişeceğini göstermektedir. Bundan çıkan sonuç da şudur: Farklı hukuk sistemleri arasındaki çoğu kez keskin olan karşıtlıklar ciddi anlaşmazlıklara yolaçabilecektir - kişi, aile ve miras hukuklarına göre kamu hukukunda kuşkusuz daha az.

Böylece, hukuk anlayışları ve hukuk kurumlarını birbirine yaklaştırma eğiliminin insanlığın yararına olduğu görülür. Günümüzde böylesi bir sürece tanık oluyoruz. Bir dizi veri, küçük gezegenimiz insanları arasındaki ilişkilerin daha da güçlenmekte olduğu umudunu veriyor. Bunların ilki ve kuşkusuz en önemlisi Birleşmiş Milletler'dir (BM); hiçbir siyasal yetkisi olmamasına karşılık BM, birçok kez yapıcı ve barışçı eylemlerde bulunmuştur. Bu yapı, kuşkusuz henüz yeterince sağlam değildir, ve uzantısı olduğu Milletler Cemiyeti'nin başına geldiği gibi yıkılabilir. Ama önemli olan, herhangi bir nedenden dolayı ortadan kalkarsa, hiç kimsenin aklına BM'-

nin yerine bir an önce aynı türde başka bir organın kurulmaması gerektiği gibi bir düşüncenin gelmeyecek olmasıdır. Daha hukuksal bakımdan, hukukun birliğine giden yolda üç önemli aşamaya işaret etmekte yarar var. İlki uluslararası mahkemelerin varlığıdır. Bunların en önemli olanı ve merkezi La Haye'de bulunan daimi Adalet Divanı'nın, gerçek anlamda bir yargı yetkisi yoktur; şöyle ki, bu mahkeme aldığı kararları zorla yerine getirtemez; sözkonusu kararlar, bir tür görüş niteliğinde olsalar da, üyelerinin manevi otoritesi ve teknik yetkisi nedeniyle büyük bir saygınlığa sahiptir. İkincisi ise, olağanüstü bir yargı organı özelliği taşıdığı için geçiciydi: II. Dünya Savaşı ertesinde nazi savaş suçlularına karşı yöneltilen suçlamalara bakan Nüremberg Mahkemesi'nden söz ediyorum. Bu mahkeme, uzun ve özenli bir yargılamadan sonra bir dizi ceza verdi ve bunları uygulattı.

Hukuksal bakımdan ikinci önemli veri ise biraz daha farklıdır: 10 Aralık 1948'de 48 ulus tarafından imzalanan İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi. Kuşkusuz bunlar gerçek anlamda yasal senetler değildirler, ama maddi yaptırımlardan yoksun olmalarına rağmen bu tür metinler, daha önce de gördüğümüz gibi, aralarında Fransa'nın da bulunduğu bir dizi ülke tarafından daha önce ilan edilmişlerdir; ama ancak 1948'de çok sayıda ülke, kendi ideallerini tanımladıkları bu şartı birlikte imzalama konusunda anlaştılar. Bu, çok daha önemli bir olaydır, zira burada sözkonusu olan doğal hukukunkilerle aynı basit ahlâksal kurallar değil, ama gerçek hukuk kurallarıdır.

Daha teknik açıdan ise, çeşitli hukukları yakınlaşmaya iten akıma da işaret etmeyi unutmamak gerekir. Yukarıda da söylediğim gibi, bazı hukuk sistemlerini kendi aralarında gruplandırarak bir-

çok ortak niteliği olan hukuk öbekleri oluşturmak olanaklıdır. Ama bu tiplendirmenin didaktik ve bilimsel bir değeri vardır. Oysa çeşitli toplumsal grupların hukuk kuralları arasındaki bu kabul edilen yakınlığın çok yararlı ve ilgi çekici pratik bir yararını da unutmamak gerekir: Bu yakınlık, anlaşmazlıkların çözümünü kolaylaştırabilir. Böylece yukarıda anılan öbeklerin üyelerine özgü ve aralarındaki hukuksal ihtilafların çözümünü kolaylaştırmakla görevli ortak kurumlar tasarlanabilir. Ama gözümüzün önünde cereyan ettiğini gördüğümüz yeni ve önemli gelişme, zaten birbirine yakın olan sistemler arasındaki kaynaşmadan çok, örneğin arkaik örf ve âdet hukuku ile Batı Hukuku gibi temelden farklı iki sistem arasındaki yakınlaşmadır. Bu yerli hukuklarının birçoğunun özü ile Fransa'nınki gibi ileri derecede gelişmiş hukukların özü arasında, aşılmaz bir uçurum olduğu düşünülebilir. Ama bu çok ciddi bir hata olur. Şu sıralar siyah ve sarı kıtalarda bile süren yoğun kültürel etkileşmeler, önemi gizlenemeyecek kadar büyük farklılıklar bir yana, bir dizi ana ilke üstünde temel bir mutabakat olmasaydı mümkün olmazdı; ütopyacı damgasını yemeden bu ilkelerin, geleceğin insanlığının ortak hukukunu inşa etmede sağlam dayanaklar oluşturacakları umut edilebilir.

İletişim Yayınları • PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE

CEP ÜNİVERSİTESİ

✓ P. BURNEY ***Aşk***
✓ G. BETTON ***Sinema Tarihi***
✓ H.MICHEL ***Faşizmler***
✓ M. SONMEZ ***Türkiye'de Gelir Eşitsizliği***
✓ J. MOURGEON ***İnsan Hakları***
✓ D. SIMONNET ***Çevrecilik***
✓ M. TUBIANA ***Kanser***
✓ N. BENSADON ***Kadın Hakları***
✓ J.F. DRUESNE ***Ortak Pazar***
✓ T. TIMUR ***Türkiye'de Çok Partili Hayata Geçiş***
✓ B. ROSIER ***İktisadi Kriz Kuramları***
✓ R. PERNOUD ***Burjuvazi***
✓ H. ARVON ***Özyönetim***
✓ C. DAVID ***Hitler ve Nazizm***
✓ P. GAILLARD ***Gazetecilik***
✓ P. BENETON ***Muhafazakârlık***
✓ H. ARVON ***Anarşizm***
✓ T. PARLA ***Türkiye'de Anayasalar***
✓ D. BUICAN ***Darwin ve Darwinizm***
✓ J.M. COTTERET/C. EMERI ***Seçim Sistemleri***
✓ A.C. DECOUFLE ***Devrimler Sosyolojisi***
✓ M. REUCHLIN ***Psikoloji Tarihi***
✓ A. MATTELART ***Reklamcılık***
✓ L. GALLIEN ***Cinsiyet***
✓ J.P. HATON ***Yapay Zekâ***
✓ K. DINÇMEN ***Psikiyatri***
✓ P. LOROT ***Baltık Ülkeleri***
✓ P. FOULQUIE ***Varoluşçuluk***
✓ R. PIGNARRE ***Tiyatro Tarihi***
✓ J. CORRAZE ***Eşcinsellik***
✓ L. DOLLOT ***Kitle Kültürü ve Bireysel Kültür***
✓ Y. DUPLESSIS ***Gerçeküstücülük***
✓ F. BALLE /G. EYMERY ***Yeni Medyalar***
✓ J. RUDEL ***Resim Teknikleri***
✓ T. ÇAVDAR ***İttihat ve Terakki***
✓ H. LEVY-BRUHL ***Hukuk Sosyolojisi***
P.GEORGE ***Nüfus Coğrafyası***
B. GUERRIEN ***Neo-Klasik İktisat***
R. BOUDON ***Sosyoloji Yöntemleri***
A. MORALI-DANINOS ***Cinsel İlişkiler Tarihi***
S. FUZEAU-BRAESCH ***Astroloji***
J. FOURASTIE ***2001 Uygarlığı***
Y. MICHAUD ***Şiddet***
N. SAKAOĞLU ***Osmanlı Eğitim Tarihi***
L.V. THOMAS ***Ölüm***
A. MUCCHIELLI ***Zihniyetler***
P. FAURE ***Rönesans***
A. CAILLEUX ***Jeoloji Tarihi***
P. GRIMAL ***Yunan Mitolojisi***
R. JACCARD ***Delilik***
P. PICHOT ***Zekâ Testleri***
MINORSKY ***Kürtler***
P. BRIANT ***Büyük İskender***
O. KOLOĞLU ***Osmanlı ve Türkiye'de Basın***
A KREMER-MARIETTI ***Etik***
J.L. HAROUEL ***Şehircilik Tarihi***
L. BENOIST ***İşaretler, Semboller ve Mitoslar***
İ. ORTAYLI ***Osmanlı İdare Tarihi***
J.F. LYOTARD ***Fenomenoloji***
M. NORMAND ***Ölüm Cezası***
F. de FONTETTE ***Irkçılık***
D. HUISMAN ***Estetik***
Y. ÇAĞLAR ***Türkiye Ormanları ve Ormancılık***
R. BLANCHE ***Epistemoloji***
M.L. ROUQUETTE ***Yaratıcılık***
P. MANNONI ***Korku***
İ. METİN/F. ERASLAN ***Türkiye'de Polis ve Kişi Hakları***
F. BAUD ***İnsan İlişkileri***
P. MORON ***İntihar***
R. PERRON ***Uyumsuz Çocuklar***
C. KAYSER ***Uyku ve Rüya***
M. BEYAZYÜREK ***Türkiye'de Uyuşturucu Bağımlılığı***
A. BOYER ***Siyonizmin Kökenleri***
R.J. DUPUY ***Uluslararası Hukuk***
R. DAVID ***Elektronik***
H. OZBAY/E. ÖZTÜRK KILIÇ ***Türkiye'de Ergenlik Sorunları***
L. MALSON/C. BELLEST ***Caz***
R. ESCARPIT ***Edebiyat Sosyolojisi***
O. REBOUL ***Retorik***
İ. ALTINSAY ***Türk Sineması***
J.G. LEROUX ***İlk Akdeniz Uygarlıkları***
B. ŞENATALAR ***Sağlık Ekonomisi***
P. RENOUVIN ***Birinci Dünya Savaşı***
P. POUPARD ***Dinler***
M. AND ***Türk Tiyatro Tarihi***
N. MARTINEZ ***Çingeneler***
J. PRINET/G. BLERY ***Fotoğraf***
N. FALAY ***Bütçe***
M. BONGRAND ***Politik Pazarlama***
K. ALEMDAR ***Türkiye İletişim Tarihi***

ISBN 975-470-093-1