ANKARA ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ YAYINLARI NO : 174

Prof. Dr. Hâmide TOPÇUOĞLU

Ankara Üniversitesi Hukuk ve Eğitim Fakülteleri
Sosyoloji Profesörü

HUKUK SOSYOLOJİSİ

(SOSYOLOJİ AÇISINDAN HUKUK)

Cilt : I

(KONU, PROBLEMLER, ÖNCÜLER)

ÜÇÜNCÜ BASKI

Cezaevi Matbaası
İSTANBUL
1 9 6 9

«C'est un fait réel que les règles du droit positif, les ordres juridiques positifs, produits de l'esprit humain, créations de l'homme, ne sont pas un monde à part, un système clos, mais seulement un secteur de la réalité, un ordre de faits en relation ou en communication avec d'autres secteurs ou ordres, affecté par eux et les affectant...

Il vient un moment où il est normal de réintégrer la réalité juridique dans la réalité, ou dans l'ensembe de réalités plus larges auquel elle appartient. Si le «juridique» fait partie d'un monde hétérogène plus vaste, s'il baigne de toutes parts dans le non - juridique, la connaissance des relations entre droit et non - droit est un élément nècessaire de la connaissance, de la Science du Droit.

La Science du Droit ne peut pas se concentrer sur la seule contemplation et analyse des règles de droit prises en elles - mêmes.»

(Les Sciences Sociales dans l'Enseignement supérieur : Droit, UNESCO, 1954, Sh : 50.)

«Quand je vais dans un pays, je n'examine pas s'il y a de bonnes lois, mais si on exécute celles qui y sont, il y a de bonnes lois partout.»

MONTESQUIEU
(Notes sur l'Angleterre)

İKİNCİ BASKININ ÖNSÖZÜ

Bugün, birinci cildinin genişletilmiş ikinci baskısını sunduğumuz eserin tamamı iki ciltten mürekkeptir. Görüleceği üzere, birinci cilt, Hukuk Sosyolojisinin konu, problem, metod ve Öncülerini içine almaktadır. Bazı bibliogrfik kaynakların ele geçmesine intizar ederek yayınlanmasını geciktirdiğimiz ve kısa bir zamanda tamamlıyacağımızı ümit ettiğimiz ikinci cilt ise, bu bilim dalının Kurucularına, bugünkü durumuna ve gerek teorik, gerek pratik meselelerine tahsis edilmiştir.

Hukuk ilmi ile Sosyolojinin ortak sınırında yeralan, bu sebeble her iki sahaya da vukufu gerektiren karmaşık konuların öğrenciler tarafından ezberlenmek suretiyle değil, belki kavranmak ve nüfuz edilmek suretiyle öğrenilmesi için eserin hacmi biraz geniş tutulmuştur. Fakültemizde ayrıca bir «Sosyoloji» dersi, «Politik Doktrinler» «Siyasî İlimler» «Sosyal Müesseseler Tarihi» dersleri okutulmamaktadır. Bunların ayrı ayrı, ya da bir kaçı birlikte bazı Hukuk Fakültelerinde okutulmakta oldukları malûmdur. Bu durum karşısında «Hukuk Sosyolojisi» öğrencilerce hazmedilebilen bir ders vasfını kazanabilmek için, kendisi için zarurî olan zemîni bizzat döşemek zorunda kalmaktadır. Dolayısıyla yan konulara da yer verilmek gerekmektedir.

Üçüncü sınıfa kadar gelen öğrenci, Liselerde zaten pek mücmel bir şekilde öğrendiği Sosyoloji'den pek az bir hatıra muhafaza etmektedir. Bu vaziyet karşısında Hukuk Sosyolojisinin mudil problemleri ile karşı karşıya kalınca bir bocalama geçirmesi tabiî bir netice olmaktadır.

Konu üzerindeki öğretim tecrübemiz, sosyolojik meselelerin analizinde, kısa ve kesin cevapları ihtiva eden, bu sebeble öğrenciye imtihan korkusu telkin etmeyen basit eserlerin aldatıcı kolaylığına meyletmemek gerektiğini öğretmiştir. Bu gibi eserleri, öğrenci korkmadan eline almış, kolayca ezberlemiş fakat en ufak bir tartışmaya mukavemetsiz bir halde karşımıza çıkmıştır. Halbuki bu derslerin amacı öğrencilerin «Toplum» ile «Hukuk» arasındaki karmaşık tesirleşme münasebetlerinin derinliği, genişliği, tahlil ve izah güçlüğü hakkında bir fikir sahibi olması, ve hangi hususlarda ne gibi teorik ve pratik problemlerle karşılaşıldığını farketmesi, ve bunları çözebilme metodlarını az çok öğrenmesidir.

Yoksa, bahis konusu edilen problemlerin hepsine, müstahzar ilâçlar gibi, peşin cevaplar bulması veya pratik devalar öğrenmesi değildir. Bilâkis, bu dersler sosyal gerçekliğin bu kadar karmaşık problemlerine çabuk ve kolayca verilmiş cevapların, kestirme hal suretlerinin, ciddiyetine güvenilir objektif hakikatler olmaktan ziyade, sadece hararetli inançlar vasfında olduklarını farkettirmeye hizmet ederse, kendilerine düşen görevi kısmen ifa etmiş sayılırlar.

Kısmen diyoruz, çünki bu görevin tamamen ifası ciddiyetinden şüphe edilen cevapların yerine, hakikati bulup rekzetmekle olur. Bunun için de her konuda, büyük bir sabır ve soğuk kanlılıkla, ilmî araştırmanın gerektirdiği bir titizlikle, kolay ve yakın başarılara özenmeden çalışmak gerekmektedir.

Derhal ilâve edelim ki böyle bir çalışma, münferid olmayacaktır. Bir taraftan hukukun günlük hayatımızdaki gerçekleşme tarzını pek yakından bilen pratik hukukçularımızın, bir taraftan da hukuk ile hayat arasındaki çelişmelerin, istisnaî değil, hemen hemen evrensel bir fenomen oluşunu sebebleri ve örnekleriyle tesbit ve izah eden ilim adamlarımızın elbirliğiyle yapacakları inceleme ve araştırmalar zarurîdir. Bunlar hukukun muhtaç olduğu revizyonları, yaşatılma şanslarının arttırılması için lüzumlu tedbir ve gayretleri ilham edecektir.

Nazarî hakikatlerden pratik sonuçlara geçişin, sosyal problemlerdeki güçlüğü malûmdur. Ancak, bir işin güç olması, başarılmasına teşebbüs edilmemesini gerektirmez.

Diğer taraftan, Hukuk Sosyolojisi alanında bugüne kadar kazanılmış bilgilerin kavranmasıyla ilgili çalışmalar, zarurî olarak

nazarî incelemeleri gerektirecektir. Bir ilim sahasında bizden evvel teraküm ettirilmiş olan bilgi hazinesini tanımadan, veya tanımaya tenezzül etmeden, yeni hakikatler peşinde koşulabileceğini zannetmek saffet eseridir. Bilâkis, kazanılmış bilgilerin öğrenilmesi, kazanılacak bilgilerin neler olduğunu tâyin ve tesbit etmeyi, boşlukların farkedilmesini, çelişmeli sonuçların, vakıa hakikatlerine göre ayarlanarak bir tenkit süzgecinden geçirilmesini mümkün kılar.

Bu itibarla, bu sahanın gerek öncüleri gerek kurucularının hizmetlerini ele almak, meslekî dürüstlüğün bütün icapları ile bunların isabetli görülen veya şüphe ile karşılanan kısımlarını ortaya koymak, hangi hakikatler üzerinde anlaşmaya varıldığını, ya da hangi problemlerin hemen bütün medeniyet çevrelerine mensup düşünürlerin tecessüslerini kurcalamakla evrensel bir sâbite manzarasını gösterdiğini belirtmek lâzımdır. Bu çeşit açıklama ve değerlendirmelerde imkânı olduğu kadar objektif kalınmalı, zati kanaatların adeseseinden geçirirken başkalarına ait fikirleri deforme etmemeğe çalışmalıdır. Bunun tamamen mümkün olmıyacağı, herkesin azçok sübjektif değerlendirmelerde bulunacağı malûmdur. Ancak bu tehlike daima gözönünde tutulursa hata etme ihtimali nisbeten azaltılmış olur.

Biz bu noktalara da itina ettik. Başarıp başaramadığımızı takdir bize düşmemektedir. Bütün arzumuz, öğrencilerimizin, hayatları boyunca uğraşacakları (Hukuk) un sosyal realitedeki hakiki yeri, rolü, müessirlik nisbeti ve bunların bağlı olduğu şartlar, toplumun diğer gerçekleri ile hukuk arasındaki tesirleşmelerin şekli, nisbeti, değişmeleri v. s. hakkında biraz aydınlanmış olarak yetişmelerine yardım etmekten ibarettir.

Hukuku uygulayacak, tamamlıyacak hatta bizzat hukukun yaratılması faaliyetine katılabilecek olan hukukçunun, bu hususlarda başarı gösterebilmesi için hukukun fonksiyonel bir izahından haberdar olması lâzımdır ki bunu da ancak bazı sosyolojik hakikatleri öğrenmekle kazanabilir. JEAN CRUET'nin dediği gibi, «Hukuku anlayabilmek için bütün bir Sosyoloji zarurîdir».

Ancak, bu mütevazi eserle böyle bir ihtiyacı tamamen karşılamağa niyet etiğimiz zannedilmemelidir. Bizim yaptığımız, her araştırıcının, hukukla ilgili sosyal meseleler konusunda, başlı başına

bir sosyolojik incelemeye teşebbüs etmesini; en mükemmel hukukî kaideleri tahayyül etmeden evvel, hangi toplum gerçekliğini düzenlemek istediğini, bu gerçekliğin türlü özelliklerine vakıf olup olmadığını, onun tam bir teşhisini yapıp yapmadığını kendisine sormasını istemek demektir. «Ne» yi düzenlemekte olduğunu lâyıkıyle bilmeyen, düzenlemek istediği sosyal maddeyi iyice tanımayan bir kimsenin, sadece «nasıl» düzenlemek gerektiği hakkında bazı fikirlere sahip olması onu başarıya ulaştırmaya kâfi gelmez.

O halde, sosyal düzenlemeye, sosyal teşhisin takaddüm etmesi gerekir. Bu ise, her konuda, gerekli toplum araştırmalarının, hernevi kanunlaştırmanın zarurî hazırlık çalışmalarını teşkil edeceğine inanılması ile olur. Bu dersler, bütün kusurlarına rağmen, bu hakikati telkin edebilirse, yazar kendini bahtiyar addedecektir.

Prof. Dr. H. TOPÇUOĞLU

BİRİNCİ CİLDİN

İÇİNDEKİLER

G İ R İ Ş

Sahife

I. ***HUKUKTAN SOSYOLOJİYE*** 3

§ 1. BİR «HUKUK SOSYOLOJİSİ» NE İHTİYAÇ VAR MIDIR ? 3

§ 2. «HUKUK İLMİ» NDE TECERRÜT HALİ : 15

A. **Fransada Tefsirci Mektep (Ecole de l'Exégèse)** 16

B. **Almanya'da Mefhumlar içtihadı (Begriffsjurisprudenz)** ... 19

C. **Anglo - Sakson Hukukunda Tahlilci Hukuk İlmi (Analytical Jurisprudence)** 25

§ 3. HUKUK İLMİNDE «SOSYOLOJİK İSYAN» 29

A. **Almanya'da ve Avusturya'da «Serbest Hukuk Mektebi» (Freirechtsschule)** 29

B. **Fransa'da ve Belçika'da «Serbest İlmî Araştırma veya İlmî Mektep» (Libres recherches scientifiques ou Ecole Scientifique)** 45

C. **Devlet Nazariyesinde ilk Sosyolojik Temayüller** 62

Ç. **Amerika'da Sosyolojik Hukuk Nazariyesi veya İlmi (Sociological Jurisprudence)** 77

§ 4. «SOSYOLOJİK TEPKİLERİN YETERSİZLİĞİ, HUKUK İLMİ» İLE «HUKUK SOSYOLOJİSİ» NİN NEVİ FARKI 99

II. **SOSYOLOJİDEN HUKUKA** 96

§ 5. SOSYOLOJİNİN ÖNCÜLERİNDE ve KURUCULARINDA «HUKUK» U İZAH DENEMELERİ 96

§ 6. «HUKUK SOSYOLOJİSİ» NDE YENİ ÇALIŞMALAR 108

Sahife

BİRİNCİ BÖLÜM 115

BİR İLİM DALI OLARAK HUKUK SOSYOLOJİSİ 115

I. İLİMLER ARASINDA YERİ, GÖRÜŞ AÇISI, TARİFİ 117

§ 7. İLİMLERİN SINIFLANMASINDA HUKUK SOSYOLOJİSİNİN YERİ : 117

A. **«Amiyâne Bilgi» - «İlmî Bilgi»** 117

B. **İlmî Bilginin hususiyeti ve «İnsan» ile ilgili ilimler** 122

§ 8. HUKUK SOSYOLOJİSİNİN İLMİ MEŞRUİYETİ MESELESİ : 129

A. **Sosyal Normlar ve Sosyal Gerçeklik Münasebeti** 131

B. **Sosyal Normların çeşitli tetkik zaviyeleri** 139

1. Dogmatik Hukuk İlminin görüş açısı 139
2. Hukuk Felsefesinin görüş açısı 144
3. Hukuk Sosyolojisinin görüş açısı 149

C. **Hukukun izahında çeşitli görüş açılarından hareket etmenin zarurîliği** 155

§ 9. HUKUK SOSYOLOJİSİNİN TARİFİ : 165

II. HUKUK SOSYOLOJİSİNİN KONUSU VE PROBLEMLERİ ... 172

§ 10. HUKUK SOSYOLOJİSİNİN KONUSU VE BÖLÜMLERİ 172

A. **Genel olarak** 172

B. **Sosyolojik bakımdan «Hukuk» ve «Hukuk Kaynakları»** 180

1. Sosyolojinin konusu : «Yaşayan Hukuk» 180
2. Hukukun şeklî ve gerçek kaynakları 186

§ 10. (Mükerrer) ÇEŞİTLİ BÖLÜMLERİN KONULARI 189

A. **Sistematik Hukuk Sosyolojisine giren konular** 189

1. Hukuk Kaynağı olarak «içtimaî münasebet» 191
2. Hukuk Kaynağı olarak «sosyal zümreler» : 195

B. **Diferansiyel Hukuk Sosyolojisine giren konular** 196

C. **Jenetik hukuk Sosyolojisine giren konular** 201

1. Hukukun gelişme ve değişme temayülleri 201

Sahife

2. Hukukun değişme ve gelişmesine sebeb olan âmiller 203

§ 11. TATBİKÎ HUKUK SOSYOLOJİSİ : 204

A. **Nazarî ve Tatbikî Sosyoloji ayırdı** 204

B. «Tatbikî Sosyoloji» mümkün müdür? 205

1. Sosyoloji ve Sosyal Islahatçılık 206
2. Sosyolojide «Bütün» ün tetkiki zarureti 207
3. Görüş ihtilâfları 207
4. Cemiyetin değişme ve düzenlenmeye mukavemeti ... 210

C. **Tatbikî Sosyolojinin meseleleri** 215

1. Sosyal Bozulma ve Sosyal Düzensizlik 218
2. Sosyal Problemler 220
   a) Problemin kabulü 222
   b) Hal imkânının kabulü 222
   c) Hal suretinin seçimi 223
3. Sosyal Plânlama (Social Planning) 224
   a) Sosyal Plânlama fikrine yapılan itirazlar 229
   b) Plânlamanın unsurları 232
      I. Gaye meselesi 232
      II. Bilgi meselesi 235
         aa) Aynı problemin çeşitli sebepleri 235
         bb) Problemler arasındaki bağlılık 236
         cc) Bir hal suretinin yeni bir problem doğurabilmesi 237
         çç) Hal suretleri ile bazı sosyal değerlerin çatışması ihtimali 237
         dd) Hal suretlerini önleyen sun'î engellerin farkedilişi 238
         ee) Hal suretlerinin ebedî olmayışı 238
      III. Tahakkuk vasıtası meselesi 239

C. **Tatbikî Hukuk Sosyolojisinin meseleleri :** 241

1. Hukukî mahiyette sosyal problemlerin hallinde gaye unsuru 242
2. Hukukî mahiyette sosyal problemlerin hallinde bilgi unsuru 243
3. Hukukla ilgili sosyal problemlerin hallinde tahakkuk vasıtaları 245
   a) Normların yaratılması 245
   b) Problemlerin seçilmesi 250
      I) Yalnız tanzim şekilleri itibariyle hukukî vasıtalara ihtiyaç hissettiren problemler 250

Sahife

II) Muhtevaları itibariyle hukukî mahiyette olan problemler 250

aa) Hukuk normlarının yaratılması ile ilgili problemler 251

bb) Hukuk normlarının yaşatılmasıyla ilgili problemler 251

cc) Çeşitli hukuk nevi ve kadroları arasındaki çatışmaların düzenlenmesi ile ilgili problemler 251

dd) Hakların kullanılmasıyla ilgili problemler 251

III. **HUKUK SOSYOLOJİSİNDE METOD MESELESİ** 253

§ 12. METODOLOJİK MÜLÂHAZALAR : 253

A. **Genel olarak** 253

B. **Sosyolojik Metodun prensipleri ve Hukuk Sosyolojisine tatbiki** 257

1. Sosyolojiye müsbet ilim metod ve prensiplerinin tatbiki 259

a) Müşahhaslık prensibi (Règle du concret) 259

b) Bilmediğini bilmek prensibi (Règle de l'ignorance consciente) 264

c) Objektiflik prensibi (Règle de l'objectivité) 267

ç) Vakıanın tâyin ve tahdidi prensibi (Règle de la détermination du fait) 269

d) «Mütesanit bütün» prensibi (Règle de la totalité solidaire) 272

2. Manevi ilimler cereyanının ve bundan mülhem «Anlayış Sosyolojisi» nin metodu : 247

a) DİLTHEY ve «sosyal» den «ruhî» ye dönüş ... 274

b) MAX WEBER ve «ideal tip» kavramı 278

I) Aklî - gaaî saikler yapılanlar (weckrationalitaet) 283

II) Ulvî - hasbî saiklerle yapılan fiiller (Wertrationalitaet) 283

III) Hissî - teessürî saiklerle yapılan fiiller 284

IV) Geleneksel saiklerle yapılan fiiller 284

C. Hukuk Sosyolojisi tetkiklerinde farklı metodlardan istifade 287

Sahife

İKİNCİ BÖLÜM 291

SOSYAL DÜŞÜNCE TARİHİNDE HUKUK SOSYOLOJİSİ PROBLEMLERİ (TARİHÇE)

I. **HUKUK SOSYOLOJİSİNİN ÖNCÜLERİ (Uzak ve Yakın haberciler** 293

§ 13. HUKUK SOSYOLOJİSİNİN FİKİR TARİHİNDEKİ KÖKLERİ 293

A. **Hukuk Sosyolojisi problemlerinin evrenselliği** 293

B. **Fikir tarihi araştırmalarında Hukuk Sosyolojisi bakımından hangi görüşler üzerinde durulabilir?** 297

I. **HUKUK SOSYOLOJİSİNİN UZAK HABERCİLERİ:** 299

§ 14. ARİSTO 299

A. **Şahsiyeti ve temayülleri** 299

B. **ARİSTO'nun gayeci ve ampirik metodu** 302

C. **ARİSTO'da Hukuk Sosyolojisi meseleleri** 305

1. Gerçek sosyal bünye ile esas teşkilât arasındaki münasebetler 306

a) Devletin menşei, müessir ve gaaî sebepleri 307

d) Devlet şekilleri arasındaki farklılığın sebebleri ... 310

c) «Mükemmel anayasa» veya «en iyi esas teşkilât» ne demektir? 311

ç) En iyi esas teşkilâtı tahakkuk etirecek fiilî cemiyet şartları 312

d) Tahakkuku kaabil «daha iyi esas teşkilât» meselesi 314

e) Hukuk siyaseti meseleleri 314

2. İçtimaî rabıtalarla hukuk ve adalet kaideleri arasındaki münasebet 315

a) İnsanın içtimailik vasıfları ve içtimaî rabıtalar; dostluk (filia) 315

b) Farklı içtimaî rabıtaların farklı hukuk kaidelerine vücut verişi 317

c) Farklı sosyal zümrelerin farklı hukuk tiplerini yaratışı 318

D. **ARİSTO'nun hizmeti** 319

Sahife

§ 15. İBNİ HALDUN 325

A. **Şahsiyeti ve temayülleri** 325

B. **Sosyolojinin konusu ve metodu hakında ilk sezgiler** ... 328

1. Tarih ilminin tenkidi 328
2. Sosyolojinin «Ümran İlmi» adıyla kuruluşu 331

C. **Cemiyetler tipolojisi ve Hukukî tipler** 332

1. Göçebe cemiyet tipleri 333
   a) Göçebelik şartlarının insan tab'ı üzerine tesiri ... 333
   b) Göçebe cemiyetin spontane hukuk düzeni ve bunu doğuran içtimaî rabıtalar : asabiyye bağı ve şef saygısı 334
   c) Göçebelik hayatının yarattığı kıymet ölçüleri 336
2. Yerleşik cemiyetlerin hususiyetleri 336
   a) Yerleşik hayatın insan tab'ı üzerine tesiri 336
   b) Asabiyye bağının zayıflaması ve yeni içtimaî rabıtaların doğuşu : devlete sadakat ve dindaşlık bağları 337

Ç. **Devlet müessesesinin politik ve sosyolojik izahı** 338

1. Devletin varlık sebebi ve zaruriliği 338
2. Yerleşik hayatın siyasî ve hukukî teşkilâtlanmayı zarurî kılışı, spontane hukuktan organize hukuka geçiş 339
   a) Aklî siyaset 340
   b) Medenî siyaset 340
   c) Dinî siyaset 340
3. Siyasî iktidarın fiilen teşekkülü ve zamanla meşrulaşma vetiresi 341
4. Hâkimiyet kavramının sosyolojik tarifi, Devletin gayesi ve siyasî iktidarın iyi kullanılması 343
5. Devlet hayatınındinamik seyri : kurulma, gelişme ve çökme safhaları 344

D. **İBNİ HALDUN'un hizmeti** 346

2. **HUKUK SOSYOLOJİSİNİN YAKIN HABERCİLERİ** 350

§ 16. MONTESQUİEU 350

A. **Şahsiyeti ve temayülleri** 350

B. **MONTESQUİEU'de «insan» ve «cemiyet» anlayışı ve** «umumî ruh» tâbiri 353

Sahife

C. **MONTESQUİEU'de «kanun» anlayışı ve «kanun nevileri** 355

1. «En geniş mânâda kanun» 355
2. «Tabiî Kanunlar» 356
3. «Ahlâk kanunları», «Din kanunları» «Hakkaniyet kaideleri» 357
4. «Mevzu kanunlar» 359

Ç. **Mevzu kanunlara tesir eden faktörler : «Kanunların Ruhu»** 360

1. İklim ve kanunlar arasındaki münasebetler 361
2. *Coğrafî muhit şartları ile Devlet rejimleri arasındaki* münasebetler 364
3. Milletlerin «umumî ruh» ları (Esprit général) ve örf-âdetleri ile kanunlar arasındaki münasebetler 365
4. Cemiyet tipleri (ve hükûmet şekilleri) ile kanunlar arasındaki münasebetler 368
   a) MONTESQUİEU, bir cemiyetler tipolojisi yapmış mıdır? 368
      I. İktidarın sabit bir esas teşkilâttan mahrum bulunduğu cemiyetler 369
      II. İktidarın sabit bir esas teşkilâta sahip bulunduğu cemiyetler 370
   b) Hükûmetlerin «tabiat» ları ve «prensipler» i 371
   c) Kanunlarla hükûmet prensipleri arasındaki münasebetler 374

D. **Tatbikî Hukuk Sosyolojisi Problemleri** 375

1. Müessir faktör sıfatıyla «hukuk» ve kanun vaziinin rolü 375
   a) İklim özelliklerinin nazara alınması lüzumu, iklimden doğan kusurların tashihi 376
   b) Eşya tabiatını, tabiî kanunları gözönünde tutmak lüzumu 377
   c) Örf ve âdetle, milli seciyeye pek aykırı düşen kanunların yapılmaması 378
   ç) İktibas faliyetlerinde ihtiyaç tavsiyesi 379

E. **MONTESQUİEU'de müşahede edilen eksiklikler ve hizmetinin değeri** 380

2. metod ve malzeme eksikliği 380
2. «Müessese» kavramına vasıl olamamak 384

Sahife

3. Araştırma programının genişliği ve sonuçların sathiliği 387

§ 17. HUKUKUN SPONTANE TEŞEKKÜLÜ HAKKINDA İLK NAZARİYELER 388

A. **«Devlet hukuku» na mukabil «Cemiyet hukuku» nazariyeleri** 388

B. **HUGO GROTİUS** 391

1. GROTİUS'e göre hukuk nevileri 392
2. Hukukun kaynağı olarak «sociabilité» 394
3. Hukukun kaynağı olarak topluluk tipleri ve bunlara tekabül eden müsbet hukuk nevileri 396
4. Hukukun Şeklî Kaynakları 397

C. **LEİBNİZ** 398

1. Tabiî cemiyetlerin çeşitleri 400
2. Hukukun irade dışı teşekkülü ve hukukun çeşitleri 401

D. **Fiziokratlar** 408

§ 18. XIX UNCU YÜZYILDA SOSYOLOJİNİN KURULUŞU VE POZİTİVİST SOSYOLOGLARIN HUKUK ANLAYIŞI 413

A. **Sosyolojinin bir ilim dalı olarak kuruluşu sırasında sosyal ve politik muhit şartları** 413

B. **SAİNT - SİMON** 415

C. **AUGUSTE COMTE** 422

1. Umumî temayülleri ve esas fikirleri 422

a) Cemiyetlerin ıslahı ancak bir müsbet cemiyet ilmine dayanabilir 423

b) Cemiyete verilecek nihâî şekli Tekâmül Kanunu tâyin eder 423

c) Sosyoloji cemiyeti hem durgun, hem hareket halinde tetkik eder 423

d) Fikrî âmiller insan cemiyetlerinin tekâmül seyrini doğrudan doğruya tâyin eden en müessir faktörü teşkil ederler 424

2. COMTE'a göre Sosyolojinin metodu ve temel kanunları 425

a) Gözlem (müşaheđe) 425

Sahife

b) Deney 426
c) Mukayese 427
ç) Tarihî metod 427
3. COMTE'un Sosyal Statik hakkında vardığı sonuçlar 428
a) Ferd 428
b) Aile 429
c) Cemiyet 430
ç) Devlet 431
4. COMTE'un sosyal dinamik hakkında vardığı sonuçlar 435
a) Dinî devir 438
I. Fetişizm devri 439
II. Politeizm devri 439
III. Monoteizm devri 440
b) Metafizik devir 440
c) Müsbet devir 441
5. COMTE'un hukuk aleyhdarlığı 446
Ç. **COMTE'un takipçilerinde Hukuk anlayışı (LİTTRE ve ARDİGO)** 451
1. LİTTRE 452
2. ARDİGO 453
§ 19. HUKUK TARİHÇİLERİNDE İLK SOSYOLOJİK TEMAYÜLLER : Hukukun tekâmül Kanunları ve hukukî değişmenin âmilleri : HENRİ SUMNER MAİNE, FUSTEL DE COULANGES, B. W. LEİST 456
A. **SİR HENRY SUMNER MAİNE** 457
1. Ferdin durumunda ve hukukî münasebetlerinde gelişme kanunları 459
2. Hukukun tesbiti usullerinde gelişme merhaleleri 461
a) Fiksiyonlar 462
b) Hakkaniyet kaideleri 463
c) Kanunlar 464
3. MAİNE'in hizmeti 464
B. **FUSTEL DE COULANGES** 467
1. Filolojik ve tarihî metod 467
2. Kadîm Site'de cedde tapma dini 469

Sahife

3. Dinden doğan hukukî müesseseler 470
a) Baba otoritesi 470
b) Toprak üzerinde aile mülkiyeti 470
c) Nesep alâkasının dinî karakteri 470
ç) Erkek üstünlüğünün dinî menşei 471
d) Evliliğin kutsallığı 471
e) Evlâd edinmenin dinî sebebleri 471
4. Hususî Hukukun Devletten çıkmayışı 472
5. Aile dininin sosyal sonuçları : Plep sınıfı 472
6. Toplum tiplerinin gelişmesi ile yeni Tanrıların ve dinlerin doğuşu 473
7. Krallık otoritesinin dinî menşei 474
8 Dinî inançların zayıflaması sonunda pleplerin hak talepleri ve laik hukuk sisteminin doğuşu 475
9. Laikleşmenin eski hukukî müesseselere tesiri 476
10. Amme menfaatı kavramının doğuşu ve laik hukuk sisteminin «Devletçi» karakteri 478
11. Roma Hukukunun dinî baskıdan âzâde olarak gelişmesi 479
12. FUSTEL DE COULANGES'ın hizmeti 480

C. **BURCKHARD WİLHELM LİST** 482

1. Site Hukukunun laik karakteri 482
2. Arien kavimlerde devletin sınırlı iktidarı 483
3. Hukukun iki nevi : hayattan doğan hukuk, Devletten çıkan hukuk 483

§ 20. ETNOGRAFLARIN, ETNOLOGLARIN ve KRİMİNOLOGLARIN YARDIMLARI 486

A. **Genel olarak** 486

B. **ALBERT HERMANN POST** 488

C. **S. R. STEİNMETZ** 490

Ç. **CHARLES LETOURNEAU** 492

D. **İlk Kriminologlar** 493

1. Genel olarak 493
2. GABRİEL TARDE. (Kriminoloji'ye yardımı) 495
3. ENRİCO FERRİ 504

Sahife

§ 21. XIX. YÜZYILIN İKİNCİ YARISINDA ÇEŞİTLİ SOSYOLOJİ EKOLLERİNİN DOĞUŞU VE BUNLARIN HUKUK ANLAYIŞI 511

A. **AUGUSTE COMTE'dan sonra Sosyolojinin aldığı çeşitli yönler** 511

B. **BİYOLOJİK SOSYOLOJİ CEREYANLARI VE BUNLARIN HUKUK ANLAYIŞI** 517

1. Genel olarak 517

2. HERBERT SPENCER : Uzviyetçi Sosyolojiden Ferdiyetçi doktorine 520

a) Temayülleri 520

b) Tabiat ve Cemiyete hâkim olan Tekâmül Kanunu 522

c) Cemiyetler tipolojisi ve İşbirliği çeşitleri 524

ç) Hukukun mahiyeti ve menşei 526

I. Ecdat ruhunun direktifleri 526

II. Şef ruhlarının direktifleri 527

III. Hayatta olan şeflerin emirleri 527

VI. Cemiyetin umumî efkârı 527

d) SPENCER'in görüşlerinin değeri 528

3. LİLİENFELD, SCHAEFLE, WORMS : Uzviyetçi doktrinin aşırı temsilcileri 530

4. ESPİNAS 532

5. GUMPLOWİCZ : Irklar arası mücadele teorisi 534

6. RATZENHOFER ve Menfaatler teorisi 541

7. MİCHEL ANGELO VACCARO ve sosyal intibak teorisi 544

a) İntibak fenomeni 544

b) Hayat mücadelesinin iki şekli : iç mücadele, dış mücadele 545

c) Siyasî iktidarın menşei ve ilkel fonksiyonu 549

ç) İktidar fenomeninin izahı 549

d) Hukukun menşei, tekâmülü ve hukuk normlarının tecrübî teşekkülü 551

e) Galipler ile mâğlupların mücadele ve intibaklarının eseri olan hukukî müesseseler 555

f) Gaaliplerin kendi aralarındaki mücadele ve intibaklarından doğan hukukî müeseseler 555

Sahife

g) İnsanın sosyal muhitine intibakındaki güçlük sebebleri 557
h) İntibakı kolaylaştırma şartları 558
i) VACCARO'nun fikirlerinin tartışılması 559

B. **PSİKOLOJİK SOSYOLOJİ CEREYANLARI VE BUNLARIN HUKUK ANLAYIŞI** 561

1. Genel olarak 561
2. GABRİEL TARDE 563
a) Taklit kanunları 563
b) Taklit vetiresinin hukuk sahasında tezahürü 566
c) Hukukta sistemleştirme ihtiyacı, yaratıcı tefsir ve Kanun vazıının mucitlik rolü 570
ç) Hukukun tekâmülüne müessir âmiller 571
d) TARDE'ın hizmeti 572
3. LESTER WARD ve Sosyal Islahatçılık (Méliorisme) 573
a) Temayülleri ve hususiyeti 573
b) Cemiyet ve Tabiat münasebeti ve «Sosyal» vakıaların uzvî - ruhî kökleri 575
c) Sosyolojinin konusu : insanın başarıları (human achievements) 576
ç) Sosyal başarı'nın faktörleri : Sosyal kuvvetler ve Devletin rolü 578
d) Kanun vaz'ında nazara alınması gereken sosyolojik hakikat : enerjinin istenen mecralara sevki : Câzip kanunlar 581
e) LESTER WARD'ın hizmeti 582
4. WİLLİAM GRAHAM SUMNER ve «Halk tarzları» (volkways) 583
a) Halk tarzları (Volkways) ne demektir ? 584
b) Halk tarzları'nın çeşitli nevileri 586
I. Örfler (Mores) 587
II. Ahlâk ve Âdap Kaideleri (Morals) 590
III. Hukuk (Kanunlar) 590
c) SUMNER'in hizmetinin değeri 592
5. E. A. ROSS ve «Sosyal Kontrol» kavramı 593
a) Şahsiyeti ve temayülleri 593
b) Sosyolojinin konusu : Sosyal vetire 595
c) Sosyal kontrol ve çeşitleri 596
d) ROSS'un görüşlerinin tenkidi 600

BİRİNCİ CİLDİN SONU 601

G İ R İ Ş

I — HUKUKTAN SOSYOLOJİYE.

§ 1. — Bir «Hukuk Sosyolojisi»ne ihtiyaç var mıdır?

§ 2. — «Hukuk İlmi»nde tecerrüt hali :

A — Fransa'da tefsirci mektep (Ecole de l'Exégèse).

B — Almanya'da Mefhumlar içtihadı (Begriffsjurisprudenz).

C — Anglo - Sakson Hukukunda Tahlilci Hukuk İlmi (Analytical Jurisprudence).

§ 3. — Hukuk İlminde «Sosyolojik İsyan» :

A — Almanya'da ve Avusturya'da «Serbest Hukuk Mektebi» (Freierechtsschule).

B — Fransa'da ve Belçika'da «Serbest İlmî Araştırma veya İlmi Mektep» (Libre recherche scientifique ou Ecole scientifique).

C — Devlet Nazariyesinde ilk sosyolojik temayüller.

Ç — Amerika'da Sosyolojik Hukuk Nazariyesi veya İlmî (Sociologial Jurisprudence).

§ 4. — Sosyolojik tepkinin kifayetsizliği, «Hukuk İlmi» ile «Hukuk Sosyolojisi»nin nevi farkı.

II — SOSYOLOJİDEN HUKUKA.

§ 5. — Sosyolojinin öncülerinde ve kurucularında «Hukuk»u izah denemeleri.

§ 6. — «Hukuk Sosyolojisi»nde yeni çalışmalar.

I — HUKUKTAN SOSYOLOJİYE

§ 1 — BİR «HUKUK SOSYOLOJİSİ» NE İHTİYAÇ VAR MIDIR ?

«Hukuk Sosyolojisi» (Sociologie Juridique = Rechtssoziologie = Sociology of Law (1), aşağı yukarı altmış, yetmiş yıllık mazisi olan yeni bir ilim dalıdır (2). İlim dünyasına kendini kabul ettirmek isteyen her yeni ilim dalı gibi, o da, gelişme çağlarını şiddetli bir varlık mücadelesi içinde geçirmiştir. Bununla beraber, bu mücadele, neticede onun konusunu, metodunu, hudutlarını daha sağlam bir şekilde belirtmesine yaramıştır.

Filhakika hukuk, ikibin küsur senedenberi klâsik normatif bir ilmin tetkik konusu olarak işlenmiş, gerek umumî gerek hususî tat-

---

(1) Burada «Sociological Jurisprudence» tabirini bilhassa kullanmadık. Bu terim bazan Hukuk Sosyolojisi anlamına kullanılmaktaysa da, ilerde belirtileceği gibi, her iki disiplin arasında fark vardır. Hukuk Sosyolojisi, hukukun sosyoloji tarafından tetkik ve tahlilidir. Dilimize Sosyolojik Hukuk İlmi veya Sosyolojik Hukuk Nazariyesi diye çevirebileceğimiz «Sociological Jurisprudence» ise, sosyolojik metodun hukuk ilmine, tefsir kaidelerine ilh, tatbiki suretiyle bu klâsik ilmin kendisini ıslah etmesini ifade eden bir terimdir. Amerika'da ROSCOE POUND'un kurduğu ve daha evvel HOLMES ve CARDOZO v. s. gibi sosyolojik temayüllü hukukçuların hazırladığı bu «Hukukun Sosyolojik Nazariyesi», dolayısıyla, Hukuk Sosyolojisinin inkişafına da hizmet etmiştir. Bu bakımdan bu cereyanın kurucuları Hukuk Sosyolojisinin Amerikan kurucuları olarak gösterilmektedir: (GURVİTCH — Sociolog of Law. 1953.) Mamafih bu esere yazdığı önsözde, POUND, her iki disiplin arasındaki farkta ısrar eder: a. g. e., Sh: XV.

(2) «Hukuk Sosyolojisi» terimi ilk defa İtalyan Profesör D. ANZİLOTTİ tarafından 1892 de yayınlanan «Filosofia del Diritto e La Sociologia» adlı eserde «Sociologia Juridica» olarak kullanılmıştır. Bu müellife göre Hukuk Sosyolojisinin görevi, hukukî hadiselerin ampirik tezahürlerinin tetkikidir.

bik şekilleri bakımından ince, mantıkî ve sağlam metodlarla sistemleştirilmiştir. Hukukun bu suretle yaratılmış sistemleri, ilk bakışta kendi kendine kâfi bir mantıkî bütünlük manzarası arzeder ve bu sistemlerin yabancı bir ilim dalı tarafından, ayrı bir görüş açısından ele alınabilmesi ihtimali abes görünür. Hukukçuların inhisarcı bir şekilde benimsedikleri bir konunun yeni bir ilim dalı, hususiyle «vakıa» larla meşgul bir disiplin tarafından incelenmesi, hâlâ bazı çevrelerde yadırganan bir hâdise olarak kalmaktadır.

Meşhur Kelsen, 1915 de, Hukuk Sosyolojisi hareketlerine karşı cephe olmakta kendini o kadar haklı görüyordu ki «Hukukun sosyolojik bir kavramı, biolojik bir olayın matematik bir kavramı kadar, yahut bir cismin sukutu gibi fizik bir olayın ahlâki bir kavramı kadar imkânsızdır; bunun için bir Hukuk Sosyolojisi yaratma yolunda her teşebbüs, umumiyetle, sosyal fenomenlerin basit bir tasvirinden başka bir netice veremez» (3) diyordu. Ancak, aynı bilgin, örü vefâ edip te Hukuk Sosyolojisi sahasındaki çalışmalara ve terakkilere şahit olduktan sonra, Hukuk İlmi ile bu yeni ilim dalı arasında bir hudut anlaşmasına razı olmuş, hususiyle MAX WEBER'in teklif ve takdim ettiği tarzda bir Hukuk Sosyolojisinin mümkün olduğuna kanaat getirmiştir (4).

Hukuk Sosyolojisi, bir taraftan sosyologların, bir taraftan doğmatik Hukuk İlmini ıslah etmek isteyen hukukçuların müşterek eseridir. BOUGLE'nin dediği gibi, biri Hukuk İlminden, diğeri Sosyolojiden gelen iki araştırma ekibinin, kendi galerilerini oya oya ilerlerken, birgün birbirine rastlamaları mukadderdi (5). GURVİCTH Hukuk Sosyolojisinin işte bu telâki yerinde kurulduğunu söyler (6).

---

(3) HANS KELSEN — Eine Grundlegung der Rechtssoziologie (Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 1915 Vol : 876) N.S. TİMACHAFF zikrediyor : İntroduction a la Sociologie Juridique. Paris 1939, sh : 28.

(4) HANS KELSEN — General Theory of Law and State (Translated by Anders WEDBERG), (20 th. Century Legal Philosophy Series. Harvard University Press. 1946.) Sh : 162 ve 175.

(5) C. BOUGLE — Bilan de la Sociologie Française Contemporaine. Paris 1938, Sh : 96.

(6) GEORGES GURVİTCH — Eléments de Sociologie Juridique, Paris 1940. Sh : 3 (Bu eser Ankara Hukuk Fakültesi Dergisinde, muhtelif nüshalarda tamam olarak dilimize çevrilmiştir. Bak : Çeviren : Hâmide TOPÇUOĞLU — Hukuk Sosyolojisinin Konusu ve Problemleri (1949 Cilt: V, Sayı: 2, 3, 4), Hukuk Sosyolojisinin Mübeşşirleri (1950, Cilt: VII, Sayı: 1 - 2), Hukuk Sosyolojisinin kurucuları: I - DURKHEİM (1950, Cilt: VII, Sayı:

Ancak biz bu karşılaşmanın nizâsız geçmediğine işaret edelim: İlk safhada yeni ilmin hudutlarını çizmek pek kolay olmamıştır. Kâh sosyologlar Sistematik Hukuk sahasını ilhaka kalkmışlar, bu eski ilme lüzum kalmadığını zannetmişler (DURKHEİM v.s.), kâh bazı hukukçular Sosyolojinin bütün görevinin hukuk ve adalet problemlerinin jenetik tetkiki olduğunu sanmışlar (ARDİGO gibi), nihayet bazı hukukçular da hakikatte ancak Sosyolojinin incelemeye yetkili olduğu sosyal vakıalar âlemini, modern bir tefsir metoduna sahip olduğu taktirde doğrudan doğruya Hukuk İlminin tetkik edebileceğini zannetmişlerdir. (GENY gibi) (7).

Her iki tarafın devamlı gayretleri sayesinde, bu hudut ihtilâfları zamanla peyderpey halledilmiş, sonunda, konuları müşterek fakat metodları ve gayeleri ayrı olan iki komşu ilmin hudut bölgesinde, bunların birbirlerine yardımını sağlıyacak yeni bir ilim dalı olan «Hukuk Sosyolojisi» kurulmuştur.

Hukuk Sosyolojisinin, Umumî Sosyoloji ile münasebetinin bir tâbiiyet bağı olduğu söylenebilirse de, konusunun özelliği dolayısiyle buna bir muhtariyet tanımak doğru görülmektedir. Hukuk Sosyolojisi hakikatte «Değerler Sosyolojisi»nin bir dalıdır.

Biz hukukçuların ve sosyologların sahamıza olan yardımlarını aşağıdaki bölümlerde inceliyeceğiz. Yalnız, derslerimiz Edebiyat Fakültesi öğrencilerine olmayıp, Hukuk Fakültesi öğrencilerine hitap ettiği için, sırf pedagojik bir mülâhaza ile, mevzumuza, tabir caizse Hukuk kapısından gireceğiz. Hukuk İlminden Hukuk Sosyolojisine götüren yol, XIX uncu yüzyıl sonunda Hukuk ilminin ken-

---

3 - 4), II - DUGUİT, LEVY, HAURİOU (1951, Cilt VIII, Sayı: 1 - 2), III - MAX WEBER, EUGEN EHRLİCH, ve bugünkü cereyanlar (1951, Cilt VIII, Sayı: 3 - 4), Sistematik Hukuk Sosyolojisi (1952, Cilt: IX, Sayı: 3 - 4), Diferansiyel ve Jenetik Hukuk Sosyolojisi (1957, Cilt: XIII, Sayı: 1 - 2).

Aynı eserin kısmî bir tercüme ve telhisi Ord. Prof. HİLMİ ZİYA ÜLKEN tarafından yapılmıştır: Sosyoloji Dergisi, 1943, Cilt: 2, Sh: 105 - 170).

(7) Misal olarak verdiğimiz bu isimlerle ılgili açıklamalar aşağıda yapılacaktır: Fransa'da «Serbest İlmî Araştırma» cereyanlarında GENY'den, XIX uncu yüzyıl pozitivistleri arasında ARDİGO'dan, ve Hukuk Sosyolojisinin kurucuları arasında da DURKHEİM'den ayrıca bahsedilecektir. §. 18 ve 22.

di kendini tenkit ve tashih gayretleriyle döşenmiştir. Gerek âmme hukuku sahasında, gerek hususî hukuk sahasında başgösteren bu otokritik zihniyeti, yalnız Hukuk İlmini ikazla kalmamış, bizzat Hukuk mefhumunun hayatiyetini de iade etmiştir.

Hususî Hukuk sahasında Fransada Serbest İlmi Araştırma haraketleri, Almanyada Serbest Hukuk Mektebi, Amerikada Sosyolojik hukuk ilmi cereyanı hukukçuya, kanun maddelerini, emsal ve mefhum kalıplarını, gerçeklik münasebetlerinde ifade ettikleri mâna ile anlatmaya çalışmış, bunların bizatihi bir mevcutiyetleri olmadığını, yaşayan sosyal münasebetleri tanzim için ve tanzim ettikleri nisbette mevcut olduklarını, bu münasebetlerden tecrit edilerek tetkik edilmekle manalarının ve değerlerinin anlaşılamıyacağını ispat etmeğe gayret etmişlerdir.

Âmme Hukuku sahasında sosyolojik araştırma temayülü Hukuk sahasını müsbet ilmî zihniyetin nüfuz edemiyeceği bir akideler ve düsturlar dünyası olmaktan çıkarmaya çalışmıştır. «Devlet», «Hakimiyet», «Teşrii Faaliyet» v.s. gibi mefhumların, bunlar ister bir değeri ister bir kuvveti ifade etsinler, sosyal gerçeklikle fiilen nasıl bir münasebet halinde bulundukları, gerçeklik âleminde neyi ifade ettikleri keşfedilmek istenmiştir.

Hususî hukukta normatif metodun kifayetsizliği gibi, Âmme Hukukunda da dogmatik metodun yetersizliği anlaşılmıştır. Bir kelime ile hukukçu, hukuku yalnız tatbik etmek değil, fakat aynı zamanda «bilmek» istemiştir: Tıpkı diğer şeniyet ve kıymet âlemini bildiği gibi bilmek; illetleri ile, neticeleriyle, matuf olduğu gayelerle, fonksiyonlarıyla bilmek.

Hukukçular, başını ve sonunu karıştırmaya mezun olmadıkları bir kitabı okur gibi, sırf mevzû hukuk normlarının muhtevalarını tetkike mahkûm olmaktan ancak bu sayede kurtulabilmişlerdir.Hukukçu, hukuk normlarının tekevvün sırrını, cemiyet hayatındaki fiilî akibetlerini merak etmiş ve bu tecessüsünün ilmî meşruiyetini anlamıştır. Böylece «Hukuk ilmi» kendi noksanlarını tamamlamak için çalışırken, farkında olarak veya olmıyarak, bir Hukuk Sosyolojisinin zeminini hazırlamış, problemlerini vazetmiştir: «Yaşıyan Hukuk»

problemi (8) «Zümrelerin Muhtar Hukuku» problemi (9), Hâkimin hukuk yaratma-işinde başvuracağı sosyolojik mu'tâların tetkiki ve izahı meseleleri (10), hep hukuk ilmini ıslah gayretleri tarafından vazedilmiştir. Bu mevzulara sırası geldikçe temas edeceğiz.

Ancak, heryerde olduğu gibi, hukukçular muhitinde de kendi kendini tenkit zihniyeti yalnız muayyen bir zümrede tezahür ettiğinden, meslekdaşların büyük çoğunluğu muhafazakâr temayüllerini bırakmamış, hukuk ilmi metodlarında ıslah ve inkılâp isteyen hukukçulara bir nevi «hérétique» gözüyle bakmıştır. Profesör G. GURVİTCH'in dediği gibi «Kanuncu pozitivistlerin nazarında, Hukuk Sosyolojisi bir Lèse-Majesté cürmüdür» (11).

---

(8) «Yaşayan Hukuk»tan evvelâ SAVİGNY bahsetmiştir: «Halk vicdanında yaşayan hukuk, bir mücerret kaideler mecmuası değildir, o, bütün gerçekliği içinde idrâk edilmiştir» (Traité du Droit Romain Tome: I p: 16). Keza: «Bir cemaatin üyeleri için hukuk, tatbikatından mücerret olarak mevcuttur; bu üyelerin bilâvasıta bildikleri bir gerçekliktir.» (a. g. e. Sh: 37), «hukukun yaşayan müessesesi ile mücerret kaideler arasındaki ayniyet ilh..» (a. g. e. sh: 46). Bu izahlar mistik ve muğlâktır. Halbuki daha sonra gelen hukukçular, «Yaşayan Hukuk» ile, teşriî faaliyetten başka kaynaklardan, iktisadî hayat münasebetlerinden veya zümrelerin iç nizamlarından doğan hukuku kasdetmişlerdir:

LEİST — Die realen Grundlagen und die Stoffe des Rechts. 1877.

EHRLİCH — Grundlegung der Soziologie des Rechts, 1913.

CRUET — La Vie du Droit et l'İmpuissance des Lois, 1908.

HEİNSHEİMER — Lebendiges Recht. 1929.

GİACOMAZZİ — Problemi fondamentali del diritto, 1935.

JEROME HALL — Living law of Democratic Society. 1949.

(9) Bu mesele GROTIUS ve LEİBNİZ'denberi ele alınmış, «sosyal tabiî hukuk» nazariyelerinde ve daha sonra «sosyal hukuk» fikrinde ifadesini bulmuş ve GİERKE, HAURİOU, M. LEROY, G. MORİN v.s. gibi modern hukukçular tarafından bir hayli işlenmiştir.

(10) Hususî hukuk mefhumlarının geleneksel karakteri, XIX uncu yüzyılın yeni ekonomik ve sosyal münasebetlerinden doğan hukuk nevilerini ifade edemeyince, hâkimin sosyal gerçekliği doğrudan doğruya incelemesi ve değerlendirmesi istenmiştir. Hâkimin yaratacağı tamamlayıcı normların nasıl vücude getirilecekleri hakkında en zengin bilgiyi Fr. GENY vermektedir: Méthode d'Interprétation en Droit Privé Positif 1899. 2 volumes. — Science et Technique en Droit Positif. 1913 - 1924, 4 volumes.

(11) GEORGES GURVİTCH — Sociologie of Law. 1953, Sh: 4.

Bu itibarla, Hukuk Sosyolojisi literatürünün bir hayli zenginleştiği, bu branşın muhtelif fakültelerde «Sosyoloji» veya «Hukuk Sosyolojisi» adı ile lisans veya doktora sınıflarında okutulmakta olduğu bir zamanda, bizim hâlâ bu disiplinin imkânı veya ilmî meşruiyeti problemlerini vaz'a, izaha çalışmamız mazur görülmelidir.

Bu ders, bütün hukukçuların meslekî öğretim sırasında usulen öğrenecekleri elemanter bilgiler sırasına girinceye kadar, kendi meşruiyet vesikalarını yanında taşımaya, her fırsatta hüviyetini ve lüzumunu ispat etmeye mecbur durumdadır.

Esasen «Hukuk Sosyolojisi» nin öğretim cetvellerinde yer alması meselesi, daha umumî bir mesele ile ilgilidir: Hukukçu, sırf meslekî bilgilerle mi teçhiz edilecektir, yoksa sosyal ilimlerden de nasibini alacak mıdır ? (12).

---

(12) Hukukçunun sosyal ilimlerden nasibini alması, mevzu hukuk normlarının şeklî izah ve tefsirleriyle yetinmemesi gerektiği, artık umumiyetle kabul edilmiştir. UNESCO,nun muhtelif memleketlerdeki hukuk öğretimi hakkında yaptığı bir ankette, aksi tezi savunan bir memleket kalmadığı görülmüştür. Bununla beraber, civar sosyal ilimlere ne ölçüde temas edileceği, hangi ilimlerin müfredata gireceği bütün memleketler hakkında kesin ve müşterek bir şekilde tesbit edilmemiştir. (Les Sciences Sociales dans l'Enseignement supérieur: DROİT. Rapport préparé par CHARLES EİSENMANN. 1954). 1958 Nisan ayında Ankara,da Milletlerarası Hukuk Öğretimi Kongresinde de aynı neticeye varılmıştır. Bilhassa bak: Prof. Dr. YAVUZ ABADAN — Devrimizde Hukuk Öğretiminin Gayeleri, keza:Prof. EDMOND CAHN — Hukuk Eğitiminin Gayeleri. Dr. HELMUT COİNG — Hukuk Eğitiminin Gayelerine Dair.

Esasen bu problem, daha LEİBNİZ,denberi ele alınmakta ve daima aynı noktada ısrar edilmektedir: Hukukçunun görüş açısının genişletilmesi. LEİBNİZ — Nova Methodusdescendae docendaeque Jurisprudentiae 1667 Eser hakkında bak : HUNTİNGTON CAİRNS — Legal Philosophy, from Plato to Hegel. Baltimore 1949. sh: 303 v.d. Keza: SADRİ MAKSUDİ ARSAL — Umumî Hukuk tarihi. Ankara 1942. Sh: 10).

KİRCHMANN — Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenscfaft Stuttgart 1847. (Türkçe tercüme — Dr. COŞKUN ÜÇOK — İlim Olmak Bakımından Hukukun Değersizliği. Ank. Huk. Fak. yayınları 1949).
JUSTİCE O. W. HOLMES — The path of the Law. 1891 (The Mind and Faith of Justice Holmes. Edited by MAX LERNER. New-Yok. 1954).
RAYMONT SALEİLLES — Les Méthodes d'Enseignement du Droit. 1902 (Revue İnt. de l'Enseignement, T: 44).

EDOUARD LAMBERT — L'Enseignement du Droit comme Science Sociale et comme Science İnternationale. 1928.

Bu nokta üzerinde durmamız hukuk hayatında hukukçuya düşen rolü tâyin etmek isteyişimizdendir. Zira bir hukukçuya ne yolda bir formasyon verilmesi, ona ne gibi bilgilerin öğretilmesi meselesi, neticede ondan beklenen fonksiyona bağlıdır. Hukukçu, yetiştikten sonra ne ile meşkul olacaktır, ne yapacaktır, kendisinden hangi hizmet beklenmektedir ?

O, kendisinden başka bir makamın vazettiği emirleri, tâbi olanlara bildirmeye veya tatbike memur pasif bir vasıta, otomatik bir adalet tevzicisi mi olacaktır ? Yoksa kanun vazının düsturlarında ifadesini bulmuş hukuku bazan ondan daha etraflı şekilde anlayacak, onun ihtiyarlamış lâfızlarına bir gençlik ruhu aşılayacak, hattâ onun unuttuğu, tahmin etmediği problemleri onun yerine geçerek münasip hal suretlerine bağlıyacak bir hukuk yaratıcısı mı olacaktır ? P. VANDER EYCKEN'nin dediği gibi, birinci nevi hukukçu ile ikinci nevi hukukçu arasındaki fark, bir mütercim ile bir filoloğ arasındaki fark gibidir (13).

Eğer birinci şık kabul edilirse kanun vazı ile vatandaş arasındaki nakil işini yapabilmek için vaktiyle MONTESQUİEU'nun dediği gibi, hâkimin kanun metinlerini okuyacak gözleri ve kanunun ke-

---

ROBERT VALEUR — L'Enseignement du Droit en France et aux Etats-Unis. 1928.

H. U. KANTOROWİCZ — (GNAEUS FLAVİUS) — Der Kampf um die Rechtswissenschaft, Heidelberg. 1906.

H. U. KANTOROWİCZ — Rechswissenschaft und Soziologie. Tübingen 1911.

LEWVELYN — Law and the sicial Sciences. (Harvard Law Review Vol: 62. 1948 - 1959).

HUNTİNGTON CAİRNS — The Theory of legal Science, 1941. law and the Sosial Sciences, 1935.

ERNEST R. HİLCARD and DANİEL LERNER — La personne humaine, sujet et objet des Sciences Sociales. (Les «Sciences de la Politique aux Etats-Unis.» Paris 1951, Sh: 58).

Bu sosyologlar, Hukuk Fakültelerinin sadece meslekî bilgilerle teçhiz edilen kanun adamları yetiştirmekle pek fazla meşgul olmaları yüzünden, Hukuk'un ilim haline gelme şansını Tarih'ten ve Siyasî İlimlerden daha az olduğunu söylüyorlar.

ERNEST HİRSCH — Hukuk bir Bilim Kolu'mudur? (Ank. Üniv. Der. Ayrı bası 1944).

(13) PAUL VANDER EYCKEN - Méthode positive de l'Interprétation Juridique 1907 Sh : 420

ümelerini telâffuz edecek bir ağzı olması kâfi demektir (14). Bu takdirde hukukçuluk, dünyevî menşeli nasların ezberlenmesinden ve vakıalarla kıyaslanmasından başka bir cehde ihtiyaç göstermiyecektir.

Fakat eğer ikinci şık kabul ediliyor ve hâkim icabında hukuk yaratmakla mükellef bir organ, Hukuk Doktrini de hukuk yaratan kaynaklardan biri olarak tanınıyorsa hukukçunun fonksiyonu tahmin edilemiyecek kadar ağırlaşacaktır: «Bu taktirde hukukçu, cemiyetin kendi varlığı için taazzuvunu zarurî gördüğü gayeleri tetkik ile mükellef olacaktır. Bunların mahiyetine ışık tutabilecek her çeşit hakikati gözönünde tutacaktır : müesseselerin tekevvünü, milletin siyasî ve iktisadî durumu, örfleri, inançları.. artık bütün bunlar tetkiki zarurî olan unsurlar olacaktır. Fakat hepsinin üstünde hukukçunun insan bilgisine vâkıf olması gerekecektir. O, insanın ihtirasları hakkında, hareket saikleri hakkında bilgi sahibi olacaktır. Bundan başka cemiyet işlerine vukufu olacaktır. Aynı tabiî şeraitin yahut muhayyele kuvvetinin yarattığı çeşitli menfaatların ve menfaat kombinezonlarının saiki hakkında tecrübe edilmiş görüşlere sahip bulunacaktır» (15). Böylece bu mesele, günümüzde ikinci görüş noktası lehine halledilmiştir: Hukukçu, fildişi kulesinden, gerçeklik zeminine inecek, bütün ömrünce öğrendiği öğrettiği ve kısmen bizzat inşâ ettiği hukuk kaidelerinin beşerî münasebetler içindeki tahakkuklarını tetkik edecek (16), hattâ bu gerçeklik âleminde fi'len

---

(14) MONTESQUİEU-de L'Esprit des Lois-T: I Livre VI Ch: III Sh: 123. Keza: Livre XI Ch: VI Sh: 262. (Hukuk Sosyolojisinin hakikî mübeşşiri olan bu zatın, hâkime yetki tanımaktan çekinmesini, devrinin keyfiliğine karşı reaksiyon olarak izah etmelidir. Onun maksadı, herkese eşit olarak tatbik edilecek umumî hükümlere vasıl olmaktı, bu itibarla yeknesek ve isabetli bir tedvine bel bağlıyordu. Hattâ «basiretli olabileceği gibi bazan kör de olabilen kanun»un lüzumsuz sertliklerini tahfif için tefsir icabederse bunu da gene Kanun vaziine sormak gerektiğini kabul ediyordu). Aynı yerde. Sh: 261). Bak: aşağıda §. 16.

(15) PAUL VANDER EYCKEN - a. g. e. Sh: 419.

(16) MAX WEBER'in Hukuk Sosyolojisi bu problem üzerinde toplanmaktadır: bir cemiyette, sosyal zecirle tahakkuk şansları takviye edilmiş birtakım davranış normlarının (hukuk kaidelerinin) varlığı, insanların fiilî hareketlerine ne nispette müessir olmakta, ne nispette onların kareket saiklerini teşkil etmektedir? Bu meselelere ilerde temas fırsatını bulacağız. Bak: Hukuk Sosyolojisinin Kurucuları - MAX WEBER. §. 27.
RENE HUBERT, kanunun hakikî ömrünün, cemiyet hayatındaki fiilî müessiriyeti içinde takibi gerektiğini söyler. Isdar edilmiş olmak, hukuk

tatbik edilen ve kendine has bir sosyal teminata mazhar olan daha başka kaideler, şeklî kaynakların dışında teşekkül eden ve meriyet şansını cemiyetin kendisine olan ihtiyacından alan birtakım «hukuka benzer» normları da görüp tanıyacaktır (17).

Zira, hukukçunun fonksiyonu çift cephelidir: Hukuku bilmek ve hukuku yaratmak.. Hukukçu, kendisine kolayca tanınan «hukuku tatbik» işini, ancak bu aslî görevlerini yerine getirmek suretiyle başarabilir.

Hukuku bilmek, birtakım müşahhas hayatî münasebetlerin birbiriyle çatışmadan sürüp gitmesini sağlıyan belirli norm nevilerinin neler olduğunu, hukukun bunların arasında arzettiği hususiyeti bir hukuk normunun ne suretle ve hangi sepeblerden dolayı sosyal gerçekliğin cereyan şekline müessir olabildiğini, bu düzenleme işinde başka sosyal faktörlerden yardım görüp görmediğini, hayatı tanzim kabiliyetini kazanamamış veya artık kaybetmiş bir hukuk normunun hâlâ «hukukîlik» vasfını muhafaza edip etmediğini, etmiyorsa bu başarısızlığın hakiki sebeplerini, ve nihayet bütün bu hukuk normlarının hem şeklî hem gerçek kaynaklarını bilmek demektir.

Hukuku yaratmak ise, bütün bu bilgilerden faydalanarak, hukukî tanzime muhtaç olduğu halde bundan mahrum bulunan sosyal münasebet tiplerine yaşama gücünü haiz normlar temin etmek demektir.

Burada, hukukçunun, «hukuk bilgini» mi, yoksa «hukuk yaratıcısı»mı olduğu sorulabilir ki bu, bütün Hukuk Felsefesinin asırlardanberi münakaşa ettiği, türlü sosyal şartlardan ve ideallerden müllhem hukuk doktrinlerinin doğru cevabını bir türlü paylaşamadıkları bir sualdir. Ancak, Sosyoloji, dinin, ahlâkın, örfün, hattâ siyasî nizamın yaratıcısı olarak dahî tek bir şeklî kaynak göstermekten çekindiği gibi, hukuku da ne tamamen kanun vâzına, ne de tamamen örfe veya hukuk erbabına izafe etmez. Hukukun yaratıcısı, sürekli ömru ve zengin tenevvüleri ile ele alınan sosyal gerçekliğin bütünüdür.

---

gerçekliğini kazanmak için kâfi değildir. Bak: Science du Droit, Sociologie Juridique et Philosophie du Droit. Anchives de Philosophie du Droit et de Sociologie juridique. 1931 No. 1 - 2, Sh : 43).

(17) Bununla, hukuk ile aralarında nevi farkı olan ahlâk veya âdap kaidelerini değil, belki gerçek hayat münasebetlerinin kendi kendilerini tanzim vetiresinden doğan «spontane» hukuk nevilerini kasdediyoruz.

O halde hukukçunun rolü nedir? Hukukun, bu gerçeklik içindeki tekevvününü iyice öğrenmek ve bu vetirede kendisine düşen rolü gereği gibi oynamak. Hukukçunun rolündeki yaratıcılık sanatkârın yaratıcılığına benzer: Onun, şekillendireceği maddeyi iyi tanıması, özelliklerini, intibak kabiliyetini ve şartlarını, tâdil edilebilecek veya edilemiyecek taraflarını çok iyi bilmesi lâzımdır.

Modern hukuk sistemleri, gerek hâkimin gerek ona yardımcı olan doktrinin hukuk kaynağı olmak vasfını tanımışlardır. Hattâ İsviçre ve Türk vazı kanunları bunu açıkça istemiş, emretmiştir. Bu itibarla, hâkim de, hukukçu da hukuku, onu icabında yaratabilecek derecede bilmekle mükelleftirler.

Esasen, bu fikir, daha Romadanberi, hukukun kompleks bünyesini teslim eden bütün filozoflar ve hukukçular tarafından tekrarlanmıştır. Hukukun gerekçelik ve kıymet âlemi ile münasebeti daima hatırlatılmıştır.

Yunan - Roma medeniyetinde hukukî düşünce, klâsik felsefenin sağ kolu idi, bir kısım sofistler hukukun konvansiyonel karakterini ifşa etmeğe çalışırken bir kısmı da onun cemiyette hattâ tabiatta meknûz köklerini bulmaya çalışıyorlardı. ARİSTO, hukukun cemiyet bünyesinden, içtimaî münasebetlerden fışkırdığını keşfetmiş ve onu gerçek temellerine raptetmişti (18).

İki bin yıl önce Roma müçtehitleri içtimaî hayatın icaplarını takip ediyor, en elverişli hal sureflerini yaratıyorlardı. SOROKİN'in dediği gibi, onlar ilk sosyoloğlardı (19). SAVİGNY, Roma müçtehitlerinin itibarını anlata anlata bitiremez (20). Roma hukukunun teşriî metinler ve resmî şerh ve tefsirler içinde dondurulmasını, hattâ Justinianus'un tedvin faaliyetini hukuk hayatının tabiî tekâmülüne sekte vermek mânasına alanlar vardır. (2).

Hukuk ilminin Corpus Juris'*in inceden inceye şerh ve tefsirle-*

---

(18) Aşağıda: Hukuk Sosyolojisinin Uzak habercileri: ARİSTO. §. 14.

(19) BİTİRİM SOROKİN — Les Théories Sociologiques Contemporaine, 1938 Sh: 361 (Traduit par RENE VERRİER).

(20) SAVİGNY --Traité de Droit Romain, T: I Sh: 82 - 83. (Traduit par GUENOUX Paris 1840).

(21) JEAN CRUET - la Vie du Droit et l'Impuissance des Lois. Paris 1908 Sh: 33.

rine inhisar ettirildiği bir devirde meşhur LEİBNZ, hukukî metodlarda ve hukuk öğretiminde cezri değişikliklere ihtiyaç olduğunu hatırlatıyordu. Hukukçunun esaslı bir felsefî kültürü (22), tarih, siyaset, ahlâk, matematik ve mantık sahalarında sağlam bilgileri olması lüzumunda ısrar ediyordu (23).

XIX uncu yüzyılda hukuk ilminde başgösteren tecerrüt temayüllerine karşı cephe alan, ve hukuku - maalesef müphem ve noksan olarak gördüğü - sosyal gerçekliğin mihrakına yerleştirmek isteyen SAVİGNY «mükemmel tatbikatçı, nazariyesini canlandırmak için, gerçek hayatın tam bir tecrübesine sahip olan, örf, din, siyaset ve ekonomi arasındaki bütün münasebet kombinezonlarını bir bakışta kavrayabilen kimse demektir» (24) diyordu.

Görülüyor ki, hukukun ve hukukçunun tecerrütü, daimî bir hal değildi. O halde, izleri hâlâ baki olan bu tecerrüt temayülünün sebeplerini, köklerini araştırmamız lâzımdır. Bu noktaya temas etmediğimiz taktirde, «Hukukçunun maddelerden başka bileceği şey yoktur» diyen ve olsa olsa ona, bir maddenin pençesinden kurtulmak için hangi maddenin gölgesine sığınmak gerektiğini keşfedebilmek meziyetini tanıyan yaygın ve âmiyane kanaati desteklemiş oluruz.

---

(22) LEİBNİZ Quaestiones philosophicae amoeniores, ex jure collacta. 1964 (HUNTİNGTON CAİRNS zikrediyor: Legal Philosophy. Sh: 297) LEİBNİZ pek gençken yazdığı bu eserin mukaddemesinde şöyle diyor: «Ben, kuvvetimin üstünde olmakla beraber, hoşlandığım zor bir işe girişiyorum: felsefe üzerinde çalıştım, ve hukukçu oldum. Fırsat düştükçe daima felsefeye dönerim ve kökünü felsefeden alan, felsefeyle ilgili olan, ne varsa hepsini kaydederim. Benim yaptığım inceleme, mütahassıs hukukçuların felsefeyi istihfaf etmekten vazgeçmelerine yarayacaktır. Çünki bunlar, kendi Hukuk İlimlerinin ne kadar büyük bir kısmının, felsefenin rehberliği olmadığı takdirde kör bir çıkmazdan ibaret kalacağını, ve eski büyük hukukçuların kendi sahalarına olduğu kadar felsefenin derinliklerine de nasıl tamamiyle vâkıf bulunduklarını görüp anlıyacaklardır. ULPİANUS,un, hukuku, ilâhî ve beşerî şeylerin ilmi diye tarif etmesi, tamamen doğruydu, zira o, bu mukaddem felsefî görüş olmaksızın, hukukçunun, ne kendi hukukunu ne de doğru ve yanlışın ilmini başaramıyacağına kani idi.»

(23) LEİBNİZ - Nova Methodus. «Hukukçu, geniş bir eğitim görmeli, Tarih, Siyaset, Felsefe, Ahlâk, Mamematik, ve Mantık sahalarında sağlam bilgilere sahip olmalı.» «H. CAİRNS zikrediyor: a.g.e., 308, 309).

(24) SAVİGNY - Traité de Droit Romain. T: I, Préface Sh: XXII.

Bundan başka, maddeleri bilmek için dahi, modern hukuk nizamının ilgilendiği bütün bir sosyal vakıalar âlemini tanımak gerekmez mi? Bütün dehalarına rağmen, eğer XVII inci yüzyıl hukukçularından birini diriltmek kabil olsaydı bugünkü Hava Hukukunu, Kollektif Mukaveleleri, Sosyal Sigortayı, bir ressamın pay ve takip hakkını, yahut bir Kan Bankası müessesesini bize izah edebilir, bunları klâsik hukukî kavramaların içine rahat rahat yerleştirebilir miydi? Muhafazakârlıkta ısrar edenler, evet diyeceklerdir, bütün hukuku iki veya üç hukukî prensipten çıkartmak kabildir. Fakat unutmamak lâzımdır ki bu yolda yapılmış teşebbüslerin hemen hepsi semeresiz kalmıştır. Muayyen cemiyetlerin, muayyen devirlerindeki ihtiyaçları için yaratılmış bir çok maddeler ve kavramlar yüzyıllarca sonraki cemiyetlerin hayatî münasebetlerinin zorla yerleştirilecekleri cendereler haline getirilmemelidir (25).

Bu tecrübe, Code Napoléon'dan sonra Fransada «Tefsirci Mektep = Ecole de L'Exégèse» mensupları tarafından, Anglo - Sakson memleketlerinde AUSTİN'den itibaren, geçen asrın başındanberi «Tahlilci Hukuk İlmi = Analytical Jurisprudence» taraftarlarınca ve nihayet bunlara nazaran daha beklenmedik bir şekilde Almanya ve Avusturya'da Tarihçi Mektebin müteassıp takipçilerinin yarattığı «Mefhumlar İçtihadı = Begriffsjurisprudenz» hareketleri ile kâfi derecede tahakkuk ettirilmiş ve verimsizlik derecesi denenmiştir. Ancak, bu cereyanların, hukukçular arasında, her memlekette bugün dahi taraftarlarına rastlanmakta, hattâ bazan bu zihniyetin, şu veya bu nam altında (Kanuncu Pozitivism, Saf Hukuk İlmi ilh.) hukuku izaha yetkili yegâne görüş tarzı olarak taktim edildiği görülmektedir. O halde bu noktanın aydınlatılması, Hukuk Sosyolojisinin varlık sebebi ile alâkalıdır.

---

(25) WUNDT - Logik, 1880 Sh: 595 «Eğer bütün bu alâmetler aldatmıyorsa, bu durum devam edemez, ve eğer hakikaten zamanı gelmişse, Hukuk İlmi, bugün bilhassa kendisini ona vakfetmek isteyenler nezdinde olduğu gibi, en basit değil, belki en güç ilimlerden biri olarak telâkki edilecektir. Zira hakikatte, Hukuk İlmi, belki en şümullü gerçek bilgiyi şart koşar.»
(PHİLİPP HECK naklediyor: «Das Problem der Rechtsgewinnung», Tübingen 1912 Sh: 22).

§ 2. — HUKUK İLMİNDE «TECERRÜT HALİ» :

Hukuk dünyasının, hukuk-dışı problemlerden temizlenmesi gayretleri, bugün bazı cereyanların iddia ettikleri kadar «mantıkî ve metodolojik bir zaruret» değildir. Bunun sebebini daha ziyade tarihî gelişmede aramak lâzımdır. Hukuk ilminin normatif karakterinden ileri gelen metod farklılığı, hukukçunun gerçek sosyal âlemden kaçmasını, onu tanımaktan, öğrenmekten ve değerlendirmekten kendisini muaf tutmasını gerektirmez. Bu hususlara ilerde temas edeceğiz.

Hukukçunun fonksiyonu ile ilgili kanaatlar, tabiatiyle hukukun mahiyeti ile ilgili tasavvurlara bağlı kalmaktadır. Biz bir Hukuk Felsefesi problemini bir kalemde halletmeğe cür'et etmemekle beraber, hukuk hakkındaki telâkkilerin muhtelif tarihî şartlara göre değiştiğine de işaret etmek isteriz. Umumiyetle, hukukun muhtelif devir ve cemiyetlerde hâkim olan tekevvün şekli, hukuk hakkındaki kanaatlar üzerine müessir olmuştur. Biz bunlara ilerde Jenetik Bölümde temas edeceğiz. Şimdilik şuna işaret edelim ki hukukun bu gelişme seyri her zaman ve her yerde aynı şekilde olmamıştır. Hukukun örf ve âdetin farklılaşmamış bütünü içinde, her zümrenin kendi ihtiyaçlarına, kanaatlarına göre ağır ağır teşekkül ettiği, teamül ve âdetlerden yazılı normlara doğru geliştiği organik safhaları, hukukun şuurlu ve iradî bir şekilde, sureti mahsusada, bütün teferruatı ile tesbit ve hattâ ibdâ edildiği tedvin ve teşrî safhaları takip etmiştir. «Hukuk»un istenilen kalıplara dökülebilecek bir şey olduğu, bütün meselenin en iyi ve en mükemmel kalıpların secilmesinde toplandığı fikri, işte bu tedvin ve teşrî devirlerinin müşterek hususiyetidir. Her tedvin devri, içinde yapıldığı zaman için, mevcut hukuk hayatının bir hamlesini, bir ileri merhalede tesbitini temsil eder. Geri gitmek veya yerinde saymak için tedvin yapılmaz. Ancak, her tedvin faaliyeti, ister istemez, hukuk âleminde fikir tembelliğine sebep olan bir eğimserlik yaratır: En iyi hukukun, nihaî olarak bulunduğu zannı, ve bunun geleceğin her türlü umulmadık ihtiyaç-

larını karşılayacağı ümidi. Her tedvin hareketi hukukî normların nihaî olarak tesbit edildiği, bunların inceden inceye şerh ve tefsirleri ile halledilemiyecek bir ihtilâf tipi kalmadığı zehabını uyandırdığı için hayat ile hukuk arasında gittikçe açılacak bir mesafenin mebdeini teşkil eder. Bir müddet sonra hukukî kalıplar, cemiyet hayatına dar gelmeye başlar, ve bütün dâhiyane tefsirlere rağmen bizzat kaynaklarda inkilâp yapmak zarureti kendisini hissettirir.

Corpus Juris'*in tedvinini takip eden asırlar, bütün tefsir inceliklerine rağmen, hukuk hayatının nihâî olarak tesbit edilemiyeceğini isbat etmiştir. Buna rağmen Fransız İhtilâlini takip eden devredeki bütün tedvin hareketlerine gene aynı ümitle başlanılmıştı ve işin garip tarafı, hayat mantığı bakımından bunun böyle olması da lâzımdı. Yeni tedvin, yeni hamle demekti. Ancak, bu gene yeni bir tefsir ve şerh devrine giriş alâmetiydi. İşte tefsirci mektep exégèse ekolü) bu devrin mahsulüdür.*

A — Fransada «Exégèse» Mektebi :

XIX uncu yüzyıl başında «Code Napoléon» *a, bütün hukukî ihtilâf ihtimallerinin hepsini elverişli hal suretlerine bağlamaya kadir bir hukuk âbidesi gözüyle bakıldığı zamanlardan başlayıp 1880 yılına kadar devam eden bu mektep, sahamız için tamamen verimsiz fikir saplantılarıyla doludur (26). Bugün dahi birçok hukukçuların pek mühim buluşlar, veya kördüğümleri kesen mukadder kılıç darbeleriymiş gibi ortaya attıkları vecizelerin emsaline bu mektep müntesiplerinde bol bol rastlanır:*

Tefsirci mektebe göre hukuk, kanun vazının ısdar ettiği hükümlerden kısacası kanunlardan ibarettir. Tanınmış temsilcilerinden EUGNET «Ben, Medenî Hukuku tanımıyorum. Yalnız Code Nopole-

---

(26) Bu ekol hakkında mufassal bilgi için bak:

JULİEN BONNECASE - L'Ecole L'Exégèse en Droit Civil. 1 ed. 2 ed. 1928.

JULİEN BONNECASE - Science du Droit et Romantisme, 1928, Sh : 9 - 46.

JULİN BONNECASE - Introduction à l'Etude du Droit. 1939 Sh : 183 - 195.

on'u okutuyorum» diyordu (27). Keza DEMOLOMBE, «Herşeyden evvel metinler!» diye haykırıyordu (28).

Fransız ihtilâlinin VII inci yılında Code Civil projesi hazırlanırken dibâce kısmına dercedilen hukukî vecizelerden biri de şuydu:

«Bir kanun vazih olunca, onun ruhuna nüfuz etmek bahanesiyle lâfzını bertaraf etmemelidir.» (29).

Meşhur Fransız Hukukçusu J.BONNECASE'ın dediği gibi bu devirde kanunun lâfzı hüküm sürüyor ve bazan ruhu öldürüyordu (30). Kısacası bu mektep için «Hukuk = Kanun» ve «Kanun = Devlet İradesi» idi. Dolayısıyla Hukuk, ancak Devletin yarattığı bir şeydi. Hâkimin rolü doğrudan doğruya metinleri tatbik suretiyle otomatik bir adalet tevzicisi olmaktan ibaretti.

Hattâ bu mektebe göre kanunlar, yalnız hukukun değil, hukuk ilminin de ta kendisidir. Nitekim bu mektep mensupları eserlerine «Hukuk Dersleri» değil, «Kanun Dersleri» adını verdiklerini iftiharla belirtirler! Meselâ VALETTE'in eseri «Medeni Kanun Dersleri»dir. DEMOLOME, eserine «Code Nopoléon Dersleri» adını vermişti. Bunu ayrıca «Demek ki benim gayem, yaşayan, tatbiki kabil ve mecbari bir kanun sıfatiyle Code Nopoléon'u tefsir ve izah etmektir» diye tasrih de ediyordu (31).

Keza aynı mektep mensuplarından LAURENT, hukukçunun durumunu açıkça belirtiyordu: «Kanunlar hiç bir hususu tefsircinin keyfine terketmezler. Tefsircinin rolü artık hukuk yapmak değildir. O zaten yapılmıştır. Artık belirsizlik yoktur. Hukuk resmî metinlerde yazılıdır. Fakat, kanunnamelerin bu faydayı sağlaması için, müelliflerin ve hâkimlerin kendi yeni durumlarını kabul etmeleri lâzımdır. Buna «razı olmaları lâzımdır» diyecektim, fakat bunda bir nevi feragat veya küçülme hali görmek haksız olur. Bununla

---

(27) FRANÇOİS GENY naklediyor: Methode d'Interprétation et Sources en Droit Privé Positif. 1899 (seconde éd. revue et mise au courant. 1954 Tome: I Sh: 30).

(28) JULİEN BONNECASE zikrediyor: Science du Droit et Romantisme 1928, Sh: 10.

(29) FR. GENY - a. g. e. T: I Sh: 30 not: 1.

(30) J. BONNECASE - a. g. e. Sh: 11.

(31) DEMOLOMBE - Cours de Code Napoléon (GENY zikrediyor: a. g. e. Sh: 30).

hukukçunun rolünün alçaldığı doğru değildir. Yalnız o, hukuku öğretirken veya tatbik ederken onu yapmak hırsına kapılmamalıdır. Onun yegâne vazifesi tefsir etmektir. Yoksa kanun vazının vazifesi artık onun tarafından yapılacak değildir. Bu vazife teşrî kuvveti tarafından yapılacaktır. Bunun sonucu meydandadır: müellifler ve hâkimler, hukuk yapmakla egemen milletin, kendilerini bu vazife ile görevlendirdiği kimselerin yetkilerini gasbetmiş olacaklardır.» (32).

O halde demek ki bu gün, başta İsviçre ve Türk vazii kanunları olmak üzere hemen bütün modern hukuk sistemlerinin, hukuk ilmine ve hâkime tanıdıkları hukuk yaratma görevi (33), yüzelli sene evvel Garp Hukuk dünyasına rehberlik etmiş bir memleket hukukçularınca teşrîî vazifelerin gaspı sayılıyordu. Hakikat bu kadar izafi mi acaba?

Mücerret mantıkî muhtevaları içinde ele alındıkları zaman yalnız kanun maddelerini değil, hukuk hakkındaki görüşleri de kıymetlendirmek zordur. Zira bu görüşlerde hemen daima içinde doğdukları yer ve zaman şartlarının, politik tercihlerin ve temayüllerin sebep olduğu inhiraflar gizlidir. Muhtelif nazariyecilerin hukuk hakkındaki kanaatlarını sırf ideolojik mahsuller olarak almamakla beraber, hukukun mahiyetini ve fonksiyonunu tamamen aydınlatıcı ilmî neticeler olarak da kabul edemeyiz. Eğer böyle olsaydı çeşitli hukukî doktrinler, hukukun objektif bir tetkikini lüzumsuz bırakırdı. Halbuki durum böyle değildir ve durumun böyle olmayışıdır ki hukuk hakkındaki objektif sosyolojik tetkikleri zaruri kılmıştır.

Hukuk nazariyecilerinin sübjektif tarafları, hukukta kendi seçtikleri veya inandıkları nizam şeklinin veya dünya görüşünün tahakkuklarını görmek isteyişleridir. Bunun içindir ki inkılâpçı bir sosyal felsefenin taraftarı olan hukukçular, hukukun tanzim edici, rehberlik edici rolü üzerinde dururlar: Hukuk, cemiyet hamurunun dökülecegi bir kalıp, kaderini vazı kanuna teslim etmiş bir

---

(32) J. BONNECASE naklediyor: Science du Droit et Romantisme Sh: 9-10.

(33) Bu hususta Anglo - Sakson hukukunun hususiyeti malûmdur. Geçen asır sonunda Hâkim HOLMES, hukuku, «mahkemelerin yaptığı şey» olarak tarif ediyor ve bu tarif birçoklarınca benimseniyordu. Bu hususta bak: aşağıda «Amerikada Sosyolojik Hukuk İlmi».

camiaya gösterilecek bir hedeftir. Bu sebeple hukuk, cemiyete yeni bir istikamet vermek isteyen politik iktidarın iradesini vasıtasızca aksettiren «kanunlar» dan ibaret sayılmıştır. İşte daha 1790 da ROBESPİERRE'in «İçtihat kelimesi dilimizden silinmelidir, yeni rejimde bunun hiçbir mânası yoktur. Bir esas teşkilâtı, bir mevzuatı olan devlette mahkemelerin içtihadı kanundan başka bir şey değildir» demesinin mânası budur (34). Buna mukabil muhafazakâr bir dünya görüşüne sahip nazariyeciler ise hukuku, beşeri niyet ve iradelerin tesirlerine karşı masun, fâni kanun vazılarının müdahalesinden müstakil, ve mazinin karanlık gelişme seyri içinde kendi kendine teşekkül eden bir vetire olarak alırlar. Bunlara göre hukuk, kendisine dokunulamıyan, istenildiği şekilde yaratılamıyan, ancak keşif ve izahına, tefsir ve teşmiline çalışılan bir şeydir, hülâsa bir mûtadır. Mazinin mûtâsı (35). İşte Alman Tarihçi Mektebi bu görüşün tipik örneğidir.

B — Almanya'da «Begriffsjurisprudenz» (Mefhumlar içtihatı) cereyanları :

Almanya'da XIX uncu yüzyıl başında «Hukukçuların Tarihçi Mektebi» hukukun, kanun vazının keyfine göre şekillenebilecek bir şey olmadığı, zira her kanun koyana modellik edecek birtakım ev-

---

(34) Séance du 18 Novembre 1790. (HENRİ DE PAGE zikrediyor : De l'Interprétation des Lois. 1925 Sh: 18).

(35) SAVİGNY - «Hukuk asla keyfiliğini bir mahsulü değildir. Bilâkis o, milletin bütün bir mazisinin mahsulüdür. O, arızî bir surette değil, tabiî bir surette teşekkül eder. Hukuk nasıl ise öyle olmalıdır, başka türlü değil. O, milletin iç taazzuvunun, tarihinin zarurî bir neticesidir. Her devir, bu mûtâ maddenin iyi anlaşılması, gençleştirilmesi, ve canlandırılması için çalışmalıdır. Bu mukaddem unsurlar hakkında iyilik veya fenalık bahis konusu olamaz. Zira, onları kabul etmek iyidir, veya reddetmek kötüdür demek, bu kabul veya reddin mümkün olduğunu farzetmek olur. Halbuki bu muhtelif unsurlardan kurtulmak kati surette imkânsızdır. Bunlar kaçınılmaz bir surette bize hâkimdir. Biz bu hususta hayallere kapılabiliriz, ama onları değiştirmeye asla muvaffak olamayız. Bu hususta kendini aldatan, ve yanlız kendi iradesinin keyfine göre hareket etmek isteyen kimse, ancak daha yüksek ve müşterek bir iradenin rol oynadığı bir sahada en güzel imtiyazlarından mahrum kalır. Böyle birisi, kralılık rüyaları içinde kendini kaybetmiş bir zavallıdır». (Vom Berufe unserer zeit. 1814 Sh:) (A. FOUİLLEE naklediyor: - İdée Moderne du Droit 32).

rensel ezelî, ebedî, değişmez hukuk normları bulunmadığı teziyle ortaya çıkmıştı. Bu, Fransız ihtilâlinin neticesi olan tedvin hareketlerin Almanyaya sirayetine cephe almayı ve Fransız ihtilâl mütefekkirlerinin tabii haklar nazariyelerini çürütmeği istihdaf eden bir cereyandı (36).

Tarihçi Hukuk Mektebi, devrin moda nazariyesi sayılabilen tekâmülcü görüşü hukuka tatbik ediyor ve onu, mücerred insan aklının icadları olan nazarî prensiplerde değil, doğrudan doğruya tarihin tekâmül seyrinde, insan için irade dışı kalan muğlak bir sosyal vetirde arıyordu.

Böyle bir cereyanın sonunda nasıl bir «mefhumlar içtihadı» na müncer olacağı, cidden, düşünülecek bir şeydir. İlk bakışta tarihçi mektep, hukuku tabii hakların metafizik bulutlarından kurtarıp, cemiyetin içine indirecek gibidir. «İnsan»ı mücerret olarak ele almanın caiz olmadığını onun ya bir kavmin, ya bir milletin veya zümrenin malı olduğunu, hukukun da mücerret bir insanın, mefruz tab'ına göre değil, belki müşahhas bir halk topluluğunun icaplarına ve tekâmül kanununa göre doğup geliştiğini iddia eden (37) Tarihçi Mektebin, hukuku kendisine raptettiği kaynak hakikatte acaba neydi? Bunun «Halk ruhu = Volksgeist» olduğu söyleniyordu.

Acaba bu «Halk ruhu», bir câmianın sosyal gerçeğinin, yani morfolojik, ekonomik, kültürel bilcümle unsurlarının ve bunların zaman seyri içinde değişen müteharrik günlük muvazenelerinin toplamından çıkan bir sonuç, veya bizzat bu toplam mıydı? Eğer böyle olsaydı, Hukuk Sosyolojisinin ilk kurucusu SAVİGNY olurdu!

Halbuki o, halk ruhu ile Hegelvârî bir mistik muradeder. Bu, bir cemiyetin tekevvün ve seyir kanunları kestirilemiyen, mazinin muğ-

---

(36) DEL VECCHİO - Hukuk Felsefesi Dersleri (Çeviren: SAHİR ERMAN. İstanbul 1952. Sh: 146).

(37) SAVİGNY - Traité de Droit Romain. T: I 18 - 21. «Hukukun yaratılışı bir vakıadır, elbirliği ile meydana getirilen bir vakıa, bir emri-vâki. Halbuki, bir işbirliği, ancak gerçek bir düşünce ve fiil birliği olan yerde, gerçek bir cemaatte mevcut olabilir. Böyle bir fikir ve fiil iştiraki ise yalnız muhtelif kavimlerde bulunabilir. İşte bunun içindir ki, müsbet hukuk ancak bu gibi toplumlardan doğar.» Keza: «Kanunun mevzuu nedir? Bu, daha önceden mevcut halk hukukudur. Bundan şüphe etmek için, kanun koyanı, milletin dışında farzetmek gerekir. ilh. a. g. e. 38.

lâk tesirleri içinde yoğrulmuş, nevi ferdine has ruhudur. Bir nevi millî hukukî vicdandır. Hattâ bizzat hukukun kendisidir. Kanun ve örf bunun tesbit ve keşif vasıtalarıdır (38).

Görülüyor ki Tarihçi Mektep, hukuku gökyüzünden yeryüzüne indirmemiş, olsa olsa onu gökyüzünün bir başka tarafına, teşbih câizse, ihtilâlci fransız ruhunun ulaşamayacağı bir köşesine sürmüştür : Alman halkının ruhuna!

Bundan başka, geri medeniyet seviyesinde sadece örf ve âdette, daha ileri işbölümü seviyesine ermiş memleketlerde kanunda, ve modern karmaşık bünyeli milletlerde ise bunları itmam eden «Hukukçuların hukuku» nda (39) ifadesini bulan bu halk ruhundan pratik ihtilâflara, mazide vâki olmamış tipte yeni sosyal ve hukukî problemlere uygulanacak yeni hal suretlerinin nasıl çıkacağına gelince, Tarihçi Mektebin bizi gene hayal sukutuna uğrattığı görülür; biz onun, hukukçuya bütün yeni eşya durumunu gözden geçirerek uygun hal suretleri arama tavsiyesinde bulunacağını zannederken, o bize, sadece tek bir yolu gösterir : Mantıkî Kıyas.

İşte, SAVİGNY'nin bu tutum şeklidir ki hem taraftarları arasında ayrılık yaratmış, hem de Hukuk İlminin surî mantık oyunlarıyla dolması karşısında bir taraftan «Hukukî Pozitivizm»e, bir taraftan da «Serbest Hukuk Mektebi»ne vücut vermiştir. Sahamıza olan hizmeti belki tevlit ettiği bu ikinci reaksiyondan dolayıdır!

SAVİGNY «Bir hukuk meselesinin halli için kaynaklar gayri kâfi ise, biz gene bu boşluğu doldurabiliriz. Fakat güçlük, bizim, burada nasıl davranmamız gerektiğindedir... Bazıları zannederler ki, evnesel ve normal bir hukuk (tabii hukuk) mevcuttur, ve bu bütün müsbet hukukun tamamlayıcısıdır... Diğerleri ise müsbet hu-

---

(38) SAVİGNY - «Bütün müsbet hukukun hakikî temeli araştırılırsa, pek farklı bir prensipler ve neticeler nizamı ile karşılaşılır. Müsbet hukukun temeli ve gerçekliği halkın umumî vicdanında meknuzdur. Fakat, mahiyeti itibarıyla göze görünmez bir şey olan bu vicdanın varlığını nereden anlıyoruz ? Biz onu, kendi tezahürleri demek olan dış fiillerden anlıyoruz : teamüllerden, örflerden ve âdetlerden. Bir yeknesek fiiller silsilesi, müşterek bir kaynağı ifşa eder: halkın inancı. Hiç birşey bundan daha az tesadüfî değildir. Böylece, örf-âdet müsbet hukuku doğurmaz, belki bizzat kendisi müsbet hukukun bir ifade vasıtası, bir belirtme işaretidir.» (a. g. y. 34).

(39) SAVİGNY - a. g. e. Sh: Romada Sh: 80, 88.

kukun kendi organik kuvveti sayesinde kendi kendini tamamladığını kabul ederler. Müsbet hukuk hakkındaki tarifime göre benim zarurî olarak bu doktrini kabul etmem icabeder.. Bu usulün müsbet hukuk bakımından vardığı sonuca «Kıyas» denir. Demek ki boşluklar kıyas yoluyla doldurulurlar.» (40) diyordu.

Görülüyor ki Tarihçi mektebe göre - bilhassa sonraki taraftarların ifratlarına göre - hâkimin elinde iki şeklî kaynak vardır : örf - âdet ve kanun. Bunlarda bir hal sureti bulunmazsa, yapacağı şey bu iki kaynaktan istihraç edilmiş mücerret mefhumlardan kıyas yoluyla inşa edilmiş sonuçlar demek olan (hukukçuların hukuku) na, yani bir mefhumlar içtihadına başvurmaktır. O, sosyal ihtiyaçların yenileşmesiyle gerektirecekleri yeni hukukî hal suretlerini - bunlar için örfte ve kanunda bir işaret yoksa-aramaya mezun değildir. Tarihçi mektep eşya durumunun gerektirdiği sonuçları arama fiilinde daima bir tabii hukuka dönme tehlikesi sezer.

Böylece Tarihçi mektep, bizi, «yapılacak» olmayıp belki «bulunup, keşfedilecek» bir hukukun sosyolojik kavramına ulaştıracağı yerde, bütün ümitlerin hilâfına olarak, kapalı ve kendi kendine yettiği sanılan bir hukuk mantığı içine götürüp bırakır : «Die logische Geschlossenheit des Rechts» (41).

Bu mektebin, muhafazakâr karakteri malûmdur. O kanunların tedvin hareketlerinin hukuku dondurduğu, tekâmülünü durdurduğu iddialarını ileri sürmekte ise de, hakikatte bunu, tedvin ile aşılan merhaleyi beğenmediği için yapmaktadır. Hukuku, örf ve âdete raptetmek, bir mânada, onu geleneksel karakterine bağlamaktır. Halbuki örf ve âdet, hukukun tesbit tarzlarından biridir ve fakat yegânesi veya en mühimi değil. Sosyal hayatın umulmadık yeniliklerini karşılayacak hukukî hal suretleri örf ve âdetlerden veya sabit hukukî kavramlardan çıkarılamaz. Bu gibi yenilikleri hukuk tekevvünündeki veya örf - âdet tekevvünündeki safhalardan biri saymak ve kanunlaşıncaya kadar onları «örf ve âdet» mefhumuna sokmaya çalışmak, sadece, yeni kavramlar yaratmaktan korkmaya delâlet eder (42).

---

(40) SAVİNY - a. g. e. T : I Sh. : 283 - 288.

(41) E. JUNG - Vom der «logischen Geschlossenheit» des Rechts. Berlin 1900.

(42) Tarihçi mektebin mensuplarından JORDAN, daha 1825 yıllarında Hâkimin, Kanun vazının bıraktığı boşlukları, kendisini onun yerine koyarak doldurabileceği, bu suretle bir hukuk normu yaratabileceği, yeni bir prob-

Bundan başka her hukukî kaidenin behemehal evvelâ örf ve âdet halinde tessüs ettiğini ve bilâhare kanunlaştığını iddia etmek, antropomorfik düşünmek olur. Hayata doğrudan doğruya kanun maddeleri halinde giren ve ömrünün sonunu örf ve âdet haline inkiiâp etmekle bitiren hukuk normları pek çoktur. Hattâ, örften kanuna götüren yol tabiî ve zarurî de sayılsa «doğuş halinde örf ve âdet» mefhumu yine mânasızdır (43).

Mahkemelerin bulduğu yeni hukukî hal suretleri, iç tüzüklerini yeni ihtiyaçlarına göre yaratan muhtar zümrelerin hukukları, milletlerarası câmianın yepyeni ideallerden veya ihtiyaçlardan mülhem yeni hukuk normları ne kanun hukukudur, ne örf hukuku. Bunların kanun hukuku tarafından zımmen kabul veya tasdik yahut

---

leme yeni bir hal şekli bulabileceği fikrini müdafaa etmişse de, Tarihçi mektep, ekseriyeti bakımından, bu istikamette gelişmemiştir.

(43) Zira, örf ve âdetin şartları arasında «maziden gelmiş olma», ve herhalde âdetleşmiş olma unsuru en mühim noktayı teşkil eder. «Yeni bir eşya durumu» ve bunu tanzim için bulunmuş «yeni bir hal sureti» asla örf - âdet kavramı içine sokulamaz. Bu, durum zamanla kökleşip âdetleşebilir, fakat başlangıçta kendisine «âdet» denemez. Bilâkis, bu «âdette mevcut olmayan bir yenilik»tir.

MAX WEBER, örf - âdet hukuku kavramıyla, bu gibi yeniliklerin ilmî bir şekilde izah edilemiyeceğini pek güzel belirtir : Wirtschaft und Gesellschaft. 368 - 385 (MaX WEBER on Law in Economy and Socity. ed : Max Rheinstein. Harvard Üniversity Press 1954. Sh : 63 - 67).

Keza FR. GENY, Tarihçi mektebin «Örf - âdet hukuku» mefhumunu, içine ne konsa alacak kadar genişletilmiş ve basitleştirilmiş bir kavram sayar :

«Örf - âdet hukukundan, yazılı hukukun dışında kalan bütün hukukî kaidelerin her nevi teşekkülünü anlamak, muhakkak ki pek basit birşey olur. Böyle menfî ve müphem bir tarif, örf - âdet hukuku içine a) adlî teşkilât dışındaki takibat ile b) doktrinin kazandığı otoriteyi, c) içtihadın desteklediği gelenekleri, hattâ d) ilmin serbest araştırmasını aydınlatabilecek olan ve onu yeni hal suretinin bulunmasına sevkedebilecek olan bin bir türlü sosyal hayat şeraitini, hülâsa, tefsirciye yazılı - olmayan hukuku keşfettirebilecek mahiyette olan bütün şeyleri karmakarışık bir şekilde sokar. Fakat, müsbet hukukun menşeinde gözüken, yazılı hukukta tekaddüm eden, sonra da halk vicdanına tercüman olmak ve hukukîhayatın icaplarını derin bir şekilde hissetmek ve bir nevi üstün insiyakla onları tatmin çarelerini bulmak için, yazılı hukukun yanıbaşında baki kalmakta devam eden bu nev'i şahsına münhasır şekli kaynağın ellschaft. 368 - 385 (MAX WEBER on Law in Economy and Socity. ed :

önceden derpiş edilmiş olması meselesi hukuk doğmatığının çeşitli telifçi fiksiyonları ile, türlü nazariyeleri ile izah edilebilir. Fakat Sosyolojik bakımdan mühim olan hakikat, bunların örften de, kanun vâzının fikirlerinden de fışkırmadıklarıdır. Hukukun tekevvünü, bir iki kaynağa irca edilmeyecek kadar karmaşık bir vetiredir. Hukukun tekevvününde ya iradî ve şeklî unsuru esas saymak, yahut da irade dışı, ve sırf spontane kaynakları esas tutmak daima tepkileri davet eden tek taraflı tezleri teşkil etmiştir. Keza, hukukun menşei ya münhasıran «fikrî - ideal» temellere, yahut «maddî - iktisadî» ihtiyaç ve zaruretlere irca edilmek istenince, ister istemez çıkmaz sokaklara sapılmıştır. Hukuk nasıl istenirse o şekilde yaratılacak bir nizamdır diyenler, bizzat yarattıkları nizamın umduklarından bambaşka tecellilerine şahit olmuşlardır. SAVİNGNY'nin müdafaa ettiği gibi «hukuk, nasıl ise öyle olmalıdır. Hattâ onu beğenip beğenmemek bile manasızdır, çünkü o, bu takdirle mukayyed olmayan bir şeydir» diyenler, beklemedikleri zamanlarda cezrî hukukî inkilâpların cereyan ettiğini görmüşlerdir.

Tarihçi mektebin, hukukun halkın esaslı hususiyeti olan müşterek hukuk vicdanından çıktığını iddia etmesine rağmen, Cermen halkı ile bir alâkası olmayan Roma hukukuna bağlanıp kalması, yabancı hukuk sisteminden çıkardığı kalıpları Alman hukuku için en son başvurulacak kaynak olarak göstermesi de hayli tenkidi mucip olmuştur (44).

Tanınmış Fransız hukuk bilgini Fr. GENY'nin dediği gibi «yeni vakıa durumlarının ortaya çıkardığı son derece muğlak sayısız meseleleri halledebilmek için bu mektep mensuplarının başvurdukları mantıkî mekanizma, dialektik ve sert bir kadro zevahiri altında hu-

---

(44) Tarihçi mektebin tenkidi hakkında bilhassa bak: R. von JHERİNG - Geist des römischen Rechts 1852 - 65.

L. TANON - L'Evolution du Droit et la Conscience Sociale, Paris 1905 Sh : 1 - 44.

M. KORKOUNOV - Cours de Théorie Générale de Droit. 1903, Sh : 157-178.

Sir PAUL VİNOGRADOFF- Principes Historiqes du Droit. 1924. Sh : 140 - 148.

SADRİ MAKSUDİ ARSAL- Umumî Hukuk Tarihi. Ankara 1942 Sh: 15.

kukçunun yaratıcı muhayyelesinin fantazilerini saklamaktaydı», «İşte SAVİGNY ve talebelerinin, JHERİNG'in reaksiyonunu davet edecek kadar ölçüsüzce geliştirdikleri mefhumlar teşkili (Juristiche Begriffsbildung) veya hukukî inşâlar sistemi (Juristiche Konstruction) buradan çıkmıştı» (45).

Bundan başka hukukun tarihî tekâmülün bir sonucu olduğu söylenirken, bunun yalnız Roma ve Cermen hukuk sisteminin incelenmesiyle cevaplandırılacak bir basitlikte olmadığı da farkedilmemiştir. Tarihçi mektep, tabiî hukuku tenkit ederken, müstekbel hukukun yaratılmasına matuf bütün çalışmaları da mahkûm etmiştir. O, hukukun mazide meknuz temellerini ferketmiş fakat geleceğe çevrilen nâzım rolünü küçümsemiştir. Hukuk ilmi, hiçbir şekilde tesir ve müdahale edemiyeceği bir hukukî tekâmül vetiresinin bir kayıt aleti haline getirilmiştir. Halbuki en müfrit Sosyolojik determinizm dahi hukukun ömründe şuurlu bir tanzim iradesinin rolünü bu kadar ihmal etmez ve hukukçuyu bununla uğraşmaktan, hukuk gerçekliğinin istikbali hazırlayıcı kaynaşmalarını öğrenmeye çalışmaktan alıkoyamaz.

Hukukun kompleks bünyesinde (yeni) de (eski) kadar, (idée) de (gerçek) kadar mühimdir. O halde Tarihçi mektep, kendisinin vazettiği öncüllerden (mukaddemler) bizim ümit ettiğimiz sonuçları çıkartamamıştır.

C — Anglo - Sakson Hukukunda Tahlilci mektep (Analytical Jurisprudence) :

Hukuk dünyasının diğer bir tecerrüt şekli de Anglo - Sakson hukukî düşüncesinde kendisini gösteren «Tahlilci Hukuk Nazariyesi» dir. Bu cereyanın, XVII nci yüzyıl tabiî hukuk nazariylerine tepki olarak doğduğu, kökünü HOBBES'un ve BENTHAM'ın fikirlerinden aldığı kabul edilir.

Anglo-Sakson Hukukunda AUSTİN (46), ve POLLOCK (47) un temsil ettiği tahlilci cereyan aşağı yukarı Fransızların tef-

---

(45) FR. GENY - Méthode d'Interpération. T. II Sh : 345.

(46) JOHN AUSTİN (1790 - 1859) - The Province of Jurisprudence Determined. London 1832.

(47) Sir FREDERİCK POLLOCK (1845 - 1937) - Essays in Jurisprudence and Ethics 1882 - The Expension of the Common Law, 1904.

sirci «Exégèse» mektebi ile aynı zamanda doğmuştur ve Kara Avrupası memleketlerinde geçen asrın sonunda gelişen ve hâlâ birçok taraftarları bulunan «Kanuncu veya Normcu Pozitivizm» ile muvazi inkişaflar kaydetmiştir.

HANS KELSEN, kendi görüşleri ile Amerikan Mektebinin tezleri arasındaki sıkı alâkayı kabul eder (48). Esasen bütün kanuncu pozitivistlerde müşterek olan kanaatler tahlilci mektepte mevcuttur. O, bütün dikkatini madde veya emsaller halinde tekarrür etmiş metinlerin tahliline hasreder. Arkasında yetkili makamlardan sâdır olacak bir müeyyide bulunmayan normlara «hukuk» vasfını tanımaz. Bu yetkili otorite ise Devletten ibarettir. Esasen hususiyeti vuzuh ve insicam olduğu için buna «Hukuk Mantığı = Legal Logic) dendiği de vardır.

«Tahlilci mektebin, siyasi bakımdan mühim neticeleri vardır. Zira tahlilci hukukçu, Devletin politik müesseseleri tarafından müeyyedelenmeyen herhangi bir nizamın «hukuk» vasfını inkâr eder. İşte daha evvelki tahlilci cereyanın Devletler Hukukunu inkâr etmesi de bu yüzdendir» (49).

Amerikan Sosyolojik Hukuk İlminin kurucusu olan R. POUND, tahlilci hukuk nazariyesini tenkit ederken bu görüşün başlıca hususiyetlerini şu şekilde hulâsa eder :

a) Yalnız tekâmül etmiş, gelişmiş hukuk sistemlerini tetkik konusu yapmak.

b) Hukuka kanun vazılarının veya hâkimin şuurlu, iradî bir eseri olarak bakmak.

c) Kanun kaidelerinin arkasında kuvvet ve cebir unsurlarını görmek. Müeyyide mefhumundan, sadece, Devletin kaza organlarının emrindeki cebrî icrayı anlamak, ve icra vasıtası olmayan bir şeyi hukuk saymamak.

ç) Hukukun esas tipini kanun hukuku olarak anlamak

d) Faydacı ve gaî felsefeyi temel taşı yapmak.

---

(48) HANS KELSEN - General Theorry of Law and State. 1946. Sh. XV.- The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence (Harv. L. Rev : N : 55).

(49) THOMAS COWAN- The American Jurisprudence Reader. New York 1956 Sh : 102 «Analytical Jurisprudence» (102 - 134).

«Tahlilci Hukuk ilmi» Roma Hukuku ile İngiliz Hukukundan çıkartılmış bir Hukukun Umumî Nazariyesi'dir. Bu nazariye herşeyi bu sistemlerin tahlil ve muhakemesinden elde edilmiş prensiplerle ölçer. Böylece bu bizi, diğer bir yoldan Mefhumlar içtihadına götürmek tedir ki burada yeni durumlar, daima eski durumlardan istihraç edilmek suretiyle keşfedilmek zorundadırlar. Sonuçlar zaviyesinden öncüllerin, hareket noktalarının tenkidi ise daima ihmal edilir. Prensiplerin peşinde koşulurken, hukukun pratik bir mevzu, pratik bir mesele olduğu unutulur. Şeklî mükemmeliyet kaygusu hukukçuları tamamen sarmıştır. Müşahhas hallerdeki adalet ise artık onların gayesi olmaktan çıkmıştır» (50). Tanınmış Amerikan Sosyolog Hukukçu ROSCOE POUND'un bu kadar veciz izahlarından sonra, Kara Avrupası cereyanlarıyla bu mektep arasındaki bir farka işaret etmemiz, küçük bir noktayı aydınlatabilir ki o da, aslında, iki kültür dünyasının zihniyet farkından değil, belki hukuk sistemlerinin zâtî farklarından ileri gelmektedir : Anglo - Sakson hukuku teamülî karakteri dolayısıyla hâkime daha geniş bir yetki vermekte, onun hukuk yaratıcılığını kısmen olsun kabul etmektedir. Böyle olunca, metinler içinde donup kalma tehlikesi daha azalmaktadır.

Bu mektebe göre «Hukuk, mahkemeler tarafından tatbik edilen kaidelerin heyeti mecmuasıdır». Ancak, böyle bir anlayışın, hukukun Sosyolojik tetkiklerine ne dereceye kadar müsait olduğunu tâyin için bazı hususların aydınlanması lâzımdır. Prof. GURVİTCH'in haklı olarak işaret ettiği gibi bu tarif birbirinden farklı tefsirlere mütehammildir. Bunun mânası, mahkemelerin bir devlet organı olarak mı, yoksa millî câmianın bir organı olarak mı, telâkki edilmekte olduğuna göre değişir. Keza, bu düsturun manası, mahkemelerin, emsal, âdet, veya kanun hukuku ile bağlı bulunduklarında ısrar edilip edilmemesine göre, mahkemelerin serbestçe karar verme yetkilerinin tanınıp tanınmamasına göre değişir. Aşikârdır ki tahlilci mektebin temayülü, mahkemeleri esas itibariyle Devlet organı olarak görmek ve onların faaliyetini emsal ve kanun hükümlerine tâbi addetmek olmuştur (51).

---

(50) ROSCOE POUND - The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence. (Harvard Law Review. 1911 Vo : 24. Sh : 594 - 596).

(51) GEORGES GURVİTCH - Sociology of Law. 1953 sh : 4 - 5.

Gerek tefsirci mektebin, gerek mefhumlar içtihadının ve tahlilci hukuk ilminin, hukukun Sosyoloik araştırılmasına elverişli zemini hazırlamadıkları aşikârdır.

Hattâ, bu cereyanların müşterek vasıflarına tevarüs eden geçen asır kanuncu pozitivizmi dahi hukuku, metafizik menşelerinden kurtarmak isterken (Tabiî Hukuk Aleyhtarlığı), onu gerçek sosyal temelinden mahrum etmiş, ancak muayyen bir medeniyet tipine, ancak muayyen bir Yekûnî Cemiyet şekline has olan, ve burada da muhtelif hukuk şekillerinden yalnız birini teşkil eden kanun hukukunu, hukukun bütünü saymakla sosyolojik zihniyete aykırı bir istikamete sapmıştır.

Kanuncu Pozitivizmin modern şekli olan «Saf Hukuk İlmi» nin görüşlerine ilerde «Metodolojik Mülâhazalar» da ayrıca temas edeceğiz.

Hukukun tekci, emrî ve irâdî telâkisi, sonunda birçok problemleri izahsız bıraktığı için, geçen yüzyıl sonunda muhtelif memleketlerde hukukun daha müsait bir görüş açısından ele alınması zaruretini hissettirmiştir. Bu zarureti duyanların bir kısmı, hukukun, vazıı kanunun tasarrufları olarak telâkisinin, onun fikrî ve felsefî temellerini unutturduğu, insan aklının değişmez prensiplerinin ve insan tab'ının zarurî icaplarının hukuktaki tecellilerini ihmal ettirdiği kanaatına saplanarak tekrar «Tabii Hukuk» mefhumuna baş vurmuştur (52). Diğer bir kısım ise, hukukun cemiyet realitesinde meknuz köklerini, diğer içtimaî ilimler gibi serbest metodlarla arayacak bir Hukuk İlmi yaratmak arzusuna kapılmışlardır.

İşte aşağıdaki tetkik edeceğimiz hareketler, Hukuk Sosyolojisine götüren yolu açmış, hukukçuların dikkatini, normlardan hayata çevirmişlerdir.

---

(52) Son elli yıl içindeki tabiî hukuk rönesansı daha ziyade thomiste gelenekten mülhemdir ve taraftarları arasında, nazariyeye yeni bir canlılık getirebilen, onugeçen yüzyılda maruz kaldığı tenkitlerden tamamen kurtarabilen bir temsilci bulmak güçtür. Daha ziyade akîdevî bir bağlılık halinde devam eden ve türlü tevillerle ihya ve idameye çalışılan thomiste görüşlerden ayrılanlar dahî, ULPİANUS'un prensiplerinden ileriye gidememektedir. Bu hususta bakıla :
Dr. HÂMİDE TOPÇUOĞLU - XX nci Yüzyılda Tabiî Hukuk Rönesansı. Ankara 1953 (Hukuk Fakültesi Yayınları).

§ 3. — HUKUK İLMİNDE "SOSYOLOJİK İSYAN"

Hukuk ilminde Almanyada «Serbest Hukuk Mektebi = Freierechtsschule» Fransada «Serbest İlmî Araştırmalar = Libre Recherche Scientifique», Amerikada «Sosyolojik Hukuk İlmi = Sociological Jurispudence» adı ile başlayan ve her biri, daha evvel tetkik ettiğimiz düsturcu görüşlerin reaksiyonunu ifade eden bu cereyanlara tanınmış Fransız Hukukçusu BİNGE DE VİLLENEUVE «Hukuk İlminde Sosyolojik Reaksiyon» (53), Amerikalı Profesör ARONSON ise aynı hareketin Amerikada Başkan HOLMES ile başlayan şekline «Hukuk İlminde Sosyolojik İsyan» (54) demektedirler.

Şunu baştan kaydedelim ki, her reaksiyon gibi bu hareketler de tenkitlerindeki kuvveti, inşâlarında göstermemişler, ve hukuk ilminin, mahiyeti icabı temin edemiyeceği bazı sonuçları ondan istemeye kalkmışlardır. Saha tecavüzünün örneklerini veren bazı teşebbüsler, bu mevzuda orta haddi bulmak meziyetini gene «Hukuk Sosyolojisi» ne bırakmıştır.

Avrupada hukukî düşüncede inkilâp yapmak zarureti daha 1848 de Alman hukukçusu KİRCHMANN'ın acı tenkitleri ve insafsızca alayları ile başlamıştır. Filhakika hukukun binlerce sene bir kaideler ilmi tarafından inceden inceye işlenmiş olması, tabiatiyle, onun gerçek bünyesinin, hakikî sosyal karakterinin anlaşılmasını sağlayamamıştır. XIX uncu yüzyılın siyasî ve iktisadî bâdireleri karşısında hukukî düşüncedeki atâlet veya aciz «Hukuk İlmi» nin bir istihzâ mevzuu haline getirilmesini, hâkimin fonksiyonunun kü-

---

(53) BİNGE DE VİLLENEUVE - La Crise du «Sens Commun» dans les Sciencec Sociales. Paris 1934. Sh : 207 - 216.

(54) M. ARONSON - Tendencies in American Jurisprudence. (in The Toronto Law Review. 1941 Vol : No : 1) G. GURVİTCH Zikrediyor : Sociology of Law. 1953 122 - 123

çümsenmesini intaç etmişti. Yeni cemiyet şartları, yeni tanzim şekillerine ihtiyaç göstermiş, fakat hukukçular geleneksel mefhumlardan medet ummakta ısrar etmişlerdi. Uzun müddet hukuk tatbikatı içinde yuğurulmuş bir hukukçu olan Prusyalı Savcı H. Von KİRCHMANN, Hukuk İlmini tenkitte en ileri adımı atmıştı : Ona göre Hukuk İlminin, diğer ilim dallarına nisbetle geri kalışının sebebini, bütün ilim dalarında aynı kabiliyetini muhafaza eden insan aklının zaafında değil, belki bu ilmin konusunun arzettiği değişiklik ve keyfilikte aramalı idi. O, «İlim tesadüfî olanı kendisine konu yaptığı için, kendisi de tesadüfi olmaktadır. Kanun koyucunun üç yeni düzeltici kelimesi koca kütüphanelerin okkalık kâğıt haline gelmesine yeter» (55) diyordu. KİRCHMANN'na göre hukuk ilminde «tesadüfi» olan, «keyfi» olan unsur «mevzuat» idi. Bu zata göre hukuk ilminin hakiki mevzuu, keyfi değişmelere konu olan kanunlar değil, belki cemiyette fiilen yaşamakta olan, insanların birbiriyle olan münasebetlerinde bilfiil gerçekleşen hukuktur. KİRCHMANN buna «tabii» hukuk der. Fakat bu, klâsik nazariyenin her cemiyet ve devir hakkında muteber, ideal ve aklî prensipleri değildir. Bu, bugünkü tabiriyle «Spontane hukuk» anlamına kullanılmaktadır. Nitekim «bu konu, halk arasında yaşayan ve münferit her şahıs tarafından kendi muhitinde gerçekleştirilebilen hukuktur» (56). İşte bu manadadır ki bu zat, «hukuk» un mevcudiyetinin «Hukuk İlmi» nin varolup olmamasından mücerret olduğunu söyler : «Bir millet, hukuk ilmi olmadan da yaşayabilir, fakat hukuksuz aslâ» (57).

O halde, kanunların keyfiliğini, tesadüfîliğini kabul eden müellif, cemiyetin gerçek hukukî hayatının bir takım «kanunları» olduğunu ve Hukuk İlminin asıl görevinin de işte bu kanunları bulmak olduğunu kabul etmektedir : bir cemiyette fiilen yaşamakta olan hukukun kanunları : «Hukuk İlminin gayesi de yalnız hukukun hakikî kanunlarını bulmaktır» (58).

KİRCHMANN'ın bahis konusu ettiği «tabiî» hukuk, daha sonra LEİST'in ve nihayet EHRLİCH'in, FUCHS'un HEİNSHEİMER'-

---

(55) JULİUS HERMANN Von KİRCHMANN - Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft. Berlin 1847. Türkçe tercümesi : Dr. COŞKUN ÜÇOK - İlim olmak bakımından Hukuk Değersizliği. (Ank. Üniv. Huk. Fak. Yayınları, 1949. Sh : 18).

(56) J. Von KİRCHMANN - a. g. e. Türkçe tercüme Sh : 8.

(57) J. H. Von KİRCHMANN - a. g. e. Türkçe terceme Sh : 9.

(59) J. H. Von KİRCHMANN - a. g. e. Türkçe terceme Sh : 18.

in «Yaşayan Hukuk», veya «Serbest Hukuk» dedikleri kısmen teşri-dışı hukuktur.

Ancak bu müfrit tenkitlerin, cemiyetin hiçbir zaman gerçek hukukî hayata uygun kanunlara malik olamıyacağı, tedvin devrine hiçbir zaman vasıl olunamıyacağı hakkındaki bedbince ve satirik iddiaların (59) asıl fonksiyonu, Alman hukukçularının mefhumlar içtihadının kendi kendine yeten mantıkî bütünlüğüne (60) ve bilhassa bu mefhum kalıpları ile her yeni ihtilâf tipinin halledilebileceğine olan inançlarını sarsmak olmuştur. Bundan sonra hukukî düşüncenin muhtelif istikametlerde gelişmesi başlamıştır : Hukuk tarihçileri kadim hukuk sistemlerinde devlet-dışı teşekkül eden hukukun çeşitlerini, cermanist hukukçular çağdaş iktisadî zümrelerde ayrı bir iç hukukun tekevvününü (GİERKE), hususî hukuk sahasında çalışanlar, hâkimin yeni hal suretlerini yaratırken kanun maddelerinden ve mefhum kalıplarından biraz kurtulması lüzumunu (EHRLİCH ve diğerleri), âmmeciler Devletin meşruiyetini izaha yarayacak daha elverişli teorilerin tanzimi zaruretini (JELLİNEK) düşünmeye başladılar.

Hülâsa, hukuk ile hayat arasındaki irtibat yeniden bahis konusu olmaya başladı. Birgün bu irtibatların büsbütün kopması tehlikesi, hukukçuları kendi düşünce ve metodlarını ıslah gayretine sevketmiştir.

İlk ikaz, tarihçi mektebin mensubu olmakla beraber, onun kusurlu neticelerini şiddetle tenkid eden ve mefhumlar inşâsı suretiyle hukuk yaratılması usulünde bir ıslahat ve yenilik yapmak is-

---

(59) J. H. Von KİRCHMANN - a. g. e. Türkçe terceme Sh : 17-18, 23-25, 27-32.

(60) E. JUNG-Die logischen Geschlossenheit des Rechts. Berlin 1900. FR. GENY - Méthode d'Interprétation et Sources en Droit Positif. 1899 (195½) Tome : II, Sh : 339, 357.

(61) R. von JHERİNG — Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. 3 vol. Leipzig 1852-65. Fransızca tercüme : L'Esprit du Droit Romain. 1860.

— Der Besitzwille, zugleich eine Kritik der herrschenden juristischen Methode. Jena 1889.

— Der Kampf ums Recht. 1872. Türkçe tercüme : Hukuk Uğrunda Savaş. Çeviren : Rasih YEĞENGİL.

— Der Zweck im Recht. 1877-83.
Fransızca tercüme : L'Evolution du Droit par :
O. MEULENAERE 1901.
Türkçe tercüme : Ahmet Esat (ARSEBÜK) Hukukta gaye 1927

teyen Avusturyalı hukukçu JHERİNG'den gelmiştir (61). O, hukukî muhakemenin iki merhalede vaki olduğunu kabul ediyordu : a) Mantıkî istidlâllerle mefhum teşkiline taallûk eden bir ilk merhale, b) Bir kere teşekkül etmiş mefhumların artık bağımsız olarak ele alınmalarını, birer «hukukî cisim» gibi, hayat dolu müesseseler olarak tefsirlerini tazammun eden bir ikinci merhale. Bunlardan ilki alelâde muhakeme (vasat bir spekülâsyon), ikincisi ise yüksek nazariyat, yüksek spekülâsyon vasfındadır. JHERİNG'in ilk merhale hakkındaki fikirleri benimsenmişse de, yüksek nazariyat safhası hakkındaki fikirleri yadırganmıştır (62).

JHERİNG'e göre hukuk, gaaî (téléologique) bir tefsire tabidir. «Hukukun gayesi, cemiyetin hayat şartlarını teminat altına almaktır». Bu sebeple hukuk, bu hayat şartlarındaki tahavvülleri takip ederek değişecektir. Hukukun tefsirinde ve tamamlanmasında sırf lojik inşâlarla yetinilemez (63).

İngilizce tercüme : Law as a Means to an End. by HUSİK, 1913,

— Scherz und Ernst in die Jurisprudenz 1884.

— Les İndo - Européens avant l'Histoire. Paris 1895 (Oeuvre Posthume)

— Entwicklungsgeschicte des römischen Rechts. Leipzig 1894.

(62) PHİLİPP HECK — Das Problem der Rechtsgewinnung 1912. Sh :14 - 15 ve devamı. «Görüş tarzlarının garip bir tebeddülü yüzünden, bugün JHERİNG'in, bir nevi saygısızlıkla (orta hukuk nazariyatı) diye tavsif ettiği fikrî faaliyetleri ilim olarak kabul ediyoruz da «yüksek nazariyat» da bir dalâlet görüyoruz, ilh».

(PHİLİPP HECK'in bu etüdü Doç. Dr. TURGUT KALPSÜZ tarafından dilimize çevrilmiştir. Yayınlanmak üzeredir.)

(63) R. Von JHERİNG — Der Geist des Römischen Rechts, III, Sh : 302. «Bizi esir eden tılsımdan, hayalden kendimizi kurtaralım. Hukuk İlmini tamamen bir hukuk matematiğine çevirecek olan bütün bu mantığa tapma bir hatadır, ve hukuk hakkındaki bir kavrayışsızlıktan ileri gelmektedir. Hayat, mefhumlar için mevcut değildir, belki mefhumlar hayat için icat edilmiştir. Yaşamaya hakkı olan şey mantık değil, belki hayatın istediği, sosyal münasebetlerin istediği, âdalet hissinin istediği şeydir. Bu, ister mantıkan zarurî, ister mantıkan imkânsız olsun. Romalılar eğer daima başka türlü düşünseler, ve hayatın menfaatlarını medrese mektep cedeline feda etmiş olsalardı Abdére'de oturmağa müstahak olurlardı.» (Halkının budalalığı ile meşhur bir Trakya şehri. Çeviren) (Pasajı nakleden : S. VİNOGRADOFF — Principes Historique du Droit. Traduit de l'anglais par DUEZ et LONGRAİS 1924). Sh : 155, not : 1.

Böylece hukukî düşüncede bir yenilik görüldü : Hukukun mahiyetinden ziyade gayesi, fonksiyonu meselesi ele alındı. Hukuk ne içindir ? Neye hizmet etmektedir ? Meselenin bu tarzda ele alınışı, gerçi gayeleri değil, belki illet-ntice, tâbi-mütehavvil münasebetlerini araştıran sosyolojik zihniyete pek elverişli bir başlangıç teşkil etmemişti. Bununla beraber, «hukuk âlemini tecerrütten kurtarmıştı. Hukukun «ne için» mevcut olduğu ele alınınca, onun fonksiyonel bir izahına yaklaşılmış olacaktı. Hukuk, cemiyetin menfaatlarını, çeşitli ferd menfaatları arasında bir tesviye sureti bularak korumak ve idame etmek vasıtası ise, bu rolünü yapıp yapmadığı, yapması için hangi tadillere tâbi tutulması gerektiği meselesi tetkik edilecekti. Böylece, hukukun, reel hayat şartlariyle münasebeti meselesi üzerinde durulmağa başlandı ve herhalde bilâhare R. POUND'ın işaret edeceği gibi, bir tek hukukî mefhumdan dokuzyüzdoksandokuz netice çıkaran Mefhumlar İçtihadı mektebine veya sadece hak müsavatı ve mukavele hürriyeti prensipleri ile en mühim sosyal problemleri halle kalkan Amerikan hukukçularına nisbetle, JHERİNG'in gayeci görüşü, hukukçunun hayatla alâka ve temasının devam ettirilmesine daha müsait bir yol açmış oldu.

Artık hukuk nazariyesi ferdiyetçi olmaktan sosyalleşmeğe doğru bir adım atmıştı. Hukuk artık fertten cemiyete karşı ileri sürülen bir şey değil, cemiyet tarafından ferde sağlanan bir şey idi (64).JHERİNG, «hukuku, hak duygusu yaratmaz, belki hak duygusunu yaratan bizzat Objektif Hukuktur» diyordu.

Bununla beraber, hukukun, çeşitli kuvvetler muvazenesi veya faktörler tesirleşmesi sonunda ilgililer zümresinde spontane tekevvünü hakkında, veya hukukun gerçek ve fikrî sâiklerin müşterek tesirlerine tabiîyeti hakkında JHERİNG fazla bir şey söylememektedir. O bize, hukukun yaratıcısı olarak sosyal menfaatların koruyucusu saydığı «Devlet» iradesini gösterir : «Hukuk, devlet zecri ile müeyyidelenmiş olan düsturlar, hak da, bu düsturların himaye ettiği ferdî menfaatlardır» der (65).

---

(64) ROSCE POUND — The Scope and purpose of Sociological Jurisprudence (Harvard Law Review, 1911, Sh : 43.)

(65) JHERİNG'in görüşleri hakkında dilimizde yayınlanmış kıymetli bir monagrafi mevcuttur : Doç. Dr. ORHAN MÜNİR ÇAĞIL — Jhering'in Hukuk Nazariyesinin Temel Fikirleri. (İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası Cilt : IX, Say : 3-4 1945, ve Jhering'in Nazariyesinin Anahatları (İst. Huk. Fak. Mec. Cilt : XII, Sayı : 1) 1947.

Böylece bu görüş netice itibariyle hukuku, içtimaî mukavelecilerin ferdî irade veya millî irade kaynağından kurtarıp, Alman Herrschaft nazariyecilerinin Devlet iradesi kaynağına tevdi ediyordu. Halbuki JHERİNG'in hareket noktaları daha vaitkâr idi. Vardığı neticeler ise hukukun yine emrî, ve olsa olsa tahlilî bir telâkkisine götürüyordu (66). GENY'in işaret ettiği gibi JHERİNG'in bütün eserinin mihrakını teşkil eden fikir, vasıtalarla gaye arasındaki münasebetler meselesi idi ki bu, doğrudan doğruya bir teknik meselesidir ve bu mesele daha önceden hukukun asıl mânası ile ilmî bir şekilde ihzarını zaruri kılar. Halbuki bu hususlara dair JHERİNG'de fazla bir şey bulunmamaktadır (67). «Bu suretle JHERİNG'in Hukuk Sosyolojisi baştan bir takım ölçüsüz iddialar serdinden sonra neticede sosyolojik rölativizm zihniyetine aykırı olarak «devletçi bir hukuk nazariyesi» sıfatiyle, hukukun bütün tarihine gözlerini kapamış, hattâ umumiyetle hukukun bugün yaşayan gerçekliğini farketmiyerek, kendisini zamanının beylik prejüjelerine kaptırmış oldu» (68).

Hukukî düşüncenin, neticede hukuk sosyolojisinin kuruluşuna götüren asıl verimli istikameti Avusturya ve Almanya'da zuhureden «Hukukun Serbest Bulunuşu» (Freie Rechtsfindung) veya «Serbest Hukuk Mektebi» (Freierechtschule) hareketidir ki bu hareketin kurucusu olan Avusturyalı bilgin EUGEN EHRLİCH, bu cereyanın sonradan aldığı müfrit ve hissî istikametlere sapmamış ve meslek hayatının sonunda hukuk sosyolojisinin kurucuları arasına karışmıştır (69). Bu sebeple kendisinden ileride «kurucular» arasında ayrıca bahsedilecektir.

Mefhumlar içtihadına karşı daha erken tepkiler Fr. ADİCKES

---

(66) ROSCOE POUND — a. g. e. Sh: 14.

(67) FR. GENY — Science et Technique en Droit Privé Positif. Tome : II, 1915, Sh : 42.

(68) G. GURVİTCH. — Eléments de Sociologie Juridique. 1940, Sh : 68. Türkçe tercüme bak : HÂMİDE TOPÇUOĞLU — Hukuk Sosyolojisinin Mübeşşirleri (Ank. Huk. Fak. Der. ayrı bası, 1950, Sh : 29).

(69) G. GURVİTCH. — Le Temps Présent et l'Idée du Droit Social. Paris 1932, Sh : 247.

(70), S. SCHLOSSMANN (71), O. BÜLOW (72) un eserleriyle başlamış KOHLER (73) in aydınlatıcı ve yapıcı çalışmaları ile belirli bir istikamet kazanmıştır : Bu, hâkimin, hukuk yaratma faaliyetindeki yaratıcı rolünün tanınması istikametidir.

1885 de EHRLİCH «Hukuk Boşlukları Hakkında» adı ile bir etüd (74) neşretmiş ve hâkimin kanunda veya örf ve âdette hâdise-

---

(70) FR. ADİCKES — Zur Lehre von dem Rechtsquellen, insbesondere über Vernunft und die Natur des Sache als Rechtsquellen und über das Gewohnheitsrecht. İn «Studien über die heutige Geltung des römischen Rechts. 1872). Bak: GENYY — Méthode d'İnterprétation, T : II. Sh : 348.

« ADİCKES. tetkiklerinin sonunda, bütün müsbet hukukun hakiki kaynağının, hattâ nihaî ve temel kaynağının akıl olduğu, ve bunun, hâkimin, hukukî meselelerin zuhurunu intaç eden vakıa münasebetlerini şahsen takdir ederken kullandığı sübjektif aklı demek olduğu neticesine varır».

(71) S. SCHLOSSMANN — Der Vertrag, Leipzig. 1876, GENY — a. g. e. Sh : 349.

«Bu zata göre her nevi hal sureti hukuk duygusuna dayanır. Fakat bu iddialar — Tarihçi Mektebin — hâkim olan doktrininin tadilini sağlıyacak durumda değildi.»

(72) O. BÜLOW, — Gesetz und Richteramt. Leipzig 1885.

O BÜLOW, usulî noktadan hareketle, hâkimin vazifesinin sadece kanun ve örfü tatbikten ibaret sanılmasına rağmen, mahiyeti icabı ve zarurî olarak müşahhas halde hukuk yaratıcı olduğunu müdafaa ediyordu. Bu fikrî, nâfiz müşahedelerle tahlil ederek, tarihte devamlı şekilde tahakkuk ettiğini göstererek, içinde yaşadığımız tedvin devrinde dahi — hangi tedvin vasıtaları kullanılırsa kullanılsın — kendini kabul ettirdiğini belirterek ve hattâ, hâdisatın zoru ile ve düsturların kifayetsizliği ile, hâkimin bazan kanuna mugayir şekilde hüküm verdiğini, ve Kanun vazının buna rıza gösterdiğini ilâve ederek klâsik kaynaklar sisteminin yerini, metinlerden ve mantıktan kurtulmuş ve sırf sosyal gerçekliklerin icaplarına göre sevk ve idare edilmiş bir bağımsız araştırmaya terk ettiği neticesini telkin eder.» GENY — a. g. e. 349.

(73) J. KOHLER — Die schöpferische Kraft der Jurisprudenz. 1887 (in Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. 1887 T. XXV, 262 - 197).

— Über die Interpretation der Gesetzen (in Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht, T. XII, p : 1 - 61), 1886.

(74) EUGEN EHRLİCH — Über Lücken im Recht. 1888 (in Juristische Blaetter).

EUGEN EHRLİCH — Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft. Leipzig. 1903.

ye tatbiki kabil hükümler bulamadığı zaman ne kadar umumî ve hudutları belirsiz mefhumlardan medet umduğunu tebarüz ettirmiştir. Daha sonra J. SCHEİN'in «Bizim Hukuk Felsefemiz ve İçtihadımız» (75) adlı hukukta mücerret mantıkî metodun ciddî tenkitlerini ihtiva eden eseri ve nihayet PH. HECEK'in aynı problemi çok daha esaslı ve şumüllü bir şekilde ele alan müteaddit etüdleri intişar etmiştir.

PH. HECEK ilk defa, mefhum yolu ile hukukî inşâlarda bulunma metodu ile, müşahhas menfaat durumlarının hesaba katılması suretiyle kararlara varılması metodu arasındaki esaslı farkı açıkça tebarüz ettirmiş, hattâ bu bakımdan JHERİNG'in tezlerinden daha vazıh ve daha katî görüşler ileri sürmüştür (76).

Nihayet, G. RÜMELİN (77), E. STAMPE (78), E. DANZ (79),

---

(75) J. SCHEIN — Unsere Rechtsphilosophie und Jurisprudenz, Berlin 1889.

(76) PHİLİPP HECK — Die rechtliche Natur der İnhaberpapiere 1890 (in Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht.)

PHİLİPP HECK — İnteressenjurisiprudenz und Gesetzestreue. 1905 (in «Deutsche Juristenzeitung, T : X. 1140 - 1142).

(77) G. RÜMELİN — Werturtheile und Willensentscheidungen im Civilrecht 1891.

Bak : GENY — a. g. e. Sh : 353 «G. RÜMELİN, hâkimin görevinin sırf mantıkî bir iş olduğu fikrine itiraz ederek, burada, kıymet hükümlerinin ve idarî kararların büyük bir dahli olduğunu gösterir. Bu, cüz'î bir mantıkî ameliye ile, büyük çapta bir «zıt menfaatların takdiri» faaliyetinden terekküp eder. Müellif bu fikri ispat için câri hayattan pek çok misaller verir.»

(78) STAMPE — Die Lehre von der Abtretung der Vindication. 1893 (in «Archiv für die civilistische Praxis. 1893, T : LXXX).
«STAMPE, istihkak dâvasının devredilmesi gibi münferid bir meselenin hallinden hareketle, şumüllü neticelere varır : Faydacı ve ahlâkî mülâhazaların, mantıkî kaziyelere üstünlüğü üzerinde durur ve bizi matlup neticeye ancak hukukî menfaatların denkleştirilmesi ve mefhumların tasviri bir şekilde kurulmasının eriştirebileceğini söyler.» (GENY — a. g. e. Sh : 353).

(79) DANZ — Die Auslegung der Rechtsgescheafte. 1897.
Bu zat «hukukî muamelelerin tefsirinden hareket eder, ve tefsiri, muameledeki tarafların hemen daima müphem ve meşkûk niyetlerinden ziyade iş hayatının gerekçelerine ve ticarî teamüllere göre yöneltmeyi istihdaf eder. Sonunda, aynı fikirleri, kanunların tefsirine teşmil eder ve onları mücerredattan kurtararak hayata yaklaştırmayı tavsiye eder.» GENY — a. g. e. Sh : 355.

MÜLLER-ERZBACH (80), M. RUMPF (81) gibi hukukçular hukukun serbestçe bulunması, kanun ve mefhum çerçeveleri ile mukayyet kalınmaması istikametinde müfrit veya mutedil çeşitli tezler ileri sürdüler. Müfrit tezler mukabil hücumları davet etmekte gecikmedi ve muhalif olanlar, kaza kuvvetinin kendisine Anayasa ile tanınmış yetkileri aşamıyacağı, menfaatlar durumunun takdirine, kanun koyanın niyet ve hükümlerinden daha fazla değer verilmesinin doğru olamıyacağı ilâh.. şeklinde tahmini kolay itirazlarda bulundular (E. LANDSBERG, P. LABAND) (82).

Bu münakaşalar devam ederken Serbest hukuk mektebinin hararetli temsilcilerinden biri olan Avusturyalı bilgin KANTOROWİCZ «Hukuk İlmi İçin Mücadele» Adlı bir broşür yayınladı (83) ki bu mücadele parolası serbest hukuk hareketleri lehinde ve aleyhindeki polemiği, akademik münakaşaları (84) hattâ siyasî ikazla-

---

(80) MÜLLER - ERTZBACH — Die Grundzaetse des mittelbaren Stellvertretung aus der İnteressenlage entwickelt. Berlin 1905. (Bu müellif, realist metoda yardım etmesi için Mukayeseli Hukuk ve Hukuk Tarihini tavsiye eder. GENY. a. g. e. 356/5).

(81) M. RUMPE — Zur jetzigen Stande der Lehre von der adaequaten Verursachung im Zivilrecht, (Jhering Jahrbücher, 1905).

M. RUMPE — Gezetz und Richter. Berlin 1906.

M. RUMPE — Le Droit et l'Opinion. (Traduit de l'allemand par LOUİS HUGNENEY 1911).

(82) LABANT — Rechtspflege und volkstümliches Rechtsbewusstsein. 1905. (in Deutsche Juristen - Zeitung. 1 - 1 - 1905).

«Bu müellif, Anayasanın hâkime âmir bir şekilde tâyin ettiği yetkiler üzerinde duruyor.

1898 1910.

E. LANDSBERG — Geshichte der deutschen Rechtsxissenschaft. «Tefsirde şekli ve vakıaî kaynaklarda ifrata sapmaksızın, orta bir yol tavsiyesinde bulunur. GENY: a. g. e. Sh : 359.

(83) Bu eser bir müstear ad ile yayınlanmıştır :
GNAEUS FLAVİUS — Der Kampf um die Rechtswissenschaft. 1906

(84) 1910 da Hukuk ve İktisat Felsefesi Cemiyet'inin senelik kongresinde, gene aynı yılda toplanan Alman Sosyologlarının birinci kongresinde, 1911 de toplanan ikinci Hâkimler Kongresinde, 1912 de toplanan Alman Hukukçularının otuz birinci kongresinde «Serbest Hukuk» problemi esas münakaşa konusunu teşkil etmiştir, ve Frankfurter Zeitung muhtelif nüshalarında meselenin daha geniş bir okuyucu kitlesine intikaline vasıta olmuştur.

(Bütün bu hususlar için bak : GENY — Méthode d'Interprétation, T : II, 382).

rı (85) alevlendirdi. Hukukî düşünce sahasında son derece sert tartışmalara yol açmış, hattâ, «hukuk» un ilim vasfını kazanabilmesi için bütün bu hukuk-dışı mülâhazalardan temizlenerek tekrar ikinci bir tecerrüt safhasına girmesi tekliflerine zemin hazırlamış olan bu serbest hukuk cereyanı, Avusturya - Almanya'nın belli başlı hukukçularını bu hususta behemahal bir cephe almaya zorlamıştı.

Hukuk ilminin, sûrilikten, mücerretlikten kurtulma gayretlerinin en müfriti olan bu cereyanın çeşitli nüanslar arzeden kollarını bir tarafa bırakarak biz, en tipik temsilcisinin fikirlerine temas ile iktifa ediyoruz. KANTOROWİCZ'in kırmızı bir kapak içinde, ve bir mücadele parolası başlığı altında yayınladığı ve JHERİNG'in «Hukuk için mücadele» sini hatırlatan bu broşüründe Serbest Hukuk mektebinin umumî şeması ve belli başlı iddiaları şu noktalar etrafında toplanıyordu : a) Hukuk nedir ? b) Hukuk İlmi ne olmalıdır? c) Adalet tatbikatı nasıl cerayan edecektir ?

a) Yeni ekollerin «Devlet hukuku» karşısına rekzettikleri «Serbest Hukuk» gençleştirilmiş bir nevi tabiî hukuktan başka bir şey değildir. Yalnız bunun klâsik tabiî hukuktan farkı, değişmeğe müsait oluşu ve elâstikiyetidir. «Devlet hukuku» na nazaran ya ferdî bir kanaatten yahut bir maşerî kanaatten doğan, müessiriyet değerine kâh sahip olan kâh olmayan bu «Serbest hukuk» un hiç değilse tanınmak, bilinmek gibi bir üstünlüğü vardır : halkın büyük bir kısmı Serbest hukuka göre, yani kendi muhitlerinde tanınmış olan veya kendi ferdî kanaatlarına göre böyle olduğunu zannetikleri hukuk kaidelerine göre yaşarlar. Serbest hukuk, Devlet hukukunun, kendisine istinat ettiği temeldir : belki mevzuat hukukunun bütün muhtevası daha önceden Serbest hukuk kaideleri sıfatiyle cemiyette mevcut bulunmaktadır (86).

b) Bu şekilde anlaşılan bir hukuku tetkik edecek Hukuk İlmi de eski karakterini tamamen değiştirmelidir, ve evvelâ «aktif» bir

---

(85) Avusturya Adliye Nazırı KLEİN, doğrudan doğruya, hâkimlerde kendilerini kanundan müstakil sayma yolundaki her nevi teşebbüsü durdurmaya matuf makalesinde, açıkça isyankâr ve Devleti yıkmaya matuf saydığı yeni kurtuluş hareketini, hukuk ve Devlet adına, sert bir şekilde protesto etmiştir. KLEİN — Der Kampf um die Rechtswissenschaft. (GENY nakleder : a. g. e. Sh : 377, not : 4).

(86) GNAEUS FLAVİUS, Kantorowicz) —. Der Kampf um die Rechtswissenschaft. 1906, Sh : 14.
(GURVİTCH zikreder : Le temps Présent et L'Idée du Droit Social. 1932. Sh : 249).

karakter almalıdır. O artık sadece zaten malûm şeyleri tetkik eden passif bir ilim olmaktan çıkmalıdır. Hukuk İlmi, hakikaten kaideler yaratıcı bir ilim olmalıdır : kâh hukuk bulmalı (Rechtsfindung), kâh hukuk yaratmalı (Rechtsschöpfung) dır. O, iradeyi aklın yerine değil, yanına koyacaktır. İrade, hiçbir ilimde Hukuk İlmindeki kadar mühim bir rol oynamaz (87). Bunun zarurî bir neticesi olarak da, Hukuk İlmi, anti - rasyonalist, anti - doğmatik olarak; kıyastan, şumüllendirici tefsirlerden, fonksiyonlardan, sözde kanunun ruhuna göre yapılmış muhakemelerden, müelliflerin umumî sistemlerden, tümden gelim yollarından nefret edecektir (88). Hukuk İlmi, tarihî bir ilim olacaktır, Ancak, hukuk tarihinin eski telâkkisine göre değil, belki tam manasiyle gerçek ve yaşayan bir tarih telâkkisine göre «tarihçi» olacaktır (89). Psikoloji ile ve bütün sosyal ilimlerle sıkı bir surette işbirliği yapacaktır (90). Hülâsa, evvelce ilâhiyat modeline göre yaratılmış olan Hukuk İlmi bir reforma tâbi tutulacaktır. Tıpkı bugün Ortodoks ilâhiyat ilmi için teklif edilen neviden bir reforma (91).

c) Bu yeni Hukuk İlmi, asıl konusunu teşkil ettiği âşikâr olan fiilî adâletin icaplarına nasıl cevap verecektir ?

Hâkim, kanunun boşluk bıraktığı yerlerde yukarıki mülâhazalardan ilhâm alarak bu boşlukları dolduracak, ve eğer herhangi bir husus hakkında, bugünkü kanun vazının, kanunda yazılı şekilde bir hüküm vaz edebilmiş olmasını kendi hür ve vicdanî kanaatına göre imkânsız, akla sığmaz telâkki ederse, kendini onunla bağlı saymıyacak ve serbest hukuka göre hümedecektir (92).

KANTOROWİCZ'e göre geleneksel bir şekilde kendilerine bağlanılmış olan bugünkü sözde adâlet prensipleri zaten tahakkuku

---

(87) GNAEUS FLAVİUS (Kantorowicz) — a. g. e. Sh : 19 - 22 (GENY'den naklen : a. g. e. 374).

(88) GNAEUS FLAVİUS (Kantorowicz) — a. g. e. Sh : 23 - 30 (GENY'den naklen : a. g. e. 374).

(89) GNAEUS FLAVİUS (Kantorowicz) — a. g. e. Sh : 30 - 33 (GENY'den naklen : a. g. e. 374).

(90) GNAEUS FLAVİUS (Kantorowicz) — a.g. e. Sh : 33 - 34 (GENY'den naklen : a. g. e. 374).

(91) GNAEUS FLAVİUS (Kantorowicz) — a. g. e. Sh : 33 - 38 (GENY'den naklen : a. g. e. 374.)

(92) GNAEUS FLAVİUS (Kantorowicz) — a. g. e. Sh : 40 - 41 (GENY'den naklen : a. g. e. 375/2).

imkânsız şeylerdir. Bu sebeple fiiliyatta da daima ihmal edilmektedirler. Meselâ, bütün hükümlerin kanuna istinat etmesi, hâkimin kanunun hizmetkârından başka bir şey olmaması, bütün ihtilâfların münhasıran kanuna göre halledilmesi, her kararın doğru bir gerekçeyi ihtiva etmesi, mahkeme kararının ne olacağının daha önceden tahmini kabil olması, kararın objektif, gayri şahsi ve tamamen ilmî ve her nevi ihtirastan azâde olması gibi adâlet prensipleri bu mahiyettedir (93).

Bunlara mukabil KANTOROWİCZ, tahakkuku kabil prensipler olarak şunları gösterir : Yaşayan içtihadın popülerliği (Volkstümlichkeit), meslek ve zanaat erbabının elinde ihtisaslaşmış olması (Fachlichkeit), tarafsızlığı (Umparteiligkeit), istiklâli (Unabhaengigkeit) ve hepsinin üstünde, hürriyet, şahsiyet ve hikmet talep eden âdilliği (Gerechtigkeit)

KANTOROWİCZ'in temennisi, nasıl vaktiyle hâkim olan «şeklî deliller sistemi»ni, «delillerin serbest takdirî sistemi» istihlâf etmişse, münhasıran kanun metinlerine bağlı kalma sisteminin yerini de hukukun serbest yaratılması usulünün istihlâf etmesidir (94).

Hukukun serbest bir surette yaratılması lehinde ileri sürülen çeşitli fikirlerin birleştikleri husus, doğmatik hukuk kaynaklarının iktisadî ve ticarî hayatın dinamizmine ayak uyduramaması karşısında yeni hukukî ihtilâfların tatminkâr hal suretlerine bağlanabilmesi için hâkimin bu yeni hal suretlerini başka yollarla bulması idi. Fakat hangi yollarla ?

Yeni yolların inşâsı eski yolların tenkidi kadar kolay olmuyordu. Hattâ bu tenkit eski yolları tamamen tahribe de muvaffak olamıyordu. Zira, emniyet ve istikrar unsuru olmak hukukun zatî vasıflarındandı. Bunun için de yeknesak, umumî ve mücerret prensiplerden sarfınazar etmeğe imkân yoktu. Hayattaki tenevvüü, olduğu gibi hukuka aksettirmek mümkün olamazdı. Muayyen bir nisbette hukuk «şekli» kalmağa, vakıalardan «geride» kalmağa mahkûm değilmi idi ?

Sayısız hallerde aynı şekilde tatbik edilecek «norm»lar yarat-

---

(93) GNAUES FLAVİUS (Kantorowciz) — a. g. e. Sh : 39 - 44 (GENY'den naklen : a. g. e. 375/3.

(94) GNAEUS FLAVİUS (Kantorowicz) — a. g. e. Sh : 48 - 49 (GENY'den naklen : a. g. e. 376/1.

maya mecbur olan hukuk, bu hallerden bir kısmını aşacak, bir kısmına yetişemiyecekti. Bu, onun mahiyetinde mündemiç bir kusurdu. Serbest hukuk cereyanlarına karşı yapılan mücadeleler, bütün bu zayıf noktaları ileri sürüyor ve bu cereyanın taraftarları da çeşitli yeni yollar keşfine çalışıyorlardı.

Meselâ A. BOZİ, tabiî ilimlerin metodlarına dayanan, yani «inductif» metoddan hareket eden bir hukuk ilminin kurulabileceğine inanıyordu (95).

PHİLİPP HECK ise, Serbest Hukuk mektebi mensuplarının fikirlerini bir şartla kabul edebiliyordu : gaai, ve fakat kanuna sadık bir hukuk tatbikatından ayrılmamak.

Buradaki gaiyet karşılaşan menfatların - «menfaat» mefhumunun en geniş anlamı ile (96) - muayyen kıymet hükümlerine göre ölçülerek denkleştirilmesini ifade eder. Zira «her dâva neticesinde verilen hüküm, zıt menfaatların bir dudutlandırılışı olarak tefsir edilir ve bu menfaatların kıymet hükümleri ve kıymet «idée» lerine göre takdiri vasıtasiyle elde edilir. Bu kaide. kanuna göre hüküm verilmesinde olduğu kadar serbest hukuk yaratılmasından da caridir. Aradaki fark, tamamen serbest bir hukuk yaratmada. takdir için gerekli ölçüyü hukukçu olmıyanların veya hâkimin şahsî kıymet «idée» lerinin teşkil etmesi, diğerinde ise (kanuna bağlı hükümde) bunu kanuna ve nihayet cemiyetin hukuk yaratma vetiresine hâkim olan kıymet ve «idée» lerin teşkil etmesidir» der (97).

Bununla beraber, PH. HECK Hukuk İlminin muhtelif fonksiyonları olduğunu, bu sebeple muhtelif metodları birlikte kullanacağını hatırlatır : O, kanun boşluklarını, eksik, kusurlu maddeleri tarayacak, tahaddüs edecek muhtemel ihtilâflar karşısında hâkimin ihtiyaç duyacağı hal suretlerini bulup hazırlayacaktır. Pra-

---

(95) A. BOZİ — İm Kampf um ein erfahrungswissenchaftlichen Recht. Leibzig 1916'
(aynı müeellifin diğer eserleri için bak : GENY. II. 393/1).

(96) PHİLİP HECK — «Bugünkü lisanımız, kültür eserlerine taallûk ettikleri nisbette bu tatmin ihtiyacını ve ona bağlı tasavvurlarla vakıaları ve objeleri «menfaatlar» olarak adlandırır. Burada «menfaat» kelimesini istenen şeyin mehiyetine bakmaksızın hertürlü kültürel tatmin ihtiyacı için kullanıyoruz. Biz bugün yalnız maddî menfaatlardan değil, aynı şekilde ideal, dinî, millî ve ahlâkî menfaatlardan da bahsediyoruz». (Das Problem der Rechtsgewinnung. Tübingen 1912. Sh : 30).

(97) PHİLİPP HECK — a. e. g. Sh: 32.

tik hukuk ilminin geniş ölçüde normatif vazifeleri olacaktır. Şu kadar ki, hukukî değerlerle hayati menfaatlar arasındaki münasebeti tetkik ile mükellef olan hukukçu, bu ikinci noktayı ancak bir «Hukuk Sosyolojisi» nin yardımı ile sağlıyabilecektir ve bu bakımdan serbest hukuk cereyanından hukuk Sosyolojisine götüren ihtiyaç normal karşılanmalıdır (98).

Bununla beraber, PH. HECK, hukukun tamamlanması için mahkemelerin tatbik edeceği mevzu normların devamlı bir tadil ve ıslaha ihtiyaç gösterdiklerini, bunun teşrî mekanizmasının kopmleks bünyesi ile tatmin edilemiyeceğini görerek bir teklifte bulunur.

Siyasî kanunlar ile gayrî-siyasî kanunlar tefrik edilmeli ve geniş halk tabakalarının menfaatına taallûk etmeyen, fakat, hukuk ıslahatı için zarurî olan gayrî-siyasî kanunlar daha basit bir usul ile, meselâ yetkili bir devlet organı tarafından ilân edilip, muayyen müddet zarfında Parlâmentolardan bir itiraz ile karşılaşılmamış olmak kaydı ile ısdar edilivermeli. Hattâ bunu ZEİLER'in, resmî bir tefsir makamı ihdas edilmesi yolundaki teklifleri ile mukayese ederek birçok sebeplerden dolayı daha tercihe değer olduğunu söyler (99).

Bütün bunlar, serbest hukuk yaratılması cereyanındaki gizli zaafların kabulü demektir ve PH. HECK bir orta yol bulmak niyetindedir.

İşte bir «Hukuk Sosyolojisi» nin lüzumu, bu zaafların izalesi ihtiyacından doğar. Hâkimin, hukuk yaratma işinde göstereceği faaliyetin keyfîlik, indîlik, izafîlik gibi kusurlardan ârî olması için ne yapmak lâzımdır ? Ona hangi objektif metodlar veya mutâlar mecmuası arzedilmelidir ?

Bu ihtiyaç ilk hamlede bazı hukukçuları Hukuk İlminin sosyolojik bir ilim halini alması, yahut bir «Hukuk Sosyolojisi» haline inkılâp etmesi lüzumuna inandırmıştır. KORNFELD, GMELİN (100),

---

(98) PHİLİPP HECK — a. g. e. Sh : 37, not : 3.

(99) PHİLİPP HECK — a. e. g. Sh : 40, 41.

(100) KORNFELD — Soziale Machtverthaeltnisse. «Grundzüge einer allgemeinen Lehre vom positiven Recht auf soziologischen Grundlage» Wien 1911.
GMELİN — Quo usque ? «Beitrage zur soziologischen Rechtefindung. Hanover 1910»

E. FUCHS (101) gibi müellifler Sosyolojik metodu olduğu gibi Hukuk İlmine sokmağa çalışmışlardır.

Bilhassa E. FUCHS hukuk tatbikatına esaslı üç metodolojik temayülün hâkim olduğunu söyler: İlk temayül münhasıran hukukî kavramlara dayanmaktadır ki artık zaafını ifşa etmiştir. İkinci ise, hissiyatın hâkim olduğu bir metoddur ki bu, serbest araştırma ile bulunmuş birçok âdil hal suretini, klâsik vasıtaların örtüsüne bürümeğe çalışır, yani gizli kapaklı bir sosyolojik metodu temsil eder FUCHS buna «Kryptosoziologie» (saklı sosyoloji) der. Üçüncüsü ise, gerçekliği açıktan açığa ortaya koyar, zira, karşılaşan menfaatların takdirinde ve bunların modern ekonominin en âşikâr icaplarına göre tanzimi işinde psiko-sosyolojik metodlara açıkça başvurur (102).

Hukuk emniyeti için yehlikeli olan yol, bu gizli kapaklı sosyolojik araştırma, gizli kapaklı «Serbest Hukuk bulma» dır. Bunun içindir ki Serbest Hukuk, hukuk emniyetini ihya etmek ve adâlet hissini tatmin etmek için, açıktan açığa Mefhumlar İçtihadına karşı isyan etmeli ve mahkemelerin içtihadında gizli kapaklı bir şekilde değil, açıkça ve metodik bir şekilde meydana gelmelidir. Halk hukuku ile resmî hukuk arasındaki uçurum ancak bu yol ile doldurulur (103).

Serbest Hukuk cereyanının mutedil temsilcilerinden olan L. SPİGEL «Hukuk ve Kanun» adlı eserinde, teşrîî faaliyetin dışında tekevvün eden hukuk nevinin muhtelif çeşitleri olduğunu belirtir. Bu zata göre «Kanun hukukunun, Devlet-dışı hukuku tamamen geride bıraktığını ve hukukun devletten gayri kaynaklarının hepsini kuruttuğunu kabul etmek büyük bir hatadır. Kanun, hukukun diğer tezahürlerini yok etmeğe kadir değildir. Yaşayan hukuk, fiilen müessir hukuk, her zaman kanun hukuku ile, teşrî-dışı hukuk arasındaki gerginliği ifşâ edecektir (104).

«Gerçeklikte bütün hususî müesseseler ve âmme müesseseleri, bütün âmme hizmetleri teşkilâtı ve hususî zümreler, aktif bir tarz-

---

(101) E. FUCHS — Juristischer Kulturkampf. Karlsruhe 1912.

(102) FR. GENY — Méthode d'İnterprétation, Tome II Sh : 400.

(103) FUCHS — Juristischer Kulturkampf. Karlsruhe 1912, Sh : 140 (G. GURVİCH naklediyor : Le Temps Présent et l'Idée du Droit Social, 1932 Sh : 252).

(104) L. SPİEGEL — Recht und Gezetz, 1913 Sh : 19 - 19 (GURVİTCH, a. g. e. Sh :253).

da, yeni bir hukukun tevlidine iştirâk ederler ve bu hukukta teşrîdışı hukukun muhtelif nevileri tezahür eder» (105).

Bütün statüler, tüzükler, anlaşmalar bu hukukun tesbit vasıtalarını temsil eder.

Aynı cereyanın bir başka temsilcisi olan ERİCH JUNG ise, «Hukuk hayatında Devletin rolünün izam edilmesi, hukukun kaynakları nazariyesinde bütün hataların temeli olmuştur» der (106). Müsbet hukukun bağlayıcı kuvvetini Devlet otoritesine istinat ettirmek yanlıştır. Zira Devlet teşkilâtı Devletten evvel bir müsbet hukukun varlığını icap ettirir. Müsbet hukuk, Devlet teşkilâtı olmaksızın da meccuttur. Müsbet hukukun otoritesi, organlaşmamış cemaatin gayrişahsi otoritesidir. Bu otorite, cemaat fertlerinin birbirlerine olan spontane bağlılığında ve cemaatten doğan asli nizam şeklinin her ihlâline karşı bu cemaat üyelerinin spontane tepkilerinde tahakkuk eder» (107).

Almanya ve Avusturyada gelişen Serbest Hukuk hareketlerinin rolünü G. RADBRUCH pek güzel tasvir eder: «Serbest Hukuk Mektebi, hukuku, anûdane tecerrüdünden kurtarır, evinin bütün pencerelerini açar, ve ona, yanıbaşında akan hayatın zenginliğini, içinde fikirlerin parıldadığı gökyüzünü gösterir. Kanunun kaçınılmaz bir surette boşluklar ihtiva ettiğini, ve hâkimin hukuku serbestçe aramaya mecbur bulunduğunu kabul etmek vakası, Almanyada Hukuk İlminin elde ettiği en kıymetli kazançlardan birini teşkil eder.» (108).

Keza STAMMLER, «yaşayan hukuku bulmanın artık bir zaruret halini aldığından kimsenin şüphe etmemesi gerektiğini» ve serbest hukuk mektebindeki serbestliğin, hukuka karşı bir serbestlik olmayıp belki hukukun kendi kadroları içinde bir serbestlik demek olduğunu» belirtir. Hülâsa, şeklî hukukun, hukuk hayatının vazettiği problemleri halle kâfi gelmediğini kabul eder (109).

---

(105) L. SPİEGEL — a. g. e. Sh : 120.

(106) E. JUNG — Das Problem des natürlichen Rechts, 1912 Sh : 99.

(107) E. JUNG — a. g. e. 105, 106, 144, 55, 61 (GURVİTCH zikrediyor : a.g.e. 256).

(108) GUSTAV RADBURCH— Einleitung in die Rechtswissenschaft, 1 ed. 1905 3 ed, 1919 Sh : 109 (GURVİTCH zikrediyor; a. g. e. 259).

(109) R. STAMMLER — Theorie der Rechtswissenschaft, 1911, Sh : 735, 729, 719, (GURVTCH zikrediyor, a. g. e. 258).

Umumiyetle, İş Hukuku ve Endüstri münasebetleri sahasında zuhur eden ve ne hususî hukuka, ne de âmme hukukuna girmeyen yepyeni münasebet ve müessese tiplerine uygun yeni içtihatların teşekkülünde bu cereyanın mühim bir rol oynadığı kabul edilir (110).

Bununla beraber, hukukun serbestçe bulunması hareketlerinin, Almanyada pek tutulmadığına, daha ziyade hissî bir tepki olarak silinip gittiğine işaret edenler de yok değildir. Ezcümle FR. GENY, bu hareketin, kendisinden beklenen feyizli neticelere vasıl olmadığını söyler ve sebebini mefhumlar içtihadının Almanyada pek fazla kökleşmiş olmasında ve Devletçilik zihniyetinin teşrî mekanizması dışında teşekkül eden hukuka itibar etmemesinde bulur. Bundan başka GENY'nin kanaatınca daha mühim bir sebep vardır ki, o da Serbest Hukuk hareketlerine teşebbüs edenlerin kâfi bir ilmî-felsefî temelden mahrum bulunuşları ve müsbet hukukun hangi kompleks yollardan geçerek teşekkül ettiğini kavramamalarıdır (111).

Hülâsa, Serbest Hukuk hareketlerinin rolü, Fransa ve Amerikadaki mümâsil cereyanlar gibi, daha ziyade hukukî düşünce zeminini, hukuk doğmatiğinin bazı saplantılarından kurtarmak suretiyle, sosyolojik mülâhazaların yayılmasına elverişli bir hale getirmek olmuştur.

İçtimaî hayat münasebetlerini daha iyi bir hukukî tanzime kavuşturabilmek için, daha evvel bu münasebetleri daha iyi bir şekilde tanımak icap etmekteydi ki, bunu da ancak bir vakıa ilmi sağlıyabilirdi. Ne kadar ıslah edilirse edilsin, Hukuk İlmi, normatif kalmaya mecburdur. Esasen ileride göreceğimiz diğer iki cereyanda da daima bu karıştırmaya, Hukuk İlmini tabiî hudutları dışına çıkarma gayretlerine, bütün bir Sosyolojinin görevini, farkında olmadan hukuka yükleme temayülüne tekrar şahit olacağız.

B — Fransa ve Belçika'da «Serbest ilmî araştırma hareketleri» veya «ilmî Mektep» (Ecole Scientifique ou libre recherche scientifique).

---

(110) G. GURVİTCH — Le Temps Présent et l'Idée du Droit Social, 1932 Sh : 247 - 8.

(111) FR. GENY — Méthode d'İnterpretation, II Sh: 402.
Nasyonel - Sosyalizmin, serbest hukuk cereyanlarını istismarı hakkında bak :
CLADUE DU PASQUİER — Introduction à la Theorie Générale du Droit. Neuchatel 1942, Sh : 210 - 212.

Fransada ve Belçikada gelişen «Serbest İlmî araştırma» cereyanları Alman ve Avusturyalı hukukçuların serbest hukuk hareketlerine muvazi idi. Exégèse mektebi 1880 yıllarında artık bütün verimliliğini kaybetmiş ve hususî hukuk normlarını yeni münasebet ve müesseselere intibak ettirmek hususunda hâkime yeni ufuklar açmak lüzumu hissedilmişti. XIX. cu yüzyılın son yirmi senesi eski tefsir metodlarının yeni şartlara uydurulması için hangi tashih ve tadilleri kabul edebileceğinin araştırılması ile geçmiştir (112). Hukukî metodun tenkit ve ıslahı, hattâ yeni baştan ele alınması meselesi bir çok hukukçuları işgal etmiş ve çeşitli yayınların yapılmasına âmil olmuştur ki bunlardan en mühimi Fr. GENY'nin 1899 da yayınlanan «Tefsir metodu ve Müsbet Hususî Hukukun Kaynakları» adlı iki ciltlik muazzam eseri olmuştur. Aynı müellif, 1913 - 1924 yılları arasında yayınladığı «Müsbet Hususî Hukukta İlim ve Teknik» (113) adlı dört ciltlik diğer bir eserinde Hukuk İlminde, ve tefsir metodlarında, muhtelif komşu ilimlerden ve bir aklı - selim felsefesinden faydalanmak suretiyle ne gibi ıslahat yapılması mümkün ise hepsini inceden inceye tahlil ve izah etmiştir.

Bundan başka aynı yıllarda RAYMOND SALEİLLES (114), ED. LAMBERT (115), P. VANDER EYCKEN (116), J. CRUET

---

(112) FR. GENY'den evvelki reformatörler hakkında bak : JULİEN BONNECASE — Science du Droit et Romantisme, 1928, Sh : 3.

(113) FR. GENY — Méthode d'Interprétation, Tome : II Sh : 113.
FR. GENY — Science et Technique en Droit Privé Positif, Tome I, 1913, Tome : II 1915, Tome : III, 1921 Tome : IV, 1924.

(114) RAYMOND SALEİLLES — Préface de la 1 ère édition de (Methode d'İnterprétation) de FR. GENY, 1899.
RAYMOND SALEİLLES — Ecole Historique et le Droit Naturel (Revue Trim. du Droit Civil, 1902 Sh : 102 ve devamı).

(115) EDOUARD LAMBERT — Droit Coutumier Contemporain, 1893.
— Les Fonctions du Droit Civil Compré. 1903.
— Le Gouvernemet des Juges et la Lutte contre la Législetion sociale aux Etats-Unis 1921.
— La Jurisprudence İnternationale du Travail et le Droit Comparé, 1927.

(116) PAUL VANDER EYCKEN — Méthode Positive de l'İnterprétation Juridique Bruxelles — Paris 1907.

(117) J. CRUET — La Vie du Droit et l'İmpuissance des Lois, Paris 1908.

(117), CHARMONT (118), M. LEROY (119), G. DEREUX (120), G. MORİN (121) vesaire gibi hukukçuların kıymetli yardımları ile hukukçunun görüş zaviyesi genişletilmeye, hukuk anlayışı derinleştirilmeye çalışılmıştır. Fr. GENY «Tefsir Metodu» hakkında meşhur eserinde; hâkimin hukuk yaratma fonksiyonunu, hukukun hayatiyetini devam ettirici bir unsur olarak almış, fakat içtihatların da ikinci bir donmuş kalıplar sistemi teşkil etmesini hiç boş görmediğini ısrarla belirtmiştir (122). Hâkimin müşahhas ve münferid problemleri hallederken göstereceği yaratıcılık, onun mücerred ve umumî normlar vazeden teşrî faaliyetine müdahalesini tazammun etmez. Bundan başka hâkimin yaratıcılığı hukukun mûdil bünyesinin keşfi ve hayata tatbiki için zarurîdir. GENY bu bakımdan İsviçre medenî kanununun birinci maddesini büyük bir hayranlıkla karşılar : «Hukuk,

---

(118) J. CHARMONT — Les Sources du Droit Positif à l'Epoque actuelle, (Revue de Métaphysiqe et de Morale 1906, 117-133).

— Le Droit et l'Esprit démocratique 1908.

— La renaissance du Droit Naturel 1910.

— La Coutume conte la Loi 1917.

(119) MAXİME LEROY — Le Code Civil et Le Droit Nouveau, 1904.

— Les Transformations de La Puissance Publique, 1907.

— La Loi. Essan sur la Théorie de l'Autorité dans la Démocratie 1908.

— La Coutume Ouvrière 1913.

— Histoire des İdees sociales en France III vol, 1946.

(120) G. DEREUX — Etude des diverses conceptions actuelles du contrat (Revue Critique de Lègıslation et de Jurisprudence 1901 Nouvelle Série Tome : XXX)

(121) GASTON MORİN — La Révolte des fait contre le Code. Paris 19.

— La Loi et Le Contrat «Le Décadence de leur Souveraineté» 1927

— Vers la Révision de la Technique Juridique : Concept d'İnstituon) (Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique 1931 N : 1 - 2.

...

«Hukukçunun rolü, XIX uncu asırda birçoklarının zannettiği gibi, hukuk vokabülerini ve hukuk gramerini kıskançlıkla muhafaza etmek değildir. Zira hayat, onu içine hapsetmek iddiasında bulunan formüllere ve düsturlara karşı mukadder bir şekilde isyan der ve birgün hukukî formüllerle hayat arasındaki intibaksızlık mutlak hale gelir. Vakıaların icaplarına uydurulmak üzere hukuk tekniğinin yeniden gözden geçirilmesi bugün için bir zaruret halini almıştır.» Sh: 73.

vamı.

(122) FR. GENY — Méthode d'Interpretation. Tome I § 85. Sh : 208 ve devamı. Méthode d'Interpretation. Tome II § 146 Sh : 33 - 35.

bir ferdin veya bir meclisin, hattâ bunlar hükümran otoritenin sahibi olsalar dahi, bir çırpıda kaleme alamıyacakları kadar karmaşık ve hareketli bir vetiredir» (123).

«İsviçre kanun vazının asıl meziyeti, ahlâkî mahiyettedir : bu meziyet, şimdiye kadar tedvin edilmiş mevzuat tarihinde rastlanmamış olan enteresan bir yenilik teşkil eder : bu, vâzii kanunun açık, riyasız, mütevazi ve mert bir davranışıdır. 1907 medenî kanunun müellifleri çok defa seleflerinin yaptığı gibi boş bir gururun tesiri altında kendi kuvvetleri ile öğünecek yerde, kendi yapabilecekleri işin hudutlarını ve bu işe diğer vasıtalarla yardım edilmesi lüzumunu samimiyetle kabul ettiler.

Böylece, hukukî hayatın bütün teferruatını, liste halinde bizzat tanzimden vazgeçerek, onu ana hatları ile inşa etmekle yetindiler. Bu yapıyı tamamlamak için de, sosyal bir müeyyide ile desteklenmeye lâyık bütün beşerî münasebetlerin daha sıkı ve basiretli bir şekilde ve gittikçe müterakki bir surette tanzimi işine katılabilecek bütün kuvvetlerin kendilerine yardımını, iştirâkini resmen talep ettiler» (124).

«İlk defa görülüyor ki, modern bir kanun vazii, hâkimi, resmen ve umumî bir kaide ile, kendisinin vazgeçilmez bir yardımcısı olarak tanısın : ona bir nevi umumî vekâlet versin ve ona kendi işini tâyin etmek ve sonuna erdirmek için zarurî olan yetkileri bahşetsin.»

«Burada öyle bir fikir mündemiçtir ki, bu, hem bize şimdiye kadar edinilmiş müsbet neticelerin mahiyetini aydınlatır, hem de, bunları aşar. O bize hukukun gerçek hayatının ancak müşahhas olanda bulunduğunu, ve bizim bu hayatın kaidelerini umumileştirmek için, haddizatında müşahhastan istihraç ettiğimiz bütün tecridlerin, sadece bu gerçekliği basitleştirmeye matuf sun'î vasıtalardan ibaret olduğunu gösterir».

«Öyleki ne zaman sosyal hayatın fiili ihtiyaçlarına uygun hal suretleri bulmak ve uygulamak ihtiyacı kendini hissettirirse, daima, - hukukî tecridleri kendisinden istihraç ettiğimiz - bu gerçek hayata dönmemiz zarûrî olacaktır» (125).

---

(123) FR. GENY — Méthode d'Interpretation Tome II. § 204 Sh : 327.
(124) FR. GENY — Méthode d'Interpretation Tome II § 202 Sh : 312.
(125) FR. GENY — Méthode d'Interpretation Tome II § 204 Sh : 328.

Bu dönüş nasıl olacaktır ? «Serbest ilmî araştırma» vasıtasıyla GENY, hâkimin hukuk yaratması ile kanun koyanın hukuk yaratması arasındaki mühim bir farka işaret eder : kanun vazı umumî ve mücerret düsturlar yaratmaktadır : Bu düsturların, haklarında tatbik edileceği ferdler ve zümreler müşahhas olarak belirli değildir. Kanun vazı kendi ilham kaynağını dilediği gibi seçebilir, şu veya bu istikameti daha serbestçe tâyin edebilir. Halbuki hâkim müşahhas bir mesele hakkında doğrudan doğruya hâdisenin ilgililerine karşı bir hukuk yaratacaktır. Bu itibarla son derece tarafsız, objektif hareket etmeye mecburdur. O, şu veya bu prensibi gelişigüzel seçmekte muhtar değildir. Kararını tamamen «objektif unsurlara» istinad ettirecektir. Hâdise hakkında bir kanun veya bir örf kaidesi yoksa, bu objektifliği ne suretle temin edecek, neye dayanacaktır ? Ancak ilmî ve serbest bir araştırmanın neticelerine.

Bu araştırma «serbest» olacaktır, zira ne kanun vazının, ne örfün, hülâsa hiç bir otoritenin faaliyetini veya kararını tazammun etmemektedir. «İlmî» dir, zira kendine lâzım olan sağlam temelleri ancak ilmin ortaya koyabileceği objektif elemanlar arasında bulabilecektir (126).

Hâkimin bu durumu, hukukun tefsircilerinin ve âlimlerin durumunu da tâyin eder. Onlar da aynı şekilde çalışacak, müsbet hukukun gerektireceği hal suretlerini tâyin eden objektif elemanları bizzat keşfedecektir. Bu objektif elemanlar nerede araştırılmalıdır ? Buna «umumî efkârda» diye cevap verenler hatâ ederler. Zira hâkim, eşyanın hakikatına nüfuz etmek ister. Bu ise, umumî efkârda tecelli eden bir şey değildir (127). Hâkim, bu objektif unsurları «eşya tabiatı»nda bulacaktır. O, tabiatı - eşyayı kendisine bir araştırma ve işleme konusu yapacak, bunu sistemleştirecek ve geliştirecektir (128).

GENY'in bu görüşü, MONTESQUIEU'nun tezini hatırlatırsa da (129) bu sonuncusu eşya tabiatını kanunların yaratılması vetiresindeki tesirleri bakımından izah etmiştir. GENY ise, hâkimin ye-

---

(126) FR. GENY — Méthode d'Interpretation. Tome II§ 156 Sh : 78 - 79.

(127) FR. GENY — Méthode d'Interpretation. Tome II § 157 Sh : 81 - 82

(128) FR. GENY — Méthode d'Interpretation. Tome II § 159 Sh : 88, 91 - 92.

(129) MONTESQUİEU — Esprit des Lois. Tome : I Livre : I, Bak : aşağıda «Hukuk Sosyolojisinin uzak habercileri : Montesquieu».

ni hukuk normlarını araştırması ve mevcut normları tefsiri sadedinde ortaya atmıştır.

GENY bu mânada, bu fikrin ilk defa 1791 de RUNDE tarafından ileri sürüldüğünü söyler (10) ve kendisi de aynı anlama iştirak eder : «müsbet hukukun geniş mânada kaynağı olarak ele alınan eşya tabiatı şu postülâya istinad eder: İçtimaî hayatın münasebetleri, veya daha umumî olarak, her hukukî teşkilâtın vakıa unsurları, kendi muvazene şartlarını kendilerinde taşırlar, ve kendilerini tanzim etmesi gereken normu adeta bizzat ifşâ ederler. Bu kabul edildikten sonra, içlerinde hangilerinin hukukan tanınmaya lâyık olduklarını anlamak ve her nevi şeklî kaynağın yokluğu halinde bunların kanununun ne olduğunu bulmak için, bizzat bu beşerî münasebetleri pek yakından tetkik etmekten daha basit bir şey olmaz gibi gelir. Yalnız, tatbikata geçince, pek acele vazedilen bu postülanın şu bakımdan eksik olduğu görülür: hayat münasebetlerinin en teferruatlı bir tahlili dahi -çatışan menfaatları daha kolayca ölçülebilir bir hale getirmekle beraber- tek başına, kesin ve açık kaideyi ortaya çıkarmaya muktedir olamaz.

Vakıaların dışında ve üstünde bunların ahenk kanununu (la loi de leur harmonie) aramak lâzımdır» (131).

GENY müsbet hukukun hazırlanmasında serbest ilmî araştırma faaliyetinin teferruatlı safahatını, sonradan yayınladığı «Science et Technique» adlı eserinde daha esaslı bir şekilde izah eder :

Hukukçuya terettüp eden iş esas itibariyle iki ayrı faaliyet nevini gerektirir :

1 — İlmî faaliyet,

2 — Teknik faaliyet.

«İlmî faaliyet» ile GENY pek geniş bir araştırma sahasını murad eder, hattâ buna, yalnız vakıa münasebetlerinin araştırılması değil, kıymetlerle vakıalar arasındaki münasebetlerin araştırılması, vakıaların ideallere göre takdirî faaliyeti de girer.

Hukukçu, bu ilmî faaliyetinde eşya tabiatını dört çeşit mu'ta gurubu halinde tarayacaktır :

---

(130) RUNDE — Grundsaetze des gemeinen deutschen Privatrechts. 1791 (GENY. II Sh : 88).

(131) GENY — Méthode d'Interprêtation, Tome II Sh : 89.

a) Gerçeklik mûtâları veya dar mânada Tabiî Mûtâlar (Données réelles ou strictement naturelles) (132).

b) Müsbet hukukun tarihî mûtâsı (Le Donné historique du droit positif) (133),

c) Müsbet hukukun aklî mûtâsı (Le Donné rationnel du droit positif) (134),

d) Müsbet hukukun ideal mûtâsı (Le Donné idéal du Droit positif (135).

Bunlardan ilk mûtâ gurubuna beşeriyetin içinde bulunduğu maddî, tabii, hayatî vakıa şartlarının hepsi girer : maddî ve manevî tabiat, iklim, toprak, anatomik ve fizyolojik insan bünyesi, ruh haletleri, dinî hisler, ahlâkî temayüller, iktisadî şartlar, hattâ mevcut siyasî ve iktisadî kuvvetler. Bu gibi günlük ve müsbet gerçeklikler hukuk kaidelerini doğrudan doğruya yaratamazlarsa da onları hudutlandırır, tâyin ederler, ve hiç değilse zarurî muhitini teşkil ederler.

İkinci mûtâ gurubu ise hukukî müessese ve kaidelerin zaman içinde işlenerek bir «kazanılmış hukukî kıymetler mecmuası» teşkil etmesini ifade eder. Bu müktesep hukukî mâmelik'in tesirinden biz tamamen kurtulamayız.

Üçüncü mûtâlar gurubu ise, -ki aklî olanlardır- insan tabiatının dış dünya ile temasından istihraç ettiği ve zarurîliğine hükmettiği bazı davranış kaideleridir. Bu, kısacası GENY'nin «asgarî tabiî hukuk» dediği kaidelerdir. (İrréductible droit naturel) (136).

Meselâ, cinslerin farklı oluşu vakıası karşısında insan aklı cinsî birleşmenin behemehal bir hukukî tanzimi lüzumuna hükmeder ve bir evlenme müessesesini yaratır. Bu müessese, aklî bir mûtâdır.

---

(132) GENY — Science et Technique en Droit Privé Positif. Tome : II 1915. § 167, Sh : 371 - 376.

(133) GENY — Science et Technique en Droit privé positif. Tome : II 1915. § 168. Sh : 376 - 379.

(134) GENY — Science et Technique. Tome : II § 169, Sh : 380 - 384.

(135) GENY — Science et Technique. Tome II, § 170, Sh : 384 - 389.

(136) GENY - nin asgarî tabiî hukuk hakkındaki görüşleri için bak : HÂMİDE TOPÇUOĞLU — XX nci yüzyılda Tabiî Hukuk Rönesansı. 1953, Sh. 40 - 53.

Dördüncü guruba gelince bu, zamana ve cemiyete göre değişen ideal hukuk talepleridir ki hukukun tekâmülüne götüren fikrî ve hissî sâikleri, arzu ve temayüllerini bir kelime ile (desiderata) yı ifade der. Bunlar, mütehavvil karekterleri dolayısiyle «aklî mûtâ» yı temsil etmezler.

Meselâ, yukarıdaki misale dönersek, evliliğin tek karılı olup olmaması, boşanmanın kabul veya reddi gibi hususlar artık aklî değil, ideal mûtâlar gurubuna girecektir.

Hülâsa GENY hukukçuyu bu dört çeşit mûtâyı araştırmakla mükellef tutar ve bunlardan herbirinin araştırılmasında civar disiplinlerden istifadeyi şart koşar (137).

Bu disiplinler nelerdir ?

Burada GENY'nin Sosyolojiye karşı takındığı tavrı tâyin edebiliriz. Zira bütün bu öncüllerden, onun Hukuk Sosyolojisinin kurucuları arasında yer alacağı zannedilirken, maalesef bunu bizzat kendisinin reddettiği görülmektedir. GENY, geçen yüzyılın son senesinde yayınladığı Tefsir Metodu hakkındaki eserinde, Sosyolojinin, tekâmülünü tamamladığı takdirde hukukçunun muhtaç olduğu munzam bilgileri ona sağlamaya kâfi geleceğini söylüyor, yalnız bu ilmin o zamanki şekilsizliğinden ve belirli metodlara sahip olmayışından şikâyet ediyor (138). Halbuki, 1924 de son cildini yayınladığı «İlim ve Teknik» adlı eserinde, kendi fikirlerinin sırf sosyolojik zaviyeden kıymetlendirilmesine şiddetle itiraz etmiş, Sosyolojinin objektif bir kıymat kıstasına lâkayıt, ve sadece vakıaların müşahedesine münhasır bir tetkik şekli olduğunu bu sebeple hukukçunun kendi gayesine elverişli olmadığını iddia etmiştir (139).

GENY'nin bu görüşlerinde muayyen bir isabet payı olduğu muhakkaktır. Ancak, kendisinin başvurmayı tavsiye ettiği çeşitli sosyal ilimlere nisbetle Sosyolojiye pek farklı bir tavır takınışı, daha ziyade tabiî hukukun bir Hukuk Sosyolojisi tarafından istihlâf edil-

---

(137) GENY, aynı fikirleri evvelki eserinde de müdafaa etmiştir : Méthode d'Interprétation : II § 168, Sh : 137 : « fakat daha ileri gitmek lâzımdır, ve eşya tabiatının en derin köşelerine kadar nüfuz ederek, içtihada daha geniş ve daha serbestçe ilmî olan bir araştırmalar serisi açmak lâzımdır.»

(138) Méthode. T : II Sh : 137.

(139) Science et Technique. Tome IV. Préface. Sh : VI.

mesi tehlikesine karşıdır (140). Halbuki, «aklî mûtâ» ile «ideal mûtâ» arasındaki sun'i tefriklerden sarfınazar edilirse hukukta tecelli eden etik değerlerin -ki «tabiî huku» bu değerlerin bir ifadesidir- Sosyoloji tarafından ne inkârı ne de ibdâı bahis konusu değildir. Sosyoloji bu değerleri müşahede eder, sosyal muhitteki tesir ve tecellileri ile anlar, tahlil eder. Ancak bunları tavsiyeye veya redde kalkmaz. Bu, hukukçunun, hukuk yaratırken kale alacağı bir keyfiyettir, ve o, zâtî inancını değil, toplumun kollektif inanç ve değerlerini hukukta tecelli ettirecektir. Bu bakımdan, bu değerleri, tıpkı sosyoloğun objektifliği içinde tanıması lâzımdır. Hülâsa GENY'nin, bilhassa MAX WEBER'in Hukuk Sosyolojisinin mutedil ve ihatalı tezlerinin yayınlanmış olduğu bir sırada (1922), Sosyoloji'den sadece DURKHEİM'i hatırlaması ve onu da biraz mübalağalı tefsir ederek Hukuk Sosyolojisi cereyanlarına cephe alması gariptir.

GENY'nin «mûtâlar» arasında yaptığı tefriklerin ilmîlik değeri çok münakaşa edilmiştir. Biz, başka bir münasebetle incelemiş bulunduğumuz bu konuya burada tekrar dönmiyeceğiz (141).

Ancak şu kadarını söyliyelim ki, hâkimin, ve ona lüzumlu hal suretlerini hazırlamaya çalışan hukuk bilgininin rolü, GENY'nin teklifi kabul edilirse, ister istemez bir çıkmazda dolaşmak olacaktır : hâkim umumî hukuk prensipleri değil, ancak münferid hallere maksur hükümler yaratacaktır. Bu hükümlerin mümasil hallerde behemehal tekrarlanması suretiyle kalıplaşmasını, GENY hem hukukun dondurulması bakımından hem de Kuvvetler ayrılığı prensibi dolayısıyla aslâ tasvip etmez. Hâkim, her hâdisede, eşya durumunu tetkik edecek ve münasip bir hüküm yaratacaktır. Ancak, eşya durumu ve hâdisenin mümasili olan haller değişmeksizin tekerrür ederse, hâkimin hükmü de tekerrür edecek ve dolayısıyla içtihat prensipleri, yerleşecektir. Bu netice GENY istemese de zaruridir. Bununla beraber, hâkimin, katiyen istikbali bağlayıcı olmayıp sırf haldeki hâdiseyi tanzim edici kararlar vermeye davet edilmesi ve bunun için de muazzam bir araştırma, ve kıymetlendirme faaliyetine mecbur bırakılması, kazaî faaliyetin pek fazla zorlanması gibi görünmektedir. Hâkim, veya hukukçu ancak münferid ve müşahhas bir hal hakkında münferid bir hüküm verebilmek için -ve bu hükmün istikbaldeki tesirlerini, prensip itibariyle, derpiş etmeksizin- bütün bir

---

(140) Science et Technique. Tome II. § 85 Sh : 85, keza yukarıda not : 88.

(141) HÂMİDE TOPÇUOĞLU — XX nci yüzyılda Tabiî Hukuk Rönesansı, 1953, Sh : 50.

sosyal ve tabiî gerçeklik mûtâlarını, aklın ve idealin icaplarını tetkik, tamik edecek, sonunda iki tabiî hukuk prensibinin (ki GENY bunu ikiye icra eder : herkese hakkını ver, kimseye zarar verme) rehberliği altında hukuk tekniği kaidelerini işleyerek adâleti tecelli ettirecektir.

Gerçi GENY, hukukçunun ilmî ve teknik faaliyetini ayrıt etmekle, ilmî faaliyetin ehemmiyetini belirtmekle, hakikaten devrinin hukukçularını ikaz etmiş, onları naslara bel bağlayıp, değişen sosyal problemlere gözlerini kapamaktan kurtarmıştır. Fakat «ilmî faaliyet» olarak hâkime ve hukukçuya yüklediği işin azameti ile, ona tanıdığı rolün mahdütlüğü arasında bir nisbetsizlik vardır. GENY teşriî faaliyeti istikbali tanzime matuf sayarken, kazaî faaliyeti günlük ihtiyaçların karşılanmasına hasreder. Sonra tabiî hukukun klâsik iki prensibinin rehberliğinde ısrar edip, cemiyet hayatının yeni şartların gerektirdiği ideal unsurları «değişmeye müsait» mûtâlar olarak ikinci planda bırakılması, umumî efkâra karşı büyük bir itimatsızlık göstermesi ve hâkimin hukuk yaratma faaliyetinde baş vuracağı mûtâlar arasında buna pek yer vermemesi, kendisinin, her şeye rağmen klâsik hukuk felsefesinden ayrılmadığına, ve bilhassa etik kıymetlerin objektif bir şekilde tetkik edilebilmelerine inanmadığına alâmettir.

Fransa'da serbest ilmî araştırma hareketlerinin diğer tarafdarları arasında yer alan RAYMOND SALEİLLES (142), hâkimin, kanun boşluklarını doldurmak için hukuk yaratma faaliyetinde üç kaynağa başvuracağını, bunlar arasında a) teşriî kıyas, b) maşerî hukukî vicdan, ve c) mukayeseli hukuk metodları bulunduğunu kabul eder (143). SALEİLLES'in «maşerî hukukî vicdan» ı tarif edişi dikkate değer bir açıklık gösterir. Bu artık, tarihçi mektebin «halkın hukukî vicdanı» dediği mistik, muğlâk ve geleneksel temayüllü bir kollektif ruh değildir. Bu, daha ziyade umumî efkârın hukuk ve adalet ile ilgili kısmıdır. Filhakika SALEİLLES şöyle demektedir : «Umumî efkâr, muayyen bir cemiyetin muayyen bir safhasında belirli iktisadî ve içtimai şartlar altında öyle birtakım telâkkiler üzerinde birleşir ki, âmmece adâletin ifadesi sayılan bu telâkkilere, kendi fiillerinin müstakbel müeyyideleri sıfatıyla rastlayanlar dahi, bunların âdilliğine, haklılığına itiraz edemezler. İşte hâkim, kanunî boş-

---

(142) Bak : yukarıda not; 114.

(143) RAYMOND SALEİLLES — Ecole Historique et Droit Naturel d'aprés quelques ouvrages récents, (Rev. Trim. du Droit Civil, 1902, Sh : 106).

luk halinde bu telakkileri esas ittihaz edecektir» (144). Tabiatiyle diğer kaynaklara da başvurmak şartıyla.

Umumî efkârın yeni adâlet telâkkilerini daima kale almak gerektiğinde ısrar eden SALEİLLES, bu bakımdan, GENY'den daha az muhafazakâr ve «Adâlet» prensibi değişmezse de bundan istihraç edilecek «nazarî prensipler» ve bunların «müşahhas hukukî tatbikatı» zamanla ve cemiyet şartlarına göre esaslı bir şekilde değişir, der.

Serbest ilmî araştırma cereyanlarının gelişmesi sırasında ortaya atılan çeşitli görüşler arasında, Hukuk Sosyolojisi bakımından en enteresan olanı, J. CRUET'nin keskin hatlarla belirttiği hukukun gerçek hayatı, «spontane hukuk» problemidir.

J. CRUET, 1908 de yayınladığı «Hukukun hayatı ve Kanunların aczi» (La Vie du Droit et l'İmpuissance des Lois) adlı eseriyle, serbest ve nükteli üslûbun kolaylığı içinde bütün bir sistematik hukuk sosyolojisi meselesini vazetmiş gibidir.

Serbest ilmî araştırma cereyanlarının ilk temsilcileri, hâkimin veya, tefsircinin keşfedeceği âdil hal suretlerini şu veya bu şekilde tevil veya tefsir edilmiş bir «tabiî hukuk» kavramına istinad ettirmeğe çalıştıkları halde CRUET, artık «tabiî hukuk» a başvurmaktan vazgeçmek gerektiğine kanidir. Zira hukuk, zaman ve mekân şartlarıyla bağlı, tarihin seyri içinde şu veya bu toplumda tahakkuk etmiş veya halen etmekte olan bir şeydir. Bu mânada bütün hukuk, ancak «tahakkuk etmiş olan», bir sistemdir, yoksa sadece tasavvurlarda mevcut bir sistem aslâ «hukuk» değildir. Bu, ideolojik bir nazariye, bir mücerret prensipler sistemidir. İşte bu mânada bir «tabiî hukuk» yoktur. CRUET, DUGUİT'yi hatırlatan bir cezrîlikle «Bizim, bütün samimiyetimizle, tabiî hukukun tatbikatta mevcut olmayan yegâne hukuk olduğunu itiraf etmemiz lâzım değil midir?» der (145).

O halde, hukukçu, meşgul olduğu normların nasıl, ve ne suretle meydana geldiğini bütün gerçekliği içinde öğrenmelidir. Bunun için de ister kanun, ister örf âdet hukuku olsun, herhangi bir normun

---

(144) RAYMOND SAİLLES — Ecole Historique et Droit Naturel d'après quelques ouvrages récents, (Rev. Trim du Droit Civil. 1902, Sh : 108).

(145) JEAN CRUET — La Vie du Droit et l'İmpuissance des Lois. 1908, Sh : 6188.

bütün meydana geliş seyrini, sebeplerini, saiklerini, hangi fonksiyonu ifa için yaratıldığını, yahut hangi mübrem ihtiyaçların sevki ile emniyetin anonim şahsiyetinden spontane bir şekilde meydana geldiğini araştırmalıdır. O, hiç bir «teori» de, hiç bir «fiksiyon» da karar kılıp gerisini araşırmaktan kendini menetmemelidir.

Kanunun, kanun vâziinden ısdar edildiğinin bilinmesi, onun gerçeklikteki tekevvününü izaha kâfi gelmez. Çok defa, CRUET'nin tâbiriyle, kanun vâzii «kanunu imal etmez, belki tasdik eder». Zira kanunun muhtevası, umumiyetle falan veya filan ihtiyacı karşılamak için, yahut falan veya filan suistimali önlemek için,, teşriî kuvvete fiilen dahil olmayan makamlar tarafından hazırlanır, nihayet ufak bir teşriî komisyonun sayısı mahdut âzaları tarafından, ve umumiyetle yine ihtisas erbabınca incelenip tashih edilir, ve asıl Vazii Kanundan esas itibariyle bunun, sadece tasdiki istenir. Esasen, hukukî karekteri galip, politik neticeleri mühim olmayan kanunlara, Teşriî Meclislerden nadiren itiraz gelir. Böylece, kanunun şeklen yaratılması Teşriî Meclislere terettüp etse dahi, muhtevasını gene cemiyetin gerçek bünyesinin ihtiyaçları, ve hukukçuların bu ihtiyaçlara uygun çalışmaları meydana getirir.

Bu mânadadır ki CRUET, mûtat «kanun» telâkkisinin hatalı olduğunu, kanuna hakikatte haiz olmadığı bir yaratma kudretinin izafe edildiğini belirtir : «Kanunların herşeye kadir oldukları inancı siyasî mücadelelerin şiddetini arttırmaktadır. Bazıları, kanunun, kendilerini herşeyden mahrum bırakabileceğini, diğer bazıları ise, kanunun kendilerine herşeyi bahsedebileceğini zannediyorlar : birincilerin korkusu, ikincilere ümit veriyor. Fakat bu korku da, bu ümit de hep hayalî değil mi ?

Eğer herkes kanunu mutlak bir idarenin keyfî bir emri gibi değil de, cemiyetin gerçek muvazenesinin takribi bir ifadesi gibi görseydi, yurttaşlar, Meclislerden mükemmel kanunlar istemekle ne kadar yanıldıklarını anlarlardı : mükemmel kanunlar yapmak için, evvelâ, daha mükemmel bir cemiyetin mevcut olması lâzımdır» (146).

Mamafih, CRUET, hiç de fatalist değildir. O, «Her ne kadar asıl mânasıyla bir Kanunlar İlmi yoksa da, bir ilmî şekilde kanun yapma tarzı vardır» der (147). Zira, kanun, cemiyetin şartlarından,

(146) JEAN CRUET — La Vie du Droit et l'Impuissance des Lois. 1908, Sh : 18.

(147) JEAN CRUET — a. g. e. Sh : 175 «S'il n y a pas à proprement parler

cemiyetin gerçek ve fikrî ihtiyaçlarından doğan hukukun, bir resmî tesbit şeklidir. Hukukun muhtevası, cemiyetin malıdır, zarurî mahsulüdür. Gene bu mânadadır ki, o, «Kanun, cemiyete hükmetmez, belki onu ifade eder» der (148).

CRUET'te göre kanun ile hukuk arasındaki münasebet yanlış vazedilmiştir. Hukuk, iptidaî cemiyetten modern cemiyete kadar sadece şeklini değiştirmiştir. Fakat mahiyetini, karekterini değil. Kanun, medeniyet tarihinde, sonradan zuhur etmiş bir «hukuk tesbiti» şeklidir. Hukuk örf ve âdet ile, kaza organlarının kararlariyla doğmuştur. Kanun da, ancak bu hale gelmekle, âdetleşmekle, kararlarda ifadesini bulmakla hukuklaşır. Bundan başka, birçok kanun maddeleri, hakikatte, beşerî münasebetlerin geçirdiği tehavvüllerin, veya daha önceden ilgililer arasında beliren bir anlaşma ve uzlaşma şeklinin, veya belirli bir hareket tarzının, en sonunda«Kanun» şeklinde ifade edilmesinden ibarettir. Hukukun bazı sahalarında bu hal büsbütün bârizdir : Evlilik müessesesi, kanunun değil, hukukun eseridir. Müessesenin kanun ile tanzimi, sonradan vaki olan birşeydir. Faiz hükümleri, sigorta kaideleri, anonim şirketler hukuku,grev hakkı, Sendika Hukuku ilâh.. hepsi sonradan Kanunlaşmış sosyal müesseselerdir. Hattâ bunların birçoğu uzun müddet yasak hükümlerinin tehdidi altında kalmış, fakat muayyen sosyal ve iktisadî münasebetlerin zarurî şekilleri olarak nihayet kendilerini kanun vâzına kabul ettirmişlerdir. CRUET'nin dediği gibi bir zamanlar işçiler için suç sayılan, ihlâl sayılan hareketler, bilâhare hak sayılmışlardır (149).

İşe kanun vazının elkoymasından evvel, sosyal ve ekonomik vakıaların kendi nizamlarını kendileri yaratmaları diğer sahalarda da görülür :

Meselâ aile münasebetlerini tanzim eden hükümlere bakalım : bu hükümler, bu kanun maddeleri, zamanla bu gerçek sosyal bağların arzettiği değişmeleri ister istemez takip ederler. Kocanın ve babanın otoritesini destekleyen hükümler, türlü sosyal sebeplerle, fiilî münasebetlerde bu otoritenin azalması sonunda, tesirlerini a-

---

une science des Lois, il est cependant une manière scientifique de légiférer».

(148) JEAN CRUET — a. g. e. Sh : 336 : «Le Droit ne domine pas la Société, il l'exprime.»

(149) JEAN CRUET — a. g. e. Sh : 143 ve devamı.

zaltır hattâ bazan tamamen kaybederler. Meselâ eski bir fransız hukukî örfü «Her koca, emrine itaat etmediği takdirde karısını dövebilir, yeterki itidal dahilinde kalsın ve kadın bu yüzden ölmesin» diyordu (150). Code Nopeéon'da kadının ısrarla muhafaza edilmek istenen ehliyetsizliğinin menşei bu eski âdetlere kadar dayanır. Fakat aynı Code Nopoléon, farkında olmadan kadını hiç değilse mâlî bakımdan eski durumundan kurtarmış, serveti üzerinde tasarruf imkânını genişletmiştir. Bu, kadının «servet» vasıtasıyla kurtuluşudur (151). Fakat daha sonraki merhalede kadın, kendi gündeliğine, kocasının müdahalesi olmaksızın tasarruf edebilmek hakkını kazanmıştır ki bu da «çalışma» vasıtasıyla kurtulmadır (152). Bu gelişmenin seyrini CRUET pek basit bir iki çizgi ile belirtir : Code Civil, yalnız emlâk veya alelıtlak servet sahibi zevceyi gözönüne almıştı. Daha sonra kadınların endüstride veya başka sahalarda çalışmaları umumileşince, bunların gündeliklerinin sefih ve tembel kocaların keyfine sarfedildiği görüldü. Tatbikatta mevzuat ile pek ilgilenmeyen patronlar, kocaların, karıları tarafından tasarruf sandıklarına yatırılmış paralara el koymalarına engel çıkarmaya baktılar, bunları, ve gündelikleri doğrudan doğruya kadına tediye etmek yoluna gittiler. Nihayet aynı durumu gören idarî ve adlî makamlar, karısının tasarrufunu ele geçirmeye çalışan kocaya karşı formaliteleri, masrafları çoğaltma yolları icat ettiler, en sonunda kanun vazı durumu tedvin lüzumunu hissetti ve kadının kendi gündeliğine serbestçe tasarruf hakkını resmen kabul etti. Bu da gene bir başka sosyal âmil (çalışma) ile koca otoritesi lehine mevcut hükümlerin zayıflaması, ve kadının hak kazanmasıdır. Böylece, bir normun zevali, yeni bir normun zuhuru doğrudan doğruya hayat münasebetleri tarafından meydana getirilmektedir. Aynı vetire ana - baba ve çocuk münasebetlerini tanzim eden kaidelerde, serbest birleşmeleri men'eden veya tahdid eden normlarda görülür (153).

Bütün mesele, hukuk kaidelerinin, hangi gerçek sosyal münasebeti tanzime matuf olduğunu, bu münasebetin zaman içindeki tahavüllerini takibe muvaffak olup olamadığını tâyindedir. Hukukun hayatı, onun yalnız en şeklî tezahürü olan kanunda değildir. Muhtelif sosyal zümreler, hattâ muhtelif neviden pratik iktisadî

---

(150) La Coutume de Beauvaisis. (CRUET zikrediyor : a. g. e. Sh : 132 - 133).
(151) JEAN CRUET — a. g. e. Sh : 134.
(152) JEAN CRUET — a. g. e. Sh : 135.
(153) JEAN CRUET — a. g. e. Sh : 123.

ve ticarî münasebetler kendi cereyan tarzlarını, kendi iç bünyelerini bizzat düzenlemektedirler (154).

Hukukçu, kanunlarda ifadesini bulmadığı halde alâkadarlar zümresince muteber tanınan, fiilen riayet edilen, ve riayet edilmediği zaman türlü sosyal tepkilerle, menfaat mahrumiyetleri veya münasebet kesilmesi gibi çeşitli şekilsiz baskılarla karşılaşılan bu kaideleri de görüp tanıyacaktır. Kanun vazı dahi, ister teyid etmek için, ister tenkil veya menetmek için olsun, bu gibi spontane davranış normlarını, (örf-âdet veya yeni spontane hukuk şeklinde olsun) behemehal teşhis etmeli, tanımalıdır (155). Meselâ, Kilisenin durumu, işçi teşekküllerinin durumu, bu zaviyeden ele alınmalıdır. Devlet - Kilise ayrılığı kanunen tahakkuk etmişse de, Kilisenin tabiî münasebetlerinde, hıristiyan müminler üzerindeki gerçek nüfuzunda fazla bir değişiklik olmamıştır. «Katolik Kilisesi, halâ bir Devlet gibidir. Kendine mahsus bir hükûmeti, kendine mahsus kanunları, mahkemeleri vardır. Papazlar, dünyanın dört köşesinde Katolik cemaatın valileridir. Kilise bir Devlettir, zira kendine sadık tebalarına emir ve kumanda eder ve onlarla münakaşaya girişmez. O, yüksek derecede bir Devlettir, zira ferdî hiç tanımaz. Hattâ, laik devletler gittikçe liberalleşmeye doğru geliştiklerinden, bugün ananevî mânada klâsik bir devletin kuvvetli vè sert iskeletini görmek için artık Katolik Kilisesine bakmak icap eder : Tam hükümran bir Devlet : hata etmez, ve mesul tutulmaz!» (156).

CRUET, aynı zümre - içi nizam problemini, iktisadî zümreler hakkında da ele alır. Bütün bunlardan çıkardığı sonuç, hukukun, sosyal münasebetleri tanzim fonksiyonu üzerinde durmak lüzumudur. Hukukun yalnız tahdid edici, tecziye edici fonksiyonu üzerinde durmak hatadır. Kanunlar, tatbik kabiliyetlerini, müeyyidelerinden değil hakikatte bir sosyal tanzim ihtiyacına cevap teşkil etmelerinden alırlar. İyi kanun, en sert müeyyidesi olan kanun değil, belki cemiyetin gerçek ihtiyaçlarını en iyi karşılayan kanun demektir. Bunun içindir ki, kanunların hazırlanmasında cemiyetin

---

(154) JEAN CRUET — a. g. e. Sh : 141.

(155) JEAN CRUET — a. g. e. Sh : 296.

(156) JEAN CRUET — a. g. e. Sh: 148-150 «Kilisenin kendi müminlerine hâkim bulunmakla beraber artık onları idare etmediği doğru ise de, Kilisenin emirleri bütün müessiriyetlerini mutlak bir surette kaybetmiş değillerdir. Demek ki bunlar, Devlet karşısında, ona düşman veya lâkayıt bir kuvvet olarak kalmaktadır ki, kanun vazının bunun varlığını bilmemezlikten gelmemesi ve şiddetini küçümsememesi icap eder.»

gerçek bünyesini, ihtiyaçlarını belirten ilmî donnelere dayanmak zarureti vardır. CRUET bunun içindir ki, «Hukuku anlamak için bütün bir Sosyoloji zaruridir» (157) der. Zira, medeniyet şartları geliştikçe, kanuna tâbi olanlarda tenkit fikri, kendi sosyal şart ve menfaatlarını idrâk kabiliyeti inkişaf ettikçe kanun vâzileri daha iyi, daha elverişli, daha isabetli kanunlar yapmak lüzumunu kendiliklerinden hissetmektedirler. «Bugün, kanun, menşeinden ziyade muhtevası ile ilzam etmektedir, ve eğer bu iyi bir kanunsa, ona itaat etmek bir vazife değil, fakat bir ihtiyaçtır. Bununla kanuna hürmetin ortadan kalktığını söylemek istemiyoruz, belki değiştiğini ifade etmek istiyoruz : bu artık tenkidî bir hürmettir. Zeki ve münakaşa zihniyeti ile meşbû bir milletten, müessir bir şekilde talep edilebilen yegâne hürmet şekli de budur» (158).

CRUET, bütün bu dikkate değer mülâhazaları serdettikten sonra ilmî ve tecrübî bir bilgiye, kanun vaz'ı sahasında, şiddetle ihtiyaç olduğunu, hukuk yaratmanın, ilmî temellere dayanmasının zaruriliğini ısrarla belirtir ve hukukçular arasında, tıpkı vaktiyle Tıp İlminde olduğu gibi bir «Tecrübî Mevzuat Tetkikine Giriş» eserini yazabilecek bir CLAUDE BERNARD'ın çıkıp çıkamıyacağını sorar (159).

Aynı konu üzerinde aşağı yukarı aynı senelerde Amerikan Sosyoloğu LESTER WARD (160), ve Amerikan Sosyoloğ hukukçusu ROSCOE POUND (161) da aynı şiddetle ısrar etmişlerse de bugüne kadar, Hukuk ilmi böyle bir dehaya sahip olamamıştır. Bu, acaba hukuk âleminin böyle bir tetkike imkân vermiyecek bir bünyeye sahip olmasından mıdır, yoksa sadece böyle bir tetkikin pek ağır ve zahmetli bir çalışmaya bağlı bulunmasından mı ? Biz, ikinci görüşe mütemayiliz ve bunun sebeplerini derslerimizin devamı sırasında açıklamaya devam edeceğiz.

Fransa ve Belçikadaki müteakip hareketler, hukukun tatbikinde kanun maddelerinin yumuşatılması ve bunun için de hukukun çeşitli gerçek kaynaklarının, fiilî hukuk tiplerinin keşfedilme-

---

(157) JEAN CRUET — a. g. e. Sh : 297.

(158) JEAN CRUET — a. g. e. Sh : 336.

(159) JEAN CRUET — a. g. e. Sh : 336.

(160) LESTER WARD — The Way of scientific Law - Making 1877. (in «Glimpses of the Cosmos, 1913»).

(161) ROSCOE POUND — The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence. (Harvard Law Review. 1911).

si istikametinde gelişmiştir. Meselâ CHARMONT, doktrin ve kazaî kararlardan başka, kanuna aykırı olan örf ve âdetin dahi hukuk kaynağı olabileceğini iddia etmiş (162), Ed. LAMBERT, kanun koyan istemese dahi kazaî kararların hukuk kaynağı teşkil edebileceğini ispata çalışmış (163) ve devrimizde mahkeme içtihatlarının hukukun devlet - dışı teşekküllünün normal şekli olduğunu ileri sürmüştür (164). Bu müellife göre Mukayeseli Hukuk ilmi dahi bir hukuk kaynağıdır. Keza, muhtelif muhtar iktisadî zümrelerin hukukları, teşri - dışı hukukun muhtelif nevilerinden birini teşkil eder. Korporatif tahkim usulleri, tedvin edilmiş teamüller, tip-mukaveleler, şartnameler, bu nevi hukukun muhtariyetini gittikçe arttırmaktadır (165). Bu meslekî zümrelerin hukuku, teşriî ve adlî hukuktan müstakil bir tekevvüne sahip bulunmaktadır.

Nihayet, sendikalizmin hukukî doktrinini hazırlayan MAXİME LEROY (166) ile iktisadî zumrelerin muhtar hukuku üzerinde duran ve ferdiyetçi hukukun kendi mefhum tekniğinin kalıplarını tadil etmesi gerektiğini iddia eden GASTON MORİN (167) hukukî düşüncenin modern cemiyet şartlarına intibak edecek şekilde ıslahını teklif edenler arasında zikredilebilirler.

Müsbet hukukun kaynaklarının genişletilmesi ve kanun maddelerinin sosyal şartların icaplarına göre tefsir edilmesi istikametindeki çalışmalara Belçikada da VAN DER EYCKEN'in (168). CORNİL'in (169), ve HENRİ DE PAGE'in (170) eserlerinde rastlanır.

Bu guruba giren müelliflerden başka, hukukçuların bir kısmının da doğrudan doğruya sosyolojik denemelere teşebbüs ettikleri görülmüştür. Bunların eserleri arasında Fransız temyiz mahkeme-

---

(162) J. CHARMONT — La Coutume contre la Loi. 1917.

(163) Ed. LEMBERT — La Fonction du Droit Civil Comparé. 1903, Sh : 18.

(164) Ed. LAMBERT — a. g. e. Sh : 35, 162.

(165) Ed. LAMBERT — Préface au livre de M. İSHİZAKİ — Le Droit corporatif international de la Vante de la soi. 1928» Sh : XXVII — XXXII (GURVİTCH : Le Temps présent et l'Idée du Droit Social. 1923, Sh : 227).

(166) MAXİME LEROY — Bak : yukarıda not 119.

(167) GASTON MORİN — Bak yukarıda not : 121.

(168) PAUL VAN DER EYCKEN — Méthode positive de l'Interprétation juridique. 1907.

(169) G. CORNİL — Droit Privé. Essai de Sociologie Juridique Simplifié. 1924.

(170) HENRİ DE PAGE — De l'Interprétation des lois. 1925

si başkanı TANON'un 1905 de yayınladığı «Hukukun tekâmülü ve İçtimaî Vicdan» (171), Bordeau Hukuk hâkimi BRUGEİLLES'in 1910 da yayınladığı «Hukuk ve Sosyoloji» (172) si, nihayet Brüksel Üniversitesi profesörlerinden HENRİ ROLİN'in «Hukuk İlmine Başlangıç = Prolégomène à la Science du Droit = Esquisse d'une Sociologie juridique» (173) adlı eseri zikredilebilir. Bunlar, artık hukukî düşüncenin ıslahından ziyede, hukukun sosyolojik kavramlar vasıtasıyla izahını istihdaf ediyorlardı ve esas itibariyle, COMTE, DURKHEİM, TRADE, SPENCER v.s gibi beli başlı sosyologların eserlerinden mülhemdiler. Bu itbarla bunların açıklanması ve değerlendirilmesi, daha evvel sahamıza SOSYOLOJİ'den gelen yardımların izahını tazammun eder. Bu denemeler, mülhem oldukları sosyolojik cereyanların hukuk anlayışlarına fazla bir şey ilâve etmemişlerdir.

C — Devlet nazariyesinde ilk sosyolojik temayüller :

Hukuk Sosyolojisinin kuruluşuna zemin hazırlayan cereyanlardan biri de XIX uncu yüzyılda «Devlet Nazariyesi» nde kendini göstermiştir (174). Buraya kadar hususî hukuk sahasında başgösterdiğinden bahsettiğimiz müşkilât, kanunlarla sosyal hayatın değişen icapları arasındaki açıklık, nihayet sosyal münasebetlerin spontane bir şekilde kendi iç nizamlarını yaratması meselesi, esas itibariyle ciddî bir Devlet ilmini zarurî kılıyordu. Zira bütün mesele Devlet ile Hukuk arasındaki alâkanın tahlil ve tâyininde toplanıyordu. Devletin hukuk kaideleri karşısındaki durumu ne idi ? O, bunların yegâne yaratıcısı mıydı ? Keza bir hukuk kaidesinin yaşaması, ihtiyaçlara cevap olabilmesi için, Devlet tarafından yaratılmış olması kâfi miydi ? Hukuk kaideleri müesseriyet kudretlerini nereden alıyorlardı ? Sadece ısdar edilmiş olmadan mı ? O halde ısdar edildiği halde tutunamayan kaideler karşısında Devletin tutumu ve

---

(171) L. TANON — L'Evolution du Droit et la Conscience Sociale. 1905.

(172) BRUGEİLLES — Droit et Sociologie. 1910.

(173) HENRİ ROLİN — Prolégomène à la Science du Droit. «Esquisse d'une Sociologie Juridique» 1911. Müellif, Hukuk Sosyolojisinin daha kurulacak bir ilim olduğunu söyler. Sh :1.

(174) «Devlet Nazariyesi» Fakülte öğretim programında son sınıfta okutulmakta olduğundan, burada âmme hukuku problemlerine ancak kısa bir şekilde ve Hukuk Sosyolojisini hazırlayan bazı nazariyelerle ilgileri nisbetinde temas edilecektir. İlerde DUGUİT ve HAURİOU gibi âmmecilerin sahamıza olan yardımları da anyı ölçü içinde incelenecektir.

durumu ne olacaktı ? Hukuk kaidelerinin bir kısmı da Devletdışı kaynaklardan doğmuyor muydu ?

Bundan başka, diğer bir takım problemler de bizzat Devletin iç bünyesi, türlü tasarrufları, ferdlerle münasebetlerinde bağlı olduğu kaidelerin menşei ve kuvveti gibi ancak insicamlı bir Devlet teorisi ile aydınlatılabilecek neviden meselelerdi ve bu teorinin artık XVIII inci yüzyıldaki gibi spekülâtif karekterde değil, ilmî vasıfta olması lâzımdı. Âmme Hukuku, esas itibariyle, hususî hukuk gibi maddeler ve mefhum kalıpları içinde hapsolmaya pek elverişli bir saha değildir. Tanınmış âmmeci G. JELLİNEK'in dediği gibi «âmme hukuku sistemi her ihtilâfın halledilebileceği makam ve kaideleri olan kapalı bir sistem değildir» (175). Zira Âmme Hukuku sahası zaman ve cemiyet çevreleri içinde daha müstekar kalan hususi hukuk sahasına nisbetle çok daha değişken ve hareketli bir sosyal gerçekliği içine almakla, daha dinamik ve daha tecanüssüz bir manzara arzeder. Hukuk tarihi araştırmaları, hususî hukuk müesseselerin âmme hukuk müesseselerinden daha istikrarlı kaldığını, umumiyetle büyük zaman ve medeniyet hudutları içinde, siyasî rejim tehevvüllerine rağmen kendi tiplerini daha uzun bir müddet muhafaza ettiklerini göstermektedir. Umumiyetle bunlar, devletten devlete değil, belki bir medeniyet tipinden diğer medeniyet tipine değişmektedir. Mülkiyet, aile, akit, mesuliyet, v.s. gibi müesseselerde esaslı cezrî farkların husulü daha uzun zaman fasılaları içinde vaki olmaktadır. Halbuki âmme hukuku müesseseleri, her siyasî câmiada, hattâ bu siyasî câmianın muhtelif safhalarında, gerek içerden gerek dışarıdan çeşitli sosyal ve politik faktörlerin tesirine daha fazla maruz bulunmaktadır. Bu yüzden âmme hukuku sahasında muhtelif hukuk sistemlerinde müşterek mefhum kalıplarına daha geç vasıl olunabilmiştir. Filhakika Âmme hukukunun mihrakını teşkil eden Devlet müessesesinin hususiyetleri, kendi unsurlarıyla olan münasebetlerinin devletten devlete gösterdiği farklar, iç bünyesinin, teşkilâtlanmış ve işleyiş tarzının özellikleri o kadar fazla ve o kadar barizdir ki, hattâ hepsi aynı medeniyet çevresi ve seviyesi içinde kalan muhtelif memleketlerin âmmecileri dahi kendi sahalarında müşterek kaide ve mefhumları pek güçlükle elde edebilmişlerdir. ORLANDO'nun dediği gibi «aynı mevzua taallûk eden ve fakat ayrı memleketlerde yayınlanmış olan iki âmme

(175) JELLİNEK — L'Etat Modern et son Droit. (Traduit par FARADİS, 1913. T :;I. Sh : 532 - 42).

hukuku eserinden birinden diğerine geçince, okuyucu, sanki kendisini bir ilim dalından başka birine atlanmış zanneder» (176). Zira, âmme hukuku sahasında müşterek mefhum kalıplarının teşekkülü, daha önceden müşterek tipte âmme hukuku müesseselerinin teşekkülüne bağlıdır. Bunun içindir ki XIX uncu yüzyılda bir Fransa Cumhuriyeti âmme hukuku ile bir Alman İmparatorluğu âmme hukuku arasında müşterek temeller bulmak güçtü. Bununla beraber, tek bir Devlet hukuku içinde kalındığı takdirde, yalnız bu Devlete mahsus olmak üzere, onun esas teşkilâtının maddelerinden istihraç suretiyle bir Pozitif Âmme Hukuku İlmi yaratmak kabildi. Ancak böyle bir ilmin ne dereceye kadar ilim sayılabileceği de ayrıca tartışılabilecek bir şeydi.

Bundan başka «Devlet» problemi, yalnız hukukçuların değil belki bütün XIX uncu asır mütefekkirlerinin, ister iktisatçı, ister politikacı, ister sosyolog veya tarihçi olsun, hepsinin zihnini işgal eden en ciddi meseleyi teşkil ediyordu. XVIII inci yüzyılın «İçtimaî Mukavele» doktrinleri Devleti pek temelsiz, pek hayalî bir izaha bağlıyordu : insanların cemiyet halinde yaşamadan evvel bir «tabiî hal» safhası geçirdiklerini, cemiyeti aklî ve ihtiyarî bir kararla kurduklarını (mukavele) cemiyet haline geçtikten sonra da eski tabiî hallerinde sahip bulundukları bazı hakları muhafazada devam ettiklerini (tabiî haklar), bir akid neticesi olan Devletin bu hakları bu sebeple çiğneyemiyeceğini iddia eden bu nazariye, ancak ideolojik değeri ve tarihî rolü itibariyle bir mâna ifade ediyordu (177). Yoksa bu faraziyelerin hiçbiri ilmen isbatı kabil şeyler değildi, hattâ bunların birçoğunun hilâfı isbat ediliyordu : «tabiî hal» yaşanmış bir hal değil, bir faraziye, bir fiksiyondu. İçtimaî mukavele, bizzat kurucuları tarafından dahi -bazı istisnalarla- fiktif bir şey olarak kabul ediliyordu. Bir Objektif Hukuk nizamı zuhur etmeden önce mevcut bulunduğundan bahsedilen «hak» lar ise, hayli söz götürür mahiyette idi. Gerçi bununla, medenî bir câmiada insanlara, insanlık haysiyeti ile mütenasip imkân ve statülerin bahşedilmesi, âmme kudretinin ferdi ezmemesi murat ediliyordu. Fakat

---

(176) V. — E. ORLANDO — Principes de Droit Public et Constitutionnel (Traduit par S. BUSSY et. A. MESTRE. Paris 1902. Sh : 5).

(177) E. DOUMERGUE — Les Origines historique de la Déclaration des droit de l'homme et du citoyen, (Revue du Droit Puplic. 1904. XXI. Sh : 672 - 733).

bu makul neticeye pek muhal faraziyelerden hareket ederek varılmak isteniyordu (178).

Böylece ferdiyetçi ve liberal bir Devletin meşruiyetini ispat için ortaya atılmış olan içtimaî mukavele ve tabiî haklar nazariyesinin ilmî temelsizliği karşısında, ferdin Devlet içindeki durumunu akdî, ihtiyarî bir hal olarak değil, belki zarurî ve tabiî bir hal telâkki eden, ferdi ancak Devlete izafetle değerlendirilen, cermen menşeli bir devlet nazariyesi gelişiyordu (179). HEGEL'in Hukuk Felsefesinde ifadesini bulan bu tez, kısacası bir Devlet aşkı, bir Devlet dini idi. Devlet, Kâinatın özü olan Objektif aklın en yüksek tecelli şekli idi. Devlet, tecessüm etmiş ahlâkiyet demekti, O, bizatihi makuldü. Afaki bir varlığı olan yegâne sosyal gerçeklik Devletti. Ferd, sırf onun bir üyesi olmakla, bu yüzden bir varlığa ve objektif değere sahip olabilirdi. Devletsiz ferd, bir hiçti. Yegâne değer Devletti, yegâne gaye devleti ve ferd ancak onda erimekle hürriyete kavuşurdu, zira hak ve hürriyet Devlete râicidi, Devletindi. Yoksa bunları, icabında Devlete karşı da ileri sürebilecek olan ferde tanımak bahis konusu değildir. Ferd, cemaat içinde yaşamağa, onun kaderine tâbi kalmağa mecburdu (180).

---

(178) CHARLES COMTE — «İnsanlar, dünyaya falan veya filân şeyi yapmak için gelmezler, onlar nebatlar gibi teşekkül ederler : hiç niyetleri olmadan.. nasıl filan ana, babanın çocuğu olarak doğarlarsa, falan veya filân milletin mensubu olarak da doğarlar. Bir Birleşik Devletler vatandaşı olarak bir Yunanlı olarak veya bir Türk olarak doğabilirler. Ne biri, ne öteki tercihe tabidir.» (Traité de Législation 1826. 3 ème êd. 1837 Sh : 38 - 46)

(179) HAROLD LASKİ — «İçtimai mukavele teorisinin HEGEL'den sonra Almanya'da hiçbir ciddî nüfuzu kalmadı. BENTHAM'dan sonra da İngilteredeki tesiri azaldı. BENTHAM'ın tesiri zail olunca İngiliz siyaset felsefesine hâkim olan cereyanlar, gerek idealist gerek sosyalist olsun. hep başka kaynaklardan gelme idi. Fransa'da ise içtimai mukavelenin tesirleri daha uzun sürdü. RENOUVİER'nin sosyal felsefesi doğrudan doğruya bu teorinin vârisidir. Yirminci yüzyılın ilk on senesine hâkim olan «tesanüt» nazariyesi, Devleti bir şibih -akit üzerine istinat ettirmek istiyordu. Fakat her iki ekol de vaktiyle pek kuvvetli olan içtimaî mukavele nazariyesinin soluk gölgelerinden ibarettir.» (Social Contract. in «Encyolopedia of the social Sciences.»).

(180) HEGEL — «Devlet.. bizatihi makuldür. Bu aslî ünite, içinde hürriyetin en ulvî değerlerini kazandığı mutlak, değişmez ve aslî gayedir. Öyle ki, en yüksek vazifeleri Devletin üyeleri olmak olan ferdlere karşı Devlet üstün bir hakka sahiptir.

Eğer Devlet, medeni cemiyet ile karıştırılır ve onun, şahsî emniyet, mülkiyet, ve hürriyeti korumaya matuf olduğu, ve ferdlerin kendi yüksek

Buna mukabil, aynı yüzyıl içinde «Devlet» in bütün varlık sebebini reddeden, onu, insanların hayrına değil, belki bedbahtlığına sebep olmakla ittiham eden anarşist görüşler (181), nihayet Devleti, cemiyetin spontane nizamında bir zümreler bütünlemesi içinde eritmek isteyen plüralist cemiyetçi tezler (182), ve bilhassa devlette iktisadi sınıflaşma sonunda mülk sahiplerini korumak için teessüs etmiş bir baskı âleti mahiyetini sezen marksist görüşler zuhur etmişti (183). Hülâsa, XIX uncu yüzyılın ilk yarısı Devleti hepten hiçe kadar çeşitli değer kademelerine yerleştirme teşebbüsleriyle dolmuştu. Fakat bunların hiçbirinde müsbet zihniyetin icaplarına tahammül edebilecek bir sağlamlık tesbit edilmemişti. Bu nazariyelerden herbiri, kendi kalıplarıyla izah edilemeyen tarihî devlet tipleriyle karşılaştıkça beyhude yere vakıa hakikatlerini tarife ve-

---

menfaatlarını korumak için birleştikleri kabul edilirse, bundan, bir devlet üyesi olmanın ihtiyari birşey olduğu neticesi çıkar. Halbuki, Devletin ferdle münasebeti tamamen başka türlüdür... Devlet Objektif ruh olduğu halde, ferd, ancak bir devlet üyesi olduğu takdirde afakî bir varlığa, bir hakikate bir ahlâkiyete sahip olabilir. Bu sıfatla cemiyet hakiki gayedir ve ferdlerin kaderi kollektif bir hayat sürmektedir.» Principes de la Philosophie du Droit. 1821. Traduit de l'allemand par André KAAN. ème éd. 1940. Sh : 190 ve devamı.)

(181) Anarşizm hakkında bak : ELTZBACHER — Der Anarchismus. 1890. Traduction Française par OTTO CARMİN — Anarchisme. Paris. 1923. Aralarında diğer siyasî görüşleri itibariyle farklar olmakla beraber Devlet hakkındaki menfi kanaatları müşterek olan muhtelif anarşist müellifler arasında WİLLİAM GODWİN (1756 - 1836) «An enquiry concering political justice and ist influence on general virtue and happinnes.» 1793; MAX STİRNER (1806. 1856) «Der Einzige und sein Eigentum.» BAKOUNİNE (1814 - 1876) «Le Dieu et l'Etat» 1871; PROUDHON- «Qu'est-ce que la Propriété?» 1840 KROPOTKİN (1842 - 1891) «Paroles d'un révolté» 1885.

Keza : HÂMİDE TOPÇUOĞLU — Anarşizm. (Türk Hukuk Ansiklopedisi. Ankara, 1962).

(182) ROBER VON MOHL, LORENZ VON STEİN, OTTO VON GİERKE, CHARLES SECRETAN, A. FOUİLLEE, LEON BOURGEOİS v.s. (Bu hususlar hakkında bilhassa bakıla :GEORGES GURVİTCH — İdée du Droit Social (Notion et systéme du Droit Social. Historie doctrinale depuis XVII ème siècle jusqu'à la fin du XIX ême siècle.) Paris. 1932.

(183) FR. ENGELS — Der Ursprung der Familie, des privateigentums und des Staats, 1884. (Tr. Française : l'Origine de la Famillie, de la Propriété et de l'Etat).

Keza Komünist hukuk nazariyesi hakkında bilhassa bak :
HANS KELSEN — Communist Theory of Law. 1955.

ya kendi ilkel prensiplerini te'vil ve tefsirlerle zorlamağa çalışmışlardır (184).

Devlet hakkındaki görüşlerin bu farklılığı, bu sahada henüz herkesin kabul edeceği müşterek hakikatlere vasıl olunamadığına kısacası objektif bilgiler elde edilemediğine alâmetti. Bu durumda Devlet hakkında tarafsız ve güvenilir bilgiler sağlamak görevi bir taraftan hukukçulara, bir taraftan siyasî ilim mütehassıslarına, bir taraftan da sosyologlara terettüp ediyordu. Bunların içinde, gaaî karekteri dolayısıyla siyasî ilim zaviyesi, Devletin tekemmül ve ıslahı ile ilgili münasebetleri inceliyor ve daha ziyade pratik bir karakter taşıyordu (185). Hukukçuların tavrı ise yukarıda belirttiğimiz gibi memleketler arasında fark arzediyordu. Meselâ Fransız âmmecileri Devlet nazariyesını siyasî ilim zaviyesine yakın bir şekilde ele alıyorlar, Devletin ideolojik temelleri ile hukukî normlar arasındaki münasebetleri, Devletin sosyal ve politik fonksiyonunu daima gözönünde tutmak lüzumunu hissediyorlardı. Buna mukabil alman hukukçular, Devletin ilmî bir tetkikinin ancak hukukî metodun icapları dairesinde yapılabileceğini, bu sahaya politik izahların karştırılmaması gerektiğini kabul ediyorlar, ve Devlet İlmi ve ya Devlet Nazariyesini Esas Teşkilât Kanununun hükümlerinden çıkarılan kavram ve kaidelere istinat ettiriyorlardı (186). GERBER (187), LABAND (188) v.s. nin bu tavrı, hususî hukuktaki tefsirci doğmatizmin bir nevi idi. Daha sonra bu görüş «Hukukî Pozitivizm» adı altında daha mütekâmil bir şekil aldı ise de esas prensiplerde

---

(184) SCHUMPETER — Capitalisme, Socialisme et Démocratie. 1951, Sh : 85. BETRAND RUSSEL — Historie des İdées au XIX ème siècle. 1938 Sh : 179.

(185) DESLANDER — La Crise de la Science Politique. (Revue du Droit Public, 1900 Sh : 247 ve devamı.

(186)) BARTHLEMY — Les Théories rayalistes dans la Doctrine Allemande Contemporaine (Revue du Droit Public 1905 T : XXII Sh : 717-758). «Almanların siyasî doktrinlerinin hepsinde açıkça tebaruz eden hususiyetlerinden biri, bir nevi istihfafla «Parlementarismus» diye adlandırdıkları hükûmet sistemine karşı izhar ettikleri nefrettir.» a. g. e. Sh : 718.

(187) GERBER — Das wissencshaftliche Prinzip des gemeinen deutchen Privatrechts, 1856.

— Grundzüge eines Systems des deutchen Staatsrchts, 1865,

(188) LABAND — Das Staatsrecht des deutschen Reiches, 3, vol 1883.
— Das deutsches Reichsstaatsrecht, 1907.

değişiklik olmamıştı. Zamanımızda KELSEN'in (189) devam ettirdiği bu ekolün muhtelif milletlerin hukukçularından temsilcileri vardır. Fransa'da CARRE DE MALBERG (190), MARCEL WALİNE (191) v.s. bu görüşün taraftarları arasındadır.

Hukukçular arasında zuhur eden diğer cereyan ise «Sosyolojik Pozitivizm» adı altında toplanabilir. Bu bakımdan, arada bir iltibasa mahal vermemek için, LABAND - KELSEN kolunun temsil ettiği cereyana «Kanuncu veya normcu Pozitivizm» demek daha doğrudur. Zira bunlara göre ister âmmeci ister hususiyeci olsun, hukukçu nun rolü «madde» lerle başlar. Hukuk, Devletin vazettiği cebrî normlardır. Devlet ile Hukuk arasında ayniyet vardır. Hukukçu, Devletin gerek varlığını, siyasî kudretini istimal şeklini, cemiyetin

---

(189) HANS KELSEN — Die Rechtswissenschaft als Norm - oder als Kulturwissenschaft. Eine methodenkritische Untersuchung. 1916 (in Schmollers Jahrubuch. 1916).

— Reine Rechtslehre. Einleitung in die Rechtswissenchaftliche Problematik. Leipzig, Wien 1934.

— La Méthode et la notion fondamantale de la Theoire pure du Droit (Revue de Métaphysique et de Morale 1934; n : 41, Sh : 183).

— The pure theory of law and Fundamental Concept. (The Law Quarterly Review 1934, 1935 n : 50, 51).

— Droit et Etat du point de vue d'une théorie pure. (Annale de l'Institut du Droit Comparé de l'Université de Paris 1936, n : 10).

— Die Ziele der reinen Rechtslehre. 1936, Bratislava.

— The Function of pure Theory of Law. in (Law, A century of Progress : 1835 - 1935) New - York 1937.

— Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence (Harvard Law Review. n : 55, 1941).

— Causality and Retribution, in Philosophy of Science. n : 8, 1941).

— Value Jagments in the Science of Law. (in Journal of Social Philosophy and Jurisprudence. n : 7, 1942):

— Aperçu d'une Théorie generale de l'Etat. (Revue du Droit Public, 1926).

— Théorie Pure du Droit (Traduit par Henri Thevenaz. 1953).

— General Theory of Law and State. Harvard University Press 1946.

(190) GARRE DE MALBERG — Contribution à la Théorie générale de l'Etat, spécialement d'après données fournies par le Droit Constitutionnel. 2, vol. 1920 - 1922.

(191) MARCEL WALİNE — Défence du Positivisme Juridique (Archives de Philosaphie du Droit et de Sociologie Juridique. 1939 n; 1 - 2, Sh : 83 ve devamı).

— Positivisme Philosophique, juridique et sociologique. (Mélange de CARRE DE MALBERG, 1933).

— L'İndividualisme et le Droit. 1945.

diğer gerçek kuvvetleriyle olan münasebetlerini ilh.. hukukçu sıfatıyla tetkik edemez.

Bir Âmme Hukuku problemi olan bu konu üzerinde duracak değiliz. Fakat sosyolaojik pozitivizmin hususiyetini belirtmek için aradaki bu farka işaretimiz zaruri idi. Filhakika sosyolojik pozitivizmin temsilcileri olan âmmeciler, hukuk ve Devlet kanunlarını sosyoloji ilminin mûtâlarına göre, sosyal gerçeklik tetkiklerinde mûtâd olan görüş açısından izah etmek istiyorlardı. Bunlar Devleti ne bir kaideler mecmuası olarak, ne de bir sosyal anlaşma sonucu olarak görüyorlardı. Devlet, tarihî bir vakıa, sosyal bir gerçeklikti. Devlet, «cemiyet» den ayrı bir mefhumdu. Uzun zaman Devlet ve Cemiyet kavramlarının müteradıf mefhumlar gibi kullanılışı Devletin nev'i karakterinin sezilmesine engel olmuştu. O halde Devlet hakkında müsbet bir bilgi edinilmeden onun hukuk ile olan münasebetini tâyin mümkün değildir.

Ancak Devlet hakkında o zamanın sosyolojik bilgileri, hâkim sosyoloji ekollerinin tavrına, temayüllerine bağlı kalıyordu. Sosyolojik görüşlerdeki ayrılıklar bunlara dayanılarak yaratılmak istenen Devlet nazariyelerinde de kendini gösteriyordu. Natüralist sosyoloji Devleti insan nev'inin muayyen bir safhasında zuhur eden bir organlaşma olayı olarak alıyor, muhtelif devletleri birbirleriyle hayat mücadelesi içinde yaşayan ve ister istemez bir seleksiyona tâbi olarak gelişen organik birimler telâkki ediyor ve bakaa şansının hangi kalitelere bağlı olduğunu araştırmaya çalışıyordu. Sosyal darvinistlerin tesirlerine kapılan bazı hukukçular Devlet ile Hukuk arasındaki münasebetin izahında, başka maddelerden hareket ettikleri halde, kanuncu pozitivistlerle aynı sonuçlara varıyorlardı : hukuk, Devletin mağlup ırkları ezmek için kullandığı az masraflı, ekonomik bir tahakküm vasıtasıydı. GUMPLOWİCZ (192)

---

(192) GUMPLOWİCZ — Philosophisches Staatsrecht. Wien - Garz 1877.

— Rechtsstaat und Sozialismus. İnsbruck 1881.

— Der Ressenkampf 1882.

— Grundriss der Soziologie 1885. (Traduit par BAYE : Précis de Sociologie. 1896).

— Die Sozilogische Staatsidée 1892.

— Soziologisebe Essays, Soziologie und Politik, 1891

— Sociologie et Politique, Paris 1898.

Allgemeine Staatsrecht, 1897.

OPPENHEİMER (193), NOVİCOW (194) ve diğerlerinin saplandıkları bu fikirlerin isabet derecesini ileride inceleyeceğiz. Bunlar, hukukun mahiyeti hakkında hatâ etmekle beraber, hukuka tesir eden dış âmilleri belirtmek bakımından hizmette bulunmuşlardır. Nihayet, Psikoloji Cereyanlarından mülhem hukukçular Devlet ve Hukuk münasebetlerini daha başka açılardan ele almışlardır. Biz bunların fikirlerinin sosyoloji kolundan gelen yardımlar arasında tetkikini daha uygun buluyoruz, zira bunlar, hukuk nizamını, prensipleri, normları, tatbik ve tefsirleri, kısacası iç bünyesi bakımından ele almamışlar, onu bir bütün olarak dıştan tetkik etmişler, onu birtakım organik kanunlara tâbi saydıkları cemiyetin zarurî bir müdafaa ve bakaa vasıtası saymışlardır. Bu görüşler, ileride göreceğimiz gibi, âmme hukukunda bir reform olmaktan ziyade, «Devlet» hakkında sosyolojik bir nazariyeyi temsil ediyordu. Dayandığı sosyolojik ekolün hatalarını taşıyan bu nazariye ise ne bir «Devlet Nazariyesi» idi, ne de bir «Hukuk Sosyolojisi».

Amme hukukunda asıl sosyolojik temayüller ve sosyolojik temellere dayanan yeni mefhum ve sistem inşaları ise tanınmış Fransız âmmecileri olan DUGUİT (195) ve HAURİOU (196) ile başlamıştır.

---

(193) OPPENHEİMER — Der Staat, 1908.

— L'Etat ses orogines, son évolution et son avenir. (Traduit de l'allemand par M. W. HORN 1913).

(194) NOVİCOW — La Politique İnternationale.

— La Guerre et ses Prétendus bienfaits. 1894 (Türkçe tercüme : Harp ve sözde iyilikleri. Çeviren : Dr. ABDULLAH CEVDET İstanbul 1927).

— Les Luttes entre sociétés humaines et leurs phases successives,

— Les Gaspillages des sociétés modernes. 2 éd. 1899.

— Conscience et Volonté sociale. 1897.

— La Justice et l'Expansion de la Vie. 1905.

(195) L. DUGUİT — L'Etat, le Droit Objektif et la Loi positive, Paris, 1901.

— L'Etat, les gouvernants et les agents. Paris 1903.

— Le Droit Social, le Droit individuel et la Transformation de l'Etat 1908.

— The law and the State (Harward Law Review. vol : XXXI 1917, 8. Sh : 1-185).

— Souveraineté et Liberté. Paris 1922 (Türkçe tercüme : Hâkimiyet ve Hürriyet. Çeviren : ETHEM MENEMENCİOĞLU İstanbul 1924).

— Les Transformations générales du Droit Privé depuis le Code Napoléon. Paris 1911.

— Les Transformations du Droit Public, 1913 (Tr. by F. and H. LASKİ as «Law in the Modern State. New-York 1911»).

DUGUİT, Hukuk İlmini, «tabiî haklar», «Hâkimiyet», «Hükmî şahsiyet» v.s. gibi ilmî yollarla isbatı kabil olmayan birtakım metafizik kavramlarından temizlemek istiyordu. Hukuk sahasında müsbet ilmî metodlarla hareket etmek istediğimiz takdirde, müşahede mûtası olmayan hususlar hakkında muhakeme yürütmekten ve kavramlar icat etmekten vazgeçmeliydik (197), Meselâ biz «Devlet» kavramını vasıtasızca müşahede ettiğimiz bir mûtâya rabtedemiyorduk. Bizim müşahede ettiğimiz şey, sadece, «Devlet adına» hareket eden, tasarruflarda bulunan, emir ve kumanda eden birtakım «hakikî şahıslar, insanlar»dı. O halde Devletin gerçek varlığı, toplumda şu veya bu sebeple belirmiş olan bir siyasî kuvvet farklılaşması sonunda kumanda mevkiine geçen hakikî şahısların (kuvvet-

---

— *Kamu Hukuku (Çeviren : Prof. SÜHEYP DERBİL, Ankara 1954, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları).*

(196) M. HAURİOU — Les Facueltés de Droit et la Sociologie. 1893.
— *La Science Sociale Traditionnelle. Paris 1896.*
— *Leçons sur le Mouvement Social 1899.*
— *Précis du Droit Administratif 1907.*
— *Principes du Droit Public. 1910.*
— *Précis du Droit Constitutionnel. 1923.*
— *La Théorie de l'Institution et de la Fondation (Dans «la Cité Moderne et les Transformations du Droit 1925).*
— *Police juridique et fond du droit (Revue trimestrielle du Droit Civil 1927 Sh : 295).*
— *La Souveraineté Nationale. 1912.*

(197) «Vakıaları müşahede etmek, ancak vasıtasızca müşahede edilen hususların doğru olduğunu kabul etmek, Hukuk sahasından, edebi izahlara müsait fakat ilimle alâkası olmayan her nevi a priori kavramı, metafizik veya dinî inanç mevzularını koğup çıkarmak», keza: «Ben, müşahede mûtâları üzerine muhakeme yürütmenin, insanın küçük bir hakikat parçasının keşfedilmesi için sahip olduğu yegâne vasıta olduğuna inanmakta ısrar ediyorum. Hukuk sahasında hem âdil hem amelî hal suretlerine vasıl olabilmenin ancak bütün à priori kavramları ve bunlara taallûk ettiği iddia edilen bütün beyhude bir diyalektiği bertaraf etmek suretiyle mümkün olacağı hususunda ısrar ediyorum. Amme Hukukunda ve Hususî Hukukta hak ve hak sübjesi gibi a priori kavramlar üzerine inşâ edilmek istenen bütün konstruksiyonların artık yıkılmış olduğunda ısrar ediyorum.

Samimî dinî inançlara karşı derin bir hürmetim vardır. Güzel bir dil ile ifade edilen metafizik rüyalara bayılırım. Fakat bunlardan ne birinin, ne de ötekinin müsbet hakikatın keşfi hususunda yapacakları bir şey yoktur.»

(Préface de la deuxième édition de «Traité du Droit Constitutionnel. T : I, Sh : XV, et XXVI).

lilerin) hüviyeti ile karışıyordu (198). Biz karşımızda «Devlet» olarak onları buluyorduk ve yegâne müşahede mûtâsı hakikat te buydu. Aynı husus bütün «hükmî şahsiyet»ler hakkında da varitti. Hükmî şahsiyet kavramı bir fiksiyondan ibaretti.

Bu maddelerden hareket eden DUGUİT, fransızların benimsediği içtimaî mukavele ve tabiî haklar nazariyelerini reddettiği gibi, almanların Devlete (toplumda yegâne teşkilâtlanmış bütün kudreti haiz bir şahsiyet sıfatıyle) tanıdıkları hâkimiyet ve hukuk yaratma yetkilerini de reddediyordu. Devlet, siyasî farklılaşma sonunda kuvvetlilerin iktidara geçmesinden başka bir olayı ifade etmiyordu. Bu fiili kudret ise «bir hukuk yaratma hakkı, veya kumanda selâhiyeti» sayılamazdı (199).

DUGUİT, müşahede ile tesbiti kabil hakikatlerden başlamak lüzumunda ısrar ederek, cemiyette yegâne müşahedesi kabil gerçeklik olarak «tesanüt» vakıasını gördüğünü ve bu tesanüdün devam etmekte olmasının bir takım normların varlığına delâlet ettiğini ileri sürüyordu : tesanüdü bozmamak ve arttırmak «lüzumu», ferdlerin ister istemez kabul ettikleri bir esastı ve bütün «Hukuk» bu esasın gerektirdiği davranış normlarıydı (200). İnsanlar bunu vasıtasızca hissederler ve normlar örf ve âdet şeklinde yerleşir, zamanla değişir, ve herhalde sosyal tesanüdün yeni icaplarını an be an takip ederdi. DUGUİT bu suretle teşekkül eden hukuku ferdî vicdanların vasıtasızca sezdiğine kanidi. Kanun vazii de hâkim de her zaman bu «Objektif Hukuk»u keşfetmeli ve ancak onu kanunlaştırmalı veya hükümlerine mesned yapmalıydılar. Zira bu objektif hukuk, cemiyetin tabiî bir mahsulü, zarurî ve spontane bir nizamıydı. Bu itibarla Devletin kanun yapması, bu objektif hukukun gerektirdiği hususların daha sarih, daha vuzuhlu bir şekilde ifade edilmesinden ibaretti. Bu itibarla kanun vaziinin tasarrufu, tıpkı örf ve âdet gibi, hukuku yaratan bir fiil değil, ferdî vicdan-

---

(198) «Ben, Devleti bir vakıa olarak tetkik ediyorum. Onun meşru olup olmamasıyla alâkadar değilim. Bütün siyasî farklılaşma hâdiselerinde durum aynıdır ve bu üstün bir kuvvet vakıasının bir tezahürüdür.» (Traité du Droit Constitutionnel T : I. Sh : 539).

(199) «Bana göre hâkimiyet, sadece bir vakıadır, bir hak değil.» a. g. e. Sh : 544.

(200) «Hukukun icbar kuvveti, muayyen bir zamanda, muayyen bir toplulukta insanların bu kaidenin sosyal tesanüde yaradığı ve bu sebeple âdil olduğu hakkındaki kanaatlardan çıkar.» (a. g. e. Sh : 140).

larda tesanüdün icabı olarak kabul edilen ve bu sıfatla itaat edilmesi lüzumuna inanılan hukuk kaidesini bulup çıkaran bir fiildi. Ne kanun vazı, ne hâkim, hukuku yaratmaz, belki cemiyette kendiliğinden vücut bulan, sosyal tesanüt tarafından ilham edilen hukuku sadece keşfederlerdi. Bütün bunlar, hukukun muhtelif tesbit ve beyan şekillerinden ibaretti (201). DUGUİT, bu kaziyenin muhalif mefhumunda ifadesini bulan fikri de açıkça müdafaa ediyordu, hattâ belki bütün bir hukuk nazariyesinin istihdaf ettiği gaye de bu müdafaa idi : Devletin, sosyal tesanüdün zarurî ve tabiî bir icabı olarak cemiyette, ferdî vicdanlarda doğan bu «Objektif Hukuk» a aykırı olan kanunları, hukuk vasfında değillerdi ve vatandaşların bunlara itaati şart değildi (202).

Kendisine «Kürsü anarşisti» dedirtecek kadar hukuk dünyasını alt üst eden bu fikirleriyle DUGUİT birçok cephelerden itirazlara maruz kaldı. Buna mukabil, tıpkı Hususî Hukukta GENY'nin yaptığına muadil bir inkılâbı Âmme Hukuku sahasında yaratmaya muvaffak oldu ve bu sosyolojik temellerden hareketle kurduğu âmme hukuku kavramları üzerine mütecanis bir mefhumlar sistemi inşa edebildi. Bu hususlar Âmme Hukuku Derslerinde tafsilâtlı bir şekilde görülmekte olduğundan daha fazla temas etmiyeceğiz. DUGUİT'ye Hukuk Sosyolojisi bakımından yöneltilen tenkitleri ise, aşağıda Kurucular bahsinde daha teferruatlı bir şekilde göreceğiz. Kendisi, Hukuk Sosyolojisinin en realist kurucusudur ve hukukta ifadesini bulan manevî değerleri rölativist bir âdalet telâkkisi ile izah etmiştir.

Âmme hukukundaki sosyolojik temayüllerin diğer temsilcisi olan HAURİOU ise, DUGUİT'den tamamen farklı hareket mebdelerinden başlar. O, spritualist felsefeye bağlıdır. Thomiste ekolün tesirlerine maruzdur. DUGUİT'nin aksine olarak sosyal hayatta maddî ihtiyaçlardan doğma tesanütten çok daha fazla şeyler olduğu, fikir ve inançların sosyal bünyeleri şekillendirdiği kanaatındadır. Hattâ fikirlerin afâki varlıklarına, hayata istikamet verdik-

---

(201) «Ne örf ve âdet ne de kanun, hukukun kaynağı değildir. Bunların hepsi, hukukun tesbit tarzlarıdır.» (Les modes de constatation de la Régle du Droit) (a. g. e. Sh : 154).

(202) «Kanun, Kanun vazıından sâdır olduğu için değil, belki, ondan evvel ve ayrı olarak mevcut bir Hukuk Normunu tesbit ve ifade etmekte olduğu için mutâdır. Eğer kanun, böyle bir hukuk normunu ihtiva etmiyorsa mutâ değildir.» (a. g. e. Sh : 171).

lerine kanidir. Bununla beraber o, HEGEL gibi metafizik mefhumlar âleminde dolaşmaz. Bilâkis, sosyal gerçekliği her cephesi ile tanımak ister.

Daha 1893 de yayınladığı «Hukuk Fakülteleri ve Sosyoloji» adlı makalesinde «Sathî bir Sosyoloji Hukuktan uzaklaştırır, derin bir Sosyoloji ise Hukuka götürür» (203) deyen HAURİOU, kendi zamanındaki birbirine zıd âmme hukuku cereyanları arasında bir telif şekli bulmak, bir sentez yaratarak bu tezadı aşmak istiyordu.

HAURİOU'ya göre Âmme Hukuku kavramları, uzun müddet, kendilerinden daha önce teşekkül etmiş olan hususî hukuk kavramlarına göre yaratılmıştı. Hükmî şahsiyet, mesuliyet, mamelek gibi kavramlar, hususî hukukta sırf mâlî mesuliyeti denkleştirmeye ve tanzime imkân verdikleri için elverişli olmuşlardı. Halbuki, Âmme Hukuku çok daha mudil problemlerle doluydu. Filhakika, hukukî şahsiyet kavramı 1865 de GERBER'in gayretiyle Âmme hukukuna nakledilince Devlet, «hür insanlar üzerinde kumanda hakkına sahip olan şahsiyet» olarak tarif edilmişti. Gerçi Devletin hukukî şahsiyet olarak kabul edilmesinin faydalı ve lüzumlu olduğu sahalar vardır. Fakat, bu, Âmme Hukukunun her dalı için varid değildir. Öyle sahalar vardır ki oralarda Devletin ve âmme müesseselerinin sadece bir hukukî şahsiyet olarak izahları hiçbir şeyi aydınlatmaz. Buralarda, Devletin ve âmme hukuku müesseselerinin fonksiyonlarına ve organik kaynaklarına kadar inmek lâzımdır. HAURİOU dogmatik bir âmme hukuku telâkkisinin kifayetsizliğini müstehzi bir üslupla pek güzel belirtir : «Devletin hükmî şahsiyeti Maliye Dairesini alâkadar eder. Fakat Âmme Hukukunun gayesi Maliye müfettişleri yetiştirmek değildir. Onun gayesi, vatandaşlar, seçmenler, müstakil kanun vazileri yetiştirmektir. Bunların da, Devlet haklarının istimal şekillerinden ziyade Devletin temel prensiplerinin ve fonksiyonlarının neler olduğunu, Devlet hayatının hukukî disiplininin mahiyetini ve buna benzer meseleleri bilmeleri lâzımdır» (204).

Böylece HAORİOU, Devlet hakkında yalnız Anayasa maddeleri ve hususî hukuktan muktebes mefhum kalıpları açısından ya-

---

(203) M. HAURİOU — Facultes du Droit et Sociologie 1893, P : 4. (GURVİTCH zikreder : İdée du Droit Social. 1932, Sh : 663/2)

(204) M. HAURİOU — Principes du Droit Public. 1910. Sh : 5.

plan izahların yetersizliğini belirttikten sonra, kendi zamanındaki sosyolojik Devlet teorilerini de tenkit süzgecinden geçirir. Sosyal İlimlerdeki buhran, hukukî ve ahlakî problemlerin tetkikinde güvenilir hakikatlere erişilmesine imkân vermemektedir. Cemiyetin natüralist bir tetkiki her türlü iyi-fena tefrikini mânasız kılmaktadır. Sosyoloji etik değerleri mânalandırmakta aciz göstermektedir (205).

Nitekim HAURİOU'ya göre, DUGUİT'nin müfrit pozitivist ve hasseci teorisinde de aynı noksanlar kendini gösteriyordu. DUGUİT, müşahede mutalarından başka gerçeklik tanımıyan ve müşahedeyi de sadece hasselerimize çarpan âleme hasreden bu müfrit tezle, hukuk ve Devlet kavramlarını ancak nakıs bir şekilde izah ediyordu. Halbuki HAURİOU, içtimaî hayat nizamının DUGUİT'nin şematik izahlarından daha karmaşık kökleri ve unsurları olduğuna kanidi. Devlet, HAURİOU'ya göre, sadece bir kuvvetli-zayıf farklılaşması, bir emreden-tâbi olan münasebeti değildi.

Devlette tecelli eden başka bir şey, vasıtasız müşahedeye sığmıyan bir unsur vardı. Devlet ne sadece bir «hükmî şahsiyet», ne de çıplak bir kuvvet münasebeti idi. O, bir «müessese» idi. Müessese ise, muayyen bir iş veya gaye fikri etrafında birleşmiş müteaddit beşeri arzu ve gayretlerin yarattığı bir devamlı faaliyetler kompleksi demekti. Ferdlerin fani ömürlerinden arta kalan, nesilleri birbirine bağlıyan bu müesseseler, hukukun hakiki kaynaklarıydı. Müessesenin temelinde mevcut fikir unsurunu küçümsemek, hukuk ve Devlet hakkındaki görüşleri hataya sevkederdi.

Böylece HAURİOU, hukuk ve Devletin sosyolojik tekevvününü izah ederken fikrî unsur üzerinde ehemmiyetle duruyor, hattâ fikirlerin objektif varlığını kabul eden Eflâtuncu görüşlerle, sosyal hayatın yaratıcı bir dinamizme tâbi olduğunu kabul eden Bergsoncu fikirleri kendi nazariyesinde birleştiriyordu.

HAURİOU'ya göre her siyasî rejim Devlet demek değildi. Her nevi sosyal barış ve nizam hali, her siyasî istikrar behemehal «Devlet» i ifade etmezdi. Devlet, ancak, muayyen seviyedeki içtimaî muhitlerde teşekkül eden siyasî muvazenenin ifadesiydi; sitede, millette ve milletler federasyonunda (206).

---

(205) M. HAURİO — La Crise des Sciences Sociales. (Aev. du Droit Public).

(206) M. HAURİOU — Principes du Droit Public. Sh : 124, 125.

Bu itibarla, DUGUİT'nin Devleti sırf bir kuvvet farklılaşmasına icra edişi şefine itaat eden bir Afrika kabilesi ile, modern bir devleti aynı kategori içine sokuşu hata idi. Devletin fârik vasfı bir iktidar yapısı olması değildi. O, müesseseydi ve kendisinde tecelli eden fikirden tecrit edilemezdi. Bu fikir ise, âmme menfaatını koruma ve âmme hizmetini ifa fikriydi.

Gerçek unsurları bakımından Devlet, bir muvazeneler sistemiydi ve bu sistemi teşkil eden unsurların gerçek varlıkları bakımından izah edilmeliydi. Böylece HAURİOU Devleti, sadece mücerret unsurlarıyla değil, içinde cereyan eden iktisadî ve siyasî hayat münasebetleri bakımından da inceliyordu.

«Devlet, siyasî bir müessese olduğu kadar da iktisadî bir pazardır» (207) deyen HAURİOU, Devletin ne kadar çeşitli sosyal kuvvetleri birbiriyle tevzin etmek zorunda olduğuna işaret ediyordu. Hukuk, muvazene gayesini istihdaf ediyordu : menfaatların, yetkilerin ve fonksiyonların muvazenesi.

HAURİOU'nun fikirleri, muğlaklığı ve bilhassa thomiste akideye bağlılığı yüzünden sosyolojik sonuçlara varmaktaki tereddütleri, nihayet sosyal gerçeklik mûtâlarıyla sun'î hukukî inşaları karıştırması ilh.. bakımlarından tenkide uğramıştır. Fakat bizim için mühim olan müesese mefhumunu Hukuk sahasına sokuşudur. Zira sosyal gerçeklik müşahedelerinden derhal hukuk kaidelerine atlandığı takdirde arada öyle bir izah boşluğu kalmaktadır ki bu boşluk, vaktiyle MONTESQUİEU'nün o kadar enteresan tahlillerinde hissedilmiş, bu yüzden tabiat ve cemiyet şartlarının kanunlara olan tesirlerinin ne yolla vaki olduğu anlaşılmaz bir meçhul olarak kalmıştır. Halbuki, müessese mefhumu, içtimaî hayat vakıası ile, içtimaî norm (hukuk kaidesi) arasındaki ittisali sağlıyan bir izah halkasıdır. Hukuk kaidelerinin sosyal müesseselerin teamüllerinden zuhuru çok daha akla yakın görünmektedir.

Âmme hukuku ile ilgili problemlerin (Devlet, iktidar ilh..) sosyologlar tarafından yapılan izahlarına ilerde temas edeceğiz. Hukukçular arasında sosyolojik temayülü ifrata vardıranlar, Âmme Hukuku ilmini bir nevi Sosyoloji haline irca etmeye çalışanlar çıkmışsa da, tıpkı hususî hukukta bu vadide yapılmış tecrübeler gibi, bunlar da, haklı olarak tutanamamışlardır. Meselâ RAUL DE

---

(207) M. HAURİOU — Principes du Droit Public, Sh : 126.

LA GRASSEİRE'nin «Les Principes sociologiques du Droit Public. 1911» adlı eseri bu mahiyettedir.

Âmme Hukukunun inkişâfı, sosyolojik mûtâların gittikçe daha fazla nazara alınması istikametinde olmakla beraber, Âmme Hukuku, hiçbir zaman Sosyolojiye inkilâp edecek değildir. Hususî hukuka nazaran çok daha geniş bir görüş açısına sahip olması gereken bu hukuk şubesinin metodu, artık sırf doğmatik olmaktan çıkmışsa da, müsbet bir ilim olma yolunda olan Sosyolojinin metodlarına intibak etmiş değildir ve esasen edemez de. Âmme Hukukunun metodu, müsbet sosyolojik hakikatlerin cahili olmayan bir kritik metoddur. Bu bakımdan sırf, «indicatif» kaziyelerle yetinmesi gereken sosyolojik metoddan çok farklıdır. Âmme Hukuku, muayyen prensipleri değer ölçüsü olarak alacak ve muayyen müesseselerin takdirini yapacaktır. Aynı mülâhazalar Hususî Hukuka taallûk eden ilim dalları hakkında da varittir.

Âmme hukukunda başgösteren bu sosyolojik temayüller, hukukun yetkili organlar tarafından yaratılışında hangi sosyal gerçekliklerin nazara alınması gerektiğini belirtiyor, kanun vazına kendi sosyal rolünü, müdahale kudretinin gerçekte neye dayandığını, bu kudretinin fiilî hudutlarının nerelere kadar uzanabileceğini gösteriyor, bir kelime ile ona bir sosyolojik zihniyet telkin ediyordu. Bu bakımdan «Sosyolojik Hukuk İlmi» nin sonuçlarına benzer bir neticeye varıyordu. Bununla beraber, Devletin, hukukun, sosyolojik tekevvünü ile alâkalı izahlar, doğrudan doğruya Hukuk Sosyolojisinin temelleri ile alâkalıdır ve bu yeni ilmin gelişmesiyle, artık, âmme hukukunun bu konuları Hukuk ve Siyaset Sosyolojilerine terketmesi uygun olur. O daha ziyade bir müesseseler ve prensipler ilmi olarak kalacak ve Devletin sosyolojik bünyesi ve tekevvünü meselesini Siyasî Sosyolojiye ve Hukuk Sosyolojisine bırakacaktır (208). Aksi takdirde geçen yüzyıldaki ansiklopedik manzarasından kurtulamıyacaktır.

Ç — Amerikada «Sosyolojik Hukuk İlmi» (Sociological Jurisprudence) (208 mükerrer) :

Amerikada hukuk dünyasının tecerrüdüne son vermek temayü-

---

(208) Bu hususta bilhassa bakıla :
GEORGES DAVY — Des Clans aux Empires. 1923.
GEORGES DAVY — Elementes de Sociologie politique 1924 2ême éd. 1950).

(208 m.) Eserimizin birinci basısından sonra yayınlanmış olan Doçent Dr. Ülker

lü, Avrupada olduğu gibi, bir taraftan sosyologların, diğer taraftan hukukçuların ikazları ile başlamıştır LESTER WARD, BROOKS ADAMS, E. A. ROSS, W. G. SUMNER, C. A. ELLWOOD, COOLEY, v.s. gibi sosyologların hizmetlerine ilerde temas edeceğiz ve Hukuk Sosyolojisinin kurucuları arasında sayılan, fakat hakikatte «Sosyolojik Hukuk İlmi» ni kurmak isteyen POUND'ın öncülerini burada zikredeceğiz.

Amerikan Sosyolojik reaksiyonun ilk temsilcileri hâkim HOLMES (209), L.D. BRANDEİS (210), ROSCOE POUND (211), B. N.

GÜRKAN'ın eseri dilimizde bu alanda ilk monografiyi teşkil etmektedir :«Sosyolojik Hukuk İlmi» Ank. Huk. Fak. Yayınları. 1961, Ajans - Türk Basımevi.

(209) OLİVER WENDELL HOLMES — The Commen law 1881.

— The Path of the Law. 1891, reprianted in «The Mind and Fatih of Justice Holmes (His speeches, essays letters, and judicial opinions. ed. by MAX LERNER, New York 1954»).

(210) L. D BRANDEİS — (Muller v. Oregon, 208, U.S. 412 at 419 - 421 (1908), Bak : TH. COWAN - The American Jurisprunce Reader. New York 1956. Sh : 135. (Sosyal ilimlerin sonuçlarının hukuk usulünde hükme mesnet teşkil edebilmesi yolunda ilk hâdise BRANDEİS'in bir anayasaya uygunluk meselesi münasebetiyle hazırladığı rapor olmuştur : Oregon Devletinin bir kanunu, kadınların herhangi bir iş yerinde on saatten fazla çalıştırılmamasını âmirdi. Bir dâvada bu kanunun Anayasaya aykırılığı iddia edildi. BRANDEİS ise, kanunun Anayasaya uygunluğunu, serbest araştırma ile içtimaî ilimlerden topladığı delillerle isbat etti. İstatistik bürolarından, Sağlık Koruma Teşekküllerinden, fabrika müfettişlerinden, vs. elde ettiği doksandan fazla raporda, kadının fizik yapısının, analık fonksiyonlarının, çocuk büyütme ve eğitim görevinin, eve bakma işinin ehemmiyetini isbat ederek kadın hakkındaki böyle bir iş saati tahdidini ihtiva eden kanunun Anayasaya aykırı olmadığını isbat etti.

(211) ROSCEE POUND — The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence. (Harvard Law Review. 1910-1912).

— The Adminitration of Justice (Harvard Law Review. 1912-1913).

— A Theory of social İnterest (Proceedings of American Soc. vol : 25, 1913).

— Courts and Legislation (Amer. Pol. Review. vol : 7. 1913). 25, 1913).

—The End of Law as developed in legal Rules and Doctrines. (Horvard Law Review. 1915).

— The Sprit of the Common Law. 1921.

— Law and Morals.

— An İnterpretation of Legal History.

— An İntroduction to the Philosophy of Law 1922 (8 th. ed : 1950).

CARDOZO (212) dur. Daha sonra zuhur eden ve menşeini gene Hâkim HOLMES'in ana fikirlerinden alan «Hukukî Realizm» cereyanı ile «Tecrübî Hukuk İlmi» ne ise ilerde, «Hukuk Sosyolojisinin bugünkü durumu» bölümünde temas fırsatını bulacağız».

Geçen asrın sonunda Hâkim HOLMES, hukukun hayatla alâkası üzerine dikkati çekmiş, AUSTİN'den gelen tahlilci Hukuk Mektebini tenkid ederek, meslekdaşlarının emsâl kararlarının teferruatı içinde boğulmalarından, hukukun ana meseleleriyle uğraşmamalarından, hülâsa hukuk nazariyatına nüfuz edememelerinden acı acı şikâyet etmiştir (213). Hâkim HOLMES'e göre devrinin hukukçuları, hukuku, mazisi ile bugünkü haliyle, asıl sosyal fonksiyonu ve tahakkuk ettirmeye çalıştığı gayesi ile ele alamamaktadırlar. Halbuki, hukukçunun, hergün meşgul olduğu hukukun gerçek hüviyetini tanıması, sosyal köklerine nüfuz edebilmesi için, daha geniş bir görüş açısına sahip olması lâzımdır. Bu da ancak onun, sosyal, ekonomik ve felsefî bilgilerle teçhiz edilmesiyle mümkündür (214). Bugün hâlâ hukuk sahasında, müphem çift mânalı, hudutları belirsiz birtakım mefhumlar tekrarlanıp durmaktadır (215). Bundan başka «Hukuk» ile «Ahlâk» arasındaki münasebet ve tedahüller de iyice belirtilmeye muhtaçtır. Çok defa sırf ahlâkî mefhumlar, nev'iyet farkına bakılmadan olduğu gibi, hukukun içine sokulmakta ve beyhude karıştırmalara sebebiyet verilmektedir. Bu kargaşalığın önlenmesi için, hukukun nev'î karakteri üzerinde hukukçunun

---

— *History and System of the Common Law.*

— *Outlines of Lectures on Jurisprudence. 1943.*
(ROSCOE POUND'un yeni eserleri için bak: G. GURVİTCH — Sociology of Law. 1953, Sh: 128, not: 1).

(212) BENJAMİN CARDOZO — The Nature of the Juridical Process. 1921 (8 th. ed. 1932).

— *The Crowth of the Law. 1924.*

— *Paradoxes of Legal Science. 1928.*

(213) JUSTİCE HOLMES — The Path of the Law, (The Mind and Faith of Justice Holmes. 1954). Sh: 86.
Başkan HOLMES, burada bir sulh hâkimine izafe edilen bir fıkra anlatır: bir köylü, diğer bir köylünün yayığını kırmış. Yayık sahibi dava açmış, hâkim, uzun incelemelerden sonra, ne kanunlarda, ne emsal kararlarında «yayıklar» hakkında bir hüküm bulamadığı için davalıyı kazandırmış!

(214) J. HOLMES — a. g. e. Sh: 85.

(215) J. HOLMES — a. g. e. Sh: 85.

sarih bir bilgisi olmak lâzımdır (216). Hukuk nedir ? Hukuk, ihlâli halinde doğuracağı neticelerden mücerret olarak izah edilmez. O halde sırf ahlâkî norm hukukun dışında kalır. Ahlâksız bir adam da, ahlâklı bir adam gibi hukukun himayesinden faydalanabilir. O halde hukuk nedir ?

Hâkim HOLMES, bu suale, sonradan pekçokları tarafından tekrarlanacak ve bazan değişik tefsirlere yol açacak olan şu cevabı verir : «hukuk, mahkemelerin yaptığı şeydir». Hukuk İlmi ise bir kehanet demektir : Mahkemelerin yapacakları şeyin evvelden kestirilmesi (217).

O halde hukuk, ancak tahakkuk eden birşeydir, yaşayan birşey. Yoksa düsturlarda kalan yahut felsefî nazariyelerle talep veya iddia edilen birşey değil. Bundan başka, hukukun aklî izahı, tarihi izahını zarurî kılar. Biz hukukun bir iki aklî prensipten, tıpkı riyaziyede olduğu gibi, kolaylıkla istihraç edilecek bir kaideler bütünü olmadığını bilmeliyiz. Anglo Sakson Hukukunda cari bir kaidenin, mantıkan zarurî veya muhtevası itibariyle cemiyet için en münasip, en iyi bir hüküm olduğundan dolayı değil, çok defa tarihi bir sebepten dolayı sürüp geldiğini tahmin etmeliyiz. Öyle hükümler vardır ki menşe'leri arandığı zaman, salnâmelere, yahut daha eski vesikalara, salik Frankların âdetlerine veya Cermanya ormanlarına veya norman Krallarının hususî ihtiyaçlarına kadar gitmek icap eder. O halde sırf bu tarihlilik ve geleneksellikter ki onları nazarımızda münasip ve matlûp kaideler gibi gösterir. Bir bakıma, meşruiyetin menşe'i bir alışkanlıktan ibarettir (218).

Ancak hukukun tetkikinde maziye müracaat etmek, sırf tari-

---

(216) J. HOLMES — a. g. e. Sh : 73. (Bununla beraber, HOLMES, «hukuk» ile «ahlâk» arasındaki alâkayı inkâr etmez. Hukukun gelişmesinin, insan nev'inin ahlâkî gelişmesiyle muvazi olduğunu, hukukun insan üzerinde müsbet ahlâkî tesirleri olduğunu, iyi vatandaş yetiştirmekte müessir bulunduğunu o da kabul eder. «Hukuk, bizim ahlâkî hayatımızın şahidi, ve harici teminatıdır. Benim, hukuk ile ahlâk arasındaki fark üzerinde ısrar edişimin yegâne sebebi, hukukun öğrenilip anlaşılmasını sağlamaktır. Bunun için de hukukun nev'i hususiyetlerini açıkça bilmemiz icap eder. İşte bunun içindir ki ben, biran için, kendinizi,hukuktan daha başka, daha ulvî şeylerle ilgisiz farzetmenizi istiyorum).

(217) J. HOLMES — The Path of the Law : Sh : 75 ve Sh : 83 «What constitutes Law? The Prophecies of what the Courts, will do on fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the Law.»

(218) J. HOLMES — a. g. e. Sh : 83.

hî vakıaların teferruatına karşı duyulan bir tecessüsü tatmin için olmamalıdır. Tarihe müracaat muayyen hukukî müesseselerin vaktiyle hangi ihtiyaçlara ve nasıl, ne suretle cevap verdiğini öğrenmek ve bundan kendi devrimizin ihtiyaçları hesabına faydalanmak için olmalıdır.

Zira hukukun bir fonksiyonu vardır ve her zaman bu fonksiyonu tahakkuk ettirmeye salih olup olmadığı tetkik edilmelidir. O halde, hukukun içtimaî gayelerinin, karşılayacağı modern ihtiyaçların aydınlatılması lâzımdır (219). Biz hukuktan hangi gayeyi tahakkuk ettirmesini istediğimizi ve bu isteyişimizin de sebeplerini tahlil ve izah etmeliyiz. Bunun için hukuk ile iktisat ilmî arasındaki irtibatın yeniden tesisi, ve bilhassa hukuk nazariyesinin hukukçunun eğitimi içine dahil edilmesi şarttır. Hakikî hukukçu sadece pratik meseleleri halle yarayan bilgilerinin sağladığı maddî kazanç ile iktifa edemiyecek bir fikrî seviyeye sahip olmalıdır (220).

Hâkim HOLMES'in «Hukukun hayatı mantıkî değil, tecrübî olmuştur». Vecizesi birçok Amerikan hukukçularını, hukuku sırf davranışlar zaviyesinden ele almağa sevk etmiştir ki bunlara ilerde temas edeceğiz (221).

HOLMES'in görüşleri yirminci yüzyıl başında, ROSCOE POUND, ve CARDOZO tarafından geniş bir sosyolojik zemin üzerinde inkişaf ettirilmiştir. POUND, Hukuk nazariyesinin tahlilci, tarihçi ve felsefî merhalelerden geçtikten sonra nihayet menşeini Kara Avrupasından alan Sosyolojik temayülde karar kıldığını kabul eder. Ancak bu sosyolojik temayül de mekanik, biyolojik ve psikolojik safhalardan geçmiş ve nihayet çeşitli cereyanların birbirleriyle te'lif ve terkibi safhasına vasıl olmuştur. Artık bizzat hukukçular içtimaî ilimlerin vahdetini anlamışlar ve kendi üzerine kapanmış bir Hukuk İlminin imkansızlığını takdir etmişlerdir.

POUND'a göre sosyolog hukukçuların kendi kendilerine vazet-

---

(219) J. HOLMES — a. g. e. Sh : 85.

(220) J. HOLMES — a. g. e. Sh : 88 - 89.

(221) Aynı noktaya temas eden iki müellif daha HOLMES'in bir yanlış tefsire kurban gittiği kanaatındadır :
COHEN — Law and the Social Order. New York 1933 : Sh : 202 ve devamı.
GURVİTCH — Socilogy of Law 1953. Sh : 124.

tikleri ana problem şudur : Hukuk vazında, hukuk kaidelerinin tefsir ve tatbikinde kanunların taallûk ettikleri veya kendilerine tatbik edilecekleri sosyal vakıaların daha fazla ve daha aklî bir surette nazara alınmalarına ilgililerin müstait ve mükellef kılınmaları (222).

Böylece Hukukun Sosyolojik nazariyesini kabul eden hukukçuların hususiyetleri şunlardır (223) :

1 — Hukukun mücerred muhtevasından ziyade hayattaki tahakkuklarına, işleyişine bakmak.

2 — Hukuku, insanın aklî gayretleri ile islâhı kabil bir sosyal müessese saymak ve bu gibi gayretler için en münasip vasıtalar keşfini hukukçular için bir vazife bilmek,

3 — Hukukun müeyyidelerinden ziyade, hizmet ettiği sosyal gaye üzerinde durmak,

4 — Kanun normlarına; değişmez, sabit kalıplar olarak değil, belki sosyal bakımdan, adâlete uygun sonuçlara götürecek rehberler gözü ile bakmak,

5 — Umumiyetle pragmatik felsefeden ilhâm almak.

Hukukun Sosyolojik ilminin konusuna ve çalışma programına gelince, Pound bunu 1911 - 1912 de şöyle çizmişti (224) :

I — İlk yapılacak iş olarak, hukukî müesseselerin ve hukukî nazariyelerin bugünkü fiilî sosyal neticelerini, tesirlerini tetkik etmek.

I — Mevzuatın hazırlanmasında hukukî inceleme ile alâkalı olarak sosyolojik tetkikler yapmak. Yalnız tahlilci ve mukayeseli metod kâfi değildir. Yeni kanunların tatbikatta ne netice vereceğini tahmine çalışmak çok daha mühimdir.

III — Kanun kaidelerini müessir kılma vasıtalarının neler olduğunu araştırmak. Bu, husus şimdiye kadar en fazla ihmal edilmiş noktadır. Eskiden, kanun bir kerre vazedilmekle, kendi kendini infaz eder sanılıyordu.

---

(222) ROSCOE POUND — The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence. (Harvard Law Review. 1911-1912 Sh : 512).

(223) ROSCOE POUND — a. g. e. Sh :515.

(224) ROSCOE POUND — a. g. e. Sh : 512.

Biz, hukuk sistemini, müşahhas ihtilâflarda tarafların başına gelen fiilî neticelere göre değil, yalnız yazılı kanaatlarımızın muhassalarına göre ölçüyoruz. Halbuki hukukun hayatı, onun infazındadır.

IV — Sosyolojik metodlara müstenid bir hukuk tarihi tetkikatı yapmak. Böyle bir hukuk tarihi bize mâzinin hukukunun, sosyal, iktisadî ve ruhî şartlardan nasıl zuhur ettiğini, kendini bu şartlara nasıl uydurduğunu, ve bizim bugün böyle bir hukuka, temel olarak ne dereceye kadar istinad edebileceğimizi, ne dereceye kadar aldırış etmiyeceğimizi gösterecektir.

V — Müşahhas ve münferid ihtilâflarda kanunun hakkaniyete uygun bir tatbikini sağlamak. Kanunu, ancak umumî rehber prensipler sayarak onun hâkimi şeklî ve dar bir şekilde tahdidine mani olmak.

VI — Nihayet, bütün bu çalışmaların birer vasıta olduğunu ve asıl gayenin, hukukun kendi gayelerini tahakkuk ettirmesine yardım etmek olduğunu kabul etmek.

R. POUND'ın sonraki eserleri, «Sosyolojik Hukuk İlmi» nin tetkik programına giren muhtelif konular istikametinde inkişâf etmiştir. POUND, hukukun, belirli sosyal gayelerin hizmetinde bir sosyal kontrol nevi olduğunu kabul eder ve bu gayelerin neler olduğu, bunları tahakkuk ettirme hususunda en elverişli vasıtaların hangileri olacağı meseleleri üzerinde ısrarla durur (225). Ona göre hukuk, bir nevi sosyal mühendisliktir «Social engeneering» (226).

---

(225) Bak : yukarda not : 176.

(226) ROSCOE POUND — An İntroduction to The Philosophy of law, 1922 (8 th. ed. 1950. Sh : 99).

«Bugünün hukukunu anlamak için ben, beşerî ihtiyaçlar bütününün, mümkün olan asgarî fedakârlık mukabilinde tatmin edilmesi tasavvuru ile iktifa ediyorum. Ben, hukuku, medenî cemiyet varlığının tazammun ettiği sosyal ihtiyaçları tatmin edecek bir sosyal müessese olarak düşünmekle yetiniyorum..

Şimdiki gayeler bakımından ben, Hukuk Tarihinde beşeri ihtiyaçların, dâvaların veya arzuların sosyal kontrol vasıtasiyle gittikçe daha büyük çapta tanınmakta ve tatmin edilmekte olduğuna şahit olmakla memnun oluyorum. Sosyal menfaatların gittikçe daha şümullü, ve gittikçe daha müessir bir şekilde teminat altına alındığını görüyorum, ve insanın dünya nimetlerinden faydalanmasında zuhur eden çatışma ve tehlikelerin daha müessir bir şekilde izale edildiğini görüyorum. Kısacası, gittikçe daha müessir bir hal alan bir sosyal mühendislik görü-

İnsanlar, hukukun hangi fonksiyonu tahakkuk ettireceği hususunda fikir yürütmeye başladıkları zamandanberi muhtelif sosyal merhalede muhtelif görüşlere vasıl olmuşlardır. İlk merhalede hukuktan yalnız zümre içi sulhun, zümre için nizâsızlığın temini, bir kelime ile «emniyet» in sağlanması istenmiştir. Her hâl ve kârda ve her ne bahasına olursa olsun emniyet. Bu, bütün ihlâl fiillerinin ve bunlara tekabül eden cezaların müşahhas olarak belirtildiği, umumi prensiplere, nüanslara ve takdirî sebeplere erişilemediği bir devirdir. Bundan sonra ikinci bir merhalede hukuktan «Mevcut Sosyal Nizam» ın ilânihaye muhafazası istenmiştir. POUND, vaktile HERACLİTOS'un «İnsanlar, kanunları için, tıpkı kale duvarlarını muhafaza için çarpıştıkları gibi çarpışacaklardır» vecizesini bu anlamda tefsir eder. Yunan - Roma medeniyetinin ve Ortaçağın hukuktan istediği budur : Herkese hakkını vermek, kimsenin müktesep haklarını ihlâl etmemek, cari nizamın etik prensipleri gereğince dürüst yaşamak. Bu, muhafazakâr bir adâlet anlayışıdır ve hukuk bu adâletin bekçisidir. Yeni zamanlar sonunda ise ferdin kaabiliyet ve iradesi en mühim kıymet mihrakını teşkil edince, hukuk, bu kaabiliyet ve iradenin mümkün olduğu kadar serbestçe tezahürünü, bütün gücünü göstermesini ve semerelerini toplamasını sağlıyacak bir vasıta olarak kabul edilmiştir.

XIX. cu asır sonunda ise hukukun sırf ferdiyetçi ve liberal gayeleri tahakkuk ettirmesi halinde, kalabalık bir dünyada cemiyetin bizzat hayatî kaynaklarının tehlikeye düştüğü görülmüştür.

O halde hukukun gayesi yirminci asır insanı için, artık bir «iradeler ahengini» sağlamak değil, belki bir «ihtiyaçlar ahengini» temin etmektir (227).

POUND bunun neticesinde, ahlâkın, hukukun ve siyasetin artık bir değerlendirme vetiresi olarak ele alındığını, ve bütün meselenin ihtiyaçlar veya daha umumî tâbiriyle menfaatları değerlendirecek bir kıstas bulmak etrafından toplandığını söyler. Zira menfaat ihtilâflarının hukukçu tarafından sadece müşahedesi bunların gerekli hukukî hal suretlerine raptedilmeleri için kâfi değildir. Ayrıca bir değerlendirme görevi, bir tercih fiili vardır. Hususî menfaat Âmme menfaatı tefriki ise pek basit ve kifayetsizdir.

---

yorum. (An İntroduction to the Philosophy of Law. Sh : 98-99).

(227) POSCOE POUND — a. g. e. Sh : 89.

POUND altı tip «Sosyal Menfaat» tefrik eder ve bunların tâli tasniflerini yapar (228).

Bunlar a) «umumî emniyet» ile ilgili olan, b) Sosyal müesseselerin emniyeti ile ilgili olan, c) umumî ahlâk ve âdap ile ilgili olan, d) sosyal kaynakların muhafazası ile ilgili olan, e) umumî terakki ile ilgili olan, ve nihayet f) ferdî hayat ile ilgili olan «sosyal menfaatlar» dır. Bir çok hallerde bunlardan birini diğerine tercih zarureti, birinin, diğeri karşısında gerilemek ihtimali zuhur edebilir.

---

(228) POUND'un menfaatlar teorisinin şematik hülâsası için bak:
EDWİN PATTERSON — Men and İdeas of the Law 1953. 523 - 524.

I — Umumî Emniyet ile ilgili sosyal menfaatlar:
1 - İç ve dış tecavüzlere karşı emniyette olma.
2 - Sağlık emniyeti (yalnız mütekâmil hukuk sistemlerinin ilgilendiği).
3 - Sulh ve nizam (kitlevi hareketlerin, gürültü ve kargaşalığın men'i).
4 - Muamele ve mukavele emniyeti, nakil ve temlikin müessiriyeti ilh).
5 - İktisap emniyeti, mülkiyet hakları.

II — «Sosyal müesseselerin emniyeti» ile ilgili sosyal menfaatlar:
1 - Ailevi münasebetler.
2 - Din ve dinî hislerin tecavüzden masuniyeti (Bazan söz hürriyetinin masuniyeti tercih edilebilir).
3 - Siyasî müesseselerin, Devletin ve tâli teşkilâtının tatbikatı, söz, rey hürriyeti, memurların irtişasına karşı korunma.
4 - İktisadî müesseseler, ticarî muamele emniyeti.

III — Umumî ahlâk ve âdap ile ilgili sosyal menfaatler:
Cemiyetin ahlâki hislerinin himayesi,
türlü «şerefsizce» davranışların takibi, cinsi dalâletler, müstehcen edebiyat ve diğer ahlâkî standartlar.

IV — Sosyal kaynakların muhafazası ile ilgili sosyal menfaatlar:
1 - Coğrafi kaynaklar: ormanlar, akaryakıtlar, sular ilh..
2 - Beşerî kaynaklar: çocukların, ailelerin, delilerin suçluların ıslah ve eğitimi, insan unsurunun korunması.

V — Umumî terakki ile ilgili sosyal menfaatler:
1 - İktisadî menfaatler: serbest rekabet, ticaret, icad ve ihtirası teşvik.
2 - Siyasî menfaatler: serbest tenkit, serbest fikir ve kanaat.
3 - Kültürel menfaatler: serbest ilim, serbest edebiyat, sanat, yüksek tahsilin teşviki.

VI — Ferdî hayat ile ilgili sosyal menfaatler:
1 - Ferdî imkân ve kaynaklar (siyasî, maddî, kültürel, sosyal ve ekonomik).
3 - Ferdî hayat şartları: asgari ücret v.s..

Hukuk yaratan makam, bu çeşitli sosyal menfaatlar kompleksini daima göz önünde bulunduracak, bunlar arasındaki değerler hiyerarşisine göre bir tercih veya denkleştirme yapacak, sosyal şartların ve taleplerin en uygun, en elverişli telifini hukuk normunda aksettirecektir.

POUND, Common Law'un, esas itibariyle ziraî bir sosyal bünyeye tekabül ettiğini, halbuki son yüzyılda Amerikan cemiyetinin tamamen simâ değiştirdiğini, hukukun sosyalleşmesi taleplerinin ise daima şehirleşme olayı ile beraber gittiğini, modern hukukun sınaî cemiyetin hususiyetlerine tekabül etmek zorunda bulunduğunu muhtelif vesilelerle belirtir (229).

ROSCOE POUND, cemiyetin bünyesi ile hukuk sistemleri arasındaki tekabüllere temas etmekle beraber, umumiyetle, gayretlerini mevcut hukuk sisteminin hangi yollar ve şartlarla ıslah edilebileceği meselesine tevcih eder. Bütün «Sociological Jurisprudence», böyle pratik bir gayeye matuf, amelî karakteri galip bir disiplin olarak kalır.

Halbuki, gelişme seyrini önümüzdeki bölümlerde tetkik edeceğimiz «Hukuk Sosyolojisi», esas itibariyle nazarî bir ilimdir. Bu, hukukî değerlerle, sosyal gerçekler arasındaki münasebetlerin, illiyet ve tâbiiyet bağları içinde tetkiki, aradaki münasebetlerin kanunlara veya düzenliklere irca edilip edilemiyeceğinin araştırılmasıdır. Bu bakımdan R. POUND'un kurucusu olduğu cereyan, «bir sosyoloji dalı» nın meydana gelmesini değil «sosyolojik karakterde bir Hukuk İlmi» nin doğmasını istihdaf etmektedir. Bu, mümkün müdür? Bu konuyu ilerde münakaşa edeceğiz. Ancak şu kadarını söyliyelim ki, böyle bir ilim, mümkün olsa dahi, her konuda «hukuk» ile «sosyal realite» arasındaki münasebetlerin, daha önceden yapılmış, objektif, nazarî, mücerret tahlil ve tetkiklerine lüzum gösterir, bunlara dayanmadan hiçbir prensibini inşa edemez. Her hal ve kârda bu ilim, nazarî bir ilim olan «Hukuk Sosyolojisi» nin, hasbî hakikat araştırmalarına dayanmak, onun sonuçlarından şu veya bu sosyal gaye hesabına şu veya bu hukukî tekniği kullanarak faydalanmak zorundadır. Demek ki, «Sosyolojik bir Hukuk ilmi» mümkün olsa dahi, bu, daha önceden Bir «Hukuk Sosyolojisi» nin varlığını tazammun edecektir.

---

(229) ROSCOE POUND — The Sprit of the Common Law. 1921.
— An Introduction to the Philosophy of Law. 1922. Sh : 185 - 192.

GURVİTCH, bu bakımdan POUND'un araştırmalarını fazla pratik, fazla gaî bulur, ve bilhassa hukuku, yalnız Devlette tahakkuk eden bir nizam nevi olarak görmesini, iç zümrelerin, muhtar zümrelerin kendilerine mahsus hukukî kıymet ve nizam tiplerine sahip olduklarını fark etmemesini tenkit eder (230).

Amerikada hukukçular arasında başgösteren sosyolojik temayülün diğer bir temsilcisi de BENJAMİN CARDOZO'dur (231). Bu hukukçu, kazaî faaliyetin sosyolojik bir tahlilini yapar, hâkimin hakikatte nasıl bir fikrî çalışmada bulunduğunu inceler. Bir ihtilâf hakkında hüküm verirken, zahiren hâkim, belirli hukuk kaidelerini (kanun veya emsal kaidesi) münferid bir sosyal hâdiseye tatbik etmektedir. Halbuki hakikatte «Emsallerin arkasında temel hukukî görüşler vardır ki bunlar, hukukî muhakemenin postulalarıdır. Bunların gerisinde de hayat itiyatları, cemiyetin müesseseleri bulunur ki bunlar bu postülaların köklerini, menşelerini teşkil ederler. Bu müesseseler ve hayat itiyatları ile bu hukukî düşüncenin prensipleri arasında mütekabil bir tesirleşme vetiresi cereyan eder, ve kısmen bu görüşler bu hayat itiyatlarını ve cemiyet müesseselerini tadile de âmil olabilirler» (232).

O halde, mahkeme kararında ifadesini bulan hukuk hükmünün menşei cemiyet hayatında yaşayan kıymetlerdir. Hâkim, muayyen mefhum kalıpları içinde kaldıkça, zamanının değişmiş kıymetlerini, yeni hayat münasebetlerini ve itiyatlarını anlamadıkça, kararlarında hukuku, tecelli ettiremez. CARDOZO, hukukta tahakkuk eden «kıymet telâkkileri» ni, alelıtlak cemiyetin «örfleri» olarak alır ve ayrıca bunlar arasında «hukukî» olan ve «hukukî olmayan» örf taksimini yapmaz. Örfler, ve bunlarda ifadesini bulmuş olan kıymetler, hukuk değilse bile hukukun kaynağıdır, der. Bu itibarla, hâkimin görevi artık sadece hukuk ilmi tarafından keşfedilebilecek, baştan kesdirilebilecek bir şeyin ifası olmakla kalmaz, belki yeniden yaratılacak bir şey halini alır. Hâkim bu yaratıcı faaliyette sosyolojik metoddan istifade edecektir.

Hukukun gerçekliği son derece seyyal bir şeydir. Adâlet mefhumu dahi, muhtelif zamanlarda, muhtelif zihinlere farklı şeyler

---

(230) GURVİTCH — Sociology of Law. 1953. Sh : 130.

(231) Bak yukarda not : 177.

(232) BENJAMİN CARDOZO — The Nature of the Judicial Process, 1921 Sh : 20. (GURVİTCH zikrediyor : a. g. e. Sh : 130).

ifade etmiştir. Bugün ARİSTO'nun adâlet tarifi ve tasnifi ile yetinemeyiz. Cemiyet şartları günlük hayatın tecrübeleri, bunların bize telkin ettikleri sosyal idealler adâlet hakkındaki idealimizi de tâyin eder; bütün bunlar, hayatın dinamizmine tâbidir, ve daima değişik muhtevalar taşır (233). İşte bu mânadadır ki CARDOZO, «Hukuk kaide ve prensiplerinin kökleri, imalâthanelerin ve işçi teşekküllerinin teamülî taazzuvlarında ve metodlarında, hakkaniyet ve adâlet hakkındaki hâkim telâkkide, zamanımızın örflerini kendilerine göre şekilledirdiğimiz inanç ve tatbikat komplekslerindedir. Bunların eksik tarafı, sadece resmî bir tasdike (veya tasvibe) henüz mazhar olmamış olmalarıdır. Fakat bu bizi, şartlar gerektirdiği zaman, bu eksikliğin tamamlanabileceği, bu ihmalin telâfi edilebileceği kanaatından vazgeçiremez» (234) der. O halde hukuk «bir kaideler, prensipler ve standartlar sistemidir ki, bunlar yeni hâdiselerin kombinezonlarına teşmil edilirken, seçilir, şekillenir ve bir gayeye intibak ettirilirler.» Her hüküm, bu kaide, prensip ve standartların, muayyen bir vakıalar kombinezonunu tanzime uygun düşüp düşmeyeceğinin denenmesi demektir. İşte bu mânadadır ki CARDOZO «Hükümler bir deneme ve yanılma vetiresi ile doğar ve bir deneme ve yanılma vetiresidir ki onlara, nevilerini idame hakkını verir» (235) der.

CARDOZO'nun üstünde ısrarla durduğu husus, hukukî gerçekliğin dinamizmidir. Hukuk daimi bir oluş, bir tekevvün halindedir. Herhangi bir hukukî kaidenin iyi işleyip işlemediğini anlamak için, ne sadece onun muhtevasını bilmek, ne de yalnız adâlet mefhumuna başvurmak kâfidir. Vakıa öyle haller vardır ki böylece basit bir ameliye ile bunu tâyin kabil olabilir, fakat yine öyle haller vardır ki bir kaidenin bütün uzak yakın sonuçlarını öğrenmek icap eder. Herhangi bir hukuk kaidesinin iyi işleyip işlemediğinin, cemiyet şartlarına veya matuf olduğu gayeye uygun neticeler verip vermediğinin anlaşılması için bütün bir sosyal ilimler araştırması,

---

(233) BENJAMİN CARDOZO — The Growth of the Law. 1924. Sh : 86 - 87 «Adalet standartlarını objektifleştirme teşebbüsleri, hattâ onları tasvir denemeleri hiçbir zaman tamamen muvaffak olmamıştır. Aristo'nun tasnifi bizi pek uzağa götürmez. Biz, kanuna göre adaleti değil, belki, bizzat kanunu kendisine göre ayarlıyacağımız adaleti arıyoruz, ilh..»

(234) BENJAMİN CARDOZO — Sh : 53.

(235) BENJAMİN CARDOZO — a. g. e. Sh : 55 «A Process of trial and error brings judgments into being. A process of trial and erros determines their right to reproduce their kind.»

mahallî ve zümrevî örf - âdet araştırması gerekebilir. Bütün bunlar, Sosyolojinin, Sosyal İlimlerin yapabileceği şeylerdir ve hukukçu bu bilgilere şiddetle muhtaçtır (236).

Yeni hukuk normları yaratacak olan hâkim de aynı sosyolojik metoddan faydalanma durumundadır. Böylece, CARDOZO, kendisinden evvelki Amerikan hukukçuları gibi, sosyolojiyi, hukukçuya yardım edecek bir civar bilim dalı ve sosyolojik metodu da, klâsik mantıkî tefsir metodlarının kifayetsizliklerini tamamlayacak mütemmim bir metod olarak almış ve çalışmaları bir «Sosyolojik Hukuk İlmi» istikametinde gelişmiştir.

---

(236) BENJAMİN CARDOZO — a. g. e. Sh : 117. Brandeis'in raporu sosyal ilim mütâlarının adlî sahada nasıl faydalı olabileceğine misal teşkil eder.

§. 4. — SOSYOLOJİK TEPKİNİN YETERSİZLİĞİ «HUKUK İLMİ» İLE «HUKUK SOSYOLOJİSİ» NİN NEVİ FARKI :

Amerikan Hukukçularının bu yüzyılın ilk dörtte birinde geliştirdikleri sosyolojik hukuk ilmi, cereyanı, kanaatımızca, Kara Avrupasında doğan «Serbest Hukuk» ve «İlmî araştırma» cereyanlarına tamamen muvazidir. Bunun içindir ki, bu cereyanların hepsinin müşterek meziyetleri ve kusurları vardır : meziyetleri, hukuk sahasındaki tecerrüde son vermek için, hukuku gelenekselleşmiş mefhum istibdadından kurtarmak olmuştur. CARDOZO, «Adâletsizliğin zürriyeti bol ebeveyni, Mefhumlar İstibdadıdır» demiştir (237). Bu, tamamen Kara Avrupasında gördüğümüz temayülün ifadesidir.

Her üç cereyan, klâsik hukuk mantığını, mantıkî tefsir metodlarını kifayetsiz bularak yeni metodlar yeni düşünüş tarzları yaratmak istemiştir. Bu yeniliğin, müşterek hususiyeti «değişen sosyal hayat problemlerini halledebilecek bir hukuk yaratmak» endişesini ifade etmesidir. Bu yaratma, ise, büyük çapta kanun vaziine, muayyen bir nispette de Hâkime terettüp etmektedir. Hukuk bilgininin rolü ise, her iki makama da yardımcı olacak mâlûmatı hazırlamaktır. Hâkimin de, hukukçunun da, vazii kanunun da yapacağı şey, yeni bir hukukî nizamın tesisini sağlamak, veya bunun spontane teessüsüne belirli bir ölçüde yardım etmektir.

Fakat bütün bu faaliyetler, dikkat edilirse, bir «ilmî araştırma», bir hasbî, maksadsız, daha doğrusu, hakikatın bulunup ifade edilmesinden başka maksadı olmayan sırf nazarî bir çalışma vasfında değildir. Bu itibarla, Hukuk İlmindeki Sosyolojik reaksiyon, «Hukuk İlmi» ni bir nevi «Sosyoloji» haline kalbedecek mahiyette değildir, ve bu yolda fikir serdedenler yanılmışlardır. GENY'nin vatiyle bu noktada ısrarı boşuna değildi. Fakat o, hukukî kıymetlerin ayrıca bir sosyoloji dalı tarafından objektif olarak incelenebi-

---

(237) GURVİTCH naklediyor : Sociology of Law. p : 2.

leceğini de kabul edemiyordu. Bu, hususiaki ihtilâf, sonunda bir «Hukuk Sosyolojisi» nin doğumu ile kendiliğinden halledildi.

O halde, Hukuk ilmindeki sosyolojik isyan, hakikatte, hukukun yaratılması san'atında, daha isabetli teknik metodlara olan ihtiyacın ifadesiydi. Hülâsa bu, bir aksiyon, bir yaratma, yüksek seviyede bir san'at meselesi idi : sosyal hayatın spontane cereyanını, aksatmadan, geriletmeden, matlup mecralar içinde geliştirebilmek san'atı.

POUND'un sosyal mühendislik tabiri, hakikaten yerindedir. Ancak hakiki mühendisliğin başarısı hakiki bir matematiğe dayanmasında olduğu gibi, sosyal mühendisliğin başarısı da hakiki bir sosyal ilme, bir cemiyet ilmine dayanmasına bağlıdır. İşte tanınmış Amerikan Sosyologu H. CAİRNS'in «her teknoloji, arkasını hakikî bir nazarî ilmin mûtâlarına dayadığı halde, hukukî teknoloji böyle bir nazarî temelden henüz mahrum bulunmaktadır» demesinin (238) manası budur.

Hukuk, hakkında yapılabilecek tariflerin farklılığı ne olursa olsun, o, «bir normlar sistemi» dir. Bu normlar, mâziden kalmış, veya yeni tahakkuk ve kabul ettirilmiş, yahut kendi kendilerine doğmuş olabilirler, fakat bütün bunlar onların «norm» olmalarına mâni değildir. O halde, hukuk ilmi de, ister istemez bir «Normlar İlmi» dir. Gene kaydedelim ki, bu, Hukuk İlminin, normların yalnız muhtavalarıyla meşgul olup gerisini karıştırmıyacağı manasını tazammun etmez. Hukuk İlmi, bilâkis, tetkik ettiği normların «niçin» inini, «neden» ini aramakla mükelleftir. Öyle ki, onun, yeni normların yaratılması icap edip etmediğini, yahut cemiyet münasebetleri içinde spontane olarak doğup da resmî hukukun farkına varmadığı normların mevcut olup olmadığını dahi bilmesi lâzımdır. Hülâsa, Hukuk İlmi, hukuku icabında yaratmaya muktedir olacak kadar bilmekle mükelleftir. Hukukun muhtevasını, icabında, o tesbit edecektir. Şeklen, onu ısdara yetkili olmasa bile.

Hukukun gerek kanun vazı tarafından, gerek kanun boşluğu halinde hâkim tarafından yaratılmasının, artık, ne sadece bir aklı selim meselesinden, ne de halk vicdanının sezgi veya kıyas yoluyla araştırılması meselesinden ibaret olmadığı, bütün medenî

---

(238) HUNTİNGTON CAİRNS — The Theory of Legal Science. 1941. Sh : 8.

câmialarca kabul edilmiş bir keyfiyettir. Çağdaş medenî câmialarda hukuk, hususiyle yetkili organlardan sâdır olan hukuk adamakıllı rasyonelleşmiştir. Hukukun spontane teşekkülü yalnız aklî saiklerin neticesi değilse de, yetkili organlar marifetiyle şuurlu ve iradî bir şekilde muayyen etik prensipleri tahakkuk ettirmek için yapılan hukuk ihzarı ameliyesi esaslı bir şekilde aklîdir, aklî olmak zorundadır. Meğer ki bazı totaliter rejimlerin hazin tecrübeleri gibi, hukukta yeniden bir mistikleşme denemesi yapılsın, ve aklî unsurlara yüz çevrilmiş olsun. Fakat böyle bir tecrübe dahi ne bütün medenî câmialara ne de bütün hukuk nevilerine sirayet etmiş değildir. Bu konulara ilerde jenetik bölümde «Siyasî ideolojilerin hukuka tesiri» bahsinde ayrıca temas fırsatını bulacağız.

Şimdilik şunu kaydedelim ki, hukukun iradî ve şuurlu ihzarında, hukuk yaratıcının vazifesi, bir «gerçeklik parçası» nı, bir «şeklî kalıba» sokmaktan, hayatın tabiî akışını muayyen bir mecra içinde cereyan ettirmeye çalışmaktan ibarettir. O halde o, evvelâ bu hayatî mûtâyı pek iyi tanımalıdır. Sonra da onu niçin, hangi maksatla muayyen bir mecraya sokmak istediğini gayet iyi bilmelidir ve nihayet, bu hayatî maddenin, bu matlup gayeye göre tanzimi için en elverişli kalıbın hangisi olacağını tâyin etmelidir.

İtiraf edelim ki, hukukçunun asırlardanberi kullandığı ve pek iyi bildiği hukuk tekniğinin kaideleri, ancak bu diğer iki hususun (hayatî sosyal maddenin ve matlup gayenin) iyi bilinmesi sayesindedir ki müsmir neticeler verebilir. Hayatın cereyanına dayanıklı mecralar döşeyebilir. Hukukçu, kendi mûdat ve ananevî teknik bilgisine yabancı olan bu iki unsurdan birincisi hakkındaki bilgiyi sosyolojiden, ikincisi hakkındaki kıymet ölçüsünü de Etik ve Hukuk Felsefesinden temin edecektir. O halde, hukukçunun faaliyeti üçlü bir sacayağına istinat etmektedir ki bu desteklerden yalnız birisi kendi geleneksel ihtisasının eseridir. Diğer iki desteği, iki civar disiplinin çalışmalarıyla sağlıyacaktır : Hukuk Sosyolojisi ve Hukuk Felsefesi..

Böylece, Hukuk İlminin «Sosyolojik bir İlim» haline getirilmesi yolundaki faaliyetler, sonunda, iki ayrı disipline terettüp eden görevleri tek bir bilgi şubesine yüklemeğe müncer olmuştur. «Hukuk İlmi», sosyolojik hakikatleri kaale almakla, hukukun yaratılmasında ve tefsirinde bunları hesaba katmakla bir «Sosyoloji dalı» hali-

ne gelmiş olmazdı (239). Zira, o, herşeyden evvel normları inceleyen, manâlandıran, yaşatan bir disiplindir, ve öyle bir disiplinin yükü kendine kâfidir. O halde o, gene normatif bir ilim olmakta devam edecektir, fakat sosyolojik hakikatlerin münkiri olmayan, bilâkis onları hukukun gerek ihzarında, gerek tatbik ve tefsirinde daima gözönünde tutan, hesaba katan bir normatif ilim (240). Böyle bir ilmin «Tatbiki Hukuk Sosyolojisi» ile olan yakılığına ilerde temas fırsatını bulacağız.

Hukuk İlminin, icabında yaratıcı rolünü oynayarak şekillendireceği maddeyi ona izaha çalışan, hukukun yetkili organlar tarafından ihzarında teknik bilginin dışında kalan sosyolojik hakikatlerin öğrenilmesine yardım eden Hukuk Sosyolojisi ise, esas itibarıyle sırf nazarî hakikatlerin peşinde koşan ve ancak doğruluğuna emin olduğu neticelere vardığı zaman ve bu hususlara maksur pratik meselelere cevap bulmaya çalışan bir ilim dalıdır. Böyle bir ilim dalı, «düsturlar» yaratmaz, belki yaratılmış düsturların oluş ve gelişimlerine hâkim olan tabiî sosyal kanunları ve kanuna benzer düzenlikleri (régularités) araştırır. Böylece bir ilim dalı, «kıy-

---

(239) Hukuk İlminin, Sosyolojinin bir kolu olduğunu, «normatif» ilimlerle «explicatif» ilimler arasında kesin ayırtlar kabul etmenin sosyal gerçektiği parçalamağa müntehi olacağını iddia eden yeni müellifler arasında FRANÇOİS RUSSEAU zikredilebilir. bak : — Réalité Juridique, Réalité Sociale, Paris 1942. Sh : 201.

(240) ROUBİER — Théorie Générale du Droit : Paris 1951. Sh : 197.
«Muhakkak ki bir Hukuk Sosyolojisi vardır. Tıpkı bir Ahlâk Sosyolojisi ve bir Din Sosyolojisi olduğu gibi. Fakat, hukuk da, ahlâk gibi, Sosyolojiye irca edilemez. Zira hukuk «explicatif» bir ilim değildir. Normatif bir ilimdir. Yahut daha iyisi, buna Normatif bir disiplin demeli. Zira, «ilim» kelimesi muhtelf mânalar kabul eder.»
Keza, bak :
DABİN — La Technique de l'Elaboration du Droit Positif Spécialement en Droit Privé. Bruxelles - Paris. 1935. Sh : 27.
«Ne şekil itibariyle, ne de konu bakımından, hukuk, ilimler kategorisi içine girmez.»
Aynı tez için bak :
DABİN — Théorie générale du Droit. Bruxelles 1944. Sh : 123.
CLAUDE DU PASQUİER — İntroduction à la Théorie Générale du Droit Neuchatel 1942. Sh : 363.
«..İmdi, mantıki bir Bütün, bir ilim konusu değildir. Hukuk, şüphesiz ki, riyaziyeye dayanan hakiki bir ilim değildir. O, zarurî illet-netice münasebetleri demek olan tabiat kanunları bulmak peşinde değildir. Fakat, onun mantıki insicamı, ona, İlim dünyasında, kendilerine (Mânevî ve Siyasî) denen ilimler arasında bir yurttaşlık hakkı sağlar.»

metler» yaratmaz, belki yaratılmış kıymetlerin insan davranışlarındaki tecellilerini, insanların hareketlerine tesir nispetlerini, nihayet bunların sosyal muhitin değişken veya sabit unsurlarıyla olan münasebetlerini tetkik eder.

Bu ilim bize birtakım «münasebetler», «illet-netice» alâkaları, «tâbi - mütehavvil» bağlantıları, «temayüller», «tahakkuk şansları» «gelişme istikametleri» hattâ «ihtimaliyetler» gösterir (çeşitli ekollere göre). Hülasâ, o, müşahede eder, tahlil eder ve imkân nispetinde tahminlerde bulunmaya çalışır. Halbuki hayatî ve gerçek ihtilâflara âcil hal suretleri arayan, münferid veya mücerret normlarla sosyal hayata nizam vermeye çalışan, spontane ve organize nizam şekillerinin çatışmalarına bir tesviye sureti bulmak isteyen, bunun için de gene teknik yollarla kaide ve müessese kalıpları icadına çalışan Hukuk İlmi, esaslı bir şekilde yaratıcıdır, pratiktir. O bütün bu çalışmalarında Hukuk Sosyolojisinin sonuçlarından, işine yarayacak olanları malzeme olarak kullanır, fakat bu sonuçlara götüren nazarî ilmî araştırmaları bizzat yapamaz ve yaparsa bu bir amatörlükten ibaret olur.

Böylece, hukuk âlemindeki sosyolojik reaksiyon, menfî fonksiyonu ile klâsik mefhumlar istibdadını yıktığı gibi, müsbet fonksiyonu ile de bir Hukuk Sosyolojisinin teşekkülünü intaç etmekle, artık rolünü tamamlamış durumdadır.

Bugün, «Sistematik Hukuk İlmi» ile «Hukuk Sosyolojisi» ahenktar bir işbirliği ve yardımlaşma halindedir. Bugünkü hudut anlaşması, itiraf etmeli ki, sosyolojik reaksiyonun müfrit temsilcilerinden ziyade, sosyologların sırf nazarî hakikatler peşinde koşan gayretleriyle «hukuk» u sosyolojik bir tetkik konusu olarak ele almış olmalarının eseridir.

Zira, ilmî araştırmada, derhal pratik meselelere hal sureti bulmak telâşı, daima müşahidi yanıltan bir heyecan unsuru olmuştur (241). Hukuk âlemindeki sosyolojik reaksiyonun öncülerinde gördüğümüz ifratlar bu ruh haletinin tipik örnekleridir.

Sosyolojiden gelen ekip ise, herşeyden evvel, hattâ pratik sonuçların bazı hallerde pek tehlikeli olacağını dahi düşünmeden

---

(241) AUGUSTE COMTE — Cours de Philosophie Positive Tome : I. Sh : 36. (Schleiher Fréres éd. 1908 (1930)

«İnsan zihni, teorik araştırmalarına, her nevi pratik maksattan ta-

- meselâ sosyal darvinistlerde olduğu gibi - (242) her ne bahasına olursa olsun bizzat «hukuk» fenomeninin hakiki sosyolojik manasını anlamak istemişlerdir. Kâh biolojik temellere inmişler, hayvan cemiyetlerinde ip uçları aramışlar, kâh insanın manevî varlığına başvurmuşlar, onu, biolojik kanunların üstüne yükselebilecek kadar ayrı bir nevi sayıp sosyal nizamın sırrını buralarda aramışlar, hülâsa gerek insan tabiatını, gerek cemiyet bünyesini çeşitli zaviyelerden ölçüp tartarak, türlü müşahedelerle tanımaya çalışarak «hukuk» un gerçek köklerini meydana çıkarmaya uğraşmışlardır. «Hukuk», acaba nedir ? İnsanlar niçin hukuksuz yaşayamazlar ? Bu nasıl bir zaruret, nasıl bir icaptır ki, muhtevası da hattâ bazan şekli de zamanla değiştiği halde kendisi her cemiyette ve her devirde baki kalmaktadır. Hülâsa, hukuk, cemiyet hayatının nasıl bir «sâbitesi» dir ?

Görülüyor ki bu yol, artık pratik hukuk ıslahatı yolu değil, «nazarî» hukuk araştırmaları yoludur ve önümüzdeki bölüm bu çalışmaların bir bilânçosunu verecek, müteakip bölümler de bunun tafsilâtlı izahlarını ihtiva edecektir.

---

mamen âri olarak başlamalıdır. Zira, bizim, hakikati keşif vasıtalarımız o kadar zayıftır ki, eğer onları münhasıran bu gayeye doğru teksif etmezsek, ve eğer hakikati ararken bunda yakın bir amelî fayda bulmak gibi, meseleye yabancı bir şartı tahakkuk ettirmeği de üzerimize alırsak, hakikate vasıl olmak, bizim için hemen hemen imkânsız bir hale gelir.»

Aynı husus hakkında bak :

K. N. LLEWELLYN — Praejudizienrecht 1933, vol : 2, p : 119 (GURVİTCH. Sociology of Law. 1953. Sh : 138).

«İt is indispensable to give the Sociology of law the possibility to achieve its own work, without disturbance, before its sure result can be applied to Jurisprudence.»

(242) GUMPLOWICZ — Précis de Sociologie (Traduit par BAYE 1896, Sh : 200) «Bütün hukuk, eşitsizliğinin kanunî bir teyidinden ibarettir.»

Bu hususlar hakkında bak :

HÂMİDE TOPÇUOĞLU — XIX uncu yüzyıl Sosyologlarının Hukuk Anlayışı. Ankara, Ajans - Türk 1961

II — SOSYOLOJİDEN HUKUKA

§ 5. — SOSYOLOJİNİN ÖNCÜLERİNDE VE KURUCULARINDA «HUKUK» U İZAH DENEMELERİ :

«Hukuk» dünyasının tecerrüdünün, hukuk hayatında mûtad bir hal olmadığına, bunun daha ziyade bir on dokuzuncu yüzyıl macerası olduğuna işaret etmiştik.

«Hukuk», cemiyet olaylarını, tıpkı tabiat olayları gibi incelemek, onlar gibi sebeb-netice, tâbi-mütehavvil bağlantıları içinde anlamak isteyen bütün filozoflar tarafından, bugün anladığımız manada «sosyolojik» bir açıdan ele alınmaya, izah edilmeye teşebbüs edilmiştir. Sosyoloji İlminin uzak habercileri, mübeşşirleri sayılan ARİSTO gibi klâsik filozoflardan, İBNİ HALDUN, MONTESQUİEU ve Fiziokratlar gibi çeşitli sahaların mütefekkirlerine kadar birçok zekâlar, «Hukuk»u, nasıl istenirse o şekilde vazedilebilen bir takım emirler mecmuası olarak değil, tıpkı bizzat cemiyet hayatı gibi, insan zekâsına dış şartlar tarafından arzedilmiş bir mûtâ, ferd iradesinin dışında tekevvün eden bir varlık derecesi olarak kabul etmişlerdir. Bunun neticesinde, hukukun, gelişme ve değişme şartlarını, tekevvün kanunlarını, müessiriyet derecelerini anlamaya, bunların sosyal hayatın ve insan tab'ının diğer hususiyetleriyle olan münasebetlerini keşfe çalışmışlardır.

Meselâ ARİSTO, «Devlet»i, tabiî ve zarurî bir beşerî vakıa saymış, «Adalet»i, «insanları birbirine bağlıyan bağ» şeklinde tarif etmiş, «hukuk»u insanlar arasındaki dostâne münasebetlerin doğurduğu davranış kaideleri olarak anlamış, ve nihayet hukuk kaidelerinin kendilerini doğuran gerçek sosyal münasebetlere tâbi olarak sınıflandırılabileceğini göstermiştir. Bundan başka, her devletin anayasasının kendi gerçek sosyal bünyesi ile alâkalı olduğunu farketmiştir (1).

Keza İBNİ HALDUN, XIV üncü yüzyılda «Ümran» ilmi ola-

(1) Bak, aşağıda : § 14 Hukuk Sosyolojisinin Uzak Habercileri : ARİSTO.

rük, Sosyolojinin ilk taslaklarını çizmiş gibidir. Siyasî ve hukukî sosyoloji problemlerinden birçoklarını vazetmiş ve halletmeye çalışmıştır; Göçebelerin örfî hukuku, yerleşik cemiyetlerin siyasî idaresi ve teşkilâtlı hukuku, iktidarın tekevvünü ve meşrûlaşması problemi, Hükümdar - Teb'a münasebetlerinin psiko-sosyolojik izahları, Devletin fonksiyonları, baka şansının hangi faktörlere tâbi olduğu, v.s. gibi birçok hususları teolojik bakımdan veya felsefî zaviyeden değil, doğrudan doğruya sosyal gerçeklik münasebetleri ve «illet-netice» bağlantıları bakımından açıklamaya gayret etmiştir (2).

MONTESQUİEU ise, dört asır sonra, hukukun en fazla emrî ve iradî cephesi olarak görünen «kanun vazı» meselesini, tamamen sosyolojik bir zaviyeden ele almış, kanun vazıları üzerine doğrudan doğruya ve dolayısıyla müessir olan tabiî, içtimaî faktörleri araştırmış, «kanunlar»ı sadece bir tanzim âmili olarak değil, ayrıca «bir sosyal mahsul, bir sosyal netice» olarak görmeğe teşebbüs etmiş, ve kanunlarda «mûtâ» olan unsurlarla «münşâ» olan unsurları tefrik etmeğe, ve iyi kanun yapmanın hangi bilgilerin öğrenilmesine bağlı olduğunu göstermeğe çalışmıştır. MONTESQUİEU kanun vazının da «tabiat-ı eşya» ile bağlı olduğunu, fakat bunu, muayyen bir nisbette tadil veya tashih imkânına da malik bulunduğunu belirterek, hukukun hem gerçek hem fikrî temellerine işaret etmiştir (3).

Aynı asırda fiziokratlar, ekonomik problemleri incelerken, bütün cemiyet nizamının, yukarıdan ısdar edilen normlarla istenilen kalıba dökülemiyecek bir şey olduğunu, sosyal gerçekliğin insanların keyfî iradelerine karşı - hattâ bu iradeler sisasî bakımdan mutlak hükümdarların iradesi olsa dahi - tabiî bir mukavemeti bulunduğunu iddia etmişlerdir. Onlar, sosyal nizamın kendi kendini tâyin eden iç kuvvetine inanmışlar, vazı kanunun iradesi için, bu tabiî nizamı «keşfedilecek, örnek alınacak, tatbik edilecek» bir rehber gibi göstermişlerdir (4). Bütün bu ifratlara rağmen, bu görüşlerde fiziokratların sezip de ifade edemedikleri birşey, bir asır

---

(2) Bak, aşağıda : § 15 Hukuk Sosyolojisinin Uzak Habercileri : İBNİ HALDUN.

(3) Bak, aşağıda : §16 Hukuk Sosyolojisinin Mübeşşirleri : MONTESQUIEU.

(4) Bak, aşağıda : Fiziokratlar § 17.

sonraki sosyolog hukukçuların lûgatinde «Objektif Hukuk» (DUGUİT), yahut «Yaşayan Hukuk» (LEİST, FUCHS, EHRLİCH v.s.), «Spontane Hukuk» (CRUET) dedikleri bir sosyolojik kavram kendini hissettiriyordu.

Buna, daha GROTİUS ve LEİBNİZ'denberi ileri sürülen «Sosyal tabiî hukuk» nazariyelerini de ilâve edersek, Sosyolojinin kurulmasından çok evvel Hukuk Sosyolojisi problemlerinin kurcalanmış olduğuna hükmetmekte tereddüt etmeyiz (5).

Hattâ, bu bakımdan, Sosyolojinin kurucuları, öncülerinden daha geride kalmışlardır. Bu, kısmen Sosyolojinin kuruluş tarihinin hususiyetlerine, kısmen ilk kurucuların şahsî karakter özelliklerine, temayüllerine bağlanabilir!

Filhakika, Fransız ihtilâlinin tabiî haklar nazariyesine dayanarak teferruatlı kanunlar vazı ile, bütün insanî ve içtimaî münasebetlerin nihaî olarak tanzim edilebileceği yolundaki ideolojisi, ihtilâl sonrası Fransasında bir aksi tesir yaratmış, bütün huzursuzluğun sebebi bu «gayrı-ilmî» zihniyette aranmıştı. Sosyolojinin ilk kurucuları sayılan SAİNT - SİMON ve COMTE, teşriî meclislerin gelişi güzel, şu veya bu siyasî ideolojinin desteklenmesi için ısdar ettikleri kanunlarla cemiyet problemlerinin halledilemiyeceğine inanmışlar, ve «hukuk» mefhumunu bu teşriî tasarruflara ve bunların mesnedi olan yarı-siyasî, yarı-metafizik tabiî haklar nazariyesine irca etmişlerdi.

Böyle olunca «hukuk», ilmî bir tetkike mütehammil olmıyacak kadar iradî, keyfî, konvansiyonel bir şey demekti. Hukukçular da, XVIII inci asrın metafizikçileri, iktidar peşinde koşan haris demagoglar idi. Bunların dayandıkları «tabiî hal efsanesi», insanların en iptidaî, en vahşî, devrini, modern cemiyetin örnek alacağı bir idealin tecellisi gibi gösteriyor, ve mütekâmil cemiyetin nizam prensiplerinin bu geri seviyedeki insan topluluğunun daha doğrusu bu hayalî ve nazarî cemiyet-fert tezadının icaplarından çıkarılmasını istiyordu. Bu itibarla tamamen gayri-ilmî, metafizik iddialardan başka birşey olmayan bu hukukî nazariye ile cemiyet problemleri asla halledilemezdi.

O halde ne yapılacaktı ? Tabiat problemlerini hallederken baş-

(5) Bak, aşağıda : Hukukun Devlet - dışı veya Spontane teşekkülü hakkında Ek nazariyeler § 17.

vurduğumuz çareye müracaat etmek. Kısacası bir «Cemiyet İlmi» kurmak ve, cemiyet meselelerinin ıslahını bu ilmin sonuçlarına göre tahakkuk ettirmek.

Bu «Cemiyet İlmi» nde ise «hukuk» a ne yer, ne de lüzum vardır. Bu, gayrı-ilmî, anarşik, hattâ gayrı-ahlâkî bir mefhumdur. İnsanlar, cemiyet meselelerini birtakım sübjektif siyasî kanaatların mücadelesi ile halletmeye kalktıkça, cemiyeti, bir tecrübe tahtasına çevirecekler ve kanlı ihtilâllerden hiçbir «hakikat» hükmünü istihraç edemiyeceklerdir. İşte, gerek SAİNT - SİMON'un gerek COMTE'un hukuk hakkında vardıkları kanaat budur (6).

XIX uncu yüzyıl ortasında tarihin materyalist bir tefsirini yapan MARX'ın «hukuk» hakkındaki görüşleri de, evvelkilerden tamamen farklı mebdelerden hareket etmekle beraber, «hukuk» un gerçekliğinin reddi ve sırf ideolojik yapıntılara ircaı bakımından onlardan farklı değildi. Böylece, Sosyolojinin ilk safhası bir «hukuk» düşmanlığı, bir «hukuk» aleyhtarlığı ile meşbudur ve bu hal, «hukuk» ile, gelişigüzel ısdar edilen «kanun» ların bir ve aynı şey sayılmasından mütevellittir.

Hukukun, Sosyoloji tarafından tetkik edilmesi, böyle bir tetkikin mümkün görülmesi, hususî sosyal ilimlerin (Hukuk Tarihi, Etnografi, Medeniyet Tarihi, Mukayeseli Hukuk araştırmaları v.s. gibi) gelişmesiyle alâkalıdır. Zira çeşitli milletlerin, kavimlerin ayrı ayrı, kendilerine mahsus muhtelif hukukî nizamlara sahip olduklarının müşahede edilmesi, muhtelif hukukî müesseseler arasında (etnik ve coğrafi bakımdan farklı cemiyetlerde tezahür etmelerine rağmen) bazı esaslı benzerlikler bulunduğunun farkedilmesi, nihayet buna mukabil bazı hayat münasebetlerinin cemiyet ve tabiat farklarını takip ederek farklı hukukî kaidelere rapdedildiklerinin öğrenilmesi «hukuk» hakkında daha geniş bir anlayışın doğmasını intaç etmiştir. Bunun neticesinde «hukuk» u, kanuna irca etmenin eksikliği, gerek teşrîî meclislerin, gerek merkezi krallıkların tek taraflı hukuk kaidesi ısdarı faaliyetlerinin medeniyet tarihinde ancak muayyen safhalarda zuhur eden müesseseler olduğu, «hukuk» un ise insan cemiyeti ile beraber doğduğu, uzun müddet «örf-âdet» kopmleksi içinde yaşadığı, bazan dinî normlarda ifadesini bulduğu, bazan iktisadî zümrelerde spontane olarak teessüs ettiği anlaşılınca, artık sosyolojik tetkikler için zarurî olan

(6) Bak, aşağıda : § 18 Sosyolojinin kuruluşu ve Hukuk aleyhtarlığı.

rölativist bir zihniyete vasıl olunmuş demekti. Bunda, evvelki bölümde temas ettiğimiz hukuk-içi kaynaşmaların, resmî hukuk ile, XIX uncu yüzyılın ikinci yarısını yaşayan sınaî garp cemiyetinin ekonomik nizamı arasındaki tezadın, bundan doğan sosyal huzursuzlukların ikaz edici tesirlerinin de büyük bir dahli olduğu muhakkaktı.

Böylece XIX uncu yüzyılın ikinci yarısında teşekkül eden muhtelif sosyoloji ekolleri ve hukukla ilgili çeşitli Sosyal ilimler artık hukuku, yalnız klâsik Yunan-Roma medeniyeti ve bunun vârisi olan Hıristiyan Garp dünyasının sosyal müesseseleri zaviyesinden değil, belki muhtelif yer ve zamanlarda yaşamış ve yaşamakta olan çeşitli kavimlerin, çeşitli cemiyet tiplerinin sosyal nizam şekilleri olarak, bütün evrenselliği ve çeşitliliği içinde ele almağa çalışıyorlardı. FUSTEL DE COULANGES, LEİST POST, STEİNMETZ, H. S. MAİNE, MAZARELLA v. s. nin çalışmaları bu mahiyettedir (7).

Medeniyet ve hukuk tarihi ve etnografi araştırmaları hukuk hakkında, ancak muayyen bir hukuk sisteminin kalıplarına bağlı

---

(7) *FUSTEL DE COULANGES — La Cité Antique 1864.*
— Histoires des Institutions Politiques de l'Ancien France. 1875.
B. W LEIST — Über die dogmatische Analyse römischer Rechtsinstitute. 1854.
— Über die Natur des Eigentums. 1877.
— Die realen Grundlagen und die Stoffe des Rechts. 1877.
A. N. POST — Die Ursprung des Rechts. 1876.
— Bausteine für eine Rechtswissesnschaft auf vergleichender ethnologischer Grundlage. 1880.
— Die Grundlagen des Rechts und die Grundzüge seiner Entwicklung (Leitfaden für den Aufbau einer allgemeinen Rechtswissenschaft auf soziologischer Basis). 1884.
— Über die Aufgaben einer allgem. Rechtswissenschaft. 1891.
— Ethonolgische Jurisprudenz. 1894 - 95.
S. R. STEINMETZ — Ethnologische Studien zur ersten Entwicklung der Strafe 1894.
— Rechtsverhaeltnisse von eingeborenen Völkern in Afrika und Ozeanien. 1905.
— Classification des types sociaux (Année Socilogique. 1900).
H. S. MAINE — Ancient Law : its connection with the Early History of Society and its Relation to Modern Ideas. 1861.
— Lectures on Early History of Institutions 1876.
— Dissertation on Early Law and Custom. 1884.
MAZARELLA — Studi di Etnologia Giurdica 1903 (Types Sociaux et le Droit 1908. Résumé français).

kalan düşüncenin verimsiz olduğunu ispat etmişti. O halde klâsik Yunan-Roma ve Garp hukuk sistemlerine has olan mefhum kategorileri ancak bu sistemler içinde kalındığı takdirde kifayetli olacaktı.

Böylece, «hukuk» hakkında ikibin senedenberi işlenmiş olan klâsik hukuk ilminin tarifleri ile iktifa edilemezdi. «Hukuk» yeniden bir meçhul gibi ele alınacak, bütün şumulü ve tenevvüleri içinde tarif edilecek, bu tarifi, onun muhtelif tahakkuk şekillerine tatbik edilecek, kontrol edilecek, bu çeşitli tahakkuk şekilleri objektif ölçülere göre sınıflandırılacak, ve nihayet çeşitli hukuk tiplerinin farklılıkları bütün sebepleriyle tasvir ve izah edilecekti. Bunun için de hukuk hakkındaki mevcut doğmatik bilgilerimizi, muvakkaten, yok farzetmek ve yroblemi yeni baştan ele almak icap ediyordu.

Hülâsa, geçen yüzyıl sosyologlarının bu vadideki denemeleri çeşitli merhalelerden geçmiştir : İlk safha, yukarıda belirtildiği gibi, XVIII inci yüzyıl tabiî hukuk nazariyelerinin reddi sırasında bizzat «hukuk»un da reddedilişidir. Bu, COMTE'un ve bilâhare MARX'ın, birbirlerinden tamamen ayrı hareket mebdelerinden giderek vasıl oldukları neticedir.

İkinci safta, «Biyolojik Sosyoloji» cereyanlarının «Hukuk» da insanların ona izafe ettikleri âklîlik ve itibarîlik vasıflarını bir illüzyon sayan ve hukukun, maddî - uzvî hayata hâkim tekâmül kanunun neticesinde, insanlar istese de istemese de tahakkuk eden zarurî bir mahsul olduğunu kabul eden görüştür.

Hukuk, insan cemiyetlerinin ister istemez tâbi oldukları farklılaşma ve tamamlanma kanununun sonunda eriştikleri bir nizam şeklidir. Bu manada tamamen spontanedir. İnsanlar, ırk mücadeleleri, sınıf mücadeleleri, menfaat mücadeleleri, hattâ fikir mücadeleleri yaparken hakikatta hayat mücadelesi kanunun zarurî seyrine tâbi kalırlar ve mücadele sonunda tahakkuk eden muvakkat muvazeneler, galibin mağlup üzerindeki hâkimiyeti, bakaa şansı olanın olmıyanı ezme ve kendine râmetme şeklindeki üstünlüğü «hukuk» denen nizam şeklinde ifadesini bulur. SPENCER, GUMPLOWİCZ, VACCARO gibi tekâmülcü sosyologlarda daha müfrit ve bunların RATZENHOFER, NOVİCOW gibi muakkiplerinde daha mutedil şekillerine rastlanan bütün bu görüşlerde «hukuk» un insan aklının değil, belki insan iradesine hükmeden ve mücadele et-

me, yenme ve bu suretle baki kalma şansını sağlayan tekâmül kanunlarının bir mahsulü olduğu fikri hâkimdir (8).

Üçüncü safha ise, evvelce işaret ettiğimiz diyalektik seyre uygun olarak hukukta yeniden insan iradesinin, insan zekâsının, hülâsa beşerî müdahalenin rolünü kabule yanaşan görüşlerle doludur. Psikolojik Sosyoloji taraftarlarının temsil ettiği bu cereyan Avrupada GABRİEL TARDE Amerikada LESTER WARD gibi temsilcilerde ifadesini bulur. Hukukta yeniden ferdî icadların, ferdî müdahalelerin rolü tebarüz ettirilir.

TARDE, vazı kanunları mucidler olarak takdim eder, L. WARD, hukuku, ırk mücadelelerinden doğan devlet müesseselerine raptetmekle beraber teşriî faaliyeti insanî başarının en mühimi olarak, görür, kanunları beşerî enerjiyi en münasip istikametlere sevkedecek vasıtalar telâkki eder. Kanun vazı sosyolojik bilgilerle aydınlanmağa mecburdur. Bunun için de sosyoloji öğreniminin ıslahı ve bunun kanun vazıına lüzumlu mûtâları sağlıyacak bir bilgi arşivi haline getirilmesi şarttır (9).

Bütün bu safhalarda müşterek olan cihet hukukun ferdin hareketlerini dışardan tanzim eden tahdidî ve emrî tarafına kıymet verilmesidir.

Dördüncü safha ise, Avrupada DURKHEİM, Amerikada SUMNER ve ROSS ile başlar ve artık hukuk, uzvî ve ruhî hayat kanunları bakımından değil belki «sosyal» vakıaların teşkil ettiği ayrı bir kategori içinde ve bunlara has olan ayrı bir nizam içinde ele alınır. (Hukuk) un kaderi, artık (Sosyal) in kaderine tâbidir ve Sosyoloji kendi araştırma konularını artık ne maddî âlemde ne de biyolojik dünyada değil, belki bu her iki âlemin üstüne kurulmuş olan (insanî - içtimaî) âlemde arar. Bu safha, «hukuk» u kozmik veya biyolojik tekâmül kanununun bir neticesi olarak gören safha ile; hukuku madde ve hayat âleminde carî kanunlardan tamamen müstakil «kültür fenomeleri» veya «kültür mahsulleri» dünyasına sokan «Manevî ilimler» cereyanının ortasında bulunur (10).

---

(8) Bak, aşağıda : «Biyolojik Sosyoloji ekollerinin Hukuk anlayışı. § 21».

(9) Bak, aşağıda : «Psikolojik Sosyoloji ekollerinin Hukuk anlayışı § 21».

(10) Bak, aşağıda : § 12 — Methodojik mülâhazalar «Manevî İlimler» hakkında bakıla :
DILTHEY — Einleitung in die Geistwissenschaften. 1883 (Fransızca tercüme : Introduction à l'Etude des Sciences Humaines. 1942).

DURKHEİM, metodolojik mülâhazalarla «sosyal»ı «uzvî» ve «ruhî» nin ötesine koyar. O, hukuku «tesanüt vakıasının gözle görülür bir sembolü» olarak tarif eder. Bizi bütün sosyal vakıaları «maşerî tasavvurlar» a ircaa ve bunları da kendi haricimizde bulunan afakî şeyler gibi ele almağa davet eder. O halde «hukuk» da bir «maşerî tasavvurlar», «değer tasavvurları» mahiyetindedir ve biz onu, hakkında sahip olduğumuz kablî kanaatlardan tecerrüt ederek, zaman ve mekân içinde muayyen bir toplulukta tahakkuk etmiş fikrî - içtimaî mahsuller sıfatiyle, bir kıymetler sistemi olarak tetkik edebiliriz (11).

DURKHEİM'in gerek hukukçular arasında gerek sosyologlar arasındaki muhtelif muakkipleri (DUGUİT, E. LEVY, DAVY, FAUCONNET ve son yıllarda HENRİ LEVY - BRUHL) hukukun sosyolojik izahlarını bir hayli geliştirmişlerdir.

Böylece hukuk, din gibi, örf ve âdetler gibi ayrı bir sosyal mahsuller kategorisine, insanların hareketlerine kıymet biçen, ve bu sebeple de müessir olan, istikamet veren normlar âlemine yeniden ithal edilmiştir. Ancak bu normlar artık, mücerret mantıkî muhtevaları ile değil, belki içinde doğdukları cemiyet tipinin bütün gerçekliği içinde ele alınmakta, bu gerçekliğin hususiyetlerine (maddî veya fikrî) göre izah edilmektedirler.

Amerikan Sosyolojisinin kurucularından olan ROSS ve SUMNER, «hukuk»un da dahil bulunduğu sosyal düzenleme şekillerinin hepsine birden «sosyal kontrol» adını verirler (12). Bugünkü anlamı ile sosyal kontrol «cemiyetin, kendi üyeleri üzerindeki hâkimiyetini sağlamak onların kendi normlarına göre davranmalarını temin etmek için kullandığı mekanizmaların hey'eti umumiyesi» dir (13).

En iptidaî ve umumî sosyal kontrol nev'i örf ve âdetlerdir «mo-

---

SIMMEL — Einleitung in the Moralwissensnschaft.

YAVUZ ABADAN — Hukuk felsefesi Dersleri. Ankara. Sh. : 26 - 34.

KÂMURAN BİRAND — Dielthy ve Rickert'de Manevî İlimlerin Temellendirilmesi. 1954.

(11) Bak, aşağıda : Hukuk Sosyolojisinin Kurucuları : DURHEIM. § 22.

(12) E. A. ROSS — Social cotrol. 1899. p : 49 - 50, 59 - 60 (in «Sociological Theory ed. by LEWİS, A. COSER and BERNARD ROSENBERG. New York 1957. S : 99).

W. G. SUMNER — Folkway (in Sociological Theory», 1957. Sh : 102).

(13) LEWIS A. COSER and BERNARD ROSENBERG — Sociological Theory. Sh : 97.

res». Bunlar, insanların, cemiyet hayatında, kendi ihtiyaç ve arzularını tatmin ederken başvurdukları takarrür etmiş bir takım hareket tarzları, bazı şeyleri yapış tarzları (the ways of doing things) dir ki, bunların içinde aynı menşeden gelme bir takım inançlar, mefhumlar, bilgiler, kanunameler, ve iyi yaşama standartları da dahildir (14).

Din, menşe itibariyle bir örf meselesi idi. Sonradan bir Devlet fonksiyonu haline geldi, bugün tekrar örfe irca edildi. Evlilik, mülkiyet, muayyen devlet rejimleri hepsi örf ile başlayan çeşitli sosyal kontrol nevileridir (15).

O halde «hukuk» da cemiyetin tanzim edici sosyal baskılarından biridir. Bu baskı gayri şuurî ve gayrî iradî olabileceği gibi (örf ve âdet, muaşeret normları gibi) iradî ve şuurî de olabilir. Meselâ eğitim iradî bir sosyal kontrol nevidir (16). Teşriî faaliyet vasıtasiyle kontrol da aynı mahiyettedir. Müesseseler ve kanunlar örflerden zuhur etmiştir. Her müessese bir fikir ile, bir sosyal bünyeden, bir «structure» den mürekkeptir. Bunlardan bir kısmı kendiliğinden vücut bulan nevidendir, bir kısmı ise düşünce mahsulü ısdarlarla meydana gelir.

Bundan başka «sosyal kontrolların daima zamanla muteberliklerini kaybederek yerine yeni kontrolların kaim oluşu tarihî vetirenin esasını teşkil eder. Kontrolün gerek esası, gerek vasıtaları çağdan çağa ve cemiyetlerin fonksiyonlarına ve bünyelerine göre değişir.» (17).

Hukukun bu zaviyeden tetkiki, diğer safhalardaki sosyolojik hareket mebdelerine nazaran daha münasip bir yoldu. Zira hukukta tahakkuk eden etik kıymet ile sosyal zecri aynı zamanda ele alıyordu. Ancak bu değeri, sosyal yeknesaklığın, cemiyetteki davranışların kalıplaştırılması ihtiyacının doğurduğu bir tâli hâdise gibi alıyordu.

Bu bakımdan sosyal kontrol tezi, hukukun «bio - sociologique» izahlarına daha yakın kalır. Esasen SUMNER, sosyal Darvinizmin

---

(14) SUMNER — a. g. e., § 66 (aynı yerde : Sh : 102).

(15) SUMNER — a. g. e., § 66 (aynı yerde : Sh : 102).

(16) HELEN EVERETT — Social Control (Encylopedia of the Social Sciences) 11 th. Printing 1954.

(17) HELEN EVERETT — Social Control. a. g. e.).

belli başlı temsilcilerinden biri idi. Bu bakımdan hukukun çift temelini, fikrî ve şe'nî kökleri aynı ehemmiyetle ele almış değildir. «Örfler, vakıa otoritesine sahip olmakla, doğru ve yanlışın yegâne kıstaslarıdır» diyen (18) bu zat, örfün fikir unsuru tarafından tenkidi demek olan ve umumiyetle hukukta ifadesini bulan kıymet problemine gerekli ehemmiyeti vermemiştir.

Buna mukabil ROSS cemiyetin fert üzerinde vasıtasızca icra ettiği telkin ve tahrikler ile, şuurlu ve iradî vasıtalarla ferdin davranışlarının cemiyetçe tanzimini birbirinden ayırır ve ancak ikincisine «sosyal kontrol» der. Birincisi sadece «sosyal tesirler» (Social influences) dir.

Hukuk ise, «nizam binasının temel taşıdır, cemiyet tarafından istimal edilen, en fazla ihtisaslaşmış ve son derece incelenmis bir kontrol cihazıdır» (19).

Bu zatın görüşleri Amerikan (Sosyolojik hukuk nazariyesi) kurucusu olan ve faaliyet ve hizmetleri bakımından Hukuk Sosyolojisinin de kurucularından sayılan ROSCOE POUND üzerinde mühim tesirler icra etmiştir.

Nihayet hukukta tecelli eden «kıymet» lerin, «dıştan yüklenen» direktifler olarak değil de, bizzat hukuka tâbî olanın ruhî hayatına dahil olmuş unsurlar olarak ele alınması, ve tabir caizse hukuka, vazeden zaviyesinden değil de (bu vâzı ister devlet ister cemiyet olarak alınsın) belki tâbî olan zaviyesinden bakılması lüzumu kendini hissettirmiştir.

Şimdiye kadar hülâsa ettiğimiz tezlerde hukuk, hukuka tâbî olanın dışında bir vakıa olarak elę alınır ve fert bu dıştan gelme tesirin tabiî olarak görülür. Fakat bir de hukuk, ona itaat edenin psişik (psychique) varlığı zaviyesinden ele alınabilir. Acaba hukuka itaat eden onu ne zannederek, ne için itaat etmektedir? Bu tarz bir tetkik, bizi, acaba ilmî bir neticeye mi, yoksa sadece tasvirî bir bilgiye mi götürür ? İnsanların hukuka itaat saiklerini aramak, onların sübjektif ve tesadüfî zan ve kanaatlarına inmek, böylece ilim konusu olmaya elverişsiz mûtâlara yönelmek olmaz mı ?

İşte bu beşinci safha, hukukun sosyolojik izahlarında Alman Hukuk Sosyoloğu MAX WEBER'in teşebbüsünü temsil eder ve ilk

---

(18) GURVITCH naklediyor : Sociology of Law. 1953. S : 18.

(19) GURVITCH naklediyor : Sociology of Law. 1953. S : 19.

nazarda hukukun içtimaî hayatın diğer cepheleri ile olan münasebetleri ve insanın ve cemiyetin bio - psikolojik temelleriyle alâkası bakımından pek vaitkâr neticelere götürmiyecek gibi görünür.

Hakikatta MAX WEBER, geçen yüzyıl sonunda Almanyada gelişen «mânevî ilimler» cereyanı ile, Fransada ve Amerikada gelişen ve sosyal vakıaları imkân nisbetinde diğer tabiî ve biyolojik vakıaları tetkikte kullandığımız metodlarla veya bunlara yakın usullerle inceleme yolunu tutan müsbet ilimler cereyanı arasında bir te'lif şekli bulmak ve bilhassa sosyolojiyi mefhum ve tabir keşmekeşinden kurtarmak ister. Sosyoloji, bütün gayretlerini, hakkında mevsuk, güvenilir bilgiler elde edilebileceği bir sahaya tesis etmelidir. Bundan başka, sağlam bir terminolojiye sahip olmalıdır. Sosyal hâdiseleri incelerken elinde tıpkı tâbiî ilimler mütehassıslarının olduğu gibi tasnif ve tertip vasıtaları bulunmalıdır. Müşahede etmek, anlamak ve izah etmek için bu gibi sınırları belirtilmiş, iyi tarif edilmiş mefhum kategorileri olmayan bir ilim, hiç bir zaman vuzuha kavuşamaz.

Böylece WEBER, metodolojik izahlardan sonra sosyolojinin kendine has konusunu gösterir: Bu, sosyal fi'lin saiklerinin, cereyan şeklinin, tesir ve neticelerinin illî idrâkidir. Ancak, insanın her fiili «sosyal» değildir, yalnız, hareket ederken veya davranırken «başkası» nın mevcudiyetini hesaba kattığı fiilleri sosyaldir.

Bu sosyal fiillerin illî anlaşılması demek, bu davranışların hariçten müşahedesi demek değildir. Bizzat fi'li icra edenin kendi hareketine izafe ettiği manânın anlaşılması demektir. Ancak bu, teker teker her ferdin ruhî tahlilini gerektirmez ve muayyen fiilleri icra eden anonim süjelerin bu fiilleri icra ederken yaptıkları hareketlere, muayyen bir mânayı izafe ettiklerinin farzedilmesine de mâni teşkil etmez. Meselâ dua etmekte, ibâdet etmekte olan insanların, bu fiillerini transandantal bir kıymete uydurmak saikiyle yaptıkları, yahut borcunu ödeyen bir kimsenin bu fi'li borçların ödenmesini emreden bir hukuk normuna itaat saikiyle yaptığı farzedilebilir. Bu, bu fiillerin yapılmasına müşahhas hallerde daha başka saiklerin de inzimam etmesine mâni değildir. Bu farzlar sun'î surette elde edilmiş (tecrit) lerdir ki bu nevi mefhum tecritleri olmadan sosyolojide bir izahta bulunmağa imkân yoktur. Ancak bunların tasvir ve izaha yarayacak mücerret vasıtalardan ibaret olduğu bilinmeli ve müşahhas hallerin bu mücerret tiplere nisbetle arzettikleri hu-

susiyetler, inhiraflar tetkik ve izah edilmelidir. Bu bakımdan hukukî fiil, bir hukuk normunu kaale alarak yapılan fiildir. Hukuk ise cemiyette fiilen tahakkuk etme ihtimali hususî teminatlarla kuvvetlendirilmiş olan bir nizam nevidir. Bu teminat, ihlâl halinde bir zecir cihazının harekete geçebilmesi ihtimalidir. Ancak bu (zecir cihazı) mutlaka bir devlet mahkemesi veya icra demek değildir.

Doğmatik Hukuk İlmi, bu hukuk kaidelerinin zatî muteberliklerini esas tutar. Hukuk Sosyolojisi ise bu kaidelerin fertlerin davranışlarında fiilen tahakkuk etme, fert tarafından kaale alınma şanlarından hareket eder.

Hukuk sosyolojisinin aydınlatılacak problemi şudur: Hukuk normlarının mevcudiyeti fertlerin fiillerine ne nisbette müessir olmakta, ne nisbette onlar için bir hareket sâiki teşkil etmektedir?

Ancak, ferdin hukuk normlarına göre hareket edişi, behemehal bu normların şuuruna vararak aklî bir şekilde kendisini onlara uydurması yüzünden vaki olmaz. Hukuka itaat fenomeninin daha karmaşık bir bünyesi vardır. Hukuka itaat, bazan tamamen geleneksel dir. Bu dinî bir inanç ile müterafiktir. Bu, daha ziyade hukukun sihrî - dinî, geleneksel veya rasyonel karakterine göre değişir.

O halde «hukuk» normlarının gerçek kaynaklarına inmek ve bunların ne suretle bulunduklarını araştırmak lâzımdır. Her hukuk bir (ısdar) fi'linden çıkmaz. Hukuk normu çok defa ilgililerin şuuruna vasıl olmadan tahakkuk eder. MAX WEBER'in hukukun spontane teşekkülü hakkındaki izahları, kendi zamanına kadar yapılmış denemelerin boşluklarını doldurmuştur. Hukukun devlet-dışı teşekkülü, sosyal zecrin devlet müeyyidesine tekaddüm edişi, siyasî iktidarın meşruiyet prensibi, ve hukuk ile, diğer kültür fenomenleri arasındaki alâka iyice belirtilmiştir. Böylece en geri hukuk sistemlerinden modern hukuk sistemlerine kadar hepsinde yeni hukukî normların nasıl zuhur ettikleri, hattâ ilgililer farkına varmadan sosyal hayat şartlarındaki tahavvüllerin mevcut hukuk sistemlerine nasıl aksettiği derin tahlillerle aydınlatılmıştır.

M. WEBBER'e göre hukuk, gittikçe rasyonelleşme istikametindedir. Bundan başka, gerek Hukuk Sosyolojinin gerek Siyasî Sosyolojiyi alakadar eden iktidar tipleri tasnifi, meşruiyet probleminin çeşitli izahları MAX WEBER'in sahamıza yaptığı belli başlı hizmetleri

teşkil eder ki bunlardan aşağıda mahsus bölümlerinde bahsedilecektir (20).

Köklerini kısmen yukarıda işaret ettiğimiz kurucuların fikirlerinden alan, kımen bunları yeni görüşleriyle terkip eden muhtelif sosyologlar ve hukukçuların çalışmaları son yirmi, otuz sene içinde iki şekilde gelişmiştir: Büyük bir kısmı muayyen hukukî problemlerin sosyolojik izahlarına inhisar eden monografiler şeklindedir. Diğerleri ise bütün Hukuk Sosyolojisi poroblemlerini toplu bir şekilde vaz ve izaha çalışan sistematik eserlerdir.

İkinci grup eserler arasında HUGO SİNZHEİMER'in 1935 te Hollanda dilinde intişar eden «Der Taak der Rechtssociologie» (Hukuk Sosyolojisinin görevi) adlı eseri, Macar bilgini BARNA HORVATH'ın 1934 de Almanca olarak yayınlanan «Rechtssoziologie» (Hukuk Sosyolojisi) (21), nihayet Sorbonne Üniversitesi Profesörlerinden ve Devrimizin belli başlı sistem sahibi sosyologlarından G. GURVİTCH'in 1940 ta Fransızca, 1947 ve 1953 de genişletilmiş bir şekilde İngilizce yayınlanan «Elémentes de Sociologie Juridique», «Sociology of Law» adlı eseri ve N. S. TİMACHEFF'in Harvard Üniversitesinde verilmiş derslerini ihtiva eden ve bilhassa sosyal psikoloji bakımından zengin bir bilgi hamulesine istinat eden 1940 da yayınlanmış «İntroduction à la Sociologie Juridique» adlı eseri, nihayet, Danimarkalı Sosyolog THEODOR GEİGER'in 1947 de Kopenhang'da yayınlanan «Vorstudien zu eines Soziologie des Rechts» adlı eseri zikredilebilir.

Amerikan hukukçu sosyologların ve sosyolog hukukçuların çalışmaları arasında bilhassa HUNTİNGTON CAİRNS ve LLEWELLYN dikkati çekmektedir. CAİRNS 1935 de yayınladığı «Law and the Social Sciences» adlı eserinde hukuk ile diğer sosyal ilimler arasındaki münasebetleri, yardımlaşma imkânlarını incelemiş, Hukuk dünyasının gerçeklikle olan münasebetlerinin böyle bir yardımlaşmaya dayanan nazarî bir ilim tarafından keşfedilebileceğini kabul etmiştir. Aynı müellif 1941 yılında yayınladığı «The Theory of Legal Science» adlı eserinde hukuk hakkındaki bugünkü bilgilerin kifayetsizliği ve hukuk tekniğinin nazarî mesnedlerden mahrum

---

(20) Bak. aşağıda : Hukuk Sosyolojisinin kurucuları : MAX WEBBER § 27.

(21) BARNA HORVARTH — Sociologie Juridique et Théorie Processuelle du Droit (Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique. 1935, n; 1 - 2. sh. 181 - 242).

olarak işlediği, hukukî ıslahatın bir yanılma ve deneme metodundan başka rehberi olmadığı üzerinde ısrarla durmuştur. Hukukun müsbet bir sosyal ilminin kurulmasına kadar bu durum devam edip gidecektir. CAİRNS bilâhara «Philosophy as Jurisprudence» adlı makalesinde, günümüzde, hukukçuların felsefeden de pek yardım göremediklerini, hukuk âleminin, kendi metodlarını ve sonuçlarını diğer ilimlerin vardığı neticelerle ayarlamaktan kaçındığını ilh... belirtir ve hukukun tekrar eski felsefî kaynaklara kavuşmasını, kültürün diğer köşeleriyle eski ittisallerini yenilemesini temenni eder. Aynı müellif bu konuları «Legal Philosophers, from PLATO, to HEGEL. 1949» adlı eserinde tafsilâtlı bir şekilde işlemiştir.

Çağdaş Amerikan sosyolog hukukçularının çoğu hukukun tamamen dıştan, davranışlar ve muayyeniyetler zaviyesinden bir tetkikini telkin etmektedirler. «Realistler» grubuna giren bu hukukçular arasında çalışmaları en fazla dikkati çeken K. N. LLEWELLYN'dir. Daha yeni eserlerinde daha mutedil temayüller izhar etmiş, ve kıymet âleminin hukuktan tecrit edilemiyeceği kanaatına, daha doğrusu, hukukun kıymetler âleminden mücerret olarak tetkikine imkân olmadığı neticesine varmıştır (22). Diğer Amerikan hukukçularının sahamızla ilgili çalışmaları hukukî vetirenin bir nevi psiko-analizi manzarasını arzeder (23). Sosyolojiden ziyade, hukukçunun ve hukuk süjesinin haleti ruhiyesinin tahlili etrafında toplanan bu tetkiklerin Hukuk Sosyolojisine yaptıkları hizmetler, daha ziyade hukuk ile ferdî veya sosyal psikoloji problemleri arasındaki alâkanın belirtilmesi bakımındandır. Bu arada THURMAN ARNOLD (24) un M. RADİN (25)nin J. FRANK (6) ın, W. COOK

---

(22) K. N. LLEWELLYN — The Bramble Bush. 1930.
— A Realistic Jurisprudence. 1930 (in Colombia Law Review).
— Some Realism about Realism. 1931 (in Harvard Law Review).
— On Reading and Using the New Jurisprudence. 1940 (Col. L. P.)
— The Normative, the Legal and the Law Jobs : The Problem of Juristic Method, being also an effort to integrate the «Legal» into Sociological and Political Theory. (in Yale Law Review. 1940).
— Law and the Social Sciences, especially Sociology. (in Harvard Law Review. 1948 - 1949).

(23) GEORGES GURVİTCH — Sociology of Law 1953, sh. 135 - 148.

(24) THURMAN ARNOLD — The Symbols of Government. 1935.
— The Folklore of Capitalism. 1937.

(25) M. RADİN — Law and the Lawyers. 1935.

(26) JEROME FRANK — Law and the Modern Mind. 1930.

(27) in, H. E. YNTEMA (28) nın, ED. GARLAN (29) ın, çalışmaları zikredilebilir. Bunlardan başka, hukukun, diğer içtimaî ilimlerle, bir ayrı tecrübî ilim içinde bağdaştırılabileceği tezini ileri süren müfrit pozitif metod taraftarı «Tecrübî Hukuk İlmi» (Experimental Jurisprudence) müntespilerinin çalışmaları da unutulmamalıdır. Bunlar, Sosyolojik Hukuk İlmi cereyanının en müfrit şeklini temsil ettiklerinden çok tenkide maruz kalmışlardır. Hukukun ne nisbette «tecrübeye müsait bir konu olduğu, hangi cephelerinin ampirik metodla incelenebileceğini v. s.» gibi çeşitli itirazlarla karşılaşmışlardır. Bunlar arasında UNDERHİLL MOORE (30) ve FREDERİCK K. BEUTEL (31), THOMAS COWAN (32) zikredilebilir.

Hukuk Sosyolojisi sahasında sistematik araştırmaların bugünkü haliyle nankör bir çalışma nevi teşkil ettiği muhakkaktır. Bu nevi çalışmalar, kanaatımızca, şimdilik problemlerin vaz'ı bakımından kıymetlendirilmelidir : Hukuk Sosyolojisinin sahasına giren problemler ne kadar ihatalı, noksansız veya az noksanlı bir şekilde vazedilmişse, eserler o kadar başarılı sayılmalıdır. Yoksa problemlerin hepsinin hallini istemek vaktiyle EHRLİCH'in «Esprit des Lois» hakkında söylediği gibi, ancak bugünkü müelliflerin İncil'de bahsi geçen Methuselâh gibi bin seneye yakın bir ömre mazhar olmalarını ve böylece gelecek bin yılın kültürüne de sahip olmalarını talep etmek demektir!

Sistematik eserler müfredatı çizen, prensipler koyan, metodlar gösteren eserler olarak kalmaktadır. Hukuk Sosyolojisi problemlerinin hal suretleri hakkında bunların verecekleri malûmat, tabiatiyle, bu hal suretlerini bulmuş olan monografilerin sonuçlarına bağlı kalacaktır. Bu nevi çalışmalar ise bazı sahalarda pek bol, bazılarında pek kıttır. Meselâ ilkel cemiyet hukuku gerek Fran-

---

(27) W. COOK — A. Scientific Approach to the Study of Law. 1937.
— Scientific Methode and the Law 1927.

(28) H. E. YNTEMA — Legal Science and Reform. 1934. (in Colombia L. Review).

(29) EDWİN N. GARLAN — Legal Realism and Justice. 1941.

(30) UNDERHİLL MOORE — My Philosophy of Law. 1941.

(31) Some İmplications of Experimental Jurisprudence. (Harvard lew R. 1934).

(32) THOMAS COWAN — A. Postulate Set for Experimental Jurisprudence. 1951.
— Postulates for Experimental Jurisprudence (in «The American Jurisprudence. 1956. sh : 210 - 228).

sız DURKHEİM ekolünün, gerek Anglo - Sakson muhitine mensup etnolog ve hukukçuların himmetleriyle, ve diğer milletlere mensup aynı saha bilginlerinin iştirâkiyle bir hayli işlenmiş durumdadır.

Keza, geçen yüzyılın ikinci yarısında hissedilen içtimaî - siyasî buhran on sekizinci asır ferdiyetçi hukuk felsefesi ve buna dayanan hukukî nizam ile yeni iktisadî müesseseler ve hayat şartları arasındaki tezada dikkati çektiği için, hukuk ile ekonomi arasındaki münasebetlere dair monografik araştırmalar oldukça mebzuldür. Keza aile hukukunun, kadınların ve çocukların çalışması yüzünden eski patriarkal ruhu muhafaza edememesi, kadının hak ve himayesi ile ilgili yeni hükümlerle tadile uğraması, nihayet muhtelif siyasî rejimlerde yeni bir aile nizamı denemesine gidilmesi gibi hususlar çeşitli monografilere konu olmuştur. Nihayet siyasî müesseselerle hukuk arasındaki irtibatlar çeşitli eserlere vücut vermiştir. Böylece hakkında en çok araştırma yapılmış hukuk sistemlerini ilkel hukuk sistemi ile çağdaş hukuk sistemi teşkil eder. Buna mukabil, arada yer alan diğer hukuk sistemleri hakkında (feodal sistem, patrimonial sistem ilh..) vaktiyle WEBER'in yaptığı gibi, Hukuk Tarihinin sosyolojik bir açıdan yeniden ele alınması suretiyle hazırlanacak faydalı çalışmalara ihtiyaç olduğu muhakkaktır.

Keza yeni bazı hukukî müessese tiplerinin durumu, sosyologlarca aydınlatılmaya muhtaçtır : türlü neviden milletlerarası müesseselerin iç hukuk nizamları, gayrı - resmî yarı - hususî teşekküllerin durumu, bunların sosyal sonuçları, fonksiyonları yalnız hukuk dogmatiği zaviyesinden aydınlatılacak şeyler değildir.

Bugün, toptan ve cezrî hukuk iktibasları yapmış memleketlerin durumu da ayrıca dikkati çekmekte, sosyolojik ve hukukî izahların işbirliğini beklemektedir. Bu vadide yapılmış münferit çalışmalar azdır.

Bundan başka, diğer bir hususa da dikkati çekmek uygun olur : Hukuk Sosyolojisi bugünkü haliyle kendi hududlarını çizmeğe bir dereceye kadar muvaffak olmuşsa da, sosyal düşünce sahasında diğer yeni ve eski bilgilerle alâkasını kesmiş değildir. Hattâ bilâkis bu komşu sahalardaki çalışmalardan kendine yarayan bilgileri bulup çıkarmakla mükelleftir.

Filhakika, Hukuk Sosyolojisinin ilk kuruluşundan beri yeni bir takım Sosyoloji ve Sosyal İlim dalları türeyerek, vaktiyle Hukuk

Sosyolojisinin tesahüp ettiği bazı konuları paylaşmış veya kendi sahalarına almışlardır. Meselâ Siyasî Sosyoloji (Sociologie Politique) âmme hukukuna giren bütün konuların sosyolojik tahliline tesahüp etmiş durumdadır. Nitekim Fransız Sosyoloğu A. CUVİLLİER, 1950 de ikinci tab'ını tamamladığı «Manuel de Sociologie» sinde - ki Sosyoloji dallarındaki çalışmaları zengin bibliografik notlarla tevsik eden mükemmel bir arşiv durumundadır - «Hukuk Sosyolojisi» ni hemen sadece bazı hususî hukuk müesseseleriyle ceza problemine tahsis etmiş gibidir. Buna mukabil Devletle ilgili bütün âmme hukuku problemleri «Siyasî Sosyoloji» nin konuları arasında gösterilmiştir. Hukuk Sosyolojisi sahasında hukukî vecibe, akid, hukukî ve cezaî mesuliyet, müeyyide ve ceza, hükmî şahsiyet, mülkiyet hakkı, kanun ve hukukun istihaleleri bahisleri ithal edildiği halde, Siyasî Sosyoloji Devlet, egemenlik, Devlet şekilleri, demokrasinin kaynakları, şekilleri, diktatörlükler, hürriyet problemi, millet ve vatan bahislerini ihtiva etmektedir ve tabiatiyle bunların Âmme Hukuku zaviyesinden değil, sosyolojik açıdan izahlarını tazammun etmektedir.

Buna mukabil, CUVİLLİER, Ahlâk Sosyolojisini Hukuk Sosyolojisinin tâli bir bölümü; Medeniyet Sosyolojisini ise Siyasî Sosyolojinin tâli bölümü olarak göstermektedir. Görülüyor ki, Hukuk Sosyolojisi, ahlâk ile birlikte bir «Değerler Sosyolojisi» içinde yer almaktadır. Siyasî Sosyoloji ise Devlet ve Cemiyetin vakıavî unsurları ile, doğrudan doğruya hayat münasebetleri ile ilgili kabul edilmektedir. Aynı şekilde Fransız ekolünün diğer bir temsilcisi olan DAVY'nin (Eléments de Sociologie Politique) adlı eserinde de Âmme Hukuku problemlerinin hemen hepsinin Siyasî Sosyoloji çerçevesi içinde incelendiği görülmektedir.

Biz burada bir tasnif münakaşası açacak değiliz. Civar ilim dalları arasında tedahül tabiî bir şeydir. Meselâ bu sosyoloji kolları içinde Siyasî Partiler Sosyolojisi, Seçim Sosyolojisi, Umumî Efkâr Sosyolojisi ilh.. şeklinde tâli bölümler de nazara alınırsa Hukuk Sosyolojisinin müfredat yükü azalmakla beraber, alâkalanacağı civar ilimler sayısı artar. Bu yeni dalların çalışmaları ile de ilgilenmesi, onları da takibi gerekir.

Bundan başka Sosyoloji ile Sosyal Felsefe arasındaki hudutlar çok defa kaypaklıklarını muhafaza ettiğinden Hukuk Sosyolojisine ait birçok problemlere Cemiyet veya Siyaset Felsefesine ve bilhassa Hukuk Felsefesine taallûk eden eserlerde rastlamak kabil-

dir. Meselâ meşhur İtalyan Hukuk Felsefecisi DEL VECCHİO'nun «Hukuk Felsefesi Dersleri» nde «Hukukun Tarihen Teşekkülü ve Devlet» başlığı altında sürü, maderşahilik, pedarşahilik, kabile gruplarının teşkilâtlanması, şahsî öç ve uzlaşma, Devletin teşekkülü, Hukukun tedrici farklılaşması ilh.. gibi doğrudan doğruya Hukuk Sosyolojisinin konularını teşkil eden meseleler yer almıştır.

Aynı şekilde müteaddit Siyasî İlim eserlerinde Hukuk Sosyolojisi konularına yer verildiği görülmektedir. Bundan başka birçok sosyolojik denemelerde hukukun muhtelif nevileri ile sosyal gerçeklik münasebetlerini ifşa eden bilgilere rastlamak kabildir.

Bu itibarla Hukuk Sosyolojisi, daimî bir alâka ve ihtiyatla hareket etmeye mecburdur : Zira, kendi sahasına civar olan sahalardaki çalışmalarda her zaman zarf ile mazruf birbirini tutmaz. Çok defa vaidkâr başlıklar altında hiç de doyurucu olmayan fikir kırıntılarına ve buna mukabil, birçok eserlerde de taallûk ettikleri sahalardan ve taşıdıkları başlıklardan istidlâl edilemiyecek kıymetli ilmî yardımlara rastlamak her zaman ihtimal dahilindedir.

Biz, ilgili bölümlerde, sırası geldikçe, mühim bulduğumuz çalışmalara işaret edeceğiz. Hukuk Sosyolojisinin müfredatını teferruatıyla açıklamadan yan mevzular üzerinde bibliografik malûmatı burada vermeyi uygun görmüyoruz. Zira bunların kıymetlendirilmesi şimdiden kabil olmıyacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

BİR İLİM DALI OLARAK
HUKUK SOSYOLOJİSİ

BİRİNCİ BÖLÜMÜN KONULARI

I — İLİMLER ARASINDA YERİ, GÖRÜŞ AÇISI, TARİFİ.

§ 7. — İlimlerin sınıflanmasında Hukuk Sosyolojisinin yeri :

A — Âmiyane bilgi, İlmî bilgi.
B — İlmî bilginin hususiyeti ve «insan»la ilgili ilimler.

§ 8. — Hukuk Sosyolojisinin ilmî meşruiyeti meselesi :

A — Sosyal normlar ve sosyal gerçeklik münasebeti.
B — Sosyal normların çeşitli tetkik zaviyeleri.
C — Hukukun izahında çeşitli, görüş açılarından hareket etmenin zarurîliği.

§ 9. — Hukuk Sosyolojisinin tarifi.

II — HUKUK SOSYOLOJİSİNİN KONUSU VE PROBLEMLERİ.

§ 10. — Hukuk Sosyolojisinin konusu ve bölümleri.
A — Genel olarak :
B — Sosyolojik bakımdan «hukuk» ve «hukuk kaynakları».

§ 10. — (mükerrer). — **Çeşitli bölümlerin konuları :**

A — Sistematik Hukuk Sosyolojisine giren konular.
B — Diferansiyel Hukuk Sosyolojisine giren konular.
C — Jenetik Hukuk Sosyolojisine giren konular.

§ 11. — Tatbikî Hukuk Sosyolojisi :

A — Nazarî ve Tatbikî Sosyoloji ayırdı.
B — Tatbikî Sosyoloji mümkün müdür? (Tereddütlerin sebepleri).
C — Tatbikî Sosyolojinin meseleleri.
Ç — Tatbikî Hukuk Sosyolojisinin meseleleri.

III — HUKUK SOSYOLOJİSİNDE METOD MESELESİ.

§ 12. — Metodolojik mülâhazalar :

A — Genel olarak.
B — Sosyolojik metodun prensipleri ve Hukuk Sosyolojisine tatbiki.
C — Hukuk Sosyolojisi tetkiklerinde farklı metodlardan istifade.

I — HUKUK SOSYOLOJİSİNİN İLİMLER ARASINDA YERİ, GÖRÜŞ AÇISI, TARİFİ :

§ 7. — İLİMLERİN SINIFLANMASINDA HUKUK SOSYOLOJİSİNİN YERİ :

Hukuk Sosyolojisinin ilmî meşruiyetini isbat edebilmek için, onun diğer ilim dalları arasında bir yeri olduğunu göstermek, hudutlarını iyice çizmek lâzımdır. Bu suretle onun diğer bilgi nevileri ve ilim dallarının ifa etmedikleri bir fonksiyonu yerine getirdiği, bir boşluğu doldurduğu, başka disiplinlerin karanlık bıraktıkları bir sahaya ışık tuttuğu anlaşılacaktır. Bu yapılmadıkça birçok hususlarda Hukuk Sosyolojisinin çalışmaları diğer ilim dallarının sahalarına fuzulî bir müdahale, veya başka ilimler tarafından keşfedilmiş hakikatlerin beyhude bir tekrarı intibaını verebilecektir.

A. Âmiyane Bilgi - İlmî Bilgi :

HERBERT SPENCER, bilgilerimizin ayni cinsten ve aynı değerde olmadığını vaktiyle etraflı bir şekilde göstermiş ve bugün klâsikleşmiş olan tasnifini yapmıştır : a) âmiyane bilgi, b) ilmî bilgi c) felsefî bilgi (1). Her konuda sahip olduğumuz bilginin bu üç neviden hangisine girdiğini tâyin etmek, bu bilgimize olan güvenimizin derecesini ölçmek bakımından pek lüzumludur. Zira, herkesten müşterek bir kabul ve saygı bekleyen «ilmî bilgi», bu diğer bilgi nevilerinden tefrik edilmedikçe fikrî sahada tehlikeli bir keşmekeşin hüküm sürmesi ihtimali pek fazla çoğalır. Hususiyle sosyal ve manevî ilimler gibi henüz gelişmelerinin ileri merhalelerine varmamış bilim dallarında bu ihtimal büsbütün tehlikelidir : indî ve gelişigüzel elde edilmiş bilgileri, «ilmî» bilginin otoritesine mazhar kılmak arzuları düşünce nizamını altüst edebilir.

---

(1) HERBERT SPENCER — İlk prensipler (Çeviren : Selmin Evrim, İngiliz Klâsikleri, İstanbul 1947.) Cilt : I, § 37 sh. 179.
MAURICE GEX — Méthodologie. Lausanne 1947 sh. 15.

Böylece, bizim muhtelif konular hakkındaki bilgilerimizin nevi ve derece itibariyle mütecânis olmadığını bilmemiz lâzımdır. Hertürlü ilmî disiplinin rehberliğinden mahrum alelâde insanların kendi duyu verilerine ve düşüncelerine dayanarak elde etikleri, ve böylelikle hayata inibak imkânlarını sağladıkları bilgiye diğerlerinden tefrik için «âmiyane bilgi» veya âdi bilgi» denmiştir. Bu, herkesin kendi zâti hayat tecrübesine veya içinde bulunduğu muhitin gelenek ve anlayış derecesine göre edindiği, çok defa pratik ihtiyaçları karşılamağa matuf basit, insicamsız, vahdetsiz bir bilgi nevidir. İlmin zuhuruna tekaddüm eden ve ilmin doğuşundan sonra da muayyen sahalarda sürüp gitmekte olan bu ilk ve iptidaî bilgi şekli, maalesef sadece pratik ve günlük mevzu ve meselelere maksur olmakla kalmaz. Muayyen bir ilmin konusuna giren bir sahada, bu ilmin müntesibi olmayan, herhangi bir şekilde bu ilmin metod ve verilerinden faydalanmamış olan kimseler, birtakım zati görüşlere, kendi şahsi hayat tecrübelerinden veya başka kaynaklardan edindikleri bir takım fikir ve kanaatlara sahip olabilir ve bunların yüzde yüz doğru olduklarını iddia edebilirler Bu takdirde, konusu itibariyle belirli bilim dallarının çerçevesine giren bu «bilgi kırıntıları»nın, mahiyetleri itibariyle «amiyane bilgi» vasfında olduklarını, ilmî bir tahkik ve tevsike müsait bulunmadıklarını, bu sıfatla da serdedenlerin fikir ve kanaat hürriyeti çerçevesi içinde bırakılıp başkalarının «tasdik ve kabul» lerine arzedilmemeleri gerektiğini unutmamak lâzımdır.

Tekâmüllerinin ileri safhalarına varmış olan müsbet ilimler sahasında âmiyane bilginin tasallutundan kurtulunmuşsa da, içtimaî ve siyasî ilimler sahasında bilginin bu ilk ve aslî tasnifi üzerinde ısrar etmeye -maalesef- hâlâ ihtiyaç vardır. SPENCER, sosyolojinin bu ilim - dışı fikir ve iddialardan ne kadar zarar gördüğünü enteresan bir fıkra ile pek güzel belirtir : İngilterede yalnız üç hafta oturmuş bir fransız, derhal, İngiltere hakkında bir eser yazmaya niyet eder. Fakat muhtelif sebeplerle ikameti üç ay daha uzayınca kendisinin böyle bir eseri vücuda getirmeye pek hazır olmadığını hisseder. Nihayet üç sene daha kalınca İngiltere hakkında hiçbirşey bilmediğinin farkına varır (2).

Sosyal hâdiselerin insana yakınlığı, onların ilmî bir şekilde tet-

(2) HERBERT SPENCER — The Study of Sociology. New - York 1910, sh. 9 (Vill Durant'dan naklen : The Story of Philosophy, New - York 1953, sh. 377.)

kik edilebilmelerine en büyük engeli teşkil etmiştir. Tanınmış amerikan sosyoloğu LESTER WARD buna «yakınlık hatası» (İllusion of the near) der (3). Ormanın ortasında duran bir adam, yahut bir şehrin içinde olan bir seyyah nasıl bunları bütünü ile ihata edemez, göremezse, insan da içtimaî olayların içinde yüzerken onları soğuk kanlılıkla ve ilmî bir objektifle müşahede edemez. Vaktiyle DURKHEİM, «içtimaî hâdiseleri tıpkı eşya (choses) gibi müşahede etmek» lüzumunda boşuna ısrar etmemiştir (4). Zira bu sahada âmiyane bilgi ile, sırf kendilerine alışkın olduğumuz için doğru sandığımız fikir ve kanatlarla hakiki «ilmî bilgi»yi birbirinden ayırmak cidden zor bir iştir. Halbuki, hemen bütün cemiyet ilimleri, insanların «pek iyi bildiklerini» zannettikleri içtimaî vakıaların hakikatte ne kadar cahili olduklarını farketmelerinden sonra doğmuştur.

Hangi sahada, âmiyane bilginin ilmî bilgi demek olmadığı, güvenilir müsbet hakikatlere vakıf olmak bakımından tam bir yokluk ve körlük içinde kıvranıldığı teslim ve itiraf edilmişse, işte o sahada o itiraf anından sonra ciddî ilmî çalışmalara başlanabilmiştir. Hem de ilmî metodun ağır ve ihtiyatlı adımlarıyla ve ilmî bilginin ilk basamaklarından başlamak şartıyla.

İçtimaî hayatın hukuk düzeni ile ilgili meseleleri ise yalnız bu yakınlık hatasına değil, bir de «iradîlik», istenildiği gibi tanzim edilebilmek zannına kurban olur ve çok defa hakiki bir tahlil ve izaha konu olamazlar. Hukuk, umumiyetle «istenildiği gibi yapılabilen» bir şey telâkki edilir. Hukuk hakkındaki âmiyane bilgimiz, bize, onun iktidar sahibi tarafından dilendiği şekilde inşa ve tadil edilebilecek birşey olduğu zannını verir. Bundan başka, hergünkü muhalif tecrübelerimize rağmen, bir kere ısdar edilen bir hükmün derhal cemiyeti kendi istikametinde yürüteceği zehabına kapılırız, Meslekden olmayan kimse için, cemiyeti bir anda değiştirmek, kanunları istenildiği şekilde ısdar edivermekle, daima mümkün olan birşeydir. «Elimde iktidar olsa... şöyle bir kanun çıkartır, şu veya bu meseleyi derhal hallederdim;» deyen sefderun bir adam bu gibi fikirlerine inanılmadığı zaman haklı bir hayret gösterir : zira, bir kanunun «hangi şartlar altında, hangi vasıfları haiz olduğu

(3) LESTER WARD — Sociologie Pure (Tradult par Fernand WEİL., Paris 1906. sh. 57.)

(4) EMİLE DURKHEİM — Les Règles de la Méthode Sociologique, hutième éd. Paris 1927, sh : 20 - 58.

takdirde muvaffak olabileceği, hangi meseleler için hakiki bir çare teşkil edebileceği, hangi dâvanın kanunla, hangisinin daha başka vasıtalarla halledilebileceği» gibi problemler onun için mevzû dahi değildir.

Hukukçu olsun olmasın, birçok aydınların cevaplandırmaya çalıştıkları öyle meseleler vardır ki, çok defa bunların ayrı bir ilim dalı tarafından incelenmesi gerektiğinin farkına bile varılmaz ve bir aklı - selim faaliyeti ile halledilmiye çalışılır : meselâ, falan kanunun «memleket şartlarına», yahut «içtimaî bünyemize», «hayatın pratik ihtiyaçlarına» uymadığından bahsedilir. Yahut falan kanunun «mahallî örfe aykırı» geldiği için tatbik edilmediğinden bahsedilir ve bütün bu fikirlerin ,hakikatte ne kadar «belirsiz» kavramlara dayandığı düşünülemez. Burada, birer bedahat gibi üzerinde durmadan geçtiğimiz, pek kolaylıkla söyleyiverdiğimiz bazı kavramlar ve kurduğumuz münasebetler hakikatte ciddî, zahmetli, metodik araştırmalarla aydınlatılabilecek karmaşık meselelerdir.

Bir kanunun hukukî mer'iyeti ile fiilî müessiriyeti arasındaki fark, fiilî müessiriyet derecesinin tesbiti, inhiraf ve ihlâl nispetlerindeki anormal yükselmelerin illet-netice münasebetleri ile izahı, bu kaidenin müessir olmamasını intaç eden başka sosyal düzen nevileri ile (âdet gibi) tezad teşkil edip etmediği ilh.. gibi hususlar ilmî araştırmalara dayanmadıkça, güvenilir doğruluk derecesinde bilgilere raptedilemez. «İçtimaî bünye», sadece lûgat mânası olan alelâde bir terkip değil, bir ilmî terimdir. Bunun izah ve tasviri sosyolojik kavram ve metodların vasıtalığına müracaat edilmeden yapılamaz. «Mahalli şartlar» kavramı aynı mahiyettedir. Hangi bölgenin, hangi hususlaki şartları? Bunlar hangi tetkiklerle tesbit edilmiş? Lâlettayin bir müşahidin, hattâ bizzat ora halkından birinin indî görüşlerine göre mi? Aynı şehir halkından A, falan hukuk kaidesinin «bize uymadığını», B ise, bilâkis «bize pek münasip geldiğini» söyledikleri zaman her ikisinin de «biz» den farklı mânalar murat ettiklerini, belki de herbirinin başka kıstaslara göre yapılmış bir tipolojide farklı «biz» lere, farklı guruplara mensup olduklarını hatırdan çıkarmamak lâzımdır ve nihayet bir grup, zümre tipolojisi yapmadan bu cevapları «ilmî hakikatler» olarak almak güçtür.

Burada sathî bir şekilde temas ettiğimiz tipleştirme konusuna

ilerde daha genişçe temas fırsatını bulacağız (5). Ancak, misalimizi canlandırmak için şu hususları hatırlatabiliriz : meselâ bir fevkalâde hal kanununun iktisadî hususlarla ilgili tahdid hükümleri hakkında, aynı coğrafi bölge içinde bir «tüccar»ın, bir «esnaf»ın, bir «memur'un,» bir «çiftçi'nin,» bir «işçinin» kanaatlarına müracaat edilse, ve bu kanunun «bize», yahut «bugünkü hayat şartlarına» uygun gelip gelmediği sorulsa, hepsinin birbirinden pek farklı cevapları mücerret bir «biz» kavramına, veya birbirlerinden tamamen farklı şekilde anladıkları «bugünkü hayat şartları» mefhumuna bağladıkları görülür. Zira, bunların hepsi daha geniş gruplar bakımdan (vatandaşlık, hemşehrilik, dindaşlık v.s. gibi bağlara dayanan gruplar) aynı «biz» kavramına dahil iseler de, daha dar gruplar bakımından (meslek, menfaat grupları) birbirinden ayrı birliklere mensupturlar ve umumiyetle ayrı prensiplere sahiptirler : hâdiselere ayrı görüş açılarından bakmakta ve dolayısıyla bunları ayrı ayrı şekilde izah ve takdir etmektedirler (6).

Aynı husus, diğer manevî değerlerle ilgili hukuk hükümleri sahasında da müşahede edilebilir. Hukuk ile din, hukuk ile örf, hukukla ahlâk, hukuk ile fikir hayatı arasındaki münasebetler hakkında sahip olduğumuz ve şu veya bu kanunun veya tüzüğün mü-

---

(5) RENE MAUNİER — Essai sur les groupements sociaux. Paris, 1929
LOGAN WILSON — Sociographie des Groupements. (dans «La Sociologie au XX éme siècè» publié sous la direction de GEORGES GURVITCH) Paris, 1947. Tome : I, sh. 141 - 173.
LUCİO MENDİETA Y NUNEZ — Théorie des Groupements Sociaux. Paris, 1957.
JEAN LHOMME — Le Problème des Classes. Paris, 1938.
MAURİCE HALBWACHS — Esquisse d'une Psychologie des Classes Sociales, (1938) publié par ARMAND CUVİLLİER : 1955.
R. ARON. M. HALBWACHS etc., — İnventaires III «Classes moyennes». Paris, 1939.
JOSEPH SCHUMPETER — Social Classes in an ethnically Homogeneous Environment. New - York. 1955.
FRANÇOİSE BOURİEZ - GREGG — Les Classes Sociales aux Etats-Unis. Paris 1954.
EMORY S. BOGARDUS — Sociology. fourth ed. 1957.
ALFRED SAUVY — «Lobbys» et Groupes de Pression. (dans «Le Pouvoir» Tome : 2 sh. 137 - 213) Paris 1957. Annales de Philosophie Politique).

(6) KARL MANNHEİM — İdeology and Utopia. Londan 1940.
KARL MANNHEİM — L'İdeologie et l'Utopie (traduit par Pauline ROLLET) Paris 1956 (Eserin yalnız iki bölümü çevrilmiştir.)

essiriyet şansını azaltıcı veya arttırıcı sebepler hakkında bu kültür sahaları ile ilgili kanaatlar serdetiğimiz zaman, bunların, daima, esaslı sosyolojik araştırmalara tekaddüm eden, belki onlara ilham veren sübjektif kanaatlardan ibaret olduğunu, yoksa herkesin kabulüne arzedilen objektif, araştırmaya müstenit, ilmî sonuçlar olmadığını teslim etmemiz lâzımdır. Zira çok defa ferd, kendi sübjektif kanaatını «biz» kavramının objektifliğine mazhar etmek ister. «Bana göre böyledir», değil, «bize göre böyledir» der. Bundan başka zümre ve grup kanaatlarının objektifliğinin de nisbî olduğu malûmudur. Şu halde, hukuk ile sosyal realite arasındaki münasebetlere müteallik âmiyane bilginin, ilmî bilgi haline yükselmesi zaruridir ve Hukuk Sosyolojisi bu zaruretten doğmuştur.

B — İlmî bilginin hususiyetleri ve «İnsan» ile ilgili ilimler :

Âmiyane bilgi, hiç bir şekilde tensik edilmemiş, vahdetsiz, parça parça hükümlerin yekûnu olduğu halde; ilmî bilgi, belirli bir sahada, ciddî temellere dayanan, her zaman tahkik ve isbati kabil, tensik ve tavhit edilmiş bilgilerin yekûnüdür. Bu itibarla ilmî bilgi, kendisiyle meşgul olanları, aynı metodları kullandıkları takdirde aynı neticelere ulaştıran, keyfi ve sübjektif farklılıklara mütehammil almayan, objektif bir bilgi nevidir.

İlmî bilginin hususiyeti, kısaca şu esaslarla belirtilebilir :

1 — Mevzuun, diğer ilimlerin konularından şeklî bir unsur ile ayırdedilmesi. Bu unsur, bir farklı metod veya bir farklı görüş zaviyesi olabilir. Zira, ilimler, ele aldıkları konuların mahiyetleri yüzünden değil, belki bunları elealış tarzları, metodları veya görüş zaviyeleri yüzünden farklılaşırlar. Böylece aynı konuyu, muhtelif ilimler başka başka zaviyeden veya başka başka metodlar kullanarak tetkik edebilirler ve bunların sonuçları birbirleriyle tedahül etmez.

2 — İlmin konusunu teşkil eden fikirlerin ve vakıaların, ilk sembollerden itibaren ve ilmî bir dil ile sistematik bir şekilde organize edilmiş olması gerekir. Her ilmin belirli bir terminolojisi, kendine has bir ifade vasıtası vardır. Bu, müntesiplerin gayretlerini birleştirmek ve anlaşmak imkânı verir.

3 — İlmî bilgi, ciddî delillere dayanmak zorundadır. Amiyane bilgi, yanlışlığı isbat edilmemiş olan herşeyi doğru saymaya mü-

temayil olduğu halde, âlim doğruluğu isbat edilmemiş olan şeyi karantinaya koyan bir şüphecidir (7).

İlmin, daha dar bir mânası ise, bu terimin yalnız vakıalar arasındaki illiyet münasebetlerini, umumî kanunları araştıran faaliyetlere tahsisini tazammun eder. KANT, dar mânada «ilim» ile kat'î yakın derecesine vasıl olan bilgi dallarını murad ediyor, fakat daha geniş ve umumî mânada «ilim» ile de bir sistem teşkil eden doktrinleri, yani belirli prensiplere göre tanzim ve tensik edilmiş her nevi bilgiyi kasdediyordu (8).

Bugün, «İlim» tâbiri, sadece matematik ve tabiat ilimleri gibi, diğerlerine nisbetle sonuçları çok daha yüksek bir yakin derecesine vasıl olan müsbet ilim nevilerine tahsis edilmemektedir. Zira bu ilimlerin arzettiği hususiyet, biraz da onların daha evvel tekâmül etmiş olmalarına bağlıdır. Konularının basitliği bu tekâmülün daha süratli seyretmesine yardım etmiş olabilir (9). Fakat, ilim tâbirini bunlara tahsis etmek, diğer ilim dallarının ilânihaye geri bir seviyede kalacağını farzetmeyi gerektirir ki bu yanlıştır (10).

Bu itibarla, «ilim» tâbiri, sadece mekanik muayyeniyetler peşinde koşan bilgilere hasredilemez. Hayatın, böyle bir mekanizme tâbi olan cepheleri kadar, bundan âri olan cepheleri de ilmi bir metodla tetkik edilebilir (11).

Hangi mevzular ilim konusu olabilir? «Bilimsel araştırmanın konusu, var olan şeylerin hepsidir» (12). Bu itibarla madde, kuvvet ve hayat olayları kadar, ruhî tezahürler, fikir mahsulleri, kıymetler ve ideler de «ilim konusu» olabilirler. Zira bunların hepsi «varlık» ın muhtelif tezahürlerinden ibarettir.

Bununla beraber, «varlığın bütünü», bu sıfatla bir ilim konusu

---

(7) M. BLONDEL — LALANDE zikreder : Vocabulaire technique et critique de la Philosophie, Science. 5 ème éd. 1947.

(8) IMMANUEL KANT — Metaphysische Anfangsgründe der Naturwis-Senschaften. Préface §2 et 3 (A. LALANDE - Vocabulaire., Science partie critique. 1937)

(9) AUGUSTE COMTE — Cours de Philosophie Positive Tome : I, sh, 48.

(10) E. GOBLOT — İlimler Sistemi (Çeviren : Fethi Yücel) İstanbul 1954, sh. 11.

(11) BENJAMİN GİNZBURG— Science (in «Encyolopedia of the Social Eciences.) sh. 592.

(12) ED. BOUTY — Bilimsel Hakikat (Çeviren : Avni YAKALIOĞLU), İstanbul 1952, sh. 13.

olamaz. İlim, SPENCER'in tâbiriyle ancak «kısmen tevhit edilmiş» bilgidir. İlim varlık sahasının bir kısmını, belirli bir köşesini ele alır, kendi metodlarına göre ağır fakat emin adımlarla ilerler. Varlığın mahiyeti, gayesi, mânası, değeri gibi meseleler ise «tamamen tevhit edilmiş bilgi» olan Felsefenin konusunu teşkil eder (13).

İlimlerin sınırlandırılması meselesi başlı başına bir konu teşkil eder ve şimdiye kadar bunun muhtelif denemeleri yapılmıştır. BACON (14), COMTE (15), SPENCER (16), AMPERE (17),

---

(13) HERBERT SPENCER — İlk Prensipler. Aynı yer. Bak; not : 1.

(14) FRANCIS BACON — De Dignitate et augmentis scientiarum, (The Proficience and Advancement of Learning, divine and human. Second Book.) «Beşeri bilginin kısımları, insan müdrikesinin üç kısmına tekabül eder : Tarih, insanın hafızasına, şiir muhayyilesine, felsefe de aklına hitap eder.»
(Francis Bacon, Selected wirings. 1955, sh. 230).

(15) AUGUSTE COMTE — Cours de Philosophie Positive. Time : I ve IV. (Özet için bak : A. CRESSON — Auguste Comte, Sa vie. Son oeuvre, Sa philosophie. Paris, 1941 sh : 87 (Classificatıon des Sciences.).

(16) HERBERT SPENCER — Classification des Sciences (Traduit de l'anglais sur la troisième édition) 1930.
SPENCER burada, Mücerret ilimler (olayların şekilleri ile meşgul olanlar : mantık ve matematik), Mücerret - Müşahhas ilimler (mekanik, Fizik, kimya v. s.) ve Müşahhas ilimler (Astronomi, jeoloji, bioloji, psikoloji ve sosyoloji) ayırdını yapar. Bunlardan ikinciler, olayların unsurlarını tetkik ederler, üçüncülerse olayların bütününü tetkik konusu yaparlar. (a. g. e., sh. 6 vd.).

(17) AMPERE — Essai sur la Philosophie des Sciences ou Exposition analytique d'une Classification naturelle de toutes les connaıssances humaines. 1834. (AMPERE, burada bütün ilimleri iki kısma ayırır; «noologique» ilimler, «cosmologique» ilimler, Birincilere Felsefî ilimler, Dialegmatique ilimler (dil, edebiyat, sanat - teknik ve pedagoji) ve Etnolojik ilimler (Tarihî ilimler) girer. İkincilerse kâinatın insanla ilgisiz cephelerine taallûk edenlerdir. Bugünkü anlamıyla tabiat ilimleri ve matematik ilimler.

WUNDT (18) DİLTHEY (19), ve daha sonra PİERRE NAVİLLE (20), yakın zamanlarda ERNEST ROGUİN (21) v. s. muhtelif sınıflama şekilleri teklif etmişlerdir. Bu tasniflerde kâh ilim dallarının konuları, kâh bu konuların basitlik veya mu'dillik derecesi, kâh bunların yaratılmasında en fazla rol oynayan ruhî meleke esas tutulmuştur. Bu tasnifin, esas ittihaz edilen kıtaslara göre birbirinden farklı olması tâbiidir.

---

(18) WUNDT — Ethik, 1886. (Bu bilgin, ilimleri muhtelif bakımlardan ayırır : Eşya hakkında tecrübî ilimlerle, saf şekillerle uğraşan matematik ilimler. Keza, matematikten gayrı olan ilimler tekrar bir ayırda tâbi tutulurlar : Tabiat ilimleri ve «espri» ilimleri, yahut : manevi ilimler. Bunlar da umumî olanlarla, hususî sahalara taallûk edenler (Tarih, Filoloji, Hukuk, İktisad) i ihtiva ederler. Nihayet WUNDT, Tabiat ilimlerine mukabil ilimlerin bir kısmına «Normatif» ilimler der ki bunların konularını, artık vakıalar değil, «kaide» ler teşkil eder.
WUNDT'un tasnifinin tenkidi için bak : ERNEST ROGUİN - Sociologie, II, sh : 530 ve devamı.

Keza : «Normatif İlim» tâbirinin mütenakız olup olmıyacağı hakkında bak : A. LALANDE - Vacobulaire., N o r m a t i v e, partie critique. WUNDT'un ortaya attığı bu terimin tam bir tenakuzu ifade ettiği, ilmin, norm vazetme ile alâkası olamıyacağı, normatifiliğin olsa olsa bir ilmin teorik safhasından sonra gelen ve bu teorik hakikatlere göre bulunacak kaidelerle o ilmin tatbikata konmasını ifade eden bir safhaya tekabûl edebileceği, v. s. gibi itirazlar için bilhassa bakıla :
LUCİEN LEVY - BRUHL - La Morale et la Science des Moeurs. 1909.

(19) WİLHELM DİLTHEY — İntroduction á l'Etude des Sciences Humaines (1883) (Traduit par Louis SAUZİN, Paris 1942).

Bu zat, tabiat ilimleri ile «insanî ilimler» (veya : manevî ilimler) arasında kesin farklar bulunduğunu, kabul eder (sh. 54). «Bizim cemiyetle olan münasebetimiz, tabiatla olan münasebetlerimizden pek farklıdır. Sosyal vakıalar bizim için, ancak içten,derunî olarak anlaşılabilen şeylerdir. (a. g. e., sh. 53). Bak : aşağıda § 12.

(20) PİERRE NAVİLLE — Classification des Sciences. Paris 1920.
(Bu müellif, ilimleri üçlü bir sınıflamaya tâbi tutar :

«Théorematique» ilimler (kanun arayan ilimler), Tarih (Vakıa ilimleri), «Canonique» ilimler (kaidelerin ilmi). Mantık, Estetik, ve Hukuk bu sonuncu guruba girer.

(21) ERNEST ROGİN — Sociologie (Partie des différentes activités intellectuelles. Tome : I, sh. 49) (Burada zihnî fonksiyonları taksimi ve bunlara tekâbül eden bilgi konularının şematik bir tablosu görülmektedir.) Keza : Tome : II, sh. 533 de kendi sınıflama şeklini açıklamaktadır ki bu da üçlü bir tasniftir : Maddî varlık ve olaylara ait ilimler; hayatî, uzvî veya fizyolojik vakıaların ilimleri, nihayet gayrı - maddî veya ruhî olayların ilimleri.

Yapılan tasniflerin bir kısmında «insan» ın ruhî ve zihnî hayatıyla ilgili olan konular, varlık âleminin diğer cepheleriyle ilgili olan sahalardan ayırdedilmişlerdir. Bu ayırdın ne dereceye kadar haklı olduğunu münakaşa edilebilir. Ancak, bu tefrikin bir zıddıyeti temsil etmediğini, belki insanla ilgili ilimlerin daha başka, konularına daha elverişli metodlarla çalışması lüzumunu ifade ettiğini unutmamak lâzımdır. Yoksa, insanın bütün varlık âleminin dışında kalan, ondan tamamen ayrı bir düzene tâbi, bu mânada istisnaî bir konu teşkil ettiğini iddia etmek oldukça müşküldür. Bu takdirde «imkân» ı hakikaten ilmin ötesinde bir mevzu saymak icap eder ki bu da rasyonel düşünce ile telifi kabil bir şey değildir.

İnsan, maddesi ile fizik kanunlarına, uzviyeti ile biolojik kanunlara, kendi nevine has ruhî tezahürleriyle psikolojik muayyeniyetlere tâbi olduğu gibi, bir toplum içinde yaşamaya mecbur olması, buna namzed yaradılışı ile de toplumların hayatındaki düzenliliklere tâbidir. O halde insan'ın bir çok cepheleri ayrı ayrı bilimlerin tetkik sahalarına girmektedir.

Bu durumu gözden kaçırmıyan modern bilginler, genel olarak üç ilim grubunu tefrik etmeyi uygun görmüşlerdir : a - Matematik İlimler, b - Tabiat İlimleri, c - İnsan ilimleri (22). Bu sonunculara «Manevî İlimler» dendiği de vakidir. Netekim, ilimlerin esas itibariyle sınıflandırılamıyacağını iddia eden tanınmış mantık bilgini GOBLOT dahi, «İlimler Sistemi» adlı eserinde, çeşitli ilimleri

(22) HİLMİ ZİYA ÜLKEN — Felsefeye Giriş, İkinci kısım, İstanbul, 1958, sh. 15.

«Bütün bu kesin ayırmaların temelinde insan bünyesini bütün olarak görmemek, DESCARTES zamanındanberi düşülen mühim bir hatada, insanın düşünce ve beden'den ibaret iki ayrı cevher olduğu hususunda ısrar etmek bulunmaktadır. Halbuki zamanımız felsefesi, bilhassa yeni ontoloji, felsefî antropoloji, parçalı insan telâkkisinden çok uzaktır. Bütün olarak alınan insan muhtelif açılardan birçok ilimlere konu olabilir. Onlardan herbirinde, insanın objektif, sübjektif faaliyetleri ayrı ayrı rol oynarlar, bunun için, tabiatla manayı karşı karşıya koyacak yerde, yeni ontolojinin üzerinde ısrarla duracağı bir varlık derecesi olan, aşağı varlık derecesine icra edilemeyen, kendi özü ve mahiyeti ile tetkik edilmesi gereken insanı temel olarak almak daha doğru olur. Bundan dolayı biz, matematik, fizik ve biolojik ilimlerden sonra insan ilimlerini koyuyoruz».

Problemin daha derin açıklanışı için bilhassa bak :

HİLMİ ZİYA ÜLKEN — İnsanî ilimler mümkün müdür? (Sosyoloji Dergisi, sayı 5, İstanbul 1949 sh. 1 - 51. (Tasnif şeması, sh. 49).

üç gurup altında toplamaktadır : a - Matematik İlimleri, b - Fizik ve tabiat ilimleri, - Manevî ilimler (23). Bu itibarla bu ana sınıflamayı, elverişli bir ayırma şekli olarak kabul edebiliriz. Bununla beraber, «Manevî ilimler» in, diğer ilim dalları ile hemen hiçbir müşterek veçhi kalmıyacak kadar farklı metod ve prensiplere tâbi tutulmasını terviç eden müfrit spritüalist görüşlere iştirâk zorunda olmadığımızı da belirtmemiz gerekir.

O halde kendilerine «Manevî İlimler» veya «İnsan İlimleri», hattâ «Kültür ilimleri» denen bu ikinci gurup ilim dalları arasında, biz, kendi sahamızı ilgilendiren muhtelif disiplinleri arayıp bulabiliriz (24). Bu ilimlerin bir kısmı, «insan» ı, sırf metodlojik bir tercih ile, hemcinsinden mücerred, münferit bir süje olarak ele alır ve onun zihnî - ruhî fonksiyonlarını, bunlarla ilgili çeşitli vetireleri inceler. Psikoloji, Mantık, kısmen Dil bu mahiyettedir. Aynı insan veya kültür ilimleri'nin diğer bir grubu ise, insanı, bir toplunuğun üyesi olarak ele alır, ve onun, ancak topluluk yardımıyla tatmin edebildiği ihtiyaçlarını ve bunları karşılamaya matuf toplum faaliyetlerini inceler. Burada ihtiyaç ve karşılama kavramları yalnız iktisadî anlamda değil, en geniş mânada anlaşılmalıdır. İşte ferdi «topluluk içinde, topluluğun üyesi olarak, onunla bağlantı halinde ele alan kültür ilimleri (veya İnsan İlimleri) kendilerine «**Sosyal İlimler**» dediğimiz dalları teşkil ederler (25).

İktisadî, Siyasî İlimler, Hukuk, Sosyal Antropoloji, Tarih, Etnoloji, Kriminoloji bu guruba dahildirler. Bizzat «Sosyoloji» ise sosyal ilimlerin bütün sonuçlarından faydalanacak ve Cemiyet olayları hakkında müstakil bir görüş açısından bilgiler sağlıyacak olan daha umumî bir Bilim dalıdır.

Görülüyor ki gerek Hukuk, gerek Sosyoloji, her ikisini de

---

(23) ED. GOBLOT — İlimler Sistemi, (Çeviren : Fethi YÜCEL, İstanbul 1954), sh. 11.

(24) YAVUZ ABADAN — Hukuk Felsefesi Dersleri, Ankara 1954, sh. 26 - 34.
HEİNZ HEİMSOETH — Felsefesinin temel disiplinleri (Çeviren : Takiyetin MENGÜŞOĞLU, İstanbul 1952), sh. 80.
KAMIRAN BİRAND — Dilthey ve Rickert'de manevi ilimlerin temellendirilmesi, Anakara, 1954 (Ank. Üniv. İlâhiyat Fakültesi yayınlarından).

(25) EDVİN R. A. SELİGMAN— What are the Social Sciences? (Encyclopaedia of the Social Sciences. Volume I. sh. 3) New - York 11 th Printing 1954.

içine alan ve daha geniş bir ilimler gurubunu temsil eden **«Sosyal İlimler» in** çevresi içine girmektedirler. O halde şimdi daha ince bir sınıflama ve kıyaslama yaparak bu iki ayrı ilim dalının münasebetlerini inceleyebiliriz.

«Hukuk» ile «Sosyoloji» arasındaki farkın, bunlardan birinin «norm» ları, diğerinin ise «sosyal vakıalar» ı tetkik etmelerinden ileri geldiğini söyleyenler ve netice itibariyle, vakıaları tetkike yetkili bir ilmin, düsturları yani «normlar» ı tetkike ehil olmadığını, keza, düsturlarla ilgilenen ilim dallarının da vakıalara müteallik hakikatleri araştıramıyacağını iddia edenler vardır. Acaba bu iddiaların isabet derecesi nedir ?

Bu mesele üzerinde durmamız, Hukuk Sosyolojisinin ilmî meşruiyetini kabul ettirebilmemiz için zaruridir. Zira bu tez kabul edilirse, «Hukuk» gibi bir «normlar» mecmuasının «Sosyoloji» gibi bir vakıalar ilmi tarafından tetkiki mânasız ve imkânsız sayılabilir.

§. 8 — HUKUK SOSYOLOJİSİNİN İLMÎ MEŞRUİYETİ MESELESİ :

Hukuk Sosyolojisinin diğer ilimler arasında, hususiyle Sosyolojinin çeşitli dalları arasında bir yer işgal etmeye ilmî bakımdan haklı olup olmadığını münakaşa edebilmek için, şimdilik onun hakkında geçici ve umumî bir tarifle yetinebilir ve bugüne kadar yapılmış diğer muhtelif tariflerin değerlendirilmesini, bu bilim dalı hakkında biraz daha bilgi edindikten sonra, daha ilerde yapabiliriz.

Böylece biz Hukuk Sosyolojisini **«Hukuku sosyal gerçeklik tetkikleri içine idhal eden, cemiyet gerçeğinin bir parçası olarak ele alan, diğer sosyal vakıalarla olan münasebet ve irtibatları içinde inceleyen bir ilim dalı»** olarak tarif edebiliriz.

Bu suretle Hukuk Sosyolojisi terimi, bize «hukuk» dediğimiz bir takım davranış kaidelerinin, birtakım hareket düsturlarının «Sosyoloji» gibi bir vakıalar ilmi tarafından incelenmesini ifade etmektedir. Acaba böyle bir inceleme mümkün müdür, ve mümkünse, ilmî bakımdan bunun doğruluk ve meşruiyet derecesi nedi ? Düsturlar, normal, kaideler, ancak bir norm ilmi tarafından incelenebilecek konuları temsil etmez mi ? Bunlar birer «vakıa» mıdırlar ki vakıaları tetkik eden bir ilim dalına konu olabilsinler ? Bunlar, bilâkis vakıalar âlemine bir şekil ve bir düzen vermeye matuf direktiflerden, davranış örneklerinden ibaret, ve bu sıfatla «olan» âleme değil belki «olması lâzımgelen» âleme mensup değilmidirler ?

Filhakika bu sualler yalnız Hukuk Sosyolojisinin değil, aynı zamanda Din ve Ahlâk Sosyolojilerinin de meşruiyetini şüpheye düşürmeye matuf itirazları temsil ederler ki hakikatta bu mülâhazalar kullanılan felsefî terimlerde anlaşmamaktan ve normların menşeini daima vakıaların ötesine, nazarî aklın ve ilmin ulaşamıyacağı sahalara atmak temayülünden ileri gelmektedir.

Vakıalarla kıymetler arasında, mantıkî bir alâka tesis edilemeyebilir. Fakat bu, gerçeklik âleminde vakıalarla kıymetler arasında hiçbir münasebet mevcut olmadığı mânasına gelmez. Gramer ka-

idelerine göre, vakıa hakikatlerinden kıymet hükümleri çıkartmak imkânsızdır. Vakıaların tesbiti, birtakım emir ve nehiylerin inşasına, mantıken, imkân vermez (26). Fakat sosyal gerçeklikteki etik kaideler; ahlâk, örf ve hukuk kaideleri acaba bu gerçekliğin vakıaları ile tamamen ilgisiz midirler? Bunlar göktenmi inmiş, yoksa mücerret bir insan aklından mı istihraç edilmişlerdir ? «İyi - kötü», «haklı - haksız», «âdil - zâlim» sıfatlarını kullanmadan edemeyen, etrafındaki insanların davranışlarına behemehal bir «kıymet biçen», onları mutlaka «değerlendirmek» isteyen, kâh ayıplayan, kâh takdir eden ferd, acaba bu ölçüleri; iyiliği fenalıktan, haklıyı haksızdan, âdili zâlimden ayırmaya yarayan bu «değer ölçüleri» ni nereden çıkarmış, nereden bulmuştur ? Bu «değerler» âlemi, sadece muhtevaları öğrenilmekle yetinilecek ve fakat hiçbir zaman «neden ileri geldikleri, nasıl olupta icad edildikleri, yahut öğrenildikleri» araştırılmıyacak olan bir yasaklar, bir tabu'lar âlemi midir ?

İnsan aklını bu konular üzerinde, bunların illet - netice, tâbi mütehavvil münasebetleri bakımından tahlilini yapmak üzere işlemekten menedecek bir mantikî veya ilmî engelin mevcut olduğu iddia edilemez. İnsan, yer yuvarlağının hangi kuvvetlerin, hangi saiklerin tesiri altında döndüğünü izaha çalıştığı gibi, cemiyette hâkim olan kıymet telâkkilerin, ahlâk ve hukuk kaidelerinin de hangi saiklerle hangi sebeplerden dolayı ve hangi ihtiyaçları karşılamak için zuhur ettiğini merak eder ve açıklamaya çalışır. Ne bu merakta, ne de izah gayretlerinde ilmî bakımdan meşru olmayan hiçbir cihet yoktur (27). Bu böyle olmakla beraber, ilim dünyasında böyle bir tetkikin meşruiyeti meselesi bir hayli çatışmalı tartışmalara sebep olmuş, mevzu ile ilgili mektep farkları ortaya çık-

---

(26) HENRİ POİNCARE — Dernières, Pensées, 1913 sh. 225 «La Morale et la Science» «İlmî bir ahlâk olamaz... bunun sebebi basittir. Bu, nasıl diyeyim, sırf gramatikaldir. Eğer bir kıyasın öncülerinin (mukaddemleri) nin her ikisi de bildirici sigada ise, sonuç da aynı şekilde bildirici olacaktır. Halbuki ilmin öncüleri bildiricidirler ve ancak bildirici olabilirler. Bu sebeble en mahir diyalektikçi bu prensiplerle dilediği gibi oynayabilir, birini diğerine raptederek türlü inşalarda bulunabilir, fakat ne yaparsa yapsın, bütün bunların hepsi bildirici sigada olacaktır».

(27) LUCİEN LEVY - BRUHL — La Morale et la Science des Moeurs. 1903. (onzième mille, Paris 1937), sh. 97 Chapitre : IV.

Filhakika, ister ahlâk, ister örf veya hukuk normu olsun, bü-

mış, «kıymetler» âlemini sosyolojik araştırmalara kapamak isteyen yarı - mistik görüşler türlü şekillere bürünerek ilmî teoriler halinde ortaya atılmışlardır.

İşte, Hukuk Sosyolojisinin ilmî meşruiyeti bahis konusu olduğu zaman arada sırada ortaya atılmaktan hali kalınmayan mukadder itirazları karşılamak için, bizim ess itibariyle Bilgi Sosyolojisine ve umumî olarak Değerler Sosyolojisine taallûk eden temel meseleler hakkında -konumuz için gerekli olduğu nispette- bazı açıklamalarda bulunmamız icap etmektedir :

- «Sosyal normlar» ile «sosyal realite» arasındaki hakiki münasebet nedir ? Bunlar, birbirinin karşıtı olan mefhumlar mıdır, yoksa biri diğerine dahil olan, mütedahil kavramlar mı ? Normların, cemiyet gerçeğinden tecridi mümkün müdür ?

- Sosyal normlar hangi zaviyelerden incelenebilirler ? Hususiyle, hukuk normları hakkında dogmatik, felsefî ve sosyolojik görüş açılarından incelemelerde bulunmak kabil midir ve bu görüş açılarının farkları nelerdir ?

- Hukukun çeşitli görüş açılarından incelenmesi zaruretinin sebebi nedir ?

A - «Sosyal normlar» ve «Sosyal gerçeklik» münasebeti :

Sosyal gerçeklik kavramı, insanların toplu halde yaşama istidadı neticesinde ortaya çıkan bütün tezahürleri içine alır : insanların fiilî ve maddî beraberliklerinden, müşterek hayattan ileri gelen duygu ve düşünce benzerliklerine kadar her çeşit olayı, herçeşit vakıayı kendi şumulü içine alır. İnsanın sırf biolojik hususiyetleri ile açıklanması kabil olmayan ve ancak bir topluluk hayatının neticeleri olarak izah edilebilen bütün olgu ve olaylar, bütün tezahürler sosyal gerçeklik kavramı içine dahildir. Böylece «sosyal gerçeklik» kavramı, «vakıa - norm» ikiliğini aşan, her iki tâli kavramı da içine alan geniş bir kavramdır.

Filhakika, ister ahlâk, ister örf veya hukuk olsun, bütün davranış kaideleri, ancak bir toplulukta yaşayan insana hitap eder. Daha doğrusu, topluluk dışında insan tasavvur edilemiyeceğine göre, «topluluk üyesi» olarak nazara alınan «insan» a hitap eder : Ahlâk ve hukuk, biolojik nevin ferdi olarak ele alınan «beşer» e değil, belki, cemiyet ferdi olarak ele alınan «şahsiyet» e, insanın manevî varlığına hitap eder.

Bütün sosyal normlar, ancak «cemiyet hali» ile kaimdir ve bu halden ileri gelmektedir (28). Davranış kaideleri, insanın şu veya bu şartlar altında behemahal şu veya bu şekilde hareket etmesi lüzumu hakkındaki beyanlar, dikkat edilirse, daima bir «başkası» nın mevcudiyetini nazara almaktadır. Bu kaideler, hakikatte insanın, kendi hareketlerinde daima muhitindeki hemcinslerinin varlığını kaale alması, hesaba katması lüzumundan doğmuştur. Eğer bizim için bu «başkaları» mefhumu olmasaydı, şöyle veya böyle davranmamız lüzumu da bahis konusu olmayacaktı. Böylece bu davranış kaideleri ne insandan mücerret olan tabiatta, ne de cemiyetteki rolünden mücerret ve sırf biolojik bir nevin ferdi olarak alınan insan hakkında mevcuttur. İnsan cemiyetlerinin, muayyen bir nisbette bazı hayvan cemiyetlerine (Karıncalar, arılar v. s gibi) benzedikleri doğru ise de, bu farklı biolojik nevilerin cemiyetleri arasındaki farklar, benzerliklerden çok fazladır ve hayvan cemiyetleri sadese biolojik hususiyetlerle izah edilebildikleri halde, insan cemiyetlerinin çok daha mudil ve «sui generis» bir karakteri vardır ki sırf insiyaklarla izahına imkân yoktur. Bu konulara ilerde tekrar dönüş fırsatını bulacağız.

Görülüyorki «sosyal normlar» ancak insan cemiyetine hastır, onunla beraber doğar ve onunla beraber değişirler. İşte bu mânadadır ki, davranış normları sosyal gerçekliğin bir kısmını teşkil ederler, onun gibi zaman ve mekân şartlarına bağlı ve bunlardan müteessir bulunurlar (29). İlerde bu tesirleşmenin mütekabil oluşu üzerinde ayrıca durmak fırsatını bulacağız. Şimdilik, normların, içlerinde doğdukları sosyal gerçekliğin bir parçasını ve mühim bir cephesini teşkil etmekte olduklarına işaretle iktifa edelim.

Bizim sahamızı ilgilendiren hukuk normları ise, sosyal normların pek ehemmiyetli bir nevini teşkil etmektedir ve tıpkı diğer

---

(28) EMİLE DURKHEİM — Jugements de Valeurs et Jugements de Réalité. (DURKHEİM'in 1911 de Bolonya Milletlerarası Felsefe Kongresinde sunduğu tebliğdir ki evvelâ Revue de Métaphysique et de Morale'in 3 Juillet 1911 tarihli özel sayısında çıkmış, sonradan 1924 ve 1951 de «Sociologie et Philosophie» adı altında toplanan muhtelif makaleleri arasında yayınlanmıştır.), sh 117 - 141. Bilhassa sh. 130 «Esasen, ne hakla, ideal, tabiatın ve ilmin dışına konabilir ? İdealin tezahür ettiği yer tabiattır. O, tabiatta tezahür etmektedir. Demekki tabiî sebeblere (veya illetlere) tâbidir, ilh..».

(29) ED. GOBLOT — İlimler Sistemi, sh. 126 - 135.

normlar gibi bunlar da içlerinde doğdukları cemiyet gerçekliğinin bir mahsulüdürler ve onun hususiyetlerini aksettirirler. Bu tezi isbat edecek deliller pek çoktur ve muhtelif cemiyet tiplerinin hukukî müessese ve normları birbiriyle karşılaştırılacak olursa, bunlar, çok defa birbirleri için anlaşılmaz, kabul edilmez müesseseler gibi görülür (30). Mülkiyet, şahsiyet, evlenme, akit gibi hukukî kategoriler, birbirlerinden seviye ve şerait farklarıyla ayrılan cemiyetlerde tamamen farklı manzaralar arzederler. Meselâ bir ilkel cemiyette, toprağın bir ferdin mülkü olabilmesi tasavvur dahi edilemez. Bir Ortaçağ feodalitesinde birgün servaj usulünün yasak edileceği, köylünün ekip biçtiği toprağa bizzat sahip olacağı, senyöre veya Devlete hisse vermeden bütün mahsulünden dilediği gibi faydalanabileceği düşünülmezdi.

Keza, bir insanın, tıpkı bir hayvan veya bir eşya gibi, pazara çıkarılması, müşteri tarafından beden kusurları olup olmadığı muayene edildikten sonra pazarlık edilerek satın alınması, yahut üç beş genç kadının satın alınıp kıymetli bir hediye gibi bir dosta ikram edilmesi, yahut mağlup milletlerin teslim olmuş ferdlerinin galipler arasında ganimet olarak paylaşılması bugünün hukuk sistemine alışmış zihinlere ancak dehşet verebilir. Halbuki bunlar, meşruiyetlerinden şüphe edilmeyen hukuk kaideleri olarak asırlarca

---

(30) GOBLOT — a. g. e., sh. 133 «Ferde, kendini zorla kabul ettiren, ondan en aziz tuttuğu şeyler hakkında fedakârlık etmesini isteyen ve buna muvaffak olan kuvvet acaba nedir ? Cemiyettir. Vazife, sosyal muhitin maddî şiddete başvurmaksızın ferd üzerine yaptığı bir nevi baskıdır. Herhangi bir sosyete, organize edilmiş bir sosyete içinde sosyal bir gurup, bir ırk, bir dil topluluğu, bir millet, bir sınıf insan, kendisini yok etmek yahut gelişmesini durdurmak tehdidini gösteren ferdî temayüllere karşı bazan zayıf, bazan kuvvetli, bazan da dayanılmaz çarelerle nefsini müdafaa eder.

Vazifeler zamana, yere, kastlara, sınıflara, ırk ve dil topluluklarına, iktisadî guruplara v. s. ye göre değişir. Bir sosyetenin bir kusur, hattâ bir cinayet saydığı şeyi başka biri mubah sayar; aynı cevherin bir tür için gıda, başka bir tür için zehir oluşu gibi, bir dinin mahkûm etğini başka bir din ilâhileştirir. Bugün kullandığımız kaidelere göre bize ayıp görünen falan prensip, yahut bizi rencide eden falan inanç, belki de vaktiyle başka bir insan toplunluğunun müdafaası ve refaha kavuşması için zarurî olmuştu. Öyle hatalar vardır ki birtakım medeniyetler onlar sayesinde yaşamış, bu hataları terketmek yüzünden ölmüşlerdir. Vazife, cemiyetin belli bir haline izafe edilir, ilh..».

yaşamış ve ilgililere hiçbir vicdan huzursuzluğu vermeden tatbik edilmişlerdir (31).

Aynı farklılaşma evlilik müessesesi hakkında da varittir. Satış - Evlenme, Levirat evlenmesi, çok karılı evlenme, çok kocalı evlenme ve ilh.. şekillerinde gerek evlenme şartları, gerek boşanma veya boşama şartları, memnuiyet hudutları, yaş kaydı, bekâret şartı, cihaz veya ağırlık usulleri ve sair hususlar birbirinden tamamen farklıdır. Karının, kocanın yetkileri, çocukların tâbiiyet derecesi, rüşt yaşı, ailenin çevre genişliği, miras kaideleri ilh.. Öyle değişiklikler gösterir ki bunları sadece «oldukları gibi» tetkik etmekle hiçbir şey izah edilmiş olmaz. Bu, bazı etnologların yaptığı gibi, olsa olsa enteresan bir vakıalar koleksiyonu teşkil eder. Sosyolojik bir izaha raptedilmedikçe bu farklar bizim için anlaşılır şeyler olmaktan uzak kalırlar (32).

Akit müessesesi hakkında aynı şey söylenebilir. Akid yapabilme yetkisi ferde çok sonra tanınmıştır. Akdin ilk tiplerinde âkitler daima topluluklardır. Akit, klânlar arasında, kabileler arasında, nihayet aileler arasındadır (33). Ferdin, tek başına, kendi sözü ile, kendi iradesiyle bağlanabilen, kendisine güvenilebilen bir süje telâkki edilmesi, hak ve borçlara ehil sayılması, medeniyet tarihinin oldukça geç merhalelerinde mümkün olmuştur. Diğer taraftan, ferdî iradenin değeri teslim hattâ izam edilmeye başlandıktan sonra, umulmadık yeni sosyal şartlar bu yeni yerleşmiş kavramı da sarsmaya başlamışlar, XIX uncu yüzyılın ikinci yarısında tekrar kollektif tarafları tazammun eden akit tipleri zuhur etmiştir.

---

(31) WESTERMARCK — The Origin and Development of the Moral Ideas. 2. Volumes 1906 - 1908. (L'Origine et Développement des Idées Morales, traduit par Robert GODET. Paris 1928)
LUCIEN LEVY — BRUHL — La Morale et La Science des Moeurs. 1903.
M. KORKOUNOV — Cours de Théorie Générale du Droit. Paris, 1903. Sh : 80.

(32) GABRIEL TARDE— Les Transformations du Droit. Paris 1893, Sh : 192.
HENRI DECUJIS — Les Etapes du Droit, 2 volumes. 1946.
WESTERMARCK — The History of Human Marriage, 1891 (Histoire du Marriage, traduit par).

(33) GEORGES DAVY — La Foi Jurée. Etude sociologique du problème du contrat. 1922.
MARCEL MAUSS — Essai sur le Don, Forme et Raison de l'Echange dans les sociétés archaiques. 1923 - 24 (Année Sociologique) (dans la «Sociologie et Anthropologie». Paris 1950. Sh : 145 - 279).

(Kollektif iş mukaveleleri, iltihakî akitler, gişe mukaveleleri, v. s.) (34).

Amme Hukuku sahasında aynı tahavvüller fazlasıyla müşahede edilmektedir. Filan medeniyet seviyesindeki bir cemiyette en büyük siyasî iktidara sahip olabilmek, en yüksek kumanda mevkiini işgal edebilmek için, sırf biolojik bir tesadüf, meselâ falan hânedanın sulbünden gelmiş olma kâfi gelmektedir. Buna mukabil falan tip cemiyette ise, evvelkinden çok daha hudutlu ve muvakkat bir iktidara sahip olmak, ancak milyonlarca insanın rıza ve muvafakatının birleşmesine (umumî seçimlere) bağlı tutulmuştur. Unutmamalıdırki her iki cemiyette de bu garip tezadlar daima hukukî nizam kaidelerine dayanmaktadır. O halde, hukuk ile cemiyet şartları arasındaki münasebetlerin inkârı, tamamen ilim - dışı düşünmek olacaktır.

Diğer taraftan, hukuk, sadece bir sosyal mahsul değil, aynı zamanda bir sosyal müessir, bir sosyal âmildir ve cemiyet hayatının diğer cepheleri üzerine tesir icra etmektedir. Hukukun bu «tanzim edici» vasfı üzerinde gerek Dogmatik Hukuk İlmi gerek Hukuk Felsefesi mektepleri o kadar fazla durmuşlardır ki, Sosyoloji bütün gayretini hukukun «sosyal bir mahsul» oluşu vakıasına teksif etmiştir.

Filhakika hukukun «emrî) karakteri, umumiyetle hukuk vazeden müşahhas makamların mevcudiyeti (ki bu tarihin nisbeten ileri safhalarındadır) hukukun mahiyeti hakkında düşünen zihinleri, onun bir «irade tasarrufu» ndan ibaret olması ihtimaline sevketmiştir. Modern pozitivistlerin zaafı da buradadır : hukukta yalnız şeklî ve iradî cepheyi esas telâkki etmek.

Bu mülâhazalarla beraber, Sosyoloji hukukun aktif rolünü inkâr etmez. Bilâkis, o, bir sosyal kontrol nevidir. İnsanların iradesi üzerine müessir bir sosyal kuvvet vasfındadır. Eğer hukuk kaidesi mevcut olmasaydı şu veya bu şekilde harekette serbest olacak olan ferd, bu kaidenin varlığı ve müessiriyeti yüzünden onun çizdiği istikamette hareket etmektedir. O halde hukuk, birtakım sosyal vakıaların şu veya bu istikamette cereyanına âmil olmakta,

---

(34) HÂMİDE TOPÇUOĞLU — Dogmatik ve sosyolojik bakımdan Hususî Hukukta iltihakî Akidler Meselesi. (Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt : III, Sayı : 1 - 3), Ankara 1946.

müessir faktör rolünü oynamaktadır. Böylece o, hem cemiyet hayatı üzerinde müessir bir kuvvet, yani sosyal hâdiselerin «illetidir» hem de bizzat kendisi cemiyet hayatının bir «netice»si bir «mahsul» üdür. Bu iddiayı ispat edebilmemiz için hangi vakıa hakikatlerine dayandığımızı belirtmemiz lâzımdır. Hukukla diğer içtimaî faktörler arasındaki illî münasebet aşağıdaki hallerde bariz bir şekilde kendini gösterir.

a. Aynı insanî münasebetler birbirinden farklı içtımaî muhitlerde farklı hukukî kalıplara sokulmuştur «evlenme, mülkiyet, hizmet akdi, borç münasebeti, ispat usulleri, icra yolları, esas teşkilât kaideleri» gibi hemen her cemiyette mevcut olan ve aynı sosyal ihtiyacın değişik cevaplarını teşkil eden bu hukukî kalıpların farklılığı ancak tabiî ve içtimaî muhit şartlarının farklılığı ile izah edilebilir. Zira «insan» unsuru biyolojik nevi olarak her cemiyette aynıdır.

b. Lafzî bakımdan aynı olan hattâ muhtelif cemiyetlerin birbirlerinden iktibas suretiyle vaz ettikleri kanun maddeleri farklı cemiyetlerde farklı tatbik şekillerine mazhar olur. «Kanun maddeleri» ve «insan» unsuru (biyolojik ve pisolojik bakımdan) aynı kaldığına göre hukukî tatbikatın bu tahavvülü ancak sosyal şartların farklı oluşu ile izah edilebilir. (İsviçre ve Türkiye, Fransa ve Fransız medenî kanunundan mülhem diğer bazı memleketler aynı mevzuata sahip oldukları halde tatbikatları farklıdır).

c. Birbirleriyle zaman ve mekân bakımından hiç bir yakınlığı ve komşuluğu olmayan, birbirlerinden habersiz bir çok cemiyetlerde ilk nazarda birbirlerinden iktibas ettikleri zahabını veren «aynı tip» hukukî müesseselere raslanır. Araştırmalar sonunda bu cemiyetlerin muayyen hususlarda birbirlerine benzer sosyal bünyelere sahip oldukları görülür. Bu benzerliği insan tabiatının değişmezliği ile izah edemeyiz, çünkü aynı «insan» unsurundan müteşekkil fakat bünyeleri farklı olan daha başka cemiyetlerde bu müesseseleri göremeyiz. O halde ancak sosyal şartlardaki ayniyettir ki birbirinden habersiz muhtelif cemiyetlerde aynı tip hukukî müesseseleri meydana getirir.

Demek ki hukuk, mer'î olduğu cemiyetlerin hususiyetlerine göre değişen bir düzeni ifade etmektedir. Hukukî kaidelerin cemiyetten cemiyete, zamandan zamana tahavvül ve tekâmülü, hukukun değişen sosyal şartlarla yakından alâkalı olduğunu gösterir. Huku-

ku, srf bir irade tasarrufu, yani kanun koyanların takdirî muameleleri, yahut beşer aklının değişmez emirleri, yahut bir tabiat mûtası veya ilahî bir takdir neticesi telâkki eden görüşler, hukukun sosyal menşelerinin araştırılmasına uzun müddet engel olmuşlardır.

Bundan başka bu görüşler, her cemiyet ve her devirde yürürlükte olan değişmez bir hukuk düzeni, hiç değilse mahdut sayıda bir kaç hukuk kaidesi bulmak istemişler ve mutlak bir model tip olarak kabul ettikleri bu düzen şeklinin dışında kalan bazı cemiyet nizamlarını bir dalâlet veya hukuk - dışı bir durum telâkki etmeğe çalışmışlardır. Halbuki **ubi societas ibi jus** «nerde cemiyet varsa, orada hukuk vardır» vecizesi bir hakikate tekabül eder, ve bir çok sosyologların kanaatına göre hukuksuz cemiyet tasavvur olunamaz (35). Ancak bu hukuk yazılı kaidelerde ifadesini bulmamış olabilir, cemiyet mensuplarınca sadece hadsî bir şekilde bilinip uygulanmakta bulunabilir. Hülâsa son derece iptidaî veya belirsiz bir şekil arzedebilir. Fakat her ne olursa olsun geri veya ileri, devam eden hiç bir insan topluluğu yoktur ki onda fertlerin muayyen davranışları bir takım emrî kaidelerle tanzim edilmemiş olsun. Hülâsa aynı çeşit içtimaî münasebetler muhtelif cemiyetlerde birbirinden farklı şekillerde düzenlenmiş olmakla beraber bu düzenleme keyfiyetinin bütün cemiyetlerde müşterek olduğu sosyolojik bir hakikattır.

Hukukî düzenler arasındaki farklılık sebepleri araştırıldığı zaman, her devirde ve her yerde aynı kalan değişmez insan tabiyatiyle değil, belki yere ve zamana göre değişen dış şartlarla karşılaşılır. bu şartlar arasında iklim, coğrafî mevki ve saire gibi «tabiî âmil ler» le, çeşitli insan topluluklarının birbirine benzemiyen sosyal bünyeleri yer alır. Farklı iklim, farklı medeniyet seviyesi, farklı iktisadî şartlar, farklı gelenekler, farklı dinî inançlar, neticede farklı hukuk sistemlerinin doğuşunu intaç eder.

Meselâ bir borç münasebetini ve alacağın tahsili usulünü ele alalım, iptidaî cemiyetlerde, paranın keşfinden evvel eşyanın borç alınması «âriyet» usulü vardır. Evvelâ aynı aile fertleri arasında

---

(35) TIMACHEFF — Introduction à la Sociologie Juridique, Paris 1939. (Bu zat, hukukun cemiyetle beraber değil, belki onun muayyen bir gelişme safhasından sonra, örf ve âdet merhalesi aşıldıktan sonra doğduğu fikrindedir. Esasen, Hukuku Devlet kudretinin doğuşuna rabteden diğer bazı mütefekkirler de aynı kanaattadır ki, bunların fikirlerine sırası geldikçe temas edilecektir).

veya aynı kabile veya sınıf mensupları arasında teessüs eden borç münasebetleri sonradan yabancılara, aile veya kabile dışı fertlere de teşmil edildi. Paranın kaşfinden sonra borç münasebetleri daha geniş bir sahada cereyana başladı. Alacağın tahsili yolları ise cemiyetlerin farklı medeniyet seviyelerine göre farklı şekiller arzetmekte ve buna mukabil birbirinden habersiz ve fakat aynı içtimaî hususiyetleri haiz cemiyetlerde aynı kalmakta idi. Eski Roma'da borcunu ödemiyen borçluya alacaklı vaz'iyet eder ve onu köle edinirdi. Yahun onu kendi evinde hapsetmek hakkını kullanırdı. Borcunu ödeyemeyen borçlunun âmme makamlarınca hapsedilmesi ise yakın zamanlara kadar bir çok hukuk sistemlerinde görülmüştür.

Modern kanunlarda ise borç için hapis cezası verilmesi bir gerilik bakiyesi olarak ve insanlık haysiyetiyle bağdaşmıyan bir usul sıfatiyle kaldırılmıştır. Demek ki bir alacağın tahsili keyfiyeti aynı ihtiyaca cevap teşkil eden hukukî bir müessese olmakla beraber cemiyetlerin medeniyet seviyelerine göre farklı şekiller arzetmektedir. Buna mukabil birbirinden habersiz iki eski cemiyet tipinde garip bir alacak tahsili usulüne raslanır. Filhakika eski Manu kanunlarında (Brahman kanunları) ve eski İrlanda hukukunda şöyle bir alacak tahsili usulü vardır : Alacağını tahsil etmekte güçlük çeken alacaklı, borçlunun kapısının önünde günlerce bekler ve bu müddet zarfında ne yer ne içer, hülâsa borçluya karşı oruç tutar, alacaklının böyle bir hazin şekilde borçlunun kapısı önünde halden düşmesi, zayıflaması bütün umumî efkârı borçlu aleyhine tahrik eder ve borçlu da eninde sonunda borcunu ödemeye mecbur olur. Görülüyor ki **Dharna** denen bu alacak tahsili yolu birbirinden farklı bir çok eski kavimlerde görülmektedir (36).

İlkel cemiyet hukuku, birbirinden habersiz birçok cemiyet tiplerinde şerait benzerliğinin doğurduğu aynı tip müesseselerle doludur. Ceza hukukunun iptidai şekilleri, majik ispat yolları, ordali v.s. gibi müesseseler hep aynı kültür seviyesinin eseri olan hukuk denemeleri mahiyetindedir ki ilerde bu konulara etraflıca temas edeceğiz.

Bütün bunlar bize, hukuk normları ile sosyal şartlar arasındaki sıkı bağlantıyı göstermekte ve bir topluluk hayatını tanzim eden normların, gene bizzat o topluluğun eseri olduğunu ve ister iste-

(36) GABRIEL TARDE — Les Transformations du Droit, 1893 (ed : 8, 1922, Sh : 35).

mez onun seviyesine ve hususiyetlerine bağlı kaldığını ispat etmektedir. Böylece hukuk normları, içtimaî hayatın bir mahsulüdür ve bu hayatı inceleyen bir bilim dalının hukuk normları hakkında da söyliyeceği şeyler vardır.

B — Sosyal normların çeşitli tetkik zaviyeleri :

1 — Dogmatik Hukuk İlminin görüş açısı :

Sosyal normlar,insan iradesine hitap eden emirler, tavsiyeler mahiyetinde olduklarından, insanların bunlara göre davranabilmeleri ancak bunları şu veya bu şekilde bilmelerine bağlıdır. Bu bilme, doğrudan doğruya emsali taklit suretiyle olabileceği gibi (örf ve âdet normları), kaidelerin muhtevalarını sözlü veya yazılı kaynaklardan öğrenme şeklinde de olabilir. Medeniyetin ilk safhalarında hukuk normları, karanlık bir geleneğin telkinleri ile farkına varılmadan öğreniliyor, yepyeni ihtilâfların zuhuru halinde ise, tatbik edilecek kaidenin ne olacağını «hukuk söyleyiciler» (lag saga) her hususî halde bizzat bildiriyorlardı Bunlar bazen din adamları idi, bazan da ihtilâflarda reylerine müracaat olunan, bu hususlaki bilgileri cemaatça kabul edilmiş hakemlerdi (37). Cemiyet geliştikçe, münasebetler ve bunlardan doğan ihtilâf tipleri çoğalıp tekrarlandıkça hukuk kaidelerinin herkesçe bilinmesi ihti. yacı hissedildi ve ilk tedvin denemelrine baş vuruldu. Hukuk, yalnız bir ihtisas erbabının gizli bilgisi olmaktan kurtarılmak istendi. Eski Yunanistanda Solon Kanunlarının yapılmasına, Romada on iki levha kanunlarının toplanmasına tekaddüm eden iç mücadeleler, hep, hukukun alenileşmesi, tâbi olanlarca bilinmesi talep leri ile doluydu (38).

Medeniyet ilerledikçe örf ve âdet hukukunun tedvini, teamülnameler halinde toplanması, nihayat «kanun» hukukunun zuhu-

---

(37) MAX WEBER — Wirtschaft und Gesellschaft, 397 - 412(MAX WEBER on Law in Sconomy and Society. edited by MAX RHEINETEIN. 1954, Sh : 65 vd).

(38) On iki levha kanunlarının rekzinden evvel, hukuk, pleplerin bilemiyecekleri ve yalnız bu hususta yetkili olan din adamlarının gizli bilgisine dahil bir şeydi. Bunlar, hukukun yazılı olduğu eserleri o kadar dikkat ve itina ile saklıyorlardı ki, zaman zaman, halk, rahiplerin, bu hukuk kaidelerini, din adamlarının veya aristokrasinin lehine olarak tahfif ettikleri şüphesine kapılıyordu (Will DURANT - The Story of Civilization : Caesar and Christ. New York 1944, sh : 31).

rundan sonra kanunnamelerin ve münferid hükümlerin derli toplu şekilde öğrenilmeye müsait bir hale sokulması ihtiyaci hissedildi. Böylece hukuk normları hakkındaki ilk bilgi nevi, pratik bir ihtiyacını zorlaması ile, bunların muhtevalarının öğrenilmesine ta allûk eden dogmatik bilgi oldu.

Ancak, diğer ilmî hakikatlerin öğrenilmesinde olduğu gibi, normların öğrenilmesinde de cehilden ilme geçiş bir hamlede vaki olmamıştır. Davranış normlarının tâbi olanlarca bilinivermesi o kadar kolay olmamış ve bu bilgi derhal bir «Hukuk Dogmatiği» haline gelmemiştir. Hukuk dogmatiğinin ıslahı ve geliştirilmesi için son zamanlara kadar ne büyük gayretler sarfedildiğine «GİRİŞ» te işaret etmiş olduğumuzdan bu konuya tekrar avdet edecek değiliz (39). Burada bizi ilgilendiren husus, hukuk hakkında yetkisi oybirliğiyle kabul edilmiş olan bu normatif ilim dalının tetkik zaviyesindeki hususiyet ve bu görüş açısından yapılan en ince araştırmanın dahi noksan bıraktığı problemlerdir.

En şekilci temsilcilerin kanaatlarına göre (KELSEN v. s.) (40), Hukuk Dogmatiği normların dışına taşmayacak, vakıalarla normlar arasındaki alâkayı başka bilim dallarına terkedecektir. En mutedil ve sosyolojik temayülleri galip temsilcilere göre ise

---

(39) Bak : yukarıda § 3 «Hukuk İlminde Sosyolojik isyan».
Hukuk ilminin, yeni ihtilâf tipleri karşısında kanun boşluğunu doldurmak için «hukuk yaratması», kanun koyanın tavrı gibi «iradî» bir jest değil, belki o ihtilâf tipine umumî efkârın, hukuk hakkındaki maşerî kanaatların ve nihayet adalet idealinin en münasip bulacağı kaidenin keşfî gibi «beyanî» bir davranıştır. Bu itibarla, «ilim düstur emretmez, hukukta bir ilimse, sadece birer «gerçeklik şekli» sıfatıyla hazır bulunduğu kaideleri tetkikle yetinir» demek isabetli değildir. «Emrilik» ve iradilik», hukukun muhtevasından ziyade şekline, bütün nevilerinden ziyade ancak bazı nevilerine aittir : Teemmülî bir şekilde ve yetkili makamca tesbit edilmiş hukuka. Buna ilerde «Organize» hukuk diyeceğiz.

(40) HANS KELSEN'in eserleri hakkında, bak : yukarda Sh : Not. 189.
Hukuk Normolojisi hakkında izahat için bak :
ERNST HİRŞ — Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri. Ankara 1949, Sh : 41 - 49
NAWIASKY — Allgemeine Rechtslehre 1941.
MEHMET ALİ AYBAR — Hukuk İlminin marifet nazariyesindeki mevkii ve hukukun bünyesi ve tekâmül seyri. (İst. Huk. Fak. Mec. Cilt : VII, 235 - 335).
— Şeniyetçi telâkkilere karşı surî bir hukuk telâkkisinin müdafaasına teşebbüs (a.g.yer : 943 - 956).

Hukuk Dogmatiği sosyal tesanüdün en yeni tebellürlerini bizzat keşfedip tatbik sahasına vazedecektir (DUGUİT, CRUET v.s.) Fakat bütün bunlarda müşterek olan cihet, Hukuk Dogmatiğinin, herşeyden evvel, mevcut hukuk normlarının birbirleriyle olan hiyerarşik veya mütekabil bağlantılarının, tatbikatta bunlara eklenen yeni içtihatların, eksiksiz, yalnışsız bir şekilde, kılı kırka yararcasına işlenmiş, şerh ve tefsir edilmiş, umumî prensipler dahilinde tertip ve tensik edilmiş normatif bir ilim oluşunun kabulüdür.

Dogmatik Hukukun görüş açısı, mevcut hukuk normlarının, ve bunların dayandığı ana prensiplerin teşkil ettiği kaideler örgüsünden tecerrüt edemez. Dogmatik Hukukun bir hukukî müesseseyi veya bir hukuk kaidesini ele alış tarzı, her şeyden evvel, o müessese veya kaidenin, diğer müessese ve kaidelerle olan irtibatlarına dayanır. O, münferit bir hukukî hâdiseyi herşeyden evvel kendi metodları ile inceler ve kendi kıymetleriyle ölçer. Onu kendi kategorileri içine sokmak suretiyle tavsif eder. Yeni kategorilerin ihdası bahis konusu olduğu zaman, bunların inşası işinde hem Hukuk Felsefesinin hem Hukuk Sosyolojisinin hizmetlerine muhtaç durumda kalır.

Bundan başka, Hukuk Dogmatiği, norm bilgisinin dışında kalmakla beraber normların izahı için zarurî olan civar ilim dallarına, haklı olarak ancak yan mevzular sıfatyla temas edebilir. Bu gibi sathî temaslar ise çok defa, bir hakikati deşmekten ziyade örtmeye götürür. Zira derinleştirilmeyen her konu hakkındaki hüküm, hatalı veya eksik kalmaya mahkûmdur. Bunun yegâne çaresi ise bahis konusu olan müşterek mevzular hakkında yetkili ilim dallarının güvenilir bilgileri hazırlamış olmasından ibarettir.

Hukuk Dogmatiği, mahiyeti icabı, ne hukukta ifadesini bulan yüksek etik değerler üzerinde, ne de hukuk normlarının cemiyet hayatındaki fiilî müessiriyet nisbetleri üzerinde fazla duramıyacaktır. Bundan başka, fiilî spontane hukuk münasebetlerini de dikkatinden kaçıracaktır, zira bunlar ancak sosyolojik bir araştırma ile tevsik edilebilen kaidelerdir.

Hukuk kategorilerinin kendilerinin doğmasına âmil olan sosyal gerçeklik şartlarından tecrit edilerek açıklanması, tipleştirilmesi, iç münasebetlerinin, birbirlerini teyit, tamamlama veya nakız durumunda olup olmadıklarının tetkik edilmesi, nihayet mu-

ayyen bir ölçüde, belirli gayelere göre tefsir edilmesi, muhakkak ki, başlı başına bir disiplin olmaya lâyık, müstakil bir faaliyet şeklidir. Ancak, bu tecrit yolu ile yapılan tetkikin, hukuk hakkındaki yegâne bilim dalını teşkil etmediğini unutmamak lâzımdır. Hukuk hakkındaki normatif bilgi, Klâsik Hukuk İlmi, bize onun yalnız bir cephesini, mücerred ve kaidevî tarafını anlatmaktadır. Bize, bu kaidelerde ifadesini bulan davranış şekillerinin, gerçek sosyal hayataki hukuk nisbetleri hakkında hiç bir açıklamada bulunmamaktadır.

Bu konu üzerinde en aydınlatıcı ifadeyi, tanınmış Fransız sosyologu RENE HUBERT'in konu ile ilgili bir etüdünde bulabiliriz : «...ilim, hukuk kaidesinin başladığı yerde başlar demek doğru değildir. Zira bu, hukuk kaidesinin ilk menşeini, ne kadar geniş mânada alınırsa alınsın, gene, kanun vaziinin iradesinden alır demeğe müncer olur. Bu da, kaideyi kanun vaziinin ihdas veya icad ettiği, hiç değilse kaide kuvvetini onun verdiği mânasını tazammun eder ki bu, kaidenin siyasî kuvvetle başlamasını ifade eder... halbuki kanunların kendilerine has ayrı bir hayatları olduğu bir vakıadır ve bunlar bazen öyle, neticeler doğururlar ki bu neticeler, sadece umulmadık sonuçlar değil, belki kanun koyanca reddedilmiş şeylerdir. Daha mühim olan diğer bir vakıa da vardır ki, o da kanunların bir nevi kendiliğinden tevellüt (génération spontanée) olayı ile, yahut kendilerine, sosyal hayatın derinlikleriyle olan hernevi münasebetten mücerret olarak varlık bahşedecek bir «ol!» (kün !) emri ile vücut bulmamış olmalarıdır».

Kanun koyanın hareketi, hukukî münasebetler tarlasında olgunlaşmış meyvaları düşürüp toplamaktan ibarettir. Her zaman, teamül, alışkanlıklar, az veya çok umumileşmiş itiyatlar, kanun devrine tekaddüm eder, ve onu hazırlar. Diğer taraftan bu itiyada uyan, onu kıymetlendiren, ona bir değer bahşeden, onun umumileşmesini, nizamlanmasını isteyen bir görüş, neticede, onun «kanun» haline gelmesini tahrik eder. Her kanun, bir inancın bir teamül karşısındaki reaksiyonundan doğar».

Böylece, bir kanunun tarihi; onun, mantıkî yollarla kendisinden istihraç edildiği kaziyeler sayılmakla, kanun olarak kabulüne tekaddüm eden münakaşalar tahlil edilmekle, ihzarî faaliyetlerin yardımı ve mahkeme kararlarında arzettiği tatbikat farklarının delâleti ile, nihayet maddeleri şerhedilmekle asla tamamlanmış, değildir».

«Kanunun, sadece, hukuk sisteminin bütünü içine yerleştirilmesiyle onun hükümlerinde teaddüm eden veya tekabül eden diğer hükümlerin işaret edilmesiyle, teyit ettiği veya sarstığı umumî prensiplerle mukayese edilmesiyle mânası ve ehemmiyeti izah edilmiş olmaz. Aslolan, kanunun, kollektif hayatın bütünü ile olan münasebetinin tâyinidir. Bu münasebet, gerek kanunun tekevvününde, gerek topluluklardaki in'ikâslarında, hattâ bir milletin inançlarında meydana getirdiği değişmelerde, bazı teamülleri desteklemesinde, bazı alışkanlıkları bozmasında, tahrik ettiği bağlılıkta veya kayıtsızlıkta tetkik edilmelidir».

«İşte, hukukun hakiki hayatı; hukukî vakıaların, Hukuk İlminin kendisini boş bir şekilciliğe mahkûm etmeksizin tamamen inkâr edemiyeceği sosyal veçhesi buradadır. Bu yeni görüş açısından bakılınca, Hukuk İlmi, derhal Hukuk Sosyolojisine müncer olacak değilse de, ona son derece yaklaşmış olacaktır» (41).

GİRİŞ'te bazı fikirlerin temas fırsatını bulduğumuz serbest hukuk mektebi temsilcilerinden KANTOROWİCZ, evlenme mukaveleleri tiplerini ele almış ve acaba kanunen muteber olan bu çeşit evlenme mukavelelerinden Almanya'nın hangi bölgelerinde hangi tiplerin tercih edilmekte olduğu, bunların ne nisbette tahakkuk sahasına geçtiği hakkında bir bilgimiz var mıdır, diye sormuştur (42). Aynı misal memleketimiz hakkında da sorulabilir. Mede-

---

(41) RENE HUBERT — Science du Droit, Sociologie Juridique et Philosophie du Droit (Arcuhives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique : Paris, 1931, n : 1 - 2, Sh : 47 - 48).

(42) KANTOROWICZ — Hukuk ilminin, hukukî müesseselerin hayattaki in'ikâsları ile ilgilenmediğini iddia eden müellif devam eder : «... buna inanmıyan birisine, Alman Medenî Kanununun aşağıdaki maddelerini şu tarzda okumasını tavsiye edelim : kanunun her cümlesinden sonra kendi kendisine sorsun : Bu hüküm niçin bu şekilde konmuştur da başka türlü tertip edilmemiştir? Eğer bu hüküm yerine bunun aksi ısdar edilmiş olsaydı içtimaî hayata hangi zararlar iras edilmiş olurdu? «ve ondan sonra dönüp bütün metinlere, şerhlere, monografilere ve karar gerekçelerine müracaat etsin, bu gibi suallerden kaç tanesine cevap verilmiş olduğunu, kaç tanesinin vaz bile edilmemiş olduğunu görsün. Enteresan olan cihet, Medenî Kanun hakkındaki istatistiklerin hemen tamamiyle eksik oluşudur. Öyle ki, Medenî Kanunun sosyal fonksiyonu hakkında hemen hiçbir şey mevcut olmadığından emin olabiliriz. Hele onun tatbiki için alınan tedbirler hususunda».

Meselâ, biz biliyoruz ki Alman Medenî Kanununda karı - koca arasında beş tip mal rejimi vardır. Fakat, meselâ şimdiki sosyal hayatımızda,

nî Kanunun kabul ettiği mal rejimlerinden hangileri ne nisbette ve hangi bölgelerde veya zümrelerde tatbik edilmektedir? Vakıa, buna, Medenî Kanunun tatbik edildiği evlenme münasebetlerinin «çoğunda», yahut «büyük bir kısmında» kanunî rejim olan mal ayrılığı sisteminin câri olduğu, mal birliği veya ortaklığı anlaşmasının «hemen hemen hiç» veya «nadiren» yapıldığı yolunda bir cevap verilebilir. Fakat böyle bir cevabın «ilmî» bir ciddiyeti olması için, artık Hukuk İlminin değil, fakat Sosyolojinin yapacağı bir araştırmaya dayanmış olması lâzımdır. Unutmamak lâzımdır ki hukuk kaideleri, sırf bir edebî mahsul olarak kaleme alınmamışlardır. Bunlar, sosyal gerçeklikte yaşatılacak hareket normları, davranış ölçüleridir. Bunların sırf mücerret muhtevaları ile ilgilenip «tahakkuk sahası bizi ilgilendirmez» demek, ancak bu «tahakkuk sahası» ile ilgilenen başka bir ilim dalının varlığını kabul etmek halinde caizdir. Hukuk İlminin, sosyolojiye düşen bir görevi de kendi üzerine alması yolunda yapılan gayretlerin pek semereli olmadığını görmüştük. Hukuk İlmi, objektif hayat şartlarına uygun tefsirler ve yaratmalar için, sosyolojik araştırmaların sonuçlarına intizar ederki bu da doğrudan doğruya Hukuk Sosyolojisinin vazifesidir.

2 — Hukuk Felsefesinin görüş açısı:

Hukukun dogmatik tetkiki ile rekabet eden ilk disiplin, Hukuk Felsefesi olmuştur. Hattâ «Hukuk felsefesi, bir mânada hukuk ilminden daha eskidir» (43). Hukuk henüz sistematik bir ilim dalının konusu olmadan evvel, felsefî merak ve tecessüsün mevzuu olmuştur. Zira «hukuk normlarına neden itaat edilmekte olduğu» meselesi, cemiyet münasebetleri hakkında düşünmeye başlayan tenkitçi zekânın hemen hemen ilk tecessüs konularından birini teşkil etmiştir. Acaba, hukuka, sırf bir otoritenin emri olduğu için mi itaat ediyoruz? Yoksa, hukuka itaatın akla uygun bir fiil olduğuna inandığımız için mi? Nihayet bu itaatın sebebi, bizim yaradılışımızda gizlenmiş olan bir adalet duygusunu tatmin ihtiyacı ola-

---

hangi coğrafî bölgelerde, hangi miktarda, hangi mal rejimi şekillerinin câri olduğu hakkında asgarî bir fikir dahi bulamayız.» (Rechtswissenchaft und Soziologie. Tübingen, 1911. Sh : 8). Keza :
E. ZITELMANN — Kanun Koyma Sanatı (Çeviren : Sabri Şakir ANSAY, Ankara, 1950, Sh : 9).

(43 YAVUZ ABADAN — Hukuk Felsefesi Dersleri, Ankara, 1954, Sh : 53.

maz mı? O halde «hukuk» nedir? Şu veya bu toplumdaki birbirini tutmaz, birbirine benzemez, gayri mütecanis kaideler kolleksiyonu mu? Bu farklılıklara rağmen bunların hepsinin de mer'i ve muteber olması ne ile izah edilebilir?

Bütün bu problemler, bizi farklılıkların altında gizlenen bir ayniyete, izafî ve nisbî kaidelerde ifadesini bulan bir «mutlak»a,, bir «değişmez»e götürmektedir. İşte, hukukun, tezahür farklarının altında saklanan zâtî mahiyeti, aslı hakkındaki bu soruların cevabını, artık, hukuk dogmatığı değil, belki, Hukuk Felsefesi verecektir (44).

Bütün cemiyetlerde, bunların zaman ve mekân şartlarından doğma farklılıklarının altında müşterek bazı hususiyetler aramak ve hukuk gibi bütün toplumlarda mevcut olan bir sosyal sabiteyi, bu müşterek hususiyetlere raptetmek arzusu, müteaddit hukuk felsefesi cereyanlarını meydana getirmiştir. Cemiyetlerin müşterek unsuru «insan» olduğuna göre, hukukun, «insan tabiatı» ile olan münasebetleri araştırılmış ve buradan hukukun aklîliği, iradiliği v. s. gibi hususiyetleri üzerinde durulmuştur.

Hukukun daimliği ve evrenselliği, onun, daimi ve evrensel bir ihtiyacı karşıladığı intibaını vermiş ve bu ihtiyacın sosyal gayelerde ifadesini buldugu ileri sürülmüştür. Böylece hukukun cemiyetin hangi gayesine hizmet etiği araştırılmaya başlanmıştır.

---

(44) Hukuk Felsefesinin tarifi ve konusu hakkında bak :

YAVUZ ABADAN — Hukuk Felsefesi Dersleri, Ankara 1954. Sh : 49 ve devamı.

RICHARD HONIG — Hukuk Felsefesi, İstanbul 1935. (Çeviren : Doç. Dr. M. YAVUZ) Sh : 20 «Hukuk Felsefesi, hukukun umumen ve mutlak surette mer'î unsurlarının ve bu unsurların hukuk idealince müttehit bir şekilde kavranmasının ilmidir». Keza : «maksadımız hukukun hakikî mahiyet veya tabiatının bilgisine ulaşmaktır». Sh : 13.

DEL VECCHIO — Hukuk Felsefesi dersleri. İstanbul 1952, (Çeviren : Dr. SAHİR ERMAN). «Hukuk Felsefesi, hukuku mantıkî külliliği itibariyle tarif eden, tarihî tekâmülünün menşe ve ana hatlarını araştıran ve saf akıldan istihraç edilen adalet fikri ile hukuku kıymetlendiren ilimdir». Sh : 14.

(Not : Bu ikinci vazifenin Hukuk Felsefesinden ziyede Hukuk Tarihine ve Hukuk Sosyolojisine terettüp ettiği kanaatında olduğumuzu GİRİŞ'te işaret etmiştik. Bak : yukarıda Sh : 95).

ABDÜLHAK KEMAL YÖRÜK — Hukuk Felsefesi Dersleri. Istanbul, 1958, Sh : 24 ve devamı. (Burada Hukuk Felsefesi kakkındaki müteaddit tariflerin tahlil ve münakaşası yapılmaktadır).

Nihayet hukukun, cemiyetin ahlâk nizamının desteklemekte olması dikkati çekmiş, ve onun ahlâkî meşruiyetinin sebepleri araştırılmıştır. Bu suretle hukuk, dar ve tek bir cephesiyle değil, bütünü ile, türlü fonksiyonları ve türlü telâkkileri ile tetkik edilmeye başlanmış, ve beşerî düşüncenin bütünü içine yerleştirilerek umumî kültür kıymetleri arasında ele alınmak istenmiştir.

Hukuk normlarının, bütün sosyal normlar gibi, bir kıymet ölçüsünü temsil ettiklerine yukarıda işaret etmiştik. Hukuk kaidelerinde tecelli eden ve umumiyetle «adalet» dediğimiz insanlarca makbul, müsbet, üstün bir değer nevi vardır ki bunun izahı ve münakaşası, diğer değer nevileriyle olan karşılıklı veya hiyaraşık münasebeti münhasıran Hukuk Felsefesinin konusunu teşkil eder. İlk bakışta pek mücerret gibi görünen bu konu, hakikatte hukukun yaşama kabiliyeti, meriyet şansı ile pek yakından ilgili bir meseleye taalûk eder : hukuka niçin itaat edilmelidir? Hukuk nedir ki, ona itaat bir vecibe, itaatsızlik ise bir kusur telâkki ediliyor? Ahlâkın hukuku desteklemesinin, meşru kılmasının sebebi nedir? İnsanlar niçin hukukla bağlanmalıdır?. Hukuktan daha üstün bir ahlâk nizamı aynı fonksiyonu ifa edemez ve insanlar hukuka itaat külfetinden vareste kalamazlar mı? «Ahlâkî hayır» ve «Müşterek iyilik»; «adalet» kavramından daha ulvî, daha üstün «değer»leri ifade etmiyorlar mı? (45).

---

(45) Anarşistlerin bir çoğunda, kâh ahlâk adına, kâh adalet adına hukukun reddedildiğini görürüz. Bunlar, birçoklarının yaptığı gibi, hukuk ile kanunu birbiriyle müterafık kavramlar olarak alır ve adaletsiz kanunlardan yılarak hukuka hücum ederler. Meselâ W. GODWIN aynen şöyle der :

William GODWIN — «Hukuk, en mühlik, en kötü neticeler doğuran bir müessesedir. Bir kere kanun yapmaya başladınız mı sonu gelmez. Beşerî fiiller gerek iyilik gerek kötülük bakımından sonsuz derecede çeşitlidir Yeni haller, yeni fiiller ortaya çıkınca, kanunlar kifayetsiz kalır, bunun neticesinde yeniden kanun imaline başlanır, kanunnamelerin hacmi gittikçe büyür. Öyle ki, dünya. müstakbel mevzuatı içine alamıyacak kadar küçük kalır». «Kanunların müphemlikleri, muazzam sayılara varmalarının tabiî bir sonucudur. Kanunlar, herkesin belirli şartların ortaya çıkması halinde ne şekilde hareket edeceğini bilmesi için vazedilmiştir. Halbuki benim açtığım bir dâvanın neticesinin ne olacağı hakkında, en mükemmel hukukçular bile münakaşa eder dururlar». «Üstelik, hukuk bir nevi kehanettir. Hukuku yapanlar ileriki nesillerin ne şekilde hareket edeceklerini tahmin ederek hükümlerini tâyin etmek iddiasındadırlar. Biz, hukuku ecdadımızın, babalarımızın aklının eseri sanırız. Halbuki çok defa hukuk, cedlerimizin hırslarının, beceriksizliklerinin,

Nihayet «Hukuk» kaidelerinin çoğu, hakikatte bir kuvvetler muvazanesinin meydana getirdiği uzlaşmalardan başka bir şey midir? Asırlarca serflik, kölelik, kadınlara ve çocuklara reva görülen ehliyetsizlik ve tâbilik durumları hep hukuk kaideleri olarak kabul edilmemiş, sözde «adalet»in tecellileri sayılmamış mıdır? Tarih birçok istismar münasebetlerinin hukuk kaideleri ile korunup idame edildiğini kaydetmiyor mu? (46). O halde hukuka itaatın, mücerret olarak bir vecibe sayılmasının izah veçhi ne olabilir? Bu biraz da mevcut nizama, mevcut kuvvetler muvazenesine, statü-

---

kıskançlıklarının, dar kafalıklarının, ihtiraslarının mahsulüdür. Netekim, biz, babalarımızın bu sözde hikmetini mütemadiyen tâdile, tebdile mecbur kalmıyormuyuz ? Her defasında onların cehaletlerini isbat ederek, yahut taassuplarını ayıplayarak, vaktiyle yapmış olduklarını tâdil zorunda kalıyoruz».

«İnsanlar, mûtad olarak sanıldığı gibi mevzuata değil, sadece akla tâbidirler ve aklın emirleri her zaman ve mekânda aynıdır». «Bizim hepimizin, kusurlu, sahil, zavahirin esiri olduğumuz malûmdur.» «Fakat beşerî ihtiraslardan doğan mahzurlar ne olursa olsun, müstakar kanunların vaz'edilmesi buna hakikî çareyi, hakikî devayı teşkil etmez». «Yapılacak şey, insana kendi kendinin şuuruna varmasını, başka hiçbir otorite tanımamasını, kendi prensiplerinin çapını idrak etmesini, ve fiillerini hesaba katmasını öğretmekten ibarettir. Herkesin iyiliği ve refahı prensibinin en tabiî icabı, beşeriyetin gayesinin hukuk değil, biz zat bu müşterek iyilik olduğunun kabul edilmesidir». «Aklın mutlak hükümranlığı! İşte hukukun yerine geçmesi gereken prensip».

(An Enquiry concerning political justice and its influence on general virtue and happines» 2 vol. 1793) (ELTZBACHER nakleder : l'Anarchisme, traduit par OTTO CARMİN, Paris 1923, Sh : 65 vd.).

(46) P. J. PROUDHON — «Devlet, menfaat gördüğü yerde kanun yapar. Menfaatler sayısız olduğundan teşrii faaliyet durumundan devam etmek zorunda kalır. Kanunlar, kararnameler, emirler, nizamlar, talimatnameler, tamimler zavallı halkın üzerine dolu daneleri gibi yığılır çökerler.. kısa bir zaman sonra arz kabuğunun üzerindeki siyasî topraklar öyle bir kâğıt tabakasiyle sarılacaktar ki, jeologlar bunu, arz kabuğunun teşekkülünde kağıtlanma devri diye kaydedeceklerdir!... Bu gün elli binden fazla kanun var. Eğer temsilcilerimiz hakkiyle vazifelerini yapsalardı bu rakam iki misline çıkardı. Böyle bir çıkmazın içinde halkın da hükûmetin de hâlâ akıllarını muhafaza edebildiklerine inanıyormusunuz?» «Benim muhtar irademe müdahale etmek kudretini zarurî sayan hernevi nizama karşı isyan ediyorum. Kanunlar.. onların ne olduğu ve ne değer taşıdığı malûmdur. Kanunlar, zenginler için ve iktidara sahip olanlar için birtakım örümcek ağları demektir. Küçük adamlar ve fakirler için hiçbir çeliğin kıramıyacağı zincirler demektir. Hükûmetin elindeyse sadece balık avlamağa mahsus fileler gibidirler». (ELZBACHER. a.g.e., 97 - 100).

koya itaat demek değil midir? Hal böyle ise, hukuka itaatın bir ve cibeden ziyade, bir zaruret olduğu sonucuna varılamaz mı ? Zaruretten vecibe yaratmak ise ne dereceye kadar tasvip edilebilir?.

Bütün bu problemler hukukun etik meşruiyetinin isbatını tazammun eder. Hukukun hangi kıymeti tercihan tahakkuk ettirmesi gerektiği, hangi gayenin hizmetinde olduğu veya olması lâzımgeldiği, «adalet idesi»nin hangi tip hukuk sistemi ile daha iyi tecelli ettirilebileceği v.s. gibi meseleler tamamen Hukuk Felsefesinin görüş açısından ele alınabilirler (47).

Hukuk Felsefesi terkipçi ve tenkitçi bir görüş açısına sahiptir, O, herhangi bir pozitif hukuk sisteminin değerini, adâlet idesine yaklaşma nisbetine göre tâyin eder. Adaletin, nizamın, hürriyet ve insanlık haysiyetinin câmia menfaatinin hukuk normları ile ne nispette korunması gerektiğine temas eder, mevcut hukuk normlarının bu fonksiyonu yerine getirip getiremediklerine bakar, ve nihayet bütün bu deontolojik meselelere birer hal sureti bulmaya çalışır. Hukuk bu farklı değerlerden birini diğeri aleyhine olarak tahakkuk ettirmek zorunda kalırsa durum ne olacaktır? Aynı zamanda hem istikları hem terakkiyi, hem nizamı hem adaleti, hem eşitlik umdesini hem liyakat farklarını korumak durumunda kalan hukuk çok defa, hal ve şartların hususiyetlerine uyarak bunlardan birini diğerine tercih zorunda kalabilir. Bu takdirde hangi şartlar altında hangi tercihleri yapması gerektiğini, hangi değer diğerine feda etmesi icabedeceğini, bütün bu kıymet ve gayelerin muakeyesesini yapmak suretiyle ancak Hukuk Felsefesi tâyin edebilir. Bu itibarla hukuk siyasetinin gayelerini tâyinde mühim rol oynar (48).

Buna mukabil, Hukuk normlarının gerçek kaynakları ve gerçeklikle olan münasebetleri hakkında bize fazla bir şey bildirmez. Bu, her türlü gaî mulâhazadan, değer hükümünden mücerret ola-

---

(47) YAVUZ ABADAN — Hukuk Felsefesi Dersleri : Sh : 54 «Herhangi bir şekilde meşruiyeti isbat veya tesis olunamayan herhangi bir kanun veya hukuk kaidesinin, mer'i olma otoritesine sahip olmıyacağı bedihîdir».

(48) YAVUZ ABADAN — a.g.e. Sh : 39, 40.
ERNEST HİRŞ — Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi. 1949 Sh : 440.
GEORGES GURVİCH — Eléments de Sociologie Juridique. 1940. Sh : 267.
PAUL ROUBİER — Théorie Générale du Droit. Paris. 1951 Sh : 192.
ROSCOE POUND — An İntroduction to the Philosophy of Law. 1922 (8 th. ed. 1950).

rak, sırf hukukla diğer sosyal gerçeklik mûtâları arasındaki illîyet veya tâbiiyet münasebetlerini keşfetmek isteyen Hukuk Sosyolojisinin görüş açısına ihtiyaç gösterir.

Bundan başka, Hukuk Felsefesi, muayyen pozitif hukuk sistemleri hakkında tenkidî görüşlerini serdederken ve bir hukuk sisteminin falan veya ilân gayeye hizmet etmesi lüzumunu bildirirken, bunun, fiilen nesuretle tahakkuk ettirilebileceği, hangi hukukî vasıtaların hangi şartlar altında tatbiki gerektiği hususlarıyla ilgilenmez. Bu artık, gayesi çizilmiş olan bir faaliyetin gerçeklik şartlarına göre ayarlanması işidir. Hangi sosyal şartlar altında hangi hukukî vasıtaların bu muayyen gayeyi tahakkuk ettirmeye salih olacağını artık Hukuk Sosyolojisi tâyin edecektir. Zira sosyal gerçeklik şartları ile bu gerçekliğe istenen istikameti vermeye elverişli hukuk kaidelerinin hangileri olabileceğini, sosyal şartlarla hukuk normları arasındaki karşılıklı tesirleşmenin hususiyetlerini inceleyen bir ilim dalı olarak, ancak, Hukuk Sosyolojisi tâyin edebilir.

Tanınmış sosyolog TİMACHEFF'in Hukuk Felsefesi ile Hukuk Sosyolojisi arasındaki münasebetler hakkındaki görüşü, bu bakımdan tamamen yerindedir.

«Hukuk Felsefesi, öyle görünüyor ki, henüz ilmî bir hal suretine raptedilecek derecede olgunlaşmamış meselelerin tahlili hususunda bir araştırma başlangıcı mahiyetindedir ve daima aynı mahiyette kalacaktır. Bununla beraber öyle bir saha mevcuttur ki Hukuk Felsefesi burada ilimlerin terakkisi meselesinden mücerret olarak müstakilen yaşar : bu saha, hukukun nihaî gayeleri hakkındaki kıymet hükümleri sahasıdır. Hukuk Sosyolojisi bir müsbet kanunun (mevzuatın) muhtelif hedeflerini tâyin ve tahlil edebilir. Fakat hukukun bunlardan hangisini istihdaf etmesi gerektiğini bilmek meselesi, yani bu gayelerden birinin seçimi meselesi artık ilmî bir metodla halledilecek bir şey değildir. Zira bu mesele ilmin sahası dışında kalır. Hukuk Sosyolojisi gayeye eriştirecek en iyi vasıtaları öğretecek, fakat nihaî gaye daima felsefî telâkkilere tâbi kalacaktır. Yoksa ilmî mülâhazalara değil» (49).

3 — Hukuk Sosyolojisinin görüş açısı :

Dogmatik Hukuk İlmi, hukuk kaidelerinin muhtevalarıyla, Hu-

(49) N. TIMACHEFF — İntroduction à la Sociologie Juridique. Paris 1940 Sh : 37.

kuk Felsefesi ise, hukukta tecelli eden etik kıymetlerle, hukuk idesiyle, hukukun matuf olduğu gaye problemleriyle meşguldürler. Her ikisinin de görüş açıları, daha ziyade mücerret konulara yönelmiştir : Normlar veya kıymetler. Halbuki Hukuk Sosyolojisi bütün dikkatini müşahhas olana, hukuk normlarının cemiyet gerçekliği içindeki tahakkuklarına yönetir. Hukuk Sosyolojisi, Dogmatik Hukuk İlminin sağlam, hudutlu, belirli kategorileri içinde gizlenen gerçek münasebetleri bulmaya çalışır. O, hukukî terimlerle, hukukî kadroların şeklî ifadeleriyle yetinmez. Bunların tekabül ettikleri gerçeklik sahalarını tanımak ve bu şekillere bu muhtevalar arasında hakikaten bir uygunluk olup olmadığını öğrenmek ister.

Filhakika, dogmatik hukukun, cemiyeti bir kaideler ve kavramlar adesesinden gördüğü doğrudur. Esasen bu, her ilim dalının kendi görüş açısına göre gerçekliği ancak şu veya bu köşeden müşahede etmesinin, onun ancak şu veya bu cephesini incelemek zaruretinin tabii bir neticesidir. Bu, ilmî iz bölümünün, istisaslaşmanın zarurî bir sonucudur. Hukuk Dogmatiği de Cemiyetin kaidevî tarafını, hukuk düzenine konu olan cephelerini esas ittihaz edecek, bunun dışındaki tezahürlerle fazla ilgilenemiyecektir. Hattâ hukuk kaidelerinin şekillendirdiği sosyal realite ile olan alâka, GİRİŞ'te görüldüğü gibi, ancak son zamanlarda makûl ve meşru görülebilmiştir. Bugün dahi Hukuk İlminin, her türlü gerçeklik mûtalarından tecerrüt etmesi, sadece normların mantıkî insicamları ve bütünlükleriyle ilgilenmesi lüzumunu iddia edenler yók değildir.

O halde, aradaki ekol farklarına rağmen, Hukuk dogmatiğinin, kendi mahiyeti icabı bir «normlar ilmi» olduğunda ittifak vardır. Cemiyet hayatında belirli hukuk kaidelerine konu olmamış olan münasebetler ve sahalar bu ilmin görüş açısı içine girmez. Halbuki bu sahaların, Hukuk İlminin tetkik etmekte olduğu normların müessiriyet şansları üzerinde pek mühim tesirleri olbilir. Keza, Hukuk Dogmatiği birtakım mefhum kalıplarını, birtakım standartları kulanır. Bu kalıplar, ki bunlara hukukî kategoriler diyebiliriz, cemiyet realitesinde birbirinden az çok farklı olan münferid ve çeşitli münasebetleri, bazı benzerliklerini esas tutarak aynı tipe ircaa ve aynı hükümlere tâbi tutmaya yararlar. Bu hukukî kavramlar (akit, ehliyet, şahsiyet, suç v.s. gibi) bir nevi sosyal tesviye ve istikrar aletleridirler. Bunlarla, suni olarak, bir benzerlik ve düzenlilik yaratılır. Hukuk bu sınıflama ve tipleştirme vasıtalarına sahip olmadan yaşayamaz. Fakat bütün sınıflama ve guruplа-

malarda olduğu gibi, burada da gerçeklik durumlarının, çok defa, zorlandığına, kendilerine pek uymayan kalıplara sokulduklarına şahit olunur. Hususiyle, zamanla vaki olan sosyal hayat değişmeleri, sosyal münasebetlerin nevi ve tiplerindeki tahavvüller bu eski kalıpları büsbütün elverişsiz bir hale getirebilir. Hukukçuların dahi bu tezatlarının farkına vardığı ve yeni kalıplar, yeni hukukî kategoriler için âcil bir ihtiyaç içinde bunaldıkları vakidir. Bununla beraber, hukuk ilminin bu kategorilerden müstağni kalamıyacağı, hukukun esaslı fonksiyonu olan emniyet ve istikrarı temin için daima bu kalıplarla iş görmeye mecbur olacağı da muhakkaktır. İster kanun maddeleri, ister hukukî kavramlar olsun, Hukuk İlmi gerçek cemiyet münasebetlerini daima bu mücerret ölçülere irca eder ve onların çerçeveleri içine sokar (50).

O halde doğmatik hukuk zaviyesinden cemiyete bakılınca, bütün ferdlerin ve zümrelerin belirli kanun maddelerine göre davranmaya mecbur bulundukları, hukukî müeyyidelerin bunları ihlâl şansını asgariye indirdikleri, hukuken tanzime muhtaç olan bütün meselelerin kanun ve nizamlarda kendilerine uygun hal suretlerine bağlandıkları, resmen ilga edilmemiş kanunların fiilen tatbik şansına mazhar bulundukları, zannedilir. Keza hukukî ehliyeti haiz bütün ferdlerin haklarını her hal ve kârda arayabildikleri, kanunda yazılı irade fesadı sebebleriyle malûl olmaksızın izhar edilen arzu ve iradelerin hakikaten «serbestçe» tezahür ettiği, nihayet reşit olan bir kimsenin «dilediği» yerde ikamet etmekte «istediği»

(50) GASTON MORİN — «...hâkimin kategorilere, önceden tâyin edilmiş kavramlara ihtiyacı vardır. Hâkim, muayyen hukuk kaidelerini bunlara uydurarak önüne getirilen müşahhas hâdiseleri bu kaidelere sokabilecektir. Her hususî halde, hâkimden, umumi fikirler denen bu kaba fakat elzem rü'yet vasıtalarına başvurmaksızın bir gerçeği hukukî bakımdan kavramasını istemek, ondan, imkânsız bir gayreti talep etmek olur... fakat kavramların, meydana gelişlerinde, bir şartı tahakkuk ettirmeleri lâzımdır : kavramlar a priori olarak ve mahz aklın spekülâsyonlarından çıkartılmış olmayıp, belki sosyal vakalardan, muayyen bir devrin ve çağın iktisadî, fikrî ve manevî ihtiyaçlarından istihraç edilmiş olmalıdırlar.

O halde, mefhumlar, zihnin gerçeklik mûtâları üzerindeki inşaları demektir. Bu gerçeklik esaslı bir şekilde müteharrik olduğuna göre, mefhumların, bu daimî hareket kitlelerce hissedilir bir hale geldiği zaman, yerlerini başka mefhumlara terketmeleri lâzımdır.

(Vers la Révision da la Technique : Le Concept d'Institution : Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique. 1931. n : 1 - 2 Sh : 74).

dini seçmekte, beğendiği mesleği icrada «hür» olduğu, tahmin edilir. Ayni şekilde bir memurun âmirinin kanun dışı tekliflerini redde, mensup olduğu idari müesseseyi icabında dava edebilmekte tamamen «serbest» olduğu, çalıştığı müessesenin sahibinde kalan en küçük alacağını dahi «icraen tahsil» imkânına sahip bulunduğu yahut bir kadının kocası alehine mahkemeden kendisinin himayesini talep edebilmekte, veya bir çocuğunu tedip hakkını kötüye kullanan veliyi polise haber vermekte «muhtar» olduğu ilh... z a n n e d i l i r !

Bütün bunlar dogmatik hukukun hakikatleridir. Normatif hakikatler. Hakikaten bu «hürriyet» ler, bu «yetkiler», bu «irade muhtariyetleri» hukukun tanıdığı, kabul ettiği, desteklediği prensiplerdir ve ferdlerin bunlardan istifade etmesine mâni olacak hiçbir h u k u k î engel yoktur. Doğmatik Hukuk İlmi bakımından hiçbir tekanuz veya hakikate aykırılık hali bahis konusu değildir. Fakat ya f i i l i y y a t t a ferdlerin bir kısmı b u h u k u k î imkânları kullanamıyorsa? «Bu hukukçuyu, hukukçu sıfatıyla ilgilendirmeyen bir şeydir. O, herkese h a k l a r ı n ı n ne olduğunu öğretmiştir. Eğer buna rağmen bu haklar kullanılmıyorsa, bundan hukukçu mesul değildir, hiç değilse Hukuk İlmi, birtakım h u k u k - d ı ş ı faktörlerin tesiri ile vaki olan bu gibi aksamlarla ilgilenmemekte mazurdur» denebilir. Zira bu takdirde normların dışına çıkacak, h u k u k a y a b a n c ı birtakım unsurların tahlil ve izahına kalkarak kendi meşru ve ilmî yetki hudutlarını aşmış olacaktır (51).

---

(51) MAX WEBER — (Max Weber, on Law, in Economy and Society. ed by MAX RHEİNSTEİN 1954 Sh : 11).
«Hukukî görüş zaviyesi, yahut daha sarih olarak, Hukuk Dogmatiği kaziyelerin doğru mânalarını istihdaf eder ki bunların muhtevası, muayyen bir şahıslar gurubunun tavır ve hareketi için tâyin edici mahiyette farzedilen bir nizamı teşkil eder. Başka tâbirle, o, bu nizamın tatbik edileceği vakıaları, ve onlara istinad edilme yollarını tâyine çalışır. Bu gaye peşinde olan hukukçu, hukukî kaziyelerin ampirik muteberliğini tabiî olarak mevcut farzederek onlardan herbirini tetkik eder, ve onları mantıkan mütecanis, yani iç tenakuzdan ârî bir sistem içinde terkip edebilecek şekilde mantıkan doğru olan mânalarını tâyine çalışır».

Keza : «Hukuktan, hukukî nizamdan veya hukuki kaziyelerden bahsedildiği zaman, hukukî ve sosyolojik görüş zaviyeleri arasındaki farka iyice dikkat edilmelidir : birinci zaviyeden biz şunu sorarız : Hukuk olarak bizatihi muteber olan nedir?... Fakat ikinci zaviyeden hareket edersek şunu sorarız : bir cemaat içinde fiilen vaki olan nedir ?».

Meselâ, hukuken «ehliyet» sahibi bir ferd, kültür seviyesi itibariyle son derece cahilse, yahut iktisadî bakımdan tam bir aciz içinde ise, yahut içinde bulunduğu örf ve âdet nizamının geri kıymet telâkkileriyle sımsıkı bağlanmış olduğu için hukukun kendisine tanıdığı imkânlardan faydalanmaya cesaret edemiyorsa ve bu yüzden hukuk nizamının nimetlerinden fiilen mahrum yaşamaktaysa, buproblemlerle ilgilenecek bir ilim dalı var mıdır?

Buna. «bu, bir ilim konusu olamıyacak kadar tesadüfî, münferid bir olay tipidir. Bir ferde has psikolojik veya ekonomik özel bir durumdur. Bundan umumî hükümler ve meseleler istihracına kalkmak yanlıştır» şeklinde bir cevap verebilir. Fakat bu ve buna benzer haller sayı, saha ve tekerrür miktarı itibariyle hiç de münferid ve istisnaî bir olay vasfında değilse, yahut bu ve buna mümasil haller hukuk nizamı ile bu nizamdan faydalanacaklarda bulunması m e f r u z bazı sıfatların genel olarak n o k s a n bulunmasından ileri geliyorsa, hâlâ ortada «ilmî tetkike konu olacak umumilikte bir konu yoktur» denebilecek midir? Şüpesiz ki hayır. Zira bu, hukuk ile hayat arasında mevcut küçümsenemiyecek bir intibaksızlık demektir! Bu konu, Dogmatik Hukuk İlminin sahası içine girmeyebilir, fakat herhalde bir başka ilim dalının bu ve buna mümasil meseleleri ele alması bizzat hukuk nizamının sıhhatini muhafaza için zaruridir. Zira evvelce GİRİŞ'te gördüğümüz gibi, hukuk normları ve müesseseleri ile fiili sosyal hayat şartları arasındaki had derecedeki açıklıklar her ne bahasına olursa olsun mutlaka kapatılmalıdırlar. Hukuk yeni yeni intibaklarla kendini gençleştirmeye mecbur olan bir nizamdır. O, gerçeklik şartlarındaki özelliklerin ve tahavvüllerin, ağır da olsa, gene sadık bir takipçisi olmaya mecburdur. Bunun için de bu gerçekliği tanımak zorundadır.

Halbuki, türlü hukukî kavram ve kalıpların arasından seçilmeye çalışan cemiyet hayali, hakiki cemiyetin birbirine girift çeşit çeşit münasebetlerden dokunmuş olan karmaşık nescine ve hukuktan çok daha başka sosyal düzenlere tâbi ve türlü faktörlerin tesirlerine maruz bulunan hakiki hayatına pek benzemez.

İşte, Hukuk Sosyolojisi, bütün hukukî kaide ve kavramların alâkalı oldukları gerçek sosyal münasebetleri ve vakıaları deşmek, hukukun düzenlediği hayat münasebetleri ile bunların dışında kalan sahaların karşılıklı tesirlerini keşfetmek ister. Hukuk Sosyolojisi, hukuk normlarının, şuurlu veya şuursuz olarak, teemmülî

bir surette veya spontane olarak, behemehal bir ihtiyaca cevap olmak üzere yaratıldığı, bir ihtiyaçtan doğduğu kanaatındadır. Hukuk normu, bir sanat eseri, bir edebi mahsul değil, bir sosyal düzenleme vasıtası, bir sosyal kontrol şeklidir. O halde, hakiki bir hukuk normu, insanların fiillerinde tahakkuk eden normdur. Bu, hiç şüphesiz, hukuka tâbi olanların istisnasızca ona riayetleri şartını ifade etmez. Fakat öyle bir vasatî riayet nispeti vardır ki bu olmadıkça bir hukuk normundan bahsedilemez.

En yetkili makam tarafından ısdar edilmiş, en ağır müeyyidelerle desteklenmiş deolsa, tâbi olanların riayet etmedikleri, ilgili makamların tatbik etmedikleri ve bu yüzden ne ilgililerin ne vazifeli makamların hiçbir müeyyideyle karşılaşmadıkları bir kaide, artık hukuk kaidesi vasfında değildir! Vaktiyle SAVİGNY, bu (consuetudo) meselesi üzerinde durmuş, (52), KELSEN bir pozitif hukuk kaidesinin kullanılmamak suretiyle fiilen meriyetten kalkışını, örf ve âdetin menfi bir norm yaratması, yani «falan kanunun tatbik edilmemesi» şeklinde bir kaide yaratması suretiyle izah etmişti (53).

Bu mesele Hukuk Sosyolojisinin ilgilendiği türlü problemlerden ancak bir tanesidir. Aşağıdaki bölümlerde bu ilim dalının konusunu teferruatlı bir şekilde belirtmek fırsatını bulacağız.

Böylece Hukuk Sosyolojisinin görüş açısı, hukuk normlarını, fiili müessiriyetleri içinde, tahakuk şekilleri içinde incelemeğe matuftur. Bu, esas itibariyle Hukuk Dogmatiğinin görevi olan mahkeme tatbikatının tetkiki demek değildir. Zira mahkeme içtihatları da münferid ve tamamlayıcı hukuk normları demektir. ve bunlar hakkında en yetkili ilim dalı gene Hukuk Dogmatiğidir. Hukuk Sosyolojisi ise, - teşbih caizse - tarafları, dava hükme bağlandıktan sonra da, takip eden, mahkeme kararının her iki taraf hakkındaki fiili neticelerinin neler olacağını, bu neticelerin, hukukun istihdaf ettiği gaye ile uygunluk arzedip etmediğini tesbit etmek isteyen mütecessis bir müşahittir ! O, hüküm ve kararlarda canlanan hukuk normlarının cemiyetin bütünü üzerindeki tesirlerini merak etmektedir. Hukuk Sosyolojisi, hukukun kanunna-

(52) SAVİGNY — Traité de Droit Romain. T : I Sh : 413 ve devamı. (tr. fr. par. GUENOUX, Paris 1840).

(53) HANS KELSEN — General Theory of Law and State. Transl : ANDERS WEDBERG Harvard University Press 1946 Sh : 119.

melerde ve şerhlerdeki metinlerini okumayı değil, bilfiil cemiyet sahnesindeki rollerini seyretmeyi ister. O, hukuku, belirli cemiyetlerin, belirli tarihi anlarında, muayyen zümre ve tabakalara mensup şu veya bu hayat şartlarına tâbi insanların gerçek münasebetlerinin kaypaklığı ve giriftliği arasında yakalamak, bunlara hakikaten ne nispette müessir olduğunu ölçmek ister.

Görülüyor ki, Hukuk Sosyolojisi, evvelâ cemiyet realitesinden hareket etmekte ve hukuku bu gerçekliğin içinde aramaktadır. Onu, cemiyet hayatının kendi kendisine tanzim için yarattığı bir mahsulü olarak görmekte ve bu fonksiyonunu ne nispette ifa ettiğini de gene aynı gerçekliğin mûtâlarına bakarak ölçmeye çalışmaktadır.

Hukuk normları hangi gerçek sosyal faktörlerin birleşmesiyle doğar, hangi tesirlerle değişir, ve cemiyet hayatının bütünü veya kısımları üzerinde hangi tesirleri icra eder?

Böylece, Hukuk Sosyolojisi, hukuka vakıa hakikatleri cephesinden bakar ve onu diğer sosyal vakıalar arasındaki hakiki yerine yerleştirmeye çalışır.

C — Hukukun izahında çeşitli görüş açılarından hareket etmenin zaruriliği :

Hukuk hakkında tam bir bilgiye sahip olabilmemiz için, gerek normatif, gerek felsefî ve sosyolojik görüş açılarının zaruriliği âşikârdır. Hukuka yalnız bir açıdan bakmak, onun yalnız bir cephesini görmeye mahkûm olmaktır. GİRİŞ'te kaydettiğimiz sosyolojik temayüller, hukuk hakkındaki dogmatik ve felsefî görüş açılarının tamamlanması için onun bir de gerçek sosyal şartlar zaviyesinden ele alınması ihtiyacından doğmuştur. Yoksa diğer iki tetkik şeklinin faydasız veya lüzumsuzluğu kanaatından ileri gelmemiştir. Zira hukukî kaidelerin sistematik ve dogmatik bir tetkiki hukuk sosyolojisi için zarurî olan araştırma malzemesini temin eder. Hukuk sosyolojisi ilk kuruluşundaki tahminlerin hilâfına olarak (ezcümle Durkheim'in tahminleri) hiçbir zaman hukukun sistematik ve dogmatik ilminin yerini alacak değildir ve alamaz. Hukuk kaidelerinin muhtevaları, bu muhtevaların cemiyet hayatındaki tatbik şekilleri, tatbikatın gerektirdiği değişiklikler, mahkeme içtihatlarının geçirdiği tahavvül ve tekâmül safhaları bilinmeden bu kaidelerin sosyolojik tahlil ve izahlarına girişilmez.

Vakıa hukuk sosyolojisi bir gerçeklik ilmidir. Gayesi hukukun doğuşunda değişme ve gelişmesinde carî olan kanunları yani bir takım illet-netice veya tâbi-mütehavvil münasebetlerini bulmaktır. Fakat bunları bulabilmek için hukukî vakıaların, bilhassa hukukî kaidelerin tasvirî bir bilgisine sahip olmak lâzımdır. Çeşitli hayvanlardan ve nebatlardan bahseden muhtelif hayvan ve nebat nevilerini tasvirî bir sekilde anlatan Botanik ve Zoolojiye nisbetle umumî hayat kanunlarını arayan Biyoloji ne ise muhtelif hukuk dogmatiği şubelerine nisbetle hukuk sosyolojisi de odur (54). Evvelâ tetkik konusu olan hukuk vakıaları (hukuk kaideleri, mahkeme içtihatları, bilcümle kazaî tasarruflar, örf ve âdet hukuku, yeni doğmakta olan hadsî hukuk veya sürüp giden eski hukuk bakiyeleri) sarih bir şekilde bilinmeden, bunların sistematik bir şekilde sınıflandırılması, birbirleriyle olan irtibat ve benzerliklerinin tesbiti yapılmadan sosyolojik araştırmalara başlanamaz. Bu, bütün canlıların çeşitli cins ve nevileri tetkik edilmeden alelıtlak h a y a t vakıasını izaha kalkmak gibi metodsuz ve semeresiz bir çalışma olur.

Diğer taraftan dogmatik hukuk ilmi de hukuk sosyolojisine muhtaçtır. Resmen meriyette olan bir çok hukuk kaidelerinin niçin kâğıtta kaldığını en ağır cezalı bazı suçların neden takip edilemediğini, kanunen suç sayılan bazı fiillerin meşrû hareketler gibi hiçbir gizliliğe lüzum hissedilmeden nasıl tekrarlanabildiğini, yahut kanunî bir mecburiyet, bir müeyyide olmadığı halde fertlerin behemehal bazı kaidelere göre hareket ettiklerini ve bu kaidelerin niçin «hukukî» bir rengi olduğunu ilmî bir şekilde izah edemeyen yahut bunu tesadüfe atfeden bir hukukçu mesleğinin ehli bir insan sayılamaz. Hukuk dogmatiği bu gibi intibaksızlık hallerini farketmeye ve bunların seheplerini öğrenmeye mecburdur. Bu vakıaları ilmî bir şekilde izah etmekse kendisinin mantıkçı ve normativist metodu ile mümkün olamıyacağından bu hususları Hukuk Sosyolojisinden öğrenecektir.

Bahsettiğimiz intibaksızlık halleri hemen her memlekette ve her devirde vardır. Bazan müsbet hukukun statik, durgun karakteri hayatın dinamizmi ile bağdaşmaz. Bazan cemiyetin muhafazakâr temayülleri inkılâpçı kanun vazilerinin süratli terakki arzularına tercüman olan ileri kanunlara uymaz ve her iki halde de arada bir intibaksızlık hasıl olur. Bazan da kanun vâzilerinin cemiyet realitesi hakkındaki yanlış veya kıt bilgileri isabetsiz kanunlar yapıl-

(54) N. TİMACHEFF — İntroduction à la Sociologie Juridique. Sh: 29 - 30.

masına sebep olur ve neticede bu kanunlar cemiyette tatbik sahası bulmaz. içtimaî münasebetler bunlara mukavemet eder, türlü şekillerle kendilerini gizler ve eskisi gibi devam ederler. Hülâsa gene hukuk kaideleriyle hayat arasında bir intibaksızlık hasıl olur. Buna mukabil bazan da muayyen bir sahada hayatî münasebetleri hukukî yollarla tanzim zarureti hasıl olduğu halde resmî kanun vazii bunun farkına varmaz veya başka mülâhazalarla farkına varmak istemez. Bu gibi hallerde bir takım davranış normlarının spontane bir şekilde zuhur ettiği görülür.

Bütün bu haller hemen her gün, her devirde ve her yerde olağan hâdiselerdir. Halbuki yalnız dogmatik hukuk öğretimi ile yetişmiş bir hukukçu bu gibi halleri ya bir sosyal maraz sayar, ya Devletin aczine yahut cemiyetin bozulduğuna hükmeder. Halbuki bütün bu haller her cemiyette zuhuru beklenen hâdiselerdir. Çünkü doğrudan doğruya sosyal faktörler arasındaki tabiî bir çatışmadan doğarlar. Her cemiyette bu çeşitli faktörlerin ve bu gibi çatışmaların vücudu tabiî hattâ zarurîdir. Sosyal hayatın dinamizmi ile mevzu hukukun statik karakteri arasında tam bir intibak hali ancak zihinlerde mevcut bir tecritten ibarettir.

Görülüyor ki hukuku izah edebilmek için ona her üç zaviyeden bakmasını bilmek lâzımdır. Bu görüşün doğruluğunu ve lüzumunu daha açık bir şekilde belirtmek için basit bir misal alabiliriz : Meselâ «akit» kavramı hakkında her üç açıdan yapacağımız bir araştırma bizi, Borçlar Kanununun akit hakkındaki tarifini, yahut Fransız Medenî Kanununun (Code Civil) akid ile ilgili maddesini okuduğumuz zaman edindiğimiz bilgiden daha fazla mı tenvir edecektir, ve bu geniş bilginin pratik bir faydası olacak mıdır? Kısacası, biz, akdin dogmatik izahı ile yetinirsek bu kavram hakkında edimemiz gereken hangi nevi bilgiden mahrum kalmış oluruz? (55).

---

(55) «Akid» kavramının dogmatik, felsefî ve sosyolojik tartışması için aşağıdaki kaynaklara bak :

GASTON MORIN — La Désagrégation de la théorie contracturelle du Code. (Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique 1940 n: 1-4 Sh: 7-32).

HANS KELSEN — LaThéorie Juridique de la Convention (a. g. yerde Sh: 33-76).

A. J. CARLYLE — La notion de «Contrat» dans les doctines politiques. (a. g. y. Sh: 77-84).

LOUİS LE FUR — La Force obligatoire des traités. a. g. y. Sh. 85 - 109)

Filhakika Borçlar Kanununun birinci maddesi «İki taraf karşılıklı ve birbirine uygun surette rızalarını beyan ettikleri takdirde akit tamam olur» der. Bu kaidenin normatif bir ilim olan Hukuku Dogmatiği tarafından tetkiki «taraf», «karşılıklı olma», birbirine uygun şekilde olma», «rıza» (ki irade beyanı anlamınadır) gibi kavramların mantıkî ve hukukî tahlillerini, bu maddede ifadesini bulan «akit» kavramının, diğer maddelerde belirtilen benzer veya yakın kavramlarla mukayesesini, «akit» ile «tek taraflı muamele»lerin, ve «haksız fiil»in borç doğurma şekilleri arasındaki farkları, bunun Kanundan doğan borçlarla mukayesesini ve nihayet müşahhas bir akit yapma vakıasının bu tahlil ve tefsirlerle değerlendirilmesini tazammun eder. Zahiren basit gibi görünen bu incelemenin ne kadar girift problemleri ortaya çıkardığını görmek için lâlettayin bir «Borçlar Hukuku» kitabını karıştırmak kâfidir.

Ancak bütün bu güçlüğe, bu derin bir inceleme zaruretine rağmen, normatif tetkik, hukuk kaidelerinin insan zihninde uyandırdığı bütün tecessüsü tamamiyle karşılaşmaya yetmez. Meselâ. yukarda zikrettiğimiz madde, zahiren, akit muamelesinin tekemmül şartlarını göstermekten başka bir şey ifade etmemektedir. Fakat felsefî bakımdan bundan çok daha başka meselelere cevap vermektedir: Yapılan akdin hükmü, taraflardan biri bunu icaplarını yerine getirmezse diğerine, bütün bir cemiyet baskısını, cemiyetin en kuvvetli organize zecrini temsil eden Devlet kuvvetini, onun aleyhine harekete getirmek imkânını bahşetmektedir. O halde bütün bir Devlet kudreti sözünde durmayan insanı, vaadettiğini yerine getirmeyen ferdi, eğer bu vaid «hukukî» bir karakterde ise, belirli yollarla zorlamaya, vadini tutmaya veya tutmamasından doğan zararlı neticeleri izale ve telâfi ettirmeye zorlayacak demektir. Bunun felsefî mânası, insanın muayyen bir ölçüde irade serbestisine sahip telâkki edilmesi ve «kendi kendine hürmetle, kendisinde tecelli eden insanlık haysiyetine uygun hareket etmekle mükellef tutulması», «kendi verdiği

MİRCAE DJUVARA — İdée de Convention et ses manifestations comme réalités juridiques. (a. g. y. sh: 110-158).

MARC REGLADE — La Place de la Convention dans une classification des actes juridiques, (a. g. y. Sh: 159-173).

F. BATTAGLİA — Le Problème du Contrat a. g. y. Sh: 174-185).

ALESSANDRO GAROPPALI — Le Role de la volonté dans les formaitons des actes juridiques (a. g. y. Sh: 195-204).

HÂMİDE TOPÇUOĞLU — Dogmatik ve Sosyolojik bakımdan Hususî Hukukta İltihakî Akidler Meselesi (A.H.F. dergisi cilt: III, sayı 1-3, 1946).

Sözün, kendisi için muta'addedilmesi demektir». İnsan, kendi iradesiyle, kendi sözüyle, kendini bağlıyan bir mahlûktur. Cemiyetin, insanda görmek istediği şahsiyet değeri işte budur: o, dünkü ruh haletinin icaplarıyla bugün kendini bağlı hissetmeyen, hâdiselerin seyrine kendini kaptırmış, dünkü kararıyla bugünkü durumu arasında bir bağlantı tesisinden âciz, gelişigüzel yaşayan bir canlı değildir. Keza o, felsefî açıdan, bütün hareketleri dış muayyeniyetler tarafından şartlandırılan, rızasını şu veya bu istikamette tecelli ettirme kabiliyetinden mahrum, bio-psikolojik bir varlık ta değildir. O halde, karşılıklı olarak muayyen bir hususun ifasını bir diğer ferdle kararlaştırmışsa, bu «söz verme» bu «irade beyanı», icabı yerine getirilmediği takdirde bütün bir cemiyetin baskı kuvvetini aleyhine tahrik edebilecek kadar üstün değeri olan bir tezahürdür. Demek ki, insanın kendi sözüyle, kendi irade beyanı ile kendisini bağlıyabilmesi muayyen bir «insanlık değeri» ile alâkalıdır ve bu değerin izahı sadece Felsefenin konusudur.

Aynı mesele, mukabil âkidin, karşısındakinin sözünde duracağına inanmış olması bakımından da ele alınabilir ve «insan»ın manevî şahsiyeti hakkındaki değer hükmümüz böyle bir inancı meşru sayar, destekler. Hilâfı vaki olursa, ilk âkidin meşru inancını aldatan ikinci âkidin hareketi, insandan beklenen «vadini tutma vazifesininin» ihlâlini teşkil ettiği için takbihe ve tecziyeye lâyık addedilir.

Görülüyorki, «irade beyanı», artık bir canlının arzusunu belli etmesinden fazla bir şeydir. Bu, «insan» ferdinin, kendi kendini ilzam edici bir düstur yaratmasıdır. Fransız Medenî Kanunu «Usulüne uygun şekilde yapılmış akidler, taraflar hakkında kanun hükmündedir» der. İnsan iradesine böyle bir «değer» izafe edilmesi, insan ve kâinat hakkında muayyen bir dünya görüşünün, bir felsefî prensibin ifadesidir. İşte «değer» lerin sırf felsefî açıdan izahı, hukuka taallûk eden değerler sahasında «Hukuk Felsefesi»nin görevi içine girer. Daha geniş olarak etik değerlerin izahı ise «Kıymet nazariyesi» veya «Axiologie»nin sahasını teşkil eder.

Hukuk kaideleri hakkında yapılan bu dogmatik ve felsefî izahlar bizim bu kaidelere yönelen tecessümüzü gene tamamiyle izale etmiş değildir. Yukarıdaki misalde felsefî açıdan hareket ettiğimiz zaman bütün meslenin «insanlık değeri», «insanın irade muhtariyeti» gibi bir takım mücerret kavramlar etrafında döndüğünü görmüştük. Dogmatik hukuk açısından hareket ettiğimiz zaman da, insan iradesinin, kanunda gösterilen muayyen fesad sebeplerinin yokluğu ha-

linde (hata, hiyle, ikrah) «serbestçe tezahür ettiği»ni kebul edip gerisini karıştırmamak durumuna düştüğümüz gibi, insanın her hal ve şartta, her devir ve cemiyette böyle «kendi kendisini ilzam edebilecek bir irade kudreti ile mücehhez sayılıp sayılmadığı» hususunu da öğrenmemiş oluruz. Felsefî araştırma bize aleıtlak insan iradesi, insanlık değeri, insan şahsiyetine hürmet lüzumu gibi birtakım mutlak ve mücerret değerler arzetmektedir. Fakat, biz, zaman ve mekân değişikliklerine tâbi olarak muhtelif zümrelerin üyesi sıfatiyle fâni ömrünü geçiren, çeşit çeşit yaradılış hususiyetleri ve çeşit çeşit hayat şartları içinde kendi ihtiyaçlarını karşılamağa, türlü dış kuvvetlere boyun eğmeğe, zulme kadir olduğu zamanda gücü yettiklerini ezmeğe çalışan müşahhas insanı ele alır ve onun iradesinin hakikaten «hür» olup olmadığını, bir «akit» yaparken iradesini hakikaten hertürlü iç ve dış tesirden âri, tam bir tercih imkânı içinde ızhar edip etmediğini araştırırsak, bu iradenin onu ilzam edebileceğine her zaman bu kadar kolaylıkla hükmedemeyiz!.

Hukuk, insanın iradesini, sayısı belirli şu veya bu fesad sebebleri ile malûl olmadığı zaman «serbestçe ızhar edilmiş» addetmektedir. Halbuki gerçeklik şartlarına inilince, sayıları kanun hükümlerinde gösterilmiyen çeşitli sosyal ve ruhî baskıların tesiri altında ızhar edilmiş bir irade gerçekten serbestçe ızhar edilmiş sayılabilir mi? Hayatın ihtiyaçlarından doğan fiili ihtilâfları halletmek, cemiyet içindeki barış nizamını mümkün olduğu kadar çabuk alınacak tedbirlerle korumak isteyen hukuk nizamı, irade serbestisi hakkında belirli bir tarifi, belirli bir şartlar birleşmesini -konvansiyonel karakterini bile bile- kabul etmek lüzumunu hisseder. Zira her hususî halde âkidin hakikaten iradesini serbestçe ızhar edip etmediğini «ilmî bir şekilde» tahkike imkân yoktur. Hattâ bu mümkün olsa dahi sürüp gitmesi tehlikeli olan ihtilâfların hal suretleri böyle uzun vadeli araştırmalara talik edilemez. O halde belirli «ehliyet» kıstasları, belirli «serbestlik» ölçüleri, mahdut ve çok defa hâdiseleri ölçmeye kâfi gelmeyen şeklî esaslar, birtakım kalıplar yukarda söylediğimiz gibi hukuk tekniği için zarurîdir.

Birçok hususî halleri kendi tarifleri dışında bırakan, çok defa şeklî ve katî karakterleri yüzünden ince zekâların tenkit ve küçümsemesine maruz kalan hukuk tekniğini kavramları, bütün bu kusurlarına rağmen, sayısız çeşitlikteki ihtilâf tiplerini belli başlı ana kategorilere ayıran, birbirine yakın ihtilâf tiplerini mümasil hattâ aynı hal suretlerine bağlayarak izale ve tesviye eden, böylece, hu-

kuka tâbi olanlarda bir emniyet ve eşitlik şuuru yaratan zarurî istikrar âletleridir. Bunun içindir ki, hukuk tekniği ile hayat arasındaki tezadı hiçbir zaman tamamen izale etmek kabil olamaz. Fakat azaltmak, birini diğerine azamî derecede yaklaştırmak mümkün olmaz mı?

Hukuk tarihi bize, sürekli bir gelişme kaydetmekte olan insan topluluklarında hukuk tekniği kavramlarının da tekâmül ettiğini, hayatla hukuk arasındaki mesafenin kısmen spontane hukukun yardımıyla, kısmen belirli zamanlarda yapılan şuurlu, iradî hukuk ıslahatı ile, tedvin hareketleri ile, kanun vazı tekniğindeki inkişafla, ve mutad olarak içtihatlarla daima azaltılmakta ve hattâ bazan kapatılmakta olduğunu gösteriyor. Demekki, insanlar, hukuk tekniği kalıplarının zamanla hayattan çok geride kaldığını görünce, şu veya bu yolla bu emniyet ve istikrar âletlerinin bazı değişikliklere tâbi tutulması lüzumunu hissediyorlar, hattâ bazan bu değişme farkına varılmadan vaki oluyor. MAX WEBER hukukî kategorilerin hangi âmillerin vasıtalı ve vasıtasız tesirleri altında nasıl tebeddül ettiğini pek nafiz bir şekilde tahlil etmiştir (56).

Misal olarak aldığımız akid kavramının, XIX uncu yüzyılın ikinci yarısında taammüm eden çeşitli akit tiplerini içine alacak kadar genişletilip genişletilemiyeceği, kendisine «akit» denen muamelelerin klâsik akid kavramından apayrı hüviyetleri olduğu ileri sürülmüş ve muhtelif hukukçular (GASTON MORİN, MAXİME LEROY, DUGUİT, DEREUX, JOSSERAND, SAVATİER, RİPERT v. s.) bu meselenin münakaşasına katılmışlardır. Meselâ kendilerine «iltihakî akitler» (Contrats d'adhésion) dediğimiz mukaveleler acaba ne dereceye kadar «akit»tir? Bir tarafın muazzam bir ikti-

(56) MAX WEBER — a. g. e. Sh: 67-68 «Tabiidir ki ampirik muteberliği haiz davranış normları -hukuk kaideleri de dahil olmak üzere- her zaman, hattâ bugün dahi gayrı şuurî olarak zuhur etmektedir. Yani bunlar, ilgililerin dikkatini çekmeden, yeni zuhur ettiklerinin farkına varılmadan meydana gelmektedirler. Bu gayrı şuurî zuhur, esas itibariyle kaidelerin mânalarındaki farkedilmez değişmelerle vaki olmaktadır. Keza, bu gayrı şuurî zuhur, vakıa bakımından yeni olan bir durumun, hukukî kıymetlendirme ile ilgili hiçbir yeni unsuru ihtiva etmediğine inanılması suretiyle vaki olur.

Hukukun gayrı şuurî zuhurunun diğer bir şekli de, yeni hukukun eski vakıalara, veya farklı olan diğer vakıalara, «zaten herzaman tatbik edildiği zannı» ile ve «herzaman bu tarzda uygulandığı zehabı» ile tatbik edilmesi halinde görülür.» MAX WEBER hakkında bak: aşağıda § 27.

sadî üstünlüğe sahip bulunduğu, yahut karşı tarafın hiç anlıyamıyacağı bir endüstrinin icapları ile bağlı bulunduğu hallerde aktedilen anlaşmalar, meselâ kollektif iş mukavelesi, yahut bir elektrik-gaz abonman mukavelesi, yahut bir yangın veya kaza sigortası şartnamesi «tarafların, fesadla malûl olmayan iradelerinin karşılıklı ve birbirine uygun şekilde ızharı ile tamamlanmış, ve bu serbest irade tezahürü sebebiyle taraflar için kanun değerinde tutulmuş bir akit» sayılabilir mi? Bir gaz abonesi acaba Şirketle mukavele aktederken kendisine hangi şartların tahmil edildiğini, buna mukabil kendisinin neler talep edebileceğini bilebilir mi? Onun bildiği, kendisinin muayyen bir bedel mukabilinde gazdan faydalanacağından ibarettir. Fakat acaba bu «bedel» kendisinin tahakkuk edecek «istifadesi»nin âdil bir ivazı mıdır? Yoksa o, ne tekniğine ne masrafına akıl erdiremediği muazzam bir gaz Endüstrisi tarafından kandırılmakta, istismar edilmekte midir? Aynı mesele büyük endüstri müesseselerinin kara, hava, deniz nakliye anlaşmaları hakkında da varittir.

Birbiri ile karşı karşıya anlaşma, pazarlık etme ve uyuşma imkânına sahip iki hakiki şahıs arasındaki «akit» ile bir ferd ile muazzam para ve bilgi kudretini temsil eden bir müessese arasındaki tip-mukavele, veya şartnameye dayanan norm mukavele arasında bunların aynı teknik kavram içinde birleştirilmelerine imkân bırakmıyacak farklar mevcuttur. Tarifelerin, şartnamelerin âmme makamlarınca kontrol ve tasdiki usulü, işte bu farkın şuuruna varılmasının alâmetidir: Kanun vazii iktisadî gelişmenin neticesinde türeyen bu tip-mukavelelerin «akit» kavramının dışına taşdığını görmüş ve iradesi, meri hukukun fesad sebebi saydığı hallerle malûl olmadığı halde, sosyal gerçeklik bakımından «daha zaif âkid» durumunda olan müstefid âkidi, hizmet vadeden âkide karşı himaye etmek lüzumunu hissetmiştir.

Kollektif mukavelelerde aynı durum vardır: bunların tarafları kollektivitelerdir, ferdler değil. İşçi teşekkülleri ile patron teşekkülleri arasında imzalanan bu mukavelelerdeki şartlar, bu teşekküllere dahil lâlettayin bir işçinin aktedeceği iş mukavelesinin de şartlarını teşkil eder ki bu son münferid mukavelenin taraflarından biri olan tek işçinin, iradesini, karşı âkide uygun bir şekilde de ızhar ettiği, mukavele şartlarınıonunla dilediği gibi pazarlık ederek, anlaşarak kararlaştırdığı iddia edilemez. O, kendi Sendikasının Patron teşekkülü ile yapmış olduğu bir anlaşmanın şartlarına sadece katılmış durumdadır, o kadar. O halde bu kollektif mukaveleler

acaba «akit» midirler, yoksa ferde şu veya bu surette kabul ettirilmiş «statü» mahiyetinde midirler? Bu son şık doğru görünmektedir ki burada biz artık ferdin «serbestçe tezahür etmiş iradesi»nden değil, belki sosyal fonksiyonu itibariyle mensup olduğu zümrenin «statü»süne uymasından bahsedebiliriz. Ferdin irade serbestisi, evvelâ kendi zümresinin içinde, sonra da karşı zümre ile kendi zümresinin bağdaşmasını, uzlaşmasını ifade eden daha büyük bir toplumun iradesi içinde eriyip gitmektedir (57).

XX inci yüzyılda ferdî hürriyet, irade muhtariyeti, akit serbestîsi gibi kavramların geçirdiği tebeddülleri ve bu değişikliklerin hukuk üzerindeki akislerini izah edebilmek için ne yalnız dogmatik hukuk, ne de yalnız felsefî spekülâsyonlar kâfi gelir. İnsan zihni, böyle bir değişme karşısında evvelâ bunun vakıalar âlemindeki köklerini sorar. Aynı misaldeki durumu ele alırsak, zekânın beklediği cevap, endüstri münasebetlerindeki değişikliğin izahından ibarettir. Çok defa «endüstri mukaveleleri» umumî adı altında toplanan bu çeşitli anlaşmalardaki yenilik, bunların tanzime matuf bulunduğu gerçek endüstri münasebetlerindeki yeniliğe tekabül eder. Bundan başka, tarihî kalıntılar durumunda olan eski meslekî zümrelerin (loncalar v. s.) temizlenmesinden sonra yeni iktisadî şartların zarurî neticesi olarak yeni meslekî zümrelerin (sendikalar v. s.) ortaya çıkışları açıklanmadan kollektif mukaveleleri izah etmek imkânsızdır.

Diğer iltihakî akit tipleri hakkında da durum aynıdır : milyonlarca mukabil âkit ile aynı tip-mukaveleyi tekrarlıyacak olan bir müessese, konusu son derece karmaşık olan hizmet şartlarını tek taraflı olarak baştan tanzim edip bunları tüm olarak karşısındaki milyonlarca âkide arzetmekten başka teknik bir kolaylığa sahip değildir. Fakat bu incecik puntolarla yazılmış mufassal şartlar arasında, mukabil âkit için «tuzak hükümler» de sıkıştırılmış olamaz mı? Hangi yolcu, veya Sigortalı, yahut gaz abonesi bir mukavele imzalamakla hangi şartları taahhüt ettiğini bilebilir? Şartları okumasına mani yoktur, ama, anlamasına imkân var mıdır? O, sadece bir şeye güvenir : Âmme makamlarının, bu müesseselerin hazırladıkları şartnameleri kontrol ve tastik etmiş olmalarına. Böylece o, kendi hukukî kaderini evvelâ bir endüstri şubesinin, sonra da

(57) LUCIO MENDIETA Y NUNEZ — Théorie des groupements sociaux, Paris, 1957, Sh : 193 ve devamı.

âmme makamlarının tensip ve takdirine havale etmiş durumdadır. Başka türlü olabilir miydi? İşte vakıa durumunun neden zarurî olarak bu şekilde tecelli ettiğini ancak sosyolojik bir hukuk araştırması açıklıyabilir.

§. 9 — HUKUK SOSYOLOJİSİNİN TARİFİ :

Aşağı yukarı altmış yetmiş yıllık ömrü olan Hukuk Sosyolojisi hakkında şimdiye kadar muhtelif zaviyelerden çeşitli tarifler yapılmıştır. Bazı tarifler, onun, Etnografi, Antropoloji nevinden bir kültür ilmi olduğu, tavsirî metodla muhtelif cemiyetlerin, kavimlerin hukuk sistemlerini tetkik ettiği noktasından hareket eder ve onu «Hukukî Etnoloji» ye yaklaştırırlar. Meselâ «Hukuk Sosyolojisi, içinde bir hukukun doğup yaşadığı ve müessir olduğu bir cemiyet bünyesinde, bu hukukun müsbet ve ilmî vasıflarını araştıran, metodu bakımından bilhassa ilkel kavimler hukukunun araştırılmasında rol oynayan bir ilimdir» (58) şeklindeki tarif bu mahiyettedir.

Buna mukabil bazı tarifler, Hukuk Sosyolojisini, hukukta tecelli eden kıymet ve gaye tasavvurlarının sosyolojik izahlarını tazammun eden, hukuku sosyal münasebetlerin doğurduğu bir mahsul sıfatıyla tetkik eden bir ilim dalı olarak kabul eder. Meselâ «Hukuk Sosyolojisi, hukuku, normatif görüş noktasından değil, belki, insanlar arası münasebetlerin bir mahsulü olmak bakımından ele alan, hukuk kaidelerinin arkasında gizlenen kıymet hükümlerinin ve gaye tasavvurlarının sosyal faktörlerini inceleyen bir ilim dalıdır» (59) şeklindeki tarif bu mahiyettedir.

Hukuk Sosyolojisi hakkında biraz mufassal tariflerin hemen hepsi onun konu veya görevlerinin tasviri ile karışır. Meselâ CUVİLLİER, genel Sosyoloji sahası içinde Hukuk Sosyolojisine düşen rolü şöyle belirtir :

«..Hukuk Sosyolojisi, ne Hukuk İlmi ne de Hukuk Felsefesi ile karışır. Onun görevi, ne hukukî metinleri tefsirdir, ne de temel hukukî kavramların değeri üzerinde teemmül etmektir. Bu tetkiklerin mücerret görüş açısı yerine, Hukuk Sosyolojisi, bütün

(58) Philosophische Wörterbuch. 1943. Begründet von HEİNRİCH SCHMİDT.
(59) Das Kluge Alphabet. 1957. Berlin.

Sosyolojinin malı olan müşahhas görüş açısını ikame eder. Hukuk, yani müesseseler, sistemler, hukukî kavramlar, tatbikat, v. s. Hukuk Sosyolojisi için bütün diğer sosyal fenomenler gibi tetkiki gereken bir objektif realiteyi teşkil ederler. O halde Hukuk Sosyolojisi şu görevleri yerine getirecektir :

1) Vakıayı tesbit ve tâyin etmek,

2) Hukuk kaidelerinin vücude gelişini tetkik etmek,

3) Hukukî teşekküllerin tiplerini ayırdetmek,

4) Objektif müesseseler şeklinde tahakkuk ettikleri nisbette âmme hukuku ve hususî hukuk mefhumlarını tahlil etmek. (Vecibe, akit, mesuliyet v. s.)

5) Mefhumların tekâmülünü ve bunlarla birlikte hukukun istihalelerini incelemek (60).

Günümüzde Hukuk Sosyolojisi hakında hemen hemen yegâne sistematik eserin sahibi olan GEORGES GURVİTCH'in verdiği tarif ise, kendisinin sosyal gerçeklik hakındaki çokcu (pluraliste) görüşü açıklanmadan pek anlaşılır gibi değildir. Bu zata göre Hukuk Sosyolojisi, «Esprit» Sosyolojisinin bir kısmını teşkil eder. «Esprit» Sosyolojisi ise, (ki buna Kültür Sosyolojisi de denebilir) içine Din, Ahlâk, Hukuk, Bilgi, Sanat ve Terbiye Sosyolojilerini alan bir Sosyoloji dalıdır. Kısacası, içtimaî gerçekliğin manevî cephesini, insan zekâsının, insan ruhunun cemiyet hayatı boyunca yarattığı türlü mahsulleri cemiyet realitesinin diğer cepheleri ile ve birbirleriyle olan bağlantıları içinde tetkik eden Sosyoloji şubesidir. GURVİTCH sosyal gerçekliğin çok buudlu, birçok cepheli, karmaşık bir bünyesi olduğu kanaatındadır. Kendi terminolojisi ile konuşmak icap ederse, küllî içtimaî hâdiseler sathî bir araştırma ile anlaşılamazlar. Zira bunlar, müşahidin, araştırıcının tetkik metodlarına farklı mukavemet gösteren çeşitli tabakalardan, derinliğine sıralanmış çeşitli katlardan (paliers en profondeur) (Depth levels, or the layers) müteşekkildir. GURVİTCH, Sosyal gerçekliği böyle bir metodolojik kıstasla taksim ederek onun, en dıştan görünen cephesinden, en derin, yani nüfuz edilmesi en zor köklerine, en altta kalan tabakalarına kadar muhtelif gerçek-

(60) ARMAND CUVİLLİER — Manuel de Sociologie. 1950 Tome : II Sh : 462 §. 163.

lik katlarını ihtiva ettiğine işaret eder (61). Böyle bir tasnif ve tahlil, birçok çözülmez problemleri halletmeye matuftur : cemiyetin maddî-uzvî cepheleriyle, fikrî mahsulleri ve ahlâkî, manevî estetik değerleri arasındaki münasebet meselesi gibi. Bu meselenin ortaçağdanberi devam eden realistler-nominalistler münakaşasını hatırlattığı malûmdur : Etik değerlerin «varlığı» kabul edilebilir mi? Bunlar «Sosyal realite» kavramı içine girerler mi? İşte GURVİTCH, cemiyet hâdisesini, en madd en fazla ölçüye, tartıya gelen, gözle görülüp elle tutulabilen dış (morfolojik) cephesinden başlayıp, kollektif şuuraltının meyelanlarına kadar ulaşan kademeli bir realite tezahürü olarak görür ve bu realitenin muhtelif derinlik derecelelerindeki katları arasında daimi bir tesirleşme hali mevcut olduğuna işaret eder.

O halde, nüfus hâdiseleri, maddî -sosyal müesseseler, biososyal vakıa tipleri nasıl aynı Sosyal gerçekliğin muhtelif kısımlarını teşkil ediyorsa, «fikirler, etik veya hukukî kıymetler, dünya görüşleri, bilgi sistemleri ilh..» da aynı şekilde sosyal gerçekliğin ayrı ayrı tabakalarını teşkil ederler. Bu itibarla, fikirlerin, değerlerin, (bilginin ve dinin, örf ve âdetin veya hukukun) sosyoloji açısından incelenmesi hem mümkün hem zarurî olur.

GURVİTCH hakkında ilerde daha fazla açıklamalarda bulunmak fırsatını elde edeceğiz. Burada sırf sahamız hakkında verdiği tarifin anlaşılmasına yetecek kadar bilgi vermekle iktifa ediyoruz (62).

Filhakika, GURVİTCH, Hukuk Sosyolojisini şöyle tarif etmektedir : «Hukuk Sosyolojisi, Esprit Sosyolojisinin bir dalıdır ki hukukun bütün sosyal gerçekliğini tetkik eder. Hukuk sosyolojisi kendi tetkiklerine hukukun fiilî kollektif davranışlarda tezahür eden ve hasselerimize çarpan kısımlarından (tebellür etmiş teşkilât, örf-âdet tatbikatı, gelenek ve davranışlarda başgösteren yenilikler gibi) ve maddî temellerinden (hukuki müesseselerin mekânda tezahür eden yapıları ve demografik kesafetleri gibi) başlar. Bu davranışları, hukukun bu maddî tezahürlerini, bunlara hem nüfuz etmiş, ilham vermiş hem de kısmen bunlar tarafından istihale

(61) GEORGES GURVİCH — La Vocation actuelle de la Sociologie. 1950 (Sociologie en profondeur. Sh : 49 - 99).

(62) GURVİTCH sosyolojisi hakkında mücmel bilgi için bak :
RENE TOULEMONT — Sociologie et Pluralisme Dialectique. Louvain - Paris 1955. (İntroduction à l'Oeuvre de Georges Gurvitch).

ettirilmiş olan derunî mânalarına göre tefsir eder. Hukuk sosyolojisi, bilhassa önceden tesbit edilmiş sembolik hukukî örneklerden hareket eder : teşkilâtlandırılmış hukuk, usul kaideleri ve müeyyideler gibi. Nihayet bunlardan, asıl mânasıyla hukukî semboller demek olan yumuşak (souple) hukuk kaidelerine, spontane hukuka doğru gider. Bu sonuçlardan da, bunların ifade ettikleri hukukî değerlere ve idée'lere vasıl olur. En nihayet bu değerleri arzulayan, bu idée'leri idrâk eden kollektif inanç ve sezgilere ulaşır ki, bunlar, hukukun muteberliğinin ve müsbetliğinin asıl kaynağı olan spontane «düstur yaratıcı vakıalar»da (spontaneous normative facts (faits normatifs) tezahür ederler».

«Hukuk Dogmatiği, yalnız muayyen bir topluluğun, muayyen bir zamandaki hukukî tecrübesi için muteber olan normatif örnek ve sembollerin mütecanis bir sistemini tesis edebilir ki, bunun gayesi, mahkemelerin işini kolaylaştırmaktır. Fakat Hukuk Sosyolojisi, bütün cemiyetlerin ve bütün zümrelerin tecrübelerindeki bu hemen hemen sonsuz çeşitliliği her tecrübe tipinin müşahhas muhtevalarını tasvir suretiyle ele alır ve böylece hukukî örnek ve sembollerin, açıklamaktan ziyade örtmüş oldukları hukukun asıl gerçekliğini bütünü ile meydana çıkarır» (63).

Bu tariften anlaşılacağı üzere GURVİTCH, cemiyetlerin fiilen müessir hukukunu, insanların davranışlarında tahakkuk eden hukuk nizamını o cemiyet (veya zümre) halkının kollektif inançlarında ifadesini bulan «adalet» idée'sinin bir nevi «tahakkuk denemesi» olarak kabul eder. Bu mânada her pozitif hukuk gerçekliği, bir camianın kendi «adalet» anlayışını tahakkuk ettirmek yolunda yaptığı bir vasıtasız tecrübedir.

Sosyal gerçekliğin bu birbirinden farklı derinlik (daha doğrusu karmaşıklık, mudiliyet) derecesinde bulunan muhtelif katları arasında daimi bir tesirleşme ve tedahül bulunduğundan, hukuk, din, ahlâk gibi her küllî sosyal hâdise, hakikatte birbirinden farklı müteaddit sosyal gerçeklik katlarının tesirleşmeleri mahsulüdür ve daima bu tesirleşmenin neticelerine tâbidir. Hukuk hakkında da aynı müşahede yapılabilir : meselâ en sathî tabakayı teşkil eden, yani müşahidin en kolaylıkla farkedeceği hukukî realite, ferdlerin fiilen hukuka uymakta olan davranışlarıdır. Daha sonra bu davranışlara rehberlik eden kaideler, Kanunnameler, usul hükümle-

(63) GEORGES GURVİTCH — Sociology of Law. 1953. Sh : 48.

ri v. s. gelir ki bunlar haddizatında birtakım hukukî davranış örnekleri, semboller demektir. Biraz daha derinleşince böyle billûrlaşmış, katılaşmış düsturlar halinde ifadesini bulmamakla beraber, umumiyetle camianın anonim şahsiyeti tarafından yaratılmış ve yaratılmakta olan teşkilâtlanmamış bir hukuk nevi görülür. Bunun tipik misali örf -âdetttir. Diğer misali de şeklî kaynak olan Doktrinden sâdır olan hukuktur. Nihayet muhtelif hak beyannemelerinde ifadesini bulan hukuk ta, böylece, camiada kendiliğinden meydana gelen, yani vazifeli bir organdan sâdır olmamış olan, spontane hukuk nevinin bir çeşididir.

Bunlardan da derine gidilince, camianın, bu hukukta ifadesini bulmuş köklü inaçları, değer ölçüleri, kısacası hukukta tecelli eden «adalet anlayışı» ile karşılaşılır.

Bütün bunlar «hukuk» hâdisesi içindeki tabakalardır. Fakat unutmamak lâzımdır ki, «hukuk» kendisi ile aynı cinsten olmayan diğer küllî sosyal hâdiselerin, meselâ dinin, ekonomik hâdisenin, morfolojik hâdisenin de tesirlerine tâbidir, ve muayyen nispette bu hâdiselere bizzat müessirdir. O halde, Hukuk Sosyolojisi hukukun bu çeşitli derinlikteki sosyal gerçeklik derecelerini, hem birbirleriyle, hem de diğer küllî sosyal hâdiselerle olan münasebetleri içinde tetkik etmekle mükellef bir ilim dalıdır.

Hususiyetlerine ihanet edilmeksizin basitleştirilemeyen GURVİTCH Sosyolojisi üzerinde ilerde daha esaslı bir şekilde duracağız ve burada zarurî olarak deşilmeden bırakılan muhtelif karanlık noktalara ışık tutmak fırsatını bulacağız. Kendisinin teklif ettiği tarif, biraz karmaşık olmakla beraber, Hukuk Sosyolojisinin hemen bütün görevlerini belirtmek gibi bir meziyeti haizdir. Diğer sosyologlarda rastladığımız tarifler ise, umumiyetle, GURVİTCH'in tarifine dahil unsurlardan ancak bir kısmını ve umumiyetle «hukuk ile hukuk - dışı olaylar arasındaki münasebetlere taallûk eden kısmı» ihtiva etmektedirler. Hukukun kendi iç bünyesindeki zenginliğe ve çeşitliliğe işaret eden tarifler hemen hemen yok gibidir.

Meselâ Hukuk Sosyolojisi hakkında zengin bilgi hazinesine dayanılarak meydana getirilmiş diğer sistematik bir eserin müellifi olan TİMACHEFF'in tarifi, kanaatımızca, bu ilmin bütün özelliklerini belirtecek mahiyette değildir : Hukuk Sosyolojisi, gayesi, sosyal hayat ile hukuk arasındaki münasebetlerde carî düzenlikleri keşfederek bunların tabiî kanunlar halinde sistematik bir tasvirini

yapmak olan nomografik bir ilimdir» (64). «Cemiyette, insanların davranışlarının hukuk kaideleri ile tâyin ve tanzim edilmesi, kendisine Hukuk Sosyolojisi denen yeni ilmin mevzuunu teşkil eder. Bu ilmin başlica metodu illî (causal) ve fonksiyonel bir tahlilidir» (65).

TİMACHEFF, hukukta muhtelit bir karakter görür ve onun «etik» değerlerin «iktidar» tarafından desteklenmesi vakıasını ifade ettiğini, böylece insanların iradelerine hitap eden «ahlâkî - emrî» (Ethico - impératif) bir nizam, bir koordinasyon demek olduğunu söyler. Bu itibarla onun kanaatınca, gerek «etik kaideler»in, gerek «iktidar» fenomeninin cemiyet içinde nasıl tekevvün ettiğini, nihayet nasıl olup ta bunların birbirleriyle bağdaşarak «hukuk» dediğimiz sosyal muvazeneyi yarattığını incelemek Hukuk Sosyolojisine düşer (66).

Aşağıda bu sosyoloğun sistemini etraflı bir şekilde izah fırsatını bulacağız. Fakat, verdiği tarifin sadece hukukun tekevvünü ve istihalesi ile ilgili olduğunu, hattâ bu vetireleri de bütün cepheleri ve safahatı ile ihata edecek durumda olmadığını, hukukun kendi içindeki tenevvülerini, tiplerini kale almadığını belirtmemiz lâzımdır.

Görülüyor ki, Hukuk Sosyolojisi hakkındaki tarifler, «hukukun sosyolojik bakımdan tahlil ve izahı» noktasında birleşmekle beraber, bu tetkikin şümulü ile ilgili hususlarda birbirlerinden farklı ölçüler kullanmaktadırlar.

Bundan başka, birçok müelliflerin, Hukuk Sosyolojisi hakkında bir tarif vermekten ziyade onun konu ve problemlerinin, hattâ metodunun tarifi ile yetindikleri, tarifden ziyade tasvire kaçtıkları da bir hakikattir. Meselâ macar bilgini BARNA HORVAT, Hukuk Sosyolojisinin, zamanın ihtiyaçlarına daha iyi cevap verebilecek bir hukuk nazariyesi olduğunu, ancak, bunun için natüralist sosyolojinin metodlarını kullanmaması gerektiğini, ilh. zikrettiği halde, Hukuk Sosyolojisi hakkında açık bir tarif verememiş ve tavsiye ettiği muhtelit bünyeli kritik metodu da lâyıkiyle belirtme-

(64) N. TİMACHEFF — Introduction à la Sociologie Jurdique. 1940, Sh : 24.

(65) N. TİMACHEFF — Introduction à la Sociologie Juridique. 1940, Sh : 37.

(66) N. TİMACHEFF — Introduction à la Sociologie Juridique. 1940, Sh : 38, 161, 231.

miştir (67). Bundan başka Hukuk Sosyolojisini, konusunu da metodunu da, hattâ görüş açısını da diğer disiplinlerden temine çalışan garip bir ilim dalı, daha doğrusu bir hukuk nazariyesi haline sokmuştur (68).

Buna mukabil ERİCH FECHNER 1956 da yayınladığı eserinde Hukuk Sosyolojisinin, hukuku, insan cemiyetinin kısmî bir tezahürü olarak tetkik eden bir ilim olduğunu ve bunu yaparken umumî sosyolojinin metodlarından faydalandığını belirtmekle bu ilim dalının yerini açıkça göstermiştir (69).

Esasen bu basit tarifi aşan izahlar, yukarıda işaret ettiğimiz gibi, konu ve problemlerin sayılmasına müncer olmaktadır ki bunu, tarif formülleri gibi ne de olsa dar bir çerçeve içinde yapacak yerde, ayrı bir bölüm olarak açıklamak ve tartışmak daha münasiptir. Zaten bütün tarifler, netice itibariyle, bize konu ve meselelerin mücmel ve sembolik bir şekilde hatırlatılmasından başka bir şey değildir.

---

(67) BARNA HORVATH — Rechtssoziologie. 1934. (le résumé français : 181 - 242.)

(68) GEORGES GURVİTCH — Eléments de Sociologie Juridique. Paris 1940. Sociologie Juridique et Théorie processuelle du Droit. Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique. Paris 1935 n : 1 - 2 Sh : 138, 140

(69) ERİCH FECHNER — Rechtspliosophie, Soziologie und Metaphysik des Rechts. Tübingen 1956 Sh : 266, 267.

II — HUKUK SOSYOLOJİSİNİN KONUSU BÖLÜMLERİ VE PROBLEMLERİ

§. 10 — HUKUK SOSYOLOJİSİNİN KONUSU VE BÖLÜMLERİ :

A — Genel olarak :

Hukuk Sosyolojisinin konusu, hukukun gerçek kaynakları, hukukun sosyal gerçekliğin diğer cephelerinden müteessir olma nisbeti ve ayrıca gerçekliği düzenlemek, onu kendi kalıpları içinde cereyan ettirebilmek bakımından hakiki müessiriyet derecesidir. O halde, Hukuk Sosyolojisi, hukuk, esas itibariyle iki durum içinde tetkik eder : a) müşahhas cemiyet hayatının bir mahsulü olarak. b) bu gerçek cemiyet hayatının bir nâzımı olarak.

Bu aslî konuların aydınlatılması, birtakım tâli mevzuların incelenmesine bağlıdır ve bu tâli konular da civar ilimlerin yardımları ile, onlarla bir işbirliği yapılmak suretiyle incelenebilir. Bu, Hukuk sosyolojisinin müstakil bir ilim dalı oluşuna mani değildir. Hukuk Sosyolojisi, hukukun konusunu, düzenleme mevzuunu teşkil eden hayat münasebetleri hakkındaki gerçeklik bilgisini, bu münasebetlerin doğrudan doğruya talluk ettikleri ilim dallarından alır, hukuk normlarıyla bu münasebetler arasındaki irtibatları ve tesirleşmeleri izaha çalışır. Bu itibarla Hukuk Sosyolojisinin kendine mahsus tarifleri, sınıflama şekilleri, mefhum kategorileri, nazarî tipleri, vasatî tipleri, kısacası türlü kavram konstrüksiyonları vardır. Bu terminoloji ve tipoloji, hukukun dogmatik ve felsefî tetkiklerinde kullanılan tabirlerden ve tipleştirmelerden farklı olduğu gibi, muhtelif sosyoloji cereyenlarından ilham alan Hukuk Sosyolojilerinde de birbirinden farklıdır (1). Meselâ uzviyetçi sosyolojiye dayanarak yaratılan ve

(1) İtiraf edelim ki, her hukuk sosyoloğu için ayrı bir terminoloji cedveli hazırlamadan bunların sistemlerinin hakiki manalarını anlamak pek zordur. Her bilginin, kendi icadı olan bir terimi n e a n l a m d a kullandığını, gene k e n d i ifadesine göre sağlam bir şekilde tesbit etmek ve

ya bihevyorist sosyolojiye dayanan bir Hukuk Sosyolojisinin terminolojisi ile, manevî ilimler cereyanına mütemayil bir Hukuk Sosyolojisinin terminolojisi arasında benzerlik bulmak zordur (2). Bu bakımdan Hukuk Sosyolojisinin manzarası ve kaderi, teknik inşaalara dayanan zengin bir kavram ve terim arşivine sahip klâsik Hukuk İlminden ziyade, hâlâ büyüme çağının buhranlarından kurtulamamış olan Sosyolojinin haline ve kaderine benzer, daha doğrusu buna bağlı kalır. Mamafih, bu terim ve kavram bolluğu, bunlar arasında bir tecanüs ve tekabül tesis edilemeyişi Sosyolojinin konusundaki karmaşıklığın ve tecanüssüzlüğün hemen hemen zarurî bir neticesi gibi görünmektedir (3). Bütün bu mudil realitenin ekol farklarının üstünde sistematik ve yeknesak bir izahının ancak geleceğin münkeşif Sosyolojisine nasip olacağı tahmin edilmektedir. Bugün için, Sosyoloji sahasındaki çeşitli ekollerin veya ekol farklılığının üstüne çıktıklarını iddia eden nazariyelerin hepsi taranmak, ve ışık tuttukları sahaların hangileri olduğu seçilmek şartıyladır ki «Hukuk» hakkında elde edilmiş sosyolojik hakikatler toplanabilir ve hukukun sosyolojik bir izahı -bugünün ilim seviyesine göre- tamamlanabilir.

Bu itibarla «Hukuk Sosyolojisi» sahasında tek taraflı ve mut-

---

başkalarının aynı anlam için kullanmakta oldukları diğer tabirlerle karşılaştırmak lâzımdır.

Bu hususta tipik bir misal olarak Amerikan Sosyoloğu LLEWELLYN'n teklif ettiği terminolojiye bakılabilir : Law - ways, Rules of law - stuff, Legal, legal (Büyük harfli ve küçük harfli kelimeler ayrı manadadır), Legaloid, Skelegal, Jurid, Law - wavers ilh.. gibi terimleri ancak bu müellifin lûgatçesine göre anladığımız takdirde izahlarından bir mana çıkarabiliriz. Bak :

K. N. LLEWELLYN — The Normative, the Legal, and the Law Jobs. The Proplem of Juristic Method. (The Yale Law Jornal. Volume 49, June 1940, Number : 8, Sh : 1355 - 1400).

(2) Bununla beraber çok defa farklı terimlerle birbirine pek yakın, hattâ aynı kavramların murat edildiği de vakidir. Bu hususlara sırası geldikçe temas edilecektir.

(3) Sosyolojik terminolojinin karışıklığı biraz da kullanılan tabirlerin cari lisanda daima kullanılmakta olan, fakat başka manalara gelen kelimelerden müteşekkil olmasındadır (FAİRCHİLD - Dictionary of Sociology 1955. Preface). Bununla beraber, unutmamalıdır ki Terminoloji meselesindeki buhran, izah tarzlarındaki buhranın doğrudan doğruya bir neticesidir. Bu hususta bak : GEORGES GURVİTCH -La Crise de l'Explication en Sociologie. (Cahiers int. de Sociologie. 1956 Volume XXI, Sh : 3 - 18). Keza : G. G - Traité de Sociologie, Paris 1958, Sh : 236 ve devamı.

lak seçimler, tercihler, iddialar bize uygun gelmemektedir. Kanaatımızca her sosyoloji ekolü muayyen hususları aydınlatmış, fakat muayyen problemleri de yanlış tefsir etmiş veya kendi görüş açısını verimli olmadığı sahalara da teşmil etmek için fazla zorlamıştır. Bu itibarla biz, Hukuk Sosyolojisinin vazettiği problemleri sıralayıp bunlara verilen en elverişli cevapların, en hakikate yakın hal suretlerinin hangileri olduğunu araştırmayı, bunun için de muhtelif izah denemelerini vakıa durumlarıyla karşılaştırıp kontrol etmeyi daha uygun buluyoruz.

Bu itibarla biz, Hukuk Sosyolojisinin problemlerini ve münferit tetkik konularını belirli bir sınıflama içinde belirtmeyi daha münasip görüyoruz. Ancak yukarıda terminoloji ve hareket noktası hususlarında müşahede edilen farklılıklar, bu yeni ilmin iç tasnif şekillerinde de görülmektedir. Bazı sosyologlar, Klâsik Hukuk ilminin sınıflamalarını esas almış ve bütün bilinen hukuk şubelerinin ayrı ayrı sosyolojik tetkiklerinin, Hukuk Sosyolojisinin içbölümlerini teşkil edeceğini kabul etmişlerdir. Meselâ Fransız hukukçusu olan RAOUL DE LA GRASSERIE Âmme Hukukunun Sosyolojik Prensipleri (4) adlı eserinde, İdarî Âmme Hukuku Sosyolojisi, Esasî Âmme Hukuku Sosyolojisi, Milletlerarası Âmme Hukuku Sosyolojisi ilh.. gibi hemen hemen bütün klâsik hukuk dalları ve kategorilerinin sonuna bir «Sosyoloji» ekinin ilâvesiyle bir sınıflama şekline vasıl olmuştur. Böyle bir ifrattan uzak olan Prof. FINDIKOĞLU, «Hukuk Sosyolojisinin meşgul olacağı hukukî meseleler, bizzat hukukun artık klâsikleşmiş olan tasniflerinden çıkarılabilir» diyerek (5) Hukuk Sosyolojisi dallarını dörde icra etmiştir : I) Medenî Hukuk Sosyolojisi, II) Esas Teşkilât Hukuku Sosyolojisi, III) Ceza Hukuku Sosyolojisi, IV) İdare Hukuku Sosyolojisi.

Biz, Hukuka, dogmatik zaviyeden değil, sosyolojik açıdan bakılınca, daha ziyade pratik ve geleneksel bir sınıflama şekli olan klâsik hukuk tasnifinin elverişli olmıyacağı kanaatındayız. Esas itibariyle Amme Hukuku - Hususî Hukuk ayırdına dayanan bu sınıflama şeklinin, bizzat bu günkü Hukuk Dogmatiği için dahi elve-

(4) RAOUL DE LA GRASSERİE — Principes sociologiques de Droit Publique. 1911.

(5) Z. F. FINDIKLIOĞLU — İçtimaiyat, üçüncü cilt HUKUK SOSYOLOJİSİ, İstanbul 1958, Sh : 54.

rişsiz olduğu malûmdur (6). Yeni yeni hukuk branşlarının, yeni hukukî kategorilerin bu sınıflamalar içine yerleştirilmesi gittikçe güçleşmektedir. Bu itibarla, Hukuk dogmatiği için dahi pek kifayetli olmayan bir sınıflamayı Hukuk Sosyolojisinde takip etmeyi elverişli görmüyoruz.

Sosyolojik açıdan yapılmış tasniflere gelince, bunlar arasında da müşterek bir şekil bulunamamaktadır. SİNZHEİMER'in (7), TİMACHEFF'in (8) GEİGER'in (9) ve nihayet GURVİTCH'in (10),

---

(6) Aşağıda ,§ 10 (Mükerrer) B. «Diferansiyel Hukuk Sosyolojisi» not (30).

(7) H. SİNZHEİMER — Der Taak der Rechtssociologie, 1935. (Bu tasnif hakkında açıklama ve tenkid için bak : GURVİTCH : Sociology of Law 1953, Sh : 151). Bu müellife göre Hukuk Sosyolojisi dört bölümü ihtiva eder :

I — Tasvirî Hukuk Sosyolojisi : Çeşitli cemiyetlerin hukukî hayatlarına ait vakıaların toplanması ve tasviri ile meşguldür.

II — Tenkidî Hukuk Sosyolojisi : Tezahür eden kollektif davranışlarda hukukî normların tecelli ve tahakkuku meselesini inceler.

III — Jenetik Hukuk Sosyolojisi : Hukuk normlarının muayyen sosyal çevrelerdeki istihallerini inceler.

IV — Nazarî Hukuk Sosyolojisi : Hukuk gerçekliğinin teşekkülü üzerinde manevi, morfolojik ve ekonomik unsurların tesirlerini tetkik eder.

Müellifin, Devlet ile Cemiyet kavramları arasındaki münasebetlerle ilgili fikirleri için bilhassa bak :

HUGO SİNZHEMİER — L'Etat et la Société à notre Epoque. (Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique. 1934 n : 3-4 Sh : 129-140. Keza :

HUGO SİNZHEİMER — Soziologische Methode in der Privatrechtswissenschaft. 1909.

HUGO SİNZHEİMER — Die Soziale selbsestimmung im Recht. 1916.

(8) N. S. TİMACHEFF — Introduction à la Sociologie Juridique, 1938. Bu sosyolog, Hukuk Sosyolojisinin belli başlı üç bölümü ihtiva edeceğini, bunlardan birinin «Etik» probleminin, diğerinin «İktidar» fenomeninin, ve nihayet üçüncüsünün de etik'in iktidar tarafından desteklenmesi olan «Hukuk» hâdisesinin tetkiki olduğunu söylüyor. İlerde daha geniş olarak açıklanacaktır.

(9) TH. GEİGER — Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts. Kopenhangn, 1947.

(Bir Hukuk Sosyolojisi için tetkiki zarurî sayılan problemlerin ihzarî çalışma mahiyetinde belirtilmesini gözeten bu eserde, sırasıyla, şu meselenin tahlili yer almaktadır : I — Sosyal nizam, II — Sosyal nizamın tekevvünü, III — bir nizam tipi olarak hukuk, IV — Hukuk normunun bağlayıcılığı, VI — Hukuk ve ahlâk, VII — Hukuk ve iktidar, VIII — Hukuk şuuru.)

(10) GURVİTCH — Eléménts de Sociologie Juridique 1940. (Esas itibariy-

BARNA HORVATH'ın (11) tasnif şekilleri birbirine uymaz, zira bunlar, evvelce söylediğimiz gibi, Hukuk Sosyolojisinin konusunun hudutlandırılması meselesinde anlaşmış değillerdir. Yeni bir ilim dalı için tabiî, hattâ faydalı olan bu gibi fikir çarpışmalarının üstüne çıkılacak olursa, bütün bu ayrı ayrı tasnif şekilleri içine sığdırılan konuların hemen hepsini içine alabilecek, daha geniş, daha etraflı bir bölünme tipinde karar kılınabilir. Bu bakımdan, itiraf edelim ki G. GURVİTCH'in tasnifi en geniş ve en elverişli olanıdır. Ancak, bunda da bazı değişiklikler veya genişletmeler yapılması faydadan hali olmayacaktır.

Tetkik konularının sınıflanması, maksada elverişli olabilmek için, belirli prensiplere dayanmalıdır. Maksad ise, hukukun, sosyal gerçeklikle olan münasebetleri bakımından tetkik ve tahlildir. Böyle bir tetkik, bize, herşeyden evvel hemen hemen hudutsuz bir «hukuk çeşitliği» gösterir. Muhtelif milletlerin, kavimlerin, bölgelerin, halkların, hülâsa çeşit çeşit zümrelerin, tarihin çeşitli çağlarında sahip oldukları, hükümlerini hayatlarına tatbik ettikleri türlü hukuk sistemleri veya sadece «hukuk tipleri» vardır. Biz, bunların t a s v i r î bir tetkikini yaparsak, bir hukuk Sosyolojisine değil belki bir Hukuk Tarihine veya Mukayeseli Hukuka hizmet etmiş oluruz. Bu itibarla bizim yapacağımız şey t a s v i r 'den ibaret olmadığı gibi, tasvir için de elimizde belli başlı kıstasların bulunması lâzımdır. Falan toplumun hukuku, filan toplumun hukukuna nazaran şöyledir veya böyledir diyebilmemiz için, evvelâ h u k u k n e v i l e r i'nin bir tasnifine sahip olmamız gerekir. Öyle ki bu tasnif, çeşitli hukuk tiplerinin müşahedesinden elde edilmiş olmakla beraber, yani tüme varım yoluyla kazanılmış olmakla beraber, belirli bir tetkik safhasından sonra rastlayacağımız yeni hukuk tiplerinin tasvir ve tasnifi işinde bizim için bir prensip hizmetini görsün ve biz bu yeni tipin özelliklerini, bu prensipten o hususî hale inmek suretiyle, izah edebilelim. O halde Hukuk Sosyolojisinin ilk

---

le biz, bu sosyoloğun tasnif şeklini kabul etmiş olduğumuzdan eserin devamı sırasında ve bizzat bu zata ayırdığımız bölümde bu konu teferruatıyla görülecektir).

(11) BARNA HORVAT — Rechtssoziologie 1934. (résumé en français : Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique. 1935, n : 1-2, Sh : 181-242).

Bu zat Hukuk Sosyolojisi problemlerinin, esas itibariyle dörde icra edileceği kanaatindadır : I — Hukuk ve İktisat, II — Hukuk ve mücadele, III — Hukuk ve İktidar, IV — Hukuk ve İlim.

bölümü, hukukun, içtimaî hayatın hukuk yaratıcı cephelerine tâbi olarak tahlil ve gene bu sosyal gerçeklik kaynaklarındaki farklara uyularak tasnifi ile meşgul olmalıdır.

Sosyologlor, hukuka vücut veren sosyal gerçeklik münasebetlerini merak etmişler ve kâh belirli temel vakıaların (EHRLİCH), kâh tesanüd şekillerinin (DURKHEİM v.s.) hukuka vücut verdiğini iddia ve müdafaa etmişlerdir. İlerde etraflı bir şekilde duracağımız bu konuya burada temasımızın sebebi, sosyologların asıl endişesinin, daima, v a k ı a durumları ile n o r m muhtevaları arasında bir köprü veya müşterek bir temel teşkil eden gerçeklik nevilerini yakalamak olduğunu belirtmekten ibarettir.

Böylece Hukuk Sosyolojisinin ilk bölümü (ki buna GURVİTCH'i takip ederek S i s t e m a t i k H u k u k S o s y o l o j i s i diyeceğiz) bize hukukun aslî ve gerçek sosyal kaynaklarını ve bunlara tâbi olarak değişen nevilerini anlatacaktır.

İkinci bölüm ise, artık elimizde müşahede edeceğimiz çeşitli hukuk tiplerini tesvire yarayacak ölçüler mevcut olduğundan, tarihi gerçeklik içinde rastlanan muhtelif hukuk sistemlerinin veya kadrolarının t i p l e ş t i r i l m e s i ile meşgul olacaktır. Meselâ bizim, feodalite hukukunun korporatif karakterde yahut site hukuk sisteminin ferdiyetçi karakterde olduğunu söyleyebilmemiz için, daha evvelden, sistematik bölümden edindiğimiz birtakım tavsif vasıtalarını kullanmamız icap edecektir : «ferdiyetçi hukuk nevi»-«sosyal hukuk nevi» gibi.

Hukukî Tipoloji diyebileceğimiz bu bölüme D i f e r a n s i y e l H u k u k S o s y o l o j i s i adını vereceğiz.

Nihayet, hangi toplumda olursa olsun, hızlı veya ağır, her hukuk tipi zamanla birtakım değişmeler gösterir. Hukuk, cemiyet hayatının bir mahsulü ve tâbiî olduğu için, ondaki tahavvülleri sür'atli veya ağır olarak, takip eder. O halde her hukuk tipinin zaman içindeki bu tahavvülleri de incelenmelidir. Hangi hukuk sistemi hangi hukuk müessesesi, zamanla hangi istikamete doğru gelişmektedir? Meselâ, mülkiyet müessesesi, zamanla, mülkiyet konusu olabilecek şeylerin sahasını genişletme yolunda mıdır? Yahut, mâlikin hukuken tanınan hak ve yetkileri, zamanla, gittikçe genişlemekte yahut daralmakta mıdır? Evlenme müessesesi, gittikçe eşitçi bir müessese halini mi almaktadır, yoksa aile reisinin otoritesini takviye edici,

korporatif karakterde bir müessese haline mi gelmektedir? Keza hizmet münasebetleri, zamanla âkitlerin durumları üzerinde nasıl bir değişmeyi intaç etmektedir? İşverenin ve işçinin hukuku hangi istikamette gelişiyor? Keza borç münasebetleri zamanla, alacaklının hakları, borçlunun vecibeleri, borç konusu olabilecek şeyler bakımından nasıl bir tahavvül göstermektedir?

Nihayet, hukuk sistemlerinin, bir bütün olarak, zamanla almakta oldukları değişik istikametler nelerdir?

Böylece hukukun gelişme ve değişme temayüllerinin, ayrı bir bölüm tarafından incelenmesi zaruridir. Ancak, bu değişme vetireleri, durup dururken meydana gelmez. «Zaman», kendi kendine değiştirici bir unsur değildir. Zaman içinde birtakım sosyal olaylar cereyan ettiği içindir ki hukuk bunların tesirlerine maruz kalarak değişmektedir. Zaman, sırf cemiyet hayatının bir ömür parçasını ifade ettiği için, değiştirici bir unsur gibi ele alınır. Zaman içinde cemiyet kendi hayatını yaşamış, türlü tahavvüller meydana gelmiş bunların neticesinde de hukuk değişmiştir. Netekim aynı kozmik zaman fasılası birçok toplumların üzerinden geçtiği halde bunlardan ancak bazılarında sosyal gelişmeler vaki olmuş, birçoğunda ise asırlık müesseseler oldukları gibi kalmış veya pek hafif değişikliklere maruz bulunmuştur. Demek ki, hukukun değişme vetireleri, hakikatte muayyen t e s i r l e r e maruz kalmasından dolayı meydana gelmektedir. O halde, h u k u k üzerine müessir olan, onun şu veya bu istikamette değişme veya gelişmesini sağlıyan bir takım f a k t ö r l e r vardır ve bunların incelenmesi gerekir. Ancak bu değişmeler, bu faktörlerin sonuncu olduğundan her iki problemin tevhidi ile tek bölümde tetkiki uygun olur. Bu bölüme ise tekevvün ve istihale problemi ile ilgilendiği için J e n e t i k H u k u k S o s y o l o j i s i diyeceğiz.

Bu suretle, hukukun, sosyal gerçeklik münasebetlerinden doğuşu (Sistematik bölüm), sosyal topluluk tiplerine göre farklılık arzetmesi (Diferansiyel bölüm) ve nihayet sosyal faktörlerin tâbiî olarak zaman seyri içinde değişmesi (Jenetik bölüm) incelenmiş olacaktır.

Buraya kadar saydığımız bölümler, dikkat edilecek olursa, bize sadece bir takım n a z a r î bilgiler sağlıyacaktır. Bu bilgilerden, hukuk düzeninin ıslahı işinde faydalanılmak meselesi ise bu tetkikin içine girmemektedir. Bütün diğer ilim dallarında olduğu

gibi, bu bölümlerde de bize, mûtâ olarak alınan hukukî ve sosyal gerçeklik nevileri arasındaki illiyet veya tâbiiyet münasebetleri gösterilmekle iktifa edilecektir. Bu itibarla bu üç tali bölümün bütününe « Nazarî Hukuk Sosyolojisi » diyebilir ve bunu, bu bölümün sonuçlarından hukuk ıslahatı veya aleıtlak cemiyet düzeni hesabına nasıl faydalanılabileceği konusu ile meşgul olan « Pratik Hukuk Sosyolojisi »nin karşıtı olarak kabul edebiliriz.

Nazarî Hukuk Sosyolojisi, «Hukuk»da ifadesini bulan sosyal değerin ne suretle yaratıldığı, hangi vakıa münasebetlerinin, hangi inanç şekillerinin tesiri altında meydana geldiği, bu suretle meydana gelen hukukî kıymetin bir sosyal çevre içinde nasıl yaşadığı, nasıl devam ettiği, hangi tesirler neticesinde istihale geçirdiği veya muteberliğini kaybettiği ve nihayet bu hukukî değerin cemiyetin diğer cephelerini şekillendirmek, istihale ettirmek bakımından ne nispette müessir olduğu ilh.. gibi hususlarda birtakım vakıa hakikatlerini bulmaya çalışır. Bütün bu çeşit incelemeler bize sosyal bir mahlûk olan sosyal insanın muayyen karakter özelliklerinin ve tarihî bir gerçek olan sosyal muhitin çeşitli hususiyetlerinin hukuk üzerindeki müşterek tesirleri, ve buna karşılık müstakil bir mütehavvil gibi sunî olarak tecrit edilen hukukun bütün bu ferd ve toplum özellikleri üzerindeki değiştirici tesirleri hakkında birtakım «bildirici hükümler», «gerçeklik hükümleri» sağlar veya sağlamaya çalışır. Bu itibarla Nazarî Hukuk Sosyolojisinin araştırmaları hertürlü maksaddan, gaaî mülâhazalardan âri olacaktır ve ancak böyle olduğu takdirde ilmî bir değeri ihtiva edebilecektir. Eğer hukuk normları ile bu normların tahakkuk edeceği sosyal çevrenin gerçek hayat şartları arasında bir ahenksizlik varsa, hukuk normları geride, cemiyet şartları ilerde ise, yahut bunun aksi varitse, Nazarî Hukuk Sosyolojisi bu durumu farketmekle, sebeblerini aramakla mükelleftir. Böyle bir durumun «giderilmesi» meselesi ise, bir taraftan Pratik Hukuk Sosyolojisinin tavsiyeleri, diğer taraftan Hukuk Siyasetinin talepleri dairesinde ve nihayet Hukuk Felsefesinin ışığı altında başarılacak bir aksiyon meselesidir. Bu itibarla, hemen her hususta bu ayrı görüş açıları nazara alınmalı ve her çalışma sahasının kendi meşru araştırma hudutları unutulmamalıdır.

Nazarî Hukuk Sosyolojisi için mühim olan, hukukun yaradılışı, tanınışı, veya müessiriyet derecesi, muhtelif tipleri ve nihayet zaman seyri içindeki değişmeleri ile ilgili vakıa hakikatlerini, olduğu gibi, meydana çıkarmaktadır. Bu neticelere göre hukuk hayatının

ıslah veya tadili işi, Nazarî bölüm dışında kalır. Bununla beraber, böyle bir pratik faaliyetin başarısı, mesnedinin sağlam, objektif ve güvenilir ilmî buluşlara dayanmasına bağlıdır ki bunları da ancak görevini, yetki hudutlarını müdrik bir Nazarî Hukuk Sosyolojisi sağlıyabilir. Böyle bir ilim dalının ciddî bilgiler sağlamasının, hususiyle çağdaş cemiyetlerle ilgili hakikatlere vasıl olabilmesinin hangi araştırma gayret ve külfetlerine bağlı olduğuna ilerde, metot konusunda ayrıca temas edeceğiz.

B — Sosyolojik bakımdan «hukuk» ve «hukuk kaynakları» :

1 — Sosyolojinin konusu : «Yaşayan Hukuk».

Nazarî Hukuk Sosyolojisinin tâli bölümlerine giren konuları teferruatı ile göstermeden evvel, «hukuk» ve «hukuk kaynağı» kavramları üzerinde biraz durmamız, ve dogmatik tetkiklere bağlı kalan zihinlerimizi, meselenin sosyal gerçeklik açısından ele alınışına biraz alıştırmamız lâzımdır.

Bütün Sosyolojik açıklamalara başlamadan evvel, bizim, hukuk hakkında belirli bir telâkkiyi ve bunu ifade eden muayyen bir tarifî benimsememiz uygun olur. Zira şimdiye kadar muhtelif filozoflar ve hukukçular tarafından hukukun yüzlerce tarifi yapılmıştır ve bunlar arasında esaslı farklar vardır (12). Biz, esas itibariyle Hukuk Felsefesine ait olan bir konu üzerinde duracak değiliz. Bununla beraber bütün bu tetkiklerimizde «hukuk»tan ne murat ettiğimizi, sırf çeşitli felsefî doktrin farkları yüzünden, belirtmemiz zarurîdir. Zira halâ sosyolog hukukçuların bir kısmı, hukukçuların bahsettiği «hukuk» ile, sosyologların bahsettiği «hukuk»un aynı şey olmadığına dikkati çekmektedirler ki bu, kanaatımızca oldukça garip bir iddiadır. Eğer sosyologlarla hukukçular arasında «hukuk» hakkında bir tarif iştirakine varılamazsa, bu genç ilmin hukukçuya olan faydası pek mahdut kalacak ve ancak tesadüfen

---

(12) Hukuk hakkındaki tarif bolluğuna misal olarak KENNETH REDDEN'in topladığı kırk yedi tarifin tablosuna bakılabilir. An İntroductory Survey of the place Law in our Civilization. Virginia 1946, Sh: 11-15, Keza :

LEVY - ULLMANN — Eléments d'Introduction générale à l'Etude des des Sciences juridiques. I. La Définition du Droit. 1917. Paris.

CLAUDE DU PASQUİER — İntroduction à la Théorie Générale et à la Philosophie du Droit, Neuchatel et Paris 1942, Sh : 311.

iki meslek erbabının «hukuk» hakkında müttefik oldukları hususlara inhisar edecektir (13).

Biz, bu kanaatta değiliz, ve hukuk hakkında gerek hukukçuların, gerek sosyologların birleşebilecekleri bir umumî tarifin yapılabileceğine ve hattâ fikir tarihinde böyle bir tarifte birleşildiğine işaret edeceğiz. Kanaatımızca esaslı farklar, daha ziyade tasvire kaçan tariflerde görülmektedir. Yoksa hukukun esas unsurlarının, esas hususiyetlerinin kaydı ile yetinen genel tariflerde bu kadar anlaşmazlık yoktur. Bize göre, hukukun kanundan ibaret olduğunu iddia etmeyen her hukukçu, onun sosyolojik bir tarifini yadırgamıyacaktır, hattâ bu gibi sosyolojik tariflerin çoğu, bizzat hukukçular tarafından yapılmıştır (14). Sosyolog ve hukukçuların üzerinde birleşebilecekleri umumî bir hukuk tarifi, kısaca, şu olabilir :

---

(13) ROSCOE POUND — GURVİTCH'in «Sociology of Law, 1953» eserine yazdığı ön sözde R. POUND Sosyologların hukuk kelimesine verdikleri mananın, hukukçuların anladığından açıkça farklı olduğunu, ve hukukçunun, «hukuk» tan yalnız Devlet teşkilâtının hukuk olarak teyid ettiği şeyi anlamakta mazur olduğunu, beyan ediyor! GİRİŞ'te belirtildiği veçhile, kendisinin kurucusu olduğu «Sosyolojik Hukuk İlmi» tekçi bir hukuk anlayışına dayanır ve GURVİTCH'in çokcu (pluraliste) tezine aykırıdır. Bak: a. g. e. Sh: XI.

(14) JELLİNEK — L'Etat Modern et Son Droit: T: I Sh: 508. «Hukukî normlar,asla cebrî normlar değil, fakat teminatlı normlardır» der ve hukukun müessiriyetinin, arkasında meknuz olan Devlet cebrinden değil, belki bizim, hukukun itaat edilmesi gereken bir şey olduğuna inancımızdan ileri geldiğini, bu ruh haletinin bir maşerî kanaat, bir maşerî inanç olarak muhitte yaşamasının hukuk kaidesinin asıl teminatını teşkil ettiğini, Devlet zecrinin ise ancak bu sosyal inancın bir yardımcısı olduğunu söyler: a.e.g. Sh: 503, 505 ve 507. Keza Devlet ile Hukuk arasındaki münasebet hakkında, bu münasebetin Devlet tarifine bağlı kaldığını, ve Devletten sade modern Devlet murad edilmekte ise, hukukun bundan mukaddem olduğunu, hukukun, evvelâ ailede, sonra kabilede doğup geliştiğini kaydeder. Ancak bütün bu toplulukların asgarî bir teşkilâta sahip olmaları bakımından bir Devlet rüşeymi gibi kabulleri mümkündür ki yalnız bu mânada hukuk Devlete müterafık farzedilebilir. Sh: 546.

Modern Devlette ise, zamanla, teşri inhisarını Devlet almış olduğundan, ancak iki çeşit hukuk vardır: 1) Devletin yarattığı hukuk 2) Devletin cevaz verdiği hukuk. Bugün hukuklarını bizzat kendileri yaratan zümreler hâlâ mevcuttur. Ancak, bunların yarattığı hukukun teminatı, JELLİNEK'e göre «hukukî» değil, sosyal bir teminattır : Maşerî inanç v. s. gibi. Ne zaman Devlet bu zümrelerin hukukunu tecviz eder, buna müsaade ederse, işte o zaman bu hukuk Devletçe tanınmış sosyal hukuk olur. a. g. e. 547 vd).

«Hukuk, bir toplumda, müsbet bir değerin (adaletin) tecellisi sayılan, ve tahakkukları fiilî bir sosyal teminat ile sağlanmış olan davranış kaideleri demektir». Bu tarif, dogmatik hukukçuların alışkın oldukları tariflere pek aykırı değildir. Filhakika onlar, «Hukuk müeyyideli hattı hareket kaideleridir» derken, müeyyide tabiri ile umumiyetle Devlet zecrini anlamakta, bunu vicdan veya umumî efkâr baskısına karşıt olarak kullanmaktadırlar. Bizim verdiğimiz tarif ise, Devletten mukaddem olan sosyal müeyyide şekillerini de içine almaktadır. Keza bu tarif, Devlet hukuku teessüs ettikten sonra dahi yaşamakta devam eden spontane hukukun teminatını da içine alır. Biz «fiilen» tâbiri yerine, «müessir» tâbirini de kullanabilirdik. Ancak bu sıfat, ahlâk âdap kaidelerinin müeyyideleri hakkında da kullanılabilen bir terimdir ve bir kaidenin ikna yoluyla ikna yoluyla müessir olabilmesi ihtimalini de içinde alır. Halbuki hukuk kaidesinin özelliği, ihlâli halinde, ihlâl edene fiili bir karşılığın gösterilmesindedir. İhlâl eden, sadece ayıplanmakla, hor görülmekle kalmaz fiilî bir karşılığa maruz kalır : ceza görür, bir şey yapmaya mecbur bırakılır, yahut bir şeyi yapmaktan men edilir, nihayet camidan kovulur veya öldürülür İlh.. Bu tavsif şekli bizi, yetkili organların ısdar ettiği ve fakat şu veya bu sebeple fiilen tatbik etmedikleri müeyyidelere sahip kaidelere «hukuk» demekten alıkoymaktadır ki, «ölü maddeler», veya «kâğıtta kalmış hukuk» gibi tabirlerle, Dogmatik Hukuk İlmi dahi bu gibi hükümlerin hukukiliğinden şüphe ettiğini itiraf etmiş bulunmaktadır. Böylece, Dogmatik Hukuk İlmi ile Hukuk Sosyolojisi arasında müşterek olan konu, herhangi bir toplumda yalnız şeklen mer'î olan değil, fiilen de müessir bulunan, ferdlerin davranışlarında tahakkuk eden hukuktur. Kısacası «Yaşayan Hukuk» (Droit vivant), (Living Law), (lebendiges Recht).

O halde hukuk hakkında elbirliğiyle kabul edilebilecek olan bu tarife göre, hukuk normları, tahakkuklarının sağlanması sadece ferdin vicdanına bırakılmış olan ahlâk normlarından, keza tahakkukları transandantal bir imanın kuvvetine terkedilmiş olan din normlarından, ve nihayet tahakkuk şansları sadece muhitin pasif bir tenkidine havale edilmiş olan görenek ve muşaret normlarından ayrılır. Hukuk normu, ihlâlinde, sosyal çevreden, ister teşkilâtlı bir makam delâletiyle, ister çevre halkının spontane bir tepkisi ile olsun, behemahal fiilî bir karşılığı tahrik eden bir normdur. Hiç şüphesiz bu karşılık, istisnasız bütün ihlâllerde tahakkuk etmiyebilir. Bazı ihlâller kaçamak yolunu bulabilir, cezasız, karşılıksız kalabilir, fakat

bu, ancak istisnadır. Karşılıksız kalma hali umumileştiği ve devam ettiği takdirde artık bir «hukuk» normunun varlığından bahsedilemez.

Sosyal teminat (garantie sociale) (15), topluluk üyelerinin suçlu üzerine spontane bir reaksiyon ile çullanmasından (linç, recim v. s. gibi) başlayıp suçlunun zümresinden koğulmasına, kendisiyle türlü boykotaj durumuna geçilmesine, ve nihayet taazzuv etmiş Devlet teşkilâtının yetkili kaza ve icra cihazlarının türlü infaz şekillerine kadar gider. Bütün bu sosyal teminat şekilleri arasındaki fark, mahiyet farkı değil, tekâmül derecesi farkıdır (16). Esas olan, hukuk kaidesinin ihlâline karşı, ilgili toplumun fiilî bir reaksiyon göstermesi ve bu suretle kaidenin tahakkuk şansını kuvvetlendirmesidir.

Dogmatik hukuk dilinde «müeyyide-sanction» tâbiri, daha ziyade Devlet teşkilâtının yetkili bir organı tarafından tesbit ve diğer bir yetkili organı tarafından tatbik edilen zecir şekli olarak anlaşıldığından, «sosyal teminat-garantie sociale» tabiri, hukuk normlarının nev'i hususiyeti hakkında daha umumî bir kıstas ifade etmektedir Hukukçulardan DUGUİT, JELLİNEK ve nihayet modern hukuk sosyologlarında MAX WEBER, GURVİTCH bu kavram üze-

(15) GEORGES GURTVİCH — Sociology of law 1953, Sh : 47 (müellif, burada hukuk hakkında tasvire kaçan bir tarif vermekte, ve «sosyal garanti» kavramını, norm doğurucu aslî vakıaların normların müessiriyetini sağlamaları anlamına kullanmaktadır. Bu norm doğurucu vakıalar, «zümre» ve «kaplamsal cemiyet» hayatlarıdır. Müellife göre, içtimailik şekilleri (ve bunların tezahürü olan içtimaî rabıtalar), hukuk tevlidine müsait olmakla beraber, sosyal teminatı yaratmaya kabiliyetli değildirler. Sosyal teminat, behemehal hukuku ihlâl edene tevcih edilebilecek bir topluluk kudretini tazammun eder. Bu konulara aşağıda avdet edilecektir.

(16) MAX WEBER, hukuku şöyle tarif ediyor: «... Böylece hukuk, bizim anladığımıza göre, sadece, ampirik muteberiyet ihtimaliyeti, nevine has teminatla teçhiz edilmiş olan bir «nizam sistemi»nden ibarettir. «Teminat altına alınmış hukuk» tâbirinden, bir «zecir cihazı»nın mevcut olduğu anlaşılmalıdır. Bu, bir veya birkaç şahsın, normları desteklemek gayesiyle sureti mahsusada temin edilmiş zecir vasıtalarını tatbike amade bulunmakla mükellef olmaları demektir.» (MAX WEBER on Law in Economy and Society. edited by MAX RHEİNSTEİN. 1954. Sh: 13).
Keza: «...Biz nerede tavsif edilmemiş bir şekilde «hukuk»tan bahsedersek, bununla hukukî zecirle teminat altına alınmış hukuku kasdetmekte olduğumuzu söyliyelim.» (a. g. e. Sh : 14).

rinde ısrar etmektedirler ki ilgili bölümlerde bu noktalara ayrıca temas edilecektir. Şimdilik hukukun, yalnız Devletten sadır olan zecirle değil, câmiadan türlü yollarla sadır olan türlü zecir şekilleriyle desteklenmiş kaideler demek olduğuna işaretle iktifa edebiliriz (17).

Bundan başka, verdiğimiz tarifte, hukuk olarak tavsif ettiğimiz kaidelerin «müsbet bir değerin tecellisi sayılmaları» kaydını belirtiyoruz. Böylelikle, bir topluma cebren yüklenen, toplumun hiç te tasvip etmediği, bir hürmet hissine lâyık görmediği normların hukuk sayılamıyacağını ifade etmek istiyoruz. Hiçbir etik değeri ihtiva etmeyen, çıplak bir zecir teşkilâtı da birtakım «kaideler»e göre işliyebilir. Bu, kötü manâda, sırf nizam kaideleri hukuk değildir. Bunlar maddî cebrin icra yollarıdır. İstilâ ordularının düşman halk kitlelerine hitap eden emirleri, âsilerin fiilî kuvveti ele geçirir geçirmez koydukları yasak hükümleri, fiilî müeyyideleri olduğu halde hukuk vasfında değillerdir (18). Meğerki zamanla halk efkârını, kendi meşruiyetlerine inandırmış olsunlar.

Hukuk sosyologlarının bir çoğu «meşru kılma fenomeni» diye-

(17) MAX WEBER'in «zecir cihazı»ndan muradı hiçbir zaman sadece Devlet teşkilâtının şubeleri değildir. İlkel cemiyette suçluya karşı mağdurun soyu sopu kan gütme görevi ile veya kısacası icra ile mükellef bir infaz organı idi. Büyük islav aile birlikleri olan Zadrugalar, kendi üyeleri için bir zecir cihazını ihtiva ederdi. Bir kulübün, bir dinî zümrenin kendilerine has zecir cihazları vardır ve zecir behemehal Maddî cebir demek değildir. İşte bu bakımdan WEBER, Devlet hukukunu, zecir cihazının siyasî otoritenin elinde bulunmasıyla tefrik eder. «Nerede bir hakkın teminatını teşkil eden zecir vasıtaları siyasî otoritelerden gayrı otoritelere ait ise, biz orada «Devlet-dışı bir hukuk» bulunduğundan bahsedeceğiz. Meselâ bu cihazların Ruhban teşkilâtına veya (kiliseye) ait olması halinde olduğu gibi.» (a. g. e. Sh: 16).

Ancak WEBER, hukuk normunun ihlâli halinde bir veya birkaç şahsın sosyal zecri tatbikle vazifeli olmayıp da bütün camianın spontane bir tepki göstermesi halinin «hukukî bir infaz» sayılabilmesini, camiada bu hususta sarih bir kaidenin mevcut olmasına, yani herkesi suçlu aleyhine harekete geçmeye mecbur eden bir normun açıkça tanınmış, kabul edilmiş bulunmasına bağlı tutar. a. g. e. sh: 18).

(18) N. S. TİMACHEFF — a. g. e. 203, ve devamı (Müellif, her nizamın behemehal etik karakteri olmadığını, her Devlet iktidarının behemehal hukukî bir vasfı bulunmadığını iddia eder ve hukuktan âri nizam ve iktidar şekillerinin örneklerini verir ki, bu hususlara ilgili bölümde yer vereceğiz Bak: TİMACHEFF'in Hukuk Sosyolojisi.

bileceğimiz bu problem üzerinde ısrarla durmuşlardır ki, ilerde sırası geldikçe bunlara ayrıca temas edeceğiz (19).

Böylece biz, hukuk hakkında, onun muhtelif nevilerini içine alacak, gerek fikrî gerek maddî temellerini tebarüz ettirebilecek, geniş bir tarife vasıl olmuş oluyoruz. Sosyolojik açıdan bakılınca Hukukun muhtelif nevileri olduğu ve bunlar arasında kâh tamamlanma, kâh çatışma, kâh birlikte müessir olma gibi muhtelif durumların bahis konusu olabileceği hatırdan çıkarılmamalıdır.

Hukuk Sosyolojisi, «Hukuk» kavramı çinde işte bu çeşitli hukuk tiplerin hepsini ele alır ve bunların çoğunluğunu, birlikte tahakkuk şanslarını inceler, aynı münasebetin zamanla muhtelif hukuk nevilerine konu teşkil ettiğini görür, bunları mukayese eder, fakat hiçbir zaman bu muhtelif hukuk nevilerinden birinin diğerinden daha «kıymetli» olduğu, birinin karşısında diğerinin tanınmaması «gerektiği» hakkında peşin bir kıymet hükmünde bulunmaz, bulunamaz. Hukuk Sosyolojisi, nazarî bir disiplin olarak, sosyal vakıa durumunu müşahede ile yetinir. Falan nevi münasebetler falan hukuk nevinin müessir olduğu, filan çeşit münasebetlerde ise filan hukuk nevinin daha çok tutunduğunu tesbit eder. Örf ve ödet hukukkunu da içine alan ve GİRİŞ'te bahsi geçen «spontane hukuk»un mevcudiyetini tanımak, onun daha fazla «muteber» olduğunu iddia etmek demek değildir. Bu belki, onun muayyen sahalardaki fiilî müessiriyetini tesbit etmekten ibarettir. Tarihin muayyen safhalarında yalnız spontane hukuk nevi hâkim olmuş (ki örf-âdet hukuku bunun tipik örneğidir) muayyen safhalarında ise Devlet hukukunun yanıbaşında bir spontane hukuk şekli beraber gitmiş, belirli cemiyetlerde, belirli safhalarda bunlardan biri daha ileri, diğeri daha geri bir nizam şeklini temsil etmiş olabilir. Her hususî hal, ayrıca tetkike ve takdire muhtaçtır (20). Meselâ sosyal gelişmenin ağır ve tekâmül yoluyla vaki olduğu cemiyetlerde güç ve geç değişen Devlet hukuku, sosyal ve ekonomik ihtiyaçları daha yakından takip eden spontane hukuktan daha geri kalmış olabilir. XIX uncu yüzyıl garp cemiyetlerinde müşahede edilen hal gibi. Buna mukabil, sosyal tekâmülün cezrî ıhtilâl ve inkılâplarla çabuklaştırılmaya çalıştığı cemiyetlerde idealist ve istikbale muzaf bir cemiyet durumunu tahakkuk ettir-

(19) ERNEST HİRŞ — Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri 1949, sh: 399.

(20) GEORGES GURVİTCH — Eléments de Sociologie Juridique. Paris 1940, sh: 177.

mek isteyen Kanun vaziinin yarattığı hukuk, ancak örf-âdet safhasında kalan, yahut pek eski bir teşrîî hukukun bakiyeleri durumunda olan mahallî spontane hukuktan çok daha ileri olabilir. Bütün mesele, hukuk âlemindeki karmaşıklığı ve çokluğu kavramakta ve fiilî durumun sebeblerini keşfedebilmekdir.

2 — Hukukun şeklî ve gerçek kaynakları :

Hukukun kaynakları (Les Sources du Droit) meselesine gelince, burada bir açıklama yapmamız zaruridir. Klâsik hukuk anlayışı, «hukukun kaynakları» olarak bize Kanun, Örf ve Âdet, Mahkeme İçtihatları ve nihayet Doktrin'i gösterir. Biz, bu kaynaklarda hukuku ararken ona az veya çok tebellür etmiş kaideler halinde rastlarız. Bu kaideler, birtakım sosyal şartların birleşmesi halinde, bu şerait içinde kalan ferdin nasıl hareket edeceğini bildiren davranış örnekleridir. Biz, biraz daha derine gider, bu davranışların bu şekilde tebellürünün sebeplerini araştırırsak birtakım sosyal münasebet tipleriyle karşılaşırız. Ferdler veya guruplar arasında şu veya bu yüzden birtakım münasebetler, bir takım rabıtalar olmasaydı, bunların tanzimi için böyle birtakım örnekler teessüs etmezdi. Bundan başka, bu örnek davranışların, «birer hattı hareket kaidesi tesbit edildikten sonra, bu kaideye göre icra edildikleri» de sosyolojik bakımdan iddia edilemez. Zira bu taktirde biz, insanların, birbiriyle fiilî münasebetlere girişmeden evvel, bu girişecekleri münesebetin ne şekilde cereyan etmesi gerektiğini kararlaştırıp, normlaştırmış olmalarını, ve sonra bu norm'lara göre hareketc başladıklarını kabul etmemiz gerekir ki bu, tarihi gelişme ile tezat teşkil eder. Amme Hukuku sahasında «İçtimaî mukavele» teorisinin karşılaştığı en ciddi tenkit te bu olmuştur : akid normunun, cemiyet hayatına tekaddümü iddiası. Düsturlar, mücerret ve etik karakterleriyle, daima insanlığın azçok ileri bir merhalesinde tebellür etmişler, şekillenmişlerdir (21). Bundan başka,

(21) GEORGES SCELLE — Essai sur les sources formelles du Droit International. (Recueil d'Etudes sur les sources du Droit, en l'honneur de François GENY) Tome III Sh: 400 «... içtimaî vakıa, objektif hukukun varlığının ve onun şeklî kaynaklarının yegâne gerçek sebebidir.»

«Hukukun kaynakları» kavramının müphemliği hakkında bak:
HUNTİNGTON CAİRNES — The Theory of Legal Science, 1941, Sh: 57 ve devamı.

AUGUSTE SİMONİUS — Quelles sont les causes de l'autorité du Droit? (Recueil d'Etudes. Tome I, Sh: 204 - 222).

hayat ve hayat münasebetlerinin, bunların değerlendirilmelerine tekaddüm ettiği de muhakkaktır. Bir münasebetin değerlendirilmesi, münasebetin vukuundan sonradır. O hade, sosyal gerçeklik bize çeşit çeşit münasebetlerin çeşit çeşit şekillerde cereyan ederken bu muhtelif şekillerden birinin, sonunda, «kaide» haline geldiğini, tabir caizse bir norm olarak, bir numune olarak seçildiğini gösteriyor. İşte Örf ve Âdet kaideleri, toplumun bu çeşit neticesinde düsturlaşmış birtakım davranış şekilleridir (22).

İlerde, hukukun bu spontane teşekkülü problemi üzerinde durma fırsatını bulacağız. Burada temas etmek istediğimiz husus ise, hukukun sosyolojik bakımdan kaynakları meselesi, hukuku bir netice, bir mahsul olarak meydana getiren ona vücut veren gerçek içtimaî vakıaların nevi ve tipleridir.

Bunun içindir ki GURVİTCH, hukuk normlarını yaratan bu kaynaklara «hukuk kaynaklarının kaynağı» (La source des sources du droit) der. Bu vakıalar, bütün «şeklî» kaynakların yaratıcısı olan «aslî» kaynaklar demektir. Netekim, hukukun şeklî kaynaklarını inceleyen normatif Hukuk ilmi bize kaynak olarak «Kanun, mahkeme içtihatları, örf ve âdet ve doktrin»i gösterir. Dikkat edilirse burada hukukun kaynağı ile hukukun tesbit ve beyan şekilleri veya muhtelif nevileri birbirine karıştırılmışsa benzer: meselâ kanun, ya hukukun bir tesbit ve beyan şeklidir (Sosyolojik Pozitivizme göre), yahut hukukun bizatihi kendisi, veya bir kısmı, yahut bir nevidir (Normativist Pozitivizme göre). Böylece o, ya bir tesbit sureti veya bizzat hukukdur. Fakat her halde hukuk tevlid eden, hukuka vücut veren ve fakat kendisi hukuk olmayan bir şey, bir başka gerçeklik nev'i, bir «aslî kaynak» değildir.

Mahkeme içtihatları da aynı vaziyettedir. Bunlar ya kanun koyanın vazettiği, yahut hâkimin keşfettiği veya tatbik ettiği hukukun muayyen bir tesbit veya beyan şeklidir. Yahutta bizatihi hukukun bir kısmı, veya nevidir. Fakat, sosyolojik bakımdan hukukdan ayrı olup da onun husulüne sebep olan bir vakıa nevi değildir. Bunlar hukukun muayyen bir tezahür şeklinden veya nevinden ibarettir (23).

---

(22) N. S. TİMACHEFF — a. g. e. Sh: 118 ve devamı.

(23) Örf ve âdet ve içtihatların ve diğer hukuk kaynaklarının açıklanması ve tartışılması için, FRANÇOİS GENY'ye ithaf edilen üç ciltlik «Recueil d'Etudes»lere bakılabilir. Tome I: Aspects historiques et philosophi-

Örf ve âdetler ise, hepsi hukukî mahiyette olmamakla beraber kaynaklar mevzubahis olduğu zaman akla gelen yalnız hukuki örflerdir. Bu itibarla onlar da hukukun ya bir tesbit sureti veya nevidirler yoksa yaratıcı kaynağı değil.

«Doktrin»e gelince bu, hukuk hakkındaki nazarî ilmi görüşler ve müstakbel hukuka matuf tekliflerdir. Daha doğrusu mevcut hukukun muhtelif hukuk-dışı faktörler nazara alınmak suretiyle (bu hususlaki görüş farklarına ileride temas edilecektir) yahut mer'î hukuk sisteminin daha esaslı bir şekilde tefsir ve izahı suretile ıslah veya tekâmülünü, yahut cemiyet şartlarına daha iyi intibakını sağlama imkânlarını araştıran, daha elverişli pratik hal suretleri vermeğe çalışan ilmî-teknik mahiyette araştırmalardır. Doktrinin şeklî mânada hukuk kaynağı oluşu, «yaşıyan hukuk»a istikamet verebilme hususundaki tesir kuvvetine tâbidir. Yaşıyan Hukuka müessir olmazsa ancak müstakbel hukuku şekillendirici bir faktör, ona şu veya bu temayülü aşılıyan bir fikrî âmil vasfında kalır. Bununla beraber sosyolojik bakımdan doktrin, hukukun yaratıcısı olan aslî sosyal gerçeklik kaynağı değildir. Zira hukuk, bir «hukuk ilmi» bir «doktrin» mevcut olduğundan dolayı doğmuş değildir. Belki «Hukuk» mevcut olduğu içindir ki bunun bir ilmi demek olan bir «Doktrin» meydan gelmiştir. O halde hukukun mevcudiyet sebeplerini bu şeklî kaynaklardan daha başka yerlerde aramak lâzımdır.

İşte bu mesele bizi, «hukuk doğuran» veya «hukuk yaratıcı», yahut «hukuk halini alabilen» vakıalar meselesine götürüyor ki bu da Nazarî Hukuk Sosyolojisinin ilk bölümünün konusunu teşkil ediyor.

Filhakika, yukarıda işaret ettiğimiz gibi bu bölüm, üç tâli bölümü içine alır. Sistematik, Diferansiyel ve Jenetik Hukuk Sosyolojileri. Şimdi gerek hukuk, gerek hukuk kaynağı hakkındaki bu mülâhazaları kaydettikten sonra, bahsi geçen tâli bölümlerin konularını daha etraflı bir şekilde belirtebilir, ve aşağıda tetkik edeceğimiz tarihî gelişme seyrine muhtelif bilginlerin bunlardan hangi sahalara ışık tutmuş olduklarını daha emin bir şekilde tespit edebiliriz.

---

ques, Tome II: Les sources générales des Sytèmes juridiques actuels, Tome III: Les Sources des divers branches du Droit. Örf ve âdet veya kanunun «hukukun bir tesbit şekli»nden ibaret olduğu hususunda evvelâ SAVİGNY, daha son DUGUİT, HERLİCH, CRUET v. s. ısrarla durmuşlardır. Bak, yukarda: «Hukuk İlminde Sosyolojik İsyan». § 3. aşağıda: Kurucular: LEON DUGUİT. § 23.

§ 10 — (MÜKERRER) ÇEŞİTLİ BÖLÜMLERİN KONULARI :

A. Sistematik Hukuk Sosyolojisine giren konular :

Muhtelif Hukuk Sosyolojisi cereyanlarında birbirinden farklı cepheleri aydınlatılmış olan bu bölümün konusu, hukukun yer ve zaman farkından mücerret olarak, aleıtlak cemiyet münasebetlerinin hangi nevileri tarafından yaratılmakta olduğu, daha doğrusu, bütün zenginliği içinde ele alınan sosyal gerçekliğin hangi cephesinin «Hukuk»a vücut verdiği, ona temel teşkil ettiği hususudur. Bu, hukukun tarihî bakımından menşei meselesi değildir. Keza bu, yukarda belirttiğimiz gibi, şeklî bakımdan ve dogmatik Hukuk ilminin anladığı mânada bir şeklî «kaynak» meselesi de değildir. Bu, hukukun sosyal bünyesinin, onu yaratan sosyal gerçeklik temellerinin araştırılması demektir.

Bölece Sistematik Hukuk Sosyolojisi, evvelâ, Hukukun gerçek kaynaklarını sosyal vakıalar ve münasebetler içindeki gerçek köklerini araştırır. Bu kökler, ve bu temeller dünkü ve bugünkü hukuku yaratmış olan ve aynı şekilde yarınki hukuka da vücut verecek olan daimi unsurlardır. Öyleki bu nevi gerçek sosyal münasebetler mevcut olmazsa bunları tanzim eden hukuk da olmıyacaktır ve onların gerçekliği baki kaldıkça hukuk da baki kalacaktır. İşte Sistematik Hukuk Sosyolojisinin konusu hukukun bu aslî gerçek temellerinin araştırılmasıdır.

Hemen kaydedelim ki bu araştırma hukukun fikrî temellerinin reddî mânasını tazammun etmez. Şu kadar ki fikrî temellerin araştırılması ancak mahdut ve muayyen bir nisbette Hukuk Sosyolojisini alâkadar eder : hukuka temel teşkil eden fikrî unsurların, bir zihniyet olayı sıfatiyle dışarıdan, sosyolojik bir zaviyeden tetkiklerinin kabil olması nisbetinde. Buna mukabil muhtelif mantıkî kategorilerin (Eşitlik, tenasüp, hierarşi v. s.), etik değerlerin (adâlet, nizam, terakkî, müşterek hayır v. s.) «hukuk»un bünyesindeki yeri doğrudan doğruya Hukuk Felsefesinin konusuna girer. Hu-

kuk Sosyolojisi, ancak, bu fikrî unsurların fenomonolojik tezahürleri ile, bunların bir adâlet nazariyesi, bir diinya görüşü, bir felsefî akîde bir dinî kıymetler manzumesi halindeki tecellileri ile ilgilenir ve bunların gerçek hukukî hayat üzerindeki akislerini araştırır. Meselâ stoacılığı, hırıstiyanlığın yahut «tabiî hukuk» nazariyelerinin müsbet hukuka tesirleri gibi.

Esasen bu nevi bir araştırma, Hukuk Sosyolojisinin, Sistematik bölümüne değil, «hukuk» ile «hukuk olmıyan» fenomenler âlemi arasındaki münasebetleri «zaman seyri içinde» inceleyen Jenetik bölüme girer. Filhakika Jenetik Hukuk Sosyolojisi, tekevvün etmiş, meydana gelmiş bir hukuk sisteminin muhtelif nevi sosyal faktörlerin tesiri altındaki değişmelerini inceler ki muhtelif kültür fenomenleri işte bu faktörlerden biridir.

Hukukun, fikrî kaynaklarının Sistematik Hukuk Sosyolojisi içindeki mânası ise, bunların hukuka vücut veren vakıa münasebetlerinde tecelli ettiği kabul edilen «müsbet bir değer»i temsil etmelerinden ibarettir : muayyen münasebetler, muayyen tarzlarda cereyan etmekte ve bu tarzların, câmia tarafından «müsbet bir değer»i tecessüm ettirdiği kabul edilmektedir. Hukuk Sosyolojisi bu şeklî değer anlayışı ile yetinir ve bu değerlerin muhtevalarının, diğer değerler hierarşisi içinde işgal ettikleri yerin, zatî muteberlik derecelerinin ilh.. münakaşasını, geniş mânada Etik Felsefesine dar mânada Hukuk Felsefesine havale eder.

Bunun içindir ki, çeşitli ahlâk telâkkilerinin Hukuk Sistemleri üzerindeki tesirlerini inceleyen Hukuk Sosyolojisi, bizzat ahlâk idesinde ifadesini bulan değer ile hukukta tecelli eden etik değer arasındaki neviyet farklarına, birbirlerine irca edilebilip edilemiyecekleri meselesine, hukuk idesinin transandantal izahlarına teşebbüs edemez; ederse hudutlarını aşar (24). O halde Sistematik Hukuk

(24) Ahlâkın en yüksek normu (Hayır), ile hukukun en yüksek normu (Adalet) arasında dikkate değer bir mukayese için bak : GEORGES GURVİTCH — LExpérience Juridique et la Philosophie Pluraliste du Droit, 1935 Sh : 91 - 202 : İdée de Justice) Diğer hususlar için bak : E. DUPREEL — Esquisse d'une Philosophie des Valeurs. Paris 1939.
RAYMOND POLİN — La Création des Valeurs, Recherches sur le fondement de l'Objectivité axiologique. Paris 1944.
GEORGES GURVİTCH — Morale théorique et Sciences des Moeurs, Paris 1948.
RAYMOND POLİN — La Philosophie des Valeurs en France, (L'Ac-

Sosyolojisi, hukukun gerçek kaynaklarını, hukuk doğuran gerçeklik nevilerini araştırır. Bu hususta muhtelif hukuk sosyologlarının fikirleri, birbirini nakzetmekten ziyade, tamamlar gibidir. Ekol farklarının rolü kanaatımızca, hukukun mudil karakterinin ayrı ayrı köşelerine ışık tutmak olmuştur.

O halde, Hukuk Sosyolojisi, en geniş mânasıyla, «hukuk» normlarını meydana getiren aslî gerçeklik münasebetlerini araştırır. Hukuk, hangi âmillerin tesiri altında doğmakta, hangi zaruret hukuku yaratmaktadır? Toplum olaylarını müşahede eden, anlamaya ve açıklamaya çalışan sosyolog, «Hukuk fenomeni» karşısında nasıl bir kanaata vasıl olmaktadır? Hukukun zuhurunu, devamını zaruriliğini nasıl izah etmektedir? İşte bu mesele, bizi hukukun «gerçek kaynakları» konusuna götürür.

Sosyolog için, hukuk, herşeyden evvel «cemiyet»i, yani birden fazla ve birbirleriyle devamlı münasebet halinde ve bir iç barış nizamı içinde yaşayan fertler topluluğunu tazammun eder. Hukuk ne münferid insan için, ne birbirini yiyen bir kalabalık için, ne de süreksiz bir topluluk hali için bahis konusu değildir. O halde iki aslî vakıa, yani «cemiyet hali» ve «fertlerarası münasebetler» hukukun vücudu için zarurî asgarî şartı teşkil ederler. Bu bakımdan, hukukun «topluluk hayatı»ndan ve «ferdlerarası münasebetler»den doğduğu söylenebilir. Ancak bu, doğru olmakla beraber kâfi bir izah değildir, zira bu iki aslî vakıa hemen bütün kültür mahsullerinin doğumu için zarurî kaynaklardır. O halde, hukukun kaynağını daha dar bir şekilde tâyin zarureti vardır. Bunun için biz şu suali cevaplandırmalıyız : **hangi toplum şekilleri ve hangi münasebet tipleri hukuka vücut vermekte, daha doğrusu hukukî şekilde tanzim zaruretini hissettirmektedir?**

1) Hukuk Kaynağı olarak içtimaî münasebet :

Muayyen sosyal münasebet şekillerinin hukuki bakımdan tanzim ihtiyacını hissettirdiği, hattâ bu ihtiyacın sarahatle şuuruna varılmadığı zamanlarda dahi, yarı insiyaki bir şekilde, insanların

---

tivité Philosophique Contemporaine en France et aux Etats Unis. Paris 1950, tome : II, Sh : 216).

LOUIS LAVELLE — Traité des Valeurs, Paris 1951.

ROGER DAVAL — La Valeure Morale. Paris 1951.

JEAN DELVOLVE — La Fonction Morale. Paris, 1951.

muayyen davranış modelerini düsturlaştırdıkları, maşeri şuurun veya şuur-altının bir takım tabular yarattığı, yasak normları koyduğu sosyologlarca kabul edilmiş bir hakikattir : Dinî yasaklar, cinsî yasaklar, kan gütme kaideleri, mülkiyet takyitleri ilâh.. hep muayyen nevi münasebetlerin nizamlamaya tâbi tutulduğunu «hukukileştirildiğini» gösterir.

Böylece hukuku her devirde ve her sosyal zümrede yaratan aslî vakıalar ferdlerarası, zümrelerarası, veya ferd ve zümrearası gerçek sosyal münasebetlerin muayyen nevileridir. Hukuk, bu muayyen tipteki gerçek münasebetlerin bir tanzimi, bu münasebetlerin cereyan şeklini düzenleyen bir kalıp, bu münasebetlerin taraflarına, faillerine arzedilmiş bir «davranış modeli» dir. Gerçek bir münasebet bilfiil vaki değilse (vasati tip olarak) bunun «kalıb»ı, «örnek»i de olmaz, yahut evvelce vaki bir münasebet tipi artık içtimaî hayatta vaki olmamakta ise bunun «kalıb»ı, «model»i de muhtevasını, mânasını kaybeder. İşte bu mânadadır ki Sistematik Hukuk Sosyolojisi «yaşayan hukuk»un kaynaklarını tetkik eder. Bu, «bir hukuk sisteminin mutlaka yaşandığı anda tetkik edilmesi lâzımdır», mânasını ifade etmez, belki, Hukuk Sosyolojisine konu olabilmesi için, bu sistemin tarihin şu veya bu anında muayyen bir cemiyetin «Hukukî tecrübe» sini teşkil etmiş, yaşanmış olması lâzımdır mânasına gelir (25). Zira Hukuk Sosyolojisi için «hukuk» ancak halen yaşayan veya geçmişte fiilen yaşamış olan, yani insanların hareketlerini fiilen tâyin etmiş, onlara bilfiil müessir olmuş olan bir düzen tipidir. Bunun içindir ki belirli sosyal münasebet tiplerinde fiilen tecelli etmemiş bir zümre fertlerinin iradelerini şu veya bu istikamette yöneltmemiş, onlarda tahakkuk etmemiş olan «bir ideal hukuk» veya «usulen ısdar edilmiş, fakat tatbik edilmemiş bir hukuk» Hukuk Sosyolojisinin konusu dışında kalırlar (26).

---

(25) GEORGES GURVİTCH — l'Expérience Juridique et la Philosophie Pluraliste du Droit. Paris 1935.

(26) Yetkili makamdan usulüne uygun şekilde ısdar edilmiş, fakat, kendisinin tatbiki gereken vakıa durumları tahakkuk ettiği halde bunlara hiç tatbik edilmemiş bir kaidenin, hukuk sayılıp sayılmıyacağı meselesi ilk bakışta Dogmatik hukuk anlayışı ile Sosyolojik hukuk anlayışı arasında pek zıt görüşleri davet edeceğe benzerse de, hakikatte durum böyle değildir. Hukukun usulen ısdar edilmiş normlardan ibaret olduğu tezini ısrarla müdafa eden normativist görüşün

İnsanları birbiriyle sosyal münasebetlere, irtibatlar tesisine sevkeden şey onların sosyal yaradılışlarıdır. Bu kabiliyete «sociabilité» «içtimaîlik istidadı» denir. Ancak bu, insanların birbirleriyle sadece dostane münasebetler kurduğu mânasına gelmez. Bundan başka bu istidadın neticesinde meydana gelen muhtelif içtimaî münasebetlerin hepsi de hukuk yaratmaya kabiliyetli değildir. Bunların bir kısmı ancak ahlâk veya muaşeret nizamlarına vücut verebilirler.

Şimdiye kadar muhtelif sosyologların, hukuk doğurmaya müsait olarak gösterdikleri münasebet tiplerini çeşitli bakımlardan tasnif etmek kabildir : nitekim bu güne kadar şeklî bakımdan, muhteva bakımından, saik bakımından yapılmış muhtelif tasnif tarzları ortaya atılmıştır. Bunların teferruatına ileride girecek olmakla beraber şimdilik problemi aydınlatıcı bazı misaller zikredebiliriz. Şimdiye kadar insanlar arasındaki her çeşit dostluk münasebetlerinin (ARİSTO), insanın hemcinsini arama temayülünden doğan münasebetlerin (GROTİUS), sosyal nizamı tesise matuf kumanda ve tâbiiyet münasebetlerinin (HOBBES), birbirlerine mütekabilen ve müsavi şartlar altında hükmetme ve tâbi olma münasebetlerinin (ROUSSEAU), maddî ihtiyaçlar dolayısiyle işbirliği

---

en müfrid temsilcisi olan KELSEN dahi, «heyeti umumiyesi itibariyle müessir bulunan bir hukuk sisteminde bazı münferid normlar, tatbikleri gereken şartlar zuhur ettiği halde devamlı bir şekilde tatbik edilmemekte iseler **muteberliklerini** de kaybederler» demektedir. (Hans KELSEN — General Theory of Law and State. Trans. by ANDERS WEDBERG, Harvard University Press 1946, Sh : 119).

Bu durum, umumiyetle (SAVİNGY'den beri) örf ve âdetin, müsbet kaideler yarattığı gibi, menfi olarak, yaratılmış kaidelerin yaşamamasına da âmil olduğunu kabul suretiyle izah edilmektedir. Böyle bir halde örf ve âdetin yarattığı kaide, mevzuatın bir hükmünün tatbike mazhar olamaması kaidesidir. Bu hususiaki münakaşalar için bak :

FR. GENY — Méthode d'İnterprétation. T : I, Sh : 391 ve devamı, (desuetudo).

CL. DU PASQUİER — İntroduction à la Théorie Générale et à la Philosophie du Droit. 1942. Sh : 51 - 53.

JEAN CRUET — La Vie du Droit et l'İmpuissance des Lois. 1908. Sh : 252 - 260.

J. CHARMONT — La Coutume contre la Loi. 1917.

MAX WEBER — On Law in Economy and Society. (ed. by MAX RHEİNSTEİN 1954. Sh : 11).

JOHN DİCKİNSON — La Coutume, La Réconciliation volontaire des İntérêts, le Droit. (Droit, Morale. Moeurs. II ème Annuaire de l'İnstitut İnternational de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique. Paris 1936. Sh : 103 : 124).

münasebetlerinin (SPENCER), benzer veya ayrı ihtiyaçlar saikiyle meydana gelen tesanüt münasebetlerinin (DURKHEİM, DUGUİT), fertler arası istismar münasebetlerinin (EHRLİCH), sınıflar arası istismar münasebetlerinin (MARX, ENGELS, LASSALLE) ırklar arası tahakküm ve istismar münasebetlerinin (İBN HALDUN, GUMPLOWİCZ, OPPENHEİMER), mesleki sınıflar arasındaki iktidar mücadelesi münasebetlerinin (VACCARO), hayat mücadelesinin yüksek bir şekli olarak siyasî kanaat ve fikir mücadelesi münasebetlerinin (NOVİCOW), gaye ve faaliyet iştirâkinden doğan müessesevi münasebetlerin (HAURİOU) ferdi ve sosyal menfaatların takibinden doğan menfaat münasebetlerinin (JHERİNG, PH. HECK, POUND) ilâh... hukuk yaratıkları iddia ve kısmen de isbat edilmiştir. Keza bütün bu münasebetlerin çeşit çeşit şeklî tasnifleri yapılmıştır ve bunlara tekabül eden hukuk tipleri de aynı şekilde tasnif edilmeğe çalışmıştır. Meselâ «eşitçi münasebetler - hiyararşik münasebetler» (ARİSTO, LEİBNİZ, GROTİUS) «ihtiyari işbirliği münasebetleri- mecburî işbirliği münasebetleri» (SPENCER ve muakipleri), «sınırlandırıcı münasebetler - birleştirici münasebetler» (GURVİTCH (27).

Dikkat edilirse sâik ve muhtevanın işe karıştığı tasnif şekilleri (ruhî, iktisadî veya siyasî sâikler gibi) bu muhtevanın aid olduğu külli sosyal fenomenler âleminden mücerred olarak ele alınamaz ve ancak hukukun değişme ve gelişmesine müessir faktörler arasında, jenetik bölümde tetkik edilebilirler.

Sistematik Hukuk Sosyolojisi için mühim olan, bir münasebetin varlığı ve zaruriliğidir. Daha doğrusu zümre içindeki barışçı havayı bozmaması için behemahal bir hal suretine bağlanmasındaki mübremiyet derecesidir. Bazı münasebetler bu bakımdan öy-

(27) Bu hususlarla ilgili açıklamalar aşağıda mahsus bölümlerde yapılacaktır. Burada meselenin bütünü ana hatlarıyla belirtilmeye çalışılmaktadır. Zümreler ve fertler arasındaki münasebet çeşitlerini tasnife çalışan şekilci Sosyoloji temsilcilerinin (SİMMEL, TÖNNİES, GASTON RİCHARD, L. von WİESE gibi) gayretlerine işaret eden SOROKİN, bunların, Sosyal münasebetlerin şekillerinin Sosyolojiden başka bir ilim tarafından tetkik edilmediği yolundaki iddialarını, klâsik Roma Hukukçularını misal göstererek cerh eder : Roma müçtehitleri Potestas, Majestas, İmperium, Dominus, Princeps, Dignitates, Subjesti v. s. gibi gayet açık, parlak, mükemmel tariflerle bu sosyal münasebetleri tasnif etmişlerdi.. (SORKİN — Les Théories Sociologiques Contemporaines. Trad. Par RENE VERRİER. Paris 1938, Sh : 360).

le bir ehemmiyet arzederlerki bunların devamı, behemahal, muayyen normlarla desteklenmeleri şartıyla mümkün olur · İşte hukuk normlarına vücut veren veya bu kaidelerin zuhur sebebini teşkil eden münasebetler bu ehemmiyette olanlardır.

2) Hukuk kaynağı olarak sosyal zümreler :

Hukukun kaynağını teşkil eden içtimaî münasebetler boşlukta cereyan etmez. Onları tetkik ve tasnif için ne kadar tecrid edersek edelim onlar, gene birbirleriyle fiilen münasebet tesisi imkânına ve vasıtalarına sahip olan ferdler arasında cereyan eder. Halbuki, taraflara birbirleriyle bir münasebet tesisi imkânını veren şey, onların muayyen bir sosyal zümre içinde yaşamakta olmalarıdır. Ferdlerin münasebet imkânları, jestlerden, sözlerden, kıymet ölçülerine kadar hepsinin müştereken kullandıkları birtakım sembollerin aracılığı sayesindedir. Bunları sağlıyacak olan unsur ise herşeyden evvel bir müşterek hayat zemini olan, hattâ bu müşterek hayatın ta kendisi olan toplumdur. Dar veya geniş, kapalı veya açık, şu veya bu fonksiyonu olan bir toplum (28).

---

(28) «Zümre» tâbirini, fransızca (groupement», ingilizce «group» mukabili kullandık. Zümrenin teknik tarifleri farklı olabilir (Bak : FAİRCHİLD — Dictionary of Sociology «Two or more people between whom there ıse an established pattern of pyschological interaction, it is recognized as an entity, by its own members and usually by others, because of its particular type of collective behavior.)

GURVİTCH — Vocation actuelle de la Sociologie (Typologie différentielle des groupements) (Paris, 1950, Sh : 269-347).

Zümre tarifi hakkında : a. g. e. Sh : 289 «Le groupe est une unité colletive réelle, mais partielle, direcment observeble et fondée sur les attitudes collectives, continues et activas, ayant une oeuvre commune à accomplir, unité d'attidudes, d'oeuvres et de conduites qui constitue un cadre social structurable tendant vers un équilibre particulier des formes de sociabilité.»

Tasvire kaçan bu tarifin mudiliği âşikârdır. Biz, şimdilik basit bir açıklama ile iktifa edebiliriz :

Sosyal zümre, cemiyetin bütün içinde yeralan ve üyelerinin az çok devamlı temasları neticesinde müşterek benzerlikler, iş, gaye, yer, kan v.s. iştirâkine dayanan kısmî toplumlar demektir; aile, lonca, meslekî sendikalar, dinî tarikatlar, mahallî birlikler, komünler vesaire... çeşitli zümre tiplerini teşkil ederler. Aynı kaplamsal cemiyet içinde, veya kolları başka kaplamsal cemiyetlere de uzanan muhtelif zümreler vardır. Eski ilkel cemiyetlerdeki sihir birlikleri, modern cemiyetlerdeki mason teşkilâtı v.s. gibi.

O halde, sosyal topluluğun varlığı, sosyal münasebetlerin varlığına tekaddüm eder. Bir topluluk içinde müteaddit şekilde, muhtelif saiklerden doğan, muhtelif muhtevaları olan ve hukuk yaratmaya kabiliyetli çeşit çeşit sosyal münasebet tipleri vardır. O halde bunların vücut verdikleri çeşitli hukuk nevileri de mevcuttur ve o toplulukta bu çeşit çeşit hukuk nevilerinin girift bir örgüsü, bir nesci meydana gelmektedir.

İşte bu, aynı zümre içinde kaynaşan çeşit çeşit hukuk nevilerini içine alan normlar mecmuasına «zümre hukuku» (veya «hukuk kadrosu») (29) denir. Zümre hukukları kendilerini yaratan zümrede hâkim olan içtimaî rabıtanın nevine göre birbirinden farklı hususiyetler arzederler : meselâ dinî zümrelerin hukukları ile, iktisadî zümrelerin yarattıkları hukuklar birbirlerinden farklı hususiyetler gösterirler. Keza, akrabalık zümrelerinin hukukları ile siyasî zümrelerin hukukları birbirinden farklı olur. Bu farklılaşmaların tetkiki ise Diferensiyel Hukuk Sosyolojisinin konusunu teşkil eder.

B. Diferansiyel Hukuk Sosyolojisine giren konular :

Hukuk, gerek dogmatik Hukuk İlminin, gerek Hukuk Felsefesinin ve Hukuk Sosyolojisinin kıstaslarına göre çeşitli tasniflere tâbi tutulabilir. Dogmatik Hukuk ilminin tasnifleri klâsikleşmiş olmakla beraber yeni sosyal müessese ve problemleri karşılamaya matuf Hukuk şubeleri bakımından bu klâsik tasniflerin kifayetsiz

---

Zümre tasnifleri çeşitlidir. Misal olarak aşağıdaki eserlere bakılabilir :
LOGAN WİLSON — Sociographie des Groupements (Sociologie du XX iéme siècle, Paris 1947, Sh : 141).
MANUİER — Essai sur les groupements sociaux, Paris 1929.
CUVİLLİER — Manuel de Sociologie. 1950, Tome : 193-239.
HİLMİ ZİYA ÜLKEN — Sosyolojinin Problemleri, İstanbul 1955, Sh : 218.
LUCİO MENDİETA Y NUNEZ — Théorie des Groupements Sociaux, (tr. de l'espagnol pas A. CUVİLLİER. Paris 1957).

(29) G. GURVİTCH aynı mefhumu «ordonnancements juridiques» veya ingilizce olarak «jural orders» terimleriyle ifade ediyor. Buna mukabil kaplamsal cemiyetin yarattığı hukuk tipine «Hukuk Sistemleri» (systèmes juridiques) (systems of law) diyor ve gerek zümrelerin gerek kaplamsal cemiyetlerin yarattıkları hukuk şekillerini birlikte ifade edecek umumî mefhum olarak da «cadres de droit» tâbirini kullanıyor. Biz daha basit bir terminoloji ile yetinmeyi uygun buluyoruz :
a) Zümre hukuku, b) Hukuk sistemi.

geldikleri artık anlaşılmıştır (30). Öyle yeni hukukî şekiller ortaya çıkmaktadır ki bunları klâsik «Amme Hukuku - Hususî Hukuk» kategorilerinden birine yerleştirmeye imkân görülmemektedir. Muhtelit bünyeli hukukî müessese şekilleri hukuk dünyasını istilâ etmiş gibidir (31).

Bundan başka, dogmatik hukuk sahasında dahi kendisini hissettiren diğer bazı zaruretler daha başka tasnifleri ortaya çıkarmıştır. Hukuk normlarının gerek tanzim ettikleri konular ve ne'set ettikleri şeklî kaynaklar, gerek tahakkukuna matuf bulundukları adalet nevileri, ve bazı karakter hususiyetleri onların aynı ad veya aynı bölüm içinde nazara alınmalarını zorlaştırmıştır. Bunun için birtakım tâlî tipleştirmelere baş vurulmuştur. Böylece konu esasına dayanan ilk ana tasniften başka (Amme Hukuku - Hususî Hukuk), gene konu esasına dayanan birçok tâli tasnifler yapılmıştır : İş Hukuku, Hava Hukuku, İktisadî Hukuk, Sınaî Hukuk, Fikrî Hukuk, Atom Hukuku ilh.. gibi yeni hukuk branşları bu klâsik Amme Hukuku - Hususî Hukuk ana bölümlerine sıkıştırılmak için zorlanmıştır.

Bununla beraber, hukukun şeklî kaynakları bakımından, yahut gayeleri veya tatbikat özellikleri bakımından yapılmış diğer tasnifleriyle, konu bakımından yapılmış tasniflerinin birbirleri ile mütedahil sahalara sahip olmaları tabiidir : Bir hukuk nev'i, konu itibariyle Hususî Hukuka, kaynak itibariyle örf ve âdet hukukuna mensup olabilir.

Böylece, dogmatik hukuk sahasında Kanun hukuku - Örf hukuku, Şeklî Hukuk - Maddî hukuk, Emrî hukuk - Tefsiri hukuk, Ka-

(30) GURVİTCH — Sociology of law, 1953, Sh : 157.
G. CHEVRİER — Remarques sur l'İntroduction et les Vicissitudes de la distinction du «jus privatum» et du «jus publicum» dans les oeuvres des anciens juristes français. (Archives de Philosophie du Droit Nouvelle Série. Publié sous la direction de MM. PAUL et ROLAND MASPETİOL) 1952, Sh : 5-77.

(31) Bizde muhtelif İktisadî Devlet Teşekkülleri, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun gerektirdiği Meslekî Birlikler v.s. gibi.
Fransız Hukukundaki mümasil durum hakkında :
GASTON LEDUC — Les Sociétés d.Etat et mise en valeur de l'Outre-Mer. dans (La Distinction du Droit Privé et Droit Public et l'Entreprise Publique. Archives de Philosophie du Droit. a. g. e. 1952).
RENE SAVATİER — Du Droit Civil au Droit Public. Paris 1945.
RENE SAVATİER — Les Métamorphoses économiques et sociales du Droit Civil d'aujourd'hui. Paris 1948.

ti (Rigide) hukuk, Yumuşak (souple) hukuk, yahut Mukavele Hukuku - Statü Hukuku, v.s. gibi türlü sınıflamalara alışılmış bulunulmaktadır.

Hukukun, Hukuk Felsefesi bakımından yapılan sınıflamaları da malûmdur. İlâhî Hukuk - Beşerî Hukuk, İlâhî Hukuk - Tabiî Hukuk, nihayet Tabiî Hukuk - Pozitif Hukuk tasnifleri asırlarca zihinleri meşgul edip durmuştur. Son zamanlarda Ferdiyetçi Hukuk - Sosyal Hukuk, yahut Devlet Hukuku - Cemiyet Hukuku veya Cemiyet Hukuku - Sınıf Hukuku gibi ayırdların tartışılmasına başlanmıştır.

Görülüyor ki hukukun dogmatik bakımdan arzettiği değişiklikler ve farklar bakımından tasnifi kabil olduğu gibi, Hukuk Felsefesince mühim olan hususiyetleri bakımından da tefriki mümkün ve vakidir. O halde Hukukun sosyolojik bakımdan sınıflandırılması da mümkün, hattâ zaruridir. Şu şartla ki, Hukuk Sosyolojisi, bu sınıflandırmada, hukuk ile bunun kaynağını teşkil eden gerçek sosyal rabıtalar veya üniteleri esas alacak ve onu, içinde tekevvün ettiği gerçek sosyal zümre ve cemiyet (kaplamsal cemiyet) tiplerine teb'an, yahut onun teşekkülünü intaç eden gerçek sosyal rabıta veya münasebet nevilerindeki farklara göre sınıflandıracaktır. Böylece bir tarafta sosyal gerçekliğin, şu veya bu bakımdan yapılmış bir tasnifi, diğer tarafta bu gerçekliğin arzettiği farkları takip eden, bu farklı tiplere tekabül eden bir hukuk tasnifi bulunacaktır. Hukuk Sosyolojisinin ayırma kıstasları, diğer disiplinlerdeki kıstaslardan farklı olmakla beraber, tabir ve mefhumların bazılarında iştirâk ve tedahüllere rastlanabilir. Bunun için Hukuk Sosyolojisi bakımından yapılacak tasniflerde kullanılan mefhumların mâna ve şumulleri sarahatle belirtilmelidir. Bundan başta muhtelif disiplinlerin farklı tabirlerle ifade ettikleri hukuk nevileri bazan keyfiyet bakımından aynı tipe tekabül edebilir. Bütün bunlara sırası geldikçe temas edilecektir.

Difesansiel Hukuk Sosyolojisi veya Hukukî Tipoloji, esas itibariyle muhtelif sosyal zümrelerin, kaplamsal cemiyetlerin yarattıkları çeşitli hukuk tiplerini tetkik eder. Zümre hukuklarının nevilerini, hususiyetlerini ve muhtelif zümrelerin hukuklarının birbirleriyle mücadelelerini inceler. Meselâ belirli çağlarda dinî zümrelerin iç hukuk nizamıyla siyasî zümrelerin dıştan yükledikleri hukuk nizamı arasında, gene başka çağlarda iktisadî zümrelerin kendi iç bünyelerinin mahsulü olan düzenleriyle devlet düzeni ara-

sında çeşitli rekabet ve hâkimiyet mücadeleleri olmuş ve bunlar bütün bu dinî, iktisadî, siyasî zümreleri içine alan «kaplamsal cemiyetin» (société globale) hukukuna çeşitli istikametler vermişlerdir. Batıda bir zamanlar siyasî zümreyle dinî zümrenin, daha sonra iktisadî zümreyle siyasî zümrenin muayyen sosyal münasebetleri düzenlemek için yarattıkları hukuk düzenleri arasında çeşitli mücadeleler olmuş, zaman zaman kâh biri kâh diğeri hâkim olmuştur. Bütün bu hususlar hakkında aşağıda mahsus bölümlerde açıklamalar yapılacaktır, ancak, şimdilik şu kadarına işaret edelim ki siyasî zümreyi temsil eden Devlet, diğer fonksiyonları olan çeşitli zümrelerin hepsini içine alan «kaplamsal cemiyet» demek değildir. Kaplamsal cemiyet (yekûnî cemiyet - Société globale), içinde muhtelif çapta muhtelif fonksiyonları haiz çeşit çeşit zümreleri birleştiren, bunların hepsini ihata eden en geniş gerçek toplum hayatı demektir : İmparatorluklar, siteler, feodal cemiyet, modern millî camia, millerler-arası camia gibi. Bunların teferruatlı tasnifine ilerde temas edeceğiz. Bu tasnif Amme Hukuku bakımından yapılmış bir devlet şekilleri tasnifine tekabül etmez. Zira sosyolojik bakımdan Devlet de, bizzat içinde vücut bulduğu kaplamsal cemiyete göre tarif ve tasnif edilebilir.

Kaplamsal cemiyetlerin yarattıkları bu hukuk kopmleksine «Hukuk Sistemi» denir. Vakıa sistem tabiri doğmatik hukukta daha dar anlamda kullanılabilir : Meselâ Türk Hukuk sistemi, yahut İslam Hukuk sistemi, Roma Hukuku sistemi gibi. Sosyolojik mânada ise, Türk Hukuk sistemi, benzer sistemleri de içine alan «Çağdaş cemiyetlerin hukuk sistemi» kategorisi içine, İslâm Hukuku ise «Dinî hukuk sistemleri» içine ve Roma Hukuku da ileri seviyede Site hukuk sistemi içine girmelidir. Mamafih her tasnifin izafî olduğuna işaretle sistem kelimesinin sosyolojik bakımdan biraz geniş anlamda olmak şartiyle iltibas yapmaksızın kullanılabildiğini öğretim tecrübemizle tesbit etmiş bulunuyoruz.

Hukuk Sistemlerini yaratan kaplamsal cemiyet tiplerinin şimdiye kadar çeşitli tasniflerine teşebbüs edilmiştir. Eski müellifler cemiyetlerin en bariz hususiyetlerini onlarda tahakkuk eden devlet şekillerinin farklılıklarında gördüklerinden, umumiyetle cemiyet tiplerini onların siyasî idare şekillerine göre ayırma teşebbüsünde bulunmuşlardır. (ARİSTO MONTESQUİEU ve diğerleri) (32). «Devlet» ile «Cemiyet» ayırdını ilk sezenlerden biri olan İBN

(32) DURKHEİM, vaktiyle MONTESQUİEU'nin yaptığı Hükûmet şekilleri

HALDUN doğrudan doğruya bir cemiyet tipolojisi yapmağa muvaffak olmuştur (33) : Yerleşik cemiyetler - Göçebe cemiyetler. XIX yüzyılda MARX sınıflı cemiyet - sınıfsız cemiyet; H. SPENCER, askerî cemiyet-sınaî cemiyet ayırdını yapmıştır (34). Daha sonra E. DURKHEİM, esas itibariyle çok parçalı ilkel cemiyet-organlaşmış, teşkilâtlanmış cemiyet ikiliğine irca edilebilecek dörtlü bir tasnif yapmıştır (35). Bunlara TÖNNİES (36) in GURVİTCH'in tasnifleri ilâve edilebilir.

Hukuk Sosyolojisi için mühim olan, bütün bu kaplamsal cemiyet tiplerindeki farklılığın, bunların yarattıkları hukuk sistemlerindeki farklılığa tekabül etmesidir.

Hukuk kaynaklarını teşkil eden «içtimai münasebetler» gibi bu münasebetlerin gerçek tahakkuk ve birleşme zemini olan «sosyal zümreler» ve nihayet bu zümrelerin kaynaştığı «kaplamsal cemiyetler» de çeşitli sınıflandırmalara mütehammil sosyal gerçeklik tezahürleridir.

Gene işaret edelim ki, bu zümre tasnifleri de muhteliftir. Hattâ bazan aynı müellifin, ilk yaptığı tasniflerden vazgeçtiği, yeni tasnif şekilleri kabul ettiği görülür (37).

Biz hukukî bünyenin, cemiyetleri birbirinden ayırd edecek

---

tasnifinin, (Monarşi — Cumhuriyet — İstibdat), hakikatte bir Cemiyetler tipolojisini temsil ettiğini iddia etmiştir : E. DURKHEİM — Montesquieu, Précurseurs de la Sociologie. (Lâtince orjinal metin : 1892, Fransızca tercümesi 1953, Sh : 73).

(33) İBN HALDUN — Mukaddime (Çeviren : ZÂKİR KÂDİRİ UGAN, İstanbul 1954), Cilt : II, Sh : 385, Cilt : I. Sh : 321, 332 ve devamı.

(34) HERBERT SPENCER — Principes de Sociologie, T : II, Sh : 307 - 382; T : III, Sh : 762 - 835.

(35) E. DURKHEİM — De la Division du Travail Social, I èd: 1893, II ème éd. 1902. Sh : 149 ve devamı.

(36) F. TÖNNİES — Communauté et Société, Catégories fondamentales de la Sociologie Pure. Tard. par J. LEİF, Sh : 216 (Groupement et Société», 1944 Paris).

(37) GEORGES GURVİTCH — Déterminisme Sociaux et Liberté Humaine, Paris 1955. Sh : 191 «Typologie des Structures Globales». (Müellif, bu son eserinde, evvelce 1940 da yayınladığı «Eléments de Sociologie Juridique» adlı kitabında kabul ettiği tasnif şeklinden kısmen vazgeçmiştir ki bu da bu gibi sınıflandırmaların ne kadar izafi olduğuna bir delildir. Esas ittihaz edilen farklı kıstaslara göre, farklı sınıflamalar daima mümkündür).

yegane kıstas olduğunu zannetmediğimizden, hukuk sosyolojisi bakımından yapılacak bir tasnifin, behemahal cemiyetlerin her bakımdan ayrılmasını tazammun eden umumî bir tasnife uyması gerektiğini zannetmiyoruz : zira başka bakımlardan farklı cemiyetler, hukuk sistemleri bakımından birbirine benziyebilir. Veya hukuk sistemleri farklı cemiyetler, başka bir kıstasa göre (dinî, iktisadî, politik ilâh..) aynı kategoriye sokulabilir. O halde mühim olan, zümre veya cemiyet tiplerindeki herhangi bir farklılığın hukuk sahasındaki bir farklılığı tevlit edip etmemesidir. İşte bu iki sahada da fark olduğu takdirdedir ki bir cemiyetler veya zümreler tipolojisi, bir hukuk nizamları ve hukuk sistemleri tipolojisine tekabül edebilir. Diferansiyel Hukuk Sosyolojisinin arıyacağı da işte bu neviden bir tipleşmedir.

C. Jenetik Hukuk Sosyolojisine giren konular :

Bu, hukukun sosyal dinamik içinde tetkiki demektir. Jenetik Hukuk Sosyolojisi Hukukun zaman seyri içindeki değişme ve gelişmelerini, bu değişmeleri doğuran, bunlara sebep olan dış faktörleri, bu faktörlerin tesiriyle hukukun şu veya bu istikamette inkişaf temayüllerini, her müşahhas hukuk sistemi içinde ayrı ayrı incelemekle görevli bir bölümdür. Burada hukuk, sosyal gerçekliğin diğer muhtelif cepheleriyle münasebet ve tesirleşme halinde ele alınır.

1 — Hukukun değişme ve gelişme temayülleri :

Hiçbir cemiyet sonuna kadar aynı simayı, aynı bünyeyi muhafaza edemez. En durgun cemiyet tiplerinde bile kendini hafifçe hissettiren iç veya dış değişmeler sezilebilir. Bu değişmelerde ahlâk, hukuk, din gibi muhtelif sosyal nizam nevileri üzerinde çeşitli akisler müşahede edilir. Bundan başka bizzat bu sosyal nizam nevilerinin değişmeleri de cemiyetlerin simaları ve bünyeleri üzerine az çok bir tesir icra eder. Hülâsa bütün sosyal fenomenler arasında birbirlerinin değişmelerinden müteessir olma hali, kısacası devamlı bir tesirleşme ve intikal vetiresi görülür.

Sosyal değişmeler fikri evvelâ içtimai tekâmül nazariyleri şeklinde ortaya çıkmıştır. XVIII ve XIX cu yüzyıl fikir adamları adeta zaman unsurunu başlı başına tekâmül vetiresini tahakkuk ettirmeğe kâdir bir faktör gibi ele almaktadırlar. Bunlar kâh kozmik âlemdeki tekevvün seyrini bir tekâmül saymış ve bunun sosyal âlemde de

uzvî âlemden intikal suretile devam ettiğini kabul etmiş (SAİNT-SİMON, COMTE), kâh uzvî âlemdeki tekâmülün üstün bir uzviyet nevi sayılan cemiyette aynı hayat mücadelesi ve seçilme kanunları dairesinde sürüp gittiğini zannetmişlerdir (SPENCER, GUMPLOVİCZ.). «Tekâmül» ile «terakki»nin müterâfik mefhumlar olup olmadığı da uzun uzadıya münakaşa edilmiştir. Bu münakaşaların dışında sosyolojik hakikat olarak kabul edilebilecek manzara ise «değişmeler»den ibarettir. Bu değişmelerin «daha iyiye doğru bir gelişme» demek olan «terakki» mânasını ifade edip etmediği hususu, bu «daha iyi»den anlaşılan şeye göre, bu kelime ile murad edilen muhtelif kıymetlere göre tahavvül ettiğinden Sosyoloji sadece müşahede ettiği değişmeleri tesbitle yetinmeği tercih etmiştir.

O halde hukukun bu sosyal değişmelerden müteessir olma nisbeti ve bizzat kendisinin bu değişmeleri davet veya tahrik hususunda müessiriyet derecesi Jenetik Hukuk Sosyolojisinin konusunu teşkil edecektir. Böylece bu bölüm evvelâ muhtelif hukuk sistemlerindeki değişme istikametlerini araştıracak, bilâhare bu hukukî değişmelerin müessir faktörlerini inceleyecektir.

Meselâ ilkel cemiyetlerin hukuk sistemlerinden çağdaş hukuk sistemlerine kadar gelen ve bütün intikal safhaları birbirinin ardı sıra idrâk edilmiş olan bir hukuk sisteminde bu tedrici intikallerin nasıl vaki olduğu, hangi faktörlerin tesiriyle meydana geldiği araştırılacaktır. Yahut belirli bir kıstasa göre (Meselâ hukukun gittikçe rasyonelleşme kıstası) nazarî olarak birbirini takip ettiği kabul edilen tedrici intikal merhalelerinden bazıları bir cemiyetin gerçek tarihi seyrinde atlanmışsa, bu cemiyetin hukuk sisteminde rastlanan bu sürati ve âni intikalin (tabir caizse : mütasyonun) sebep ve neticeleri araştırılacaktır. Meselâ kabilevî hukuk sisteminden şu veya bu faktörün müdahalesiyle birdenbire modern devlet hukuk sistemine atlama, veya tamamen dinî bir hukuk sisteminden gene bazı faktörlerin tesiriyle tamamen lâik bir hukuk sistemine geçme hallerinde intikallerin sebepleri, tutunma nisbetleri, muvaffakiyet şansları jenetik hukuk sosyolojisinin tetkik konusu içine girecektir.

Hukuk normal olarak muhafazakâr karakteri galip bir sosyal mahsuldür, kültür değişmelerinde kendi tabiati icabı arkada kalmak itiyatındadır (38).

---

(38) H. CAİRNES — Law and the Social Sciences. London 1935 Sh : 165.

Ancak Hukukun modern tesbit ve tedvin şekilleri bazı sosyal değişmelerin hukukun desteğiyle takviyesini kolaylaştırmıştır. Hülâsa hukuk kuvvetli sosyal inkılâpların bekçisi rolünü oynadığı zaman normal sosyal değişme seyrinde en süratli unsuru temsil edebilir. Hukuk hayatında rastlanan tedrici ve âni intikaller, «iktibas» olayları, bunların yöneldikleri istikametler, bu yönelmelerin saikleri ve ifade ettikleri mânalarla birlikte izah ve tahlil edilmelidir.

2 — Hukukun değişme ve gelişmesine sebep olan âmiller :

Hukuka müessir olmak suretiyle bu değişmeleri tahakkuk ettiren faktörlere gelince, bunlar da morfolojik, ekonomik, kültürel, politik cinsten olabilirler. Hukuk, cemiyet hayatının bir mahsulü olduğundan bu hayatın maruz bulunduğu bütün tesirlere karşı açık bulunmaktadır. Ancak onun şeklî karekteri ve istikrarı sağlama ve sürdürme fonksiyonu diğer sosyal kontrol nevilerine nazaran bu tesirlere daha fazla mukavemet göstermesine sebep olur. Böylece müşahhas misallere inilmek icap ederse hukuk nizamı iklimden, ırktan, nüfustan, istihsal vasıtalarından, istihsal münasebetlerinden, sınıflaşma ve zümreleşme vakıalarından, sihri inaçlara, dini akidelere, bilgi seviyesine, sanat seviyesine, felsefî cereyanlara, siyasi ideolojilere kadar çeşit çeşit faktörlerin tesiri altında değişmekte ve gelişmektedir. Ancak bu çeşit faktörler ne her cemiyette, ne de her zaman aynı tesir kudretine sahiptirler. Bütün bu araştırmalar muayyen bir hukuk sistemi hakkında veya muayyen bir zümre hukuku hakkında veya muayyen tek bir hukukî müessese hakkında yapıldığı takdirde doğru neticeler verebilir. Ancak bunların sonuçlarının mukayesesidir ki bize umumî ve müşterek temayüller olup olmadığını gösterebilir. Jenetik Hukuk Sosyolojisinin sahası bu çalışmaların hepsini tazammun eder. Yoksa ne bütün cemiyetler için, ne de tarihin her anı için muteber olan tek bir tekâmül kanunu veya tek bir hâkim faktör araştırılması artık bahis konusu olmamaktadır. Hukuk mücerred bir cemiyet kavramiyle değil, tarihî bir hüviyeti olan muayyen yer ve zamanlarda yaşamış ve yaşamakta olan müşahhas cemiyet sistemleriyle münasebetleri içinde ele alınacak ve bu mânada içtimaî realitenin bütünü içine yerleştirilecektir.

§. 11 — TATBİKİ HUKUK SOSYOLOJİSİ :

A — Nazarî ve Tatbikî Sosyoloji ayırdı :

Tatbiki ilim - Nazarî ilim ayırdı kesin değildir. Hakikatte ilim, vakıalar arasındaki münasebetlerin tetkikinden genellemelere, kanunlara varıncaya, münferid, çeşitli olaylar âlemi hakkında vahdetli, insicamlı bir kavramlar sistemi kurmaya çalışan, bu mânada nazarî bir faaliyettir. İlmî bilginin iki ayrı cinsi yoktur, belki aynı ilmî bilginin neticelerinden hayat sahasında faydalanılma safhası vardır. İlmin, insanların gaye ve maksadlarına göre şu veya bu istikamette, şu veya bu hususta kullanılması birtakım tatbikat kaidelerinin doğmasını gerektirmiştir. Nazarî sahada A hadisesinin illetleri B ve C hadiselerinin birlikte zuhuru ise, ve tatbikatta bizim için, her hangi bir sebeple, A hadisesinin sun'i olarak husule getirilmesi icabediyorsa biz, bu ilmî bilgiden faydalanarak evvelâ B ve C hadiselerinin zuhurunu sağlamaya çalışır ve matlup olan A hadisesinin vukuuna intizar ederiz. O halde, Nazarî İlim bize bir «bildirici» siga ile «A hadisesinin sebepleri B ve C nin birlikte zuhurudur» derse, Tatbiki İlim de «Eğer A hadisesinin meydana gelmesi isteniyorsa, daha önce B ve C hadiselerinin husulü sağlanmalıdır» diyecektir. Görülüyor ki bu son siga, artık bildirici değil, gerektirici bir hükmü ifade etmektedir : bir kaideyi, bir usulü öğretmektedir.

Böylece kendilerine «Tatbiki İlim» veya «Teknik İlim» yahut sadece «Teknoloji» denen disiplinler, haddizatında «mevzuları, nazari ilimlerin bulduğu kanunları pratik gayelere tatbik etmek» (39) olan tetkik sahalarıdır. Bunlar, hakikatte aynı «ilmin birbirini takip eden safhalarıdır».

---

(39) ANDRE LALANDE — «Etudes ayant pour objet d'appliquer à un fin pratique des lois appartenant en général à divers ordres de connaissence théorique.» (Vocabulaire Tecnique et Critique de la Philosophie. 5 ème éd. 1947).

Tatbikî Sosyoloji ise «İlmî Sosyolojinin tümdengelimci (istidlâli) safhası demektir. Sosyolojik genellemelerin, içtimaî problemlerin hallinde münasip ve dakik bir surette kullanılması, sosyolojik prensip ve kanunların hususî hallere tatbikidir. Tatbiki Sosyoloji gerek sosyal ıslahatın gerek sosyal mühendisliğin bir vasıtası olabilir» (40).

O halde, tanınmış amerikan sosyologlarının tatbiki sosyoloji hakında, üzerinde birleşmiş oldukları bu tarife göre, sosyolojik hakikatlerden, içtimaî reformlar ve hukukî tanzim faaliyetlerinde istifade edilmesi tamamen meşru bir şeydir.

B — «Tatbikî Sosyoloji» mümkün müdür?

Bununla beraber, Sosyolojinin, tatbikat sahasında kendisine danışılabilecek bir ilim mertebesine vasıl olup olmadığı, halâ bir deneme ve yoklama safhasında bulunup bulunmadığı gibi meseleler, fikir dünyasında henüz tamamiyle hallolmuş değildir. Çok defa, Sosyolojinin nazarî araştırmalarının meşruiyeti kabul edilse bile, vasıl olduğu sonuçların bir kısmının cemiyet hayatına tatbiki bahis konusu olunca tereddütler ızhar edilmektedir. Bu durumun sebebleri muhteliftir. Bunlar arasında biz, dört esaslı sebep üzerinde duruyoruz.

1) Sosyal ıslahatçılık hevesinin, geçen asır sosyolojisinin gelişmesine, hakiki bir ilim hüviyetini kazanmasına uzun müddet engel oluşu.

2) Cemiyet vakıaları arasındaki karmaşık bağlılık («consensus» prensibi veya bütün «Gestalt» esası), bu vakıalar gurubundan bir kısmının, diğerleri ile ilgilenmeksizin tetkik ve tahlil edilmeyişi. «Sosyal»in, kısımlar ve cüzüler halinde ele alınışındaki güçlük, ve her cüz'ün tetkikinin, behemehal kül'ün tetkikine rabdedilmesi zarureti.

3) Sosyolojinin mensupları arasında halâ tamamiyle izale edi-

---

(40) H. P. FAİRCHİLD — («Applied Sociology is the deductive phase of Scientific Sociology. The ocurate and precise use of sociological generalizations to assist in the solution of social problems. The application of sociological Laws and principles to particular cases. Applied Sociology may be an instrument either social reform or social engineering» (Dictionary of Sociology 1955. Sh : 302).
LESTER WARD — The Applied Socilogy, 1906.

lememiş olan görüş ve prensip farkları: Manevî İlimlere ve Müsbet İlimlere mütemayil sosyologların zıd kanaatları.

4) Cemiyetin ıslahı ve içtimaî problemlerin halli meselelerinin, mutad olarak, arzettiği müşkülât ve bu konudaki kanaat ve yetki çatışmaları.

1 — Sosyoloji ve sosyal ıslahatçılık :

Bir ilim adı olarak Sosyolojinin doğuşu, cemiyet meselelerine karşı hasbi bir tecessüsün giderilmesi kaygusundan ziyade, tabiî hukukçuların ve Fransız ihtilâlini hazırlayan ve idare eden politikacıların halledemedikleri sosyal ve politik meselelere ilmî, objektif hal suretleri bulmak, müsbet bir siyaset ilmi meydana getirerek cemiyeti istikrara ve huzura kavuşturmak endişesine dayanır. XIX uncu asır sosyologlarının hemen hepsi, kendi sosyolojik tetkiklerini bitirir bitirmez, cemiyetin bütününe verilecek istikamet, tatbik edilecek sosyal ve politik düzen şekli hakkında teferruatlı projelere vasıl olurlar. Sosyologların, buhranlı bir garp cemiyetinin dertlerine müessir, ciddî ve ilme müstenit bir deva aramak arzuları ne kadar masum ve isabetli ise, maalesef, bulduklarını zannettikleri güya ilmî hal suretleri de o kadar gayrı-ilmî se sübjektiftir. Bunlar, her sosyoloğun kendi sosyal felsefesine ve temayüllerine göre hissen bağlandığı temennilerden ibarettir (41). Başta A. COMTE olmak üzere (42) gerek materialist gerek organisist sosyologlar bu sosyal reform projelerinin en tipik örneklerini vermişlerdir. Fikir dünyası bu kadar

(41) BERTRAND RUSSELL — İlimden beklediklerimiz (Çeviren: Avni YAKALIOĞLU, 1957 Ankara, İş Bankası Kültür Yayınları N: 4) Sh: 139. FRİEDRİCH VON HAYEK — Scientisme et Sciences et Sociales, Essai sur le mauvais usage de la raison. (Traduit par RAYMOND BARRE, 1952) Sh: 17 vd., 94., 112 vd.

(42) Bu tip sosyologların başında, maalesef, sosyolojinin kurucusu sayılan meşhur AUGUSTE COMTE gelir. Bütün gayreti, Fransız ihtilâlini hazırlayan tabiî hukukçuların metafizik muhakeme tarzlarının yanlışlığını isbat etmeye, cemiyetin ancak bir cemiyet ilmi sayesinde ıslah edilebileceğini göstermeye matuf olduğu halde sonunda kendisi de aşağı yukarı aynı dedüktif muhakeme şekline saplanarak aynı hataya düşmüştür. Şu kadar ki tabiî hukukçular insan tabında müdemiç olduğunu iddia ettikleri prensiplerden hareket ettikleri halde, COMTE medeniyet tarihinden çıkardığını zannettiği üç hal kanunundan mülhem olmuştur ki bu kanun da aşağı yukarı tabiî haklar prensipleri kadar dedüktif bir yolla bulunmuştur, yoksa bugün anladığımız manada sosyolojik araştırma usulleri ile değil. Bu hususlara aşağıda tekrar avdet edeceğiz.

kolay bulunmuş ıslahat projelerinden, bu her derde deva olan sosyolojik reçetelerin ciddiyetinden haklı olarak şüphe etmiştir (43).

2 — Sosyolojide «bütün»ün tetkiki zarureti :

Sosyolojinin tetkik konusundaki karmaşıklık ve zorluk, bunun bütün köşeleri hakkında aynı bolluk ve açıklıkla mevsuk bilgiler sağlanamayışı, bazı sahaların aydınlatılmış olmasına mukabil bazılarının henüz el atılmamış durumda olması, buna mukabil sosyal vakıaların behemahal bu bütün'ün içine yerleştirilmek, onunla olan irtibatları içinde tahlil edilmek zarureti, birçok fikir adamlarını sosyolojinin sonuçlarına karşı ihtiyatlı davranmaya ve bunların derhal tatbikata konması ihtimaline karşı cephe almaya sevketmiştir. Bu ihtiyat mülâhazası, ilerde göreceğimiz gibi tamamen haksız değildir. Ancak hudutları iyice belirtilmiş, cemiyetin bütünü ile olan irtibatları iyice tesbit edilebilmiş sahalarda sosyolojik hakikatlerden tatbikî neticeler çıkarılması pekalâ kabildir.

3 — Görüş ihtilafları:

Sosyologlar arasında devam ettirilmek istenen esaslı görüş farkları bu kadar ihtilâflı bir ilim dalı için tatbikat safhasına intikali mevsimsiz saydırabilir. Zira hâlâ, sosyal hadiselerin tek ve tekerrür etmeyen vakıalardan olduğu, bunların olsa olsa tarihî ve yakın sebepleri belirtilerek tiplerinin ve tasvirlerinin yapılabileceğinin, yahut faillerinin bunlara verdikleri sübjektif mânaların derinliklerine nüfuz edilmekle yetinebileceği iddialarıyla karşılaşıldığı vakidir. Kökünü geçen asırda Almanyada gelişen Manevî İlimler cereyanlarından alan bu görüş gerek «sosyal» dediğimiz vakıaların sahasını daraltmak, gerek bu vakıaların tabiî vakıalar gibi muayyeniyetler çerçevesi içinde izah edilemeyip ancak derunî mânaları bakımından anlaşılmakla yetinilecek cinsten olaylar olduklarını iddia etmekle bir tatbiki sosyoloji ihtimalini zayıflatmaktadır (44). Eğer sosyal vakıalar âleminde,

(43) SAMUEL KOENİG — Man and Society, New York 1957, Sh: 311 «Islahatçılar ve kürsü sosyologları, ilmi-simya bilginleri gibi sosyal problemlerin hepsine tek bir deva aramaya mütemayildirler.»

(44) DİLTHAY — İntroduction à l'Etude des Sciences Humaines (Traduit par LOUİS SAUZİN, Paris 1942) Sh: 52.

MAX WEBER — Soziologie. Weltgeshichtliche Analysen. Politik (Herausgegegeben und erlaetert von JOHANNES WİNCKELMANN. Stuttgart, 1956. («Uber einige Kategorien des verstehenden Soziologie» Sh: 97-151).

cüz'î bir nisbette de olsa bir illet-netice veya tâbi-mütehavvil alâkası tesbit edemez, onları illetleri ile izah edemezsek hiçbir nevi tahminde, aksiyon sahasında hiçbir teklifte bulunamıyacağız demektir. Zira bu iddiaya göre sosyolog, içtimaî vakıa tiplerini tetkik ve tasvir edecek onların fâillerinin iç niyet ve tasavvurlarına, hareket saiklerine nüfûza çalışacak, fakat asla bir umumî kanuna, bir illî izaha (tarihî illiyet hariç) vasıl olamıyacaktır. Böyle de olunca ilim adına hiçbir aksiyon şekli tavsiye edilemeyecek demektir. Aksiyon sahası, fâillerinin şahsî kanaat hürriyet ve ferdî mesusiyet altında cereyan eden politik faaliyetlere terkedilecektir (45).

Bu kadar ifrata varmamakla beraber, sosyolojik vakıalar âleminde belirli genellemelere yükselmenin mümkün olduğunu iddia eden bazı sosyologlar da bu ilmin geçen asırdaki hatalarını tekrarlamasından korkmakta ve tatbiki bir karakter taşımamasını terviç etmektedir. Sosyolojinin bütün görevi sosyal âlem hakkındaki meçhulleri aydınlatmak bilgi hudutlarını genişletmeye çalışmaktan ibarettir. O, sosyal âlemde cari olan hakikati bulur ve bildirir. Bundan kim isterse, hangi gaye için isterse, dilediği gibi faydalanabilir. Fakat sosyolojik hakikatlerin bildirilmesiyle, sosyoloğun işi bitmiştir. O, aksiyon âleminin fâili değildir (46). Meselâ tanınmış Amerikan Sosyoloğu OGBURN «Sosyolojinin, bir ilim olmak sıfatıyla konu-

---

TALCOTT PARSONS — Weber's Methology of Social Science (introduction in «MAX WEBER — The Theory of social and Economic Organization» (Part I of Wirtschaft und Gesellschaft) (Trans. by. A. R. HENDERON) and TALCOOT PARSON Edinburg 1947.

RAYMOND ARON — La Sociologie Allemande Contemporaine. 1935, Paris. (Max Weber on Law, in Economic and Society (İntroduction), Cambrindge — Massachusetts 1954).

ARMAND CUVİLLİER — Où va La Sociologie Française? Paris 1953. Sh: 57-68.

ARMAND CİVİLLER — Manuel de Sociologie, Paris 1950, Paragraf: 129.

(45) RAYMOND ARON — La Sociologie Allemande Contemporaine. Paris, 1935. Sh: 120. «Tarihçi, sosyolog ve iktisatçı cephe almaktan, fazla beğenmekten veya fazla yermekten sakınabilirler ve sakınmalıdırlar: zira, saf ilim aksiyon meselelerini halletmekten âcizdir..»

Keza : Sh : 121 «İlim bize ne istediğimizi ve ne yapabileceğimizi gösterir. Fakat ne yapmakla mükellef olduğumuzu gösteremez. İlim, bizim kendi benliğimizi farketmemize ve dünyayı keşfetmemize, yarar, bunun ötesinde artık irade rol oynar.» (MAX WEBER'in sosyolojik ve siyasî görüşlerinin tahlili münasebetiyle).

(46) JOHN F. CUBER — Sociology, a synopsis of principles. 1951, New York. Sh: 11.

su, dünyanın ıslâhı, halk kitlelerinin sevk ve idaresi, yahut Devlet gemisinin yürütülmesi değildir. İlim, doğrudan doğruya ve sadece yeni bilgilerin keşfine gayret eder» demektedir (47). Bazı Fransız sosyologlarında da aynı temayül müşahede edilir ve bunların Tatbiki Sosyoloji denemelerine çocukça tecrübeler gözüyle baktıkları yahut bunları ilmî kisveli politik veya endüstriyel faaliyetler addettikleri görülür (48).

Bununla beraber, sosyolojik araştırmaların bizi, diğer müsbet ilimlerdekinden mahiyet itibariyle değil, ancak katiyet derecesi itibariyle farklı genellemelere götürebileceğini kabul eden, Sosyolojiyi bir gerçeklik ilmi, bir vakıa münasebetleri tetkiki olarak alanların tatbikî sahaya karşı gösterdikleri çekingenlik, Sosyolojinin aşacağı terakki merhaleleri sonunda kendiliğinden ortadan kalkacaktır. Zira bu gurup sosyologlarda, manevi ilim cereyanında gördüğümüz kategorik bir imkânsızlık iddiası, aksiyon sahasının ilme yabancı olduğu tezi yerleşmemiştir. Bu sonuncuların endişesi, sosyolojinin henüz kâfi derecede gelişmemiş olmasından ileri gelmektedir ki bu da kısmen haklı bir mülâhazadır.

Netekim DURKHEİM, «bizim herşeyden evvel realiteyi tetkik etmek lüzumunda ısrar edişimiz, onun ıslahı işinden vazgeçtiğimize delâlet etmez. Eğer bizim araştırmalarımızın sadece nazarî bir değerleri olsaydı, bütün bunlar bir saatlik bir zahmete değmezdi. Eğer biz, nazarî problemleri, pratik problemlerden itina ile tefrik ediyorsak, bu, onları ihmal etmek için değil, bilâkis onları daha iyi halledebilecek bir duruma gelmek içindir» (49) demiştir. Sosyo-

(47) W. F. OGBURN — İn «Publications of the American Sociological Society. Papers Proceedings. t: XXIV» (ARMAND CUVİLLİ'er nak'ediyor : Manuel de Sociologie Sh: 58).

(48) ARMAND CUVİLLİER — Manuel de Sociologie, Sh: 242 «... Bu sebeple Fransa'da Sosyoloji, bazı yabancı görüşlerden bilhassa anglo-saksonların görüşlerinden farklı olarak, nazari sahada kurulmuş bir ilimdir. Halbuki anglo-sakson görüşünde «sosyal araştırma» çok defa kendisine «social work» veya «social management», yahut «applied sociology» denen hususlarla ilgilidir.» Keza: Sh: 58.

JHON F. CUBER — Sociology is manily the study of what is, not of what ought to be. etc....»

(49) EMİLE DURKHEİM — De la Division du Travail Social. 1902. Préface de la Première édition, Sh· XXXIX «Mais de ce que nous nous proposons avant tout d'étudier la réalité, il ne s'ensuit pas que nous renoncions à l'améliorer: nous estimerions que nos recherhes ne méritent par une heure de peine si elles ne devaient avoir qu'un intérêt spé-

lojinin, bugünkü halinde, diğer müsbet ilimlerin vasıl oldukları yakîn derecesine erişemediği bilinmekle beraber, tetkik konusunun karmaşık bünyesi ile mütenasip ihtimalî kanunlara, istatistikî genellemelere erişebileceği, belirli temayüller, belirli illet-netice münasebetleri veya tâbiiyet bağları bulabileceği, kanunlara değilse bile, sosyal hayat hakkında bazı düzen izlerine, düzen temayüllerine vasıl olabileceği kabul edilmedikçe bunlara dayanılarak elde edilecek tatbiki sosyoloji normlarından bahsedilemez (50). O halde, tatbiki sosyolojinin varlığı, ancak az çok determinist bir sosyoloji anlayışına bağlı kalır ki bu, sosyolojiyi Tarih ve Kültür ilimleri grubundan ziyade tabiat ilimleri istikametine yaklaştırır.

Bu görüşe bağlı kalan sosyologların hemen hepsi doğruluğu üzerinde birleşilmiş sosyolojik illiyet münasebetlerinden faydalanılarak cemiyet problemlerinin hallinde, (tamamen avamî ve gelişigüzel tedbirlerle yetinmek yerine) hakikaten ilmi bir tatbikat yapmak hususunda müttefiktirler. Bütün mesele, dayanılan nazarî bilginin hakikî isabet derecesinden emin olmaktır. Bunun içindir ki, üzerinde tatbikat yapılacak her hususî saha hakkında ayrıca bir kontrol yapmak, bu saha ile ilgili nazarî bilgileri, daima, yenibaştan süzgeçten geçirmek lâzımdır. Böyle bir titizlik «doğruluğu şüpheli kanaatlar'ın ilim adına tatbik sahasına konması tehlikesini önleyebilir.

4 — Cemiyetin değişme ve düzenlemeye mukavemeti :

Sosyolojik hakikatlerin ışığı altında tatbikat yapılacak saha, cemiyet hayatının ta kendisidir. Halbuki cemiyetin gerek bütününü, gerek belirli kısımlarını veya cephelerini düzen altına almak işi, ilim adamlarına değil, siyaset adamlarına, ahlâkçılara, din va-

culatif. Si nous séparons avec soin les problemes théoriques des problèmes pratiques, ce n'est pas pour négliger ces derniers; c'est, au contraire pour nous mettre en état de les mieux résoudre.»

(50) ERNST HİRŞ — Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri, 1949 Ankara Sh : 352-362 Modern İlim Zaviyesinden Sosyoloji. (Sosyal vakıalar hakkında bulunan kanunların ihtimalî ve istatistikî mahiyeti ile tabiat vakıaları hakkındaki kanunların kesinlik derecesinin mukayesesi, Tabiat ilimlerinde ihtimalî kanunlar meselesi ilh...)
Keza:
PAUL DESCAMPS — Tecrübî Sosyoloji (Metod) (Çeviri : NURETTİN ŞAZİ KÖSEMİHAL, İstanbul 1950 Sh: 23-32 «Sosyolojik Determinizm»).

zilerine ilh.. taalluk eden bir şey sayılmıştır. Bundan başka bu konu, çeşitli yanlış kanaatların geleneksel inançların kökleştiği bir sahadır.

Cemiyetin düzenlenmesi, yeni kalıplara intibak ettirilmesi, ister istemez birçok maddî ve manevî bağlantıların çözülmesini, insanların alışkanlıklarından ayrılmasını, rahatlarının tedirgin edilmesini gerektirir. Yenilik, aklen ne kadar lüzumlu olursa olsun, hissî bakımdan rahat kaçırıcı, huzur bozucu bir şeydir. Onun için insan, cemiyeti işlerken, tabiatı işlediği zamankinden daha çok yorulur. İnsanın, tabiyat olaylarını kendi maksat ve gayelerine göre değiştirme cehdi, umumî istikameti bakımından pek fazla bir mukavemetle karşılanmamıştır. Hususiyle, tabiat vakıalarının cereyan şekli keşfedilir edilmez bu bilgiden beşerî ihtiyaçları tatmin için derhal faydalanılabilmesi, yani ilmî bilginin tekniğe intikalinin çabuk elde edilen semereleri, insanları bu «tabiatı işleme, değiştirme, tadil etme» arzusunun meşruiyetine inandırmıştır. Yeni teknik keşiflerden müteessir olan sosyal zümrelerin ihtiyaçlarına başka türlü tesviye suretleri bulunmuş ve cemiyetin bütünü bu teknik faaliyetten faydalanmakta ısrar etmiştir. Bir yan mevzu olarak temas ettiğimiz bu problem, bize, insan zekâ ve iradesinin aynı tadil ve tanzim cehdinin sosyal vakıalar âleminde karşılaştığı güçlük ve mukavemetin sebeplerini açıklamak imkânını verir (51).

Filhakika, cemiyetin tanzimi veya ıslahı, yahut herhangi bir içtimaî-siyasî müessesenin yeniden ele alınarak düzenlenmesi, değiştirilmesi bahis konusu oldu mu, cemiyetin, adetâ insiyakî bir şekilde bu değişikliğe karşı nefsini müdafaa durumuna geçtiği, eski müesseselerine sarılmağa başladığı, yenilik teşebbüslerine cephe aldığı görülür. Bu teşebbüs ister aksiyon sahasından, ister ilim sahasından gelsin, toplum, daima bulunduğu hali muhafaza gayretini gösterir. Bu itibarla toplumun düzenlenmesi gayreti, tabiatın beşerî gaye ve arzulara göre tadil edilmesi gayreti kadar kolaylıkla benimsenmez ve meşru görülmez. Zira cemiyet, insan zihninde hemen daima bizzat varlığı ile bir müsbet kıymet olarak kalmış ve bu değer

(51) Zamanında otomatik istihsal usullerinin ve otomatik makinaların keşif ve icadı yüzünden muayyen sınaî sahalarda yeni bir işsizlik durumu ortaya çıkmıştır ki, bu mesele hemen bütün sınaî sosyolojinin en aktüel problemi olmuştur. Bakıla :
UNESCO — Conséquences Sociales de l'Automation (Bulletin International des Sciences Sociales vol. X. No. 1, 1958).

sadece onun varlığına değil, bulunduğu hale de teşmiş edilmiştir. İnsanlık kitle olarak muhafazakâr temayüldedir. İçinde yaşadığı toplumun mevcut durumunu, mümkün olan en iyi durum saymaya, onun değiştirilmesini tehlikeli bir teşebbüs addetmeye, bu yüzden hertürlü yenilikten, her türlü ıslâh hareketinden korkmaya meyyaldir. Hülâsa, vasat insan tipi için içinde yaşadığı nizam şekli, bütün rahatsızlıklarına rağmen, herhalde dokunulmaması gereken bir tabudur. TOCQUEVİLLE'in dediği gibi «bizim, varlıkları zarurî müesseseler dediğimiz şeyler, çok defa kendilerine alışkın olduğumuz müesseselerden ibarettir». Bunun içindir ki, cemiyeti gerek kül olarak ıslâh etmek, gerek muayyen köşelerini düzeltmek veya değiştirmek meseleleri, ilk merhalede, hemen daima seçkin zekâların ve seçkin karakterlerin dâvası olmuş ve kitlelere geç ve güç intikal etmiştir. Bununla beraber fiilî reformlar ancak bu intikallerden sonra tahakkuk edebilmiştir.

Toplumun çoğunluğunun bir değişme veya düzenlenme lüzumuna inanması ise ancak sıkıntılı, buhranlı, tehlikeli zamanların gelip çatmasından sonra olur. Nazarî Hukuk Sosyolojisinin «Jenetik» bölümünde temas ettiğimiz «sosyal değişme»ler bazan, tedrici ve spontane intikaller şeklinde olduğu gibi bazan zorlu ve sıkıntılı buhranlar şeklinde de tezahür edebilir (52). Bütün bu değişme safhaları, çabuk değişen cephelere geç değişen cepheleri yetiştirmek endişesi ile doludur. Umumiyetle teknik değişmelerin, manevî kültür kıymetlerinin ve sosyal âdet ve müesseselerin değişmelerinden daha

---

(52) «Sosyal değişme» hakkında bibliografik bilgi için bak:
BOGARDUS — Sociology, New York 1954, Sh: 412, Keza ana eserler için :
W. F. OGBURN — Social Change with respect to Cluture and original Nature, New York 1950.
B. MALİNOWSKİ — The Dynamics of cultural change, New Haven 1950.
NEWELL L. SİMS — The Probleme of social Change, New York 1939.
MÜMTAZ TURHAN — Kültür değişmeleri (Sosyal Psikoloji bakımından bir tetkik) İstanbul 1951.
Sosyal değişmeler hakkında özet bilgi için bak:
PİTİRİM SOROKİN — Dynamiques sociales et culturelles («La Sociologie au XX ième siècle» Sh: 96-122) Paris 1947.
PİTRİM SOROKİN — Les Théories Sociologiques Contemporaines (Tr. fr. RENE VERRİER, Paris 1938) Sh: 523 v. d..
ROUCEK and WARREN — Sociology, an introduction. 1953, Sh: 167-179.
JOHN F. CUBER — Sociology, New YORK 1951, Sh: 567 v. d.

çabuk seyrettiği görülür (53). Yahut, bir sosyal gecikmeyi telâfi için yapılmış cezrî bir reform, yeni müessese tiplerini ve değer kalıplarını, gerçek sosyal münasebetlerin önüne koyar. Bu müesseselere alışılması, bu değer kalıplarının maşerî inançlar haline gelmesi, canlanması için behemahal bir cehde ihtiyaç hissedilir. Sosyal hayatın bir cephesini diğer cephesine uydurabilmek için, istisnaî devrelerde bu iradî gayret zarurî olur. Aksi takdirde cemiyeti vahdetli bir bağlantı halinde tutan sosyal tesanüt hali gevşemeye yüz tutar. Asgarî bir tesanüt bağından mahrum kalan toplum da çözülür, ve bozulur.

Cemiyet, bilindiği gibi ne bir ferdler yekûnudur, ne de her hal ve şartta hüviyeti bozulmayan, varlığı tehlikeye girmeyen zarurî bir vahdettir. Şüphesiz ki mücerret anlamda «cemiyet» insanla beraber ve insan baki kaldıkça bakidir. Fakat müşahhas cemiyet tipleri -ki yegâne gerçekliklerdir- türlü tesirlere maruz ve bu tesirlerle muvazene halinde yaşayan âdeta organik mahiyetlerdir. Burada hiçbir şekilde organizmacılık iddiasını destekliyor değiliz, fakat toplumların, teker teker ve müşahhas sistemler olarak ele alındıkları zaman, kendilerine mahsus bir hayat seyirleri olduğunu, aralarında tarihten silinenler olduğu gibi zamanla simâ değiştirenlerin de bulunduğunu, nihayet yeni tiplerin zuhur ettiğini kabul etmek zarureti karşısındayız.

Toplumların da kendilerine göre bir hayat maceraları vardır : büyüme veya küçülmeleri, kuvvetlenmeleri veya zayıflamaları, gittikçe daha iyi organize olmaları veya gittikçe daha fazla bozulmaları, muayyen şartlar birleştiği takdirde, daima ihtimal dahilindedir. O halde, hangi hallerde hangi takviye edici, düzeltici müdahalelerin yapılabileceği veya yapılması gerektiği meselesi, fert hayatı hakkında olduğu gibi, pekâla cemiyet hayatı hakkında da bahis konusudur. Hattâ, asgarî bir gelişme kaydetmiş hiçbir toplum yoktur ki mutad düzenini idame edebilmek için dahi, muayyen nisbette iradî ve aklî bir tanzim şekline baş vurmamış olsun. İçtimaî nizam kısmen kollektif şuur altının düzenlemeleriyle kısmen de şuurlu ve iradî tanzim gayretleri ile idame edilmektedir. Otomotik bir intibak, insan cemiyetlerini idareye yetmemektedir.

---

(53) Hukukî değişmenin, sınaî değişmeden geri kalması hakkında bak: OGBURN and CHAPİN — Social Change 1922. Sh: 227 H. CAİRNS nakleder: «Law and The Social Sciences, London 1935. Sh: 165.

Bu itibarla, cemiyetin gerek normal hayatında, gerek mutad olmayan, istisnaî intikal safhalarında muayyen bir nisbette iradî ve aklî müdahalelerin rolü vardır ve bu rolün, cemiyetin vasıl olmak istediği gayeye ulaşmasına hakikaten müessir olabilmesi için, ilmî hakikatlere göre ayarlanmış olması lâzımdır.

Cemiyet düzenini sağlayan sosyal fonksiyona, amerikan sosyologları, «sosyal kontrol» demektedirler (54). Sosyal kontrol, toplumdaki davranışların toplumun taleblerin göre cereyanı sağlıyan hernevi sosyal baskıyı içine alır. Bunun bir kısmı, örf-âdet, umumî efkâr, ahlâk telâkkileri gibi daha ziyade spontane teşekkül eden sosyal vetirelerdir. Bir kısmı da iradî ve teemmülî şekilde yaratılan sosyal tanzim sistemleridir. Daha doğrusu bu çeşitli sosyal kontrol nevilerinin teşekkülünde spontane ve iradî gelişmelerin muhtelif merhaleleri müşahede edebilir (55). Yeni zuhur eden bir din, bilhassa mütekâmil tipte ise, iradî ve aklî bir tanzim vasıtası olarak ele ele alınabilir. Bu iradî ve aklî tanzimin kökünü transandantal menşelerden alıp almadığı meselesi Sosyolojik bakımdan mühim değildir. Vakıa şudur ki her yeni ve gelişmiş tipte dinî nizam, cemiyete yeni bir plân teklifi demektir. Âdetâ bu sosyal planlanma şeklidir. Zamanla örf-âdet haline intikal eden, prensipler, umdeleri, zuhur sebepleri unutularak sadece yerleşmiş davranış modellerinin itiyadî bir şekilde tekrarlanmasına müncer olan dinî sosyal kontrol şekli ise, spontane bir düzen manzarası arzeder.

Aynı ayırd veya merhale tasnifi Hukuk hakkında da varittir : örf-âdet hukuku, spontane bir teşekküle delâlet eder. Buna muka-

(54) Bak yukarıda GİRİŞ Sh: 88 not 12-19, Keza:
G. GURVİTCH — Le Controle Social «La Sociologie au XX ième Siècle» Sh: 271-301).
ROUCEK and WARREN — a. g. e. 163 v. d..
ROSS, DURKHEİM, MEAD, PİAGET — («Sosiological Theory», éd. by LEWİS A. COSER anda BERNARD ROSENBERG. 1957). Sh : 97-115.
EVERETT CHERRİNGTON HUGHES — İnformal and formal Social contral (Principles of Sociology. ed. 1955, Sh: 267).

(55) Muhtelif Amerikan sosyologlarının «Sosyal kontrol» kavramı ile murat ettikleri çeşitli manaların, on eserin karşılaştırılması suretiyle meydana getirilmiş bir tablosu için bak:
ARMAND CUVİLLİER — Manuel de Sociologie, 1950 Sh : 224. (Bu tablodan anlaşıldığına göre, bir «sosyal kontrol» tipi olduğunda ittifak edilen asıl konu «hukuk» tur. Seçilen on eserden altısında Hukuk tipik sosyal kontrol şekli olarak kabul edilmiştir).

bil Teşrîî Hukuk iradî ve aklî düzenlemenin örneğidir. Ancak, bütün Nazarî Hukuk Sosyolojisi bize, «yaşayan hukuk» probleminde, bu teşrîî hukukun müessiriyet şanslarını ve ihtiva ettiği «iradilik», «aklilik» nesbetini her hususî halde ayrıca inceleme gerektiğini isbat etmiştir. Kanun vazii sosyolojik hakikatler zaviyesinden hür müdür? Bu soruya ne evet ne de hayır ile cevap verilemeyişinin sebebi onun kısmen bağlı, kısmen hür oluşundandır. Bu hürriyet payı, ise hukuk dediğimiz sosyal kontrol nevindeki «iradilik ve aklilik» nisbetinin ifadesidir. O halde hukukî tanzimin bir sosyal hakikatler temeline dayanması veya bu nevi bilgilerin vasıtalığından faydalanması mümkün, hatta bir bakıma zaruridir.

Aynı mesele terbiye hakkında da varittir. Ferdin aklî bir düzene tabi tutularak sosyalleştirilmesi behemahal sosyolojik hakikatlerin tatbik sahasına intikalini zarurî kılar (56).

C — Tatbikî Sosyolojinin meseleleri :

Burada, sırf bir kavrama kolaylığını sağlamak için ikili bir ayırt kabul edebiliriz: aa) normal ve mutad sosyal vetirelerde sosyolojik bilgilerden faydalanma, bb) anormal yahut marazî-veya istisnaî - sosyal vetirelerde sosyolojik bilgilerden faydalanma.

Sosyal olayların normal-marazî ayırdı, bilindiği gibi DURKHEİM'e kadar gider. Bu konuya ilerde «KURUCULAR» bölümünde temas edeceğiz. Burada şu şu kadarını kaydedelim ki, toplum hayatında bazı olay tiplerinin ya nevileri, yahut tekerrür nisbetlerindeki yükseklik veya azlık, mûtaddan farklı olduğu zaman, yukarda temas ettiğimiz anormal veya buhranlı safhalarla karşılaşılmış demektir. Bu hal, toplumun bütününe sâri olabileceği gibi, ancak bir kısmına, veya bir çeşit meselelerine de tallûk edebilir. Ce-

---

(56) Eğitim Sosyolojisi ile ilgili Bibliyografya için bak :
ARMAND CUVİLLİER — Manuel de Sociologie, 1950, Sh : 541, Paragraf : 176'ın notu. Ayrıca :
EMİLE DURKHEİM — Education et Sociologie. 4 ème éd. 1938.
EMİLE DURKHEİM — Meslek Ahlakı, (Çeviren Mehmet KARASAN, M.E.B., 1949).
İSMAİL HAKKI BALTACIOĞLU — İçtimaî Mektep, Ankara, 1942.
EDWARD L. MUNSON — Le Maniement des Hommes (tr. par AYS MOULİN) Paris, 1950.
RENE JADOT — Milieu et Eduction, 1936.
NUSRET KÖYMAN — Eğitim Sosyolojisi, İstanbul 1954.

miyetin veya sadece bazı sosyal olaylar gurubunun «düzenleme veya iyileştirme» maksadıyla ele alınması, işte, bilhassa bu gibi safhalarda bahis konusu olur. Demek ki, normal durumlardan ziyade tehlikeli veya huzursuz durumlardır ki yapılacak sosyal müdahalelerin bilgi'ye dayanması zaruretini hissettirir.

Ancak unutmamak lâzımdır ki, normal ve mutad sosyal tanzimde ne kadar güvenilir sosyolojik hakikatlere dayanılarak hareket edilirse, buhran ve maraz hallerinin zuhuru okadar azaltılmış olur. Normal hayatta bilgisizliğin eseri olan hataların işlenmemesi, hiç değilse yalnız bu sebepten doğacak marazları azaltmış olur. Affektif hayatın cilvelerinden, ihtiraslardan, hülâsa insan tabiatının değiştirilemeyen cephelerinden doğan marazlar da baştan önlenemese bile vukularından sonra ancak bilgiye dayanan gayretlerle tedavi edilebilir. Böylece «Sosyal tanzim» ve «Sosyal plânlaştırma» meseleleri, daima «plânlanmaya muhtaç durum» kavramı ile ilgili olduğu için, bizim bu gibi durumların kısa bir tablosunu çizmemiz uygun olur :

Sosyolojinin belli başlı kurucularından olan fransız sosyologu DURKHEİM, içtimaî hayatın sunî veya iradî müdahalelerle tanzimi meselesinin davet ettiği «gaye» problemini, enfüsî ve nisbî karakterinden kurtarmak, ilmî bir hal suretine bağlamak istemiş ve cemiyetler hakkında da muteber olan bir «sıhhat» kavramını ortaya atmıştır. Cemiyetin normal ve sıhhatta olması, her türlü sübjektif tercihlerin üstüne çıkabilen bir «norm» olarak kabul edilebilirdi. Zira sıhhat halinin ne olduğunu bize yalnız ilim gösterebilirdi. Bu, felsefî tercihlerle değişen bir gaye değildi. Böylece sosyal reformların, sosyal düzeltmelerin yöneleceği istikamet kendiliğinden taayyün etmiş oluyordu : cemiyetin sıhhat halini muhafaza, veya, bozulmuşsa sıhhat haline iade. DURKHEİM derki «sıhhat, ferdler için olduğu kadar, cemiyetler için de iyi, arzuya değer, hastalık ise fena, kaçınılması lâzımgelen bir şeydir. Eğer muhtelif hadiseler zümresi için bizzat vakıaların kendilerinde mündemiç olup bize, sıhhatı hastalıktan ilmî surette ayırt ettirebilecek objektif bir miyar bulacak olursak, ilim, bu suretle gene kendi usulüne tabi olmak şartıyla pratiği de aydınlatacak vaziyete gelmiş bulunur» 57.

Hangi hadiselerin marazî, hangilerinin normal sayılacağı ko-

(57) EMİLE DURKHEİM — İçtimaiyet Usulünün Kaideleri (Çeviren: SELMİN EVRİM İstanbul, 1943) Sh: 112.

nularına ilerde mahsus bölümde temas edeceğiz. Ancak DURKHEİM'in «marazî» sıfatını kolay kolay her rahatsız edici, huzur kaçırıcı hâdise gurubuna vermediğini de işaret edelim. Cemiyette öyle huzur bozucu olaylar vardır ki, bunlar bu vasıflarına rağmen «marazî» değildirler. Meselâ alelıtlak «suç» vakıası gibi. Suçun muayyen tiplerinin anormal nisbette artışı belki marazî bir olay olarak ele alınabilir. Fakat bizatihi «suç» vakıası normaldir. Zira normal demek, «ideal» demek değildir. Eğer biz her cemiyette «suç» vakıasını herzaman müşahede ediyorsak bunu cemiyet bakımından «anormal» veya «patolojik» bir hâdise sayamayız. Ancak, suç ne kadar normal ise onunla mücadele de o kadar normaldir. Hattâ, içinde hiçbir nevi suçun irtikâp edilmediği bir cemiyet, sosyal baskısının (maaşerî şuurun ve maaşerî tasavvurların ferd üzerine olan baskısının) son derece şiddetine delâlet eder ki bu, o toplumun hiçbir nevi değişikliğe, dolayısıyla hiçbir gelişme farkına tahammül edemediğine delâlet eder. O halde suçun mutlak bir surette önlenişi, yenileşme ve gelişmenin zarurî şartı olan değişme ve farklılaşmanın da önlenişine müncer olur (58).

DURKHEİM'in bu dar «marazî» kavramı, biraz tartışma kanusu olmuş ve bugün «Sosyal Patoloji» sahasının içine pek geniş olaylar gurubu sokulmuştur : Sosyal düzensizliğin, sosyal intibaksızlığın türlü çeşitleri, bunların sebebleri ve sonuçları, bunları azaltıcı veya önleyici faktörlerin nevileri hep aynı sahanın içine girmektedir. Bu patolojik haller karşısında alınacak tedbirler meselesi, tatbiki sosyolojinin yetkili olduğu bir konuyu teşkil eder (59).

---

(58) EMİLE DURKHEIM — a. g. e. Sh : 143 «Binaenaleyh suç zarurîdir; her içtimaî hayatın esaslı şartlarında mündemiçtir ve bilhassa bu yüzden faydalıdır. Zira suçun bağlı bulunduğu bizzat bu şartlar hukuk ve ahlâkın normal tekâmülü için elzemdir. Gerçekten bu gün hukuk ve ahlâkın her içtimaî tipe göre değiştiklerini değil, aynı zamanda eğer maşerî hayatın şartları değişirse hukuk ve ahlâkın da aynı tip içerisinde değiştikleri artık inkâr edilmez olmuştur. Fakat işte, bu değişmelerin mümkün olabilmesi için, ahlâkın temelini teşkil eden maşerî duyguların değişmeye âsî olmamaları ve binaenaleyh mutedil bir enerji kuvvetini haiz olmaları lâzımdır. Bu maşerî hisler fazla kuvvetli olsalardı,yuğrulamaz olurlardı»... «Ahlâkın, vicdanın tekâmül edebilmesi için, ferdî orijinalliğin meydana çıkması lâzımdır. İmdi, zamanını aşmayı kuran idealistin orijinalliğinin tezahür edebilmesi için, zamanından aşağı olan suçlununki de mümkün olmak icap ediyor. Bunların herbiri, diğeriyle kaimdir..»

(59) Amerikan Sosyolojisinde Sosyal Patoloji sahasına sokulmak istenen problemlerin çokluğu ve tecanüssüzlüğü dikkati çekmekten hali değildir. Fakirlik, suçluluk, geçimsizlik, sosyal sağlık, çocukların korunması, ihtiyarlık v. s. gibi birbirleriyle az alâkalı, herbiri bir başka ilim sahasına gi-

Çağdaş Amerikan Sosyolojisinde bu konulara «Sosyal bozulma» (Social disorganisation), «Sosyal çözülme» (Social disintegration), «Sosyal Problem» ler ve «Sosyal Plânlama» (Social Planning) kavramları altında temas edilmektedirki bu son iki husus, sosyolojik nazarî bilgilerin tatbikatını zarurî kılar.

1 — Sosyal bozulma veya sosyal düzensizlik :

«Sosyal bozulma» yahut «sosyal düzensizlik» kavramı, cemiyet hayatının bütününde veya bazı kısımlarında meydana gelen bir koordinasyon eksikliğini ifade eder. Cemiyetin muhtelif fonksiyonlarının işleyişleri arasında bir ahenk kalmaz ve bu hal, toplumun ulaşmağa çalıştığı kültürel gayretlere erişmesine engel olur (60). Bazı müellifler sosyal bozulmayı, «mevcut davranış kaidelerinin, toplumun üyeleri üzerindeki nüfuz ve tesislerini kaybedişleri, toplumun, fertler üzerindeki baskısının zayıflayışı» (61) olarak tarif ederler. Diğer bazıları ise «Sosyal bozulma» vetiresini, yerleşmiş müesseselerin ferdlerin yeni ihtiyaçlarını karşılayamıyacak kadar eskimeleri ile izah ederler (62). Her hal ve kârda sosyal bozulma toplumda tesanüdü sağlayıcı kuvvetlerin, tesanüt ve istikrarı baltalayıcı kuvvetlere mukavemet edemiyecek hale gelmesi, muvazeneyi bozucu kuvvetlerin fazlalaşması olayının bir neticesi sayılmaktadır (63).

Gerçekten bugün, hukuk ve ahlâkın yalnız her içtimaî tipe göre deren konuların karmakarışık bir şekilde Sosyal Patoloji meseleleri olarak ele alınması tenkid edilmektedir :

HOWARD BECKER and HARRY ELMER BARNES — Social Thought, form Lore to Science, Volume II, Sh : 994 «İn countries where the lines between disciplines are more sharply drawn, such a helter-skelter conglomeration is simply unthinkable.»

(60) ROUCEK and WARREN — Sociology, an introduction. Sh : 263.

(61) FLORİANT ZNANİESKİ — The Polish peasant in Europe and America (SAMUEL KOENİG zikrediyor : Man and Society, Sh : 305).

(62) SAMUEL KOENİG — a. g. e. Sh : 306.

(63) FLORJAN ZNANİECKİ — a. g. e. (SAMUEL KOENİC — a. g. e. Sh : 307).

JOHN F. CUBER — Sociology. A Synopsis of Principles, New York 1951. Sh : 566 - 580.

EMORY S. BOGARDUS — Sociology, 4 th ed. 1957, Sh : 413 - 465, (Konu ile ilgili bibliyografya için bak : a. g. e. Sh : 465 v.d.).

SAMUEL KOENİG — Man and Society. 1957 : Sh : 305 - 311.

(Bu kavram, W. THOMAS ve FLORİAN ZNANİECKİ şu mânada anlamaktadırlar : «Mevcut davranış kaidelerinin» topluluğun münferid

Ancak, toplumlar için, hal değiştirmek, gelişmek veya gerilemek tabiî bir vakıa olduğundan «sosyal bozulma» hakkında ne tam doğru bir teşhis ne de şaşmaz bir kıstas elde edilemez. Öyle huzursuz ve muvazenesiz durumlar zuhur edebilir ki bunların düzeltilmesi gayretleri, cemiyetin gelişmesini daha da ileri götürebilir. Yahut öyle düzen bozulmaları müşahede edilebilir ki bunlar haddizatında yeni bir düzenin yerleşmekte olduğuna alâmettir. Fakat gene öyle bozulma halleri vardır ki hakiki ve tehlikeli çöküntülerdir ve müessir bir müdahale zamanında yetişmezse sosyal tesanüt tamamen çözülebilir. Bu safhaya «Sosyal çözülme veya sosyal parçalama» (Social disintegration) denir.

Tanınmış amerikan sosyologu COOLEY bunu pek güzel belirtir : «Zaman zaman cemiyetin bu düzeni bozulur gibi olur, düzen mekanizması parçalanacağa benzer. Böyle zamanlarda beklenmedik, mutad olmayan, anormal davranışlar ortaya çıkar. Böyle bir eşya durumunda umumî nizam ve disiplin eksiktir. Her ne kadar cemiyette gene değerli şahsiyetler ve değerli faliyetler bulunmaktaysa da, bütün olarak toplumun bir vahdete ve rasyonelleşmeye ihtiyacı vardır. Cemiyet, bu haliyle, tıpkı teferruatı iyi fakat heyeti umumiyesi zevksiz bir tabloya benzer. Ferdler veya zümreler birbirlerine taban tabana zıd gayeler uğruna pek fazla çalışır gibidirler. Ortada birbirine zıd kuvvetlerin mücadelesi hüküm sürmekte, fakat, bunlardan «bütünün ahengi» zuhur etmemektedir. Tıpkı, iyi artislerin biraraya gelmesinin daima iyi bir trup teşkiline kâfi gelmemesi, yahut askerlerin hepsinin kahraman olmasının daima iyi ordu meydana getirmeye yetmemesi gibi.. bir cemiyet veya tarihi bir devir, güzide insanları bakımından zengin, fakat sistemleri bakımından fakir olabilirler.. yahut bu bapta pek karışık veya değersiz başarılarla yetinirler. Nitekim Rönesans zamanında İtalyanın hali buydu..»

«Eski müesseselerin devri bitmiştir ve ümit ediyoruz ki bun-

---

azaları üzerindeki tesir ve nüfuzunun azalışı.» (The Polish peasant in Europe and America 1920). Diğer Bazı müelliflerse bunu, sosyal düzenliliğin aksi olarak tarif etmektedirler. Sosyal düzen, azaları üzerinde müessir bir idare ve kontrole sahip olarak, sosyal birliğin ve rabıtanın devamını sağladığı halde, sosyal düzensizlik bu grup kontrolünün tesirsiz kalışını, grup tesanüdünün bozuluşunu, çatışma ve çözülme vetirelerini temsil eder. (START A. QUEEN ve diğerleri : Social Organization and Disorganization).

ların daha iyileri zuhur edecek, onların yerlerini alacaktır. Fakat bu arada, sosyal bütünün iyiliği umdesini her cemiyet üyesinin kalbine nakşeden o yüksek disiplinin eksikliği farkedilmektedir. Geleneksel bir nizamda, insan, çocukluğundanberi, teamüllere, büyüklerin otoritesine, yerleşmiş müesseselere hayat kaideleri gibi bakmaya alışır. «Bu böyle olmalıdır» fikri herkesin şuur altına yerleşmiş kanaat halini alır. Herkes bir gemi adamı gibi, âkilane ve kahramanca fiilleri, alelâde şeylermiş gibi yapar». «Bu büyük geleneklerin sür'atle parçalanması, tekâmülün zarurî bir safhası, yahut bizim tanıyamadığımız bir nimet olabilir. Fakat bunun şimdiki tesiri bir şaşkınlık ve ahlâk buhranıdır» (64).

Sosyal bozulma kavramının esaslı bir şekilde izafi olduğu unutulmamalıdır. Her bozulmanın aynı mânayı taşımadığı, aynı âkibete götürmediği de muhakkaktır. Bundan başka, faklı perspektiflerden bakılınca, aynı sosyal durum hakkında faklı kıymet hükümleri de verilebilir. Bir inkılâp sonrasında, toplum ferdleri, yeni sosyal durum hakkında farklı kanaatlar taşıyabilirler, muhafazakâr temayüllü olanlar için yeni durum bir «sosyal bozulma»dır, yenilik sevenler için ise bilâkis matlup ve isabetli bir yeni düzendir. Bu itibarla ilmî düşüncenin bu gibi âmiyane taktirlerin üstüne çıkması lâzımdır. Bu da her hususî hali, objektif metodlarla incelemek ve toplumun hayatiyeti için tehlikeli olan durumları tesbit etmekle olur. Umumî bir hüküm daima yanıltabilir.

2 — Sosyal problemler :

«Sosyal problemler»e gelince, bunlar sosyal bozulmanın alâmetleri sayılır. Şu kadar ki asgari nisbette sosyal bozulma veya sosyal düzensizlik hali her cemiyette mevcuttur ve dolayisiyle her cemiyetin kendine göre birtakım «problemleri» vardır. Bu problemler aynı toplum içinde zamandan zamana değişebileceği gibi, farklı toplumlarda da değişiklik arzedebilir. Ancak, bazı problemlerin zaman ve yer farkından mücerret olarak bütün toplumlarda müşahade edildiği de unutulmamalıdır. Bunlar evrensel ve müşterek problemlerdir : harp, cürüm, fakirlik gibi (65).

(64) C.H. COOLEY — Social Organization, New York 1909. Sh : 347, 351-352 (J. CUBER naklediyor : Sociology, Sh : 567).

(65) «Sosyal problem» tabiri, «Sosyolojik problem» demek değildir. İkincisi bu ilmin ele aldığı, nazarî bir surette izaha gayret ettiği bütün tetkik konularını içine alır. «Sosyolojinin problemleri» terkibinde olduğu gibi. Halbuki «sosyal problem», bir ilmin değil, belki bizzat

Sosyal problemler hakkında muhtelif tarifler verilmiştir. Bunların açıklanmasında göz önünde tutulacak ilk husus, sosyal bozulma hakkında olduğu gibi, mutlak kıstasların aranmamasıdır. Yapılan bütün tarifler takribîdir. Bir toplum için «problem» teşkil eden bir durum, diğeri için normal ve mutad sayılabilir. Keza bazı zümrelerin yadırgadıkları, islahını istedikleri bir hal, diğerleri için mutad ve matlup bir şey sayılabilir. O halde, gerek ilmî tahlilde, gerek umumî efkârın taktirinde sosyal problem kavramının izafiliği unutulmamalıdır. Bu ihtirazî kayıtlardan sonra «sosyal problemler»in tarifine geçebiliriz :

Bir tarife göre sosyal problem «cemiyetin yerleşmiş hayat tarzını yahut refahını, müşterek iyiliğini tehdit eden, bu sebeple hafifletilmesine veya izalesine ihtiyaç hissedilen durumlar veya şartlar»dır (66).

Diğer bir tarife göre «toplumda külliyetli sayıda ferdleri rahatsız eden ve ancak kollektif sosyal faaliyet ile düzeldilmesine kabil olan şerait» sosyal problemleri teşkil eder. (67).

Bir başka tarife göre de «nerede bir grup veya bazı guruplar mevcut bir şeraiti değiştirmeğe teşebbüs ederlerse orada bir sosyal

---

sosyal hayatın, cemiyetin problemleridir ki bunların bir hal ve tesviye şekli bulmaları hayatî ehemmiyettedir. Bu itibarla bunların tetkiki ile ilgilenmek bakımından, yalnız sosyoloji değil, diğer sosyal ilimlerin, hattâ bazı tabii ilimlerin yetkisi açıktır. Cemiyet hayatının meseleleri olmak dolayisiyle her «sosyal problem» bir «sosyolojik problem» addedilebilirse de bunun aksi varit değildir : Her Sosyolojik problem bir «sosyal problem» değildir!

Bu hususta bak : Dictionary of Sociology (FAİRCHILD) «mahiyeti itibariyle ıslah edilmeye ihtiyaç gösteren ve bu hususta sosyal kuvvetlerin veya sosyal vasıtaların tatbikini gerektiren bir durum» sosyal problem teşkil eder.

SAMUEL KOENİG — a. g. e. Sh : 302-331.

ROBERT E. PARK and ERNEST W. BURGES — İntroduction to the Science of Sociology. 1925. Sh : 45 - 47 (in Readins in Sociology ed. by: ALFRED M. LEE, 1952. Sh : 16) (tasnif meselesi).

NORMAN RAYMOND HUMPHREY — Social Problems (in «Principles of Sociology» ALFRED M. LEE ed 1955, Sh : 1-64).

ROUCEK and WARREN — Sociology, an İntrodiction. 1953, Sh : 128-162.

(66) SAMUEL KEONİG — a. g. e. Sh : 303, 304.

(67) PAUL B. HORTON and GERALD R. LESLİE — The Sociology of Social Problems (SAMUEL KOENİG nakleder: a. g. e. Sh : 303).

problem zuhur eder» (68). Böylece sosyal problemin ilk alâmeti kendisine karşı gelinen, beğenilmeyen durum hakkında toplumun muhtelif zümreleri arasında bir kıymet ve kanaat ihtilâfının meydana gelişidir. Bu tarifi veren sosyolog JOHN F. CUBER sosyal problemlerin doğurduğu kıymet ihtilâfının üç merhaleden geçtiğini belirtir :

a) Problemin kabulü :

Evvelâ hakikaten ortada bir problemin mevcut olup olmadığı münakaşa konusu olur. Kuzey Amerikada, güneydeki kölelik probleminin halli gerektiği iddia edildiği zaman, güneylilerin çoğu böyle bir problemin zaten mevcut olmadığını iddia etmişlerdir Daha başkaları ise bu müessesenin neden dolayı, ve kime zararı dokunduğunu sormuşlardır. Hele bizzat köle durumunda olanların zaten bu hale alışkın oldukları iddia edilecek olursa meselenin hakikatte kimler tarafından icad edildiği araştırılacak bir konu halini alabilir. Zira sosyal problemin ilk şartı, o zamana kadar tabiî ve mutad sayılan bir duruma isyan edilmesi, bunun tenkid konusu olmaya başlamasıdır. Bizde kadın hakları meselesi bir iki nesil evvel vazedilmiş değildi. Biraz sonra bu meseleyi ortaya atanlara böyle bir meselenin zaten mahlul olduğu ,islâm hukukunun veya islâm öncesi türk ananesinin kadını zaten kâfi haklarla teçhiz ettiği ilh.. yolunda cevaplar verilmişti (69).

b) Hal imkânının kabulü:

İkinci merhale ise, problemin cemiyet tarafından halledilebilecek neviden olup olmadığının münakaşası ile doludur. Menfi tezi savunanlar umumiyetle ya meselenin pek «muazzam» bir teşebbüsü gerektirdiğini bunun da imkânsız olduğunu ileri sürerler. Yahut ta, bu can sıkıcı durumun, arızî, sun'î bir şey olmayıp «insan tabiatından doğma» bir kusurun neticesi olduğunu iddia ederler. Nihayet bazan da, böyle bir problemin son derece nazik bir konu

---

(68) JOHN CUBER — Sociology, 1951, Sh : 615.

(69) Türkiye'de kadınlık problemi ile ilgili bibliografya için bakıla : HÂMİDE TOPÇUOĞLU — Kadınların çalışma saikleri ve Kadın Kazancının Aile Bütçesindeki Rolü (776 çalışan kadın üzerinde yapılmış anket neticeleri) Ankara, 1957. Giriş, Sh : XXIV . not : 28, 33.

teşkil ettiği ve her müdahalenin, durumu eskisinden beter bir hale sokacağı ileri sürülür.

Müsbet tezi savunanlar, bütün bu menfi karşılıkları cerhetmeye muaffak olurlar ve toplumu bir «problem» in varlığına inandırırlarsa üçüncü merhaleye geçilmiş olur.

c) Hal vasıtasının seçimi :

Üçüncü merhale ise, artık problemin varlığı ve halli imkânı hususunda anlaşmaya varıldığı için, kulanılaçak vasıtaların seçimi ile ilgili hususların tartışılmasını temsil eder. İşte sosyal ilimle uğraşanların, Tatbikî Sosyoloji müntesiplerinin rolü asıl burada görülür.

Yukarıdaki tartışma merhaleleri bir sosyal problemin kat'î şekilde tebellürü ve tarifi için zaruridir ve hemen hemen bugün varlığı ve bir hal suretine bağlanması lüzumu teslim edilmiş problemlerin hepsinde müşahede edilebilir.

Sosyal problemlerin sınıflandırılması kabil midir? Her sınıflamanın seçilen kıstasa göre değişebilen, nisbî birşey olduğu düşünülürse buna müsbet cevap vermek lâzımdır. Netekim bu yolda muhtelif denemeler yapılmıştır. Meselâ sosyolog PHELPS, «Çağdaş Sosyal problemler» adlı eserinde, problemlerin kaynaklarını esas almış ve dörtlü bir sınıflama yapmıştır : a) iktisadî menşeli problemler : sefalet, işsizlik, maişetini teminden şu veya bu sebeble âcizlik halleri ilh.. b) biyolojik kökten gelen problemler : sosyal ehemmiyet arzeden hastalıklar, iptilâlar, kusurlar, maluliyetler ilh.. c) psikolojik kökten gelenler : ruh hastalıkları, akıl zaafı, sara, alkolizm, intiharlar, v. s.. d) kültürel kökten gelen problemler : çocuk suçluluğu, gayrı meşru birleşmeler, boşanmalar, terk, firari halleri, yuvasızlık, yurtsuzluk, dulluk, ihtiyarlık ilh. Aynı müellif, modern şehirleşme ve sınaileşme faktörlerinin tesiriyle meydana gelen yeni problemler arasında a) nüfusun keyfiyet ve kemmiyetindeki değişmeleri, hareketliliği b) sosyal sağlık ve âmme sağlığı dâvasının, c) zihnî ve ruhî sağlık meselesini, d) cezaî müesseselerin ıslahı meselesini, muhaceret, umumî eğlence, meslekî yetiştirilme, halkeğitimi problemlerini göstermektedir (70).

---

(70) HORALD A. PHELPS — Contemporary Social Problems (SAMUEL KOENİG nakleder : a.g.e. Sh : 304).

Sosyal problemlerin bu listesi, itiraf etmeli ki hakikaten tecanüssüzdür ve çeşitli ilim dallarını birden alâkadar eden nevidendir. Hakikatte bu problemlerin bir kısmı dar mânada sosyolojik bilgilerin tatbiki ile halledilebilecek mahiyette ise de büyük bir kısmı muhtelif ilimlerin aynı pratik gaye etrafında işbirliği yapmalarını gerektirmektedir. Bunlarda müşterek olan husus, sistematik sosyolojinin verilerinden ziyade hemen hepsinde sosyolojik metodun aslî veya yardımcı medod olarak kulanılması zaruretidir.

Çok defa aynı probleminin halli için, hem Ekonomiden, hem Tıpdan, hem Demografiden istifade zarureti vardır. Sosyal problemler, yukarda işaret ettiğimiz gibi (71) bir ilmin tecrit suretiyle yarattığı sun'î inceleme konuları değildir. Bunlar «sosyolojik» problemler değil, cemiyetin kendi problemleri»dir. Daha doğrusu, bunlar tanzime muhtaç gerçek sosyal sahalardır ve tabiatıyla karmaşıktırlar, çeşitli yönlerden ele alınmaya ve ıslah gayesi etrafında çeşitli neviden faaliyetlerin konusu olmaya muhtaç durumdadırlar. Bu çeşitli faaliyetlerin koordinasyonu ise, yalnız tatbik edilecek reçetelerin hazırlanmasında değil, bilfiil tatbik ve icra safhasında da kendini gösterir ki bu da bizi «sosyal plânlama» meselesine götürür.

3 — Sosyal Plânlama (Social Planning) :

İçtimaî hayatın muhtelif cephelerine, muhtelif sosyal hadise guruplarının cereyan şekline sosyolojik hakikatlerden faydalanmak suretiyle, bizce matlup bir istikamet vermeye çalışmak, en umumî mânada, sosyal realitenin bir kısmını plânlamak demektir. Biz, cemiyet realitesi hakkındaki bilgilerimizi, muhtelif sosyal ilimlerin gayretleriyle elde ederiz, bu itibarla, «Tatbikî Sosyoloji», hakikatte bütün münferid sosyal ilimlerin keşfettiği nazarî hakikatlerden cemiyet gerçekliğini tanzim hususunda faydalanılmasını ifade eder. Siyasî İlimlerin, İktisadî İlimlerin, İdarî İlimlerin, demografinin, ve bunların «Sosyal Sağlık», «Sosyal Ekonomi», «Beşerî Münasebetler», «Amme İdaresi» gibi daha dar ihtisas kollarının, hakiki sosyolojik metodları tatbik suretiyle vasıl oldukları hakikatlerin hepsinden, sosyal plânlama sahasında istifade zarureti vardır. Bundan başka, Terbiye Sosyolojisi, Ahlâk Sosyolojisi, Hukuk Sosyolojisi, Din Sosyolojisi, Siyasî Sosyoloji, Endüstri

(71) Bak : Yukarıda not (65).

Sosyolojisi, Ziraî Sosyoloji ilh... gibi doğrudan doğruya Sosyolojinin dalları olan bilim kollarından da, -pratik sosyal hayat problemlerinin tanzimi hususunda- faydalanmamamız için hiçbir sebep yoktur.

Plânlaması bahis konusu olan saha, cemiyetin iktisadî münasebetleri olabileceği gibi, bu münasebetlerin yalnız bir nevi, yahut kültür hayatının bazı kısımları, yahut nüfus hadiselerinin seyri, işçi-iş veren münasebetlerinin istikameti, idarî mekanizmanın aksaklıkları, sosyal sağlıkla ilgili konular ilh... olabilir.

Bütün bu sahalarda, doğruluğundan emin olunan, sağlam metodlarla elde edilmiş objektif bilgilere sahip olduğumuz takdirde, bunlardan, yeryüzündeki hayat şartlarımızı ıslah hususunda faydalanmaya çalışmamız, tamamen meşru bir gayrettir. Aksi takdirde asırlardan beri ilim için harcanmış beşerî emeğe yazık olacak ve bütün ilmî kazançlarımız faydasız bir lüks olarak kalacaktır.

Bununla beraber, Sosyal Plânlama meselesi biraz daha yakından ele alınacak olursa, çeşitli kanaat ve temayüllerin ortaya çıktığı görülür ve plânlama meselesinin bir tartışma konusu olduğu farkedilir. Evvelâ «sosyal plânlama»dan ne anlaşılmalıdır? Sonra toplumun bütününün veya bir kısmının plânlanması kime tereddüp eder? Nihayet, bizzatihi plânlama, muhtelif kıymet telakkilerine göre «iyi», «lüzumlu», «faydalı», bir şey midir, yoksa bilâkis zararlı bir güdücülük, bir nevi «hürriyet kısıntısı»mıdır?

Görülüyor ki, «plânlama meselesi», çeşitli anlamlara gelebilen ve pek önemli ihtilâfları tahrik edebilen bir konudur. Böyle kaygın bir kavramın herhangi bir ilim dalı için pek tehlikeli, pek iddialı bir inceleme konusu teşkil ettiğine şüphe yoktur. Bununla beraber, Sosyoloji, (Hususiyle : Siyasî Sosyoloji) bu konunun tahlilini objektif bir şekilde ele alabilecek yegane ilim dalıdır. O halde mesele Hukuk Sosyolojisi için bir yan konu olmakla beraber meseleyi soğuk kanlılıkla vaz edebilir ve ait olduğu sahaya yerleştirebiliriz.

Sosyal plânlama nedir; Amerikan Sosyoloğu LORWİN'in verdiği bir tarife göre «Beşerî enerjinin, makul bir gayenin tahakkuku için, şuurlu bir şekilde yöneltilmesi», plânlama demektir (72).

(72) L. L. LORWİN — Time for Planning. New York 1954 Sh : «a conscious effort to direct human energy for the purpose of securing arationally desirable end» (BOGARDUS zikreder : a.g.e. Sh : 401). İdarî faaliyetlerin plânlaması hakkında bak :

BOGARDUS'un dediği gibi «plânlama, insana has bir hususiyettir, hayvanların plânları yoktur» (73). Bu apaçık hakikati burada zikredişimiz, plânlamayı insan tabına veya yaratma hürriyetine, yahut toplumun spontane düzenine tamamen zıd, sun'î bir müdahale saymanın pek de müdafaa edilemiyecek bir şey olduğunu belirtmek içindir. Ferdî mânada plânlama, insanla beraberdir. Yapacağı işi, başarmak istediği bir teşebbüsü bir düzen içinde ele almak, önündeki zamanı yapacağı işin muhtelif merhalelerine göre bölümlere ayırmak, kuvvetini, vasıtalarını işine göre seçmek ve ayarlamak, daha elverişli usulleri daha verimsiz olanlara tercih etmek ilh... gibi faaliyetler ferdî plânlamanın muhtelif safhaları veya unsurlarıdır. İnsan, kendi şahsî teşebbüsünü plânlar, menfaat grupları kendi zümrevî faaliyetlerini plânlar, ve nihayet toplumlar kendi geleceklerini plânlayarak hazırlarlar. İptidaî veya mütekâmil olsun, hemen her cemiyetin istikbale muzaf niyetleri, gelecekte tahakkuk ettireceği gayeleri ve bunlara göre hazırlanma tarzları vardır. O halde plânlama ferdiyatçi kapitalizm taraftarlarının iddia ettikleri gibi, o kadar sun'î o kadar tabiat verilerine yabancı bir müdahale değildir.

Nitekim, ferdî teşebbüs dahi, kendi kârını, geleceğin şartlarını hesaba katarak, rasyonel bir şekilde arttırabilmek için, kısa veya uzun vadeli plânlamalara baş vurur. Bunun toplum hakkında tatbiki ise, aşağıda göreceğimiz çeşitli itirazları davet eder.

Halbuki gerek iktisadî problemlerin, gerek kültürel ve demografik meselelerin bir plân konusu teşkil etmesi hem mümkündür, hem vakidir, hattâ bir bakıma da çağımızın karmaşık sosyal şartları karşısında zarurîdir. Bunun içindir ki KARL MANNHEİM, «artık plânlama mı yoksa laissez-faire rejimi mi tercih edilmelidir meselesi bahis konusu değildir, olsa olsa iyi plânlama ile kötü plânlamadan birinin tercihi bahis konusudur» der (74). Bu durumu farkeden sosyologlor çağdaş plânlama zaruretinin tarihte misli kay-

---

MARHALL E. DİMOCK — Âmme İdaresinin Prensipleri (Çeviren : NERMİN ABADAN), Ankara 1954, Sh : 16 (Plânlaştırmanın muhtelif manaları).

LEONARD D. WHİTE — Âmme İdaresine giriş (Çeviren : REYAN TOLUNER ve ARİF PAYASLIOĞLU) Ankara 1957. Sh : 287-292).

(73) E. BOGARDUS — a.g.e. Sh : 401.

(74) KARL MANNHEİM — Man and Society in an age of Reconstruction, 1940.

dedilmemiş bir hal olduğunu belirtirler. Zira, bugün, kendilerine hal sureti aranan problemlerin ehemmiyeti ve karmaşıklığı, ilgilendirdikleri ferdlerin sayısının kabarıklığı, malî bakımdan tazammun ettikleri külfetler, talep tetikleri devamlı değişme ve intibaklar, ve nihayet ele alınış şekillerinde gerekli olan tetkik ve araştırma metodları bakımından, bugünün plânlama problemi geçmişin sosyal veya siyasî reformları ile mukayese edilemez (75).

Sosyal Plânlama, konusunun çapına göre kısmî veya küllî olabilir. Bazı sosyologlar bu iki tip plânlama için ayrı terimler tavsiye ederler : cemiyetin muayyen problemlerini veya cephelerinin plânlanması için «sosyal plânlama» tabirini, cemiyetin bütününün plânlanması için de «cemiyet plânlaması» veya «millî plânlama» terimini teklif etmektedirler : «Social planning» ve «societal or national planning».

Bu ayırtta ısrar eden müelliflerden LORWİN, cemiyetin plânlanmasını veya millî plânlamayı şöyle tarif eder : «bütün milletin menfaatlarına uygun telâkki edilen gayelerin, milletin bütün zümre ve gruplarına hitap edecek ve millî çapta uygulanacak koordine edilmiş siyasî vasıtalarla tahakkuk ettirilmesi için girişilen maksadlı bir faaliyet vetiresidir». Görülüyor ki kısmî ve küllî plânlamada, keyfiyet itibariyle bir değişiklik yoktur. Bu itibarla her ikisini de ifade edecek umumî bir terim olarak «sosyal plânlama» tabirinde karar kılanlar çoktur. Böylece sosyal plânlama, esas itibariyle «önleyici» bir tedbirler sistemini ifade etmekle beraber, bir kere nasılsa zuhur etmiş sosyal problemlerin hallini, ve bunlarla ilgili beşerî münasebetlerin bundan sonra bu gibi ihtilâflara mahal bırakmayacak şekilde düzene konmasını da tazammun eder. Netice itibariyle sosyal plânlamadan hem «cemiyet bütününün plânlamasını» hem de «sosyal problemlerin hallini» anlamak lâzımdır. Zira bu iki kavram arasındaki yakınlık aşikârdır : biri bütün sosyal problemlerin biribiriyle bağlı bir şekilde ele alınmasını ve belirli bir gayeye göre tazminini gerektirir; diğeri ise bir veya birkaç sosyal problemin zuhur ettiği içtimaî gerçeklilik sahasının düzenlemesini ve her iki kavramı ayrı terimle ifade etmekte bir mahzur yoktur.

Ancak şuna işaret edelim ki, münferid içtimaî problemlerin ak-

(75) PHELPS — Contemporary Social Promlems, (SAMUEL KOENİG zikrediyor : Man and Society New York 1957, Sh : 328).

lî ve ilmî plânlar vasıtasıyla düzenlenmesi ihtimali, cemiyetlerde nisbeten kolay kabul edilebilecek bir teşebbüs gibi görünürse de, bir toplumun bütün olarak plânlamaya tâbi tutulması, bazı yakın kavramlarla karıştırılmakta ve böyle bir teşebbüs bazan «abes» bazan «tehlikeli» bazan da «zaten imkânsız» sayılmaktadır. Sosyal ilimlerin yardımıyla tahakkuk ettirilmesi tasavvur edilen sosyal plânlamayı, kendisine yakın bazı kavramlardan ayırmak uygun olur. Meselâ cemiyet bünyesinin isyan, ihtilâl veya âni hükümet darbeleriyle değiştirilmesi sosyal plânlama demek değildir. Bu umumiyetle plânsızlıktan doğan sosyal bozulmaların kaçınılmaz bir sonucudur ki her şeyden evvel siyasî düzenin yeniden kurulmasını istihdaf eder. Plânlama ise, ancak bu düzenin tessüsünden sonra ele alınabilecek ve bir iç barış nizamı içinde tahakkuk ettirilebilecek bir faaliyet nev'idir. Zira sosyal plânlama, esas itibariyle, toplumun müphem veya sarih bir şekilde hissettiği bir değişme arzusunun,aklî ve barışçı vasıtalarla, ilmî bilgilerin ışığı altında, mevcut düzenin yıkılmadan değiştirilmesi suretiyle tahakkukunu istihdaf eder. Plânlamanın asıl rolü, nizam değişikliklerinin, nizamsız kalma tehlikeleriyle karşılaşılmaksızın vaki olmasını sağlamaktır. Plânlama, mevcut sosyal bünyenin temellerini dahi tadil etmeği istihdaf edebilir. Esaslı müesseselerin değiştirilmesini gaye edinebilir. Fakat bütün bu intikallerin, fazla sarsıntı vermeden cereyanı çarelerini arar. Buna mukabil « reform»larda, toplumun mevcut bünyesinin veya ana prensiplerinin değişmesinden ziyade, bunlara karşı vukua gelen ihlâller, bozukluklar önlenmeye çalışılır. Esas prensipler reddedilmez, inhirafların çoğalması, veya bu prensiplerin yanlış tatbiki düzeltilmek istenir (76).

«Sosyal plânlama» ise **cemiyetin bütününü** tatmin edecek gayeler için içtimaî bünyenin **yeni bir kıymet cetveline göre, ilmî bilgilerden** faydalanmak suretiyle, **yeniden düzenlenmesi** (réorganisation) demektir. Bu tarif bizi, sosyal düşünce tarihinde, emsaline bol bol rastladığımız ütopyalardan uzaklaştırır. Zira bunlarda, mevcut sosyal şartların doğru bir bilgisine rastlanmadığı gibi, bu gerçek sosyal durumun hangi teknik vasıta ile matlup duruma

(76) «Sosyal reform, içtimaî sistemin bütününün veya bir kısmının fena işlemesinden doğan kötülüklerin izalesine veya azaltılmasına matuf umumî hareket veya bu hareketin sonucu olan durum demektir. Kavramı ve sahası itibariyle sosyal reform, sosyal hizmet (Social work) ile, sosyal mühendislik (Social engineering) arasında bir yer işgal eder». (FAİRCHİLD — Dictionary of Sociology).

intikal ettirileceği meselesi de bahis konusu olmaz. Hiç değilse ilmî bir şekilde ele alınmaz. Keza bu tarif bizi, toplumun kül olarak talep edeceği gayeler üzerinde durdurmakla, belirli hizip, gurup veya sınıfların inhisarcı menfaatlarının tatminini istihdaf eden gayeler uğruna yapılacak sırf politik plânlamalardan da uzaklaştırmış olur.

a - Sosyal plânlama fikrine yapılan itirazlar :

Çağdaş sosyologların, sosyal felsefecilerin, âmmecilerin belli başlı tetkik ve tartışma konusunu teşkil eden bu sosyal plânlama kavramına (77) halâ itiraz edenlere rastlanabilir. Bunlar muhtelif fikirlerden mülhemdirler. Biz bu görüşlerden bazılarını, misal kabilinden, zikredebiliriz :

---

(77) «Sosyal plânlama» ile ilgili bazı makale ve eserler :
SVEND RİEMER — Social Planning and Social Organisation, 1946-47. (The American Journal of Sociology L II) (Eserden parçalar için bak : ed. ALFRED LEE — Readings in Sociology 1957, Sh : 426).
C. C. NORTH — Social Problems and Social Planning, New York, 1932.
CHARLES E. MERRİAM — The Possibilities of Planning (American Journal of Sociology, XLIX 1944).
ARTHUR LEWİS WOOD — The Structure of Social Planning, (Social Proces 1944).
L. L. LORWİN — Time for Planning, New York, 1945.
B. W. ALLEN — İs Planning compatible with Democracy ? Amer. J. of Soc. XLII 1937).
HANS SPEİR — Freedom and Social Planning (Aemr. J. of Soc. 1937).
DAVİD REİSMAN — Some Observations on Community Plans and Utopia (in «İndividualism reconsidered» 1954).
KARL MANNHEİM — İdeology and Utopia, London 1936.
KARL MANNHEİM — Diagnosis of our Time, London 1943.
KARL MANNHEİM — Man and Society in an age of Reconstruction, 1940.
(Plânlama meselesi ile ilgili tartışmalar ve zengin bibliyografi).
PİTİRİM SOROKİN — The Reconstruction of Humanity, Boston, 1948.
ROBERT S. LYND — Sociologie et Planification (Cahier İnter. de Sociologie 1946, I, 127).
GEORGES BURDEAU — Traité de Science Politque, Tome VII, Sh : 464 Le Planisme.
(İktisadî Plânlama ile ilgili bibliyograya).
OSMAN OKYAR — Plânlama tarihçesine müteallik notlar (Forum, Sayı : 78, 80, 82, 84, 86. Yıl 1957, Ankara).
PLANLAMA «Devlet Plânlama Teşkilâtı Dergisi» Türkiye ile ilgili Bibliyografya için Bak : Sayı : 3 Ankara 1962.

I __ Sosyal bozuklukların tabiî ve zarurî olduğunu iddia edenler :

Sosyal bozukluklar ve problemler, ancak bunların zuhuru anında yaşayanlar için «anormal» veya «tashihi gereken» şeyler olarak görülürler. Halbuki uzun bir zaman fasılası içinde mesele ele alınırsa bunun tamamen «normal», hattâ tekâmül için zarurî olduğu görülür : zira bunlar, kabiliyetsiz, beka şansı olmayan ferd ve grupların varlığından ileri gelir ve cemiyet tekâmülünün icapları ancak beka şansı olan liyakatlileri yaşatarak bunları zamanla temizler. O halde sun'î plânlamalar hem lüzumsuz, hem faydasızdır.

Bu tez birçok sosyal darvinistler tarafından müdafaa edilmiştir. Bunlara göre hayatta muvaffak olamıyanları korumak için sosyal yardımlarda bulunmak tekâmülün, ve seleksiyonun geciktirilmesi demektir.

II __ Sosyal bozuklukların düzeltilmesi imkânsızdır, diyenler :

Zira insan, bu beğenmediği şartlara karşı hiçbir şey yapamaz. Bu, tıpkı, Himalayaların Everest tepesini Asyadan alıp Afrikaya götürmeye çalışan bir düzüne karıncanın gayretine benzer (78). Birçok kötümser filozoflar bu kanaattadır.

III __ Islah ihtimalinin tesadüfiliğini iddia edenler :

Sosyal bozuklukların ancak «üstün insan», «dâhi» «mucize yaratıcısı» gibi ne zuhuru tahmin edilebilen, ne de yetiştirilmesi kabil olan «büyük adam» ların meydana çıkmasıyla halledilebilecek bir mesele olduğunu, bunun da ne zaman ve nerede çıkacağının kestirilemiyeceğini söylerler. Bu gibi üstün kabiliyetler yoksa, sosyal plânlamanın da hiçbir mânası yoktur. (CARYLE, NİETZSCHE v.s.).

IV __ Dinî - mistik gayeleri ön plâna alanlar :

Bazı dinî akideler, dünyanın «cennet» olmadığında ve olamıyacağında ısrar ederler ve beşerî gayretlerin, yalnız insanın ebedî âlemdeki necatı uğruna teksifini isterler. Dünya fânidir, ve böyle olduğu için de fenâdır. Plânlamadan birşey beklemek abestir.

(78) E. BOGARDUS __ Sociology. Fourth ed. New York 1957. Sh : 402.

V — İnsanların çoğunun oportünist oluşu plânlamaya engel olur diyenler :

Bunlar, BOGARDUS'un işaret ettiği gibi, küçük çapta bir ıslah veya plânlama işine fiilen teşebbüs etmiş ve şahsî tecrübesinde oportünistlerin mukavemeti yüzünden muvaffak olamamış kimselerdir ki, bedbinliklerinde kısmen haklıdırlar. Ancak bir kaç deneme ve başarısızlık umumî hükümlere varmak için kâfi değildir.

VI — Plânlamanın, kapitalist nizamı lüzumsuz şekilde devam ettireceğini savunanlar :

Sosyal plânlama, pek ağır giden bir ıslah teşebbüsüdür. Bu yoldan «sınıfsız cemiyet» idealine ulaşılmaz. Teşkilâtlandırılmış cebir yegâne çaredir. Keza, plânlama faaliyetleri, işsizlik, sefalet ve diğer sıkıntı sebeblerini azaltmakla kapitalist nizamın daha uzun müddet dayanabilmesine âmil olur, böylece nihaî gelişmeyi geciktirir. Plânsızlık ise bunu çabuklaştırır (Komünist tez).

VII — Totaliterleşmeden korkanlar :

Sosyal plânlama, behemahal totaliter bir rejimin yerleşmesini intaç eder. Ferdî teşebbüs hürriyetini, cemiyetin umulmadık yaratıcılıklarını önler, o halde imkânı olduğu kadar geleceği plânlaştırmadan sakınmalıdır.

Cemiyetin bütününün plânlanması bahis konusu olduğu zaman ileri sürülen bu itirazların içinde bugünkü zekâları düşündüren, esas itibariyle, yalnız sonuncusudur. Diğer itirazlar, çoktan cevaplandırılmıştır. Bu itibarla plânlamanın çeşitleri olduğu, her plânlamanın birbirine benzemediği, totaliter tecrübelerin plânlaması ile demokratik plânlama teklifleri arasında esaslı farklar olduğu hususları devamlı bir şekilde münakaşa edilmektedir (79).

---

(79) KARL MANNHEİM — Freedom, Power and Democratic Planning, Londan 195. Sh : 279 (Freedom and Discipline under Democratic Planning). Müellif, hürriyet kavramının çağdaş kültürdeki manasını belirtir ve bugünkü sosyal değişmeler karşısında «hürriyet» in, küçük gruplar ve hususî münasebetler sahasında klâsik manasını muhafaza ettiğini, fakat büyük çapta ve teşkilâtlandırılmış topluluklar bahis konusu olunca, hürriyetin evvelâ bu gruplar adına talep edileceğini, sonra da büyük çapta teşkilâtlandırılmış grupların birbirleriyle olan münasebetlerinde karşılıklı hürriyetlerine riayet edip etmediklerinin Amme makamlarınca kontrol edilmesi gerektiğini söyler. Ferd ise, yalnız mensup olduğu grubun teşkilâtı tarafından himaye edilebilmektedir. Zira kitlevî ve züm-

Bizim bu konular üzerinde fazla durmamıza lüzum yoktur. Siyasî İlimlerin, Siyasî Sosyolojinin, Ekonominin, nihayet çeşitli politik doktrinlerin ele alacakları bu konu bizim için sırf teknik bakımdan mühimdir : Plânlamanın unsurları nelerdir, safahatı nedir ve bu faaliyette «sosyal ilim» uzmanlarına hangi rol veya görev isabet etmektedir ? (80).

Bu bakımdan, plânlamanın umumî veya kısmî oluşu, millî veya milletlerarası oluşu mühim değildir. Mühim olan, unsurları arasındaki irtibat ve ilme terettüp eden görevdir.

b - Plânlamanın unsurları :

Sosyal problemlerin münferid olarak ele alınması veya cemiyetin iktisadî kültürel, yahut idarî bünyesinin yeniden düzenlenmesi faaliyetleri, sosyal plânlama kavramı içinde ele alınabilir. Bütün bu faaliyet şekillerinde hâkim olan üç esaslı unsur gaye, bilgi ve icra vasıtalarıdır.

I — Gaye meselesi :

Mevcut bir sosyal gerçeklik durumunun beğenilmesi, bunun behemahal değiştirilmesi arzusu, hemen daima bu değiştirme sonunda hasıl olması istenen yeni durum hakkındaki tasavvurlarla beraberdir. Bu yeni ve istenen durum, en geniş mânasıyla gaye unsurunu temsil eder. O halde ıslah veya değiştirme arzusu ile erişil-

---

revî faaliyetlerin esas olduğu çağdaş toplumda münferit ferde tanınan hak ve hürriyetler pek fazla bir mâna ifade etmemektedir.

KARL MANNHEİM — İdeology and Utopia, Part : III (The Prospects of scientific Politics : The Relationship between Social Theory and Political Practice S : 97 - 171).

KARL MANNHEİM — Diagnosis of our Time (The Meaning of Democratic Planning in the Sphere of Valuation, Sh : 26 - 30). Müellif, eski demokrasilerin hatalarından ders almış olan modern demokrasinin, her istikamette kullanılabilecek bir vasıta olan modern sosyal tekniği kontrol altına alarak diktatörlüklerin zuhurunu önlemek vazifesiyle görevli olduklarına işaret ettikten sonra «Hürriyet için Plânlama» tâbiri ile ifade ettiği yeni idealin ruhu ile meşbu cemiyet yaratmanın tarihi bir misyon olduğunu iddia ediyor. Bak : Sh : 11) Keza :
Freedom, Power and Democratic Planning : Sh : 29.

(80) ROBERT K. MERTON et DANİEL LERNER — Le «Social Scientist» en Amérique «Les Sciences de la Politique aux Etats-Unıs», Paris 1951, Sh : 243-299.

mek istenen gaye arasında sıkı bir alâka vardır. Bu itibarla gaye tasavvurlarının kökü, ferdlerin ve toplulukların teessürî hayatındadır. Ferdî veya sosyal bir ihtiyaç, kendini şiddetle hissetirdiği zaman, ferdî veya maşerî şuurlarda, kendisinin ne yolda karşılanacağı tasavvurunu da yaratır. O halde, gayeler aklî kararlardan ziyade teessürî saiklerin tesiri altında teşekkül eder. Bunun içindir ki gaye meselesinin, herkesçe kabul edilebilmek, herkes tarafından arzu edilebilmek gibi objektif bir ölçüye tahammülü yoktur. Toplumların ihtiyaçları zamanla ve topluluk tipiyle, arızî ve tesadüfî hâdiselerin zuhuru ile daima değişir ve bu ihtiyaçların karşılanması için tahakkuku istenen projeler de birbirinden farklı olur. Bu itibarla sosyal plânlamanın, kısmî veya küllî olsun, takip edeceği gaye her toplumda ve her devirde birbirinden farklı olacaktır.

Bununla beraber, yukarda, sosyal plânlamayı, makul bir arzunun tahakkuku için beşerî gayretlerin seferber edilmesi şeklinde tarif etmiştik. Bu «makul» kaydı, cemiyetin alacağı istikameti tâyin hususunda kollektif arzuların tamamen başıboş bırakılmaması, aklî bir kontrolün süzgecinden geçirilmesini imâ etmektedir. Her kollektif arzu, sırf kollektif karakterde olduğu için «makul» değildir! Toplumların da gayrı-aklî talepleri, çılgınca maceralara sürükleyen kaprisleri olabilir. O halde hangi gayenin aklen tasvip edilebilir mahiyette olduğunu kim tâyin edecektir ? Bu meselenin bizi cemiyet Felsefesinin tam mihrakına götürdüğünü söylemeğe hacet yoktur. Bu itibarla, biz, «ilim, gaye ve kıymet problemlerinde hakem değildir» derken, bununla, bu problemin âmiyane hal suretlerine terkedilmesi lüzumunu değil, bilâkis, ilimden daha geniş ve bilhassa tenkidi bir görüş açısına sahip olan Kıymet Felsefesinin yetkisine havale edilmesini murat ediyoruz. Sosyoloji, böyle bir hakemlik iddiasında bunluduğu müddetçe, kendini tekniğine itimad edilebilecek ciddî bir nazarî ilim olarak kabul ettiremez (81). O, mukadder bir şekilde Sosyal Felsefe ile karışır.

---

(81) Çeşitli anlaşmazlıklarla dolu olan bu konu üzerinde daha fazla durmaya ders kitabımızın hacmi müsait değildir. Sosyologlar arasında, Sosyoyolojinin sosyal gayeler telkinine yetkili olduğunu iddia edenler de vardır ki biz, bu kanaatta değiliz. Muhtelif disiplinlerin görevlerini birbirine karıştırmak, sonunda hiçbirinden gerekli yardımı görememek neticesine götürür. Bu görüşün müfrit müdafii olarak, bak :
GEORGE A. LUNDBERG — Can Science Save us? London 1947 Sh : 26 - 35 ve sonuç.

Ancak bu, sosyal aksiyonda gayenin hiçbir şekilde ilmî tenkit konusu olamıyacağı demek değildir. İlim, toplumların kendilerine seçtikleri gayeleri, yahut muayyen dar sosyal sahalarda erişmeyi istihdaf ettikleri hedefleri, «iyilik-kötülük» bakımından değil, fakat «tahakkuk kabiliyetini haiz olup olmamak, toplumca arzu edilmeyen tâli sonuçlar tevlit edip etmemek» bakımından pekâla tahlil ve tetkik edebilir. Zira, ilim, mevcut durum ile matlup durum arasındaki intikal yollarını, hangi gerçeklik şartlarının hangi matlup şartlara ifrağ edilebileceğini, bunun imkân nisbetini, böyle bir gayeye ulaşmak için zarurî olan unsurların mevcut gerçeklik şartları arasında bulunup bulunmadığını, soğuk kanlılıkla inceleyebilir. İşte bu bakımdandır ki, toplumun içinde bulunduğu şartlar itibariyle o hususî hal için «abes» olan, tahakkuku bütün tahminlere göre «imkânsız» olan, yahut tahakkuku halinde toplumun hiç te tasvip etmeyeceği tâli sonuçlar doğurması muhtemel olan gaye tasavvurları hakkında kendine düşen ikaz görevini yerine getirebilir.

Bu konuda birçok sosyologlar, sosyal ilim mütehassıslarının sırf dışardan empoze edilen gayelerin tahakkuku için gerekli tekniği bildirmekle mükellef elemanlar sayılmasını pek hazmedememektedirler (83). Onlara göre bu uzmanların, sosyal gayelerin tâyininde de payları olmak gerekir. Hattâ bazıları bunun ister istemez zarurî bir vetire olduğunu, cemiyetin müphem tabirlerle ifade ettiği geniş gayelerin, gerçeklikteki tahakkuk ve tecellileri bahis konusu olduğu zaman bu müşahhaslaştırma, bu özelleştirme olayında (specification) sosyal ilim uzmanının reyinin asıl olduğunu iddia ederler. Bunlara göre «âmmenin iyiliği» veya «müşterek refahın tahakkuku »gibi geniş kavramlardan bunların, hangi sahada, hangi yoldan hangi vasıta ile tahakkuk ettirileceği konusuna inilince behemahal sosyal ilim uzmanlarının gayeleri bizzat seçmek durumunda kaldıkları artık bir vakıadır (83).

Biz bu konuda, gaye seçme ehliyetini ve mesuliyetini, herşey-

---

Muhalif tezin müdafaası için bak :
GEORGES SİMPSON — The Assault on Social Science (American Sociological Review, XIV (1949) (in «Readings in Sociology, ed. by ALFRED M. LEE, 1957, Sh : 411 vd.).

(82) ROBERT MERTON et DANİEL LERNER — a. g. e. Sh : 298.

(83) SVEND RİEMER — Social Planning and Social Organization, (in «Readings. Ed. my A. M. LEE, Sh : 429).

den evvel objektif kalması gereken ve ancak bu sıfatla herkesin güvenini kazanabilen ilmî disiplinlere yüklemenin doğru olmadığına kani bulunuyoruz. İlim, toplumca seçilmiş gayeleri, yukarda belirttiğimiz noktalardan tahlil ve tenkit edebilir ve bunu yapmakla da görevlidir. Fakat bizzat gaye teklif etmez ve etse müessir olamaz. Toplumun benimsemediği gaye, hissetmediği ihtiyaç, müessir bir plânlama için şart olan sosyal gayret ve kuvveti tahrik edemez. Bu bakımdan, gayelerin toplum hayatında teessürî kökleri bulunması, bunların tahakkuku için zarurî olan enerjinin yegâne teminatıdır. Toplumlar, arzu etmedikleri, yahut ilgi duymadıkları gayelerin başarılmasına kayıtsız kalırlar. Bu mesele, bizi, topluma belirli gayelerin sun'î olarak telkin edilebileceği, benimsetilebileceği ve gaye lehine bir umumî efkâr yaratılabileceği hususuna götürebilir. Fakat bu iç vetire, burada mühim değildir. İster spontane bir şekilde doğmuş, ister çeşitli fikrî - felsefî cereyanların tesiriyle işlenmiş olsun, hattâ ister siyasî propoganda ile aşılanmış olsun, gayenin netice itibariyle toplumca benimsenmiş olması ve bunun tahakkuku suretini araştıracak olan ilim uzmanına arzedilmiş olması lâzımdır (84).

II — Bilgi meselesi :

Sosyal ilimlerin tatbikat zeminini teşkil eden «sosyal problemlerin halli», ister istemez bazı mülâhazaları davet eder ki bunların her müşahhas sosyal problemde gözönünde tutulması lâzımdır :

aa) Ayni problemin çeşitli sebebleri :

Her sosyal problemin, çeşitli sebebleri vardır. Tek sebebe irca ederek onun izalesine çalışmakla hiçbir problem halledilemez. Bundan başka, ilmî bir tenkit süzgecinden geçirilmeden, genel olarak kabul edilmiş «sebeb» ler, sosyal araştırıcıyı şaşırtmamalıdır. Bununla beraber, problem teşkil eden şartların matlup gayeye göre ıslahında bazı sebebler üzerinde kasden durulmayabilir, bunların şu

(84) BERTRAND RUSSEL — İlimden Beklediklerimiz. (Çeviren : AVNİ YAKALIOĞLAN, Ankara 1957, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları) Sh : 191 v. d.
Keza : Sh : 194 «İnsanlar, ilmin hangi gayelere hizmet etmesi gerektiği hakkında sarih bir fikre sahip olmadıkları müddetçe ilim onların ferah bir ömür sürmelerine yaramıyacaktır. Ama okuyucu, «Şu halde hayatın gayeleri nedir?» diye soracak. Bu dâvada, bir kişinin başkaları hesabına kanun koymaya salâhiyeti yoktur sanıyorum.»

veya bu şekilde kendiliğinden zail olacağı tahmin edilebilir. Buna mukabil durum üzerine daha yakın tesiri olduğu kabul edilen diğer sebeplerin izalesinde ısrar edilebilir. Bütün mesele, durumun bütün sebeblerinin bilinmesindedir. Farkında olunmayan sebebler, daima, bulunan hal suretlerini başarısızlığa götürebilir (85).

Meselâ otomobil kazalarının çoğalması, halli gereken bir sosyal problem olarak ele alınırsa, bu durumu doğuran sebebler arasında yüksek sür'at, fena kullanma, mekanik kusurlar, yolların kötülüğü, karışık trafik kaideleri v. s. gibi hususlar sayılabilir. Fakat yaya gidenlerin trafik kazalarına karşı belirli tedbirleri almaları, yolun sağından veya solundan gitmeleri, işaretsiz yerlerden geçmemeyi, vasıtaların önüne atılmamayı, kendi sür'at ve açık gözlülüklerine güvenmemeyi öğrenmeleri de bu yüksek kaza nisbetinin azaltılmasında müessir bir tedbir olabilir. Eğer, biz, kazaların çoğalmasında yayaların eğitim noksanlığının da bir âmil olabileceğini unutursak bulacağımız hal sureti kifayetsiz olacaktır. Bu pek basit örnek, çok daha mühim sosyal problemlerin halinde ne gibi hatalara saplanılabileceğini göstermeye kâfidir. Sefalet probleminin halinde, yardıma muhtaç olanın, karşılıksız ivazlara mazhar edilmesi hiç bir zaman bir hal çaresi olmamıştır. Ne isim altında olursa olsun, sadaka veya sosyal yardım, bu problemin halli için kâfi değildir, bunlar bu durumu doğuran sebeblerin eksik takdirinde mündemiçtir. Ne sadece ekonomik sebebler ne sadece bio - psikolojik yetersizlikler durumu tek başına izah edemez ve bu yönlerden yalnız birinin esas alınarak diğerinin ihmali noksan tedbirlere götürür.

bb) Problemler arasındaki bağlılık :

Bir sosyal problemin halli diğer bir problemin halli ile alâkalı olabilir. Ona dokunulmadığı müddetçe berikinin halline imkân görülmeyebilir. Bu takdirde kısmî birleştirmeler ve hal suretleri arasında koordinasyon şarttır. Meselâ ilk tahsilin mecburî oluşu, analfaketlikten kurtulma probleminin bir hal suretidir. Fakat bunu, çocuk işçiliği probleminden ayrı olarak ele almak bir hata olur. Bir memlekette okul çağındaki çocukların çalıştırılması hususunda hukukî bir imkân ve iktisadî bir zaruret mevcutsa, ilkokulun hukukun mecburî tutulması, işlemesi şüpheli bir tedbir olarak

(85) JOHN F. CUBER — Sociology, Sh : 622.

kalır. O halde iki meselenin birden halli gerekir : çocuk yaşında olanların çalıştırılması yasağı ve iktisadî nizamın çocuk işçiliğinden müstağni kalacak hale sokulması çaresi. Yalnız yasak tedbiri kâfi değildir. Fakat bu, lâzım da değildir mânasına gelmez. Bilâkis birçok hallerde lâzım ve başka nevi tedbirlerle tamamlanması şarttır.

cc) Bir hal suretinin yeni bir problemi doğurabilmesi :

Bir sosyal problemin halli, umulmadık sosyal problemlerin doğmasını intaç edebilir. İlme düşen, imkân nisbetinde bu «umulmamak» durumunu azaltmak ve muhtemel sonuçların hepsini baştan tahmine çalışmaktır. Bu suretle muhtemel tâli ve kötü neticelere hangi tedbirlerle karşı konulabileceği hesap edilmelidir. Meselâ fuhuşla mücadele, umumî evlerin yasak edilmesi v. s. gibi kronik hastalık halini almış problemler için hal sureti bulmaya matuf çalışmalar hep tâli ve umulmadık sonuçların endişeleriyle doludur. Muhakkak ki böyle bir meselenin ilmî bir hal suretine bağlanması şarttır, hattâ bu hal suretinin derhal, mevcut vasıtalarla tahakkuk ettirilme şansı az olsa dahi. Bu, tatbik imkânı olmayan plânlar demek değildir. Belki geç ve güç tatbik edilebilecek fakat meseleyi cezrî şekilde çözebilecek tedbirler demektir. İlim, kolay, çabuk ve ekseriya aldatıcı palyatifler peşinde koşmaz. Onun tavsiyesinin değeri isabet derecesindedir, ucuzluğunda veya kolaylığında değil.

O halde, verdiğimiz misale devam ederek diyebiliriz ki, fuhşun yasak kanunları ile önlenmesi bunun tâli neticelerini de bertaraf edecek tedbirler düşünülmeden, tahakkuk ettirilemez. Bunların başında cinsî terbiye, kadın işçiliği, aile münasebetlerinin yeniden düzenlenmesi, iktisadî şartların evlenmeyi kolaylaştıracak hale getirilmesi, erkek ve kadın hakkında farklı namus ölçülerinin kullanılmaması, ahlâk birliği v. s. gibi birtakım ana sosyal problemlerin halli gelir. Halkta aynı itiyatlar, aynı kıymet telâkkileri, aynı görgü, aynı iktisadî imkânsızlıklar aynı frensiz cinsî arzu baki kaldıkça bu sosyal problemin halli çok daha başka sosyal problemlerin zuhur sebebi olabilir. Çünkü bu, «hakiki bir hal sureti» değildir. Bir geçiştirme, bir atlatma vesıtası, bi paliatiftir.

çç) Hal suretleri ile bazı sosyal değerlerin çatışması ihtimali :

Bir sosyal problemin halli toplumun daha fazla ehemmiyet verdiği, veya onun için daha hayatî olan başka düzenlilikleri boza-

bilir. Yahut, köklü kıymet telâkkileriyle çatışabilir. Bu takdirde bir değerler ihtilâfı ile, yani yeni hal sureti ile mevcut inanç veya müesseselerin bağdaştırılması problemi ile karşılaşılır. Bu durum ya yeni bir kıymetin telkini için eğitim tedbirlerine, yahut yeni probleme daha başka hal suretleri aramaya sevkeder.

dd - Hal suretlerini önleyen sun'î engellerin farkedilmesi :

Bir sosyal problemin halli, cemiyetin bütünü hesabına müsbet bir değer taşımakla beraber, belirli menfaat gurupları için zararlı sonuçlar doğurabilir. Bu takdirde bu grupların sosyal problemin varlığını inkâr etmek veya hal suretine bağlanmasını imkânsız kılmak için sun'i engeller ihdasına kalkmaları kabildir. O halde, bir problemin hangi sebeblerle ilgili olduğu araştırılırken, bu kısmî tazyiklerin kökleri de farkedilmeli ve bunların bertaraf edilme çareleri gözönünde tutulmalıdır.

ee) Hal suretlerinin ebedî olmayışı :

Nihayet, bütün hal suretlerinin, sosyal değişmelerin daimiliği karşısında, muvakkat tedbirler olarak kalacağı, yahut müesseseleşseler dahi, zamanın, bunları da aşıp geçeceği ve daha yeni hal suretlerine ihtiyaç hissedileceği unutulmamalıdır (86).

Cemiyetin toptan plânlaştırılması konusunda her plânın, yakın geleceği istihdaf ettiği, ondan ilerisini kalıba sokmak iddiasında toplumun beğenip seçmesiyle kuvvet kazanacağı ısrarla belirtilir ve topluma, kendi arzularına aykırı olarak yüklenecek plânlamalarla, demokratik plânlamaların bu farkı üzerinde bilhassa durulur (87). Totaliter rejimlerin hürriyeti gasbedici plânlamalarına

---

(86) EDWARD A. FİLENE — (İçtimaî siyasette, iyi niyetli insanların, fikir ve menfaat farklılıklarına rağmen, tekâmül istikametlerinde en yakın merhaleleri birlikte aşmaya razı olduklarını, ancak bu «ikinci adım» (next step) dan sonra anlaşmanın bozulabileceğini kabul eden bu zat, sağlam demokratik usulün mütemadî bir şekilde bu «ikinci adımları» tevali ettirmekte mündemiç olduğunda ısrar etmektedir. «Twentieth Century Fund of New York» un müessisi olan bu zatın görüşleri hakkında bak : NORMAND DAYMOND HUMPHREY — Social Problems (in «Principles of Sociology, Ed. ALFRED M. LEE, 1951) Sh : 60.

(87) RİCHARD C. FULLER — «Sosyal plânlama, ancak umumî temayüle uyması ve düzenlemeye çalıştığı topluluğun temel kültürel du-

karşılık, demokratik rejimlerin «hürriyeti korumak için» plânlanmaya mecbur oldukları iddia edilir (88). Meseleyi sosyolojik bakımdan tahlil edenler sosyal muayyeniyetlerin keşfinden sonra bunlardan faydalanmak suretiyle sosyal vetirelere muayyen bir nisbette hakim olma kudretinin, çeşitli cemiyet tiplerinde farklı nispetlerde tezahür ettiğini belirtmekle umumî ve hatalı iddialardan sakınmış olurlar (89).

III — Tahakkuk vasıtası meselesi :

Planlamanın konusunu teşkil eden saha muhtelif ferd ve zümreleri ilgilendirebilir. Bu sahaların pâlanlanmaya muhtaç olduğu kanatı bu zümrelerde doğabilir. Yahut, yukarda belirttiğimiz gibi plânlama lüzumu ilgililerden başkalarınca anlaşılıp bunlara telkin edilmiş, benimsetilmiş olabilir. Bütün bu iç oluşların sonunda muayyen bir hususun aklî ve iradî gayretlerle, bilgi verilerinin ışığı altında, düzenlenmesi yolunda kollektif bir arzu doğar. Bu arzu âmmenin arzusu olabileceği gibi, kısmî sosyal problemlerin plânlanmasında, kısmî gurupların arzusu da olabilir. Her gurup, bu plânlanma arzusunun tahakkuku için kendi kuvvet ve gayretini seferber eder. Konu, âmmenin müşterek menfaatleri ile ilgili ise, yalnız Devlet değil, âmme hayrı ile ilgili organizasyonlar da plânlamanın tahakkuk vasıtalarını sağlamaya çalışırlar. Münhasıran Devletin uhdesine düşen plânlamalar da olabilir. Hususuyle «cemi-

---

rumu ile bağdaşması nisbetinde muvaffak olabilir.» (N. D. HUMPHREY zikreder, a, g. e. Sh : 62)

KARL MANNHEİM — Freedom, Power and Democratic Planning, London 1951. (Faşist, mark'ist ve demokratik plânlamaların mukayesesi).

(88) KARL MANNHEİM — Bak : yukarda not : 79.

(89) Hürriyet nisbeti ve iradî müdahelenin tesir derecesi hakkında bilhassa bak :

GEORGES GURVİTCH — Les Déterminismes Sociaux et Liberté Humaine. «Vers l'Etude Socioloque des Cheminements de la Liberté» Paris, Press Universitaire de France 1955 (Müellif, beşeri hürriyetin müdahale şanslarının belli başlı dört yekûnî cemiyet tipindeki nisbetlerini mukayese eder : 1) İyice gelişmiş teşkilatlı kapitalizme tekabül eden Güdümcü Cemiyet (Société dirigiste), 2) Tekno-bürokratik Faşist cemiyet, 3) Kollektivist Devletçilik Prensiplerine göre plânlaştırılmış Cemiyet, 4) Pluralsit kollektivizm prensiplerine göre plânlaştırılmış Cemiyet.)

yet plânlanması» veya «millî plânlanma» lar bu nev'i temsil eder. Bütün bu icra vasıtalarının seçiminde kollektif arzu ve kararlar rol oynar. İlmin rolü, yukarda belirttiğimiz gibi bu arzu ve gayelerin tahakkuku suretlerini tâyin etmektir. Ne gayenin seçimi, ne vasıtanın sağlanması ilmin görevleri içine girer. Çeşitli sosyal ilimlerin ayni konunun plânlanması işindeki hizmetlerini koordine etmek dahi plânlanmayı arzu eden gurupların veya makamların, yahut bu işlere görevli plânlama teşekküllerinin yetkisi içindedir.

Böylece aksiyon sahası ile ilim sahası arasında kurulacak köprüler beşerî enerjinin başarı imkânlarını arttırmış olur. Cemiyet meselelerinde şuurlu müdahalenin hiçbir işe yaramadığını iddia etmek, yersiz bir kötümserliğin, daha doğrusu bir ruhî sıhhatsızlığın alâmetleridir ki bu, cemiyetin sıhhatı bahis konusu olunca büsbütün tehlikeli sonuçlara götürür. Sosyolojik determinizmin mübalâğa edilmesi de inkârı kadar tehlikelidir. Her toplumda, muayyen bir nispette, aklî ve iradî müdahalenin muvaffak olabileceği hürriyet zemini vardır ve bütün plânlamalar bu zemin üzerinde inkişaf edebilecek gelişmelere muzaftır.

Bu müdahale imkânının, tarihin ve sosyolojinin gösterdiği bir vakıa olarak kabulü zaruridir. Plânlama ise bu müdahalenin daha rasyonal bir şekilde müessir olmasını, beyhude enerji ve zaman sarfından, başarıların tesadüfe bırakılmasından kurtarılmasını sağlar. Fakat bu, acaba tanzim edilecek plânların daima kusursuz olacağını, yahut tam mânasiyle tatbikata intikal ettirilebileceğine mi delildir? Tabiatiyle hayır. Her plânlama, her düzenleme insan eseridir, ve insanın, cemiyet gibi karmaşık bir konuyu incelerken kale almayı unuttuğu, yahut anlıyamadığı hususlar olabilir. Bunların, bir plânın aksamasını intaç edeceği doğrudur. Yahut, hadiseler üzerinde daima aklî tedbirlerin kâr etmediği, en iyi plânın dahi en berbat şekilde tatbik edildiği haller yok değildir. Ancak bunlar, bizi ne plânlamadan ne de tatbikatı daha itina ile, daha fazla gayretle başarmaya çalışmaktan alıkoymamalıdır. Keza, teknik ile beraberdir, fakat bu, teknikten bir daha faydalanmamayı gerektirmez. Sosyal ilimlerin tekniğinde de durum aynıdır : Cemiyet bilgisinden, belirli bir sahanın tanziminde faydalanmaya çalışırız. Fakat neticenin tatmin edici olmadığını görürsek, ya ilmimizi ya metodumuzu tashihe uğraşırız ve gene tatbikata intikal ederiz. İkinci neticenin daha isabetli olması mümkündür. Fakat ilk denemenin verdiği hayal kırıklığından cemiyet problemlerinde

gelişigüzel davranmaktan başka çare yoktur sonucuna varamayız. Hiç bir ilim ilk adımda son durumuna vasıl olmamıştır. Sosyal ilimlerden böyle bir sür'at beklemek ise cidden abes olur (90).

Ç - Tatbiki Hukuk Sosyolojisinin Meseleleri :

Sosyolojinin değerler ve müesseselerle uğraşan diğer kollarına nazaran (Din Sosyolojisi, San'at Sosyolojisi, Ahlâk Sosyolojisi gibi) Hukuk Sosyolojisinin, tatbikatta faydalı olacak sonuçlara vasıl olması daha da lüzumludur. Zira Hukuk bizatihi bir sosyal kontrol şekli, bir sosyal düzenleme ve teşkilatlandırma vasıtasıdır. Eğer hukuk ile bunun düzenliyeceği konu, yani toplum hayatı arasındaki münasebetleri nazari bölümden iyice öğrenebilirsek, bu münasebetlerden birtakım tatbikat kaideleri istihraç edebiliriz (91).

Nazarî Hukuk Sosyolojisi bize, «hukuk» ile «cemiyetin diğer cepheleri» arasındaki bağlılığın, tek taraflı olmadığını, bilâkis, «hukuk»un da cemiyetin diğer cepheleri üzerine belirli nisbette müessir olduğunu göstermektedir. Hukuk cemiyet şartlarının körü körüne bir tâbiî olmadığı gibi, onların yegâne değiştiricisi de değildir. Bir toplumun, hukuk vasıtasiyle istenen her şekle sokulabileceğini iddia etmek ne kadar hayalperestlik ise, bir toplum üzerinde hukukun yardımıyla hiçbir değişik hasıl edilemiyeceğinin iddia etmek te, yukarda gördüğümüz gibi, vakıaların tekzip ettiği bir kötümserliktir. O halde mesele, bu tesir nisbetini tâyin edebilmektedir ki bu, ancak her hususî problemin tâyin ve tahlilinden sonra tesbit edilebilir. Öyle sahalar vardır ki, hukuk yegâne tanzim vasıtası olabilir. Öyle sahalar da vardır ki, hukuktaki değişiklik, tek başına, hiçbir netice vermez. Gene öyle sahalar ve problemler vardır ki hukukî tedbirler, ancak başka neviden tedbirlerle desteklendiği taktirde başarı gösterebilir.

Hukuk ile ilgili sosyal problemlerin hallinde esas olan unsurlar, umumiyetle bütün sosyal plânlama ve sosyal problemlerin hal-

---

(90) JULİAN HUXLEY — L'Homme, cet être Unique (Traduction de JULES CASTİER) Bu bilgin, sosyolog olmadığı halde, sosyal ilimlerin araştırmaları hakkında tamamen iyimserdir ve bilhassa ekip çalışması suretiyle tecrübî araştırmaların genişlemesi ve geliştirilmesi halinde sosyal ilimlerin rehberliğine itimad edileceğin belirtmektedr. Bak : Sh : 297.

(91) Hiç şüphesiz bu tatbikat kaideleri, birtakım «hattı hareket düsturları» demek değildir. Belki hukukla ilgili bir gayeyi tahakkuk ettirecek vasıtaların, yolların seçilmesi ile ilgili teknik kaideler demektir.

li faaliyetlerinde esas olan unsurlardan farklı değildirler; ancak, sahanın özelliği dolayısıyla bu unsurların birleşmesinde rol oynayan faktörler daha açık bir şekilde belirtilebilirler :

1 — Hukukî mahiyetteki sosyal problemlerin hallinde gaye unsuru :

Her hangi bir şekilde hukukî tanzim ile ilgili olan bir sosyal problemin hallinde, bütün faaliyet nevilerinin yöneleceği gayeyi «Hukuk Siyaseti» tâyin eder. Bunda «Hukuk Felsefesi» nin rehberliğinden faydalanabileceği gibi, cemiyetin bütününün veya çeşitli zümrelerinin, tazyik guruplarının, menfaat birliklerinin, nihayet umumî efkârın taleplerine karşılık bulmak endişesine de bağlı kalınabilir. Gayenin seçilişinde ne nispette idealist ne nispette realist kalınacağını her hususî halin kendi şartları tâyin eder. Burada ilmin bulacağı bir formülden bahsetmek yersiz olur. Ancak yukarda söylediğimiz gibi, cemiyetin gerçek durumu ile bariz bir bağdaşmazlık arzeden gayelerin seçilmemesinin, pratik tahakkuk imkânlarını sağlamak bakımından, daha uygun olacağını, ilmî delilleriyle belirtmek kabil olabilir. Meselâ bugün kölelik müessesesesini yeniden ihdas etmek gayesi, yahut çok karılılık prensibini ihya etmek gayesi, yahut bilâkis serbest birleşme ile hukukî birleşme arasındaki her türlü farkın kaldırılması gayesi, yahut iman suçlarının yeniden hukuk sistemlerine sokulması gayesi, tatbik şansları bakımından ilmin tavsiye etmediği gayelerdir. Bunların etik değerler bakımından tenkidi ilmin işi değildir. Bu etik felsefesinin, yaşayan ahlâk nizamının, nihayet ferdî ve sosyal ahlâk idealinin meseleleridir.

Fakat bu hudut teşkil eden «gaye-gerçeklik» tezatlarının dışında öyle bir gaye seçimi serbestisi vardır ki bu sahada «projeler» kabul ettirmek ilme düşmez. Her cinsiyet, kendi içinde kaynaşan iktisadî, fikrî, ideolojik saiklerin tesiri altında muayyen bir muvazene istikametinde karar kılabilir ve bu istikametteki tedbirleri tercih edebilir. Gaye meselesi aksiyon hürriyetinin sahası içine girer. Hukukun, aklî-iradî şekilde yaratılma payı içinde, gerek yekûni cemiyetler gerek kendi iç nizamlarını bu suretle yaratan zümreler ve teşekküller hukukla, takip edecekleri gayeleri, kendi ihtiyaç ve arzularının, kendi ideallerinin telkinleri altına tâyin ederler.

2 — Hukukî mahiyetteki sosyal problemlerin hallinde bilgi unsuru :

Hukukî vasıtalarla halli arzu edilen problemlerin böyle bir vasıta ile düzenlenmeye elverişli olup olmadığı meselesi, bizi «hukuk» ile bu sosyal problemin ilgili olduğu «sosyal gerçeklik» arasındaki tesirleşme münasebetinin bilinmesine götürürki bu doğrudan doğruya Hukuk Sosyolojisinin sahasıdır. Gayenin seçiminde ne kadar serbest olursa olsun, toplumun veya zümrelerin temsilcileri, seçtikleri gayeye ulaştırmak istedikleri sosyal gerçeklik parçasının hakiki durumunu öğrenmekte daima ilmî verilerle bağlıdırlar. Bir sosyal münasebetler gurubunun şu veya bu sebeblerden dolayı tanzime muhtaç bulunduğu kanaatı yerleşince, bu tanzim faaliyetini başaracak olanların, evvela bu durumun hakiki şartlarını, neden dolayı tanzime muhtaç addedildiklerini bilmeleri lâzımdır. Bu, tabir caizse teknik bir lüzumdur. Zira mevcut durumun, kontrolsüz ve inzicamsız halk bilgisine göre, A, B, C şartlarını ihtiva ettiği kabul ediliyor ve bunun A' B' C' şartları haline ifrağı talep ediliyorsa, aksiyon sahasının başarısı bu iki had arasındaki intikali sağlıyacak uygun vasıtaların seçimine bağlıdır. Fakat eğer, mevcut şartların hakikaten A, B, C şeklinde olup olmadığı ilmî bir kontrolden geçirilmeksizin kabul edilirse, kullanılan vasıtaların bizi A' B' C' şartlarına götürmemek ihtimali çoktur. Mevcut şartlar içinde, hakikatte, iddia edilenlerden biri eksikse, yahut daha başka şartlar da beraberse, talep edilen gayede hiçbir değişiklik olmasa dahi, vasıtanın değiştirilmesi zarurî olur. O halde durumun teşhisi, esaslı bir şekilde ilmî bir faaliyet olarak kalır. Söylemeye hacet yoktur ki bu teşhis faaliyeti, her durumu tetkikle görevli ilim dalına terettüp eder, yoksa ancak ve daima Hukuk Sosyolojisine değil. Öyle haller vardır ki, Ekonominin sahası içindedir, gene öyle meseleler vardır ki Kriminolojinin veya Demografinin yardımı olmadan teşhis edilemez. O halde Hukuk Sosyolojisinin görevi, hakikatte, bu teşhis edilmiş durumdan, kendisine vasıl olunmak istenilen yeni duruma intikal hususunda hukukî bir vasıtanın başarılı olup olamıyacağını tâyinde mündemiçtir. Bu görev, bir taraftan mevcut sosyal gerçeklik ile yeni bir hukukî vasıta arasındaki müstakbel tesirleşmenin, diğer taraftan da aynı hukukî vasıta ile yeni ihdası düşünülen sosyal durum arasındaki mütekabil tesirleşmenin ne olabileceğini tahmin etmeyi gerektirir. Demek ki, mesele biri

«hukukî» değeri «vakıavî» olan iki had arasındaki tabiiyet münasebeblerinin keşif ve tahminine irca edilmektedir (92).

Fakat unutmamak lâzımdır ki hukuk ile vakıa nızamı arasındaki münasebetin tâyininde bir de yaratılacak hukukun teknik cephesi bahis konusudur. Her münasebet şekli her çeşit hukukî vasıta ile düzenlenmez. Hukuk sosyolojisi, hukukî vasıtanın başarılı olup olamıyacağını tahmine çalışırken azçok umumî kavramlarla düşünür. Mukayeseli Hukuk ve Hukuk Tarihi arşivlerinden, hâdiseyi aydınlatabilecek örnekler ararken, bu örneklerin içinde cereyan ettiği toplumların özelliklerini farkeder, bunlarla, tatbikata yapılacak toplumun özelliklerini karşılaştırır, farklı unsurların eksikliğini veya fazlalığını, bunların neticeye tesir nispetlerini bulmaya gayret eder. Fakat ne mukayese hadlerini teşkil eden toplumların ne de tatbikat sahası olan toplumun Hukuk Sistemlerinin teknik tahlilini ve karşılaştırılmasını yapamaz. Bu böyle olunca, hangi hukukî vasıtanın seçileceği meselesi de sarahate kavuşmaz. Bu vasıtanın, mevcut Hukuk Sistemi ile bağdaşacak şekilde tâyini tamamen Hukuk Dogmatiğinin sahası içinde kalır. O yeni bir sosyal problemin, hukukî vasıta ile hallinde, bu yeni hukukî vasıtanın hangisi olabileceğini, ne şekilde tanzim edilebileceğini, mevcut hukukî normlarla, prensiplerle tezat teşkil etmeksizin ne tarzda bu bütüne ithal edilebileceğini tâyin edecek yegâne disiplindir (93).

---

(92) PAUL ROUBİER — Théorie Générale du Droit, Paris 1951 (ROUBİER, hâri ilmî, diğeri fiilî olan iki vetireyi «Hukuk Siyaseti» adı altında toplar. Kanun koyanın, teşrî faaliyetinde nazara alması şart olan mevcut sosyal durumun mütâlarını tetkik işinin tam manasiyle «siyasî» bir faaliyet olduğunu söyler. Bunlar ekonomik, manevî ve siyasî faktörlerdir (Sh : 204). Sosyal hayatın mütalarını ve hukukla olan münaseblerini tetkik işinin doğrudan doğruya Hukuk sosyolojisine terettüp edeceği düşünülmeden, GENY'den beri devam eden dogmatik zihniyete bağlanılarak bunun Hukuk siyasetine terettüp ettiği iddia edilmekte ve gene aynı temayüle bağlanılarak «her ne kadar bir Hukuk Sosyolojisi varsa da bu bize ahlâki idealler gösteremez» şeklinde bir tenkit yapılmaktadır (Sh : 197).

(93) F. ZİTELMANN — Kanun Koyma Sanatı (Çeviren : Ord. Prof. SABRİ ŞAKİR ANSAY) Ankara 150. Sh : 3 - 10, kanun vazının ne gibi bilgilere mütevakkıf bir sanat olduğunu tahlil ederken kanunla sosyal gerçeklik arasındaki müstakbel münasebetin keşfi hususunda hukukçudan daha başka mütehassısların bilgilerine başvurabileceğini belirtir ve hukukçunun asıl rolünün teknik faaliyette olduğunu kaydeder.

O halde Hukukî mahiyetteki sosyal problemlerin hallinde bilgi unsurunu, bir taraftan muhtelif Sosyal ilimler, Hukuk Sosyolojisi ve Sosyolojinin diğer dalları (Siyasî Sosyoloji, İktisadî Sosyoloji, Din ve ahlâk Sosyolojisi ilh) diğer taraftan da Dogmatik Hukuk İlmi sağlıyacaktır. Hangi meselede bu ilim dallarından ne nisbette yardım temin edilebileceği ise her hususî hale göre değişir. Öyle sahalar vardır ki mükemmele yakın bir şekilde işlenmiştir. Bunlarla ilgili bir problem zuhur edince en güvenilir bilgiyi verebilirler. Gene öyle sahalar vardır ki henüz el atılmamış durumdadır. İlmin henüz aydınlatmadığı sahalarla ilgili bir sosyal problemin hukukla tanzimi isteniyorsa, bu, nazarî tetkiklerin bu yolda gelişmesini tahrik edecek bir vesile telâkki edilir. Bir müddet, ampirik hal suretiyle iktifa edilse dahi nazarî araştırmaların meyveleri elde edildikçe bunlardan faydalanılmağa başlanabilir. Esasen, tatbiki ilimlerin, tekniğin inkişafı, daha ziyade pratik hayatın ihtiyaçları istikametinde olmuştur. Her yeni ihtiyaç, yeni bir sahaya ışık tutulması için bir muharrik rolünü oynamıştır.

3 — Hukukla ilgili sosyal problemlerin hallinde tahakkuk vasıtaları :

a - Normların yaratılması :

Buraya kadar tetkik ettiğimiz unsurlar, bir hukukî tanzim faaliyetinin ilk iki merhalesini temsil eder : Erişilmesi istenen bir yeni durumun (gaye) tâyini ve buna hangi yollardan gidebileceğinin tesbiti. Görülüyor ki bu iki safha, veya iki unsur, «tanzim» faaliyetinin tahakkuku için kâfi değildir. Cemiyetin bütününü veya bir köşesini ilgilendiren bir problemin hukukî vasıta ile fiilen halli, bu cemiyet sahası üzerinde fiilen müessir bir hukukî tedbirin alınması ve tatbik edilmesi ile mümkündür. İşte bu mesele, bizi hukuku şekillendirmekle veya bulmakla (ekol farklarından mücerret olarak böyle deyelim) görevli olan sosyal organların faaliyetlerine götürür. Bu görev, millî camianın bütününü igilendiren hukukî tanzim faaliyetinde parlâmentolara, ve parlâmentoların yetki verdikleri organlara, umumî olarak nizamname, talimat-

---

Hukukçu kendi görevini yapabilmek için muhtaç olduğu sosyal gerçeklik mûtâlarından mahrum bırakılmaktadır. Meselâ medeni hukukla ilgili vakıaların istatistiklerine sahip bulunmamaktadır. Müellifin bahsettiği noksanlar haddizatında Tatbiki ve Tecrübî cepheleri olan bütün bir Hukuk Sosyolojisinin görevlerini yerine getirmesi ile ilgilidir.)

name v.s. gibi «hukukî» karakterde normlar meydana getirmeğe yetkili bütün otoritelere terettüp eder. Bundan başka, sosyolojik bakımdan, kendi iç nizamını aklî ve iradî bir surette yaratma durumunda olan bütün teşkilâtlanmış zümrelerin, kendi iç hukuklarını yaratırken, böyle bir görevi ifa etmekte oldukları kabul edilir. Bunların yaptığı da bir «hukuk yaratma» faaliyetidir. Kendi tüzüğünü hazırlayan veya tadil eden bir cemiyet veya şirket, bu mânada «hukuk yaratma» faaliyeti göstermektedir. O halde hukukun yaratılışı meselesini, biz artık, hukukun yalnız bir şeklî olan «kanunun yaratılması» faaliyeti olarak almıyacağız. Nerede, hukukî mahiyette normlar vaz'ı bahis konusu ise, orada bu normlarla düzenlenmeye muhtaç bir durum, yani düzenlenmediği takdirde şu veya bu çapta bir sosyal rahatsızlığı devam ettiren bir hal mevcut demektir. Böylece, hukuk normlarının, sosyal problemlerin hal suretini düzenlemesi olayında, nihaî unsur, bu normların bilfiil tesbit ve ifadesi ile hayata tatbikini sağlıyacak organların faaliyetidir. Parlâmentolar ise bu organlardan yalnız biri, fakat en mühimidir. Kaza organları ise, ikinci mühim hukuk kaynağını teşkil ederler. Mahkemelerin içtihat yaratmaktan menedilmeleri halinde bile, mücerret normların yeni hayatî vakıalara tatbikinde ister istemez «içtihatların» yaratıldığını ve Kanun koyanların bunun zaruriliğini kabulden başka birşey yapamadıklarını GİRİŞ'te görmüştük.

O halde, ister Parlâmentolar, ister diğer zümrevî organlar, veya milletlerarası teşekküller, mahkemeler olsun şu veya bu genellikte birtakım «hukuk normları» yaratan otoritelerdir. Hukuk İlminde, mutad olarak hukuk yaratılması problemi, Devlet organları olan meclislere ve kaza cihazlarına taalluk eden bir faaliyet sayılmış ve teşkilâtlı zümrelerin tanzim yetkileri, yukarıda zikredilen şekilde yaratılmış hukukun müsaade veya tensipleri ile izah edilmek istenmiştir. Biz hukuk yaratmanın bu şeklî hiyerarşisi üzerinde duracak değiliz. Bizim için mühim olan husus, hukukî vasıtaların, hukukî hal suretinin tahakkuku için gerekli olan «sosyal kuvvetin» tecelli edişidir.

Bir durumdan hoşnut olunmaması, bir durumun falan veya filan matlup şekle sokulmasının arzu edilmesi, bunun için hangi vasıtaların gerekli olduğunun bilinmesi, bizzat o durumun istenen şekle getirilmesi için, lâzım fakat kâfi olmayan unsurları teşkil ederler. Bütün bunlar henüz canlanmamış, tahakkuk sahasına intikal etmemiş arzu ve imkânlardan ibarettir. Hukuk yaratmakla görev-

li olan organlar (geniş manada) ın, bu arzu ve imkânları tahakkuk sahasına intikal ettirmeleri iledir ki bahis konusu olan sosyal problemler fiilen halledilebilirler. Bu nasıl mümkün olur ?

Bu meseleyi daha açık bir şekilde anlatabilmek için, hukuk yaratmakla görevli organların içinde, doğmatik hukukun hiçte yadırgamayacağı, hattâ bazı ekollere mensup hukukçuların «yegâne hukuk yaratıcı» organ saydıkları parlâmentolardan misal alabiliriz. Acaba, Parlâmentoların hukuk yaratma faaliyetinde, hukukî tanzimin bu üç unsuru ne suretle imtizaç ettirilmektedir ?

Kanun vazii, hukuk yaratırken «gaye», «bilgi» ve «tahakkuk vasıtaları» nı nasıl seferber etmekte, nasıl bağdaştırmakta ve bir neticeye vardırmaktadır?

Bu husus, Hukuk Sosyolojisinin doğumuna âmil olan iki cereyandan birinin konusunu teşkil eder: hususî hukukta kanunların serbest ilmî araştırmaya göre tefsiri ve boşlukların doldurulması problemi ile Âmme Hukukunda «İlmî ve teknik mükemmeliyette kanunlar vaz'ı veya Kanun yapma San'atı» problemi. Hakikatte bunlar, bugün ele alınan «Pratik Hukuk Sosyolojisi» problemlerinin evvelden sezilişlerinden ibarettir.

«Gaye» unsurunun, kanun yapma faaliyetine tesiri politik vetirelerle tahakkuk eder. parlâmentolar, gerek toplumun gerek çeşitli iç zümrelerin talepleriyle bağlı olduklarını, ilmin icaplarıyla bağlı olduklarından daha çabuk anlamışlardır, zira bizzat teşekkülleri böyle bir fonksiyonun ifası maksadına dayanır. Hukuk Felsefesinde uzun uzadıya tartışılan umumî irade meselesi, parlâmentoların bu umumî iradenin sözcüsü olduğunu teyit eder. Hukuk nazariyesinin fonksiyonlarını deşmek isteyen sosyologlar da sonunda kanun koyanın, toplumdaki çeşitli sosyal kuvvetlerin bir muvazenesini temsil ettiğini, bu muvazene halinin icaplarını kanunlaştırdığını söylemekle, netice itibariyle fazla bir yenilik ortaya atmamışlardır. O halde Kanun koyucu, hukukî bir tanzime kavuşturmak istediği toplum problemlerini, bizzat bu toplumun, veya kısmî hal suretlerinde, bunlarla ilgili olan zümrelerin arzu ve gayelerine uygun bir surette halletmek durumundadır. Hukuk Felsefesinde bunun bir etik vecibe, bir hukukî vücup olduğu kabul edilebilir. Hukuk Sosyolojisinde ise bunun, kanunvazii için isteyerek veya istemeyerek katlanacağı bir zaruret olduğu söylenebilir.

Demek ki, toplumun arzu ve gayelerinin, hukuk yaratma faaliyetindeki rolü, bu faaliyetin müşahhas bir surette icrasını üze-

rine alan organca ister istemez teslim edilmektedir. Derece farklarının mevcudiyeti, burada, mühim sayılmayabilir.Fakat, hukukun yaratılmasında ilmî bilgiden faydalanmanın aynı şekilde bir zaruret olduğu henüz evrensel bir surette anlaşılmış değildir. Bazı toplumlarda, yahut ancak bazı hususlarda ilgili hukuk yaratma faaliyetlerinde bu unsura yer verildiği halde, diğer bazı toplumlarda ve problemlerin çoğunda bu mesele ile pek fazla ilgilenilmediği müşahede edilmektedir. Kanaatımızca bu durumun muhtelif sebepleri vardır, fakat bu hali «hukuk yaratılmasında bilgiye ihtiyaç yoktur» yolundaki bir kanaatin yerleşmiş olmasına hamletmemek lâzımdır. Zira en geri cemiyet tiplerinden en modern cemiyet tiplerine kadar hemen her toplumda hukuk yaratmanın hususî bir bilgiye mütevakkıf olduğu kabul edilmiştir. Fakat mesele bu bilginin nev'indedir. Kanun koyan, bilgi unsurunu küçümsememiş, fakat kendisinin zaten bu bilgi ile mücehhez olduğunu zannetmiştir. Kanun yapmanın ayrı bir «san'at» olduğunu kabul edenler dahi bu sanatın kaidelerini Hukuk Dogmatiğinden çıkartmaya çalışmışlar, fakat yaratılacak hukukun müessir olma şansını arttıracak olan ve «sosyal realite ile hukuk arası münasebetlerin tetkiki»ne taalluk edecek bir ilmin henüz mevcut olmadığını ileri sürmüşlerdir (94).

Filhakika bu iddiaların ileri sürüldüğü sıralarda hukuk vaz'ı faaliyetine yardımcı olabilecek bilim dalları, sadece bazı hususî sosyal ilimlere Dogmatik Hukuk İlminden ibaretti. Hukuk Sosyolojisi, henüz pek nazarî ve pek umumî konuların araştırılmasıyla meşguldü. Hattâ bu durum bugün için dahi kısmen varittir. Bunun içindir ki, Hukukun yaratılmasında objektif sosyolojik araştırmaların lüzumunu idrak etmiş olan hukukçular, doğrudan doğruya Hukuk İlminin bu araştırmalarla ilgilenmesini zarurî görmüşler ve bir «sosyolojik Hukuk İlmi» cereyanını yaratmışlardı (95). Fikirlerine evvelce temas ettiğimiz ROSCOE POUND'un tezi bundan başka bir şey değildi. Keza HUNTİNGTON CAİRNS bir gün Hukukun hakiki bir Sosyal İlim halini almasını temenni ediyor ve nazariyesiz bir teknoloji olmak durumundan kurtulmasını istiyordu (96). Halbuki tatbikat bakımından hissedilen ihtiyaç çift karekter taşıyordu: evvelâ hukukla tanzimi istenen sosyal ger-

(94) F. ZİTELMANN — a. g. e. Sh : 8.
(95) Bak, yukarda GİRİŞ § 3, Sh: 66-76.
(96) HUNTİNGTON CAİRNS — The Theory of Legal Science, 1941. Sh: 8

çekliğin tanınmasını ve hukukî tanzime müsait olup olmadığının anlaşılması; sonra da mevcut Hukuk Sistemi çerçevesi içinde her türlü teknik kusurdan azade bir hukukî normal dizisinin yaratılması. Bu iki faaliyetin her ikisi de ilmî bilgiye mütevakkıftı : biri bir gerçeklik ilminin sahasına, diğeri bir normatif ilmin sahasına giriyordu. Böylece bir tarafta Hukuk Sosyolojisinin sağladığı nazarî bilgilerden tatbikatta faydalanma imkânı, diğer tarfta da bu sosyolojik hakikatleri müdrik bir Hukuk İlminin yeni hukuk normlarının muhtevalarını bizzat formülleştirmesi yolu açılmış bulunuyordu (97).

Hakikatte Hukuk yaratan makamlar bu objektif bilgilere şiddetle muhtaçtırlar. Böyle olunca bütün meselenin evvelâ «gerçek sosyal durumu bilmek» etrafında toplandığı görülür. Bu hususta acaba ilimden gayrı kaynaklardan faydalanılamaz mı?

Tanzimi istenen sosyal durumun teşhisi işinde ne bizzat ilgililerin beyanları, ne politika uzmanlarının tasvirleri, hattâ ne de müşahhas olarak ele alınan bürokratik kademelerin intibaları ilmi bir araştırmanın objektifliğini haiz olamaz. Zira ilgililer ve partizanlar, bizzat bu sıfatları icabı tarafgirâne düşünecekler ve böyle ifade edeceklerdir. Bu, bir mesele ile ilgililer için veya bir meselenin şu veya bu politik istikamette halli ile ilgili olanlar için belki bir kusur değildir. Esasen tarafsızlık, objektiflik gibi vasıflar, aksiyon adamlarından ziyade kendini aksiyon sahasının tesirlerinden kasden tecrit eden, hakikati bulmaktan başka bir gayeye saplanmaktan çekinen ilim adamının bir meziyetidir. Böylece, aksiyon sahasında karar hürriyetini, gaye seçme serbestisini muhafaza den hukuk yaratıcı, düzenleyeceği gerçeklik hakkındaki bilginin doğrusunu ancak ilimden öğrenebilir. Sırf konuyu tebarüz ettirmek için bir iki misal verelim: zaman zaman bazı sosyal marazların zuhur ettiği, behemahal yeni hukukî tedbirlerle önlemesi gerektiği iddiaları ile karşılaşılır. Meselâ son zamanlarda «boşanma» ların çoğaldığı, evlilik dışı münasebetlerin alıp yürüdüğü, nesebi sahip olmayan çocukların haddinden fazla arttığı ilh.. ileri sürülür. Yahut, çocuk suçluluğu hallerinin veya aile nizamı aleyhine işlenen suçların pek fazla çoğaldığı, bunun cemiyetin ahlâkî nizamını koru-

(97) İngiltere ve Amerika'da kanun projelerinin hazırlanması işiyle görevli, teşrîî faaliyete yardımcı teşekküller hakkında bilhassa bak : HARVEY WARKER — Law Making in the United States. New York, 1934, Sh : 246.

yacak daha ciddî hukukî tedbirleri gerektirdiği iddia edilir. Bütün bunlar doğru olabileceği gibi, şu veya bu zaviyeden olayları kıymetlendirmek isteyenlerin yanlış veya maksadlı iddiaları da olabilir. Hukuk yaratıcı otorite, bu iddialar karşısında ne yapacaktır? Herhalde evvelâ bu iddiaların hakikaten bir umumî efkârın talepleri haline gelip gelmediğini araştırmak istiyecektir. Bundan sonra,umumî efkârın iddia edilen hadiseler hakkında yanılıp yanılmadığını araştıracaktır. Çok defa kollektif heyecanları tahrik eden bir kaç vak'a, hakikate çok uzak kanaatlar telkin edebilir. Bir kaç şeni tecavüzün uyandırdığı aksülamel, «artık tecavüz vakalarının mevcut kanunlarla önlenemediği, yeni tedbirlere ihtiyaç olduğu» zehabını uyandırabilir. Halbuki ciddi bir araştırma, böyle bir değişikliği tesbit etmeyebilir.

Bütün bu hallerde objektif bilgileri ancak İlmî araştırmalar sağlıyabilir. İlim, görüş ve tahmin farkları karşısında yegâne hakem durumdadır.

b - Problemlerin seçilmesi :

Hukukî karakter taşıyan sosyal meseleler hangileridir, nasıl tasnif edilebilir nasıl seçilirler?

Bu hususta, zuhur edebilecek problemlerin hepsinin tesbiti, tabiatiyle, imkânsızdır. Herhangi bir sosyal problem, hukuk vasıtasıyla tanzim edilmek ihtiyacını hissedebilir. Hangi cemiyetlerde, ne zaman ne tip problemlerin zuhur edeceği baştan tahmin edilemez .Ancak, ister normal teşri faaliyetinin konuları vasfında olsun, ister fevkalâde zamanlar veya hadiselerle ilgili hukukî tedbirler mahiyetinde olsun, hemen bütün hukukî-sosyal karakter arzeden problemleri ikili bir sınıflamaya tabi tutabiliriz :

I) Tanzim şekilleri itibariyle «hukukî vasıtalara» ihtiyaç hissettiren, fakat muhtevaları itibariyle içtimaî hayatın çeşitli cephelerine tallûk eden problemler : Halk eğitimi problemi, sosyal sağlık problemi, işsizlik problemi, tabiî kaynakların korunması problemi, ormanların korunması problemi v.s. hep şeklî bakımdan hukukî teşkilâtlanmaya veya himayeye ihtiyaç hissettiren, konuları hukukla ilgisiz problemlerdir.

II) Bizzat hukukî tanzim faaliyeti ile ilgili olan, muhtevaları itibariyle «hukukî» renkte olan problemlerdir ki, biz, bunları, iti-

barî bir tasnif şekli olduğunu kabul etmekle beraber, aşağıda gösterilen şekilde sınıflamayı, çağdaş cemiyetler hakkında, doğru buluruz :

aa - Hukuk normlarının yaratılmasıyla ilgili problemler :

(Teşri problemi, tedvin problemi, iktibas problemi, tefsir problemi, Kanun boşluklarının doldurulması problemi, yeni hukukî standartların teşekkülü problemi, kanun mahiyetinde olmamakla beraber «kaide koyma» vasfında olan bütün hukukî tasarruflar için bahis konusu olan «iyi tanzim» problemi).

bb - Hukuk Normlarının yaşatılması ile ilgili problemler :

(Hukuk normlarının müessirliğini azaltıcı sebeblerin keşfi ve izale çarelerinin araştırılması problemi, hukuk normlarının müessir olma şanslarını arttıracak tedbirlerin alınması problemi, Hukuk normları ile tezat teşkil eden örf normlarının tetkik ve tahlili ile bunlar üzerinde müessir vasıtaların bulunması problemi).

cc - Çeşitli Hukuk nevi ve kadroları arasındaki çatışmaların düzenlenmesi ile ilgili problemler :

Devletlerarası hukukun, Millî hukukun, İktisadî zümreler hukukunun farklı tanzimlere tabi tuttukları sosyal münasebetlerdeki buhranın giderilmesi problemi.

dd - Hakların kullanılmasıyla ilgili problemler :

Hak süjelerinin, fiilî sosyal şartları bakımından haklarını kullanmamaları belirli bir umumilik nisbetine varıyorsa, bu, hakların metrûk kalmalarını ifade eder. Bu konu, dolayısıyla, hakların tanınmasını ifade eden objektif hukuk kaidelerinin, kanunların yaşamaması problemini ilgilendirir. Bu gibi hallerde hak süjelerini fiili feragate mecbur eden sebebler üzerinde durmak, bunların sosyolojik izzahlarını ve bir hal suretine bağlanma imkânlarını araştırmak gerekir.

Tekrar edelim ki, bu sınıflama ve saymalar, hiçbir zaman tahdidî değildir. Pratik hayatın hangi problemleri ortaya çıkaracağını tahmin zordur. Ancak, yukarda belirttiğimiz mülâhazalar (98)

(98) Bak, yukarda §. 11, Ç. 3 «Sosyal Plânlama» da «bilgi» meselesi. Sh. 194 v. d.

huhukî karakterdeki sosyal problemler hakkında da evleviyetle varittir: Her hukukî problemin bir değil, muhtelif sebepleri olabilir; bir problemin halli bazan diğer bir problemin halli ile sıkıca alâkalı bulunabilir; bir problemin halli diğer yeni bir problemin zuhurunu intaç edebilir; bir hukukî problemin halli cemiyetin yerleşik kıymetleriyle tezad teşkil edebilir; bir hukukî problemin hallini şu veya bu sâikle arzu etmeyenler, bu halli imkânsızlaştırmak için sun'î engeller ihdasına çalışabilirler; nihayet, her hal sureti yakın geleceği kurtarır, cemiyetlerin istikballeri nihaî hal suretleri ile takyit edilemez

III — HUKUK SOSYOLOJİSİNDE METOD MESELESİ

§. 12 — METODOLOJİK MÜLÂHAZALAR :

A — Genel olarak :

Buraya kadar, Hukuk Sosyolojisinin ilmî mahiyeti, konusu, pratik sosyal problemler karşısındaki tavrı ilh.. hakkında yaptığımız açıklamalar, haddizatında metodolajik meselelerdir. Bununla beraber, bütün bu açıklamalarda biz, kendilerini öğreneceğimiz veya tatbikata intikal ettireceğimiz bilgilerin «İlmî metodlar dairesinde bulunmuş, doğrulukları tahkik edilmiş mevsuk hakikatler» dlduklarını farz ettik. Bu itibarla, buraya kadar verdiğimiz izahlar ve yaptığımız tavsiyeler, ancak, ilmî bir hakikat mertebesine vasıl olmuş bilgiler hakındadır. Fakat her hangi bir konuda bu vasıfta bilgileri biz fiilen nasıl elde edebiliriz ? Bu mesele, dar mânada, metod problemidir. Bu husus müphem bırakıldıkça, ne kadar teferruatlı açıklamalarda bulunulursa bulunulsun, konuları ve sonuçları hakkında fikir sahibi olduğumuz ilim dalı, nazarımızda, işleyiş mekanizmasını bilemediğimiz komplike bir alet gibi kalır ve çok defa ona dokunmaktan çekiniriz. Halbuki, Hukuk Sosyolojisi gibi, pratik hukuk hayatı üzerinde az çok faydalı olabileceğine inandığımız bir ilim dalı icabında yeni bir hakikati bulmak üzere işletilebilen, yeni bir problemi halletmek için kendisine başvurulabilen metodlu bir faaliyet mekanizmasını temsil etmelidir. Bunun için de Hukuk Sosyolojisinin metodları meselesine ayrıca temas zarureti vardır. Bu temasın diğer faydası da, şimdiye kadar Hukuk Sosyolojisinin incelediği konular üzerinde ileri sürülmüş fikir ve kanatların doğruluk derecelerini, taşıdıklarını «hakikat» payını tâyin etmemize yardım etmesidir. Zira, bir hakikatin elde ediliş tarzı, bizzat kendisi kadar mühimdir, onun bütün değeri bu tarza bağlıdır. Tesadüfen bulunmuş hakikatlerin değeri, ancak bunlara metodik bir şekilde vasıl olma imkânları keşfedildikten sonra ve sırf bu sebeple kabul edilebilir.

Ancak şunu da hemen ilâve etmeliyiz ki, bir ilmin araştırma sahası pek geniş, veya pek karmaşık olabilir. Fakat bu, o ilmin, inkişafının her safhasında, bütün inceleme sahasında en tâli problemlere kadar metodik bir şekilde vasıl olmuştur bir hakikatler arşivini daima hazır bulunduğunu ifade etmez. Her ilmin, kendi inkişaf merhalesine göre her çağında vasıl olduğu hakikatlerin sayısı sınırlıdır. Tanınmış amerikan sosyologu MERTON'ın dediği gibi, 1649 senesinde tıp âlemi HARVEY koroner trombozunu tedavi hususunda ne kadar mücehhez idiyse, devrimizin pek mühim içtimaî ve siyasî problemlerine çare bulmak hususunda Sosyoloji ilmi de ancak o kadar mücehhez bulunabilir. Zira «bütün ilimlerin her an, bütün beşerî meseleleri halledecek seviyede bulunmalarını emreden bir iradei ilâhiye ısdar edilmemiştir!» (1).

Bununla beraber, Sosyoloji çocukluk safhasını geçen yüzyılda geçirmiş sayılır. Bugün gençlik çağının buhranları içindedir. Hukuk Sosyolojisi ise, kendisine kaynak olan ana ilmin geçen asırdaki haveskârlık ve acemiliklerini tekrarlamamak azmindedir. Bunun için de yegane çare, bir taraftan bugüne kadar plânsız ve insicamsız bir şekilde birikmiş olan dağınık bilgileri ilmî metodun tenkit süzgecinden geçirmek; diğer taraftan da önüne açılan çalışma sahasında ancak en elverişli, en isabetli metodlara göre hareket etmektedir

Böylece Hukuk Sosyoloji, evvelâ muhtelif filozof ve sosyologlar tarafından «hukuk-cemiyet» münasebetleri hakkında ileri sürülmüş ve oldukça ilmî bir kisveye bürünmüş bilgi patrimuanının içinde bir temizleme yapacak, SOROKİN'in tabiriyle, bu sahadaki «verimsiz çiçekleri» ve« zararları otları» ayıklıyacaktır (2). Buna

---

(1) ROBERT KİNG MERTON — Eléments de Methode Sociologique. (Traduit de l'americain par HENRİ MENDRAS) Paris, 1953 Sh : 8-9.

(2) PİTİRİM SOROKİN — Les Theories Sociologiques Contemporaines. (Trad : RENE VERRİER) Paris 1938, Sh : 549. Müellif, umumî sosyoloji sahasında bazı konuların tamamen kısır olduklarını, bunlar hakkında fikir yürütmenin, kelime oyunlarından başka bir netice vermiyeceğini söyler ve şu misalleri verir : Sosyoloji nedir? Sosyoloji ne olmalıdır? Nasıl işlenmelidir? Cemiyet bio-organik, yahut mekanik bir sistem mi? Kültür, ruhi bir fenomen midir, yoksa ruhî olmayan bir fenomen mi? Kültürel fenomenlerle sosyal veya psikososyal fenomenler arasındaki fark nedir? Terakki nedir? Cemiyet ile ferd arasındaki münasebet nedir? ilh...

mukabil, bu sahada ortaya atılmış enteresen ip uçlarını, verimli çalışma istikametlerini seçip ayıracak ve bunları bugünkü metodlarla işlemeye gayret edecektir. İlerde fikir tarihinde Hukuk Sosyolojisinin öncülerini ve mübeşşirlerini incelerken birçok problemlerin çok eski devirlerde dahi ortaya atılmış olduğunu, Hukuk Sosyolojisinin birçok konularının başka başka adlar altında ele alınmak istendiğini göreceğiz ki bu da bize bu ilmin konusundaki evrenselliği isbat edecektir.

Hukuk Sosyolojisi böyle bir tarihçe araştırmasından vaz geçemez mi? Kanaatımızca buna ihtiyaç vardır. Yeni bir ilim, temellerini beşerî tefekkürün mazisine dayamadıkça büyüme kuvvetini bulamaz. Mazinin bilinmesi yalnız, otoritesine sığınılmak için değil, hatalarının tekrarlanmaması için de lâzımdır. Keza, böyle bir tetkik, bizzat tetkik konusunun zenginleştirilmesi için de zaruridir. Bundan başka böyle bir tetkik, Hukuk Sosyolojisinin ilgilendiği problemlerin hemen daima hukuk ile cemiyet şartları arasındaki uygunsuzluk devirlerinde ele alındığı göstererek dikkati bu hukuk buhranına çeker.

Bununla beraber, metod meselesi, esas itibariyle geleceğe muzaf bir şeydir. Bu bir ilmin yeni araştırmaları için yollar çizmektedir. Bunun için, biz, burada, Hukuk Sosyolojisi sahasında «şimdiye kadar kullanılmış olan metodları» zikretmekle yetinmiyeceğiz. esas itibariyle kullanılması gerekli olan metotları da belirteceğiz. Aksi takdirde, birçok tetkiklerin kendi kendilerini nakzeden metodsuz araştırmalardan pek müsbet bir neticeye varmamak ihtima-

---

Bunlar Sosyolojinin kısır çiçekleridir. Üzerlerinde ciltlerle eser yazılmış fakat sonunda herkesi bu ilmin ciddiyetinden şüphe ettirmekten başka bir neticeye varılamamıştır. Herkes «sosyolojinin nasıl inşa edilmesi gerektiğini münakaşa edecek yerde, onu bizzat inşaya çalışın!» demiştir.

«Zararlı otlar»a gelince, bunlar, cemiyet problemleri hakkın ileri sürülen ve kendilerine ilim süsü veren ıslahat projeleridir. Bunlar bir sürü tahmin, kehânet ve takdirlerden ibarettir. Müellif bu gibi edütlerle alay eder ve «Bu gibi kehanetler hiçbir ilmî çalışmayı tazammun etmediğinden birçok ehliyetsiz kimseler kendilerini herşeyi bilen mukaddes rahipler sayarlar ve dünyayı felâketlerden kurtarmanın, harbi önlemenin, doğumu tanzim etmenin, cinsî ve ırkî problemleri halletmenin çareleri hakkında tavsiyelerde bulunurlar» der.

Ancak **kendisi** de ikinci dünya harbinden sonra bu ıslah problemi ile ilgilenmekten hali kalmamıştır, onun içindirki biz, «Tatbikî Sosyoloji» meselesinin meşruiyetini kabul etmiş bulunuyoruz! Bak :

PİTİRİM SOROKİN — The Reconstruction of Humanity, 1943 U. S. A.

limiz vardır. Zira, Umumî Sosyolojide olduğu gibi, Hukuk Sosyolojisinde de, bütün sistemlerini, bizzat tavsiye ettikleri metodlara ihanet etmek suretiyle kurmuş bilginlere rastlamak pek kolaydır.

Gerek geçmişe, gerek geleceğe ait incelemelerde gösterilecek olan böyle bir metodolojik titizlik sonunda, Hukuk Sosyolojisinin maziden aldığı bilgi mirasının pek fazla fakirleşmesi, yeni araştırma faaliyetlerinin pek ağır seyretmesi kabildir. Fakat genç bir ilmin, vasıl olduğunu iddia ettiği hakikatlerin sayısındaki azlık, onun kısırlığına değil, ciddiyetine hamlolunmalıdır (3).

Bundan başka herhangi bir ilmin, muhtelif konular üzerinde, bir zaman maktaı içindeki iktisaplarının, vasıl olduğu sonuçların isabet derecesi daima birbirinin aynı değildir: bazı konular üzerinde katiyet derecesi yüksek genellemelerle, adeta «kanunlar»a varıldığı halde, daha geniş bazı sahalarda ancak «nazariyeler»e varılmış olabilir. Keza, kazanılmış ilmî neticelerin telkinleri altında kalınarak bazı hususlarda ancak yeni «faraziyeler» merhalesinde bulunabilir. Bunlar müstakbel çalışmalarla aydınlatılacak, doğruluğu veya yanlışlığı ilerde tebeyyün edecek araştırma ipotezleridir.

Bütün ilim dalları hakkında varid olan bir durum, konu ve problemlerinin karmaşıklığı dolayısiyle, sosyoloji dallarında evleviyetle varittir. O halde, Hukuk Sosyolojisi sahasında, doğruluğunda birleşmiş genellemelere rastlanacağı gibi, ancak nazariyeler vasfını gösteren iddialara ve nihayet yep yeni araştırmalara konu olacak ipotezlere de tesadüf edilebilir. Bütün mesele, bunlardan birini, diğeri yerine almamaktır (4).

Metod konusunda esas itibariyle iki meseleyi belirtmek gerekir : prensipler ve vasıtalar. Sosyolojik metodun prensipleri, daha Sosyolojinin ilk zuhurundanberi ortaya atılmış, zamanla işlenmiş ve beliştirilmiştir. Monografi, anket, mülâkat, survey vesaire gibi teknik araştırma vasıtaları ise, teknik karakterleri dolayısıyla ancak yakın zamanlarda tekâmül etmiştir veya tekâmül yolundadır.

---

(3) ALFRED NORTH WHİTEHEAD — «İt is characteristic of a science in its earlier stages to be both ambitiously profound in its aims and trivial in its handling on detalis.» (The Organisation of Thought) (R. K. MERTON zikreder).

(4) PAUL DESCAMPES — Tecrübî Sosyoloji (Metod). (Çeviren : NURETTİN ŞAZİ KÖSEMİHAL, İstanbul 1950) Sh : 39 ve 46.

Vasıtaların tekniğindeki gecikme, geçen asır sosyologlarının, kendi metod prensiplerine ihanet etmelerinde müessir olmuştur.

B — Sosyolojik metodun prensipleri ve Hukuk Sosyolojisinde tatbiki :

Sosyolojinin, bir ilim haysiyetine sahip olabilmesi, ancak, «ilmî metodların ışığı altında çalışmasına» bağlıdır. Fakat metod meselesi, azçok tetkik sahasının özelliklerini takip eder. Her ilimde her metod aynı derecede verimli olmayabilir. İlmin konusunun, metodun tadilini veya değiştirilmesini gerektirmesi bir dereceye kadar meşru bir şeydir. Hattâ, birçok metodların, araştırmalara başlamadan tesbit edilemediği, bizzat araştırmanın seyri içinde hissedilen ihtiyaçların sevki ile keşfedildikleri malûmdur. Fakat, prensip itibariyle metodun bilinmesinin, araştırmalara tekaddüm etmesi lâzımdır. O halde, Sosyolojide ve onun bir dalı olan Hukuk Sosyolojisinde, «tetkik konusu»nun, umumî olarak bütün ilimler hakkında kabul edilen araştırma metodları ve prensiplerini «ne dereceye kadar tadil edeceği, bunların ne nispette değiştirilmesini gerektireceği» meselesinin halli lâzımdır.

Vaktiyle COMTE, tamamen tabiî ilimler istikametinde gelişecek bir Sosyoloji ilminin metodlarını tasvir ederken yalnız «deney» usulünün kullanılamıyacağını kabul ediyordu. Fakat bunu sadece, «sosyal» mahiyette olan vakıalar için değil, aynı zamanda «biolojik» vakıalar hakkında da iddia ediyordu : her iki âlemde de mevcut olan «bütünün ahengi veya bağlılığı» (consensus) prensibi dolayısıyla, deneyin, bu bağlılaşma durumunu sun'î olarak zedeleyeceği ve dolayısıyla, bu durumun bozulmasından sonra yapılan tetkikin de bizi hakikate ulaştırmıyacağı iddiasına dayanıyordu (5). Demek ki, COMTE'un, deney aleyhindeki tavrı, yalnız «sosyal» vakıalar hakkında değildi. O zamanki Bioloji kültürünün umumî temayülleri COMTE'a bu ilhamı telkin etmiş olabilir. Hattâ bazı bilginler, COMTE'un kendi zamanındaki biolojik gelişmeleri iyice takip edemediğini dahi ileri sürerler (6). Fakat, bizim için mühim olan

(5) AUSGUSTE COMTE — Cours de Philosophie Positive, VI. Sh : 225 - 226 (COMTE, sosyal ve biolojik âlemde hastalık hallerinin tabiî bir deney gibi mütalâa edilebileceğini, ve bu maraz hallerinden, tabiî sıhhat halinin kanunlarının çıkarılabileceğini kabul ediyor ve cemiyette ihtilâl, isyan, teşevvüş devirlerinin birer deney gibi tetkiki edilebileceğini iddia ediyordu) .

(6) BARNES — Social Thought, form Lore to Science, T : I, Sh : 565.

bu değildir. Biz, «sosyal» denilen vakıa tiplerinin, «sırf kendi özellikleri» dolayısıyla «hangi metod değişikliklerini gerektirecekleri» noktası üzerinde durmak istiyoruz.

Geçen yüzyıl sonunda, COMTE - SPENCER kolundan gelen natüralist sosyoloji cereyanları, cemiyeti, bütün kâinat olayları içinde, uzvî âlemden sonra gelen insan toplumlarında tezahür eden diğer bir çeşit «tabiî vakıalar» serisi olarak ele alıyordu. SPENCER cemiyet olayına «süperorganik vakıa» diyordu. Böylece, «sosyal» dediğimiz vakıalar ile «tabiî» vakıalar arasında kesin bir fark iddiası ileri sürülmüyordu. Bu, aynı vakıa nevinin farklı bir cinsi idi. Bu itibarla, tabiî vakıalar hakkında muteber olan, hakikate götürme kabiliyetleri denenmiş olan müsbet ilim metodlarının, doğrudan doğruya sosyal vakıalar hakkında da tatbiki lâzımdı. Problemin daha teferruatlı izahına burada girecek değiliz. Ancak bu tezin uyandırdığı tepki Almanyada «Manevî İlimler» cereyanında kendini gösterdi. DİLTHAY'ın öncüsü olduğu bu cereyan, konuları, insanın ruhî manevî cephesi ile ilgili olan bilim dallarında, tabiî ilimlerde mutad olan metodlardan tamemen ayrı bir inceleme metodunun lüzumunda ısrar ediyordu.

Böylece, ortaya iki zıt metod görüşü çıkıyordu : müsbet ilimler metodu, manevî ilimler metodu. Acaba «sosyal» hâdiselerin incelenmesinde bunlardan hangisi uygulanmalıydı?

Bu meseleye elverişli bir cevap vermek, behemal bunlardan birini alıp, ötekini atmayı gerektirmez. Sosyoloji, gerek sistematik gerek metodolojik sahada sekter hareket etmenin bir faydasını, hakikate ulaştırmak bakımından büyük bir yardımını görmüş değildir. Hususiyle «metod», bir vasıtadan ibarettir ve elverişli olduğu nisbette lüzumludur. Sosyolojinin böyle problemleri ile karşı karşıya kalınabilinir ki burada bu iki metoddan yalnız ve ancak birini kullanmak, bizi, hakikate ulaştırmaz. O halde, Sosyolojinin bazı konularında farklı metodların yardımına başvurmak kabildir. Hattâ bugün ,yalnız Sosyoloji sahasında kalan farklı metodlardan değil, umumî olarak diğer özel sosyal ilimlerin araştırma metodlarından dahi icabında istifade edilmesi, ve muhtelif disiplinler arasında bir işbirliği yapılması hususunda ittifak vardır (7).

(7) Sosyolojideki konu karmaşıklığının çeşitli ilmî metodları ve bunlarda da yeni yeni değişikliklerin yapılmasını zarurî kıldığı hakkında : SOROKİN, a. g. e. Sh : 548. Keza :

Böylece müsbet ilimler ve manevî ilimler metodlarının ayrı ayrı faydalı olduğu sahalar olabilir. Bu ihtirazî kayıttan sonra her iki görüşün özelliklerini, ve Sosyolojiye tavsiye ettikleri metodların karakteristik taraflarını, kısa bir şekilde, gösterebiliriz :

1 — Sosyolojiye müsbet ilim metod ve prensiplerinin tatbiki :

COMTE'den gelen kolun, DURKHEİM ekolünün ve çağdaş Amerikan sosyolojisinin gayretleriyle ıslah olan şekli ile, LE-PLAY'dan gelen kolun ve gene çağdaş Amerikan tecrübî sosyolojisinin işlemesiyle inkişâf etmiş olan hali, kendi iç farklılıkları ne olursa olsun, «manevî ilimler» cereyanın metod anlayışına zıd bir istikamet almakta birleşmektedirler. Biz, burada bunlardan hiçbirinin teferruatına girecek değiliz. Metod meselesi, Sosyolojide ayrı bir ihtisas konusu olacak kadar işlenmiştir ve bir sistematik eserde kül halinde ele alınamıyacak kadar yüklüdür. Ancak münferit araştırmalarda rehberlik etmesi içindir ki teferruatlı teknik araştırma kaidelerine inilebilir. Böylece biz, burada bütün bu müsbet ilim metodu taraftarlarında müşterek olan prensipleri belirtmekle yetineceğiz (8) :

a - Müşahhaslık prensibi (Règle du concret) :

Tanınmış Fransız Sosyoloğu ARMAND CUVİLLİER, bu prensibi pek açık bir şekilde ifade eder : «Demekki, Sosyoloji bir cemiyet metafiziği değildir. Bilâkis o, içtimaî vakıaların bir tecrübî

SOROKİN — Tendances et Déboires de la Socilogie Americaine (tradcution de CYRİLLE ARNAVON, Paris 1959).

JULIAN HUXLEY — L'Homme, Cet être unique, (Traduction de JULES CASTİER) Neuchatel 1947, Sh : 276-311 «Les Sciences Naturelles et Sociales»).

ERNEST W. BURGESS — Sosyolojik Araştırmanın Metodları (Çeviren : TOMRİS BERKER, Sosyoloji Dergisi, Sayı 4-5, İstanbul 1949 sh : 92-104, bilhassa : 100, 101).

ERNEST W. BURGESS — Les Méthodes de Recherches en Sociologie 'Soc, au XX siècle. 1942).

(8) Aynı istikamette gelişen muhtelif sosyolojik metodların ana perensiplerini sistematik bir şekilde belirtmiş olan Fransız sosyologu ARMAND CUVİLLİER'nin tasnif şeklini kabul etmeyi uygun bulduk. Esas itibariyle bu tasnifte yer alan metod prensipleri COMTE'den `DURKHEİM'e kadar muhtelif sosyologlar tarafından uzun uzadıya izah edilmiştir ki bunlara başka bir yerde temas etmiş bulunuyoruz : «XIX uncu yüzyıl Sosyologlarında Hukuk Anlayışı, 1960».

ilimdir. Bu itibarla onun ilk metod kaidesi, müşahhas olandan hareket etmektir» (9). Bunun manası açıktır. Sosyoloji, belirli yer ve zaman hudutları içinde, belirli hayatî fonksiyonları olan, belirli toplumların yaşayışından hareket edecektir. Bunun aksi ne olabilir? Bunun aksi olan hareket bilginin «insanlık idesinden», «objektif ruh»tan, «medeniyet» âleminden ilh.. gibi ancak zihnî tecritlerden işe başlamasıdır. Bu zihnî tecritlerin felsefî bakımdan bir mânası ve rolü olabilir. Şu varki bunlar ilmî müşahede ve izahın çerçevesine sığınmıyacak kadar geniş, kaypak ve biraz da sun'î ve keyfî inşâlardır. «Objektif ruh» nedir, sorusuna, netice itibariyle «HEGEL'in murat ettiği şeydir» demekten başka bir tekrarlamayla cevap vermiyoruz! Keza «Büyük Varlık» veya «İnsaniyet» kavramı için, sonunda «COMTE'un verdiği mânaya göre şudur» deyebiliyoruz. Bütün bunlardaki izafilik aşikârdır. Buna mukabil «Karabük Sınaî Bölgesi» veya «Altındağ Kazası» veya «memur zümresi», «esnaf zümresi», «Ortodoks Kilisesi», «musevî cemaatı»,veya «ırkî azınlıklar», «siyasî partiler» «spor klüpleri» v.s. gibi kavramları, bunlar ister ilk örneklerdeki gibi «ferdi ile muayyen» olsunlar, ister sonraki örnekler gibi «bir içtimaî nev'in adları» olsunlar, kendilerini sarahatle tasvir ve izah edebiliyoruz. Çünkü bunlar sosyolojik müşahedenin açısı içine girebilecek kadar hudutlu, civar tiplerden ayırd edilebilecek kadar özelliği haiz, ve nihayet belirli sebeb-netice ve tâbi-mütehavvil bağlantıları ile açıklanabilecek kadar müşahhas ünitelerdir.

Bütün bunlarda biz, «insanlık», «objektif ruh» «medenî camia» v.s. gibi uçsuz bucaksız, ve çok defa anlayışa veya kullanışa göre mütehavvil kaypak bir zemin üzerinde bulunmuyoruz. Nasıl «Kâinat» bir ilim konusu olamazsa, «cemiyet» de, «bütün» olarak bir ilim konusu olamaz. «Cemiyet»i, daima bir müşahhas sistem olarak almak şarttır ve her «cemiyet» terimi, bize, «hangi cemiyet?» sorusunu hatırlatmalıdır. Burada, acaba «umumî olarak bütün cemiyetlerde müşterek hususiyetler yok mudur?» suali ile karşılaşabiliriz. Bu sual, mânasızdır. Eğer bütün cemiyetlerde müşterek olan hususiyetlerin araştırılması bahis konusu olmasaydı, Sosyolojinin Tarihten farkı kalmazdı. Hatta Tarih bile kendi kendine yetmek için bu müşterek hususiyetleri Sosyolojiden öğrenmek ister. Keza, bizzat «cemiyet» terimi, aralarında bazı hususiyetler arzeden müşahhas topluluklardan, tecrit yoluyla, çıkartılmış bir kav-

(9) ARMAND CUVİLLİER — Manuel de Sociologie, 1950, Sh : 248.

rarnı ifade eder. O halde, «alelıtlak cemiyet» ilim konusu olamaz demek, sadece ilmî tetkiklere böyle mücerret bir kavramdan başlanamaz demektir. Geçen yüzyıl sosyologları bu hatayı kâfi derecede irtikâp etmişlerdir. Araştırmaya konu olacak şey «alelıtlak cemiyet» değil, «müşahhas» cemiyetlerdir. Bir çok müşahhas cemiyetlerin tetkikinden sonra ki «umumî olarak cemiyet» hakkında bir bilgiye erişebiliriz.

Aynı problemi «Hukuk» sahasına tatbik edebiliriz ve Hukuk Sosyolojisinin böyle bir hataya saplanmasını önleyebiliriz : mücerret olarak «Hukuk», Felsefenin tarif edeceği bir idedir. «Roma Hukuku Sistemi» veya Feodal Hukuk Sistemi» ise, Doğmatik Hukukun, Hukuk Tarihinin, nihayet Hukuk Sosyolojisinin inceleyeceği müşahhas sistemlerdir. Ne zaman mücerret olarak «Hukuk» konusu ele alınsa, bunun, «Ahlâk», «Örf», «Muaşeret» v.s. gibi yakın mücerret kavramlardan ayırdı ve tarifi işi Felsefenin hudutları içine girer. Hukukta «müşahhaslık» endişesi, «ferdlerin davranışlarında tecelli etmek» meselesinde ortaya çıkar. Bu itibarla, müşahhas bir cemiyetin ferdlerini ilgilendirmemiş, olanların davranışlarında tahakkuk etmiş bir «hukuk» nevi, Sosyolojiyi ilgilendirmez. Bu, her ne sebepten olursa olsun, sosyolojik mânada varlık kazanmamış, «hukuklaşamamış» bir tasavvurdan ibarettir.

Burada bir hususa daha dikkati çekmek gerekir : Dogmatik Hukuk İlmi, Hukukun «kaidevî cephesini» tetkik konusu olarak aldığı için fiilî hayatta yaşamamış olan «kaideler»i, şeklî bakımdan hukuk vasfında iseler, kendi tetkikleri içine alabilir ve almaktadır. Zira incelediği sorumların fiilî tahakkuk şanslarını tetkik etmek, mantıken onun konusu içine girmemektedir. Bundan başka, hukuk kaidelerinin bir sistem içinde, birbirlerine bağlantıları nazara alınarak tetkiki, normatif bir ilim için zaruridir. Bilhassa bu kaidelerin meriyet kabiliyetlerini birbirine dayanarak kazanmaları dolayısıyla (KELSEN ekolü) hepsinin birden tetkik sahası içine girmesi mantıkî bir zarurettir. Halbuki, kaideler arasındaki mantıkî insicamla değil, kaidelerle hayat arasındaki gerçek alâka ile ilgilenen Hukuk Sosyolojisi için böyle bir «mantıkî zaruret» yoktur. Mantıken birbirinin zarurî neticesi gibi görünen iki hukuk kaidesinden biri yaşar, fakat diğeri tatbik sahası bulmayabilir. Bu itibarla ,Hukuk Sosyolojisi ancak müşahhas cemiyetlerde tahakkuk sahasına intikal etmiş olan hukuku araştıracaktır. Şu veya bu şe-

kilde «kaide» kılığını almış olduğu halde, ferdlerin iradeleri üzerinde müessir olmamış olan «ölü-kaide» (ölü-kanun : la loi mort-née) lerin ise ancak neden bu halde kaldıklarını tetkik edebilir ki bu, tâli bir mevzudur.

Müşahhaslık prensibinin diğer bir neticesi de, Hukuk Sosyolojisi sahasında yalnız Hukuk Dogmatiğinin gösterdiği hukuk normlarıyla iktifa edilmemesi, müşahhaslık, kapalı veya açık, büyük veya küçük cemiyet tiplerinde fertlerin iradeleri üzerine müessir olan spontene hukuk normlarının araştırılmasıdır. «Spontane Hukuk» konusuna, evvelce birkaç vesileyle (10) temas ettik ve konusunun asıl açıklamasını ilerde, Derinliğine Sosyoloji (Sociologie en profondeur) bahsinde yapacağız ve «Hukuk» olayının çeşitli billurlaşma derecelerinde bulunduğuna işaret edeceğiz. Burada metodolojik bakımdan temas etmek istediğimiz husus sadece, bu noktanın gözden kaçırılmamasıdır. Müşahhas cemiyeti hayatı bize, ne ahlâk ne âdet vasfında olmayan, davet ettiği fiili sosyal müeyyide ve tâbi olanlarda yarattığı «itaat lüzumu» ile tam bir hukuk kaidesi vasfını arzeden birtakım normları keşfettirmekte ise, artık bunları kale almamazlık edemeyiz. Bu görüş, «müşahhas cemiyet» kavramının zarurî bir neticesidir : biz, siyasi bakımdan merbut olduğu kaplamsal cemiyet tipi ne olursa olsun, kendi küçük ve kapalı bünyesi içinde herhangi bir müşahhas cemiyet birimini tetkik konusu olarak alırsak bu toplumun fertlerindeki hukuk anlayışına iradelerinde tecelli eden çeşitli hukuk normu tiplerine inmek zorunda kalırız.

Spontane hukuk nevileri içinde, şimdilik en az yadırganacak misal olarak, «örf-âdet hukuku» tipini kaydedebiliriz. Devlet hukukunun doğmadığı câmialarda tek başına (daha doğrusu diğer spontane hukuk nevileriyle beraber) hüküm süren bu hukuk tipi, yazılı hukuktan sonra da kısmen baki kalmakta devam eder. Dogmatik hukuk ilmi, umumiyetle, yalnız yazılı hukukun cevaz verdiği örf hukukunu tanır. Yazılı hukukun yasak ettiği örf hukukunu tanımaz. O, bir mücadele, bir tedip konusu veya suçtur, hiç değilse hiçbir «yazılı hukukla» müeyyedelenmemiştir, ve bu manada «hükümsüzdür». Fakat «tanımak», «muteber addetmek» hattâ «ceza tehdidi ile tatikpedilmesini emretmek» gibi terimler, dikkat edilirse tamamen normatif değerlendirmelerdir. Yoksa bunlar bu örf hukukunun bir bölge halkınca fiilen sayılmasına, hukuk zannedilmesine mani teşkil

(10) Bak, yukarda : GİRİŞ, § 3, B. 56 - 61 Keza : § 10, 1. Sh : 186 vd.

etmeyebilir. Meğerki, suç olarak takip edilen, veya tanzim ettiği sosyal münasebetleri hakkında yazılı hukuk normu bulunan bu örf hukuku bakiyeleri, yaşadıkları müşahhas cemiyet halkının tasavvurlarından «bir hukuk kaidesi olarak» silinebilsin.

Memleketimizde rastlanan, ve cezrî Hukuk İnkılâpları yapmış memleketlerde emsali görülen birçok örf kukuku bakiyeleri bunun tipik örneğini teşkil eder. Eğer, tetkik konusu olarak alınan müşahhas cemiyet ünitesi, dışarı bölgelerle teması az, hücra, kapalı, küçük ve geri bir köy cemaatı ise, yahut halâ kabilevî geleneklerin baskısı altında nisbeten kapalı bir örf - âdet hukuku içinde hayat münasebetlerini idame eden bir azınlık tipi ise bu mahalli hukuk normlarını usulüne uygun bir örf - âdet araştırması ile bulup çıkarmamız gerekecektir. Tekrar edelim, bu metodolojik zaruret, bir sosyal norm tipine göz yummaktan veya onu görmemezlikten gelmekten sosyoloğu meneder. Meselâ bu tip bir zümrede hiç «medenî nikâh tipi» görülmemekte ise, sosyologun arayacağı şey «yaşayan hukuka göre hangi tip evlenmenin cari olduğu»dur. Yoksa, köy veya kabile halkının «nikâhsız» dolayısıyla ahlâken «gayrı-meşru» yaşadığına hükmetmek değildir. Fakat aynı tipte münferid vakıa durumları, aynı siyasî cemiyetin daha ileri bir medeniyet derecesine ulaşmış, yazılı hukuka vücut veren kollektif tasavvurları benimsemiş bir köşesinde vaki ise, artık bunlar, «başka bir evlenme tipini» arattıracak bir durum değil, düpedüz «serbest birleşme»dir. Hiçbir «meşruiyet» etiketini taşımamaktadır : ne yazılı hukuka göre, ne bakiye kalmış örf hukukuna göre.

«Hukukta plüralist görüş» diyeceğimiz bu esas, dogmatik hukukun yardımı ile halledilemeyecek birçok ilmî meseleleri aydınlatır (11) : aynı toplumda çeşitli gelişme merhalelerinden kalma hu kukî tortular, ve çeşitli yeni sosyal münasebetlerin spontane bir şekilde doğurmakta olduğu yeni hukukî uzlaşma tipleri, ve nihayet nisbeten istikrarlı ve katı karakteri ile yazılı hukuk sistemleri, yan yana, kâh çatışma kâh tamamlanma halinde devam edip gitmektedirler. Bazı bakiyeler yazılı hukukça «suç» olarak tanınır. Ancak bu tanıma, bütün suçlarda olduğu gibi, örf hukuku bakiyesi olan bu davranışlarda da «mutlak bir temizleme»ye güçlükle muvaffak olur. Uzun zaman bu suçların zuhuruna şahit olunmakta devam edilir :

(11) Hukukta plüralist görüşün en tanınmış temsilcisi GEORGES GURVİTCH'tir ki kendisinin sistemine ilerde temas edeceğiz.

kan gütme suçları, kız kaçırma suçları.. haddizatında çok uzak devirlerin hukuklarından kalma bakiyeler değil midir? Ağırlık parası verme, başlık verme âdetleri açıktan açığa kanuna aykırı eski hukuk bakiyelerinden başka nedir? (12).

Bütün bunlarda, sosyolojik bakımdan dikkati çekmesi lâzımgelen husus, ferdlerin davranışlarında «yazılı hukuku ihlâl kasdı»ndan ziyade, «yazılı olmayan eski örf hukukuna uymak» endişesinin hakim olmasıdır. Fâil, bir «suç» işlemek, veya «muteber olmayan bir edayı yerine getirmek» ten ziyade, pek eski hukuk sistemlerinden kalma hukukî tortuları, içinde yaşadığı toplum muteber zanettiği için, «bu hukukun normlarına uymak niyetiyle» hareket etmektedir. «Hukukun, müsbet bir değeri tecelli ettirdiğine inanılması» nın, onun tarifine girecek kadar mühim bir unsur sayılmasının sebebi burada açıkça görülür : ferd, kendi yakın sosyal çevresinin «hukuk zannettiği» şeye uymak lüzumunu hissetmekte ve bu yüzden bazan resmî müeyyideleri bile göze almaktadır. Mahallî hukuk anlayışının, daha geniş ve ileri seviyedeki sosyal ünitenin yazılı hukukta ifadesini bulmuş olan hukuk anlayışına yükselmesi halindedir ki, artık mahallî örf bakiyesi hukuk, o mahal halkı nazarında «kendisine itaat edilmesi gereken norm» vasfını kaybeder. Bu neticenin hangi pratik tedbirlerle tahakkuk edeceği meselesi, evvelce temas ettiğimiz gibi, Tatbikî Hukuk Sosyolojisinin temel konularından birini teşkil eder.

Hukuk tetkiklerinde müşahhaslık endişesi, Dogmatik Hukukun muhtelif dallarıyla ilgili hukukî tatbikattan çıkarılabilecek birçok meselelerde kendini gösterir ki bunlara ilerde sırası geldikçe temas edeceğiz.

b - «Bilmediğini bilmek» prensibi (Règle de l'ignorance consciente) :

Yukarda (13) ilmî bilgi -âmiyane bilgi ayırdına temas ettiğimiz zaman, bir sosyal vakıayı «ilmî» bir açıdan tetkik ederken,

(12) «Ağırlık parasının mahiyeti hakkında bak : PAUL KOSCHAKER — Eski Hukuklarda Evlenme ve Satış (Çev : KUDRET AYİTER. (Adliye Dergisi 1950, n : 10).
HAMİDE TOPÇUOĞLU — Temyiz Hukuk HEYETİ Kararı : Evlenme münasebetiyle verilen ağırlık parası, alan için muteber olmayan sebebe müstenid bir iktisap teşkil ettiğinden istirdat edilebilir.
(Jurisdictio sayı : 1, 1956, Sh : 511).

(13) Bak, yukarda : § 7A.

onun hakkında, daha önceden başka suretlerle edinmiş olduğumuz bilgileri, muvakkaten yok farzetmek lüzumuna işaret etmiştik. Bu, müsbet ilim metodunda DESCARTES ve BACON'danberi tekrarlanan «tabula rasa» yapmak, zihni temizlemek usulüdür. DURKHEİM, Sosyolojik Usulün Kaideleri adlı klâsik eserinde buna zihnin peşin hükümlerden, peşin bilgilerden temizlenmesi (14) der. Sosyal vakıalar âleminde bunun ne kadar zor olduğunu tahmin kolaydır. Çünkü biz, hele içinde yaşadığımız cemiyeti behemahal anladığımıza, bildiğimize inanırız. Fakat acaba bu «bilmek» nasıl bilmektir ? Herhalde ilmî mânada bir bilgiye sahip olmak değildir. SPENCER altı çeşit prejüjenin hakikati bulmamıza engel olduğunu kabul eder : şahsî, terbiyevî, dinî, iktisadî, siyasî ve millî peşin hükümler bizim sosyal vakıaların hakika şeklini görmemize ve değerlendirmemize engel olurlar. Onun için Sosyoloji ile meşgul olacak bir kimsenin ilk vazifesi kendini bu nevi peşin ve bâtıl kanaatlardan sıyırmasını bilmek olmalıdır. Bundan başka, bitakım cahil insanların sosyal konulardaki iddialı fikirleri ve allâmelikleri de bu ilmin ilerlemesine uzun müddet ciddî bir mâni teşkil etmiştir (15). Bir cemiyetin içinde doğup büyümek, faaliyetine karışmak gerçi ferde o cemiyet hakkında vasıtasız bir bilgi, pratik bir tecrübe, veya «yaşanmış tecrübe» bilgisini sağlar, fakat bu o cemiyeti «ilim gözüyle tasvir ve tahlil kabiliyetini» sağlamaz.

Hukuk Sosyolojisinde durum daha da zordur, zira fiilî hayat tecrübesinden başka, bir de, hukuk kaidelerinin amalеî veya dogmatik bir surette bilinmesi meselesi işe karışır. Bütün bunları yok farzederek araştırmaya başlamak zor bir iştir. Zira bu, daima, «zaten bilinenin araştırılması» zehabını uyandıracaktır. Bunun ne kadar hatalı bir görüş olduğunu LUCİEN LEVY - BRUHL, «Ahlâk ve Adetler İlmî» adlı eserinde ispat eder : «Avusturalyalılar, o kadar karmaşık olan dinlerinin bütün menseklerini, merasimlerini ve ibadetlerini hayran olunacak şekilde bilmektedirler : fakat bundan dolayı - bu konu hakkında - ilmî bir bilgiye sahip olduklarını iddia etmek gülünç olur» (16). CUVİLLİER, «bir mideye sahip olmak, hazım vetiresini bilmek için kâfi değildir» der (17).

---

(14) EMİLE DURKHEİM — Les Règles de la Methode Sociologique.

(15) HERBERT SPENCER — The Stduy of Sociology. 1873. p : 9 (Will Durant'dan naklen : The Story of Philosophy 1953. Sh : 377, 57)

(16) LUCİEN LEVY - BRUHL — La Morale et la Science des Moeurs, 1903 Sh : 196.

(17) ARMAND CUVİLLİER — a. g. e. Sh : 249.

O halde yaşanmış tecrübe veya âmiyane bilgiden başka Hukuk ile ılgili sosyolojik araştırma sahasında, dogmatik bilgiden de -bir müddet için- çekinmek lâzımdır. Dogmatik ile mukayese ve bundan istifade daha sonraki safhalarda mümkündür. Bunun içindir ki sosyolojik «hukuk» araştırmalarına, daima mevzuattan veya içtihatlardan, hattâ dogmatik kategorilerden başlamak, bütün araştırmaları bunlarla tahdit etmek sonucunu verebilir. Bazı hallerde, cemiyette müşahede edilen fiilî düzenli davranışlardan başlıyarak bunların içinde «hukukî» olanları ayırmak, ve normlara yükselmek daha sağlam bir temel olur (18).

Dogmatik hukuk kategorileri ile başlamanın diğer kusuru da, dogmatik izahların tesiri altında kalmak, ve bunları sosyolojik açıklamalar yerine koymaktır. Meselâ bir «kanun»un sosyolojik tahlili ile dogmatik tahlili başka başka izahları gerektirir. Dogmatik tahlil, eğer «kanun koyanın iradesi budur, gerisine karışmam» şeklinde kategorik ve iradeci bir istikamet takip etmiyorsa, bizi aktüel olan kanunlarda nihayet «gerekçelere», «kanun koyanın maksad ve niyetinin araştırılmasına» götürecektir. Fakat bizzat bu «gerekçelerin» sosyolojik izahını yapamıyacaktır. Halbuki, Hukuk sosyolojisi, bir kanunu, cemiyet şartları içindeki bütün tekevvün merhaleleri ile ele alıp incelemek ister: hangi sosyal ihtiyacın, hangi zümrevî veya umumî menfaatın, hangi fikir cereyanının, hangi nev'i sosyal tazyikin neticesinde kanun koyan bu tasarrufta bulunmak luzumunu hissetmiştir? Bunu açılayabilmek için, kanunun ısdarı sebeplerini izaha yarıyacak bütün mütâlar toplanabilir: vesikalar, matbuatta müşahede edilen talepler, politik gurupların tarafgirâne iddiaları, cemiyetteki ihtiyaç durumunu tesbit eden objektif dokümanlar, umumî efkârın temayülleri ilh... hepsi birer veri olarak toplanır ve göz önünde bulundurulur. Fakat hakikat, bunlardan hiçbirinin inhisarına tevdi edilemez. Hukuk Sosyolojisi bütün bu bilgileri, bu vakıa verilerini. kendi metodunun gerektirdiği şekilde kıymetlendirir. Bundan başka, mukayeseli araştırmalar yapar, kendi usulleri dairesinde bu kanunu bir «tip» içine koyar, mahallî şartlarla mukayesesini yapar, benzer şartlardaki toplumlarda benzer mahiyetteki kanunların akıbetini araştırır. Hü-

(18) Bu hususta Amerikan realistlerinin dikkate değer buluşları vardır. Bilhassa bak : LLEWELLYN — The Normative, The Legal, and the Law-Jobs : The Problem of Method (The YALE Law Journal, volume 49, June 1940, Number 8, Sh : 1355 - 1400).

lâsa, karmaşık fakat metodik bir inceleme sonunda o kanun hakkında bir kanaat elde eder : onun hakikî sosyal sebeplerini, ve doğurması mümkün olan neticelerini, müesseriyet şansını ilh.. tahmine çalışır.

Bu, bütün hukukî müesseseler hakkında, hattâ bütün «ihlâl» halleri hakkında aynı şekilde tekrarlanır.

c - Objektiflik Prensibi (Règle de l'Objectivité)

İçtimaî hadisenin bizde uyandıracağı tenkit veya takdir hissinden kendimizi korumamız, bizde bırakacağı şahsî intibaların reaksiyonlarını, tetkik faaliyetine karıştırmamamız gerekir. «Olan budur ve bize düşen onun hangi sebeplerden dolayı böyle olduğunu, böyle oluşunun hangi sonuçları doğurduğunu araştırmaktan ibarettir». Eğer biz, «olan budur ilh..» diyecek yerde. «Bu olmamalıydı. Bunun önlenmesi çaresi yok mudur;», yahut «olan budur, zira bunun böyle olması lâzımdır, başka türlü olması şu veya bu sebebten pek fena bir şey olurdu ilh».. dersek, ilmî objektiflikle telif edilemeyen bir kıymet takdirinde bulunmuş oluruz. Bu, bir şahıs olarak araştırıcının içtimaî vakıalar hakkında hiç bir zâtî kanaatı olmaması lâzım gelir mânasını taşımaz. Ancak bu «kanaatlar» araştırıcının «şahsî fikirleri, tercihleri»dir ki araştırma faaliyetini yaptığı sırada, imkân nisbetinde kendisini bunlardan tecride çalışması lâzımdır (19). O, içtimaî vakıaları, DURKHEİM'in meşhur tabiriyle «eşya» gibi ele alacaktır : teessürî bakımdan renksiz ve anlaşılmaları behemehal bir ilmî cehde muhtaç nesneler olarak (20).

Hukuk Sosyolojisinde, millî ve siyasî tarafgirlikler bazı problemlerin objektif bir şekilde tahlillerine en büyük engeli teşkil ederler. Araştırıcı çok defa kendini bu problemler karşısında kayıtsız

---

(19) Bunun içindir ki LLEWELLYN, «vasıl olacağı güvenilir sonuçları Hukuk İlmine tatbik etmeden evvel, Hukuk Sosyolojisine kendine has görevi huzur içinde başarmak imkânı bahşedilmelidir» der. Bak, yukarıda GİRİŞ not : 241, Sh : 80.

(20) EMİLE DURKHEİM_ Les Règles de la Méthode Sociologique 8 ème èd. 1927, Sh : 35 (Sosyal olaylar eşyadırlar ve eşya gibi ele alınmalıdırlar.. Filhakika, kendisini müşahedeye arzeden, müşahide karşı verilmiş (muta) durumda olan, kendi varlığını ona kabul ettiren herşey eşya'dır. Olayları eşya gibi ele almak, onları, ilmin hareket noktasını teşkil eden mûtâlar olarak ele almak demektir.»

hissedemez ve ona muayyen bir gözlükle bakar. İşte, Sosyolojinin müsbet ilimlerin metod prensiplerine göre çalışmasını isteyenler, araştırmacıyı bu çetin nefis terbiyesine davet etmektedirler. O, ilmî çalışmasında kendi şahsî formasyonunun, mizacının, akidelerinin tesirlerini bertaraf etmesini bilecektir. Aksi takdirde varacağı sonuç, kendi perspektifinin özellikleriyle bozulmuş, objektiflikten arî bir cemiyet görüşünden ibaret kalacak, fakat hakikatı ifade etmeyecektir.

Sosyal vakıalar, ister ahlâkla, ister hukukla hattâ ister ekonomi ile ilgili olsun, ferdlerin davranışlarını tâyin edici karakterleri yüzünden «izah edilme safhası»ndan önce «takdir edilme» ye konu olmuşlardır ve hemen hepsi bir «iyi-fena», «haklı-haksız», «meşru-gayrimeşru» yahut «faydalı-zararlı» ayırdına tâbi tutulmuşlardır. Bundan başka bu «kıymet etiketleri» yapıştırılırken, bunların «neden böyle addedildikleri» de izah edilmeğe çalışılmıştır. İşte, bu konular üzerinde hakiki ilmî tetkiklere tekaddüm eden safhada bütün bu izah denemeleri, âdeta yegâne ilmî sonuçlar zannını uyandırmıştır. Halbuki bu izah denemelerinin, bahis konusu olan sosyal vakıanın sebeb-netice, tâbi-mütehavvil bağlantıları içinde yapılmış bir açıklanışını değil, insanların şu veya bu kıymet anlayışları bakımından arzettiği «değer»i esas tuttukları farkedilmemiştir.

Ahlâk, Hukuk gibi geleneksel bilginin bu şekilde güya izah ettiği sosyal müesseseleri hakiki ilim açısından ele almak işte bu sebebden dolayı bu kadar zordur. Geleneksel normatif ilimlerin telkini olan izahların daima bir «kıymet»le ilgili olan, bir «takdir»le bağlı olan hükümlerini, biz, farkında olmadan bizzat izah etmek istediğimiz konu yerine koyarız. Böylece, bir sosyal vakıayı izah edecek yerde farkında olmadan o vakıa hakkındaki geleneksel veya normatif kanaatı izaha çalışmış oluyoruz. İşte bunun içindir ki DURKHEİM, pek haklı olarak, araştırıcıyı vakıalara davet eder, vakıalar hakkında saplanılmış olan fikirlere değil.

İçtimaî vakıaları «eşya» (Choses) gibi kabul etmek, ne onları «madde» gibi kabul etmek veya «maddî bir temele irca etmek» tir, ne de onlar hakkında, ilmî faaliyet dışına çıkıldığı zaman, yani aksiyon sahasına geçildiği zaman tamamen hissiz kalmak, hüküm vermeden çekinmek demektir. İlim, sosyal vakıaları birer eşya gibi ele almak zorunda ise, bu, onları tıpkı eşyayı tanıdığı kadar objektiflikle tanıyabilmek, öğrenebilmek içindir. Yoksa vasıfları,

mahiyetleri ne olursa olsun, mademki bunlar «sosyal vakıa» mahiyetindedirler, yani cemiyetin birer mûtâsıdırlar, o halde onları olduğu gibi kabule mecburuz sonucuna varmak için değil. Kabul etmek, bir aksiyon işidir ve kıymetlere tâbidir. Tanımak ise bir ilim meselesidir ve vakıa mûtâlarına tâbidir. Bu kadar açık olan hakikatlerin hâlâ birçok sosyal problemlerde tamamen birbirine karıştırıldığı esefle müşahede olunur. Bir konu, ne kadar kuvvetle kollektif heyecanları tahrik ederse, onun, ilmî bir soğuk kanlılıkla tetkiki o kadar zor olur (21).

ç - Vakıanın tayin ve tahdidi prensibi (Règle de la détermination du fait) :

Sosyolojik tetkike konu olarak alınan vakıa hangisidir ? Bu eğer A ise, onu B, C,D, ilh.. vakıalarından ayırd edici birtakım özellikleriyle tanımamız gerekir. Halbuki daha tetkike henüz başladığımız bir vakıanın özelliklerinin neler olduğunu nasıl bilebiliriz? Bu, tetkikin başında değil, ancak sonunda meydana çıkacak değil midir?

Sosyoloji, tetkik konusunun hudutlarının belirtmedikçe, her araştırma teşebbüsünde başarısızlıkla karşılaşmaya mahkûm olduğunu anlamıştır. Bu itibarla incelemelerin ve araştırmaların üzerinde tekâsüf edeceği her konunun iyice tâyini lüzumunu kabul etmiştir. Fakat yukarıda söylediğimiz mutalâa da doğru olduğundan, tetkik konuları arasında, baştan, bunların dış görünüşlerine ve harici hususiyetlerine nazaran bir tipleştirme yaparak, vakıa gu-

---

(21) Araştırmacının, ne kadar gayret ederse etsin şahsî formasyonun ve çevresinin tesirinden kurtulamıyacağı, hâdiseleri behemehal kendi perspektifinden göreceği iddiası, evvelâ Marksist Sosyolojisinin, daha son ra manevî İlimler cereyanının ve nihayet çağdaş Bilgi Sosyolojisinin işlediği belli başlı konulardan birini teşkil eder. Bu hususta bak :

KARL MANNHEİM — İdeologie und Utopie, 1929 (İng : İdeology and Utopia, London 1940), (Fr. L'İdéologie et l'Utopie, Paris 1956).

PİTİRİM SOROKİN — Social and Cultural Dynamic, New York 1937.

J. MAQUET — Sociologie de la Connaissance (Etude critique des sytemes de Karl Mannheim et de Pitirim Sorkon) Louvain 1949.

ROBERT K. MERTON — Sociologie de la Connaissance (La Sociologie au XX ième siècle, Tome : I, Sh : 377 - 417) Paris 1947.

LEWİS A. COSER and BERNARD ROSENBERG (ed.) — Sociological Theory 1957 «Sociology of Knowledge» p : 557 - 573.

RAYMOND ARON — La Sociologie Allemande Contemparaine, 1935. Sh : 75 - 96.

rupları teşkil etmek ve her gurubu ayrıca tetkik konusu olarak incelemek gibi pratik bir yolu tercih etmiştir. Fakat acaba sosyal vakıaların tipleri, grupları veya serileri nasıl meydana getirilebilir?

Burada ilk akılda tutulması lâzımgelen şey, bu vakıa tipleri hakkında âmiyane bilgide ve cari dilde hazır bulunan terim ve kavramlara bağlanıp kalmamaktadır. Bunlar günlük anlaşma ihtiyacını karşılar ve nesiller arası irtibatı sağlar, hülâsa, mefhumların mudutları ve tedahülleri konusunda ilmî bir titizlik gösterilmediği müddetçe kendilerine has fonksiyonları yerine getirebilirler. Fakat, bunları, tarif ve tahdit edilmiş ilmî katagoriler olarak almaya kalkarsak durum değişir. CUVİLLİER bu konuda aynen şöyle demektedir ve haklıdır :

«...Sosyolojide âmiyane kavramlar son derece kiyafetsizdir Tarih ilmi, bu kavramları carî dildeki şekilleriyle kullanır: din, sanat, millet, ihtilâl, v.s.. gibi terimler onun için izaha muhtaç kelimeler değildirler. Sosyoloji ise daha müşkülpesend olacaktır, zira o, «umumî» «genel» kavramlara dayanmaktadır, «genel» olan ise mutad olarak zannedildiği gibi «müphem» olan demek değildir, blâkis bu «muayyen» olan, «sınırlı» olan demektir ki, dolayısıyla, «sarih olan, açık olan» (précis) mânasına gelir (22).

O halde Sosyolojik bir terim olarak meselâ «din» kelimesini kullanırsak, behemahal bunun bir «tarif» ve «tahdidini» yapmamız lâzımdır. Sosyolojik konularla ilgili edebî-felsefî denemeler, serbest bir vokabülere sahiptir: meselâ, komünist hayat görüşü için «dünyevî bir din», yahut sendikalizm için «sosyal bir mistik», yahut çağdaş kapitalist görüş için «para dini» ve ilh.. gibi teşbihleri kullanabilirler. Buna mukabil, mütekâmil dinlerin doğmatik ve fanatik müntesipleri, bu tekâmül mertebesinde olmayan diğer zümrelerin mukaddes inançları hakkında, hattâ bazan sadece kendilerinin mensup olmadıkları diğer dinler hakkında «din» terimini kullanmak istemezler. Halbuki sosyolojik bir terim olarak «din» kelimesini kullandığımız zaman bununla, hangi toplum ve hangi medeniyet seviyesinde olursa olsun, insanın kudsiyetine inandığı bir tabiat-üstü âlem hakkındaki tasavvurlarını ve bu âlemle kendisi arasında varlığını kabul ettği birtakım münasebetlerle ilgili inanç, görev ve ibadet şekillerini içine alan bir düşünüş ve davranış sistemini murad etmekteyiz. Böylece «din», insanın bizzat vaz'ettiği kutsiyet

(22) ARMAND CUVİLLER — a. g. e. Sh: 251.

problemi karşısındaki tavrını tâyin eden bir fikirler ve fiiller manzumesi olarak görünmektedir. O, bu problemi pek basit bir şekilde cevaplandırabileceği gibi (ilkel dinler), pek muğlak, pek işlenmiş, pek mistik akidlerle de cevaplandırmış olabilir (ileri dinler). Geri veya ileri olsun, bütün bu dinlerde müşterek olan husus, insanla, kutsallığına inanılan tabiat-üstü varlık arasındaki münasebetlerin mahiyetleri, icapları hakkındaki inançlar ve bu inançların gerektirdikleri fiil ve hareket örnekleridir. Böylece 1) mukaddes tabiat-üstü varlığa inanç, 2) bu konu ile ilgili basit veya işlenmiş ve doğruluklarına mutlak surette inanılmış bir akideler manzumesi, 3) bu akidelerin gerektirdiği ferdî veya kollektif belirli davranışlar (ibadet, âyin ilh..) sosyal bir müessese olarak ele alınan «din»in aslî unsurlarını teşkil etmektedir. Nerede bu unsurları içine alan bir müessese görürsek orada geri veya ileri bir «din» vakıasıyla karşılaştığımızı kabul edebiliriz.

«Din» kavramı hakkındaki mülâhazalar bütün diğer içtimaî vakıa ve müesseselerle ilgili kavramlar hakkında da varittir.

O halde, sosyolojik metodun aslî prensiplerinden biri, tetkik konusu olarak aldığı süjeyi, hiçbir yanlış anlaşılmaya, hiçbir hudut çatışmasına meydan vermeyecek şekilde «tâyin» etmektir. Hukuk Sosyolojisinde ise bu daha da mühimdir. Zira daima Hukukun Normatif ilminin araştırmaları ile karşılaştırılmak ihtimali vardır. Nazarî Hukuk Sosyolojisinin bölümlerini incelerken bu konuları mümkün olduğu kadar etraflı bir şekilde belirtmeye çalışmamızın sebebi buydu. Bu çalışma programına dahil konuların müşahhas cemiyet sistemleri içindeki tetkikleri ise daha da fazla tayyünü gerektirir. Yer ve zaman bakımından sınırlamayı, hattâ, çalışmanın yöneldiği nazarî veya pratik maksad bakımından hudutlanmayı bile gerektirebilir. Konuyu ne kadar belirli bir şekilde tâyin edersek, müphem, gelişigüzel, kaypak sonuçlara varmaktan o kadar uzak kalmak şansını kazanırız. Esasen, geniş tetkik konularının yahut mânası çeşitli yönlere çekilebilen tetkik konularının müşahhas bir araştırma faaliyetine başlanır başlanmaz ne kadar şaşırtıcı olduğu, araştırıcıyı ne içinden çıkılmaz dehlizlere sürüklediği derhal fark edilir. Her adımda bir dört yol ağzı ile karşılaşmak, her merhalede yep yeni problemlerin ortaya çıktığını görmek, esasında tetkik için elverişli olmayacak kadar tecanüssüz bir kavramın ele alındığına alâmettir (23).

(23) EMİLE DURKHEİM — İçtimaiyat Usulünün Kaideleri (Çeviren: SELMİN EVRİM, İstanbul 1943) Sh: 75.

d - «Mütesanit bütün» prensibi (Règle de la Totalité solidaire):

Sosyal vakıaların tetkikinde, takip edilmesi gerekli olan bu tâyin ve sınırlandırma» prensibi ile, ilk bakışta tezad teşkil eder gibi görünen diğer bir metod prensibi de, daima içtimaî vakıalar arasındaki içten bağlılığı ve giriftliği nazara almak kaidesidir. Her topluluk, küçük veya büyük olsun, bir «bütün» teşkil eder. Onun içinde cereyan eden sosyal vakıaların hepsi, birbiriyle o şekilde ilgili, öyle bir tesirleşme münasebeti ile bağlıdır ki bunlardan bir seri vakıayı, sanki diğerleri mevcut değilmiş gibi, tecrit suretiyle tetkik edemeyiz. O halde, bundan evvelki kaide ile tezada mı düşmekteyiz? Bu iddia yanlıştır. Zira biz, bunun en tipik örneğini Sosyolojiden daha başka bir ilimde, Biolojide görmekteyiz. Uzviyetlerde rastlanan bu uzuvlar ve fonksiyonlararası bağlılık» (consencus) vakıası, tek bir uzvun fonksiyonlarının veya hastalıklarının bu uzvun diğer uzuvlarla olan münasebetleri nazara alınmaksızın tetkikine imkân vermez. Hayatî uzviyet nasıl bir «bütün», ayrı bir «ünite», bir «birim» ise, müşahhas cemiyet sistemleri de ayrı ayrı birer «bütün» dürler ve kendi içlerinde cereyan eden hadiseler arasındaki tesirleşme ve bağlımlaşma halidir ki onların hayatını mümkün kılar. O halde, böyle bir temel vakıanın daima nazara alınması lüzumu, diğer vakıaların ilmî tetkiki imkânsız hale koymaz, bilâkis, bu, belki böyle bir tetkiki mümkün kılan bir şarttır. Tıpkı Uzviyet âlemindeki gibi.

Sosyoloji, geçen yüzyılda, bu prensibin, sosyal bütünün metodolojik bir tecrit ve taksimine engel olacağını zannettiği için, tetkik konusu olarak hep bütün'leri ele almıştı. «Cemiyet» tabiri, müşahhas bir toplum yerine değil, alelıtlak bütün «insanlık» yerine kullanılıp gitmiştir. Daha sonra gelenler (Meselâ GUMPLOVİCZ) bunun hata olduğunu, dünyada mücerret ve tek bir «cemiyet» olmayıp, müşahhas cemiyet çeşitleri bulunduğunu ileri sürmüş, ve bunların bir sınıflamasını yapmağa teşebbüs etmişlerdir. Zümreler, ferdleri aynı bütüne bağlayan müşterek alâka ve menfaatların eseridir ve ayni ferd,muhtelif alâkaları dolayısiyle, aynı zamanda muhtelif zümrelere mensup bulunabilir.

Bundan başka, toplulukların morfolojik cephesi, kültürü, ekonomik hayatı, ayrı ayrı İlim dallarının tetkik edeceği gerçeklik mutalarını temsil eder. Sosyolojinin hizmeti ise evvelâ bu ilim dallarının yardımlarına dayanır. Hukuk Sosyolojisi ise, ayrıca, aynı toplum hakkında Umumî Sosyolojinin ve Hukuk Dogmatiğinin verilerinden

de faydalanmak zorundadır. Meselâ çağdaş bir milletin hukukunu sosyolojik bakımdan tahlil etmek icabederse bu faaliyet birtakım tâli iş bölümünü, tahlil edilecek vakıa serilerinin tesbitini, ve bu vakıaların ilgili bulundukları diğer nevi sosyal vakıalar hakkındaki bilgilerin toplanmasını gerektirecektir. Netekim bu şartları yerine getirmeksizin başarılmaya çalışan tetkikler, okuyucunun zihninde birçok cevapsız sorular yaratmaktan başka bir şeye yaramazlar. Meselâ sosyolojik izah endişesinden âri olarak meydana getirilmiş birçok Hukuk Tarihi veya Dogmatik Hukukun Müessese araştırmaları okuyucuda aynı intibaı bırakır: «Mülkiyet» müessesesi üzerinde şöyle bir tetkikin yapıldığını ve şu sonuçlara varıldığını farzedelim: «İlkel cemiyetlerde gayrı menkul mülkiyeti yoktu. Yahut ancak topluluk buna malik olabiliyordu. Roma Hukukunda aileler ve daha sonra ferdler gayrı menkul mülkiyetini ihraz edebilirler. Feodalitede senyoriyal mülkiyet şekli zuhur etti ve servaj sistemi ile beraber yürüdü. Yeni çağlarda ferdî mülkiyet alabildiğine genişledi ve intikal kabiliyeti kazandı. Yakın zamanlarda ise ferdin mülkü üzerindeki tasarruf hakkı cemiyet lehine tahditlere uğradı».

Acaba bu etüd bize neyi anlatmaktadır? Hattâ bütün bu çeşitli mülkiyet şekillerinin en ince teferruatına kadar bütün hükümlerini birer birer gösterse tatbikatta mahkemelerin karar ve içtihatlarını belirtmiş olsa dahi, bize neyi izah etmektedir? Buna, derhal «Mülkiyet Müessesesinin gelişme istikametini» diye bir cevap böyle bir tetkikin zihnimizde uyandırdığı şüpheleri ve endişeleri şu sorularla ifade edebiliriz: İlkel cemiyette gayrımenkul mülkiyeti neden kolektifti? Kültür seviyesinin geriliğinden mi? Fakat bugün de bu sistemi kabul etmiş câmialar var, bunlar «ilkel» cemiyet vasfında mı? Yoksa, bu, istihsal vasıtalarının basitliğinden, hayat şartlarının geriliğinden miydi? O halde aynı mukayese sualini tekrarlayabiliriz. Feodal cemiyette toprağı işleyen neden ona malik olamıyordu? Mülkiyet böyle olduğu için mi servaj usulü doğdu, yoksa servaj usulü başka sebeblerle yerleştiği için mi mülkiyet o şekli aldı? Yeni çağlarda mülkiyetin her nevinde müşahede edilen «ferdileşme», durup dururken mi vaki oldu? Bu çağın «ferd» anlayışı neydi ki, onu, bütün sosyal değerlere tekaddüm ettirerek «üstün bir hak süjesi» saydı? Yakın zamanlardaki mülkiyet tahditlerinin mânası nedir? Neden kanun koyanlar «toplum lehine» imtiyaz tanımakta ve ferde «dur!» demektedir?.

Bütün bunlardan daha mühimi, bu «gelişme istikametinin» han-

gi cemiyet hakkında olduğunu bilmektir. Çok defa alelıtlak «garp cemiyeti» der ve bütün sosyal vakıalar ve müesseseler tarihini ona hasrederiz. Bu ölçüye göre diğer müşahhas toplumlar hakkındaki bilgiler, hep, bu esasa kıyasla açıklanmaya çalışılır. Fakat sosyolojik açıdan bu, ne dereceye kadar doğrudur? Birçok toplumlarda mülkiyet bu merhalelerden geçmeksizin atlamalar yapmıştır ve bunun da bir ilmî izahı olmalıdır. O cemiyetin kendi özellikleri zaviyesinden bu inkıtalı gelişmelerin sebebleri açıklanmalıdır ki bunların hepsi, «mülkiyet» gibi bir hukukî müessese ile, hiç te hukukî karakterde olmayan iktisadî, politik, kültürel ilh.. gibi daha birçok vakıalar arasındaki bağlılaşmanın tetkikine mütevakkıftır.

En dar ve en basit tetkik konusunda dahi bu bağlılaşma durumunu ihmal ederek neticeye varmak, muazzam hatalara sürükler.

Buraya kadar zikrettiğimiz prensipler, Sosyolojide bütün müsbet ilimlerde müşterek olan metod esaslarının tatbik edilmesi gerektiğini iddia edenlerin görüşlerini temsil eder. Şimdi, bunun mukabil tezini temsil eden diğer metodolojik görüşe geçebiliriz :

2 — Manevî İlimler cereyanının ve bundan mülhem «Anlayış Sosyolojisi»nin metodu :

a - DİLTHEY ve «sosyal»den «ruhî»ye dönüş :

Bu görüşün, geçen yüzyılda Fransa ve İngilterede gelişen natüralist Sosyolojiye tepki olarak doğduğuna yukarda işaret etmiştik. Filhakika bu tepkinin başlıca temsilcisi olan alman filozofu DİLTHEY, bahsettiğimiz istikamette bir sosyolojiyi murat ederek bunun «sahte bir ilim» olduğunu kabul ediyordu. Sosyoloji de, Tarih Felsefesi de hep kâzip ilimlerdir (24). Zira, bu ilimlerin tetkik konuları olan hadiseler, sosyal vakıalar, diğer tabiî ilimlerin tetkik vakıaları gibi soğuk kanlılıkla ve sırf zekâ faaliyeti ile künhüne varılacak cinsten şeyler değildir. Bu konuda DELTHEY, aynen şöyle diyordu: «Sosyal vetireler o kadar karmaşık, bunları ölçmek ve denemek vasıtaları o kadar cüz'îdirki, cemiyetlerin bünyesi hakkındaki bilgimiz, aşılmaları pek büyük zahmetleri gerektiren güçlükler

(24) WİLHELM DİLTHEY — Einleitung in die Geiteswissenschaften, 1883 (Traduction française: İntroduction à l'étude des Sciences Humaines, Essai sur le Fondement qu'on pourrait donner à l'Etude de la Société et de l'Histoire. Tr. par LOUİS SAUZİN PARİS 1942) Sh: 13 Chapitre : XIV.

yüzünden hayli gecikmiş bulunmaktadır. Zira bizim cemiyet ile olan münasebetlerimiz, tabiat ile olan münasebetlerimizden pek farklıdır. İçtimaî vakıalar bizim için ancak içten derunî olarak anlaşılabilir şeylerdir. Hele tarihî incelemelere kadar inersek, biz, kin ve aşk, sevinç ve keder hislerinin tesirleriyle dolarız. Halbuki tabiat, bizim için dilsizdir. Bize yabancıdır. O, bizden hariç birşey olarak kalır bizim benliğimize dahil olmaz. Halbuki cemiyet, bizim kendi dünyamızdır, Biz, onu yaşatan, var eden mütekabil tesirlerin içindeyiz. Biz cemiyeti bütün benliğimizle yaşıyoruz. Biz cemiyetin muayyen bir andaki halini ancak kıymet hükümlerinin yardımıyla tasavvur etmeye mecburuz. İrademizin bitmez tükenmez bir faaliyeti ile, daima, bugünkü sosyal durumu, hiç değilse zihnen, değiştirmeye, tadile çalışıyoruz... Bütün bu mülâhazalar, bizim, «sosyal »hakkındaki bilgimize, onu, «tabiat» hakkındaki bilgimizden külliyen tefrik edecek bazı temel karakterler, bazı özellikler hakketmektedir» (25).

Şu halde DİLTHEY'in tezi, yukarda gördüğümüz «objektif»lik şartının imkânsızlığına dayanmaktadır. Biz, topluluk hayatını kendimizden veya kendimizi topluluk hayatının tesirlerinden tecrit ederek onu bir tetkik objesi gibi karşımıza alamayız. Bizi, o topluluk şekillendirmiş, bize türlü fikir ve kanaatlar telkin etmiş olduğu gibi, biz de onu kendi gücümüz nispetinde ve kendi gayelerimize göre değiştirip durmuşuzdur. O halde bu girift aksiyon münasebeti nasıl sun'î olarak çözülebilir ve taraflar ayrı ayrı yerlere yerleştirilerek aralarında bir obje-süje münasebeti kurulabilir? O halde insan, cemiyet hakkında hiçbir fikre sahip olmayacak mıdır? DİLTHEY böyle bir şey iddia etmez. İnsan, cemiyeti anlamaktadır. Ancak, bu anlayış, onun tabiatı anlaması gibi değildir. Bu belki bir nüfuz etme, künhüne varma, veya bir kendi nefsinde yaşama şeklinde bir anlamdır (26).

«Ben, cemiyet içinde kendi hayatımı yaşarken, aynı topluluğun diğer ferdlerinin hayatlarını kendime kıyas ederek anlıyabilirim. Onların hayatlarını anlamak suretiyle, cemiyetin hayatını da anlayabilirim.. tabiat âlemindeki cansız illiyet münasebeti, burada, yerini tasavvurlar, hisler ve saikler münasebetine terkeder. ağzımız-

(25) WİLHELM DİLTHEY — a. g. e. Sh: 53 ve devamı.

(26) Manevî ilimler cereyanındaki «anlayış» kavramının aydınlanması için bilhassa bakıla : Doç Dr. KÂMURAN BİRAND — Dilthey ve Rickert'te Manevî İlimlerin Temellendirilmesi, Ankara Üniversitesi İlâhiyat Fakültesi Yayınlarından. Ankara 1954.

dan çıkan basit bir cümle, bir nefesten ibaret olduğu halde, bütün bir cemiyetin, hattâ bir kıt'anın ruhunu harekete getirebilir, titretebilir. İnsan ilimlerinde anlama melekesi, insanın bütün varlığını harekete getiren bir vetiredir. Bu ilimlerde sırf zekâ kuvveti, bütün sonuçların alınmasına imkân vermez. Bu büyük sonuçlar, aynı zamanda şahsî hayatın muayyen bir kudretine tâbi kalır. Hükümler vermeye, idealler rekzetmeye, davranış kaideleri vazetmeye çalışan bütün pratik faaliyetimiz bu tarz tasavvura, bu tarz anlayışa bağlıdır» (27). DİLTHEY'in bahsettiği anlayışın evvelki sayfalarda temas ettiğimiz müşahede ve izah metodunun tam tersi olduğunu söylemeğe hacet kalmamaktadır. DİLTHEY, sosyal hadiselerin tetkikinde o kadar mücerretlikten kaçmaktadır ki, tetkik edilecek konunun tetkik edenden tecridine dahi tahammül edememektedir. Böyle bir müşahhıslık ifratı bizi acaba nereye götürür? Hiç şüphesiz müşahhas ferdlerin irade, gaye, ve arzularına.. Netekim DİLTHEY, «cemiyet ve tarih hadiselerini tetkik eden adam, daha ziyade mücerret mahiyetler bulur: sanat, ilim, devlet, cemiyet, din v. s. gibi. Halbuki bunlar, bakışlarımızın gerçeğe erişmesine engel olan, tesbitleri ve kavranmaları imkânsız parça parça bulutlara benzerler. Ben, işte bu «gerçeği görme» usulünü öğretmek istiyorum bu bulutları ve hayaletleri dağıtmak istiyorum» (28) diyor. Hakikatte, bu «hayaletler» ortadan kalkınca karşımızda bir çok ferdî fiiller, gayeler, tasavvurlar ve arzulardan başka birşey kalmaz ki netice itibariyle biz, «Sosyal vakıa» kavramı yerine «Ruhî vakıa» kavramını yerleştirip, bütün cemiyet olaylarını, «Sosyoloji»nin teşekkülünden evvelki bilgilerimizle halle yenibaştan teşebbüs etmek durumuna düşeriz.

DİLTHEY, cemiyet hayatının müşahedesinde, sadece birbirleriyle karmaşık aksiyon-reaksiyon münasebetleri içinde olan, irade, şuur, his, muhayyele sahibi birçok ferdler görür. İçtimaî dediğimiz olaylar bu ferdlerin davranışları ile meydana gelmektedir. Fakat acaba bu karmakarışık tesirleşmeler bir tetkik veya anlama konusu olabilir mi?

Gerçi, ferdî ruhiyatın münferid olayları veya bunlar arasındaki aksiyon ve reaksiyonları, bir cemiyet ilmi tarafından tetkik edilemiyecek kadar çok ve çeşitlidir. Tek bir ışık çizgisinin fiziko-şimik ne-

(27) WİLHELM DİLTHEY — İntroduction à l'Etude des Sciences Humaines Sh: 55.

(28) WİLHELM DİLTHEY — a. g. e. Sh: 60.

ticelerinin hesaplanamaması gibi, bu münferid tesirleşmeler de tetkik ve ihata edilemez. Fakat, cemiyet hayatında bazan bu ferdî ruh haletlerinin, his arzu veya düşüncelerin belirli gayeler etrafında temerküz ettikleri, bir ışık demeti gibi, bir istikamette tekâsüf ederek artık tesirleri görülebilen, anlaşılabilen bir hale geldikleri vakidir. Bu belirli gayeler etrafında toplanan ferdî ruhî tezahürler, kendi nevilerine göre, bizim «sanat», «ilim», «âdet», «din» ve bir bakıma «hukuk» dediğimiz «Kültür Sistemleri»ni meydana getirirler. San'at, ferdî muhayyilelerin, tarih boyunca, belirli gayeler veya konular etrafındaki temerküzünü temsil eder. İlim, ferdî düşünce ve teemmülün belirli gayeler etrafında toplanması, birikmesinden meydana gelir. Nihayet hattı hareket düsturları dediğimiz normlar, fertlerin iradelerinin belirli davranış modellerine uyma gayesi etrafında birleşmesini ifade eder ilh... Böylece, gerek san'at gerek örf-âdet, gerek ilim, ferdi aşan bir sosyal vakıa tipi değil, belki ferdî ruhî faaliyetlerin belli gayelerde birleşmelerinden doğan, hülâsa temeli esaslı bir şekilde ruhî olan vetirelerdir. DİLTHEY bunların bir «gayeler birliği» veya «gaye iştirakleri»ni temsil ettiğini söyler. Cemiyette kendiliğinden teessüs eden bu «gaye iştirakleri» onun spontane hayatını teşkil eder ve bunlara DİLTHEY'in terminolojisinde «Kültür Sistemleri» adı verilir (29). Din, sanat, ilim, ilh... hep bir kültür sistemidir ki ilmî şekilde tetkikleri ancak bahsettiğimiz anlayış metoduyla işlenecek olan İlimlere terettüp eder.

«Hukuk»un, bu kültür sistemlerine nazaran biraz daha farklı bir durumu vardır. DİLTHEY, bu spontane şekilde doğan kültür sistemlerini zikrettikten sonra, bütün bunların varlık kazanabilmelerini, aslî bır şarta bağlar : içinde cereyan ettikleri cemiyetin haricen teşkilâtlandırılmış olmasına. Kısacası Devletin varlığına. Devlet hakkındaki görüş hiçbir sosyolojik özellik taşımaz. DILTHEY'in Devlet anlayışı geçen yüzyıl sonundaki iradeci veya pozitivist hukukçulardan pek farklı değildir :

Devletin başlıca iki fonksiyonu vardır: dışarıya karşı cemiyeti koruma, içerde ise hukuk yaratma. O halde «Hukuk», cemiyetin haricen teşkilâtlanışı demek olan Devletin bir tâbiidir. Hukukun menşei, DİLTHEY'e göre, bu haricî teşkilâtlanmada tezahür

(29) WİLHELM DİLTHEY — a. e. g. Sh : 61 - 71

eden umumî iradedir (30). Ancak, yukarda temas ettiğimiz gibi, hukuk, aynı zamanda bir gayeler birliğidir. Şu şartla ki bu gayeler Devletin tensip ve tasvip ettiği gayelerdir. O halde, Hukuk Devletçe tasvip edilen bir sosyal gayeler nizamıdır ilh..

Hülâsa edelim : DİLTHEY, sosyal gerçekliği ancak mazi ile olan bağlantısı içinde ele almayı şart koşar. Tarihi vakıaları anlamak için de bu vakıaların aktörleri olan insanların ruhî haletlerinin kavranması lüzumunda ısrar eder. Bu kavrayış için yegâne vasıtanın içe bakım metodu (introspection) olabileceğine inanır. Bütün içtimaî dediğimiiz vakıaların arkasında gerçek ferdlerin arzu, irade, fikir ve muhayyilelerini, duygularını bulur ve bunlardan hareket etmek lüzumunda ısrar eder. Tabiat ilimlerinde biz konuları son haddine kadar tecrit ve tasnif ederek anladığımız halde, manevî ilimlerde, bilâkis, parçalı idrâklerimizi toplayıp ekleyerek, imkân nispetinde hayattaki bütün'ü yenibaştan kurmak suretiyle ihata edebiliriz. Bu ilimlerde metodolojik endişe, gerçekliğin imkân nispetinde bir kül olarak, bozulmadan, parçalanmadan kavranmasıdır. Bunun için sosyal ve tarihî dediğimiz hâdiseleri «sanki içinde yaşıyormuş gibi» anlamaya çalışmak, onların mânalarına nüfuz etmek lâzımdır.

b - MAX WEBER ve «ideal tip» kavramı :

Manevî İlimler cereyanının ortaya attığı bu tezin, sosyal vakıaların tetkikinde, hususuyle «hukukî» karekterdeki sosyal olguların incelenmesinde ne nispette faydalı olabileceğini tâyin etmek lâzımdır. Bu husus tanınmış alman sosyologu MAX WEBER'in çalışmalarından çıkartılabilir. Filhakika, bu zat, anlayış metodunu ıslah ederek dinî, iktisadî ve hukukî fenomenlere tatbikini denemiştir. GİRİŞ'te bazı temel fikirlerine temas ettiğimiz (31) alman sosyoloğu, meslek hayatına hukukçu olarak başlanmıştır. Sosyolojik problemleri ele aldığı zaman, bu ilmin tetkik aletleri mesabesinde olan metod, kavram, tabir ve terimlerindeki keşmekeşten yılmıştır. Bu keşmekeşin hâlâ azçok baki kaldığına yukarda temas etmiştik. Bu durum karşısında WEBER, işe, herşeyden evvel sağlam ölçü aletlerinden, tetkiklerde kullanılacak mânaları sarih, hudutlu, şüpheye mahal bırakmayan birtakım «kavram»lardan baş-

(30) WİLHELM DİLTHEY — a. g. e. Sh : 76.

(31) Bak, yukarda GİRİŞ, § 5 Sh : 90 - 92.

lamak gerektiğine inanmıştır. Eğer sosyoloğun elinde böyle emniyetli aletler yoksa, bütün izah denemeleri boşunadır. Tetkik edilen içtimâî olayların daha ilk tavsifinde dahi birtakım kelimeler, kavramlar kullanılacaktır. Bunlar belirsiz, kaypak, çift veya çok mânalı, yahut içine ne konsa alacak kalıplar vaziyetinde kaldıkça hiçbir tasvir veya tipleştirme kabil olmayacaktır (32).

Manevî ilimler cereyanı ile tabiî ilimler cereyanı arasında bir telif şekli bulmak isteyen WEBER evelâ Sosyolojinin konusunu daraltmakla işe başlar. Sosyolojinin konusu ferdin ancak «sosyal» vasıfta olan fiillerdir. WEBER'e göre «Sosyoloji, sosyal fiilin cereyan şeklinde ve neticesinin illî izahına vasıl olmak için, bunun tefsirî bir surette anlaşılmasına teşebbüs eden ilimdir». Fiil, ise, failin, kendisine bir sübjektif mânâ izafe ettiği bütün beşerî davranışlar demektir. Bu mânada fiil zahiren görünebilen bir hareket olabileceği gibi, derunî veya sırf enfüsî bir tavır da olabilir. Herhangi bir duruma müsbet bir müdahaleden ibaret olabileği gibi, kasten böyle bir müdahaleden imtinadan, veya pasif bir şekilde duruma mutavaattan ibaret de olabilir. Fail, bu fiilinde başkalarının müstakbel davranışlarını hesaba kattığı, kaale aldığı nis bette, ve bu yüzden kendi fiilinin cereyan şekline muayyen bir istikamet verdiği ölçüde «fiil, sosyaldır» (33). O halde sırf gayrı-şuurî aksülameller sosyal fiil değildir. Keza, fiil, yalnız cansız nesnelerin hareketlerine teveccüh etmişse gene «sosyal» değildir. Hattâ dinî davranış bile, sadece bir murakabe ve münferit vecd ve istiğrak hali, yahut inziva içinde bir dua jesti ise«sosyal» karakterde değildir. Bir ferdin ekonomik faaliyeti ancak, bir başkasının davranışını hesaba kattığı takdirde «sosyaldir» (34). Elhasıl, insanların bütün fiileri «sosyal» değildir. Sosyal fiil, failin, mânâlı bir hareketidirki bunda başkalarının davranışı hesaba katılmakta ve başkalarının davranışına teveccüh edilmektedir. Meselâ iki bisikletlinin çarpışması bir sosyal fiil değildir. Bu, bir tabiî hadisedir. Fakat bu kazadan sonra başlayan kavga, münakaşa veya uzlaşma «sosyal» fiillerdir (35).

---

(32) MAX RHEİNSTEİN — İntrodction «Max Weber on Law in Economy and Society, 1954 U. S. A. § Sh : XX×VII.

(33) MAX WEBER — Theory of Social and Economic Organization (ed by TALCOTT PARSONS) London 1947. Sh : 80.

(34) MAX WEBER — TALCOTT PARSONS London 1947. Sh : 84 - 85, 102.

(35) MAX WEBER — TALCOTT PARSONS London 1947. Sh: 103.

O halde «sosyal fiil» demek, ne «birçok kimselerin aynı şekilde yaptıkları fiiller» demektir, ne de «insanların birbirlerini taklit suretiyle yaptıkları» fiiller demektir. Meselâ bir sağanak boşanınca herkesin şemsiyesini açması, umumîliğine rağmen «sosyal» değildir. Başkasının hareketini otamatik taklit de sosyal değildir. Tabiî bir vakıadır. Yahut kalabalık içinde, yalnızken olduğundan daha farklı fiiller yapmak, «sosyal» fiillerde bulunmak değildir. Bu fiiller« kalabalığın şartlandırdığı» fiillerdir. Keza, bir kimse başkasından öğrendiği bir teknik kaideyi bir işte tatbik ederse bu da «sosyal» fiil demek değildir. Bu, başkasının fiili ile teayyün etmiş bir fiildir. Yani dıştan şartlandırılmıştır (36).

Bütün bunlara mukabil, ferd başkasının hareketini otomatik bir surette değil de, bu hareketi meselâ «modaya uygun bulduğu» için, şuurlu bir şekilde, kendi yapacağı fiile bir mânâ izafe ederek yaparsa, fiil «sosyal»dir. Ancak bütün bunlar, Sosyolojinin sadece «sosyal fiil»leri inceleyip, bunları şu veya bu şekilde ilgilendiren fakat sübjektif bir mânayı haiz olmayan diğer vakıaları görmemezlikten gelmesini icap ettirmez (37). Tarihî vakıalar, istilâlar, göçler ilh.. muhitî şartlar, nüfus hadiseleri, teknik gelişmeler ilh.. hep «sosyal fiil»i tahrik eden, onun şu veya bu şekli almasına bir dereceye kadar müessir olan dış şartları teşkil ederler. Bunlar, haddizatında sübjektif bir mânadan mahrum hadiselerdir. Ancak, insanların mânâlı fiilleriyle ilgili olmaları halindedir ki anlaşılabilir bir şey telâkki edilebilirler (38). Tabiî ilimler istikametinde gelişen, ve bilâkis, sosyal vakıaları tıpkı tabiat vakıaları gibi mânâdan mahrum şeyler olarak dıştan incelemek isteyen sosyolojik araştırmalar, keza, Cemiyetin, Devletin, bir uzuvlar birliği, büyük bir taazzuv şeklinde telâkkisi, bütün - parça münasebetlerindeki tâbiiyet münasebetlerinin keşif ilh.. olsa olsa asıl Sosyoloji problemlerine bir girişten ibaret kalır. Bu gibi faaliyetler, pra-

---

(36) MAX WEBER — TALCOTT PARSONS London 1947. Sh : 104 - 105.

(37) TALCOTT PARSONS — London 1947. Sh : 104 - 105.

(38) MAX WEBER — TALCOTT PARSONS London 1947. Sh : 91 ve devamı «ölüm nisbeti, istihsal nisbeti, yağmur miktarı v. s. gibi manadan mahrum bir takım olaylar», «sosyal fiil»lerin cereyanına lehte veya aleyhte müessir olan d ı ş ş a r t l a r, veya birtakım m ü n e b b i h'ler veya m u h r r i k l e r olarak bir değer ifade ederler ve bu sıfatla sosyolojinin tetkiklerine dahil olurlar».

tik izahları kolaylaştırmak ve muvakkat yönelmeler sağlamak hususunda işe yarar (39).

Hukuk sahasında, «Hükmî şahsiyet», «Devlet» v. s. gibi mefhumlar, amelî gayeler veya hukukî maksadlar için «Kollektif şahıslar» olarak telâkki edilebilirse de, Sosyolojide bunun bir mânası olmaz. Zira Sosyoloji, ancak münferid beşerî şahısların davranışlarını, enfüsî mânâlarıyla, ihata ve tefsirle uğraşır. Devlet, Sosyoloji için, hareket eden bir hükmî şahsiyet değil, belki, davranışları muayyen şekilde teşkilâtlandırılmış ferdlere ait fiillerin heyeti mecmuasıdır (40).

Görülüyor ki WEBER, Sosyolojinin tetkik konusunu esas itibariyle ferdlerin mânâ taşıyan fiillerinin bir kısmına - zira mânalı fiil de sosyal değildir - tahsis etmektedir : «sosyal» karekterde olanlarına. Böylece şimdiye kadar müsbet ilim istikametinde gelişen sosyoloji cereyanlarında alışkın olduğumuz, ve objektif bir şekilde tetkiki, eşya gibi ele alınması hususunda ikaz edildiğimiz «sosyal vakıa» terimi, artık, ister istemez kendi yerini «içtimaî fiil» terimine bırakmış gibidir. «Fiil», terimi bize derhal tetkik mihrakının değiştiğini imâ etmektedir, zira o bize bir «fâil»i aratmaktadır. Böylece biz «Vakıa» mefhumunun objektifliğine mukabil «fiil» kavramının sübjektifliği ile karşılaşmaktayız ve derhal failin ruhî âlemine intikal etmekteyiz. Müşahede edeceğimiz beşerî «fiil»lerin içinde hangilerinin «sosyal fiil» vasfında olduğunu tesbit için buna mecburuz. Bundan sonra sosyal fiillerin içinde de bir sınıflama yapmamız gerekir. Bunu da aynı nazarî mebdeden hareket suretiyle yaratacağız. Acaba «sosyal fiil» vasfında müşterek olan muhtelif fiiller kendi aralarında hangi özelliklere göre tipleştirilebilirler ? Burada derhal carî hayattaki sosyal fiillerin müşahedesine ve tipleştirmeye yarayacak müşterek vasıfların aranmasına başlanacak yerde (ki müsbet metodun gereği budur), daha ziyade normatif ilimlerde rastlanan bir nazarî kıstas ortaya atılır : biz öyle bir «ölçü-tip» bulmalıyızki bütün diğer fiil tiplerini, bu ölçü-tiple arzettikleri inhiraflara göre tasvir edebilelim. WEBER, işte bu «ölçü-tip» kavramına «ideal tip» der. Şimdiye kadar bu terimi kullanmamamızın sebebi, zihinlerde daima bir yanlış anlaşılmaya sebebiyet vermesidir. Eğer bunu, tarif etmeden kullansaydık derhal

(39) MAX WEBER — a. g. e: Sh : 91.
(40) MAX WEBER — a. g. e. Sh : 93 - 94.

zihinlerde «mükemmel tip» «imtisal edilecek tip» kavramını tedayî ettirecekti ki WEBER'in muradı katiyen bu değildir (41). O, sosyolojik tetkiklerin kavram müphemiyetinden kurtulmaları için elde böyle iyice tarif edilmiş ölçü-kavramların bulunmasını istemiştir.

O halde «sosyal fiil»lerin tetkik ve teşhisinde, tipleştirilmesinde esas ölçü hizmetini görecek «sosyal fiilin ideal tipi» nedir ? Bu, bahis konusu olan müşahhas fiilin, sırf aklî saiklerin tesiri altında tahakkuk eden şeklidir. Diğer tahakkuk şekilleri aklî saiklerden gayrı saiklerin tesiri altında vaki olanlardır. WEBER, bir sosyal fiilin anlaşılması için, onun sadece müşahedesinin kâfi olmadığını, bizzat failin iç âlemine inilerek ona ne mânâ verdiğinin, onu ne için, hangi saikle yaptığının bilinmesi gerektiğini kabul eder. Böyle bir tetkikin, hangi metodolojik görüşe sahip olunursa olunsun, kıymeti, faydası, ilmî hakikatlere ulaştırmak bakımından değeri inkâr edilemez. Hususiyle «Hukuk» sahasında, bütün değer normlarıyla alâkalı sahalarda olduğu gibi, davranışın saiki pek mühim bir yer işgal eder ve dogmatik hukukçular bunu pek iyi bilirler. Ancak bu «saik» araştırılması, saiklerin tipleştirilmesine mani değildir. Bu tipleştirmelerse bizi «umumî» olana, «genel» olana götürebilir, dolayısıyla ilmî genellemeleri mümkün kılabilir.

WEBER'in tavsiye ettiği metod, mümkün olduğu, kadar saf, mümkün olduğu kadar nazarî vasfı galip bir «aklî saikle yapılmış fiil» tipi'nin evvelâ iyice tesbit ve tarifi, bilâhare müşahhas içtimaî fiillerin bununla mukayesesidir. Meselâ bir iktisadî muamele ilgililerin sırf aklî saiklerle hareket etmeleri halinde nasıl cereyan edecekti ? Evvelâ bunu tesbit ederiz. Bu cereyan şekli, bizim elimizde bir «ideal tip», yani bir «ölçü-tip» hizmetini görecektir. Biz bu ölçüyü alır, müşahhas iktisadî fiilleri tetkike başlarız. Bakarız ki, ideal tipten çeşitli inhiraflar vardır. Bu sefer bu inhirafların sebeblerini araştırırız. Bu sebepler, faillerin iradelerine müessir olan gayrı-aklî saiklerden ibarettir : ananenin baskısına uymak endişesi, hissiyatına kapılmak zaafı, hesaplarında tahminlerinde aklın almıyacağı hatalara saplanmak kusuru v.s. gibi. Bütün bu diğer sikler, «aklî» saikle hareket edildiği takdirde vakî olacak durumdan farklı neticeler meydana getirirler. Sosyolog bu

(41) MAX RHEİNTEİN — İntroduction («Max Weber on Law etc..) Sh : XXXVII.

farklılıkların sebeplerini bulmakla bu sosyal fiili, yani misalimizdeki müşahhas iktisadî muamelenin hakiki seyir şeklini anlamış saiklerine rabtetmiş olur (42).

WEBER «sosyal fiil» tiplerini, bunları meydana getiren saikler bakımından dört kategoriye ayırır :

I) Aklî-gaaî saiklerle yapılanlar : (Zweckrationalitaet):

Fail, kendi aklıyla seçtiği belirli bir gayeyi tahakkuk ettirmek, bir maksadı yerine getirmek için, gerekli, elverişli vasıtaları, davranma şekillerini ölçer, biçer ve en münasip olanında karar kılarak belirli bir fiili ifa eder. Böyle bir fiil aklen tasarlanmıştır ve bir makul maksada matuftur. Muhtevası ne olursa olsun. Umumiyetle iktisadî fiillerin aklî saiklerle yapıldığı söylenebilir. Ancak şimdi tarif edilen tip bir «ideal tiptir», yani kasden nazarî bir mücerretlikte yaratılmıştır. Yoksa gerçek hayatta hiçbir sosyal fiil sadece «aklî saikle» tahakkuk etmez. Biz sırf ölçünün selâmeti için bu «sırf aklî saik»le işlenmiş fiil tasavvurunu ele alıyoruz, yoksa gerçek hayatta bu kadar aklî fiillere rastladığımız için değil.

II) Ulvî-hasbî saiklerle yapılan fiiller (Wertrationalitaet) :

Fail, hertürlü pratik hayat endişesinden, başarı veya başarısızlık, kâr veya zarar mülâhazasından âri olarak, sırf ulvi bir kıymet, yüksek bir değere uygun davranmak için, bu değeri tahakkuk ettirmek gayesiyle hareket etmektedir. Fiilini bu ulvî kıymete doğru yöneltmektedir. Bu kıymet, onun nazarında mutlak bir değeri haizdir, münakaşa konusu değildir. Fiilinin yegâne mânası

(42) M. WEBER'in «aklî saikle hareket» esas ölçü-tip olarak alması, kendisinin «rasyonalist» temayüllerine, «aklî» hareketin «matlup» hareket olarak takdim edilmekte olduğuna hamledilmemelidir. WEBER, kendi tarihî araştırmalarının sonunda beşeriyetin gittikçe «aklî» leşme yolunda olduğunu kaydetmekle beraber bunu her nevi değer hükmünden âri olarak işaret etmektedir. Nitekim aynen şöyle der : «... yalnız metodolojik elverişlilik sebepleri içindir ki Sosyoloji metodu rasyonalistir. Tabiidirki bu usulü Sosyolojinin rasyonalist bir temayülü şeklinde tefsir etmek doğru olmaz. Bu sadece metodolojik bir çare, bir tedbirdir. Bu, muhakkak ki, beşer hayatında aklî unsurların fiili üstünlüğüne olan bir inancı da tazammun etmez. Zira bu üstünlüğün ne dereceye kadar mevcut olduğu veya olmadığı hakkında şimdiye kadar bir şey söylenmiş değildir.» (a. g. e. Sh : 84).

bu mutlak değere olan bağlılık ile izah edilebilmektedir. Kendisi için hiçbir faydası görülmeyen, belki de zararlı sonuçları olabilen bir fiili, ferd böyle bir mutlak kıymet'i tahakkuk ettirmek için, bile bile ifa eder. Yani bu yüksek kıymete, bu mutlak değere teveccüh otomatik değildir. Aklidir. Şu mânâdaki, mutlak değer ferdin inandığı, şuurlu bir surette hayran olduğu bir idedir. O halde san'atkârın «güzel» idesine erişmek için yaptığı fiiller, mistiğin «Allah»a yaklaşmak için yaptığı fiiller, kahramının tahakkuk ettirmek istediği toplum saadeti için yaptığı jestler, fiiller ancak böyle bir sâikin eseridirler.

III) Hissî-teessürî saiklere yapılan fiiller :

Bir öfke ile, bir kırgınlıkla, yahut bir sempati veya aşk saikiyle yapılan sosyal fiiller bu kategoriye girer. Tekrar edelim ki bu da bir nazarî tecrittir. Teessürî saiklerle diğer saikler çok defa müşahhas hayatta birbiri ile mütedahil durumdadır.

IV) Geleneksel saiklerle yapılan fiiller :

Kollektif itiyatlar fiilimizin çoğunun müşterek saikini teşkil ederler. Bazı dinî davranışlar itiyadî bir şekilcilik halini aldımı (conformisme) artık mutlak bir değerle irtibat tesis etmek sâikinden ziyade alışılmış olan davranışların tekrarlanması halinde kalırlar. Muaşeret ve görenek davranışları bu tipin karakteristik misalleridir. Hemen hemen farkına varmadan yapılan birçok günlük jestlerimiz bu tiptendir. Ancak gene işaret edelim ki sırf geleneksel saik tek başına nadiren bulunur. Geleneklerin şuurlu desteklenişleri çok defa bu fiillere muhtelit saikler aşılar : aklî - geleneksel gibi. Keza, şuurlu bir şekilde mutlak bir kıymete teveccüh edilerek yapılan birçok fiiller aynı zamanda itiyadî, geleneksel karakter de taşıyabilirler. Realite daima karmaşıktır. Saf ve mücerret olan ise, işte bu nazarî ölçü tiplerdir. Nasıl riyazî bir mutlaklıkta daire ancak zihnimizde varsa, ve herhangi bir maddede tecessüm eden daire'yi ideal dakiklikte bir ölçü ile ölçünce behemahal bir çap eşitsizliği keşfedeceksek, bu tipler de saf şekilleriyle ancak sosyoloğun zihninde mevcuttur. Fakat iyi bir ölçü vasfını muhafaza edebilmeleri için de bu mücerretlikte olmaları şarttır (43).

(43) MAX WEBER — a. g. e. Sh: 100 «İdeal tip, ne kadar keskin ve sarih bir şekilde kurulmuş ise, bu mânada ne kadar realite ile ilgisiz ve mü-

MAX WEBER'in açtığı bu çığır, umumiyetle «anlama ve tefsir Sosyolojisi» veya «ihata edici ve tefsir edici Sosyoloji» adlarıyla anılır ve tabiat ilimlerini örnek almak isteyen «izah edici Sosyoloji» ye karşı ileri sürülür. Bu ayırt, tabiat hâdiselerinin sadece illet-netice münasebetleri içinde «izah edildikleri» fakat içtimaî hadiselerin ise, bizzat kendilerine iştirakimiz dolayısıyla bütün olarak yaşandıkları, derunî mânalarıyla idrak edildikleri iddiasına dayanır. Bir bakıma biz, tabiat olaylarını «anlamayız», bunlar bizim için «mânasız», «renksiz» olgulardır. Halbuki cemiyet olaylarını bizzat yaşar, idrak ederiz. Bu sonuncular hakkındaki anlayışımız bilâvasıta ve tamdır.

Biz burada, bu iki ekolün münakaşaları üzerinde duracak değiliz. Yalnız şuna işaret edelim ki, MAX WEBER'in takipçileri, onun bazı tenkide hak kazanmış eksikliklerini tamamlamak, tipleştirme metoduna daha gerçek temeller bulmak, cemiyet vakıalarında parçadan bütüne götürecek yolları keşfederek araştırmaların sadece ferdî fiillere inhisar etmesini önlemek v.s. gibi tashihlerle bu «ihata ve nüfuz» metodunu geliştirmek yolundadırlar (44). Sosyoloji, kendi karmaşık konusunu aydınlatabilmek için her çareye başvurmalıdır. Eğer onun tetkik ettiği konu, bu konuda rolü olan münferid elemanların, yani insanların kendi fiilleri hakkındaki bilgileri ile, kendi fiillerinin şuuruna varmaları vakıası ile biraz daha aydınlatılabilecek vaziyette ise, gerçeği görmemezlikten gelmeye ne lüzum vardır? Tabiat, DİLTHEY'in dediği gibi dilsizdir. Bize ne

---

cerret bünyede ise terminolojinin aydınlanması, tasniflerin ve faraziyelerin düsturlaştırılması işindeki görevini ifaya o kadar elverişli olur.

Münferid hâdiselerin müşahhas illî izahını yaparken tarihçinin kullandığı usul de esas itibariyle aynıdır. Meselâ 1866 muharebesini izaha teşebbüs ederken, MOLTKE ve BENDEKTO'nun her ikisinin de kendi durumları, ve düşmanın durumu hakkında tam ve doğru bir bilgiye sahip oldukları kabul edildiği takdirde her birinin nasıl hareket edeceğini tahayyül etmek elzemdir. Bundan sonra muharebenin müşahhas seyrinde müşahede edilen inhirafları, bu hayal edilen nazarî seyir ile mukayese etmek kabil olur ve bu inhiraflar, sebepleri ile illî olarak izah edilebilirler, Meselâ kötü istihbarat, stratejik hatalar, mantıkî hatalar, şahsî mizaç hususiyetleri veya strateji sahasına yabancı mülâhazalar gibi sebepler bu inhirafları doğurmuştur, denebilir.»

(44) Bu sosyologlar arasında HOWARD BECKER, WİLLİAM I. THOMAS, FLORİAN ZNANİECKİ, İ. MACİVER, SCHUETZ, WALLAR ilh.. zikredebilir. Bak : Sociological Theory. a Book of readings. 1957. «Self-Other Concepts» (Sh : 207 - 247).

hissettiğini, ne düşündüğünü, neye doğru teveccüh ettiğini, hangi istikamete gittiğini söylemez. Fakat sosyal vakıaların aktörü olan ferd, bize kendi fiilleri hakkında birtakım bilgiler verebilir. Bunlar gerçi yalnız onun kanaatlarıdır, birer objektif hüküm değildir. Fakat biz bu mûtâları niçin kaale almıyalım, niçin kıymetlendirmiyelim ?

MAX WEBER'e isnat edilen kusurlar, sosyal vakıanın hudutlarını pek fazla daraltışı, sosyal bünyelerin, cemiyet ve cemaat tiplerinin tetkikine, bunların iç bünyelerinin ve içlerinde cereyan eden çeşitli tesirleşmelerin tahliline kâfi bir yer ayırmayışı, daima bütünü parçaların hareketleriyle izaha kalkışı, ideal-tip dediği ölçütiplerin kuruluşunda gerçeklik mutâlarıyla ilgilenmeyişi, «aklî saik»i ölçü olarak almasının indiliği ve mesnetsizliğidir (45).

WEBER'in metodunu kabul edenler, sosyal münasebetler ve sosyal fiilleri, müşahhas sistemler halinde tetkik ve tahlil etmekle işe başlamak ve bunların saikler bakımından tipleştirilmesini bu araştırmaların sonuna talik etmek teklifinde bulunmaktadırlar ki bu takdirde, sosyal fiillerin mânaları daha isabetli bir şekilde tesbit edilebilir. Bundan başka, Sosyolojiyi müsbet ilimler istikametinde geliştirmek isteyen sosyologların metodlarıyla olan tezad durumu da azalır ve bazı hallerde ortadan kalkar.

Meselâ WEBER'in hararetli takipçilerinden olan Amerikan sosyologu HOWARD BECKER ölçü-tip olarak WEBER'in «ideal tip»leri yerine «inşa edici tipler» veya «yapıcı tipler» (Les Types constructifs) tabirini kullanıyor ve bir sosyoloğun belirli bir meseleyi tetkik için, kendi araştırma maksadına göre bu «tip» teşkiline teşebbüsünün tamamen meşru bir şey olduğunu kabul ediyor. An-

---

(45) MAX WEBER'in görüşlerinin izah ve tenkidi için bak :
GEORGES GURVİTCH — Traité de Sociologie, Paris 1958 Sh : 56 - 58.
ARMAND CUVİLLİER — Elément de Sociologie, 1950 Sh : 180 - 181, 186 - 187.
RAYMOND ARON — La Sociologie Allemande Contemparaine, 1935, Sh : 97 - 155.
TALCOTT PARSONS — İntroduction «The Theory of Social and Economic Organization» London 1947 (Sh : 1 - 77).
MAX RHEİNSTEİN — İndroduction (Max Weber on Law, in Economy and Society.» 1954.
HİLMİ ZİYA ÜLKEN — İçtimai Doktrinler Tarihi, 1943, Sh : 325 - 329.
PİTİRİM SOROKİN — Les Théories Sociologiques Contemporaines, 1938. Sh : 491 - 514.

cak bu tipler, gelişigüzel veya keyfî bir kıstasa göre inşa edilmemelidir. Bu tipler derin bir tarihî tetkikten istihraç edilmelidir. Bu bilhassa zümre ve grup tipleri hakkında variddir. Diğer sosyal fiil araştırmalarında ise, araştırıcı, anlamak istediği hususa uygun olan bir takım kıstasları seçip terkip eder ve bu kıstaslar bakımından sosyal karakterdeki beşerî fiilleri tarar. Tefsirci durumunda olan sosyoloğun asıl rolü, imkân nisbetinde kendisini sosyal fiilin fâili yerine koyarak, sosyal durumu onun görüş açısından görmeye gayret etmektir. Bunda ne kadar muvaffak olursa, aynı fâilin müteakip hareketlerinin ne olacağını tahminde de o kadar muvaffak olur. İleriyi tahmin ise, her ilmin gayesidir (46).

Bundan başka, sosyoloğun görevi sadece ferdî sosyal fiillerin saiklerini araştırmakla bitmez. O, sosyal durumları yalnız «ilgililerin gözüyle görüp» netice çıkaracak değildir. İlgililerin görüş tarzlarını sadece birer mûtâ olarak alacak, hakikî sosyal durumu, bu durumun meydana gelmesine sebeb olan âmilleri araştıracak, nihayet gerek bu sosyal durumda, gerek failin hareketlerinde tecelli eden kıymetler sistemini tahlil ve tetkik edecektir. Hülâsa, sosyal gerçekliği, hem bu gerçeklikte rol oynayan münferid süjenin (insanların) fiil ve hareketlerinin mânalarına nüfuz ederek, hem de sosyal durumu yaratan faktörleri ve tanzim eden kıymetleri tasvir ve tahlil ederek «bütün cepheleriyle» izah edecektir.

Birçok sosyologlar, sosyal fiillerin mânâlarına nüfuz edilmeksizin yapılacak dıştan araştırmaların, ne kadar dakik olursa olsun, bizi hakikate ulaştıramıyacağını iddia etmekte, ve sosyal davranışların mânasına nüfuz etmenin (insight) bütün araştırmaların ilk şartı olduğunu söylemektedirler (47).

C — Hukuk Sosyolojisi tetkiklerinde farklı metodlardan istifade :

Sosyal gerçeklik, hepsi aynı kolaylıkla ve aynı metodla tetkik edilmiyecek neviden çeşitli cepheleri olan karmaşık bir bütündür. Bugün ne «cemiyet» kavramı, ne «sosyal fiil» kavramı tetkiklerin bütün sahasını ifadeye kâfi değildir. Cemiyet vakıalarının ferdlerin şuurlu veya şuursuz fiil ve hareketlerinden mücerret olarak tetkiki-

(46) HOWARD BECKER — La Sociologie interprétative et la Typologie constructive. dans (La Sociologie au XX ième. Sh : 71 - 95).

(47) WİLLARD WALTER — İnsight and Scientific Method (in «Readings in Sociology ed. by M. LEE, 1951 Sh : 19 - 24).

ne muvaffak olunamıyacağı gibi, ferdî fiil ve hareketlerde, içlerinde cereyen ettikleri içtimaî çevrenin, içtimaî bütünün özelliklerinden ayrı olarak ihata edilemezler. O halde ne «bütün» lerden başlayıp gitmek ve şuur ve irade sahibi süjeleri sadece gurubun muayyeniyetlerine tâbi birer otomat telâkki ederek atlamak caizdir, ne de sırf ferdî fiillerin saiklerine inerek buradan başlamak, ve sosyal bütünnün ancak bir bütün halinde izah edilebilecek olan hususiyetlerini ihmal etmek mümkündür (48). İlerde ilgili bahislerde bu münferid hareket mebdelerinde ısrar edenlerin hatalarına avdet edeceğiz.

Bugünkü umumî kanaat, sosyal gerçekliğin her cephesine veya cüz'üne, kendisine en uygun olan metodu tatbik etmek istikametindedir. Biz kendi mahdut sahamıza intikal edecek olursak, Hukuk Sosyolojisinde, ferdlerin davranış saiklerinin araştırılması usulünden vazgeçmiyeceğimizi kabul etmemiz gerekir. Fakat bu, Hukuk Sosyolojisinin sadece «anlayış» metodunu kullanacağı mânasına gelmez. Hukuk Sosyolojisinin çeşitli konularında ayrı ayrı metodlarla hakikate ulaşmaya çalışmaktan başka çare yoktur. Şöyleki, hukukun içinde teşekkül ettiği topluluk tiplerine tâbi olarak sınıflanmasında biz, tarihin seyri içinde gelip geçmiş gerçek cemiyet tiplerini öğrenmeye, bunların meydana getirdikleri hukuk sistemlerinin özelliklerini tesbit ve tasvire, daha sonra bu iki gerçeklik nevi arasında (bir tarafta gerçek tarihi cemiyet tipleri, diğer tarafta bunlarda cari olan Hukuk sistemleri) bir münasebet bulunup bulunmadığını, muayyen tipte cemiyetlerin daima muayyen tipte hukuk sistemlerine sahip olup olmadıklarını tahkike çalışacağız. Bunu yaparken, «tasvir» «tipleştirme», «mukayese» v. s. gibi bütün ilimlerde müşterek olan inceleme usullerine başvuracağız, Bu cemiyetlerin morfolojik, ekonomik bünyelerini ele alacağız, yarattıkları hukuk sistemlerinin bunlarla olan münasebetlerini araştıracağız, başka tip cemiyetlerde hangi unsurun farklılaşması ile hukukun farklılaştığını tetkike çalışacağız. Keza, İktibas hadiselerinin vaki olduğu cemiyetlerde bu hadisenin diğer sosyal cephelerdeki in'ikâslarını, hangi değişmelere sebep olduğunu tahlile çalışacağız. Bütün bunlar, dikkat edilecek olursa ancak «bütün» ile ilgili araştırmaları tazammun etmektedir : nüfus, toprak, kültür seviyesi, siyasî teşkilât, ırkî hususiyetler, ekonomik durum ilh.. gibi. Fakat bütün bu afakî şartlarla, meri Hukuk Sistemi arasındaki münasebetin tah-

(48) RAYMOND ARON — La Sociologie Allemande Contemparaine, 1935 «Conclusion».

liline geçilince, biz, Hukuk Sisteminde ifadesini bulmuş «değer»lerle karşılaşırız. Bu «değer»lerin nasıl olup ta bir toplumun insanları üzerine müessir olduğunu, yahut bilâkis, nasıl ve ne suretle bir toplum şeklinin belirli «değer»lerin teşekkülüne âmil olduğunu araştırmak isteriz. Böyle muhtelif hukuk normlarının teşekkülü ve sayılması gibi, ister istemez «saik» araştırılmasına müncer olacak bir konuya avdet ederiz. Bu takdirde artık sadece dıştan müşahedeler bize kâfi mûtâ sağlamaz. Hukuka tâbi olan süjenin, hukuka itaat saiklerini araştırmamız gerekir. Zira aynı cemiyette aynı hukuk sisteminin bir müddet sonra ya değişmeye ya ortadan silinmeye mahkûm hale gelmesini, bu itaat saiklerindeki değişmelere ve bunlara müessir âmillere atıfta bulunmadan izah etmek imkânsız olur.

Görülüyor ki sosyolojik araştırmada içten ve dıştan tetkik aynı zamanda yapılacaktır. Meselâ hukuk kaidelerine itaatın, «bunların ilâhi menşelerine inanılması» sebebiyle tahakkuk ettiği bir toplumda, dinî inançlar şu veya bu sebeblerle sarsılmaya başlayınca, dinî menşeli hukuk normlarına itaatsizlik hallerinin çoğalacağı, ve neticede dinî menşeli hukuk normlarının ortaya çıkacağı tahmin edilebilen, ve fiilen tarihte emsaline rastlanan bir vakıadır. Hukuka tabi süjelerdeki saik değişmesi muhtelif merhalelerden geçebilir : evvelâ Tanrının emri diye sayılan normlara, daha sonra menşeinden mücerret olarak sırf arkasındaki zor korkusuyla yani yalnız «otoritenin emri» olarak itaat edilmiş olabilir. Nihayet bu «otorite»nin menşeinin de Tanrıdan gelmediğine inanılmaya başlanınca onun emirlerinden kurtulmak, bir fırsat meselesi olur. Fırsat bulunca bunlara itaat edilmemeğe başlanır. Böylece «Hukuka itaat saiki» artık hem mahiyetini değiştirmiş, hem zayıflamış olur. Neticede, meşruiyetini başka menşeden alan, meselâ «millî iradenin tezahürü olmaktan» yahut «sosyal menfaatlerin koruyucusu olmaktan» alan, yani rasyonel bir menşee dayanan yeni «Hukuk sistem»leri zuhur eder. O halde itaat saiklerindeki değişmelerin tetkiki, Hukuk Sosyolojisi için pek mühimdir.

Bununla beraber, hiçbir sosyal hadise, bizatihi bir «sebeb», müstakil bir mütehavvil değildir. O da başka bir takım hadiselerin neticesidir. Bu itibarla bir «saiklerdeki değişme»yi de, bir netice olarak ele alır ve bu değişmelerin de sebeblerini araştırabiliriz. ilh.. Böylece tekrar «bütün» ile alâkalı araştırmalara dönmek zarureti hasıl olabilir : bahis konusu toplumda süratli bir ekonomik değişme, endüstrileşme, yabancı kültür sistemleriyle kaynaşma ilh..

gibi küllî fenomenler neticede dinî inançların zayıflamasını intaç etmiş olabilir. Bunun neticesinde dini menşeli hukuka itaat saiki zayıflamış, ve cemiyet nizamını, artık, hukuka tabi olacak süjelerin daha kuvvetle bağlandıkları «yeni kıymetlere dayanan bir hukuk sistemi»nin sağlanması bir zaruret halini almış olabilir. Bütün bu zarurî araştırma örnekleri için tarihte ve çağdaş toplumlarda pek çok misale rastlanır ve yapılacak şey, gerçek bir toplumun ele alınması ve ondaki hukukî değişmelerin bu çeşitli metodların yardımıyla tesbit ve tahlildir.

Netice olarak, Hukuk Sosyolojisinin muhtelif konularında, bu konuların özelliklerine uygun araştırma metodlarını kullanmanın zarurî olduğunu söyleyebiliriz, aksi halde yalnız bir ekolün iddialarına saplanmak birçok nazarî ve amelî meseleleri cevapsız bırakmaya baştan razı göstermek demek olur.

İKİNCİ BÖLÜM

SOSYAL DÜŞÜNCE TARİHİNDE HUKUK SOSYOLOJİSİ PROBLEMLERİ

(Tarihçe)

İKİNCİ BÖLÜMÜN KONULARI

I — HUKUK SOSYOLOJİSİNİN ÖNCÜLERİ (Uzak ve Yakın Habercİler)

§. 13 — Hukuk Sosyolojisinin Fikir Tarihindeki kökleri ve ilim-öncesi düşünürlerin sezgileri.

1. — HUKUK SOSYOLOJİSİNİN UZAK HABERCİLERİ

§ 14 — ARİSTO

§. 15 — İBNİ HALDUN

2. — HUKUK SOSYOLOJİSİNİN YAKIN HABERCİLERİ

§. 16 — MONTESQUİEU

§. 17 — Hukukun spontane teşekkülü hakkında ilk nazariyeler: GROTİUS, LEİBNİZ ve diğer «sosyal tabiî hukukçular», «Fiziokratlar».

§. 18 — XIX uncu yüzyıl başında Sosyolojinin kuruluşu ve pozitivist sosyologların Hukuk anlayışı.

§. 19 — Hukuk Tarihçilerinde sosyolojik temayüller : FUSTEL DE COULANGES, SUMNER MAİNE ve LEİST.

§ 20. — Etnograflar, Etnologlar ve Kriminologlar : POST, STEİNMETZ, TARDE v. s.

§. 21 — XIX uncu yüzyıl sonunda çeşitli Sosyoloji ekollerinin doğuşu ve bunların Hukuk anlayışı.

II — HUKUK SOSYOLOJİSİNİN KURUCULARI

§. 22 — EMİLE DURKHEİM

§. 23 — LEON DUGUİT

§. 24 — EMMANUEL LEVY

§. 25 — MAURİCE HAURİOU

§. 26 — EUGEN EHRLİCH

§. 27 — MAX WEBER

I. — HUKUK SOSYOLOJİSİNİN ÖNCÜLERİ
(Uzak ve Yakın Haberciler)

§. 13 — HUKUK SOSYOLOJİSİ'NİN FİKİR TARİHİNDEKİ KÖKLERİ VE İLİM - ÖNCESİ DÜŞÜNÜRLERİN SEZGİLERİ :

A. Hukuk Sosyolojisi problemlerinin evrenselliği :

Muhtelif inceleme konularının yeni ve muhtar bilim dallarının sahasını teşkil etmeden evvel, dağınık bir şekilde daha eski ilim dallarının ve umumiyetle felsefenin tetkik sahası içinde ele alındıkları malûmdur. Tabiat ilimleri, konularının müşahhas ve maddî karakterleri dolayısiyle ve bilhassa metodların daha çabuk gelişmesi neticesinde bu umumî ve karmaşık fikir halitasından daha süratle sıyrılarak kendi nev'i özelliklerini meydana koymuşlar ve içinde doğdukları felsefî atmosferin izlerini unutturmuşlardır. İlkçağ felsefesi henüz bir farklılaşmaya vasıl olmamış, çeşit çeşit sahalarda ilgili fikrî tecessüse toptan bir cevap bulmak isteyen küllî bir bilgi sistemi halinde olduğu için sonradan meydana çıkan hemen her ilim dalı kendi tohumlarını bu sistemin içinde aramak, kendi sahası ile ilgili ilk fikrî gayretleri bu karmaşık fikir yumağının içinden çözüp çıkarmak ihtiyacını hissettirmiştir.

Konuları tatbik ilimlerine nazaran daha karmaşık ve daha mücerret ve bilhassa insanın nev'î hususiyetleri ile ilgili, manevî tarafı ile yahut sosyal hayatiyle alakalı olan ilimlerse uzun müddet bu konulara inhisarî bir şekilde sahip çıkmak temayülünde olan felsefeden pek güçlükle sıyrılabilmişlerdir. Konu ve problemlerini belirttiğimiz Hukuk Sosyolojisi de her ilim dalı gibi insan düşüncesinin şimdiye kadar kendi sahasına yapmış olduğu yardımlar dan faydalanmak, insanlığın günümüze kadar biriktirmiş olduğu fikrî - felsefî bilgi mirasının içinden kendi hissini seçip ayırmak ihtiyacındadır. Gerçi böyle bir geriye gidiş, bazılarına göre fikir tarihinin fuzulî bir kurcalanışı sayılabilir : sosyoloji 1830 dan sonra, hukuk sosyolojisi ise 1900 sıralarında doğmuştur. Hattâ bir bakıma bu tarihlerde bu ilimlerin sadece adları konmuş, kendile-

ri çok daha sonra teşekkül etmiştir. Hal böyle iken sosyal doktrinler tarihindeki bilgi mirasını karıştırmaya ne lüzum vardır? Bu miras, teşbih caizse, kabulden ziyade reddi gereken hata ve kusurlarla dolu, insicamsız, değersiz, indî mütalâalardan başka nedir?

Böyle bir itiraz, inceleme metodları, araştırma vasıtaları inkişaf etmiş, prensipleri, kanunları keşfedilmiş, sistemleri kurulmuş, tipolojisi, terminolojisi katılaşmış, diğer ilimlerle olan sınır kavgaları yatıştırılmış muayyen müsbet ilim dalları hakkında pek doğru olabilir. Bugünkü fizik ilminin köklerini ARİSTO'da veya DEMOKRİT'te aramak, sadece tarihî bir tecessüsü doyurmak olur. Fakat konuları insan cemiyetlerine ve cemiyetlerin hukukî nizamına tallûk eden ilim dallarında durum pek böyle değildir. Bu ilimlerin uzun müddet felsefenin vesayeti altında kalışlarının sebebi, tabiat ilmi araştırmalarındaki metod gelişmesinin bunlardan aynı süratle tahakkuk edememiş olmasıdır. Herhangi bir konunun «ilmî» tetkikini, onun sadece aklî veya felsefî tetkikinden ayırt den kıstas, evvelki bölümlerde işaret ettiğimiz gibi metodolojik mülâhazalara riayet keyfiyetidir. Hangi sahada metod kaidelerine uygun araştırmalar bizi bir takım vakıa hakikatlerine ulaştırırsa, artık o sahada mücerret muhakemeler yürütmekten veya tefelsüf etmekten vazgeçmeğe ve gözümüzün önündeki çıplak vakıa münasebetlerini olduğu gibi kabul etmeye mecbur kalırız. Halbuki sosyolojik konularda bunun ne kadar zor olduğu ve araştırma metodlarının ne kadar geç ve güç geliştiği, bu metodlarla elde edilmiş hakikatler yekûnunun sosyal vakılar hakkındaki cehlimize nisbetle ne kadar cüz'i bir bilgi serveti teşkil ettiği malûmdur. Bundan başka bir çok sosyologların bizzat kendi tavsiye ettikleri metodları dahi tatbik etmeksizin, zihne pek kolay gelen serbest muhakeme ve istidlâl yollarına saptıkları bilinmektedir. Bütün bunlar bize sosyal gerçeklik hakkında bugün sahip olduğumuz bilgimizin dahi ancak cüz'i bir kısmının metodolojik prensiplerine uygun olarak bulunmuş olduğunu, büyük bir kısmının ise hâlâ spekülâtif karekterde kaldığını, çok defa faraziyelerden öteye geçmediğini hatırlatmaya kâfidir.

O halde sosyolojide ve hukuk sosyolojisinde, bir «ilim-öncesi safha» ile bir «ilmî safha» arasında, doğrusunu söylemek lâzım gelirse tarihî bakımdan kesin hudutlar çizilebileceğini iddia etmek kolay değildir. Sosyoloji ilminin teşekkülünden sonra dahi tamamen ilmî metodlarla haraket ettiklerini iddia eden sos-

yologların hiç de bu vasıfta olmayan, indî spekülâtif ve sırf bir sosyal felsefe vasfında olan bir takım inşâlarda bulundukları sık sık görülmektedir. Bu itibarla tarihî bakımdan Sosyolojinin teşekkülünden sonra ileri sürülmüş olmak, hattâ bizzat Sosyoloji ilminin temelleri olarak arzedilmiş olmak bu gibi nazariyelere ilmî hakikatler vasfını bahşetmeye kâfi gelmez. Hattâ birçok sosyolojik problemlerde fikirler ileri sürmüş olan çağdaş sosyologların, bu kanaatlara, hangi metod kaidelerini ve araştırma vasıtalarını kullanarak vasıl oldukları araştırıldığı zaman, çok defa, bunların mücerret tahmin ve istidlâllerden başka yollarla hareket etmedikleri, yahut kısmen metodik bir şekilde hazırlanmış olan bir takım araştırmalar arasındaki boşlukları mücerret muhakeme ve tahmin silsileleri ile dolduruverdikleri fark edilir.

Bütün bunlar ilim - öncesi devrin mütefekkirleri ile ilmî devrin sosyologları arasında, bunların bize bıraktıkları fikrî miras bakımından, sırf kronolojik esasa dayanacak bir kıymet farklılığı iddiasının doğru olmadığını gösterir. Yapılacak şey hangi devrin mütefekkirleri olursa olsun bütün düşünürlerin, bütün bilginlerin ve filozofların hukuk sosyolojisini ilgilendiren konular hakkındaki fikirlerini, sırf vakıalara uyup uymadıkları bakımından kıymetlendirmekten ibarettir. Ancak şunu da hemen kaydetmelidir ki böyle bir kıymetlendirme ve tahkiki işi dahi, ne her konu hakkında, ne de her zaman mümkündür. Zira öyle konular vardır ki, ilmî araştırma metodlarının bugünkü seviyesi bu konularda hakikate nüfuz imkânını henüz sağlayamamaktadır. Çok defa bizim bu gibi mevzularda bir ilkçağ filozofundan pek de farklı durumda bulunmadığımızı teslim etmek gerekir. Böylece sosyolojinin bazı sahalarında bugün için dahi temin ve tefsir merhalesinde kalmamız zaruridir. Ancak bizim durumumuzdaki hususiyet, evvelce işaret ettiğimiz gibi, muayyen bir tetkik konusunda elde ettiğimiz bilgilerin mahiyetini, kesinlik derecesini teslim ve itiraf edebilmemizdedir. Biz haklarında kesin hakikatlere vasıl olmadığımız hususları fark edebiliyor ve henüz alacakaranlıkta şöyle böyle fark ettiğimiz araştırma sahalarını ancak ilmî metodların gelişmesi sonunda vuzuh içinde görebileceğimizi ümit ediyoruz. Hülâsa biz muayyen hususlarda kat'î bir şey bilmediğimizi, vasıl olduğumuz kanaatların, istikbalin teyit veya tekzip edeceği birtakım faraziyelerden ibaret olduğunu teslim ederek ilim - öncesi düşünürlerinin kendi buluşlarının doğruluğu hakkında safiyane itimat larına iştirak etmiyoruz.

Esas itibariyle ilim - öncesi devrin mütefekkirleri arasında sahamıza yaptıkları yardımlarla tanınmış birçok kimselerin görüşlerini araştırmalarının iki bakımdan faydalı olduğu kabul edilebilir : Bunun bir faydası, evvelce temas ettiğimiz gibi yepyeni bir ilim olan Hukuk Sosyolojisinin halline çalıştığı problemlerin, incelediği konunun evrenselliğini meydana koymasıdır. Bu ise yeni bir ilim dalının kendisine has ciddî bir tetkik sahası bulunduğunu kabul ettirir ve onu kâzip veya konusu paylaşılmış bir bilim sayılmaktan kurtarır. Hemen hemen her devrin ve cemiyetin düşünürleri hukuk ve cemiyet münasebetlerinde öyle bir takım meseleleri fark etmişlerdir ki neticede bu meslelerin çoğalıp birikmesi bunların artık muhtar bir ilmin konusu olarak ele alınmalarını zarurî kılmıştır.

Geriye doğru yapılacak bir araştırmanın diğer faydası da bugün dahi haklarında tam mânasiyle ilmî bir yakine vasıl olmadığımız birçok problemlerde, yani insan zekâsının hâlâ kendi sezgi-kudretinden başka bir aletten faydalanmadığı sahalarda, fikir tatihinde gelip geçmiş bütün zekâların buluşlarından isdtifada etmektir. Eğer bunların üzerinde birleştiği noktalar varsa bu durum bize bugüne kadar ancak sezgi ile kavrayabildiğimiz bir takım hakikatlerin birgün ilmî araştırmalarla teyit edilebileceği ümidini telkin eder ve araştırma gayretlerimizin muayyen bir istikamette teksifine yarar. Filhakika sahamızla ilgili öyle meseleler vardır ki bunlar karşısında çağımızın sosyoloğu devrimizin bütün sistematik ve metodolojik bilgi servetine rağmen bir ARİSTO'dan ve bir GROTİUS'dan daha fazla mücehhez durumda değildir. O da zarurî olarak sadece muhakemlerde, tahminlerde bulunmakla iktifa etmektedir. Durum böyle olunca ilmî hakikatler sahasının hudut bölgelerine yanaşan bu müphem ve tereddütlü bilgileri, bu vasıfta olduklarını belirtmek suretiyle kaydetmek, bunlarla ilgili bütün fikrî gayretleri gözönüne sermek, birbirleriyle mukayese etmek ve tarihî - sosyal realitenin ilmî şekilde öğrenebildiğimiz diğer cephelerinin yardımı ile bunların hakikate yakınlık derecelerini tahmine çalışmak doğru olur.

Bu itibarla Hukuk Sosyolojisinin meselelerini mazide ararken herhangi bir yanlış iddiaya saplanmamak lâzımdır : Hukuk Sosyoloji ancak 60-70 senelik bir ilimdir. Yüzlerce veya binlerce sene evvelki mütefekkirlerin, bugün bu ilmin yetkisine havale edilmiş konularla ilgili fikirleri ise, bir taraftan, bu yeni ilmin

problemlerinin evrenselliğine delil teşkil eder, diğer taraftan da bugün dahi ilmî metodlarla aydınlatamadığımız bazı meselelerin sezilişinde araştırmalarımızı takviye edici yöneltici bir ilham kaynağı, bir temel fikir hizmetini görür. Yoksa bu fikirler, tallûk ettikleri konular hakkında nihaî cevaplar veya kesin hal suretleri demek değildir.

B. Fikir tarihi araştırmalarında hukuk sosyolojisi bakımından hangi görüşler üzerinde durulabilir ?

Cemiyet, Siyaset ve Hukuk Felsefeleri tarihinde, bugün hukuk sosyolojisinin konusuna giren birçok meselelerin ele alındığı malûmdur. Ancak bu sahalarda ileri sürülen fikirlerin hepsi bir Hukuk Sosyolojisi tarihçesine dahil olacak değildir. Aynı mütefekkirin fikirlerinin bir kısmı felsefî karekterlerini muhafaza ettiği ve saydığımız felsefe dallarının tarihçesine dahil olduğu halde, diğer bir kısmının bügünkü anlayışımızla bir sosyolojik inceleme başlangıcı mahiyetinde olduğu fark edilebilir. Böyle bir ayıklama ne felsefî mektebler, ne filozofların bütün eserleri esas tutularak yapılamaz. Teker teker fikir sistemlerine kadar inilmedikçe hiçbir ayıklama mümkün değildir. Meselâ aynı mütefekkirin muayyen konularla ilgili fikirlerinin bir kısmı Beşerî Coğrafyanın temellerini teşkil etmiş, diğer bir kısmı ise Tarih Felsefesinin tohumlarını temsil etmiş olabilir. Yahut aynı mütefekkirin, hattâ aynı eserinin şu veya bu bölümleri Hukuk Sosyolojisi konularının ilmî şekilde ele alınışlarına bir başlangıç teşkil ettiği halde, müteakip bölümler dogmatik veya felsefî bir hukuk telâkkisinin şerh ve tefsirinden ibaret bulunabilir. Bu itibarla fikir tarihinin taranışında elimizde bir kıstas olmak icabeder ki o da «hukukî nizam» ile «sosyal hayatın diğer cepheleri» (bünye tipleri, iktisadî, siyasî, kültürel fenomenler ilâh..) arasında tabii bir münasebet görmek temayülüdür.

Bu itibarla hukuku münhasıran ve doğrudan doğruya ilâhî emirlere rapteden görüşler, yahut kozmik bir aklın, kozmik bir idenin tecellisi telâkki eden görüşler, yahut münhasıran insan tabiatının icaplarına rapteden telâkkiler, yahut sırf insan aklının eseri sayan görüşler, yahut hukuku sırf siyasî otoritenin emri sayan telâkkiler ve dolayısiyle onu maddî kuvvetin diktası olarak kabul eden görüşler, veya sadece ideolojik bir fiksiyon sayan telâkkiler hukuk sosyolojisinin istinat edemiyeceği fikrî temelleri teşkil ederler.

Görülüyor ki hukuk sosyolojisinin, düşünce tarihindeki köklerini araştırmak, korkulacak kadar geniş bir felsefe tarihi araştırmasına başlamak demek değildir. Zira cemiyet ve hukuk problemleri ile meşgul zekâlar bu konulardaki tecessüslerini vakıalara inmek suretiyle halletmeğe nadiren teşebbüs etmişlerdir. «Kâinat düzeni», «tabiî nizam», «tabiatı - eşya», «insanın makul tab'ı», «halk ruhu», «zarurî tekâmmül kanunu», kaçınılmaz hayat mücadelesi», «içtimaî mukavele» vesaire gibi genel prensipler her türlü içtimaî ve hukukî problemi izaha yetecek, her derde deva ilâçlar gibi, bütün tecessüsleri doyurabilecek kabiliyette formüller telâkki edilmişlerdir. Bu itibarla sahamızın fikir tarihindeki köklerini araştırırken pek bol fikrî malzeme ile karşılaşamıyacağımızı daha baştan belirtmemiz uygun olur.

1. — HUKUK SOSYOLOJİSİNİN UZAK HABERCİLERİ (ARİSTO-İBNİ HALDUN)

§. 14 — ARİSTO (M. Ö. 385 - 322).

A. Şahsiyeti ve temayülleri :

İnsan topluluklarında görülen düzen, ötedenberi, düşünürlerin dikkatini çekmiş, bu düzenin sebebi, gayesi, bozulma hallerinde başvurulacak ıslah yolları ilh... hakkında ARİSTO'dan çok daha evvel, muhtelif medeniyetlere mensup muhtelif filozoflar türlü fikirler ileri sürmüşlerdir (1) Bunların görüşleri üzerinde durmak, esas itibariyle sosyal felsefe tarihine düşer. Zira bütün bu mütefekkirlerde, sosyal nizamın ıslahı kaygusu, onun tanınması endişesine tekaddüm eder. Böylece bunlardan siyasî ve içtimaî ideallerin tasvirleri, idare san'atı, siyaset prensipleri gibi konular ön plânda yer alır. Bu bakım-

(1) ARİSTO'dan evvel bu konularda ilgilenmiş müteferrikler arasında CONFİCİUS (M. Ö. 551-478), MENCİUS (M. Ö. 382-289) ü, Yunan filozoflarından HERACLİTE (M. Ö. 535-471)i, DECOORİTE (M. Ö. 470-370), daha sonra bütün sofistleri (M. Ö. V. yüzyıl) ve nihayet bilhassa bunlarla mücadele eden SOCRATE'ı, talebesi olan EFLÂTUN'u zikredebiliriz.

İçtimaî düzen'in mahiyeti, sebebi, kanunları ilh.. hakkında daha evvelki çağlarda efsanevî, dinî, ve felsefî mahiyette pek çok fikirler ileri sürülmüştür ki bunların bugün için ancak Bilgi Sosyolojisi bakımından bir mâna ifade ettikleri söylenebilir: hangi dış sosyal şartlar, hangi kültür seviyesi, hangi istihsal tarzıdır ki muayyen bir devrin düşünürlerine muayyen sosyal nizam telâkkilerini benimsetmiştir, muayyen izah tarzlarını telkin etmiştir? Böylece, bu ilkel safhalarda inanılan cemiyet, devlet ve hukuk telâkkileri, bizatihi bir hakikatin ifadesi olarak değil, belki o sosyal ve tarihî çevrenin kültür seviyesinin zarurî bir mahsûlü olarak ele alınabilir ve dış şartların tâbiî olarak incelenebilirler. Bu hususta bilhassa bak :

ERNEST CASSIRER, The Myth of the State, 1946 Yale University Press

RENE BERTHELOT — La Pensée de l'Astrobiologie, Paris 1938 .

RENE HUBERT — Contribution à l,Etude socioloque des origines de la notion du Droit Naturel (Archives, 1933 No: 3-4 153).

dan EFLATUN'un fikirleri dahi, Hukuk Sosyolojisinden ziyade Devlet ve Hukuk Felsefesi ve nihayet Siyasî Sosyoloji bakımından ilgi çekicidir. Buna mukabil ARİSTO, cemiyet ve devlet gerçeğini, tabiat gerçekliği gibi müşahede ederek anlamak yolunu tutmuş ve gerek insan tab'ının özelliklerini gerek site devletlerinin kanun ve âdetlerini daima müşahhas realiyeti gözönüne alarak, buna göre izah etmek istemiştir. Bunun içindir ki Sosyolojinin kurucusu sayılan AUGUSTE COMTE, bu sahaya kendisinden evvel hizmet etmiş olan büyük mütefekkirleri hatırlatırken ARİSTO'nun adını en başta zikreder (2). Keza, bugünün belli başlı sosyologlarından olan G. GURVİTCH. Hukuk Sosyolojisinin mübeşşirleri arasında ARİSTO'yu gösterir, ve onun şimdiye kadar muakkiplerince anlaşılamamış olan cephelerini belirtir (3). Bugün Hukuk Sosyolojisinin muhtelif bölümlerinde tetkik edilmekte olan birçok konu ve problemlerin, ARİSTO tarafından dahi ele alınmış olduğunu görmek, yukarda belirttiğimiz gibi, bunların evrenselliğinin delilini teşkil eder: hukukî nizam ile sosyal bünye arasında, hukuk kaideleri ile içtimaî rabıtalar arasında, nihayet muhtelif neviden hukuk ve adalet şekilleri arasında birtakım tabiî münasebetler olduğunu tahmin etmek, bu münasebetleri keşf edmek için içtimaî müesseleri müşahhas tipleri içinde ele almak, esas itibariyle sosyolojik bir görüş açısından hareket etmek demektir. Ancak ARİSTO'nun bu hareket mebdeini seçişi, aşağıda izah edeceğimiz gibi, bugün anladığımız mânada bir sosyal realite ilminin metodolojik prensiplerine uymak kuygusundan değil, belki kendi finalist felsefesinin prensiplerine göre hareket etmek endişesindedir. O, ferdî ve kollektif fiilleri, bunların matuf olduğu nihaî gayeleri bulmak için tetkik eder.

Diğer taraftan, Hukuk Felsefesi ve klâsik hukuk ilmi sahalarında da ARİSTO'nun ehemmiyetini küçümsemeğe imkân yoktur. Tanınmış Amerikan sosyologu H. CAİRNS'in dediği gibi «ARİSTO'

(2) AUGUSTE COMTE — Cours de Philosophie Positive, Tome IV Sh: 126 (Schleicher Fr. éditeurs. Paris 1908, Edition indentique à la première, parue au commencement de Juillet 1830) «Unutulmaz Politika, hiç

(3) GEORGES GURVITCH - Eléments de Sociologie juridique, Paris, 1940, Sh: 38 - 39.
GEORGES GURVITCH - Sociology of law, london 1953, Sh : 53 - 58.
GEORGES GURVITCH - Hukuk sosyolojisinin mübeşşirleri (çev. Hâmide Topçuoğlu, Ankara Hukuk Fak. Dergisi, yıl 1950, Cilt VII. sayı 1-2 Sh. 189).

nun hukukî tefekküre yaptığı hizmetin değeri münakaşa dahi edilemez. Hukuk hakkında M. Ö. 1 inci yüzyıldl yazılmış ilk sistematik eseri teşkil eden QU. MUNCİUS SCAEVOLA'nın kitabında hukukî mefhumların tarifi ve tasnifi ARİSTO mantığının esaslarına istinat ettirilmiştir. POMPONİUS'a göre jus Civile de ilk umumî tasnifi yapan ARİSTO'dur Nitekim GAİUS' ARİSTO'nun vesayetin beş nevini tefrik ettiğini söyler. ARİSTO'nun hukuku (heyecansız akıl) şeklinde tarif edişi, hukukun gayesinin insanları ıslah ve terbiye olduğu ve hukuka itaatin behemehal itiyad haline sokulması gerektiği hakkındaki nazariyesi, kanun tekniği hakkındaki görüşü, herhangi bir hukuk sistemi için hakkaniyet ve nasafet kaidelerinin zaruriliğinde israr edişi, idarî mekanizmanın temel prensiplerini kuruşu, adalet telâkkisi vesaire.. gibi fikirlerinin hepsinin o kadar aşikar tesirleri görülmüştür ki kendisinden sonra yaşamış herhangi bir meşhur hukukçunun eserinde ARİSTO'nun açıkça belirtilmiş fikirlerine rastlamamak imkânsızdır. Doğru veya yanlış, fakat herhalde bu fikirlerin faydası aşikârdır. Zira hiç bir zaman bunlara başvurulmadan edilememiş, yardımlarından müstağni kalınmamıştır» (4).

Bununla beraber, ARİSTO'nun hukuk dogmatiğine ve felsefesine olan hizmeti (5) konumuzu doğrudan doğruya alâkadar etmediğinden, biz kendisinin içtimaî gerçeklik şartları ve insanın içtimaî yaradılışı ile hukuk ve Devlet nizamı arasındaki münasebetlere taallûk eden fikirleri üzerinde duracağız.

---

(4) HUNTİGTON CAİRNS — Legal Philosophy from Ploto to Hegel. Baltimore 1949. Sh : 124.

(5) ARİSTO' E t i k a 'sında dağınık bir halde aşağıdaki hukukî kavram ve kaideleri izah eder ki bugün dahi birçok hususlarda bu izahların doğruluklarını muhafaza ettikleri görülür : (Metin : Ethique de Nicomaque, traduit par J. VOİLQUİN, Paris 1950). Adaletin nevileri (a. g. e. Sh: 201), küllî ve kısmî adalet, dağıtıcı ve denkleştirici adalet, adalet kaidelerini ihlâlin çeşitleri, akit nevileri, suç nevileri (a. g. e. 205), adaletin bir nisbi olarak izahı a. g. e.), ehveni - şer tercih olunur kaidesi, cezaî adalet kıssas kaidesinin tenkidi (a. g. e. 223), tammüden ve tehevvüren katil farkı temmüllî ve ilcaî irade izharı (a. g. e. 223), taammüden ve tehevvüren katil farkı (a. g. e.), iradî hareketin tarifi (a. g. e. 231), zarar ikaının çeşitleri; şahısda, vasıtada ve gayede hata ve gayrı melhuz zarar meselesi a. g. e. 234), kanunî adalet - ahlâkî adalet (a. g. e. 241), hakkaniyet (a. g. e. 243), kanun boşluklarının hakkaniyet prensibi ile doldurulması (a. g. e. 245), intihar suçunun mahiyeti (a. g. e. 247), ve ilâ...

Şahsiyet itibariyle ARİSTO, hocası olan EFLÂTUN'dan pek farklı idi. «O, EFLÂTUN gibi asîl bir Atinalı, felsefe ile Devlet idaresini birbirinden ayıramıyacak kadar siyasete meclûb bir filozof değildi. ARİSTO, nazarî tetkikleri içine gömülerek kendisini Sitenin hayatından tecrit etmiş ve hattâ siyaseti bile bir faaliyet vesilesi yapmaktan ziyade bir tetkik ve tarih konusu olarak ele almış bir fikir adamı, bir araştırıcı idi» (6).

Filozofun yetişiş tarzı da bu yoldaki temayüllerini geliştirmiş bilhassa BÜYÜK İSKENDER'in müzahereti onun muazzam bilgi malzemesi toplanmasına imkân vermiştir (7). Babası BÜYÜK İSKENDER'in dedesi olan Makedonya Kralı AMYNTAS'ın saray tabibi idi ve rivayete göre ARİSTO'ya EFLÂTUN'un talebesi olmadan önce, tabiî ilimlere ait bilgileri öğretmişti. Böylece filozofun gençliği tabiat ilimleri ile uğraşan bir babanın kültür muhiti içinde geçmiş ve bu anda her şeyden evvel tabiatı ve daha geniş bir tabirle vakıalar âlemini incelemek, öğrenmek hevesini uyandırmıştı. Öyle ki uzun müddet talebesi olduğu EFLATUN'un bir çok noktalarda tesiri altında kalmakla beraber inceleme metodu ve hareket mebdeleri bakımından ondan ayrılmak ihtiyacını hissetmiştir. «Etika»sında ve «politika» sında ARİSTO, tıpkı «Metafizik» inde olduğu gibi, Eflatuncu ütopyaların kat'î muarızıdır. Realist, müsbet, tâbir caizse lâik bir mütefekkir olduğundan o, her şeyden önce vakiaları hesaba katar ve insan hayatına varamıyacağı bir ideal gaye göstermekten büyük bir ihtimamla kaçınır» (8) .

B. ARİSTO,nun gayeci (finaliste) felsefesi ve ampirik metodu :

ARİSTO'nun Hukuk sosyolojisine hizmeti, tahmin edebileceği gibi, ne bir sosyoloji ilmini kurma yolundaki gayretlerinden, ne de hukuku böyle bir müsbet cemiyet ilmi zaviyesinden incelemek

(6) EMİLE BREHİER — Histoire de la Philosophie, Tome : I. L'Antiquité et le Moyen Age. Paris 1943. Sh : 169.

(7) ARİSTO. muhtelif memleketlerden çeşitli hayvan ve nebat nevilerini getirtmiş, çeşitli şehir devletlerinin yasalarına, örf ve âdetlerine dair bilgileri gerek İSKENDER'in müzahereti gerek talebelerinin yardımı ile toplatmış, ilk defa Atina'da muazzam bir kütüphane ve bir hayvanat bahçesi yaptırmıştır. Kütüphanecilığin esas taksimatını da ilk defa ARİSTO yapmıştır (WİLL DURANT - Vie et Doctrines des Philosophes. Paris 1938. Sh : 65 v.d.). Keza (Andre CRESSON Aristote, sa vie son oeuvre. Paris 1943, Sh : 5).

(8) ALFRED WEBER — Felsefe Tarihi (Çviren : H. Vehbi ERALP, İstanbul 1938, Sh : 79).

arzusundan doğmaktadır. Bütün bilgi konularının bir bütün halinde ve felsefenin bir dalı olarak incelendiği bir devirde hukukî mevzular üzerinde bugün anladığımız mânada bir araştırmaya rastlıyamayacağımız aşikârdır. Zira ARİSTO da nihayet kendisinden evvelkiler gibi bir İlk Çağ filozofudur ve araştırmalarına belirli felsefi hareket mebdelerinden başlamaktadır. İncelemeleri sonunda vardığı neticeleri de, gene bütün kâinat problemleri hakkında muteber saydığı küllî ve umumî bir bilgi sistemi içine sokmaya çalışmaktadır. Böylece incelediği olayları sadece müşahede ve izahla yetinmeyip belirli bir felsefî sisteme göre de mânalandırmakta, kıymetlendirmektedir.

Ancak ARİSTO'nun kendinden evvelki filozoflardan farklı olan tarafı, felsefesinin finalist oluşudur (9) . O «varlıkta daima muayyen bir gaye (entéléchie) nin meknuz olduğu» prensibinden hareket eder. Gayenin, varlığın dışıda değil, bilâkis kendisinde meknuz oluşu ise onun araştırılması için bizzat varlığın tetkikini zarurî kılar. Böylece sırf felsefî bir problemin aydınlanması için, yani gayelerin keşfi için daha önce varlık âleminin, doğrudan doğruya gerçekliğin incelenmesi ve neticede ilmî bilgilerin toplanıp tamamlanması gerekir. Gerek tabiî gerek sosyal gerçeklik hakkında durum aynıdır

ARİSTO'ya göre bir şeyin bilinmesi için onun tasvir edilmesi kâfi gelmez. O şeyin bütün varlık sebeplerinin, onun varlığını izaha kâfi bütün illetlerin (cause) bilinmesi icabeder. O halde bütün münferit gerçeklikleri meydana getiren sebepler nelerdir? Her münferit gerçeklik hangi sebeplerin birleşmesi neticesinde meydana gelmiş, varlığını kazanmıştır ?

ARİSTO dört nevi illet kabul eder : Maddî illetler, şeklî illetler, müessir illetler, gâî illetler (10). Bu illetler insanların yarattık-

---

(9) KALR VORLAENDER — Felsefe Tarihi (Çeviren : Mehmet İZZET, İstanbul 1927, Sh : 157) «... gaye mebdeini ilk defa ileri süren bizzat kendisidir... ARİSTO, ilk defa olarak bir hususî gâî nariyenin vaziidir.»

Keza : Edmont GOBLET — Traité de Logique. 2 éd. Paris 1920. Sh : 329 v.d..

(10) ARİSTOTE — Physique. Livre II,3 (3,7) (Texte traduit par Henri CARTERON Tome premier. Sh: 194 ve 197).

ARİSTOTE — Métaphysique, A,3,983 a (Traduction nouvelle et notes par J. TRİCOT, Seconde éd. Tome I, Paris 1948, Sh: 12).

A. LALANDE — Vocabulaire Philosophique. Cause. A. «ARİSTO'nun

ları sanat eserlerinde daha kolaylıkla tâyin ve tefrik edilebilir. Fakat ister fizik tabiata ister sosyal tabiata tallûk etsin her varlıkta bu illetler mevcuttur. Meselâ bir tunç heykeli ele alalım bunun maddi sebebi, heykelin yapıldığı madde, yani burada tunçtur. Eğer tunç heykel yerine bir zeytin ağacını alsaydık maddî sebep ağacın nebatî maddesi olacaktır. Şeklî sebebe gelince, bu, maddenin gireceği kalıp, bürüneceği şekildir ki, madde asıl hüviyetini bu şekil sayesinde kazanacaktır. Şeklî sebep birinci misalde heykelin biçimi ikinci misalde ise tam inkişaf safhasındaki ağacın şeklidir.

Şeklî sebep aynı cinsin fertlerinde müşterektir. Müessir sebepse, muayyen bir neticeyi meydana getirecek bütün fiil ve hareketlerin heyeti umumiyesidir. Bu, hareket prensibidir. Meselâ tunç heykelin meydana gelmesi için sanatkârın çeşit çeşit fiil ve hareketlerde bulunması, tuncu hazırlaması yontması, düzeltmesi, cilâlaması ilh.. gerekmiştir. Bir tabiat mahsulünde ise ona vücut veren çoğalma fiillerinin tahakkuku müessir sebebini teşkil eder. Bir nebatın intaşı, hayvanların çiftleşmesi gibi.

Gaaî sebebe gelince bu, her varlığın, her fiilin kendisi için vaki olduğu, kendisi için yapıldığı gayedir. Meselâ tunç heykel ne için yapılmış olabilir? Belki sanatkârın para kazanması için yahut kendisine bir şöhret temini için, belki de sırf bir güzellik idealinin canlandırılması için. Tabiat mahsullerinde de aynı hal müşahede edilebilir. Eğer tohum hayatiyetini muhafazaya çalışırsa bu onun muayyen, gelişmiş bir zeytin ağacı haline gelebilmesi içindir (11). Böylece tabiî varlıkların gayesi bizzat kendilerinde mündemiçtir.

O halde varlıkların hepsi kendi mahiyetlerini tahakkuk ettirme yolundadırlar. Her varlığın gayesi kendi nev'ine has olan şekle erişmek, o şekli tahakkuk ettirecek hale gelmektir. Görülüyor ki ARİSTO'nun bahsettiği gaye, gerçek varlıkların asla erişemiyeceklerini bildikleri halde yaklaşmaya cehdettikleri ideal bir mertebe değildir.

---

illetleri şunlardır: Şeklî, maddî, müessir ve gâî illetler. Fakat ARİSTO'nun kendisi bu sıfatları kullanamaz, ancak eserinin muhtelif yerlerinde (illet in birbirinden farklı dört manada kullanıldığını söylemekle iktifa eder. Causa efficiens, Causa materialis, Causa formalis, Causa finalis tâbirleri skolâstiğe aittir. Günümüzde bunlardan yalnız müessir illet ve gâî illet tâbirleri müstameldir. Bunlardan birincisi başka bir olayı veya bir fiili meydana getiren olay hakkında, İkincisi ise bir fiilin istihdaf ettiği gayeyi izade için kullanılır.»

(11) André CRESSON — Aristote, sa vie son oeuvre. Paris 1943, Sh. 19 - 25

Bilâkis ister istemez. her varlığın kendi hüviyetini kazanmak için, kendisine doğru temayül ettiği nihaî münkeşif şeklidir. Tohumun gayesi rüşeym haline gelmek, rüşyemin gayesi yavru halini almak yavrunun gayesi kâhil bir hayvan olmaktır.

Bu itibarla her varlığın hangi gayeye doğru yöneldiğini anlamak için, o varlığın bütün hayatı boyunca geçirdiği safhalar içinde kendi imkân ve kabiliyetlerini en fazla geliştirdiği, kendi nev'î için mukadder olan azamî inkişaf hudutlarına vasıl olduğu safhayı tetkik etmek lâzımdır. Her varlık tabiatın kendi nev'i için tâyin ettiği bu en ileri gelişme haddine vasıl olunca gayesini tahakkuk ettirmiş demektir. O halde biz gayeleri anlamak için mevcut varlıkların bütün safahatını tetkik etmeliyiz.

Böylece ARİSTO varlıkta mündemiç olan gayenin (entéléchie) keşfi için, yani felsefî bir hakikate vasıl olmak için her şeyden evvel mevcut gerçekliğin incelenmesi lüzumuna kanaat getirmiş bulunuyordu. Bu ise ancak müşahede ile, tecrübe ile, hülâsa ampirik bir metodla kabildi.

C. ARİSTO'da Hukuk Sosyolojisi meseleleri :

İşte ARİSTO'nun cemiyet felsefesi ile ilgili fikirlerinin Hukuk Sosyolojisi bakımından bir mâna ve değeri haiz olmasının hikmeti buradadır. O, Devletle, cemiyet nizamı ile, hukuk ve adaletle ilgili kanaatlarını serdetmeden evvel gerçeklikte Devlet nizamının, hukuk tatbikatının, adalet tezahürlerinin bilfiil nasıl cereyan etmekte olduğunu ve bunların illetlerini, insan tabiatının hususiyetlerini, insan topluluklarının müşahhas tiplerini doğrudan doğruya tetkik ve müşahede etmek lüzumu hissetmiştir.

Biz burada ARİSTO'nun daha ziyade Hukuk Felsefesi sahasına giren adalet tarihi ve adalet nevilerinin taksimi, hakkaniyet tarifi ve adaletle münasebetinin tâyini (13), keza Âmme Hukuku sahasına

(12) ARİSTOTE — Métaphysique, IX.3.1047 a. ve 1050 a. (Traduit par J. TRİCOT Tome: II. Sh: 31 ve 47).

(13) Bu hususta bak: H. CAİRNS — Legal Philosophy from Plato to Hegel. Baltimore, 1949 Sh: 77-126.
Vergilius FERM (ed.) — Encyclopedia of Morals. U. S. A. 1956 Sh: 23-31.
Emory S. BOGARDUS — The Development of the Social Thought. 3 ed. New York 1955 Sh: 130-137.
Bertrand RUSSEL — Histoire de la Philosophie Occidentale (Traduit par Hélène Kern. Paris 1953, Sh: 203-214).
Chester C. MAXEY — Political Philosophies, New York 1950, Sh: 58-79.

giren ve klâsikleşmiş olan Hükûmet şekilleri tasnifi (14) gibi pek malûm nazariyeleri üzerinde durmayarak doğrudan doğruya Hukuk Sosyolojisine öncülük eden görüşlerine temasla iktifa edeceğiz.

ARİSTO'nun sahamızı ilgilendiren fikirlerini iki grupta toplayabiliriz :

1) Gerçek sosyal bünye ile esas teşkilât arasındaki münasebetler (Jenetik ve diferansiyel Hukuk Sosyolojisi).

2) İçtimaî rabıtalarla (15) hukuk kaideleri arasındaki mütekabiliyet (Sistematik Hukuk Sosyolojisi).

ARİSTO'nun gerek finalist nazariyesinin gerek ampirik metodunun bugün sosyolojinin konusuna giren sahalardaki ilk tatbikatını Devlet ve cemiyet tetkiklerinde göreceğimiz için bu mevzu daha evvel ele almayı uygun görüyoruz.

I) Gerçek sosyal bünye ile esas teşkilât arasındaki münasebetler :

ARİSTO yukarıda işaret ettiğimiz gibi «Devlet»in gayesini,

Yavuz ABADAN — Hukuk Felsefesi Dersleri. Ankara 1955, Sh: 58,103.
Muvaffak AKBAY — Umumî Âmme Hukuku Dersleri, İkinci bası 1951, Sh: 93.
Sadri Maksudi ARSAL —— Hukuk Felsefesi Tarihi, İstanbul 1945, Sh: 33 - 37. ve 92 - 106.
Abdülhak Kemal YÖRÜK — Hukuk Felsefesi Dersleri İstanbul 1958, Sf: 150.
Recai Galip OKANDAN — Umumî Amme Hukuku Dersleri. İstanbul 1955. Sh: 205-212.
E. HİRŞ — Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri. Ankara 1949, Sh: 243.

(14) George CATLİN — A History of the Political Philoshers. London 1950, Sh : 72 - 104.
Muvaffak AKBAY — Umumî Âmme Hukuku Dersleri. İkinci Tabı Sh: 100.
Recai Galip OKANDAN — a. g. e. Sh: 209.

(15) Burada (İçtimaî alâka ve münasebet) tâbiri ile ifade etmek istediğimiz mefhum ARİSTO'nun filia ve Fransız sosyologlarının sociabilité (Gesellschaftstrieb, Geselligkeit, Sociability) dedikleri «insanın içtimaîlik kabiliyeti»nin neticeleri olan münasebetlerdir. Bu kâbiliyetin tezahürlerindeki çeşitliği kolayca belirtmek için biz, «içtimaillik hassası» veya sadece «içtimaillik tipleri» yerine bu hassanın çeşitli adlar taşıyan tezahürlerini esas aldık : dostluk, vatan bağı, aile bağı v. s. gibi. Yoksa içtimaî alâka münasebetlerin karşılığı, «sociabilité değil, belki relation sociale veya rapport social»dir.

Devlette mündemiç (entéléhie) yi tâyin için evvelâ gerçek Devlet müessesesini incelemek lüzumunu hissetmiştir. Bunu da bir taraftan tarihte gelip geçmiş ve kendi çağında yaşamakta olan Devlet tiplerini tetkik etmek, diğer tarafta da muhtelif filozof ve kanun koyucuların teklif veya vaz ettikleri anayasa şekillerini ve ideal Devlet tasavvurlarını tenkit etmek suretiyle yapmıştır.

a - Devletin menşei, müessir ve gaaî sebebleri :

Bilindiği gibi ARİSTO yüz elli sekiz şehir devletinin esas teşkilâtını incelemiş, bunların coğrafî muhitleri, stratejik mevkileri, nüfusları, halklarının servet ve meslek bakımından terekküp şekli, örf ve ananeleri ve karakterleri ile münasebetlerini keşfetmeye çalışmıştır. Tetkik ettiği siyasî müesseselerin iyi ve kötü taraflarını, bunların böyle oluşlarının sebeplerini belirtmiş ve bunları tipleştirmeğe gayret etmişti. ARİSTO'nun bu sahadaki eserlerinden yalnız Atina Anayasası zamanımıza intikal etmiştir (16). Bununla beraber Politikasında, İsparta, Girit, Kartaca vesaire gibi Site Devletlerinin esas teşkilâtlarının ve belli başlı müesseselerinin tahlil ve tenkitlerine de rastlanmaktadır (17). Keza EFLATUN'un (18), PHALEAS'ın (19) HİPPODAMOS'un (20) Devlet hakkındaki fikirlerini ve kanun tekliflerini de tenkit ettiği ve bir çok mühim noktalarda hocası olan EFLATUN'dan esaslı bir şekilde ayrıldığı görülmektedir (21).

ARİSTO Devleti, bir ide olarak, mücerred bir tasavvur olarak değil, bir sosyal gerçeklik olarak ele alır. Ona göre «Devlet» hayatın çıplak ihtiyaçlarından doğar, mesut bir hayatı gerçekleş-

---

(16) Bu eser «Atinalıların Devleti» adı ile Maarif Vekâletinin Yunan Klâsikleri Yayınları arasında çıkmıştır. Çeviren: Suad Yakup BAYDUR. Ankara 1943.

(17) ARİSTO — Politika. Cild II. Çeviren: Niyazi BERKES İstanbul 1944 (Maarif Vekâleti Yunan Klâsikleri Serisi).

(18) ARİSTO — Politika Cilt: I, Kitap: II, Bölüm I-III, Sh: 40-61.

(19) ARİSTO — Politika Cilt: I, Kitap: II, Bölüm IV Sh: 66.

(20) ARİSTO — Politika Cilt: I, Kitap: II, Bölüm V Sh: 75.

(21) ARİSTO — Politika Cilt: I, Kitap: II, Bölüm I. Sh: 45-49.
ARİSTO'ya göre, Devlette kadın ve mal iştiraki uygun değildir. EFLATUN ve SOKRAT'ın Devleti tek bir vücut, tek bir nefis haline irca etmeye çalışmaları doğru değildir. Devlet daima bir çokluktur, ve asıl mesele, bu çokluğun, yani ayrı ayrı ihtisas erbabının iş bölümünde ahenk tesis edilerek gayretlerinin birleştirilmesindedir. Aslolan, Devlette hür ve eşit ferdler arasındaki mütakabiliyet ve ahenktir.

tirmek için devam eder. Bundan dolayıdır ki nasıl cemiyetin ilk şekilleri tabiî ise Devlet de böylece tabiîdir. Çünkü Devlet onların hepsinin gayesidir. Gaye ise tam haldeki tabiattır... Devlet, tabiatın bir yaratığıdır ve insan tabiaten siyasî bir hayvandır. Tesadüfle değil de tabiaten bir devletin parçası olmayan kimse insanlığın ya üstünde ya altındadır (22). Böyle bir kimse ya bir hayvan ya bir Tanrı olabilir (23). Açıkça görülüyor ki Devlet tabiat düzeninde aile ile fertten öncedir» (24).

«Her Devlet bir nevi cemaat (koinonia) dır. Her cemaat bir hayır için kurulur. Çünkü insanlar daima hayır saydıkları şeyi elde etmeğe çalışırlar. O halde her cemaat bir hayır elde etmeğe çalışıyorsa, cemaatlerin en yükseği olan ve bütün cemaatları içine alan Devlet, yani siyasî cemaat, diğer cemaatlardan daha çok ölcüde en yüksek hayra ulaşmağa çalışır» (25). «Devlet muayyen bir sınıfın veya iktidar zümresinin değil, umumun iyiliğini, müşterek hayrı gütmekle mükelleftir» (26). «Yalnız hakim sınıfın menfaatına hizmet eden hükümetler eksik ve bozulmuş hükümetlerdir» (27).

Görülüyor ki ARİSTO Devleti insanların hem beşerî ihtiyaçlarından hem de içtimailik kabiliyetlerinden doğma tabiî bir müessese, bir cemaat nev'i addetmektedir. Devlet bir gerçekliktir ve her gerçeklik gibi onun da bir takım «müessir sebepleri» ve »gaaî sebepleri» vardır. Müessir sebepler, yani Devleti meydana getiren sebepler arasında Devleti teşkil eden unsurlar yer alır. Bu mânada ARİSTO der ki «Devlet, kendine yeten ve genel olarak hayatı için zarurî olan şeyleri elde edebilen vatandaşlar bütünüdür» (28). O halde halk unsuru ve içinde işbölümü vakıasının geliştiği autarchiqe bir düzenin teessüs edebildiği bir insan topluluğu Devletin müessir sebeplerinden biri demektir. Bundan başka belirli bir toprak parçasına ihtiyaç vardır. Böylece Devlet muayyen bir toprakta yaşayan ve tekâmül derecesi kendi iktisadî ihtiyaçlarını biz-

---

(22) ARİSTO — Politika Cilt : I, Kitap : I, Sh : 7. 1253 a ve 1253 b.
(23) ARİSTO — Politika Cilt : I, Kitap : I, Sh : 9.
(24) ARİSTO — Politika Cilt : I, Kitap : I, Sh : 8.
(25) ARİSTO — Politika Cilt : I, Kitap : I, Sh : 1 1252 a.
(26) ARİSTO — Politika Cilt : I, Kitap : III, Bölüm IV, Sh : 121.
(27) ARİSTO — Politika Cilt : I, Kitap : III, Bölüm IV, Sh : 121.
(28) ARİSTO — Politika Cilt : I, Kitap : III, Bölüm I, Sh : 106.

zat karşılayabilmek seviyesine erişmiş olan bir toplulukta teşekkül eder (29).

Fakat ARİSTO devleti sırf ihtiyaçların tatmini gayesi ile kurulmuş, sadece hizmet mübadelesini istihdaf eden bir müessese olarak kabul etmez. ARİSTO Devleti maddî ihtiyaçtan başka, beşer tabiatının diğer bir hassasına da istinat ettirir : içtimailik hassası. Ona göre devleti teşkil eden insanlar birbirleriyle beraber yaşamaya sadece muhtaç değil, müştaktırlar da. Bunu arzu ederler ve hemcinslerinin huzurunu ararlar. Bu hal insan fıtratında mevcut tabiî bir mûtâdır. İnsan «içtimaî bir hayvan» dır. ve «insanlar birbirlerinin yardımına muhtaç olmadıkları zaman bile daima beraber yaşamak isterler» (30).

Böylece Devletin maddî temelleri olduğu gibi bir de manevî, fikrî temeli vardır. İnsan «Devlet» den bir şey bekler, bir vazifenin ifasını, bir gayenin tahakkuk ettirilmesini bekler. Demek ki Devletin maddî ihtiyaçlardan doğan gerçek temelinin yanında bir de fikrî temeli, manevî bir sebebi vardır. İşte bu, Devletin gaî sebebini, hikmeti-vücudunu teşkil eder. Başka tabirle bu gaye Devleti teşkil eden insanların fazileti ve mesut bir halde yaşamalarını mümkün kılmaktır. Devlet, fertlere yüksek ve küllî bir Devlet ideali uğruna nefislerini baskı altına almayı, bir nevi pehrizkârlığı, riyazeti tavsiye edecek değildir. Bilâkis Devlet bütün vatandaşların mesut bir halde yaşamasını sağlayacaktır «büyük çoğunluk, yahut bütün vatandaşlar, hattâ birkaç vatandaş saadete erişmedikçe bütün devletin mesut olması mümkün değildir» (31).

ARİSTO burada insan tabiatını fazilet ve saadete erişmek için yenilmesi lâzım gelen bir engel, behemahal değiştirilmesi şu veya bu şekilde ıslahı gereken bir zaaflar ve kusurlar mecmuası olarak almaz (32). Onun için insan tabiatı bir mûtâdır ve gayesi de her

(29) ARİSTO — Politika Cilt : I, Kitap II, Bölüm I, Sh : 44.
(30) ARİSTO — Politika Cilt : I, Kitap : III, Bölüm IV, Sh : 119.
(31) ARİSTO — Politika Cilt : I, Kitap : II, Bölüm II, Sh : 58.
(32) ALAİN — İdées. Paris 1951. Sh : 104 - 105 «ARİSTO'nun moralist şahsiyetini kendisinin bu panteist metafiziğinden istidlâl etmek mümkündür. Mutlak hayır, kimseye birşey ifade etmez. Her varlığın hayrını ondan ayırmaya imkân yoktur. Adaleti hayat şartlarından tecrit imkânsızdır. Bu hayat şartlarının içinde aile, ticarî münasebetler ve siyaset te yer alır. ARİSTO sosyologların babasıdır. Ona göre, Kral hakkında bir adalet, ana hakkında bir adalet, çocuk hakkında bir adalet mevzuubahistir. Biraz daha yakınlaşırsak, herkesin bir adaleti, herkesin bir iti-

gerçeklik parçasında olduğu gibi, bütün kabiliyetlerini inkişâf ettirmektir. İşte devlet bu kabiliyetlerin inkişâfına elverişli zemini yaratacaktır. Dolayısiyle hukuk kaideleri insan tabiatı esas tutularak vaz edilecektir. Bu fikri ARİSTO'nun talebesi olan THEOPHRASTE'da daha vazıh bir şekilde buluruz : «Dürüst insanların pek az kanuna ihtiyaçları vardır, çünkü insanların fiilleri kanunlara intibak edecek değil, belki kanunlar insanların fiillerine tetabuk edecektir» (33).

b - Devlet şekilleri arasındaki farklılığın sebebleri :

Müşahede edilen gerçek anayasalar, çeşitli hükûmet şekilleri acaba bu gayeyi yani insanların mesut ve faziletli bir şekilde kendilerini inkişâf ettirme imkânlarını sağlayabilmekte midir ? ARİSTO evvelâ yeryüzündeki hükümet şekillerinin niçin birbirlerinden farklı olduğunu araştırır ve bu çeşitliliğin sebebini devletin müessir sebeplerini teşkil eden unsurların her devlette birbirlerinden farklı nisbetler dahilinde birleşmiş olmalarında bulur. Bir devlette çeşitli meslek erbabı, çeşitli servet derecelerinde muhtelif sosyal sınıflar bulunur. Keza bir devlette diğerlerinden farklı ananelere ve halkın karakter hususiyetlerine rastlanır. İşte ARİSTO'ya göre bu özelliklerin ve farklılıkların devletlerin esas teşkilâtına müessir olması, onda ifadesini bulması tabiîdir.

ARİSTO' ya göre esas teşkilât «Site halkı arasında yerleşmiş muayyen bir nizam» demektir (34). Yahut «Devlet içinde, iktidar mevkilerinin muayyen bir tertipleniş tarzı demektir ki, bu, hakimiyet sahibini ve siyasî cemiyetin gayesini tayin eder». Hülâsa «bir esas teşkilât, Devlette mevcut muhtelif sınıfların kudretlerine göre, fakir veya zengin oluşlarına göre, veya bunların haiz oldukları vasıf ve iktidarlara göre vatandaşlar arasında tevzi edilen

---

dal şekli vardır, herkesin tekemmül hali vardır ki bu, onun istidat ve kabiliyetlerinin inkişafı neticesinde meydana gelir.»

(33) THEOPHRASTE — Traité des Lois. ARİSTO'nun talebesi olup kendisinden sonra derslerine devam eden THEOPHRASTE'in bazı parçaları zamanımıza intikal etmiş olan eserinin Digest'e nakledilmiş bir kısmında şöyle denmektedir : «Dürüst insanların pek az kanuna ihtiyacı vardır. Çünki insanların fiilleri kanuna intibak edecek değil, belki kanunlar insanların fiillerine tetabuk edecektir.» Bu kaide, hukuk kaidelerilerinin hakikatte norm haline yükseltilmiş muayyen fiilî davranış şekilleri olduğunu işrab etmektedir. (R. DARESTE - La Science du Droit en Grèce. Paris 1893. Sh : 302).

(34) ARİSTO — Politika Cilt : I, Kitap : III, Bölüm : I, Sh : 102.

iktidar mevkilerinin bir düzenlenişi» demektir (35). Meselâ bazı devletlerde tüccar sınıfı ekseriyettedir ve hâkim durumdadır. Bazılarında askerler veya asiller hakimdir, yahut ziraatla uğraşan sınıfın sözü geçmektedir. Böyle olunca bütün bu fiilî ve gerçek kuvvet muvazenesinin memleketin esas teşkilâtında ifadesini buluşu tabiîdir.

c - «Mükemmel anayasa» veya «en iyi esas teşkilât» ne demektir ?

O halde her memleket için her site için müşterek ve münasip tek bir anayasa şekli bahis konusu olabilir mi ?

ARİSTO, siyasî hukukun kaideleri arasında tabiî menşelerden gelenler olduğu gibi mevzu hukuk mahiyetinde olanlarında bulunduğunu söylüyor ve mevzu hukukun umumiyetle fayda mülâhazalarına veya insanlar arasındaki itibarî anlaşmalara dayandığını ve devletten devlete değiştiğini bildiriyor. Bununla beraber enteresan olan cihet, ARİSTO'nun bu değişme imkânını yalnız mevzu hukuka değil tabiî hukuka da tanımasıdır. Ona göre değişir olmak, müsbet hukuku tabiî hukuktan ayırıcı bir vasıf değildir (36). Zira tabiî hukuk da değişir. Ancak ARİSTO esas teşkilât konusunda bir tek istisna kabul ediyor ki bu da «en iyi anayasa»dır. Zira en iyi anayasa demek «tabiata en uygun esas teşkilât» demektir (37).

---

(35) ARİSTO — Politika Cilt : II,Kitap : IV, Bölüm : III, Sh : 8 - 9.

(36) Max SALOMON — Le Droit Naturel Chez Aristote (Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique. Nos : 3 - 4 1937, Sh : 126).

(37) ARİSTOTE — Ethique de Nicomaque (Texte, traduction, péface et notes par Jean VOİLQUİN Paris 1950) Livre V, Chapitre VII. Sh : 227. «Siyasî hukukun bir kısmının menşei tabiîdir. Diğer bir kısmının ise kanuna müstenittir. Menşei tabiî olan demek, her yerde aynı tesiri haiz olup, bizim farklı kanaatlarımıza tâbi olmayan demektir. Kanuna dayanan hukuka gelince, bunun menşeinin ehemmiyeti yoktur. Ancak kendisinin bilinmesi ve muhtevasının belirtilmesi lâzımdır. Meselâ bir harp esiri için bir minalık bir fidye ödenmesi, yahut Zeus'e iki koyun değil de bir keçi kurban edilmesi kaideleri gibi.

Bazıları sanırlar ki siyasî hukukta herşey böyle değişken kanunlar tarafından tâyin edilmektedir. Zira bu kimseler tabii olanın değişmediğini, her yerde aynı kaldığını görmektedirler. Meselâ ateşin burada yaktığı gibi Pers memleketlerinde de yakması böyledir. Buna mukabil bunlar hukukun daima değiştiğine şahit olmaktadırlar. Halbuki durum tamamen böyle değildir. Bu, ancak kısmen doğrudur. Tanrılar âleminde hâdiseler baska türlü cerevan etse dahi. biz insanlar arasında ta-

Fakat acaba bu «en iyi esas teşkilât» kavramı ile ARİSTO istikraî (tümevarıcı) ve tecrübî metodundan vaz geçerek nazarî insalar kurmaya mı başlıyor ?

Burada dikkat edilecek husus ARİSTO'nun, esas teşkilâtı, herhangi bir cemiyete yukarıdan giydirilecek bir normlar sistemi olarak değil, belki herhangi bir cemiyetin kendi bünyesinde mevcut unsurlar arasındaki bir iktidar muvazenesi olarak ele almış olmasıdır. O halde esas teşkilât, herhangi bir cemiyeti muayyen bir kalıba sokacak bir düsturlar mecmuası değil, bilâkis her cemiyetin kendi gerçek bünyesinin doğru bir in'ikası, tabiî bir neticesi veya mahsulüdür.

O halde bir «en iyi anayasa», bir «en iyi hükümet şekli» düşunebilmek için, her şeyden evvel onu tabiî bir mahsul olarak meydana getirecek sosyal hayat şartlarını tayin ve tesbit etmek lâzımdır. Hakikatte mes'ele şu şekilde vaz olacaktır : en iyi anayasayı meydana getirebilecek gerçek cemiyet şartları ne olabilir ? Hangi hususiyetleri haiz cemiyettir ki en mükemmel anayasayı tabiî bir sosyal netice olarak doğurabilir? Nitekim ARİSTO der ki «En mükemmel hükümet şeklini, onun mükemmelliğini sağlayacak vasıtaları temin etmeksizin tahakkuk ettirmek imkânsızdır» (38).

ç- En iyi esas teşkilâtı tahakkuk ettirecek fiilî cemiyet şartları :

Böylece ARİSTO ideal devletin ancak bunu mümkün kılacak gerçeklik şartlarını bir araya getirebilen bir camiada meydana gelebileceğini kabul ediyor. Bu fiilî sosyal şartlara gelince, ARİSTO bun-

---

biata dayananlar ile, böyle olmayıp sadece kanun ve anlaşmalara dayananları ayırd etmek kabildir. Fakat bunların hepsi de değişmeye müsaittir. Aynı tefrik diğer sahalarda da yapılabilir : Meselâ sağ el, tabiaten sol elden daha kuvvetli ise de, herkesin her iki elini de aynı derecede maharetli kılması mümkündür.

Bir anlaşmaya veya fayda mülâhazalarına dayanan hukuk kaideleri âdetâ ölçeklere benzerler : Meselâ şarap veya buğday için kullanılan ölçekler heryerde aynı cesamette değildir. Bu maddelerin satın alındıkları yerlerde daha büyük ölçekler kullanılır, satıldıkları yerde ise daha ufakları. Bunun gibi, tabiata değil de insanlar arasındaki anlaşmalara dayanan hukuk kaideleri de heryerde birbirinin aynı değildir. Keza ne de esas teşkilât tipleri birbirinin aynıdır. Ancak bunların içinde bir tanesi, yani heryerde tabiata uygun düşeni müstesnadır ki bu da «En iyi Esas Teşkilât'tır.»

(38) ARİSTO — Politika Cilt : II, Kitap : VII, Bölüm IV Sh : 161.

ları şu tarzda tâyin eder : Üzerinde ideal devlet şeklinin kurulabileceği sosyal muhit halkın ihtiyacı olan her nevi mahsulü yetiştirecek bir iklime sahip olmalıdır. Keza stratejik bakımdan müdafaaya müsait bir mevkide bulunmalıdır. Karadan ve denizden münakale yollarının kavşağında, hattâ mümkünse sahilde kurulmuş olmalıdır (39). Nüfusa gelince bu ancak tam bir işbölümünü ve millî savunmayı sağlayacak derecede olmalıdır. Fazla nüfusun hem iktisadî rekabeti arttırarak ahlâkı bozacağına, hem de iyi ve liyakatli vatandaşların şahsen tanınarak seçilmesine imkân vermeyeceğine işaret eden ARİSTO eserlerinin muhtelif yerlerinde nüfusun iradi olarak tanzimi meselesine temas eder (40).

ARİSTO'ya göre devletin kudreti nüfusunun çokluğunda değil belki kalitesinde ve kuvvetindedir. Meselâ sanatkârları çok, fakat askerî az bir devlet büyük bir devlet olamaz (41). Mesele muhtelif meslek ve sanat erbabının muvazeneli bir nisbet dahilinde bulunmasındadır. Halkın karakterine gelince bunun da devletin kemalini sağlayacak bir vasıfta olması lâzımdır. Halk, ne asyalılar gibi zeki fakat korkak, ne de avrupalılar gibi cesur fakat kıt zekâlı olmamalıdır. Çünkü asyalılar zekâlarına rağmen cesaretsiz olduklarından başkalarına hükmedemezler. Avrupalılarsa müstakil yaşamalarına rağmen siyasî teşkilât kurmaya kabiliyetsizdirler. O halde ideal devlet için hem zeki hem cesur bir halk lâzımdır (42).

Bundan başka halkın servet durumu da kesin sınıf farklarına mahal vermiyecek şekilde olacaktır. Orta sınıf bir istikrar unsurudur. Her hükümet bu sınıfı desteklemelidir. Fakirler müstahsil hale sokulmalıdır (43). Mülkiyet için bir azamî had tesbit edilmelidir. Meselâ herkesin mesud yaşamasına yarayacak kadar mülk sahibi olması şart koşulabilir (44).

---

(39) ARİSTO — Politika Cilt : II, Kitap : VII Bölüm V ve VI Sh : 163 - 167.

(40) ARİSTO — Politika Cilt : I, Kitap : II Bölüm III Sh : 61; Bölüm IV Sh : 83; Bölüm VIII, Sh : 96.

(41) ARİSTO — Politika Cilt : II, Kitap : VIII Bölüm IV, Sh : 126.

(42) ARİSTO — Politika Cilt : II, Kitap VIII, Bölüm VII, Sh : 168.

(43) ARİSTO — Politika Cilt : II, Kitap : IV, Bölüm XI, Sh : 32, 37; Kitap IV, Bölüm V, Sh : 139.

(44) ARİSTO — Politika Cilt : I, Kitap II, Bölüm III, Sh : 60 «Mülkiyet mikdarı daha açık bir şekilde belirtilemez miydi ? SOKRAT, buna, herkesin kanaatla yaşamasına yetecek kadar mülkü olsun, diyor. Biz buna, mesut yaşamasına yetecek kadar, diyebiliriz. Çünkü bu daha umumî bir anlamdır. Bir insan kanaatla yaşar da yine sefalet içinde olabilir.

ARİSTO halkın ideal devlete yakışacak tarzda terbiye edilmesini, devlet adamlarının idare etmek sanatını öğrenmesini, vatandaşın hem disipline hem kumandaya alışkın yetiştirilmesini, kanun hakimiyetini ilh.. tasvir ve tavsiye eder. Böylece pratik Hukuk Sosyolojisi problemlerini de halletmeye çalışır. Filhakika ideal devleti tahakkuk ettirebilecek hakiki sosyal şartlar bunlar olduğuna göre bu şartlardan kısmen mahrum olan gerçek devletlere ne yolda bir ıslahat tavsiye edilebilir?

d - Tahakkuku kabil «daha iyi esas teşkilât» meselesi :

ARİSTO'ya göre hakiki kanun vazıı, yalnız ideal devlet değil, müşahhas şartlara göre hangi hükümet şeklinin kendi sitesine daha uygun düşeceğini de bilmelidir. Halbuki mevcut devletlerden birçoğu ellerindeki imkânları iyi bir hükümet şekli kurmak hususunda kullanmamışlardır (45). ARİSTO böylece ideal hükümet şeklinden başka, «tahakkuku kabil daha iyi bir hükümet şekli» hakkında da izahat vermekte ve bütün bu açıklamalarında hukukî tedbirlerle gerçek sosyal şartlar arasındaki karşılıklı tesir prensibini gözönünde tutmaktadır. Meselâ her kanun her hükümete uymaz. Kanunların iyiliği ve kötülüğü tatbik edilecekleri muhitte hâkim olan hükümet şekline göredir. Birisi için iyi olan kanun diğeri için kötü olabilir. Hes siteye tavsiye edilecek hükümet şekli ancak halkın benimseyebildiği, halkın itiyadları ile fazla tezat teşkil etmeyen bir hükümet şekli olabilir (46).

e - Hukuk siyaseti meseleleri:

ARİSTO kanunların değiştirilmesi meselesi üzerinde de durur. Ona göre hayat şartlarının değişmesi ile kanunların tebeddülü ne kadar zarurî ise (47) kanunların pek sık değişmesi de o kadar za-

---

SOKRAT, kanaatla ve el açık olacak kadar, deseydi daha doğru bir tarif yapmış olabilirdi.»

(45) ARİSTO — Politika Cilt : II, Kitap : IV, Bölüm : Sh : 4.

(46) ARİSTO — Politika Cilt : II, Kitap : IV, Bölüm : I, Sh : 5.

(47) «Siyaset bir ilim ise, diğerlerinde olduğu gibi, onda da değişme zaruridir. Daha iyiye doğru gelişme ihtiyacını olaylar bize gösterir... İnsanlar genel olarak yalnız dedelerinin yaptığını değil, iyi olanı ararlar. İlk insanlar, ister topraktan doğmuş, ister bir âfetten kurtulup kalanlar olmuş olsun, herhalde bizim aramızdaki alelâde akılsızlardan farklı değillerdir. O halde böyle insanların düşüncelerine saplanıp kalmak saçma bir şey olur. Kanunlar yazılı hale geldikleri zaman bile, değişmemiş kal-

rarlıdır. Çünkü ARİSTO tam bir sosyoloğa yakışır şekilde, kanunun nüfuzunu, halka sağladığı itaat itiyadında bulur. Bu itiyad bir kere bozulunca kanunun nüfuzu da azalır (48). Keza bazı seçim sistemlerinin işbaşına lâyık olandan ziyade haris olanları getirdiğini (49), aynı memurların uzun müddet ayni âmme hizmetinde kullanılmalarının suiistimale zemin hazırladığını (50), devlet adamlarının kolayca zenginleşmesini önleyecek tedbirler alınması lüzumunu (51) nihayet devlette muayyen bir sınıfın diğerlerine nisbetle sayıca pek fazla artışının ihtilâle götürecek bir tehlike teşkil ettiğini (52) söyleyen ARİSTO devlet idaresi ile ilgili daha bir çok kanunları nâfiz görüşleri ile inceler. Bütün bu müşahedelerinde daima insan tabiatının hususiyetlerini ve sosyal gerçeğinin şartlarını gözönünde bulundurur ve teklif ettiği tedbirleri bunlara göre ayar eder.

2) İçtimaî rabıtalarla hukuk ve adalet kaideleri arasındaki münasebet :

ARİSTO'nun, hukuk kaidelerini doğuran ve yaşatan gerçeklik faktörleri, daha doğrusu insan tab'ında sosyal gerçeklikteki temeli ile ilgili görüşleri de sistematik hukuk sosyolojisi bakımından kıymetlidir.

a - İnsanın içtimalik vasıfları ve içtimaî rabıtalar : dostluk (filia) :

---

maları şart değildir.» ARİSTO — Politika Cilt : I, Kitap : II, Bölüm : V, Sh : 77.

(48) Siyasetle diğer ilimler arasında benzetme yapmak da yanlıştır. Bir kanunu değiştirmekle bir fende değişiklik yapmak aynı şey değildir. Kanun, kendini dinletme kudretini bir alışkanlık sonunda elde eder. Alışkanlık ise, zamanla, yıllar boyunca kazanılır... Kanunları çabucak değiştirmeyi âdet etmek kötü bir şeydir ve edinilecek fayda küçük olursa kanun koyanların ve idarecilerin bazı hatalarını olduğu gibi bırakmak daha doğru olur. Kanunları değiştirmekle elde edilecek fayda, itaatsizliğe alışmaktan doğacak tehlikeye değmez.» ARİSTO — Cilt : II, Kitap : II, Bölüm : V, Sh : 78.

(49) «İspartalıların ihtiyarlarını seçiş tarzları çocukçadır.. Seçilecek olan kımsenin rey dilenmesi çirkin bir şeydir. Devlet makamına, istesin istemesin, en lâyık olan kimse onun tâyini lâzımdır ilâh... «ARİSTO — Politika Cilt : I, Kitap : II, Bölüm : VI, Sh : 85.

(50) ARİSTO — Politika Cilt : II, Kitap : VI, Bölüm : Sh : 128.

(51) ARİSTO — Politika Cilt : II, Kitap : V. Bölüm : VIII, Sh : 91.

(52) ARİSTO — Politika Cilt : II, Kitap : V. Bölüm : III, Sh : 65.

ARİSTO ahlâk hakkındaki eserinde insanlar arasındaki içtimaî bağların hemen hepsine «filia» demektedir (53). Profesör G. GURVİTCH bu yunanca tabirin, ARİSTO'nun eserlerinden bugüne kadar garp dillerine yapılan tercümelerinde hemen daima «dostluk» kelimesi ile çevrilişini, filozofun fikirlerinin sosyolojik tefsiri bakımından zararlı görmektedir (54). Zira ARİSTO «filia» ile bizim bugün anladığımız mânada dostluğu değil, insanlar arasında mevcut hemen bütün içtimaî münasebetleri, başka tabirle insanın hemcinsine karşı duyduğu içtimalik duygusunun hemen bütün tezahürlerini, bütün neticelerini murad etmiş gibidir. Keza çağdaş İngiliz filozofu BERTRAND RUSSELL da ARİSTO'nun adı geçen eserinde dostluktan «sevgi ve alâkaya dayanan bütün münasebetleri için alacak şekilde bahsettiğini söyler (55).

Filhakika eserde ister menfaata, ister zevke, ister fazilete dayansın sadece ahbaplar ve dostlar arasındaki alâkadan (56) değil, karı ile koca (57), ana-baba ile çocuklar (58), devlet reisi ile teb'a (59), alıcı ile satıcı (60) nihayet ihtiyarî bir cemiyeti nmuhtelif üyeleri (61) âmir ile memur (62) arasındaki bilcümle münasebetlerden bahsedildiği görülmektedir. Bundan başka bu mefhumun izahında dikkate değer diğer bir kayıt daha vardır : ARİSTO diyor ki «dostluk, yaratanın kalbinde yaratığına karşı ve yaratığın kalbinde de kendisini yaradana karşı fıtrî bir bağ olarak mevcuttur. Yalnız insanlar arasında değil kuşlar arasında ve canlıların çoğunda, nihayet aynı nev'in fertleri arasında dostluk mevcuttur» (63).

Buna mukabil birbirine karşı birer şahsiyet durumunda olmayan nesleler, insanla eşya ve efendi ile köle arasında doltluktan bah-

---

(53) Filia teriminin manası için bak : Yukarıda not 15.

(54) Georges GURVİTCH — Eléments de Sociolofie Juridique. Paris 1940. Sh : 35. (Türkçeye tercümesi : Hukuk Sosyolojisinin Mübeşşirleri. Çeviren : Hâmide TOPÇUOĞLU. Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi. ayrı bası).

(55) Bertrand RUSSELL— Histoire de la Philisophie Occidantale Traduit de l'anlais par Hélène KERN. Paris 1953) Sh : 198.

(56) ARİSTO — Ethique de Nicomaque Livre VIII, Chapitre III, Sh : 357.

(57) ARİSTO — Ethique de Nicomaque. Livre VIII Chapitre XII Sh : 393.

(58) ARİSTO — Ethique de Nicomaque. Livre VIII Chapitre VIII Sh : 373.

(59) ARİSTO — Ethique de Nicomaque. Livre VIII Chapitre X Sh : 381.

(60) ARİSTO — Ethique de Nicomaque. Livre VIII Chapitre XIII Sh : 397.

(61) ARİSTO — Ethique de Nicomaque. Livre VIII Chapitre IX Sh : 379.

(62) ARİSTO — Ethique de Nicomaque. Livre VIII Chapitre VII Sh : 371.

(63) ARİSTO — Ethique de Nicomaqe. Livre VIII Chapitre I Sh : 352.

sedilemez. Buna mukabil sosyal sıfatları değil de insanî hüviyetleri esas tutulursa efendi ile köle birbiriyle dost olabilirler (64). Keza despotla teb'a arasında da dostluk yoktur (65).Halbuki kralla teb'a arasındaki münasebet hiyerarşik olmakla beraber dostanedir. Kral teb'aya karşı yüksek bir hayırhahlık hissi ile doludur (66).

görülüyor ki, bütün bu çeşitli alâkaları bugün kullandığımız dar manası ile dostluk mefhumu ile izah kâfi değildir. Bunlara alelıtlak içtimaîlik çeşitleri veya bu içtimaîlik çeşitlerinin mahsulü olan içtimaî münasebetler denebilir. Nitekim G. GURVİTCH; ARİSTO'nun kullandığı «filia» kelimesini filozofun fikirlerinin sosyolojik ehemmiyetinin anlaşılması bakımından «sociabilité» kelimesiyle tercüme edilmesini terviç eder görünüyor (67).

b - Farklı içtimaî rabıtaların farklı hukuk kaidelerine vücut verişi :

ARİSTO böylece bir cemiyet içinde yaşayan insanlar arasındaki çeşitli «filia»ları tarif ve tasnif ettikten sonra bunlardan herbiri hakkında kendi hususiyetlerine göre bir başka adalet tipinin cari olduğunu söylüyor. Meselâ bazen hiyarşik karakterde, bazan müsavatçı karakterde bir adalet bahis konusu olmaktadır. Esasen ARİSTO adalet hakkındaki görüşleri ile dostluk çeşitleri hakkındaki görüşlerini birbirine muvazi şekilde inkişaf ettirmektedir. Nitekim ARİSTO adaleti de bir bağ, bir münasebet olarak alır ve «adalet, cemiyet içinde insanları birleştiren bağdır» der (68). Keza «dostluk ve adalet aynı mevzua tallûk ederler ve müşterek vasıflara, müşterek hususiyetlere sahiptirler. Her toplulukta adalet kaidelerine rastlanır o halde her toplulukta dostluk münasebetleri mevcut demektir. Dostluk hal ve şartlara göre çeşitli dereceler kabul der. Hak ve vazife kaideleri de aynı şekilde çeşitlidir. Meselâ ana-babanın çocukları karşısındaki hak ve vazifeleri kardeşlerin birbirlerine olan hak ve vazifelerinden farklıdır. Keza arkadaşlar arasındaki hak ve vazifeler vatandaşların mütekabil hak ve vazifelerinden farklıdır.

---

(64) ARİSTO — Ethique de Nicomaque. Livre VIII Chapitre XI Sh : 387, 389.

(65) ARİSTO — Ethique de Nicomaque. Livre VIII Shapitre XI : Sh : 387.

(66) ARİSTO — Ethique de Nicomaque. Livre VIII Chapitre Sh : 385.

(67) Georges GURVITCH — Sociology of Law. London 1953, Sh : 54.

(68) «Adalet cemiyet içinde insanları birleştiren bağdır; neyin doğru olduğunun tâyini demek olan adaletin icrası da siyasî cemiyette düzenin temelidir.» (ARİSTO — Politika Cilt : I, Kitap : I, Sh : 9).

Diğer dostluk çeşitlerinde de durum budur. Bu gruplardan herbirine ait fertlere karşı işlenen adaletsizlikler de birbirinin aynı değildir. Mütecavizle mağdur arasındaki münasebet ne kadar sıkı ise işlenen haksızlığın cezası da o kadar ağırdır... Tabiat adil olmak vecibesinin dostlukla muvazi olarak artmasını ister. Zira adalet ve dostluk müşterek karekterlere sahiptirler ve sümul sahaları müsavidir (69).

ARİSTO çeşitli içtimaî münasebet şekillerini tasvir ve kısmen de tasnif eder. Meselâ bazı içtimaî münasebetler hiyerarşik karakterdedir. Ana-babanın çocuklara olan durumu bir üst, mafevk durumudur ki, bunu tanzim eden adalet kaideleri de hiyerarşik bir karakter taşıyacaktır. Yani bu siyasî adaletten tamamen farklı bir şey olan bir aile adaleti «justice domestique» şeklinde tezahür edecektir (70).

Buna mukabil eşler arasındaki münasebetleri tanzim eden adalet kaideleri ise eşitlik prensibine dayanacaktır. Kardeşler arasındaki münasebetlerde ve demokratik hükümetlerin vatandaşları arasındaki münasebetlerde bu mahiyette bir adalet cari olacaktır.

c - Farklı sosyal zümrelerin farklı hukuk tiplerini yaratışı :

ARİSTO içtimaî münasebetlerin nevilerini - tam bir tasnifini yapmamakla beraber- sayarken bu münasebetlerin kaynakları mahiyetinde olan fiilî sosyal zümre tiplerine de biraz temas etmiştir. ARİSTO zümrelere «koinonia» der. Bunu cemaat veya cemiyet şeklinde anlayabiliriz. Meselâ bir aile bir cemaattir. Kısmî bir topluluktur. kısacası bir zümredir. Keza akranlık esasına dayanan ihtiyarî cemiyetler de birer zümredir. Köy cemaati de bir zümreyi temsil eder. Bizatihî devlet dahi bir topluluk nev'idir. Siyasî zümredir. ARİSTO'ya göre devlet topluluklarının en önemlisi, en büyüğüdür. Diğer topluluklardan öncedir ve onlara üstündür. Diğer zümreler ancak devletin parçaları, cüzileri mesabesindedir (71).

Her zümrenin hususiyetine göre tâbi olduğu adalet kaideleri de değişir. ARİSTO'ya göre asıl hukuk devlette tecelli eden hukuk-

(69) ARİSTO — Ethique de Nicomaque. Livre VIII Chapitre IX, Sh : 379.

(70) ARİSTO — Ethique de Niomaque. Livre VIII Chapitre VI, Sh : 227

(71) ARİSTO — Politika, Cilt : I, Kitap : I, Sh : 8-9 1253 a. Ethique (L. VIII, Cilt : IX. Sh : 381).

tur.Diğer topluluklardaki adalet kaideleri ise ancak «hukuka benzer» kaidelerdir (72).

Devlet topluluğunda tecelli eden hukuk o devlet şekline hâkim olan gerçek sosyal münasebetlere göre değişiklikler arzeder. ARİSTO'ya göre «hükümet şekillerinden herbirinde dostlukla adalet aynı nisbet dahilinde tezahür eder. Kralı teb'alariyle birleştiren dostluk hayırhahlığın en yüksek derecesine tekabül eder. Kral eğer fazilet sahibi ise teb'alarına iyilik eder. Tıpkı çobanın koyunlarının hayrına çalışması gibi HOMER'in AGAMEMNON için «halkın çobanı» demesinin sebebi budur. Kralın halkla münasebetinde her iki tarafa tatbik edilecek adalet kaideleri aynı değildir. Bunlar liyakatle mütenasiptir, hiyerarşiktir.

Aristokratik hükümetlerdeki durum karı koca arasındaki muhabbete benzer, faziletle mütenasiptir. Daha iyi durumda olanın daha çok avantajı vardır ve esasen herkes kendisine yakışana, münasip olana sahiptir.

Demokratik hükümetlerde ise kardeşler ve arkadaşlar arasındaki münasebete benzer bir durum vardır. Vatandaşlar birbirlerinden ancak meziyetleri ile tefrik edilebilirler, ve herkes sırası gelince idare ve kumanda mevkiine geçer ve birbirleriyle eşitşartları haiz bulunur.

Tiranlıkta ise dostluk münasebeti zaten tezahür etmez veya pek zayıf bir halde bulunur. Kumanda edenle itaat eden arasında hiçbir müşterek mevzu olmayınca dostluk da olmaz ve dolayısiyle adalet de olmaz. Tiranla halk arasındaki münasebet, hemen hemen işçi ile alet, efendi ile köle arasındaki münasebete benzer... Tiranlıkta dostluk ve adaletin yeri pek az olduğu halde demokrasilerde bunlar ehemmiyetli bir yer işgal ederler. Zira vatandaşlar eşittirler ve aralarında birçok müşterek münasebetler vardır» (73).

d - ARİSTO'nun hizmeti :

ARİSTO'nun Etika ve Politikasında ele alınan ve hemen bütün sosyal ve politik ilimlerin konularına giren problemlerin içinde sahamıza olan yardımlarını bulup çıkarırken, zarurî olarak, diğer ilimlerin sahasına giren hizmetlerini meskût geçiyoruz. Hattâ

(72) Georges GURVİTCH — Eeéments de Sociologie Juridique. 1940. Sh : 38. (Pol.; 1253 a; Eth. Nic. V., 1134 a-113 a).

(73) ARİSTO — Ethique de Nicomaque Livre VIII Chapitre XI, Sh : 388.

ARİSTO'nun, «sosyal bozulma» lar ve bunlara karşı alınması gerekli «siyasî, idarî, sosyal tedbirler» gibi bir taraftan pratik Hukuk Sosyolojisini, diğer taraftan Siyasî İlimleri ilgilendiren çok dikkate değer fikirlerini dahi işaretle yetinmek zorunda kalıyoruz (74) Zira, evvelce işaret ettiğimiz gibi, pratik sosyal problemler, yer ve zamana göre ehemmiyet arzeden ve hal suretleri hakkındaki tavsiyeler de bu şartlara göre değişen meselelerdir. Bununla beraber ARİSTO'nun, kanunların sık değiştirilmesi, lüzumundan fazla kanun yapılması, demagojik mülâhazalarla halkın, idarenin mesul ajanlarını mahkemelerde süründürmeye teşvik ve tahrik edilmesi, güzide ve nüfuzlu yurttaşların siteyi terke zorlanması v.s. gibi kısmen müessesevî, kısmen itiyadî mahiyette olan hareketlerin zararlı sonuçları hakkında ikazlarda bulunduğu, unutulmamalıdır. Keza, halkın, içinde bulunduğu hükümet şeklinin icaplarına göre bir vatandaşlık terbiyesi ile yetiştirilmesi, hükümetleri tarafından aldatılmaması ilh.. gibi pratik tavsiyeleri, aşağı yukarı evrensel vasıflar taşıyan, her zaman her yerde karşılaşılan müşküllerin hal suretlerini teşkil ederler. Mamafih bu hususlar, daha ziyade, Hukuk Siyaseti ve bilhassa Siyasî İlimlerin konularına girmektedir.

Hukuk Sosyolojisi bakımından, ARİSTO'nun işaret ettiği hakikatler, sonradan derinleştirilen, fakat kendi yakın muakkiplerince farkedilmemiş olan tahlillerinde görülür. GURVİTCH'in dediği bibi «ARİSTO'nun muakkipleri, onun vazedip te halledemediği çok daha derin problemleri kavrayamadıklarından, sadece, onun vardığı dogmatik neticeleri olduğu gibi alıp hıfzetmekle yetinmişlerdir. Meselâ ARİSTO'nun hükümet ve adâlet şekilleri tasnifi üzerinde daima durulmuştur. Fakat bu tasnifin gerçeklikteki temellerine inilmemiştir. Adalet, hukuk, örf ve âdet hakkındaki fikirleri tekrarlanmış, fakat bunların arasındaki münasebetler hakkındaki sezişleri farkedilmemiştir.

ARİSTO, cemiyette kendiliğinden vücut bulan ve insanlar arasındaki tabiî ve zarurî münasebetlerin sürdürülmesi ihtiyacından doğan içtimaî düzeni faketmiş ve buna «Nomos» demiştir. Bu, Devletin ısdar ettiği müsbet hukuk değildir. Bu, örf-âdet, teamül ve sosyal ahlâk kaidelerini içine alan bir spontane düzen şeklidir. İnsanlar arasındaki türlü münasebetlerin yarattığı bu düzen şekli,

(74) MAXEY — Political Philosophie. New York 1950. Sh: 58 - 79- «The first political Scientist».

Devletçe yaratılacak müsbet hukuk kaidelerine temel teşkil eder. ARİSTO, eğer devletin bütün vatandaşları arasında dostluk teessüs edebilseydi, hukuk vaz'ına, adalet kaideleri isdarına lüzum yoktu (75) derken, sosyolojik anlamda, bu iç tabiî düzenin şeklî hukukdan müstağnî olarak devam edebilmesi ihtimal dahilinde olduğu halde, temelinde böyle bir tabiî münasebetler düzenine sahip olmayan hukuk kaidelerinin yaşayamıyacağını imâ ediyordu. ARİSTO'nun bu gerçekçi ve vakıa durumunu ön plâna alıcı tavrı onun talebesi olan THEOPHRASTE'de pek bariz bir şekilde görülür (76). Tanınmış Hukuk Tarihçisi DARESTE'in dediği gibi ARİSTO'nun ekolü için «vakıa, hukuktan evveldir. Hukuk; müeyyede ile mücehhez bir umumî kaide haline yüksetilmiş vakıadan başka bir şey değildir. Eğer insanlar bundan müstağnî olabilecek kadar hakîm olursa kanunlar beyhudedir». Keza «burada ARİSTO'nun metodunun EFLATUN'unkinden ne kadar farklı olduğu görülür. EFLATUN'da vakıaların tetkiki daima metafizik spekülasyonlara tâbidir. Peripatetisien mektebi için ise, bilâkis Hukuk da, bütün ilimler gibi, herşeyden evvel müşahedeye dayanır» (77).

ARİSTO'nun, hukuku tarif ederken, tek ve daima aynı kalan bir mantıkî formülde ısrar etmeyişi, onu hemen daima ele alınan herhangi bir hukukî konu çerçevesi içinde tasvire çalışışı, hukuku «câmianın müşterek iradesi tarafından, bütün fiil ve hareketleri tanzim eden akıl» şeklinde kanunu ise «insanların muhtelif hususlarda nasıl hareket etmesi lâzımgeldiğini yazılı şekilde emreden Devletin (Sistenin) müşterek iradesi» olarak tarif edişi keza, hukuku kâh «ihtirassız akıl», kâh bir «nizam nevi», kâh bir «mukavele, anlaşma» suretinde tarif edişi, kendisinin, hukuku gerçek sosyal hayattaki çeşitli cepheleri ve çeşitli fonksiyonları ile ele aldığına; hukukun tarifine, hukukun tezahürlerinden başlamak suretiyle vasıl olduğuna alâmettir. ARİSTO'nun hukuk tariflerindeki bu kısmîlik, bu farklılık, çağdaş sosyologlara (78) onun çalışmalarını modern ilmin tatbikatının bir başlangıcı olarak kabul ettirmiştir. Zira o herşeyden evvel «olan hukuktan» başlamış, ve mevcut hukukun fiilen nasıl işlendiğini müşahede etmek istemiştir.

Meselâ, adalet hakkındaki fikirlerimiz ne olursa olsun, mühim

(75) Georges GURVITCH — a.g.e. Sh : 38.
(76) ARİSTOTE — Ethique de Nicomaque, Livre : VIII, Chapitre : I, Sh : 353.
(77) Bak, yukarıda not : 33.
(78) DARESTE — La Science du Droit en Grèce, Paris 1893, Sh : 302).

olan husus adalet dediğimiz şeyin fiilen ne tarzda tatbik edilmekte olduğudur. ARİSTO, adaletin ne tarzda tatbik edileceğini bilmek sıhhata faydalı olan maddelerin, hakikaten fayda vermesi için ne tarzda kullanılması gerektiğini bilmekten daha zordur der (79). Zira herşey bu kullanış tarzına tâbidir. Böylece hukuk ve adalet normları hakkındaki mücerret tariflerden ve bunların nazari tartışmalarından ziyade, ARİSTO için mühim olan, müşahhas hallerde bu prensip ve kaidelerin nasıl tatbiki gerektiği meselesidir. O, bütün bu müşahhas durumlardaki zaafları, hataları görmek, göstermek ve ikaz etmek ister. Bunların Pratik Hukuk Sosyolojisi problemlerini teşkil ettiği malûmdur. Bundan başka ARİSTO'nun, zümre bağlarının tipleştirilmesi ve her zümrenin diğerinden farklı bir hukuk tipine tabi olması hakkındaki fikirleri bu zümre bağlarının tabiî birer mûtâ olarak ele alındığına ve sun'î olarak bütün bu intisap bağlarının Devlet'in bütünü içinde eritilmemesi lüzumuna inandığına delâlet eder. Bu gerçek ve tabiî zümreleşmeler, Devlet içinde ahenkleştirilmiş bir halde yaşatılmalı, yoksa yutulmamalıdırlar. ARİSTO, aile, köy, dernek, şirket v. s. gibi tabiî veya iradî birliklerin müşahhas karakterini, arzettikleri hususiyetleri farkediyor ve hiçbir zaman bunların Devlet'in bütünü içinde erimesine taraftar olmuyordu. Bu da gösteriyorki ARİSTO, Devletteki müvazenenin, ayrı ayrı kollektif üniteleri birleştirici, yutucu, kendi vahdetinde eritici sıkıcı bir intisap bağı (communion) ile tesisine taraftar değildir. Zira o, bugünkü mânasıyla totaliter bir Devletin, devletten beklenen gayeyi, yani müşahhas insan ve aileleri mesut ve faziletli bir hayata mazhar etmek fonksiyonunu başaramıyacağına kani idi. İçindeki bütün kollektiviteleri, bütün zümreleri kendi vahdeti içinde eriten Devlet matlup bir Devlet değildi. O halde gerek aile, gerek köy, dernek v. s. olsun, Devletin içinde kendi hüviyetlerini muhafaza ederek yaşamalı ve ferd bu çeşitli içtimaî rabıtalar, çeşitli intisap bağları içinde bulunmalı idi (80).

Nihayet, Devletin gerçek unsurlarının terekküp şekillerinin, onun anayasasına müessir oluşunu farketmesi, Devlete bir hukukî üst yapı ve bir de sosyolojik alt yapının varlığını müşahede ederek

(79) HUNTİNGTON CAİRNS — Legal Philosophy from PLATO to HEGEL. Baltimore 1949 Sh : 92, 124, 125.

(80) ARİSTOTE — Ethique de Nicomaque (a. g. e.) Livre : V, Chapitre : IX, Sh : 241.

bunlar arasındaki alâka ve münasebeti keşfetmesi, siyasî hukuku, tâbi olduğu gerçek sosyal şartlar bakımından tahlil ve tasnif etmesi, bugün siyasî Sosyolojinin ilk çalışmaları olarak ele alınabilir.

Ancak biz Siyasî ve Hukukî Sosyoloji konuları arasındaki hudut çizgileri her zaman kolayca belirtilemediği için, mübeşşirlerin tetkikinde, bu çift sahayı ilgilendiren konuların hepsine birlikte temas zaruretini hissetmekteyiz. Siyasî Sosyoloji konularının tebellürü ve tahdidi daha sonraki mütefekkirlerin araştırmaları sırasında tahakkuk etmiştir.

ARİSTO'nun tetkiklerinde eksik kalan mevzulara gelince; bunları muhtelif içtimaî toplulukların ve rabıtaların vücudüne işaret ettiği halde belirli bir tipleştirmeğe tabi tutmamış olması, siyasî camia olarak vasıflandırdığı devlete kendi zamanındaki yunan siyasî felsefesinin tesiri altında kalarak, hukuk yaratmak bakımından diğer topluluklara nazaran kalbî bir üstünlük tanıması ve siyasî rabıtaları diğer içtimaîlik şekillerinden üstün sayması noktalarında toplayabiliriz (81).

Bundan başka bazıları da ezcümle KELSEN eski Atina gibi köklü demokratik ananelere sahip bir sitede yaşayan ARİSTO'nun hükümet şekilleri hakkındaki tarfsız tahlillerini, monarşinin iyi taraflarını göstermekten çekinmeyişini, keza icabında demokrasinin kötü taraflarını da soğukkanlılıkla teşhis etmesini bir taraftan yaşadığı devrin politik şartları bir taraftan da şahsî durumunun hususiyetleri ile izah ederler : «EFLATUN zamanında yunan siteleri henüz istiklâllerini muhafaza ediyorlardı. ARİSTO zamanında ise bu siteler Makedonya Krallığının nüfuzu altına girmişlerdi ve site devletinin ananevî demokratik prensipleri sarsılmıştı. Bu itibarla kendisi de Makedonyalı olan ARİSTO Atina gibi demokratik geleneği kuvvetli bir şehirde siyaset mevzuunda son derece ihtiyatlı hareket ediyor, ilmî ve felsefî tefekkürü her şeyin üstünde tutmakta karar kılıyordu» (82). Bu ihtiyatın sebebi hem şahsî münasebetleri bulunan PHİLİP ve İSKENDER gibi Makedonya Kralların incitmemek hem de monarşiden ve Makedonyalılardan nefret eden Atinalıları kızdırmamaktı.

---

(81) ARİSTO — Politika, Cilt : I, Kitap : I, Sh : 42 - 43, 49, 54.

(82) GEORGES GURVİTCH — Elément de Sociologie Juridique 1940, Sh : 39.
GEORGES GURVİTCH — Sociology of Law, London 1953, Sh : 56, 57.

Diğer taraftan ARİSTO'yu fazla muhafazakâr hattâ oportünist bulanlar vardır (83). Sosyal gerçekliğin ütopik ideallere mukavemet kuvvetini belirten, hukukî nizam kaidelerinin büyük bir nisbette bu gerçeklik şartları tarafından tâyin edildiğini sezen bütün filozoflar her zaman aynı tenkitlere maruz kalmışlardır.

Mamafih ARİSTO'nun sosyal dinamik meselelerine temas etmediği, cemiyetleri tekâmül veya değişme seyri içinde incelemeyi düşünmediği de muhakkaktır. Böylece bir değişmenin tetkiki ona cemiyeti yenileştirici faktörlerinde tıpkı istikrarı sağlayan faktörler kadar gerçek olduğunu farkettirebilirdi. Nitekim aynı noksanı ileride MONTEQUİEU'de de bulacağız. Fikirlerinin tamamen oportünist mülâhazalarla serdedildiği tezine gelince biz buna inanmamakla beraber burada MACHİAVELLİ'nin «Prince»i hakkında söylenmiş bir sözü tekrarlamakla iktifa edeceğiz : bir kitabın saikleri ve yazılmasındaki maksat bizzat kitabın kendisi demek değildir (84) bize lâzım olansa eserdeki fikirlerin gerçekliğe tekabül derecesinden ibarettir.

(83 HANS KELSEN — La Politique Greco-Macédonienne et La Politique d.Aristote (Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique Nos : 3 - 4, Sh : 26, 27.).

(84) BERTRAND RUSSELL — History of Western Philosophy and ist. Connection with Political and Social Circumstances form the Earliest Times to the Present Day. London 1948, 3 ed. Sh : 183. «ARİSTO'nun seleflerinin hataları, imkânsızı tahakkuk ettirmek isteyen gençliğin hataları gibidir. ARİSTO'nun hataları ise, zamanının prejüjelerinden kendini kurtaramıyan kâhil yaştaki adamın hatalarıdır. Teferruatı izah etmekte ve tenkitte ARİSTO mükemmeldir. Fakat büyük çapta inşalar bahis konusu olunca başarı gösteremez. Çünkü temel vuzuhtan ve iç ateşinden (heyecandan) mahrumdur.»

§. 15 — İBNİ HALDUN (1332 - 1404).

A. Şahsiyeti ve temayülleri :

ARİSTO'dan sonra gerek doğuda gerek batıda fikir dünyasına hakim olan temayüller, içtimaî gerçekliğin araştırılmasından ziyade, bu gerçekliğin şu veya bu felsefî prensibe, şu veya bu dinî akideye göre ıslahı istikametinde gelişmiştir. Sosyal felsefe nazariyelerinde ve dinlerde cemiyet ve devlet hayatına tatbik dilecek hazır modeller çizilmiş ve bütün münakaşalar bu modellerden hangisinin daha iyi, daha doğru olduğu yolunda cereyan etmiştir. Fakat sosyal gerçekliğin mahiyeti vasıfları ve sebeplerini naraştırılması istikametinde bir çalışmaya teşebbüs edilmemiştir. Bu itibarla ARİSTO'dan sonra ilk ve ortaçağ düşünürleri arasında sahamızı ilgilendiren devlet ve cemiyet araştırmaları ile meşhur olmuş, sosyal hayat şartları ile siyasî müesseseler arasındaki illiyet münasebetini sezmiş yegâne bilgin, XIV. asırda Kuzey Afrika'da, Endülüs'te yaşamış islâm mütefekkiri İBNİ HALDUN'dur (1).

---

(1) İBNİ HALDUN'un garp ilim dünyasında tanınışı XIX uncu yüzyıla rastlar. İlk defa 1806 da SİLVESTRE DE SACY (Chrestomathie Arabe, Vol, ii, p - 401 - 573) adlı eserinde İBNİ HALDUN'un eserlerinden muhtelif parçaları tercüme etmiştir. Hakkında yazılan ve eserinin bölüm başlıklarının tercümesini ihtiva eden ilk makale 1821 yılında JOSEPH VON HAMMER - PURGSTALL tarafından yayınlanmıştır : Notice sur l'Introduction à la connassance de l' Histoire, célèbre ouvrage arabe d'İbn Khaldun). Bundan sonra 1935 de JAKOB GREFVE, İBN HALDUN hakında ilk ingilizce makaleyi yayınlamıştır : (Anaccount of the Great Historical Work of the African Philosopher, İbn Khaldun.). Bu makalede de, İBNİ HALDUN'un eserindeki bölüm başlıklarının bir tercümesi mevcuttur. Eserinin garp dillerinden birine yazılmış tam tercümesi 1863 de WİLLİAM MAC GUCKİN DE SLANE tarafından fransızca olarak yayınlanmıştır : Les Prolegomenes d'İbn Khaldun.

Sosyologlar üzerindeki vasıtasız tesirleri ilk defa GUMPLOWİCZ'in 1899 da yayınlanan ve içinde İBNİ HALDUN hakkında bir bölümü ih-

WİLL DURANT der ki «İBN HALDUN'un değerini teslim edebilmemiz için kendi kendimize, XIV. yüzyılda hrıstiyanlar tarafından yazılmış hangi felsefî eserin Mukaddime ile boyölçüşebileceğini sormamız kâfidir» (2). Keza tanınmış sosyolog tarihçi TOYNBEE, İBNİ HALDUN'un Mukaddeme'sini «kendi nev'i içinde hattâ bugüne kadar hiç kimse tarafından, hiçbir zaman ve hiçbir yerde emsali yaratılmamış en büyük eser» olarak tavsif eder (3).

İBN HALDUN, esas itibariyle tarih felsefesinin ve siyasî sosyolojinin öncüsü, sayılır. Ancak zamanının kültürüne mensup bütün bilginlerin eserlerinde olduğu gibi, toplayıp değerlendirdiği nasiklopedik bilgilerin içinde maliyeye, iktisada, siyasete taallûk eden muhtelif açıklamalar birbiriyle mahlut bir halde bulunur Bu itibarla tarihî maddiyecilikten, maltusciliğe kadar birçok çağdaş nazariyelerin nüvesini İBNİ HALDUN'un eserinde bulmak kabildir.

Hayatı ve şahsiyeti bakımından, ARİSTO'nun hilâfına olarak, ilimle siyaseti nefsinde birleştirmiş olan çok cepheli bir insandır (4)

---

tiva eden (Soziologische Essays) inde görüldü. CUMPLOWİCZ, RATZENHOFER ve WARD gibi sosyologların sosyal tekâmül hakkındaki mücadele teorisine fazla ehemmiyet vermeleri yüzünden, İBNİ HALDUN'un yalnız bu sahadaki fikirleri benimsendi ve kendisinin göçler, kültür temasları, zihniyet tahavvülleri v. s. hakkındaki cidden önemli fikirleri hemen hemen tamamen unutuldu. Mücadele teorisinin bugünkü en tanınmış temsilcisi olan OPPENHEİMER, müslüman bilgini takdir etmekle beraber eserinin yalnız ziraî reform programına uyan taraflarını kaale aldı. (Bak : HOWARD BECKER and HARRY ELMER BARNES - Socialn Thougth From Lore to Science. Second, Volume I. p : Washington. 1952). İBNİ HALDUN hakkında daha yeni eserler :
N. SCHMİD — İbn Khaldun, Historian, ,sociologist and Philosopher. New York 1930.
G. BOUTHOUL — İbn Khaldun, sa Philosophie Sociale, Paris 1930.
T. HUSSEİN — La Philosophie Sociale d'İbn Khaldun, Paris 1918.
HİLMİ ZİYA ÜLKEN ve ZİYAEDDİN FAHRİ — İbni Haldun, Ankara Kütüphanesi VI, Kanat Kitapevi İstanbul 1940.
MOHAMMED ABDULLAH ENAN — İbn Khaldun : His Life and work (Lahore, İndiya : Sh : Muhammed Ashraf Kashmiri Bazaar, 1941.
ANNEMARİE SCHİMMEL — İbn Khaldun, Ausgewaehlte Abschnitte aus der Muqaddima Tübnigen 1951.

(2) WİLL DURANT, The Reformation, New York 1957, Sh : 694.

(3) ARNOLD TOYNBEE, A Study of History II. Sh : 321.

(4) İBNİ HALDUN 1332 de Tunus'ta doğmuş, aslen Endülsü'te yaşamış Hadramutlu zengin bir arap ailesine mensuptur. Tunus medresesinde iyi bir tahsil gördükten sonra Tunus Hükümdarı Ebu İshak'a intisap etmiş,

İlmî araştırmalarında ne kadar titiz ve sabırlı ise, aksiyon hayatında o kadar cesur, öngörünüşlü ve dinamiktir. Bizzat içinde yaşadığı siyasî hayatın bütün inceliklerini, kapalı taraflarını keşfetmiş ve bunların ilmî izahlarını yapmaya çalışmıştır. Endülüs medeniyetinin çökmesi sıralarında yaşamış olan İBNÎ HALDUN çeşitli berberî devletlerinde siyasî vazifeler görmüş ve bu kısa ömürlü devletçiklerin gelişme ve yıkılmalarına şahit olmuştur. Bizim için mühim olan kendisinin bütün bu şahsî müşahede ve tecrübelerini eserine malzeme olarak kullanabilmiş olmasıdır. O cemiyet problemlerini ancak müşahedeler sonunda izah edilebilecek, müşahhas misallerle ispat edilhebilecek tatkik konuları olarak almış kablî ve dogmatik iddialardan mümkün olduğu kadar kaçınmağa çalışmıştır. Devleti de cemiyeti de birer tabiî sosyal vakıa sıfatı ile incelemiş ve hattâ ARİSTO'dan daha ileri giderek cemiyetlerin dinamik seyrini, zaman içindeki tahavvüllerini de nazara almıştır. İBNÎ HALDUN'un sosyal ve politik ilimlere olan hizmetleri bizim programımızın ancak umumî zeminini teşkil edeceğinden bunlara yan

---

daha sonra Fas Hükümdarı Ebu İnan'ın daveti ile Fas'ta saltanat dairesi sekreterliğini yapmıştır. Kıymet ve şöhreti günden güne artan bilgin bu arada siyasî iftiralara maruz kalarak hapse atılmış, sultanın ölümünden sonra tahliye edilmiş, daha sonra Endülüs'e gitmiş, orada yerleştiği sıralarda İspanyol Kralı Alfons'un yanında diplomatik bir vazifede bulunmuştur. Kral, olgunluğunu ve ilmini takdir ettiği İBNÎ HALDUN'a ailesinin Endülüs'teki arazilerini iade ederek orada kalmasını teklif etmişse de İBNÎ HALDUN kabul etmemiştir. Bundan sonra müteaddit Berberî devletçikleri nezdinde çeşitli idarî ve siyasî görevlerde bulunmuş, bir defa asî ve göçebe Berberîleri bizzat kumandası altındaki kuvvetlerle tedip etmiştir. Bir aralık faal hayatına ara vererek dört sene zarfında meşhur Mukaddimesini kaleme almış ve bunu 1378 de Tunus Sultanı Ebu Abbas'a sunmuştur. Sultanın ricası üzerine Umumî Tarihini yazmıştır. Daha sonra Mısır'da yerleşmiş Malikî mezhebinin kadısı olmuş, neticede tarafsız ve tesir ve nüfuzdan müteessir olmayan kararları yüzünden halkın şikâyet ve iftiralarına maruz kalmış ve sultan huzurundaki muhakemesinde beraat etmişse de kadılığı bırakarak Esher'deki müderrisliği ile iktifa etmiştir. Daha sonra müteaddit diplomatik vazifelerle Timur'un huzuruna gönderilmiş ve hükümdarın dostluğunu kazanmıştır. Hayatının sonuna kadar Mısır'da kalmış ve tekrar müderrislik ve kadılıkla iştigal ederek 1406 yılında 74 yaşında iken vefat etmiştir. Hayatı hakkında bak :

ZÂKİR KADRÎ UGAN. — «Mukaddime» tercümesi İstanbul, 1954 Önsöz Cilt : I, Sh : I - VI.

BOUTHOUL — İbn - Khaldun, Sa Philosophie Sociale Paris, 1930.

Z. F. FINDIKOĞLU ve H. Z. ÜLKEN. — İbni Haldun, İstanbul 1940.

konular olarak temas edeceğiz. Kendisinin doğrudan doğruya sahamızı ilgilendiren fikirleri ise muhtelif cemiyet tiplerinde teessüs eden hukukî düzenin bu cemiyetlerin hayat şartlarına medeniyet tiplerine yakından bağlı olduğu ve çeşitli içtimaî rabıta tiplerinin çeşitli hukuk ve siyaset nizamlarına vücut verdiği hakkındaki görüşleridir. Bununla beraber sosyolojinin teessüsünden dörtyüz sene evvel İBNİ HALDUN tarafından böyle bir ilmin hemen hemen bütün konularının ortaya atılışı ve bu konuların müstakil bir ilim dalı tarafından tetkiki lüzumunda ısrar edilişi hattâ sosyolojik metodun bazı prensiplerinin büyük bir vuzuhla sezilişi o kadar ilgi çekicidir ki açıklamalarımıza başlarken İBNİ HALDUN'un değerini lâyıki ile teslim edebilmemiz için bu noktalara da temasımız zaruridir. Böylece İBNİ HALDUN'un hukuk ve devlet sosyolojisine olan yardımlarını, metodolojik mülâhazaları ile birlikte ele almamız faydadan halî olmayacaktır.

B. Sosyolojinin konusu ve metodu hakkında ilk sezgiler :

1) Tarih ilminin tenkidi :

ARİSTO'nun sosyolojik konulara devletin gayesini araştırmak gibi felsefî bir mebdeden hareketle girmesine mukabil, İBNİ HALDUN sosyal olgunların incelenmesine kendi zamanındaki tarih ilminin tenkidi ile başlar. Bugün kendilerine «içtimaî» dediğimiz olayların içinde en müşahhas ve mütebariz olanlarını «tarihî» hâdiseler teşkil eder. Hattâ tarihî hâdiseler içtimaî hâdiselerin içinde en erken dikkati çeken ve tetkiki konusu olan olayları temsil ederler. Filozoflar «içtimaî» vakıalar kadrosunu henüz tesis edemedikleri çağlarda «tarihî» vakıalar grubunu gayet iyi tanıyor ve bunun şu veya bu şekilde bir tetkik konusu olabileceğini kabulde tereddüt etmiyorlardı. Bu itibarla Tarih, İBNİ HALDUN zamanında içtimaî vakıaları konu edinen yegâne ilimdi. Şu kadar ki bu içtimaâ vakıaların ancak bir kısmını ihtiva ediyordu.

İBNİ HALDUN'a göre tarihî bilgiler sadece nakil ve tevatürlere dayanırsa mevsuk bilgilerden sayılamaz. Tarihin hakikaten «ilmî» bilgileri ihtiva etmesi için, bütün tevatürlerin, nakillerin, iktibasların evvelâ bir tenkit süzgecinden geçirilmesi, sonra da bunların ifade ettikleri hakiki mânaların anlaşılması lâzımdır. Zira tarih ilminin biri tarihî diğeri de hakiki olan iki mânası vardır : «tarih insanların ve kavimlerin hal ve durumlarının nasıl değişmiş olduğu-

nu devlet sınırlarının nasıl genişlemiş, kuvvet ve kudretlerinin nasıl artmış bulunduğunu, ölüm ve yıkılma çağı gelinceye kadar yeryüzünü nasıl imâr ettiklerini bize bildirir. Bu, tarihin sathî, zahirî mânasıdır. Tarihin içinde saklanan mâna ise incelemek, düşünmek, araştırmak, varlığın sebep ve illetlerini dikkatle anlamak, hadiselerin vuku ve cereyanını sebep ve tertibini inceleyip bilmekden ibarettir» (5). Bu sonuncu mânanın hadiselerin sosyolojik izahına tekabül ettiği aşikârdır.

İBNİ HALDUN kendi zamanına kadar yetişen tarihçilerin, tarihin yalnız bu dış mânası ile iktifa ettiklerini söylüyor ve Mukaddime'sinde asıl tarihin nasıl yazılması gerektiğini, bize intikal eden tarihî bilginin doğruluk derecesinin nasıl tâyin edilebileceğini izah ediyor. İBNİ HALDUN'un sosyolojik konulara intikaline sebep olan bu nokta bizim için çok mühimdir. Geçmişte cereyan ettiği bildirilen bir olayın hakikaten vaki olup olmadığını, vaki oldu ise hakikaten nakledilen şekilde mi cereyan ettiğini acaba ne gibi delillere başvurarak tahkik edebiliriz? Bundan başka tarihçilerin hemen yeknesak bir şekilde aynı tip hataları tekrarlamış olmalarının sebepleri nedir? İlmî bir tarihin yazılabilmesi için bu sebeplerin keşfi ve izalesi lâzımdır.

İBNİ HALDUN gayrı ilmî tarihçiliğin hatalarını hem sübjektif hem objektif mahiyette sebeplere atfeder. Bu vadide ileri sürdüğü mülâhazalar sonradan sosyolojinin ve sosyal ilimlerin incelemelerinde esas telâkki edilen bazı metod kaidelerinin ilânından ibarettir. Evvelâ tarihçinin şahsi ruh haletine tallûk eden sebepler vardır. Tarihçi her şeyden evvel tarafsız, objektif ve mutedil olmalıdır. Zira «insan, ilk ağızda kendisine uygun gelen haberleri kabul eder. Bir fikir veya bir mezhebe taraftarlık, insanın dikkatle düşünerek haberi tenkit gözünden geçirmesine mani olur ve insan yalanı kabul ve nakleder» (6). Bundan başka bir de objektif sebep vardır. Bu,tarihçinin, bugünkü mânası ile sosyal realite bilgisinden mahrum olmasıdır. İBNİ HALDUN bu mahrumiyet durumunu şöyle izah eder «tarihe yalan karışmasının mühim bir sebebi vardır, bu da dünyanın insan yaşayan bölgelerindeki kavimlerin ve cemiyetlerin, yeryüzünü imarından ibaret olan ümranın ve diğer tabirle içtimaî hayatın tabiî cereyanı, muhtelif hallerini bilmemekdir. Çünkü cereyan eden hadiselerin - bu hadiseler gerek zatî, gerek fiilî ve

(6) İBNİ HALDUN — Mukaddime Sh : 88.

arızî olsun - kendisine mahsus bir tabiatı ve arızî olan halleri bulunması zarurudir. Hadiseyi işiten kimse hadiselerin ve hallerin varlıktaki tabiatlarını ve bunların icap ve taleplerini bilirse, bu bilgiler o kimsenin bir haberin doğrusunu yalanından ayırt etmek üzere yapacağı incelemelerine yardım edecektir. Haber hangi neviden olursa olsun bu usul incelemeler için en mükemmel metoddur» (7) . Zira «ümranın türlü türlü tabiatları olup hal ve eserleri de çeşitlidir. İşte haberler bu tabiat kanunları ve halleri ile karşılaştırılır. Rivayet ve eserler bunlarla mukayese edilir. Bu tabiat kanunlarına uygun ise kabul, değilse reddedilirler» (8).

Böylece İBNİ HALDUN cemiyet ve medeniyet (ki buna ümran demektedir) tiplerinin çeşitliğini, herbirinin kendisine mahsus hususiyetleri olduğunu, arızî veya aslî durumları bulunduğunu söylüyor ve tarihî rivayetlerin tallûk ettikleri cemiyet nev'ine uygun düşüp düşmiyeceğinin, böyle bir cemiyet hakkında varit olup olmıyacağının araştırılmasını istiyor. Bundan başka cemiyetlerin hayat seyri ile zaman içindeki tahavvülleri ile ilgilenilmesini şart koşuyor ve diyor ki : «bunlar (eski tarihçiler) zamanın hayata olan tesirini, millet ve kavimlerde hal ve durumun, yaşayış şekillerinin ve başka hallerin günlerin ve yılların geçmesi ile değişmekte olduğunu unutuyorlar. Bu unutkanlıklarının bir sonucu olarak geçmişte hükümet süren devletlerin tarihini ve ilkçağda vukua gelen olayları kendilerinden önce geçip giden tarihçilerin eserlerinden asıl ve hakikatini bilmeden, maddesiz suret, kınından sıyrılmış kılıç gibi çırçıplak bir halde naklediyor eserlerini bu gibi sözlerle dolduruyorlar» (9) .

«Bunlar.. kendilerinden önce gelip geçenlerle kendi çağlarındaki kavimlerin hâl ve durumlarının başkalığını düşünmüyorlar» (10).

O halde İBNİ HALDUN'a göre ilmî tarihçiliğin şartı tarihî hadiseleri tetkike başlamadan evvel alelıtlak cemiyet hâdiselerini, cemiyet tiplerini bunların hususiyetlerini kanunlarını, hülâsa tabiatlarını öğrenmektir.

---

(7) İBNİ HALDUN — Mukaddime Sh : 90.

(8) İBNİ HALDUN — Mukaddime Sh : 7.

(9) İBNİ HALDUN — Mukaddime Sh : 8.

(10) İBNİ HALDUN — Mukaddime Sh : 9.

2) Sosyolojinin «ümran ilmî» adı ile kuruluşu :

Görülüyor ki İBNİ HALDUN ilmî tarihçiliği mümkün kılmak için tarihî rivayetleri bir mihenge vurmak lüzumunda ısrar ediyor ve bunun yegâne kıstasının cemiyet gerçekliği hakkındaki bir ilmin sağlıyacağı bilgilerden ibaret olduğunu iddia ediyor. İBNİ HALDUN kendi zamanına kadar böyle bir cemiyet ilminin kurulmadığını bilmektedir ve bunu ilk defa kendisinin kurduğunu ve hiç değilse yaptığı bütün araştırmalarında daha evvel böyle bir ilmin kurulduğunu öğrenemediğini yemin teyit ediyor (11). Bu yeni ilmin konusu kendi üslubu ile şu şekilde tasvir ediliyor : «yeryüzünde cemiyetler halinde yaşayan insanların içtimaî hali ve bunların bölük bölük toplanmaları neticesinde meydana gelen medeniyet ve içtimaî haller... beşerin içtimaî hayatı için arızî veya zatî olan meseleler ve konular» (12). «Geçen çağlarda yaşamış kavimlerin hâl ve yaşayışlarında husule gelen değişiklikler, bunların idareyi ve memleketi ellerine geçirmelerinin sebepleri dünya mamurluğunun ve insan cemiyetlerinin zatına ârız ve hadis olan devlet ve kavmiyet, şehir ve ülkelerde yerleşik veya göçebe hayat sürmeler, göç ve hareketler, şevket ve kuvvet kazanmaları, zelil ve hakir düşmeler, çoğalma ve azalmalar, ilim ve sanat, ticaret kâr ve zarar kabilinden olan hâdiseler asırların ve zamanın geçmesi ile hallerin değişmesi, göçebe hayatı bırakarak yerleşik hayata geçmeler, husule gelen ve beklenen hâl ve durumlar..» (14).

Yukarda sayılan konuların hepsinin bugün özel sosyal ilimler ile sosyolojinin sahalarına taallûk ettikleri malumdur. Gerçi İBNİ HALDUN zikrettiği bütün bu konuları bugün aradığımız bir vuzuh ve kat'iyet içinde açıklamış olmaktan uzaktır. Fakat bu çeşit mevzuların müstakil bir ilim konusu teşkil edecek mahiyette yani diğer tabiat ve din meselelerinden ayrı kendilerine has bir nev'i teşkil ettiklerini, bugünkü tabiri ile «sosyal» vakıalar olduğunu fark-

---

(11) İBNİ HALDUN — (Bu ilmin yeni ihtira ve baştan benim tarafımdan icat edilmiş bir ilim olduğunu zannederim. Başımın sağlığına andiçerek Tanrı'nın mahlûklarından kimsenin bu mefhumda söz söylemiş olduğunu bilmediğimi teyit edebilirim. Bizden önce gelenler bundan gaflet mi etmişlerdir? Yalnız selefler hakkında bu zanna kapılmak da doğru değildir. Onlar bu ilme dair ihatalı bir eser yazmış olabilirler. Fakat bu eser bizim elimize geçmeyebilir) Mukaddime, ag., tercüme Sh : 97.

(12) İBNİ HALDUN — Mukaddime ag., tercüme Cilt : I, Sh : 96.

(13) İBNİ HALDUN — Mukaddime ag., tercüme Cilt : I, Sh : 11.

(14) İBNİ HALDUN — Mukaddime ag., tercüme Cilt : 1, Sh : 14.

etmiş ve böylelikle yeni bir ilmin kurucusu sayılmasa bile (15) herhalde kuvvetli bir mübeşşiri olmuştur.

C. Cemiyetler tipolojisi ve hukukî nizam tipleri :

İBNİ HALDUN'a göre cemiyetin menşei, doğrudan doğruya insan tab'ının içtimaîliğidir. İnsan, cemiyette yaşamaya muhtaç ve müstait yaratılmıştır. İnsan hayvan olarak zayıf ve kuvvetsizdir. Tabiatın ona nefsini müdafa silâhı olarak verdiği şeyse zekâ ve elden ibarettir (16). Birtek ferdin bir günlük yiyeceğinin sağlanması için dahi birçok fertlerin elbirliği ile çalışması icap etmiştir. Böylece cemiyet hayatı tabiî bir şeydir. Bir ihtiyaç ve zaruret neticesidir. Yeni çağdaş sosyologların tesanüt dedikleri vakıanın sonucudur. İnsan, tabiat kuvvetlerine karşı korunmak için birleşir, daha doğrusu kendisini bir insan topluluğu, bir birleşme münasebeti içinde bulur.

Ancak, cemiyetler üzerlerinde yaşadıkları coğrafî muhitin, iklim şartlarının, geçimlerini temin yolunda başvurdukları istihsal şekillerinin tesiri ile birbirlerinden farklılaşırlar. Bu bakımdan birbirlerinden pek bariz farklarla ayrılan iki tip cemiyet dikkatimizi çeker: 1) göçebe cemiyetler, 2) yerleşik cemiyetler.

Göçebe cemiyetlerin içinde birbirinden farklı tali tiplere rastlanır. Bundan başka bir de ziraatla uğraşan cemiyetler vardır ki bunlar bazan yerleşik bir cemiyete tabi durumdadır (şehirlere bağlı köyler gibi.) Bazan da toprakta yerleşmiş olmakla beraber bizzat kendisi bir yerşeşik medeniyet kurmadığı gibi böyle bir medeniyete de tabi durumda bulunmaz. Bu bakımdan İBNİ HALDUN'un tasnifini üçlü bir tipoloji olarak alabiliriz: 1) Göçebeler 2) Yerleşik cemiyetler 3) Ziraat cemaatleri (köy cemaatleri). Fakat kendisi bilhassa ilk iki cemiyet tipinin tezadi üzerinde durur ve ziraî cemiyetlerin çoğu esasen medeniyet seviyesine vasıl olmuş

---

(15) HOWARD BECKER and HARRY ELMER BARNES. — Social Thought From Lore To Science Washington, 1952 Volume : 1, Sh : 268, İbni Haldun'a sosyolog demeye teşebbüs etmek manasız bir anakronizm olabilir. Yapılacak şey daha ziyade onun fikirlerini, eserini bir bütün olarak kıymetlendirmek gayesi ile, muhtelif metinlerden takip etmektir. Zira görüş zaviyesi ve tetkik konusu bakımından arzettiği büyük benzerlik dolayısiyle böyle bir kıymetlendirme sosyolojisinin ana hatlarına ve muhtevasına bir hizmet teşkil edebilir.»

(16) Mukaddime, Cilt : 1, Sh : 108.

bir yerleşik cemiyetin tabii durumunda olduğundan bunlar üzerinde fazla ısrar etmez. Bu ziraat cemiyetleri daimi bir şekilde şehrin istismarına hedef olurlar (17) ve durumları göçebe cemiyetlerden çok daha fenadır. Ancak bunlardan müstakil olanlar yani yerleşik bir medeniyete bağlı olmayanların durumu göçebelerden iyidir (18). Sahrada yerleşmiş bazı arap kabileleri bu safhada bulunurlar.

I) Göçebe cemiyet tipleri :

Bunlardan bir kısmı koyun ve davar beslemek sureti ile geçinirler. Yer değiştirme kabiliyetleri çoktur. Fakat umumiyetle çöllerin uzak bölgerine fazla nüfuz edemezler. Bunlara «çoban göçebler» denir. Diğer kısmı ise ise deve beslemekle geçinirler ve bu hayvanın yetişmesine elverişli olan çöl ikliminde kalırlar çölün en uzak bölgelerine kadar nüfuz ederler. İBNİ HALDUN'a göre asıl göçebe hayat örneği bunlarda müşahede edilir. Zamanla servet ve kudret kazanan bu göçebeler yerleşik medeniyetler kurmaya veya mevcut yerleşik medeniyetleri mağlûp ederek yerlerine geçmeye muvaffak olurlar.

a - Göçebelik şartlarının insan tab'ı üzerine tesiri :

İBNİ HALDUN, iklimin, maddî hayat tarzının, istihsal şartlarının insanların karakterlerini ve dolayısiyle cemiyetlerin hususiyetlerini tâyin ettiğine inanır. Yani ferdî ve kavmî karakterler ırkî değil belki mükteseptir. Zira «insan, alışkanlıkların oğludur. Onunla alışıp kaynaşmıştır. O, kendi tabiat ve mizacının oğlu değildir. Hayatta alışmış olduğu şeyler onun yaradılışı ve tabiatı, onun için bir meleke ve bir alışkanlık olur. Bunlar, insan için bir tabiat, veya yaradılıştan gelme bir özellik gibi olur» (19).

O halde göçebe hayat insana ne gibi itiyatlar kazandırmakta ve bu hayatı süren cemiyetlerin maşerî ruhu ne gibi hususiyetler arzetmektedir?

Evvelâ şunu kaydedelim ki İBNİ HALDUN, «cemiyet» ile «devlet»i birbirine karıştırmıyor. Öyle cemiyetler vardır ki bir devlet haline inkılâp edememiştir. Fakat bu, kendine has düzeni olan bir

(17) Mukaddime, Cilt: II, Sh: 385.

(18) Mukaddime, Cilt: I, Sh: 321.

(19) Mukaddime, Cilt: I, Sh: 322.

insan topluluğu olarak baki kalmasına mani teşkil etmemiştir. Demekki her nizam devlet nizamı demek değildir ve bazı cemiyetlerde devlet teşekkül etmediği halde nizam teşekkül etmiştir. İşte göçebe cemiyetler bu tip topluluklardır.

b - Göçebe cemiyetin spontane hukuk düzeni ve bunu doğuran içtimaî rabıtalar: asabiye bağı ve şef saygısı:

Bu topluluklarda teessüs eden spontane sosyal düzen ve bunun kaideleri olan spontane hukuk hükümleri acaba meşruiyetlerini ve mer'iyet kuvvetlerini nereden almaktadır? İBNİ HALDUN burada göçebe cemiyetin nizamını hattâ pek kuvvetli nizamını yaratan sosyal rabıtanın mahiyeti üzerinde ısrarla durur. Bu kendisinin «asabiyye» bağı dediği rabıtadır. Bu kelime Fransız diline «esprit de corps» tabiri ile çevrilmiştir. Bu, aynı zümreye mensup olmadan doğan bir tesanüt nev'ini ifade eder ki İBNİ HALDUN bununla bilhassa erkek nesebine dayanan kabile zümrelerindeki akrabalık rabıtasını murat etmiştir. Ancak, bu kabilenin nüfusu artabilir, içine muhtelif soyları alabilir ve bu akrabalık bağı sırf sembolik bir karabet şekline inkılâp edebilir. Yani asabiyye bağı, dar mânada bir akrabalık bağı olmaktan uzaklaşıp geniş mânada bir kavim ve kabile bağı haline gelebilir. Umumî olarak buna biz «göçebe kavimlerin tesanüt bağı» diyebiliriz. İBNİ HALDUN'un tarifi «aynı nesepten gelen kimseler arasındaki yardımlaşma ve şeref birliği» şeklindedir (20). Sarih ve yakın akrabalık münasebetlerinde bu hal açıkça müşahade edilebilir : akrabası tecavüze maruz kalan kimse bundan bir üzüntü ve fâile karşı bir öfke hisseder. Neticede gadra uğrayan akrabasını koruma arzusuna kapılır. Akrabalık ne kadar yakın, ne kadar şüphesizse bu his o kadar kuvvetlidir.

Uzak ve tenha yerlerde, başka soydan gelenlerle teması olmadan yaşayan göçebelerde ise nesebin karışmadığı, şecerenin sarahatle belli olduğu malûmdur. Onun için bu göçebelerde asabiye bağı çok kuvvetlidir. Fakat göçebe hayat yaşayan her topluluk daima bu kadar basit ve mütecanis bir halde bulunmaz. Bilâkis mutelif göçebeler arasındaki mücadeleler neticesinde çeşitli soyları içine alan daha geniş, daha kalabalık göçebe cemiyetler meydana gelir. Böylece aynı göçebe cemiyet içinde muhtelif aileler ve soylar bulunabilir. Ancak bunların birisi bütün diğerlerine ha-

(20) Mukaddime, Cilt: I, Sh: 341, 343.

kim durumda ve şef vaziyetinde olur. Bu baş sülâle ile diğerleri arasında adeta hiyerarşik bir durum vardır.

Burada İBNİ HALDUN, başka kabilelerden ayrılıp göçebe bir kabileye iltihak edenleri de nazara alarak bu gibilerin durumlarını sosyal rabıta bakımından dikkate değer bir şekilde izah eder. Hâmi ile mahmi, efendi ile köle arasında da bir nev'i sun'i akrablık şekli tessür eder ve bir asabiyye bağı doğar (21). Görülüyor ki nesep alâkası biyolojik menşeinin dışına taşmakta ve bir sosyal irtibat vasfını kazanmaktıdr. Bu sosyal rabıtanın ne demek olduğunu hukuk sosyolojisi bakımından ilgi çekici bir şekilde izah eden İBNİ HALDUN aynen şöyle demektedir: «Çünkü... başka bir nesebe intisaptan maksat, ancak, o nesebin aralarında cari olan hüküm ve kaidelerden faydalanmaktadır». Böylece İBNİ HALDUN göçebe zümrelerdeki hukuk kaidelerinin, nesep bağı gibi tabiî-içtimaî bir alâkadan, bugünkü tabiri ile bir sosyabilite şeklinden doğduğunu açıkça belirtmiş olmaktadır (22).

Göçebe cemiyetlerde nizamı tesis eden bu asabiyye bağının yanında şeflerin otoritesini de belirtmek icabeder. Henüz devlet merhalesine vasıl olmamış bir camiada şeflerle kabile mensupları arasındaki spontane hiyerarşiyi ve şefin rolünü, onun bir nev'i hukuk söyleyici fonksiyonunu ifa ettiğini pek güzel belirtir. İBNİ HALDUN'a göre hiçbir cemiyet birtakım yasak düsturları olmadan yaşayamaz. «Göçebe olan boy ve uruklara gelince, bunların aralarındaki çekişmelere, hepsinin kalbi onların vekar ve ululuğu ile dolmuş olan şeyhlerinin ve büyüklerinin müdahalesi ile son verilir. Bu şeyhler onların yasakçıları ve hakimleri olup birbirlerine zulmetmelerine ve saldırmalarına engel olurlar» (23). Görülüyor ki kabilenin iç nizamı, nesep tesanüdü ve kabile büyüklerine hürmet ve tazim hislerinin doğurduğu kaidelerle yani spontane örf hukuku ile kurulup devam eder. İBNİ HALDUN'un bu tahlillerine sosyoloji tarihinde ancak XIX. asır sonunda yaşamış SPENCER, VACCARO, GUMPLOWİCZ ve OPENHEİMER gibi sosyologların eserlerinde rastlanacaktır ki bunların çoğu İBNİ HALDUN'un tesiri altında kalmışlar ve onun fikirlerinin dört asır sonraki muakkipleri olmuşlardır.

---

(21) Mukaddime, Cilt: I, Sh: 342.

(22) Mukaddime, Cilt: I, Sh: 347, 372.

(23) Mukaddime, Cilt : I, Sh : 339.

c - Göçebelik hayatının yarattığı kıymet ölçüleri:

Karakter hususiyetlerine ve bu cemiyetlere hakim olan kıymet ölçülerine gelince bunların menşeini göçebe cemiyetin morfolojik, ekonomik ve sosyal şartlarında aramak lâzımdır. Şehirlerden ve birbirlerinden uzak sahalarda yaşadıkları için bu temassızlık sonucu olarak göçebeler kaba ve sert tabiatlıdırlar. Fakat şehirlilere nazaran, ahlâken bozulmaya daha az müstaittirler.

Göçebelerde ihtiyaçlar ancak kendi miktarlarınca karşılanır. Mesken barınmayı, gıda yaşamayı sağlayacak kadardır. Giyecek örtünmeyi mümkün kılacak derecededir. İhtiyaç maddelerinde çeşitlilik, kalite farkı ve itina yoktur. Göçebe bütün görgüsünü kendi fakir ve hücra bölgesinde alır. Dolayısiyle bolluğa ve rahata alışmadığı için kanaatkârlık bir ikinci taibat haline geçer. Kabilenin şerefini kendi menfaatının üstünde tutar. Egoist değildir ve icabında hayatını hor görmesini, feda etmesini bilir. Bu itibarla cesaret ve şecaat gibi kıymetler göçebeliğin bariz hususiyetleridir.

Münferit yaşayan bir kabile, merkezi teşkilâttan mahrum bir cemaat hayatı kendi mensuplarına, daima harice karşı korunmaya hazır olmak lüzumunu telkin eder. Kendisinden olmayana karşı itimatsızlık hissi tabidir. Göçebe hiçbir zaman kendini ve cemaatini emniyette hissetmez ve korunması için de kendi kuvvetinden başka hiçbir şeye güvenemez. Onun günveneceği ne topu ne kalesi vardır. Onun için göçebe, yabancıya itimatsız, mücadeleci savaşçı ve cesur olmaya mecburdur. Böylece göçebelik şartları mahrumiyete dayanıklı, kendine güveni çok, cesur ve birbirlerine sıkı sıkıya bağlı, mütesanit insanlar yetiştirir. Böyle insanlardan mürekkep topluluklar ise daha zayıf olanlar ve bilhassa yerleşik cemiyetler için daimî bir tehlike teşkil ederler.

2) Yerleşik cemiyetlerin hususiyetleri:

a - Yerleşik hayatın insan tab'ı üzerine tesiri :

Toprağa yerleşme ve orada ümran safhasına erişip yeni bir medeniyet yaratma insanlar üzerinde göçebe cemiyetlerdekinin tamamen zıddı olan tesirleri icra eder. Yerleşik cemiyetler siyasî camianın yani devletin teşekkülünden sonra veya bununla aynı zamanda doğarlar. Bir siyasî teşkilâtın varlığı ferdi dış tehlikelere karşı yalnız kendi gücüne güvenmekten kurtarır. Merkezî teşkilât bir siyasî emniyet sağlar. Fertler artık sadece savaşçılık kabi-

liyetlerini geliştirmek, askerî ve yeknesak istihsal faaliyeti ile uğraşmaktan kurtulurlar. İnsanlar artık birbirlerinden başka çeşit faaliyetlerle, sanatla, ticaretle, kültürel meselelerle uğraşmaya alışırlar. Fakat bunun neticesinde göçebelik halindeki cesaretlerini hareket ve savaş kabiliyetlerini kaybederler. Hattâ İBNİ HALDUN şehirlerdeki devamlı tahsil ve terbiyenin dahi insanı, çocuk yaşındanberi daimî bir disiplin altında tutması sebebi ile korkaklaştırdığını, kendini müdafaa kabiliyetinden bile mahrum bir hale soktuğunu söyler (24).

Bundan başka şehirde işbölümü gelişince insan türlü ihtiyaçları olduğunu keşfeder. Keza aynı ihtiyacını daha zarif, daha işlenmiş vasıtalarla karşılamaya alışır. Hülâsa zevk ve rahatına düşkün olur. Bu hal ise onu egoistleştirir ve ahlâken bozulmaya müstait kılar. Şehir insanı siyasî otoritenin bütün kademelerine, bunların meşrû veya gayrımeşrû bütün emirlerine boyun eymeye alışmıştır. Onun için onda göçebenin bağımsızlık ve gurur hissini bulamazsınız. Bu hal insanları miskinleştirir ve kendi menfaatından ötesini göremez hale sokar. Hususiyle hükümetlerin idareleri kahır ve şiddete dayandığı nisbette halk kuvvet ve cesaretini kaybeder (25).

b - Asabiyye bağının zayıflaması ve yeni içtimaî rabıtaların doğuşu : devlete sadakat ve dindaşlık bağları :

İçinde çeşitli soydan gelen kavim ve kabilelerin müştereken yaşadığı kalabalıklaşmış yerleşik cemiyetlerde nesep bağları eski kuvvetini kaybetmiştir (26). Artık daha başka irtibatlar daha başka sosyal tesanüt bağları doğmağa başlamıştır. Din bağı, bir hanedana sadakat bağı, hülâsa siyasî sosyabilite eski soy bağının yerini almıştır. Bütün bu şartlar yerleşik medeniyet halkını kültür ve sanat kıymetleri bakımından geliştirmekle beraber göçebelik safhasında haiz olduğu bazı vasıflardan umumiyetle ahlâkî selâbet ve savaşçılık kabiliyetinden mahrum kılar ve hele kuvvetli bir göçebe istilâsına karşı silâhsız bırakır. Ferdin kaybettiği bu kıymetler yerleşik hayatta ancak kuvvetli bir siyasî ve hukukî teşkilâtlanma ile telâfi edilebilir.

(24) Mukaddime, Cilt: I, Sh: 335.

(25) Mukaddime, Clt: I. Sh: 333.

(26) Mukaddime, Cilt: I, Sh: 346.

Ç. Devlet müessesesinin politik ve sosyolojik izahı:

I) Devletin varlık sebebi ve zarurîliği:

İBNİ HALDUN devleti cemiyetten farklı bir kategori olarak ele alır ve cemiyetin, insanların birbirlerinin yardımına olan ihtiyaçları yüzünden teşekkül etmesine mukabil, devletin insanın hemcinsinin şerrinden korunması için kurulduğunu söyler (27). Zira insanın icad ettiği ve sahip olduğu silâhlar onu hayvanlara karşı korusa da, aynı silâhla mücehhez olan hemcinsine karşı koruyamaz. İnsan, içtimaî tab'ının yanında bir de hayvanî tab'a sahip olduğu için insan toplulukları yasaksız, kanunsuz edemez. O halde devlet teşkilâtı ve yasaklar sistemi, insanı, bu hayvanî tab'ın şerrinden korumak için icat edilmiş birer silâhtan başka bir şey değildir (28).

Böylece insanlar için gene insan nev'inden bir yasakçının kendilerine hâkim olması ve onların buna itaat etmeleri bir zaruret icabıdır. Hattâ bu hükmetme ve emre itaat etme hassası arı ve çekirge gibi topluluk halinde yaşayan hayvanlarda da vardır. Ancak bunların cemiyet halinde yaşamaları Tanrı vergisi insiyaklar sayesinde olup, insanın içtimaîliği ise, fikrî ve siyasî kabiliyetinden ileri gelmektedir (29). Böylece devlet de cemiyet gibi bir zaruret, bir tabiî vakıadır. Yoksa bu yalnız ehli kitap olan kavimlerin yapabilecekleri bir şey, bir emri ilâhî değildir. Nitekim mukaddes kitapları olmayan ve sayıları ehli kitap kavimlerden çok fazla olan mecusîlerin dahi birçok devletleri olmuş, birçok medeniyetleri gelip geçmiştir (30).

O halde İBNİ HALDUN bize biri devletin henüz teşekkül etmediği göçebe cemaatte rastlanan ve kendi kendine husul bulan (spontane) diğeri devletin merkezî ve teşkilâtı bir kuvvet olarak teşekkülünden sonra meydana gelen ve bu teşkilâtlı kuvvetin muayyen şekiller dairesinde çıkardığı emir ve nehiylerle teessüs eden (organize) iki nizam nev'inden bahsetmektedîr. Acaba bunlar ara-

(27) Aynı fikirde dört yüz sene sonra W. GODWİN'de, LESTER WARD'da rastlarız. Daha evvel Saint AUGUSTİN aynı tezi müdafaa etmiştir. Keza XVII. asırda HOBBES'ta aynı fikre rastlanır.

(28) Mukaddime, Cilt: I, Sh: 110.

(29) Mukaddime, Cilt: I, Sh: 111.

(30) Mukaddime, Cilt: I, Sh: 112.

sında nasıl bir fark vardır ve bu iki nizamın mesnetleri nelerdir? İBNİ HALDUN'un henüz devlet seviyesine varmamış cemiyetlerde bir şef otoritesinin varlığından bahsettiğini görmüştük. Bu otoritenin kaynağı ile devletin teşekkülünden sonra ortaya çıkan hükümdar otoritesinin kaynağı arasında ne fark vardır? İBNİ HALDUN'a göre bu mukayese şu tarzda yapılabilir : Kabilelerde şeflerin otoritesi, kabile mensuplarının onu kendi büyükleri olarak saymasından onun şahsî veya ailevî durumuna, zatî mezıyelerine soyunun sopunun yüksekliğine hürmet göstermelerinden doğar. Şefin elinde, kendisine itaat etmeyecek olana karşı tatbik edeceği bir kahır ve zecir kudreti yoktur. Şefin askeri, jandarması, savaşçısı olmaz. Şefle kabile mensupları arasındaki bağ, kendiliğinden doğma ve örf adet tarafından desteklenmiş bir himaye ve itaat alâkasıdır. Spontanedir, zecirsizdir.

Halbuki bir cemiyette devletin zuhuru demek, kendisine diğerlerinin itaatini zorla temin kudretini haiz bir şefin ve teşkilâtının zuhuru demektir. Böylece İBNİ HALDUN devlet problemini gayet realist olarak, açıkça iktidar fenomeninin zuhuruna rapteder. Bu itibarla gerek iktidar olayı gerek hakimiyet mefhumunu izah etmeden devleti anlatmaya imkân yoktur.

2) Yerleşik hayatın siyasî ve hukukî teşkilatlanmayı zarurî kılışı: spontane hukuktan organize hukuka geçiş :

Siyasî iktidarın zuhuru zarurîliği dolayısiyledir. Zira münferit göçebe cemiyetlerde nüfusun azlığı, herkesin birbirini tanıması nesebin açıkça belirli oluşu gibi vakıalarla asabbiye bağının kuvveti fazladır ve bu bağın sağladığı spontane örf nizamı kâfidir. Halbuki gerek muhtelif kabileler arası savaş ve karışma vakıaları gerek yerleşik medeniyetler haline geçme vetiresi sonunda bu ilk kabilevî grup eski tecanüs ve tenasüdünü kaybeder. Nüfus kalabalıklaşır, nesepler karışır cemiyette muayyen servet birikmeleri olur, mülkiyet artar. Böylece asabiyye bağından doğan merbutiyet bu karmaşık cemiyeti düzenleyecek kuvvetini kaybeder. Bu safhada soyları, seviyeleri, hayat tarzları, meslekleri birbirinden farklı karmaşık bir insan kütlesini düzen altında yaşatabilmek için teşkilâtı ve merkezî bir zecir cihazının varlığı elzemdir. İşte siyasî iktidar bu fonksiyonu üzerine alır.

Filhakika İBNİ HALDUN yerleşik hayatın behemehal bir «siyaset»i, mahsus bir nizam ve idare şeklini gerektirdiğini söyler.

Göçebe hayat için böyle bir cemiyet idaresine ve cemiyeti idare için muayyen bir siyaset takibine lüzum yoktur. Halbuki yerleşik hayatın karmaşıklığı, işbölümünün gelişmesi, zevklerin, menfaatların, fikirlerin farklılaşması bütün bunların birbirleri ile bağdaştırılması ve muvazene haline konması zaruretini doğurur ki bu da ancak bir siyaset takibi ile mümkündür.

İBNİ HALDUN, yerleşik medeniyetlerin idaresi için zarurî gördüğü siyasetin muhtelif nevileri olduğunu söyler. Belli başlı üç nev'i siyaset vardır. a) aklî siyaset, b) medenî siyaset c) Dinî siyaset.

a - Aklî siyaset :

İnsanların akılları ile bulup vaz ettikleri kanunlara göre devlet idare etmek demektir. Bunun da iki nev'i vardır : birincisinde devlet âmme menfaatları ve maslahatları bakımından sağlam bir şekilde idare edilir. Bu idare hikmet ve akla müstenittir ve esas itibariyle iyidir. Ancak islâm devletleri ilâhî emirlerle idare olunduklarından bu tip idare şeklinden müstağnidirler. İkincisinde ise, devlet ve hükümdarın maslahatları bakımından devlet idaresi kahır ve şiddet istimali hükümdarın elinde toplanır ve halkın menfaat ve maslahatlarını hükümdarın menfaatine tâbi kılan bir takım kanunlarla idare edilir. Bu, aklî siyasetin kötü nev'idir. Fakat gerek müslüman, gerek kâfir olsun dünyada hüküm süren bütün hükümdarlar cemiyetleri hemen daima bu sisteme göre idare ederler. Ancak islâm hükümdarları imkân nisbetinde kendilerini bu kusurlardan temizlemeğe çalışırlar.

b - Medenî siyaset :

Filozofların bahsettikleri ideal siyasettir ki bu, fertlerin devlet cebrinden müstağni olarak sulh içinde yaşayabilecek kadar faziletli ve olgun olmaları, kendilerine hakim insanlar haline erişmeleri halinde bahis konusu olur. Bu takdirde insanlar hükümetsiz olarak kendi kendilerini idare edebileceklerdir demektir.

c - Dinî siyaset :

Devletin, Allahın elçisinin haber verdiği şer'i kanunlar dairesinde idaresidir (31). Nihayet İBNİ HALDUN devlet ve teb'anın

(31) Mukaddime, Cilt: II, Sh: 129 - 131.

en iyi şekilde nasıl idare edilebileceği hakkında bilgiler vermeğe çalışır (32).

Görülüyor ki devlet müessesesini meydana getiren sebep ve zaruretler tamamen beşerî, dünyevî mahiyettedir.

3) Siyasî iktidarın fiilen teşekkülü ve zamanla meşrûlaşma vetiresi :

Devletin tarifini fiilî iktidar üstünlüğünün tahakkukuna bağlayan ve devleti iktidar fenomeninden mücerret olarak ele almak istemeyen İBNİ HALDUN bir cemiyette bu iktidar olayının meydana gelişini ve zamanla bunun hukukî bir kisve kazanarak meşrû otorite haline inkılâp edişini sosyolojik realizmin icaplarına uygun bir şekilde izah eder: Devlet normal olarak, birbirleriyle rekabet ve mücadele halindeki müteaddit kabilelerden birinin kuvvet ve şevket itibariyle diğerine üstün gelmesi ve onları kendi hükmü altına alması ile başlar. Bu üstünlük esas itibariyle, o kabilenin asabiyye bağının diğerlerininkinden daha şiddetli olmasındandır. Böylece müteaddit asabiyyelere sahip muhtelif kabileler bir kuvvetli kabilenin otoritesi altında birleşince şu sosyal olayların zuhuruna şahit olunur : İlk zamanlarda diğerlerini hükmü altına almış olan asabiyyeti en kuvvetli sülâle, sırf cebir ve kuvvet üstünlüğüne dayanarak hükmeder. Bu durum tâbi olanlarda infial ve sevgisizlik yaratırsa da bu gerginlik hali fazla sürmez. Zira halk, gerek mukavemet kudretinden mahrum olmasından, gerek zaman geçmesi ile mağlubiyetin ilk acı hatıralarını unutmasından dolayı yavaş yavaş hakim sülâleye karşı daha az nefret hissetmeğe ona husumetini azaltmaya hattâ biraz sonra ona alışmaya ve bağlanmaya başlar. Eğer hakim sülâle de iyi idare sanatına vakıfsa, bir müddet sonra hükmeden ile evvelce hüküm altına girmiş bulunan zümreler arasında yeni bir sosyal bağ yeni bir tesanüt şekli zuhur eder. İBNİ HALDUN bu intibak vetiresini büyük bir nüfuzla tahlil ede-

(32) İBNİ HALDUN bu hususta kendisinin bildiği eserlerin içinde en güzeli olduğunu söylediği ve siyasetname şeklinde kaleme alınmış bir mektubu örnek olarak gösterir. Bu Halife Me'mun zamanında Tahir Bin Hüseyin'in, oğlu Abdullah Bin Tahir'e yazdığı ve devleti nasıl idare etmesi gerektiği hakkında tavsiyeler ihtiva eden bir mektuptur. Mektupta devletin vazifeleri adalet, müdafaa, emniyet ve maişeti temin şeklinde hülâsa olunmuş ve bunların hâkimiyetin beka şartları olduğu belirtilmiştir. Devlet idaresi hakkında kıymetli tavsiyeleri ihtiva eden bu vesika cidden okunmaya değer: Bak, Mukaddime, Cilt: II, Sh: 132-151.

rek der ki «devlet ve hükümet ilk kuruluş çağında yabancı bir kuvvet gibi olup, halk ona alışmamış olduğu için ahalinin hükümete boyun eğmesi zor olur. Ahali ona ancak kuvvetinden dolayı boyun eğer. Çünkü halk henüz onun idaresine alışmamış ona itaati adet etmemiştir. Devlet reisliği belli bir düzen üzere bir soyda karar bularak hükümdarlık birinden öbürüne geçtikten sonra.. insanlar o devletin ilk halini unuturlar. Hükümdarlık, o sülâleden gelenlerin tabiî olarak hak ve hukuku şeklini alır ve onlara boyun eğmenin dinî bir ödev olduğu fikri bir inanç haline gelir. Kalplerde bu iman yerleştikten sonra, insanlar inançları koruyarak savaştıkları için onların düşmanları ile savaşırlar. Bu inanç hasıl olduktan sonra artık kuvvetli bir asabiyyete muhtaç olmazlar. Bu sülâleye itaat artık Tanrı'nın kitabına inanmak, uymak gibi değişmez bir inanç halini alır» (33).

İBNİ HALDUN'un bu sosyal oluşu tahlil şekli bugünün sosyal psikoloji ve hukuk sosyolojisi anlayışlarına tamamen uygundur «De facto» hükümetten «de jure» hükümete intikal vetiresi XIX. asır sosyologlarında dahi bu kadar vazıh bir şekilde açıklanamamıştır. Hususiyle İBNİ HALDUN'un takipçisi sayılan birçok uzviyetçi sosyologlar birbiri ile savaşan ve sonunda birisinin galibiyeti ile aynı siyasi camia içinde yaşamaya mecbur kalan farklı etnik grupların birbirlerine olan ilk husumet halini sonuna kadar devam ettirdiklerine inanarak hukukun işte bu iç husumetin zararlarını önlemek için tesis edildiğini iddia ederler. Halbuki İBNİ HALDUN savaş ve fütuhat safhalarını takip eden uzun yılların, sonunda yeni bir cemiyet vahdeti yeni bir zümre bağı yaratmasını çok daha isabetli bir şekilde müşahede etmiştir (34).

(33) Mukaddime, Cilt: I, Sh: 416.

(34) İBNİ HALDUN hakkında «İbn Haldun, Sa Philosophie Sociale, Paris 1930» adlı monografiyi yazmış olan Fransız sosyologlarından GASTON BOUTHOUL sonradan neşrettiği eserinde «meşru bir iktidar ve cemiyetin rasyonel bir şekilde teşkilâtlandırılabilmesi mefhumları İBNİ HALDUN için vaz edilmiş değildir. Bu sahada o, tamamiyle şarkın fatalist geleneği içinde kalmıştır» diyor. (Traité de Sociologie Paris 1949 Sh: 22). Halbuki İBNİ HALDUN monarşiyi normal idare şekli telâkki etmekle beraber gerek meşruiyet gerek devlet fonksiyonları ve bunların rasyonel şekilde işleme şartları üzerinde ısrarla durmuştur ve herhalde aklî siyaset dediği monarşik idare şeklini biri iyi diğeri kötü olarak ayrı tiplere tefrik edip hükümdar lehine halk menfaatını feda eden siyaset tarzını kötülemesi bakımından bir garplı olan MACHİAVELLİ'den daha fazla idealistik asarı göstermiş sayılmalıdır. İBNİ HALDUN için hâki-

4) Hakimiyet kavramının sosyolojik tarifi, devletin gayesi ve siyasî iktidarın iyi kullanılması :

İBNİ HALDUN devlete has olan hakimiyet vasfının sosyolojik tahlilini ve buna istinaden devletin tarifini yapar: «Asabiyyetler birbirinden farklıdır. Her asabiyyet kendisine komşu olan diğer boy ve aşîretlere tahakküm eder. Bundan dolayı her asabiyyet sahibi kabile devlet kurarak hükümdar olamaz, ancak tebayı kendisine boyun eğdiren, vergiler toplayan, delegeler gönderen ve sınırları koruyan hükümdar olabilir. Yurtta onun kuvvetinden üstün diğer bir kuvvet bulunmaz. Hükümdarlığın mânası işte budur» (35). Sınırları koruma, vergi toplama ve delegeler gönderme gibi devletlere mahsus olan görevleri yapabilecek asabiyyeti yani kendisine arka kuvvet ve kudreti olmayan kimse tam mânası ile hükümdar değildir» (36). Meselâ kendi kavimlerinin hükümdarı olmakla beraber daha büyük bir devletin hükmü altında bulunan uzak emirlikler devlet vasfında değildir. Bunlar feodal beyler durumundadır. İBNİ HALDUN böylece devleti hem görevli hem hâkimiyet sahibi oluşu bakımından ele almakla ve onu devletle halk arasındaki siyasî içitamî rabıtanın neticesi olarak tarife çalışmaktadır: «Devletin faydası, teb'anın her sınıfına şefkatle muamele etmesindedir. Çünkü hükümdarlık ve saltanat, teb'aya hasıl olan izafî bir vasıf olup, devlet bile sultanla teb'a arasında manevî bir bağdır. Teb'a hükümdara, hükümdar da tebaya nisbet edilir. Hükümdar demek, tebası olan ve tebasına hükmü geçen şahıs demektir. Teb'a da hükümdarları olan insan toplulukları demektir (37). Bu bağ sultanla teba arasında dostane münasebetleri gerektirdiğinden tebaya zulmetmek ve siyasî kudreti kötüye kullanmak bizzat devlet

---

miyetin tutunması her türlü çareye başvurularak icabında her türlü gayrimeşru vasıtanın kullanılması şartına değil, bilâkis tebaanın iyi idare edilmesi, refah ve nizamının korunması şartına bağlıdır. Bu bakımdan MACHİAVELLİ'den daha az fatalistir.

(35) Mukaddime, Cilt: I, Sh: 501 (batı dünyası hâkimiyetin tarifindeki bu vuzuha ancak BODİN (1530 - 1596) in eseri ile ulaşmıştır).

(36) BARNES and BECKER. — Social Thought From Lore To Science Volume I Chapter 7 Not: 33, «İBNİ HALDUN, MACHAVELLİ ve HOBBES gibi cemiyetteki iktidar problemi hakkında pek vazıh bir anlayışa sahipti. İBNİ HALDUN'un hâkimiyet telâkkisi, düşüncesinin değerine ve parlaklığına diğer bir örnek teşkil eder ve HOBBES'u gölgede bırakır: Muayyen bir cemiyette insanları birbirlerine tecavüzden alıkoymaya yetecek kadar kuvvetli olan bir iktidar ve otorite.»

(37) Mukaddime, Cilt: I, Sh: 503.

müessesesinin hikmeti vücudüne nihayet verebilir (38). Hattâ İBNİ HALDUN, çok zeki fevkalâde akıllı olmanın bir hükümdar için pek matlup bir vasıf sayılamıyacağını, zira şeytanî bir zekâya sahip devlet şeflerinin teb'ayı daima istismara temayül edeceğini onu yüklenemiyeceği yükleri taşımaya icbar edeceğini söyler (39).

5) Devlet hayatının dinamik seyri : kurulma, gelişme ve çökme safhaları :

Devlet bir kere teşekkül ettikten ve hakimiyetini sağlam manevî temellere istinat ettirdikten sonra, yani bugünkü anlayışımızla kendi iktidarını tâbi olanların nazarında meşrûlaştırmaya muvaffak olduktan sonra gittikce maddî kudretini ve bayındırlığını geliştirir, devletin fonksiyonları muhtelif sahalara kadar yayılır. Emniyet ve refah devletin sağladığı tabiî şartlar arasına girer. Bu durum teb'ada ilim, sanat, görgü, zevk vesaire gibi kültürel kıymetlerin yerleşip gelişmesine amil olmakla beraber bu rahat ve emin hayat hükümdar nesillerinde bir soysuzlaşmayı intaç eder.

Soy ve soysuzluk, asalet vesaire gibi kavramları İBNİ HALDUN hiçbir mistik veya biyolojik temele istinat ettirmeksizin, hakikî sosyal gerçekliği içinde tasvir eder. Ona göre asalet denen şey haricî bir şey, sonradan kazanılan bir vasıftır. Yoksa ne doğuştan getirmedir ne de kanda mündemiç bir üstünlük olup sonraki nesillere geçecek bir şeydir (40). Hükümdar sülâlesinin asaleti de bu mahiyettedir. Asalet devleti bizzat yartmış veya ülkeleri fethetmiş ilk ceddin çalışkanlığında, kahramanlığında cesaretinde ve fedakârlıklarında mündemiçtir. İBNİ HALDUN'un asalet hakkındaki bu realist ve ilmî izahı, bilhassa XIV. asırda ta-

(38) Mukaddime, Cilt: I, Sh: 504.

(39) Mukaddime, Cilt: I, Sh: 507.

(40) İBNİ HALDUN'un asalet anlayışının XIX. asır Fransız mütefekkiri COMTE de GOBİNEAU'dan çok üstün olduğuna yukarda kendisinden bahsettiğimiz Fransız sosyoloğu açıkça işaret eder : İBNİ HALDUN muzaffer göçebelerin başarısını sadece bunların haiz oldukları ırkî üstünlükle izah edebileceği gibi bizzat bu üstün meziyetlerin meydana gelişini izah cihetine de gidebilirdi. İBNİ HALDUN'un bu ikinci hal sureti üzerinde karar kıldığını ve sadece ırsiyetle intikal eden etnik bir meziyet olan ırk faktörünü bertaraf ederek hayat tarzı faktörünü hâkim faktör saydığını biliyoruz... GOBİNEAU ise ... birinci hal suretini tercih ederek... ırk üstünlüğünün teyidi cihetine gitmiştir. (GASTON BOUTHOUL - ibn Khaldon, Sa Philosophie Sociale Sh : 42 - 43).

mamen kan asaletine dayanan berberî ve arap camiaları içinde yaşamış bir düşünür için hakikaten takdire değer. İBNİ HALDUN hükümdar nesillerinin bozuluş seyrini anlatırken bu noktayı daha vuzuhla belirtir : «Şeref ve asalet var olduktan sonra dört babada sona erer.. Her şeref kazanan, o şerefi kazanmak için ne kadar çok emek sarfettiğini bilir. Bu şerefi kazandıktan sonra bunu kazanmanın sebep ve vasıtası olan üstünlük ve özellikleri korumaya ve beka ve devamını sağlamaya çalışır.» Bunu takip eden nesil ise ancak şeref ve asalet hakkındaki rivayetlere vakıftır, fakat bizzat bu şerefi kazanma gayretini kendisi göstermiş değildir.

Bunlar kurucu olmayıp devam ettirici nesildir. Bundan sonra gelenlerse şeref ve asaletin icaplarını, ancak cedlerini taklit sureti ile tahakkuk ettirirler. Bunlar mukallitlerdir. Nihayet bundan sonraki dördüncü batın ise cedlerinin asalet ve şeref kazanma gayretlerini küçümsemeye başlarlar ve zannederler ki şeref ve asalet denen şey belirli kimselerin sulbünden gelmekle, kan yolu ile intikal ediverir. Bunlar şeref ve asaletin ilk cedler tarafından ne bahadırlıklar ne fedakârlıklar pahasına kazanıldığının farkında bile değildirler. Bunu sadece nesebe bağlayıp sırf bu nesepten gelmekle diğer insanlardan üstün olduklarını sanırlar. Halkın kendi sülâlelerine itaatını gördükçe halkı küçümser ve sevgisini kaybederler. Bu sefer de halk hükümdarı küçümsemeye ve saymamağa başlar. Neticede halk ya aynı sülâleden başka bir kimsenin veya tamamen başka bir sülâlenin hükümdarlığını sağlamaya çalışır. Böylece her asalet; kurucu, devam ettirici, taklit edici, ve yıkıcı olmak üzere dört safhayı temsil eden nesillerden sonra zeval bulur. Bazan bu merhaleler dört beş batından fazla da sürebilir. Fakat sırası ve mukadder devresi değişmez (41).

Bundan başka hükümdar sülâlesinde uzun zaman devam eden yerleşik hayatın sebep olduğu israf ve kötü idare itiyatları yüksek vergiler tarhına yol açar. Bu hal halkın iktisadî durumunu ve hükûmete olan itimadını sarsar (42). İktidar sülâledinin zaafı, rakip sülâlelerle mücadeleyi tahrik eder. Uçbeyleri bu durum karşısında merkezin aczini anlar ve kendi bölgelerinde yeni yeni iktidar mihrakları teşkil ederler. Bazan parçalanma ve bölünme olur. Fakat umumiyetle böylece zayıflayan eski devlet, civarda yaşayan ve asa-

(41) Mukaddime, Cilt : I, Sh : 365 - 366.
(42) Mukaddime, Cilt : I, Sh : 451 - 457.

biyyet kuvvetini muhafaza eden savaşçı bir göçebe cemiyet tarafından fethedilir ve yeni bir devlet teşekkül eder ki o da sırası gelince bu mukadder safhalardan geçer.

Ancak bu safhaların ne kadar müddet devam edeceği ve göçebe hayatından behemehal yerleşik hayata ve devlet kurma safhasına geçilip geçilmiyeceği hususlarında İBNİ HALDUN mutlak bir iddiada bulunmaz. Göçebelerin içinde öyleleri vardır ki besledikleri hayvan nev'i ve asırlardanberi içinde yaşayıp alıştıkları çöl onlarda yerleşik hayata geçme arzusunu öldürür. Bunlar çok defa göçebelikte kalırlar. Kuzey Afrika'nın göçebe Berberîleri gibi. Keza, devletin yerleşik hayatın teessüsünden sonra behemehal muayyen nesiller geçince yıkılma safhasına girmesi bir devletten diğerine değişir. Bazan devletlerde bu ihtiyarlama safhası çok uzar ve yıkılma anı gecikebilir. Burada mevcut sülâlenin hükümdarlığı ve mevcut nizam şekli lehine teessüs etmiş olan itaat itiyatları mühim bir rol oynar. İBNİ HALDUN böylece günümüzde içtimaî atalet (inertie sociale) denen fenomene daha o zaman nüfuz etmiştir (43).

D. İBNİ HALDUN'un hizmetinin değeri :

Nasıl ARİSTO, kendi zamanındaki yunan siteleri hakkında fikir vermekle yetinmiş, kendisi ile hemzaman veya daha önce yaşamış başka tipte yabancı devletler hakkında (eski Mısır, Pers İmparatorlukları gibi) malûmat verememişse İBNİ HALDUN da tetkiklerini yalnız berberî ve arap devletçikleri üzerine teksif etmiş ve yerleşik veya göçebe olsun yalnız erkek nesebine dayanan patrimonial devlet tipinden bahsetmiştir. Ancak ARİSTO, sırf devlet şekillerini tipleştirmekle iktifa edip yekûnî cemiyet tipleri üzerinde durmadığı halde (zira yalnız köy, aile gibi iç zümreleri zikretmiştir) İBNİ HALDUN bu gibi kaplamsal cemiyet tipleri üzerinde esaslı bir şekilde durmuş, bilhassa devlet ve cemiyet mefhumları arasındaki ayırdı lâyıkı ile belirtmiştir. Her cemiyette tahakkuk eden hukukî nizamın behemehal bir devlet nizamı demek olmadığını, göçebelerin örf ve âdet hukuku ile yaşadığını, devletin merkezî bir cebir kuvvetinin teşkilâtlanması vakıası ile beraber olduğunu ve hâkimiyet olmadan devletten bahsedilemiyeceğini açık bir şekilde ortaya koymuş ve devleti realist bir görüşle izah etmiş-

(43) Mukaddime, Cilt : II, Sh : 111.

tir. İBNİ HALDUN'un bu izahları karşısında, onunla MACHİAVELLİ arasında, devlette tecelli eden sosyal gerçekliği, her nev'î doğmatik ve doktrinci mülâhazadan ârî olarak, bütün çıplaklığı ile görmek kabiliyeti bakımından büyük bir benzerlik görenler vardır (44). Ancak MACHİAVELLİ bütün dikkatini zamanının şehir devletlerine ve bilhassa yeni iktidara geçmiş prenslerin siyaset sanatlarına tevcih ettiği halde İBNİ HALDUN kendi muhit ve zamanının patrimonial devletlerini gözönünde bulundurmuştur.

İBNİ HALDUN devleti esas itibariyle gerçek sosyal bünyesi ile ele alır. Devletin fongsiyonlarına ve gayesine ait izahlar biraz da bu gerçek sosyal bünyenin gelişmesi neticesinde tahakkuk eden muahhar gayelerle ilgilidir. Bu bakımdan XIX. asır sosyologların dan RATZENHOFER'i ve LESTER WARD'I hatırlatır. Esasen bu sonuncular (başta) GUMPLOWİCZ ve OPENHEİMLER olduğu halde) kendisinin takipçileri durumundadır. Bu itibarla devleti ARİSTO gibi «müşterek hayrı tahakkuk ettirmek için» kurulmuş bir topluluk olarak tavsif etmekle yetinmez. O, devletin,daha başka sebeplerle (soylararası veya cemiyetlerarası rekabet ve savaş, fütuhat, iktidar üstünlüğünü kazanma hırsı v. s.) kurulmuş olmakla beraber teessüsünden sonra müşterek hayrı tahakkuk ettirmekle mükellef bir müessese halini aldığını söyler. Böylece devlette tecelli eden kıymetler, devletin doğuşunu intaç eden vakıa münasebetlerinden ayrı olarak tetkik edilmekle ve devletin gerek fikrî gerek reel temelleri aynı zamanda ele alınmaktadır (45). «Zamanla : devlete itaat etmenin

---

(44) BECKER and BARNES, Social Thougth.. Volume I, Sh : 278 «Bu iki zatın devlete ait fikirleri karşılaştırılırsa görülecektir ki devleti dinî tesirden, kilise üstünlüğünden ayrılması hususunda ve siyasî meselelerin müşahadesinde teolojik mahiyette olmayan, tamamen lâik bir metod kullanmakta her ikisi de müşterektir. Her ikisi de tamamen realist bir tarzda düşündüler ve düşüncelerine etik veya metafizik mülâhazaların hâkim olmasına cevaz vermediler. Devleti, hayale kapılmaksızın, kendi sosyal gerçekliği içinde olduğu gibi müşahade ettiler. İnsan zekâsının tekâmül tarihi bakımından bunun manası büyüktür. XIV. asır gibi erken bir çağda islâm kültürü, devletin mahiyeti ve buna müessir kuvvetler hakkındaki en mühim modern nazariyelere tekaddüm eden fikirleri ile bu sosyal araştırıcının şahsiyetinde tarihî realizmin en büyük temsilcisini yetiştirmiş oldu.»

(45) BARNES and BECKER, Social Thought age., Cilt : I, Sh : 273 «İBNİ HALDUN'un devletin, cemiyet halinde yaşamak vakıası ile asabiye bağı gibi iki unsurdan terekküp ettiği yolundaki iddiası hakikaten mâ-

dinî bir görev olduğu fikri bir inanç halini alır» demekle İBNİ HALDUN devlete itaatın, itaat edenin nazarındaki meşruiyet inancına dayandığını böylece vakıaların sevki ile normların doğduğunu pek güzel belirtir. Daha mütekâmil devlet şekillerinde bu meşruiyet inancını telkin edecek prensipler değişebilir, dogmatik devlet nazariyeleri bu prensipleri işleyebilirler fakat maddî ve fiilî bir kudret üstünlüğünün sonradan meşruiyet kazanması vetiresi sosyolojik açıdan ancak bu şekilde izah edilebilir.

Bundan başka devlette tecelli eden yeni sosyal tesanüdün, zamanla iptidaî asabiyye bağının yerini alacağını söylemesi de içtimaî rabıtaların cemiyet tiplerine göre değişeceğini ifade eder ki bugünkü hukuk sosyolojisi anlayışına uygun bir izahtır. Keza asabiyye bağının, mütecanis, birbirleriyle yüzyüze münasebetler tesis eden fertlerden müteşekkil soy cemaatlerinde doğuşuna mukabil, siyasî sadakat bağının gayrı mütecanis cemiyetlerde, farklı unsurları tevhit edici teşkilâtı bir kuvvetin varlığı neticesinde zuhuru ve her iki içtimaî rabıta tipine biri spontane diğeri organize olan iki hukuk ve idare şeklinin tekabülü hakkındaki izahları bugün dahi ilmî kıymetini muhafaza eder.

Bununla beraber bütün araştırması bir hanedan idaresindeki sultanlıklara inhisar etmiş, ne kendi zamanındaki hıristiyan devletlerinden ne kadîm Yunan - Roma medeniyetlerindeki devlet tiplerinden bahsetmiştir. Hıristiyan âlemi hakkında hiç denecek kadar az malûmat verdiği gibi eski Yunan - Roma eserlerinden de hemen hemen habersiz görünmektedir. ARİSTO'dan gayet az ve küçümseyici bir dille bahsetmektedir. Bazılarının kanaatına göre İBNİ HALDUN yabancı dillere aşina değildi. Bundan başka eserinde islâmî akideleri rencide etmemeğe azamî dikkat sarfetmiş ve hükümlerinde tarafgirâne değilse bile fazla ihtiyatlı davranmıştır.

Devletlerin ister istemez inhitata götüren bir istikamet takip ettikleri, göçebelerin harp kabiliyetinin yerleşik medeniyetlerden daima üstün olduğu yolundaki iddiaları da söz götürür mahiyettedir. Ancak itiraf etmek lâzımdır ki bu iddialarda dahi İBNİ HALDUN gerçekliği olduğu gibi müşahede ve tetkik metodundan inhiraf etmiş değildi. Ancak onun müşahede fırsatını bulduğu ger-

---

nalıdır. Onun eseri cemiyetin siyasî bir izahı olmaktan uzak olarak, bilhassa siyasî iktidarın ve muhtelif siyasî şekillerin bâriz bir şekilde sosyal hattâ sosyolojik izahı telâkki edilmelidir,»

çeklik mahduttu. Devletlerin mukadder ve periodrik safhaları hakkındaki fikirlerini, gelip geçmiş ve zamanında yaşamış devletlerin tarihinden istidlâl etmiş, göçebelerin üstün harp kabiliyeti hakkındaki görüşlerini de ateşli silâhların henüz keşfedilmediği ve harp sanayii tekniğinin gelişmediği bir zamandaki harp tecrübelerinden çıkarmıştır. Bununla beraber bir topluluğun savaş kabiliyetine dahil olan ruhî ve manevî unsurlar bakımından İBNİ HALDUN'un görüşünde isabet olmadığı da iddia edilemez. Ferdî ruhlarda cemaat bağının, zümre tesanüdünün kuvvetli olması o cemaatin veya zümrenin mücadele kabiliyetini arttıran mühim bir âmildir. Teknik şartları ve mücehehzlik derecesi eşit olan iki savaşçı zümreden, iç tesanüt bağları daha kuvvetli olanın kazanma şansı daima daha yüksektir ki bu vakıa XIX. asır sonundaki birçok sosyologlar tarafından ısrarla iddia ve ispat edilmiştir.

2. — HUKUK SOSYOLOJİSİNİN YAKIN HABERCİLERİ

§. 16 — MONTESQUİEU (1689 - 1755)

A. Şahsiyeti ve temayülleri :

MONTESQUİEU, on sekizinci asrın en dikate değer şahsiyetlerinden biridir. Fransız asaletine mesup bir baron, uzun yıllar hakimlik ve mahkeme başkanlığı yapmış bir hukukçu, zamanının bütün ilimlerine merak sarmış, ansiklopedik malûmatı geniş bir aydın, ümanist temayülü bir edip, ve bütün bunlara ilâveten içtimaî konuları zaman ve mekân içindeki tahavvülleri ile almak ve objektif bir şekilde tetkik ve tahlil etmek isteyen bir sosyal ilim mübeşşiridir (1). MONTESQUİEU'nün merak ettiği, anlamaya açıklamaya çalıştığı sosyal hadiselerin çeşitleri o kadar değişiktir ki kendisi, bir iki asır sonra teşekkül eden çeşitli sosyal ilimlerin müşterek öncüsü rolünü oynamıştır. Hususiyle, ancak yirminci yüzyıl-

(1) MONTESQUİEU hakkında bilhassa aşağıdaki etüdelere bakılabilir : D'ALEMBERT — Eloge Historique de Montesquieu, Encyclopédie, éd. 2. V. 5. 1750 (Bu metin «Esprit des Lois'nın 1842 de çıkan Daguin Frères éd. nun birinci cildinin başında mevcuttur).
Emile DURKHEİM — Montesquieu et Rousseau, Précurseurs de la Sociologie. (Aslı lâtince olan bu tez ilk defa 1892 de Bordeau'da intişar etmiş, bilâhare 1937 de F. ALENGRY tarafından, daha sonra 1953 de A. CUVİLLİER tarafından fransızcaya tercüme edilmiştir. Paris 1953.
E. EHRLİCH — Montesquieu and Sociological Jurisprudence. (Harvard Law Review. Yıl : 1915 - 1916, N : Sh : 582 - 600).
J.DEDİEU — Montesquieu, L.Homme et l'Oeuvre, Paris 1943 (Montesquieu hakkında geniş bibliyografya için bak : Sh :200 - 202).
J. STAROBİNSKİ — Montesquieu par Lui - même. Paris 1953.
BİCENTENAİRE DE L'ESPRİT DES LOİS : 1748 - 1948. Paris 1952. Bilhassa : La pensée Politique et Constutionnelle de Montesquieu).
Dr. Cavid Orhan TÜTENGİL — Montesquieu'nün siyesî ve iktisadî fikirleri. (İstanbul Üniversitesi Yayınları N : 689, İstanbul 1956).

da kendi hüviyetini kazanmış olan Hukuk Sosyolojisinin, belki en yetkili mübeşşiri MONTESQUİEU olmuştur. Zira o, kendisinden ev vel gelen uzak habercilerin, bir yan mevzu olarak ele aldıkları kanun hukuku konusunu, bütün araştırmalarının mihrakı yapmış ve hukuk sahasında en fazla beşerî tercih ve tensiplere tâbi zannedilen «mevzu hukuk» un, hakikatte bir sosyal mahsul, içtimaî ve coğrafî şartların hemen hemen zarurî bir sonucu olduğunu iddia etmiştir.

MONTESQUİEU, gençliğinde hukuk tahsil etmiş, meşhur olmadan evvel tabiat tarihi, fizik, ahlâk ve siyaset ve nihayet tarihle ilgili müteaddit denemeler yazmıştır (2). MONTESQUİEU'nün istikra (tümevarım) metoduna temayülü, ARİSTO gibi, vaktiyle tabiat ilimleriyle uğraşmış olmasiyle izah edilmek istenir. MONTESQUİEU içtimaî ve bilhassa hukukî vakıaları da tıpkı maddî ve hayatî tabiat olayları gibi müşahede etmiş bunların nevilerini, sınıflarını, sebeplerini tayin ve tesbite çalışmıştır (3).

Muhtelif cemiyetlerin müesseseleri, hayat telâkkileri, yaşama tarzları arasındaki farklar dikkatini çekmiş, gerek tarihî araştırmaları gerek müteaddit seyehatlarıyla bu farkların sebeplerini çözmeye çalışmaıştır. Viyana'ya, Macaristan'a, İtalya'ya, İsviçre'ye, Hollanda'ya ve İngiltere'ye gitmiştir. İki yıl kaldığı İngiltere kendisine derin intibalar bırakmış, bu milletin hukukî müesseseleri ve hürriyet anlayışı hayranlığını çekmiştir.

İngiltere seyahatından dönüşünde kendisini büsbütün ilmî çalışmalara vererek 1734 de Romalıların Yükseliş ve Batışları hakkındaki eserini yazmıştır : «Considérations Sur Les Causes da la Grandeurs des Romains et de leur Décadence» nihayet 1748 de ol-

---

(2) Bunlardan başlıcaları şunlardı : (Fizik ve Tabiî İlimlerle ilgili) : Discours sur la cause de l'écho, 1718.
Discours sur l'usage des glândes rénales, 1718.
Discours sur la causa de la pesanteur des corps, 1820.
Discours sur la cause de la pesanteur des corps, 1820.
Observations sur l'Histoire Naturelle, 1721.
(Edebî eserleri) :
Lettres Persanes, 1721.
Le Temple de Gnide, 1725.

(3) JOSEPH DEDİEU ___ Montesquieu, l'homme et l'oeuvre, Paris, 1943. Sh : 28, 136 - 138.
JEAN BRETHE DE LA GRESSAYE__ L'Histoire de l'«Esprit des Lois» (Bicentenaire de l'Esprit des Lois : 1748 - 1948, Paris, 1952).

gunluk yaşına vasıl olduğu sırada yirmi yıldanberi tarihi ve hukukî metinler üzerinde yaptığı araştırmalardan ve çeşitli seyahat notlarından elde ettiği zengin malzemeyi işlemek suretiyle en meşhur eseri olan «Esprit des Lois» (Kanunların Ruhu) nu neşretmiştir. Eser fevkalâde beğenilmiş, iki yıl içinde yirmi iki defa basılmıştır. Mamafih kilise mensubu matbuatın tenkidini davet etmiş ve 1750 de MONTESQUİEU eserini müdafaa için (La Défence de L'Esprit des Lois» yı neşretmiştir. Fikir tarihinde pek az eserin hem bu kadar çabuk, hem de bu kadar devamlı bir muvaffakiyet kazandığı söylenebilir.

MONTESQUİEU, adâlet tatbikatının, memleketten memlekete değişmesini, hukuk kaidelerinin yer ve zamana göre değişen rölatif karakterini bazı fransız edip ve filozoflarının yaptığı gibi (4) adâleti gülünçleştirmek için bir vesiyle saymamış, bilâkis, adalet kaidelerinin kendilerini doğuran sosyal gerçeklik şartlarıyla olan değişmez münasebetlerini keşfettirecek bir mebde, bir hareket noktası olarak kabul etmiştir : mademki hukuk kaideleri yere ve zamana göre değişmektedir, o halde bu âmillerle bunların neticesi olan hukuk normları arasında değişmez bir münasebet ve alâka bulunmalıdır. Onun bütün merakı bu alâkanın keşfidir ki bu da, bugün anladığımız mânada hukuk sahasında sosyolojik genellemelerin araştırılmasından başka bir şey değildir. MONTESQUİEU'nün ancak kendi zamanındaki ilmî bilgiler ve araştırma vasıtaları nisbetinde muvaffak olduğu doğrudur. Bu itibarla vardığı sonuçlar çok defa münakaşa görür mahiyettedir ve bazan da yanlıştır. Fakat XVIII. yüzyıl gibi hayatî ehemmiyetteki siyasî ve hukukî mese-

(4) Bu hususta bilhassa PASCAL ve MONTAİGNE'in tenkidleri meşhurdur : PASCAL, adâlet denen şeyin, hakikatte her memleketin yerleşmiş örf ve âdetinin icaplarından ibaret olduğunu, örflerin âdil telâkki edilmelerinin ise sadece bir kere kabul edilmiş olmalarına dayandığını, bunların adalete uygunluğunu isbat için yapılacak gayretlerin beyhude olduğunu söyler. İnsanlar, «haklı» olanı kuvvetli kılamadıkları için, «kuvvetli» olanı haklı saymaktan başka çare bulamamışlardır. Hakla kuvvetin birleşmesi ancak bu suretle mümkün olmuştur.. Birçok çirkin ve bugün için gayrı insânî sayılan davranışlar uzun müddet birçok kavimlerde adalete uygun müesseseler sayılmıştır. O halde, halka, kanunlara artık «âdil» oldukları için değil, belki «kanun oldukları için» itaat etmek gerektiğini öğretmekten daha doğrudur.
PASCAL — Pensées. (Edition critique établie, annotée et précédé d'une introduction par ZACHARİE TURNEUR, Bibliothèque de Cluny, Volume 16. Paris 1942. Tome I, Sh : 29, 38 - 39, 42, 44, 45,).

lelerin sadece «içtimaî mukavele», «hür insan tabiatı» veya «Tabiî nizam» vesaire gibi bir takım postülatlarla halledilmek istendiği bir devirde MONTESQUİEU bugünkü sosyolojinin hattâ bilhassa hukuk sosyolojisinin en mühim habercisi rolünü oynamıştır. Çağdaş Alman Hukuk sosyoloğu EUGEN EHRLİCH'in dediği gibi «hakikaten Kanunların Ruhu bir hukuk sosyolojisi kurmak yolunda ilk teşebbüs telâkki edilmelidir» (5).

B. MONTESQUİEU'de «insan» ve «cemiyet» anlayışı ve «umumî ruh» tâbiri :

Tabiî Hukuk nazariyecileri, insan tabiatının icaplarına uygun bir hukuktan bahsettikleri zaman bunun tıpkı insan tabiati gibi belirli, değişmez esaslara dayandığını, evrensel olduğunu iddia ediyorlardı. İnsan tabiatının ve bu tabiata uygun kanunların ne olduğunu gene diğer bir sabite olan insan aklı keşfedecekti. Aklın icapları ise her yerde aynı idi. Halbuki insan, kısmen de bu muhitin - sosyal veya tabiî olsun - bir mahsulüdür (6). O halde muhit farklarının tesirlerinin insan üzerinde müşahede etmek kabildir.

Bu müşahede bize, farklı coğrafî bölgelerde, farklı iklimlerde yaşayan milletlerin, farklı geleneklere sahip, farklı tarihî safhalardan geçmiş câmiaların birbirlerinden ayrı karakter özellikleri arzetmesini izah eder. Demekki, tabiî ve sosyal şartlar insan tabiatı üzerine müessir olarak farklı sosyal müesseselerin kurulmasını intaç etmektedir.

MONTESQUİEU, cemiyetlerin sadece kanunlarla yaşamadığını pek güzel tasvir eder ve bugün çağdaş amerikan sosyologlarının «sosyal kontrol» dedikleri ve Kara Avrupası sosyologlarının «sosyal baskı» dedikleri çeşitli sosyal düzen nevilerinin tesir ve nüfuzunu farkeder. Bundan başka, «sosyal» vasıta olmamakla beraber, sonuçları itibariyle sosyal müesseseleri tâyin eden fizikî şartlara da yer ayırır. O halde, cemiyetler bütün bu şartlardaki nevi ve şiddet farklarını takip ederek birbirlerinden farklılaşmaktadırlar. Bu muhtelif şartların her cemiyette birbirinden farklı te-

(5) EUGEN EHRLİCH — Montesquieu and Sociological Jurisprudence (Harard Law Review, 1915 - 1916, N : 29 Sh : 585 - 586).

(6) MONTESQUİEU — Préface è l' «Esprit des lois», T : I, Sh : 6.» L'Homme, cet être flexible, se pliant dans la Société aux pensées et aux impressions des autres, est également capable de connaître sa propre nature lorsqu'on la lui montre, et d'en perdre jusqu au sentiment lorsqu'on la lui dérobe».

rekküp tarzıdır ki her cemiyete has bir «umumî ruh»u meydana getirir. MONTESQUİEU'nün «umumî ruh» (Esprit général) tabiriyle murad ettiği şey, her milletin millî seciyesi, her millet ferdinde tecelli eden temel şahsiyet özellikleridir (7). Filhakika MONTESQUİEU, aynen şöyle demektedir : «insanları bir çok şeyler idare eder . iklim, din, kanunlar, hükümet prensipleri, geçmiş emsaller, örf ve âdetler, muaşeret kaideleri... işte bütün bunlardan doğan umumî ruh bu suretle teşekkül eder. Her millette bu sayılan hususlardan biri diğerinden daha fazla müessir bulunduğu nisbette öteki âmillerin tesiri azalır. Vahşiler üzerinde hemen hemen yalnız ikliminin hususiyetleri müessir olur. Çinlilere nezaket ve müaşeret kaideleri hakimdir. Japonlar kanunların sert baskısı ile idare olunur. Isparta'ya hususiyetlerini veren örf ve âdetleri idi. Romanın hususiyetini ise hükümet prensipleri ile eski örfleri sağlıyordu» (8).

Böylece MONTESQUİEU'ye göre cemiyet hayatı çeşitli faktörlerin tesiri ile vücud bulmakta ve «kanunlar» bu faktörler arasında yer almaktadır. Şu halde aklen bulunabilecek en mükemmel kanunlarla herhangi bir cemiyeti, kendi özel şartları ne olursa olsun, istenilen kalıba dökebilmek, istenilen şekle ifrağ edebilmek fikri bir taraftan tabiî hukukçulara, diğer taraftan modern totaliter ideolojilere ne kadar yakınsa MONTESQUİEU'ye de o kadar uzaktır. Kanun vazının rolü vardır. Fakat hudutsuz değildir (9). Bu noktalara aşağıda tekrar temas edeceğiz (10).

---

(7) MONTESQUİEU'nün, «umumî ruh» tabiri ile alelıtlak «cemiyet» i murad ettiğini kabul edenler vardır. Ezcümle EUGEN EHRİCH bu kanaattadır ve bu tabirin, XIX uncu yüzyılda Alman Tarihçi Mektebinin «halk ruhu» tabirinden çok daha açık bir kavramı ifade ettiğini söyler.

MONTESQUİEU'nün eserini «Ruh - ül Kavanin» adı ile dilimize çevirmiş olan (1339) HÜSEYİN NAZIM BEY «esprit général»i «temayülât-ı umumiye» olarak çevirmiştir ki bu, kanaatımızca, uygun bir karşılıktır. Ancak bunun bir câmianın oldukça devamlı hususiyetleri olarak anlaşılması gerekir, yoksa sık ve çabuk değişen umumî efkâr olarak değil. Bu itibarla «millî seciye», daha uygun bir karşılık gibi görünmektedir.

(8) MONTESQUİEU — L'Esprit des Lois, Tome : II, Livre : XIX Chapitre : IV «Ce que c'est que l'Esprit Général» (a. g. baskı, Sh : 124).

(9) MONTESQUİEU — L'Esprit des Lois. T/II L : XIV, Chap : V a. g. b. Sh : 9 - 10.

(10) Bak : aşağıda : «D - Tatbikî Hukuk Sosyolojisi Problemleri» Sh : 389.

C. MONTESQUİEU'de «kanun» anlayışı ve «kanun nevileri» :

MONTESQUİEU insanın biolojik ve sosyal varlığını tâyin eden münasebetlerin hepsini «kanun» adı altında incelemekte ve cemiyeti de bu münasebetlerin heyeti umumiyesinini meydana getirdiğini belirtmektedir. Bunların içinde bizim bugün anladığımız mânada «tabiat kanunları» yani «ilmî muayyeniyetler» dahil olduğu gibi dinî mânada «ilâhî emirler» ve «mevzuat» mânasına hukuk kanunları da vardır ve eserin asıl istihdaf ettiği de bu sonunculardır. Bununla beraber MONTESQUİEU'yü iyice anlamak için kanun kelimesi ile muhtelif yerlerde kasdettiği mânaların tesbit ve tasnifi zarurîdir. Burada kendi tabirlerini kullanarak bunlara verdiği mânaları belirtmemiz lâzımdır.

1) «En geniş mânada kanun» :

MONTESQUİEU'ye göre kanunun en geniş mânası «eşya tabiatından çıkan zarurî münasebetler»dir. «Bu mânada bütün varlıkların kendilerine mahsus kanunları vardır : Ulûhiyetin kanunları, maddî dünyanın kanunları, insan üstü zekânın kanunları, hayvanların kanunları ve insanların kanunları. Kanunlar kendileri ile muhtelif varlıklar arasındaki ve bizzat bu varlıkların birbirleri arasındaki münasebetler demektir» (11). MONTESQUİEU'nün «en geniş mânada kanun» ile bugünkü anlamıyla tabiat kanunlarını murad ettiğini kabul edebiliriz. Nitekim MONTESQUİEU bu mânada kanunları izah ederken «bu kaideler sabit bir şekilde yerleşmiştir. Her farklılık bir yeknesaklıktır, her değişme ise bir sabit-

---

(11) MONTESQUİEU — Esprit des Lois T : I L : Chap : I Sh : 8 (MONTESQUİEU burada, Ülûhiyetin kanunlarını da hilkatin ve kainatın *nizamı* olarak alıyor ve Allahın dünyayı kendi hikmetine uygun kanunlarla idare ettiğini hattâ bir ahiret mevcutsa onun da kendine göre kanunları olacağını, Allahın bu kanunlar olmadan dünyayı idare edebileceğini iddia etmenin mânasızlığını, zira dünyanın bu kanunlar olmadan baki kalamıyacağını söylüyor. Bu fikirlere, zamanında, Kilise organları olan dergilerde taassup dolu itirazlarda bulunulmuş ve kendisi (Kanunların, Ruhu'nun Müdafaası) adlı yazısıyla bunlara cevap vermiştir.
Bütün bu fikirleriyle MONTESQUİEU'nun tabiat âleminde sezdiği illiyet münasebetlerini kabul etmenin, ilâhî iradeye olan imanla bir tezat teşkil etmiyeceğini isbata çalıştığını görüyoruz. Ancak, felsefî ve teolojik problemlerle ilgili olmayan MONTESQUİE'nün bütün bu temasları istitrad mahiyetinde kalır.

liktir» der (12). Demekki kendisine göre değişiklik tabiat tezahürleri veya değişik sosyal müesseseler, haddizatında değişmez bir münasebetin, sabit bir illet-netice münasebetinin, bir zarurîliğin ifadesidir.

2) **«Tabiî Kanunlar» :**

MONTESQUİEU, «en geniş mânada kanun» kavramı içine böylece çeşitli düzenlilikleri soktuktan sonra bir de ayrıca «Tabiî kanunlar»dan bahsetmektedir. Onun terminolojisinde bu, bizim bugün anladığımız mânada tabiat kanunu kavramının bir karşılığı değil, belki bu tabiat kanunlarından ancak insanın sosyal ve biolojik tabiatına taallûk eden, hattâ sadece teessürî ve insiyakî cephesine ait kanunların müşterek adıdır.

Böylece, MONTESQUİEU de «tabiî kanun» tabiri, ne Tabiî Hukukçuların Lex Naturale'sine ne de bugünkü anlamıyla genel tabiat kanunu kavramına tekabül eder. O, bu tabire kendine has bir mâna verir, ve insanların dört tabiî kanuna tâbi bulunduğunu söyler :

a) **Vahşet halinde sulh tabiî** bir kanundur. İnsan, vahşet halinde iken korkak, kendine güveni olmayan, mahcup bir zavallıdır (13).

b) İnsanın beslenme ve neslini koruma hassası tabiî bir kanundur.

c) İnsanın kendi nevinden olan fertlere yakınlaşmak istemesi ve mukabil cinsten zevk alması tabiî bir kanundur.

d) İnsanın muhitindeki insanlarla beraberlikten hoşlanması, zümresini benimsemesi tabiî bir kanundur (sosyabilite).

Görülüyor ki MONTESQUİEU bugünkü anlamıyla beşerî insiyakları «tabiî kanun» olarak ifade etmektedir. Nitekim mevzu kanunlardan hangilerinin «tabiî kanunlar»a uymadığına işaret ederken, MONTESQUİEU daima bu hissî ve insiyakî hususiyetlerimize temas eder. Meselâ karı veya evlât hakkında koca veya babanın suçu-

(12) MONTESQUİEU — Esprit des Lois - a. g. baskı C : I, 8.

(13) HOBBES'un fikirlerinin tam zıddını müdafaa eden MONTESQUİEU, bu iddiasına delil olarak İngiltere'de GEORGES I. zamanında Hanovre ormanlarında bulunmuş bir vahşinin halini gösterir : herşey onu korkutu-

nu ihbar mükellefiyetini koyan bir kanun, baba veya kocaya karşı hissedilen tabiî alâkalara aykırıdır. Keza evlilik dışı cinsî münasebetini veya gebeliğini krala ihbar mükellefiyetini bir genç kıza tahmil eden kanun tabi utanma hissine aykırı düşer; yahut yedi yaşında bir kızın evlenmesine cevaz veren veya bir babaya kızını kocasından ayrıtma hakkını tanıyan bir kanun tabiî kanunlara mugayir olur (14). Görülüyor ki bütün bunlarla MONTESQUİEU insanın teessürî hayatının hususiyetlerini, duygularını ve insiyaklarını esas tutmaktadır. Yoksa rasyonalist tabiî hukukçular gibi beşerî aklı icaplarınılarını murad etmemektedir. Keza hayvanlardan bahsederken «onların da tabiî kanunları vardır. Çünkü birbirlerine hisleri ile bağlıdırlar. BBuna mukabil olanların mevzu kanunları yoktur, zira onlar birbirlerine şuurları ile bağlı değildirler» demektedir (15).

Böylece MONTESQUİEU insanı ancak teessürî hayatı, hisleri, insiyakları, heyacanları ile tabiata raptetmekte ve tabiatın bir cüz'ü sıfatıvla bir takım «tabiî kanunlar»la bağlı olduğunu kabul etmektedir. İnsanın «şuurlu ve içtimaî» bir mahlûk olması sıfatiyle tâbi olacağı kanunlarsa daha başka mahiyettedir ki bunları aşağıda göreceğiz.

3) «Ahlâk kanunları», «Din kanunları», «Hakkaniyet kaideleri» :

MONTESQUİEU, insanın, hayvanlar gibi sadece hissî ve insiyakî cephelerden ibaret olmadığını, onun ayrıca bir zekâ ve irade ile mücehhez olduğunu belireterek bu vasıfların ona birtakım kanunları ihlâl imkânını verdiğini, bunun için insanın hayvanlardan farklı olarak, daha başka birtakım kanunlara tâbi olduğunu söyler. İnsan kendini kaybetmemesi, nefsini tanıması için «ahlâk kanunları» ile bağlıdır. İhtiraslarına kapılmaması haddini aşmaması için, «dinî kanunlar»a tâbi kalır. Nihayet, hemcinsi'nin varlığını hesaba katması, fiil ve hareketlerinde onun varlığını da kaale alması için «siyasî ve medenî kanunlara» tâbi tutulur.

Hakkaniyet kaidelerine gelince, MONTESQUİEU'nün bu kavramla neyi murad ettiği kolayca tâyin edilemez. Kendi ifadesine

---

yor, kaçırıyordu., İlh. der. Bu gibi delillerin kifâyet derecesi hakkında fazla bir şey söylemeye lüzum yok!. (Esprit des Lois. T : I Sh : 12).

(14) MONTESQUİEU — Esprit des Lois, T : III, L : XXVI, I - IV, a. g. e., Sh : 3-7.

(15) MONTESQUİEU — Esprit des Lois, T : I, L : I, Ch : I, a.g.e., Sh : 10,

göre bunu hem klâsik tabii hukuk prensipleri anlamına, hem de modern sosyologların bahis konusu ettiği «spontane hukuk» anlamına tefsir mümkündür.

MONTESQUİEU der ki «insanlar tarafından yapılan kanunlar mevcut olmadan evvel vukuu mümkün bir takım adalet münasebetleri vardır. Müsbet kanunların emir ve nehilerinin dışında haklı -haksız diye bir şey yoktur demek daireyi çizmeden evvel bütün yarıçaplar birbirine eşit değildir demek gibidir. Şu halde müsbet kanunların konmasından evvel de hakkaniyet münasebetlerinin mevcut olduğunu itiraf etmek lâzımdır» (16).

O halde bu hakkaniyet kaideleri nelerdir? MONTESQUİEU'nün verdiği izahlardan anlaşılıyor ki bunlar ÇİÇERO'da en beliğ şeklini alan tabiî hukuk prensiplerinden ibarettir. Filhakika MONTESQUİEU'nün hakkaniyet kaideleri olarak gösterdikleri şunlardır : «..meselâ insan topluluklarının vücuda gelmesi halinde bunların kanunlarına uymak haklıydı. Bir başkasından iyilik görmüş insanların bu kimselere karşı minnettar kalmaları gerekirdi. Bir insan bir başka insana vücut verince, vücut bulan insan, doğuşundanberi içinde bulunduğu tabiiyet bağına sadık kalmalıydı. Bir insan diğer bir insana fenalık yapmışsa aynı fenalığa maruz kalmaya müstehak olmalıydı» (17).

Ancak bu tabiî hukuk kaidelerini MONTESQUİEU, mevzu kanunların icadından dahi evvel mevcut olan hakkaniyet kaideleri olarak kabul eder ki bu, bir bakımda devletten evvel, yahut kanun koyanların kanun çıkarmalarından evvel cemiyette mevcut hukuk kaideleri mânasına gelmektedir. Bu ise modern sosyologların «kendiliğinden husus bulan hukuk» veya kısaca «spontane hukuk» dedikleri kaidelerden başka bir şey değildir. Fakat MONTESQUİEU bu mesele üzerinde fazla durmaz ve bunlara hakkaniyet kaideleri demekle yetinir. Halbuki hakkaniyet mefhumu hakkında ARİSTO'nun fikirleri çok daha vazihtir (18).

MONTESQUİEU, esas itibariyle hukuku «kanunlar» anlamına alır ve ilerde göreceğimiz gibi, örf-âdet ile Hukuk arasına kesin bir

---

(16) MONTESQUİEU — Esprit des Lois, T : I, L : I, Ch : I, Sh : 9.

(17) MONTESQUİEU — Esprit dles Lois-T : I, L : I, Ch : I, Sh : 9.

(18) ARİSTOTE — Ethique de Nicomaque (Tr. Par Jean VOİLQUİN paris 1950 Sh : 243).

dıvar çeker. Bu itibarla bu dar hukuk anlayışı yüzünden kendisinde spontane hukuk nizamı ile ilgili fazla bir şey bulunmaz.

4) «Mevzuu kanunlar» :

Kanunlar, MONTESQUİEU'ye göre, insanların bir arada yaşamalarına imkân veren bir nizamı ifade ederler (19). Kanunların zuhuru, cemiyet hayatı başladıktan sonra insanların kendilerini kuvvetli hissederek birbiriyle mücadeleye kalkmaları ve dünya nimetlerini paylaşamamak durumuna düşmeleri ile ilgilidir. İşte arkasında siyasî kuvvetin desteğini taşıyan hukuk kaideleri bu durumu önlemek için vazedilmiştir (20).

Bu izah, kanunların, birlikte yaşamayı mümkün kılmak gibi asgarî ve zarurî bir düzen sağlamağa, insanların cemiyet hayatını bozucu temayüllerini önlemeye matuf zecirle mücehhez normlar telâkki edildiğini gösterir ki, teferruata inildiği zaman, MONTESQUİEU'nin bu kadar dar bir kanun anlayışı ile yetinmediği, kanunların, yalnız «nehyedici, yasak koyucu» rollerini değil, içtimaî münasebetleri geliştirici, cemiyetleri terakki ettirici, iklimden mütevellit kusurları tasrih edici rollerini de teslim ettiği görülür. O, kanunların, menfi fonksiyonları olduğu gibi müsbet fonksiyonları da olduğunu farketmemiş değildir.

Kanunların, insanların birlikte yaşama şartlarını tanzim ettiği doğru ise, insan cemiyetlerinde bu şartların birinden diğerine değişeceği, dolayısıyla kanunların da değişik hayat şartları'nı düzenlemek yüzünden memleketten memlekete, milletten millete değişecekleri tabiidir. Esasen MONTESQUİEU'ye göre insanlar tarafından yapılan kanunların hususiyeti «vukua gelen bütün değişikliklere maruz bulunmalarında ve insanların arzu ve iradelerine teb'an değişmelerindedir» (21). Gerçi beşer cemiyetlerinde bazı hususların sabit karakterli olmasında isabet vardır. Ancak bunlar MONTESQUİEU'ye göre mevzu kanunlar değil belki dinî müesseseler ve dinî kanun-

(19) MONTESQUİEU — Esprit des Lois :I , L : I, Ch : I, Sh : 11 «...Cemiyette yaşamak üzere yaratılmış olan insan, kendisinden başka insanların mevcudiyetini unutabilirdi, kanun vazileri Medenî ve Siyasî kanunlarla ona vazifelerini hatırlattılar».

(20) MONTESQUİEU — Esprit des Lois T : I, L : I, Ch : III, Sh : 13, keza hukuk çeşitlerinin tasnifi için bak : T : III, XXVI, Ch : I, Sh : 2.

(21) MONTESQUİEU — Esprit des Lois. T : III, L : XXVI, Ch : II, Sh : 2.

lardır. Filhakika dinî müessese ve kanunlar ne kadar eski ise onlara olan bağımız ve inancımız o kadar kuvvetli olur. Zira ilk zuhurları zamanındaki olayların teferruatını bilmediğimiz için kendilerine olan imanımızı sarsacak muhalif fikirlere sahip değilizdir. Dinî kanunlar kuvvetlerini imandan, kendilerine inanılmaş olmadan aldıkları için ne kadar eski iseler o kadar kuvvetlidirler.

Beşerî kanunlara gelince bunların kuvveti müeyyidelerinden korkulmasındadır ve yeni oldukları nisbette vazedenler bunların tatbiki ile daha alâkalı olacağından kuvvet ve tesirleri daha fazla olur (22). O halde değişme kabiliyeti ve farklılık beşerî kanunun mahiyeti icabıdır. Fakat bu değişmeler neye tâbi olarak, neden dolayı vaki olacaktır?

Ç. Mevzu kanunlara tesir eden faktörler, «Kanunların ruhu» :

MONTESQUİEU, bugün kendilerine morfolojik, politik, ekonomik, kültürel faktörler dediğimiz âmillerin cümlesinin kanunlar üzerine müessir olduğunu bu faktörlere teb'an kanunların cemiyetten cemiyete değiştiğini açık bir şekilde anlatır. Ona göre, kanunların mahiyet ve mânası bu çeşitli tesirlerin terkibinde, birleşme suretinde mündemiçtir. «Kanunların ruhu» dediği şey işte bu tesirlerin her cemiyette birbirinden farklı olan terekküp şekli ve kanun koyanın bu tesirler arasında yer alan maksad ve gayesidir.

Böylece kanun, vazii kanunun dilediği şekilde yapacağı bir şey olmaktan ziyade, içinde bulunduğu şartlar bakımından yapabileceği bir şey telâkki olunmaktadır ki bu görüş tamamen sosyolojiktir. Filhakika MONTESQUİEU bu görüşünü tereddüde mahal bırakmıyacak tarzda açıklanmaktadır : «Kanunlar, kendileri için yapıldıkları milletlere o kadar uygundur ki bir milletin kanunlarının diğer bir millete uygun düşmesi pek büyük bir tesadüf eseri olabilir. İster devleti kuran siyasî kanunlar olsun, ister devleti idame eden medenî kanunlar olsun, bütün bunlar behemal kurulmuş veya kurulması matlup devletin tabiat ve prensiplerine uygun düşmelidirler.

«Kanunlar, memleketin coğrafî mevkiine, buzlu, sıcak veya mutedil oluşuna, toprağın evsafına, arızalarına, büyüklüğüne, halkın yaşama tarzına, çiftçi, avcı veya çoban oluşuna, anayasanın dayanabileceği hürriyet derecesine, halkın dinine, temayüllerine, servet derecesine, sayısına, ticarî hayatına, örf ve âdetine, terbiye şek-

(22) Esprit des Lois. T : III, L : XXVI, Ch : II, Sh : 3.

line uygun olmalıdır. Nihayet kanunlar arasında da münasebetler vardır : Kanunların, kendi menşeleri ile, vazıı kanunların maksadlarıyla ve tanzim ettikleri eşya nizamı ile münasebetleri bulunmaktadır. İşte kanunları bütün bu bakımdan incelemek lâzımdır. Benim bu eserde yapmak istediğim de budur. Ben bütün bu münasebetleri tetkik edeceğim : Bunların hepsi birlikte (kanunların ruhu) denen şeyi meydana getirirler» (23).

Görülüyor ki MONTESQUİEU kendisine muazzam bir program çizerken jenetik Hukuk Sosyolojisinin bugünkü müfredatını da tâyin etmiş oluyor.

1) İklim ile kanunlar arasındaki münasebetler :

MONTESQUİEU der ki «eğer muhtelif iklimlerde yaşayan insanların karakterlerinin, arzu ve ihtiraslarının birbirlerinden son derece farklı odukları doğru ise kanunların hem bu seciye farklarına, hem de arzu ve ihtiras farklarına uygun olması gerekir» (24).

MONTESQUİEU kanunlarla iklim arasındaki irtibatı iklimin insanın biopsikolojik varlığına ve dolayısiyle karakterine tesiri suretiyle izah eder. Bu izahlarının kendi zamanının fizyoloji bilgisinin seviyesi ile mahdut olduğu aşikârdır. Fakat vardığı neticeler iklim şartları ile sosyal müesseseler arasındaki irtibata işaret etmek bakımından mânidardır.

MONTESQUİEU, soğuk, sıcak ve mutedil iklimin,insan bünyesi üzerine farklı tesirleri oduğunu, bu maddî bünye tahavvüllerinin ruhî sonuçları meydana getirerek insanın farklı mizaç hususiyetlerini yarattığını kabul eder. Soğuk iklim, insan uzviyetinde yaptığı tahavvüllerle hareket kabiliyetini geliştirir. Hassasiyeti, muyayele kuvvetini azaltır. Bunun sonunda soğuk bölge halkları hareketli, faal, soğuk kanlı, akli selimi his ve heyecanlarına galip, hürriyetine düşkün, cinsî heyecanları mutedil, muvazeneli insanlar olurlar (25). Bu itibarla kuzeylilerin sosyal nizamlarını temin için dâhiyane kanunlara ihtiyaç yoktur. Aklı selimleri onları idareye

---

(23) Esprit des Lois. T : I, L : I, Ch : III, Sh : 15-16.

(24) Esprit des Lois. T : II, XIV, Ch : I, Sh : 1 «S'il est vrai que le caractere de l'esprit et les passions du coeur soient extrêmement différensts dans les diveres climats, les lois doivent être relatives, et à la différence de de ces passions, et à la différence de ces caractères,

(25) MONTESQUİEU — Esprit des Lois - II, L : XIV, Ch : II, Sh : 2.

kâfidir Zira müfrit heyecanlardan, rehavetten, şehvetten, kurnazlığın eseri olan suçlardan uzaktırlar (26).

Buna mukabil, sıcak bölge halklarında, sıcağın bedenî fonksiyonlar üzerine tesirleri dolayısıyla faaliyet meyli son derece azdır. Sıcakta hareket, zevkli değil, ancak zahmetli bir şeydir. Buna mukabil hassasiyet, şehvet, muhayyele son derece münkeşiftir. Cenuplu tenbel, kurnaz, rehavete ve şehvete düşkün, şeytanî bir zekânın iğvalarına kapılarak ahlâksızca davranmakta tereddüt etmeyen, buna mukabil kendi kendini idare ve siyasî hürriyet gibi problemlere kayıtsız bir tiptir. Sıcak ne kadar artarsa bu hususiyetler o kadar bariz bir hal alır. Kuzeyden güneye doğru inildikçe ahlâktan da uzaklaşılır (27).

Mutedil iklimi olan bölgelerin halkları ise istikrarsız bir karakter gösterirler, bunlarda iklimin tâyin edici tesiri daha zayıf, buna mukabil diğer sosyal faktörlerin baskıları daha kuvvetlidir (28).

---

(26) MONTESQUİEU — Bir koyun dili üzerinde yaptığı teşrih denemesini, koyunun dilinin parçası dondurulduğu zaman sinir uçlarının nasıl küçülüp zail olduğunu ve ilh.. teferruatıyla anlatır. Bugün için böyle bir deneyin basitliği ve kifayetsizliği üzerinde durmaya - hele vardığı sonuçların azameti karşısında- tabiî mahal yoktur. Fakat bizce mühim olan MONTESQUİEU'nün insan bünyesinin muhit şartlarına ne kadar tâbi olduğunu tamamen amprik yolla, müsbet metodlara dayanarak izah etmek isteyişidir. (T : II, L : XIV, Ch : II, Sh : 4).

(27) MONTESQUİEU — Esprit des Lois T: II, L: XIV, Ch: II, Sh: 6.

(28) Muayyen kavimlerin, muayyen karakterlere sahip olması, her etnik veya mahallî zümrenin müşterek bir simâsı olması meselesi, zaman zaman sosyal ilimlerle uğraşanları işgal etmiş bir konudur. Bu hususta sadece basit zan ve tahminlere veya aceleci genellemelere dayanan eserler olduğu gibi, oldukça objektif temellere dayanmak isteyen denemeler de vardır. Meşhur SAVİNGY'nin «Halk Ruhu» (Volksgeist) mefhumu, GUSTAVE LE BON'un «kavimler ruhiyatı» veya «ırkî karakter» kavramları, çağdaş sosyal psikolojinin sahasına giren bir problemin ilk ve iptidaî cevaplarını teşkil eder. Zümre hayatının ferde muayyen hususiyetler aşıladığı ve bir vasatî tip yarattığı müşahede edilmektedir. Ancak bu vasatî karakter tipinin hususiyetlerini ve bunu meydana getiren âmillerin nevilerini ve tesir derecelerini sathî bir şekilde tesbit, yahut şu veya bu tek sebebe irca etmek gayrı-ilmî bir çalışma olur.

Modern sosyologların (KARDİNER LİNTON, MİKEL DUFRENNE v.s.) «temel şahsiyet» (Basic personnality = La Personnalité de Base) kavramı ise aynı zümre ferdlerine ilk yetişme çağında terbiye baskısı ve daha sonra çeşitli kültürel müesseseler vasıtasıyla icra edilen tesir

Bu iklimden doğan farklılaşma, kanunlara ve müessese lere akseder: güney kavimlerinde kölelik müessesesi halkın kendini idareden âciz, teşebbüsten korkan, tenbel mizacı ile uyuştuğu için tutunur (29). Çok karılılık müessesesi cinsî zevkleri en üstün zevk sayan şehvetli güney halkının ihtiyaçlarına uygun olduğu için yaşar (30). İstibdat rejimleri gene aynı korkak, tembel ve sade şahsî zevkleri peşinde koşan halk kitlelerine uygun düşer (31). Hattâ bir kuzeyli kavim, güneye doğru yayılarak bu halkları sultası altına alınca, kendi fatih halkını da aynı istibdada tâbi tutmak yoluna sapar. Böylece, istibdat rejimlerinin menşei sıcak bölgelerdir (32).

Netekim, hem sıcak hem soğuk bölgeleri ihtiva eden Asya kıt'asında kuzeyliler daima güneyli halkı hakimiyetleri altına almıştır. Fakat bu güneyli devletlerin müstebit idarelerini de öğrenip benimsemişlerdir. Bunun neticesinde kuzey Asyalı hükümdarlar yalnız fethettikleri güney halkına değil, kendi fatih ırkının fertlerine de istibdad usullerini tatbik etmişlerdir (33). Halbuki bu şekilde kesin iklim farkları olmayan Avrupa kıt'asında yapılan fetihler iklim şartları itibariyle aşağı yukarı aynı derecede hürriyetsever halkların birbirlerini yenmeleri şeklinde cereyan ettiğinden bunun sonucu olarak hiçbir zaman Avrupa'da şark usulü istibdatlar teşekkül edememiştir.

Güneyliler müfrit hassasiyetleri, heyecanlı mizaçları, muhayyele kuvvetleri ve kurnazlıkları yüzünden daima çok müdebbir kanun koyuculara ihtiyaç hissetmişlerdir.

Hülâsa «muhtelif hayat tarzlarını meydana getiren faktörler, muhtelif iklimlerin doğurduğu farklı ihtiyaçlardır ve hayat tarzla-

---

birliğinden doğma, bu itibarla ırk veya iklim gibi tabiî değil, belki «içtimaî, müktesep» bir menşee dayanmaktadır.

Herhalde bu hususta ne ırkî ne de coğrafi bir muayyeniyet üzerinde artık ısrar edilememektedir.

(29) MONTESQUİEU — L'Esprit des Lois. T: II, XV, Ch: VII, Sh: 32.

(30) MONTESQUİEU — De L'Esprit des Lois. T: II, XVI, Ch: III, IV, VI, VII Sh: 55 - 59).

(31) MONTESQUİEU — De L'Esprit des Lois. T: II, XVII, Ch: III-VII (Sh: 75 - 84).

(32) MONTESQUİEU — De L'Esprit des Lois. XVII, Ch: II-VII (Sh: 74-84).

(33) MONTESQUİEU — De L'Esprit des Lois. XVII, Ch: V, Sh: 80.

rındaki bu farklılık da kanunların farklı olmasını intaç eder» (34). Zira «iklim saltanatı, saltanatların en başta gelenidir» (35).

2) Coğrafi muhit şartları ile devlet rejimleri arasındaki münasebet :

Bundan başka toprağın bünyesi, verimli veya kıraç oluşu, coğrafî arızalar ile kanun ve devlet rejimleri arasındaki münasebete de işaret eden MONTESQUİEU Avrupa ve Asya devletlerinin tip ve şekil farklarını bu faktörlere raptetmeğe çalışır. Meselâ Avrupa dağlar ve nehirlerle bölünmüş ufak coğrafî bölgeleri ihtiva eder ki buralarda birbirlerinden müstakil ve çapı küçük siyasî üniteler yaşar. Bu devletler coğrafî arızaların himayesindedir. Kendilerini koruma şansına sahiptirler. Bunun neticesi olarak istiklâl ve hürriyetlerine düşkündürler. Bunlar hiçbir zaman kendilerini yutan büyük geniş despotik imparatorluklarda erimemişlerdir. Halbuki Asya'da pek geniş düzlükleri içine alan tabiî engellerden mahrum sahalarda her çeşit kavmi otoritesi altında tutan muazzam despotik imparatorluk kurulabilir (36).

Bundan başka dağlık bölgeler verimsizlikleri sebebiyle de hükümdarların hırslarını tahrik etmezler. Halbuki münbit ve mahsuldar ovalarda durum tamamen başkadır: ziraatla uğraşan halk, hem bütün vaktini ekip biçmeğe tahsis eder, hem de mahsul alır almaz herşeyden evvel onun muhafazası telâşına düşerek hürriyet problemleri ile uğraşacak durumda bulunmaz. O her şeyden evvel emniyet ve sükûn ister. Bundan başka ovalık bölgeler, halka, malını ve canını hükümdarın keyfî müdahalelerine karşı koruma imkânı verecek tabiî arızalardan mahrum olduğu için bu bölgelerin sağladığı nimetler siyasî sadakatlerinin teminatını teşkil eder (37). Nitekim vaktiyle münbit ve ovalık olan İsparta'da müstebit bir nizam, dağlık Atina'da ise halk hükümeti teşekkül etmişti.

MONTESQUİEU, iklimden başka bir memleketin malî duru-

(34) Esprit des Lois. T: II, Livre: X, Sh: 14.

(35) Esprit des Lois T: II, Livre XIX, Ch: XIV Sh: 134.

(36) «Asya memleketlerinin bütün tarihlerinde hür bir ruhun varlığına işaret eden tek bir iz bulmak imkânsızdır: buralarda ancak ve ancak kölelik kahramanlıklarına rastlanır.» (Esprit des Lois T: II, L: XVII Ch: VI, Sh: 83).

(37) Esprit des Lois T: II, Livre L: XVIII, Ch: II, Sh: 86.

munun (38), ticarî münasebetlerinin (39), nüfusunun (40), dinî müesseselerinin (41) kanunlar üzerine tesirleri hakkında uzun uzun izahlarda bulunur. Ancak bizce bu hususta serdettiği fikirlerin muhtevalarından ziyade, asıl bu münasebetleri sezmiş olmasının ehemmiyeti vardır. Zira bu münasebetlerin hakiki şekil ve mânası MONTESQUİEU'den sonra muhtelif sosyal ilim dallarının konusunu teşkil etmiş ve daha iyi izah edilmiştir (42). Bu itibarla bu noktalar üzerinde daha fazla durmamıza lüzum yoktur.

3) Milletin «umumî ruh»ları (esprit général) ve örf âdetleri ile kanunlar arasındaki münasebetler :

MONTESQUİEU'nün umumî ruhla ne murad ettiğine yukarıda temas etmiştik (43). Bu, bir camianın maşerî karekteri, millî seciyesinin hususiyetleri demektir. Her milletin maşerî ruhunu' evvelce işaret ettiğimiz gibi «iklimi, dini, hükümet prensipleri, emsaller, örf adetler vesairesi» yaratır. Her millette bu sayılan unsurlardan biri diğerlerinden daha fazla müessir olur (44). Bazı milletler meselâ eski Atinalılar gibi canlı, neşeli, bazıları Ispartalılar gibi ciddî, kaba ve sükûtidir (45). Bazıları Çinliler gibi nazik, fakat hilekâr, bazıları İspanyollar gibi mert, cömert fakat muhteristir (46), bazı milletler tembel ve mağrurdurlar (47). Hülâsa her millî seciyenin kendisine has meziyet ve kusurları vardır.

Ancak bu ahlâkî kusurların hepsi siyasî bakımdan kusur değildir ve behemehal kanun vazıları tarafından tashihleri icabetmez (48). Vazı kanunlar bilhassa bu hususu unutmamalıdırlar.

---

(38) Esprit des Lois T: II, Livre: L: XXII (Sh: 258-298).

(39) Esprit des Lois T: II, Livre: L: XX, XXI (S: 162-257).

(40) Esprit des Lois T: II, iLvre: L: XXIII (Sh: 306-348).

(41) Esprit des Lois T: II, Livre: L: XXIV, XXV (Sh: 351-403).

(42) Bu karşılıklı münasebetlere dair araştırmalar Etnoloji, Sosyal Antropoloji, İptidaî Cemiyet Sosyolojisi, İktisat Sosyolojisi, Din Sosyolojisi, v.s. gibi çeşitli sosyal ilim sahalarında yapılmaktadır ki, bu bakımdan MONTESQUİEU bu sahaların hepsine öncülük etmiş durumdadır.

(43) Yukarda §. 16, B.

(44) Yukarda not : 8.

(45) Esprit des Lois.. T : 11, Livre : XIX, Ch : VII.

(46) Esprit des Lois. T : 11. Livre : XIX, Ch : X.

(47) Esprit des Lois T : 11, Livre : XIX, Ch : IX.

(48) «j'ai seulement voulu faire copmrendre que tous les vices politiques ne sont pas des vices moraux, et que tous les vices moraux ne sont pas des vices politique; et c'est ce que ne doivent point ignorer ceux qui font

Umumî ruhun tipik tezahürleri nelerdir? Bunlar örf ve adetler, âdap ve terbiye kaideleridir. MONTESQİEU işte burada kanunla örf ve adet arasındaki kesin bir menşe farkı ihdas eder. «Kanunlar kanun koyanın hususî ve belirli müesseseleri olduğu halde örf ve âdetler umumiyetle milletlerin müesseseleridir» (49). «Kanunlar ısdar edilmişlerdir, örflerse ilham edilmiş... Örfler daha ziyade umumî ruha istinat ederler, kanunlarsa mahsus bir müesseseye dayanırlar (50). Örf ve âdetleri kanular meydana getirmemiştir. Zaten buna muktedir veya talip de değildirler» (51). «Kanunlar fertlerin hareketlerini, onları vatandaş sıfatiyle ele alarak tanzim eder, örflerse fertleri insan olarak ele alırlar» (52).

O halde MONTESQUİEU örf ve adetleri konunlara kaynak olarak saymıyor belki kanun vaz'ında ka'le alınması gereken bir dış âmil telâkki ediyor ki bu noktanın tenkidine aşağıda temas edeceğiz (53).

Ancak bir milletin örfleri bütün tarihinde sabit kalmayıp zamanla ve muhtelif tesirlerle değişebilir. Kanunlar da bu değişmeleri takip eder. Keza aynı kanunlar örfleri farklı memleketlerde farklı neticeler verir. Bunun içindir ki MONTESQUİEU : «Bir kanunun, hangi memleket için ve ne gibi şartlar altında yapıldığı bilinmeden tatbiki nasıl mümkün olur? Hukuk ilmini inceleyenlerin çoğu kendilerini Nil nehrinin cereyanına terk etmiş gibidirler, onunla beraber akar, onunla beraber taşarlar, fakat nehrin nereden kaynadığını bilmezler» demiştir (54).

---

des lois qui choquent l'esprit général.» (Esprit des Lois T : 11, Livre : XIX, Ch : X1, Sh : 131.

(49) Esprit des Lois. T : 11, Livre : X1X, Ch : X1V, Sh : 132.

(50) Esprit des Lois. T : II, Livre : XIX, Ch : ×II, Sh : 131.

(51) Esprit des Lois. L : XIX, ×VI, Sh : 135.

(52) Esprit des Lois, aynı yerde.

(53) Kanunlarla örfler arasında böyle kesin bir duvar çekilmesi «hukuk» un bütününü kanunlara ircaa varır. Hukukî örflerin mevcudiyeti, kanunların birçok nevinin muhtevalarını tamamen örf kaidelerinden aldıkları, ve nihayet her ikisinin de hukukun çeşitli tesbit vasıtalarından başka şeyler olmadıkları ancak XIX uncu yüzyıl hukukçu ve sosyologlarınca kavranmıştır. Bununla beraber hâlâ örf ve kanun ikiliğini pek cezrî alan ve hukuku otoritelerden çıkarılan normlara inhisar ettirmekle ısrar edenler vardır. Kanuncu veya normcu pozitivisler gibi.

(54) Pensées et Fragments inédits de Montesquieu. I, p : 155 (ité dans «Montesquieu l'Homme et l'Oeuvre. par J. DEDİEU Paris 1943, Sh : 134).

Kanunlarla halkın örf ve ahlâkı arasındaki irtibat vaktiyle EFLATUN'un da dikkatini çekmiştir. Meselâ dindar bir millette tatbik edildiği takdirde faydalı neticeler veren yemin müessesesi dindar olmayan bir millette pek bir şey ifade etmez. Bu ancak yeminin doğuracağı netice ile bir menfaat alâkası olmayan şahitler ve hakim hakkında tatbik edilebilir (55). Keza Roma cemiyeti ahlâkî sağlamlığı muhafaza ettiği devirlerde memurların ihtilâsına karşı bir kanun yoktu. Bu nev'î suçlar ilk defa zuhur edince, çalınan devlet mallarının iade ettirilmesi büyük bir ceza sanıldı (56). Keza menşelerini eski örflerden ve Roma adetlerinden alan Theodose ve Valentinien kanunları boşanma sebepleri arasında kocanın, karısını haysiyetini kıracak şekilde takdir etmesini de sayıyordu. Halbuki Bizans'ta şark adetlerinin sirayeti yüzünden ahlâk ve adap kaideleri gevşedi, bozuldu ve bunun neticesinde bu devirde çıkan kanunlardan bu boşanma sebebi kaldırıldı(57).

MONTESQUİEU daha başka bölümlerde muhtelif milletlerin seciye hususiyetleri ile kanunları arasındaki münasebete temas etmiştir. Meselâ haşin, gözüpek ve inatçı bir millet olan Japonlarda kanunlar çok sert, yaratılış itibariyle halim ve merhametli olan Hintlilerde kanunî cezalar yumuşaktır (58). Bütün bu iddiaların her hususî halde doğru olup olmadığı hiç şüphesiz söz götürür mahiyettedir. Fakat mühim olan Montesquieu'nün kanunlarla millî seciye ve örfler arasındaki münasebeti sezmiş olmasıdır.

Bundan başka bir milletin, bir camianın umumî ruhu ile siyasî hürriyet problemi arasında da bir münasebet vardır. Bu münasebet milletlerin farklı itiyat ve zihniyetlerine göre farklı hal suretleri kabul eder. Öyle milletler vardır ki anane ve inançlara bağlanmakla yetinmiş ve siyasî hürriyetin mânasını anlıyamamışlardır .

MONTESQUİEU der ki «köle bir kavmin adetleri onun köleliğinin bir parçası olduğu gibi, hür bir kavmin örf ve adeti de onun

(55) PLATON — Lois, Livre : XII, Ch : IV (Oeuvres Complètes. tome septième. Livre : VII - XII Traduction par Emile CAHMBRY. 1946, P :234).

(56) MONTESQUİEU — Esprit des Lois : T : II, Livre; XIX, Ch : XXIII Sh : 144 Scipion kararı).

(57) MONTESQUİEU — Esprit des Lois. T : II, Livre : XIX, Ch : XXVI, Sh : 147, ilk kanun : leg 8, Cod. De repudiis. İkincisi : Novelle. 117, Ch : XIV.

(58) MONTESQUİEU — Esprit des Lois. T : I, Livre : VI, Ch : XIII, keza : T : II, Livre : XIV, Ch : XV, Sh : 22.

hürriyetinin bir parçası demektir» (59). Öyle milletler vardır ki hürriyete tahammül edemezler ve hürriyet onlara ancak zarar verir. «Tıpkı bataklık havasında yaşamaya alışmış kimselere temiz havanın iyi gelmemesi gibi» (60).

MONTESQUİEU XVI. asırda Hindistanda pegu kralının huzuruna çıkarılan bir Venedikli seyyahın mülâkatını nakleder. Seyyah Venedik'te kral bulunmadığını söylediği zaman hindli hükümdar bunu o kadar komik bulmuş o kadar hayretle karşılamış ki gülmekten konuşamaz hale gelmiş! «Böyle bir millete hangi kanun vazı bir halk hükümeti kurmasını teklif edebilir?» (61).

Hülâsa MONTESQUİEU'ye göre her millet hürriyetine tecayüzden başka bir şey anlamaktadır. Meselâ Moskoflara göre hürriyetini muhafaza etmek sakalını kestirmemekten ibarettir. Büyük Petro'nun bu yoldaki müdahalesine tahammül edememişlerdir (62). Bu bakımdan Asyalı kavimler hürriyet mevzuunda daima daha az hassas olmuşlar ve istibdada daha çok tahammül göstermişlerdir. «Asya'da kavimler sopa ile idare olunur, Tatarlar uzun kırbaçlarla. Her devirde Asya kavimlerinin ceza addettikleri şey, Avrupa kavimleri nazarında zulüm ve tecavüz sayılmıştır» (63).

MONTESQUİEU bütün bu izahalarına rağmen hürriyet konusunda meş'um bir fatalizme sapmamıştır. Siyasî idare şekilleri ile kanunlar arasında bir münasebet bulunduğunu, muayyen idare şekillerinin tahakukunun milletlerin örf ve adetleri üzerine tadil edici tesirleri olacağını sırası geldikce işaret etmiş ve daima İngiltere'yi örnek göstermiştir.

4) Cemiyet tipleri (ve hükümet şekiller)i ile kanunlar arasındaki münasebetler :

a - MONTESQUİEU, bir cemiyetler tipolojisi yapmış mıdır ?

İçtimaî hayat şartlarının türlü âmillerle birbirinden pek farklı cemiyetlere vücut verdiğini ısrarla tebarüz ettiren bir bilginin, böy-

---

(59) MONTESQUİEU — Esprit des Lois. T : II, Livre : XIX, Ch : XXVII, Sh : 148.

(60) MONTESQUİEU — Esprit des Lois : T : II, XIX, Ch : II, Sh : 122

(61) MONTESQUİEU — aynı yerde.

(62) MONTESQUİEU — Esprit des Lois. T : I, Livre IX, Ch : II, Sh : 247, not : 2.

(63) MONTESQUİEU — Esprit des Lois. T : II Livre : XIX, Ch : V, Sh : 81

le bir tipoloji yapmadığını, sadece devlet ve hükümet şekillerini ayırd etmekle yetindiğini iddia etmek doğru değildir. Bununla beraber, DURKHEİM'in 1892 de yayınladığı araştırmasına kadar MONTESQUİEU hakkındaki kanaat umumiyetle bu yolda idi. Halbuki DURKHEİM, MONTESQUİEU'nün, hakikatte devlet ve hükümet şekillerini değil, cemiyet tiplerini sınıflamakta olduğunu, ve kendisinin tasnif şeklinde hissedilen şeklî aksaklığın, dogmatik kıstaslardan ziyade sosyolojik kıstaslara önem vermesinden ileri geldiğini isbat etmiştir: MONTESQUİEU, tarihte gelmiş geçmiş ve kendi zamanında yaşamakta olan cemiyetlerin özelliklerini esas tutarak bunların tasnifini yapmıştır. Sınıflamasında hükümet veya devlet tiplerini zikretmesinin sebebi ise, kendi zamanında siyasî rejimin bir cemiyetin en karakteristik tarafı olarak kabul edilmesidir. Böylece MONTESQUİEU'nün devlet tasnifi, haddizatında bir cemiyet tasnifi olmuştur (64).

MONTESQUİEU'nün mücerret bir sınıflamanın hadleri olarak değil, fakat muhtelif vesilelerle, ezcümle «ziraatçı olmayan kavimler» veya «para kullanmayan kavimler» adı ile bahsettikleri cemiyet tiplerini de gözönüne alır ve bunları klâsik tasnifleri yapılmış olan diğer cemiyetlere ilâve edersek elde edeceğimiz şemayı şu şekilde canlandırabiliriz.

1) Hâkim iktidarın sabit bir esas teşkilâttan mahrum bulunduğu cemiyetler:

a) Vahşiler,

b) Barbarlar.

2) Hâkim iktidarın sabit bir esas teşkilâta sahip bulunduğu cemiyetler:

a) Monarşiler,

b) Cumhuriyetler (1. Aristokratik Cumhuriyetler, 2. Demokratik Cumhuriyetler).

c) İstibdat idareleri.

I) İktidarın sabit bir esas teşkilâttan mahrum bulunduğu cemiyetler (devletsiz cemiyetler):

MONTESQUİEU, bu cemiyetlerin avcılık veya sürücülükle ya-

(64) EMİLE DURKHEİM — Montesquieu et Rousseau, Précurseurs de la Sociologie. (Lâtince metin: 1892. Fransızcaya tercümesi: 1953, Paris, Sh: 73).

şadıklarını, diğer cemiyetlerden bariz hususiyetlerle ayrıldıklarını söyler. Bunlar umumiyetle az nüfuzlu topluluklar durumundadırlar (65). Toprak, ferdî mülkiyetle parçalanmamış, dolayısiyle medenî hukuk münasebetleri gelişmemiştir (66). Kanunları yok, fakat örf ve adetleri vardır (67). En üstün otorite ihtiyarlardadır. Fakat bu, servet üstünlüğüne değil, belki savaşçılık kuvvetine ve öğüt ve tavsiyelerde tezahür eden dirayete dayanır. Bu kavimler hürriyetlerine pek düşkündürler. Onun için devamlı iktidarlara dayanamazlar. Bir şef hürriyetlerini gapsetmeğe kalkarsa hemen kendilerine başka bir şef bulmaya bakarlar (68).

Bu tipin tâli kollarını vahşiler ve barbarlar teşkil eder. Vahşiler küçük topluluklar halinde birbirlerinden uzak mesafelere serpilmiş olarak yaşarlar ve bu küçük topluluklar arasında onları birleştirici hiçbir sosyal bağ yoktur. Bunlar birbirleriyle birleşerek daha büyük topluluklar teşkil edince barbar dediğimiz tipler meydana gelir (60). Barbarlar hayvan yetiştirmekle geçinir. Kısa ömürlü imparatorluklar kurar, fütuhat yapar ve çabuk dağılırlar. Fert olarak ihtiyaçları basittir ve fertler arasında tabiî zarurî eşitlik caizdir. Bu yüzden bunların şefleri asla müstebit olmaz.

2) İktidarın sabit esas teşkilâta sahip olduğu cemiyetler :

Bunlar MONTESQUİEU nün klâsik hükümet şekilleri tasnifi içine giren cemiyet tipleridir. MONTESQUİEU doğrudan doğruya müşahhas cemiyet tiplerini tetkik ve tasnif etmiş, yoksa ARİSTO gibi mücerret bir şekilde sadece «iktidar hâmillerinin sayısı» esasından hareket etmemiştir.

Filhakika eski Yunan ve Roma demokrasilerinin hayat tarzına, prensiplerine, devlet idaresine derin bir şekilde vakıf olan MONTESQUİEU, bu tiple ortaçağ prenslikleri arasında veya içinde yaşadığı Avrupa Monarşileri ile, seyahat notlarından ve hatırat eserlerinden öğrendiği şark istibdatları arasında öyle büyük sosyal bünye farkları görmüştür ki behemehal bu farkları aksettirecek bir sınıflama yapmak istemiştir.

---

(65) MONTESQUİEU — Esprit des Lois. T: II, Livre XVIII, Ch: X, Sh: 93.
(66) MONTESQUİEU — Esprit des Lois. T: II, Livre: XVIII, Ch: XIII, Sh: 95.
(67) MONTESQUİEU — Esprit des Lois. T : II, Livre: XVIII, Ch: XIII, Sh: 95.
(68) MONTESQUİEU — Esprit des Lois. T: II, XVIII, Sh: XIV, Sh: 96.
(69) MONTESQUİEU — Esprit des Lois. T : II, Livre : XVIII, Ch : XI, Sh : 94.

MONTESQUİEU ye göre demokrasi ancak muayyen bir sosyal bünyede teşekkül eden bir hükümet şeklidir : Vatandaşlar arsında muazzam servet farkları olmayan, idarî ve iktisadî iş bölümünün pek fazla inkişaf etmediği, âmme hizmetlerinin kurra ile ve münavebe ile hemen her vatandaş tarafından yapılabildiği mahdut nüfuslu cemiyetlerde (70).

Buna mukabil monarşiler ticaretin, sanayiin ilerlediği milyonlarca nüfusa sahip geniş siyasî bölgelerde kurulan rejimlerdir. Bu sınıflı bir cemiyettir. Kuvvetli veya zayıf, fakat her halde iktisadî ve siyasî bakımdan halkla mukayese edilemiyecek durumda bir «asiller sınıfı», bir soy ve şeref hiyerarşisi vardır ki bu, hükümdarın keyfîliğini cemiyette fiilen sınırlandırabilecek bir muvazene kuvveti teşkil eder (71). Artık âmme hizmetleri eski demokresilerde olduğu gibi basit ve herkesin harcı değildir. Bunları ifa için muayyen şart ve vasıfları haiz olmak lâzımdır.

Şark istibdadları ise siyasî hürriyetin doğuşuna imkân vermiyecek bir coğrafî muhitte (düz, ovalık sahalar veya büyük çöller gibi) din ve ananenin her şeye hakim olduğu, fertlerin itaat ve kölelik zihniyeti ile yetiştirildiği muazzam ve fakat şekilsiz imparatorluklarda meydana gelmiştir (72).

O halde bu muhtelif devlet şekillerinden her birinin «bulundukları hali alışlarının» birtakım tabiî şebepleri vardır. İşte MONTESQUİEU'nün, hükümetlerin bulundukları hallerine, onların «tabiat = nature»i demesinin hikmeti budur.

b - Hükûmetlerin «tabiatları» ve «prensipleri» :

Filhakika MONTESQUİEU, hükümetlerin «tabiat»larını onların «prensip» lerinden sarahatle ayırdeder. Hükümetin tabiatı onu bulunduğu halde yapan şeydir, prensibi ise onu tahrik eden şeydir. Biri, onun hususî bünyesi demektir, diğeri ise onu hareket getiren beşerî ihtiraslardır. Bu itibarla kanunlar, hükümetlerin tabiatlarına olduğu kadar prensiplerine de tâbidir» (73).

---

(70) MONTESQUİEU — Esprit des Lois. T : 1, Livre : V, Ch : V, V1, Sh : 76-83.

(71) MONTESQUİEU — Esprit des Lois. T : 1, Livre : 111, Ch : V1, V11 (Sh : 45-46).

(72) MONTESQUİEU — Esprit des Lois. T : 11, Livre : XV11, Ch : V1, Keza : Livre : X1X, Ch : X11, Ch : 1V.

(73) «il y a cette différence entre la nature du gouvernement et son prin

Görülüyor ki MONTESQUİEU, «hükümetlerin prensipleri» tabirini bir âmme hukuku ve esasiye hukuku terimi olarak değil, belki bugün anladığımız mânada sosyolojik bir vakıanın ifadesi olarak kullanmaktadır.

Dikkat edilirse ARİSTO ve EFLATUN gibi klâsik filozoflar devletin gayesinden bahsederken etik bir ideali murad ederler. Devletin hikmeti vücudünü, âli vazifesini tayine çalışırlar. MONTESQUİEU ise «hükümetin prensibi» ile böyle bir normdan değil, belki bir sosyal gerçekten, hattâ bir sosyal psikoloji mefhumundan bahsetmektedir : bu, siyasî camiayı tahrik eden, yaşatan işleten kuvvettir. Devleti tahrik eden kuvvet artık mücerret bir fikrin tahakkuku arzusu değil, bizzat devleti teşkil eden, onun organları durumunda bulunan kimselerin belirli ruh haletleridir ki kendilerine «prensip» denmesine rağmen bunlar muayyen bir siyasî bünyenin doğurduğu belirli sosyalpsişizm vakıalarıdır. Bu prensipler nelerdir : MONTESQUİEU'ye göre monarşinin prensibi hükümdarda, asalet çevresinde, ve ricaldeki «şan ve şeref duygusu» dur. Hükümdarı ve ricali harekete sevkeden unsur futuhatla veya memleket içindeki eserlerle şan ve şerefini arttırma, mevkiini yükseltme «ihtirası»dır (74). Burada ne eşitlik prensibi, ne hasbî bir vatan sevgisi bahis konusudur.

Cumhuriyet idaresinde ise ve bilhassa demokratik cumhuriyetlerde iktidar halkta olduğuna göre bu, halkın memleket işlerini benimsemesi, vatanını sevmesi, onu şahsî menfaat ve ihtiraslarına feda etmemesi, vatandaşlar arasında bir eşitlik bulunduğuna inanmasıdır. MONTESQUİEU buna «fazilet ve eşitlik aşkı» der, ve fazileti de tamamen siyasî mânada yani «vatanını sevmek, âmme işlerinde haris ve menfaatperst olmamak» mânasına kullandığını tasrih eder (75). Sınıfsız bir cemiyette meziyet, sadece vatana hizmet yolunda daha ileride olmaktan ibarettir.

---

cipe, que sa nature est ce qui le fait être tel; et son principe, ce qui le fait agir. L'une est sa structure particulière, et l'autre les passions humaines qui le font mouvoir.

Or, les lois ne doivent pas être moins relatives au principe de shaque gouvernement qu'a sa nature.» (T : 1, L : 111, Ch : 1, Sh : 36).

(74) MONTESQUİEU — Esprit des Lois. T : 1, Livre : 111, Ch : VII, Sh: 6

(75) «...mais la vertu politique est un renoncement à soi-même, qui est toujours une chose très pénible.

On peut définir cette vertu, l'amour des lois et de la Patrie: cet amour demandant une préférence continuelle de l'intérêt public au sien propre,

Filhakika halk, bu mânada bir faziletten mahrumsa, kanunlara itaattan hoşlanmıyor, uhdesindeki âmme vazifesini şahsî menfaatleri lehine suiistimal ediyor, eşitlik dâvasını devlet idaresi için zarurî her nevi hiyerarşiyi imkânsız kılacak kadar ileri görüyorsa artık bir demokrasiden bahsetmek mümkün müdür? (76).

Diğer hükümet şekilleri hakkıda da durum budur. «Her hükümetin bozuluşu, hemen daima prensiplerinin bozulması ile başlar» (77).

Aristokratik cumhuriyetlerde ise esas, faziletle beraber, itidaldir. İtidal, idareci asil zümrenin imtiyazlarını arttırmamak, halkı ihmal edilmiş bir halde ve pasif durumda bırakmamaktır. Böyle bir hükümet ne kadar demokratik şekle yaklaşırsa o kadar iyidir. Zira aristokrasi demek, tabiatı itibariyle insanlar arasında büyük bir mevki ve servet eşitsizliğini gerektiren rejim demektir. İnsanlar arasında bu kadar büyük servet farkları olan bir cemiyette halkın faziletli olması pek ender bir şeydir. O halde aristokratik esas teşkilâtın tazammun ettiği bu eşitsizliği hükümet prensibinin hafifletmesi lâzımdır (78). Aristokrasiler, asillerle halk arasındaki mesafeyi aştıkları, asiller arasındaki hiyerarşiyi kesinleştirdikleri nisbette itidalden uzaklaşmış ve çürümeğe yüz tutmuş olurlar (79).

Monarşide ise evvelce söylediğimiz gibi fazilet esas değildir. Monarşide kanun kuvveti halkın faziletli olmasına pek ihtiyaç bırakmaz (80). Monarşide şan ve şeref ihtirası, kanunların yardımı ile beraber, demokrasilerdeki siyasî faziletin yerine kaim olur ve

---

donne toutes les vertus particulières, elles ne sont que cette préférence. Cet amour est singulièrement affecté aux démocraties : dans elles seules, le gouvernement est confié à chaque citoyen. Or le gouvernement est comme toutes les choses du monde; pour le conserver, il faut l'aimer.» (T. Livre: IV, Ch: V, Sh: 61).

Keza : T : I, Livre : III, Ch : III, Sh : 37.

(76) Mamafih MONTESQUİEU bunu açıklar: «Bu, herhangi bir cumhuriyette halk behemehal faziletli olur demek değildir, faziletli olması lâzımdır. demektir. Keza, bu herhangi bir monarşide behemehal şeref, istibdatta ise mutlak korku vardır demek değildir, belki bunların mevcut olması lâzımdır demektir. Bunlar eksik ise o hükümet kemal halinde bulunmuyor demektir. (T: I, Livre: II, Ch: XI, Sh: 52).

(77) «La corrution de chaque gouvemement commence presque toujours par celle des prinscpes» (T : I, Livre : VII, I, Sh : 184).

(78) T: I, Livre: V, Ch: VIII, Sh: 87.

(79) T: I, Livre: VIII, Ch: V, Sh: 189.

pek âlâ hükümeti idareye kâfi gelir (81). Bununla beraber MONTESQUİEU monarşilerde bahis konusu olan şan ve şeref dâvasının hakikatte «sahte bir şeref» olduğunun farkındadır. Fakat der ki, «bu sahteliği ile beraber faydalıdır ve umumî menfaatlara olan faydası, hakikî şerefin ferdî şahsiyetlere temin edeceği faydadan aşağı değildir» (82).

İstibdada gelince bunun prensibi «korku»dur. İstibdatta fazilete hiç lüzum yoktur. Şan ve şeref endişesi de tehlikelidir. Fertlerde haysiyet ve izzetinefis mevcutsa bunlar istibdada isyan edebilirler. Bu sebeple istibdat bütün cesaretleri kırmaya ve yükselme hırsını söndürmeye mecburdur. Bunun için korku telkinine ihtiyacı vardır. İstibdat idarelerinde halktan birinin hayat emniyeti devlet ricalinden daha fazladır (83) ve nihayet istibdatta «insan» demek, âmire itaat eden mahlûk demektir. Burada ne devlet ricali, ne saray adamları hükümdarın şiddetini tadile yarayacak tavasvutlarda bulunamazlar (84). İstibdat rejimleri ancak korku ile tutunabilirler.

c - Kanunlarla hükûmet prensipleri arasındaki münasebet :

İşte kanunlarla hükümet şekillerinin prensipleri arasında daima muayyen bir münasebet vardır. Her kanun, her hükümet şeklinde aynı neticeyi doğurmaz. Terbiye ile, israfla, kadın statüsü ile ilgili hükümler, umumiyetle medenî ve cezaî kanunlar daima bu farklı hükümet prensiplerine göre değişir (85).

Bundan başka bir hükümetin prensibi bozulursa, vaktiyle iyi tesirler icra etmiş kanunlar bu sefer kötü tesirler yapar. «Hükümetin prensibleri bir kere bozuldu mu en iyi kanunlar bile kötü

---

(80) «Il ne faut pas beaucoup de probité pour qu'un gouvernement monarchique, ou un gouvernement despotique se maintiennet ou se soutiennent. Les forces des lois dans l'un, le bras du Prince toujours levé dans l'autre, règient et contiennent tout.» (T : I, III, Ch : III, III, Livre : III Ch : XXIX, Ch : XIX Sh : 193).

(81) T: I, Livre: III, Ch: VI, Sh: 45.

(82) T: I, Livre: III, Ch: VII, Sh: 47.

(83) T: I, Livre: III, Ch: IX, Sh: 48.

(84) T : I, Livre : III, Ch : X, Sh : 50.

(85) MONTESQUİEU'deki zengin misallerin tetkiki ve bunların münakaşası, daha ziyade Anayasa Hukuku ile ilgili olduğundan bu noktalar üzerinde fazla durmuyoruz.

olur ve devlet alehine tesir eder. Prensibler sağlamsa kötü kanunlar bile iyi gelir. Zira prensibin kuvveti her şeye hakimdir» (86).

d - Tatbiki Hukuk Sosyolojisi problemi :

1) Müessir faktör sıfatiyle hukuk ve kanun vâzının rolü :

MONTESQUİEU yukarda işaret ettiğimiz gibi kanunları hem diğer dış şartlardan mütessir bir takım mahsuller olarak, alır, hem de dış şartların tesirini tadil edici, cemiyete istikamet verici faktörler, bir mânada rehberler olarak alır. Sosyal faktörler arasındaki bu karşılıklı tesirleşme vakıası bugünün sosyoloji anlayışına tamamen uygundur. Bu itibarla MONTESQUİEU'nün kanun vazılarına yaptığı tavsiyeler daha evvelki devirlerde yazılmış siyasetnameler gibi sadece nazarî mesnedi olmayan politika tekniği kaidelerinden veya ahlâkî vaizlerden ibaret değildir. O kanun vazilerine evvelâ kanunlarla dış şartlar arasındaki belirli illiyet münasebetlerini hatırlatır. Sonra da kanun vaz ederek tatbik edecekleri tekniği izah eder. Kanun vazıları, evvelce temas ettiğimiz gibi, adeta BACON'un fizik tabiata hâkim olma usulündeki tavsiyesini içtimaî tabiata hâkim olmak için tatbik edeceklerdir : Bu içtimaî tabiatın, yani cemiyetin, kendi tabii kanunlarını keşfedip, onu, bu münasebetlerden faydalanmak suretiyle ıslah edeceklerdir.

Fakat bu bir idealdir. MONTESQUİEU kanun vazilerinin debeşerî ihtiraslardan kurtulamadıklarını bilir (87), ve işte asıl bunu bildiği içindir ki böyle tavsiyelerde bulunur : Ona göre kanun vazının prensibi daima «itidâl» olmalıdır (88). Kanun koyarken müfrit fikirlere saplanmak bir hatadır. İfrat bizi içtimaî muhit ile koyacağımız hüküm arasında teessüs edecek yeni münasebeti görmekten meneder.

O halde kanun vaz'ında nazara alınacak hususlar nelerdir ? MONTESQUİEU bu meselelere muayyen bölümler tahsis et-

(86) Esprit des Lois. T : I, Livre : VIII, Ch : XI, Sh : 196.

(87) «Kanunlar daima, kanun vazilerinin ihtirasları ve batıl fikirleriyle karşılaşırlar. Bazan bunların arasından geçerler ve onların rengine boyanırlar, bazan bunların içinde kalır ve onlara karışırlar.» (T : III, Livre : XXIX, Ch : XI,X Sh : 193.

(88) «İtidal ruhu, vazı kanunun ruhu olmalıdır. Zira, siyasî hayır da, ahlâkî hayır gibi, iki müfrit haddin ortasındadır.» (T : III, Livre : XIX, Ch : I, Sh : 168.

mekle beraber bunlarla iktifa etmez, ve başka mevzulardan bahsederken sırasını getirip daima kanun vazilerini ikaz eder.

a - İklim özelliklerinin nazara alınması lüzumu; İklimden doğan kusurların tashihi :

Kanun vâzı her şeyden evvel, kanunları hangi cemiyet, hangi millet için yaptığını daima gözönünde tutmalıdır. Nitekim vaktiyle SOLON'a Atina'lılar için tanzim ettiği kanunların en iyi kanunlar olup olmadığı sorulunca şöyle demiştir : «Ben onlara tahammül edebilecekleri kanunların en iyisini verdim» (99). O halde kanun vâzının tercihi ancak milletlerin tahammül edebilecekleri kanular arasında olacaktır. Demek ki kanunlar cemiyet üzerinde muayyen bir baskı yaparak ona muayyen bir istikameti verecektir. Ancak bu baskı cemiyetin dayanabileceği nisbette olacaktır. Meselâ sosyal ve tabiî şartlara taban tabana zıt kanunlar vaz edilemiyeceği gibi, sadece bu şartlara uymayı tavsiye eden kanunlar da vaz edilemiyecektir. Cemiyet tabiî şartların kötü tesirlerinden, imkân nisbetinde kanunların yardımı ile kurtarılacaktır. Ancak bu imkânı gene cemiyetin türlü özellikleri tâyin edecektir. Meselâ iklim şartları halkta rastlanan bazı kusurların sebebidir: tenbellik, rehavet ve daima bunların neticesi olan kibir ve gurur, çalışmağı hor görmek (90). İyi vâzı kanun iklim neticesi olan bu kusurları düzeltmeğe matuf kanunlar vaz edendir. Yoksa bu kusurları teşvik edici kanunlar koyan değil (91).

Meselâ iklimin zaten tenbellik ve hareketsizliğe mahkûm ettiği hintlilerde, bu davranış şeklini bir meziyet gibi gösteren FUHÎ mezhebinin prensipleri (92), Keza araziyi prenslere vererek halkı toprakla meşgul olmak imkânından mahrum eden, onu topraksız ve dolayısiyle işsiz güçsüz bırakan Hint kanunları (93 ve gene aynı tip güney ülkelerinde insanların avare bir hayat sürerek sırf mistik ve dinî mevzularla zihinlerini işgal ederek pasif bir halde ya-

---

(89) «İlâhî Hikmet, İsrail oğullarına — Size iyi olmayan kanunlar verdim — demekle, kanunların iyiliğinin nisbî olduğunu belirtmişti». (T : II, Livre : XIX, Ch : XXI, Sh : 143).

(90) Esprit des Lois. T : II, Livre : XIX, Ch : IX, Sh : 127.

(91) Esprit des Lois. T : II, Livre : XIV, Ch : V, Sh : 9 (başlık).

(92) Esprit des Lois. Th : II, Livre : XIV, Ch : V, Sh : 9.

(93) Esprit des Lois. T : II, Livre : XIV, Ch : VI, Sh : 10.

şamalarını teşvik eden müesseseler (manastırlar, tekkeler, zaviyeler ilh...) (94) hep kötü kanun vâzilerinin eserleridir.

Buna mukabil sıcakta yapılması müşkül bir iş olan ziraatı teşvik için en çalışkan çiftçileri mükâfatlandıran Çin kanunları ise iyi vazıı kanunların eserlerine örnek teşkil eder (95) Umumiyetle tenbel milletleri, ister ziraî ister sınaî sahada olsun, mükâfat vaadiyle çalışmaya teşvik eden kanunlar iyidir (96). Keza sıcak iklimde alkol kullanılmasını men eden kaide (Muhammediler ve ve kartacalılar) iklim bakımından isabetli bir kanundur. Fakat soğuk iklimin alkolün zararını azalttığı, hattâ onun lüzumlu kıldığı kuzey bölge halkları için böyle bir kanuna lüzum yoktur (97).

b - Eşya tabiatını, tabii kanunları gözönünde tutmak lüzumu :

Kanun vazileri iklimden başka, tanzim ettikleri mevzuun hususiyetlerine, «eşya tabiatına» da vakıf olmalı bunları da nazara almalıdır. İnsanlardaki tabiî duygulara, insiyakî hasletlere aykırı kanun vaz'ı doğru değildir. MONTESQUİEU bunlara «tabiat kanunlarına aykırı mevzuat» der. Meselâ nefsini müdafaa insiyakî bir şeydir. Bir tabiat kanunudur. Halbuki EFLATUN, nefsini müdafaa için, kendisine tecavüz eden bir hür insanı öldüren köleyi, tıpkı baba katili gibi cezalandırmak lâzımdır der. Hakikatte böyle bir kanun tabiî bir kanuna ayni nefsini müdafaa kanununa aykırıdır.

Keza VIII. HENRİ zamanındaki bir kanun sanıkla iddia şahitlerini yüzleştirmeden mahkûmiyet kararının verilebilmesini âmirdi. Halbuki bu da tabiî bir kanuna aykırıdır. Belki sanık, iddia şahitlerinin iddia ettikleri kimse değil de bir başkasıdır. O halde sanığa «sizin bahsettiğiniz adam ben değilim» demek imkânı verilmelidir. Bunun hilâfına bir kanun tabiî müdafaa hissine aykırıdır (98).

Keza ayni hükümdar zamanında çıkan diğer bir kanun, daha önce gayrı meşru münasebette bulunduğu erkekle evlenecek kızın, evlenme akdinden evvel bu durumunu krala bildirmesini âmirdi. Böyle bir kanun insandaki tabiî utanma hissine aykırı ve dolayısiyle bir tabiî kanunu ihlâl eden bir hükümdür (99).

---

(94) Esprit des Lois. T : Livre : XIV, Ch : VII, Sh : 10.
(95) Esprit des Lois. T : II, Livre : XIV, Ch : VIII, Sh : 11.
(96) Esprit des Lois. T : II, Livre : XIV : Ch : IX, Sh : 12.
(97) Esprit des Lois. T : II, Livre : XIV, Ch : X, Sh : 13.
(98) Esprit des Lois. T : III, Livre : XXXI, Ch : III, Sh : 4.
(99) Aynı yerde.

II. HENRİ zamanında çıkan bir kanun, evlilik dışı münasebet neticesi gebe kalan ve çocuğunu düşüren bir kızın durumunu,daha önceden gebeliğini hâkime haber vermemesi halinde, idamla tecziyeyi mucip bir fiil sayıyordu. Bu da aynı şekilde nefsini müdafaa insiyakına ve terbiyenin de geliştirdiği tabiî iffet hissine aykırıdır. Halbuki kanun; kızı, durumunu yakın akrabalarından birine haber vermekle mükellef kılsaydı tabiî hislere cevap teşkil eder ve bu akraba çocuğun durumu ile alâkadar olabilirdi (100).

Aynı şekilde babasının veya kocasının yaptığı hırsızlığı ihbar etmeyen oğul veya karının köle olmasını emreden Burgonya kralının fermanı tabiata aykırıdır. Bu, bir suçu cezalandırmak için daha büyük bir suçun işlenmesini emretmek demektir (101).

c - Örf ve âdetle, millî seciyeye pek aykırı düşen kanunların yapılmaması :

Bundan başka kanun vazileri milletlerin örf ve âdetlerini de nazara alacaktır. Bunları kanun yoluyla değiştirmeğe kalkmak doğru değildir. Örf ve âdetler ancak yeni örf ve âdetlerin doğumuna yardım etmek suretiyle değiştirilmelidir ki bu da halka müşahhas örnekler göstermek suretiyle olur. «Milletler örf ve âdetlerine son derece bağlıdır. Bunları şiddet kullanarak değiştirmemelidir. Bu onları bedbaht etmek demektir. Yapılacak şey, bunları âdetlerini kendiliklerinden değiştirmeye sevk etmektir. Zaruretten doğmayan her ceza bir zulümdür. Kanun sırf bir iktidar tasarrufu demek değildir. Mahiyeti itibariyle mübah olan şeyler kanun mevzuu olmamalıdır» (102).

MONTESQUİEU bu bakımdan Rus Çarı Büyük PETRO'nun Rusyayı cebren garplaştırma teşebbüslerini şiddetle tenkid eder. MONTESQUİEU'ye göre köylerden şehirlere gelen Rus kadınlarının eteklerini dizlerine kadar kestiren, Moskoflara cebren sakallarını traş ettiren kanunlar zâlimanedir (103). MONTESQUİEU örf ve âdetleri bir milletin umumî ruhunun, millî seciyesinin doğrudan doğruya sudurları veya kaynakları olarak kabul ettiği için

(100) Aynı yerde Sh : 5.

(101) T : III, Livre : XXVI, Ch : IV, Sh : 6.

(102) T : II, Livre : XIX, Ch : XIV, Sh : 133-134.

(103) T : II, Livre : XIX, Ch : XIV, Sh : 133-134.

bunların değiştirilmesinin kanunların değiştirilmesinden çok daha tehlikeli olduğu kanaatındadır (104).

Diğer taraftan vazı kanunlar ahlâk, örf-âdet ve muaşeret meseleleri ile hukuku birbirine karıştırmamalıdır. Ahlâk ve adaba taallûk eden hususları kanunlarla tedvine kalkmak hatalı bir hareket olur. Meselâ Çin kanunları bütün bunları içine alır. Orada nezaket kaideleri dahi tedvin edilmiştir (105).

Fakat acaba kanunlar örf âdetler üzerine hiç müessir olmazlar mı? Daima olduğu gibi burada da MONTESQUİEU'nün tek taraflı ısrarına şahit olmamaktayız. O, kanunların örf ve âdetler karşısında geri durmaları bunları sert cezaî hükümlerle değiştirmeğe kalkmaları gerektiğini söylemekle beraber kanunların da bu örf ve âdetleri teşkile bazan nasıl yardım ettiklerini «İngiltere» misali ile uzun uzadıya izah eder : «Ben, bu milletin kanunlarının, örf-âdet ve adâbının büyük mikyasta iklim eseri olmadığını iddia etmiyorum. Ancak bu milletin örf-âdet ve adâbının büyük bir nisbette kendi kanunlarıyla alâkalı olduğunu söylüyorum» (106).

MONTESQUİEU'ye göre İngiliz esas teşkilâtının asıl gayesi siyasî hürriyeti sağlamaktır (107). Teşriî, icraî ve kazaî kuvvetlerin ayrılığı sayesinde temin edilen bu hürriyet nizamı içinde İngiliz halkı kendisine mahsus bir karakter kazanmıştır : Kendinden emin istibdada tahammülsüz, iktidardaki icra organının yetkilerini aşması karşısında derhal azınlıktaki muhalefet partilerini desteklemeye âmâde, siyasî meselelerle yakından alâkalı bir millet halini almıştır (108).

ç - İktibas faaliyetlerinde ihtiyat tavsiyesi ve kanun vazı'ndan evvel umumî efkârın hazırlanması lüzumu :

İktibas suretiyle kanunlar vaz'ı meselesine gelince; bu hususta MONTESQUİEU son derece ihtiyatlıdır. Ona göre, kanunları içinde yapıldıkları hal ve şartlardan asla tecrid etmemelidir (109), ve «herhalde bir cemiyet için yapılmış kanunlar, onun siyasî kanun-

(104) T : II, Livre : XIX, Ch : XII, Sh : 131.
(105) T : II, Livre : XIX, Ch : XVI-XX (Sh : 135-142).
(106) T : II, Livre : XIX, Ch : XXVII, Sh : 148.
(107) T : I, Livre : XI, Ch : V, Sh : 249.
(108) T : II, Livre : XIX, Ch : XXVII, Sh : 148-161.
(109) T : III, XXIX, Ch : XIV, Sh : 182 (başlık).

larına tâbi bulunduğundan, bir medenî kanunu bir milletten diğerine nakletmek isteyince, evvelâ her iki milletin aynı müesseselere ve aynı siyasî hukuka mâlik olup olmadıklarının tetkiki uygun olur» (110).

Bundan başka vaz edilecek en mükemmel kanunlar için dahi bunları ısdar etmeden evvel, kendilerine tatbik edilecek kimselerin zihinlerini alıştırmak lâzımdır (111).

Böylece MONTESQUİEU kanunların da cemiyet şartlarına ne suretle tesir edebileceğini, vazı kanunun cemiyete müessir olabilmesi için her meselede hangi hususları gözönünde tutması gerektiğini teferruatıyla izaha çalışır. O âdeta bugünkü anlamıyla kemal haline gelmiş bir Nazarî Hukuk Sosyolojisinin ilmî neticelerinden faydalanarak bunun amelî sahadaki in'ikası demek olan bir Kanun Yapma Sanatının kaidelerini vaz'etmek ister. Pek tabiî bu hususta derdettiği fikirlerin hepsi bugünkü anlayışımızla kıymetlendirilecek olursa doğru çıkmayabilir. Fakat gene tekrar edelim ki MONTESQUİEU'nün XVIII. yüzyılda sosyal gerçeklikle mevzuat arasındaki bütün bu münasebetleri sezebilmiş ve halli gerekli meseleleri vaz'edebilmiş olması dahi büyük bir kıymet ifade eder.

E. MONTESQUİEU'de müşahede edilen eksiklikler ve hizmetinin değeri :

1) Metod ve malzeme eksikliği :

Jenetik Hukuk Sosyolojisinin hemen hemen bütün problemlerine işaret eden MONTESQUİEU'nün sahamıza yaptığı hizmeti tenkidî bir gözle değerlendirmek icap ederse, bunu, etraflı bir araştırma programı teklif etmek şeklinde hülâsa edebiliriz. O, âdeta, ilerde teşekkül edecek sosyal ilimlerin ve Sosyolojinin, sağlam, emin araştırma metodlarına sahip oldukları zaman, hukukun sosyal realitesi hakkında hangi noktaları aydınlatmaları gerektiğini baştan tâyin etmiş gibidir. Kanunların hangi tabiat veya cemiyet mûtalalarına uymaları gerektiğini, bu mûtâlarla kanunlar arasındaki illîyet ve tabiiyet münasebetlerini keşfetmek suretiyle tâyin etmek lâzımdır. MONTESQUİEU bütün bu çalışmanın programını çizmiştir. Fakat bir ilim dalı, sadece çalışma programının çizilmesiyle kurulmuş olmaz. Gerçi MONTESQUİEU, bu programın muhtelif maddelerini, hattâ

(110) T : III, Livre : XXIX, Ch : XIII, Sh : 181.
(111) T : II, Livre : XIX, Ch : II, Sh : 121 (başlık).

kendi kanaatınca hemen hepsini açıklamış, bütün problemleri halletmiş gibi görünmektedir : İklim insanlara, insanlar kanunlara, kanunlar örf ve âdetlere nasıl tesir eder, bu tesirleşme malûm olduğuna göre kanun koyucular nasıl hareket etmelidirler İlh.. bütün bunlar pek münasip cevaplar verilmiş gibidir. Fakat bugünkü ilim anlayışımız ve ilimden talep ettiğimiz doğruluk derecesi göz önüne alınırsa, bütün bu meselelerin hemen hemen tamamen bâkir sahalar olarak karşımıza dikildiklerini ve bu sahalarda ancak pek ufak parçacıkların aydınlatılabilmiş ve işlenebilmiş olduğunu teslim etmemiz icap eder.

İklim insanlar acaba ne deceye kadar müessirdir? Aynı iklimde tarihin farklı anlarında birbirinden pek farklı kanunlara, örflere sahip medeniyetler ve devletler yaşamamış mıdır? Aynı câmia, aynı siyasî birlik tarihin muhtelif zamanlarında falklı iklimlere yayılmış ve hep kendi sosyal müesseselerini bu farklı bölgelere götürmemiş midir? Bu müesseseler eğer kısmî tahavvüllere uğramışsa bu acaba yalnız iklimden mi ileri gelmiştir; Sonra, batı, doğu, güney, kuzey bölgelerin, sıcak, soğuk iklimlerin halkları arasında yapılan seciye mukayesesi ne dereceye kadar tarafsızcadır? Bütün meziyetler kuzeyde, bütün kusurlar güneyde toplanmışa benzemiyor mu? Halbuki Kuzey halkı tam bir gerilik içindeyken, barbarlık seviyesini yaşarken birçok güney ve doğu bölgelerinde pek ileri ahlâk ve medeniyet sistemlerinin zuhur ettiğini ve bu sistemlerin yarattığı kıymetlerin kuzeylilerce beğenilip benimsendiğini hepimiz biliyoruz. Monoteist dinler güneyde, sâmi ırkı içinde çıkmış ve hıristiyanlık umdeleri bütün kuzeylilerin karakterlerini şekillendirmiştir (112).

Doğu istibdatları hakkındaki izahlar, ilmî bakımdan izah olmaktan ziyade, felsefî ve politik bakımdan tenkit vasfındadır. İstibdat rejimi dediği ve «bizatihi bozuk olduğu için daha fazla bozulmasına imkân olmadığından» bahsettiği bu rejimler hakkında ilmî hakikatlere vardıracak mûtâlalara sahip olmadığı aşikârdır. MONTESQUİEU bu rejimleri ancak bariz hususiyetleri ile, ana hatlarıyla bilmekte fakat içine nüfuz edememektedir. Muhtemel ki Roma

---

(112) Coğrafyacı Sosyolojinin en mütekâmil merhalesindeki iddiaları dahi hayli tenkidi davet etmiştir. Bilhassa bak :
PİTİRİM SOROKİN — Les Théories Sociologiques Contemporaines (Traduit par René Verrier, Paris, 1938, Sh : 142-149).

Tarihini bildiği kadar Doğu tarihini de tanımış olsaydı daha vazih fikirlere sahip olurdu (113).

Örf âdetlerin kanunlarla değiştirilmesine karşı cephe alışı da aynı eksik araştırmaya delâlet eder. Cemiyetlerin öyle safhaları vardır ki bu safhalarda eski örfler, tâbi olanların nazarında artık bir «itaat lüzumu»nu ifade etmezler, ve teamül derecesine düşerler fakat itaat itiyatları o kadar kuvvetlidirki, halk aklen artık hiç te beğenmediği geleneklere, sırf cemiyetin artık hikmetini kaybetmiş olan spontane baskısı yüzünden, âdeta kerhen uyar. Bu safhalarda, arkasında Devletin organize zecri olan Kanunun yetişmesi, bazı örfleri menetmesi, bazılarını tadil etmesi zamanında bir müdahale olur. Halk, Örfün şekilsiz baskısından, ancak kanunun teşkilâtlı baskısına sığınarak kurtulur (114). Bütün bunlar, her hususî halde ayrıca tetkik ve tahlili gereken meselelerdir. Hangi örf, hangi müessiriyet safhasındadır? Köhneleşmiş midir, zayıflamış mıdır; Otomatik bir itaat itiyadından mı ibaret kalmıştır, yoksa halkın nazarında kıymet ve itibarını muhafaza mı etmektedir? Bütün bunlar araştırılmadan umumî bir hüküm verilemez.

Devlet şekillerinin ancak muayyen sosyal şartların bir araya gelmesi halinde tahakkuk edebileceği hakkındaki iddia ise, ana hatları itibariyle doğrudur. Ancak, cemiyetlerin siyasî rejimlerinin benzerliği, bütün diğer hususiyetlerinin de birbirine benzemesini gerektirmez. Aynı siyasî rejim, farklı sosyal bünyelerle bağdaşabilir ve ancak bazı tatbikat farkları arzedebilir (115). Bugün için mesele siyasî olaylarla cemiyetin diğer olayları (kültürel, ekonomik ilh..) arasında

(113) Şark istibdatları, coğrafî muhitin ve iklimin özellikleri ile izah teşebbüsünün en yeni örneklerinden biri, despotik siyasî rejimlerin daima, geniş susuz bölgelerin, civardaki büyük nehirlerden, ancak merkezî bir siyasî teşkilâtın vasıtalığı ile açılacak büyük çapta cetvellerle sulandığı yerde teşekkül ettiğini iddia eden prof. WİTTFOGEL'in eseridir : Oriental Despotism, Yale University Press, 1957».

(114) Bizde «ağırlık parası» veya «başlık» denen âdetten halkın ne kadar usanmış olduğunu, men'eden kanuna rağmen bu nahoş âdetin bazı bölgelerde sürüp gitmekte devamı ettiğini unutmamak lâzımdır. Bu hususta bak :
Cahit TANYOL — Barakalarda Örf ve Adet Araştırmaları (Sosyoloji Dergisi N : 7-8, İstanbul 1953).

(115) Demokrasinin, çeşitli sosyal şartlara intibak imkânı hakkında bak : POWELL DAVİES — İnsanlığın engin Geleceği. («Man's Vast Future, A definition of Democracy», Çeviren : Dr. HÂMİDE TOPÇUOĞLU, 1957, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınlarından - Sayı : 107).

hakikatte nasıl bir bağlantı olduğunun bilinmesinde mündemiçtir ki yalnız bu konu dahi bütün bir Siyasi Sosyolojisinin kemale gelmesi halinde aydınlanabilir.

Hülasâ, bugünkü sosyolojik zihniyet, MONTESQUİEU'nün ele aldığı mevzuların hakikatte ne karmaşık, ne zor problemler olduğunu farkettiği için, onun hususiyle kendi zamanındaki imkân ve vasıtalarla, bu konulara doğru cevaplar bulamayışını tabii bulmak tadır (116). Problemler iyi vazedilmiş, fakat hal suretleri gelişigüzel seçilmiş misallere istinat ettirilmiştir. Birçok hususlarda verilen cevaplar birtakım sezgiler olmaktan öteye geçmemiş ve bu sezgilerden yalnız bir kısmı isabetli çıkmıştır. Diğerleri ise peşin hükümler olmaktan öteye geçmemiştir.

AUGUSTE COMTE, MONTESQUİEU'nün siyasî hadiselerin de tabiî hadiseler gibi insanların keyif ve iradelerine değil, belki bir takım tabiî kanunlara tâbi olduğunu kabul etmesini, kendi zamanı için bir medenî cesaret örneği sayarak tekdir ederken (117), hükümlerini gelişigüzel seçtiği misallere istinat etmesini de haklı olarak tenkid eder (118). MONTESQUİEU, çok defa, birbiriyle hiçbir benzerliği olmayan medeniyet tiplerinden aldığı kanun örnekleri ile belirli bir iddiasını teyide çalışır.

DURKHEİM ise, MONTESQUİEU'nün «tabiat-ı eşya» hakkındaki bilgilerinin tenkidini yapar. O, tabiat-ı eşyayı bildiğini zannetmektedir, der, halbuki tabiat- eşya, araştırmaların başında değil, ancak sonunda öğrenilir! (119). Hakikate bakacak olursak, bugün dahi biz, insanda, toplumda, siyasî âlemde tezahür eden eşya tabiatının ne olduğunu tamamiyle bilmiyoruz. Ancak, bilmediğimizi bilerek, onu türlü vasıtalarla deşmeğe, aydınlatmağa, çözmeye çalışıyoruz. Sosyal âlemde eşya tabiatı, yani bu âleme

---

(116) EUGEN EHRLİCH — «Modern ilmin icapları zaviyesinden Kanunların Ruhu, bir bilginden ziyade aydın bir asilzadenin, keyfi haveskârane ve vahdetsiz eseridir. Bununla beraber o, bir çok bilgin nesillerinin fikir ve ilham kaynağı olmuş muazzam bir fikir hazinesini taşıyan muhteşem bir eserdir».
Montesquieu and Sociological Jurisprudence, Harvard Law Review 1915-1916 Sh : 599).

(117) AUGUSTE COMTE — Cours de Philosophie Pozitive, Tome IV, Sh : 127.

(118) AUGUSTE COMTE — Cours de Philosophie Positive, Tome IV, Sh : 129.

(119) EMİLE DURKHEİM — Montesquieu et Rousseau, Précurseurs de la Sociologie, Paris 1953, Sh : 112.

has muayyeniyetler, temayüller, düzenlilikler bizim için geç ve güç araştırmalar sonunda perderpey keşfedilecek hakikatlerle doludur. Halbuki, on sekizinci asrın ansiklopedik bir zekâsı olan MONTESQUİEU, devrin bütün ilimleri hakkında yeter derecede bilgiye sahip olmakla tabiatı eşyayı tanıdığına inanmaktadır ve zamanın bilgi seviyesi düşünülürse bunda da mazur görülmelidir. İnsan zekâsı, bilmediği hususların varlığını geç ve güç farkeder.

Hülâsa, MONTESQUİEU'nün araştırmak istediği konular, bugün Hukuk Sosyolojisinin Jenetik Bölümünün araştırma sahasına giren konulardır. Hakikate varmak için seçtiği müşahede metodu, esas itibariyle sosyolojik metoda uygundur. Ancak, bu metodu tatbik ediş tarzı, misallerini seçişi, bulduğu malzemelerin sıhhatı ile ilgilenmeyişi ilh.. gibi hususlar bugünün metod anlayışına uymaktadır. Zira onun elinde, bugünkü sosyoloğun başvurabileceği bütün bir tarihî ve sosyal ilimlerin mûtâları yoktu. Muhtelif milletlerin hukukları ve âdetleri hakkında ne Hukukî Etnolojiden ne Mukayeseli Hukuktan, ne bir Örf - âdetler İlminden faydalanabiliyordu. Bütün bu ilim dalları kendisinden çok sonra teşekkül etmişti. Kendisiyle çağdaş yabancı cemiyetler hakındaki malûmatı ancak kendi seyahatları ile birtakım değersiz seyahat hatıratından çıkartabiliyordu. Bugünkü haberleşme vasıtalarından mahrum bir çağda başka türlü hareketine de imkân yoktu.

2) «Müessese» mefhumuna vasıl olamamak.

Hukuk Sosyolojisi bakımından MONTESQUİEU'nün büyük eksikliği, müessese kavramına yükselemeyişidir (120). O, kanunlarda ifadesini bulduğunu iddia ettiği mahallî ve millî hususiyetlerin bu düsturlara ne suretle intikal ettiğini belirtmemektedir. Ona göre, iklimin özellikler insanın fiziyolojik fonksiyonlarına, bunlar da ruhî hasetlerine tesir etmekte ve bu karakter hususiyetlerini haiz ferdlerin kendileri için yarattıkları kanunlar da bu tesirlerin neticesi olmaktadır. Fakat mesele bu kadar basit değildir. Zira aynı cemiyetin muhtelif insanları arasında esaslı karakter zıddiyetleri olabilir ki, kanun vazetme durumuna gelen ferdler, ister hükümdar, ister din vaziî veya millî temsilciler olsun, hepsi behemehal vasatî karakter tipine mensup olacak değillerdir. Binaenaleyh, kanunların, kendilerini isdar edenlerin haleti ruhiyeleri dolayısiyle iklimin bir

(120) EUGEN EHRLİCH — a. g. e. Sh : 598.

aksini temsil etmeleri her zaman aynı kolaylıkla izah edilebilecek bir keyfiyet değildir. Eğer, kanun vaziinin değil, belki, kanunun kendileri için yapıldığı cemaatın hususiyetlerinin kanunları şekillendirdiği iddia ediliyorsa, bu takdirde kanun vaziinin, bu halk karakterini ne bakımdan kaale aldığını tayin etmek lâzım gelecektir : ona uymak için mi, yoksa onu önlemek için mi? Gerçi MONTESQUİEU, iyi vazii kanun, iklim kusurlarını önleyendir, diyor. Fakat bu, kanunla iklim arasındaki «zarurî münasebet»i izah değildir. Zira, kanun vazii dilerse iklimin doğurduğu kusurları artıracaktır, teşvik edecek kanunlar yapacak, dilerse bunları önleyici kanunlar yapacaktır. O halde «zarurî münasebet» nerede kaldı? Görülüyor ki, kanunlarla iklim arasında bir alâka vardır, fakat bu alâkayı izah edecek tesirleşme silsileleri keşfedilememiştir. İklim bir tabiat hadisesidir. Kanun, bir cemiyet hadisesi. Birinden diğerine intikal MONTESQUİEU'nün zannettiği kadar basit değildir. İklim, coğrafî mevki v. s. gibi tabiat şartları, bunları işliyecek insanlara açılmış imkânlar demektir. Bu imkânları şu veya bu şekilde kullanmak ise, daha başka neviden faktörlere tâbidir. Kültür seviyesi gibi. Nihayet, morfolojik şartların ilk tesiri kanunlara değil, belki hayat tarzına, dolayısiyle müesseseleredir. Aile, klan, köy gibi zümrevî müesseseler, anlaşma, akit, ortaklık v. s. gibi huhukî müesseseler, haddizatında, hayat şartlarının doğrudan doğruya verileri durumundadır. Bu müessesevî münasebetlerdir ki zamanla münferid hukuk normlarının billûrlaşmasına, sarahatle meydana çıkmasına hizmet eder, onlara kaynak vazifesi görür. MONTESQUİEU'de bu halkanın atlanması, dış şartlarla kanunlar arasındaki intikali anlaşılmaz kılmıştır. İnsan fiziyolojisi üzerindeki izahlar kifayetsizdir, ve bilhassa aynı iklimde oldukları halde farklı hukuk normlarına sahip memleketleri, veya farklı iklimde yaşadıkları halde aynı müesseselere sahip medeniyetleri izah edememektedir. O halde ilk mesele sosyal ve hukukî müesseselerin izahında, zümrelerin iç nizamlarının teşekkülü vetiresinde mündemiç bulunmaktadır ki bu da MONTESQUİEU'de eksiktir. Bu meseleyi, önümüzdeki bölümde sosyal tabiî hukuk nazariyecilerinde çok daha etraflı bir şekilde işlenmiş olarak bulacağız.

MONTESQUİEU, hukuk ile yalnız kanun vazilerinin eseri olan normları murad ediyor, hukukun zümre içinde spontane teşekkülü vakıası ile ilgilenmiyordu. Bundan başka örf ile hukuk arasına kesin duvarlar çiziyor, hukukun şeklî kaynağı üzerinde fazla ısrar edi-

yordu. Kanunların tatbiki ile mükellef cihazların hukuk yaratması meselesi ise bahis konusu dahi değildi ve MONTESQUİEU, hâkimden, kanunları okuyacak gözlere ve kelimelerini telaffuz edecek bir ağıza sahip olmaktan başka bir vasıf beklemiyordu (121). Kanunlar kötü, isabetsiz, çift mânalı dahi olsa, onları, ancak ısdar eden makam tefsir edebilecekti. Bütün bu fikirler, haddizatında, yeknesak umumî müdevven hukukî metinlerden mahrum bir çağın bu gibi tedvin faaliyetlerine olan hasreti ile izah edilmelidir. Her tedvin faaliyetinin hukuku yenibaştan dondurduğunu, ve donan hukuk normlarının yanıbaşında, spontane bir şekilde meydana gelen bir hukukun birçok sosyal münasebetlere hakim olmaya başlayacağını, nihayet yeni tedvinlerin bir zaruret haline geleceğini görmek için, kanunların hukukun yalnız bir kısmını teşkil ettiğini farketmek lâzımdır. Bu bakımdan ARİSTO'nun MONTESQUİEU'den daha ileride olduğunu kabul edenler vardır (122). Netekim G. GURVİTCH, MONTESQUİEU'nün hukukla örf adet arasında yaptığı kesin ayırt üzerinde durur ve bunu şiddetle tenkid eder. MONTESQUİEU hukuku kanunlara inhisar ettirmekle ve kanunları da devlet iradesine irca etmekle kendi geniş görüşünü kasden daraltmış gibidir. Bu yüzden o, hukuku, cemiyet içinde kendiliğinden doğmuş spontane haliyle yakalıyamamıştır. Ona göre hukuk daima kanun vazının kaleminden çıkacaktır. Hülâsa hukukun tıpkı örf adet gibi teşekkül ettiğini fark edememiştir. Bütün dikkatini hukuk normlarının şeklî tanzimine tevcih etmiştir. Nihayet GURVİTCH der ki «bütün bunlara bir de kendisinin sosyolojik ampirizmdeki samimiyetine rağmen araştırmalarında pratik bir maksat, yani ferdiyetçi liberalizmi haklı çıkarmak maksadını gütmekten çekinmediğini de ilâve edersek görürüz ki, başarılan bütün metodolojik terakkilere rağmen, hukuk sosyolojisi (Kanunların Ruhu) nun yayımlanması ile doğmuş olmaktan çok uzaktır» (123).

---

(121) MONTESQUİEU — Esprit des Lois, Tome I, Livre VI, Chapitre III, Sh : 128 «Dans le gouvernement républicain, il est de la nature de la Constitution que les juges suivent la lettre de la loi.. pour cela, il ne lui faut que des yeux.»
Keza : Sh : 261 «Mais les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigeur.»

(122) GEORGES GURVİTCH — Eléments de Sociologie Juridique, Paris 1940, Sh : 47.

(123) GEORGES GURVİTCH — Eléments de Sociologie Juridique, Paris 1940, Sh : 47.

3) Araştırma programının genişliği ve sonuçların sathîliği :

MONTESQUİEU'nün giriştiği teşebbüs, çap itibariyle o kadar büyük, o kadar muazzamdır ki eserinin ihtiva ettiği bölüm başlıklarının altını hakikaten mevsuk bilgilerle doldurabilmek için devrimizin ilmî malûmat hazinesi dahi yetmez. EHRLİCH der ki İncil'de bahsi geçen ve yer yüzünde bin yıla yakın bir müddet yaşamış olan esatîri insanın (Methuselâh) ömrü içimizden birine nasip olursa, belki bu zat, önümüzdeki bin senenin malûmatını da iktisap suretiyle ömrünün son asrında Kanunların Ruhu gibi bir eseri muvaffakiyetle başarmaya teşebbüs edebilir» (124).

EHRLİCH'in bu lâtifesinin ne kadar haklı olduğunu anlamak için MONTESQUİEU'nün eserinin aslî ve tâlî başlıklarına bakmak kâfidir. Bu başlıkların altındaki açıklamalar ise çok defa o kadar kifayetsizdir ki, başlığın verdiği ümidi tamamen söndürmektedir.

Bugünün Hukuk Sosyolojisi için bütün bu başlıklar, son derece mânidardır ve yep yeni araştırmaların ip uçlarını teşkil eder. Fakat ihtiva ettikleri izahatın çoğu, bugün bu başlıklarda vaz'edilen meselelerin içinde yer almıyacak kadar basit veya alâkasızdır.

Hülâsa, MONTESQUİEU, kanunlarla dış faktörler arasındaki irtibatların keşfî için hangi problemlerin araştırılması gerektiğini pek güzel belirtmiş fakat bizzat halline teşebbüs ettiği problemlerin hepsinde ayni derecede muvaffak olamamıştır. Bu itibarla, bugünün Hukuk Sosyolojisi için, MONTESQUİEU'nün yardımı, esas itibariyle bir program plânlamasında aranmalıdır.

---

(124) EUGEN EHRLİCH — a. g. e. Sh : 599.

§. 17 — HUKUKUN SPONTANE TEŞEKKÜLÜ HAKKINDA İLK NAZARİYELER :

A. «Devlet hukuku»na mukabil «Cemiyet hukuku» nazariyeleri :

Hukukun yalnız, şeklen hukuk yaratmaya yetkili organlarca çıkarılan kanunlardan ibaret olduğu yolundaki görüşlerin Hukuk Sosyolojisi için elverişsiz olduğuna evvelce bir çok defalar işaret etmiştik. Sahamızın yakın habercilerinden olan MONTESQUİEU, hukuku kanunlara irca etmekle beraber, kanunların gelişigüzel ısdar edilebilecek irade tasarruflarından ibaret olmadığını iddia etmiş, bunların bütün bir cemiyet şartlarıyla kanun koyanın beşerî gayret ve müdahalelerinin zarurî bir sonucu olduğunu belirtmişti. Gerçi araştırmaları kanun hukukuna inhisar etmişti, fakat, kanunları hem bir içtimaî mahsul, hem bir içtimaî âmil olarak ele aldığı için konusunu Hukuk Sosyolojisinin bugünkü taleplerine uygun bir şekilde ele almıştı. Bununla beraber hukukun kanunlardan ibaret olmadığı, türlü sosyal zümrelerin spontane bir şekilde yarattıkları muhtar hukuk düzenleriyle idare oldukları, hattâ Devletin teşekkülünden evvel kaplamsal cemiyetlerin dahi böyle bir spontane iç nizamla yaşadıkları; Devletin teşekkülünden sonra ise bu tabiî şekilde teessüs eden sosyal muvazenenin icaplarının kanunlarda ifadesini bulduğu ötedenberi birçok filozof ve düşünürlerin dikkatini çekmiştir. Vaktiyle ARİSTO bu meseleye bir yan mevzu olarak temas etmiş, fakat Devletten gayrı zümrelerin yarattığı hukuka «şibih hukuk» (hukuka benzer bir düzen) demekle yetinmiştir.

EFLATUN ve CİCERO gibi otoriteler hukukun, mahiyeti ne olursa olsun her nevi topluluk şekli için zarurîliğinde ısrar etmişler ve dikkati çeken misaller vermişlerdir. Meselâ EFLATUN'un meşhur «Devlet» inde şu muhavereyi okumaktayız :

« — Zanneder misin ki bir site, bir ordu, hattâ bir haydut veya hırsız çetesi, yahut elbirliği ile gayrı meşru bir gaye takip eden bir

cemiyet, üyeleri kendi aralarındaki adalet kaidelerini ihlâl etseler, gene baki kalabilir ve herhangi bir teşebbüsü başarabilir?

« — Muhakkak ki hayır.

« — Hakikaten Tracymaque, adaletsizlik insanlar arasında düşmanlık, nefret, kin ve mücadele doğurur. Halbuki adalet, uyuşmayı anlaşmayı ve dostluğu idame eder, değimi?» (1).

Keza CİCERO derki «adaletin tesirleri o kadar büyük, o kadar geniştir ki, hattâ sırf yağma ile, eşkiyalıkla geçinenler bile kendi aralarında bir nevi adalete riayet etmeksizin yaşıyamazlar : zira haydutluk yapmak için birbirleriyle birleşenlerden biri, diğerine hissesine düşen ganimet parçasını vermez veya onunkini gasbederse bu aşağılık cemiyette bile tutunup yaşıyamaz olur ve eğer bir haydut çetesinin şefi, yağma edilen şeyi haydutlar **arasında eşitlik** dairesinde bölüştüremezse ya öldürülür yahut ta adamları tarafından terk edilir. Hattâ derler ki haydutlar, kendi aralarında harfiyyen riayet ettikleri birtakım kanunlar yapmışlardır, ilh» (2).

Hukukun, mahiyeti ne olursa olsun hernevi toplum hayatının zarurî bir mahsulü olduğu tezi, onun sırf şeklî kaynaklardan ısdar edilmekle varlık kazandığı tezini cerheder ve bizi gerçek hukuk kaynaklarının araştırılmasına sevkeder.

Böylece biz, hukukun gerek kaynakları, gerek tesbit şekilleri bakımından çeşitli nevileri olduğunu kabul eden daha geniş bir görüşe, esas itibariyle Yeniçağ tabiî hukukçularından bazılarında rastlamaktayız. Bunlar, yalnız Tabiî Hukuk -Müsbet Hukuku ikiliği üzerinde durmamış, her iki kategori içinde tâlî sınıflamalar yaparak hukukun cemiyet gerçekliği içindeki her nevi kaynağını bulmak istemişlerdir.

Bilindiği gibi Müsbet Hukuk -Tabiî Hukuk ikiliği, netice itibariyle «olan Hukuk» - ile «olması lâzımgelen Hukuk» ikiliğine irca

(1) PLATON — La République, Livre I, Sh : 35 (Oeuvres Complètes. Traduction de Robert BACON, Paris 1945).

(2) ÇİÇERO — De Offic. Lib. II, Cap XI (H : GROTİUS naklediyor : De Jure Belli ac Pacis; Traduction de BARBEYRAC : Le Droit de la Guerre et de la Paix; 1746, § XXIV not; 2 Sh: 15). ve POLİBİOS'da ve St. CHRYSOSTOME'da da rastlanır : «Şerirlerin ve haydutların çetelerini dağıtan en kuvvetli âmil, kendi aralarında adalet kaidelerine riayet etmeyişleridir. Bir kelime ile, birbirlerine itimat hissini kaybetmeleridir» a. g. e. : Liv IV, Chap. XXIX).

edilmektedir. Halbuki insanların mensup oldukları çeşitli zümreler tarafından yaratılmış ve iradelerine fiilen müessir bulunmuş olan birçok hukuk nevileri vardır ki bunlar «Devletten sadır olmuş Hukuk» vasıfında değillerdir. Buna rağmen bunlarda da fiilen meri, müsbet hukuktur. Hususiyle merkezî ve mülkî Devletlerin teşekkülünden evvelki feodal cemiyetlerde Kilise, loncalar, komünler, üniversiteler ilh. çeşitli muhtar hukuklara sahip toplulukları temsil ediyorlardı. İşte yaşayan hukukun Devlet iradesinden gayrı olan kaynaklarını da bulup çıkarmak arzusunu biz ilk defa GROTİUS, LEİBNİZ, KRAUSE gibi yeni çağ düşünürlerinde görüyoruz.

Filhakika XVII ve XVIII inci yüzyıl hukukçularında «Sosyal Hukuk» veya «Cemiyet Hukuku» kavramı kâh müsbet hukukun (GROTIUS), kâh tabiî hukukun (LEİBNİZ) bir nev'i olarak ele alınıyor, fakat her halde bunun çeşitli sosyal zümrelerde fiilen müessir bir hukuk olduğunda ittifak ediliyordu (3). Bu çağ hukukçularının bizim için en ilgi çekici görüşleri «cemiyet» kavramını bugünkü müşahhas toplum hayatı anlamına kullanmaları, stoacıların ve katolik düşünürlerin bu kelimeye verdikleri «mücerret insanlık» veya «müminler cemaati» gibi mânaları terketmiş olmalarıdır. «Cemiyet» lâik ve müşahhas bir kavram olarak ele alınınca sosyolojik

(3) Zamanımızın tanınmış sosyologlarından GEORGES GURVİTCH, yukarda zikrettiğimiz çeşitli cemiyet tiplerinin yarattıkları bu hukuk nev'ine LEİBNİZ'i takip ederek «sosyal hukuk» veya «Cemiyet hukuku» demekte ve bunu yetkili organdan sadır olan Devlet Hukukunun karşıtı olarak ele almaktadır. Ancak bu karşıtlık bir tezad durumu demek değildir. Bir mânada Devlet hukuku da bir sosyal hukuktur, fakat bu spontane bir şekilde değil, yetkili organların teemmülî bir şekilde yarattıkları veya bulup tesbit ettikleri bir hukuktur. O halde «Cemiyet hukuku» veya «Sosyal Hukuk» kavramı, Devlet iradesinin müdahalesi olmaksızın, muhtelif toplumlarda kendiliğinden teşekkül etmiş muhtar hukuk nizamları hakkında kullanılmaktadır. Bundan başka şuna da işaret etmemiz uygun olur ki Devletin teşekkülünden sonra yetkili organlarca ısdar edilecek Hukuk, Devletin, içinde teşekkül ettiği câmianın spontane cemiyet hukukuna muhayen bir nisbette uymak zaruretindedir. Her teşkilâtlı Hukuk, kendi toplumu içinde spontane bir şekilde teşekkül etmiş olan, toplumun istek ve ihtiyaçlarının tabiî bir neticesini ifade eden spontane cemiyet hukukunun desteği olmadan tutunamaz. Bütün bu bahislere, ilerde GURVİTCH'in Hukuk Sosyolojisini incelerken etraflı bir şekilde temas fırsatını bulacağız. Burada hatırlatmak istediğimiz husus ise bu zatın 1931 de yayınlandığı «İdée du Droit Social» (Sosyal Hukuk Fikri) adlı eseri ile bütün Cemiyet hukuku problemini Yeniçağ Tabiî Hukukçularına kadar götürmüş olmasıdır.

mânada bir grup veya zümre tipleri araştırılmasının ilk tohumları atılmış oluyordu (4).

Vakıa hukukun, «cemiyet halinde yaşama» vakıasından doğduğunu ve bu halde yaşamayı insanın sosyal karakterinin gerektirdiğini ARİSTO dahi ısrarla belirtmişti. Fakat sonradan gerek Stoacılar, gerek hıristiyan hukukçular bu «cemiyet» kavramını ya bütün beşeriyeti içine alan umumî ve mücerret bir mefhum, yahut Tanrı ile hıristiyan müminleri birleştiren, bütün hıristiyanları İSA'nın etrafında toplayan mistik bir bütün (corpus mysticum) mânasına almışlardı.

Bundan başka yeni zamanların mukavele nazariyecilerinde de «cemiyet» ile umumiyetle yalnız siyasî nizamın kasdedildiğine şahit olunmaktadır. Bazıları siyasî nizamdan evvel tabiî bir cemiyet nizamı mevcut olduğunu imâ etmişlerse de (LOCKE gibi) bunun geçici bir safha olduğuna işaret etmişlerdir. Buna mukabil diğerleri, meselâ HOBBES, siyasî cemiyet kuran mukaveleden önce insanlar arasında ancak devamlı ve öldürücü bir mücadelenin cari olduğunu kabul etmiştir.

İşte hukukî düşüncenin böyle bir safhasında ilk defa GROTİUS esaslı bir zihniyet inkılâbı yapmaya ve hukukun gerçek topluluklar içindeki temellerini aramaya ve bu çeşitli kaynaklara göre tasnifini yapmaya teşebbüs etmişti (5).

B. HUGO GROTİUS (1583 - 1645).

Biz GROTİUS'ün gerek tabiî hukukun, gerek devletler hukukunun inkişafında oynadığı rol üzerinde duracak değiliz. PAUL JANET'in dediği gibi, GROTUİS, DESCARTES'ınki kadar nadir rastlanan derin bir dehaya sahip olmamakla beraber hukuk nazariyatı sahasında hemen hemen onunki kadar mühim bir inkılâp mey-

---

(4) GEORGES GURVİTCH — İdée du Droit Social, Paris 1931 Sh : 177 «GROTİUS donne le premier au mot (Société) un sens nouveau, un sens universaliste, qui sera la signification moderne du terme. La (Societas) vient chez lui remplacer le corpus mysticum scolastique, et se mettre à sa place comme un (tout) terrastre et composé exclusivement d'êtres humains.

(5) GROTİUS'ün Hukuk Sosyolojisi bakımından tahlili için bilhassa bak : GEORGES GURVİTCH — İdée du Droit Social, Paris 1931 Sh : 173 - 190 Keza :
GEORGES GURVİTCH — Eléments de Sociologe Juridique, 1940 Sh : 48.

dana getirmiştir (6). GROTİUS'ün sahamızı ilgilendiren en mühim hususiyeti ise hukukun kaynağını devlet iradesinin dışında araması ve beşer cemiyetine -stoacılardan ve hıristiyan filozoflarından ayrılarak- ilk defa bugünkü sosyolojik mânasını vermesidir.

I) GROTİUS'e göre hukuk nevileri :

GROTİUS kendi zamanına kadar bir çok müelliflerin jus civile'nin şerh ve telhisi ile uğraştıklarını ve bununla umumiyetle Roma kanunlarını veya diğer bir memleketin mevzuatını murad ettiklerini fakat «müteaddit milletler arasında veya hükümdarlar arasında hâdis olan ve tabiî olan veya tabiata dayanan yahut ilâhî kanunlar tarafından yaratılan, yahut insanların zımnî bir anlaşmasıyle örf ve âdet tarafından meydana getirilen hukuktan pek az kimsenin haberdar olduğunu, hiç değilse hukuku bütün bu genişliği içinde sistematik şekilde izah eden hiç kimse olmadığını» kaydederek eserinin bu boşluğu dolduracağını ümit etmiştir (7). Böylece kendisinin hukuk hakkında geniş ve plüralist (çokçu) bir görüşe sahip olduğunu daha baştan ortaya koymuş, açıklamıştır.

GROTİUS'e göre «müteaddit müellifler hukuk ilmini bir sistem haline sokmaya çalışmışlarsa da hiç kimse bunu sonuna kadar getirememiştir. İtiraf edilmelidir ki, şimdiye kadar yapılmasına kâfi derecede gayret edilmemiş olan bir husus yerine getirilmedikçe böyle bir şey imkânsızdır. Yapılacak şey, hukuk sahasında insanların iradeleriyle vazedilmiş olanla tabiata istinat edenin ayırd edilmesidir» (8).

GROTİUS böylece evvelâ hukukun iki ana nevini ayırd eder :

1) Makul bir irade ile vazedilmiş hukuk,

2) Tabiattan gelme hukuk.

---

(6) PAUL JANET — Histoire de la Science Politique dans ses Rapports avec la Morale. 5 ème ed. Tome : 11 p : 227.

(7) HUGO GROTİUS — Le Droit de la Guerre et de la Paix (De Jure belli ac pacis 1625), Traduction de BARBEYRAC 1746. Discours préliminaires § 1 GROTİUS'un Hukuk Felsefesine, Tabiî Hukuka ve Devletler Hukukuna olan hizmetleri hakkında bilhassa bakıla : YAVUZ ABADAN — Grotius ve Tabiî Hukuk (CEMİL BİLSEL'e Armağan, İstanbul 1939 Sh: 523-566).

(8) HUGO GROTİUS — Le Droit de la Guerre et de la Pax, Discours. §. XXXI, Sh: 20.

Makul bir iradenin eseri olan hukuk da bu iradenin Tanrı'ya veya insana aidiyetine göre ikiye ayrılır.

a) İlâhî hukuk,

b) Beşerî hukuk (müsbet hukuk).

Beşerî hukukun bölümlerine gelince, bunlar siyasî camiadan, yani Devletten sadır olan hukuk (jus civile) ile, bu Devlet hukukuna nazaran daha dar (aile hukuku gibi) veya daha geniş (devletlerarası camia hukuku gibi) olan diğer müsbet hukuk nevilerinden ibarettir.

Bunlardan ilkine «Jus arctius», ikincisine «Jus latius patens» der (9).

Bu tasnif her nekadar skolastik bir manzara arz ederse de GROTİUS'ün fikirleri daha yakından incelenince bu şemada derin sosyolojik sezişlere rastlanacağı muhakkaktır. Hukukun tabiî ve iradî olarak tasnifi kendisinin tabiî hukuka verdiği mânâ karşısında şeklîliğini kaybeder : Tabiî hukuk, hem insan tabiatının icabı olan, hem de bütün medenî milletlerin müştereken kabul ettikleri kaidelerdir. Böylece GROTİUS çok tesiri altında kaldığı CİCERO gi-

(9) HUGO GROTİUS — Le Droit de la Gerre et de la Paix Livre I, Chapitre: I § XIII, Sh: 55. Bilhassa: § XIV.

1. Daha çok kimsenin bildiği Beşerî Hukuktan başlayalım. Bunun üç nev'i vardır : Devlet Hukuku, Devlet Hukukundan daha dar olan bir Beşerî Hukuk, ve birde Devlet Hukukundan daha geniş olan Beşerî Hukuk.
2. Devlet Hukuku, Devlet kudretinden sâdır olan hukuktur. Devleti idare eden Hukuk budur. Devlet ise haklarından makul bir surette faydalanmak için birbirleriyle birleşmiş olan hür şahısların olgun bir heyetidir.
3. Devlet kudretine tâbi ve bağlı olmakla beraber ondan daha dar olan Beşerî Hukuk, kaynak itibariyle ondan doğmuş değildir, ve bunun muhtelif nev'ileri vardır. Bunun içine bir babanın çocuğuna ve buna benzer diğer hususlar girer.

4. Devlet hukukundan daha geniş olan Beşerî Hukuk ise Milletlerarası Hukuk'dur. Yani, bütün milletlerin, hiç değilse birçok milletlerin iradelerinin tesiri ile ilzam kuvveti kazanmış olan hukuktur. Birçokları diyorum, zira kendisine de Milletlerarası Hukuk denen Tabiî Hukuk hariç, bütün milletlerin hepsinde müşterek olan başka bir hukuk yoktur.

5. Milletlerarası Hukuk, tıpkı yazılı olmayan Devlet hukuku gibi isbat edilir : yani devamlı tatbikat ile ve uzmanların şehadeti ile. Zira bu, hatip DİON CHRYSOSTOME'un pek güzel işaret ettiği gibi, «zamanın» ve teamülün eseri olan bir Hukuktur». (a. g. e. Sh : 55, 56, 57).

bi (10) sadece tab'ımıza hakkedilmiş değişmez adalet prensiblerini değil, bütün millî camiaların, hiç değilse muayyen bir medeniyet seviyesindeki milletlerin müştereken tanıyıp kabul ettikleri esasları da tabiî hukuka ithal etmektedir. O halde GROTİUS'e göre tabiî hukuk, hem müştereken kabul edilmiş olmak, hem de insan tab'ının tabiî icabı olmak gibi biri tabiî, diğeri itibarî olan çift temele dayanmaktadır (11). Bundan başka tabiî hukuk, siyasî hukukun da (daha doğrusu mevzu hukukun) (jus civile) müvellidi-dir (12).

2) Hukukun kaynağı olarak sosyabilite :

GROTİUS'e göre asıl mânasiyle hukukun kaynağı ne kuvvettir ne de menfaat. Fakat insanda mevcut ve insana has bir halet, yani insanın içtimaî mizacıdır : Appetitus Societatis (içtimaî iştiha veya cemiyet arzusu).

GROTİUS, insanın da hayvanî varlığı sebebiyle hayvanlar hakkındaki tabiat kanunlarına tâbi olduğu, sırf kendi menfaat ve hevesi peşinde koştuğu, çeşit çeşit kanunları sırf bu değişken heves ve menfaatları için yaptığı ilahir... şeklindeki sofistik fikirleri ısrarla reddeder : «CARNEDE'ın ve ondan sonra gelen diğerlerinin söyledikleri gibi adalet ve hakkaniyetin anası menfaattır sözü tamamen doğru değildir. Çünkü tabiî hukukun anası bizzat insan tabiatıdır ki bu tabiat bizi hiç bir şeye ihtiyacımız olmadığı zaman dahi hemcinsimizin huzurunu aramaya sevkeder» (13).

---

(10) «GROTİUS'ün eseri, ÇİÇERO'nun de Legibus'unun yeni zamanların bilgisi ile zenginleştirilmiş bir şeklidir» (PAUL JANET. a. g. e. Sh :227).

(11) «Her hangi bir hususun tabiî hukuktan olduğunun isbatı için iki yol vardır : bunlardan bir à priori yoldur ki eşyanın zâtî mahiyetinden istidlâl edilmek suretiyle hareket edilir. Diğeri ise à posteriori yoludur ki dış şeylerden elde edilen sebeblere dayanılmak suretiyle hareket edilir. Birincisi -ki daha ince ve daha mücerrettir- bir hususun, insan tabiatı gibi makul ve içtimaî bir tabiata olan zarurî uygunluğunu veya aykırılığını göstermekten ibarettir. Diğeri ise - ki daha basit ve avâmîdir - pek katiyetle değilse de pek muhtemel olarak bir hususun bütün milletler arasında böyle kabul edilmiş olmasından dolayı tabiî hukuktan olduğuna hükmetmektedir. Zira evrensel olan bir netice, evrensel bir sebebin varlığını gerektirir. Bu kadar umumî olan bir kanaat ise ancak müşterek akıl (aklı selim) denen kaynaktan neş'et etmiş olabilir». (GROTİUS. a. g. e. § XII Sh : 53).

(12) GROTİUS. a. g. e. § XVII Sh : 12.

(13) GROTİUS. a. g. e. § XVII Sh : 12.

Bu hissin kökü nerededir? Sırf insiyakî midir? Bu mânada bazı hayvanlar da bu hisse sahip değil midir? İnsana has ise özelliği nedir?

GROTİUS der ki : «İnsan bir hayvan ise de, çok yüksek dereceli bir hayvandır, ve bütün diğer hayvan nevilerinden çok daha fazla imtiyazlara sahiptir ki bu hal beşer nev'ine has olan bir çok fiillerde tezahür etmektedir. İşte insana has olan bu şeylerden biri cemiyet arzusudur. Yani, herhangi bir şekilde değil,**fakat sulh ve sükûn içinde ve aklın icabına uygun olarak tanzim edilmiş bir cemaat hayatı içinde hemcinsleriyle birlikte yaşamaya karşı duyulan muayyen bir temayüldür.** Bu itibarla hiçbir ihtirazî kayıtta bulunmaksızın her hayvan tabiî olarak sadece kendi hususî menfaatı peşinde koşar demek doğru değilidr» (14). **İşte bu sociabilité yahut bu cemiyeti insan aklının gereği veçhile idame gayreti (Custodia societatis) asıl mânada hukukun kaynağıdır» (15).**

Görülüyor ki GROTİUS ilk bakışta hukukun kaynağını insan tab'ına izafe etmekte ise de, daha yakından bakılırsa bunu insandaki **«cemiyeti düzgün bir şekilde idame gayreti»** ne, cemiyetteki makul bir nizam halinin sürmesi kaygusuna hamletmektedir. **O halde hukuk, sosyal bütününün makul bir nizam içinde sürüp gitmesi endişesinden doğmuştur.** Bu itibarla aslolon sosyal bütünün nizamını tesis ve muhafazadır.

Nitekim GROTİUS «adalete aykırılık, haksızlık» mefhumlarını «akıl sahibi mahlûkların cemiyetine aykırı olan şey» olarak tarif eder (16). Bundan başka GROTİUS insanın «diğer insanlar-

---

(14) GROTİUS. a. g. e. § VI, Sh : 4 - 5.

(15) GROTİUS. a. g. e. § VIII, Sh : 7.

(16) GROTİUS. a. g. e. Livre I, Ch : I § III Sh : 39 «... halbuki haksız, adaletsiz şey demek, bir makul mahlûklar cemiyetinin tabiatına aykırı olan şey demektir. CİCERO, başkasının zararına hareket etmenin tabiata aykırı olduğuna işaret ederken bunun sebebini şöyle izah eder : herkes böyle yapmış olsaydı insan cemiyetinin zarurî olarak yıkılmış olması lâzımgelirdi. Müçtehit FLORENTİN, bir insanın diğerine dar ağacı kurması kötü bir şeydir der, zira tabiat bizlerin arasında bir nevi akrabalık yaratmıştır. Filozof SENECA, bu hususta insan vücudunun azalarını örnek gösterir, insan vücudunun uzuvları makuldür, zira bütünün muhafazası onların muhafazasına tâbidir. İnsanlar birbirine fenalık etmekten kaçınmalıdırlar, çünkü onlar cemiyet için doğmuşlardır ve cemiyet kendisini teşkil eden bütün parçalar birbirlerini sevmezlerse ve karşılıklı olarak birbirlerini korumaya çalışmazlarsa baki kalamaz).

la birlikte cemiyete hizmet etmek için doğduğu» (17) fikrindedir, ve cemiyetin gayesinin de «müşterek yardımlaşma ve kuvvetlerini birleştirmek sayesinde herkesin hukukunun muhafazası» olduğu kanaatındadır (18).

3) Hukuk kaynağı olarak topluluk tipleri ve bunlara tekabül eden müsbet hukuk nevileri :

GROTİUS cemiyetin çeşitli müşahhas tiplerini fark etmiştir. Bu bakımdan basit bir cemiyetler tipolojisini yapmış sayılabilir : Filhakika bazı cemiyetler içinde eşitsizlik hali görülmez, bütün elemanlar, üyeler birbirine muadil değerde tutulur. Kardeşlerinin, hemşehrilerin, dostların ve müttefiklerin cemiyetleri böyledir. Bazı cemiyetlerse bir tarafın üstünlüğü esasına dayanır : bir efendinin kölesi veya hizmetçisi ile teşkil ettiği cemiyet gibi. Keza bir kralın tabaları ile teşkil ettiği cemiyet, veya Tanrı'nın insanlarla olan cemiyeti gibi. Bunlara «üstünlük cemiyetleri» (Société de prééminence) denebilir. Bu cemiyetlerde tezahür eden adalet de aynı şekilde ya eşitler arasında câri bir adalet olur, yahutta bir kısmının idare eden bir kısmının da idare edilen durumunda bulunduğu kimseler arasında cari bir adalet olur. Böylece birinci nevi hukuka «eşitlerarası hukuk» (jus aequatorium) diğerine de «üstünlük hukuku» jus rectorium) denir.

Meselâ devletler camiası, herbiri müstakil bir şahsiyeti olan, bizatihî mevcudiyeti dolayısiyle bir tabiî sosyal hukuk nevi «jus naturale sive sociale» yaratır ve bunu ister istemez herbiri müstakil bir şahsiyeti olan üyelerine yükler... Hukukun üstün bir kuvvetin veya menfaat mülâhazasının doğurduğu bir nesne olmadığı bununla da tezahür eder. En kuvvetli devlet dahi, zaman zaman, meselâ bir çok düşman devletlerin kendisine karşı birleşmeleri halinde v.s. başka devletlerden yardım istemek, onlarla işbirliği yapmak ihtiyacındadır. Böylece devletler arası camia dahi birbirleriyle makul bir nizam içinde geçinmeye muhtaç sosyal varlıklardan terekküp etmektedir, ve devletler hukukunu yaratan da kuvvet veya menfaat mülâhazası değil belki bu sosyal ihtiyaçtır. Devletler arası camia ise üyeleri arasında mukaddem bir hiararşi bahis

(17) GROTİUS — Quadem hactenus inedita, 1652 p : (GURVİTCH zikreder : İdée du Droit Social, Sh : 175 not : 1).

(18) GROTİUS — Le Droit de la Guerre et de la Paix. Livre I, Ch : II § 1, Sh : 69.

konusu olmadığından eşitçi karekterdedir ve hukuku da eşitçi bir hukuktur.

Halbuki aile, devlet, şehir, eyalet gibi zümreler hiararşik bünyededirler ve bunlar bir hâkimiyet hukuku doğururlar (19).

GROTİUS'e göre «içtimaî arzu veya içtimaî iştiha» (apetitus Societatis) yalnız insanları «tabiî cemiyetler» (Societates naturales) halinde birleştirmekle kalmaz, fakat özel toplulukları da kendi aralarında birleştirir. Meselâ aileleri ve türlü üstünlük cemiyetlerini (veya : tahakküm cemiyetleri = association de domination) meselâ efendi ile hizmetkârların yahut müteşebbisle işçilerin cemiyetlerini bir komün (vicus) içinde birleştirir. Keza komünleri bir ayalet (province) dahilinde toplar ve eyaletleri siyasî camia (regna) halinde birleştirir bu sonuncuları da devlet (imperia) içinde tevhid eder ve nihayet devletleri de milletlerarası camia halinde bir bütüne katar» (20).

G. GURVİTCH'in dediği gibi «GROTİUS kendisinden evvelki mütefekkirlerin dinci veya devletçi monizminin hilâfına olarak, sosyal nizamların çokluğu üzerinde israr eder. Milletlerarası camia, kiliseler, devletler ve devlet - içi zümreler. ... bunların hepsinin farklı bünyelerine uygun muhtar nizamları vardır. GROTİUS için içtimaî bağların zengin bir çeşitliliği bahis konusudur ve bunlardan herbiri kendine has karakterini muhafaza eder: **mahdut akla sahip ve birbirine içtimaî iştiha ile merbut mahlûkların muhtar cemiyeti.** Bu onun için bütün insan topluluklarının nev'î (générique) mefhumudur» (21).

4) Hukukun şeklî kaynakları :

Bundan başka GROTİUS'de hukukun şeklî kaynaklarının da iradesini temsil eden kanundan ibaret değildir. Devletin tasvibinden mutlak surette müstakil olan ve bilâkis devletin tanımak ve saymak zorunda kaldığı bütün bir örf ve adet nizamı, zımnî veya açık anlaşmalar, geçmişteki emsâl, mahkeme ve hakem kararları..

---

(19) GROTİUS — Le Droit de la Guerre et de la Paix. Livre 1, Ch : 1 § 111, Sh : 40.

(20) GROTİUS — Quadem hactenus inedita, 1652, p: 108-109 (GURVİTCH, a. g. e. 177).

(21) GURVİTCH — İdée du Droit Social, Sh : 179.

bütün bunlar hukukun şeklî kaynaklarını teşkil eder. Her içtimaî muhitte kendisinde mevcut kaynaklardan sadır olan hukuk mer'idir.

Şeklî müsbet hukukun bu kadar geniş bir telâkkisi GROTİUS'e geniş ufuklar açmış ve Devletler Hukukunu sadece tabiî hukuk prensipleri mecmuası olarak değil, belki müşahhas gerçek bir milletlerarası camianın müsbet hukuku olarak tahlil etmesine imkân vermiştir. Bundan başka devletin, devletler hukuna itaat etmekle hâmiyet vasfını kaybetmiyeceğini ve zaten hâkimiyetin mutlak değil, nisbî bir mefhum olduğunu ilk defa GROTİUS belirtmiştir (22). O halde kendisinin tamamen ferdiyetçi temayülde bir Yeni zamanlar hukukçusu olarak tanınması yanlıştır. «Onun durumu, birçok yeni araştırıcıların kanaatına göre esaslı bir şekilde anti-endividüalist daha doğrusu cemiyetçidir» (23).

Böylece, hukuk sosyolojisi bakımından GROTİUS'den kalan ilgi çekiçi görüşler, hukukun insanlar arasındaki tabiî içtimaî rabıtalarından doğduğu, her müşahhas topluluğun kendi sosyal bünyesine uygun muhtar bir hukuk nev'î yarattığı veya buna sahip bulunduğu ve dolayısiyle hukukun sadece devlet eseri olan kanundan ibaret olmadığı yolundaki fikirlerinde mündemiçtir.

C. LEIBNIZ (1646 - 1716).

GROTİUS'ün cemiyetlerin muhtar hukukları hakkındaki görüşünü kendi felsefî sistemi içine sokarak inkişâf ettiren ve hukuk felsefesi sahasında onun doğrudan doğruya varisi durumunda buluna filozof LEİBNİZ'dir (24).

---

(22) GROTİUS — Le Droit de la Guerre et de la Paix, Livre I, Ch: III § XVI, Sh: 144.

(23) GURVİTCH — a. g. e. Sh : 176 not : 1 «GROTİUS'ün anti-endividüalis temayülleri çağdaş müellifler tarafından gittikçe daha daha fazla tebarüz ettirilmeye başlanmıştır : Bu hususta bakınız :
NEUBER — Die Stellung des Hugo Grotius in der Geschichte der Nationalökonomie, 1897. p : 26 - 29.
BOURQUİN — Grotius et les tendences du Dorit İinternational (Revue du Dorit İnternational, 1926 Bruxelles, 90 - 94, 124).
ERİK WOLF — Grotius, Pufendorf, Thomasius, 1927, p : 15, 53.
GEORGES GURVİTCH — La Philosophie du Droit de Hugo Grotius et la Théorie moderne du Droit İnternational (Revue de Métaphysique et de Morale 1927, 371 - 386).

(24) LEİBNİZ'in «sosyal hukuk» hakkındaki görüşleri dolayısıyla Hukuk

LEİBNİZ, GROTİUS'de rastlanmayan büyük felsefî kabiliyeti ve vukufu ile örneğini ondan aldığı fikirleri çok daha esaslı bir şekilde işlemiş ve temellendirmiştir. Hukuk Felsefesi ile, Hukuk Mantığı ve Metodu ile, Hukuk Öğretimi meseleleriyle esaslı bir şekilde meşgul olmuştur. Bununla beraber fikirlerinde skolastik kültürün izleri ile Yeni Zamanların rasyonel düşünüş tarzının tesirleri birlikte müşahade edilir. Eserlerinde çok defa telifçiliğin neticesi olan bir vuzuhsuzluk görülür. Mamafih biz kendisinin Tabiî Hukuka ve Hukuk Dogmatiğine ait fikirleri ile meşgul olacak değiliz (25). Ancak LEİBNİZ'in, ve hukukçunun umumî kültür ile mücehhez yetişmesi, Tarih, Siyaset, Felsefe ve Mantık sahalarında ayrıca öğretim görmesi (26), hukukta öğretim metodlarının ıslahı, ezbercilikten vazgeçilmesi, müşahhas misallerin amelî kurlarda canlandırılması, muhtelif hukukî meselelerin tertibi ile bunların muhakeme usullerine göre sınıfta halledilmesi (27) lüzumun-

---

Sosyolojisinin mübaşirleri arasındaki yeri hakkında bilhassa bakıla : GEORGES GURVİTCH — Idée du Dorit Social, Paris 1931 Sh : 190 - 215, Keza :

GEORGES GURVİTCH Element de Sociologie Juridique, Paris 1940 Sh : 49 - 51.

GEORGES GURVİTCH — Sociology of Law, Londan 1953, Sh : 64 - 65.

(25) LEİBNİZ'in eserlerinin çoğu ölümünden sonra yayınlanmıştır. Kendisinin, VOLTAİRE'nin istihzalarını davet edecek kadar iyimser bir filozof olarak tanınmasına, eser itibariyle, hayatında iken neşrettiği eserler sebep olmuştur. Ölümünden sonra yayınlanmış eserleri, hakkındaki kanatı oldukça değiştirmiştir. (KARL VORLAENDER felsefe Tarihi (Çeviren : MEHMET İZZET, İstanbul 1927 Cilt : 11 Sh : 138).

Keza : BERTRAND RUSSELL de aynı hususa dikkati çeker : Histoire de la Philosophie occidentale. 1953, Sh : 593.

(26) LEİBNİZ, Hukuk ilmi ile on sekiz yaşındanberi meşgul olmuş ve Felsefe Felsefe ihtisasını hazırlarken yazdığı «Quaestiones philosophicae amoeniores, ex jure collecta» adlı eserinde, hukukçuların fazla ihtisaslaşmaktan kaçınmalarını, diğer ilim dallarını ve bilhassa Felsefeyi bilmelerini, bunları küçümsemekten vazgeçmelerini tavsiye etmiştir. Bak, yukarda GİRİŞ, Sh : 13 not : 22.

Hukukla ilgili diğer eserleri :

De Casibus perplexis. (Hukuk Doktorasıdır).

Nova Methodus Discendae Docendaeque Jurisprudentiae. 1667.

(27) Bundan başka 1734 te yazdığı «Hukuk Öğretimi hakkında nutuk» adlı eserinde, hukukun hem nazarî bir ilim, hem de pratik bir meslek bilgisi olarak öğretimini tavsiye ediyordu. Pratik kurların öncülüğünü yapmış olan LEİBNİZ, derslerde öğrencilerin iki tarafa bölünerek bizzat hazırladıkları hukuk meselelerini irticalen bulacakları deliller ve yapacakları müdahalelerle, hocanın hakemliği altında, halletmek suretiyle hukuk

da şiddetle ısrar ettiğine işaret etmemiz şahsiyetini tanımamız bakımından uygun olur.

1) Tabiî cemiyetlerin çeşitleri :

«LEİBNİZ'in müsbet hukuk hakkındaki görüşleri esaslı bir şekilde sosyolojiktir. Araştırmalarında daima zümre veya grup fikrinden hareket ediyordu ki bu, günümüzdeki sosyolojik nazariyenin temel taşı durumundadır» (28).

LEİBNİZ, hukukun sosyal teorisinde adaleti bir cemiyet fazileti «communal virtue» olarak, cemiyeti koruyan, idame eden bir fazilet olarak tarif eder. Bizzat cemiyeti ise «muhtelif insanların müşterek bir gaye için vaki birleşmeleri» şeklinde tarif eder (29). Görülüyor ki bu bütün müşahhas toplumlara uyan bir tariftir.

LEİBNİZ'e göre altı cemiyet tipi vardır. Bunlardan üçü az sayıda insanlardan mürekkep aslî cemaat tipleridir : karı - koca cemaatı, ana - baba ile çocukların cemaatı, efendi ile kölelerin cemaatı.

Bu üç cemaatın birleşmesinden meydana gelen cemiyet tipi ise «ev cemiyeti = beytî cemiyet» dir. Bundan sonra «siyasî cemiyet» gelir ki bu da Şehri, Eyaleti ve Devleti ihtiva eder. Nihayet hepsini içine alan ve hepsinin üstünde olan diğer bir cemiyet vardır ki bu da Kilisedir. Bütün bunlar «tabiî cemaatler» dir. Tabiat bu cemiyetleri arzu etmiştir. Zira bize onları istemek hassasını ve bu arzuyu tahakkuk ettirmek kabiliyetini vermiştir (30). Tabiî cemaatten Tabiî Hukuk sadır olur ki bunun da gayesi tabiî cemaatın muhafaza ve idamesidir. Böylece bir «Sosyal Tabiî Hukuk» fikri tebellür etmektedir ki gerek GROTİUS'de gerek LEİBNİZ'de bu, cemiyetin kendi kendine meydana getirdiği spontane hukuku manasına gelmektedir.

LEİBNİZ'de her cemaat bu prensiplerin ışığı altında izah edi-

---

tatbikatına ve hukuk mantığına alıştırılmalarını istiyordu. (HUNTİNGTON CAİRNS - Legal Philosophy, from PLATO to HEGEL, Baltimore 1949, Sh : 297 - 298, 307 - 310).

(28) HUNTİNGTON CAİRNS — a. g. e. Sh : 326.

(29) GURHAUER, «Leibnizens Deutsche Schriften» 1938, P : 414 (H. CAİRNS zikreder : a. g. e. Sh : 327), Keza : GURVİTCH zikreder : İdée du Droit Social Sh : 195.

(30) HUNTİNGTON CAİRNS — a. g. e. Sh : 329.

lir ve her cemaatin güttüğü bir gaye vardır ve hukuk bu gayenin hizmetindedir. Karı - koca cemaati, nev'in bekasına hizmet eder. Nev'in idamesi her nev'i saadetin temel şartı olduğu için bu ihtiyacın karşılanması şarttır. Ana - baba ve çocukların müşterek cemaati ise, büyükler için bir haz, çocuklar için gelişme gayesine matuftur. Efendi ve kölelerden mürekkep üçüncü cemaat tipine gelince bu hususta LEİBNİZ'in fikirleri esaslı bir hususiyet arzeder. Bu ne sırf bir tahakküm, ne de istismar gayesine matuf bir cemaattir, belki kölenin efendisi tarafından eğitimi ve aydınlaştırılması ile hürriyete lâyık bir seviyeye eriştirilmesi gayesini gütmektedir. Hülâsa efendi ile köle arasındaki münasebet asla bir mülkiyet münasebeti değildir (31).

Ev cemaatının gayesi ise günlük ihtiyaçların karşılanmasıdır. Siyasî cemaatın gayesi de emniyet ve sükûnu muhafaza kaydiyle saadete erişmektir. Fakat bu, dünyevî refah ve saadettir. Halbuki Kilise cemeatinin gayesi ebedî saadettir ve **bütün bu cemaatlarda tezahür eden hukukun fonksiyonu bu toplulukların varlığını idame etmek ve gayelerini tahakkuk ettirmektir.** Bu hukuk nevileri Hükümranın veya Devletin iradesinden doğmuş değil, bizzat bu toplulukların hayatından meydana gelmiştir.

2) Hukukun irade dışı teşekkülü ve hukukun çeşitleri :

LEİBNİZ hukukun üstün bir iradenin emri şeklinde telâkkisine tamamen muarızdır. Hattâ bu üstün irade adaletin hizmetinde olsa dahi (32). Bilâkis ona göre, emir ve kumanda hakkını haiz bir üstün irade bu vasfını ancak hukuktan alabilir. Eğer kökünü hukuktan almıyorsa bu, keyfî bir irade demektir ki aklın hükümranlığına taban tabana zıddır.

HOBBES ve PUFFENDORF gibi filozoflar tabiî sosyal hayatın (devletten evvel veya mücerret) bir ahlâkî değeri tahakkuk ettirdiğini ve hukukun «men etmek»den başka müsbet mahiyette diğer bir fonksiyonu daha mevcut olduğunu unutmuşlardır. Halbuki hukukun vazifesi sadece kötü fiili men etmek değil, ıyi olanı de temin etmektir (33).

---

(31) Ed. DUTENS. 213. MOLLAT éd. (Rechtsphilosophisches aus Leibnizens ungedruckten Schriften). 1885 6-7, 17-19 (GURVİTCH zikreder: a. g. e. Sh: 205: not: 5).

(32) Ed. DUTENS, IV, V; III part. 271-213 (GURVİTCH: a. g. e. Sh: 199 not: 1).

(33) Ed. MOLLAT — Rechtsphilosophisches aus Leibnizen ungedruckten Schriften, 1885, p: 68 (GURVİTCH: a. g. e. Sh: 200 not: 1).

LEİBNİZ der ki «HOBBES, hukukla hukukun neticelerini, hükümlerini birbirine karıştırmakta haksızdır. Her ne kadar hâkimin ve icra imkânının yokluğundan dolayı hakkın istihsal edilemediği haller bulunabilirse de, hak bu yüzden ortadan kalkmış, yok olmuş olmaz. Herhangi bir şeyin sırf tevsik ve isbat vasıtası bulunmadığı için yokuluğuna hükmedilmesi her şeyin birbirine karıştırılması demektir».

Keza hukukun devlet iradesinden doğduğunu sanmak, devletle cemiyeti birbirine karıştırmak olur. Halbuki her devlet bir cemiyettir ama bunun aksi doğru değildir: «omnem civitatem esse societatem, ced non contra». Devlet hâkimiyetinin bütün hukukun ondan sadır olduğu mânasını tazammun etmeyeceğini söyleyen LEİBNİZ bu hâkimiyetin tarifini şu şekilde yapar : «Hâkimiyet, teb'aları itiaata zorlamak hususundaki meşru iktidar» demektir (34). Hukuku siyasî iktidara tâbi kılanların hatası «hukuk» ile «kanun»u birbirine karıştırmalarıdır (35).

LEİBNİZ bundan sonra menşeini devlet iradesinden almayan muhtelif müsbet hukuk çeşitlerini araştırır «Nova Methodus» ve «De Jure Supdematus» adı eserlerinde müsbet hukukun örf ve adete, statülere ve mukavelelere dayanan kaynakları üzerinde ısrarla durur.

Keza «De Tribus Juris Nature et Gentum Gradibus» adlı risalesinde iki hukuk nev'ini birbirinden tefrik eder: **Bunlardan biri insanlar arasında içtimaî ahengi sağlayan bir hukuk nev'idir** ki LEİBNİZ buna «Jus societatis» der. Diğeri **ise insanların faaliyet hudutlarını birbirinden ayıran, onları bir mütekabiliyet durumu içinde sınırlandıran bir hukuk nev'idir ki kendisi** buna «Jus proprietatis» adını verir.

LEİBNİZ Roma hukukunun «âmme hukuku - hususî hukuk» tarzındaki şekilci tasnifine karşı kendisinin yaptığı bu yeni sınıflamayı teklif eder. Böylece birine «cemiyet hukuku =-Jus societatis» veya «içtimaî hukuk = Jus socialis» diğerine de «ferdiyetçi hukuk veya mülkiyet hukuku = Jus proprietatis» diyebileceğimiz yeni bir tasnif ortaya çıkmış olur.

Mülkiyet hukuku (ancak LEİBNİZ'in kullandığı mânada) in-

(34) Ed. KLOPP, III, v., p: 352 (GURVİTCH, a. g. e. Sh: 201, not: 2).
(35) Ed. MOLLAT 1885, p: 62 (GURVİTCH, a. g. e. Sh: 202 not: 2).

sanların birbirlerine karşı hareketlerini hudutlandıran, aralarındaki ihtilâfları tanzim eden bir hukuktur. Bu hukuk aslında yalnız insanla eşya arasındaki münasebetler dolayısiyle meydana gelir (36). İnsanın eşya ile veya alelıtlak zekâdan mahrum nesnelerle münasebetinde tahakküm ve istismar asıldır ve tabiîdir. Zira mülkiyet münasebeti haddizatında bir harp ve mücadele münasebeti demektir ve insanla eşya arasındadır. Halbuki bir insanla diğer bir insan arasındaki tabiî münasebet, yani biri ötekine tecavüze kalkışmadıkça daima bir sulh münasebetidir. «İnter persona et persona... est Jus pacis» fakat zekâsız bir şeyle meselâ bir eşya veya hayvanla insan arasındaki münasebet daimî bir mücadele ve harp halidir ve burada harp hukuku caridir. «İnter personam et rem... perpetuum est jus belli» (37). Arslanın insanı parçalamasına veya bir dağın devrilip insanı ezmesine, yahut insanın arslanı öldürmesine yahut dağı delmesine cevaz vardır. Bir insanın, zekâ sahibi olmayan bir nesne üzerinde zaferi, bu şeyin insana teslim olması, insanın onun üzerinde fiilî bir tasarruf imkânı sağlamasını intaç eder. Demekki bu mânada zilyedlik, harp ve mücadele neticesi olarak, esasen başka bir kimseye ait bulunmayan bir nesne üzerinde insan lehine bir hak yaratmak demektir. Bu itibarla mülkiyet hukukunda aslolan, insanın eşya üzerindeki tahakkümüdür (38). Eğer bu sahadaki tahakküm, iktisadî kuvvetin artması neticesinde insanla insan arasındaki münasebetlere de sirayet ederse bunlar arasında normal olarak cari olan sosyal hukuk bozulur ve bir tahakküm hukuku haline inkılâp eder.

Bu sebepledir ki, LEİBNİZ, efendi ile köle arasındaki münasebeti asla bir mülkiyet münasebeti olarak kabul etmez (39).

Cemiyet hukuku veya içtimaî hukuk «jus societatis» ise,**insanı içinde bulunduğu sosyal muhite intibak ettiren, bir topluluğun insanları arasındaki ahengi ve işbirliğini sağlayan hukuktur** (40). HOBBES'un ve bazı Romalı hukukçuların hataları, Devlete, ferdî münasebetleri hudutlandırıcı bir hukuk nev'i olan mülkiyet huku-

(36) MOLLAT — 1893. p: 12-18 (GURVİTCH, a. g. e. Sh: 203 not: 4).

(37) Bak. yukarda not 31

(38) PAUL JANET — Histoire de la Science Politique dans ses rapports avec la Morale, 5 ème éd Tome II Sh : 243.

(39) MOLLAT éd. 1885, p : 9 - 11 (GURVİTCH, a. g. e. Sh : 203 not : 4).

(40) «Consistit in harmonia seu congruentia» (Ed. DUTENS. 213. MOLLAT p : 18. GURVİTCH zikreder : a. g. e. Sh : 206 not : 1,2).

kunu tatbik etmek istemelerindendir. Halbuki Devletten sâdır olan hukuk, yani Devlet hukuku dahi, mahiyeti itibariyle cemiyet hukukunun bir nevidir. Sosyal karekterdedir ve bunun doğması için behemehal daha önceden cemiyette bir sosyal hukukun doğmuş bulunması lâzımdır (41). Zira ancak böyle bir hukuktur ki cemiyetin tabiî ahenk ve işbirliğini temin suretiyle varlığını mümkün kılar ve idame eder. Sosyal hukuk veya cemiyet hukuku bir harp ve bir ihtilâf hukuku değil, cemaatın iyiliğine matuf bir **işbirliği hukukudur** (42).

Sosyal hukuk, cemiyet üyelerini o şekilde cemiyete bağlar ki, bunlar birbirleriyle sadece bir mütekabiliyet durumu içinde bulunmazlar; belki kardeşce bir kaynaşma ve yardımlaşma halinde bulunurlar. Nitekim her cemiyet statüsünde, kâra ve zarara müştereken nail olmak ve katlanmak ve herkesin müşterek yükü taşımasına yardım etmek asıldır (43).

Halbuki yukarıda belirttiğimiz gibi, Mülkiyet Hukuku denen ve bizim ferdiyetçi hukuk terimi ile daha iyi ifade edebileceğimiz diğer hukuk nev'i hukukîlik derecesi itibariyle de en iptidaî olanıdır. LEİBNİZ'in tâbiri ile bu, asgarî bir hukuktur : «jus proprietatis est infimus juris gradus». Bu hukuk, daha önceden bir cemiyet hukuku mevcut olmadan doğamıyacağı gibi onun müdahale ve kontrolünden âzâde kalınca da dejenere olur ve bu takdirde en büyük adalet en büyük adaletsizlik haline gelir (44).

Mülkiyet hukukunun insanla eşya münasebetine tahsisi ve aynı toplumun üyeleri demek olan insanlar arasındaki münasebetlere tatbik edilmemesi hakkındaki fikirleriyle LEİBNİZ, GURVİTCH'in belirttiği gibi, mülkiyet münasebetlerine dayanan her nevi hierarşiyi şüphe ile karşılar. O'na göre, mülkiyet hukukundan hukukî bir tarzda hiçbir sosyal iktidar doğamaz. Sosyal iktidar, cemaatın işbirliği ve ahenk nizamından doğar. Bu itibarla, evvelce işaret

---

(41) «HOBBES'un en büyük hatası, bazı Roma hukukçularının yaptığı gibi, ferdî hukuk prensiplerini Devletle ilgili münasebetlere tatbik etmek istemesi, ve bu hukukun, genel olarak, sosyal hukukun desteği olmadan tezahür edemiyeceğini unutmuş olmasıdır. Zira, bir cemiyetin iç hayatının düzenlenmesi bahis konusu olduğu zaman yegâne muteber hukuk bu sosyal hukuktan ibarettir» (GURVİTCH, a. g. e. Sh : 205, not : 8, 9).

(42) Ed. MOLLAT 19 - 20 (GURVİTCH, a. g. e., 206 not : 4).

(43) Ed. KLOPP VI. Sh : 232 - 233 (GURVİTCH, a. g. e. 206 not : 4).

(44) Ed. KLOPP VI. Sh : 17 - 18, 76 - 81 (GURVİTCH, a. g. e. 206 not : 6, 7).

olunduğu gibi, efendi ile uşak arasındaki münasebet, asla uşağın iktisadî vasıtalara sahip bulunmamış olması ile meşrû gösterilemez. Bu sadece böyle bir münasebetteki tarafların fikrî kabiliyetleri arasındaki eşitsizlik ile meşrû bir şekilde izah edilebilir (45). Halbuki bu bakımdan tam ve hakiki eşitsizlik insanla hayvan ve eşya arasındadır ve bir mülkiyet hukukunun yegâne hakiki ve meşrû tatbik sahası da budur.

Görülüyor ki LEİBNİZ, hukukun çeşitli tiplerini, bu hukukun tanzim etmekte olduğu gerçek sosyal münasebet tiplerine göre tefrik etmeye çalışmaktadır ki bu yol tamamen sosyolojiktir ve bugünün telâkkilerine uygundur; ancak, eserlerinin diğer kısımlarında olduğu gibi burada da, kendisini hukukun klâsik tasniflerinden tamamen kurtaramamıştır. Meselâ, esaslı bir şekilde sosyolojik olan bu yeni tasnif şeklini, kendisinin hukuk felsefesinde yaptığı üçlü bir tabiî hukuk tasnifine raptetmek istemiştir ki, bunun, fikirlerini bulandırmaktan başka bir netice vermediği aşikârdır (46).

---

(45) **Ed. GURHAUER — Leibnizens Deutsche Schriften I, 1834, p: 415** (GURVİTCH. a. g. e.).

(46) LEİBNİZ, tabiî hukukun üç nevi veya derecesi olduğunu kabul eder: en basit ve iptidaî nevi jus strictum'dur. Bu, asgarî bir cemiyet nizamını mümkün kılan kaideler demektir ki, bunların hepsi ULPİANUS'un «Kim-seye zarar verme!» düsturunda ifadesini bulur. İkinci mertebe tabiî hukuk Charitas'dır. Bu, bir cemiyeti sadece mümkün değil, aynı zamanda mes'ut kılan, hakîmâne bir şefkatin icaplarını ifade eder: Charitas Sapientis. Mütecavizlere karşı olan tepkilerin şiddetini bu prensipler tadil eder. Meselâ size sadece zarar vermiş birini, öldürmeyip te sadece tazminata mahkûm ettirmeniz bu prensip sayesindedir. Bu gibi esasların hepsi ULPİANUS'un (Herkese hakkını ver!) düsturunda ifadesini bulur. Nihayet Tabiî Hukukun üçüncü nevi veya mertebesi gelir ki bu da Probitas veya Pietas denen ve dinî bir meziyet derecesine yükseltilen dürüstlük icaplarını ifade eder. Bu, insanların hepsinin birbirini sevmesi, cemiyetin, bütün insanların, saadete, nihaî ahenge kavuşması gayesini güder ki gene ULPİANUS'un (Dürüst yaşamak) düsturu ile hülâsa edilebilir.

LEİBNİZ, kendi yaptığı hukuk tasnifi ile (sosyal hukuk - mülkiyet hukuku) bu tabiî hukuk tansiflerini karşılaştırır ve şu sonuca varır: ilk iki derecedeki tabiî hukuk (jus scriptum ve equitas) kendisinin pus proprietatis dediği mülkiyet hukukunda, üçüncü mertebe tabiî hukuk ise jus societatis dediği cemiyet hukukunda ifadesini bulur. Böylece, sosyal hukuk, bir müşterek saadet ve terakki âmili olarak kabul edilmiş olur. Bununla beraber bu skolastik sınıflama ve karşılaştırmanın kendisinin sosyolojik sezgilerine birşey ilâve etmediği aşikârdır. (Bakıla:

LEİBNİZ, muhtelif risalelerinde çeşitli gerçek sosyal zümrelerin mevcudiyeti, tipleri ve birbirlerine olan zarurî ihtiyaçları üzerinde ısrarla durmuş, devletten başka hiçbir zümrenin kendi kendine kâfi gelemiyeceğini, bunların birbirleriyle federe olmaları gerektiğini belirtmeye çalışmıştır (47).

Bundan başka, cemiyette sosyal emniyet prablemleriyle meşgul olmuş ve muhtar teşkilâtlı ve sermayeli sigorta sandıkları ile fakir tabakanın iktisadî emniyetinin sağlanabileceğini zannetmiştir. Devletin iktisadî meselelere müdahalesi lüzumu üzerinde durmuş ve çağdaş bilginlerden bazılarının kanaatine göre devlet sosyalizmine (48), bazılarına göre bilâkis cemiyetçi sosyalizme (49) temayül eden çeşitli fikirler ileri sürmüştür ki, sahamız bizi bunlar üzerinde durmaktan alakoymaktadır.

LEİBNİZ'in kâinatta ve onun cüz'ü olan cemiyette ezelden tesis edilmiş bir ahenk gören iyimser metafiziği, cemiyet ve zümre hukuku ile devlet hukuku arasında ve keza muhtelif zümre hukukları arasında ihtilâf zuhurunu ve bundan doğacak problemleri tahmin etmesine mani olmuştur.

Kendisinden sonra gelen NETTELBLADT ve WOLF ve muakkipleri sosyal hukukun tâli nevileri üzerinde işlemişlerdir (50). Bunlardan ilki iktisadî cemiyetin yarattığı hukuk ile siyasî heyeti temsil eden devletin hukuku arasındaki tezad üzerinde bilhassa durmuştur (51).

LEİBNİZ - WOLF zincirinden gelen muhtar toplulukların sosyal hukuku fikrine, daha işlenmiş bir şekilde KRAUSE (1781 - 1732)

PAUL JANET — a. g. e. Sh : 242 not 3 - 4, Keza : HUNTİNGTON CAİRNS — a. g. e. Sh : 319 not : 50; GURVİTCH — a. g. e. 204).

(47) Leibnizen Deutsche Schriften herausgegeben von E. GURHAUER, 1834 (GURVİTCH, a. g. e. Sh : 210 not 2).

(48) PAUL JANET — a. g. e. Sh : 248.

(49) GURVİTCH — a. g. e. Sh : 210.

(50) GURVİTCH — İdée du Droit Social, 1931, Sh : 215 - 236.

(51) «NETTELBLADT, regimen societatis'i, yani iktisadî faaliyet topluluklarının heyeti umumiyesi ile bunların nizamını regimen civitatis'e karşı tutar, yani Devletin hukukî nizamına ve ona tâbi olan collegia publica'alara mukabil olarak gösterir ve bu iki blok arasında bazı ihtilafların ve bazı müteharrik muvazenelerin bulunabileceğini kabul eder. (Böylece, diyor, çift bir hükümet ortaya çıkar; bunlardan biri resmî veya âmme mümessili olan hükümet (yahut medenî veya kamusal hükümet= Gouvernement civil ou public) dir, diğeri ise gayrı resmî hükümet (yahut

de rastlamaktayız. GURVİTCH der ki «KRAUSE muhtelif topluluk tipleri ve bu tiplere tekabül eden hukukî nizamlarla ilgili tasniflerin en mükemmellerinden birini yapmıştır». 1811 de çıkan «Urbild der Menschheit» adlı eserinde KRAUSE «devlet cemiyetin topyekûn hayatının ancak bir cüz'ünü temsil eder ve diğer teşekküller (association) devlete tâbi bulunmayıp belki onunla birlikte müşterek bir nizama dahil bulunurlar» der. Böylece KRAUSE belli başlı üç topluluk tipini birbirinden ayırmaktadır : evvelâ millet, milletlerarası camia gibi topyekûn cemiyetler (veya kaplamsal cemiyetler) vardır. Sonra üyelerinin hayatları üzerinde küllî bir nüfuza sahip «temel topluluklar» gelir. Aile, dost birlikleri, komün, şehir ve bunların muhtelif federasyonları gibi. Nihayet hususî bir gaye güden topluluklar vardır : iktisadî birlikler, kiliseler, devletler, özel cemiyetler ve daha başkaları gibi. Her topyekûn cemiyete müteaddit temel topluluklar tekabül eder ve her temel topluluğa da müteaddit mahdut gayeli topluluklar tekabül eder. Hukuk iradeden sadır olmaz, belki bu müteaddit grupların birbirinden sadır olur ve böylece bu gruplar çeşitli hukuk nizamlarının aslî ve objektif kaynakları haline gelirler. Bunlar arasındaki çatışmalar ve müvazeneler ise hukuk hayatının nezcini teşkil ederler. Her topluluk kendisine has olan hukuk nev'ini yaratır ve bu hal ancak her fiilî topluluğun muayyen bir ideali tahakkuk ettirmesi nisbetinde vaki olur ki bu topluluklar umumiyetle kendilerine has ruhî bir temayül neticesinde zaten bu ideal ile meşbû bulunurlar» (52).

Böylece hukukun devlet dışı teşekkülünü devlet içindeki muhtelif zümrelerde ve devletlerarası camiada mümkün gören sosyal hukuk öncülerinin fikirlerini ana hatları ile incelemiş bulunuyoruz. Bu fikirlerin daha sonraki inkişaflarına Sosyolojinin kuruluşundan ve hukukçuların tarihçi mektebinin zuhurundan ve nihayet psikolojik ve biyolojik sosyoloji ekollerinin doğmasından sonra daha birçok mütefekkirlerde rastlıyacağız.

Ancak bunlardan evvel, çap itibariyle, hacim bakımından devletle ayrı genişlikte olan kaplamsal cemiyetin iktisadî hayatından sâdır olan spontane bir nizam kendisine has kanunları olduğu ve

---

hususî hükümet = Gouverenement privé) dir ki, bu, Devletten tamamen müstakil olan muhtar toplulukların sahip oldukları sosyal kudretten ibarettir».

(GURVİTCH — Eléments de Sociologie Juridique, 1940, Sh : 52).

(52) GURVİTCH — Eléments de Sociologie juridique, 1940, Sh : 54).

bunların devlet mevzuatına örneklik ettiği yolundaki fiziokratların iddialarını görmemiz gerekmektedir. Zira sosyolojinin müstakil bir ilim olarak kuruluşundan evvelki safhaya rastlayan bu görüşler bizim daha sonraki safhada ve muhtelif sosyoloji ekollerinde rastlıyacağımız bazı fikirleri kıymetlendirmemize yarayacaktır.

D. FİZYOKRATLAR :

Cemiyette kanun koyanların tesis ettikleri nizamdan başka, bu nizama örnek olacak veya ona rağmen hükmünü icra edecek tabiî bir nizam mevcut olduğu yolundaki fikirler fiziokratlarda büsbütün billûrlaşmış ve en müfrit ifadelerini bulmuştu. «LOUİS XV devrinin sonunda iktisadî faaliyetlerin heyeti umumiyesi hakkında bu iktisatçı filozoflar zümresinin ortaya çıkardığı nazariye, iddialarına göre, gerek insan tabiatı gerek insanla maddî âlem arasındaki münasebetler hakkında derin bir bilgiye dayanmakta idi. Zira bunlar insanla tabiat arasındaki münasebet ve mübadelelerde «tabiat»ın kendi iktidarını tezahür ettirebileceğine inanıyorlardı ki bu sebeple kendilerine (fizyokratlar) dendi» (53). Netice itibariyle bu, «Tabiat»ın idaresini, tabiatın hâkimiyetini kabul edenler mânâsına geliyordu.

Fiziyokratların sahamızı ilgilendiren fikirleri devlet - cemiyet tezadına ve iktisadî cemiyetin kendi hukuki nizamını bizzat yaratacağına tallûk edenlerdir. Filhakika fiziyokratlara göre «tabiî nizam bütün sosyal vakıaları içine alıyordu. Onlar eğer bu umumiyet içinde kalsalardı, tanınmış ekonomist CHARLES GİDE'İN dediği gibi, iktisat ilminin kuruculuğundan ziyade «Sosyoloji»nin kuruluşuna liyakat kazanmış olacaklardı (54).

Fizyokratlara göre dünyada «her nevi anlaşmadan evvel bir tâbiî cemiyet vardır» ve «cemiyet, tabiattan ve ihtiyaçlarımızdan dolayı zarurîdir» (55).

«Cemiyet insanlar için bir tercih veya anlaşma neticesi değildir, belki zarurî bir haldir. Cemiyetin zarurîliği, ayrıca ispatına lü-

---

(53) EMİLE JAMES — Histoire Sommaire de la Pensée Economique, paris 1955 Sh : 58.

(54) CHARLES RİSTE et CHARLES GİDE — İktisadî mezhepler Tarihi Çeviren : AHMET MUAMMER ve ŞÜKRÜ KAYA, İstanbul 1341, Cilt : 1, Sh : 36).

(55) DUPONT DE NEMOURS — Oeuvres des Physiocrates. éd. DAİRE P : 341 (GURVİTCH zikrediyor. İdée.. 240).

zum hissettirmiyecek kadar apaçık bir şeydir. O, içtimaî alâkalar üzerine kurulmuştur. Nihayet cemiyet, vakıaya dayanır. İnsan sadece cemiyette yaşamak üzere değil doğrudan doğruya cemiyet içinde yaratılmıştır. Demekki, tabiat, cemiyetin bir sulh halinde kalmasını, bir anlaşma ve iyilik içinde yaşamasını istemiştir. Cemiyet, içinde adaletin hükümran olacağı bir durumdur» (56).

O halde «cemiyet, devletten mücerret ve mukaddem olarak bizatihî adalet kaideleri ile yaşayan bir ahenk halidir. Fiziyokartlara göre siyasî cemiyetten evvel tabiî bir içtimaî nizam mevcuttur ve hususî menfaatlarin ilgilileri tarafından takibi neticesinde, bunların birbirleriyle iştiraki ve rekabeti sonunda bu nizam kendiliğinden idare olunur. Hususî menfaatları temine matuf fiiller, adalet hudutlarını aşmadıkça, umumî menfaatı tahakkuk ettirirler». «Cemiyet, hepsi birbirinden doğan bir seri haklar ve vazifeler zinciridir» (57).

İşte böylece «insan nev'i için en istifadeli tabiî nizam yaratan ve bütün insanların tabiî hukukunu doğru bir şekilde tesbit eden kanunlar cemiyetin temel kanunlarıdır» (58). «Devletin müsbet mevzuatı, cemiyetin bu aslî ve iptidaî kanunlarına esaslı bir şekilde tâbidir» (59).

Keza QUESNAY diyor ki «ne insanlar ne de hükümetler asla kanun yapmazlar ve yapamazlar. İnsanlar kâinatı idare eden bu kanunların ilâhî hikmete uygun olduğuna inanırlar ve onları insan cemiyetine naklederler. Bunun içindir ki kendilerine nâkil veya vâzı kanun denir ve bunlara hiçbir vakit kanun yaratıcısı demeye cüret olunmamıştır» (60).

O halde devletin rolü nedir? Fizyokratlar devletin lüzumsuzluğuna kani olmak şöyle dursun, bilâkis kuvvetli ve despotik bir devlete taraftardırlar. «Fizyokratlar mümkün olduğu kadar az kanun, fakaz azamî nüfuzlu, otoriter bir hükümet istiyorlardı... Onların hükümet hakkındaki ideali ne eski Yunan cumhuriyetlerindeki demokrasi, ne de İngiltere'deki parlamanter rejimdir. Onlar siyasî hürriyet taraftarlığından nefret ediyorlardı. İstedikleri şey ismini

(56) LE TROSNE — De l'Ordre Social 1777 Sh : 13 (GURVİTCH. a.g.e. 240).
(57) LE TROSNE a.g.e. 86, 87.
(58) QUESNAY — Oeuvres, éd. ONCKEN, 637 - 645 (GURVİTCH, a.g.e. 243).
(59) QUESNAY — Oeuvres, éd. ONCKEN, 637 - 645 (GURVİTCH a.g.e. 243).
(60) CHARLES RİSTE et CHARLES GİDE — a.g.e. Sh : 76.

sarahatla söylemekten çekinmedikleri istibdattı. Ancak bu istibdat hüküm ve nüfuzlarını kendi kendine kabul ettiren hakikatin istibdadından başka bir şey değildir.

Bu nizam, tabiî istibdattı. Gerçi bir şahsiyette, yani hükümdarda, kralda tecelli ediyordu. Fakat kralın vazifesi kendisinin yapmadığı bu yüksek, ulvî tabiî kanunlara vasıtalık etmekten ibaretti. Fizyokratlara göre hükümdar bir orkestra şefine benzetilebilir ki bir orkestra şefinin isibdadı, hattâ Çarın istibdadından bile şiddetlidir» (61).

O halde fizyokratlara göre devletin bütün rolü cemiyette kendiliğinden teşekkül etmiş tabiî nizam kaidelerinin tercümanı ve tefsircisi olmak, bunların ihlâline tevessül edenleri cezalandırmaktan ibarettir. Bu itibarla devlet ne kadar az kanun yaparsa o kadar iyi idi. Fazla, lüzumsuz kanunlar kaldırılmalı idi.

Devletin yapacağı kanunların muhtevası ise tabiî nizamın icaplarından ibaretti. Bunların ne suretle bilineceğine gelince, onlara göre bu, hiç bir derin araştırmaya lüzum hissettirmiyecek bir bedahat meselesi idi. Tabiat, insana kendisi için iyi olanın ne olduğunu vasıtasızca öğretirdi ve insan kendi menfaatını takip etmekle bir tabiat kaidesini tatbik eder ve neticede umumun iyiliği kendiliğinden tahakkuk ederdi. O halde DUPONT de NEMOURS şöyle söylemekte haklı idi : «Hükümdarların müsbet kanunlar denen emirnameleri, içtimaî nizamın temel kanunlarının beyanlarından ibaret olmalıdır. Eğer bunlar içtimaî nizamın kendi kanunlarına aykırı iseler mânâsız beyanlardan ibaret olurlar ve hiç kimse için itaati mecburî kaideler sayılmazlar» (62). Zira «hükümdar iradelerinin bile tabiî ve nihaî bir hâkimi vardır ve bu, bunların tabiî kanunlara uygunluk veya aykırılıkları hakkındaki bedahattır» (63).

Böylece «hükümdar otorite, muhakkak ki, aşikâr nizamsızlık ve kargaşalıklara karşı bazı kanunlar ısdar edilebilir ve etmelidir de. Fakat bunları yaparken kendi temel kanunları olan cemiyet niza-

(61) CHARLES RİSTE et CHARLES GİDE — a.g.e. Sh : 69.

(62) DUPONT DE NEMOUSR — Oeuvres des Physiocrates, éd. DAİRE Sh : 347.

(63) DUPONT DE NEMOURS — «Cemiyetin bu prensipleri insana kendiliğinden malûm oluyor. Bunu yalnız okumuş, terbiye görmüş bir adam değil... en basit bir insan, bir vahşi bile görebiliyor». (İktisadî mezhepler tarihi, Sh : 32/2).

mına tecavüzden sakınmalıdır. Tıpkı bir bahçıvanın ağaç için zararlı otları temizlerken onun hayatiyetini sağlayan usare emici köklere dokunmaktan sakınması gibi» (64).

Mevcudiyetlerine ve cemiyeti otomotik bir şekilde idare edeceklerine inanılan bu temel kanunlar ise fiziyokratlara göre, hususî mülkiyetin emniyet içinde gelişmesini, herkesin kendi menfaatını takip suretiyle birbirleri ile rekabet ederek neticede umumun menfaatına en uygun nizam şeklini tahakkuk ettirmesini (65) ve ilah...i temin eden liberal prensiplerden ibarettir.

Bu prensiplerin tenkit ve münakaşası bizim sahamızı ilgilendirmez. Bunların her şeyden evvel bir müşahede sonucu olmaktan ziyade bir inanç ve kanaat meselesi olduklarına işaretle iktifa edebiliriz. Bizi ilgilendiren cephelerine gelince, fizyokratların bahsettiği bu «tabiî içtimaî nizam», sırf iktisadî olayların tanzimine maksur telâkki edilince birçok sosyolojik problemlerin cevapsız kalacağı aşikârdır. Bununla beraber fizyokratların sosyal hayatı yukarıdan tanzim eden «devlet»e karşı «cemiyet»i ele almaları ve devletin yarattığı siyasî nizamın teminine, cemiyetin spontane iktisadî nizamını yerleştirmeleri mânidardır.

Fizyokratların bahis konusu etkileri cemiyet, devlet içinde mahdut ve muhtar bir zümre değildir. O devletle aynı çaptadır. Daha doğrusu devletin siyasî bakımdan tanzim ettiği sosyal zemindir. Böylece daha evvelki mübeşşirlerde gördüğümüz tipleştirme büyük zümreler tipolojisinin tohumunu teşkil ettiği halde, fizyokratlarda rastladığımız tasnif aynı yekûnî cemiyet içinde cereyan eden ayrı neviden küllî sosyal hadiselerin tipleştirilmesidir : Siyasî nizam-iktisadî nizam, siyasî ve hukukî olaylar âlemi-iktisadî olaylar âlemi.

Ancak bu sınıflama henüz rüşeym halindedir ve siyasî hukukî nizamın behemahal iktisadî nizamın tâbii olduğu ve kendi haline terk edilen iktisadî münasebetlerin kendiliğinden en mükemmel düzeni te-

---

(64) QUESNAY — Les Oeuvres de QUESNAY. Ed ONCKEN 1888 P : 642 GURVİTCH, a.g.e. 247).

(65) «Mülkiyet ve hürriyetin muhafazası, diğer bir kanunun yardımına ihtiyaç kalmaksızın en mükemmel nizamı temine kâfidir. MERCİER De La RİVİERE (İktisadî Mezhepler Tarihi, Sh : 34, not : 1) Keza : «Mülkiyet, Emniyet, Hürriyet, İşte İçtimaî Nizam.» MERCİER DE LA RİVİERE (Ordre naturel et essentiel des Sociétés Politiques, 1967, II, p : 441) (GURVİTCH - İdée.. Sh : 250 not : 3).

sis edebilecekleri hakkındaki kanaatlar pek fazla iyimser olduğu gibi (66) ilmî de değildir.

Bundan başka tabiî nizamının kaidelerinin bir bedahat sıfatiyle herkesçe malûm olduğu hakkındaki fikirler bu «nizam» ile neyin kasdedildiğini daha iyi anlatır. Halbuki bugünkü anlayışımıza göre iktisadî hayatın kanunları son derece karmaşıktır ve insanların hareket normlarını değil, belki doğrudan doğruya eşya münasebetlerini istihdaf eder.

Bizim için hatırda tutulması gereken ve fiziyokratlara borçlu olduğumuz hakikat, devlet kanunlarının kısmen iktisadî-tabiî gerçeklik nizamı tarafından tâyin edilmiş olmalarından ve böylece devletin tanziminin dışında kalan iktisadî hayatın doğurduğu bir nevi spontane hukukun mevcudiyeti hakkındaki ilk sezişlerden ibarettir.

(66) «Kendi kendine husule gelen iyiliğe mani olmamaktan ve şahsî mülkiyete taarruz eden pek az kimseleri cezalandırmaktan ibaret başlıca mukaddes vazifelerinizin icrasının ne kadar kolay olduğunu göreceksiniz» (İktisadî Mezhepler Tarihi : Sh : 70. «Krallar ve Hükümetçiler»).

§. 18 — XIX UNCU YÜZYIL BAŞINDA SOSYOLOJİNİN KURULUŞU VE POZİTİVİST SOSYOLOGLARIN HUKUK ANLAYIŞI :

A. Sosyolojinin bir ilim dalı olarak kuruluşu sırasında sosyal ve politik muhit şartları :

Bilindiği gibi Sosyoloji, XIX uncu yüzyılın başında tanınmış Fransız filozofu AUGUSTE COMTE tarafından kurulmuştur. COMTE'un bu ilmin kuruluşundaki hakiki hissesini tâyin meselesi ayrı bir konu teşkil eder. Vakıa şudur ki COMTE, kendisinden evvel gelen CONDORCET, SAİNT-SİMON v.s. gibi bir çok düşünürlerin fikir sistemlerini işleyerek, kuvvetli bir sentez ve tasnif kabiliyeti ile yeni cemiyet ilminin konusunu, metodunu, prensiplerini ana hatlarıyla vazetmiş, adını takınmıştır (1). O, sosyal ve politik vakıaların dinî veya dogmatik hukuk nazariyeleri bakımından değil, tıpkı diğer tabiat vakıalarında olduğu gibi, ilmî ve objektif açıdan ele alınmalarının mümkün olduğunu iddia etmiştir. Zira o zamana kadar, içtimaî ve siyasi hadiselerin tahlili, bunların bir takım nazariyeler zaviyesinden izah ve takdiri şeklinde oluyordu ve bilhassa XVIII inci yüzyıl siyaset felsefesine hâkim içtimaî mukavele ve tabiî haklar nazariyeleri esas ittihaz ediliyordu. Halbuki COMTE'un yaşadığı devirde, bu nazariyelerdeki talepler bir ihtilâl ile tahakkuk safhasına geçmiş, insan hakları, irade hürriyeti, adalet, eşitlik prensipleri ilh.. adına yapılan ihtilâl, tahmin edilemiyen politik neticeleri davet etmiş, dış harpler, iç buhranlar, siyasî iktisadî ve fikrî sahada görülmedik karışıklıkları doğurmuş ve cemiyette nizam arzusu artık ön plâna geçmeye başlamıştır. Bu nizam, yalnız siyasî ve hukukî sahada değil, içtimaî, iktisadî, fikrî, ahlakî sahalarda da teessüs etmeliydi. Hülâsa, bu devir düşünürlerinin başlıca endişeleri, ihtilâlle sarsılmış bir

---

(1) Bu hususta 1961 de yayınlanmış olan «XIX uncu Yüzyıl Sosyologlarında Hukuk Anlayışı» adlı kitabımızda daha geniş açıklamalarda bulunduğumuz için burada aynı konuyu tekrarlamak istememekteyiz a.g.e. : 1 - 73. Ayrıca bakıla :
HOWARD BECKER — Social Thought from Lore to Science. I, Sh : 571.

cemiyete sağlam, doğru, emin esaslar bulmak ve huzur bahşetmekti. Bu itibarla belli başlı üç temayül bu devir düşünürlerine hâkim olmuştur :

1) «Tabiî haklar», «İçtimai mukavele», «akit serbestisî» ilh.. gibi doğrulukları peşin olarak kabul edilmiş bazı prensiplerden başlayarak sosyal problemleri halletmek, bunlar ne kadar rasyonel ve lâik umdeler olurlarsa olsun, netice itibariyle à priori kanaatlardan hareketi temsil ettiğinden, elverişsiz bir metod takip etmek demektir. Bu umdeler, teolojik naslar değilse de, metafizik prensiplerdir. Halbuki güvenilecek hakikatler ancak müsbet ilmin verileridir. O halde cemiyet ve siyaset olayları hakında doğru hükmü, hukuk nazariyatından değil, belki bir müsbet cemiyet ilmin'den öğrenmek lâzımdır. Ancak bu takdirde, biz tabiata hâkim olduğumuz gibi cemiyete de hâkim olabiliriz.

2) Cemiyet olaylarının tâbi oldukları kanunlar, düzenlilikler, ancak cemiyetin jenetik bir tetkikinden çıkartılabilir. Tarih incelenmelidir ve cemiyetin ömrü boyunca geçirdiği istihaleler tesbit edilmelidir. Bu, bize daimi bir gelişmenin, bir inkişafın alâmetlerini ifşa edecektir. Cemiyet zamanla tekâmül etmektedir ve bu tekâmül, kıymetlerle ilgisiz bir gelişme değil, bilâkis bir «terakki» dir. Cemiyet daima «daha mükemmel»e doğru gelişmektedir. O halde, tarihî tekâmülün kanunlarını tesbit edersek, önümüzdeki merhaleyi de tanımış oluruz ve bu bize bir «norm» hizmeti görür : artık, sosyal düzenleme faaliyetinde hareketlerimizin kendisine doğru yöneleceği istikameti tayin etmiş oluruz; bu, terakki kanununun mukadder bir şekilde çizdiği istikamete bizim, iradî olarak yönelmemizi, böylelikle, akıntıya kürek çekmek durumuna düşecek yerde, geleceğin mesut ve müreffeh cemiyetinin doğuşunu çabuklaştırmamızı gerektirir. Böylece, hemen bütün XIX uncu yüzyıla hâkim olan tek istikamette tekâmül sayesinde, «vakıalar âlemi» ile «kıymetler âlemi» arasındaki uçurum atlanıvermiş ve «hangi sosyal gayeye yöneleceğimizi» artık cemiyet ilminden çıkarabileceğimize inanılmıştır.

3) XVIII inci yüzyılda hemen bütün fikir dünyasının mihrakını teşkil etmiş olan Hukuk Nazariyatına karşı bir itimatsızlık, hukukçuların cemiyeti tanzim edecek prensipleri sadece mücerret akıldan çıkarma yolundaki temayüllerini tenkit, cemiyetin illet-netice münasebetleri içinde cereyan eden tabiî kanunlarını keşfetmek

hususunda Hukuk nazariyelerinin hiçbir faydası dokunmayacağı yolunda bir kanaat hemen hemen bütün XIX uncu yüzyıl sosyologlarının müşterek olan hususiyetlerini teşkil etmiştir. Bu durum, kısmen ihtilâli tahrik eden sebebler arasında Tabiî Hukuk nazariyelerinin yer alması, kısmen ihtilâlden sonra teessüs eden Restorasyon devrinin muhafazakâr temayüllerinin fikrî sahaya da sirayeti ile izah edilebilir. İhtilâlin sarsıntılarından tabiî hukuk nazariyecilerini mesul tutmak, ihtilâl sonrası dünyanın fikir ve temayül farklılığını bir manevî anarşi telâkki etmek, yeni cemiyet nizamının artık hukukçulardan başka kimseler tarafından tesisini istemek, bu devrin bütün sosyologlarınca müşterek olan temâyülleridir. Ancak bu zihniyet, hukukçulardan başka bizzat «Hukuk»a karşı da bir antipatiyi, bir itimatsızlığı ifade ediyordu. «Hukuk», âdetâ, «Hukukçuların iddia ettikleri dogmalar» olarak anlaşılıyordu. Sosyolojinin doğuşu sırasında hukuka karşı takınılan bu menfi tavır cidden üzerinde durulmaya değer, ve hukukun gerçek köklerinin uzun müddet araştırılmamasının sebeblerini izah eder. Kanaatımızca bu tavır, ilmî olmaktan ziyade, yeni ilmin teşekkülü sırasındaki sosyal ve politik şartların telkin ettiği tamamen hissî bir sebebe dayanır. Tabiî haklar nazariyesi, ihtilâl ile cemiyeti sarstığı, bir çok kıymetleri altüst ettiği için, bu teorinin yeni bir nizamı tesisten âciz olduğuna hükmedilmiş, fakat bizzat bu hak taleplerinin sosyolojik açıdan izahına girişilememiştir. COMTE, «hak» kelimesinin, anarşik karakteri dolayısıyla lisandan silinmesini isteyecek kadar ileri gitmiştir!.

Bütün bu temayüllere rağmen, gerek COMTE'un, gerek SAINT-SİMON'un görüşlerinde, bizim bugün Hukuk Sosyolojisini ilgilendiren konular olarak tavsif ettiğimiz birçok meseleler hakkında ilgi çekici cevaplar bulmak kabildir. Fakat bütün bunlar, başka problemler şeklinde vazedilmiş, başka adlar altında ele alınmıştır.

B. SAİNT - SİMON (1760 - 1825).

COMTE'un hocası olan ve birçok fikirleriyle ona müessir olmuş olan SAİNT - SİMON'un Sosyolojiye olan hizmeti umumiyetle unutulmuş veya ikinci plâna atılmıştır. Buna rağmen modern sosyologlar kendisinin bu sahadaki hakiki hizmetlerini değerlendirmeye başlamışlardır (2).

(2) GEORGES GURVİTCH — Les Fondateurs français de la Sociologie

SAİNT - SİMON, Fransız İhtilâlini bizzat yaşamış, Amerikan istiklâl savaşlarına katılmış, siyasî ve fikrî hayatı dolu, heyecanlı hayalperest bir fransız sosyalistidir. Esas fikirlerini bir kaç bendde toplayabiliriz :

1 — Cemiyetin hangi esaslar dairesinde yenileştirileceğini ancak «müsbet bir ilim» tayin edebilir. Zira müsbet ilimden gayrı vasıtaların, meselâ tabiî hukuk nazariyelerinin, metafizik veya dinî prensiplerin bu hususta aczi sabit olmuştu.

SAİNT - SİMON der ki «şimdiye kadar müşahede ilimlerinin metodu siyasî meselelere sokulmadı. Bu sahaya herkes kendi görüş zaviyesini, kendi muhakeme ve takdir metodunu getirdi. Bu yüzden hâlâ siyasî meselelere verilen cevaplarda ne bir kat'iyet, ne bir evrensellik vardır. Bu ilmin çocukluk safhasının sona ermesi zamanı gelmiştir ve gelmesi de arzu edilmektedir. Zira sosyal nizamlardaki kargaşalıklar siyasî nazariyelerdeki müphemlikten doğmaktadır» (3). Keza : «Siyaset artık bir müşahede ilmi olacaktır ve siyasî meseleler müsbet bir insan ilmini tetkik etmiş kimseler tarafından, bütün diğer olay nevileri ile ilgili ilimlerin kullandığı metodlarla tetkik edilecektir» (4). «Siyaset artık farz ve tahminlerin müphemiyeti içinde kalmıyacaktır. Siyeset artık hal ve şartların keyfiyetine tâbi değildir. Siyesetin kaderi bir iktidarın, bir hükümet şeklinin, bir batıl inancın kaderine bağlı değildir. Artık onun sahası tanınmış, işleyişi kıymetlendirilmiştir ve cemiyetler ilminin artık bir prensibi vardır. O nihayet müsbet bir ilim olmaktadır» (5).

Cemiyet hadiseleri esas itibariyle «insan» ile ilgili hadiselerdir. Zira cemiyet kendi kendini yaratan, insanların kollektif gayretleri ile daimî bir dinamizme sahip olan bir bütün demektir. O halde münferit insanın maddî varlığını inceleyen Fizyoloji, insanların kitlevî faaliyetlerinin neticesi demek olan cemiyeti de inceleyebilir. Böylece fert olarak insanı ele alan onun organik cephesini in-

---

Contemporaine : Saint - Simon et P - J. Proudhon (I. -Saint - Simon Sociologue. Cours de Sorbonne 1955, Sh : 12).

(3) SAİNT - SİMON — Selested Writings, Sh : 39 Etidet by F. M. H. MARKHAM, Oxford 1952).

(4) SAİNT - SİMON — Mémoire sur la Science de l'Homme, 1813, XI, p. 187 (DURKHEİM nakleder : Le Socialisme, Sh : 141).
Zikreder : Histoire des İdées Sociales en France, 1950 Tome : II Sh : 222).

celeyen asıl Fizyolojiden başka bir de fertlerden mürekkep insan topluluğunu, yani cemiyeti inceleyen bir «Sosyal Fizyoloji» teşekkül etmelidir. Bu yeni ilim tıpkı diğer müsbet ilimler gibi aynı metodlarla çalışmalıdır (6).

2 — Cemiyetin tekâmül tarihi bir terakki kanununa tâbidir ve bu kanun herşeye hakimdir. Bizim bu kanunun dışına çıkabilmemiz imkânsızdır. Ancak onun tarafından kör gibi dürtülecek yerde, gösterdiği yola şuurlu bir şekilde yönelmemiz daha doğru olur (7). Cemiyetin gerek siyasî bünyesi, gerek hukukî teşkilâtı hep bu terakki kanununun doğrudan doğruya neticeleridir, zarurî mahsulleridir. Zira «Tabiat her devirde insanlara en uygun gelen hükümet şeklini ilham etmiştir... Eşyanın tabiî cereyanı, sosyal bedenin her yaşında bu yaş için zarurî olan müesseseleri tevlid eder» (8).

SAİNT - SİMON medeniyet tarihinin ilk safhasında fikrî sahada dinlerin ve din adamlarının, siyasî sahada da muharip sınıfların yani askerlerin ve senyörlerin hakim olduğunu söyler. Halk hem cahil hem de fakir olduğu için bu bilgi üstünlüğünü, servet ve savaş kudretini haiz sınıflara itaat etmektedir. Ortaçağ feodal nizamı bu devrin son safhasıdır.

Bu çağın sonlarına doğru bir taraftan müsbet ilimlerin gelişmeye başlaması diğer taraftan ticaret ve zanaat erbabının gayreti ile Komün'lerin serbestîye kavuşması fikrî ve iktisadî sahada iki yeni otorite tipinin doğmaya başladığına işarettir : Serbest Komünler ve müsbet ilim (9).

---

(6) «On beşinci yüzyıldanberi insan zihninin temayülü, bütün muhakemelerini müşahede ve münakaşa edilmiş vakıalara istinat ettirmek yolundadır. Şimdiye kadar Astronomi, Fizik ve Kimyayı bu temellere göre kurmuş ve geliştirmiştir. Bundan istidlâl edilerek hükmedilebilir ki İnsan İlminin bir kısmını teşkil eden Fizyoloji de, diğer Fizik ilimlerinin kabul ettikleri metoda göre tetkik edilebilir. (SAİNT - SİMON — La Science de l'Homme, XI, 17. DURKHEİM nakleder : a. g. e. Sh 130).

(7) SAİNT - SİMON — Organisateur, IV, 119 (DURKHEİM nakleder, a. g. e. Sh : 143).

(8) SAİNT - SİMON — Physiologie Sociale, X, 190, (DURKHEİM nakleder : a. g. e. Sh : 143).

(9) SAİNT - SİMON, bilhassa komünlerin kendi ticaret mahkemelerini kurmaları üzerinde durur. Bu, hukukun, iktisadî faaliyet erbabının eline geçmesinin başlangıcıdır. Zira her meslek erbabı, burada kendi hukukî ihtilâfını gene aynı meslek erbabından olan hâkimlere tetkik ettirmek fırsatını buluyor, ve böylece iktisadî meselelerin özelliklerine intibak

Daha sonraki asırlarda gelişen sınaî ve ticarî hayat, cemiyette bu yeni sınıf lehine bir otorite nev'i yaratır ve bu sınıfın sosyal hayattaki fiilî nüfuzu politik hayata da aksetmeye başlar. Artık parlâmentolar feodal beylerden ziyade şehirlerin sanayi ve ticaret erbabı ile dolar ve halk şimdi askerî şeflere değil ticaret, sanayi ve ziraat sahasındaki şeflere tâbi olmaya başlar (10). Fikrî sahada da dinî esaslardan müstakil ayrı bir bilgi nev'i gerek ihtisas okullarında gerek umumî eğitim sahasında halka yayılır ve bu hal neticede din adamlarının otoritesini sarsar (11).

Böylece aynı sosyal muhit içinde askerlik ve muhariplik kabiliyetine ve dinî konulardaki bilgi üstünlüğüne dayanan iki eski otorite ile, sanayiin gelişmesine ve müsbet ilimlerin yayılmasına dayanan iki yeni otorite nev'i birbirleriyle mücadeleye başlar. Bir intikal safhasının sıkıntıları ile dolu olan bu devre SAİNT - SİMON buhranlı devir veya tenkit devri anlamına «époque critique» der. Bu yıkma devrini bir yapma devri, yapıcı bir devir «epoque organique» takip edecektir. Ancak, insan cemiyetleri bir sosyal sistemden diğer bir sosyal sisteme bir anda atlayamazlar. Arada buhranlı bir devrin geçmesi zaruridir. Bu devrin mahsulleri ise eski ve yeni sınıfların birbirini takip etmesi sırasında türemiş olan hukukçular ve metafizikçilerdir. Bunlar eski nizamı yıkmaya yaramışlarsa da yapıcı (organique) bir devirde yani yeniden uzuvlanmayı ve teşkilâtlanmayı gerektiren bir devirde işe yaramazlar.

GURTVİCH der ki «SAİNT - SİMON'un hukukçulara olan düşmanlığı, MARX'ın küçük burjuvaziye ve orta sınıflara karşı olan husumeti ile mukayese edilmiyecek kadar serttir (12).

Filhakika hukukçulara karşı bu menfî tavrın asıl sebebi, SAİNT-SİMON'un **sınaî bünyesi galip bir Cemiyeti, sanayiin ilmî ve teknik icaplara göre teşkilâtlanmasından doğan davranış kaidelerinin, bu âleme yabancı kanun vazilerinin yaratıkları mücerret hukuk kaidelerinden daha iyi tanzim edeceklerine inanmış olmasıdır.**

---

eden bir hukuk nevi tatbik ediliyordu (İndustrie, III, Sh : 135, DURKHEİM nakleder : a. g. e. Sh : 166).

(10) SAİNT - SİMON — Organisateur, IV, 149 (DURKHEİM'den naklen : a. g. e. Sh : 168).

(11) SAİNT - SİMON — Organisateur, IV, 137 (DURKHEİM'den naklen : a. g. e. Sh : 168).

(12) GEORGES GURVİTCH — Saint - Simon, Sociologue (Cours de Sorbonn, Sh : 40).

SAİNT - SİMON cemiyeti realitesi ile alâkasız, mücerret ve kapalı bir meslek çevresine mensup ve esaslı bir şekilde ferdiyetçi olan Roma hukukundan ders almış hukukçuların yeni sınaî cemiyetin hukukî ve siyasî nizamını kurabileceklerine inanmaz. Sınaî cemiyetin icaplarını ancak bilginler ve endüstri adamları anlar ve cemiyetin, terakki kanununa göre vasıl olması zarurî olan bu yeni «sınaî - ilmî safhanın teşkilâtını, müesseselerini artık yalnız âlimler ve sanayicilerin işbirliği tahakkuk ettirebilir.

Bunların kuracağı nizam, eski rejimlerdeki gibi insanlara değil, belki eşyaya hükmedecektir. Cemiyetin kollektif gayretleri ile tabiat üzerindeki hakimiyet sağlanacaktır. Hülâsa hükmetme faaliyeti hemen hemen sıfıra müncer olacak, yeni sınaî cemiyette yalnız devlete, hükümete değil, hattâ hukuka dahi lüzum kalmayacaktır. Zira yeni cemiyeti mütecanis bir müsbet felsefe sistemi ve bunun doğuracağı yeni bir ahlâk, **hukukî zecre ihtiyaç kalmaksızın idare edecektir.**

SAİNT SİMON'un tasavvur ettiği ve müsbet cemiyet ilminin icaplarına göre behemal zuhurunu beklediği cemiyetin yeni siması «hakimiyet» mefhumu etrafında değil belki «istihsal» vetiresi etrafında dönem «sınaî - ilmî» vasıfta bir yeni nizamdır. Zira «sosyal teşkilâtın yegâne ve daimî hedefi, insanların ihtiyaçlarını tatmin işinde, bütün ilimlerde, sanatlarda ve mesleklerde edinilmiş bilgileri en mükemmel şekilde tatbik etmek, neşretmek, tekemmül ettirmek ve azami derecede arttırmak olmalıdır» (13).

«Faydalı şeylerin istihsali, siyasî cemiyetlerin kendileri için kabul edebilecekleri en makul ve en müsbet gayedir» (14).

SAİNT SİMON burada, bilâhare asrın sonunda RATZENHOFER L. WARD gibi sosyologların JHERİNG, PH; HECK, R. POUND gibi hukukçuların yeniden ortaya atacakları menfaatlar nazariyesinin tohumlarını eker. Ancak sınaî cemiyetin kendi haline terkedilecek spontane teşkilâtının bu menfaat nizamını yaratacak yegâne vasıta olduğunu sanması safiyane bir iyimserliktir : «bütün insanlar tarafından hissedilen bir menfaat nizamı vardır : hayatı ve refahı idameye taallûk eden menfaatler. Bu, bütün insan-

---

(13) SAİNT - SİMON — Ouvres Choisis, II Sh : 370 (MAXİME LEROY nakleder : a. g. e. Tome : II, Sh : 207/2).

(14) SAİNT - SİMON — Oeuvres Choisis, XVII, Sh : 188 - 186). (MAXİME LEROY nakleder. a. g. e., 205).

ların üzerinde birleştiği ve birbirleriyle anlaşmak ihtiyacını hissettiği, üzerinde birbirleriyle müzakere ettiği ve beraberce hareket etmek istediği yegâne nizamdır ki siyaset ancak bunun etrafında cereyan edebilir ve bütün sosyal müessese ve meselelerin tenkidinde bu yegâne ölçü olarak kabul edilebilir» (15).

Bu menfaatlar nizamını en iyi şekilde teşkilâtlandıracak olanlar alimlerin ve sanatkârların irşatlariyle hareket edecek sanayi erbabıdır. Bu sayede cemiyet **spontane bir şekilde doğan sınai nizamı** ile idare olan büyük bir atölyeye, insanlar da aynı teşebbüsün hissedarları veya birbirlerinin iş arkadaşları haline gelecektir. Hülâsa cemiyet artık gerek siyasî gerek hukukî nizamdan müstağni olarak yaşayacaktır. Yeni cemiyet şartları yeni ahlâkî sistemi yaratacak ve bu, düzeni yaşatmaya kâfi gelecektir. Zira «ahlâk, içtimaî bünye tiplerine göre değişir. Feodal cemiyetin ahlâkı sınaî cemiyetin ahlâkına benzemez ve bugün ahlâk sadece ilâhî ahlâk olmaktan çıkıp dünyevî bir ahlâk haline gelmektedir. Hıristiyanlık iktisadî ve siyasî münasebetlere kendi ahlâkını tatbik etmiştir. Fransız ihtilâli ise kendi ahlâkını siyasî sahaya tatbik etti ise de ekonomi sahasına tatbik etmemiştir. Şimdi ahlâk, istihsale, işe emeğe taallûk ediyor Bir işçi ahlâkı, bir iş şevki, sınaî hizmet şevki artık tabiatı fethetmek zevki haline geliyor. Bu ahlâk idare edenlerle edilenler arasında yeni münasebetlerin doğuşuna hattâ bu ikili tasnifin izalesine götürüyor. Zira artık herkesin birbiriyle ortak, hissedar veya iş arkadaşı olması gerekir» (16).

SAİNT SİMON bu fikirlerini «Catéchisme des industriels» ve «Nouveau Christianisme» adlı eserlerinde uzun boylu izah eder ki esas itibariyle sosyalist bir nizam şeklinin tasvirine tallûk eden bu izahlar hukukla ilgisiz bulunmaktadır.

Hukukçuların tanınmış bir düşmanı olan ve hukukun artık varlık sebebini kaybettiğine inanan SAİNT - SİMON, bizi modern sınaî ve iktisadî nizamın karmaşık bünyesinin artık kısmen Roma hukukundan, kısmen XVIII. asrın ferdiyetçi hak taleplerinden mülhem bir hukuk nizamı ile idare edilmiyeceği hususunda pek erken ikaz etmiştir ki XIX. asrın kesin sosyal meseleleri, kendisinin bütün

(15) SAİNT - SİMON — Oeuvres Choisies XVIII Sh : 188 - 186 (MAXİME LEROY a. g. e. Sh : 206/1).

(16) SAİNT - SİMON — l'İndustrie Vol. III p : 34 - 35 (GURVİTCH nakleder : Cours de Sorbonne Sh : 23).

mübalâğalarına rağmen haddizatında ne kadar haklı olduğunu göstermiştir. SAİNT SİMON'un tarihin sadece bir safhası, hem de sırf tahrip ve tenkid safhasına has zannettiği «hukuk» anlayışındaki darlık ve hata aşikâr ise de güvendiği spontane sınaî nizamın nasıl bir tahakküm vasıtası haline gelebileceğini tahmin etmemesi, kendi zamanında, henüz büyük sanayiin hakikî yüzünü ifşa edecek kadar gelişmemiş olmasiyle izah edilmektedir. Filhakika SAİNT SİMON sanayi erbabını daima bir kül olarak alıyor ve bunlar arasındaki sınıflaşmanın menfi ve korkunç neticelerini göremiyordu. Zira M. LEROY'nın dediği gibi o zamanki müteşebbisler, işçi, usta ve mühendislerden pek de farklı şartlar içinde bulunmuyorlardı (17).

Bundan başka, kendi tasavvur ettiği o bilginler ve endüstri adamlarınca tedvir edilecek nizamın, sırf ahlâkî karakterde birtakım kaidelerle idare olunabileceğine inanması da bir hayli sâfiyanedir. Fizyokratların ziraî istihsale dayanan iktisadî cemiyetin kendini idareye muktedir olduğunu sanmaları gibi. SAİNT - SİMON da sınaî istihsalin her türlü hukukî tanzimini beyhude kılacak kadar mükemmel bir iç otomatizme sahip olacağını, bütün sosyal davranış normlarının bu istihsal icaplarından çıkartılabileceğini zannediyordu. Bundan başka, Hukuk hakkındaki anlayışı, onu, sadece parlâmentoların ısdar ettiği maddelere veya tabiî hukuk nazariyecilerinin hak taleplerine inhisar ettirecek kadar dar olduğu için, iktisadî cemiyetin kendiliğinden yaratacağı nizamın da bir hukuk nevi olduğunu farketmez görünüyordu. Halbuki bir toplumun yaşamasını, sürmesini, hususiyle iyi şartlar altında devamını gözeten her nizam bir takım teminatlı normlar olmadan tekevvün edemezdi ve ve sosyal bütünün garanti edeceği bu normlar, ister hukukçuların ister endüstri adamlarının veya bilginlerin tavsiye ve tensibi ile yaratılmış olsun, netice itibariyle hukuktan başka bir şey olmayacaktı! Hukuku yaratan gerçek kaynağın, şeklî makamlar olmayıp, belki bizzat bu makamları da yaratmış olan Cemiyetin ta kendisi olduğunu, maalesef bu devir sosyologları farketmez görünürler.

(17) «O, eserlerini verdiği zaman, iş verenler, açıkça işçilerden ayırd edilebilecek bir duruma değillerdi. Onlar da zanaat erbabı ve mütevazi insanlardı. Onlar da elleriyle, kollarıyla çalışıyorlardı ve işçiler müsait şerait bulunca patron haline gelebiliyorlardı ki anonim teşebbüslerin bugünkü şekilleri ve büyük sanayiin kapitalist kudreti artık meselenin bu şekilde tasavvuruna imkân bırakmaz». MAXİME LEROY — a. g. e. Sh : 231).

Halbuki, SAİNT - SİMON, hakikatte gayet mühim bir probleme dikkati çekmiştir : Cemiyetin düsturlar halinde dondurulmuş mücerret hukuk nizamı ile, iktisadî münasebetlerin zarurî icaplarının tayin ettiği spontane hukuk nizamı arasındaki tezada, ve zaman zaman bunların birbirine göre ayarlanması zaruretine. Hukukun plüralist birtelâkkisi bu problemi çok daha açık bir şekilde vazedebilirdi. Halbuki SAİNT - SİMON, sonradan COMTE'un yapacağı gibi, müstakbel cemiyetin ahlâkî nizamı lehine, bütün hukuku feda etmişti.

C. AUGUSTE COMTE (1798 - 1857).

1) Umumî temayülleri ve esas fikirleri :

Sosyoloji ilminin kurucusu sayılan tanınmış fransız filozofunun hukuka karşı takındığı menfi ve aleyhdar tavır o kadar dikkati çeker ki, sosyal vakıaların en karakteristiği olan hukukî vakıaların, cemiyet ilmini tesis etmiş bir folozof tarafından teşhis edilemeyişi cidden izaha muhtaç bir mesele teşkil eder. Her halde COMTE gibi bir dehanın hukuka karşı cephe almaya, hattâ «hak» kelimesini siyasî dilden silmeye teşebbüs etmesinin birtakım şuur - altı sebebleri olsa gerektir. Esasen sosyal konuların tetkikinde her türlü peşin hükümden, şahsî tercihlerden tecerrüt etmeyi her sosyolog vadeder, fakat bu tecerrüde muvaffak olanların sayısı da her zaman pek mahdut kalır. Sosyolojinin kurucusu olan COMTE'da da biz, içinde yaşadığı Restorasyon devrinin, ihtilâl sonrasının pek bariz tesirlerini müşahede etmediğimizi iddia edemeyiz. O, tesirleri en uzak memeleketlere kadar uzanan muazzam bir ihtilâl geçirmiş bir cemiyetin fikrî, iktisadî, sosyal, politik ilh.. bütün cephelerinde müşahede ettiği huzursuzluğun sebebini, ihtilâli hazırlıyan hukuk nazariyelerinde buluyor ve bu yüzden hak mefhumunu anarşik bir karakter taşımakla itham ediyordu. Bu itibarla bizim buradaki açıklamalarımız, COMTE'un Hukuk Sosyolojisine bir hizmeti dokunmuş olmasından değil, Sosyolojinin temellerini vaz ederek, metodları tayin ederek alelıtlak sosyal gerçekliğin ilmî tetkikine yol açmış olmasından dolayıdır, ne yazık ki COMTE, hukukun bu gerçeklik içindeki köklerini seçememiş, sosyal müesseseleri tetkik ederken, bunların belirli bir hukuk nizamı yaratarak sürüp gittiklerini farketmemiş, hukuku parlâmetoların tasarruflarına veya tabiî hukuk nazariyecilerinin hak taleplerine inhisar ettirmiştir.

COMTE'un esas fikirlerini bir kaç bentte toplayabiliriz :

a) Cemiyetin ıslahı ancak bir «Müsbet Cemiyet İlmi» ne dayanabilir :

İçtimaî ve siyasî problemlerin halli, ancak, bunlarla ilgili olgu ve olaylar hakkında tıpkı tabiat ilimleri gibi müsbet araştırma metodlarıyla çalışan bir cemiyet ilminin sonuçlarına dayanmakla mümkün olur. Bu hususta ne ilâhi hukuk, ne tabiî hukuk nazariyelerinden yardım beklenemez. Zira bunlardan biri, teolojik, diğeri ise metafizik karakterde iddialardan, inanç konularından ibarettir. Yoksa müsbet ilmî metodlarla doğruluğu isbat edilebilecek hakikatler değildir. Cemiyetin karmaşık problemleri bu gibi dogmalarla halledilmeye kalkıldıkça fikrî ve siyasî anarşisin sonu gelmeyecektir.

b) Cemiyete verilecek nihaî şekli tekâmül kanunu tâyin eder :

Cemiyetin iradî gayretlerle tanzimi kabil ve lâzımdır. Ancak bu gayretlerin yöneleceği istikameti, yani cemiyete verilecek ideal şekli, insanların mücerret aklî muhakemeleri, veya felsefî tercihleri değil bizzat cemiyet tekâmülüne hakim olan tabiî kanunlar tayin eder. Şöyleki, insan cemiyetleri, daha doğrusu COMTE'un tabiri ile «Büyük Varlık» (Le Grand Etre) denen beşeriyet, gelmiş ve gelecek nesilleri de içine olan bir «Bütün» olarak ele alınınca, bunun, ister istemez, zamanla tekâmül etmekte olduğu müşahede edilmektedir. Bu tekâmülün, insanlarca tayin ve tercih edilmiş olmayan, zarurî bir istikameti vardır. İşte, cemiyet ilmi bu tekâmül yolunu keşfedecek ve cemiyetin spontane bir şekilde kendisine doğru yöneldiği cemiyet şeklini bir an evvel tahakkuk ettirmek için gerekli vasıtaların ne olduğunu tayin edecektir. İnsanın iradî cehdi, yani siyasî tedbirlerin gayesi bu tekâmülün seyrini çabuklaştırmak olacaktır. Yoksa cemiyete keyfe göre tayin edilecek bir kisveyi giydirmek değil. Böylece, COMTE'a göre sosyal ideal, sosyal gerçekliğin zarurî olarak yöneleceği son merhale demektir.

c) Sosyoloji, cemiyeti hem durgun, hem hareket halinde tetkik eder.

Cemiyetin spontane düzenin ve bunun inkişaf istikametinin ne olduğunu Sosyoloji araştırır. Bu itibarla Sosyolojinin araştırmaları iki bölümde toplanır :

I) Sosyal Statik araştırmaları : Cemiyetin varlık şartlarını, parçalarla bütün arasındaki münasebetleri, ferd, aile, cemiyet, devlet gibi müesseseleri, cemiyetin kültürel, ekonomik, politik ve sosyal cepheleri arasındaki karşılıklı münasebetlerini içine alır.

II) Sosyal Dinamik araştırmaları : Cemiyetin ilkel çağlardan son çağa kadar gelişme seyrine hâkim olan kanunları, cemiyetlerin hangi hâkim faktörün tesirine tâbi olarak simâ değiştirdiğini, bu değişme safhalarında bu hâkim faktörle sosyal müesseseler arasında nasıl bir muvazilik, bir tekabül olduğunu tayine çalışır.

d) Fikrî âmiller, insan cemiyetlerinin tekâmül seyrini doğrudan doğruya tâyin eden en müessir faktörü teşkil ederler :

Cemiyetler, bütün zekâların elbirliği ile kabul ettikleri bir takım fikir ve inançlar sayesinde yaşar. Sosyal anarşinin aslı fikrî anarşidir. Bunun giderilmesi de herşeyden evvel, etrafında birleşecek muayyen fikirlerin tesbiti ile olur. Geçmiş zamanlardaki nizam şekilleri, insanların, doğru veya yanlış, fakat herhalde müştereken inandıkları, kendilerinin doğru zannettikleri birtakım fikir ve inançlar etrafında birleşmeleri ile sağlanmıştı. Gerek ilkel dinler, gerek mütekâmil dinler bu fikir birliğini temine muvaffak olmuşlardır. O halde modern zamanlardaki sosyal düzensizliğin giderilmesi çaresi de, bugünün insanına yakışacak, yani onun fikrî tekâmül seviyesi ile bağdaşacak bir fikirler sisteminin bulunması ve bu sistem etrafında bütün insanların fikir birliğinin tesisinden ibarettir.

Modern insan, artık isbatı kabil olmayan, vahye müstenit dinlere, veya gene aynı şekilde isbatı imkânsız olan metafizik hukuk nazariyelerine inanamıyacağına göre ona ancak müsbet ilimlerin hepsinin sonuçlarından tesis edilecek bir «müsbet felsefe sistemi» takdim etmek gerekecektir. O, böylece, isbatı kabil hakikatlerin icaplarına inanacak ve tekâmül kanunun müsbet zihniyete erişmiş insanlar için hazırladığı «müsbet devir»in «müsbet siyaseti»ni tahakkuk ettirmeye çalışacaktır.

Görülüyor ki COMTE,un niyeti, hakikaten müsbet ilim metodlarına göre çalışacak bir cemiyet İlminin verilerinden faydalanarak Cemiyeti ıslah etmektir. İtiraf etmeli ki bu niyette bir kusur yoktur! Fakat aşağıda göreceğimiz gibi, bir çok peşin kanaat ve tahminlerini, «müsbet sosyolojik araştırmaların zarurî sonucu» saymak hatası yüzünden bu iyi niyetin tahakkuku mümkün olamamıştır.

2) A. COMTE'a göre Sosyolojinin metodu ve temel kanunları :

COMTE, tabiat ilimleri tipinde bir cemiyet ilmini tesis ederken buna ilk defa «İçtimaî Tabiat İlmi» anlamına «Physique Sociale». daha sonra «Sociologie» demiştir. Bu ilim, tabiat ilimlerinde mutad olan metodları, kendi konusunun arzettiği bazı özelliklere göre, kısmen tadil edilmiş bir şekilde kullanacaktır Bu metodlar ise müşahede, deney, karşılaştırma ve tarihi mukayeseden ibarettir (18).

a) Gözlem (Müşahede).

Müşahede metodu, gelişigüzel tatbik edilmiyecek, bazı ana prensipler, veya temel kanunlar esas tutulmak, daima gözönünde bulundurulmak suretiyle uygulanacaktır. Demek ki, cemiyet hayatının veya tarihinin müşahedesi yapılırken, işe rastgele bir olaylar tesbitinden başlanmıyacak, belirli temel prensiplerden hareket edilerek onların tahkiki için, veya onların rehberliği altında gözlemde bulunacaktır. Hiç şüphesiz bu müşahedeler bize cemiyette daha başka muayyeniyetlerin, daha başka kanunların da câri olduğuna ifşa edebilecektir. Fakat bunlar artık tâli kanunlar (Lois secondaires) dır. COMTE'un bu kadar israrla üstünde durduğu ve sosyolojik müşahedelere rehberlik edeceğinden bahsettiği temel kanunlar (Lois Fondamentales) (19) ise Sosyal Statik araştırmalarında «Consensus» prensibi, sosyal dinamik araştırmalarında da meşhur «Üç hal kanunu» (Les Lois des trois etats) dur.

Sosyal statik müşahedelerinde esas prensip, cemiyetin varlık şartları arasında daimi ve karşılıklı bir bağlantı bulunduğudur. Cemiyet, tıpkı uzviyet gibi «bütün»dür. Uzviyet, içindeki organların birbirlerinden pek farklı şekillere ve fonksiyonlara sahip olmasına rağmen, hattâ bizzat böyle olması sayesinde, nasıl yekpare bir varlık manzarası arzediyor, tek bir «bütün» olarak kendine has bir hayata sahip bulunuyorsa, cemiyet te, içinde cereyan eden çeşitli münasebetlere, yaşayan türlü müesseselere, farklı karakterde ferd ve zümrelere rağmen, ve hattâ bu farklılıkların birbirini tamamlaması sayesinde, müstakil bir «bütün» olarak sürüp gitmektedir. Bütün

---

(18) «Caractères fondamentaux de la methode positive dans L'étude rationelle des phénomènes sociaux» (AUGUSTE COMTE - Cours de philosophie positive, Tome : IV Sh : 150 - 248 (6 ème édition' ALFRED COSTES 1934).

(19) AUGUSTE COMTE — Cours de Philosphie Positive, Tome : IV Sh : 219 - 220.

bu umumî muvazene, cemiyetin içindeki çeşitli vetirelerin birbirleriyle olan bağlantıları sayesinde tahakkuk etmektedir. Hülâsa, cemiyetin muhtelif veçheleri, muhtelif kısımları, muhtelif müesseseleri arasında bir münasebet, devamlı bir tesirleşme vardır. İşte bu bağlantı ve bu «bütün» telâkkisi, uzvî âlem ile sosyal âlem arasında müşterek olan «Consensus» prensibinde ifadesini bulur ki cemiyetin herhangi bir müessesesinin behemehal cemiyetin bütünü ile olan münasebeti nazara alınmak suretiyle tetkikini zarurî kılar.

Sosyal Dinamik araştırmalarına temel teşkil edecek olan Üç Hal Kanunun ise bilindiği gibi, insan zihninin, tarihin her çağında birbirlerinden farklı bir kavrama ve düşünme kabiliyeti gösterdiği, dış dünya olay ve olgularını, muhtelif çağlarda birbirinden farklı şekillerde (teolojik, metafizik ve pozitif izahlar) idrâk ve izah edebildiği iddiasına dayanır. Ancak bu tekâmül, insan zekâsının zamanla daha çok öğrenme vasıtasına sahip olmasıyla bilgi ve tecrübenin artmasiyle meydana gelir. Yoksa, biolojik bir canlı sıfatıyla insanın birtakım uzvî tahavvüllere maruz kalarak inkişaf ettiği iddiasına dayanmaz.

b) **Deney (tecrip = expérimentation).**

Müşahede metodundan sonra deney bütün ilimlerin başvurduğu esaslı bir metoddur. Ancak COMTE'a göre deneyin hayatî mevzulardaki tatbiki cansız madde âlemindeki tatbikinden farklıdır. İster biolojik ister sosyal bir varlık bahis konusu olsun, her iki âlemde de câri consensus prensibi hasebiyle, sun'i bir müdahale uzviyetin tecrübe konusu olmayan diğer sahalarına sirayet ederek bozukluklara sebebiyet verebilir. Bu itibarla, tamamen hayatî olmakla beraber, bir an için sosyal alemde sun'i olarak deney şartlarının tahakkuk ettirilebileceği düşünülse, bunun sosyal hayatın bütünü üzerine bir in'ikâsı olacak ve hem hayatın revişi bozulacak hem de deney konusu diğer konularla olan ilgisinden lâyıkı ile tecrid edilemediği için aydınlatıcı sonuçlara varılamıyacaktır.

O halde ne yapmak lâzımdır?

Burada tıpkı tıp âleminde olduğu gibi «maraz» hallerinin tabiiî bir deney addi uygun olur. Hastalık hallerinin de, sıhhat hallerini idare eden aynı tabiî kanunların neticesi olduğu anlaşıldıktan sonra tıpta her şey kolaylaşmıştır. Bunun gibi sosyolojide de maraz halleri, ihtilâl, isyan, teşevvüş devirleri kendiliğinden ha-

sıl olmuş deneyler mahiyetindedir ki bunlar cemiyetin sıhhat halinde cari olan kanunlarının keşfi için ipuçları verirler. Zira bu hallerin umumî tekâmül kanunlarının seyri üzerine tesiri tıpkı çeşitli cemiyetlerin coğrafi ve ırkî özelliklerinin tesirleri gibidir COMTE'un değişme sebebleri (causes de variation) dediği bu sebepler daimî olduğu halde maraz halleri arızîdir. Fakat bunlar da evvelkiler gibi umumî tekâmül kanununun tesirlerini ancak kısmen tadil ederler (20).

c) Mukayese metodu :

Burada ayrı yer veya zamanlarda yaşayan farklı seviyelerde bulunan muhtelif insan cemiyetlerinin birbirleriyle mukayesesi bahis konusudur. Bundan başka insan cemiyeti ile hayvan cemiyetlerinin mukayesesi de lüzumludur. COMTE der ki her ne kadar boş bir gurur insanları, kendilerini hayvanlarla mukayeseden alıkoyarsa da, ilmî bakımdan böyle bir araştırma pek verimli olabilir ve bilhassa siyaset adamlarına cemiyetin bir takım spontane temayülleri olduğunu, ailenin kabilenin bazı biolojik kökleri bulunduğunu hülâsa her şeyin onların keyiflerine göre değiştirilmiyeceğini öğretir (21).

Acak hayvan cemiyetleri hakkındaki araştırmalar şimdilik (COMTE'un zamanında) son derece kifayetsizdir. Bunlan başka böyle bir mukayese sosyal statik bakımından faydalı ise de, hayvan cemiyetleri tarihî tekâmüle tâbi olmadığından sosyal dinamik bakımından pek bir şey ifade etmez.

ç) Tarihî metod :

Sosyal dinamik için asıl mühim olan ve Sosyoloji ilmi için en zarurî ve velût metod işte tarihi metoddur (22). Bu, cemiyetin birbirini takip eden muhtelif safhalarını mukayese etmek her safhada cemiyette hangi sosyal istidat veya temayülün (disposition) çoğalıp hangilerinin azaldığını görmek ve bunlardan bir takım «sosyal seriler» teşkil ederek cemiyetin ileride alacağı durum hakkın-

(20) AUGUSTE COMTE — Cours de Philosophie Positive, Tome : IV Sh : 228.

(21) AUGUSTE COMTE — Cours de Philosophie Positive, Tomee : IV Sh : 230.

(22) AUGUSTE COMTE — Cours de Philosophie Positive, Tome : IV Sh : 236.

da tahminlerde bulunmak demektir. İşte tarihî mukayese metodunun ruhu budur (23).

Siyasetin gayrı - ilmîliği ve siyasî tahminlerin çok defa boşa çıkışı muhakkakki siyaset adamlarının bu metoda vakıf olmamalarından dolayıdır. Bilgileri ancak bir iki yüzyıl gerisine kadar gidebilen, geniş tarihî malûmatı kıymetlendirmek kabiliyetinden mahrum olan siyaset adamları yalnız bugünkü durum hakkındaki mûtalarla siyasî meseleleri halledebileceklerini sanmaktadırlar (24). «İçtimai ilme müsbet metodun nasıl tatbik edileceğini bilmeyenler hâlâ metafizik veya teolojik nazariyelerle sosyal ıslahat yapmağa çalışmaktadırlar.»

O halde cemiyetin ıslahı ile uğraşanlar, daha evvel COMTE'un tavsiye ettiği araştırma prensipleri, daha doğrusu ana sosyal kanunlar dairesinde (sosyal consensus ve tarihî tekâmül prensipleri) bir takım sosyolojik incelemeler yapacak ve olması lâzım gelen sosyal nizamı bu suretle keşfedeceklerdir.

3) A. COMTE'un Sosyal statik hakkında vardığı sonuçlar :

A. COMTE cemiyetin varlık şartlarının incelenmesine tahsis ettiği derse «İnsan Cemiyetlerinin Spontane Nizamının Umumî Nazariyesi» başlığını koyar (25). Burada esas itibariyle üç unsuru müşahede ve tahlil eder. a) fertler, b) aile, c) cemiyet. Kendisi «Devlet - cemiyet» ayırdına fazla ehemmiyet vermez, daha doğrusu devleti cemiyetin zarurî nâzım unsuru olarak alır ve sınıflaşma ve zümreleşme vakıalariyle de fazla ilgilenmez. Bununla beraber biz Devlet hakkındaki görüşleriyle alâkalanmak durumundayız :

a) Fert :

COMTE, ferdi sosyolojik tetkiklerin değil, ancak biolojik ve fizyolojik tetkiklerin konusu olarak alır. Sosyolojik tetkiklerin ilk basamağı ailedir. Bununla beraber COMTE'un biolojiye ve bilhassa zamanındaki dimağ fizyolojisi keşiflerine dayanan fikirleri esas iti-

---

(23) AUGUSTE COMTE — Cours de Philosophie Positive, Tome : IV Sh : 241.

(24) AUGUSTE COMTE — Cours de Philosophie Positive, Tome : IV Sh : 243.

(25) «Considérations préliminaires sur la Statique Sociale ou Théorie Générale de l'Ordre Spontané des Sociétés humaines» (Tome : IV. Cours : 56 Sh : 283).

bariyle insanın ruhî bünyesine ve bunun kısmen hotgâm kısmen diğergâm insiyaklardan teşekkül eden kompleks yapısına tallûk eder.

COMTE'a göre insanın yalnız hodgâm hislerle izah edilmesi sakat ve yanlış bir görüştür. İnsanda içtimaîlik spontane bir haletir. «Beşer nev'inin müşterek hayata karşı insiyakî bir temayülünden doğan ve her nev'i şahsî hesap ve mülâhazadan müstakil ve ekseriya en kuvvetli ferdî menfaatlara aykırı düşen bu köklü bir şekilde spontane içtimailiği» COMTE'a göre artık hiç kimse tarafından itiraz edilemiyecek bir hakikattir (26). Bu itibarla cemiyetin menşeini gerek fayda mülâhazasına gerek mukavele fikrine istinat ettirenler hata etmişlerdir. Cemiyet insanın ister istemez içtimaî olan tab'ı dolayısiyle mevcuttur fakat bu içtimaîlik vetiresinin tetkiki biolojiye terettüp eder.

Bundan başka insan Tab'ının diğer bir hususiyeti de insanda his ve heyecan saiklerinin zihnî melekelere daima ve şiddetle galip olduğudur. Zihnî faaliyet insana en zor gelen faaliyet şeklidir. ve devam ettiği takdirde yorucu olur. Bunun için insanlar zekâ faaliyetlerinden ziyade maddî faaliyet şekillerini tercih ederler (27). Halbuki insan, maddî bünyesinin noksanları ve ahlâkî zaruretler dolayısiyle daimî şekilde hayat şeraitini zekâsını kullanarak islâh etmeğe mecbur durumdadır ki ondan başka hiçbir hayvan nev'i buna bu derece mahkûm değildir. Bununla beraber insan zekâsının bu yolda inkişafı için behemehal enerjik ve sürekli bir teşvikçiye bir muharrik kuvvete ihtiyaç vardır (28). Bu muharrik kuvvetse insanın ihtiraslarında bulunur. Arzu ve ihtiraslar zekâ faaliyetine muayyen bir istikamet göstermek, elde edilecek bir hedef tayin etmek durumundadır. O halde yapılacak şey evvelâ insanda hodgâm insiyakları içtimaî insiyaklara tâbi kılmaya çalışmaktır ki medeniyetin temel fonksiyonu da budur (29). Böylece insan zekâsı onun diğergâm insiyaklerinin gösterdiği istikamette çalışarak ideal hali, daha doğrusu müsbet ideali tahakkuk ettirecektir.

b) Aile :

Bu, fertle cemiyet arasındaki zarurî ve tabiî mutavassıt halkadır. Fert evvelâ aile cemiyeti içinde içtimaîleşir, diğer insanlarla iş

(26) AUGUSTE COMTE — a. g. e. Tome IV, Sh : 285.
(27) AUGUSTE COMTE — a. g. e. Tome IV, Sh : 286, 293.
(28) AUGUSTE COMTE — a. g. e. Tome IV, Sh : 288.
(29) AUGUSTE COMTE — a. g. e. Tome IV, Sh : 290.

birliğine, onlar hesabına yaşamağa, onların hislerine iştirak etmeğe alışır ve bunu hodgâmca insiyaklerini sun'i vasıtalarla zorlamak veya bastırmak suretiyle değil, bilâkis tab'ında mevcud spontane ve samimi diğergâm hislere tâbi olarak yapar. Yani ilk içtimaîlik hissi ailede tezahür eder ve hodgâm insiyaklara galebeçalar (30).

Bu itibarla bio - sosyal menşei ile aile cemiyetin bir hücresi, bir uzvudur. Zira cemiyetin uzvu asla «fert» değildir (31). Herşeyin cüzü kendi cinsinden olur. Cemiyetin cüzü de en küçük cemiyet şekli olan ailedir.

COMTE'un aile müessesesi hakkındaki fikirleri katolik akideden mülhemdir. Fakat o müsbet zihniyetin ve felsefenin bu tabiî ve zarurî müesseseye artık teolojik mahiyette olmayan bir müsbet temel bulacağına kanidir. Aile nizamının hususiyeti ise kadının kocaya, çocukların ana-babaya itaatı şeklinde iki tabiî tabiiyet prensibinde tecelli eder (32).

COMTE ailedeki bu tabiî tabiiyet münasebetini ve kardeşlik bağlarını o kadar beğenir ki bu halin müsbet felsefe ile idare olunacak müstakbel cemiyetin sosyal bünyesinde tahakkuk ve tecellisini arzu eder (33). O halde aile COMTE'a göre bir sosyal sabitedir. Muhtelif tekâmül merhalelerinde tadilâta uğrasa dahi esas bünyesi değişmeyecektir.

c) Cemiyet :

Cemiyet kendi cüzüleri veya hücreleri olan «aile» den ayrı bir şeydir. Arada bünye farkı vardır. Ailede hakim olan münasebet şekli hakikî ve samimî bir birlik «union» dur. Cemiyette ise daha mesafeli bir münasebet olan iş birliği «coopération» hakimdir (34). Zira nasıl uzviyet âleminde tekâmül en çeşitli fonksiyonları ifa eden en çeşitli organlarla mücehhez canlıların zuhuruna doğru gitmekte ise, cemiyet organizmasında da üstünlük, bunun fert organismasından daha mudil, daha dallı budaklı bir organlaşmaya sahip olmasında tecelli eder. COMTE burada, cemiyetin gittikçe daha kesif bir işbölümü istikametinde ilerlediğini ve ihtisaslaşmanın bir emrivaki,

(30) AUGUSTE COMTE — a. g. e. Tome IV, Sh : 295, 311.
(31) AUGUSTE COMTE — a. g. e. Tome IV, Sh : 294.
(32) AUGUSTE COMTE — a. g. e. Tome IV, Sh : 299.
(33) AUGUSTE COMTE — a. g. e. Tome IV, Sh : 316.
(34) AUGUSTE COMTE — a. g. e. IV, Sh : 312.

bir zaruret, tabiî bir tekâmülün neticesi olduğunu belirtir. Cemiyet bütün bu ayrı cehtlerin tek bir gaye etrafında birleşmesi ile yaşar ve devam eder.

İnsanların birbirlerinden habersiz maksatlarla takip ettikleri şahsî gayret ve faaliyetlerinin hepsi, hattâ bunlar farkına varmasa da, haddizatında müşterek bir gayeye, cemiyetin devam ve tekâmülü gayesine matuftur. Böylece aile cemaatinden en mütekâmil cemiyet şekline kadar bütün sosyal faaliyetlerin temel vasfı «işlerin ayrılması ile gayretlerin birleşmesi» vetiresindedir (35).

İlkel vahşilerde harp ve av gibi geçici münasebetlerde tahakkuk eden işbirliği mütekâmil cemiyetlerde daimîdir ve hemen her sahada mevcuttur. Böylece «farklı beşerî çalışmaların devamlı şekilde bölünmesi, tevzii, yani sosyal tesanüt bütün beşer nev'ine şâmildir ve sosyal uzviyetin büyüklüğünün genişliğinin ve gittikçe artan karmaşıklığın sebebini teşkil eder» (36).

A. COMTE bu ihtisaslaşmanın insan zekâsının teferruat üzerinde işlemesini mümkün kılmak suretiyle ilmin ve cemiyetin terakkisi bakımından arzettiği kıymeti takdir etmekle beraber insanlarda «bütün» şuurunu, içtimaî vahdet fikrini zayıflattığına da işaret eder (37). İhtisaslaşma zekâyı muayyen hususlarda keskinleştirmekte, derinleştirmektedir. Fakat cemiyetin heyeti umumiyesine, «sosyal bütün»e tallûk eden meselelerde ise körleştirmektedir. İşte beşer cemiyetlerinin hattâ tekâmülleri nisbetinde daha fazla ve daha kuvvetli bir «hükümet»e, «devlet teşkilâtı»na muhtaç olmalarının sebebi budur.

ç) Devlet :

COMTE «devlet»i cemiyete karşı olarak tutmaz. Devletin asıl fonksiyonu cemiyette maddî ve manevî vahdeti temin etmektir. Devlet, «bütün»ün, parçalar üzerindeki küllî ve zarurî reaksiyonudur ki bu evvelâ spontane olarak kendini gösterir bilâhare tanzimedilir. Devlet kısmî ve çeşitli faaliyetlerin müşterek sosyal gaye istikametinde nâzımı olacaktır.

Devleti sadece maddî, iktisadî neviden kaba saba işleri yönet-

---

(35) AUGUSTE COMTE — a. g. e Tome IV, Sh : 309.

(36) AUGUSTE COMTE — a. g. e. Tome IV, Sh : 315.

(37) AUGUSTE COMTE — a. g. e. Tome IV, Sh : 318.

mekle vazifeli saymak doğru değildir. Devletin aslî vazifesi cemiyetteki manevî birliği, fikir ve inanç vahdetini temin etmektir. Gerçi devlet başlı başına muayyen bir sosyal terakkiyi tahakkkuk ettirmeğe kaadir değildir. Fakat kendisinin müdahalesi olmadığı takdirde cemiyetteki ihtisaslaşmanın doğuracağı bozukluğu ve kargaşalığı önlemekle mükelleftir. Devletin fonksiyonu vaktiyle katolik akidesinin tahakkuk ettirmek istediği şekilde hem maddî, hem manevîdir (38).

Esasen COMTE diğer eserlerinde de devlet hakkındaki fikrini açıkça belirtir. O bazı mütefekkirlerin (SAİNT - SİMON v. s.) devleti, kendi problemlerini kendisi halleden ve kendi normlarını kendi yaratan spontane bir cemiyet nizamı karşısında birgün silinivecek bir müessese gibi göstermelerine kızar.

COMTE devletin, cemiyetin hasmı gibi ele alınmasına şiddetle muarızdır. O bilâkis devletin cemiyetin maddî ve manevî hayrını bizzat tahakkuk ettirmekle mükellef olduğunu ve bu maksadı tahakkuk ettirmek için kuvvetli bir otoriteye sahip olması gerektiğini söylemektedir. Kendisi BOSSUET ve HOBBES,un mutlakiyetçi devlet nazariyelerini beğenmekte ve bilhassa«HOBBES,un kuvvetin spontane hakimiyeti hakkındaki meşhur prensibi, haddizatında, ARİSTO'dan bana kadar geçen zamanda müsbet devlet nazariyesinin katettiği yegâne hakiki merhaleyi teşkil eder» demektedir (39).

Böylece COMTE'ta daha sonra totaliter devletlerde müdafaa edilen «Rehber veya mürşid devlet» fikirlerinin tohumlarına rastlanmaktadır. Hattâ COMTE insanların içinde bir otoriteye uymaarzusunun tabiîliği ve şiddeti hususunda o kadar ısrar eder ki insanların hâkim ve liyakatli şeflere itaat suretiyle kendi kendilerini idare mes'uliyetinden kurtulacakları günü sabırsızlıkla beklediklerini söyler (40). Halk en yıkıcı ve isyankâr ihtilâl safhalarında bile etrafında toplanacak kendisinden üstün, aydın şefler aramaktadır. Ancak, COMTE,un «mürşid devlet» fikri her hangi bir devleti değil, belki müsbet ilmin icabı olan müsbet siyaseti tatbik edecek devleti ifade eder. O devlet adamlarının «cemiyetteki

(38) AUGUSTE COMTE — a. g. e. Sh : 319 - 320.

(39) AUGUTSE COMTE — Système de Politique Positive (GURVİTCH nakleder : İdée du Droit Social, paris 1931, Sh : 291, not : 1).

(40) AUGUSTE COMTE — Cours de Philosophie Positive, Tome 1V Sh : 325.

spontane terakki ve nizam temayülleri»ni keşfederek ve bilhassa cemiyetin tabiî olarak yöneldiği «terakki istikameti»ni meşhur üç hal kanunundan öğrenerek siyasetlerini buna göre ayarlamalarını istemektedir (41).

Bununla beraber cemiyette kendiliğinden meydana gelen nizam hakkındaki fikirleri bulanıktır.

COMTE, bu spontane nizamın hukukî karekterini farketmez görünür. Daha doğrusu o, aile, Devlet gibi müesseselere hayat veren, bunların varlıklarını ve sürüp gitmelerini sağlayan davranış normlarının hukukî mi yoksa ahlâki mi olduğu meselesini derinleştirmez. Örf ve âdetlerde ifadesini bulan müesseselerin iç bünyesi ile ilgili görünmez. Yalnız, üzerinde ısrarla durduğu nokta, Devletin fikir ve inanç birliğini sağlama suretiyle, ve bu hususta otoritesini kullanarak bir sosyal düzen kurmakla mükellef olduğudur.

«Müsbet Siyaset Sistemi»nde şöyle demektedir : «Eğer Hükümetin prensibi olarak kuvvet'i kabul etmekte teredüt gösterseydik, İçtimaî İlim, ebediyete kadar metafiziğin bulutları içinde gömülü kalırdı. HOBBES'un bu nazariyesi ile ARİSTO'nun cemiyetin gayretlerin birleşmesi ve görevlerin bölüştürülmesinden ibaret olduğu yolundaki görüşünü birleştirmek suretiyle biz, sıhhatlı, sağlam bir siyasî felsefenin mütearifelerini elde etmiş oluyoruz» (42).

Bununla beraber, COMTE, Kanun koyanların hudutsuz bir

(41) Bu hususta COMTE'un Türkiyede Tanzimat hareketleri sırasında MUSTAFA REŞİT PAŞA'ya gönderdiği mektup dikkate değer Bak : TANZİMAT, Sh : 754. «Asrımızın garp politikası ile şark politikası arasında şayanı dikkat bir tezad arzediyor. Garbın içtimaî hareketlerini sevk ve idareden âciz bir hale gelen otoriteleri, sadece körü körüne tazyik ile iktifa ediyorlar ki bu da, her nekadar maddî nizamın derhal temini için zarurî ise de ihtilâl halini temadî ettirmekten başka bir netice vermiyor. Halbuki şarkta, hakikaten milletlerin başında bulunan şefler, her hükümetin - hayra tevecüh ve şerre mukavemet - ile hülâsa edilebilen muzaaf vazifesini bihakkın ifa ediyorlar» (La Politique Positive, Cilt 111, s XL V11 - L). (Nakleden SABRİ ESAT SİYAVUŞGİL - Tazminatın Fransız Efkârı Umumiyesinde uyandırdığı Akisler. Tanzimat, Yüzüncü Yıldönümü münasebetiyle, İstanbul 1940, Maarif Matbaası, Sh : 755).

(42) AUGUSTE COMTE — Système de Politique Positive (İngilizce tercüme II' Sh : 247, BARNES nakleder : An İntroduction to The History of Sociology, 1948 Chicago - İllinois. Sh : 91).

tanzim kudretine sahip olmadıklarını, metafizik hukuk nazariyecileri tarafından bu yolda aldatılmakta olduklarını belirtir ve bizzat siyasî faaliyette bulunmuş olan her devlet adamının, kendi kudretini hudutlandıran sosyal realitenin baskısını şahsen denemiş olduğunu söyler (43).

COMTE'a göre bu sosyal consensus prensibi cemiyet idesi ile hükümet idesi arasındaki karşılıklı münasebeti belirtmekle, asıl mânasiyle siyasî nizamın temel nazariyesini tabiî bir şekilde ortaya koymuş olur. Bu nazariye «beşer cemiyetlerinde müşahede edilen sun'i ve iradî nizamın, cemiyetin kendiliğinden temayül ettiği zarurî ve gayri iradî bir nizamın umumî ve basit bir temâdisi olduğunun kabulünden ibarettir».

«Öyle ki hakikaten rasyonel olan her siyasî müessese gerçek ve devamlı bir içtimaî müessiriyet kazanabilmek için, daima, kendisine tekabül eden spontane temayüllerin doğru bir tahliline istinat etmelidir. Zira bir siyasî müessesenin otoritesinin sağlam temellerini, ancak bu spontane sosyal temayüller temin edebilir. Bir kelime ile bahis konusu olan şey esaslı bir şekilde nizamın müşahedesidir. Yoksa yaratılması değil. Zira bu zaten imkânsızdır» (44). O halde COMTE'un bu otoriter Devletini hudutlandıracak unsurlar nelerdir?

İtiraf edelim ki COMTE, Devlet kudretinin tahdidi meselesini vazetmiş değildir. O, mazideki teokratik Devleti, Şeflerin şahsında toplanan ve hakın kendilerine itaatini sağlayan hükümranlık haklarını pek beğenmektedir, zira bunlar o hasret çektiği Nizam'ın ana şartları, esas teminatıdır (45). Ancak, teokratik Devlet birtakım gayrı - aklî, vahye müstenit inançlardan kuvvet alır ve bu cemiyet hayatına hâkim olan tekâmül kanunun ile bağdaşamaz. Teokratik Devlet, aşılmaya geçilmeye mahkûm bir merhaledir. Ancak bu, otoriter ve nizamcı oluşundan değil - ki bu bir nimettir - belki terakkiye elverişsiz dinî dogmalara dayanmış olmasındandır. O halde, mes-

(43) AUGUSTE COMTE — Cours de Philosophie Positive, T : 1V Sh : 206.

(44) AUGUSTE COMTE — Cours de Philosophie Positive, T : Sh : 183.

(45) AUGUSTE COMTE — Catéchisme Positiviste, Sh : 299 - 301 (Nouvelle édition par P. - F. PECAUT, Paris) «Haklar, savaşa ve dine dayanan ilk siyasî rejimin devamı müddetince şeflerde toplandığı zaman hakiki bir sosyal müessiriyet gösterdiler ki bunlar, elzem olan bir itaatın normal teminatını teşkil ettiler».

nedini müsbet felsefe'den alacak olan bir Devletin, hem nizamı, hem de terakkiyi sağlayacağı muhakkaktır.

Ancak, COMTE'un bu görüşü, kendi kanaatınca, şahsî bir tercihini ifade etmez. O, geleceğin Devletinin, ister istemez bu vasıfta olacağını söyler. Zira içinde bulunduğu müsbet devir'deki spontane sosyal temayüller ancak böyle bir Devletin ve böyle bir siyassetin tahakkukunu istemektedir. İşte modern kanun vazileri bu müsbet siyasete yönelmiş spontane temayülleri görmeli ve onunla bağlı olduklarını kabul etmelidirler.

O halde bizim, bu yeni ve son çağın nasıl zuhur ettiğini, hangi tip zihniyet ve cemiyet şekillerinin yerine geçtiğini Sosyal Dinamik'den öğrenmemiz gerekmektedir.

4) A. COMTE'un Sosyal Dinamik hakkında vasıl olduğu sonuçlar :

Esas itibariyle COMTE, Sosyal Dinamik'e daha büyük bir ehemmiyet verir. Bu Bölüm, insanın tarihî çağlar içindeki tekâmülü'nü tetkik etmekle cemiyet aleminin sırf biolojik alemden olan esaslı farkını daha iyi tebarüz ettirmekte ve Sosyolojinin Biolojiden müstakil ilmî hüviyetini iyice meydana çıkarmaktadır.

Comte Sosyal dinamiğin tetkik ettiği umumî tekâmül kanunun belirtmek için CONDORCET'nin haklı olarak başvurduğu bir fiksiyonu hatırlatır : Birbirinden farklı muhtelif kavimlerde tahakkuk etmiş çeşitli sosyal tekâmül merhalelerini nazarî olarak, biribiri ardısıra tek bir kavmin başından geçmiş gibi kabul etmek (46).

Netice itibariyle Sosyal Statik cemiyetin nizam prensibini (ordre) Sosyal Dinamik de tekâmül ve terakki prensibini (progrès) tetkik eder. Ancak bu tekâmül ve terakki tâbirleri ahlâkî bir değer olarak değil belki bir tabiî inkişaf, bir gelişme manasındadır (47). Öyle ki bu gelişme insanların iradesinden müstakildir. Kendine mahsus, tabiî kanunlara tâbidir (48). İster fikrî ister siyasî faaliyet olsun, zahiren iradî gibi görünen bütün sosyal olay tipleri bu tekâmül kanununa ister istemez uyar. Tarih en keyfî sanılan siyasî hareketlerin dahi böyle bir gelişim kanununa tâbi olduğunu

(46) AUGUSTE COMTE — Cours de Philosophie Positive, Tome : I, Sh : 191.
(47) AUGUSTE COMTE — Cours de Philosophie Positive, Tome : I, Sh : 192.
(48) AUGUSTE COMTE — Cours de Philosophie Positive, Tome : I, Sh : 194 - 195.

gösterir. Ancak bu tarihî gelişim «içtimaî» surette vaki olur, yoksa insan nev'inin, medeniyetin tesiri ile ve nesillerin geçmesiyle biolojik bir ıslaha veya tekemmüle mazhar olması suretiyle değil. Bu husus ilmen ispat edilememiştir (49). Bundan başka insan cemiyetlerinde bu terakkinin umumî seyri beşeriyetin heyeti umumiyesi hakkında doğrudur. Yoksa terakki bazı cemiyetlerde daha yavaş, diğerlerinde daha çabuk seyredebilir. Zira muhtelif cemiyetlerin hayatında umumî tekâmül kanununun tesirlerini birbirlerinden farklı şekilde tâdil eden bir takım ikinci derecede sebepler vardır ki COMTE bunlara «tahavvül sebepleri = Les causes de variations» der. Bu sebepler pek çeşitlidir, ve her cemiyette bunların heyeti umumiyesi ana tekâmül kanununun icaplarını kısmen tâdil eder. Fakat bu sadece bir «tâdil»dir, yoksa bu kanunun mahiyetini veya tesirlerini değiştirmek değildir (50). meselâ iklim, ırk, siyasî müesseseler bu tahavvül sebeplerindendir (51).

COMTE'un on yedi yıllık bir çalışma sonunda keşfettiğini söylediği (1822 de) (52) bu tekâmül kanunu, insan zihniyetinin gelişme merhalelerine göre sosyal ve siyasî müesseselerin de farklı şekiller aldığını gösterir. Ana hatları itibariyle insan zihinin, dış tabiat olaylarını anlama tarzı üç merhaleden geçer :

a) Teolojik safha (yahut fiktif safha)

b) Metafizik safha ("mücerred safha)

c) Müsbet safha ("ilmî safha) (53).

---

(49) A COMTE, vahşî insanların, medenî cemiyetlerde büyütülüp yetiştirilmesi halinde, ferdde vahşet izlerinin baki kalıp kalmayacağını tâyin için yapılacak tecrübeler henüz ilmî bakımdan kifayetsizdirler diyor : a. g. e. T : IV Sh : 202 not : 1.

(50) AUGUSTE COMTE — a. g. e. COMTE — a. g. e. T : IV Sh : 207.

(51) AUGUSTE COMTE — a. g. e. T : IV. Sh : 210.

(52) AUGUSTE COMTE — a. g e., T : IV, Sh : 345.

(53) AUGUSTE COMTE — a. g. e., T : I, Sh : 2 «Böylece ben, insan zekâsının muhtelif faaliyet sahalarında, ilk ve en basit gayretlerinden başlayıp günümüze kadar geçen devredeki küllî inkişafını incelerken, büyük bir temel kanunu keşfettiğimi zannediyorum. Beşer zekâsı, kanaatımca, gerek kendi bünyemizin bilgisinin ortaya koyduğu rasyonel delillere, gerek mazinin dikkatli bir tetkikinden çıkan tarihî denemelere sağlam bir şekilde istinat ettiğini zannettiğini bu kanuna, değişmez bir zaruret le tâbi bulunmaktadır. Bu kanun, bizim, belli başlı telâkkilerimizden, belli başlı bilgi şubelerimizden her birinin üç farklı tarihî safhadan geçmesinden ibarettir : dini veya fiktif safha, metafizik veya mücerret safha,

İlk safha, insanın gerek tabiat gerek cemiyet olaylarını, ya bu olayların içinde cereyan ettiği maddede gizli, yahut onun dışında olmakla beraber görünmez alâka ve kuvvetlere ona müessir bir tabiat - üstü iradeye rabdetmek suretiyle anladıkları devirdir. Bütün olaylar behemehal onların böyle olmasını isteyen bir iradenin eseri telâkki edilirler. Bu, en ilkel ve en basit izah şeklidir. Hakikatte hiçbir izah teşkil etmez. Fakat insanların elbirliğiyle bu şekilde muhakeme yürüttükleri devir için en makul izahlar sayılırlar ve bu izahlar etrafında bir fikir ve inanç birliği teşekkül eder ki bu birleşme bizatihi bir sosyal nizam âmilidir ve cemiyetin devamını sağlıyan bir manevî temeldir (54).

İkinci safha ise asırlar boyunca biriken beşerî kültürün, tecrübe ve bilginin insan zekâsını artık bu kadar basit izahlarla tatmin edilemiyecek bir hale getirmiş olmasını ifade eder. Zekâlar uyanmaktadır ve gerek tabiat gerek cemiyet olaylarını daha tatminkâr bir şekilde izah etmek, anlamak istemektedirler. Bu devir, teolojik izahların şüphe ile karşılanmaya başladığı, daha sonra şiddetle tenkit edildiği, nihayet reddedilmeye kadar gidildiği devirdir. Fakat, muhtelif ilim dallarının daha yeni yeni gelişmeye başladığı bir çağda her mesele hakkında nihaî müsbet hakikatlere vasıl olunamıyacağı tabiidir. Bu itibarla ilâhiyat teorilerini yıkmaya çalışan metafizik teoriler için meydan açıktır. Olaylar ve olgular artık gizli tabiatüstü iradelerle değil, fakat içinde cereyan ettikleri nesnelerin mahiyerleri ile, tabiatlarıyla izah edilmektedirler. Fakat bu tabiat veya mahiyetlerin neden bu olayları tevlit ettiği açıklanamamaktadır. Hülâsa metafizik safha, insan zekâsının dinî izahlar var kuv-

---

ilmî veya müsbet safha. Başka tâbirle, insan zekâsı, araştırmalarının herbirinde, tabiatı icabı, birbirleri ardı sıra üç muhakeme (veya tefelsüf) tarzını kullanır ki bunların karakterleri esaslı bir şekilde birbirinden farklı,hattâ birbirine taban tabana zıttır : evvelâ teolojik metod, sonra metafizik metod ve nihayet müsbet metod».

(54) A. COMTE dini safhanın yapıcı karakteri üzerinde ısrarla durur ve bilhassa hırıstiyan monoteizminin ve hele katolikliğin şahane methiyelerini yapar. Ruhban sınıfının, manastırların, dini eğitim ve öğretimin, cemiyette büyük bir fikir ve inanç vahdeti yarattığını, bunun içtimaî bünyeyi takviye ettiğini belirtir. Halbuki metafizik safhanın insan zekâsının yalnız vahye müstenit inançlarla tatmin edilmediği fakat bunun yerine bir hamlede müsbet ilmin mutalalarını da ikame edemediği bir devreyi temsil ettiğini kaydererek bu safhanın bütün fonksiyonunun hemen hemen sırf tenkide maksur kaldığını söyler. Kanaatınca müsbet felsefe müsbet bir inanç etrafında eski dinî nizamın vahdetini ihya edecektir.

vetiyle yıktığı fakat bunların yerine de derhal ilmî izahları ikame edemediği bir safhadır ve bütün açıklamalar bir fasit daire etrafında dönmektedir. Hukuk Nazariyesinde, ilâhî hukuku istihlâf eden Tabiî Hukuk ve insanın tabiatı icabı haiz olduğu haklar meselesi bu safhayı temsil eder.

Nihayet, üçüncü safha gelir ki, bu artık müsbet zihniyetin prensiplerinin yerleştiği safhadır : insan zihni olgu ve olayların izahını, bunların arasındaki zarurî münasebetleri öğrenmek suretiyle yapar. Onların arkasında tabiat-üstü iradeler aramaktan, veya bir takım mahiyet hususiyetleri, tabiat icapları keşfetmekten vazgeçer. Olayları müşahede eder, onları meydana getiren diğer olayların doğuracağı neticeleri ilh.. araştırır. Hülâsa, vakıalardan başlar ve vakıalarda sona erer. İlletler, hikmetler, gayeler araştırmaz (55).

İşte COMTE bu üç zihniyet şeklinin tarihin üç ayrı safhasına tekabül ettiğini ve bu safhaların müesseselerini şekillendirdiğini kabul eder :

a) Dinî devir :

Bu çağ, insanlığın en eski devirlerinden başlar ve Batı tarihinde XIII inci yüzyıla kadar sürer. Gelişme safhaları itibariyle birbirlerinden farklı üç tâli safhaya ayrılabilir : a) Fetişizm devri, b) Politeizm devri, c) Monoteizm devri, Bütün bu devirlerde insan zekâsının dış dünyayı anlamaya kabiliyeti ile cemiyetin içtimaî ve siyasî müesseseleri arasında bir karşılıklılık hali, bir tabiiyet münasebeti vardır. Her devrin müesseseleri, o devirdeki fikrî seviyenin

(55) AUGUSTE COMTE — Cours de Philosophie Positive, Tome : I Sh : 49 «Müsbet Felsefe, herhangi bir cismin zâtî mahiyetinin (nature intime) ne olduğunu katiyyen bilmediğini ilân eder». Keza : Tome I Sh : 8» «.... müsbet felsefenin temel karakteri ister birinci illet, ister nihaî illet olsun alelıtlak illet denen şeylerin araştırılmasının bizim için mutlak surette imkânsız ve mânasız olduğunu kabul ederek bütün olayları değişmez tabiî kanunlara tâbi görmektir ki bütün gayretlerimizin hedefi de bu kanunları sarih bir şekilde keşfetmek ve mümkün olduğu kadar az sayıya irca etmektir.. Herkes bilir ki biz müsbet izahlarımızda, hattâ en mükemmellerinde dahi hiçbir zaman hadiselerin tevlid edici, yaratıcı illetlerini izah etmek iddiasında bulunmadık... Biz sadece bu olayların husule gelme şartlarını dakik bir şekilde tahlil ettik ve bunları normal teakup ve benzerlik (ardısıra gelme ve benzeşme) münasebetleri dairesinde birbirlerine rapttettik».

tâbiî durumundadır; COMTE bütün bu devirleri sınaî, estetik, felsefî, ilmî, ve sosyal açılardan incelemeye çalışır ve bu fikrî müessesevî bağlantıyı isbata uğraşır.

I) Fetişizm devri : Fetişizm. birçok cansız şeylerin, ağacın, güneşin, kayanın ilh.. hakikatte ruhları, zekâları ve iradeleri olduğuna inanıldığı, bu gibi nesnelerin kutsallığına kani olunduğu devrin dinidir. A. COMTE, bazı eşyaların tahrip edilmekten korunması, hayvanların istihlâk edilecek yerde ehlileştirilerek başka türlü iştismar edilmeleri, kutsal sayılan nesne ve yerlerden uzaklaşılmaması lüzumu ve bunun sonucu olarak göçebelikten yerleşik hayata intikal v. s. gibi birçok sosyal gelişmelerin hep bu inancın tesiri altında meydana geldiğini iddia eder. Bundan başka fetişizm, kabile içi birliği yaratmak ve sürdürmek bakımından müessir olmuştur, Zira aynı fetişlere bağlanma bir inanç birliği tesis etmiştir. Fakat muhtelif kabilelerin birbirile kaynaşmaları daha büyük birimleri teşkil etmeleri safhasında fetiş dini, artık bir birleştirici unsur olmaktan çıkmış, ayrı ayrı fetişlere bağlı kalmış olan kabileler için bilâkis bir ayrılık âmili olmaya başlamıştır. Sosyal fonksiyonu kalmayan, hattâ sosyal tekâmüle aykırı bir tesir yapmaya başlıyan fetişizm, yerini artık çok tanrılı dinlere terk etmiştir. Zira, COMTE her sosyal müessesenin,tekâmül kanununun icapları olarak doğduğunu ve zamanla bu icapları yerine getirmeyecek kadar köhneleşince sahneden çekilerek yerini yeni müesseselere terkettiğini kabul eder.

II) Politeizm devri : İnsanlar, dış olayları izah için, artık eşyada gizlenmiş birtakım ruhlar veya kuvvetler farzetmekten kurtulup, onların dışında var olan ve onlara dışardan müessir olan birtakım tanrılar tasavvur etmeye başlayınca «çok tanrılı dinler» doğar. Her nevi tabiat olayının tabi olduğu bir tanrı tasavvur edildiği gibi, her kabile veya ocağın ayrı bir tanrısı da düşünülebilir. İnsanî karekterlere sahip olarak düşünülen tanrılar arasında kıskançlıkların, yarışların, savaşların mümkün olduğu, vaki olduğu fazedilir. İlk politeizm, Eski Mısırda olduğu gibi, muhafazakâr ve sınıflı bir cemiyet doğurmuştur. Her kastın kendi Tanrısı vardır, ve ferd doğumu ile belli olan statü içinde kalır. Halbuki Yunan medeniyetinde politeizm fikrî bir karakter arzeder ve fikir yarışını destekler. Yunan dehasının izahı ancak bu olabilir. Zira Yunanistan, siyasî mücadele ile mutlak hakimiyet kurulmasına müsait olmıyan morfolojik şartlar içindedir. Buna mukabil Romada politeizm sosyal bir karakter almıştır. Romanın fetihleri, sade çeşitli dinlere inananları değil, bunların tanrılarını da içine alan, muntazam teşkilâtlı,

etraflı bir hukukî nizama bağlı büyük bir İmparatorluğun kurulmasına yardım etmiştir.

COMTE'de Romanın parlak devirlerine karşı büyük bir hayranlık müşahede edilir, Bu, nizam idealinin tecessümüdür. Fakat ikbal devri uzayıp müesseseler bozulmaya başlayınca tekâmül kakanununun yeni bir safhasına geçilir : monoteist dinler.

III) Monoteizm, devri : Çok tanrılı dinlerin son safhasında zaten tanrılar arasında bir hiyerarşi tesis edilmiş, Jupiter hepsinin üstüne çıkarılmış, kendisine mucizevî kabiliyetler izafe edilmişti. Bundan sonra asıl manasıyla tek tanrılı dinlerin yerleşmesi beklenebilirdi. COMTE, hıristiyanlığın yapıcı karekterini bilhassa Kilise teşkilâtında, papanın bütün ruhlara nüfuz edebilme, bütün müminleri aynı prensipler etrafında birleştirebilmesinde bulur. Manavî sahada böle sağlam ve mütecanis bir inanç birliği, siyasî sahada da Feodalitenin hiyerarşik nizamı ile desteklenir. COMTE, Ortaçağın yapıcı karakterine hayrandır.

b) Metafizik devir :

Fakat bu devir de tekâmülün devam eden hamlelerine mukavemet edemez. Müesseseler zamanla bozulur, evvelce nizamı tesis eden kuvetler bu sefer birbirleriyle çatışarak yıkıcı unsurlar halini alır : dinî kuvvetle dünyevî kuvvetler arasında, muhtelif feodal beylikler arasında, feolalite ile Krallık arasında türlü mücadeleler başlar. Katolik akidenin d o g m a'ları, uygulanmaya başlayan insan zekâsını artık tatmin edemez olur. Bunun sonunda fikrî tenkid ve iman zaafı başlar. Protestanlık, İncilin katolik tefsiri aleyhine İlk hareket olur. Her hıristiyanın, İncili kendi dilinde okuyup anlaması, kendi aklı ile manalandırması bir hak telâkki edilir. Mamafih, Protestanlık, hıristiyanlığın vahye müstenit temellerini inkâr etmez. Fakat daha sonra bizzat bu temellerin münakaşa konusu olmaya başladığı görülür. SPİNOZA, DİDEROT, HOLBACH, VOLTAİRE gibi bir çok filozoflar, aralarında felsefî bakımdan Ülûhiyeti kabulden redde kadar giden pek çok fikir farkları olmakla beraber, Katolik doğmalarını adamakıllı sarsarlar. Bu sarsılınca, buna dayanan birçok müesseseler, ve ilâhî hukuka dayanan siyasi otoriteler de sarsılır.

Artık cemiyet, Devlet, hukuk hakkında eski teolojik izahların yerine birçok metafizik izahlar yapılmaktadır. Bunlar her türlü il-

mî doğruluk endişesinde ârî, sırf spekülâtif faraziyelerden ibarettir. Cemiyetin menşenini içtimaî mukaveleye, Devletin meşruiyetini halk hâkimiyetine, fardî hakları insan tabiatına atfederek izah edi-veren bu hukuk nazariyeleri her türlü cemiyet araştırmasından mücerret olarak sırf aklî muhakemeler yardımıyla icat edilmişlerdir. COMTE bu bu devrin fikirlerinin Fransız İhtilâli ile tahakkuk sahasına çıktığını, ve eski rejimi yıkma işinde ne kadar mahir ve faydalı olmuşsa, yeni sosyal düzeni kurmakta da o kadar âciz ve faydasız olduğunu iddia etmiştir. Bu devir ancak tenkitçi bir devirdir. (Epoque Critique) yoksa yapıcı bir devir değil. Halbuki dinî devir, bütün basitliğine rağmen tesis ettiği fikir ve inanç birliği dolayısyla yapıcı karakterdedir.

c) Müsbet devir:

Bu, Metafizik devrin yıktığı eski nizam yerine, müsbet zihniyetin karşılığı olan sosyal ve siyasî müesseseleri kuracak yapıcı yani uzuv yaratıcı, organlaştırıcı bir devirdir : Epoque Organique.

COMTE'un bu sınıflamasında, esas itibariyle, iki devir birer tarihî gerçekliği haizdir : dinî devir, metafizik devir. Üçüncü devir ise, ki buna müsbet veya ilmî devir demektedir, henüz yeni doğmaktadır. daha doğrusu COMTE bu devrin artık fiilen başlamış olduğuna kaanidir. Halbuki, bu devir hakkındaki izahlar, üç hal kanununun telkin ettiği tahmin lerden ibarettir. Onun için COMTE'un müsbet devir hakkındaki açıklamaları, artık tarihî bir gerçekliğin tasviri olmaktan ziyade, cemiyetin kendisine doğru zarurî olarak **yönetmekte** oduğu kabul edilen **müstakbel** bir cemiyetin tasavurudur! Bu itibarla, COMTE'un müsbet devre yakışan müsbet siyaset, müsbet ahlâk, müsbet din tasavvurları bir sosyal gerçekliğin bilgisi değil. bir sosyal ideal tasviri olmaktadır.

Hal böyle olunca, COMTE'un bu tasavvurları üzerinde durmamak gerekir. Zira bunlardan sosyal realitenin ne hukukî, ne ahlâkî, hatta ne de siyasî özellikleri hakkında bir hakikate varmak bahis konusu olmıyacaktır. Bununla beraber biz, bu tasavvurlara da biraz temas zaruretini hissediyoruz, zira bunlar A. COMTE gibi bir dehanın her türlü Hukuk fikrinden, Hukuk sisteminden âri, bunlara muhtaç olmadan kendini idare edebilecek herhangi bir cemiyeti nasıl tasavvur edebildiğini bize açıklıyacaktır. O, acaba, hukukun fonksiyonunu, hangi sosyal âmile havale edecek, bir cemiyeti **hukuksuz nasıl** yaşatacaktır?

Filhakika COMTE 1851 — 1854 arasında yayınladığı «Système de Politique Positive» adlı eserinde, bu müsbet siyaseti teferruatı ile izah eder. «Pozitivist İlmihali» (Catéchisme Positiviste) de de basit bir şekilde müsbet dini hülâsa eder.

COMTE'a göre, Cemiyet hayatı, insanın üç ayrı cephesinin terbiye ve ıslahı ile düzenlenebilir. Zihnî hayat, His hayatı, amel sahası. Müsbet siyaset bunları müsbet ilim ve felsefenin icaplarına göre düzenleyecektir. Şöyle ki, insan zihni müsbet düşünceye doğru geliştiğinden, ilim adamları ve müsbet felsefenin düşünürleri yalnız, aydınları değil, bütün halk tabakalarını bu zihniyetin icaplarına göre düşünmeye alıştıracaklar, onlara bir zihnî terbiye aşılayacaklardır. Bundan başka bir de müsbet ahlâk umdeleri tesbit edilip, halka bir digergâmlık ahlâkı telkin edilecek. Müsbet dinin râhipleri sayılan ilim adamları, filozoflar bir havarî gibi çalışarak halkı fikrî ve ahlâkî terbiyeye tâbi tutacaklardır.

Müsbet devirde zihinler her türlü teolojik ve metafizik izahlara tahammülsüzdür. Ancak vakıa hakikatlerine, tabii kanunlara kısaca, ilmî sonuçlara inanılmaktadır. İnsanlar kendilerine düşen ahlâkî emrin ne olduğunu gene ilmî neticelerden çıkartmaktadırlar : Cemiyet ilmi, ferd olarak insanı ele aldığı zaman, onun bütün varlığının, maddî ve manevî şahsiyetinin, tamamen Cemiyetin eseri olduğunu tesbit ediyor. İnsan, bütün hayatını, bilgi ve değerini sosyal hayata borçludur. O, ancak başka insanların asırlarca birikmiş emeklerinin, eserlerinin sayesinde bugünkü şahsiyetini almıştır. Ailesinden ecdadına, kendi milletinin dâhilerinden, başka milletlerin dâhilerine kadar bütün bir insanlığın himmet ve gayretlerine borçlu olan insan ferdi, tabiî haklarla değil, belki tabiî borçlarla doludur. O halde, ferde hitap eden ahlâkî emir, olsa olsa borçlarını insanlığa hizmet suretiyle ödenmesinden, hattâ sadece ödemeye çalışmasından ibarettir. Zira hiç kimsenin ömrü bu insanlık borçlarını ödemeye yetmiyecektir. O halde müsbet devrin ahlâkının umdesi şu olacaktır : B a ş k a s ı i ç i n y a ş a m a k (Vivre pour autrui) (56).

His hayatına gelince, bu sahada bütün gayret k a d ı n l a r a

(56) COMTE'un bu müsbet felsefeye dayanan müsbet ahlâkı (le Catéchisme Positiviste) adlı küçük kitabında, işçilerin, kadınların, halkın anlayacağı şekilde, basitleştirilmiş bir tarzda izah edilir. Eser dilimize çevrilmiş bulunmaktadır: (Pozitivist İlmihali), Çeviren: PEYAMİ ERMAN. İstanbul, 1952. Fransız Klâsikleri: 184.

terettüp etmektedir. Kadın, zekâ itibariyle erkekten geri ise de-zira COMTE'a göre bu fiziolojik bir hakikattir- his itibariyle ondan çok yüksektir. Kadın, diğergâm şefkatli, ve fedakârdır. Erkek cinsinin normal hodgâmlığını, onu terbiye etmek, hislerini inceltmek suretiyle gidermek kadına düşer. Kadın, sade çocuğu değil erkeği de yetiştirecek, insanlaştıracaktır (57).

Maddî ve manevî hayata gelince, bunu, iktisadi faaliyet sahasının liderleri bilhassa büyük sanayî erbabı, bankerler idare edecektir. Ancak COMTE, sınaî inkılâbın feci sosyal neticelerini farketmemiş değildir. Bilâkis sınaîleşme ve makinalaşmanın mağdur ettiği proleteryayı içinde bulunduğu durumdan kurtarmanın çaresini aramaktadır. Ancak o sırf iktisadî menfaatler zaviyesinden hareket ediliirse meselenin gene halledilemiyeceğine kanidir. Kuvvetli sanayi şeflerinin mevcudiyeti, ancak bunların iktidarlarını kendilerine tâbi olanlara baskı yapmak için kullanmaları halinde bir kötülük teşkil eder. Eğer bunlar kudretlerini kendilerine terettüp eden içtimaî vazifeyi yerine getirmek için kullanırlarsa, bilâkis, bunların mevcudiyeti iyi bir şeydir ve muayyen sosyal fonksiyonlar ancak bu gibi kuvvetli sanayi şefleri tarafından tahakkuk ettirilebilir. Hülâsa eğer sermayenin kullanılışı sosyal kitlelerin menfaatine hizmet etmek ise, halk, bu sermayenin kimin elinde teraküm ettiği meselesi ile pek fazla ilgilenmez. Yeter ki onun istimal şeklinden kendisi faydalansın. Bütün mesele sermayenin sağladığı kudretin istimal tarzında mündemiç olduğuna göre, bunun halli, siyasî tedbirlerden ziyade ahlâkî vasıtalara tâbi kalacaktır (58).

Fakat modern cemiyet henüz kendi ahlâkiyetini yaratamamıştır. Şimdi alabildiğine gelişmiş olan sanayi münasebetleri ahlâk kanunlarına göre nizamlanacak yerde, tehlikeli bir anpirizme terkedilmişlerdir. Bugün sermaye ile iş arasındaki münasebeti sadece açık veya kapalı şekilde devam eden bir savaş tâyin etmektedir. O halde müsbet siyasetten beklenen, yeni sosyal şartlara uygun bir içtimaî ve sınaî ahlâkın icaplarını tesbit etmektir ve COMTE'un bu sosyal ıslahatı cemiyetin iktisadî temellerinde yapılacak değişikliklerden

---

(57) AUGUSTE COMTE — Cours de Philosophie Positive, T. IV Sh: 300-302.
AUGUSTE COMTE — Catéchisme Positiviste, Sh: 293-294.
AUGUSTE COMTE — Catétechisme Positiviste, Sh: 293-294.
AUGUSTE COMTE — Catéchisme Positiviste, Préface, Sh : 29
AUGUSTE COMTE — Catéchisme Positiviste ..... Sh: 220.

(58) AUGUSTE COMTE — Cours de Philosophie Positive, Tome : VI Sh : 357.

ziyade, ahlâkî ve manevî temellerin yeniden kurulmasına ve takviyesine dayanmaktadır (59).

Müsbet siyasette proletaryanın eğitimi, refahı, sosyal emniyeti, sanayi şeflerine tevdi edilmiştir. Fakat bu şefler müsbet ahlâk ve dinin muhafızı olan insanlık dini rahiplerinin öğütleri ve ikazları ile bağlıdırlar. Sermayenin hangi prensiplere göre kullanılacağını müsbet ilmî mutalara ve müsbet ahlâkın diğergâmlık umdelerine göre, sermayedarlar değil bu mürşitler tâyin edecektir.

COMTE esas meselenin cemiyetin bütün insanlarında müşterek ahlâkî inançların yaratılmasında olduğuna kanidir. Devlet sosyalizmi ile veya herhangi bir cebirle sermayenin muayyen miktarından fazlasının muayyen ellerde terakküm edememesi sağlanabilir. Fakat mülkiyetin hangi mes'uliyetleri tazammun ettiği, hangi sosyal ve ahlâkî prensiplere göre kullanılacağı tâyin edilmezse elde kalan mülkiyet dahi gene bir nüfuz ve suiistimal vasıtası olabilir. Bütün mesele sermayedarların, mülkiyetini cemiyet zararına kullanması karşısında umumî efkârın göstereceği reaksiyonun şiddetindedir. Nasıl vaktiyle prensler afaroz edilmekten dehşet duymuşlarsa, müsbet siyaset ve dinin hâkim olacağı bir cemiyette malî iktidarını kötüye kullanacak patron da halk efkârının reaksiyonundan öylece korkacak, çekinecektir (60).

Müsbet cemiyette her vatandaş bir devlet memurudur ki muayyen vazifesi onun vecibelerini ve taleplerini tâyin eder.

Mülkiyet ise tıpkı diğer vazifeler gibi bir sosyal vazifedir. Yoksa bir imtiyaz değil. Mülkiyet sermayeleri teşkile ve idareye hizmet eder ki bunlarla her nesil kendinden sonra gelecek neslin işlerini hazırlar. Sermayeleri ellerinde tutanlar bunların âmme menfaatına yönelmiş istimallerini kendi hususî menfaatlari lehine saptırmamalıdırlar (61).

İşçilere gelince, onlar da kapitalistler, daha doğrusu bütün vatandaşlar gibi bir nev'i devlet memurudurlar. Onların hizmeti de cemiyet için diğerlerinden daha fazla lüzumlu değildir. Onlar da kendilerine ödenecek ücretten mücerret olarak, ayrıca cemiyetin minnet ve şükran hislerine hedef teşkil ederler. Âdetlerimiz serbest

(59) BARNES — An İntroduction to the History of Sociology, 1948 Sh : 98.
(60) LUCİEN LEVY - BRUHL — La Philosophie d'Auguste Comte, Sh : 379.
(61) AUGUSTE COMTE — Système de politique Pozitive, T. I Sh : 156 - 164 (LEVY - BRUHL, a. g. e. Sh : 379).

mesleklerde zaten bu hissi denemiş ve bunlara ödenen ücretin hiç bir zaman bunların ifasına karşı olan şükran hissimizi tamamen ifade etmediğini kabul etmiştir. Müsbet siyasette bu his, müşterek refahın sağlanmasına yardım eden bütün çalışma şekillerine teşmil edilmelidir. Ücret, miktarı ne olursa olsun hizmetin ancak maddî kısmını karşılamaktadır. Sadece elemanın ve işin gerektirdiği istihlâki karşılamaya yarar. Bizzat hizmetin aslına gelince, bunun mükâfatı, onu ifa etmiş olmaktan doğan tatmin hissi ve uyandırdığı minnet ve şükran duygusundan ibarettir (62). Görülüyor ki COMTE her nevi içtimaî vazifeyi, manevî mükâfatlarla değerlendirmeyi esas tutar. Zira bütün cemiyetin «ahlâken yetiştirilmiş ferdler» den terekküp edeceğini ümit eder. Bu sahada bütün güveni müsbet dinin râhiplerinde toplanır. COMTE pozitivist kilisenin mürşidlik ve rehberlik rolünde bir hayli ısrar ettiği halde bunun en ufak maddî bir iktidara dahi muhtaç olmadığını, siyasî iktidarla alâkalanmıyacağını bilhassa belirtir ve bu bakımdan hıristiyan katolik kilisesini tenkid eder. COMTE'a göre pozitivist dinin rahiplerine pek az bir maaş verilmelidir. Bu suretle bu mesleğin seçilmesinde maddî menfaat arzusunun müessir olmaması sağlanmalıdır (63).

Müsbet siyasetin gerektirdiği Devlet şekline gelince; bu, istibdada imkân vermeyecek büyüklükte bir site olacaktır. COMTE'a göre istibdat daima büyük devletlerde görülür ve tarih istibdada mukavemet etmiş yegane devlet şeklinin site olduğunu göstermiştir.

Muhtelif devletler arasındaki münasebetler ise bunların hepsi üzerinde manevî nüfuz sahibi olacak pozitivist kilisenin delâletiyle barışçı bir şekilde cereyan edecektir.

Halk hâkimiyeti ve halk oyu meselelerine gelince, COMTE, hiçbir siyasî nizamın, hattâ hiçbir cemiyetin ihtiyarî birleşmeden müstağni kalmıyacağını, her topluluğun rızaya müstenit olması gerektiğini kabul etmekle beraber halk reyine ancak muayyen hallerde müracaat edilmesi lüzumundan bahseder. Bu haller bütün cemaatin menfaatini ilgilendiren ve halkça anlaşılması mümkün olan hususlardır. Meselâ harp ilânı veya mahkeme kararı gibi, yoksa ancak ihtisas erbabının anlıyabileceği ve bunlar tarafından hükme bağlana-

(62) AUGUSTE COMTE — Système de Politique Pozitive, T. II Sh : 409 (LEVY BRUHL, Sh : 380).

(63) HARRY ELMER BARNES — An İntroduction to the History of Sociology, 1948, Sh : 100.

bilecek ve halkın bütününü alâkadar etmeyen hususlarda halkın karar vermesini istemek açıkça mânâsızlık olur (64).

5) A. COMTE'un hukuk aleyhtarlığı :

COMTE'a göre, «hak», üzerinde hiç bir münakaşa caiz olmayacak şekilde, mutlak olarak bir kimsenin, bir varlığın iradesine tanınmış bir imtiyaz, bir üstünlük, bir dileğini yapma kudretidir. Bunun mesnedi ilmî bir zaruret olamaz. Zira vakıaların müşahedesi ve tahlilinden ibaret olan ilmî tetkikler bize «hak»ların varlığını ifşâ etmemektedir. Bilâkis, insan «hak» sahibi değil, olsa olsa «borç» sahibidir; bu itibarla ancak «vazife»leri bahis konuusu olabilir. O halde «hak» ilmî ve fikrî tecessüsün erişemiyeceği, insanların münakaşa edemiyecekleri bir yüksek otoritenin mutlak talebi olarak kabul edilebilir ki bu da ancak İ l â h î O t o r i t e olabilir. İlâhî haklar, Hükümdarların Allahtan aldıkları kabul edilen hükmetme hakları, insanlarca münakaşa konusu edilemiyeceği için, ve edilemediği müddetçe birer mutlak yetki olarak kabul edilmiştir. Fakat, ilâhiyat doktrinlerinin otoritesi çürütülüp bu gibi «hak»larını mesnetsizliği insan zekâsı tarafından ortaya atılınca, metafizik düşünce, Bu sefer tıpkı Hükümdarların ilâhî haklarının modeline göre «Milletlerin, halkların hâkimiyeti hakkı» kavramını yaratmıştır. «İnsanların tabiî hakları»da aynı teolojik modele göre çizilmiş eski ilâhî hak kavramını istihlâf etmiştir. Halbuki cemiyetin tetkiki bize «hak»ların varlığını isbat etmez. «Hak» kavramı daima f e r d i y e t i destekler ve onu cemiyetin karşısına çıkarır. Bu ise, insanın içtimaîliği aleyhine bir hodgâmlık kaynağı olur. Herkes «hak» kını aramak peşinde koşarsa, kimse «vazifesi»nin ne olduğunu öğrenmek istemiyecektir. İşte bunun içindir ki COMTE «hak» kelimesinin siyasî lûgatten silinmesini ister. Bu kavram, COMTE'a göre hem anarşik hem gayrı ahlâkîdir. İnsan, ancak «vazife»leri ile içtimaîleşebilir (65).

(64) AUGUSTE COMTE — Systéme de Politique Positive (İng. tercüme Cüt : I Sh : 106 - 110) (BARNES nakleder : a.g.e. Sh : 97).

(65) AUGUSTE COMTE — «Cemiyetin bu yeniden ve nihaî olarak düzenlenme safhası, bilhassa, daimi bir surette hakların vazifelere tâbi kılınmasından ibarettir ki bu, şahsiyetin, içtimaîliğe daha iyi bir şekilde intibakını, uymasını istihdaf eder. Nasıl, (illet) kelimesinin hakikî felsefe dilinden atılması lâzımsa (hak) kelimesinin de hakiki siyaset dilinden atılması lâzımdır. Teolojik-metafizik mahiyette olan bu iki mefhumdan biri gayrî aklî ve sofistik olduğu gibi diğeri de (yani «hak») gayrı ahlâkî ve anarşiktir. Her ikisinin de beşeriyetin nihaî durumu le telifi gayrıkabil olduğundan, modern cemiyetlerde bunları, eski sistem üzerindeki parçalayıcı, bozguncu tesirleri dolayısiyle ancak ihtilâlci intikal safhalarına

Fakat yeni müsbet siyesette, eski rejimin «hak» larına tekabül eden, muadil fonksiyonları ifa eden başka şeyler, başka yetkiler olmıyacak mıdır? İnsanların yapmaları, ve yapmamaları gereken fiiller, icabında teşkilâtlı zecirle tayin edilmiyecek midir? Meselâ müsbet siyasetin icaplarına uygun hareketler «caiz», aykırı hareketler «yasak» olmıyacak mıdır? COMTE bu konularda hiçte vazıh olmayan cevaplar verir. Meselâ **«vazifelerin tekabülünden doğan âdil ferdî teminatlar»** dan bahseder ki, kanaatınca bunlar, hem eski «hak» ların müsbet fonksiyonunu yerine getirecek, yani ferd lerin hareket hürriyetini tayin edecek, hem de onların (hakların) ihtilâlci, anarşik tesirlerini tevlit etmiyecektir. Bunlar nedir? Bu âdil teminatlar, bir ferdin kendine düşen sosyal vazifeyi yapmasına, başkalarının mâni olmaması ve yardım etmesi şeklinde tesbit edilen vazifelerinin, netice itibariyle ona «kendi vazifelerini yapma imkân ve yetkisi» ni temin etmesi demektir. O halde, hiç kimse, sosyal vazifesini ifâdan menedilemiyecektir. Herkes kendi sosyal vazifesini ifa ederken başkalarından yardım görmek, kolaylık görmek imkânına sahip olacaktır, zira başkaları için bu bir vazifedir. Böylece vazifelerin karşılaşmasından, ferd için kendi vazifesi-

---

yakışırlar. Hakiki haklar, ancak müesses otoritelerin, tabiat-üstü iradelerinden sadır olması halinde mevcut olabilir ki bu teokratik otoritelere karşı mücadele için, son beş asır metafiziği sözde insan haklarını ortaya atmıştır. Ne zaman bu haklara organik bir vazifenin (yapıcı bir vazife demek istiyor) ifası terettüp etse, derhal gayrı içtimaî bir mahiyet aldıkları, yani daima ferdiyeti desteklemeye ve kuvvetlendirmeğe temayül ettikleri görülür. Artık ilahî ünvan ve yetkilere müsaade etmeyen pozitif safhada hak fikri, kaçınılmaz bir surette, ortadan silinir. Herkesin herkese karşı vazifeleri vardır. Fakat hiç kimsenin, asıl mânasiyle, bir hakkı yoktur. Adil ferdî teminatlar sadece bu küllî vecibe tekabülünden (vazifelerin karşılaşmasından) doğar ki, bu, eski hakların mânevî müadilini meydana getirir ve fakat onların vahim siyasî tehlikelerini arzetmezler. Başka tâbirle, hiçkimse, daima kendi vazifesini yapmaktan başka hiçbir hakka sahip değildir. İşte ancak bu suretledir ki siyaset, ortaçağın o hayran olunacak programına uyularak nihayet kendisini ahlâka tâbî kılmaya muvaffak olabilir. Katoliklik bu pek büyük sosyal mesleyi ancak müphem bir şekilde vaz edebildi. Zira bu meselenin hiçbir teolojik prensiple bağdaşmayan hal sureti, zarurî olarak, pozitivizme terettüp ediyordu» (97).

Discours préliminaire sur l'Ensemble du Positivisme, s. 168, éd. cinquentenaire, p : 383 (GASTON RİCHARD zikreder : Le Positivisme Juridique et la Loi des trois états (Archives de Philosophie du Droit et du Sociologie, Jurudique, 1931 n : 3 - 4 Sh : 313).

ni ifa edebilmek hususunda bir âdil teminat sağlanmış olacaktır. **Kısaca, kimsenin, kendi vazifesini yapmaktan başka hakkı yoktur.**

Bu teminatların ihlâli ise otoriter bir Devletin zecirini gerektirecektir. Ancak COMTE'un hukuk aleyhtarlığı yalnız sübjektif haklara mı mahsusdur? Bu kanaata varmak güçtür. Her ne kadar DUGUİT gibi bazı COMTE'cu hukukçular bu fikri tensip ederlerse de (66), COMTE'da bu görüşü destekliyecek fikirlere rastlamak pek zordur. Meğer ki tevillere başvurula. COMTE teşriî meclislerin, Parlâmentoların hiçbir işe yaramadığına, beyhude münakaşalardan başka bir şey yapmadıklarına, bozguncu ve ihtilâlci havayı sürdürüp gittiklerine kaanidir. Kanunlar, buradaki zevatın cahilâna tasarruflarından ibarettir. Bunlar, ne cemiyet münasebetlerini, ne tarihî hâdiseleri, ne de beşeriyetin tekâmül kanununu bilirler. Cemiyetin spontane temayüllerini keşfedemezler, sanırlar ki, her şeye kaadirdirler ve her istekdiklerini tahakkuk ettirebilirler. Bunlar, cemiyeti tecrübe tahtasına çevirmekten başka bir şey yapmazlar. COMTE o kadar bu kanaattadır ki, 1851 de III üncü NAPOLEON'un diktatörlüğünü şükranla karşılar! (67).

Bu durum karşısında COMTE'un Hukuk Sosyolojisine doğrudan doğruya bir hizmetinden bahsedilemez. O hukuku, kendi neviyeti içinde tanıyamamıştır. Cemiyeti idare için pozitif felsefe

(66) Son zamanlarda V. VENİAMİN, aynı tezi savunur ve COMTE'un, hukukun normatif mahiyetini sezdiğini, siyasî iktidarın menşeini iradelerın birleşmesinde bulmakla hukukun gerçek bünyesini tanıdığını, fakat daha ziyade ahlâka tâbi bir hukuk fikrine vasıl olduğunu iddia eder. Bak. V. VENİAMİN — La Philosophie du Droit d'Auguste Comte (Archives de Philosophiee de Droit. Nouvelle Série : La Distinction du Droit Public et l' Entreprise Public. Paris 1952) Sh : 187 - 192.

(67) COMTE, 26 - Déc. - 1851 tarihli bir mektubunda şöyle diyor : «Hakiki bir dünyevî diktatörlüğün beklenmedik zuhuru, pek çok şükürler olsun ki bizim cumhuriyetçi durumumuzu, dolayısiyle garbın durumunu ıslah ediyor. Bu enerjik hamle, nev'imizin kuvvetlerinin helâk olduğu bu metafizik geleneğin dışına doğru atılmış mühim bir adım teşkil eder. Şüphesiz henüz kendimizi, nizam için meş'um olduğu kadar terakkî bakımından da akîm olan bu siyasî meclislerin felâketli nüfuzundan kat'i şekilde kurtardığımızı iddia edemeyiz. Bu, temayülü henüz belirsiz olan yeni diktatörlüğün karakterine tâbi olacaktır. Fakat en fenası dahi olsa, merkezî iktidarın bu sert ve ciddî hareketi devamlı izler bırakacaktır ki zaten metafizik tesir ve müesseselerin son derece zayıf oluşu bunu açıkça göstermektedir.. Kanuna tapma adeti, bu cesur tecrübe sayesinde, artık aramızdan kalkmış bulunuyor» (Correspondance inédite d'Auguste Comte T. III p : 220 (GASTON RİCHARD naklediyor a. g. e. Sh : 317).

ile pozitif ahlâkın kâfi geleceğini sanmıştır. Onun projesinde hukukun yeri yoktur. Daha doğrusu o böyle zannetmektedir. Yoksa, COMTE'un tasavvur ettiği siyasî rejim, modern totaliter rejimlerin «Mürşit Devlet, Rehber Devlet, veya Hâmi Devlet» tipine pek yakındır. Vatandaşların tam bir fikir ve ahlâk birliği içinde tutulması, tabiatıyla, inhiraf temayülünü gösterenlere, ister ikna ister cebirle (ki COMTE ikna yolunda ısrar eder) bazı karşılıkların gösterilmesini gerektirecektir. «Suç» olayı bu müsbet cemiyette de vaki olacak ve cezayı davet edecektir! Müsbet ahlâkın umdeleri olarak tesbit edilen hususların belki de, zamanla, hatalı olduğu farkedilebilecek, fakat bu, bir fikir ayrılığı teşkil ettiği için ilân edilmiyecektir!

Maşerî şuurun, sun'î bir şekilde belirli prensipler etrafında bu kadar şiddetle tevhidinin umulmadık bir fanatizme götürmesi ihtimali COMTE'un tahmin etmediği bir sonuçtur ki kendisinin birçok bakımlardan takipçisi sayılabilen DURHHEİM, bu mevzu üzerinde bilhassa duracaktır. COMTE'un müsbet devir tasavvuru bu devrin müsbet ilimlerin ve müsbet felsefenin rehberliğine terkedilmiş olması ile izah edilebilir. Ancak, ilmin de kendi keşiflerinden zaman zaman rücu ettiği, yanlışlığına hükmettiği teorilerden vazgeçtiği, bunları tadil, hattâ bazan tamamen reddettiği vâki değil midir? (68) Müsbet ilim verilerine göre tesisi tasavvur olunan ahlâk umdeleri ancak bu ilimlerin kemale gelmeleri halinde şaşmaz temellere dayanabilecektir. Meselâ «insan tabiatı» nın özellikleri hakkındaki biopsikolojik hakikatler, bu tabiatın eğitimi hususunda bize hangi teknik kaideleri, hangi isabet derecesinde bildirmektedir? Hususiyle COMTE'un zamanında!

COMTE'un «insanın ezelî borçluluğu» hakkındaki iddiası, ilk bakışta pek doğru görünür, fakat bir hukukçu olarak borçluluğun ne demek olduğunu düşünürsek bunun, zarurî olarak bir borca «ehil» olmayı, ehliyetin de «şahsiyeti» tazammun edeceğini hatırlarız. Şahsiyet ise «hak sahibi» olmak kavramından nasıl tecrit edi-

(68) İlerde çeşitli Sosyoloji Ekollerinin hukuk anlayışını incelerken, müsbet ilmin sonuçlarını, alelacele ahlâk sahasına uygulamak isteyen sosyologların gayretlerine temas edeceğiz. Biyolojik anlamda tekâmül, seleksiyon, mütasyon esaslarına göre bir ahlâk yaratmak isteyen sosyal darvinistlerin görüşleri bunun en tipik örneğini teşkil eder. Bu hususta ayrıca bakıla: «XIX uncu Yüzyıl Sosyologlarında Hukuk Anlayışı». Ankara, 1961, A. Hukuk Fakültesi Yayınları.

lebilir?! Bir teşbih için dahi olsa, bir borç yükleminin, daha evvel bir hak tanımaya zarurî kıldığını düşünmek icap eder. Bu «ezelî borçluluk», hakikatte hıristiyan akidesinin «insanın ezelî günahkârlığı», «ilk günah» kavramını hatırlatır : İnsan değil mi ki insandır, o halde günahkârdır, zira yeryüzüne gelişi günahının sonucudur! COMTE'da aynı temayülü görüyoruz : insan, cemiyet içinde doğmakla borçlu olur, ve ödemesi için de ömrü yetmez (69). O halde o, daima «bir vazife ile, bir borç ifası ile» mükelleftir. Ancak Müsbet dinin rahipleri, müsbet ahlâk umdelerine göre onun h a y r ı n ı o n u n h e s a b ı n a tesbit edecek, ve ona eriştirecektir.

Bütün bu teferruat üzerinde durmamıza lüzum yoktur. Zira COMTE'un bütün hatası, henüz temelini attığı bir ilmin, çatısını da kapattığına hükmetmesidir. O, aşağıdaki iddialarını, ilmin zarurî neticeleri sayar ve bütün sistemlerini buna dayar :

a) Cemiyetlerin daima tek bir istikamette tekâmül ettiği,

b) İnsanların bir diğergâmlık ahlâkını behemehal benimsiyecekleri ve başka ahlâk sistemlerinin doğmıyacağı,

c) Hiçbir mistik unsuru, hiçbir tabiat-üstü kavramı, hiçbir efsaneyi ihtiva etmeyen bir ilim sisteminin insanların his ve heyecanlarını tahrik edecek, muhayyelelerini doyuracak bir «din» haline geleceği,

d) Nihayet, müsbet zihniyetin icabı olan ahlâkın behemehal «diğergâm» bir ahlâk olabileceği. (Tabiatın hodgâmlığı desteklediğini iddia eden sosyal darvinistlerin zuhurunu COMTE hiç düşünmemişti!),

e) Fertlerin hiçbir «hak» talebinde bulunmıyacakları bir cemiyette, siyasî ve idarî nizamın, bu fertlerin hakettikleri kıymetleri ve nimetleri hiçbir keyfiliğe kapılmadan onlara bahşetmekte kusur etmiyeceği! Hülâsa COMTE'un müsbet siyaseti ve vazife dini karşısında söylenecek en uygun söz, merhum FİKRET'in «İnsan melek

(69) Filhakika tanınmış İngiliz bilgini HUXLEY, bu Tanrısız bir din intibaını veren COMTE sistemine «Hıristiyanlıksız bir Katoliklik» der!. Hakikaten COMTE, Pozitivist cemiyetini kurmuş, kurduğu müsbet dinin bütün merasimlerini, ibadet şekillerini, azizlerini, takvimini tanzim etmiş, hattâ 1848 de bu dine göre bir evlenme akdini; 1850 de bir çocuğun takdis merasimini ve bir müddet sonra da aynı dine göre bir gömme merasimini bizzat ifa etmiştir! (JULİEN BONNECASE naklediyor: Science du Droit et Romantisme, Sh: 166 not : 2).

olsaydı, cihan cennet olurdu» mısralarından ibarettir. COMTE, herşeyden evvel gerçek insanı, onun istidatlarını, temayüllerini, tabiatının ne nisbette ve ne dereceye kadar değiştirilebileceğini tahmin edememiştir. Hukukun fonksiyonu ise, gerçek insanların, bulundukları hal ve seviye ne olursa olsun barış içinde yaşamalarını sağlamaktır. Bu itibarla hukuk, gerçeklik şartlarının zarurî bir mahsulüdür. Muhtelif ferd ve zümrelerin talepleri birbirini denkleştirmekte, birbirini hudutlandırmakta ve cemiyet bir muvazene halinde tutulup gitmektedir. İhtilâller bu muvazenenin bozulduğu, hukukun tatil edildiği safhalardır. Yeni bir muvazene şeklinin doğması ise yeni hukukun kurulması demektir. Halbuki COMTE, hukukun ancak ihtilâl devrelerinde işe yarıyacağını iddia edecek kadar hakikatten uzaklaşmıştır. O halde COMTE'un Sosyolojiye hizmeti hariç, hukuk Sosyolojisine vasıtasız bir yardımda bulunduğunu söylemek imkânsızdır. Sosyoloji sahasında da metodlarını, prensiplerini alıp, kendisinin vardığı sistematik neticeleri bir tarafa bırakmak uygun olur. Zira Sosyolojinin sonraki inkişafı COMTE'un sezdiği problemlerin ilmî şekilde cevaplandırılmasının ne muazzam araştırmalara bağlı olduğunu, umumî ve kaypak birtakım tahminlerle halledilemiyecek kadar girift karakterlerini meydana çıkarmış bulunmaktadır.

Ç. COMTE'un takipçilerinde hukuk anlayışı :

COMTE'un, kendinden sonra gelenler üzerindeki tesiri, müsbet felsefe sisteminden ziyade, müsbet düşünme metodu dolayısıyladır. Kendisinin bir insaniyet dini haline getirdiği müsbet Felsefesi, tarihî rolünü oynamış ve sırasını savmıştır. Fakat, cemiyetin tetkikinde takip edilmesini tavsiye ettiği müsbet metod, günümüze kadar türlü yollarla tekâmül ettirilmiş ve güvenilir ilmî bilgilerin ancak bu yolla elde edilebileceği kanaati modern sosyologların büyük bir kısmı tarafından benimsenmiştir.

COMTE'un XIX uncu yüzyıl sonundaki takipçilerinin bir kısmı, biolojik ve psikolojik sosyoloji cereyanlarına katılan ve ancak müsbet metodların cemiyet vakıalarına da tatbiki bakımından onunla birleşen sosyologlardır. Bunların hukuk görüşlerine ileride temas edeceğiz. Diğerleri ise, az çok sistem itibariyle de COMTE'a sadık kalanlardır. Bununla beraber bunlar, COMTE'un hukuk anlayışındaki darlığı iştirak etmezler. Gerçi hukukun sosyolojik köklerine nüfuz edecek yerde birtakım felsefî spekülâsyonlarla yetinirler, fakat

COMTE gibi, kararlı bir hukuk düşmanı kesilmezler. Biz bunlardan yalnız iki takipçiye temasla yetineceğiz : LİTTRE ve ARDİGO.

1 — LİTTRE.

LİTTRE (1801 —1881), «Adalet idesinin menşei» (I'Origine de l'İdée de justice) (70) adlı eserinde, adalet kavramının, COMTE'un zannettiği gibi, insanın fıtrî özgecilik temayüllerinin vasıtalı bir sonucu olmadığını, zira bu hislerin (yavruya, eşe, anaya karşı duyulan tabiî diğergâmlık hisleri) hayvanlarda da mevcut olduğunu iddia etmiştir. LİTTRE'ye göre adalet kavramı, hissî değil, esaslı bir şekilde a k l î bir kavramdır ve insan zekâsının eseridir (71). İnsan zekâsının en büyük keşfi «ayniyet» (identité) kavramıdır. Bunun cemiyet hayatındaki tatbiki ise insanlar arasındaki ayniyetin, yani bir insanın diğeri ile olan eşitliğinin anlaşılmasıdır. Bundan başka adalet idesinin tarihi tezahürleri arasında yer alan k ı s a s ve t a z mi n a t kavramlarının, hep bu eşitlik ve ayniyet fikrinden doğdukları görülür.

Nihayet, COMTE'un, insan haklarına karşı cephe alışı da tenkide değer bir durumdur. COMTE ya siyasî hakların gelişmesini incelememiş, yahut ta yanlış tefsir etmiştir. LİTTRE'nin kanaatınca fert, cemaat içinde ehemmiyet kazandığı, müstakil bir siyaset sahibi olmaya başladığı müddetçe cemiyetin müşterek idaresine katılmak ihtiyacını hisseder. Meselâ seçim hakkı istemek muayyen seviyeye gelmiş bir cemiyetin mensubu olmanın tabiî bir neticesidir. Seçim bir hak mıdır, vazife midir meselesini halledecek husus da işte bu sosyal seviye meselesidir. LİTTRE'ye göre bu, hem bir fonksiyondur,

---

(70) LİTTRE'nin diğer eserleri :
Dictionnaire de la Langue Française.
Analyse raisonné du Cours de Philosophie Positive d'Auguste Comte 1845.
Application de la Philosophie Positive au Gouvernement des Sociétés. 1849.
Conservation, Révolution, et Positivisme. 1852.
Orgine Organique de la Morale (Article dans la Revue de Philosophie Positive 1870).

(71) LİTTRE — I'Origine de l'İdée de Justice dans la Science au point de vue philosophique. 2 ème éd,. 1873, p : 339 (GASTON RİCHARD zikreder : Le Positivisme Juridique, et la Loi des Trois Etats. Archives de Philosophie du Droit de Sociologie Juridique, 1931 Nos : 3-4, Sh : 320).
Tenkid için bak :
ALFRED FOULLEE — İdée Moderne du Droit. Paris, 1897 4 ème éd. Sh : 301.

hem bir hak. Bu da her hak gibi bir düzene ve muayyen şart ve kayıtlara tâbidir.

O halde muayyen bir içtimaî tip içinde, fertlerin muayyen bir kültürler seviyeye vasıl olmaları halinde siyasî otoritelerin meşruiyet sebebi değişmeğe mahkûmdur. Dinî inançların hâkim olduğu devirlerde otoritenin meşruiyeti tabiat-üstü kuvvetlerde aranır. Mütekâmil cemiyetlerde ise bu meşruiyetin sebebi otoriteye tâbi olacakların rızalarından ibarettir ve seçim hakkının lüzumu da, mânası da bunda mündemiçtir (72).

LİTTRE böylece, içtimaî müesseseleri ferdin iradesi dışında müessir faktörlerin veya bir bio-psikolojik tekâmül kanunun zarurî neticesi sayan müfrit pozitivistlerin iddialarından klâsik içtimaî mukavele tezine pek kolaylıkla intikal etmiş gibidir.

2 — ARDİGO.

COMTE'un diğer bir muakkibi de İtalyan pozitivist ekolünün başı olan ARDİGO (1828 - 1920) dur (73). Hukuk hakkındaki görüşleriyle bu zat gerek COMTE gerek LİTTRE'den daha ileri bir anlayışa sahiptir.

ARDİGO hukuk ve adaleti fenomenal cepheleri ile ele alır, birer sosyal hadise sıfatiyle tetkik eder ve bütün sosyolojinin konusunun siyasî ve hukukî müesseselerin tarihî, jenetik tetkiki olduğunu kabul eder. Sosyoloji, adaletin tabiî bir şekilde nasıl vücud bulduğunu, nasıl tessüs ettiğini tetkik edecek bir ilim demektir (74).

O, COMTE'dan esaslı noktalarda ayrılmaktadır. Gerçi rölativist görüşü, ampirik metodlara bağlılığı, ve bilhassa şuur olaylarını kâinatın kozmik kanunlarına raptetme temayülleri itibariyle tam bir positivisttir.

Fakat o bir taraftan «ferdî mes'uliyet» mefhumuna bir mesnet bulmak için fert iradesinin nisbî muhtariyeti meselesini izaha çalışır

(72) LİTTRE — Conservation, Révolution, et Positivisme, Paris 1878 ème éd. Sh : 65 (GASTON RİCHARD zikrediyor. a.g.e. Sh : 322).

(73) ARDİGO — La morale dei Positivisti, 1878.
Opera Filosofiche 1882-1912.

(74) G. NİRCHİO — La Sociologia giuridica in İtalia (Actes de XVI ème Congrès de I,İnstitut İnternationale de Sociologie. Fascicule : 1, Sh : 122) 1954, Beaune. (İtalyanca tebliğden faydalanmamı temin etmesi dolayısiyle Prof. Dr. AKİF ERGİNAY'a teşekkürü borç bilirim. H.T.).

(75). Ona göre fizik âlemdeki kuvvet mefhumunda dahi asgarî bir hürriyet nisbeti vardır. Uzvî hayatta ise bu hürriyet nisbeti biraz daha fazlalaşır ve nihayet içtimaî insanda tezahür eden kuvvette en yüksek derecesine varır. İnsan muayyen bir nisbet dahilinde, farklı hareketlerden birini seçme imkânına sahiptir. İşte insan farklı neticeler tevlit edebilecek şekilde hareket kabiliyetine sahip olduğu için, bu mânâda hür, dolayısiyle «mes'ul» demektir.

Diğer taraftan ARDİGO «tabiî hukuk» mefhumuna, pozitivst zihniyetle telifi kabil bir mânâ vermeğe teşebbüs eder ve tabiî hukuk -müsbet hukuk mücadelesinin ebediliğini kabul eder (76). Ona göre «tabiî hukuk» geçen zaman hukukuna galebe çalması gereken gelecek hukuku hazırlayıcı basit bir fikir veya bir psikolojik aktüalitedir (77).

ARDİGO, hukuk sahasındaki tezadı COMTE'un «İlâhî hukuk -insan hakları» şeklinde vazetmesini tenkid eder. Ona göre asıl tezad «en kuvvetlinin hakkı- insanın hakkı» şeklindedir ve tarih, hukukun zamanla, en kuvvetlinin iktidarının derece derece tahdit edilmesi suretiyle genel olarak «insan»ın haklarının tanındığını göstermektedir. Zamanla büyük insanın çocuk üzerindeki, erkeğin kadın üzerindeki, efendinin köle üzerinde ve nihayet şefin tebaa üzerindeki iktidarının azalması, hafiflemesi suretiyledir ki insan hakları doğmuş ve teşekkül etmiştir.

Tarihin gelişim seyrinde, fiilen kuvvetli durumda olanlardan alınan iktidarlar devlet iktidarı içinde temerküz etmiş ve bu kudret artık sadece hukuku ihlâl edenler aleyhine tevcih ve tatbik edilmeğe başlanmıştır (78).

Görülüyor ki bütün bu fikirler, kısmen sosyolojik hakikatleri ihtiva etmekle beraber daha ziyade bir pozitivist hukuk felsefesinin temel prensipleri mahiyetindedirler ve sahamız bakımından bize pek fazla bir şey sağlamamaktadırlar. Aynı fikirlere XIX. asrın sosya-

---

(75) GASTON RİCHARD — a.g.e. Sh : 323.

(76) G. PERTİCONE — La Théoire du Droit (Traduction par G. PAQUES. Encyclopédie Scientifique Italienne du XX ème Siècle. Exposés publiés sous la direction de ENRİCO CASTELLİ. Paris 1938, Sh : 37).

(77) G. DEL VECCHİO — Hukuk Felsefesi Dairesi (Çeviren : Dr. SAHİR ERMAN İstanbul 1951, Sh : 171 - 172).

(78) GASTON RİCHARD — a. g. e. Sh: 325.

list hukukçusu F. LASSALLE'de de rastlanmaktadır (79). Bu zat da «Müktesep Haklar Nazariyesi»nde bütün hukukî inkişaf seyrinin, fiilen kuvvetli durumda olan ferdlerin sahip olabilecekleri hakların gittikçe nevi ve miktar itibariyle hudutlandırılmasına doğru seyrettiğini iddia etmiştir.

Evvelce söylediğimiz gibi, COMTE'un kendinden sonraki üzerinde tesiri, sisteminden ziyade metodu bakımındandır. O, pozitif metodlarla bulunmuş olan hakikatlerden gayrısına inanmak istemeyen, şu veya bu metafizik kavramın gizlendiği tâbir ve kalıplardan kaçan bir zekadır. Kendisinin bu metafizik korkusu, hukukî düşünce sahasındaki asıl vârisi olan DUGUİT'de pek bârizdir ki bu konuya ilerde KURUCULAR bölümünde temas edeceğiz. Ancak, DUGUİT, hukuk hakkında COMTE'da rastlanmayan bir sosyolojik anlayışa vasıl olmuş, yalnız hukuk nazariyesinin metafizik temellerden temizlenmesine çalışmıştır.

(79) FERDİNAND LASSALLE — Théorie Sytématique des Droits acquis traduction française 1904), Sh: 274, not: 2.

§. 19 — HUKUK TARİHÇELERİNDE İLK SOSYOLOJİK TEMAYÜLLER: HUKUKUN TEKÂMÜL KANUNLARI VE HUKUKİ DEĞİŞMENİN AMİLLERİ:

HENRY SUMNER MAİNE, FUSTEL DE COULANGES ve LEİST.

XIX uncu yüzyılın ikinci yarısı çeşitli sosyal ilimlerin teşekküle başladığı, Sosyolojide çeşitli ekollerin doğduğu, içtimaî müesseselerin mantıkî ve felsefî izahlarından ziyade tip ve sınıflarının tanınması, tasvir edilmesi suretiyle açıklanmak istendiği bir devri temsil eder. Sosyolog ve tarihçiler türlü kavimlerin, milletlerin birbirinden farklı hukukları, san'atları, hülasa özel kültürleri hakkında bilgiler toplamak arzu ve gayreti içindedirler. İnsan ve cemiyetin karakteristik hususiyetlerinin mantıkî yollarla izahına çalışılmaktan ziyade, gelip geçmiş insan cemiyetlerinin, çağdaş ve birbirinden pek farklı toplulukların hakikaten nasıl yaşadıkları, hangi tip müesseselere sahip oldukları, bunlar arasında bir yakınlık veya alaka tesisinin mümkün olup olmadığı merak edilmektedir. Böylece bu devir, bir vakıa toplama, teferruata inme, tip tasvirlerine önem verme gibi esaslı bir müşahhaslık endişesindedir. Bunun hukuk Sosyolojisi için arzettiği ehemmiyet malumdur. Ancak bu toplama ve sınıflamaların hemen bittiğine veya sonuna yaklaşıldığına kanaat getirerek bunlardan derhal umumî kanunlara yükselmek ve sistemler kurmak da ayni devrin Sosyologlarında rastlanacak müşterek zaafları teşkil edecektir.

Bundan başka, XIXuncu yüzyıl, tabir caizse, Tekâmül nazariyesinin mutlak hükümranlığı altındadır! Yüzyılın başındaki felsefî tekâmülcülüğü (HEGEL) ortasındaki siyasî-iktisadî ve ilmî tekâmülcülük tezleri takip etmiştir (MARX, DARWİN v. s.). Kozmik âlem, birbirini takip eden çeşitli merhalelerden geçmiş bir cevherin (madde, idée, veya ruh olsun) türlü şekiller almasından ibaret olduğu gibi, mevcut iktisadî-siyasî durum da, istihsal şekil ve münasebetlerinin zamanla türlü değişikliklere tâbi olmasından ileri gelmiş addediliyordu. Nihayet «insan» ve onun cemiyeti de amipten

memeli hayvanlara kadar geçen bir tekâmül ve seçilme zincirinin son halkasından ibaretti. Bu seyir bütün sosyal müesseseler hakkında da vâritti. San'attan Devlete kadar bütün sosyal müesseselerin izahının, ancak bunların t e k e v v ü n seyirlerinin, o l u ş tarzlarının tesbit ve tasviri suretiyle yapılabileceği kanaati yerleşmişti. Böylece jenetik araştırmaların, sonunda sistematik bilgileri sağlayacağı zannedilmiştir. Hukuk hakkında da aynı surette tetkikler yapmak temayülünü ilk defa bu yüzyılın ikinci yarısında yaşamış olan bazı Hukuk Tarihçilerinde müşahede etmekteyiz. Bu tetkiklerin sahamızı ilgilendirmesi, hukuk tekâmülüne müessir olan bazı â m i l l e r i n araştırılması dolayısıylaçdır. Böylece, Hukuk, kendi kendisiyle izah edilmekten kurtulup, dış soyal şartlarla, meselâ cemiyet tipleriyle, yahut kültür şekilleri ile münasebet haline konularak açıklanmak safhasına erişmiş olacaktır.

A. SİR HENRY SUMNER MAİNE (1822-1888) (1).

Uzun yıllar Cambridge ve Oxford Üniversitelerinde Medenî Hukuk Profesörlüğü yapmış, uzun bir müddet Hindistanda resmî görevlerde bulunmuş olan tanınmış İngiliz Hukuk Tarihçisi S. MAİNE, Roma Hukuku ile İngiliz örf-âdet hukukunun gelişme seyirlerini incelemek ve mukayese etmek suretiyle bazı kanaatlara vasıl olmuştur. Daha sonra bu incelemelerini genişletmiş, Hindistan ve İrlânda Hukuk sistemlerini tetkik etmiş, yaşayan modern hukukî müesseselerin ilkel cemiyetlerin bazı müesseselerinden doğduğunu, kadîm cemiyetlerin hukukunun zamanla değişme ve gelişmelere tâbi olarak çağdaş cemiyelerin hukukunu meydana getirdiğini kabul etmiştir. MAİNE, muhtelif tipteki cemiyetlerin hukuklarını tetkik etmek ve karşılaştırmak, bunların geçirdikleri tekâmül seyirlerini incelemek ile u m u m î o l a r a k b ü t ü n h u k u k u n her cemiyet-

(1) HENRY SUMNER MAİNE'in başlıca eserleri şunlardır :
Ancient Law; its Connection with the History of Society and its Relation to Modern İdeas. 1861 London (tr. française par COURCELLE SENEUİL: Ancien Droit, 1874).
Village Communities, London 1871.
Lectures on the Early History of İnstitutions, London 1875. (Fr. Histoire des İnstitution primitives, 1889).
Dissertations on Early Law and Custom, London 1883.
(Fr. Ancien Droit et la Coutume Primitive, 1884).
Popular Government, London 1885.
(Fr. Le Gouvernement Populaire, 1887).

te tâbî olduğu müşterek tekâmül kanunlarına vasıl olacağını zannetmiştir.

MAİNE'e göre, eski cemiyetin ilkel hukukî müesseseleri çağdaş cemiyetlerin hukukunu yaratacak olan tohumu teşkil ederler. Bunun için bu eski hukuk sistemlerinin tetkiki, modern hukuku anlamak bakımından son derece önemlidir. Meşhur teşbihi ile derki, Arz kabuğunun ilk tabakalarının bir jeolog için arzettiği ehemmiyet ne ise, kadim hukuk sistemlerinin bir hukuçu için taşıdığı ehemmiyet de odur (2).

Gerçi, MAİNE'den evvel, hukukun muhtelif merhalelerden geçmek suretiyle tekâmül ettiği tezini, meşhur Alman Hukukçusu SAVİGNY ortaya açmıştı. GİRİŞTE temas ettiğimiz bu konuya (3) avdet edecek değiliz. Ancak şu kadarını kaydedelim ki, SAVİGNY'nin, hukukun yaratıcısı olarak bahsettiği «Halk ruhu» (Volksgeist) kavramı, her milletin kendi özelliğini, yani başka câmialarla mukayese edilemiyecek, «suis generis» karakterini ifade ediyordu. Bu biraz da mistik ve ilmî karşılaştırmaya elverişsiz bir kavramdı (4). Halbuki MAİNE'in mukayeseli tarihî araştırmalardan gayesi, farklı cemiyetlerde hukukun aynı merhalelerden geçtiğini tesbit suretiyle umumî tekâmül kanunlarına erişmekti. Bu itibarla, o, yer, zaman, ırk itibariyle birbirinden tamamen farklı câmialarda, tekâmül seviyeleri aynı olduğu takdirde aynı hukukî müesseselere rastlamaktaydı. Böylece, bu benzerliklerden, hukukun bütün cemiyetlerde daima a y n ı i s t i k a m e t t e bir tekamül yolu takip ettiği sonucuna varıyordu. Bu itibarla MAİNE, kendi teorisini mistik kavramların müdahalesinden kurtarmış ve sosyolojik araştırmalara yaklaştırmıştı. Kendisinin, gerek Hukuk Sosyolojisinin, gerek Sosyolojik Hukuk İlminin öncülerinden sayılmasının sebebi de budur (5).

---

(2) SUMNER MAİNE — Ancient Law, 1861 Sh: 113 (EDWİN PETTERSON nakleder: Men and İdeas of Law, Brooklyn, 1953, Sh: 414).

(3) Bakıla, Yukarıda GİRİŞ, § 2, Sh· 19.

(4) SİR PAUL VİNOCRADOFF — Principes Historiques du Droit. (Tr. par DUEZ 1924) Sh: 152.
Keza:
JULİUS STONE — The Province and Function of the Law, Sydney 1946. Sh: 452.

(5) JULİUS STONE — The Province and Function of the Law, Sydney 1946. Sh: 462.

1 — Ferdin durumunda ve hukukî münasebetlerinde gelişme kanunları :

MAİNE, ilk ve en mühim eserini 1861 de vermiştir : «Kadim Hukuk: Cemiyetin ilkel tarihi ile olan irtibatı ve modern fikirlerle münasebeti» (Ancient Law: its Connection with the early History of Society and its relation to Modern İdeas). MAİNE bu eserinde hukukun, içinde doğduğu toplumun bünyesini («aile», «kabile», «site» gibi sosyal tipini) takip ederek değiştiğini kabul eder. O halde burada bir taraftan toplum tiplerinin, öte taraftan da hukuk şekillerinin karşılıklı olarak değişmesi bahis konusudur. MAİNE'e göre ilk cemiyet tipi, kan hısımlığına dayanan ailedir (6) ve bunun hususiyeti aile reisinin, üyeler üzerindeki mutlak otoritesi, onların hayat ve ölümlerine hükmedebilecek kadar hudutsuz kudret ve yetkisidir. Eski Roma ailesinde p a t e r f a m i l i a s'ın durumu bunun tipik örneğini teşkil eder.

MAİNE'e göre bütün cemiyet tiplerinin en eskisi, kan esasına ve erkek nesebine dayanan, kardeşlerin, torunların ilh.. birbirinden ayrılmaksızın ayni çevre içinde büyüyüp yaşadıkları B ü y ü k A i l e veya B i r l e ş i k A i l e «Joint Family» dir. Aynı cedden gelmeleri dolayısiyle kendilerini aynı sosyal birliğin üyesi olarak kabul eden, ayrı gayrı bilmeyen bu kan hısımlığı cemiyetlerinde birbirinden farklı h u k u k î b i r i m l e r görülmez. Bütün aile bir tek hukukî şahış gibidir ve aile reisi bütün ailenin teşahhus ettiği yegâne hukuk süjesidir: aile mülkiyeti onun tasarrufundadır, hak ve borçlara ehil olan odur, aile üyelerini icabında ölümle dahi cezalandıran odur. Gayrımenkul bütün büyük ailenin müştereken istifade ettiği bir şeydir, mirasın taksimi bahis konusu değildir. Bir nevi ilkel mal ortaklığı, ilkel komünizm hâkimdir.

Ancak aynı coğrafî bölge içinde yaşayan muhtelif aile birlikleri zamanla birbirleriyle münasebetler tesis ederek şu veya bu suretle birbirleriyle uzlaşır ve daha büyük sosyal topluluk tiplerini meydana getirmeye başlarlar ki bu, artık Büyük Aile tipinden Kabile tipine geçişi ifade eder. Fakat bu derhal bir merkezî otoritenin teşekkülünü intaç etmez. Kabile birliği, ,daha ziyade hemen hepsi ay-

GEORGES GURVİTCH — Eléments de Sociologie Juridique, Paris 1940, Sh: 65.

(6) Cemiyetin temeli olarak kan hısımlığı hakkında bak:
H. SUMNER MAİNE — Etudes sur l'Histoire des İnstitutions Primitives (Tr. par DURİEU DE LEYRİTZ, Paris 1880, Sh: 21 - 81).

nı ayarda olan muhtelif aile reisleri arasındaki münasebetlerin barışçı bir düzene sokulduğu birlik demektir. Bu düzen, henüz bir birinden farklılaşmamış bir sosyal kontrol tipi teşkil eder ki, dinî, geleneksel ve hukukî karakterlerin hepsine birden sahiptir. Düzene konmuş meseleler mahdut olduğu gibi, bunların ihlâli halinde uygulanacak müeyyideler de tamamen hususî cezalandırmalar mahiyetindedir: mağdur olan aile, kendi öcünü almak suretiyle karşı tarafa, bir hukuku ihlâl etmenin karşılığını bizzat gösterir. Kabilenin kuvveti, henüz hususî öcalmayı Devletçe cezalandırma şekline getirecek seviyede değildir. Hukukun ne olduğunu, esasen, yalnız din adamları bilir. Bu, onların gizli ilmine dahildir. Hukukun infazı ise, ailelerin takibine havale edilmiştir.

Kabile safhasından, site safhasına veya yerleşik devletlere ne suretle intikal edildiği kat'i olarak söylenemez. MAİNE, bu hususta üç ihtimal üzerinde durur, ya ayni coğrafî bölgede yaşayan kabilelerden biri diğerini savaşla hâkimiyeti altına alır ve bir yere bağlı merkezî, siyasî teşkilât kurar, yahut muhtelif sebeplerle eski hukuk sistemlerinin çoğunda mevcut olan yabancı kabilelerden evlât edinme müesseseleri yüziinden kan bağları gevşer ve kabileler birbirine karışır, yahut ta aynı kabilenin nüfusunun fazla çoğalıp karışması bu mülkî birlikleri meydana getirir. Her ne olursa olsun, vakıa şudur ki, muayyen bir toprağa bağlı, muhtelif soydan ve muhtelif kabilelerden mürekkep cemiyetler teşekkül eder etmez, bu cemiyetlerde derhal bir siyasî ve merkezî kuvvetin zuhur ettiği, ilk siyasî teşkilâtlanmanın tebellür ettiği görülür. Bu merkezî otoritenin zuhuru, câmia içindeki münferit aile reislerinin otoritesinin kısmen zayıflaması sonucunu doğurur. Artık ailenin herhangi bir uzvu üzerinde yalnız baba değil, aynı zamanda Devlet te hâkimdir. Dolayısiyle baba otoritesi zayıflamıştır. MAİNE, buradan şu umumî kanun'a varır: **cemiyetlerde merkezî ve siyasî teşkilâtın kuvvetlenmesiyle, ferdî hürriyetin artması beraber gider.** Ferd, artık, aile reisinin mutlak otoritesine tâbi değildir. O, birçok hususlarda tıpkı aile reisi gibi doğrudan doğruya Devlete bağlıdır ve Devlet artık yalnız aile reisleri arasındaki değil, bunlarla üyeler arasındaki münasebetleri de tanzim etmektedir. Binaenaleyh ferd aile reisine karşı gittikçe daha bağımsız hale gelmektedir. Modern cemiyetlere kadar çıkılınca kadınların serbestiye kavuşması, evlenmelerde aile rızasının şart olmamaya başlaması ilh.

birçok müesseselere rastlanır ki bunlar hep merkezî Devlet otoritesinin kuvvetlenmesiyle muvazi giderler.

Bu safhada bütün bu intikaller son derece tedrici olmakla beraber geleneksel ve dinî otoritler de zayıflar, zira merkezî ve siyasî otorite bunların nüfuzlarını kendi lehine kısar. Hukuk bunların inhisarından kurtulur, ve siyasî otoritenin yeni hukukî düsturları vazettiği görülür. Meselâ özel öcalmalar, bizzat hakkını arama âdeti cemiyetin iç düzenini sarsması sebebiyle yasak edilir. Ancak bu safhaya gelmesi için, merkezî otoritelerin bu yasakları tahakkuk ettirmeğe kaadir bir hale gelmiş olması lâzımdır.

Ferdin aile otoritesinden yavaş yavaş kurtulması, hususî hukuk sahasında büsbütün bârizdir. İlkel toplumlarda evlenmeler dahi aileler arasındadır. Âkitler, anlaşmalarda taraf olanlar, ailelerdir. Ferdin kaderini, içinde doğduğu aile tâyin eder : o, ya tâbidir, ya reistir. Halbuki, cemiyet, tipi yerleşik Devlet tipine doğru gelişince, artık ferd, doğrudan doğruya devletin bir uzvu sıfatıyla bizzat hukuk normlarına muhatap olan, bunların bahşettiği hakların hâmili olan bir şahıs haline gelmektedir. O halde, ferdin yapacağı muameleleri, artık bizzat kendisi tâyin edecektir. Dolayısiyle, o, artık, tesadüfen içinde bulunduğu ailevî statü'nün tabiî değil, belki kendi razı olacağı, tercih edeceği anlaşmaların, mukaveleler'in tabiî olacaktır. İşte MAİNE'in vasıl olduğu diğer bir umumî tekâmül kanunu da budur : **cemiyetler tekâmül ettikçe, insanlar arasındaki hukukî meseleler statü'den mukaveleye doğru inkişaf eder.** Ferd, gittikçe kendi kendinin hâkimi olur (7).

2 — Hukukun tesbiti usullerinde gelişme merhaleleri :

Hukukun inkişaf seyrine gelince; ilk merhale, hukukî geleneklerin kararlar halinde teessüsüdür ki bunlar da kendilerine bir takım tabiat-üstü kudretler izafe edilen kâhin veya rahiplerin türlü garip usullerle keşfettiklerini iddia ettikleri hükümlerden meydana gelir. Her nizâ halinde nasıl davranılması gerektiğini bunlar bildirirler. Fakat bu bilgiler, gizli bilgi vasfındadır, ve ancak ufak bir zümrenin hafızasına tevdi edilmiştir.

İkinci safha ise eski Kanunnamelerde tedvin edilmiş hukuktur. Bunlar, üçüncü safhayı temsil eden Teşriî Faaliyet eseri Ka-

(7) SUMNER MAİNE — Ancient Law; Raprinted 1916. Sh : 178 (STONE nakleder : a.g.e. 456).

nunlar demek değildir. Eski devirlerden kalma Kanunnamelerin, bizim bugün anladığımız mânâda teşriî tasarruflar olmayıp, o zamanki örf ve âdetlerin tedvininden ibaret olduğunu MAİNE pek güzel belirtir. Gerek Romanın Oniki Levha Kanunları, gerek SOLON kanunları, gerek MUSA'nın on emri, hakikatte bir örf,ödet hukukunun tedvininden ibarettir. Esasen bu ilk safhalarda teşekkül eden mülkî iktidar tipleri, yeni baştan bir hukukî nizam tesisine kaadir olmıyacak kadar zayıf durumda olduklarından, uzun müddet bu mevcut örf hukukunu desteklemekle yetinirler. Hukukun bir sistem olarak tesisi ve eski dinî veya sihrî otoritelerden kurtarılarak ayrı bir hukukçular sınıfına tevdii çok daha sonra vaki olan bir haldir. Siyasî otorite, hususî öcalmalar, ailevî tenkilleri dahi ancak tedrici bir şekilde, azar azar ve tesadüfî hallerde menedebilmiştir. İşte siyasî otoritenin ilk zayıflık safhaları eski hukuk sistemlerinin bu kadar şeklî ve katı kalmalarını intaç etmiştir. Siyasî otorite geleneksel ve dinî hukuku, uzun müddet değiştirmeğe çekinmiştir (8).

Muhakeme usullerinin dahi uzun müddet sihrî karakterini muhafaza etmeleri ve toplumun kültür seviyesine yakışmıyacak kadar geri kalması hep ayni sebepten dolayıdır. Devletin adalet cihazının, hususî öcalmaların ve kendi kendine hakkını yerine getirmelerin yerine geçmesi pek geç ve güç olmuştur. O halde bu güç gelişme, hukuk hayatındaki bu değişmeler hangi yollarla, hangi vasıtalarla tahakkuk edebilmiştir?

MAİNE, esas itibariyle üç vasıtanın rol oynamış olduğunu söyler : a) hukukî fiksiyonların icadı, b) Hakkaniyet prensiplerinin müdahalesi (equity), c) Kanunlar ısdarı (teşriî faaliyet). Bu vasıtalardan herbiri, hukukî tekâmülün ancak belirli merhalesinde faydalıdır, daha mütekâmil safhasında değil.

a) Fiksiyonlar :

Cemiyetler muhtelif sebeplerle büyüyüp yayıldıkça, başka cemiyetlerle münasebetler tesis ettikçe, nihayet insan zekâsı gelişip geniş bilgiler kazanınca yeni yeni sosyal ihtiyaçların zuhur edişi tabiî bir vakıadır. Bu yeni sosyal ihtiyaçların, onlardan çok ev-

(8) SUMNER MAİNE — Early History of İnstitutions, 1888 Sh : 252 (STONE, a.g.e. Sh : 458).
Aynı konu üzerinde, sonradan N. TİMACHEFF esaslı bir şekilde durmaktadır ki kendisine «Bugünkü Hukuk Sosyolojisi Sistemleri»inde ayrıca temas edeceğiz.

vel teessüs etmiş birtakım eski hukukî müesseselerle karşılanması imkânsızdır. Ancak bu yeni ihtiyaçların karşılanması ne kadar zarurî ise, eski itibarlarını halkın nazarında hâlâ muhafaza eden, zira kökünü geleneksel ve tabiat-üstü inaçlardan alan bu eski hukuk normlarının riayet görmesi de sosyal huzur bakımından o kadar zarurî olur. Bu çıkmazdan kurtulmanın bir yek yolu kalır : hukukî fiksiyonlar icadı.

Hukukî fiksiyonların rolü, yeni ihtiyaçları karşılamak için, eski hukuk normlarına yeni bir mâna vermek, onları şu veya bu şekilde tefsir etmektir. MAİNE, bu fiksiyonların, hukukî değişmenin kundağını teşkil ettiğini, hukukî değişmelerin evvelâ fiksiyonlar içinde doğup gelişitğini söyler (the swaddling clotbes of Legal Change). Aşağı yukarı her hukuk sisteminde bu fiksiyonlara rastlanır. Meseaâ eski Romada vatandaş olmayanların dâva hakkı yoktu, ancak dâva **dilekçesinde kendisini hakiki bir vatandaş** olarak göstermesi suretiyle dâva açabilmesine müsaade edilmişti. Burada, yabancı sırf bu dâva hali için fatandaş farzediliyordu. İngiliz Hukukunda da buna mümasil haller çoktur. Diğer sistemlerde ayni misallere rastlanır : evlât edinme müessesesi gibi. Bu müessese hem ailenin gelişmesini **sağlar, hem de kan bağını** taklit suretiyle onun verdiği his heyecan birliğini yaşatır.

MAİNE, hukukî fiksiyon kavramını o kadar genişletir ki, pretörlerin daima eski Roma kanunlarını tatbik etmekle mükellef **oldukları faraziyesini dahi fiksiyon olarak kabul eder. Bu fiksiyon** sayesinde Romalı müçtehitlerin bütün yeni prensipleri, halka eski kanunların sadece tefsirleri olarak tanıtılmış, ve onlara olan geleneksel hürmet ve riayetten faydalanılmıştır. Ancak, fiksiyonlar belirli tekâmül merhalelerini atlatmaya yarar, yoksa sonuna kadar fiksiyonlarla idare edilemez. Zira bunlar hukukun anlaşılmasını güçleştirir ve tatbikatta karışıklığı mucip olur.

b) Hakkaniyet kaideleri : (equity)

Beşerî münasebetlerin çoğalması, çeşitlenmesi yeni ve daha aklî prensiplerin müdahalesini zarurî kılar. İşte bu safha hakkaniyet normlarının ortaya çıktığı safhadır. Artık hukukun tekâmülü bunların yardımı ile olur. MAİNE, hakkaniyet (equity) kavramı ile (Tabiî Hukuk) kavramını birlikte ele alır. Onun tarifince hakkaniyet kaideleri, bir cemiyette mevcut asıl hukuk kaidelerinin yanıbaşında yer alan ve temsil ettikleri (ahlâkî) değerler dolayısiyle bu müs-

bet hukuk kaidelerinin yerine geçmeğe lâik oldukları kabul edilen bir takım düsturlar mecmuasıdır. MAİNE, hakikatte bunların da büyük çapta fiksiyonlardan ibaret olduklarını ancak mevcut hukuktan daha aklî, daha ahlâkî birtakım kaideler vasfında oldukları için mevcut hukukun tekamülüne yaradıklarını kabul eder. Meselâ şahsiyet hakkının gelişmesi ve genişlemesinde, mülkiyet intikalindeki formalitelerin hafifletilmesinde, mihanikî muhakeme usullerinin yerini aklî usullerin konmasında, bazı ahlâkî vazifelerin hukukî müeyyidelere mazhar edilmesinde bu hakkaniyet ve tabiî hukuk fiksiyonlarının pek büyük rolü olduğunu MAİNE artık herkesçe bilinen hakikatler sırasına yükseltmiştir. Filhakika, hakkaniyet ve tabiî hukuk fiksiyonları, mevcut hukukun, kendisine göre ayarlanacağı daha başka bir a k l î h u k u k 'un varlığı iddiasına dayanır ki bu, mevcut hukukun tadilini m e ş r u göstermeye yarar (9).

c) Kanunlar :

Bununla beraber, hukukî değişmenin bir üçüncü vasıtası daha vardır ve bu, yegâne vasıta olmamakla beraber, cemiyetlerin modern safha ve seviyelerine uygun olan bir şeydir : Kanun vazı.

MAİNE, teşriî faaliyetin, modern cemiyet hukukunun yaratılmasındaki rolünü pek iyi takdir eder. Bu hakiki bir inkişaf vasıtasıdır. Kendisi teşriî faaliyetin kesafet kazandığı bir devirde yaşamış ve SAVİGNY gibi, kanunlaştırmayı küçümsemek hatasına sapmamıştır.

3 —MAİNE'in hizmeti :

MAİNE, kendi zamanında belirli sosyal ilimlerin inkişaf etmemiş olması sebebiyle bütün bu iddialarını ancak şahsen toplayabildiği kaynaklara istinat ettiriyordu. Antropoloji, Etnoloji gibi ilimlerin gelişmeleri, onun vardığı bir çok sonuçları tekzip etmiştir. Bu cümleden olarak, eski hukuk sistemlerinde dinî rengin pek fazla hâkim olduğu yolundaki iddiası, HAMMURABİ Kanunu gibi, kadim olmakla beraber lâyik karakteri galip kanunların keşfi ile biraz sarsılmıştır. Keza, baba nesebine dayanan aile tipinde ısrarı, ana nesebine dayanan aile tipi hakkındaki keşiflerle ehemmiyetini

(9) JULİUS STONE — a.g.e. Sh : 458 Not 30 (Konu ile ilgili zengin bibliyografya).
SUMNAR MAİNE— Ancient Law 1930 ed. Sh : 31-33 (STONE Sh : 459/33).

kaybettirmiştir. Nihayet, her cemiyetin behemehal belirli tekâmül safhalarından geçtiği, aynı istikamette geliştiği yolundaki tezi de teyit edilmemiştir. Gerçi birçok cemiyetler hakkında bu seyir şekli vârit olabilir. Fakat bu, bütün cemiyetlere teşmil edilemez. Bugün, bu tekamül merhaleleri olarak tasvir edilen cemiyet ve hukuk tiplerinin, birbirinden müstakil şekilde olarak kabulü, yani bir gelişme zamanın safhaları olarak değil de, muhtelif cemiyetlerin ana tipleri olarak kabulü daha isabetli bir hareket mebdei teşkil etmektedir (10).

MAİNE'e yapılan belli başlı itirazlardan biri de cemiyetlerin Statüden Mukaveleye doğru geliştiği iddiasıdır. Acaba hukukî tekâmülde böyle bir k a n u n 'dan bahsetmek caiz midir? Bir çokları MAİNE'in iddiasının ekonomik sahada tekzip edildiğini, köle-efendi münasebetinin (statü durumu), işveren-işçi münasebetine (mukavele durumu) intikalinden sonra modern sanayiin gelişmesi sonunda kollektif mukaveleler ve iş yeri statüleri v.s. gibi birtakım yeni nizamî durumların tekrar meydana geldiğini, fertlerin tekrar çeşitli statülerin tâbiî durumuna düştüklerini mukabil delil olarak ileri sürmüşlerdir. Bu vakıa doğru olmakla beraber MAİNE'in Statü durumu ile bilhassa Ailevî münasebetleri murat ettiği düşünülürse, kendi iddialarına hak vermek gerekir (11). Bugünkü statü durumları doğumla taayyün eden durumlar sayılamaz. Bundan başka ferde, içinde bulunduğu Statüden kurtulmak imkânı tanınmıştır. Esas itibariyle bu statülere (işçilik, memurluk ilh..) girmek ihtiyarîdir. hiç değilse hukuken böyledir. Halbuki aile bağlarındaki durum, hakikaten eski devirlerle mukayese edilirse, statüden akde doğru bir gelişme olduğu inkâr edilemez : evlenme aileler arası değil, artık fertler arası bir anlaşma halini almış, kadın hukukî takyitlerden, bir nevi mahcurluktan kurtulmuş,

(10) MAİNE'in esas iddialarının tenkidi ve bilhassa tek istikamette hukukî tekâmül tezinin tartışılması için bak :
F. W. MAİTLAND — History of English Law, II, 237, 345.
F.W. MAİTLAND — Collected Papers, I, 285 (MAİNE'in kaynakları tenkidi bir şekilde araştırmamış olması İlh).
SİR PAUL VİNOGRADOFF — Principes Historiques du Droit. (İntroduction - Droit de la Tribu) (Tr. fr. P. DUEZ, Paris 1924, Sh : 160 ve dv.).

(11) EDWİN W. PATTERSON — Jurisprudence, Men and İdeas of the Law, Brooklyn 1953. Sh : 418 (PATTERSON, «statüden mukaveleye doğru gelişme kanunu için, MAİNE'in «şimdiye kadar» böyle olmuştur demekle geleceğe matuf bir kehanette bulunmayıp sadece tarihi müşahede ettiğine işaret eder ve onu, hakkındaki tenkidlerden korumak ister).

oğul hak süjesi olmuş, hülâsa şahıslar daha müstakil ve kendi kaderine sahip, kendi rızalarıyla bağlı hale gelmişlerdir. Demek ki aile hakkında MAİNE'in farkettiği gelişme vârittir. Münakaşa ancak ekonomik münasebetler hakkındadır.

MAİNE'in bahsettiği ikinci Kanuna yani, merkezî siyasî iktidarın kuvvetlenmesi ile ferdî hürriyetin çoğalacağı görüşüne gelince, burada MAİNE'den sonraki sosyal gelişmeler aksi istikamette alâmetler göstermekten hâli kalmamıştır : fert hürriyeti eskiden âile câmiası içinde erirken bu merhaleden Mülkî Devlet merhalesine geçiş âilenin otoritesini kırmak bakımından ferd için bir ferahlama tesiri yapmıştır. Fakat modern cemiyette âileden çok daha başka yeni zümreler teşekkül etmiş, siyasî birlikler doğmuş, ferd bu sefer de hürriyetini bu yeni teşekkül eden sosyal zümrelere intisapla kaybetmeye başlamıştır ki bu, çağdaş Hukuk Sosyolojisinin meşgul olduğu problemlerden biridir. Nihayet, Modern otoriter devletlerin teşekkülü ferdî hürriyeti efsane haline sokacak kadar hafifletmiş veya bambaşka mânâda tefsirine sebep olmuştur. O halde bu kanun da evrensel mahiyette değildir.

Bütün bunlara rağmen, yaşadığı zaman nazara alınacak olursa, MAİNE'in hizmetini takdir etmemek mümkün olmaz. O, esas itibariyle son derece güç bir işe girişmiştir : hukuk ve adalet kıymetleri ile, bunları doğuran dış sosyal şartlar arasındaki münasebetlerin keşfine. Bunun bugün için dahi ehemmiyetini ve zorluğunu muhafaza eden bir problem olduğunu kayda lüzum yoktur. Bu mülâhazaların dışında söylenebilecek şey, MAİNE'in kadim hukukî müesseselere ve bunların sosyal fonksiyonlarına nüfuz edebilmek ve hukukî değişmelerdeki sosyal ve fikrî âmillerin iç yüzünü deşebilmek kabiliyetinin takdirinden ibarettir. O, her hukukî müessesenin neden ve hangi faktörlere dayanarak yaşadığını, hangi sebeplerle ve hangi vasıtalara başvurularak değiştirildiğini, aynı sosyal şartların aynı cemiyet tipinin ayni müesseselere vücut verişinin sebeplerini açıklamak istemiştir. Bu, yeni bir İlim dalı olan Hukuk Sosyolojisinin sahip çıktığı bir konudur ve kendisinin sahamızın yakın habercilerinden (veya mübeşşirlerinden) olduğunu kabul etmemiz zaruridir. Kendisinden sonra kazanılmış olan antropolojik, etnolojik ve sosyolojik bilgilerden mahrum bulunması dolayısiyle vardığı sonuçların bir kısmı yanlış veya fazla acele edilerek varılmış neticeler durumunda ise bundan kendisini mesul tutmak pek doğru olmasa gerektir. Vakıa bu, bütün sosyologlara gerekli olan bir ikaz teşkil

edecektir. Ancak hemen bütün sosyologlarda da kendi zamanlarına kadar edinilmiş bilgilerden umumî temayüller keşfetmek ihtiyaç veya zaafı (!) müştereken müşahede edilmektedir. İlmin amacı genellemelere varmak olduğuna göre bu durumu fazla tenkid etmemek gerekir. Her buluş hilâfını isbat eden yeni araştırmalara kadar muteberdir, ancak bu, buluşların tekerrür etmemesini gerektirmez. Bilâkis bunlar, gelecek araştırıcıların zihinlerini kurcalayıcı, tenkidî incelemelere sevkedici muharrikler telâkki edilmelidir.

B. FUSTEL DE COULANGES (1830 - 1889) :

Strazburg'da, Paris'te (Sorbonne'de ve Ecole Normale'de) uzun müddet profesörlük yapmış olan Fransız Hukuk Tarihçisi FUSTEL DE COULANGES, eski Yunan ve Roma hukuk sistemlerinin mukayeseli araştırılmasını ihtiva eden Kadîm Site (La Cité Antique) adlı eseriyle meşur olmuştur (12). Bu eserde ileri sürülen esas fikir, kadim Yunan - Roma hukukî ve siyasî müesseselerin, çağdaş batı dünyasının anlayışıyla değil, bizzat bu eski cemiyetlere hâkim olmuş olan zihniyetin, fikrî ve manevî âmillerin ışığı altında tetkiki lüzumludur.

1) Filolojik ve tarihî metod :

FUSTEL DE COULANGES, Fransızların, eski Yunan - Roma medeniyetinin vârisleri sıfatiyle bu devrin müesseselerini kendi çağdaş anlayışlarına göre kıymetlendirmelerine itiraz eder. Bu tarz hareket, bu müesseselerin hakiki mahiyetini anlamaya en büyük engeldir. O halde yapılacak şey Yunan - Roma câmiasının hukukî ve siyasî hayatını, tıpkı Batı âlemine yabancı bir câmianın bir Arap veya bir Hind cemiyetinin tetkikinde olduğu gibi, kendi peşin kanaatlarımızdan tecerrüd ederek incelemektir (13).

FUSTEL DE COULANGES'ın bu tavsiyesi, eski cemiyetlerin müesseselerini bugünkülere kıyas suretiyle anlamaktan doğan hataları önlemeyi istihdaf etmektedir ki tamamen yerindedir. Ancak, o, bütün hukukî ve siyasî müesseselerin izahında bir tek âmili e s a s f a k t ö r telâkki etmek zaafını gösterir. Bu dinî inançlar-

(12) FUSTEL DE COULANGES'in başlıca eserleri :
La Cité Antique, Paris 1864.
L'Histoire des İnstitutions politiques de l'ancienne France, 1857.

(13 FUSTEL DE COULAGES — La Cité Antique, (Edition HACHETTE) Sh : 2.

dır. FUSTEL DE COULANGES'a göre, Yunan - Roma tarihinin bugünkü müsseselerimizden apayrı müesseselerle dolu oluşu, Yunan - Roma medeniyetindeki insanların bizlerden apayrı şeylere inanmış, tamamen farklı dinî inançlarla yetişmiş olmaları ile izah edilmelidir. Bize garip gelen, hattâ mânâsız gelen birçok müesseleri, türlü tevil ve tevsirlerle bugünkü anlayışımız bakımından mânâlandırmaya çalışacak yerde bizzat bu müesseseleri kurmuş, yaşatmış olan insanların görüş açısından onlara bakmasını bilmemiz lâzımdır. Bu takdirde her şey aydınlanacaktır. FUSTEL DE COULANGES'ın bu görüşü tamamen sosyolojiktir. Ancak, ilerde göreceğimiz gibi, her meseleyi tek âmile raptedişi hatalıdır.

Filhakika, Eski Yunan - Roma Hukukunda rastlanan bugün için garip müesseselerin mânâsını bize eski Yunan - Roma inançları mükemmel bir surette izah eder. İnsan, biolojik bir varlık olarak yüzyıllar boyunca aynı kalmakla beraber onun bir tarafı daimî tekâmüle tâbidir : zekâsı. İşte bu düşünme kabiliyetindeki gelişmedir ki yeni müesseselerin zuhrunu intaç eder. İnsanların düşünüş tarzları, inançları nasılsa, müesseseleri, âdetleri ve kanunları da ona göredir. Bundan başka bu hukukî ve siyasî müesseselerin hayatı, umumiyetle, düşünce inkilâplarından sonra da devam eder. Bu itibarla, bir devrin yaşayan hukukî müesseselerini izah için de umumiyetle o devirden evvelki çağlardaki inanç şekillerine kadar inmek gerekir. Meselâ ÇİÇERO zamanındaki hukukî müesseseler, ÇİÇERO'dan çok daha evvelki Roma cemiyetinin inançlarına göre teessüs etmiştir. FUSTEL DE COULANGES bölece, hukukî ve siyasî müesseselerin, fikrî faktörleri arkadan takip ettiğini, onlardan daima biraz geride kaldıklarını da tebarüz ettirir ki bu, sosyal değişmelerin çağdaş izahına uyar : hukukî değişmeler gerek fikrî gerek maddî değişmeleri arkadan takip ederler. Yeni bir fikrin, yeni bir inanç şeklinin derhal müesseselerde ifadesini bulması, kendi gereği olan hukukî müesseseleri bir anda yaratıvermesi, siyasî ve hukukî hayatın ancak nadir ve istisnaî merhalelerinde vakidir.

O halde kadim sitenin müesseseleri de, bizce malûm olan tarihî zamanlardan çok daha önceki devirlerin inanç tortularıyla dolu olmak lâzımgelir. Bunlar nasıl keşfedilecektir? Bu hususta filolojik araştırma imdada yetişir. Eski çağlardan intikal eden efsaneler, destanlar, sözler, tâbirler, ilâhiler, şarkılar bize eski insanların inançları hakkında enteresan ip uçları verir. Hülâsa edebî mahsullerin

tahlilinden biz eski insanların zihniyetlerine, inançlarına intikal edebiliriz. Bu itibarla araştırmalarımızı ancak hakkında hukukî vesikalara sahip olduğumuz devre inhisar ettirecek değiliz (14).

O halde biz, eski Yunan-Roma cemiyetlerinin en eski durumları hakkında (Solon kanunlarından ve Oniki Lâvha kanunlarından çok daha evvelki durumları) bu filolojik ve tarihî araştırma metodları ile belirli bilgiler toplayabilir, bu zamanların hukukunu tasavvur edebiliriz.

2 — Kadim Sitede cedde tapma dini :

Yunan-Roma cemiyetlerinin, hakkında bilgiler edinebildiğimiz en eski safhası Milâttan evvel VII inci yüzyıla yakın zamanlardır. Bu, henüz felsefenin doğmadığı, bütün zihinlerin, ne zaman teessüs ettiği kestirilemeyen bir eski dinin (cedlere tapma) nüfuzu altında bulunduğu bir devri temsil eder. Bunun, Yunan-Roma bölgelerine Orta Asyadan gelip yerleşen kavimlerin daha orada iken sahip oldukları bir din olduğu da tahmin edilebilir. İşte Yunan-Roma klanlarında (gens) hâkim olan bu ilkel dinî inancın özellikleri, FUSTEL DE COULANGES'a göre bu cemiyetlerin bütün hukukî müesseselerini izaha kâfidir (15). Şöyle ki; bu dinin esası, ölen ceddin, mezarında kendi hayatına devam ettiğine, yeryüzünde bıraktığı hısımlarının kaderleriyle ilgilendiğine, onlara müessir olduğuna, onları koruduğuna, buna mukabil onlardan bazı vazifeler talep ettiğine, kurbanlar, ikramlar, âyinler, dualar beklediğine inanmak etrafında toplanabilir. Ölen ced, kendi soyunun kaderi üzerinde hâkim olma kudretini kazanarak adeta ilâhlaşır. Soyu, bütün dinî mükellefiyetini ona tapmakla yapar. Din bu ibadetin kaidelerinden, merasimlerinden, mükellefiyetlerinden ibarettir.

Dinî mükellefiyetlerin ifa edileceği yer ise, ölen ceddin mezarıdır. Mezar her ailenin içinde yaşadığı toprağın hududu içinde bulunur. Ev içinde mezarı temsil eden bir ocak vardır ki daima yanması lâzımdır. Ceddin ruhu bu alevlerde tecelli eder. Ocağın yakılması dinî bir vazifedir, ancak yetkili kimse, yani kalan soyun başı olan aile reisi tarafından yakılabilir. Ceddin mezarı, soy dininin mihrabı demektir ve soy, dinî görevlerini yerine getirmek için orada ya-

(14) FUSTEL DE COULANGES — La Cité Antique, Sh: 5.

(15) FUSTEL DE COULANGES — La cité Antique, 1864 (Hachette éd.) Sh: 63, 223, 225, 230.

şamaya mecburdur. Buna mukabil, bu yere yabancı soydan olanın girmemesi, ibadet ve âyine katılmaması şarttır. Ced mezarının bulunduğu yerler kutsaldır (16).

3 — Dinden doğan hukukî müesseseler :

Bu basit inancın hukukî safhadaki akislerine gelince, bu evvelâ aile reisinin üstün ve hudutsuz kudretinde, sonra erkek cinsinin dinî liyakati sebebiyle üstün tutuluşunda, nihayet evsiz, barksız, ocaksız bir zümrenin din-dışı sayılmasında kendini gösterir.

Aile, birkaç kuşaktan mürekkep, erkek nesebine dayanan bütün akrabaların yüzlerce insanı içine alan soy cemaatları (gens) şeklindedir. Bu cemaatin başı, cedde en yakın ve yaşayanların en ulusu olan erkektir. P a t e r kelimesi aslında kudreti ifade eder: o, yalnız karısı ve çocukları üzerinde değil, küçük kardeşleri ve onların füruu üzerinde de hâkimdir. O, aile cemaatına dahil olan bütün ferdlerin âmiridir, onlar hesabına bütün hukukî eylemleri yapar, bütün ibadet ve âyinleri idare eder, ve onlar üzerinde kaza kuvvetini kullanarak onları cezalandırır, gerekirse öldürür, gerekirse dinden çıkarır, veya satar (17).

Toprak mülkiyetinin menşei aynı dinî inançlarda aranmalıdır. Diğer birçok kavimlerde meselâ cermenlerde, islâvlarda, tatarlarda toprak hususî ailelerin mülkü olmamıştır. O, cemaatin müştereken veya münavebe ile kullandığı bir şeydir. Ancak mahsul hususî istihlâk için tevzi edilir. Halbuki Yunan-Roma klanlarında toprak ailenin mülkiyetindedir. İçinde kendi ceddinin kabri olan bir toprağı başkasına satmak günahların en büyüğüdür, bu, yapılamıyan bir şeydir (18). Aile reisinin kudreti oraya kadar uzanamaz, zira bu kudreti bahşeden bizzat dindir.

c) Nesep alâkasının dinî karakteri :

Baba, biolojik durumundan değil, din kendisini ehil telâkki ettiği için bu üstün kudrete sahiptir. Keza, yetişmiş ve bizzat babalık

---

(16) FUSTEL DE COULANGES — La Cité Antique, 1864 (Hachette éd.) Sh: 21 - 22, 31 - 38.

(17) FUSTEL DE COULANGES — La Cité Antique, 1864 (Hachette éd.) Sh: 98 - 103.

(18) FUSTEL DE COULANGES — La Cité Antique, Sh: 70 «Mülkiyet hakkını teminat altına alan, ilk zamanlar, kanun değil, dindi. Her mülk, kendisini gözleyen aile tanrılarının nezareti altında idi.»

durumuna gelmiş oğul, tabiat bakımından korunmaya muhtaç olduğu için Pater Familiyas'a tâbi değildir. Din öyle emrettiği için ibadet yetkisini ona değil hayatta olan babasına tanıdığı için ona tâbidir. Keza Pater'in dinî merasim ile evlenmeksizin meydana getirdiği çocuk üzerinde bir otoritesi yoktur. Zira otoritenin menşei fizikî kudret değil, dinî üstünlüktür (19).

ç) Erkek üstünlüğünün dinî menşei :

Erkek çocuk, baba öldükten sonra onun yerini alacak, dinî merasim ve vazifeleri bizzat yapacaktır. Onun için, onun miras hakkı vardır. Kız evlât başka aileden birisiyle evlenecek ve evlenme için baba dininden azat edilecektir, bu suretle koca soyunun dinine alınması mümkün olacaktır. Zira bir insan asla iki dine sahip olamaz. O halde kız evlât vâris olamaz (20). Esasen kadın mal sahibi olamaz, tasarrufta bulunamaz, şahitlik edemez ilh..

d) Evliliğin kutsallığı :

Bununla beraber evlenme dinî bir müessesedir ve sıkı dinî merasimlere tâbidir. Boşanma dinden çıkmayı gerektirir. Bu itibarla evlenme biolojik arzuların tatmininden ziyade dinî bir vazifenin ifası sayılır. Bekârlık yasak ve günahtır (21). Boşanma dinî camianın bir ferdden mahrum edilmesidir ki ancak kısırlık hallerinde veya mühim suçluluk halinde mümkündür. Müessesenin bu ciddiyeti poligaminin teessüsüne mâni olmuştur. Yunan-Roma cemaati, ne kadar geriye gidilirse gidilsin daima monogamdır.

e) Evlâd edinmenin dinî sebepleri :

Nihayet, evlât edinme müessesesi, dinî görevleri yerine getirebilecek ehliyette evlâdı olmayan veya evlâtları bu ehliyetini kaybetmiş olan aileler için bir zarureti karşılar. Bu fiksiyon sayesinde aile ocağı sönmekten kurtulur. Onu sürdürecek bir erkek, dinî usullere göre evlât edinilir, ve kan hısımı gibi kabul edilir. Buna mukabil çirkin suçlar işleyen hakiki evlât dinden çıkarılır, aile cemaatinden koğulur. İşte bütün bunlara istinat ederek FUSTEL DE

---

(19) FUSTEL DE COULANGES — La Cité Antique, Sh: 31 - 38, 58 »Akrabalık, doğum gibi maddî bir fiile değil, dine dayanır. Keza, Familia tabiri aslında mülkiyeti ifade eder, bu tarlayı, evi, parayı, köleleri içine alan bir mefhumdur.» Sh: 118.

(20) FUSTEL DE COULANGES — La Cité Antique, Sh: 78.

(21) FUSTEL DE COULANGES — La Cité Antique, Sh: 21.

COULANGES der ki, akrabalığı tesis eden tabiat değil, dindir (22).

4 __ Hususî hukukun Devletten çıkmayışı :

Böylece aile bağlarından mülkiyet bağına, şahsî statülerden akit şekillerine kadar bütün ilkel hukuku bugün anladığımız anlamda bir Kanun Koyan vazetmiş değildir. FUSTEL DE COULANGES, bunu edebî bir üslûpla pek güzel belirtir ve hususî hukukun Devletten çıkmadığını, belki kendisini ona kabul ettirdiğini ispat eder: «Aile, kendi kanunlarını Site'den almadı. Eğer Hususî Hukuku, Site (Devlet) yaratmış olsaydı, herhalde bunu gördüğümüzden bambaşka bir şekilde yaratırdı. Devlet, mülkiyet hakkını, miras hakkını harhalde başka prensiplere göre düzenlerdi; zira, toprağın devir ve intikal edemeyişi, mamelekin parçalanmayışı Devletin menfaatına olan bir şey değildir. Babaya, oğlunu satmak hattâ öldürmek yetkisini veren kanun, ki bunu Yunanistanda Romada buluyoruz, Devlet tarafından icad edilmiş değildir. Devlet olsaydı, babaya daha ziyade şöyle derdi: «Karının, çocuklarının ne hürriyetleri ne de hayatları artık sana ait değildir. Ben onları, icabında sana karşı dahi koruyacağım. Kusur ederlerse anları yargılayacağım veya öldürecek olan benim. Onların hâkimi, yalnız ben olacağım.»

Eğer Devlet böyle konuşmuyorsa, böyle konuşmaya muktedir olamıyor demektir. Zira Hususî Hukuk ondan evvel mevcuttur. Devlet, kendi kanunlarını yapmaya başladığı zaman bu hukuku örflerde yerleşmiş, kökleşmiş, canlı ve herkesin iltihakı ile kuvvetlenmiş bir halde buldu. Başka birşey elinden gelmediği için onu kabule mecbur oldu ve ancak uzun zaman sonra tadil edebildi. Kadim hukuk, Kanun koyanın eseri değildir. O, bilâkis, Kanun koyana kendini kabul ettirmiştir. Onun doğduğu muhit, ailedir. O, kendisini tesis eden kadim prensiplerden spontane bir şekilde ve tamamlanmış olarak çıkmıştır. O, bu kavimlerin ilkel çağında evrensel bir şekilde kabul edilmiş olan, zekâ ve iradeler üzerinde hüküm süren dinî inançlardan fışkırmıştır.» (23).

5 __ Aile dininin sosyal sonuçları: pleb sınıfı

Bu âile dinlerinin diğer hukukî neticesi de bu dinlerden şu veya bu sebeple mahrum kalmış ferdlerin ayrı bir zümre sayılması ve cemaat-dışı telâkki edilmesidir. Özel dinler, âdeta âile patrimuanı-

(22) FUSTEL DE COULANGES __ La Cité Antique, Sh: 55 - 59.
(23) FUSTEL DE COULANGES __ La Cité Antique, Sh: 92.

na dahil bir nimet gibidir. Aile ise tabiî rabıtaların sonucundan ibaret değildir. Bu, toprağa bağlı bir aristokrasinin özellikleriyle izah edilebilir. Yabancı olarak gelip bir şehirde yaşamak, yahut bir soydan koğulmak, dinî olmayan bir birleşmeden doğmak, zina mahsulü bir çocuk olmak ilh.. gibi sebeplerle birbirinden tamamen ayrı sosyal menşelerden gelen birçok insanlar bu aile tipinin dışında kalmakta ve dolayısıyla kendine mahsus bir cedde, bir ced mezarına, bir toprağa, bir dine sahip bulunmaktadırlar.

Roma pleblerinin, Romalılarca fethedilen bölgelerin en eski halkları olduğu yolundaki kanaat durumu izaha kâfi değildir. Pleb-ler aslında «din» siz, «ocak»sız insanlar demektir. Böylece Gerek Yunanistanda, gerek Romada cemaat-dışı sayılan bir halk kitlesi türemiştir ki bunların ne hakları ne vazifeleri vardır. Hayatları dahi cemaatin himayesi dışındadır. Askerlik görevine dahi iştirak edemezler. Bunlar âilesi olanlarla (Öpatritler, patriçiler) evlenemezler, onların âyinlerine iştirak edemezler, kendi aralarında her türlü kutsallıktan mahrum olan birtakım tabiî birleşmelerle hayatlarını ve nesillerini idame ederler.. Hülâsa bunlar, iktisadî mahrumiyetten daha büyüğüne maruzdurlar: din ve dolayısıyla içtimaî durum mahrumiyeti, hukukî statü mahrumiyeti.

6 — Toplum tiplerinin gelişmesi ile yeni Tanrıların ve dinlerin doğuşu :

Muhtelif âile cemaatlarının zamanla birbirleriyle barışçı münesebler tesis ederek daha geniş ve çeşitli soyları içine alan birlikler halinde yaşamaları, derhal bu daha geniş birliklere has birtakım ülûhiyetlerin tasavvurunu zarurî kılmış c u r i e veya p h r a t r i e ilâhları ve bunlara mahsus mihraplar ve din şefleri ortaya çıkmıştır (24). Bu durum, c u r i e 'lerin birleşmesiyle teessüs eden t r i b u'leri (kabile)n de kendilerine mahsus koruyucu tanrılar, dinler ve dinî şefler yaratmasını intaç etmiş, nihayet bu kabilelerin aynı coğrafi bölge içindeki birleşmeleri (Cité) devletini doğurmuştur. Sitelerin kurulması ise gene site dinlerinin ve site hâmisi olan tanrıların tasavvurunu intaç etmiştir. Sitelerin teşekkülü, ölen cedlerin tanrılaşması fikrinden, Tabiat kuvvetlerinin tanrılaştırılması fikrine doğru bir tekâmülü ifade eder. Siteler, içlerinde çeşitli kabileleri, çeşitli c u r i e'leri, nihayet çeşitli soyları ihtiva eden siyasî

(24) FUSTEL DE COULANGES — La Cité Antique, Sh: 131 - 135.

konfederasyonlardır. Bununla beraber, bir site, diğer siteye karşı bağımsız bir siyasî ünitedir. Ona karşı kendisini koruyacak ülûhiyetlere muhtaçtır. Bunlar soy ve kabile tanrıları olamaz. Çünki bunlar inhisarî zümrelere hastır. O halde, kan ve kabile farklarının üstündeki kuvvetleri temsil etmelidirler. İşte böylece her soydan insan üzerinde müessir tabiat kuvvetlerinin tanrılaştırılması fikri doğmuş ve site dinleri politeist olmuştur (25).

Esasen, şehirler (Ville) kendisine «Cité» dediğimiz siyasî birliklerle beraber doğmuş, onların merkezini teşkil etmiştir. Şehirler ilk kuruldukları zamanlar şehir halkının iskân edildikleri yerler vasfında değillerdi. Sitenin unsurları olan âileler, soylar, kabileler kendi arazilerinde oturmakta devam ediyorlardı. Şehirler ise siyasî toplantıların yapıldığı, site dinî âyinlerinin icra edildiği, müşterek işlerin görüşüldüğü bir toplanma yeri vasfında idiler (26). Site dini, bütün kabilelerin üstünde, bütün âile reislerinin sayacağı bir müşterek din şefinin zuhurunu zarurî kılmıştır ki, bu şef artık «Kral»dı. Krallık kudretinin menşei, kuvvet üstünlüğü değil, dinî fonksiyon üstünlüğüdür ve ilk krallar Site dininin ilk rahipleridir. Vazifeleri kurban takdimi, âyin icrası, ocağın bakımı, dinî ziyafetlere riyaset, Site adına âyin icrası, Tanrıların gazabını teskin görevi gibi şeylerdir (27).

7 — Krallık otoritesinin dinî menşei :

Kralların bu manevî otoritelerinin zamanla siyasî otoriteye kalbolmasında şaşılacak bir şey yoktur. İlkel cemiyetlerde ferdin itaatı, onun ancak birtakım tabiat-üstü kuvvetlere inanmasıyla sağlanır. Merkezî ve dünyevî otoritenin henüz teşekkül etmediği sahalarda itaat edenle edilen arasındaki kuvvet farkı fazla değildir. Meğer ki bu birisinin göünmez kuvvetlere sahip olduğuna inanılmak bakımından bir farkı ifade etsin. Böylece, itaat ancak dinî nasların gösterdiği makamlara karşı mevcuttur. Kral ise bu durumda olan bir kimsedir. Kendisine gösterilen itaatı siyasî işlerde de talep etmek ancak bir zaman meselesi olmuş ve krallar bilhassa halk sınıfını okşuyarak aile aristokrasisinin elindeki fiili sosyal kuvveti hudutlandırmak istemişlerdir (28). Gittikçe sayıları fazlalaşmakta olan bu sınıfa isti-

(25) FUSTEL DE COULANGES — La Cité Antique, Sh: 136.
(26) FUSTEL DE COULANGES — La Cité Antique, Sh: 151, 276.
(27) FUSTEL DE COULANGES — La Cité Antique, Sh : 202.
(28) FUSTEL DE COULANGES — La Cité Antique, Sh : 206.

natla âile reislerinin kuvvetlerini kısmaya başlayan krallar aleyhine ilkaristokratik ihtilâller başgöstermiş ve âile reisleri, yıkılmak üzere olan eski nizamı korumak gayretini göstermişlerdir. Kralların siyasî kudretleri alınmış ve kendilerine dinî görev ve yetkileri bırakılmıştır (22).

8 — Dinî inançların zayıflaması sonunda pleblerin talebleri ve lâik hukuk sisteminin doğuşu :

Ancak, bu, eski sosyal nizamın devamında menfaattar olan aristokrasinin ihtilâlleridir. Halbuki, hiçbir sosyal müessese ilânihaye devam edemiyecektir (30). Bu eski sosyal nizamdan memnun olmayan, onun yıkılmasında menfaattar olan sınıflarsa insan zekâsının türlü gelişmeleri ile uyanmışlar, daha başka ihtilâllerle bu nizamı değiştirmeye muaffak olmuşlardır. Paranın keşfi, yeni harp âletlerinin imali usullerini çeşitli san'atları meydana çıkarması, ticaretin genişlemesi, nazarî düşüncede uyanmalar ve dinî inançların sarsılması, sanatta kaydedilen terakkiler eski sitelerin zihniyetini tamamen değiştirmeye (31) eski inançları ve bunlara dayanan müesseseleri sarsmaya başlamıştır. Bütün bu değişmeler sonunda o zamana kadar saf-dışı sayılan, soydan, dinden, ocaktan mahrum zümreler bir takım kıymetleri yani bilgiyi, zanaatı, san'atı, serveti elde etmeye başlamışlardır. Menkul serveti temsil den para, toprak servetini ikinci plânda bırakmış, aristokrasi fakirleşmeye, plebler zenginleşmeye, bilgi ve kültür kazanmaya başlamışlardır. Evvelce cemaat-dışı sayılan bu zümre sosyal bakımdan kuvvetlenmiş, ancak dine dayanan sıfatlardan ve haklardan mahrum

---

(29) FUSTEL DE COULANGES — La Cité Antique, Sh : 301.

(30) «Kadim Site, bir cemiyetin ilânihaye sürüp gitmesi için nasıl kurulması lâzımsa öyle kurulmuştur. Bununla beraber bütün beşerî şeyler gibi o da bir sıra ihtilâllere maruz kaldı. Kadim Siteyi yıkan sebepler ikiye irca edilir; biri, insan zekasının tabiî inkişafı neticesinde vukua gelen değişikliktir. Bu değişme, eski inançları silmekle, bunların tesis ettiği ve ancak bunların tutabildiği müesseseleri de yıkmış oldu. Diğer sebeb ise, Site teşkilâtının dışında kalan bir sınıfın varlığı idi ki bu sınıf mevcut teşkilâttan muztaripti ve onun yıkılmasında menfaattardı, onunla ardı arası kesilmeden savaşmaktaydı».

(La Cité Antique, Sh : 271) Keza : «İnsanın tahayyül edip kurduğu cemiyet şekillerinden hiçbiri değişmez cinsten değildir. Bu «Kadim Site» de kendinde bir hastalık ve ölüm tohumu taşıyordu : Bu muazzam eşitsizlik.» Sh : 282.

(31) FUSTEL DE COULANGES — La Cité Antique, Sh : 325 - 326.

bulunmuştur. Dine dayanan hukuk nizamı artık sosyal ihtiyaçları karşılayamaz bir hale gelmiş, ve plebler kendilerine yakışan hakların elde edilmesini istemişlerdir. Bu hukuk mücadelesi safhalarında Yunanistanda öpatritlerin, Romada patriçlerin bütün dirayeti, pleplerin taleplerini aksettirecek şekilde hukuk tadilâtı yapmalarındadır ki bunlar SOLON kanunları ile on iki levha kanunlardır. Böylece, menşeini eski ocak dininden almayan lâik bir hukuk sistemine olan ihtiyaç tatmin edilmiş, eski müesseseler tadil edilerek tamamen yıkılmadan korunmuş ve cemiyete fazla sarsılmadan devam etmek imkânı sağlanmıştır (32).

9 — Lâikleşmenin eski hukukî müesseselere tesiri :

Bu kanunlarda baba otoritesi kısmen zayıflamış (meselâ oğlunu üç defadan fazla satamıyacağı, satarsa çocuğun azad olacağı kabul edilmiş), miras hukukunda vasiyet esası, üstü kapalı bir şekilde yer almış (satış suretine bürünmüş), ana hısımlarına, tâli derecede de olsa, bir miras payı tanımış (Solon k.), siyasî haklar ailelerin mükteseb aristokratik durumlarına göre değil ferdin servet derecesine göre tâyin edilmiş; bütün bunlara ilâveten hukuk, din adamlarının dinî hâkimlerin gizli bilgisi olmaktan çıkarılıp herkese ilân edilmiş ve nihayet halkın kabul ettiği bir hususun «kanun» olacağı sonucuna varılmıştır (On iki Lâvha K.) (33).

Böylece, sitenin sosyal bünyesi, eski aile inhisarında olan aristokratik dinin tahakkümünden kurtarılınca bu bünyeye uygun bir hukuk nizamı hâdiselerin zoruyla ister istemez teessüs etmiştir. Demek ki, her sosyal bünye, eriştiği seviyeye göre bir hukuk yayaratmaktadır (34). Kanunların insan eseri olarak telâkkisi bunları dinî tabu'lar olmaktan kurtarmış, münakaşa edilebilen şeyler olarak kabul ettirmeye başlamıştır (35).

---

(32) FUSTEL DE COULANGES — La Cité Antique, Sh : 365 - 366:

(33) TİTE - LİVE, VII, 17; IX. 33, 34 (FUSTEL DE COULANGES age., Sh : 365).

(34) «Mutlak ve değişmez olmak Hukukun tabiatında yoktur. Hukuk, bütün beşerî mahsuller gibi değişir, tadile uğrar. Her cemiyetin kendisine mahsus bir Hukuku vardır ki, onunla beraber teşekkül eder, onunla beraber değişir ve nihayet daimî bir şekilde o cemiyetin müesseselerinin, örflerinin ve inançlarının seyrini takip eder.» FUSTEL DE COULANGES, age., Sh : 363.

(35) «Peleblerin büyüyüp, gelişip siyasî heyete dahil oldukları devrin hukuku ile ilkel devrin hukuku mukayese edilirse, ciddî değişikliklere şahit olunur. Bunların en başta geleni ve en bariz olanı, hukukun alenileşmesi ve herkesin malûmu olmasıdır. Bu artık, çağdan çağa

Ancak, ihtilâller devam etmiştir. Soy ve din üstünlüğüne dayanan eski aristokrasi yerine servet üstünlüğüne dayanan yeni sosyal sınıflar Siteyi idarede daha başka güçlüklerle karşılaşmışlardır. Zira din gibi, sırrî kuvvetlerin desteklediği bir aristokratik sınıf üstünlüğü karşısında halk, korku ile karışık bir saygı duyduğu halde, servete dayanan üstünlük karşısında ancak gıpta ve kıskançlık duymaya başlamıştır. Bu üstünlüğü din ile meşru gösteremeyince, bu sınıflar da müşkül duruma düşmüşler ve yeni meşruiyet sebepleri aramaya başlamışlardır (36). Bu zayıf durum bütün Site halkının, servet durumuna bakılmaksızın idareye iştirakî taleplerine yol açmıştır.

Bu devrin fikrî seviyesine inecek olursak bütün bu sosyal değişiklikleri destekleyen bir felsefî atmosferin zamana hâkim olduğunu müşahede ederiz. Bu Milâttan evvel VI ıncı ve V inci yüzyılların havasıdır. Artık filozoflar zuhur etmiş, dinî inançlar zayıflamış, cedlerin toprak altında yaşamaya devam ettiklerine inanılmamaya başlanmıştır. Ruh, beden, hayat problemleri serbest bir düşüncenin konuları olmuş, yeniden ele alınmış, ve haklarında hiçbir şey bilinmediği farkedilmiştir. Dinlerin cevapları şüphe ile karşılanmıştır. Ölülerle olan irtibatlar kesilmiştir. Cedlere veya türlü ahlâkî zaaflarla dolu olarak tasvir edilen çeşitli tanrılara tapma dinlerinin koruduğu sosyal ve hukukî müesseselerin kalıntıları da hoş karşılanmamaya başlanmıştır. Bunların âdiliğinden ve iyiliğinden seçkin zekâlar şüpheye düşmüştür. Çok tanrılı dinlerin ahlâkdışı Tanrıları, artık düşünce istiklâline erişmiş ve şahsiyet haline gelmiş insanın saygısını davet etmemektedir. Ahlâkî değerler artık

---

intikâl eden, dindarane bir saygı ile söylenen, yalnız rahiplerce yazılabilen ve sadece din sahibi ailelerin adamlarınca bilinebilen, esrarlı ve kutsal bir şarkı, bir ilâhi değildir. Hukuk artık dinî merasimlerden kurtulmuş, rahiplerin kitapları içinde kapalı kalmaktan çıkmıştır, dinî esrarını kaybetmiştir. bu artık herkesin okuyup konuşabildiği bir dildir. Bu Kanunnamelerde ise daha ciddî bazı şeyler olmuştur : Kanunun mahiyeti ve prensibi, artık eski devirdekinin aynı değildir; evvelce o, tanrıların cedlere, ilâhi kuruculara, kutsal krallara, rahip - hâkimlere ilham ettikleri bir vaha telâkki ediliyordu. Yeni Kanunnamelerde ise, bilâkis, Kanun koyan artık Tanrı adına konuşmuyordu. Roma d e c e m v i r e'leri Ancak, ihtilâller devam etmiştir. Soy ve din üstünlüğüne dayanan kendi kudretlerini halktan almışlardı. Keza, SOLON'u kanun yapmakla görevlendiren, halktı, demek ki Kanun koyan, artık dinî geleneği değil halk iradesini temsil etmektedir. Bundan sonra Kanunun prensibi insanların menfaatidir, temeli ise daha çok sayıda insanın rıza ve muvafakatidir.» FUSTEL DE COULANGES, Sh : 365.

(36) FUSTEL DE COULANGES — age., Sh : 384.

iyi'nin, âdil'in kökünü geleneksel dinlerden daha başka yerlerde aramaktadır. Bu, sofistlerin devridir. Bunlar eski dinî inançların bütün zaaflarını açığa vuran, insan zekâsının tecessüs hudutlarını dinî, hukukî' siyasî bütün mevzularda geriletmeye, genişletmeye çalışan, uyarıcı, fikrî cesaret sahibi kimselerdir. Nihayet eski peşin hükümleri yıkmakta büyük bir maharet göstermişler ve klâsik devir filozoflarının yeni ahlâk sistemlerini kuracakları fikrî zemini eski kalıntılardan temizlenmesini bilmişlerdir. SOKRAT'ın EFLÂTUN'un, ARİSTO'nun, ZENON'un felsefeleri ve ahlâk sistemleri bundan sonra kurulabilmiştir.

10 — «Amme menfaati» kavramının doğuşu ve lâik hukuk sisteminin «Devletçi» karakteri :

Bu zihniyet ve inanç değişmelerinin hukuktaki tesiri ise, Site hukukunun esrarlı bir şekilde lâikleşmesi şeklinde olmuştur. Eski dinî doğmaların otoritesi gevşeyince, Site insanları ve servetleri ne olursa olsun, içinde bulundukları cemiyetin siyasî kaderini çizmeğe, idaresine karışmaya kendilerini yetkili görmeye başlayınca artık bütün devlet işlerinin dayanacağı esas, herkesin iyiliğine yaramaktan, âmmenin menfaatini sağlamaktan başka bir şey olmamıştır : res publicae nın mânâsı da bundan başka bir şey değildir (37). «Amme menfaati» kavramı, artık eski dinî otoritenin yerini tutmuştur. Herşey ona göredir. Ancak bunu kim tesbit edecektir? Herkesin menfaatinin ne olduğunu herkese sormaktan başka çare olmadığına göre bunu ancak halk toplulukları tâyin edecektir. Halk oyu, halkın kanati âmme menfaatinin tâyininde yegâne mercidir.

Böylece demokratik ve lâik Site Hukuku cemiyetinin fikrî gelişmesiyle ahenkdar olarak teşekkül etmiş, bu seviyenin zarurî bir sonucu olmuştur. Kadîm Demokrasilerde hukuk, vatandaş topluluklarının, sitenin ihtiyaçlarını bizzat anlamaya, öğrenmeye çalışarak, hakkında bir karara varmak suretiyle yaratacağı bir nizamlar mecmuası olmuştur. Vatandaş, bütün vaktini şu veya bu meclis te, şu veya bu idarî işte geçiren, ömrü içinde birkaç kere hâkimlik, birkaç kere majistralık, veya kumandanlık yapacak olan bir devlet memuru durumuna gelmiştir. Kendine tahsis edeceği zamanı pek az kalmıştır ve bütün gayretini Devlet idaresine hasretmek mecburiyetinde bulunmuştur. Bu durumun sonucu ise Devlet'in

(37) FUSTEL DE COULANGES — age., Sh : 376.

lüzumundan fazla bir otoriteye sahip olması, ferdi v a t a n d a ş olarak tanınması, onu çeşitli hak ve mükellefiyetlerle techiz ederek i n s a n tarafını ikinci plâna atmasıdır. Eski demokrasilerde **Devlete karşı bir hak ve hürriyet dâvası** bahsi konusu dahi olmamıştır. Ferd, eski demokrasinin tanımadığı bir şeydir. O, vatandaşı tanır. Terbiyeden, sanata kadar herşey Devletin tanzim ettiği çevre içindedir. Hürriyet, Devlette vazife görmek, Devlette mevki sahibi olmak, hülâsa bir vatandaş liyakatini haiz olmaktır. Devlete karşı ferdin hususî hayatı bahis konusu değildir (38).

11 — Roma hukukunun dinî baskıdan âzâde olarak gelişmesi :

Bu durum, dinin eski otoritesine Devletin vâris olması ile izah edilir. Fakat bu merhale de aşılmıştır. Yeni bir inanç zihinlere hâkim olmaya başlayınca, eskimeye başlayan Site Devletine has zihniyet de değişmiştir : Hıristiyanlık yeni bir hava getirmiştir : dünya işleri ile, maddî meselelerle, menfaat problemleriyle uğraşmayan ve kendisinin bu dünyadan olmadığını söyleyen yeni bir din tipi ortaya çıkmıştır. Devlete karışmayan, Hukuka karışmayan, siyasete karışmayan, bir din. Bu sayede Roma hukuku Milâttan itibaren ilk üç yüz - yılda, tam bir serbetî içinde gelişme imkânını bulmuştur. Ne eskiyen, köhneleşen politeist dinin tasallutu, ne yeni zuhur ettiği halde dünyevî işlere lâkayt olan hıristiyanlığın herhangi bir müdahalesi Roma hukukunun müçtehitlerin, pretörlerin elinde adaletin ve cemiyet şartlarının hakikî icaplarına göre işlenmesine engel olmamıştır. Hıristiyanlığın doğuşundan itibaren geçen ilk üç asır hukuka bu hürriyeti vermiş, insana da vatandaşlıktan başka bir de insan olduğunu, dünyevî münasebetlerinde Devlete bağlı ise de ruhu ile Allaha ait olduğunu öğretmiş ve onu müfrit devletçi bir anlayışın zaafından kurtarmıştır.

FUSTEL DE COULANGES'a göre Stoacıların öncülüğü, Roma müçtehitlerinin asîlâne gayretleri, pretörlerin mahareti ile gelişen Roma hukuku, eğer Hıristiyanlık ona lâkayt kalmamış olsaydı, bu yenileşmeyi ve gelişmeyi asla göstermezdi. O, eski ecdat dininin ve politeist inançların pek fazla zayıflaması sırasında serbestîsine kavuşmuş, Hıristiyanlığın tanıdığı bağımsızlık sayesinde de bu ge-

(38) FUSTEL DE COULANGES — age., Sh : 394 - 396.
Ferdî hürriyet hakkında bilhassa bakıla :
CH. BEUDANT — Le Droit Individuel et l'Etat. Paris 1920 (3 ème éd).

lişmeyi sonuna erdirebilmiştir (39). Hıristiyanlığın, gerek Doğu Roma İmparatorluğu tarafından kabulünden, gerek Katolik Kilisesinin teşkilâtlanmasından sonrakı durumu, hiç şüphesiz bu ilk safha ile mukayese edilemez. Hıristiyanlığın Ortaçağ hukukuna ne kadar müessir olduğu, hemen bütün kaza faaliyetini istilâ ettiği malûmdur. Ancak bu sonraki durumun sebepleri ve seyir şekli burada ele alınan konunun dışında kaldığı gibi, ilk üç asra tesadüf eden Roma cemiyeti hakkındaki izalıları değiştirici bir tesir icra etmiyecektir. Diğer taraftan, dünya işlerine kayıtsız olduğunu açıkça iddia eden «Sezarın hakkını Sezara, Allahınkini Allaha verin» diyen bir dinin dahi, insan zihinlerinde kökleşmesi, maaşerî şuuru şekillendirmesi sonunda ister istemez hukuka tesir etmesi, FUSTEL DE COULANGES'ın «inanç-hukuk» münasebeti ile ilgili iddialarını tazlasıyla haklı çıkarmaktadır!

12 — FUSTEL DE COULANGES'in hizmeti :

Bununla beraber FUSTEL DE COULANGES'ın sahamıza yaptığı hizmeti değerlendirirken bazı noktaları unutmamak gerekir : Kadîm Yunan - Roma sitelerinin hukuk sistemlerindeki değişikliklerin hepsi, ilk bakışta, dinî faktörlerin tâbii olarak izah edilmiş gibi görülmekte ise de, yer yer FUSTEL DE COULANGES'ın böyle bir ifrattan sakınmak istediğine şahit olunur. O, bazan inanç tahavvülleri ile hukuk tahavvülleri arasındaki beraberliği, hemzamanlığı sadece tespit etmek ister ve bütün sosyal değişmelerin inanç değişmelerinden ileri geldiğini iddia etmeye cesaret edemez gibi görünür (40). Fakat inanç tahavvüllerinin sebeplerini sadece zekânın tabiî tekâmül kanununa bağlar. Bu bakımdan COMTE'u hatırlatır. Acaba, aileleri, fratrileri, kabileleri birbirleri ile birleşmeye sevkeden, Siteleri kurduran sâik, sadece bu tabiî zekâ inkişafı mıdır? Bu inkişaf da daha başka sebeplere, daha başka muharriklere atfedilemez mi? İnsan zekâsını işlemeye, gelişmeye sevkeden, onu kurcalayan âmiller, meselâ ihtiyaçların artması veya çeşitlenmesi, tatmin şekillerinin gelişmesi olamaz mı? FUSTEL DE COULANGES, harbleri, sınıf mücadelelerini, servet değişmelerini, ticarî münasebetlerin gelişmesini ve bunların herbirinin hukuk değiş-

(39) FUSTEL DECOULANGES age., Sh : 356, 464.

(40) «Sosyal terakkiyi sevk ve idare edenin dinî terakki olduğu iddia edilemez. Ancak şu muhakkaktır ki bu her ıkı terakki de aynı zamanda ve dikkati çeken bir uygunlukla vaki olmuştur» (age., Sh: 148).

melerine âmil olduğunu farketmemiş değildir. Ancak ilk sebebi, daima, inançların çizdiği cemiyet bünyesinde bulmak istemiştir. Halbuki aynı ecdat dinin şekillendirdiği diğer birçok cemiyetlerde Kukukun inkişafı aynı seyri takip etmemiş, zira daha başka faktörler işe karışmıştır.

Umumiyetle, bir cemiyette kültürel, ekonomik veya politik olay guruplarından hangilerinde diğerlerine nazaran daha sür'atli, daha cezrî değişmeler olmakta ise, bunlar diğer nevi sosyal olaylar üzerinde hâkim faktör rolünü oynar (41) ve zamanla onları kendi istikametlerinde değiştirirler. Bu itibarla her toplum ayrıca incelenmeli ve benzer bünyedeki toplumların benzer safhaları ile karşılaştırılmalıdır.

Din ile hukuk, sihir ile hukuk, bilgi ile hukuk, siyasî ve felsefî fikir cereyanları ile hukuk arasındaki münasebetler bilindiği gibi Jenetik Hukuk Sosyolojisi'nin konusunu teşkil etmektedir ki bu hususta FUSTEL DE COULANGES'dan sonra pek çok çalışmalar ve araştırmalar yapılmıştır. FRAZER, DURKHEİM, LEVY - BRUHL, HUVELİN, HUBERT, MAUSS, M. WEBER v. s. gibi birçok etnolog ve sosyologlar inanç şekilleri ile hukukî müesseselerin muvaziliği üzerine dikkati çekmişler ve kıymetli hizmetlerde bulunmuşlardır ki sırası geldikçe bu görüşlere yer verilecektir. Ancak bütün bu sonraki çalışmalar, FUSTEL DE COULANGES'ın bazı yanlış tahminlerini düzeltmiş (42) olmakla beraber, onun yüz yıl evvel meydana getirdiği eserinin değerini eksiltmiş değildir. FUSTEL DE COULANGES, hukukun, Devletten çok daha önce, beraber yaşamanın, müşterek inançlara sahip olmanın tesiri altında tamamen spontane bir şekilde nasıl teşekkül ettiğini, her toplum tipinin kendi iç nizamını nasıl yarattığını, sosyal tiplerin

(41) GEORGES GURVİTCH — Sociology of Law, London 1953, Sh: 231.

(42) SİR PAUL VİNOGRADOFF — Pirincipes Historiques du Droit (İntroduction-Le Droit de la Tribu) (Tr. fr. par P. DUEZ, Paris 1924) Sh: 315.
MARC BLOCH — Fustel de Coulanges (Encyclopaedia of the Social Sciences. Vols. 5-5). Tavsiye edilen eserler :
ARBOİS DE JOUBAİNVİLLE - Deux manieres d'écrire l'Histoire. Paris 1896,
EDOUARD CHAMPİON - Les İdées politiques et religieuses de Fustel de Coulanges, Paris 1903.
TOURNEUR - AUMONT - Fustel de Coulanges, Paris 1931.
CHARLES APPLETON — Le Culte des ancêtres, source permanente du Droit en Asie et du Droit Ancien à Rome. (Recueil d'Etudes sur les Sources du Droit Tome I, Sh: 11).

değişmesi, büyümesi, tecanüssüz bir hal alması ile yeni birleşme şekillerini destekleyen yeni hukuk düzenlerinin nasıl meydana geldiğini Antikite tarihinin bütün müşahhaslığı içinde belirtmiş, bütün bu hukukî değişmeleri tek bir hâkim faktöre raptetmek suretiyle de olsa, gene solyolojik görüş açısının icaplarına uygunu bir şekilde tahlil edebilmiştir.

C — BURCKHARDT WİLHELM LEİST (1819-1906) (43) :

Basel, Rostock ve Jena Üniversitelerinde öğretimde bulunmuş olan bu alman hukuçusu Hukuk Sistematiği ve Hukuk Tarihi ile ilgili çeşitli araştırmalarda kendi mensup olduğu tarihçi mektebin klâsik görüşlerinden oldukça ayrılmıştır. Roma Hukuku ile ilgili araştırmalarında bu hukukun da ayrı bir kaynaktan gelmiş olması ihtimali üzerinde durarak, Roma, Yunan ve Hind hukuklarının müşterek ana kaynağını bulmak istemiştir. «Kadîm ariyen hukuku» (44) nu tetkik ederken henüz şehir devletlerinin (Cité), ya da, gelişmiş, uzuvlanmış millet topluluklarının teşekkülünden evvel ariyen kavimlerin ilkel ve dinî karakterde müşterek bir hukuka sahip oldukları sonucuna varmıştır. Ancak, bu müşterek ve dinî hukuk ârî kavimlerin göçlerle dağılmalarından sonra, farklı bölgelerde türlü sosyal ve politik yapıda çeşitli toplumların teşekkülü ve gelişmesi ile, birbirinden farklı şartların tesiri altında kalarak değişik hususiyetler kazanmıştır.

1 — Site hukukunun laik karakteri :

LEİST'in vardığı netice şudur ki, şehir devletlerinin teşekkülünden sonra yaratılan hukuk (Site Hukuku), kısacası bu anlamda «Jus Civile», kökünü örfi ve dinî hukuktan almış değildir. Zira hukuk, düzenlediği içtimaî hayat münasebetlerine tâbidir. Yepyeni hayatî münasebetler yeni hukuk şekillerinin doğumunu intaç eder. Geniş mânâda «aile»nin ve bunun büyüyüp şekillenmesi ile meydana gelen «curie» ve «tribu»lerin hukukunda geleneksel ve dinî renk hâkimdir. Fakat şehir devleti meydana gelince yeni bir

(43) LEİST'in başlıca eserleri :
Über die dogmatische Analyse römischer Rechtsintitute. 1854.
Über die Natur Eigentums. 1877.
Die realen Grundlagen und die Stoffe des Rechts. 1877.
Greco-italische Rechtsgeschichte, Jena 1889.

(44) B. W. LEİST — Alt-arisches Jus Gentium, Jena 1889.
B. W. LEİST — Alt - arisches Jus Civile (2 vol.) Jena 1892-1896.

münasebetler ve ihtiyaçlar nevi doğmuştur. Site hukuku, işte bu yeni münaesebet ve ihtiyaçların düzenlenmesi sırasında şekillenmiştir. O halde sitenin yarattığı hukukun menşei ne dinîdir, ne de geleneksel. Bu, laik, yani dünyevî karakterde bir hukutur ve Sitenin (Devletin) dünyevî ihtiyaçlarının, kısacası âmme menfaatının karşılığını teşkil eder (45).

2 — Ariyen kavimlerinde Devletin sınırlı iktidarı :

Ancak, LEİST'e göre ariyen kavimlerin hususiyeti, şehir devleti kurulurken daha önceden mevcut olan aile ve kabile teşekküllerinin hemen sahneden çekilmemiş olmalarıdır. Şehir Devleti, bu eskiden kalma sosyal ve ekonomik birimlerin koalisyonu üzerine kurulmuştur. Bu itibarla, meselâ eski Mısır'da ve daha başka Doğu İmparatorluklarında rastlandığı gibi bunlarda, eski özel iktidar yapılarının (aile v. s.) ortadan tamamen silinmesi ile bunların yerine mutlak bir Devlet otoritesi kaim olmuş değildir. Ariyen kavimlerinin hukukunda müşahade edilen birçok özellikler işte bu mahallî ve geleneksel soy birlikleri ile bunlar üzerine kurulan devlet otoritesi arasındaki bağdaşma ile izah edilebilir. Böylece ariyen kavimlerde devletten önce teşekkül etmiş olan aile ve kabile iktidarları tamamen silinmeyerek devlet kudretinin sınırlarını teşkil etmişlerdir.

Esasen LEİST, ariyen aile tipinde dahi babanın iktidarının mutlak olmadığı, onun aile topluluğunun dediği dedik şefi olmaktan ziyade, âdetâ bir temsilcisi olduğu, mühim teşebbüslerinde aile ferdleri ile danışma ve yardımlaşma suretiyle hareket ettiği kanaatındadır. Böylece nasıl ariyen ailede baba mutlak bir otorite değilse, ariyen devlette de Devlet, mutlak bir kumanda hakkına sahip bulunmamıştır. Kendi iktidarının soy ve kabile birliklerinin iktidarlarıyla sınırlı olduğunu hissetmiştir (46).

3 — Hukukun iki nevi : hayattan doğan hukuk devletten çıkan hukuk :

LEİST'ın Hukuk Sosyolojisi bakımından ilgi çekici görüşleri

(45) EMİLE DURKHEİM — (Contre-rendus sur l'oeuvre de LEİST) l'Année Sociologique Tome: I, 338. 1896-1896.

(46) Aile ve evlenme müesseseleri hakkındaki görüşlerin tenkidi için bak : DURKHEİM — Année Sociologique I, Sh: 339 vd.

daha ziyade iki hukuk nevini ayırdedişi ile alâkalı olanlardır : hukuk normlarının bir kısmı cemiyet içindeki hayatî münasebetlerden (Lebensverhaeltnisse) doğmadır, ve bunların müessirlikleri bu ihtiyaçları karşılamalarından ötürüdür. Bunlar Devlet tarafından icad edilmiş veya münasip görülmüş oldukları için değil, belki, gerçek hayatî ihtiyaçların uygun bir karşılığını teşkil ettikleri için tutulup giderler. Diğer bir kısım hukuk normları ise Devlet tarafından aklî bir surette bulunup ısdar edilmişlerdir.

Hayat münasebetlerinden doğan hukuk normları için LEİST «tabii sebeblere» (naturalis ratio) dayanan normlar tabirini kullanır. Devlet tarafından uygun görülüp ısdar edilen hukuk normları için de «Devletçe kabul edilmiş sebeblere» (Civilis ratio) dayanın normlar der (47).

Bu hukuk normları gurubundan ilkine, evvelce birçok defalar temas ettğimiz gibi, çağdaş Hukuk Sosyolojisinde «Spontane hukuk normları» denmektedir. Hatta GURVİTCH, hakikatte her Devlet Hukukunun (ki o buna «organisé» hukuk der) gerçek bir spontane hukuka dayanmakta olduğunu, böyle bir dayanağı olmazsa boş bir çevreden ibaret kalacağını kabul eder. Bu konulara ilerde daha geniş olarak temas edeceğiz.

LEİST'in spontane Hukuk üzerine dikkati çekmesi pek isabetli olmakla beraber bunu Devlet tarafından ısdar edilen hukukun tamamen ötesine koyması ve aradaki bağlantıyı tesis edememesi tenkit konusu olmuştur (48).

LEİST, gerçek sosyal hayat münasebetlerinden sadır olan bu hukuk normlarının tetkiki için klasik hukuk ilminden ayrı bir ilme ihtiyaç olduğunu belirtmiş olmakla beraber henüz «Hukuk Sosyolojisi» terimini kullanmamıştır. Ancak bütün sosyolojik tahlillerinden çıkan mânâ bu ilmi murad ettiğine alâmettir (49). Bilindiği gibi «Hukuk Sosyoloji» terimi ilk defa italyan bilgini ANZİLOTTİ tarafından 1892 de yayınladığı «Filosofia del Diritto e La Sociologia» adlı eserinde «Sociologia Juridica» olarak kullanılmıştır.

(47) B. W. LEİST — Civilistische Studien auf dem Gebiete dogmatischer Analyse. (4. vol.) Jena 1954-1877 (HANS FERH'den naklen : Encylopaedia of the Social Sciences: LEİST).

(48) GEORGES GURVİTCH — Sociology of law, London 1953 Sh: 77.

(49) GEORGES GURVİTCH — Sociology of Law, London 1953 aynı yerde.

Ancak, söylemeye hacet yoktur ki bir ilmin uzak veya yakın öncülerinde aranan hususiyet, o ilmin konusu ile olan alâkadır. Yoksa sonradan belirlenecek adını koyması değil. Bu itibarla LEİST'ı haklı olarak Hukuk Sosyolojisinin öncülerinden sayabiliriz.

§. 20 — ETNOGRAFLARIN, ETNOLOGLARIN, VE KRİMİNOLOGLARIN YARDIMLARI :

A — Genel olarak :

Bilindiği gibi Etnografya, incelenmeleri Tarih ilminin sahası dışında kalan ve fikrî kültür mahsulleri yazılı vesikalarda ifadesini bulmamış çeşitli kavimlerin hayat tarzlarının tasvir ve tahlili ilmidir. Etnografya, teker teker bu kavimleri müşahede eder, maddî ve fikrî kültür mahsullerini, yani maişet şekillerini, kullandıkları alet ve edavatı, kıyafetlerini, meskenlerini, san'at eserlerini, sosyal yaşayışlarına hâkim olan inanç ve kaideleri, ibadet tarzlarını, türlü merasimlerini, savaş metodlarını, suçlandırma ve cezalandırma suretlerini ilh.. inceler. Kısacası, günlük hayatlarının normal seyrini veya olağan üstü hadiseler karşısındaki tutumlarını tetkik, müşahede ve tasvir eder.

Bir gelişmemiş kavim, yada eskiden mutad olarak dendiği gibi, bir ilkel cemiyetin bütün özelliklerini gözümüzün önüne serer. Böylece Etnografya, «farklı» veya «gelişmemiş» dediğimiz (1) cemiyet örnekleri üzerinde doğrudan doğruya gözlemler yaparak güvenilir bilgiler toplar. Bu bilgiler müşahede konusu muhitten alınan mûtâların izahı ve değerlendirilmesi suretiyle meydana gelir.

Etnoloji ise, bu çeşitli etnografik bilgiler bütününü gözönünde tutarak tetkik edilmiş birçok cemiyetlerde rastlanan benzerlik ve özelliklerin manalandırılmasına, umumî kanunların, düzenliliklerin mevcut olup olmadığının aranmasına çalışır. Hülâsa, etnografya teker teker ele alınan toplumların incelenmesi, tasvir edilmesi ve tahlili olduğu halde, Etnoloji çeşitli cemiyet tipleri hakkındaki bu verilerin sistematik ve sentetik izahlarına götüren terkibî bir ilimdir.

XIX. yüzyılın sonlarına doğru gelişen etnogratik araştırmalar,

(1) MAURİCE DUVERGER — Méthode dans les Sciences Sociales; Sh: 72, 197 Paris, 1960.

Batı dünyasının o zamana kadar malûmu olmayan birçok yabancı kavimlerin maddî ve fikrî kültür durumlarına ışık tutuyordu. Etnografların topladıkları bilgiler arasında bu kavimlerin örf ve âdetleri ile, toplum hayatına hakim olan ve toplumun dış baskısı ile desteklenmiş birtakım ilkel hukukî müesseseler de yer alıyordu. Gerçi, Etnografyanın konusunu teşkil eden kavimlerde henüz bir etik farklılaşması meydana gelmemişti, yani hukuk, din, ahlâk ve örf birbirinden ayrılmış değildi. Şu kadar ki, karmaşık bir kaideler bütünü halinde ele alınan bu halitanın içinden çeşitli kaide guruplarının fonsiyonları bakımından yapılacak bir ayırma, bize, asıl manasıyla hukukî vasıfta olan kaideleri keşfettirebiliyordu.

Türlü türlü davranış kaidelerine aynı zamanda tâbi olan bir ilkel cemiyet insanın zihninde bunların birbirinden farklılaşmamış bir emir ve yasaklar sistemi olarak yaşaması, hakikatte, bu emir ve nehiylerin içinde birbirinden farklı fonksiyonları olan kaidelerin mevcut olmamasını ifade etmez. Bu kaideler halitasının içinde, sırf dinî, sırf hukukî, sırf teâmülî kaideler yanyana yaşar, ancak, bunları seçip adlandıracak olan kimse, artık o ilkel kavmin ferdi değil, belki çağdaş etnologtur.

Hakikaten, XIX. yüzyıl sonunda Hukukî Etnoloji ile ilgili pek çok araştırmalar yapılmış ve henüz devlet kurma merhalesine erişmemiş birçok ilkel toplumlardaki hukukî münasebetler ve bunların tanzim şekillerini ifade eden müesseseler büyük bir yekûn teşkil edecek kadar toplanmıştır. **Hukukun ancak devlet iradesinin tâyin ve tespit edeceği bir husus** olmayıp gerçek ve zarurî cemiyet münasebetlerinin sevkedeceği bir sosyal muvazene kaidesi olduğu fikrinin Hukuk Sosyolojisinin belkemiğini teşkil ettiğini birçok kereler tekrarlamış bulunuyoruz. Hukuk tarihçelerinde rastladığımız ipuçları ise, hep devlet hukukunun yanıbaşında yeralan, ondan daha evvel teessüs etmiş bir hukuk nevine işaret eden bahislerdi. FUSTEL DE COULANGES, «âile hukukunu yaratan devlet değildi, devlet teşekkül ettiği zaman onu hazır buldu» diyordu. Keza LEİST, sosyal ihtiyaçlardan, hayatî münasebetlerden fışkıran bir spontane hukuk nevinin varlığında ısrar ediyordu.

Sahamıza yapılan ve şimdi inceleyeceğimiz yardımlar ise, esasen içinde henüz «Devlet»in teşekkül etmemiş bulunduğu cemiyet tipleri ile ilgilidir. O halde bu tip toplumlarda bulunan ve «örfî hukuk» vasfında olan normların öğrenilmesi, toplanması ve açıklan-

ması Hukuk Sosyolojisi için pek büyük bir ehmmiyet arzetmektedir.

B — ALBERT HERMANN POST (1839-1895).

Hukukî Etnolojinin kurucusu sayılan alman bilgini POST, bütün gayretini birbirlerinden farklı çeşitli ilkel cemiyet tiplerinin hukuk düzenleri hakkında bilgi toplamak ve elde edeceği zengin hukukî gerçeklik verilerine dayanarak hukukun tekâmül kanunlarını keşfetmek etrafında toplamıştır. POST, hukukun çeşitli toplumlardaki tahakkuk şekillerini, farklı gelişme safhaları içinde arzettiği değişiklikleri, nihayet birbirleriyle aynı sosyal tipe dahil olan cemiyetlerin hukuklarındaki benzerlikleri teker teker tetkik etmiş ve pek zengin bir hukukî etnoloji malûmâtı elde etmiştir.

Bu etnolojik bilgilerin, sonunda, «Hukukun tabiî tarihi»nin meydana getirilmesine ve «Hukukî gelişmenin tabiî kanunları»nın bulunmasına yarayacağını ümit etmiştir (2). Hukukun menşeine, Devlet ve Hukuk hayatının başlangıçlarına, hukukun temellerine ve gelişmesinin anahatlarına, Afrika hukukuna, Japon hukukuna, v.s. ye dair eserleri ile POST bize hukuk hakkında mukayeseli bir incelemeye zemin teşkil edecek kıymetli bilgi malzemesi sağlamıştır. Ancak, bu bilgilere dayanarak kendisinin vasıl olduğunu zannettiği sonuçlar çok tenkide uğramıştır.

POST, çeşitli toplumlarda müşahede ettiği birçok hukukî müesseseleri, daima aynı insan tab'ının aynı sosyal safha ve seviyelerde ortaya çıkardığı tabiî ve zarurî sudurları (émanations) gibi kabul etmiş ve rastladığı farklılıklardan ziyade benzerlikler üzerinde durarak bütün toplum tipleri hakkında carî ve zarurî bir hu-

(2) POST'un başlıca eserleri :
Die Ursprung des Rechts, 1876.
Anfaenge des Staats-und Rechtslebens, 1878.
Bausteine für eine allgemeine Rechtswissenschaft, 1880, 1881.
Die Grundlagen des Rechts und Grundzüge seiner Entwincklung-Leitfaden füd den aufbau einer allgemeinen Rechtswissenschaft auf Soziologischer Basis. 1884.
Einleitung in das Studium der ethonologischen Jurisprudenz. 1886.
Afrikanische Jurisprudenz. 1887.
Studien zur Entwincklungsgeschicte des Familienrechts, 1889.
Uber die Aufgaben einer allgemeinen Rechtswissenschaft. 1891.
Grundriss der ethnologischen zurisprudenz, 2 vols. 1894.

kukî gelişme seyrini keşfettiğini zannetmiştir. Onun kanaatınca sosyal gelişme heryerde ve herzaman maaderşahî yapıda ilkel bir aile teşkilâtı (ana-erkil aile) merhalesinden başlar. Daha sonra, toprağa bağlı bir cemiyetin teşkilâtı safhasına geçilir. buradan da tahakküm cemiyetleri veya hâkimiyet cemiyetleri denen hale intikal edilir. Bundan sonra beşerî hayatın «sosyal» karakterde bir düzenine vasıl olunur.

POST'un, bu her cemiyete şâmil, tek yönlü ve şaşmaz bir hukukî tekâmül kanunu hakkındaki iddiaları artık maziye karışmış bulunmaktadır (3). POST, cemiyetin birbiri ardına zarurî olarak geçireceğini söylediği bu hukukî gelişme safhalarının neden aşıldığını, hangi sebeplerden ve hangi âmillerin tesiri altında kalınarak klandan kabileye veya kabileden devlete geçildiğini izah edememektedir ve bütün bunları «yavaş yavaş» «zaman ile» veya «gittikçe» gibi müphem kayıtlarla geçiştirmektedir (4). Zira, maddî tabiatta mevcut olduğuna inandığı ve maddenin tabiatında gizli olarak kabul ettiği bir tekâmül istidadının cemiyette de mevcut olduğunu zannediyordu. Bu itibarla cemiyetler, tıpkı uzviyet silsilesi gibi, içlerinden gelme bir tekâmül istidadının sevkiyle zamanla gittikçe gelişiyorlar. Hukukî hayatları da bu gelişmeyi ister istemez takip ediyordu.

Halbuki evvelce de temas etiğimiz gibi, hukuk tarihinde, cemiyetlerin hepsi hakkında muteber, ve bünyelerine nakşedilmiş zarurî bir terakki ve tekâmül kanunu aramak, sadece XIX. yüzyıl bilginlerinin tabiat ilimlerinden ve tekâmül felsefesinden mülhem müşterek bir temayülünden başka birşey değildir. Bu asırda çeşitli sosyal bilimler sahalarında toplanmış olan verilerin, behemahal böyle bir zarurî sosyal tekâmül sonucuna götürüp götürmiyecekleri ise, hakikatte, haylı münakaşalıdır.

Sâbit olan hakikat, «tekâmül» veya «terakki» değil, belki devamlı, az veya çok sür'atli «değişmeler»dir. Bundan başka, her toplumun maruz kaldığı ve biri diğerinden farklı olan çeşitli faktörler, zarurî olarak farklı toplumları farklı yönlere itmektedir. Bu itibarla, her toplum, ister istemez gelişecek değildir, ve her değişme, bir ilerleme de sayılamaz. Ayrıca, bazı hallerde, her top-

(3) HERMANN TRİMBORN — Alber Harmann Post (Encylopaedia of the Social Sciences).

(4) GUMPLOMWİCZ — Précis de Sociologie, Paris 1896, Sh : 80, 81.

lum için mukadder zannedilen bazı safhaların sür'atle aşıldığı, bazılarında ise, mutaddan çok fazla kalındığı görülebilir. Hukukî tekâmül de, içinde yaşadığı toplumu takip edeceğinden aynı şey onun hakkında da vârittir.

Hülasa, POST'un bu pek değerli çalışmaları, sonunda, fransız sosyoloğu FAUCONNET'nin dediği gibi «birbirinden pek farklı cemiyetlerden alınmış ve keyfî bir tarzda sıralanmış bir hukukî müesseseler kataloğu»nun meydana gelmesine yaramıştır. GURVİTCH, «bu araştırmalardan, bu hukukî müesseseler hakkında hiçbir izahat, bunların tekâmülleri hakkında hiçbir kanun, ve hukukku ahlâk ve dinden ayıracak hiçbir h u k u k kavramı istihracının mümkün olmadığını, zaten mümkün de olamıyacağını» açıkça belirtmiştir (5).

Bu gibi araştırmalar, hukuk hakkında sırf aklî muhakemeler ve tahminleri yürütecek sosyolojik nazariyeler icad etmenin yetersizliği karşısında girişilmiş zahmetli ve yorucu çalışmalardır. Bunların Hukuk Sosyolojisi için arzettiği ehemmiyet inkâr edilmez. hatta bu nevi araştırmalar çığırı açılmasaydı Hukuk Sosyolojisi keyfî bir spekülâsyon olmaktan öteye geçemezdi denebilir. Bununla beraber, sadece bir malzeme yığınına, çeşitli cemiyet tiplerinden gelişigüzel toplanmış bir hukukî olaylar kolleksiyonuna sahip olmak, ve bu malzemiyi, doğruluğuna, peşin olarak inanılmış birtakım sözde sosyolojik kanunların yeniden ispatı için bir vasıta olarak kullanmak, ilmî hakikatlere erişmek için hiç de isabetli bir yol değildir.

Maalesef, önümüzdeki paragrafta göreceğimiz bütün XIX. yüz yıl sosyologları aynı hatalara sapmış, cemiyetlerin ister istemez gelişmeye namzed olduklarına, sosyal değişmenin daima bir «daha iyiye götüren» bir «terakkî» olduğuna inanmaktan kendilerini kurtaramamışlardır. İlerde göreceğimiz gibi, tabir caizse, bu felsefî peşin hükümden kendisini kurtaran pek azdır.

C — S. R. STEİNMETZ (1862-19..) (6).

POST'un takipçisi olan hollandalı bilgin S. R. STEİNMETZ, çeşitli ilkel toplumların hukuk tiplerini incelerken, benzerlikler bul-

(5) GEORGES GURVİTCH — Eléments de Sociologie Juridique, Paris 1940, Sh: 70.

(6) S. R. STEİNMETZ — Ethnologische Studien zur ersten Entwincklung der Strafe, Leyde 2 bande, 1894.

mak ve tek yönlü bir tekâmül kanununa erişmek bakımından POST'-dan çok daha ihtiyatlı davranmış, ilkel kavimlerin dahi aralarında esaslı tip farkları olduğunu tespit etmiştir. O, incelediği hukukî müesseseleri, içinde doğdukları toplumun genel yapısı içinde ele almağa ve aynı toplumun diğer sosyal hususiyetlerine raptetmek suretiyle izaha gayret etmiş ve ancak bundan sonra çeşitli cemiyetlerin hukuk sistemlerini birbirleriyle mukayeseye teşebbüs etmiştir.

STEİNMETZ, en ilkel olandan en gelişmişine kadar insan topluluklarının birçok hususiyetlerin bir arada bulunup bulunmaması bakımından farklı kategorilere ayrıldığını görmüştür. Kendisinin 1900 yılında yayınladığı bir etüdünde on tip cemiyeti birbirinden ayırmaktadır: 1) toplayıcılar (meyve v. s.), 2) avcılar, 3) balıkçılar, 4) göçebe ziraatçılar veya avcı-ziraatçılar, 5) asıl ziraatçiler, 6) üstün seviyeli ziraatçiler, 7) Göçebe çobanlar (hayvan yetiştiriciler), 8) karmaşık istihsalde bulunan kavimler, (sanayiin ilkel şekilleri) 9) İmalat devrine vasıl olanlar (el imalatı) 10) Büyük Endüstri merhalesine erişenler.

STEİNMETZ, ilkel kavimlerdeki etnografik araştırmalar, medenî cemiyetlerdeki sosyografik araştırmaların takip edeceğini söylemiş ve çağdaş cemiyetleri de bütün hayatları ile incelemek için çeşitli tecrübî sosyoloji usullerini tavsiye etmiştir.

STEİNMETZ'e göre Hukuk Sosyolojisi hiçbir zaman hukukî Etnolojiye irca edilecek değildir (7). Kendisi, ceza hukukunun ilk şekilleri, aile hukuku, Afrika ve Okyanus yerlilerinin hukukî hayat-

---

S. R. STEİNMETZ — Die Verhaeltnisse zwischen Eltern und Kinder bei den Naturvölkern. 1898. in «Zeitschrift für Sozialwissenschaften».

S. R. STEİMETZ — Die neurn Forchungen zur Geschichte der menschlichen Familie «Zeitschrift für Sozialwissenchaften». 1900.

S. R. STEİNMETZ — Classification des types sociaux et Catalogue des peuples. (Année Sociologique, 1900, Tome: III p: 43-147).

S. R. STEİNMETZ — Rechtsverhaeltnisse von eingeborenen Völkern in Afrika und Ozeanien. 1905.

S. R. STEİNMETZ — Ethnologische Fragensammlung zur Erforschung des sozial Lebens der Vöker, Leibzig, 1906 (THURNWALD ve diğerleri ile beraber).

S. R. STEİNMETZ — Die Sociographie in der Reiche der Geisteswissenschaften (Archiv für Rechts-und Wirtschafstphilosophies. T: VI) 1913.

(7) GEORGES GURVİTCH — Eléments de Sociologie Juridique, Paris 1940, Sh : 71.

ları v.s. hakkında kıymetli araştırmalarda bulunmuş ve böylece Hukuk Sosyolojisinin öncüleri arasında yer almıştır.

Ç — CHARLES LETOURNEAU (1831 - 1902) :

Tıp, Medeniyet Tarihi ve Sosyoloji alanlarında vukuf sahibi olan bu Frnasız Antropoloğu, XIX. yüzyılın tekâmülcü tezinin sadık bir müdafii idi (8). Sanatten, dinden, hukuktan ahlâka kadar bütün sosyal müesseselerin, zamanla, ister istemez tekâmül edeceğine inanmış olmakla beraber, sosyal hayatın teferruatına hâkim olan kanunların henüz keşfedilmediğini kabul etmişti. LETOURNEAU'ya göre tabiat âlemi gibi, cemiyet âleminde de birtakım tabiî kanunların hâkim olduğunu ilmî zihniyet kolayca kabul edebilirdi, ancak, bu kanunların hakikatte n e l e r olduğunu olup çıkarabilmek için Sosyolojinin çok daha fazla gelişmesini beklemek gerekirdi (9). Bundan başka Sosyoloji ancak Etnolojinin yardımıyla gelişebilirdi.

LETOURNEAU en eski cemiyet tiplerinden günümüze kadar gelip geçmiş muhtelif medeniyet tiplerinden çeşitli müesseselerin geçirdikleri tekâmül seyrini eserlerine konu etmiş ve pek teferruatlı müessese araştırmalarına girişmiştir.

«Muhtelif ırklarda Mülkiyetin Tekâmülü» «Muhtelif Irklarda Ticaretin Tekâmülü» ve gene aynı tarz başlıklar altında «Esaret»in,

---

(8) CHARLES LETOURNEAU — L'Evolution Juridique dans les diverses Races humaines.
CHARLES LETOURNEAU — La Sociologie d'après l'Ethnographie,
CHARLES LETOURNEAU — L'Evolution de la Morale dans les diverses races humaines 1887.
CHARLES LETOURNEAU Evolution Religieuse.. 1938.
CHARLES LETOURNEAU — Evolution de la Propriéte.
CHARLES LETOURNEAU — Evolution de Politique 1890.
CHARLES LETOURNEAU — Evolution de l'Esclavage 1897.
CHARLES LETOURNEAU — Evolution du Mariage et de la Famille.
CHARLES LETOURNEAU — Evolution de L, Education.
CHARLES LETOURNEAU — Evolution de Commerce 1897.
CHARLES LETOURNEAU — La Guerre dans les diverses races humaines. 1895.
CHARLES LETOURNEAU — La Psychologie ethnique 1901.
CHARLES LETOURNEAU — La Condition de la Femme dans les diverses races humaines. Paris (Oeuvre Posthume) 1902.

(9) GUMPLOVİCZ — Précis de Sociologie (Traduit par CHARLES BAYE 1896, Sh : 96-97.

«Terbiyen»in, «Harb»in, «Hukuk»un, «Din»in, «Siyaset»in, «Sanat»ın tekâmülleri hakkında müteaddid eserler vermiştir. Bunlara «kadınların hayat şartları»nın, muhtelif ırklardaki tekâmülü ve «Ethnique» psikoloji ile ilgili diğer bazı eserleri de ilâve olunabilir.

Bütün bu çalışmalar, konular hakkında zengin bilgiler vermekte ise de, LETOURNEAU'nun tenkitçileri, kendisini, acele genellemeler yapmakla, seçtiği muhtelif ırkları herhangi bir tipleştirmeye tâbi tutmamakla, çeşitli sosyal kurumların tekâmülünü temsil ettiğini iddia ettiği hakların (ki her biri bir başka zaman ve yerin kavimleridir) nasıl bir teselsül ile birbirlerine bağlandıklarını belirtmemekle, nihayet başvurduğu bilgi kaynaklarının sıhhat derecesinde titizlik göstermemekle ittiham ederler (10). Bu itibarla COMTE'dan beri devam eden ve bütün insanlığı âdeta tek bir beşerî camianın merhaleleri gibi alan tek yönlü tekâmülcülük tezi LETOURNEAU'nun ifratları ile son haddini bulmuş sayılır. Kâh Avustralya yerlilerinden, kâh Eskimolardan, Hotantolardan, Habeşlerden alınan ve bunları Yunan-Romadan, Eski Mısırdan seçilenlerin takip ettiği bol misallerle hakikatte n e y i n i s p a t edilmek istendiği anlaşılmamaktadır. Zira bu toplumlardan herbiri ayrı ayrı bir kaplamsal (globale) cemiyettir, ayrı tarihî, çoğrafî şartları, ayrı ethnique özellikleri, hülâsa ayrı kültür vasıtası olan sosyal varlıklardaki bunlardan herbirinde her sosyal müesseseye farklı farktörler müessir olmaktadır. Tekâmül ise, aynı kaplamsal cemiyet içindeki müesseselerin zaman seyri içindeki gelişmelerini ifade eder. Farklı toplumlardan, tarihin farklı zamanlarından alınmış misal, lerle hakikatte herhangi bir tekâmül kanunu ispat edilmiş olmaz.

D — İLK KRİMİNOLOGLAR :

1. Genel olarak :

XIX. yüzyıl sonunda ceza hukukunun ana problemlerinden birini teşkil eden cezaî mesuliyet meselesi o zamana hâkim olan irade serbestisi ve ahlâkî mesuliyet (veya : manevî mesuliyet) kavramlarına dayanan klâsik görüşlerden daha farklı açılardan ele alınmaya başlanmıştı.

(10) Bu hususta 1'Année Sociologique'deki muhtelif tenkitlere bakıla : Tome : I 1899, Sh : 510, 515 (Ticaretin ve Esaretin tekâmülleri hakkındaki eserlere dair not), Tome : IV, 1902 (Etnik psikoloji'ye dair not) Sh : 150 Tome V, Sh : (Kadın şeraiti hakkındaki esere dair not) Sh :

Ceza hukuku normlarının ihlâli demek olan suç, netice itibariyle beşerî davranışlar içinde belirli bir tipten ibaretti ve bütün diğer davranışlar gibi bunun da psiko-sosyal sebeplerle izahı mümkün olmalıydı. İster toplumdan ferde intikal eden (cemiyetçi tez), ister ferdden topluma intikal eden (ruhiyatçı tez) sosyoloji anlayışları olsun, bu yüzyıl sosyolojileri'nde müşterek hususiyet, sosyal vakıalar vasfını taşıyan fiilleri, iradî, keyfî ve münferid hareketler olarak değil, belki falan veya filan psiko-sosyal sebeplerin zorunlu sonuçları olan ve sayıca kitlevî, dolayısıyla «sosyal» fiiller olarak ele alma temayülüdür. Beşerî fiillerin, sadece fiilin arzu ve tercihi ile izahı ise, tabiatiyle, bunları bir ilim konusu olmaktan alıkoyan en büyük engeli teşkil etmekteydi.

Onsekizinci asrın iradeci ve rasyonalist telakkileri yerine yavaş yavaş on dokuzuncu asrın pozitivist ve determinist temayülleri hâkim olmaya başlamıştı. Bunun hukuk sahasındaki akisleri, bir taraftan akid serbestisi anlamının değişmesi (11), diğer taraftan suçlunun ahlâkî mesuliyeti meselesinin yeniden münakaşa konusu olması idi. Ferdin fiillerinde, kendi rıza ve ihtiyarından başka, hatta bazan bunların hilâfına olarak, onun fizik ve ruhî yapısının veya içinde yaşadığı toplum şartlarının tesirini aramak bu devir sosyologlarının müşterek özelliği idi.

Ancak, insanın içinde yaşadığı toplumun etik kaidelerine uyması, toplum tarafından şartlandırılmış bir davranış olarak kolayca izah edilebildiği halde bil'akis bunlara uymaması, bunlara karşı gelmesi halinin, yani «suç»un bu suretle izahı biraz güç görülüyordu. Bununla beraber, toplum içinde zuhur eden bu gibi fiillere suç vasfını veren şey, tabiatın kendisi değil, belki cemiyetin ceza normu idi. Suçu suç sayan, veya suç kılan şey, fiilin kendisi değil, belki o fiil hakkındaki sosyal telâkki, sosyal hüküm idi. Böyle olunca, suçun mahiyeti itibariyle bir cemiyet hükmü, (DURKHEİM'in tabiriyle : maaşerî tasavvur) olduğu aşikârdır. Nasıl hastalık, sağlık normlarına aykırı bir hal olmakla beraber gene de tabiî bir vakıa idiyse, ve ancak tabiat kanunları ile izah edilebilirse, suç da anti-sosyal vasıfta, yani menfi bir fiil olmakla beraber gene de «sosyal» bir mahiyet taşıyordu (12). Zira sosyal kıymetlerle damgalanmasa suç sayılmıyacaktı. Hülâsa, suç fiilleri cemiyet içinde vaki olan, cemiyet şart-

(11) Bak, yukarıda § 8, B, Sh : 153, 161 v.d.

(12) Bak, yukarda § 11. C. Sh : 222.

ları ile alâkalı ve sonu cemiyete dokunan birtakım fiillerdi ki bunların sadece tesadüfî ve arızî ferdî tezahürler olarak tetkiki yersizdi.

İşte suçun münhasıran suçlunun ahlâkî mesuliyeti çerçevesi içinde değil de, belki, suçlunun iradesinin dışında kalan birtakım dış sebeblerle izahı bu devirde başlıca iki cereyanda kendini gösterdi : antropolojik ekol, sosyolojik ekol. LOMBOZO'nun temsil ettiği birinci ekolün herşeyden evvel insanın bedenî ve ruhî yapısı ile ilgili olduğu bunun da nihayet ferdiyetçi bir görüş açısını temsil ettiği ileri sürülebilirse de bunun insanın muhtar bir iradeye sahip manevî şahsiyet olarak ele alındığı klâsik felsefî telâkki ile alâkası yoktur. İnsanın bir tabiat verisi olan bedenî ve ruhî yapısı da felsefî mânâda k e n d i eseri değil, belki k e n d i i r a d e s i n e y a b a n c ı d ı ş ş a r t l a r ı n sonucudur : psiko-fizik şartlar.

Bizim sahamızı ilgilendiren cereyan ise, suçu, sırf kötülüğe yönelmiş bir iradenin konusu olarak alan ve ahlâkî mesuliyet açısından inceleyen klâsik teoriden ayrılmakla beraber, suçun ikaında bedenî ve ruhî ön şartları değil, fakat sosyal çevrenin şartlandırmalarını esas telakki eden görüş, kısacası s o s y o l o j i k okuldur.

Sosyolojik okulun Ceza Hukuku sahasındaki ilk temsilcileri arasında biz, fransız sosyolog ve kriminologu GABRİEL TARDE ile İtalyan pozitivist ekolünün kurucusu ENRİCO FERRİ üzerinde duracağız.

2 — GABRIEL TARDE (1840 - 1904) (Kriminolojiye yardım) (13).

GABRİEL TARDE meslekî hayatına bir kaza hâkimliği ile başlamış onbeş yıl süren bu adlî tatbikat sırasında rastladığı suç vakaları onda suçun sosyal karakteri hakkında ancak ciddî ilmî araştırmalarla doyurulabilecek bir merak uyandırmıştır. Daha sonra Adalet Bakanlığı İstatistik Bürosu müdürlüğüne tâyin edilmiş mesleki hayatının başlangıcında kendisinde uyanmış olan teessürü bu-

(13) Biz burada GABRİEL TARDE'in yalnız suç konusu ile ilgili görüşlerine yer vermek genel bir şekilde hukukun sosyolojik izahı ile ilgili fikirlerini önümüzdeki paragrafta «psikolojik sosyoloji» ekollerinin tetkiki sırasında inceleyeceğiz. Bu zatın gerek Hukuk Sosyolojisine gerek Kriminolojiye hizmeti, aynı prensiplerden mülhem ise de, eserimizin plânı bakımından kendisinin kriminoloji ile ilgili görüşlerini daha evvel görmemiz icap etmiştir.

rada bulduğu yarım asırlık suç istatistikleri ile aydınlatmaya çalışmıştır. Akademik kariyere mensup olmadığı halde ciddi ve yorucu ilmî çalışmalarla modern Kriminolojiye mühim hizmetlerde bulunmuştur (14).

TARDE'ın tesiri Kara Avrupasından ziyade bilhassa Anglo-Sakson dünyasında kendini göstermiş ve bugünkü Amerikan Kriminoloji araştırmalarında GABRİEL TARDE hakiki bir mübaşir sayılmıştır (15).

TARDE, bir sosyolog olarak-önümüzdeki paragrafta görüleceği gibi-kendi zamanında hâkim olan «uzviyetçi» ve «cemiyetçi» görüşlere cephe almış, toplum hayatını ne bir nevi organizma olarak ne de ferdin dışında ve üstünde ayrı psişik bir ünite olarak tanımıştır. TARDE için, yegâne realite ferddir. Sosyal hadiselere gelince, bunlar ferdî ruhlar, ferdî zihinler arası tesirleşmelerin sonuçlarıdır. Bu tesirleşme olayının TARDE'ın vokabülerindeki adı ise T a k l i t K a n u n l r ı'dır. Bu konu hakkındaki izahlarımızı ileriye bırakarak, TARDE'ın «suç» vakıasını da, bir sosyal hadise olarak taklit vetiresi ile izah etmesinin sonuçlarına geçelim :

TARDE, suçlunun herşeyden evvel, kendi yetiştiği, yaşadığı veya sonradan içine düştüğü sosyal çevrenin tesiriyle suç işlediği sonucuna varmıştır. Adlî tatbikat hayatında rastladığı tipik suçlar hep aynı tipte toplumların insanları tarafından işlenmişti. Şehirli-

(14) GABRİEL TARDE — La Criminalité Comparé 1886.
GABRİEL TARDE — La Philosophie Pénale 1890 (ing : Penal Philosopphy. tr. by : R. HOWELL (BOSTON 1912).
GABRİEL TARDE — Etudes Pénales et Sociales 1892.
GABRİEL TARDE — Les Foules et les Sectes Criminelles 1893.
GABRİEL TARDE — Le Type Criminel (Revue Philosophique, vol 19, 1885).
GABRİEL TARDE — Le Crime et l'Epilepsie (Revue Philosophique. vol. 28, 1889).
GABRİEL TARDE — La Misère et la Criminalité (Revue Philosophique, vol. 29, 1890).
GABRİEL TARDE — Le Délit Politique (Revue Philosophique, vol. 30, 1890).
GABRİEL TARDE — Criminalité et Santé Sociale « » vol. 39, 1895).
GABRİEL TARDE — La Criminalité Professionnelle (Archives d'Anthropologie Criminelle (vol. 16, 1901).

(15) GABRİEL TARDE — La Criminalité Professionnelle (Archives d'Anthropologie Criminelle, vol. 16, 1901).

lerin suçları ile köylülerin suçları arasındaki farklar bunların yetiştikleri veya yaşadıkları sosyal bölgelerin farklarına tekabül ediyordu.

Bundan başka suçların hemen ekserisi, ailevî menşei itibariyle bir ihmalin, bir zaruret halinin, iyi yetiştirilmemiş olmanın izlerini taşıyordu. Bunların çoğunun yakın muhitindeki insanlar hatta aile büyükleri de şu veya bu tipte suçları işlemiş kimselerdi. Kısacası, çevreler s u ç l u idi. Birçok suçların çocukları bu tarz muhitlerden geçmiş, bunlar adeta bir çıraklık devresinden sonra hakiki suçlu sıfatını almışlardı.

Suç işlemeyi telkin eden, öğreten, beğenip takdir eden bir muhit vardı ki bu muhit suçluyu yetiştiriyor, ona muayyen bir meharet aşılıyor, kısacası onu «suçlu» kılıyordu.

Bundan başka bazı suçlar vardır ki ancak muayyen bir meslekî faaliyette bulunanlarca işleniyordu. Yahut daha ziyade belirli meslek erbabınca ika ediliyordu. TARDE'ın zamanına kadar tutulmuş istatistikler, sadece, şu veya bu suçu işlemiş olanların hangi meslekten olduklarını tesbit ederek suçun mesleklere göre adedî dağılışını gösteriyordu. Halbuki bu kâfi değildi. Dış sosyal muhit gibi, ferdin hergün meşgul olduğu, hayatını kazandığı yakın sosyal çevresi, yani iş sahası da onu, bazı şartların birleşmesi halinde belirli suç tiplerini ikaya teşvik ediyordu. Bu da suçun hakikaten s o s y a l menşei ve sebeblerini ifşa eden bir durumdu. Meselâ itimadı sui-istimal etme suçları umumiyetle noterler tarafından işlenmekteydi Kendisi bunun sebepleri hakkında bir araştırma yaptı. Diğer mesleklerde de, bunlara has suçlara rastlanıyordu. Böylece TARDE ilk defa «Meslekî suçlu» ve «Meslek Suçluluğu» terimlerini kullandı (15). Bu kavram birçok modern kiriminologlara enterasan araştırma konuları ilham etmiş, bugünkü suç tipleri ve teşkilatlı suçlu birlikleri hakkında ciddî araştırmaları tahrik etmiştir (16).

(16) MARGERET s. WİLSON VİNE — Pioneers in Criminology, London 1960, Sh : 230. Yazar bu eserler arasında bilhassa şunları zikreder ve vaktiyle TARDE'ın ileri sürmüş olduğu fikirlerin bunlarla teyit edildiğini belirtir :
FREDERİCK THRASHER — The Gang, 1927.
CLİFFORD SHAW — Brothers in Crime, 1938.
CLİFFORD SHAW — The Jack-Roller, 1930.
CLİFFORD SHAW — The Natural History of a Delinquent Career, 1931.
CLİFFORD SHAW and HENRY MCKAY — Juvenile Delinquency in Urban Areas, 1942.
E. H. SUTHERLAND — The Professional Thief, 1937.

TARDE'ın suçun muhitten gelme sebebleri üzerindeki ısrarı bizim için dikkate şayan bir hizmettir. Zira ceza hukuku norlarının ısdarında veya tadilinde bizzat normların teknik mükemmelliği artık bir mana ifade etmemektedir. O bize suçun muhitî şartlarının, çevreden gelen köklerinin kurutulması için, herhalde ceza kanunlarından apayrı tedbirlerin alınması gereğini hatırlatmakta ve modern kanun vazilerini ikaz etmiş olmaktadır (17).

Bundan başka, TARDE, suçun bütün sebeblerini ferdin dışına, yani sosyal çevreye atacak ve suçluyu sorumsuz bir hale getirecek kadar determinist de değildir (18). O, ferdin ahlâkî sorumluluğunu kabul eder. Ancak, suçtan sorumlu olan yalnız ferd değildir. Ferdin ahlâki sorumluluğu bilhassa kendi nefsini gereği gibi terbiye etmemesi bakımındandır. TARDE'ın ilgi çekici bir pasajı bu konuda fert iradesine düşen rolü pek güzel belirtir. «Herkes fazla güçlük çekmeden katil olma sanatı hakkında bir eser yazabilir; şöyle ki. kötü arkadaşlar edininiz, kibir, gurur, hırs, tamah ve kin hislerinin alabildiğine büyümesine, dallanıp budaklanmasına meydan veriniz. kalbinizi her çeşit şefkat duygularına sımsıkı kapayınız; ve onu ancak kuvvetli hırs ve heyecanlara açınız, çocukluğunuzdanberi dayağa, öfkeye, maddî ezaya alışarak nasırlaşınız, fenalığa karşı kayıtsız ve duygusuz kalmaya alışınız ve bir an evvel merhametten nasipsiz bir hale gelmeğe çalışınız, öfkeli ve intikamcı olmayı öğreniniz.. ve bütün bunlardan sonra ömrünüzü bir kişiyi olsun öldürmeden geçebirirseniz çok şansınız var demektir.» (19).

(17) Bak, yukarda (Tatbikî Hukuk Sosyolojisi Problemleri), § 11, Sh : 209, 252 v.d.

(18) Unutulmamalıdır ki cezaî sorumluluk veya, aşağıdaki göreceğimiz gibi ahlâkî sorumluluk yerine ikame edilmek istenen «hukukî veya sosyal sorumluluk» kavramlarını ileri süren determinst görüşün diğer cephesi, suçlunun irade serbestisinden mahrum olduğu iddiasıyla başı boş bırakılmasını değil, bilakis, cemiyetin suçluya karşı korunması bakımından lüzumlu görülecek herhangi bir tedbire maruz bırakılmasını tamamen meşru addeder. Bu görüş bir kere işlemiş olan suç fiilinin karşılığını değil, belki, suç işlemeye şu veya bu sebeplerle müsait durumda bulunan suçlunun şahsına karşı itihaz edilecek azçok devamlı bir tedbiri istihdaf eder. Kendisine karşı tedbir alınacak unsur, artık işlenmiş suç'tan ziyade muhtemel suçları işlemeye müsait görülen bizzat suçlu'nun şahsıdır. Bu telakkinin ne gibi tartışmaları davet edebileceği hakkında bak : RAYMOND SALEİLLES — L'İndividualisation de la Peine, 3. édition. Paris 1927 Sh : 93-127.

19) GABRİEL TARDE — La Philosophie Pénale, Paris, 1890 Sh : (İng. ter. p : Pioneers, P : 229.

Şu kadar ki ferdin kendi nefsini terbiye edebilmesi de büyük çapta bu kavramı kendisine telkin edebileck bir sosyal çevrede yetişmesine bağlı olduğundan mesele gene muhitî şartlar konusuna irca edilebilmektedir ve TARDE'ın asıl hizmeti de bu bakımdan olmuştur.

TARDE, suçun nevinde, ika ediliş tarzında muhitin rolü üzerinde ısrar eder ve suçluların sosyal muhitlerine göre sınıflandırılması gerektiğini ilâh.. muhtelif eserlerinde belirtir ve teferruatı ile izah eder. Teşkilâtlandırılmış şehir topluluklarının faaliyetini, insanların korkularını istismar eden bir nevi cinaî endüstri olarak vasıflandırır, (industrie criminelle) (20).

Suçların keyfiyetleri ve kemiyetleri üzerinde hangi sosyal âmillerin müessir olduğunu Fransa'da XIX. yüzyıldaki suç istatistikleri üzerinde yaptığı araştırmalarla tâyine çalışmıştır. Medeniyet, suçları hem arttırmaya hem de azaltmaya âmil olabilir : suç işleme tekniğini tekâmül ettirmek sureti ile suçu kolaylaştrabilir dolayısiyle adetlerini artırabilir. Buna mukabil dinî, hukukî ve estetik gayeler etrafında birleşmeyi ve bunların taklidini teşvik etmekle de suç işleme temayüllerini zayıflatabilir (21). İhtilâllerse sadece suç nisbetini artırmaya sebep olurlar. Zira «bir kavmin ahlâkiyeti örf ve adetlerinin müstakâr kalışına o kadar sıkı surette bağlıdır ki, büyük buhranlarla sarsılmış devirlerde, iki dinin, iki medeniyetin, iki partinin, iki ordunun uzun mücadeleleri arasında bunalmış milletlerin suçluluk nisbetlerinin yüksekliği ile tanınmalarına şaşmamak lâzımdır» (22).

---

(20) Grup halinde işlenen suçlar ve şerirlerin zümre teşkilâtı hakkında bak : La Criminalité Comparé, 1890, Sh. 38 - 39 (Napolide Camorra denen haydut birlikleri nizamı dikkate değer bir manzara arzeder : Bu birliğe girmek, tıpkı meşru derneklere girmek gibi birtakım şartlara tâbidir : stâj, deneme ilh.. İlk defa intisap edecek adamın, teşbih caizse(!) meslekî yemini şudur : «Ortaklara sadık, Hükûmete düşman kalacağıma, Polisle münasebet tesis etmiyeceğime, hırsızları ihbar etmiyeceğime, bilâkis, hayatlarını tehlikeye attıkları için onları bütün kalbimle seveceğime yemin ederim». Bu birlikleri bir çeşit kanunnameleri de vardır : Şefin emrettiği katli ifa etmeyen öldürülür. Memurları da vardır : Her pazar bir kâtip, bir muhasip ve bir veznedarla birlikte, o hafta içinde kumarhanelerden, umumhanelerden, hapishanelerden toplanmış olan paraları ortaklara dağıtırlar).

(21) GABRİEL TARDE — La Criminalité Comparée, Sh. 90.

(22) GABRİEL TARDE — La Criminalité Comparée, Sh. 91.

Dinî inançların zayıflayışı, uhrevî müeyyidelerden korkusuzluk, muayyen bir nisbette insanda diğergâm insiyakların geriye itilmesine ve yıkıcı içgüdülerin şahlanmasına ve dolayısıyla suçların artışına sebep olmaktadır. Bu itibarla geleceğin ahlâkiyetini tâyin edecek esasların, prensiplerin ne olacağını düşünmek lâzımdır. Zira bu bakımdan ihyası gereken şey, yeni teşekkül etmekte olan ve teessürî izleri henüz derinleşmemiş fikirler değil, belki müstakâr, şuur-altı ve kesin kanatlardır ki, bunlar insan hissiyatı üzerine müessir olur ve hareketlerini tâyin eder. O halde insanın hayvanî insiyaklarını terbiye edecek olan âmil mücerret ve yeni fikirler değil belki kökleşmiş ve teessürî hamulesi kuvvetli kanaatlardır.

Bunun içindir ki sadece ilk öğretiminin yayılmasının suçları azaltıcı bir tesiri olduğu tesbit edilememiştir (23). Buna mukabil orta öğretimin ve bilhassa yüksek öğretimin suçların azalması bakımından müsbet bir tesiri olduğu şüpheden aridir (24). Bilginin ahlâkîleştirici kudreti, onun sadece bir alet seviyesinden çıkıp bir sanat konusu mertebesine yükselmesi anında başlar. Öğretimin klâsik olmaktan çıkıp, sadece meslekî olması halinde bunun asilleştirme kudretinin baki kalacağı şüphelidir (25).

TARDE cemiyetin müdafaası probleminde suça karşı korunma vasıtalarını birer icat ve ihtiralar serisi gibi kabul eder. İnsan tıpkı tabiat kuvvetlerinden gelen tehlikelere karşı ancak bir takım icat ve ihtiralar serisi ile korunduğu gibi suçlunun şerrine karşı da birtakım cezalandırma tekniği ile kendini koruyabilmiştir. Hattâ bu teknik tabiata karşı korunma tekniğinden daha da eskidir. «Cemiyetlerin cezalandırma şekillerine taallûk eden icatlarının sonuna varıldığı zamandır ki ziraî ve sınaî icatlar daha yeni yeni belirmeğe başlamıştır. Bunun sebebi ise hiç şüphesiz kanunun ilk sosyal icatlardan biri olmasıdır.» (26).

TARDE'e göre, suçluluk, LOMBROSO ve ekolünün iddia ettiği gibi, fıtrî sebeplerle değil, sosyal sebeplerle izah edilmelidir. Suçlularda görülen benzerlikler tıpkı aynı meslek erbabında rastlanan benzerlikler gibidir (27). Suç da bütün sosyal olaylar gibi esaslı bir şekilde taklidin neticesidir. Bu itibarla suçlunun içinde ye-

(23) GABRİEL TARDE — La Criminalité Comparée, Sh. 111.
(24) GABRİEL TARDE — La Criminalité Comparée, Sh. 115.
(25) GABRİEL TARDE — La Criminalité Comparée, Sh. 116.
(26) GABRİEL TARDE — La Criminalité Comparée, Sh. 133.
(27) GABRİEL TARDE — La Philosophie Pénael, Sh. 251 - 253.

tişdiği ve yaşadığı muhitin tesiri pek büyüktür. Bundan başka diğer taklit kanunları da bu sahada aynen caridir. Meselâ «ne kadar garip görünürse görünsün bugün avam tabakada rastlanan suç tipleri, aslında yukarı tabakaların taklidi suretiyle meydana gelmiştir» (28). Sarhoşluktan, serserilikten, zehirlemeden, katle kadar hemen bütün suçlar evvelce yukarı sınıfların hususiyetlerini teşkil ederdi (29). Yangın çıkarma, kundakçılık suçları bile vaktiyle feodal beylerin bir imtiyazı idi. Kalp para basmak uzun müddet kraliyetin inhisarında olan bir suçtu (30). Eski monarşi ve aristokrasilerin sarayları bugünkü merkez şehirler gibi bir zina mektebi halinde idi. Adap ve ahlâk aleyhine cürümler de diğerleri gibi yukarı sınıfların taklidi suretiyle halka yayılmıştı. Zira «suçlu daima birini taklit eder. Hattâ bir suç icat ettiği zaman dahi muhtelif kaynaklardan yaptığı taklitleri birleştirmiş, takip etmiş olur. Suçlunun daima kendisi ile hemhal olan bir takım insanların, bir zümrenin beğenmesine, teşvikine ihtiyacı vardır. İster kendi büyükleri tarafından ister arkadaşları tarafından olsun o yaptığı işin tasvip edilmesini arzu eder. Adet suçları ile moda suçları ayırdının menşeî budur. Sırf bu sebepledir ki suçlu bir sosyal mahluktur ve cemiyete mensuptur ve bu sebeple mes'uldür (32). Zamanla teşekkül eden büyük şehirler, merkezler vaktiyle yukarı sınıfların, aristokrasinin oynadığı modellik rolünü oynamaktadırlar. Şehir suçları, köyün taklit edeceği örnekler durumundadır. Fransa'da 1826-1880 yılları arasındaki suç istatistikleri kan gütmeden doğan adam öldürmelerin gittikçe azaldığını, buna mukabil aile kavgalarından ve para yüzünden vaki adam öldürmelerin şehirlerde gittikçe çoğaldığını göstermiştir. Çocuk suçluların çoğalması şehirde yetişen çocuklarda iyi vasıfların olduğu gibi kötü vasıfların da çabuk inkişâf etmesinden dolayıdır. Bundan başka çocuk düşürme, çocuk öldürme, ahlakî delâlet ve şehvet suçları şehirlerde daha fazladır.

Suçun işleniş tarzında da şehirleşmenin tesirleri vardır. TARDE'a göre, şehirleşme vakıası suçlarda zorbalığın yerine hileyi ika-

---

(28) GABRİEL TARDE — La Philosophie Pénale, Sh. 323.

(29) GABRİEL TARDE — La Philosophie Pénale, Sh. 330 ve devamı

(30) BAGRİEL TARDE — La Philosophie Pénale, Sh. 336.

(31) GABRİEL TARDE — La Philosophie Pénale, Sh. 338.

(31) GABRİEL TARDE — La Philosophie Pénale, Sh. 279.

(33) GABRİEL TARDE — La Philosophie Pénale, Sh. 349.

me etmekten ziyade, intikamcı ve kaba zorbalık yerine alçakça, hilekârane ve şehvanî zorbalığı ikame etmiştir (34).

O halde acaba medeniyet suçları çoğaltmakta, ağırlaştırmakta ve insan ahlâkını berbat etmekte midir? Müşahede bunun aksini gösteriyor : İnsan toplulukları medenîleştikçe şahsî emniyetin arttığı bir hakikattır. O halde ?

Suç, içtimaî hâdiseler içinde hususî bir nev'î temsil etmekle beraber bütün içtimaî hâdiselerle müşterek bir bünyeye sahiptir. Yani taklit kanunlarına tâbidir. Fakat bir medeniyette taklit kanununa tabi yegâne hâdiseler suçlardan ibaret olmadığından diğer sosyal hâdise tipleri de medeniyette taklit kanunlarına göre cereyan edecek ve çoğalacaktır. O halde bu diğer hâdiselerin çoğalması ile suçların çoğalması arasında nasıl bir karşılıklı münasebet mevcuttur? Eğitim, din, siyaset, ticaret, sanayi vesaire gibi sosyal hâdiselerin medeniyette gelişmesi suçları tahdit mi yoksa teşvik mi eder ? (35).

Bütün bu meselelerin halli ancak hem zikredilen hâdiselerin birbirleriyle hem de suç hâdisesi ile olan karşılıklı münasebetlerinin tahlil ve tetkiki neticesinde kabildir. Suçların taklit dalgaları ile suç olmayan medeniyet tezahürlerinin taklit dalgaları aynı şahsın haleti ruhiyesinde birbirleri ile karşılaşır, çarpışır ve şahıs üstün gelen taklit dalgası iktikametinde hareket eder (36). Suç TARDE'a göre sadece biyolojik bir canlı olarak ele alınan fertten değil, belki onun yalnız cemiyet tarafından şekillendirilen, kalıba dökülen sosyal şahsiyetinden sadır olur (37).

Bununla beraber «suçun diğerleri gibi sosyal bir fenomen oluşu vakıası, suçla diğer sosyal fenomenler arasındaki farkı unutturmamalıdır. Suç sosyal bir olaydır ama, aynı zamanda anti-sosyal karakterdedir... Tıpkı kanserin, bir organismanın hayatına iştirâk etmekle beraber onu ölüme sürüklemesi gibi. Suç gerçi bir endüstridir, ancak, menfi bir endüstri.

---

(34) GABRİEL TARDE — La Philosophie Pénale, Sh. 361.

(35) GABRİEL TARDE — La Philosophie Pénale, Sh. 364.

(36) TARDE, burada «şua : r a y o n» tâbirini kullanır ve ilk icad mihrakını teşkil eden şahsı takip eden bütün diğer taklitçilerin teşkil ettikleri silsileyi murat eder. Biz evvelki tasvirlere uymak için «dalga» tâbirini muhafaza ediyoruz.

(37) GABRİEL TARDE — a. g. e. Sh. 418.

TARDE'ın kriminolojiye ve dolayısıyla Hukuk Sosyolojisine olan hizmeti şu sahalarda olmuştur : Evvelâ LOMBROZO'nun temsil ettiği antropolojik ekolün faydalı bir tenkitçisi olmuştur. Bunun neticesinde ferdin biolojik yapısının zarurî bir sonucu olarak suç işlediği ve bu biolojik kader sebebiyle ilerde behemahal suç işlemeye mahkûm bulunduğu gibi müfrit tezlerle mücadele ederek bunların tesirlerini tadil etmiş ve dikkati sosyolojik âmillere çevirmiştir.

Sonra, suçlunun, sadece kanun adamlarının takdirine değil, belki tabiblerin, ruh doktorlarının muayenesine tâbi tutulması gereğini hatırlatmıştır. Ona göre hâkimin rolü, fiilî tesbite inhisar etmelidir. Failin mesuliyet derecesi ise tabiblerden ve ruh doktorlarından müteşekkil heyetlere havale edilmelidir.

Bundan başka ceza şekillerinin de değiştirilmesi lâzımdır. Çeşitli tiplerdeki suçlara hep aynı hadler dahilinde yeralan ve aynı şekilde infaz edilen cezaların müsbet bir tesiri olduğu iddia edilemez. Bundan başka suçlunun muhiti ile cezalar arasında bir münasebet olmalıdır. Meselâ bir şehirli ile köylünün aynı suçtan dolayı hürriyeti mahrum edici bir cezaya çarptırılmaları halinde köylünün mahrum kaldığı hayat şartları ile şehirlininki aynı değildir. Birine diğerinden daha ağır ceza verilmiş demektir. Bundan başka köylü suçlarında bedeni ceza cihetine gidilmesi daha müessir neticeler verir, zira hemen bütün köy suçları zorbalıkla, bedeni eza vererek işlenmiştir (38). TARDE'ın bu görüşleri hiç şüphesiz tartışılabilir fakat ana fikir, cezanın ferdileştirilmesi fikrî doğrudur.

TARDE jüri sistemine karşı da cephe almıştır. Bu, yapacağı işte ehil olmayan, tesadüfen seçilmiş kimselere başvurulmaktadır.

Hâkimlerin dahi ihtisaslaşması lâzımdır. Kâh ceza kâh hukuk dâvasına bakan hâkim ceza işleri için kâfi ilmi ve meslekî bilgi ile yetişmeye imkân bulamaz. Ceza hâkimleri hususî bilgilerle techiz edilmelidir.

Meşruten tahliye müessesesi geliştirilmelidir ve hücre usulü ıslah edilmelidir : hücre sistemi, suçluları birbirlerinin kötü tesirlerinin sirayetine karşı korumakta fakat yalnızlığın menfî tesi-

(38) MARGERET W. VİNE — Gabriel Tarde, in (Pioneers in Criminology, P : 236).

rine maruz bırakmaktadır. Bu itibarla dürüst insanların suçluyu ziyaretine müsaade edilmelidir.

TARDE'ın yetmiş seksen sene evvel ileri sürdüğü tekliflerin çoğu bugün birçok memleketlerde tatbikata intikal etmiş bulunmaktadır. TARDE ceza hukuku ile ilgili sosyolojik incelemelerinden pratik sahada faydalanılmış olan nadir düşünürlerden biridir. Bununla beraber kendisinin eksik bıraktığı birçok hususlar vardır ki bunlar, zamanındaki muhalif görüşlere değer vermemek hatasına hamledilir : bu cümleden olarak, o zamanki jenetik psikoloji uzmanlarının fikirlerini ihmal etmesi, insandaki fıtrî temayüllere lâyık olduğu önemi vermesine engel olmuştur. Halbiki muhitî şartların ferde tesirinde, ferddeki fıtrî temayüllerin rolü açıktır. Ferd, yalnız muhitin değil, kendi mizacının da tesiri altında hareket eder. Nitekim aynı muhitin bütün insanları aynı şekilde hareket etmez!

Bundan başka, DURKHEİM sosyolojisini inkârı ve cemiyeti bir psişik bütün olarak, sosyal baskı ile ferde değerler aşılayan bir âmil olarak ele almayı reddedişi onu bugün hiçbir değeri kalmamış olan zayıf bir teoriye (taklit teorisi) sevketmiştir.

Gene kendi zamanında hâkim olan biolojik sosyoloji cereyanlarına cephe alması cemiyet içindeki seçilme kanunlarını görmesine mani olmuştur ve verasetin tesirlerini ihmal etmesine sebep olmuştur.

İktisadî faktörlere lâyık olduğu önemi vermemiş, dikkatini suçlunun ruhî ve terbiyevî bozuklukları etrafında toplamıştır. Halbuki bunlar çok defa tâli neticeler durumundadır.

Bütün bunlara rağmen, TARDE'ın fikri hasımları durumunda olan Durkheimci ekolün tesiriyle Fransa'da küçümsenen gayretleri, dış bilim dünyasında takdir edilmiş ve ceza hukuku kaideleri ile, ceza usulü ile sosyal gerçeklik şartları arasındaki irtibatları belirtmesi bakımından da sahamıza mühim hizmetleri dokunmuştur.

3 — ENRİCO FERRİ 1856 - 1929) :

Kriminolojinin öncüleri arasında İtalyan bilgini ENRİCO FERRİ, muhakkak ki en ilgi çekici şahsiyeti teşkil eder. Zamanının klasik mesuliyet nazariyelerine karşı cesaretle cephe almış suçlunun

sosyal şartların ve kısmen bünyevî hususiyetlerinin kurbanı olarak hareket ettiğini, klâsik mesuliyet şartlarının yokluğu halinde cemiyetin suçluya karşı müdafaasız durumda bırakılmasının doğru olmıyacağını, cezanın suçu ve suçluluğu azaltacak şekillere girmesinin zaruriliğini ilh... devamlı ve ilmî mesnedlere dayanarak savunmuş ve hayatının sonunda, gençliğinde ileri sürdüğü tezlerden çoğunun modern infaz sistemlerinde ve Ceza Kanunlarında yeraldığını görmek saadetine de erişmiştir (39).

FERRİ'nin bizim için en enteresan tarafı, vasıl olduğu sonuçlardan ziyade, kendisinin de belirttiği gibi -başvurduğu metodun ilmîliğidir. Ceza Hukuku gibi normatif bir sahanın problemlerinin sosyolojik açıdan nasıl incelenebileceğini, hakiki ilmî araştırma metodlarının nasıl bir ciddiyet ve sabırla sosyal ve hukukî bir konuya tatbik edilebileceğini geçen yüzyıl sonundanberi bütün hukukî düşünce alanına isbat etmiş, nazarîlikten, spekülatif metoddan kurtulma zamanı geldiğini anlatmıştır.

FERRİ, kendisinin tezlerini müfrit pozitivistlikle ittiham eden muarızları hakkında şöyle demekteydi : «Biz pozitivistler bu gibi tenkitçilere karşı ne yapabiliriz? Açık konuşmak lâzımgelirse : hiçbir şey! Zira, onlarla biz, iki ayrı dil konuşmaktayız. Bizim için tecrübî metod her nevi bilginin anahtarıdır. Onlara göre ise herşey mantıkî muhakemelerden ve geleneksel fikirlerden çıkar. Onlara bakılırsa vakıalar, yerlerini kıyaslara terketmelidirler, bizim için ise vakıalar herşeye hâkimdir ve vakıalardan hareket edilmedikçe hiçbir nevi muhakeme yürütülemez. Onlar için ilmin yalnız kalem, kâğıt ve mürekkebe ihtiyacı vardır ve gerisini, gene aynı şekilde yazılmış eski kitaplardan az veya çok miktarda okumuş

---

(39) ENRİCO FERRİ — l'Inuovi orrizonti del diritto e della procedura penale, 1881.
ENRİCO FERRİ — Dei sostitutivi penali (Archivio di psichiatria, vol : I., 1880 - 1881.)
ENRİCO FERRİ — L'Omicidio-suicidio. Responsabilità giuridica.
ENRİCO FERRİ — Principli di diritto penale.
ENRİCO FERRİ — Sociologia criminale (Criminal Sociology, Boston, 1917).
ENRİCO FERRİ — Socialism and modern Social Scince (Darwin, Spencer, Marx) New York, 1900.
ENRİCO FERRİ — The positive School of Criminology, Chicago 1913.
ENRİCO FERRİ — San'atta ve Edebiyatta Câniler (Türkçeye çev : Selmin EVRİM).

ve bunları öğrenmiş bir akıl tamamlayabilir. Bizim için ilmin, vakıaları teker teker incelemesi, değerlendirmesi, müşterek bir esasa irca etmesi, bunların ana fikrini bulup çıkarması için uzun zaman sarfına ihtiyacı vardır. Onların nazarında yıllar boyunca yapılmış gözlem ve tahlillerin biriktirdiği muazzam vakıa hakikatlerini yıkmak için bir kıyas veya bir anekdot kâfidir.» (40).

FERRİ bu şekilde tasvir ettiği metod tezadını daima hatırlatmış ve kendi yetiştirdiği elamanlara daima vakıalardan başlamak lüzumunda ısrar etmiştir. 1880 de henüz yirmi beş yaşında iken Bolonyo Üniversetesinde «Ceza Hukukunda ve Ceza Usulünde yeni ufuklar» konusunda bir açılış dersi verdi. Bu ders devir açıcı karakteri ile bilâhara yayınlayacağı «Suç Sosyolojisi» adlı eserinin nüvesini teşkil etti. Bununla öğrencilerini, herşeyden evvel suçluları fiilen müşahedeye davet etti. Ceza evlerini, akıl hastahanelerini ziyarete, bilfiil müşahede ettikleri hususlar üzerinde fikir yürütmeye sevketi. 1881 yılında Gastelfranco ve Pesaro hapishanelerinde 699 hükümlü üzerinde bir araştırma yaptı. Bolonya Akıl Hastahanesinde 301 akıl akıl hastası üzerinde ve kontrol gurubu olarak da bunlarla aynı sosyal ve mahalli menşeden gelen 711 er üzerinde incelemelerde bulundu. Bu araştırmalarda FERRİ case metodunu kullandı. İncelediği fertlerden herbiri hakkında Müessese kayıtlarından mümkün olduğu kadar çok malûmat tapladı, herbiri ile yarımşar saat mülâkat yaptı, ayrıca her mahbusu odasında yalnızken, gizlice müşahede etti. Suçluları beden ve ruh yapıları bakımından tetkik etti. Üç yıl süren bu geceli gündüzlü çalışmadan sonra katil - intihar hakındaki monografisi ile katil hakkındaki eseri meydana geldi.

1882 de Siena Üniversitesine nakletti ve burada »Sosyal bir fonksiyon olarak cezalandırma», «Ceza Hukukunun pozitivist mektebi», «Sosyalizim ve suçluluk» adlı etüdlerini hazırladı. 1886 da Milletlerarası Ceza evleri kongeresine «asrın en büyük hastası» olarak adlandırdığı hücre sistemi aleyhindeki fikirlerini ilân etti.

1886 da, Manuta halkı FERRİ'yi mebus seçti (41). Bağımsız olarak Meclise giren FERRİ, bilâhare sosyalist partisine girdi,

---

(40) ENRİCO FERRİ — Polemica in difesa della scuala criminale positiva, 1886 (THORSTEN SELLİN naklediyor : Enrico Ferri,in Pioneers in Criminology : Sh : 295).

(41) 1886 da Manuta eyaletinde köylülerle toprok sahipleri arasındaki ihtilâflar

«Avanti» adlı dergiyi neşretti, halk eğitimi ile bilfiil meşgul oldu, gece dersleri yaptı, çeşitli konularda halk konferansları verdi, köy köy dolaştı, ve halk tabakalarının cehaletten ve sefaletten kurtarılması için hayli gayret sarfetti. On bir devre mebusluktan sonra 1924 de siyasî hayattan çekildi.

FERRİ, fikirleri ile aksiyon hayatına müessir olmasını bilmiş bir bilgindi. Ceza Hukuku sahasındaki fikirlerini kuvveden fiile çıkarmak için bütün fırsatlardan faydalandı.

Pozitivist ekolün prensiplerine gelince, bunları şu şekilde kısaltmak mümkündür :

a) İrade serbestisi kavramı, metafizik ve ölçülmesi kaabil olmayan bir kavramdır, dolayısıyla ceza hukukunda yeri yoktur.

b) Ceza adaletinin gayesi, esas itibariyle, azınlığı temsil eden suçluya karşı, toplumun dürüst ve namuslu ekseriyetini, yani cemiyeti müdafaa etmektir, korumaktır Suçlu sosyal çevreye ika ettiği kötülükten ahlâkî mesuliyette ehil olup olmadığına bakılmaksızın, hukuken sorumludur.

Bu itibarla, mesnedi metafizik bir irade serbestisi kavramına dayanan ahlâki mesuliyet yerine, suçun objektif sonuçlarına dayanan ve suçlunun topluma karşı tutumunu esas alan «hukukî mesuliyet» veya «sosyal mesuliyet» kavramları cezaya esas teşkil etmelidir.

c) Suç, her beşerî fiil gibi birçok faktörün müşterek eseridir ve gerçeklikte bu faktörler birbirinden ayrılamaz. Bununla beraber, tahlil ve tetkik için ayırt caizdir ki bunlar üç ana gurup etrafında toplanabilir : 1) **Ferdle ilgili faktörler** (Antropolojik :yaş, cinsiyet, medenî hal, meslek, ikametgâh, sınıf, eğitim derecesi, uzvî ve zihnî yapı); 2) **Coğrafi Faktörler** (Irk, iklim, toprağın verim lilik derecesi, dağılışı, arz derecesi, mevsimler, meteorolojik hususuyetler, sühunet derecesi); 3) **Sosyal Faktörler** (Nüfusun artışı,

---

neticesinde köylüler hiç harbi tahrik iddasıyla tazyik edilmişlerdi. FERRİ müdafiler arasında yeraldı ve sosyal ve ekonomik esaslara dayanan müdafası ile beraatlerini temin etti. Bundan iki ay sonraki seçimlerde Manuta halkı kendisini mebus seçti. Hadiseden kırk sene sonra eski müdafaasını tekrar okuyunca FERRİ'nin, ben daha o zamandanberi markistmişim de haberim yokmuş! dediği rivayet edilir. (THORSTEN SELLİN — Enrico Ferri'in Pionees in Criminology. 1960 Sh : 289).

eksilişi, göçler, halk efkârı, örf-âdet ve din,aile tipi, siyasî mâlî ve ticarî hayat, istihsal ve tevzi şekli; emniyet, eğitim ve refah hususunda devlet idaresinin durumu, genel olarak cezaî ve hukukî mevzuat).

Suç, bu çeşitli faktörlerin tesiri altında işlenmekle beraber, bunlardan bilhassa s o s y a l faktörler üzerinde durmak lâzımdır. Zira, birço karaştırmalar, meselâ Fransadaki 1826-1876 arasında yapılan elli yıllık ceza istatistikleri sonuçları, suçların artışında bilhassa sosyal değişmelerin müessir olduğunu isbat etmiştir Zira bu elli yıllık zaman zarfında, Fransanın coğrafî ve antropolojik şartlarında hissedilir bir değişme olmadığı halde suçların pek fazla artışı ancak sosyal sahadaki süratli değişmelerle izah edilebilmiştir.

Bundan başka, s o s y a l sebepler üstünde durmanın pratik hukuk siyaseti bakımından da büyük mânâsı vardır : Kanun koyucu, antropolojik ve coğrafi şartlar hakkında ne kadar bilgi sahibi olursa olsun bunları tadil hususunda pek az bir imkâna sahiptir. Buna mukabil s o s y a l şartları islah bakımından çok daha aktif ve müessir olabilir.

ç Suçluların ilmî bir tetkik ve tasnifi yapılmalıdır ki bunlardan herbir sınıfa uygun müeyyidelerin ne olacağı tespit edilebilsin. Birbirinden pek farklı suçlar için aynı tip müeyyidelerin uygulanması sakattır. FERRİ ilk eserlerinde beş tip suçluyu tefrik etmiş, son eserinde de bunlara bir altıncı tip ilâve etmiştir :

1) Doğuştan suçlu, 2) akıl hastası suçlu, 3) ihtiras suçlusu, 4)arizî suçlu, 5) itiyâdî suçlu, 6) gayri-iradî suç işliyenler. Bu sonuncular teknik ilerlemenin meydana çıkardığı ve istemeden suçlu olanlardır ki hakikatte bunlar dikkatsizliklerinin, basiretsizliklerinin veya teknik cehaletlerinin veya ihmallerinin kurbanlarıdır. Vasıta kullananların suçlarında olduğu gibi. Sosyal değişmeler, böylece yeni suçlu tiplerinin zuhuruna sebep olmaktadır.

d) Cemiyette suçu önleyici tedbirlere önem verilmesi ve böylece ceza tatbikine mahal verecek hadiselerin azaltılması. FERRİ (ceza yerini tutacak veya cezaya mahal bırakmıyacak tedbirler) üzerinde bilhassa durur : «Sostitutivi penali»

e) Müeyyidenin tatbikinde suçun objektif neticesinden ziyade, saikinin nazara alınması ve suçluyu bu bakımdan ıslah edecek veya cemiyet için zararsız hale koyacak tedbirin tatbiki.

f) Hükümlülerin hücre tecridi yerine ziraî kolonilerde çalıştırılmaları ve ücretlerinin ödenmesi. FERRİ mahkûmların angarya çalıştırılmasının şiddetle aleyhindedir.

g) Cezanın, müesseselerin sabit ceza hadleri içinde tertibi ve çekdirilmesi yerine, her suçlunun dahil olduğu suçlu sınıfına uyacak ve termi muayyen olmayan bir tedbire tabi tutulması. Hâkimlerin sade Roma Hukuku ile, Medenî Hukukla değil, fakat hakiki müsbet ilimlerle yani Psikoloji, Antropoloji, ve Psikiyatri bilgileriyle techiz edilmeleri.

Gayrı muayyen müddetli cezalara tâbi tutulanlar hakkında periodik bir şekilde hâkim, savcı, müdafi v. s. ile birlikte tabib, ruh doktoru ve antropologlardan mürekkep heyetler tarafından cezanın sona erdirilmesi zamanının gelip gelmediğinin kontrol edilmesi.

h) Akıl hastası suçlular için ayrı bir müessese kurulması.

i) Juri usulünün kaldırılması.

J) Amme hukukunda ceza yerine tazminat usulünün tercihi.

h) cezasını çekip bitirmiş kimselerin cemiyete yeniden girmesinde Devletin bunlarla ilgilenmesi, bilhassa hükümlünün cezadan sonraki maddî ve manevî istikbali ile ilgilenmesi lüzumu.

Görülüyorki FERRİ'nin tekliflerinin birçoğu modern ceza hukuku prensipleri arasına girmekle beraber birçokları istikbale muzaf, hattâ bazıları şimdilik tamamen muhal gibi görünmektedir. Suçluların tasnifi ve gayrı muayyen cezalandırmalar gibi hususlar fazla ütopik bulunmuştur. Pozitivist ekol bir hayli tenkidi davet etmiştir (42). Ancak bizim konumuz, Kriminolojik bir inceleme olmadığından bu hususlara teması zait bulmaktayız. FERRİ'nin idealizmi de, bütün idealizmler gibi, hudutlarını eldeki imkânlara göre ölçecek değildi. Devletin bütün suçlularla teker teker itina ile meşgul olabilmesi ihtimali, bir taraftan cemiyetin maddî manevî servetinin artmasına, bir taraftan da suç vakalarının azalması gibi ancak kuvvetli bir sosyal ahengin teessüsüne bağlı bir haldir. Kitleleşme devirleri olarak adlandırılan nüfusun, ihtilâfların, sosyal problemlerin günden güne çoğaldığı son yıllarda böyle bir ih-

(42) TAHİR TANER — Ceza Hukuku. III. Basım. İstanbul 1953, Sh : 51 ve devamı.
RAYMOND SALEİLLES — İndividualisation de la Peine. Sh: 107 v. d.

timalin tahakkukunu beklemek biraz iyimserlik olabilir. Ama unutmamalıdır ki her idealizm iyimserliği gerektirir. FERRİ'nin doğruluğuna inandığı metodu ve fikirleri uğruna yaptığı mücadele, tamamen değilse de, bir hayli başarılı olmuştur. II. Dünya harbinden sonra alevlenen sosyal müdafaa cereyanlarının kökünü doğrudan doğruya FERRİ'nin ekolünden aldığı, birçok ceza hukuku sistemlerinde FERRİ'nin fikirlerini uygulandığı unutulmamalıdır.

§. 21 — XIX. YÜZYILIN İKİNCİ YARISINDA ÇEŞİTLİ SOSYOLOJİ EKOLLERİNİN DOĞUŞU VE BUNLARIN HUKUK ANLAYIŞI :

A — AUGUSTE COMTE'dan sonra Sosyolojinin aldığı çeşitli yönler :

A. COMTE'dan sonra sosyal olayların ilmî şekilde izahı gayretleri, neticede, bugün anladığımız mânada sosyolojik hakikatlerin bulunmasına değil, daha ziyade muayyen bir zaviyeden belirli sosyal felsefe sistemlerinin yaratılmasına müncer olmuştu.

Bunda, gerek içtimaî vakıanın karmaşık karekterinin, gerek sosyolojinin diğer müsbet ilimlerden yardım umma ve onların buluşlarını istismar etme gayretlerinin büyük bir dahli olduğu gibi, sosyologların ıslâhat projeleri kurmak yolundaki ezelî zaaflarının da mühim bir rolü olmuştur (1).

Sosyologlar içitimaî hâdiselerin cereyan kanunlarını keşfettiklerine inanır inanmaz derhal bu bilgilerini, cemiyete kendilerince matlup bir istikameti verme yolunda kullanmaya hevesleniyor ve böylece yapılan sosyolojik tetkikler, sonunda, sosyolojik hakikatin açıklanmasından ziyade birtakım sosyal ve politik kanaat sistemlerinin inşasına müncer oluyordu. Tıpkı COMTE'un yaptığı gibi,

(1) Sosyolojinin sonuçlarından cemiyet hayatının tanziminde faydalanmak istemek, esas itibariyle, tamamen meşru bir arzudur. Tabiat ilimlerinden faydalandığımız gibi, sosyal ilimlerden de faydalanabilmeliyiz. Ancak bir ilmin sonuçlarının tatbikat kaideleri istihracına yetecek kadar bolluk ve doğruluk derecesine vasıl olması, muayyen bir tekâmül merhalesinde mümkün olur. Mübtedî bir ilim, henüz tekniğe intikal ettirebileceği prensiplere vasıl olmamışsa, ondan pratik reformlar hesabına faydalanmak hem güç, hem riskli bir tecrübe olur. Geçen asır Sosyolojisi, bir deneme safhasında olduğu halde, sosyologlar, üç beş müşahededen bütün siyasî ve hukukî nizamı ıslah edecek umumî prensiplere vasıl olduklarını zannediyorlardı. Bundan başka, farkında olmadan saplandıkları bir kablî kararı desteklemek için nazarî mesnedler arıyorlar ve sosyolojik araştırmalar bu yüzden bütün değerini kaybediyordu.

işe daima ilim yapmak niyeti ile başlanıyor ve sonunda bir siyasî felsefe yaratmakta karar kılınıyordu.

Böylece bu devrin sosyolojik sistemlerinin hususiyetleri şu şekilde hülâsa edilebilir :

a) Metod meselelerinde vuzuhsuzluk, kararsızlık, tek taraflılık,

b) Gelişmiş, tabiî ilimlerin neticelerini, bunların terminolojisi ile beraber, kıyas yoluyla sosyal mevzulara tatbik ve nakil,

c) Muhtelif sosyal vakıaların tiplerini tâyin, tarif ve tahlilden ziyade kül halinde «cemiyet» problemini halle teşebbüs,

ç) Cemiyetin medenîleşme seyrinde değişmez tekâmül kanunları ve hakim faktörler arama,

d) Sosyal tekâmülün, insan şuur ve gayretinin müdahalesinden ve seçmesinden mücerret, içtimaî tabiatta meknuz objektif bir gayeye doğru seyrettiğine inanma,

e) İçtimaî hâdiselerin cereyan kanunlarından insanlar için ahlâk ve hukuk normları istihracına çalışma.

Bununla beraber bu devirde temelleri atılan sosyoloji ekollerinin hepsi bütün araştırdıkları noktalarda tamamen bu zaaflarla malûl değildirler. Bu temayüllerin fazla zedelemediği çalışmalar ve münferit meselelerde isabetli sayılabilecek olanlar eksik değildir.

Böylece XX. asır sosyologlarının, içinde kendileri için zengin malûmat kaynakları ve rehber fikirler buldukları XIX. asır sosyoloji ekolleri, tâbir caize sosyal problemlerin ilmî şekilde tetkikini hazırlayan bir ilk kaynaşma safhasını, velût bir fikir ve sezgi akınını temsil eder.

Bu yüzyılın ikinci yarısında içtimaî vakıaların hemen her çeşidi ile ve hemen her zaviyeden meşgul olunmuş, doğru veya yanlış uçsuz bucaksız fikir silsileleri ile cemiyet muammaları çözülmek, tahlil edilmek, hulâsa tıpkı tabiat gibi anlaşmak ve anlatılmak istenilmiştir. Hattâ böyle bir gayretin külliyen imkânsız ve beyhude olduğu, insanın yaratıcı manevî şahsiyetinin hür teşebbüslerine sahne olan cemiyetin tabiat ilimleri metodları ile asla anlaşılmayacağı yolunda büsbütün menfî tezler de aynı hararet ve inançla bu çağda ortaya atılmış ve münakaşa edilmiştir.

İçtimaî vakıanın karmaşık karakteri, onda uzvî, ruhî ve fikrî mahiyette çeşitli cephelerin hep birlikte mevcut oluşu baştan fark edilmemiş, onu izah için muhtelif sosyologların dikkati uzun müddet bu cephelerden kâh biri, kâh diğeri üzerine yönelmiştir. Böylece cemiyet vakıaları hakkında muhtelif civar ilimlere dayanan çeşitli sosyoloji ekolleri meydana gelmiştir.

Bu mekteplerin müşterek kusurları tek taraflı oluşlarıdır. Müşterek meziyetleri de, diğerlerinin ehemmiyet vermediği hâdiseler ve âmiller üzerine dikkati çekmeleri ve böylelikle içtimaî hâdise gibi karmaşık bir olayın bir çok cephelerini birden görmeye zihinleri alıştırmalarıdır. Tek bir sosyoloji mektebini takip etmek zihni mahdutlaştırır ve hakikatı yarım anlamaya sevkeder. Fakat bütün sosyoloji mektepleri incelenir ve hepsinin isabetli tarafları vakıalar âlemi ile tahkik edilmek şartiyle nazara alınırsa cemiyet hâdiseleri hakkında oldukça etraflı bir görüşe sahip olunabilir.

Cemiyetin mihanikî izahı, uzvî izahı, ruhî izahı iktisadî izahı hakikatte bütün bu nev'iden faktörlerin içtimaî oluşta bir tesir payı bulunduğunu göstermek bakımından faydalıdır (2). Fakat cemiyetin münhasıran bunlardan birine göre izahı hakikat olmaktan uzaktır. Çünkü içtimaî gerçeklik bir tek zaviyeden tetkik ile anlaşılamıyacak kadar karmaşık bir mevzudur. Biz programımıza göre bu çeşitli ekollere ancak bunların hukukla ilgilenmeleri nisbetinde temas edeceğiz.

Filhakika A. COMTE 1857 de vefat ettiği zaman cemiyet meselelerinin hallini üzerine alan, bu meselelerin ilmî bir hal suretine bağlanması ve cemiyetin bu hal suretlerine göre düzenlenmesi dâvasına sahip çıkan belli başlı iki cereyan vardı :

(2) Muhtelif Sosyoloji Ekolleri hakkında bak :
HOWARD BECKER and HARRY ELMER BARNES - Social Thought from Lore to Science, Washington 1952, 2 Volumes.
PİTİRİM SOROKİN - Contemporay Sociological Therories. (Les Théories Sociologiques Contemporaines, 1938).
HARRY ELMER BARNES - An İntroduction to the History of Sociology. New York 1948.
MAC IVER - (Encyclopaedia of the Social Sciences).
RAYMOND ARON - La Sociologie Allemande Contemporaine, Paris 1935.
ARMAND CUVİLLER - Où va La Sociologie, 2 Tomes, 1950 Paris.
ARMAND CUVİLLER - Oú va La Sociologie, 2 Tomes, 1950 Paris.
ACHİLLE OUY - L'Avenir de la Sociologie, 1940 Paris.
HİLMİ ZİYA ÜLKEN - İçtimaî Doktrinler Tarihi, İstanbul 1940
HİLMİ ZİYA ÜLKEN - Sosyolojinin problemleri, İstanbul 1955

a) COMTE'un kurucusu olduğu sosyolojik pozitivizm,

b) MARX'ın ileri sürdüğü tarihî materyalizm.

Her iki cereyan aşağı yukarı aynı devirde ve fakat birbirine hasım vaziyette doğmuştur. COMTE içtimaî hâdiselerin seyrinde tek istikamette gelişen bir tekâmül kanununun tesirlerini görüyor ve bu tekâmül seyrine insanın zihnî melekelerindeki inkişafın, yani fikrî âmillerin müessir olduğunu iddia ediyor, ve neticede bu tekâmülün bir son safhaya yani Müsbet Siyaset safhasına girmesinin mukadder olduğunu kabul ederek bu safhanın projesine çizmeğe çalışıyordu.

MARX ise cemiyetin tek istikamette gelişerek bir tekâmül merhalesinden geçeceği ve sonunda nihaî bir safhaya (ki bu sefer «sınıfsız cemiyet»tir) erişeceğini kabul etmekle beraber, bu tekâmülün hâkim faktörü olarak beşer zihninin gelişen kabiliyetlerini değil, belki insanın psikolojik benliğine yabancı bir âmili, yani ekonomik sâikleri tanıyordu.

İşin garip tarafı, gerek sosyal tekâmüle müessir faktörlerin nev'i, gerek tekâmülün son safhasını temsil edecek sosyal nizam şekli hakkında birbirine taban tabana zıd olan bu mütefekkirler, hukuka olan husumetlerinde birleşiyorlardı. COMTE'a göre hukuk nasıl bir takım ihtilâlci filozofların mesnetsiz hak taleplerinden, metafizik iddialarından ibaret ise, MARX'a göre de hukuk, burjuva devletinin sosyal adaletsizliği, sefalet ve istismarı sürdürmek için kullandığı bir baskı âleti, bir ideoloji idi (3).

Marksizmin hukuk anlayışı (4) ancak iktisadî faktörlerin cemiyetin üst yapı olaylarına hakikî tesir derecelerinin tahlil ve tesbiti sonunda kıymetlendirebileceğinden biz burada tetkik ve tenkendi daha ziyade İktisadî Sosyolojiye teretüp eden bu mesele üzerinde durmıyacağız.

(3) FR. ENGELS - L'Origine de la Famille, de la Propriété privée et de l'Etat, 1884 (Traduction française par : BRACKE, 1931).

(4) HANS KELSEN - The Communist Theory of Law. London 1955.
HENRİ LEFEBVRE - Marxisme et Sociologie (Cahiers İnternationaux de Sociologie 1948).
GEORGES GURVİTCH - La Sociologie du Jeune Marx (Cahiers İnternationaox de Sociologie 1948).
CHARLES BETTELHEİM - İdéologie Economique et Réalité Sociale (Cahiers İnternationaux de Sociologie, 1948).

MARX'ın eserlerini vermesi sırasında sosyal düşünceye yeni yeni hâkim olmaya başlayan diğer cereyan ise, H. SPENCER'in tekâmül nazariyesi idi. SPENCER'in ilk eserlerini vermesinden biraz sonra, tanınmış İngiliz bioloji âlimi R. CH. DARWIN «Nev'ilerin Menşei=the Origin of Species 1958» adlı devir açıcı eserini (5) neşretmiş ve COMTE'denberi, daima kendisinden evvel tekamül eden diğer ilim dallarının vardığı neticelere dayanmak itiyadında olan Sosyoloji, bu yeni biyolojik nazariyenin prensiplerini ve neticelerini derhal sosyal âleme tatbik arzusuna kapılmıştır.

SPENCER'in tekâmül nazariyesi 1850 de yayınladığı «Social Static» ile DARWIN'den evvel ortaya atılmış olmakla beraber sonraki sosyolojik görüşlerinde Darvinist fikirlerden mülhem olduğu da malûmdur. Bununla beraber ileride göreceğimiz gibi SPENCER'in biolojik iddiaları kendi muakkiplerinden daha mutedil kalmıştır.

Sosyoloji dünyasının XX. yüzyılın başına kadar hâkim olan bu biyolojik cereyanlar, cemiyet ve uzviyet benzerliği, hattâ ayniyeti üzerinde ısrar etmelerine veya ırk ve zümre mücadelelerini esas telâkki etmelerine göre yahut bu görüşlerdeki müfrit veya mutedil tutumlarına göre çeşitli tâli kollara da ayrılabilirler.

Uzviyetçi veya hayat mücadelesi tezini müdafaa eden sosyal darvinist temsilcilerin pek müfrit iddialarından sonra, sosyal hâdiseleri bir uzviyet gibi ele alınan «cemiyet bütünü»ne has tezahürler olarak değil, belki cemiyeti teşkil eden unsurların yani müşahhas fertlerin devamlı karşılıklı münasebetlerinden doğan olaylar olarak telâkki eden, hülâsa içtimaî hâdiseyi «cemiyet» denen bir nev'i büyük canlının çeşitli hayatî fonksiyonları ile değil, belki, birbiri ile münasebet halindeki fertlerin ruh haletleri ve karşılıklı tesirleri ile izaha çalışan «Psikolojik Sosyoloji» cereyanları doğmuştur.

Nihayet içtimaî hâdiseleri, tabiat hâdiselerinin bir nev'i temâdisi gibi değil de, doğrudan doğruya insanın tabiatı işlemesinden doğan «kültür» hâdiseleri olarak alan ve Sosyolojinin tabiat ilimlerine göre değil, Kültür ilimlerine göre inkişafı gerektiğini iddia eden «Tarihçi Sosyoloji» cereyanları başgöstermiştir.

---

(5) R. CHARLES DARWİN - The Origin of Species, London 1859 (L'Origine des Espèces au moyen da la Séléction Naturelle ou La Lutte pour l'Existence dans la Nature. Traduit par ED. BARBİER, Paris 1946).

Bundan başka sosyolojiyi bir muhteva ilmî değil, bilakis muhtevasını teşkil eden konular muhtelif sosyal ilimler tarafından paylaşılmış olan bir saf şekiller ilmi telâkki eden ve bütün fonksiyonunu çeşitli sosyal münasebet şekillerinin incelenmesine hasreden bir «Şekilci Sosyoloji» cereyanı başgöstermiştir (6).

---

(6) Sosyoloji ekollerinin kesin bir sınıflandırılışı bahis konusu değildir. Ancak herkesçe kabul edilebilecek umumî bir sınıflama yapılabilir ki bunda birçok sosyologların, muhtelif fikirleri bakımından aynı zamanda farklı ekollere sokulmaları zarurî olur. Meselâ LESTER WARD, zümreler arası mücadeleyi temel vakıa olarak almakla sosyal dervinistlere, ruhî faktörleri ön plâna almakla psikolojik sosyoloji cereyanına mensup addedilebilir. Hülâsa, sınıflandırmalar, şahısları değil, fikirleri istihdaf edecektir. Bundan başka her ekol kendi arasında daha tâli bir takım bölümlere de tefrik edilebilir.

I. Mekanist Enerjetik ve PARETO'nun riyazî Sosyolojisi),

II. LE PLAY'in sentetik ve Cağrafyacı Mektebi,

III. Coğrafyacı Mektep,

IV. Biolopik Mektep (Tâli kollar : Uzviyetçi dal, Irkçı, varasetçi ve ıstılacı dal, Sosyal Darvinizm ve Hayat mücadelesi dalı).

V. Bio - Sosyal Mektep (Demografik Sosyoloji).

VI. Bio - Psikolojik Mektep (İnsiyak Sosyolojisi).

VII. Sosyolojist Mektep (Tâli kollar : Yeni - Pozitivistler, DURKHEİM ekolü, GUMPLOVİCZ dalı, Şekilci Sosyoloji, Tarihin İktisadî tefsiri),

VIII. Psikolojik Mektep : (Davranış Sosyolojisi, İnsiyak Sosyolojisi, İçe bakım metodu taraftarları),

IX. Psiko - Sosyolojik Mektep, (Sosyal fenomenlerin din, kültür, hukuk, âmme efkârı, muaşeret veya diğer «ruhî - içtimaî» fenomenler arasındaki karşılıklı münasebetlerin tecrübî tetkiki), (Les Théories Sociologques Contemporaines, sh. 14 - 15).

Sosyoloji ekollerinin muhtelif memleketlerin sosyolojik çalışmaları bakımından yapılan bir sınıflamasına da CUVİLLİER'de rastlarız :
FRANSADA :
1 __ COMTE'den gelen ve gelişen DURKHEİM Sosyolojisi,
2 __ LE PLAY'den gelen İçtimaî İlimcilik (Science Sociale ekolü),
3 __ TARDE ile başlayan Psikolojik Ekol (Fransada takipçisi yok),
4 __ ESPİNAS - WORMS ve diğerlerinin Biyolojik Ekolü,
ALMANYADA :
1 __ Metafizik Sosyolojisi,
2 __ Sistematik Sosyoloji : a) Tarihî Sosyoloji, b) Fenomenolojik sosyoloji, c) Münasebetler Sosyolojisi «Relationiste».
İNGİLTEREDE :
1 __ Psikolojik Cereyan,
2 __ Edimbourg Mektebi
3 __ Londra Mektebi

Bütün bu ekoller şu veya bu münasebetle «hukuk» ve «devlet» problemleri ile ilgilenmişler ve bu hususda bir takım kanaatlara vasıl olmuşlardır. Böylece «hukuk»u, şu veya bu mektebe mensup olsun, fakat herhalde muayyen bir «Sosyoloji» programı içine almak temayülünü göstermişlerdir.

Bu sosyologların işaret ettikleri yolların bir kısmı sahamız için velût olmuş, bir kısmı verimsiz kalmış hattâ hukuk tetkiklerini bir çıkmaza saptırmıştır. Bununla beraber bunlar «hukuk»un sırf ideolojik bir icat ve metafizik bir iddia olmayıp sosyal vakıa olmak vasfını kabul ettikleri içindir ki, hukuk sosyolojisinin teşekkülne doğrudan doğruya veya dolayısiyle yardım etmiş sayılmalıdırlar.

B — BİYOLOJİK SOSYOLOJİ CEREYANLARI VE BUNLARIN HUKUK ANLAYIŞI :

1 — Genel olarak :

XIX. yüzyılın ikinci yarısı tabiî ilimlerin bilhassa biyolojinin süratli gelişmeler kaydettiği bir devirdir. Bu devirde sosyoloji geleneksel temayülüne uyarak bu ilerlemiş tabiî ilimlerin sonuçlarından kendisine hisse çıkarmak istiyor ve bu faydalanmayı, bu ilimlerin araştırma metodlarını aynı titizlik ve hassasiyetle sosyal vakıalar âlemine tatbik ile sağlıyacağı yerde, onların buluşlarını ve tâbirlerini kendi etüdlerine aktarmak suretiyle temin edeceğini zannediyordu.

Biyolojik Sosyoloji cereyanlarının hemen hepsinde müşterek olan bu temayül, kendilerinden faydalanılan çeşitli biyolojik mefhum-

---

4 — İçtimaî araştırma ve Kitle müşahedeleri
5 — Antropolojik Ekol
AMERİKADA :
1 — SPENCER'in takipçileri
2 — Sosyal Psikoloji Ekolü
3 — Münasebetler Sosyolojisi (relationiste)
4 — İnsiyaklara dayanan Sosyoloji
5 — Davranış Sosyolojisi
6 — Şahsiyet tahlillerine dayanan Sosyoloji
7 — Kültür Antropolojisi cereyanı
8 — Şehir ve Köy Sosyolojisi
9 — Sosyometri
10 — Sınaî Sosyolojisi
(Manuel de Sociologie, 1950 Tome : 1 Sh., 22 - 88)
Görülüyor ki, Sosyoloji sahasındaki bütün çalışmaları içine alacak bir sınıflama, daha ziyade tadadî bir müfredat programı mahiyetini arzetmektedir.

lara göre bu mektebin çeşitli tâli kollarını meydana getiriyordu (1). Meselâ bir uzviyetin hücreler gibi canlı müteaddit cüz'lerden mürekkep olması, fakat kendisini terkip eden bu cüz'lerinkinden farklı müstakil ve kendine mahsus bir hayata sahip olması derhal« cemiyet» vakıasının bir «uzviyet» vakıası olarak tasvirine yol açıyor ve bir «Uzviyetçi Sosyoloji cereyanı» doğuyordu (2). Keza muhtelif müşahhas cemiyetlerin ayrı ayrı birer uzviyet telâkkisi, asıl uzviyet âleminde carî olan veraset, tahavvüller ve istifa (sélection) problemlerinin sosyal âlemde de carî olduğu zehabını uyandırıyor, muhtelif cemiyetler ayrı ayrı biyolojik neviler gibi ele alınarak bunlar arasındaki mücadeleler «ırk mücadeleleri» ve üstün nev'ilerin bekası şartları izah edilmeğe uğraşılıyordu.

Biyolojik âlemdeki «hayat mücadelesi» kanunu sosyal âleme tatbik ediliyor ve bir takım neticelere varılmak isteniyordu (3). Aynı şekilde uzvî âlemdeki «intibak» hâdisesinin içtimaî âlemdeki devamı ve mukabilleri aranıyor, insanın her canlı gibi kendisini tabiî muhite ve sosyal muhite «intibak ettirmeğe çalışması vakıasından hareketle örf, ahlâk, hukuk gibi, bütün sosyal nizam nevileri birer intibak şekli olarak ele alınıyordu (4).

Bütün bu cereyanların hususiyeti, içtimaî hayatı, sosyal nizamı hakikatte tabiî hayatın bir devamı olarak görmek ve şuur ve irade mahsülü olarak tanıdığımız bir takım sosyal tezahürleri, sosyal düzenleri, hakikatte ister istemez yapmağa mecbur olduğumuz daha doğrusu yaradılışımızı tâyin eden bir tabiî kanunla yapmaya sevk ve imale edildiğimiz kollektif yaşayışın zarurî icapları telâkki etmektir.

Cemiyet denen bu kollektif uzviyenin hayatına hâkim olan kanunlar tabiat âlemine hâkim olan fizik veya biyolojik kanunlardan farklı bir cinsten değildir. Zira cemiyet maddî ve uzvî hayatın teşekkülünü takip ederek ondan sonra meydana gelmiştir. ve tabiatın insan toplulukları içindeki itimadından ibarettir. O halde tabiat

(1) Biolojik ekol, esas itibariyle dört tâli kola ayrılır :
a) Bio - organik ekol (Uzviyetçi mektep)
b) Antropo - rasial ekol (Irkçı mektep)
c) Sosyal Darvinizm ekolü (Hayat Mücadelesi)
d) Demografik ekol (bio - sosyal ekol)

(2) HERBERT SPENCER, LİLİENFELD, SCHALEFLE, WORMS v.s. gibi.

(3) GUMPLOWİCZ, RATZENHOFER, OPPENHEİMER v. s.

(4) VACCARO, NOVİCOV v.s.

âlemine hâkim olan umumî kanunlardan, bu bu tabiatın içinde yer alan cemiyet vakıasının muaf tutulması, istisnâ edilmesi, bir kelime ile hariç bırakılması için mantığın kabul edeceği hiç bir sebep yoktur. Tabiatte ise (bilhassa cemiyet safhasına en yakın olan uzvî tabiatte) bir «farklılaşma», «seçilme» ve «üstün olanın bekası» kanunları caridir.

O halde cemiyet, fertlerin akıl ve iradelerini kullanması neticesinde kendisine istenilen şekil verebilen, yani sun'î kalıplar içine sokulabilen plâstik bir nesne, daha doğrusu konvansiyonel bir heyet değildir. Cemiyet, bu görüşe göre, bilâkis fertlerin muhtar sandıkları iradelerini zikredilen tabiî kanunların tesiri ile dıştan şartlandıran, umumî tabiat plânının icaplarına göre yaşayan ve gelişen, ferdî iradenin müdahalesine muvakim, müstakil büyük bir «canlı» bir «üstün uzviyet = s u p e r - o r g a n i s m e» dir.

Böylece bu biyolojik monizm içinde, yüzyıllardan beri kültür dünyasına hâkim olmuş olan ruh ve madde ikiliği bertaraf ediliyor, bütün kültürel tezahürleri, tekâmül kanununa göre değişen ve insanda en münkeşif derecesine vasıl olan uzvî hayatın tabiî birer sonucu telâkki edilerek sırf tabiî kanunlarla izaha çalışılıyordu (5).

(5) İçtimaî vâkıanın, ister kollektif davranışlara, ister ahlâkî kıymetlere taallûk etsin, sırf uzvî hayat kanunlarıyla izahı yolundaki teşebbüs- Artık sosyal tekâmülün anahtarı ferdin şuurlu iradesinden alınlere bir misal olarak, zamanımızın tanınmış biyolojisti JEAN ROSTAND'ın dikkate değer bir tahlilini hatırlatabiliriz.

«Dimağ hücrelerinin birkaç dakika oksijenden mahrum kalışı, insanın şuurunu kaybetmesi için kafidir. Bu mahrumiyet bir çeyrek kadar sürse ve hücrevî asfeksinin intaç edeceği bazı geri dönmez tahavvüller vaki olsa, şuur artık ebediyen sönecektir. Bu şuur, bütün «ben»ler gibi tek, eşsiz ve bütün benler gibi bir takım özel hücrelerin tamamiyetine tâbi olan bu «ben» artık yer yüzünden silinecektir. «Gecenin karanlığında bir şimşek ışığı...» Düşünce böylece tarif edildi. Hakikaten, bahis konusu olan sadece bir ışıktır, titrek ve daima sönmek tehlikesine maruz bir ışık... **İnsana öyle geliyor ki bu düşüncenin bir tek hassası vardır : kumanda ettiğini zannettiği bir mekanizmaya, hakikatte, sadece katılmış bulunmak.**

Iradî denen fiil, bir refleksler bütününden ibaret gibidir ve şüphesiz ki, teemmül eden, hesap eden, karar veren insan, teşebbüslerinin en sonucusunda **ışığa atılan bir pervaneden, veya deney yapanın işaretine bir salya akıntısı ile cevap veren bir köpekten daha az tâbi durumda değildir. En ciddî ahlâkî kararlar, sırf sosyal tenbihlerin basit sonuçları gibi görünmektedir ve insan, kendisinin seçtiğini zannettiği mukaddes emirlere serbestçe uyduğunu zannettiği zaman, hakikatte kendi zümresinin menfaatlarına göre hareket eden bir otomattan başka bir şey değildir.** «Les

mıştı, fert, bu tekâmülün önüne katılmış, hükümlerine tâbi kalmış bir obje, daha doğrusu ona sormadan danışmadan kendi tabiî inkişafını müstakilen tahakkuk ettiren kocaman bir uzviyetin bir âzası, bir hücresi haline gelmiş oluyordu.

Hukuka gelince o da ferdin reyi ve müdahalesi olmadan teşekkül eden bu muazzam uzviyetin bir yaşama kanunu durumunda idi.

Uzviyetçi sosyolojinin temsilcileri arasında gerek uzviyet ve cemiyet benzerliği hakkındaki görüşleri bakımından, gerek ferdin bu sosyal uzviyet içindeki fonksiyonu ve erime derecesi hakkındaki kanaatları bakımından pek çok farklar vardır. Bu farklar bu temsilcilerin sosyal ve siyasî felsefelerine, hukukî ve siyasî nizam hakkındaki kanaatlarına da müessir olmuştur.

Biz bu cereyanların temsilcilerinden, başta gerek bu cereyanın gerek asıl Sosyolojinin kurucularndan olan ve bugün dahi Amerikan sosyolojisinde tesirleri baki olan İngiliz sosyoloğu H. SPENCER'den, Avusturyalı sosyolog (aslen polonyalı) GUMPLOVİCZ'den ve İtalyan sosyoloğu VACCARO'dan, bahsetmek ve bunların fikirleri ile yakınlık arzeden OPPENHEIMER, RATZENHOFER, WORMS, ESPINAS, LILIENFERLRD'e de temas etmekle iktifa edeceğiz. Tanınmış Amerikan sosyal darvinist SUMNER'den ise, hukuku kültür fenomeni olarak izahı sebebiyle «Psikolojik Sosyoloji» cereyanlarında bahsedeceğiz.

2 — HERBERT SPENCER (1820 - 1903) : Uzviyetçi Sosyolojiden Ferdiyetçi Doktrine :

a — Temayüzleri :

Tanınmış İngiliz filozofu HERBERT SPENCER, geçen yüzyılın sonunda nâdir rastlanan bir rağbet ve itibara mazhar olmuş, bütün sosyal düşünca âlemine âdeta bir «spensercilik» modası yayılmıştı (11). Ferdî teşebbüsün kendisine geniş imkânlar bularak

---

Pensées d'un Biologiste, Paris 1939, sh. 98).

Sosyoloji, meselenin bu şekilde vaz'ının onu bir hal imkânsızlığına mahkûm etmek olduğunu farkettikten sonradır ki «sosyal» dediğimiz vakıaların, ayrı bir kategori teşkil ettiğini iddia etmiş ve «sosyal»i, «ruhî» veya «uzvî» ye ircadan kaçınmak lüzumunda ısrar etmiştir. Ancak bu safha XIX inci yüzyılın sonunda ve XX inci yüzyılda tahakkuk etmiştir. (DURKHEİM ekolu v. s.)

(11) RİCHARD HOFSTADER — Social Darwinism in American Thought, Boston, 1955. Sh : 31 - 50 «The Vogue of Spencer».

alabildiğine inkişaf ettiği, iktisadî, fikrî ve siyasî rekabetin insanları ve milletleri azamî bir yarış gayreti içinde yaşattığı bu nisbeten uzunca süren sulh devresi birçok filozoflarda olduğu gibi SPENCER'de de bu sosyal nizamın, insan iradesinden daha sağlam, daha köklü bir menşei olduğu, bizzat tabiatta meknuz bir konunun sosyal sulhün, barış içinde yarışın teminatını teşkil ettiği zehabını uyandırmıştı. Harb, cebir, zorbalık vakıalarının, medeniyet ilerledikçe ister istemez sahneden çekileceği ve insanlar arasında hür bir yaşama ve seçilmenin yarının gönüllü işbirliğine dayanan ileri sanayici cemiyetini yaratacağı, SPENCER için ilmî hakikatin ifadesi idi. Bu sonuca varmak için, o, insanların kanun yapma tekniğine vakıf olanlarını, mümkün olduğu kadar az kanun yapmalarını, iktisadî ve fikrî âlemi imkân nisbetinde kendi tabiî cereyanına bırakarak tabiatın insan cemiyetleri için çizdiği tabiî tekâmül yolunda ilerlemesine engel olmamalarını tavsiye ediyordu.

Bu fikirler, gerçi fizyokratlardanberi mâlûmdu (12). SAİNT-SIMON'da da endüstri nizamının nasılsa cemiyeti kendi tabiî seyrine döndüreceği ve hukukçuların allâmeliklerine, türlü kanunlarla cemiyeti berbat etmelerine artık lüzum kalmıyacağı fikri belirmişti (13). Ancak, birinciler rasyonel bir felsefeye dayanarak tabiî nizamı bir apaçık hakikat, herkesin anlıyacağı ve kendi menfaatını takip etmekle ister istemez umumun menfaatını temin suretiyle bilfiil tahakkuk ettireceği bir zaruret olarak kabul ediyorlardı. Onlar için tabiî nizam, tabiî ahenk âdeta bir felsefî postulattı. Tartışması, isbatı bahis konusu değildi. SAİNT-SİMON da sınaî nizama aynı şekilde bel bağlamıştı,

Ancak, fiziokratların, SAİNT-SİMON'un zamanındanberi çok şeyler değişmişti : sosyal ve kanlı ihtilâller Avrupanın birçok bölgelerini taramış, sosyal problemler keskin bir hal almış, MARX-ENGELS ekolü bu dâvanın halli için tabiî nizam teranelerinin kifayetsizliğini haykırmış, hemen heryerde sosyal meselenin, mesele olmaktan çıkarılması için ne yapmak gerektiğini araştıran zekâlar görülmüştü. Böylece bir atmosfer içinde SPENCER'in yukarıda bahsettiğimiz görüşlerini kendisine hangi sosyolojik araştırmaların ilham ettiği, araştırılmaya değer bir husustur. Tıpkı COMTE'un hukuk aleyhtarlığı gibi (14), SPENCER'in de koyu bir devletçilik aleyh-

(12) Bak, yukarıda § 17, D. Sh : 424 vd.
(13) Bak, yukarıda § 18, B. Sh : 431 vd.
(14) Bak, yukarıda § 18, C. Sh : 463.

darlığı vardır. Ancak bu tavrını, sırf basit bir taraf tutma psikolojisi ile izah etmek yersiz olur. SPENCER, herşeyden evvel samimî yorulmak bilmez bir araştırıcı idi (15) ve eğer bu kanaatlara vasıl olmuşsa, onu hangi tarz incelemelerin bu sonuca vardırdığını aramak gerekir. Çünki, hukuk hakkında, kanun vazilerinin rolü hakkında SPENCER'in tavrı, tipik bir davranışın örneğidir. Kanun koyan, o kadar fazla işlere karışmamalıdır! Çünki.. O halde, bu görüşün mesnedi olan ilmî iddialar nelerdir? Bu iddiaların değerlendirilmesi, netice itibariyle bu tavrın da değerlendirilmesi olacaktır (16).

b — Tabiat ve Cemiyete hâkim olan tekâmül kanunu :

SPENCER'in hareket mebdelerine gelince; ilk planda monist bir felsefe ve tekâmül kanunu hakkında sarsılmaz bir inanç göze çarpar. Bu kanun kâinatın her çeşit vakıası hakkında caridir ve kendilerine «manevî», ya da «sosyal» dediğimiz olgu ve olaylar da bu kanunun gerekleri sonucunda ortaya çıkmışlardır ve ona tâbi olmakta devam ederler. Şöyle ki, kâinatın teşekkülünden günümüze kadar geçen fizik, fizikoşimik, biyolojik psikolojik ve sosyolojik olayların hepsi, başlangıçta b e l i r s i z, b a s i t ve a y n ı c i n s t e n bir şeyin, zamanla, kendisinde meknuz bir tekâmül istidadından, veya ona hâkim bir tekâmül kanunundan dolayı, daha b e l i r l i daha m ü r e k k e p ve daha a y r ı c i n s l e r d e n varlıklar halini alması neticesinde meydana gelmişlerdir. Cansız tabiattan, uzvî hayata, uzvî hayattan psiko-sosyal hayata intikal hep aynı kanunların tesiri altında vaki olmuştur; basit, belirsiz ve mütecanis ilkel cevher, z a m a n l a türlü sebeblerin bir araya gelmesiyle de-

(15) SPENCER, üç sekretere, kendi zamanında malûm olan çeşitli kavim ve milletlere ait ailevî, dinî, meslekî, siyasî ve sinaî müesseseler hakkındaki vesikaları birbirine paralel sütunlar halinde tasnif ettirdi ve sekiz cilt tutan bu vesikaları zamanındaki bilginler tarafından tetkik ve tenkit edilmeleri ve icabında tashih edilmeleri için kendi hesabına bastırdı. Hattâ bunların yayımı işine bilginin ömrü kifayet etmediğinden geri kalan kısmın basılmasını vasiyet etti. İşte «Sosyolojinin Prensipleri» adlı meşhur eserinin ilk cildi böyle bir hazırlıktan yedi yıl sonra tamamlanabildi : 1876. Son üçüncü cildi ise ancak yirmi sene sonra 1896 da neşredildi ki bu üç cilt bugün ve her zaman sosyoloji ilmî sahasında çalışacaklar için kıymetli bir hazine teşkil edecektir (WİLL DURANT - Vies et Doctrines des Philosophes, Paris 1938, sh. 411).

(16) HERBERT SPENCER — İlk Prensipler (Çeviren : SELMİN EVRİM. Millî Eğitim Bakanlığı yayınları, İstanbul, 1947, Cilt : II Sh: 184 - 195.

ğişik nevileri, cinsleri meydana getirmiştirki SPENCER buna f a r k-
l ı l a ş m a ve t a m a m l a n m a vetireleri demektedir (17).

Cemiyet nedir? SPENCER'e göre bu, uzvî hayattan sonra gelen bir ileri dereceli taazzuv nevidir. Biyolojik neviler, en basit hayvandan en mürekkep hayvan olan insana kadar hep farklılaşma ve tamamlanma vetiresinin tesiri altında gelişmiş ve böylece en karmaşık bünyeli, en çeşitli fonksiyonlu organlara sahip mütekâmil bir canlı olan insan meydana gelmiştir. Fakat tekâmül seyri burada da durmamıştır. İnsan bedenindeki uzuvlanma merhalesinden sonra, her insanın bir başka fonksiyonu ifa etmesi ile bunların birlikte yaşamalarından meydana gelen bir sosyal uzuvlanma vetiresi daha tahakkuk etmiştir. İşte bu, ileri derecede taazzuv veya «cemiyet» halidir. Gerçi bazı toplum hayatı süren hayvan nevilerinde de bu uzuvlanmayı görüyoruz. Fakat onların hali insan cemiyetleriyle kıyaslanamıyacak kadar basittir. Bu itibarla tetkik ve mukayeseye değmez. İnsan cemiyetlerindeki bu ileri derecede taazzuv bir tabiî vakıadır ve ferdlerin fonksiyon farklılaşmasını, ve çeşitli fonksiyonlar arasındaki kordinasyonu ifade eder (18).

O halde, cemiyet, bir nevi organizmadır. Onun da her organizma gibi bedenin bütünü için çalışan fakat herbiri ayrı fonksiyonu ifa eden çeşitli organları vardır : beyni, midesi, kanı, etrafı ilh... (19).

SPENCER'in cemiyet ile organizma arasında yaptığı benzetme ancak bir noktada durur : sinir sisteminin, tabiî organizmalarda lokalize olmasına mukabil, cemiyette, cemiyeti teşkil eden ve onun hücreleri yerinde olan bütün insanlara dağılmış bir halde bulunması. Bu nokta, kendisinin, organizmacı bir görüşten ferdiyetçi felsefeye nasıl atladığını izah eder : tabiî organizmanın her cüzü, her kısmı aynı derecede hassas değildir. Acıyı ve zevki organizmanın bütünü hisseder. Cüzülerin duyuları aynı değildir. Halbuki cemiyette bütün hücreler, yani ferdler aynı derecede asâp sistemi ile mücehhezdirler, elem ve hazdan aynı şekilde müteessir bulunurlar. Bu itibarla, toplumun saadeti, mücerret bir kavramdır. Saadet ve felâket, ancak onları hissedebilecek olan müşahhas ferdler hakkında bahis konusudur. Bu itibarla, ferd, bütüne feda edilmiyecektir.

(17) HERBERT SPENCERR — age., cilt: II, sh: 258 - 216. § 168.
(18) HEBERT SPENCER — Principes de Sociologie, Tome 1 Sh : 55- 58.
(19) Teferruat için bakıla : HÂMİDE TOPÇUOĞLU — XIX. yüzyıl Sosyologlarında Hukuk Anlayışı, Sh : 91 - 113, hususiyle Sh : 93.

Diğer taraftan, SPENCER, sosyal tabiatın da, biolojik âlem gibi, kendi ünitleri içinde devamlı bir seçilme, farklılaşma, ve tamamlanma kanununa tâbi olduğunu kabul ettiğinden, kendi haline bırakılmış cemiyetin yaşamaya lâyık olan ferdi seçip geliştirdiğini, intibakı eksik olanı, beceriksizi, kaabiliyetsizi temizlediğini kabul ediyor, insanlığın en ilkel zamanlardanberi bu vetire ile, seçile seçile sürüp geldiğini görüyordu. Bu itibarla, tabii bir ayıklanma kanunu vardır ve kanun kösteklenmemeli idi. Yani, zayıfa, beceriksize, hayatta başarı göstermemiş olana el uzatmak, insanlığın seçilme ve ayıklanma kanunu sayesinde daha başarılı fertlerden mürekkep bir toplum halini almasını geciktirmek olurdu. Kısacası, sosyal adalet kanunları, tabiî gelişmeyi köstekleyen, insanlığın liyakatsız elemanlardan kurtulmasını geciktiren yanlış tedbirlerdi (20).

Devlete gelince, bu da organizmacı görüşle şöyle izah ediliyordu : her uzviyet kendini hariçten gelecek tehlikeye karşı korur. Her uzviyetin bu fonksiyonu ifa eden bir aleti, bir savunma aracı vardır. Cemiyet denen organizmalar da, kendilerini yabancı organizmalara karşı korumak için Devleti yaratmışlardır. Zira toplumlar münferid ve birbirlerine yabancı olarak yaşadıkları için, birbirlerinin hücumuna maruz kaldıkça, devamlı bir savunma organı yaratmaya mecbur olmuşlardır. Savaşla beraber şefler ortaya çıkmış, savaşlar sıklaştıkça şeflerini otoritleri ve yardımcıları artmış, sonunda bildiğimiz hükûmet teşkilâtı meydana gelmiştir (21).

c — Cemiyetler tipolojisi ve «işbirliği» çeşitleri :

Cemiyetlerin tipolojisi de esas itibariyle ikilidir : gönüllü iş-

---

(20) Spencer, teşrîî meclislerin kanun yapma faaliyetini son derece dikkatle ifa etmeleri, içtimaî tekâmülün tabiî seyrini aksatmıyacak kanunlar yapmalarını, mümkün olduğu kadar tabiî seçilme ve ayıklanmaya (séléction naturelle) mâni olmayacak kaideler koymalarını tavsiye eder. Bu bakımdan ehliyetsizlerin sürüp gitmesini sağlıyan, onlara yaşama şansı veren sosyal kanunların aleyhindedir. Bak.: Man versus State (l'Individu contre l'Etat) 1885, Sh : 65 - 115. «Kanun koyanların günahları» başlığı altında der ki «yanlış ilâç reçetesi yazan eczacının cahilliği ve tıp mesleğini icraya müdahalesi mesuliyeti gerektirdiği halde, cahil kanun vazlinin berbat kanunlar çıkarması hiç de sorumluluğu gerektirmemektedir.» Ne yazık ki SPENCER'in bu acı tenkidleri, kendisinin kanun koyanlardan son derece liberal ve **aşırı ferdiyetçi kanunlar beklemesinden dolayı yapılmıştır !**

(21) HERBERT SPENCER — Principes de Sociologie, Tome : 111, Sh.: 426-440

birliğine dayanan cemiyetler ve mecburi işbirliğine dayanan cemiyetler.

SPENCER, cemiyetin, insanların maddî kalabalıkları değil, belki aralarındaki işbirliği vakıası olduğunu haklı olarak belirtir. Cemiyet demek birbirleriyle işbirliği etmekte olan insanların teşkil ettiği heyetler demektir. Bu işbirliği, fonksiyonların farklılaşması ve ayrı fonksiyonlu insanların birbirlerinin ihtiyaçlarını karşılamaları demektir. Bu ihtiyaç karşılanması tabiî bir zaruretten neşet eder ve içten gelerek yapılır, zira herkes bu ihtiyaç tekabülünden faydalanır : kendi özel ihtiyacını, iyiliğini sağlar. İşte cemiyette tabiî olan, baskısızca icra edilen bu işbirliğine SPENCER «ihtiyarî veya gönüllü işbirliği» der (22).

Buna mukabil, öyle haller vardır ki, ferdin vasıtasız bir menfaatı bahis konusu değilken, fakat toplumun bütünü için faydalı hatta zarurî olan ve ferde ancak toplumun kurtulması dolayısıyla bir menfaat sağlayacak olan bir başka işbirliği vardır : ferdden fedakârlık talep eden fakat onun özel menfaatına derhal cevap verecek olmayan bir işbirliği. İşte bu, toplumun tehlikeye maruz kalması anında ortaya çıkan savunma gayretlerinde görülür. Bu savunma kollektif olduğu taktirde başarılı olur, halbuki bazan ferd için aşıkâr bir tehlikeden başka birşey vaadetmez ve ferd buna istiyerek gitmez. O zaman toplumun kollektif baskısı ferdi işbirliğine zorlar. İşte devlet bu zorlama organıdır ve toplumun dışa karşı korunması için en ağır külfeti dahi ferde yükleyebilir. Zamanla dışarıdan gelecek tehlikeler devamlı bir hal alınca Devlet de daimileşmiş ve toplumun hariçle olan hayatî münasebetlerini düzenleyici bir organ haline gelmiştir (23).

Cemiyetin iç düzeni ise, devletten mukaddemdir ve gönüllü iştirake dayanır.

Siyasî teşkilât böylece dışa yönelen bir korunma uzvu olarak ele alınınca bunun tecavüzî kudretini arttırıp dışardaki organizmaları sarmak ve istismar etmek isteyeceği de unutulmamalıdır. Düşman topluluklara karşı olan tavır, toplumun kudreti nisbetinde, tedafüî veya tecavüzî olabilir. Tecavüz hallerinde zaptedilen bölge

(22) HERBERT SPENCER — Principes de Sociologie, Tome 111, Sh.: 331 - 335

(23) HERBERT SPENCER — Principes de Sociologie, Tome 111, Sh.: 332 - 380

halkı üzerine daimî bir baskı idame etmek icap eder ki bu, neticede Devlet teşkilatının çok fazla kuvvetlenmesini ve zecrini yalnız dünki mağluplara değil, kendi elamanları olan asıl toplumun ferdlerine de teşmil ve tatbik etmesini doğurur. Böylece Askerî Cemiyet tipi doğar. SPENCER'in iddiasına göre, yağmacı, otoriter, bürokratik ve despotik olan bu cemiyet tipi, toplum hayatında sonradan zuhur etmiş bir tiptir ve medeniyet ilerledikçe yerini gönüllü işbirliğine, yani akid ve rekabet serbestisi esasına dayanan, tabiî seçilme ve ayıklanma kanunlarının cereyanına sekte vermeyen, tekâmülün icaplarını cebren önlemeye çalışmayan Sınaî Cemiyet tipine terkedecektir.

SPENCER'e göre, bu sonuncu tipe, içinde sınaî faaliyetlerinin gelişmiş olduğu her cemiyet dahil değildir. Ne zaman sınaî gelişme, hür insanların, diledikleri yerde ve diledikleri ücretlerle çalışmaları sonunda meydana gelirse, ancak o zaman bir Sınaî Cemiyetden bahsedilebilir. Yoksa, köle gibi mecburî çalıştırma ile Sınaî bünyede bir cemiyet meydana geldiği zaman, bunun düpedüz bir askerî otokrasiden ibaret olduğu unutulmamalıdır. Eski Mısır cemiyeti, kendi zamanına göre büyük bir sınaî devletti ama SPENCER'e göre esirleri zorla çalıştırmak suretiyle tahakkuk ettirilmiş olan bu endüstri, Mısır cemiyetini askerî cemiyet olmaktan kurtaramazdı. Modern totaliter endüstri memleketlerini görmemiş olmakla beraber, SPENCER'in bunları da askerî cemiyet kategorisine sokacağından şüphe edilemez (24).

ç — Hukukun mahiyeti ve menşei :

Hukuka gelince, ana tekâmül kanunu Statü'den Mukaveleye doğrudur. Bu hususta MAİNE'in (25) fikirleriyle mutabıktır. Bununla beraber SPENCER hukuka karşı, sosyolojinin kurucusu olarak tanınan COMTE'dan çok daha büyük bir anlayış göstermiş ve bunun cemiyet hayatının zarurî kıldığı davranış kaideleri olduğunu kavramıştır. Bundan başka hukukun birbirinden müstakil çeşitli kaynaklarını da fark etmiştir. SPENCER'e göre hukuk kaidelerinin belli başlı dört kaynağı vardır (26).

A) Ecdad ruhunun direktifleri : SPENCER veciz ifadesiyle

(24) HERBERT SPENCER — Principes de Sociologie, Tome III, Sh : 805-824.

(25) «Bak, yukarda» §. 19, A. Sh : 479.

(26) HERBERT SPENCER — Principes de Sociologie, Tome III, Sh : 636-716.

«kanunlar ölülerin dirileri idare etmesi demektir» der. Filhakika büyüklerin, yaşlıların tecrübeye dayanan bilgi ve otoriteleri insanlar üzerinde büyük tesir yapmış ve âdetler, büyükleri ölümlerinden sonra dahi taklit etmek, onların izinde yürümek, onların hareketinin «yapılabilecek yegane doğru hareket» olduğuna hükmetmek temayülünden doğmuştur. Bundan başka iptidaî insan ölümle, şahsiyetin son bulduğuna inanamaz. Ona göre ölenin ruhu bıraktığı âlemle devamlı bir şekilde ilgilenir ve yaşayanların âlemine fiil ve hareketlerine müessir olmakta devam eder. Yaşayanlar ilk defa zuhur eden zor bir durum karşısında ne yapmaları gerektiğini, kendilerinden daima daha çok şey bildiğine inadıkları cedlerinin ruhlarından sorarlar. Ruhlarla olan münasebetse rüyalarda açıkça kendini gösterir. Böylece ecdat ruhunun telkinleri yaşayanlar için davranış kaideleri haline gelir. Hülâsa ilk davranış kaidelerinin temeli «cedde tapma» dinidir.

II) Şef ruhlarının direktifleri : Yaşayanlar kendi cedlerinin ruhlarından başka çok defa hayatta iken büyük kahramanlıklar göstermiş, hükümdarlık etmiş büyük siyasî şeflerin ruhlarından da yardım beklerler. Bunların ölmüş olmalarına rağmen kudretiyle cemaat halkına direktif vermek kabiliyetini haiz olduğunu kabul eder hattâ çok defa tanrılaştırdıkları bu şeflerden yardım dilerler. Nitekim insanlar uzun müddet hukuk kaidelerinin doğrudan doğruya Tanrılardan geldiğine inanmışlardır. Öyle ki en mutlak hükümdarlar bile bu ilâhî menşe'li kanunlar üzerinde keyfî şekilde tasarruf edememiş, onları değiştirmeğe veya dışına çıkmağa pek cesaret edememişlerdir. İşte kanunların bu tabiatüstü menşeleri onlara itaati sağlamış ve bu itaatin müesseseleşmesini intaç etmiştir.

III) Hayatta olan şeflerin emirleri : Askerî cemaatlerin zuhuru ile kuvvetli şefler ortaya çıkınca bunların hayatta iken verdikleri direktiflere, arkasındaki kuvvetin tesirinden çekinilerek itaat edilmiş ve bu direktifler de «otoriteyi sağlamaya matuf kanunlar» sıfatiyle mer'i olmuşlardır. İşte bu tip dünyevî iktidar merkezlerinden çıkan kanunların zuhuru ile hukuk âleminde bir «dinî Kanunlar-dünyevî kanunlar» ayırdı başgöstermiştir. Otorite kanunları, sadır oldukları askerî ve siyasî teşkilâtı kuvvetlendirmeye matuf olduğundan, eşitsizlik esasına dayanır ve cezaları ağırdır.

IV) Cemiyetin umumî efkârı : Nihayet en geri cemiyet tiplerinden bir müstakil bir kanun kaynağı vardır ki bu cemaatın müşterek kanatı ve umumî efkârdır. Bunlar cemiyette fertlerin müşterek

ihtiyaçlarının ve menfaatlarının birbirleriyle uzlaşma şartlarını ifade ederler. Esaslı bir şekilde eşitçi karakterdedirler. İstikbalde bu sonuncu neviden kanunlar diğerlerinin yerini alacaktır ve cemiyet sınaî tipe yaklaştıkça, harp korkusu ve tehlikesi azaldıkça, kanunlar doğrudan doğruya umumî efkârın ve teklif edilecek hususî menfaatların taleplerine uygun olarak zuhur edecektir.

«Şahsî statü rejimi çöktükçe ve mukavele rejimi geliştikçe, şahsî bir iradenin beyanı olan kanun yerine ferdî menfaatların uzlaşmasından doğan kanun geçecektir : Bu zarurî bir neticedir. Zira eşitsizlik eski rejimin mecburî işbirliğinin prensibidir. Halbuki diğer rejimin, gönüllü işbirliği prensibi ise açık bir eşitliktir». «Fakat askerî rejim bakî kaldıkça sonuncu tipteki kanunların otorite kanunlarının yerini alması tamamiyle tahakkuk edemiyecektir. Zira hükümran bir iradeye itâat, muayyen bir nisbette, gene zarurî olacaktır» (27).

Kazaî fonksiyona gelince; başlangıçta kaza işlerini silâhlı fertlerin meclisleri görürdü. Askerî kılıç, dış düşmana olduğu gbi, iç düşmana da tatbik edilirdi (28). Hükûmet şefleri iç nizaları da halletmekle mükelleftirler, fakat kazanılan harplerin sonunda büyük siyasî cemiyetler meydana gelince, kaza vazifesi artık temsilciler marifetiye görülmeye başladı (29). Mahsus kaza cihazları demek olan mahkemeler doğdu, daha sonra bunlarda da bir farklılaşma görüldü, lâyik ve dinî mahkemeler birbirinden ayrıldı (30). SPENCER'in ansiklopedik sosyolojisinde siyasî dinî, hukukî müesseselerin hemen hepsi hakkında fikirlere rastlamak kabilse de gerek bunların hepsinin isabetli olmayışı, gerek bizim sahamızla doğrudan doğruya alâkalı bulunmayışı dolayısiyle bunlara temas etmemeği uygun bulmaktayız. Esasen görüşlerinin bir çoğu modern etnolog ve sosyologların araştırmalarıyla cerh ve tekzip edilmiş durumdadır.

d) SPENCER'in görüşlerinin değeri :

Muhakkakki SPENCER'e, bazılarının yaptığı gibi, hukukun sosyolojik temeliyle ilgilenmemiş bir sosyolog göziyle bakılamaz; buraya kadar vermiş olduğumuz izahlardan da anlaşılıyorki SPENCER hukuku, haklı olarak bir sosyal mahsul, bir sosyal tanzim şek-

(27) HERBER SPENCER - Principes de Sociologie, Tome II Sh. 709
(28) HARBERT SPENCER - Principes de Sociologie, Tome Sh. 661
(29) HERBERT SPENCER - Principes de Sociologie, Tome III Sh. 668, 686.
(30) HERBERT SEPENCER - Principes de Sociologie, Tome Sh. 680.

li olarak almıştır. Cemiyet ne kadar tabiî ise hukuk da o kadar tabiîdir. O ne COMTE gibi ne de MARX gibi hukuku küçümsememiş yahut inkâr etmemiştir. Bilâkis kanunlarda ifadesini bulan hukukun yeri artık filozofların nazarî inşaalarında veya metafizik iddialarında değil, belki geleneklerin, teamüllerin, dini inanç ve akidlerin, siyasî emir ve nehiylerinin yanıbaşındadır. Böylece hukuk, henüz adı takılmamış olan bir kültür mahsulleri kategorisinin içine yerleştirilmiştir. SPENCER, hukukun inaç ve ihtiyaçlarla karışık, kıymetlerle meşbu karakterini sezdiği gibi onun içtimai münasebetlerden doğduğunu da farketmiştir : ihtiyari işbirliği ve mecburi işbirliği münasebetleri. Ancak o, maddeci monizminin tesiri altında kalarak hukukun dahil bulunduğu kültür mahsullerinin neviyetini farketmemiştir.

Hukukun kaynakları hakkındaki görüşü, cedde tapma dininin bütün iptidailerce umumî olmayışı v.s. gibi hususlarda sonradan tenkid edilmişse de ilkel hukuk sisteminin ilkel din şekilleri içinde erimiş hali hatırlanacak olursa bu görüşün pek de isabetsiz olmadığını teslim etmek gerekir. Hukuka, zamanla siyasî otoriteleri emir ve nehlerinin dahil olması ise, alelıtlak yukarıdan ısdar edilen bütün normların hukuk vasfı inkâr edilmedikçe, reddedilmiyecek bir hakikattır.

Umumî efkârın hukuk kaynağı olarak tanıtılması ve müstakbel hukukun cemiyette kendiliğinden husul bulacak menfaatlar muvazenesi istikametinde gelişeceğini gösterilmesi ise, cemiyetin kendi kendini tanzim, yani spontane bir şekilde hukuk yaratma vetiresinin sezildiğine alâmettir.

Bundan başka siyasî iktidarın kökünü, behemahal kollektif inanç ve kanaatlardan alacağı, hâkimiyet makamının iktidarın yaratıcısı olmayıp ancak hâmili olacağı hakkındaki görüşleri de artık içtimaî mukavelecilerinki gibi sırf spekülâtif izahlar mahiyetinde değil, doğrudan doğruya sosyolojik açıklamalar durumundadır.

Ancak, SPENCER'in cemiyetin tekamül kanunlarını bulma yolundaki gayretleri ve bunların bir neticesi olarak hukukun tekâmül istikametini keşfetme arzusu semeresiz bir çalışma olmuştur (31). Zira bu gibi tek istikamette bir tekâmül yolunun mevcudiyeti şüp-

(31) SPENCER'in fikirlerinin kısa ve özlü bir tenkidi için bak : F. H. MANKİNS - The History and Prospects of the Social Sciences 1925 pp : 297 - 302 «in Social Thought form Lore to Science, V : I Sh. 677 not : 43).

helidir. Muhtelif cemiyetlerde hukukun gelişmesi birbirinden farklı istikametlerde olmuş, nazarî tekâmül halkalarından bir çoğu atlanmıştır.

Bundan başka daha SPENCER zamanında, sendikaların, işçi ve patron teşekküllerinin ve sanayiin iç nizamı ile, hiçte askerî karakterde olmayan yepyeni bir statü hukuku doğmakta idi ve ferdiyetçi nizamın akid ve irade muhtariyeti telâkkileri artık bu yeni hukukî durumları izah ve tanzime kâfi gelmiyordu. Bundan başka, hukukta umumî efkârın, yeni ihtiyaçların ve menfaatlar durumunun bir aksini gördüğü halde, durumun, gelecekte behemehal bir ferdiyetçi nizam istikametinde gelişeceğini iddia etmesi, hakikatte, kendi zatî temayüllerine ilmî bir kisve giydirmekten başka bir şey değildir.

Nihayet, cemiyetin, tabiî - içtimaî kanunların tesiriyle, kendiliğinden tekâmül edip gideceği, kanun koyanın şuurlu ve iradî müdahalelerinin lüzumsuz olacağı yolundaki iddiaları da hayli iyimserce telâkki edilmelidir. Sınaî - Askerî tip ayırdı da, müşahedelerden ziyade, ferdiyetçi ve liberal nizama olan hayranlığının mübalâğalı tezahürleri olarak alınmalıdır.

3 — LILIENFELD, SCHAEFLE, WORMS uzviyetçi doktrinin aşırı temsilcileri :

SPENCER'den sonra uzviyetçi teoriyi inkişaf ettiren ilk müellif Rus asıllı Alman bilgini PAUL von LILIENFELD (1829 - 1903) oldu (32).Bu zat, sosyolojide uzviyetçi görüşün en müfrit, en mübalağalı tatbikatını yaptı.

SPENCEF, «uzviyet» ve «cemiyet mümaseletinin sırf muayyen içtimaî müesseselerin izahı için, muayyen kıyasları istihraç için başvurduğu bir metod olduğunu itiraf ettiği halde (33), LILIENFELD,

---

(32) P. von LILIENFELD — Gedanken über eine Sozialwissenschaft der Zukunft. V vol. Mitau 1873 - 1881.
P. von LILIENFELD — La Pathologie Sociale, Paris, 1896.
P. von LILIENFELD — Zur Verteidigung der organischen Methode in der Soziologie, Berlin, 1898.

(33) HERBERT SPENCER — Principes de Sociologie, Tome II, Sh. 192, 270. «Şimdi, ferdî uzviyeti ile sosyal uzviyet arasındaki bu sözde kıyasları bir tarafa bırakalım. Ben, bu güçlükle elde edilmiş kıyasları sırf sosyolojik tümevarımların (inductions) mütecenis bir sistemini bina etmeye yarayan bir iskele gibi kullandım.»

cemiyeti hakiki bir uzviyet saydı (34). Cemiyetler âlemi, nebatlar âlemi ve hayvanlar âlemini takip eden üçüncü bir uzviyet âlemidir. Devlet ve Hükûmet cihazı, bu cemiyet denen uzviyetin beynidir. Uzviyeti tanzim eden, fartlerin iradelerini kendinde toplayıp «kollektif irade» sıfatıyla onu fertlere yukarıdan empoze eden, bozulmuş nesiçleri ve hücreleri iyileştiren odur ilh.. Böylece LILIENFELD, uzviyetçi görüşün tabiî neticesini kabul ediyor, SPENCER gibi umulmadık bir ferdiyetçi sonuca değil, müfrit devletçi bir sosyal felsefeye bağlanıyordu (35).

Daha sonra A. SCHAEFLE (1881 - 1903) (36), daha mutedil ve kısmen spritüalist temayüllü bir uzviyetçi tez müdafaa eder. Cemiyeti, fizyolojik bir uzviyet gibi, değil, ferdler arasında ruhî iştirakın asıl olduğu bir müşterek hayat şekli olarak alır.

Uzviyetçi ekolün Fransız takipçilerinden olan RENE WORMS (1869 - 1926), ayni nazariyenin müfrit taraftarlarından birini temsil eder (37). Mamafih bu zat da tetkiklerinin sonunda, «cemiyet» ile «uzviyet» arasında bir mahiyet ayniyeti değil, kuvvetli bir mümaselet mevcut olduğunda karar kılar. Uzviyetin cüzileri arasındaki iştirâk fizyolojik ve maddî olduğu halde, cemiyetin cüzileri arasındaki iştirâk, ruhîdir. Cemiyet, alelâde bir uzviyet değil, belki bir «üstün - uzviyet» (super - organisma) dir. Devlet ise, cemiyetin en yüksek bir ifadesidir. «Devlet, kendi uzuvlarının hayatından farklı, ayrı bir canlıdır. Devletin hayatı, onu terkip eden azalarının hayatından o kadar ayrı, o kadar yüksektir ki, icabında Devlet, bu tâbi varlıklardan bazılarının hayatlarını kendisine feda etmesini isteyebilir ve hemen hemen daima bu arzusunu yerine getirmeye muvaffak olur.» (38).

---

(34) GUMLOWİCZ naklediyor : Précis de Sociologie (traduit par CHARLES BAYE, Paris, 1896, Sh. 31).

(35) BECKER and BARNES — Social Thought, Vol : I, Sh. 682 - 683.

(36) SCHAEFLE — Bau und Leben des sozialen Körpers, VII Volume, 1875 - 1878.

A. SCHAEFLE — Abriss der Soziologie (oeuvre posthume 1906).

(37) RENE WORMS — Précis de Philisophie.

RENE WORMS — Eléments de Philosophie Scientifique, 1891.

RENE WORMS — Morale de Spinoza, 1892.

RENE WORMS — Philosophie des Sciences Sociales, 1903 - 1907.

(38) BARNES naklediyor : Social Thought, Volume I, Sh. 688.

4 __ ESPINAS :

Yukarda gördüğümüz uzviyetçi sosyologların, SPENCER'in hilâfına, devletçi bir sosyal felsefeye saplanmalarına mukabil, SPENCER gibi uzviyetçi tezden hareket ettiği halde ferdiyetçi görüşlere vasıl olan diğer bazı temsilcilere de rastlanmaktadır. Bu cümleden olarak Fransız sosyoloğu ESPINAS'yı zikredebiliriz. ESPINAS (1844 - 1922), 1875 senesinde, yayınladığı «Hayvan Cemiyetleri» (Les Sociétés Animales) adlı eseriyle, hayvan cemiyetlerinde insan cemiyetlerinin biolojik kanunlarını keşfetmeye yarayacak ip uçları bulacağını zannetti ve Sosyolojinin, ancak Biyolojinin bir devamı olarak gelişebileceğini iddia etti (39). «Cemiyet» ve «ferd» kavramları arasında bir kategori farkı değil, belki bir derece farkı olduğunu her hayvanî ferdin de, haddizatında bir hücreler cemiyeti, bir uzuvlar cemiyeti sayılabileceğini iddia etti (40). Gerçi bu, SPENCER tarafından bir teşbih olarak kullanılmıştır, fakat ESPINAS bu görüşün bir hakikati temsil ettiğine kani idi. Netekim ona göre ferd ve cemiyet tezadları hakikatte manâsızdı. Uzviyet âleminde kendilerine sadece «Beslenme cemiyetleri» diyebileceğimiz basit hayvan ferdlerinden (blastodème) sonra, ferdlerin ayrı cinslere ayrılmış olan «Çoğalma cemiyetleri» (Société de reproduction) ni görüyorduk. Farklı cinsiyetlere sahip hayvan çiftlerinin (41) teşkil ettiği cemiyet şekli, birincilere nazaran daha mütekâmil olan ikinci merhaleyi temsil ediyordu. Halbuki ayrı cinslere sahip ferdlerin teşkil ettiği «çift», bir bakıma bir başka «ferdiyet» tipi teşkil ediyordu. Hülâsa, ferd kendisini terkip eden cüzüler bakımından bir «cemiyet» gibi, her cemiyet de, özel bir bütün olmak bakımından adeta bir «ferd» gibi ele alınabilirdi.

Farklı cinslerin birleşmesiyle meydana gelen hayvan ailesinde bu birliği kuran ve az veya çok bir müddet sürdüren saik, karşı cinse duyulan insiyak ile yavruya karşı duyulan sevgi ve alâkadır. Bu sevgi, ferdin kendisine karşı beslediği sevginin, kendi par-

(39) ESPİNAS __ Etre ou ne pas être (Revue Philosophique 1901, pp. 451), (G DAVY zikrediyor : «Sociologues d'hier et d'aujourd'hui, p. 26, Paris, 1931).

(40) ESPİNAS __ Sociétés animales, 2 éd. 216 - 217, 222, 268 (DAVY, a. g. e., Sh. 31). «Blastodème : boşlukları ağız ağıza gelen ve aynı besleyici mayi ile beslenen küçük uzviyetler topluluğu» (Sociétés animales : 237, DAVY: 42).

(41) ESPİNAS __ Sociétés animales, Sh. 247, (DAVY nakleder: a. g. e. Sh. 43).

çası saydığı yavruya uzanmasından başka bir şey değildir. Yani egoist bir nefis muhafazası duygusunun devamıdır (42). Bununla beraber, birden fazla yavruların zuhuru, hayvan ailesinde yeni bir hissin doğmasına sebep olur: yavrular arasındaki kardeşlik hissi. Bu, cinsî bir his değildir. Keza bu, bir yavru sevgisi de değildir. Bu, benzerlik tasavvurundan doğma ve buna bağlı bir sempatidir (43).

Sürü halinde yaşayan hayvanlarda bu hemcins sempatisi, aile bağından daha kuvvetli olabilir ve işte cemiyeti tutan, sürdüren, koruyan duygu bu hemcins semptasidir. «Âile kadrosunu açmış bütün normal cemiyetlerin kaynağı bu sempatidir» (44).

İnsan cemiyetlerine gelince, bunlar da, hayvan cemiyetlerinin mütekâmil bir tipidir. İnsan nevinde, incelmiş, gelişmiş olan şuur, artık hemcins tasavvuruna daha fazla sahiptir ve bu cemiyetlerde toplumu sürdürme, düzenleme ve koruma duygusu daha gelişmiştir. Böylece ESPINAS'ya göre insan cemiyetini yaratan şey artık «şuur» dur. «Demekki bir cemiyet, canlı bir şuur, veya bir fikirler uzviyetidir» (45).

O halde hukuk nedir? ESPINAS der ki, hukuk, fıtrî tabii haklar nazariyesiyle isbat edilemez. Hukuk, insan c e m i y e t i n i n yarattığı bir şeydir. Hukukun kökü, insanın hemcinsine karşı duyduğu sempatidir. «Bizde, çocuğun himaye görmesi, onun herhangi bir içtimaî mukavele akdetmiş olmasından veya mutlak bir hürriyeti temsil etmiş olmasından değildir. Zira bunun hakikaten bir manası yoktur. Çoğunun hürmet görmesi, asırlardanberi Avrupada zayıf bir insanın, hattâ yeni doğmuş veya doğacak bir insanın dahi, dünyada en fazla saygıya değer şey olduğu kanaatının yerleşmiş olmasındandır. Bu kanaatın nihaî garantisi ise asırlardan beri birikmiş olan ve artık kendilerine mukavemet edilemeyen sempati duygulardır.» **İnsan suretindeki bütün varlıklara karşı olan sempatilerimizin inceliği ve adaletin hepimizin sığındığı bir siper olduğu hissi işte, çağdaş milletlerde hukukun canlı kaynağı..»** (46).

(42) ESPİNAS — Sociétés animales, Sh. 444-445, (DAVY, a. g. e., Sh. 56).

(43) ESPİNAS — Sociétés animales, 474, (DAVY, a. g. e., Sh. 60-61).

(44) ESPİNAS — Sociétés animales, Sh. 474-475, (DAVY, a. g. e., Sh. 62).

(45) ESPİNAS — Sociétés animales, h. 530, (DAVY, a. g. e., Sh. 64).

(46) ESPİNAS — Etre ou ne pas être, (Revue Philosophique, 1901, p. 516), (DAVY, a. g. e., Sh. 79).

«Cemiyet, sadece hakları tarif etmekle ve korumakla yetinmez, bilâkis onları yaratır. Zira hukuk, muayyen bir memlekette, umumî efkârın insan şahsiyetine izafe ettiği değerden başka birşey değildir.» (47).

Böylece hukukun menşei, hayvan cemiyetlerinde dahi mevcut olan bir hemcins sevgisi, bir sempati hissidir. Zamanla bu hissin daha mütekâmil şekiller aldığı görülür. İnsana tanınan hak asırlardanberi cemiyet ferdlerinin ruhuna hâkedilmiş olan bir sempati derecesine tâbi kalır.

İtiraf etmeli ki upuzun ve pek dolambaçlı yollardan gelmekle beraber, ESPINAS, hukuk sahasında, vaktiyle CICERO'nun, ULPIANUS'un, nihayet GROTIUS'un söylediklerine pek fazla bir şey ilâve etmiş sayılamaz.

5 — GUMPLOWICZ'in «Irklar arası mücadele teorisi» :

Uzviyetçi Sosyolojinin diğer bir kolu da DARWİN'in nevilerin hayat mücadelesi hakkındaki tezini muhtelif insan cemiyetleri arasındaki mücadelelere, savaşlara, ırklar veya sınıflar çatışmasına tatbik eden «Sosyal Darvinizm» cereyanlarında görülür. Bunların başında Avusturyalı bilgin (aslen Polonyalı) GUMPLOWICZ, Alman sosyologu OPPENHEİMER, İtalyan sosyologu VACCARO, Rus bilgini NOVICOV, Amerikan sosyologlarından SUMNER ve SMALL gelir.

Bunların içinde Devlet ve Hukuk problemini bu zaviyeden en fazla inceleyen ve fikirleri hemen bütün bu ekolün (NOVICOV hariç) prototipini teşkil eden GUMPLOWİCZ üzerinde durmayı lüzumlu görüyoruz (48). GUMPLOWİCZ, kendi zamanına kadar Sosyolojide işlenmiş olan hataların başlıca sebebini, beşeriyet anlayışında bulur. Sosyologlar, beşeriyeti, aynı kökten gelen tek bir nevi olarak ele almışlar ve birbirinden farklı sosyal zümrelerin,

(47) ESPİNAS — Etre onu ne pas être, (Revue Philosophique, 1901, p. 514).

(48) GUMPLOWİCZ — Philosophisches Staatsrecht, Wiene - Graz.
GUMPLOWİCZ — Rechtsstaat und Sozialismus. Innsbruck, 1881
GUMPLOWİCZ — Der Rassenkampf, 1882 (T. fr. par BAYE: La Lutte des Races, 1893).
GUMPLOWİCZ — Grundriss der Soziologie. 1885 (traduction française par: BAYE, 1896).
GUMPLOWİCZ — Die Soziologische Staatsidée, 1892.
GUMPLOWİCZ — Soziologische Essays, Soziologie und Politik, 1891.
GUMPLOWİCZ — Sociologie et Politiuqe, Paris, 1898.

kavimlerin, milletlerin varlığını sadece basit ve tâli ehemmiyette bir dallanıp budaklanma gibi görmüşlerdir. Bundan başka sosyologların saplandığı diğer bir hata da, gerek bütün beşeriyetin, gerek münferid cemiyetlerin, tıpkı hayvanların ve nebatların büyümesi, gibi, kendi kendilerine geliştikleri, spontane bir büyümeye, bir tekâmüle tâbi oldukları zannıdır (49).

Sosyoloji kitaplarında insan cemiyetlerinde bir müddet avlanma suretiyle istihsal şekli hakim olduktan sonra, bunun yerine, durup dururken hayvan besleme suretiyle istihsal şeklinin kaim olduğundan, ve gene bir müddet sonra da ziraatin ortaya çıktığından bahsedilir. Nihayet ziraatten sonra san'at ve endüstrinin zuhuru kaydedilir. Sosyologlar öyle sanırlar ki, hep aynı sosyal zümre, kendisinde mevcut bir tekâmül temayülü neticesinde, kendinde meknuz bir tekâmül kanununa uyarak, medeniyetin bu muhtelif merhalelerinden geçmektedir. Halbuki burada bir tek vakıa unutulmaktadır : o da, tabiatın bütün diğer yaratıklarında ve eşyasında olduğu gibi, insan topluluklarında da mevcut olan atalet (tembellik) kanunudur (la loi d'inertie). Bir topluluk belirli bir sosyal safhada hareketsiz kaldı mı bu safhadan diğer bir safhaya, ancak bu geçişe elverişli sosyal sebeb ve tesirlerin zuhuru neticesinde intikal edebilir.

Bu itibarla, GUMPLOWİCZ'e göre, bizim, evvelki sosyologların hatalarını düzeltebilmemiz için, yalnız insan topluluklarının menşeindeki çokluğu ve farklılığı değil, aynı zamanda toplulukların gelişme tiplerindeki tahavvülü ve çokluğu da kabul etmemiz lâzım gelir. Her sosyal zümre bir başka zümre tarafından itilmedikçe, dürtülmedikçe mevcut halini sürdürüp gider. İşte bu itilmeler, bu dürtülmeler ve bunların neticesinde meydana gelen zümrevî istihalelerdir ki bizatihi «sosyal» olan hareket ve sonuçları meydana getirirler.

Tarih, ve sosyal olayların müşahedesi bize, bu kanunun doğruluğu hakkında kâfi delilleri hazırlar. Buradan, sosyolojik araştırma metodu olarak şu mühim kaideyi çıkarabiliriz : **Biz, nezaman, bir sosyal grubun halinde bir değişme müşahede edersek derhal bu değişmenin bir yabancı gurubun müdahalesi sonunda meydana geldiğine hükmetmeli ve bunun hangi müdahale olduğu-**

(49) GUMPLOWİCZ — Précis de Sociologie (traduction par BAYE, 1896), Sh. 133.

nu araştırmalıyız. Keza, sür'atli ve çok cepheli bir gelişme, yani farklı sosyal hallerin birbirini takibi, ancak, birbirinden ayrı cinsten muhtelif sosyal zümrelerin karşılıklı ve daimî tesirleşmesi sonunda meydana gelir ki bu da ancak Devlette ve Devletler sisteminde bahis konusu olabilir (50).

O halde «sosyal olay», zümre ve cemaatlerin işbirliği neticesinde meydana gelen olaydır. Bu zümre ve cemaatler ise kendi yarattıkları durumların unsurlarını teşkil ederler (51). **Bizim «sosyal oluş», «sosyal vetire» dediğimiz şey, farklı soydan gelen iki veya daha fazla zümrenin birbirleriyle temasta bulunmaları, faaliyet sahalarında birbirlerine tesir etmeleri halinde vaki olur. Sosyal unsurlar, h o r d e gibi ilkel insan topluluklarından Devlete kadar varan çeşitli cemaatlerdir.**

Sosyal kanun ise, sosyal sahada tahakkuk eden müşahhas oluşlara tallûk eden veya bu oluşlar yerine ikame edilen norm demektir ki, buna göre, hem zaman olan sosyal guruplar birbirleri üzerine tesir ederek tekâmül ederler. Nerede etnik unsurlar birbirleri ile temas halinde ise orada sosyal kanunlar hükmünü icra eder (52).

«Devlet, bir sosyal hâdisedir : bu, sosyal unsurların tabiî kanunlarına uygun bir fiili ile tahakkuk eder ve gelişme de ancak sonradan vukua gelen sosyal fiiller sayesinde devam edebilir. **İlk fiil, bir sosyal zümrenin diğer bir sosyal zümre tarafından hüküm altına alınması ve bu durumu idame ettirmeye matuf bir teşkilâtın kurulmasıdır.** Bu teşkilât, tabiatiyle galip zümrenin az sayıdaki ferdleri tarafından kurulacaktır. Bunlar, yendikleri ve hükmaltına aldıkları zümreye nazaran azınlık durumundadırlar ve karşılarındaki sayı çokluğunu, askerî disiplinin kendilerine sağladığı imtiyazlar ve fikrî kabiliyetlerindeki üstünlük ile karşılamak durumundadırlar.

Böylece bir devlet kurulur kurulmaz biz onda çift cepheli bir hayat, iki ayrı tipte temayüller komleksi, yahut iki nevi fiiller kompleksi müşahede ederiz: onun kollektif fiilleri arasında şu tipleri birbirinden açıkça tefrik ederiz, mütecanis bir sosyal bütüne ait fiiller ile, Devlet içindeki sosyal unsurların fiilleri (53).

Devletin gayesi, ne müşterek hayrın tahakkuku, ne hukukun

(50) GUMPLOWİCZ _ Précis de Sociologie, Sh. 134.
(51) GUMPLOWİCZ _ Précis de Sociologie, Sh. 131.
(52) GUMPLOWİCZ _ Précis de Sociologie, Sh. 164 - 165.
(53) GUMPLOWİCZ _ Précis de Sociologie, Sh. 192.

ve âdeletin tesisi veya medeniyete hizmettir. Gerçi devlet, mütekâmil şeklinde bu gayelere hizmet eden bir teşekküldür. Fakat onu yalnız mütekâmil şekline göre tarif doğru değildir (54). Yapılacak şey, en iptidaisinden en mütekâmiline kadar bütün Devlet tiplerinde müşterek olan gayeyi tarife esas tutmaktır. «Devletin kuruluşunun yegâne gayesi, evvelâ muayyen sayıda insanların diğerleri üzerindeki tahakkümünü (domination) sağlamaktır. Bu gaye için kurulan teşkilât ise, tabiî bir zaruretle, kurucuların baştan tahmin ve istihdaf etmedikleri bir takım sonuçlara vasıl olur. Devlet tekâmülünün zarurî ve tabiî neticeleri olan bu son vaziyetleri Devletin kurucularına izafe etmeye hakkımız yoktur. Bu Devlet kurucuları, bütün insanlar gibi, ancak kendi yakın menfaatları hesabına hareket ediyorlardı. Fakat sosyal gelişme, insanların hotgâmca gayretlerinin haylı üstüne çıkarak, tabiatın kendisine çizdiği neticelere vasıl oldu (55).

GUMPLOWİCZ'e göre Âmme Hukuku profesörlerinin gözünden kaçan diğer bir hakikat te, Devlette esasında birbirinden farklı etnik grupların bulunuşu ve idare edenlerin soyu ile idare edilenlerin soyunun birbirine yabancı oluşlarıdır (56). Devlet her zaman ve heryerde bir yabancı kavmin hükmaltına alınması suretiyle teşekkül eder.

Hukukun menşeine gelince :

Bir etnik topluluğun diğeri ile münasebeti, normal olarak, diğerinin elinde bulunan dünya nimetlerini kendisine tahsis içindir. Yani, savaş, normal sosyal vetiredir. Bununla beraber, savaş hali ilânihaye sürüp gitmez. Mukavameti ve enerjisi kıt olanlar savaştan vazgeçer ve tâbilik durumuna rıza gösterir. Böylece b a r ı ş ve b a r ı ş ı n s ü r m e s i vakıaları nizamı yaratır : Bu, dayanıklı ve devamlı bir nizam itiyadı ise âdeti ve hukuku doğurur (57). **Demek ki, ayrı soydan, birbirine düşman ve farklı kuvvette sosyal elemanların birbirine yaklaşması, hukukun meydana gelmesinin ilk şartıdır.**

Şiddetin yarattığı, zaaf ve tembelliğin kabul ettiği durum, barış havasının sükunu içinde «hukuk nizamı» halini alır. bu niza-

(54) GUMPLOWİCZ — Précis de Sociologie, Sh. 196.
(55) GUMPLOWİCZ — Précis de Sociologie, Sh, 196.
(56) GUMPLOWİCZ — Précis de Sociologie, Sh. 197.
(57) GUMPLOWİCZ — Précis de Sociologie, Sh. 200.

mın ilk hususiyeti, menşedeki kuvvetlerin eşitsizliğidir. Zira, eğer kuvvetler muadil olsaydı ya birbirlerini tadil edecekler yahut ta kendi aralarında birleşerek ezecek bir üçüncü elaman arayacaklardı. Bütün hukuk, eşitsizliğin kanunî bir teyidinden ibarettir.» Karısına emreden koca, yaş kuvveti ile küçük çocuklarına emreden baba, mülkünün semerlerinden faydalanmayı başkasına yasak edeneden mâlik.. eşitsizlik içinde kurulmuş olan bütün bu nizam «hukukî»dir.

Hukuku nimet ve külfet dağıtma vetiresinde eşitlik olarak kabul etmek, herkes için eşit bir hukukun mevcut olabileceğine inanmak kadar büyük bir hatadır. Zira hukuk, ancak siyasî nizam içinde zuhur eder ve siyasî nizam demek, eşitsizlik halindeki nizam demektir. Hukuk eşitsizlik halindeki nizamın ifadesidir. Hukuk, bu eşitsizliği tesbit eden kaidedir. Demek ki hukuk, siyasî nizamın, Devlet nizamının şeklidir (58).

Ancak, hukuku, sosyal gurupların mücadelesinde savası kazanan,diğerini hükmaltına alan ve devleti kuran iktidar azınlığı icat ettiğine göre, bu durum, ilerde nasıl bir sonuca varacaktır ? (59). Filhakika uzun müddet hukuka tabi olarak yaşayanlarda «hukukun cevheri», «hukukun idesi» hakkında bir kanaat yerleşmeye başlar. Hakiki kuvvetten mahrum olan bu tâbi durumdaki ferdler bu hukuk idesini bir mücadele silâhı olarak iktidara karşı kullanmaya başlarlar. Böylece iktidar zümresi, esasında kendi eseri olan hukuk vakıasından doğma «hukuk idesi»nin, kendi aleyhine kullanılacak bir vasıta haline geldiğini görür.

Şüphesiz ki bu vasıtayı, tamamen ezilmiş ve istismarı mutad hale gelmiş en zavallı sınıf kullanamaz. Bunu gene, iktisaden kuvvetli olan ve iktidarı paylaşmak isteyen bir zümre, yani burjuva sınıfı, siyasî iktidar sahiplerine karşı kullanır ve kendisine bütün insan haklarının müdafii süsünü verir. Asıl halk tabakasını da kendi tarafına çekerek gayesine ulaşmaya çalışır.

Fakat Devlet Nizamı, ihtilâllerden sarsılıp yoruluca hukukun hakikî kurucusuna olan nisbeti hatırlanır ve yeniden muhafazakâr ve otoriter bir rejim doğar. Sonra bütün bu sosyal tekâmül yani baştan seyre başlar. GUMPLOWICZ böylece hukukun tekevvününü

(58) GUMPLOWİCZ — Précis de Sociologie, Sh. 200.
(59) GUMPLOWİCZ — Précis de Sociologie, Sh. 245 - 257.

devletin teşekkülü vakıasına rapteder ve «ahlak»ı başka bir menşee, daha doğrusu spontane cemiyet vakıasına irca eder. **GUMPLOWICZ'e göre ahlâk, aynı soydan, mütecanis bir toplum içinde doğar. Ahlâk içinde doğduğu içtimaî zümrenin kendi üyelerine tahmil ettiği hayat şeklinin münasipliği, uygunluğu hakkındaki bir telkininden ibarettir... İnsanlar. Kendi alıştıkları hayat nizamının uygun bir şey olduğu, bunun böylece sürüp gitmesi gerektiği kanaatını taşırlar ve bu kanata uyan itiyadî davranışları da birer norm olarak tanırlar.** Fakat farklı soydan, farklı menşeden gelen yabancı zümreler savaş sonunda birbirlerine karışır, aynı sosyal çevre içinde galipler ve mağluplar birlikte yaşamaya başlarsa artık tek bir ahlâk değil, çeşitli ahlâk tipleri birbirleriyle karşılaşır. Böyle gayrı - mütecanis bir toplumda çeşitli ahlâk görüşleri arasında çatışmalar olabilir ve artık sadece ahlâk, sosyal nizamı idameye yetmez. Onun içindir ki hâkim zümre cebirle müeyyidelenmiş ve bütün zümre ferdlerini bağlayıcı düsturlar vazeder ve bu artık Hukuktan ibarettir (60) .

Ahlâkın doğuşu spontanedir. Ahlâk, tabiat şartlarıyla insan hayatı arasındaki tesir ve aksi tesirlerin muhassalası olarak doğmuştur. Bunun içindir ki bir «tabiî unsur»u, bir de «beşerî unsur»u ihtiva eder (61). Zamanla, ahlâk sadece şeklini değiştirir. İptidaî h o r d e da tabiî sosyal ihtiyaçlardan doğma iki prensip hâkimdir :

1) Kendi klanının adamlarına yardım, öçlerine iştirak.

2) Yabancı klanın mensuplarını, kendi klanının mahsulüne, merasına, hayvanlarına tecavüz ettikleri için, imha etmek arzusu.

Bu esaslar, zamanla, yurtseverlik, şecaat, kahramanlık gibi yüksek kıymetlere inkılap ederlerse de menşeleri hep bu aslî, köklü sosyal ihtiyaçlardır (62).

Diğer taraftan insan, hiçbir zaman yalnız vakıalarla iktifa edemez. İnsan zihninin bir hususiyeti de, daimi, vakıalara birtakım sebebler birtakım illetler izafe etmeye çalışmasıdır. Halbuki bu mefruz illetlerin, hakikatte bu vakıalarla bir alâkaları yoktur. Bu temayül sebebiyle, ahlâk gibi sosyal bir vakıaya, insan zihni birtakım

---

(60) GUMPLOWİCZ — Précis de Sociologie, Sh. 293.

(61) GUMPLOWİCZ — Précis de Sociologie, Sh. 297.

(62) GUMPWİCZ — Précis de Sociologie, Sh. 299, Sociologie et Poli- tique, Sh. 181.

« m y t h e » ler ve fiksiyonlar vasıtasıyla birtakım izahlar bulmaya çalışır. Bunun sonunda ahlâki fikirler doğar (63).

Hukukun mahiyeti hakkında şimdiye kadar ortaya atılmış olan felsefî tezlerden artık bıkılmıştır. Hukuku, ne insanın tabiatına, ne cemaatın ruhuna yerleştirmekte manâ vardır (64). Mütecanis bir cemiyet içinde hukukun yeri yoktur. Böyle bir cemiyette âdet vardır, ve elbirliğiyle bağlanılmış olan âdet her şeye kâfidir Hukuk, behemahal farklı soydan ve gayrı müsavi kuvvette yabancı sosyal zümrelerin karşılaşıp savaşması ve sonunda gayrı mütecanis bir bütün olarak yaşaması halinde ortaya çıkar ve tamamen Devletin ihdas ettiği bir şeydir (65).

Hukuk kaideleri evvelâ cebirle vazedilir, fakat sonraları bunlara itaat itiyat haline gelir. Hukukun prensibi de, ruhu da, esası da eşitsizliğin korunması ve sürdürülmesidir (66).

Devlet ile hukuk arasındaki münasebete gelince, hukukun eti Devletin eti, hukukun kanı Devletin kanıdır. Hukuk esaslı bir şekilde politik bir müessesedir. Hukukun Devletten mücerrat veya mukaddem zuhuru hakkındaki tabiî hukuk tezleri hayaldir. Hukukukun, insanın makul ve hür bir mahluk oluşundan ileri geldiği iddiası da tamamen yanlıştır. Zira, insan ne makuldür ne de hür.

Hürriyet Devlet ile telif edilecek bir şey değildir. İnsan, ya anarşiyi seçecektir, yahtta bütün hürriyetsizliği ve eşitsizliği ile birlikte Devleti. Halbuki anarşi, Devletin temin ettiği nimetlerden hiçbirini getirmiyecektir.. ilh (67).

Netice itibariyle GUMPLOWİCZ'in rolü, ilk defa, Devletin sosyolojik tetkiklerine girmiş olması ve Âmme Hukuku nazariyecilerinin görmedikleri veya görmekten çekindikleri birtakım gerçek iktidar münasebetlerini açıkça tahlile cesaret etmesidir (68). Ona göre Devlet hukuka değil belki iktidara ait bir fenomendir. Bu, bir

(63) GUMPLOWİCZ — Précis de Sociologie, Sh. 301 - 302.
(64) GUMPLOWİCZ — Précis de Sociologie, Sh. 309.
(65) GUMPLOWİCZ — Précis de Sociologie, Sh. 310.
(66) GUMPLOWİCZ — Précis de Sociologie, Sh. 312.
(67) GUMPLOWİCZ — Précis de Sociologie, Sh. 314.
(68) GEORGES LANGROD — La Conception du pouvoir dans la doctrine de lEtat de LUDWİK GUMPLOWİCZ («le Pouvoir» publication de l'Institut International de Philosophie Politique - Tome I, Paris, S. 142-177).

iktidar meselesidir. Hukuk ise ancak Devletin yarattığı birşeydir (69).

Bununla beraber, görüşlerindeki taassup, hukukun yalnız emredici ve yasakçı cephesi üzerinde ısrarı, bütün içtimaî vakıa olarak yalnız ırk mücadelesini görmesi, savaşı nizamı yıkıcı bir vakıa olarak ele alacağı yerde, bilâkis, nizam yaratıcı aslî sosyal vakıa olarak ele alması, aynı ekolün diğer temsilcileri tarafından dahi tenkit edilmiştir. Aşağıda fikirlerine temas edeceğimiz NOVİCOV ve VACCARO, esas itibariyle aynı ekole mensup sayılmakla beraber GUMPLAWİCZ'in müfrit tezlerini tenkit etmişlerdir. Bununla beraber, kendisinin hararetli takipçileri de çıkmamış değildir. Almanya'da OPPENHEİMER, Amerika'da W. G. SUMNER gibi (70).

6 — RATZENHOFER (1842 - 1904) ve Menfaatler teorisi :

Sosyal darvinizmin diğer bir temsilcisi, A. COMTE'un Avusturyalı muakkibi RATZENHOFER'dir (71). Bu zat gerek tabiî, gerek sosyal hâdisenin izahında bu hâdiseleri tahrik ve tevlit eden, bunlara kaynak teşkil eden bir esas prensip bir aslî kuvvet kabul eder: U r k r a f t. «Dünyanın anlaşılması için bir «ilk kuvvet» mefhumu elzemdir. Bu kuvvet bütün varlıkların aslî hususiyetidir. İnsanda ise bu prensibin, bu kök kuvvetin tezahür şekli «fıtrî menfaat» (angeborene İnteresse) denen şekdir. İnsandaki bu menfaat sâki, tamamen fizyolojik bir insiyak demek değildir. Bu, belki insiyakla aklîleşmiş bir gaye arasında yer alan mutavassıt bir şeydir RATZENHOFER «ihtiyaç» ile «ihtiyacın şuuru» arasında sarih bir ayırt yapar : «şuurumuza vasıl oluş şekli ile ihtiyaç, tabiatımızın icaplarına vasıtasız bir bakış demek değildir. Bu daha ziyade bir menfaat alâkasıdır ve bu gibi bütün menfaatler bir zaruretin şuuru, bir zaruretin farkına varılması sureti ile hissedilen bir ihtiyacın ifadesi olarak zuhur eder» (72). O halde «her menfaatın arkasında

(69) GUMPLOWİCZ — Précis de Sociologie, 1896, Sh. 383.

(70) GEORGES LANGROD — a.g.e., Sh. 146, «die soziologische Staatsidee, eine Kopernikanische Umkehrung der Gesellschaftswissenschaften überhaupt». (FRANZ OPPENHEIMER)

(71) RATZENHOFER — Wesen und Zweck der Politik, Leipzig, 1893.
RATZENHOFER — Die Soziologische Erkenntnis, Leipzig, 1898.
RATZENHOFER — Soziologie, 1908.

(72) RATZENHOFER — Soziologische Erkenntnis, p. 252, (Barnes zikrediyor, a. g. e., Sh. 378).

RATZENHOFER'e göre bir zaruret gizlidir ve bir menfaat bir zaruretin ifade edilmesinden başka bir şey değildir» (73).

O halde «menfaatler», birtakım insiyaklar demek değildir. Fakat insiyakî mahiyetteki ihtiyaçlara dayanan şeylerdir. Bunların nevilerine gelince, sosyolog, belli başlı beş tip etrafında bir sınıflama yapmaktadır :

1. — **Çoğalma menfaatı :** Cinsî davranışta ifadesini bulan fizyolojik ilcâya dayanır, ve âile, kabile veya ırk gibi sosyal bünyelerin temelini teşkil eder. Bunun gayesi sadece nev'in bekasıdır. Bu insiyak kendi mahdut gayesini, cinsî fonksiyonunu ifa eder etmez ölen bazı böcek nevilerinde en dramatik şekilde ispat etmiş olur.

2. — **Fizyolojik menfaat :** ferdin fizyolojik varlığını sürdürmek için beslenme ihtiyacına, yani nefsini koruma insiyakına dayanır.

3. — **Ferdî menfaat :** bu, en kaba şekli ile fizyolojik menfaatten başlayıp içtimaî hayatta muhtelif şeylere karşı hissedilen çeşitli hodgâm arzu ve ihtiyaçlara dayanan bir menfaat nev'dir.

4. — **Sosyal menfaat :** ferdî hodgâmlığı tadil eden, evvelâ kan hısımlığı ile başlayan zümre menfaatıdır ki ferdî menfaatın kendisine feda edilmesini gerektirir.

5. — **Transandantal menfaat :** ferdî ve içtimaî menfaatlerin bitmez tükenmez çatışmalarının verdiği iç huzursuzluğu insana mütekâmil bir menfaat nev'in arattırır ki bu da muhtelif din tiplerinde ifadesini bulur.

RATZENHOFER'e göre cemiyet, böylece çeşitli menfaatler peşinde hareket eden fertlerin birbirleri ile ister istemez karşılıklı münasebetlere girişmesi sonunda bu münasebetlerin çeşitli inkişafları ile meydana gelen dinamik bir sistem demektir. Cemiyet bir vetire, bir oluştur. Yoksa, evvelki sosyologların israr ettikleri gibi, sabit bir çehre taşıyan bir uzviyet değildir. RATZENHOFER içtimaî mûtâları, bir cemiyetin diğer cemiyetlere olan münasebetinde değil, belki cemiyet içindeki irsî veya müktesep çeşitli menfaatler peşinde koşan fertlerin birbirleriyle münasebetlerinde, çatışmalarında v. s. tezahürlerinde aramaktadır. Böylece onun dikkati gruplar arası (inter-group) münasebetlerden ziyade iç (intragroup) münasebetlere teveccüh eder (74).

---

(73) PHİLİP JACOBS — German Sociology, 1908, (BARNES, a. g. e., 378).

(74) H. E. BARNES — An Introduction to the History of Sociology, Chicago - Illinois, 1948, Sh. 380.

RATZENHOFER'e göre beşer ırkı, GUMPLOWİCZ'in zannı hilâfına, tek bir menşeden gelmiştir. İlk safhada kan bağı, ferdî menfaatlerin başgöstermesine mâni olmuştur. Böylece zümre menfaati üstün sayılmıştır. Fakat nüfus artışı ve gıda arama ihtiyacı zümreyi farklı istikametlere sevk edince, bu göçlerle birlikte, zümrede çeşitli menfaatların doyurulması birtakım bünyevî ve fonksiyonel nizamlamalara ihtiyaç göstermiş ve ilk iptidaî sosyal otorite doğmuştur. Böylece muhtelif zümreler meydana gelince ve arada hayat mücadelesi başlayınca savaşlar vâki olmuş, galip ve mağlup zümreleri ortaya çıkmıştır. İlk merhalede mağluplar öldürülmüş, ikinci merhalede esir alınmış, ve bu sınıflaşma vakıası ile beraber «Devlet», «hukuk» ve «hâkimiyet» dediğimiz vakıalar ortaya çıkmıştır. Bu vetirenin bir sonucu olarak, sosyal bünyede büyük çapta bir farklılaşma kendisini göstermiştir. Devlet şekli gittikçe tekâmül etmiştir. Hayat ve zümre mücadelesi bir kere devlete vücut verdikten sonra cemiyetler artık barışçı menfaatlerin hâkim olduğu diğer bir safhaya intikal etmiştir. Bu netice, fertlerin mahdut yaratıcı hürriyetleri ile teb'alar üzerindeki idare ve kontrolün telifi yolunda bir teşebbüs gibi görülebilir. Bu teşebbüs muvaffak olursa «mücadele devleti» yerine «kültür devleti» kaim olacaktır. **«Kültür devleti»nin nihaî hâkimiyeti demek, sosyal teşkilâtlanmanın tekemmülü vasıtasıyle insanın tamamiyle sosyalleşmesi ve siyasî, içtimaî ve sınaî müsavatın tahakkuku demektir (75).**

Böylece devlet, ferdiyetçi temayüler ie sosyalleşme temayülleri arasında bir kuvvet muvazenesini temsil edecektir. İçtimaî nizam ise«bekayı sağlamak ve sıhhatli nesiller getirmek için vaki hayat mücadelesinin teşkilâtlanmış hali demektir. Bu itibarla sosyal tekâmülün sonunu, tesadüfen farklılaşmış fertlerin çokluğuna rağmen, beşeriyetin kültürel, politik ve sosyal eşitliğinin, fikren ve manen yükselmiş bir seçkinler zümresinin liderliği altında tahakkuku olarak tasavvur etmek pek de mantıksız olmaz. Böyle bir fikrî ve manevî otoritenin sosyal kontrol sistemi altında, fıtrî ve müktesep menfaatlerin bir dejenerasyonu vaki olmaksızın, sosyal tekâmülün tahakkuku mümkündür. Ancak böyle bir eşitlik,temel hayat şartlarındaki eşitsizlik ve değişmeler yüzünden uzun zaman daha bozulup duracaktır.» (76).

---

(75) HOWARD BECKER and H. E. BARNES — Social Thought from Lore to Science, T : 1, Sh. 717 - 718.

(76) RATZENHOFER — Soziologische Erkenntnis, p. 250 (BARNES nakleder : a.g.e., Sh. 380 - 381).

7 — MİCHEL ANGELO VACCARO (77) ve sosyal intibak teorisi:

a) İntibak fenomeni:

«Hukukun ve Devletin Sosyolojik Temelleri» adlı eseri ile bu zat, hukukun yalnız Devletten değil, kısmen de cemiyetin iç nizamından doğabileceğini ileri sürdü. Ancak bu, henüz yabancı zümreler arası mücadelerin başlamadığı sırada vaki idi. Gerçi bu fikir , daha evvelki yüzyıllarda da ileri sürülmüş, umumiyetle benimsenmişti. Fakat bir taraftan A. COMTE'un hukuka karşı takındığı menfî tavır ve onu parlamentoların ideolojik icadlarına irca edişi bir taraftan da XIX uncu yüzyılın hukukçularının tefsirci mektebi ve devletçi telâkkisi hukukun spontane teşekkülü vakıasını gözden kaybettirmişti. Yalnız SAVİNGY ve takipçilerinin Tarihçi mektebi bu konuda israr ediyor, hukuk tarihçileri ve etnograflar Devletten evvelki sosyal safhaların örf - âdet şeklindeki hukukunu tasvire çalışıyorlardı. Ancak bu gayretler, hukukun teşekkülünün illî ve fonksiyonel bir izahı olmaktan ziyade bir durumun tasviri olmaktan öteye gidemiyorlardı. Tarihçi Mektep ise, halk vicdanı mistiğini çözemiyordu.

Uzviyetçi sosyologlardan ilk defa VACCARO hukukun sosyal teşekkülünü illîyet münasebetleri içinde izaha çalıştı. VACCARO'ya göre hayatın esası «intibak fenomeni» dir. Her canlı, içinde yaşadığı muhite ve beraber yaşadığı hemcinslerinin varlığına intibak eder. Sosyal veya tabiî muhitin tesirlerine karşı devamlı şekilde mukavemet etmek, canlının, bu muhitten daha zayıf olan varlığı sebebiyle, onun mahvına götürür. O halde canlının dış şartlara intibakı, bunlar ister tabiî ister sosyal şartlar olsun, hayatını idame etmesinin ilk şartıdır (78).

«İntibak» demek, uzviyet ile onun muhiti arasında bir muvazene tesisi için bitmez tükenmez gayretler sarfı demektir. O halde,

---

(77) MİCHEL ANGELLO VACCARO — La lotta per l'esistenza e i suoi effetti nell'umanita. Rome, 1886.
M. A. VACCARO — La Lutte pour l'Existence et ses effets dans l,humanité Tr. fr. par M. J. BAURE, 1892).
M. A. VACCARO — Genesi e funzione delle leggi penali, Rome, 1889.
M. A. VACCARO — Les Bases sociologique du Droit et de l'Etat (tr. fr. par M. G. GAURE, 1898).

(78) M. A. VACCARO — Les Bases sociologiques du Droit de l,Etat, Sh. 50.

muhit ne kadar karmaşık ise uzviyetlerin intibakı da o derece karmaşık olacaktır. İnsanların intibakı, insandan gayrı olan uzviyetlerin intibakından çok daha karmaşık bir oluştur. Bir canlının hayvanlar silsilesindeki derecesi ne kadar yüksek ise, intibak neticesinde uğradığı ruhi - maddî değişiklikler de o kadar fazladır. Bilhassa ruhî tahavvüllerin nisbeti yüksektir. İnsanlardaki intibakın hayvanlardan farkı, bunun yalnız uzvî değil, ayni zamanda, ruhî değişiklikleri de mucip olmasında ve daha karmaşık, daha nev'e mahsus tarafları ihtiva etmesindedir (79).

İnsanla kozmik kuvvetler arasında (80), insanla bitkiler âlemi arasında (81), insanla hayvanlar âlemi arasında(82), nihayet insanla, onun hemcinslerinden mürekkep sosyal çevresi arasında (83) çeşitli intibak vetireleri cereyan eder. İnsan dış tabiatın amansız kuvvetlerine çeşitli mücadeleler sonunda intibak etmiş, onları muayyen ölçüde hükmü altına alabilmiş ise de, en çetin intibak mücadelerini hemcinsi ile olan münasebetlerinde geçirmiştir ve geçirmektedir. Paylaşılmayan dünya nimetleri için yapılan mücadelede intibak vetiresi ya düşmanı imha etmek, yahut ta onunla rekabet etmek suretiyle vaki olmuştur ki cemiyet tarihinin ilk merhalesinde cari usul, düşmanın tamamen bertaraf edilmesi ve imhası idi.

b) Hayat mücadelesinin iki şekli, iç mücadele, dış mücadele.

VACCARO, intibakı sağlayan hayat mücadelesinin iki şekli olduğunu söyler (84). Bunlar iç mücadele ve dış mücadele tipleridir. Dış mücadele, yabancı zümreler arasında cereyan eder. İç mücadele ise bir zümrenin kendi ferdleri arasında vaki olur. İnsan, zekâsı sayesinde tabiatla olan mücadelesinde kullanacağı birtakım aletler icat etmiştir. Hamcinsi ile olan mücadelesinde de, hayat tercübeleri ona bazı çareler öğretmiş ve mücadele şekillerini zamanla hafifletmek suretiyle değiştirmiştir : beşeriyetin ilk safhasında düşmanın mutlak şekilde imhası esas usul ittihaz edilmiş, sosyal seviye biraz daha gelişince kadınların ve çocukların imhadan ha-

(79) M. A. VACCARO — Les Bases sociologiques du Droit et de l'Etat, Sh. 59 - 63.

(80) M. A. VACCARO — Les Bases sociologiques du Droit et de l'Eeat, Sh. 69.

(82)M. A. VACCARO — Les Bases sociologiques du Droit et de l'Etat, Sh. 71.

(83) M. A. VACCARO — Les Bases sociologiques du Droit et de l'Etat, Sh. 79.

(84) M. A. VACCARO — Les Bases sociologiques du Droit et de l'Etat, Sh. 80.

riç bırakılmaları usulü ortaya çıkmış (85), daha sonraki safhalarda mağluplar öldürülecek yerde köle edinilmiş ve iktisadî bakımdan istismar edilmek üzere yaşatılmışlardır. **Böylece dış mücadele çeşitli safhalardan geçmiş ve mücadele vasıtaları, gittikçe, mağlûplar için daha ehven şekillere inkılâp etmiştir.**

Sosyal darvinistlerin hemen hepsi bu zümreler - arası mücadele üzerinde teferruatiyle durdukları halde, iç mücadele vetiresini daha bariz bir şekilde ortaya atan VACCARO olmuştur. Bu itibarla biz daha ziyade kendisinin bu iç mücadele hakkındaki izahları üzerinde durmaya tercih ediyoruz : zümreler arası mücadele nasıl dünya nimetlerini, toprağı sahili vs. yi paylaşmak için vaki olmakta ise, basit bir zümre içindeki iç mücadele de hayat için, veya daha müsait hayat şartlarını kapmak için vaki olmuştur.

«Basit zümre» demek, içinde henüz farklı menşeli zümreler arasında bir istismar münasebeti doğmamış olan zümre demektir. Bu, GUMPLOWİCZ'in «mütecanis toplum» dediği şeydir. O halde şimdi henüz komşusu ile savaşmamış, basit, mütecanis bir «h o r d e » u ele alalım ve iç mücadelenin seyrine bakalım (86).

Bütün h o r d e'lar, zamanla nüfus kanununun neticelerini azçok hissetmişlerdir. Her ferd, kendisine daha fazla haz temin etmek, acı ve ızdıraptan daha çok uzaklaşmak için diğerleriyle mücadele etmiş, kadınlar ve zayıflar kuvvetlerin keyfîliliklerinden kurtulma çarelerini bulamamışlardır. İşte h o r d el'arın bu safhasına «hayvanî safha» denebilir ki, bu hareket tarzı ancak tabiî bakâ kanunu (La loi naturelle de la survivance) ile tadil edilebilmiştir. **Filhakika, eşit şartlar altında çarpışan iki zümre ele alınınca bunlardan hangisinde iç münasebetler daha insanca ise dış zaferi de onun kazandığı farkedilmiştir.** İç münasebetlerinde birbirlerine karşı daha az mütecaviz, daha az kaba olanlar, dış mücadelede daha kuvvetli çıkmışlardır. Bunun farkedilmesi sonunda, yavaş yavaş zümre içi ferdler arasında şiddet kullanma münasebetlerini hudutlandırmak suretiyle dışa karşı mukavemeti arttırma yolunda bazı davranışlar zuhur etmiştir. Baştan şuursuzca ve hattâ organik olan bu temayül, zamanla şuurlu ve iradî bir hale gelmiştir.

(85) M. A. VACCARO — Les Bases sociologiques du Drait et de l'Etat, Sh. 95.

(86) M. A. VACCARA — Les Bases sociologiques du Droit et de l'Etat, Sh. 201. not : 1. «Basit zümre demek, içinde henüz tufeylî istismar münasebetleri doğmamış zümre demektir.» (yani bir savaş neticesi olarak yenenler ve yenilenler bir arada yaşamağa başlamamış demektir).

Başka bir tabirle insanlar, diğer zümrelerin ferdlerine imkân nisbetinde fazla, ve kendi zümrelerinin ferdlerine mümkün olduğu kadar az zarar vermenin daha iyi bir usul olduğunu anlamaya başlamışlardır (87).

Yalnız tabiat kuvvetlerine karşı değil, yabancı zümrelere karşı mukavemette de, üyeleri mütesanit olan zümreler üstünlük şansına daha fazla sahip olmuşlar, bilâkis iç mücadelelerle sarsıla nzümreler dış mücadelelerde silinip gitmişlerdir (88).

İç mücadelede, mücadele vasıtalarının gittikçe hafiflemesine gelince, bunun muhtelif sebepleri vardır. Evvela klan tesanüdü, yani suçluya karşı kollektif bir öç alma faaliyeti, mütecavizi yıldırmıştır. Klan, daima akrabalardan mürekkep değildir. Menşe veya kan birliği çok defa farazîdir. Şu muhakkaktır ki arkadaşları veya hısımları tarafından intikamı alınmıyacak olan münferid fert için klan içinde hayatını koruma imkânsız birşeydir. Bunun için klanların zuhuru ile beraber klan - içi tesanüt bir emri vaki olmuştur. Öç almada muvaffakiyet ise klan - içi tesanüdün artmasıyla mütenasiptir.

Yabancı mütecavizden öç alma şekli de zamanla hafiflemiştir. Kamçatka Eskimolarında tecavüze uğrayanın klanına, mütecaviz umumiyetle bizzat kendi klanı tarafından teslim edilir. Teslim edilen mütecavizin derhal öldürülmesi şart değildir. Bazan teslim alan klan, onu alır, öldürdüğünün yerine kor ve onun gibi yetiştirir (89).

Mütecavizin zayıflığı da, bazan, öç almayı ehemmiyetten düşürür. Meselâ kızıl derililer, kadınların ve çocukların tecavüzünden intikam almaya tenezül etmezler (90).

Klanlararası ihtilâfların hallinde, daha sonra çıkan bir usule göre, her iki tarafın seçeceği kahramanlar döğüştürülürler. Kızıl derililerde bu usul hâlâ vardır. Avusturalyalılarda hususî harpler düello ile biter. Fakat daha ilk yaralanmada kadınlar araya girerek çatışmayı sona erdirirler.

---

(87) M.A. VACCARO — Les Bases sociologiques du Droit et de l'Etat, Sh. 203.
(88) M.A. VACCARO — Les Bases sociologiqes du Droit et de l'Etat, Sh. 205.
(89) M.A. VACCARO — Les Bases sociologiques du Droit et de l'Etat, Sh. 206
(90) M.A. VACCARO — Les Bases sociologiques du Droit et de l'Etat, Sh. 212.

Sürüler ve âletler üzerinde mülkiyet teessüs ettikten sonra intikam yerine diyet usulü (composition) tercihe başlandı. İç mücadeleyi hafifleten sebepler arasında en faydalı ve en devamlı olanı da budur (91).

Bununla beraber VACCARO, **iç mücadeleyi hafifleten sebebler arasında bir iç nizam, bir kaideleşme vetiresi üzerinde de bilhassa durmaktadır.** Meselâ kendisinin bize naklettiğine göre, Avustralyada klan - içi suçların klan âzasının teşkil ettiği mecliste (t e n d i) muhakeme edilmesi, kadınların savcı rolünü oynaması ve nihayet verilen hükmün bir gün sonra gece vakti birkaç vazifeli ve silâhlı erkek tarafından infaz edilmesi ve bilhassa suçlunun bu infaza karşı koymaya teşebbüs etmeksizin oklarla vurulmasına rıza göstermesi vakıaları bu iç nizamın, kaideleşmenin tipik örneğini teşkil etmektedir (92).

Bundan başka, müşterek müdafaayı sağlamak için **klanda en yaşlı ve en tecrübelinin şefliğini kabul etmek âdeti doğunca sosyal organizasyon ve tâbiiyetin ilk tohumları atılmış olur.** Keza av sahasından faydalanma ve avlanma faaliyetleri klan - iç düzenin doğmasını intaç etmiştir. Klanlar, kendi av sahalarını korumak için işbirliği yapmak suretiyle hissettikleri gibi, bu sahadan faydalanma imkânını daha kaidelere bağlamak lüzumunu hissetmişlerdir. Elbirliği ile korunan av sahasından yalnız en kuvvetli olanların faydalanmasına tahammül edilememiştir. Zira av sahasından faydalanmayan klan âzaları yaşama imkânını kaybederse klanın dışa karşı müdafaası gene güçleşmektedir. **Bunun için klanda kuvvetli veya zayıf bütün âzaların avlanması usulleri, avların taksim ve tevzi şekilleri hep kaideleşmiştir.**

Bu durum hem şiddeti hem misillemeyi azaltmış hem de zayıf ve âcizlere yaşama şansı vermiştir (93). Hususiyle dış harabelere ve tazyiklere daha fazla maruz olan klanlarda bu iç tesanüt azamî kemal derecesine varmıştır. Hattâ klan fertleri içinde, birbirlerinin sahip oldukları kadınları kıskanmak dahi, klan tesanüdünü bozucu sonuçları yüzünden, zamanla tahfif edilmiştir. Zira bu yüzden çıkacak iç mücadeleler klanı zayıflatmaktan başka bir şeye yaramamıştır (94).

---

(91) M.A. VACCARO — Les Bases sociologiques du Droit et de l'Etat, Sh. 214.
(92) M.A. VACCARO — Les Bases sociologiques du Droit et de l'Etat, Sh. 214.
(93) M.A. VACCARO — Les Bases sociologiques du Droit et de l'Etat. Sh. 216.
(94) M.A. VACCARO — Les Bases sociologiques du Droit et de l'Etat, Sh. 217.

c — Siyasî iktidarın menşei ve ilkel fonksiyonu :

Sosyal işbirliğinin hareket noktası müşterek hücum, veya, müşterek müdafaadır. Savaşlar, insan topluluklarında muayyen bir disiplini gerektirmişlerdir. Sürü halinde yaşayan hayvanlarda bile, hücum ve müdafaa gayretlerini birleştirme ve tanzim etme, (koordinasyon) kabiliyeti vardır. Atlar, yaban öküzleri müşterek korunma için sadece birbirlerine yardım etmekle kalmazlar, ayrıca içlerinde erkek cinsinin en kuvvetlilerine en cesurlarına tâbi olmasını da bilirler ki bunlar rakipleri ile savaşırken kumanda mevkiini tutarlar (95). Maymunlar, hattâ goril kadar kuvvetli olmayanlar dahi, birbirlerini emsalsiz bir cesaret, feragat ve kahramanlıkla müdafaa ederler. ESPINAS, maymunların fârik vasfını tesanütlerinde ve tek bir şefe, diğer erkek maymunların dahi sımsıkı tâbiiyetinde bulur (96). VACCARO, şef seçmenin, insiyakî bir şey olduğu kanaatındadır.

Şefin otoritesi, mahallî âdetlerle tahdit edildiği gibi kısmen sihirbazın nüfuzu ile de sınırlanır. Ancak siyasî şefler, işlerine gelmeyince, sihirbaz aleyhine kitlenin gazabını tahrik ederek onu bertaraf etmesini pek iyi bilirler. Bu umumiyetle, sihirbazın, klânın nüfuzlu kimseleri aleyhine «kara sihir» yaptığı yolunda bir iftirayı yaymak ve işlemek suretiyle olur. Bu yüzden umumiyetle sihirbazlar, siyasî şeflerle çok iyi uyuşurlar ve klan halkını istismar çarelerini beraberce keşfederler. Daha sonraki safhalarda bu şeflik ve sihirbazlığın aynı şahısta birleştiği görülür : nüfuzlu ecdattan gelen ve kendisinin de sıhrî kuvvetli olduğunu iddia eden siyasî şefler türemeye başlar (97).

ç — İktidar fenomeninin izahı :

VACCARO der ki «hakikatte, kalabalık bir insan kitlesinin bir veya bir kaç kişinin kendisine hükmetmesine, zulmetmesine razı olması kadar acaip bir vakıa yoktur. Bu, hakikaten izah edilmeğe muhtaç bir garabet teşkil eder.» (98). Vakıa birbiriyle mücadele eden, fiilden biri diğerini yenmiş olan iki taraf karşı karşıya iken, birinin yenmesinin diğerinin yenilmesinin sebepleri, aradaki kuv-

(95) M.A. VACCARO — a.g.e., Sh. 220; (ESPİNAS'ya atıf : Les Sociétés Animales, p. 496).

(96) M.A VACCARO — a.g.e., Sh. 223; (ESPİNAS'ya atıf : Sociétés Animales, p. 502).

(97) M.A. VACCARO — a.g.e., Sh. 232 - 233.

vet farkı ile, mağlubun hiç değilse canını kurtarmak için teslimiyete razı olması ile ilh.. izah edilebilir. Zira burada bahsi konusu olan şey nihayet iki maddî kuvvet ve aralarındaki farktır. **fakat bu mücadeleyi takip eden zamanlarda öyle bir sosyal vetire cereyana başlar ki sonunda fiilî ve gerçek kuvveti kitleden çok küçük olan bir azınlık, kitleye hâkim bir gerçek kuvvet halini alır.** Bu, nasıl vaki olmaktadır? VACCARO bunu, mağlupların ruhi haletlerinin nesilden nesle intikali ile izah eder. Yenilenler, kendi acı tercübelerine dayanarak, kendi nesillerine, varislerine hangi hareketlerin galiplerin gazabını tahrik edeceğini öğretirler ve bunlardan çekinmeleri gerektiğini bildirirler. Bu çekinilmesi gereken hareketler hakkında bir umumî efkâr teessüs edince, o zamanın iktidar mevkiinde olanlarının kuvvetleri, bu umumî kanaatın da yardımıyla hakiki nisbetinin üstüne çıkmış olur. **Böylece, kuvvetlilere zarar verecek fiillerden çekinilmesi lüzumunu destekleyen umumî efkâr, iktidarın sağlamlaşmasına, kuvvetlenmesine yardım eder.** İnsanlar hem kendi akıllarıyla, hem cedlerinin telkinleriyle, hem de Tanrıların gazaplarından korkarak iktidara itaati zarurî bilirler.

Burada artık, menşedeki mücadelede olduğu gibi, sadece iki gerçek kuvvet arasındaki fark bahis konusu değildir. Artık iki insan zümresi arasındaki fark bahis konusudur ki bunlardan biri, yani idare edilen zümre, kendi gerçek kuvvetinin bir kısmını diğer zümreye (idareci zümreye) terketmiş olana karşı mukavemetten vazgeçmiştir. Diğeri ise bu feragatten son derece faydalanmış ve son derece büyük muhayyel bir kuvvete sahip olmuştur. Artık bu zümrenin kuvveti, tabiatüstü varlıkların, ecdat hayallerinin veya Tanrıların kuvveti olarak sayılmaya başlanmıştır (99).

Bundan başka, hâkim zümrenin gerçek kuvveti, küçük olmakla beraber, teşkilâtlı bir kuvvet olduğu için, kitlenin dağınık kuvvetlerine kolayca hâkim olur. Kitlenin içinde muayyen bir zümre iktidarı destekler. Halk kalabalığını itaat altına almak için de manevî inançlardan faydalanılır. Bütün bunların sonunda müesses iktidar hâdisesi (pouvoir constitué) zuhur eder. Yani ne kadar küçük olursa olsun, sosyal zümrenin bütün diğer dağınık kuvvetlerini ezmeye, aşmaya muvaffak olan teşkilâtlandırılmış bir sevküidare kuvveti meydana gelir (100).

---

(98) M.A. VACCARO — a.g.e., Sh. 234.
(99) M.A. VACCARO — a.g.e., Sh. 234
(100) M.A. VACCARO — a.g.e., Sh. 235.

VACCARO, evvelce fikirlerine temas ettiğimiz GUMPLOWİCZ' in, her devletin menşeini ırklar savaşına atfeden görüşlerini tenkit eder : **vakıalar göstermektedir ki, iktidar, insanların, diğer sosyal zümreleri hükmüaltına alacak bir hale gelmelerinden çok daha evvel teşekkül etmektedir. Hattâ bizzat hükümaltına alma tâbi kılma vakıası gösterir ki, bunu yapmağı başaran zümre, zaten haylı gelişmiş bir seviyededir.** Mağlûpların yenilerek hükümaltına alınması, Devletin teşkilâtlanmasını sadece çabuklaştırır ve kuvvetlendirir, o kadar (101).

d — Hukukun menşei, tekâmülü ve hukuk normlarının tecrübî teşekkülü :

İptidaî h o r d e'da her ferd, kendi ihtiyaçlarını, beyhude yorgunlukları ve tehlikeleri davet etmemek için, arkadaşlarıyla çatışmaksızın temine çalışır. Fakat öyle bir an gelir ki ferdler birbirleriyle mücadeleye mecbur kalırlar. Zira bunlardan her biri, muayyen bir nisbette, diğerinin hayatî ihtiyaçlarını karşılamasına engel teşkil edebilir. Günlük hayat tecrübesi, zamanla, ferde şu davranış kaidesini telkin eder : **«Başkalarına, ancak onları haklayabilmek ihtimalin olduğu takdirde hücum et»** Kısacası, karşısındakinin gücü ile kendi gücünü hesapla ve netice senin lehine olacaksa üzerine atıl!

Keza, ne zaman bir ferd, diğer bir ferde zararlı olabilecek bir fiil yapmaktan çekinmekte ise, bu, bizatihi bu fiili, zararlı veya gayrımeşru addettiği için değil, belki, bu fiilin daha beter bir reaksiyonu tahrik etmesinden korktuğu içindir (102).

İlkel h o r d e'da hiçbir kuvvetli birleşme olmadığı ve ferd kendi başının çaresine baktığı devirde, tecavüzler, ancak, kendisinin ve düşmanının kuvvetlerini iyi hesaplayabilenin lehine neticeleniyordu. Fakat ilk birleşme nüveleri zuhur edince, birleşmiş ferdler karşısında tek başına çarpışan mütecavizin zaferi kazanma şansı hemen tamamen azaldı, buna mukabil birbirleri ile birleşmiş olanların, mütesanid ferdlerin yalnız döğüşenleri yenme şansı çoğaldı. Bu tecrübe tekrarlana tekrarlana nihayet şu davranış normu yerleşti : belirli fiillerden, sırf bu fiiller, mutad olarak, ıstırablı bir tepkiyi **tahrik ettikleri için sakınılmalıdır.** Nihayet bu fiillerle tepkiler ara-

(101) M.A. VACCARO — a.g.e., Sh. 236.

(102) M.A. VACCARO — a.g.e., Sh. 446.

sındaki münasebet sabit bir hale gelince, bu fiiller «bizatihi zararlı» «kendiliğinden gayrı meşru» hareketler olarak kabul edildi (103).

Hiç şüphesiz, bahis konusu olan zihnî vetire, söylediğimiz kadar basit bir surette seyretmedi. Bu seyri zorlaştırmış, duraklatmış olan binlerce sebeb vardır. Evvelâ birbiriyle birleşmiş, uzlaşmış ferdler arasında bunlardan herhangi birine vâki tecavüz halinde belirli bir tepkiyi tahrik edecek kadar kuvvetli bir dayanışmanın yerleşebilmesi için bir hayli zaman geçtiği muhakkaktır. Sonra, bu uzlaşmış, anlaşmış ferdler, arkadaşlarının kuvvetine güvenerek, henüz birbirleriyle birleşmemiş olan yabancılara karşı, kendilerinin gayrı meşru saydıkları fiilleri, hiç bir cezaya çarpılmaksızın, rahat rahat irtikâp edebilmişlerdir. Bu hal ise, henüz yerleşmekte olan davranış kaidesini, belirsiz bir hale getirmiştir. Zira aynı fiil, muhatabının kimliğine göre iyi veya fena sayılmak gibi iki taraflı bir ölçüye tabi tutulabilmektedir.

Bununla beraber, birleşmelerin avantajlı tarafları çabuk teslim edilmiş ve aynı zamanda birçok yerlerde çeşitli birleşme şekilleri zuhur etmiş olabilir. Böylece bazı fiillerin karşılıksızca irtikâbı imkânı azalmış ve aynı fiil daima kollektif tepkileri davet eder hale gelerek davranış kaidesinin yerleşmesini kolaylaştırmıştır denebilir.

Keza, bu klan - içi tesanüdün diğer bir neticesi de, klâna mensup ferdlerin yabancı klanlara tecavüzünün önlenmesi olmuştur. Zira böyle bir ferdin, şahsî sebepler yüzünden diğer klana tecavüzü, bu sonuncunun kollektif tepkisini tahrik ederek ve bundan yalnız mütecaviz değil, belki bütün klan rahatsız olacaktır. Bunu önlemek için, böyle münferid ferdin şahsî sebeblerle karşı klana tecavüzü halinde, mütecavizi bizzat kendi klanı cezalandırır, veya öç alınması için karşı klana teslim eder. **Böylece, suça karşı doğan klan - içi tepki, asıl mağdurun klanındaki tepkiye eklenerek, artık bu gibi fiillerin kesin bir şekilde zararlı, gayrı meşru olduğu kanaatını yerleştirir** (104).

VACCARO, böylece suç sayılan, zararlı fiillerden ne suretle kaçınılacağını, daha doğrusu belirli fiillerin neden zararlı, neden gayrı meşru sayıldıklarını ampirik bir şekilde izaha çalıştıktan sonra, insanların arasındaki içtimailik alâkasının da onları belirli fillere sev-

(103) M.A. VACCARO — a.g.e., Sh. 447.

(104) M.A. VACCARO — a.g.e., Sh. 448.

kettiğini belirtir. Bunlar, insan fıtratında mevcut bazı temayüllerin tezahürleridir. Meselâ en vahşî klanlarda bile kadınların çocukların dış mütecavize karşı korunması âdetti. Ana babanın öcünü almak için ölünceye kadar çarpışmak birçok ilkel kavimlerde kaide halini almıştı. Yabancılardan alınan hediyelerin arkadaşlarla paylaşılması diğer bir kaideyi teşkil eder.

Bundan başka klânın mevcudiyeti, belirli bir disiplini ve şefi tazammun ettiğine göre, şefe itaatsizlik yalnız ayıp değil, suçtur da. Bu vakıaların tekrarlanması ile şefin emirleri mecburî davranış kaideleri haline gelir ve bu kaidelere itaat artık zecre bağlı bir vazife haline inkılâp eder (105). Klan şefi için varid olan hususlar, kabile meclisi veya sultan tarafından verilen emirler hakkında da varittir. Bu emirler arasında umumî mahiyette olanlar yeni nesillere intikal eder ki bu nesiller, hiç değilse ecdat hayaletlerinin gazabını davet etmemek için bu emirlere riayet ederler.

Bütün bu hususlara iyi dikkat edecek olursa görülecektir ki hukukun ilk ışıkları daha klanın teşekkülü ile zuhur etmektedir : klan üyelerine dıştan gelen bir tecavüze karşı kollektif tepki, ve klan üyelerinin fiil ve hareketleri üzerinde bir iç disiplin, ve bir iç müeyyide. İşte hukukun ilk nüveleri bu şekilde kendini belli eder (106).

VACCARO'ya göre, hukukun devletle aynı zamanda doğduğunu zannedenlerin görüşlerinde, veya hukukun patriarkal ailenin kurulmasıyla beraber zuhur ettiğini iddia edenlerin kanaatlarında bir hata vardır. Bunlar, ailenin klandan ve Devletten evvel olduğunu zannediyorlar. Halbuki aile bunların her ikisinden de sonradır (107). Klan, hepsine tekaddüm eder ve ferdin şahsının himayesi, şefden evvel klâna tevdi edilmiştir. Klânın ihtiyarlar meclisidir ki ferde karşı işlenen suçların cezalarını tâyin eder. Şefin, klâniçi nizalara müdahalesi, bir ara bulucu, bir yatıştırıcı sıfatıyladır. Şefin klanın ihtiyarlar meclisine ait görevler ve yetkileri kendi üzerine alması daha ileri bir merhalenin mahsûlüdür. Şef, daimî savaşlarla kuvvet kazınca, iç nizaları hâkim sıfatiyle halle, mağduru diyeti kabule zorlamaya, cemaat aleyhine olan ve ecdat gazabını tahrik eden suç fiillerini takibe teşebbüs etti. Böylece, kendi askerî gücünü idameye ve

(105) M.A. VACCARO — a.g.e., Sh. 449.
(106) M.A. VACCARO — a.g.e., Sh. 450.
(107) M.A. VACCARO — a.g.e., Sh. 241 - 246, 450.

arttırmaya yarayan bütün yetkileri kendi uhdesine aldı. Klânın çözülmesi işte bunun bir sonucu olmuştur. Klan çözülünce yerine patriarkal âile kaim olmaya başlamış, fakat bu, klanın fonksiyonlarını tamamiyle ifa edememiştir. Bilhassa öç alma işlerinde başarı gösterememiş ve başı sıkıştıkça şefin teşkilâtını yardıma çağırmıştır. Fakat bu yardımı, şahısların himayesinden ziyade mülkün himayesi için aramıştır (108).

Böylece, ne kadar iptidaî mahiyette olursa olsun bir merkezî teşkilât meydana gelmeden, bir Devlet nüvesi teşekkül etmeden evvel dahi, klanın iç hayatında ihtiyarların murakebesi altında bir iç nizam teşekkül etmiş bulunuyordu. **İlk hukuk kaideleri devletten mukaddem olarak klanın örfünde doğmuştur.**

Hukuk kaidelerinin meydana gelişinde diğer bir âmil de «batıl inançlar»dır. Çeşitli tabiî felâketlerin sebebleri hakkındaki hayalî fikirler, tanrıların veya ruhların gazaplarını tadil endişesi kurban müessesesinin yerleşmesini intaç etmiştir (109). Bütün bunlar, insanın, basit bir topluluk, kendi fiil ve hareketlerine konmuş olan ve ihlâli halinde topluluğun fiili tepkisini intaç eden birtakım hukuk kaidelerinin kendiliğinden nasıl meydana geldiğini gösterir. VACCARO'ya göre hukukun tabiî menşei budur. **Hukukun fonksiyonu, insanların birlikte yaşama şartlarını tâyin suretiyle onları sosyal muhite intibak ettirmektir. Keza hukuk tarafından emredilen bu birlikte yaşama şartları, bütün cemiyet azalarını mümkün olan en büyük refah içinde yaşatacak şartlar demek değildir. Belki, tarihin muayyen bir anında, insanların bulundukları hal içinde, birbirleriyle olan tesirleşmelerinden, amel ve aksülamellerinden çıkan şartlar demektir** (110). İnsan, hissettiği, anladığı ve elinden geldiği şekilde hareket eder. Fakat, onun hareketlerinden, zamanla, baki kalan şey, ancak onun bakasını sağlıyan hareketlerdir. Bu ise bir mukadderat iradesinin, veya baştan muayyen bir nizamın neticesi değil, belki tabiatın kör bir işleyişinin sonucudur (111).

O halde, tarih boyunca zuhur etmiş olan muhtelif hukuk kaideleri, çeşitli medeniyet seviyelerinde, çeşitli bölgelerde yaşamış sa-

(108) M.A. VACCARO — a.g.e., Sh. 460 - 464.
(109) M.A. VACCARO — a.g.e., Sh. 452.
(110) M.A. VACCARO — a.g.e., Sh. 452.
(111) M.A. VACCARO — a.g.e., Sh. 453.

vaşmış, yenmiş yenilmiş insan topluluklarındaki amel ve aksülamellerin neticesidir ve bütün bu tesirleşme vetireleri, ister istemez insanın baka şansını arttırıcı bir istikamette tekrarlanmış ve buna yarayan davranışlar düsturlaşmıştır. Böylece cemiyetlerin her safhasında hangi kaidelerin ne suretle teşekkül ettiğini anlamak için, o cemiyetlerdeki insanların zümre, sınıf v.s. gibi birimler halinde ele alınarak birbirlerine ne yolda intibak ettiklerini araştırmak lâzımdır. Dış tecavüzlere maruz kalmış veya bizzat tecavüz etmiş, yenmiş veya yenilmiş cemiyetler, savaş sonunda beraber yaşamağa mecbur kılınca - ki bunlara VACCARO «mürekkep cemiyetler» der- aynı toplum içinde birbiri ile aynı zümreye (galipler veya mağluplar) mensup olmayan ferdler karşılıklı amel ve aksüamellerde bulunmuşlar ve neticede, basit cemiyette zuhur etmeyen **yeni tipte hukuk normları** yerleşmeğe başlamıştır. Bu galip mağlup intibakını, bir de galiplerin kendi aralarındaki intibakları vetiresi takip etmiş ve böylece en ilkel toplumdan çağdaş toplumlara kadar çeşitli sosyal intibakların eseri olan çeşitli «hukuk sistemleri» yerleşmiştir.

e) Galipler ile mağluplar arası mücadele ve intibakın esiri olan hukukî müesseseler :

VACCARO'nun «mürekkep cemiyet» dediği toplum tipi, içinde yenenlerle yenilenlerin birlikte hayat sürdükleri, kısaca, ayrı etnik menşeli ve ayrı sosyal ve politik statüleri olan zümrelerin beraber yaşadıkları gayrı mütecanis cemiyettir.

Bu tip toplumun özelliği, içinde yenenlerin yenilenleri istismar etmesinin, yani bir parazitlik münasebetinin hukukîleşmesi, müesseseleşmesidir ki bunun en kaba ve ilkel şekli «kölelik» müessesesidir. Daha sonra «serflik», ve nihayet «ecirlik» müesseseleri gelir. Bunların hepsinin kökü, ilk yenme ve yenilme olaylarına dayanır, sonradan âdetleşir, hukukîleşir. Ancak, insanın hayvanı ve canısız eşyayı istismarı tam bir intibakı temsil ettiği halde, insanın gene insan olan hasmını istismarı, istismar edilenle edenin aynı biyolojik neve mensubiyeti sebebiyle kusurlu, eksik bir intibaktır. Zira, istismar edilen, bu münasebete gereği gibi boyun eğemez. Tabiatın icabı gizli veya açık inkıtalı veya devamlı olarak mücadele eder ki bunun sonunda yukarıda saydığımız merhaleler, ağırdan hafife doğru, açılmış olur.

f) Galiplerin kendi aralarındaki mücadele ve intibaklarından doğan hukukî müesseseler :

Bir topluluğun diğerine hücumunun ve onun topraklarını fethetmesinin zâhiri sebebleri ne olursa olsun, asıl gayesi, daima mağlûplardan mümkün olan en büyük istifadeyi sağlamaktır. Bu kollektif faaliyet galip zümreye çift bir mükellefiyet yükler : mağlup zümre fertlerini başkaldıramıyacak halde tutma ve galip zümre olarak yabancı toplumların tehdidine karşı mukavemetli bulunma. O halde gerek içe gerek dışa karşı gösterilecek bu kuvvetlilik durumu, galip zümre fertlerini birbiriyle mütesanit olmaya zorlar. Bu tesanüt ise, galip zümre ferdlerinin tatmin edilmeleri, istismara eşit şartlarla iştirâk ettirilmeleri ile kabildir. O halde galipler arasında sağlam askerî bir hiyerarşi tesisi ve galip zümre ferdlerinin istismar paylarının belirli kaidelere göre tâyini, bütün fatih milletlerin mevzuatınca göz önünde tutulması zarurî olan iki tabiî ve uzvî vakıayı temsil eder (112).

Halbuki, hayat mücadelesi, galipler arasında da cereyan eder. Galip zümrenin ferdleri, daha iyi bir sosyal durum istihsali için daimi bir iç rekabet halindedirler. Ancak bu iç mücadele hudutsuz değildir. Bu mücadele o şekilde cereyan edecektir ki bu ferdlerin çatışmaları zümrenin «galip zümre» vasfını yıkamıyacaktır. Böylece galipler arası mücadele, galip zümrenin galip olmakta bakî kalması şartı ile mahduttur. Bu hududu aştımı galiplik durumu elden gider. Bunun içindir ki bu iç mücadele muhtelif şekillerde hafifleyerek cereyan eder. Dış ve iç tehlike gözden kaçırılmamaya çalışılır.

Esas itibariyle galipler arası mücadele iki nevidir : I) Politik mücadele, II) Hukukî mücadele, Politik mücadele bütün galipler arası hizipleşmelerde, saray entrikalarında, hânedan katillerinde, nihayet siyasî parti mücadelelerinde müşahede edilir. Hukukî mücadele ise, galipler arasında bir zümrenin siyasî iktidara geçmesinden sonra başlar. Bu ana kadar politik mahiyeti taşıyan mücadele, bundan sonra hukukî bir renk alır ve iktidar zümresi müesses iktidar makamlarını, müesseseleri ve kanunları bizzat kendi durumunu ıslah için ve Devlet idaresini imkânı olduğu kadar uzun bir müddet elinde tutabilmek için kullanır (113).

VACCARO, sırasıyla askerî, dinî aristokrat, ve halk sınıflarının iktidar mücadelesini kazanıp cemiyette hukuk ısdar edici duruma

(112) M.A. VACCARO — a.g.e., Sh. 328.
(113) M.A. VACCARO — a.g.e., Sh. 341.

gelmeleri halinde kendi menfaatlarına ne gibi imtiyaz ve kurumları ihdas ettiklerini tetkik eder. Bütün bu sınıflamalarda esas olarak, iktidarı ele geçiren zümrenin, bunu kullanabilmek için, yıkılmadan istismarda devam edebilmesi için diğer sınıflara ve zümrelere ne dereceye kadar taviz vermesi, onlarla ne nisbette anlaşma lüzumunu hissetmesini alır. Eğer bir iktidar sınıfı, başka hiç bir sınıfla anlaşmaya muhtaç olmaksızın topluma hükmedebilme durumunda ise bu, iktidarların en korkuncu olur ve ferdî gelişme, istismardan kurtulma şansları sıfıra iner. Buna mukabil, iktidar sınıfı, fiilen, hükmünü yürütmek için diğer bir sınıfı daha hoşnut etmeye, kendisine yardımcı edinmeye muhtaç ise bu hal, intibakın biraz daha insanî, istismarın biraz daha hafif olmasını sağlar, eğer iktidar sınıfı diğer bütün sınfların ve ferdlerin yardımlarına önem verecek bir halde ise bu daha ileri bir şekli temsil eder ki Halk sınıflarının iktidarında müşahede edilir. Ancak, halk sınıflarının iktidarında da mühim bir tehlike ortaya çıkar : azınlıkta kalanların istismarı.

VACCARO, bunun ancak siyaseti bir nevi meslek, bir geçim vasıtası yapan politikacıların sahneden çekilmesi ve mümkün olduğu kadar çok sınıfın, mümkün olduğu kadar fazla sayıda ferdin bizzat idareye karışacağı, aktif olarak âmme işlerinde rol alacağı istikbalin demokrasilerinde tahakkuk edeceğine inanır. Kendi zamanı için (1894) en iyi demokratik sisteminin İsviçrede cereyan ettiğini kabul eder. Bütün ümidi, asırların, hatta çağların biriktirdiği kültür hazinesinin insanların heyeti umumiyesine yayılmasında ve istismara mukavemet edecek ferdlerin daha âdil bir düzenin yaratılmasını zarurî kılmalarındadır.

g) İnsanın sosyal muhite intibakındaki güçlük sebebleri :

VACCARO, sürü halinde yaşayan, cemiyet hayatı idame eden hayvan nevilerinde sosyal intibakın insan nevinden daha tam olduğunu kaydeder ve insanın intibakındaki bu kusurun sebeplerini araştırır. Bunlar insan nev'inin yeryüzünde en genç soy oluşu, intibak için kâfi zaman bulamayışı, hayvâni intibakın uzviyete hakkolmasına, içine işlemesine mukabil, beşerî intibakın daha ziyade zihnî kalması. İnsanın maişetini sağlayan kaynakların hudutlu oluşuna mukabil, çoğalmanın zarurîliği ve bunun neticesinden ferdlerden bir kısmının imhasını intaç edecek savaşların daimi oluşu, bir kısım insanların basiret ve ihtiyat temayülünü aşırtarak ihtiyacından faz-

la maişet vasıtası biriktirmesi yüzünden sun'î kıtlıkların yaratılması gibi sebeblerdir.

Bütün bunlara rağmen, mücadele şartları müsavi kılınsa, gene en iyilerin, en kabiliyetlilerinin seçilmesini sağlıyacak bir vetire cereyan edebilirdi. Halbuki, insanlararası hayat mücadelesi o kadar intizamsız, o kadar eşitsiz şartlar içinde cereyan eder ki, neticede, içlerinden daha kabiliyetsiz, daha az iyi olanlar zaferi kazanır ve tekâmüle götürücü intibak vetiresi soysuzlaşır. Bundan başka, intibak edilecek sosyal muhitler çok karmaşık ve farklıdır. Hususiyle, bulunduğu durumdan daha kötü sosyal şartlara intibak zorunda kalan insan nevi bu intibak şekline mukavemet eder ve toplumiçi mücadele ve isyanlarla yıpranır. VACCARO'ya göre, bu intibak güçlükleri, gene insan nevine has bazı şerait ile tadil edilmeseydi, insanlığın durumu çok daha vahim olurdu.

h) İntibakı kolaylaştıran şartlar :

İnsan nevinin zekâ sahibi oluşu, bir bakıma kendi hemcinsine daha zararlı olmasına sebeb olmuşsa da, «tabiatı» hiçbir hayvan nevinin başaramıyacağı şekilde istismar etmesini de mümkün kılmıştır. Beşerî servet artıkça, maişet imkân ve vasıtaları ile nüfus arasındaki nisbet yakınlaşmıştır. Bir barbar cemiyet ile bir medenî cemiyet mukayese edilirse, çocuk öldürme, adam öldürme, kurban, daimî muharebe, salgın hastalık vs. gibi nüfus kırıcı olayların ilk cemiyette çok fazla olduğu görülür. Vasatî ömür nisbeti dahi barbar cemiyette çok düşüktür. O halde istikbalde nüfus ve geçim problemlerinin daha iyi halledileceği tahmin edilebilir. Hususiyle geçmiş vasıtalarını, şahsî ve hakiki ihtiyaçların çok üstünde biriktirme temayülleri önlenirse sun'î darlıklardan kurtulunmuş olur. Doğum sayısı tahdid edilebilir. Nüfus artışı tanzim edilebilir.

Bundan başka, insan nev'i, dış tabiatı sun'î alet ve vasıtalar eklemek ve bu suretle intibak vetiresini hem zaman, hem saha bakımından hiç bir hayvan nevinde olmıyacağı kadar geliştirmek, çabuklaştırmak imkânını sahiptir. İlim ve tekniğe dayanan makinalar, aletler, türlü vasıtalar bir intibak yardımcısı olabilirler (114).

Nihayet, bu maddî ve teknik servetten başka insanda öyle bir kültür öyle bir fikrî sermaye vardır ki bu, nesilden nesle intikal eden bir bilgi hamulesi teşkil eder ve insanın hem tabiata hem hem-

(114) VACCARO — age., Sh. 444.

cinsine intibakının yollarını öğretir. Asırların biriktirdiği bilgi ve tecrübe, insana, hemcinsinin tepkisini davet etmeden nasıl muamele edebileceğini öğretir. Bütün bir ahlâk ve hukuk kaideleri nizamı hep bu gibi davranışların tâyini ile doludur (115).

O halde, topluluklar arası rekabet, neticede iç münasebetlerini iyi tanzim eden, iç ahengini iyi sağlayan toplumlara dikkati çekecek, fedlerini birbirine daha iyi intibak ettirmiş, bunların menfaatlarını daha iyi bağdaştırmış toplulukların yaşama ve sürme şansının daha yüksek olduğunu kabul ettirecektir. Bu bilgi, diğer toplumları da iç ahenklerini sağlamaya sevkedecektir. Bu gibi toplulukların diğerlerine galebesi, bunların örf âdet ve hukuklarına da bir beka şansı sağlayacaktır. Bu netice müteaddit tecrübelerde tekrarlandıkça, gittikçe insan intibakına daha müsait âdet ve kanunlar zuhur edecektir. Netekim tarih bu tekâmül seyrini isbat etmektedir. Gittikçe sosyal zümrenin baka ve refahına daha iyi cevep veren kanunlar ve âdetler yerleşmiştir (116). Zamanla insan kurban etme kaidelerinin ortadan kalkması gibi, zararlı kanun ve müesseseler de silinecektir. İnsanî münasebetler hakkındaki bilgilerimiz inkişaf ettikçe, cahil kanun koyucuların kötü kanunları silinecek ve idareci sınıflar, hemcinslerini daha az tazyik edici, daha rasyonel bir şekilde istismar edici kanunlar çıkaracaktır. Zira sonunda, bir toplumun içindeki herhangi bir zümrenin ezilişinin, neticede umumî refaha engel teşkil ettiğini anlayacaklardır (117).

i) VACCARO'nun fikirlerinin tartışılması :

VACCARO'nun hususiyeti, hayat mücadelesi vetiresini sosyal âleme tatbik ederken, bu mücadele hakkında ileri sürdüğü ihtirazî kayıtlarda görülür. Öyleki bütün bu tarihî ve sosyal vetireye «intibak» terimi tatbik edilebileceği gibi, başka bir ad da verilebilirdi : İnsanın bütün davranışlarında, insanla insan arasındaki münasebetlerin hepsinde bir «intibak» olayı görmek, biraz da VACCARO, nun eserlerini verdiği devrin Sosyolojisindeki moda cereyanlara uymak intibaını vermektedir. Biyolojik tezden hareket etmeyen, bilâkis iktisadî mücadele tezinden, istihsal münasebetlerindeki tahavvüllerin bütün üst - yapıyı şekillendirmekte oldukları iddialarından hareket eden marksist sosyoloji de aşağı yukarı VACCARO'nun tavsif

(115) VACCARO — age., Sh. 446.
(116) VACCARO — age., Sh. 452.
(117) VACCARO — age., Sh. 459.

ve tahliline yakın tezler ileri sürüyordu. Bu itibarla, hayat mücadelesi kanununun sosyal sahaya tatbikinde yapılan bu ihtirazî kayıtlar, hayat mücadelesi kanununun sosyal âlemde neden t a m tahakkuk edemediği, neden falan veya filan engellerle kösteklendiği yolundaki izahlar, haddizatında bize; «uzvî» ve «sosyal» âlemlerin aynı genellemelerle izah edilemiyeceğini öğretmektedir. VACCARO'nun bu ihtirazî kayıtları yapışı, «insan» nevinin intibakında kolaylık ve güçlükleri belirtişi, esas itbariyle kendisinin sâfiyane bir sosyal darvinizme kapılmadığını göstermektedir. Fakat hareket prensipleri bakımından bu durum onun iddialarına bir çelişme, bir tenakuz aşılamaktadır : madem ki insan cemiyetlerinde hemen hiçbir münasebet, hayvanlardaki gibi i n s i y a k i değildir, madem-ki «insan», diğer hemcinslerinin kendisine tatbik ettiği her çeşit şeraite intibak edememekte, ancak kendisine elverişli olana intibak etmektedir, nihayet madem ki insan cemiyetlerinde tabiatın seçilme kanununu bozacak bir takım vetireler gene insanın nev'î hususiyetleri, zekâsı kabiliyeti v.s. inden ileri gelmektedir, o halde hâlâ insan cemiyetlerinde hayat mücadelesi vetiresinin, hayvanî âlemdeki gibi cereyen ettiği ve her çatışmanın behemahal daha iyi bir «intibak» a götürdüğü nasıl iddia edilmektedir? (118).

Görülüyor ki biolojik terminoloji, artık kendi hakiki mânalarından çok daha başka bir manada kullanılmaktadır. Mamafih bu tenkitler, yalnız VACARO'ya değil, biolojik ekolün hemen bütün diğer temsilcilerine yöneltilmelidir. **Bundan başka, VACARO'nun misali bize, ayni uzviyetçi anlayışın hem amansız bir rekabet serbestisini terviç eden liberal bir düşünceye, hem ırk üstünlüğüne dayanan totaliter bir devlet felsefesine hem de sosyalist temayüllü bir cemiyet felsefesine götürebileceğini, her sosyologun kendi peşin hükümlerini veya siyasî tercihlerini bu biyolojik sosyoloji hakikatleriyle kolay kolay isbat edebileceğini göstermektedir ki bu da artık, bizim bir sosyolojik hakikatler sistemi karşısında olmayıp, biyolojik terminoloji ile dokunmuş birtakım sosyal felsefe inşaları (constructions) karşısında olduğumuzu ispat etmektedir. Bu terminoloji ve bu biolojik prensipler, aşağı yukarı her sosyal tezi isbata salih bir deliller hazinesi vazifesini görmekte, dolayısıyla hiçbir ilmî hakikati ispat edememektedir.**

---

(118) ELMER BARNES — An İntroduction to the History of Sociology, 1948, Sh. 572 - 575.

Tarihî vakıalardan seçilen misâller ise, SPENCER'de olduğu gibi, tamamiyle baştan benimsenmiş olan tezi ispata matuftur. Bundan başka hukukun teşekkülünde, ancak bir yan konu olarak temas edilen manevî âmiller, hattâ insan fıtratının içtimâiliği objektif bir değerlendirmeye tabi tutulmamıştır. Bununla beraber, geleceğe muzaf tahmin ve istidlâller hemen münhasıran insanın, beşerî münasebetlerin hususiyetlerini öğrenmiş olmasına, yani b i l g i faktörüne bağlanmak istenmektedir. Görülüyor ki, sosyal âlemin, «kıymet» lerden tecrit edilerek izahı imkânsız gibidir. «Sosyal» in, ayrı bir ilim konusu teşkil edecek kadar karakteristik ve «sui generis» bir vakıa tipi olduğunu kabul zaruridir ki bunu ancak daha sonra, DURKHEİM ekolünde müşahede edebilmekteyiz. Ne zaman, «uzvî hayat» kanunlarıyla «İçtimaî hayat nizamı» izah edilmeye kalkılsa, her iki âlemi toptan izaha çalışan, her iki âlemi aynı terminoloji ile, aynı genellemelerle açıklamaya gayret eden bilginlerin belki en mühim sosyal vakıa tiplerini görmemezlikten gelmeye mecbur oldukları, yahut tamamen kifayetsiz izahlarla yetindikleri müşahade edilmektedir.

Sosyal Darvinizm kendi kendini tenkidi bizzat bu ekolüm müntesiplerinden gelmiştir ki bu sahada bilhassa Y. A. NOVİCOV'un mücadelesini zikretmek yerinde olur (119).

C — PSİKOLOJİK SOSYOLOJİ CEREYANLARI VE HUKUK ANLAYIŞI :

1 — Genel olarak :

İçtimaî hâdiseleri, üstün bir uzviyet tipi olarak bir kül halin-

(119) Bu düşünüş hakkında bak : «XIX. yüzyıl Sosyologlarında Hukuk Anlayışı, sh. 160 - 175».
NOVİCOV'un başlıca eserleri şunlardır : La Politique İnternationale. Paris, 1886 — Les Luttes entre sociétés humaines et leurs phases successives,, 3 éd. 1904. — Les Gaspillages des Société modernes, 2 éd. 1899, Paris. — La Guerre et ses prétendus bienfaits. 1894 (Türkçe tercüme : Harp ve sözde iyilikleri. Çeviren : Dr. ABDULLAH CEVDET, Kütüphane - i İçtihad, aded : 52. İstanbul, 1927).
— Essai de Notation Sociologique. 1897, Paris. — La Théore Organique des Sociétés, 1899, Paris — L'Affranchissement de la Femme, 1903, Paris. — Conscience et Volonté sociale, 1897, Paris. — La Justice et l'Expension de la Vie, 1905, Paris. La Morale et l'İntérét dans les rapports individuels. Et internationaux, 1912... Le Probleme de la Misère et les phénomènes économiques naturels, 1908, Paris. — La Critique du Darvinisme sociale, Paris. 1910.

de ele alınan «cemiyet» in kendine mahsus kanunları ile izah eden biyolojik sosyoloji nazariyeleri, hukuk sahasında, içtimaî mukavelecilerin tuttuğu yolun tam zıddını temsil ediyorlardı : İçtimaî mukavele taraftalrlarına göre cemiyet, fertlerin arzu ve iradesi ile, anlaşması ile meydana gelmiş bir tâli mahsul telâkki edildiği halde, uzviyetçi sosyoloji taraftarlarına göre bilâkis fert cemiyetin yaratığı ve şekillendirdiği bir tâli unsur oluyordu. Nitekim GUMPLOWİCZ ferdin değil, belki fertte tecelli eden cemiyetin düşündüğünü kabul ediyor ve bütün ferdî şahsiyeti basit bir tâli netice, zarurî bir mahsul sayıyordu. Bütün kültürel mahsullerin sahibi, yaratıcısı cemiyet idi. Cemiyette, tabiat aleminde cari olan ve insanî kıymet ve gayelerle alâkasız birtakım kanunlar hüküm sürüyor insanlar bu ulaşmadıkları düzenin âletleri olarak ister istemez birtakım faaliyetlerde bulunuyorlar ve fakat bu faaliyetler esnasında kendilerini hür ve muhtar zannediyorlardı.

Sosyal darvinizmin en mutedil tarafları bile, en iyinin bekasını sağlayan fikir mücadelesini dahi, tabiî bir icap olan hayat mücadelesinin hafiflemiş bir şekil telâkki ediyorlardı. O halde şuurlu olarak muayyen bir gayeyi tahakkuk ettirmek için var kuvveti ile çalışan bir idalist insanda müşahede edilen durum, onun şuur ve iradesine hâkim olan ve fakat kendisinin farkınavarmadığı afakî bir kanunun yani hayat mücadelesinin zarurî bir neticesi idi. O halde beşerî kıymetler bakımından en ulvî, en ihtiyarî jestler, büyük kahramanlıklar, fedakarlıklar, nizam kurma ve yaratma fiilleri hep fert istese de istemese de vaki olan bir sosyal mücadelenin icapları, zümre hayatının zarurî neticeleri addediliyordu.

Hukuka gelince bu, ya cemiyet denen uzviyetin muhtelif uzvuları arasındaki hayatî işbirliğini idame eden zarurî ve tabiî bir nizam şekli idi, yahut ayrı ayrı uzviyetler demek olan ırkların veya zümrenin, tıpkı hayvan nevilerinde olduğu gibi amansız bir hayat mücadelesi sonunda galibin mağluba yüklediği bir baskı ve istismar vasıtasi idi. Böylece hukukun fonksiyonu hemen sadece «nizam tesis etmek, yasak vaz etme»ye irca ediliyor ve bu sebeple hukukun menşei umumiyetle devlet kudretinin doğuşuna ve devlet emirlerinin devlet zecri ile yürütülmesine irca ediliyordu.

Bu görüşte aşikâr olan ifrat, insanın her türlü ferdî kabiliyetlerini en fazla geliştirmeye muvaffak olduğu bir tarihî sahfada onu yeniden kollektiviteye ircaa çalışması, sosyolojik düşüncede bir tep-

ki yaratmakta gecikmedi. İşte bu tepkiyi XIX. yüzyıl sonunda başgösteren «psikolojik sosyoloji cereyanları» temsil etti. Uzviyetçi sosyoloji ferdi cemiyetle izaha çalışırken, psikolojik sosyoloji cemiyeti fertle izaha teşebbüs etti. Bu nazariyenin tamsilcilerini, farklı kıstaslara göre bir takım tali kısımlara dağıtmak kabildir (1). Bununla beraber biz sahamızı ilgilendiren konuları psikolojik temellere dayanan bir sosyolojik görüşle ele almış olan bilginlerden başlıca dört zata temasla iktifa edeceğiz : bunlardan biri tanınmış Fransız sosyolog ve kriminiloğu GABRİEL TARDE diğerleri Amerikan sosyolojisinin kurucuları sayılan LESTER WARD, W. G. SUMNER ve E. A. ROSS'tur.

2 __ GABRİEL TARDE (1840 - 1904) (2) :

a) Taklit kanunları :

TARDE cemiyette kendisini teşkil eden ferdlerden ayrı bir şahsiyet, ayrı bir uzviyet tipi, hatta ayrı bir şuur ve ruh tasavvuru eden sosyolojik nazariyelerin hepsine cephe almıştır. TARDE'a göre ferdlerin şuurlarını hesaba katmadan içtimaî hadiseleri tefsir etmeyi iddia etmek başarısızlığa mahkûm bir teşebbüstür. Çünkü fertlerden başka içtimaî realite yoktur. Bir grup, kendisini takip eden insanların üstünde veya dışında bulunan bir varlık değildir. Hâttâ grubun zihniyeti, ruhu bile onu teşkil eden fertlerin şuurlarında geçen psikolojik vakıalardan teşekkül eder. **TARDE için içtimaî hayatın esas karakteri arzu ve inançlardır. Sosyal hadiseler âleminde yegâne realite insan ve insanların karşılıklı tesirleşmeleridir.**

içtimaî bir grup, bir topluluk, bir zümre hakikatte «birbirlerini taklit etmekte olan, yahut halen taklit etmedikleri halde birbirlerine benzeyen ve müşterek hatları aynı bir modelin eski kopyelerini tem-

---

(1) PİTİRİM SOROKİN, yüz yılımızdaki takipçileri de dahil olmak üzere, geçen asır sonundanberi teessüs etmiş olan Psikolojik Sosyoloji ekollerini sosyal hâdiseleri tefsirde esas ittihaz ettikleri ruhî vetirlere göre şu sınıflara ayırır :

1) İçtimaî hâdiseleri «insiyak»larla izah eden ekol :

a) Cinsî insiyaka irca edenler : FREUD, HANS BLÜHER, v.s.

b) Ana-babalık insiyakına irca edenler : Mc. DOUGALL

c) Sürü insiyakına irca edenler : TROTTER.

(2) İçtimaî hâdiseleri «davranışlarla» izah eden ekol :
WATSON, HUNTER, WEİSS, LASHLEY, v.s.

sil eden bir varlıklar kolleksiyonu» demektir. Nerede taklit varsa orada cemiyet veya cemiyet başlangıcı vardır. Hâttâ insanlarla bunların ehlileştirdikleri hayvanlar arasında bile (3).

İçtimaî vakıa dediğimiz şeyler haddizatında, aynı topluluk içinde yaşayan ve birbirleri ile münasebet halinde bulunan ferdî zihniyetlerin ferdî ruhların birbirlerini taklit sureti ile tekrarladıkları karşılıklı tesirlerin neticesi demektir. Mamafih biz TARDE'in da insan ruhu ile kozmik alem arasındaki bir bağlantı, bir benzerlik kurmak temayülüne kapıldığını görüyoruz. Tekrarlama ve taklit vetiresini insan şuurunun dışında cereyan eden birtakım tabiî veya tarihî tekerrür ve ıttıratlara benzetmekten hoşlandığı aşikârdır. O gerek fizik kâinatta gerek uzvî hayatta, gerek tarihte muayyen vakıa tiplerinin ebedî bir şekilde tekrarlanışına dikkat etmiştir. Bu tekerrür, kâinatta bir takım dalgalanmalar (ondülasyon) halindedir. Uzviyet alemindeki tekerrür ise bir ferdin hususiyetlerini onun soyundan gelen fertlerde tekrarlayan («veraset» vakıasıda tecelli eder. İçtimaî alemdeki tekerrür ise fertte itiyatlar, cemiyette âdetler ve türlü müesseseler halinde tecelli eden «taklit» vetiresinde görülür.

İtiyat ferdin mazide yaptığı bir hareketi halde tekrarlaması, yani kendi fiilini taklit etmesi demektir. Âdetler de insanların ya cetlerini ya birbirlerini taklit etmeleridir. Hülâsa içtimaî hadiselerin hepsi, ister dinî hadiseler, ister ilmî, sinaî ticarî faaliyetler olsun hatta bütün estetik davranışlar hatta kabahatler, suçlar gibi

---

(3) Muhtelif neviden ferdî ruh haletleri ile izah edenler :

a) İnançlara ve arzulara irca edenler : G. TARDE, L. WARD,. E. A. ROSS.

b) Menfaatlarla izah edenler : RATZEHHOFER, SMALL.

c) İrade ve arzularla, tavır v.s. ile izah edenler : R. PARK ve E. BOURGESS,

d) Fikirler, hisler ve heyecanlarla izah edenler : FOUILEE, ROBERTY, PETRAJİTSKY.

(2) GABRİEL TARDE — Les Lois de L'İmitation, Paris, 1890.
GABRİEL TARDE — Les Transformation du Droit, Paris, 1893.
GABRİEL TARDE — La Logique Sociale, Paris, 1895.
GABRİEL TARDE — Essai et Mélanges Sociologiques, 1895.
GABRİEL TARDE — L'Opposition Universelle, Paris, 1897.
GABRİEL TARDE — Les Lois Sociales, Paris, 1898.
GABRİEL — Etude de Psychologie Sociale, Paris, 1898.
GABRİEL TARDE — L'Opinon et la Foule, Paris, 1901.

bütün ihlâl vakıaları muhtelif fikir ve fiillerin taklitlerinden, tekrarlanmalarından ibaretir. TARDE der ki «telkin edilmiş fikirlere sahip olduğu halde bunları kendiliğinden zihnine doğmuş fikirler zannetmek uyur gezerle sosyal insanda görülen bir illüzyondan ibarettir.» (4).

Böylece TARDE'a göre bütün sosyal fikir ve fiillerin daima bir modeli vardır. Bu model «icat» vetiresidir. Esasen bir nevi olarak insanın mukallit oluşu onun mucit olmasından dolayıdır. Ancak bütün insan nev'i mukallit olduğu halde bunların hepsi mucit değildir. Ferdin icatta bulunabilmesi için bazı hususiyetleri haiz olması gerekir; kendisini alışılmış olan düşünüş ve davranış kalıplarının üstün çıkarabilecek, yeni bir düşünüş veya davranış tarzını bulup arzedebilecek kabiliyette olmalıdır. Ancak bu, behemehal bir deha sahibi olmayı tazammun etmez.

Diğer taraftan icadın objektif şartları da vardır. Her yenilik icat vasfını kazanmaz. Bir icadın sosyal vakıa karakterini kazanabilmesi için içtimaî muhitte taklit edilmesi, muhtelif fertlerin hareket veya düşüncelerinde tekrarlanması lâzımdır. Taraftar veya takipçi bulmamış bir icat sosyal hâdise vasfında değildir. Cemiyetin bir icadı benimsemesi için de şu veya bu sebeple ona ihtiyaç hissetmesi gerekir. Mevsimsiz icatlar unutulmaya mahkûmdur. O halde bütün mesele cemiyetin yeni bir icada muhtaç bulunduğu anı keşfedebilmektedir.

TARDE'a göre bütün sosyal hadiseler bu şekilde izah edilen icatların, yani esaslı bir şekilde ferdî olan ruhî faaliyet mahsullerinin cemiyette geçirdiği çeşitli safahattan ibarettir ki bunları üç tipe irca kabildir :

a) Taklit ve tekrarlama (répétition ou imitation)
b) Karşı gelme (opposition)
c) İntibak etme veya icat etme (adaptadion ou invention)

Evvelâ ferdî şuurda zuhur eden her nev'i yeni fikir ve inanç, matlup şerait mevcutsa, cemiyette başkaları tarafından taklit edilerek umumileşir ve sosyalleşir. Her icat tıpkı bir suya atılmış ta-

(3) GEORGES DWELSHAUERS zikrediyor : «muasır Fransız Psikolojisi), (Çeviren : MUSTAFA ŞEKİP TUNÇ, İstanbul, 1940, Sh. 113).
(4) GABRİEL TARDE — Les Lois de L'İmitation, p. 83 (G. DWELSHAUER nakleder : age., sh. 113).

şın meydana getirdiği mütevali dalgalar gibi içtimaî muhite tekrarlana tekrarlana yayılır. Fakat bu taklit olayı yayılmakta olduğu sosyal muhitte başka bir icat mihrakından gelen diğer bir sirayet dalgasına rastlarsa bir sosyal mukavemetle karşılaşır. Bu mukavamet hali, eski devirlerde vaki icatların sürüp gitmesi demek olan an'ane ile yeni zamanların icatlarının taklidi demek olan moda arasında pek barizdir. Esasen her nev'i icat, vuuku zamanından evvel doğmuş ve kendisine alışılmış bulunan itiyatlarla tezat arzeder. Yeni bir çatışma doğurur. Neticede hangi taklit dalgası daha kuvvetli ise o diğerini yener. Bu dalgalar aynı kuvette oldukları takdirde ya birbirlerini ikna ederler yahutta birbirleriyle bağdaşır yeni bir icat yaratırlar.

Bazı sosyologlar TARDE'ın bu üçlü tahlilinde HEGEL'in tezantitez ve sentez şeklindeki diyalektik seyir nazariyesinden mülhem olduğunu söylerler (5).

Taklitin içtimaî muhitteki sirayet sür'ati bu muhitin mütecanis olması nisbetinde artar. Halkı mütecanis olmayan sosyal muhitlerde taklit daha geç yayılır. Bundan başka taklitin sirayet istikameti de yukarı sınıflardan aşağı sınıflara doğrudur. Yüksek sosyal sınıflar, yukarı tabakalar umumiyetle taklit edilecek, imtisal edilecek bir örnek teşkil ederler. Taklit konusu olan vakıalarsa pek çeşitlidir. İyi hareketler olduğu gibi kötü haraketler de taklit edilir. Hülâsa TARDE bütün sosyal vakıaları haddizatında arzulara, inançlara ve gerek bunların gerek bunlara dayanan fiillerin taklit vasıtası ile tekraralanmalarına irca eder.

b) Taklit vetiresinin hukuk sahasında tezahürü :

TARDE'in hukukî sosyolojiye yardımı, umumiyetle Kriminolojiye olan hizmetlerine irca edilmiş (6) ve asıl hukuk problemleri ile ilgili izahatlarına fazla dikkat edilmemiştir. Halbuki kanaatımızca TARDE «Hukuku İstihaleleri» adlı eserinde gerek hukuk sistemlerinin iktibasına, gerek hukukî müesseselerin sosyal sınıflar arasındaki sirayetine taallûk eden hususlarda ve bilhassa XIX. asır sosyolojisinde hukuktaki rolü tamamen inkâr edilen beşerî iradenin yaratıcı faaliyeti ile ilgili izahatlarında ve bilhassa katı hukuk sistem-

(5) ELMER BARNES — An İntroduction to the History of Sociology, 1948, sh. 472.

(6) GEORGES GURVİTCH — Eléments de Sociologie Juridique, Paris, 1940, Sh. 74.

lerini içtihatla genişletme ve yumşatma vetiresinin izahı hususlarında sahamıza ışık tutmuş sayılmalıdır. JHERİNG'in sübjektif hakların yaşatılması imkânını hak sahiplerinin takip ve mücadele iradesinde araması ne kadar realiteye uygunsa, TARDE'ın esaslı hukuk istihalelerinde fikir ve inançların ve bilhassa daha mükemmel yabancı hukuk sistemlerini taklit arzusunun muharrik rolünü belirtmesi o kadar hakikatin ifadesidir. XVIII. asır, hukukun bütününü insan iradesinin mahsulü sayarken XIX. asır daha hukukun, bir tekâmül kanununun insan şuur ve iradesinden mücerret, bu manada zarurî bir mahsulü oduğunu iddia etmiştir. TARDE bu bakımdan ikinci ifratı tenkit eden ve sosyologları, hukukun menşei ve istihale sebepleri hakkındaki müfrit determinist görüşlerinden vaz geçmeğe davet eden ilk sosyolog oldu.

TARDE cemiyetlerin tek istikamette tekâmülü nazariyesini kifayetsiz ve sakat buldu. Ona göre tekâmülden ziyade değişmeden bahsetmek lâzım gelir. Zaman, bütün cemiyetleri aynı tekamül merhalelerinden aynı şekilde geçirten bir faktör değildir. Cemiyetlerin gerek siyasî bünyesini gerek hukukî teşkilâtlarını değiştirmeleri her cemiyette diğerinden farklı olan çeşitli faktörlerin tesiri altında vaki olur. Bu faktörlerin nevileri gibi tesir nisbetleri de cemiyetten cemiyete değişir. TARDE der ki «tekâmül nazariyesi taraftarlarına göre cemiyetlerdeki tekâmül kendi halinde bırakılırsa kendi formülleri dairesinde cereyan edip gidecektir. Halbuki felâket, bu formülün kabul edilemiyecek bir şey olmasındadır. Yabancı hukuktan iktibaslar, hatta orijinal dehalar tarafından tahrik edilmiş yenilikler vesaire gibi haricî veya arızî tesirler olmaksızın kendi kendine istihale edecek bir hukuk sistemi düşünülebilir mi... Eğer Roma, harpler ve ilhaklar vasıtasıyle çeşitli milletlerle temasa geçmemiş olsaydı sonuna kadar kiritler hukuku seviyesinde kalırdı bu harp ve ilhaklar Romayı çeşit çeşit milletlerle verimli ve karıştırıcı münasebetlere sevketmiş, pretörlere dış cemiyetlerle ilgili fikirlerin, egzotik görüşlerin hulûl etmesini sağlamış, evvelâ jus gentium daha sanra jus naturae fikrini telkin etmiş ve bu muhtelif yabancı kanların zerki suretiyle on iki levhanın köhneleşmiş hukuku canlandırılmış, gençleştirilmiştir» (7).

TARDE'e göre tekâmül kelimesi aldatıcıdır. Fakat kulağa hoş gelir ve tıpkı kumluk bir yerdeki akarsu gibi hiçbir engelsiz du-

7) GABRİEL TARDE — Les Transformations du Droit, 1893, Sh. 162

raklamasız cereyan edip giden bir şey zehabını verir. Fakat teferruata girilirse tehavvüller serisine izafe edilen bu zahiri açıklığın ve sürekliliğin muhayyel olduğu görülür.

Herhangi bir hukuk sistemini alın, bunun sözde mütemadi olan tekâmülünün kâh şu kâh bu sebeple zaman zaman zuhur eden yeni fikirlerin işlene işlene ve çok defa kanlı mücadelelerle içine zerk edildiği safhalarla bölündüğünü göreceksiniz. Bu yeni fikirler ister yeni yayılan bir din vasıtasiyle ister bir fütuhat vasıtasiyle, ister iktidarı particilerden pleplere intikal ettirilen yahut senatordan krala veya asaletten burjuvaziye nakleden iç ihtilâller yolu ile, hatta ister yabancı mevzuat ve müesseselerin zaman zaman haddinden fazla beğenilip öğülmesi, vasıtası ile olsun daima o hukuk sistemi üzerine aşılanmış olduklarını görüyorsunuz, İslâmiyet, hıristiyanlık ve budizm gibi yayılmaya müsait dinler, Yunanlılar ve Mısırlılara zorla yüklenmiş olmaktan ziyade sirayet etmiş olan Roma hukuku, Hint kanunlarına eklenen İngiliz hukuku, Cezayird'e islâmîleşen Fransız hukuk v.s. hep bu şekilde değişmiştir. Hukukun bu sonuncu nevinden değişme misalleri pek çoktur : Roma hukukunun barbarlardaki tesirleri, Çin hukukunun bütün doğu Asyadaki tesirleri, klise hukukunun lâik Ortaçağ ve Modern zamanlar hukuku üzerindeki tesirleri gibi.

Hülâsa TARDE'a göre millî hukuk veya yerli hukuk bu nevi tahrik edici dış vakıalar veya fikir cereyanları olmadan değişmek kabiliyetini göstermez. Hukuk esas itibariyle durulmak ve yerleşmek temayülündedir. Onun değişmesi işte bu dıştan gelen darbelerle olur. Nitekim bu ıstıraplı ve her zaman da başarılı olmayan aşılama zamanları arasında geçen hâdisesiz devirler hukukun durgunlaşma ve katılaşma safhalarıdır. TARDE burada şu misali verir. Acaba klâsik Roma hukukunun değişmesi bu hukuk sisteminin kendisinde mündemiç sebeplerden mi ileri gelmiştir, yoksa hıristiyanlığın yayılmasını takip eden siyasî sarsıntıların tahriki ile mi olmuştur? (8). Böylece TARDE hukukî istihalelerin sessiz ve sürekli bir şekilde değil inkitalı ve cezrî hal değiştirmelerle vaki olduğunu söyler. Bütün bu değişmelerin menşeinde yeni bir hukukî icadın benimsenmesi veya yeni bir örneğin kabulüne mecbur kalınması gibi vetireler görülür (9).

---

(8) GABRİEL TARDE — Les Transformations du Droit, 1893, Sh. 165

(9) GABRİEL TARDE — Les Transformations du Droit, 1893, Sh. 166.

Hukuk sahasındaki icat ve taklitlerde de bütün diğer sosyal vakıalarda cari olan kanunların tekrarlandığı görülür. Meselâ yukarı sınıflara tanınan haklar zamanla aşağı sınıflarca taklit edilerek istihsal edilir. Keza medeniyet seviyesi diğerine üstün olan kavimlerin hukuk sistemleri diğer kavimlerce beğenilerek taklit edilir. (10). Meselâ en büyük evlât hakkı (ekber evlât) evvelce yalnız kraliyet ailesine mahsus iken sonradan feodal asalete ve nihayet halk tabakalarına kadar indi. Bundan başka bir kavmin hukuk sistemi şu veya bu sebeple komşu kavimlerce taklit edilmek sureti ile umumileşir. Meselâ eskiden her cermen kabilesinin kendisine mahsus bir hukuku vardı. Fakat bunların içinde en gelişmişi olan Salien frankların hukuku diğerlerince de taklit edilecek umumileşti ve Salik kanunları bütün bu camianın hukukunu tevlit etmiş oldu.

Keza aynı fiilî neticeyi istihsale matuf çeşitli hukukî yollar arasında bir tanesi zamanla daha çok taklit edilmek sureti ile umumileşir. Meselâ eskiden köle azat etmenin çeşit çeşit şekilleri vardı. Zamanla «charte» ile azat usulü yani yazılı şekil daha çok taklit edilerek umumileşti (12).

TARDE der ki «hukukçuların ve hâkimlerin taklit adetleri ise hukukun istikrarını sağlamak bakımından adeta mukaddes bir vazife sayılır. Bununla beraber zamanla onlar da emsal taklidinde fazla hassasiyet göstermemeğe ve yeni hayat şartlarının, yeni telâkki ve davranışların taklitlerini yapmaya teşebbüs ederler. Cemiyetlerin yenilik hevesleri hâkim olduğu zaman moda, hâkime de kanun vazıına da halka olduğu gibi âdetten daha sempatik gelmeye başlar (13). Hülâsa bazı devirlerde hukukun istikrarı, bazı devirlerde de yeknasaklığı kıymet sayılır. Meselâ istikrar hususunda israr eden eski devirlerde aynı camia içinde bulunan muhtelif sınıfların hukukları arasında yeknasaklık yoktu. Buna mukabil kanunların istikrarına o kadar kıymet vermeyen, değişiklikleri tasvip eden yeni devirlerde ise kanunun yeknasaklığına yani cemiyetin bütün tabakalarına eşit olarak tatbik edilmesine önem verilmiştir. Görülüyor ki istikrar, kanunların zaman süresi içindeki taklidini, yeknesaklıksa, mekân içindeki taklidini temsil etmektedir. Bugün bütün sınıflara bütün bölgelere aynı kanunu tatbikte, yani yeknasaklık

(10) GABRİEL TARDE — Les Transformations du Droit, 1893, Sh. 179
(11) GABRİEL TARDE — Les Transformations du Droit, 1893, Sh. 180
(12) GABRİEL TARDE — Les Transformations du Droit, 1893, Sh. 182
(13) GABRİEL TARDE — Les Transformations du Droit, 1893, Sh. 182

hususunda ısrar ediyoruz. Fakat cemiyetin bütün tabakalarına şâmil olan bu kanunları sık sık değiştirmekte mahzur görmüyoruz.

c) Hukukta sistemleştirme ihtiyacı, yaratıcı tefsir ve kanun vazının mucitlik rolü :

TARDE'a göre icatların manevî sahadaki örnekleri demek olan ahlâk sistemleri, felsefe sistemleri ve kanunnameler insanın tab'an mantıkî mahluk oluşunun ve kıymetler sahasında yeni ile eski arasındaki tezatten kurtulmak isteyişinin bir neticesidir. Esasen bizatihî her icat bir tezadı tahrik eder : Kendisinden evvelki durumla kendisinin temsil ettiği durum arasındaki tezat. Bu tezat sahalarında insan müphem ve birbirine zıd his ve fikirler içinde bunalır ve kendisine bir izah yolu, bir çıkmazdan kurtulma imkânı arar. Hukukî sahada bu birbirine zıd hukukî kıymetler, eski ve yeninin tezadı zuhur edince derhal bunları bağdaştırma ve sistemleştirme gayretleri ortaya çıkar. Fakat her sistemleştirme bir donmayı, bir katılaşmayı ve devamlı bir kabuk haline gelmeyi gerektirir. Bunun içindir ki hemen bütün hukuk sistemlerinde kurulmalarını takip eden yakın bir safhada başka bir durum müşahede edilir. Ne kadar insicamlı ve mantıkî olursa olsun sistem yeni hayat şartlarını lâyıkı veçhile karşılamakta zaaf göstermeğe başlar. İşte bu safhada müçtehitler ortaya çıkar. Bu donmuş düsturları azamî hudutlarına kadar, hattâ lâfızlarının doğru manalarını tahrif edecek kadar genişletir, birçok yeni hal suretlerini bu normların içine zorla sokmaya çalışırlar ve sonunda sistemin iyice tekâmül ettirildiğine inanılır. Meselâ islâm hukukunda VII. ilâ IX. asırlar arasında Hanefî, Şafiî, Hanbelî ve Malikî mezhepleri türemiş ve Kurân ayetlerine azamî tatbik kabiliyeti vermişlerdir. Keza Roma hukukunda müçtehitler eski on iki levha kanununun hükümlerini işleye işleye yepyeni bir hukuk sistemi meydana getirmişlerdir. Aynı şekilde İsrail hukukunda Tevrat hükümlerinin inceden inceye tefsir ve şerhi ile İsrail kavimi siyasî vahdetini kaybettikten sonra dahi mer'iyetini muhafaza eden Tevrat tefsiri (Mischna) meydana getirilmiştir. Fakat bir zaman sonra bütün bu hukuk sistemlerindeki içtihat yaratma safhası duraklar ve hukuk sistemi artık zamanla alâkasız bir hale gelir (15).

TARDE bu safhaya gelmiş hukuk sistemlerinde artık kanun

(14) GABRİEL TARDE — Les Transformations du Droit, 1893, Sh. 183
(15) GABRİEL TARDE — Les Transformations du Droit, 1893, Sh. 190

vazı marifetiyle yapılacak yeniliklerin yani hukukî icatların zarurî olduğunu söyler. Vazı kanunların yaratacakları kanunnameler «tıpkı elektrikli telgraf veya yerçekimi kanunu gibi beşer dehasının iftihar edeceği icatlar, muazzam makinelerdir» (16). Mamafih kanun vazıları da icatlarında her şeye kaadir değildir bunlar da muayyen bir nisbette eski kanunlara, halkın hukukî itiyatlarına saygı göstermekle onun yeni ve eski ihtiyaçlarında mülhem olmakla mükelleftirler. Demokrasilerde dahi kanun vazılarının zahirî kudretleri seçmenlerinin bu ihtiyaç ve emirlerine ihtiyarî veya mecburî itaatlerinden başka bir şey değildir «Hahamlar için Musa'nın emirleri ne ise yahut arap müçtehitleri için Kur'an'ın emirleri ne ise demokratik kanun vazıları için de seçmenlerin emirleri odur. Gerek eski müçtehitler gerek yeni kanun vazıları olsun hukuku yaratmada bazı üstün direktiflere riayet göstermektedirler ve bunları birbirleri ile hiyararşik bir sıraya koyarak mantıkî bir şekilde işlemektedir. Metinler kanunlaşıp ilân edildikten sonra ise şârihler, profesörler, müşavirler bunlardan içtihat veya doktrin dediğimiz bir yığın şeyler yaratmaktadırlar ki bunlar kanunları yapanların akıllarından dahi geçmemiştir» (17).

ç) Hukukun tekâmülüne müessir âmiller :

TARDE hukukun hangi faktörlerin tesiri altında istihale ettiğini açıkça belirtir ve onu cemiyetin heyeti umumiyesini aksettiren bütün hususiyetlerini ifade eden bir mahsul olarak görür. TARDE'a göre, hukukî tekâmül, dinî felsefî, siyasî, arkerî ve iktisadî değişme ve gelişmelerin hepsine birden tâbidir. Halbuki her cemiyette bu çeşitli fatörlerin gelişme ve değişme seyri birbirinden farklı cereyan edeceğinden hukuk da bu farklara tâbi kalarak her cemiyette birbirinden farklı şekilde istihale eder. Muhtelif cemiyetlerin, umumî, geniş ve müphem olan birtakım yüksek ahlâkî prensipler etrafında birleşmeleri daha doğrusu bu prensiplere bağlılıkta benzerlik göstermeleri mümkünse de, hukuk kaidelerinde böyle bir ayniyet daima müşahhas sosyal durumları halletmek, bunları karşılamak için mevcuttur. Halbuki bu fonksiyon hukuk kaidesinin vazıh, sarih ve muayyen olmasına bağlıdır. Bundan başka hukuk cemiyetin sadece bir mütemmim cüz'ünü, bir parçasını değil belki bütününü aksettiren bir ayna durumunda olduğu için, onun bütün

(16) GABRİEL TARDE — Les Transformations du Droit, 1893, Sh. 186

(17) GABRİEL TARDE — Les Transformations du Droit, 1893, Sh. 193

yaşayan gerçekliği içinde incelenmesi matlupsa hukuk ilminin artık sosyolojinin bir kolu olarak işlenmesi zarurîdir (18).

Hukukun müşkilâtı, mantıksız ve intizamsız olan sosyal gerçekliğe kendi mantıkîliğini bozmaksızın intibak etmek zaruretinden ileri gelir. Fakat hukuk umumiyetle buna muvaffak olamaz: Ya kendi mantıkîliğini ve insicamını muhafazada ısrar eder ve bu yüzden mahiyeti itibariyle gayrı mantıkî olan cemiyet realitesine intibak edemez ki bu hal ihtilâl kanunlarında görülür, yahutta cemiyete intibakı asıl telâkki eder ve bu sefer kendisi gayrı mantıkî bir emsâl hercümercinden ibaret olur. İngiliz hukukunda olduğu gibi.

TARDE eski hukuku indirip yenisini rekzetmek için yapılan mücadelenin hukuk hayatı için esas mücadeleyi teşkil ettiğini söyler; ferdî hakların çiğnenmemesi için yapılan mücadele ise ancak mevcut hukukun yaşatılmasını sağlar. Fakat sistem değişikliği hukukun hayatiyetini sağlayan en kuvvetli mücadeledir.

Böylece hukukun tekâmülü her cemiyette farklı faktörlere tabiîdir. Tek ve inkıtasız bir tekâmül yolu değildir. Yeni fikirlerin, yeni iktibas ve icatların taklidi için mevcut bir hukuk sistemi ile mücadele edilmesi bu sistemin yıkılması tarihte daima rastlanan hâdiselerdir ve zaman muhtelif hukuk sistemleri içinde az sayıda birkaç tanesinin diğerlerince taklit edile edile umumileştiğini, sahalarını genişlettiğini göstermektedir ki muhtelif sebeplerle vaki olan taklit böylece hukuk sistemleri arasında bir tevhit âmili rolünü oynamaktadır (19).

d) TARDE'ın hizmeti :

TARDE'ın içtimaî hâdiseleri sırf taklitle izah edişi artık modası geçmiş bir fikirdir. Bununla beraber hukuk tekâmül ettikçe katı kalıplar halinde billûrlaşmaya, düsturlaşmaya temayül eden içtimaî düzen nevilerinde değişme ve yenilenmeler sadece bu düzenlerde mevcut tabiî gelişme kabiliyetleri ile izah edilemez. Bu bir nevi totoloji olur. Hattâ cemiyette tahakkuk eden ve çok defa müesses şeklî hukuk normlarını aşan, bunlarla çatışan spontane hukuk kaidelerinin varlığı dikkati çeker, şeklî hukukla yeni spontane hukuk arasındeki tezat giderilmeğe çalışılır : ya şeklî hukuk değiştirilmeğe te-

(18) GABRİEL TARDE — Les Transformations du Droit, 1893, Sh. 198
(19) GABRİEL TARDE — Les Transformations du Droit, 1893, Sh. 204

şebbüs edilir yahutta daha başka vasıtalarla ve şuurlu bir şekilde yeni spontane normların fiilen hükümsüz bırakılmasına gayret edilir. Bütün bu iradî mücadeleler ise, hangi arzu ve ihtiyacın sevki ile olursa olsun netice itibariyle bir fikrin bir kanaatın tatbik mevkiine konması hukukî düzende bir istihalenin tahrik edilmesi demektir. Bu bakımdan TARDE'ın, hukukun müçtehitlerin yardımı ile yeni hayat şartlarına intibak ettirilmesi vetiresini, hem hukukçu, hem sosyolog olmanın verdiği salâhiyet dairesinde nafiz bir görüşle izah ettiği de muhakkaktır. Bütün teşri, tanzim ve iktibas hâdiselerine TARDE'ın kendi terminolojisi ile icat veya taklit vakıaları demesi realitenin seyrini bu tabirlerle tasvir etmesi hakikate aykırı bir izah teşkil etmez. Meselâ bir iktibas hâdisesi mi bahis konusudur yoksa yeni sosyal fikir ve gayelerin icaplarına göre mi bir hukuk yaratılmak istenmektedir. Bütün bu haller muayyen bir «model»e göre muayyen bir davranış sisteminin tanzim veya tadil edilmesi demektir. Hukuk tarihi bu çeşit reformlarla doludur. TARDE'ın müşahede ettiği bu vetireyi izah şekli yalnış değildir. Ancak terminoloji farkı, taklit kavramına verdiği pek geniş mânâ ve bir sistem ifratı bahis konusudur.

3 — LESTER WARD (1841 - 1913) ve Sosyal Islahatçılık (Méliorisme) :

a) Temayülleri ve hususiyeti :

LESTER WARD, bütün tarihî gelişme ve devletin kuruluşu hakkında sosyal Darvinistlerin görünüşünü benimsemekle beraber, devletin tessüsünden sonra artık daha başka zaviyeden meseleyi ele almak lüzumunu ileri sürmüştü. **O «Uzvî âlem zayıf olanın imhası sayesinde geliştiği halde, sosyal âlem, zayıfın korunması sayesinde gelişir»** (20) demekle tabiî ve içtimaî âlemler arasındaki esaslı farkı belirtmişti.

---

(20) (İf progresses through the destruction of the weak, man progresses through the protection of the weak). (The Psychic Factors of Civilization, p. 134 - 135). (RİCHARD HOFSTADTER nakleder : Social Darwinism in American Thought, Sh. 79, not. 33) LESTER WADRD'ın başlıca eserleri : Contemporay Sociology, Chicago, 1902; Outlines ot Sociology, 1898; The Scientific Law Making (in Glimpses of Cosmos, II. 168 - 71 Pure Sociology, 568 - 69); Pure Sociology, New York 1903 (Tr. Fra. par : FERNAND WEİL, 1906); Dynamic Sociology, New York, 1883; The Psychic factors of Civilization, Boston, 1893; Applied Sociology, 1906; Social and Ethical İnterpretation 1937.

LESTER WARD, geçen yüzyıl sonunda yetişmiş ve Amerikan sosyolojisini içinde bunaldığı sosyal Darvinizm çıkmazından kurtarmağa çalışmış değerli bir sosyologdur. WARD'ın birçok fikirleri, hayatından çok sonra kıymetlendirilmiştir (21). WARD,esas itibariyle, sosyolojinin, cemiyetin hukukî tanzimine rehberlik etmesini istemiş, fakat bunun, COMTE gibi, müsbet bir siyaset sistemi kurmak suretiyle değil, ancak derin sosyolojik araştırmaların yardımıyla tahakkuk ettirilebileceğini iddia etmiştir. Mevzuatın hazırlanmasında cemiyet olaylarının tecrübî araştırmalarından, ezcümle istatistiklerden faydalanılması lüzumunda ilk ısrar edenlerden bir odur (22).

LESTER WARD, gerek sosyal plânlamanın gerek geniş çapta halk eğitimi ile cemiyetin aslî bünyesinin islâhı fikrinin mübeşşiridir. Bundan başka XX. yüzyılda tahakkuk eden devletçiliğin adetâ kâhinliğini yapmıştır. O, devlette, daima ahenkleştirici ve düzenleyici bir faktör vasfını görmüş ve bilhassa amansız serbest rekabetin ezdiği halk kitlelerindeki kabiliyetlerin ancak bir devlet müdahalesi ile, bir tepyekûn halk eğitim ve öğretimi ile kurtarılabileceği kanaatini beslemiştir. Sosyal sınıflaşmanın çetin sonuçlarına maruz kalan halk kitleleri ile, komünist veya sosyalist doktrinlere sapmaksızın, meşgul olmuştur.

Bununla beraber, LESTER WARD, sosyoloji ekolleri bakımından biyolojik temayüllü sosyoloji ile psikolojiye mütemayil sosyolojinin arasında yer alır. O, sosyolojinin ruhî hattâ iradî faaliyetleri kaale almadan yapamıyacağını bilir. Sosyal fenomenler, haddizatında insanda tezahür eden ruhî enerjinin fenomenleridir. Bununla beraber, cemiyetin tabiatın bir devamı olduğu da vakıadır. Şu kadar ki, insanların teşkil ettiği bu cemiyette, diğer hayvan nevilerinde mevcut olmayan beşerî hususiyetler yüzünden büyük bir başkalık müşahede edilmektedir. Sosyoloji bu başkalığı dikkat nazarına alacak ve sosyal vakıanın izahını daima insana has karekterlere göre yapacaktır. Şu halde bir **uzvî**'den **ruhî**'ye dönüş karşısındayız. Bu itibarla biz, bazı bakımlardan sosyal darvinistlerin tezini kabul etmekte olan WARD'ı, esaslı bazı cepheleri bakımından bu tezin muarızı ve ruhiyatçı sosyolojinin mensubu addetmekteyiz. O NOVİCOV gibi, sosyal darvinizmi, tabir caizse, içinden yıkmıştır.

---

(21) RİCHARD HOFSTADTER — age., Sh. 67 - 70.

(22) RİCHARD HOFSTADTER — age., sh. 71, not. 12.

b) Cemiyet ve tabiat münasebeti ve «sosyal» vakıaların uzvî-ruhî kökleri :

LESTER WARD, cemiyet hâdiselerinin izahında, hayat mücadelesi, ıstıfa ve uzviyet kanunlarının kifayetsiz geldiklerini iddia ediyordu. «Sosyal» dediğimiz olaylar, gerçi insanlar arasında, insan cemiyetlerinde vaki olmak bakımından, kozmik dünyanın bir köşesinde ve kozmik tekâmülün bir merhalesinde cereyan etmekle tabiat kanunlarına tâbi hâdiselerdi. Bununla beraber «insan» nevinde, diğer hayvan nevilerinde müşahede edilmeyen bazı hususiyetler vardı ve ilim bunları görmemezlikten gelemezdi. Gerçi sosyal hâdiseler de tıpkı tabiat hâdiseleri gibi müsbet bir ilmin konusu olacaktı ve sosyoloji, bütün diğer tabiat ilimlerinin teşkil ettiği sisteme dahil bir ilim olarak ayni metodlarla gelişecekti, ancak bütün bunlar insan cemiyetlerinde müşahede edilen ve fakat hayvan cemiyetlerinde kaydedilmeyen hususiyetlerin kaale alınmamasını gerektirmezdi. Bilâkis, bütün müşahede neticelerinin olduğu gibi tesbiti lâzımdı. Halbuki SPENCER ve SUMNER gibi uzviyetçi sosyologlar, sadece beğendikleri vakıaları tesbit ediyorlar ve kendi iddialarını teyid etmeyen sosyal hâdiseleri görmemezlikten geliyorlardı. **Meselâ her sosyal buhran devrinde sosyal reformatörlerin zuhuru tabiî bir sosyal vakıa olduğu halde bunlar bunun üzerinde durmak istemiyorlardı,** (23). Halbuki insan nevi muayyen bir gelişme safhasına gelir gelmez, kendini tabiî hâdiselerin, hattâ kendi içindeki tabiî ilcaların tesirinden kurtarmağa ve tanzim edici bir meleke olan zekasının yardımı ile durumunu düzeltmeğe, hâdiselere hâkim olmağa çalışıyordu. Bu hassanın inkârı gayri ilmî bir tavrı temsil eder.

Gerçi insanın da, insan zekâsının da husulü ve gelişmesi tamamen tabiî vakıalar vasfındadır, fakat insan zekâsının tabiî vakıalara kısmî müdahelelerde bulunmağa, onları tadil veya tebdil etmeğe başlaması ile artık ortaya daha başka bir vakıa kategorisi çıkar. Bununla beraber unutmamak lâzımdır ki insan cemiyetlerinde cereyan eden vakıaların hepsi insan zekâsının teemmülî kararlarıyla işlen-

(23) «Filhakika, sosyal atalet (inertia of society) ve bunun değişme zarıretini derhal karşılayamayışı birtakım sosyal reformatörleri ortaya çıkarır ki, bunlar hem meşru ve zarurî, hem de her devir ve memleketin tabiî mahsulleridirler. Tabiî kelimesine bu kadar önem veren muhafazakâr yazarların bu vakıalardan tecahül edişleri devrimizin en gülünç mânasızlıklarından biridir.» (Psychic Factors of Civilisation, p. 100), (R. HOFSTATER, age., sh. 80, not. 38).

miş şeyler değildir. Öyle vakıalar vardır ki, sırf tabiî mahiyettedir, fakat gene öyle vakıalar vardır ki, bunlarda insan zekâ ve gayretinin inkârı her türlü ilmî izahı imkânsız kılar. O halde bir ayırt yapmak lâzımdır :

a) Sırf tabiat kuvvetlerinin cereyanı vasfında olan, her türlü beşerî maksad ve gayeden ârî vakıalar : «genetic», «spontaneous», «natural» (tekevvünî, spontane veya tabiî) dediğimiz bu vakıalar, bir taraftan bütün dış tabiat olaylarını, bir taraftan da insan cemiyetlerinde tezhür etmekle beraber insanların herhangi bir aklî maksad ve gaye gütmeden tahakkuk ettirdikleri vakıaları içine alır. **Bunlar tabiî içtimaî vakıalardır. Saikleri, insanlardaki türlü arzu ve istekler, türlü ihtiyaç ve bunlara matuf gayretlerdir.** LESTER WARD bunlara irade mahsulû vakıalar derse de iradeyi SCHOPENHAUER'in kullandığı manada alır : arzu anlamına.

İnsan cemiyetlerinde rastladığımız bir çok müesseseler, kendiliğinden meydana gelmiş, bir karar ve maksad mahsulü olmayan **örf ve adetler bu manada «genetic» veya spontane şeylerdir : aile, klan, dine dayanan ilkel ahlâk, kanun safhasına erişmemiş hukuk, hep tabiî sosyal oluşlardır.**

b) İnsan akıl ve iradesinin bir maksad güderek, bir gayeyi tahakkuk ettirmek için bu tabii sosyal oluşlara müdahalesi ile meydana gelen vakıalar ise artık «kendiliğinden olma olgular» vasfında değildirler. Bunlar «telic» yani gaî vakıalaradır. İçine bir beşeri maksad, bir gaye unsuru karışmıştır. Bunlara tabiiye karşıt olarak sosyal veya spontane'ye karşılık olarak «sun'i» vakıalar diyebiliriz. Meselâ kilise teşkilâtı, tabii bir şekilde teşekkül etmiş **din** müessesesinin suni surette islâhını olgunlaşmasını ifade eder. Bu artık gaaî veya sunî, yahut sadece sosyal (hususi anlamıyla) bir vakıadır. **Keza, kanun ve içtihat seviyesine ulaşmış hukuk, bizatihi devlet organizasyonu, ulvî prensipler üzerinde işlenmiş bir ahlâk hep bu manada sosyal, yani insanın müdahaleci ve islahatçı elinin değdiği vakıalardır.** İşte Sosyoloji, bu insan şuur ve iradesinin müdahelesi eseri olan vakıaları da tetkikle mükelleftir. Hatta bunlar sosyal âlemin temel olgularını teşkil ederler.

Böylece sosyoloji, gaaî karakterdeki vakıaları kaale almazsa hiçbir zaman gerçekliğin mahiyetine nüfuz edemez.

c) Sosyolojinin konusu : İnsan başarıları (human achievement) (achévement humain) :

Cemiyette devam eden tekâmül, tabiattaki gibi sadece insan şuuruna yabancı kuvvetlerin tesiri ile değil, belki insanda tecelli eden ruhi kuvvetlerin tesiri ile vaki olmaktadır. O halde cemiyet nizamında insan iradesinin, fert gayretinin rolü tebarüz ettirilmelidir. Bu bakımdan WARD sosyolojinin konusunu şimdiye kadar tetkik ettiğimiz sosyologlardan farklı bir şekilde tâyin eder. Evvelkiler sosyal âlemde şuur ve irade mahsulü gibi görünen fiillerin şuuraltı ve spontane sebepleri üzerinde duruken, WARD, bilâkis bu şuurlu ve iradi cehtleri ön plâna alır. WARD şöyle demektedir : «sosyolojinin tetkik konusu insanın başarılarıdır. İnsanların ne oldukları değil, fakat ne yaptıklarıdır. Bünye değil, belki fonksiyondur. Hemen bütün sosyologlar sosyal anatomi ile meşgul olmaktadırlar. Halbuki bunların dikkatlerini sosyal fiziyolojiye çevirmeleri lâzımdır. Cemiyette bünyeler ve uzuvlar sadece vasıtalardan ibarettir. Gaye ise fonksiyondur. Sosyoloji sosyal faaliyetleri tetkik eder. Bu bir aksiyon ilmidir, yani hadiseler ilmi. Yoksa tabiiyecilerin kullandığı manada tasviri bir ilim değil. O, müşahede ettiği şeyleri olup bitmiş mahsuller gibi tasvir eden bir ilim olamaz. Sosyoloji daha ziyade muhtelif sosyal mahsullerin tekevvün tarzlarının tetkikidir.» (24).

LESTER WARD'ın insan nevinin başarısı kavramından ne murat ettiğine gelince bu bugünkü anlamı ile kültür ve medeniyet fenomenlerinin heyeti mecmuasıdır. «Nesiller gelir geçerler, fakat arkalarında hayatta iken yaptıkları bütün bu şeyleri bırakırlar. Zaman ilerledikçe üstüste biriken bu miras medeniyetin kayalık tabakasını meydana getirir.» «İnsan cemiyetleri ile hayvan cemiyetleri arasındaki büyük farkı meydana getiren şey işte insanın bu devamlı başarısıdır. Kozmik tekâmülle uzvi tekâmül arasında nasıl cezri bir fark varsa, uzvi tekâmülle sosyal tekâmül arasında da aynı şekilde cezri bir fark vardır. Bu farkı en açık şekilde ifade eden düstur şudur : **muhit hayvanı istihale ettirir, halbuki insan muhiti istihale ettirir ve işte başarı denen şey bu muhiti istihale ettirme keyfiyetidir.** Hayvan hiçbir şey başaramaz, uzvî dünya pasiftir. O, muhitin tesirlerine maruz kalır ve ona intibak eder... İnsan ise bilâkis, ruhî bakımdan gelişmiş bir mahluk olması ve bu ruhi inkişafının derecesi nisbetinde aktiftir, ve tabiatı kendi hasabına şekillendirme teşebbüsünde bulunmakla bunu isbat eder.» (25).

(24) LESTER WARD — La Sociologie Pure, Tome I, Sh. 16.
(25) LESTER WARD — La Sociologie Pure, Tome I, Sh. 17 - 18.

WARD'a göre «insan ve cemiyet, - pek mahdut bir nisbet dışında - hayvanî âlemi idare eden bütün dinamik kanunların tesiri altında değildir.. Eğer biz, biyolojik vetireye tabii adını verirsek sosyal vetireyede sunî dememiz gerekir. Biyolojinin temel prensibi tabiî ıstıfa (séléction) dır. Sosyolojinin temel prensibi ise sunî ıstıfadır. En lâyik olanın bakası, sadece kuvvetli olanın bakası demektir ki bu, zaifin imhasını tazamınun eder, ve açıkçası da budur. Tabiat, zaifin imhası vasıtasıyla terakki ettiği halde, insanlık, zaifin himayesi suretiyle terakki etmektedir.» (26).

Fakat bu ahlâki tavrın, naturalist sosyoloji ile izahı nasıl mümkün olmaktadır? LESTER WARD, insan cemiyetlerindeki durumu izah ederken, hemen daima enerji kanunlarına, az emekle çok sonuç almağa matuf temayüllere, enerji tasarrufu veya enerji ekonomisi poroblemlerine temas eder ve bunların tabiattaki ceryanı ile cemiyetteki cereyanı arasındaki farklara işaret eder. Bu izah tarzı, zahiren monist bir yol takip eder gibidir : tabiatta ve cemiyette esas itibiriyle ayni mahiyette bir enerji ve bir sentez kabiliyeti tezahür etmektedir. Aradaki fark, nihayet ayni nevin cinsleri arasındaki fark gibidir, fakat bu izah tarzlarının derinliğinde etik problemin bütün karmaşıklığı gizlenmiştir. WARD, evvelâ kendi zamanındaki «tabiat» telâkkisini hırpalamıştır. «Tabiat» herşeyini en makûl şekilde tanzim etmiş bir spontane düzen, insanlara yol gösterecek kadar mükemmel bir nizam değildir ve insanın yolu tabi atın yolu değildir.**İnsan, tabiatı işlemek üzere öğrenir. Onu istihale ettirir, kendine yarar bir hale getirir. Yoksa olduğu gibi kabul etmez.**

Hülâsa hiçbir hususta tabiat «tam örnek» değildir. Tabiat, insanın başarısı için gerekli bir malzeme, bir ham maddedir. Ancak, şunu unutmamak lâzımdır ki tabiat insanın yalnız dışında değil, ayni zamanda icindedir de. İnsanda biyolojik nevin ferdi olmak itibariyle bir tabiat parçası meknuzdur. Arzular, istek ve temayüller, hisler, insandaki tabiat tezahürlerdir. Bunların hepsi insanda ruhî kuvvet şeklini alan enerji sûdurlardır. O halde, insanda ikili bir karekter özelliği vardır. Böylece WARD da gizli bir düalizm fark edilir.

ç) Sosyal başarının faktörleri : sosyal kuvvetler ve Devletin rolü:

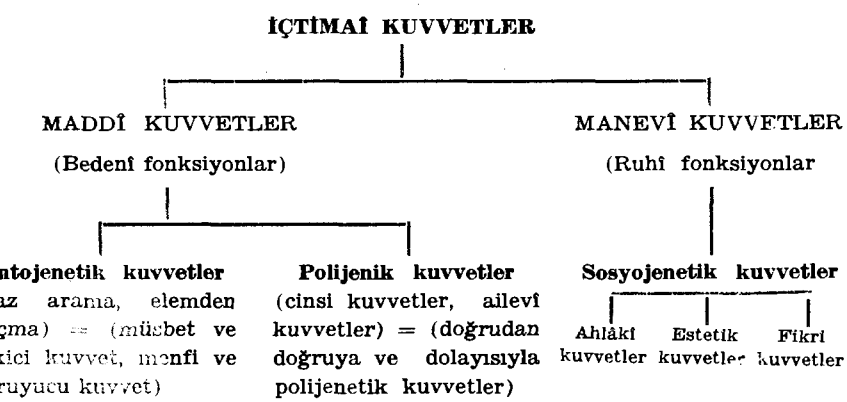
(26) Bak : not 20.

ç) **Sosyal başarının faktörleri sosyal kuvvetler ve Devletin rolü :**

İçtimai hâdise, insanın tabiatı istihale ettirme faaliyeti olarak tavsif edilince bu faaliyeti yaratan sosyal kuvvetleri tahlil etmek icabeder. Filhakika bütün beşeri faaliyet şekilleri iki nevi faktörün birleşmesi ile vücut bulur. 1) Dinamik faktör 2) Nâzım faktör.

Dinamik faktör insanın tabiatına mevcut ruhi kuvvetlerdir : arzular ve temayüller. Tabiatı insanın ihtiyaçları için istihale ettirmenin saiki bu arzu ve temayülleri tatmin ihtiyacının yarattığı enerjidir. O halde insan faaliyetinin neye matuf olacağını, hangi maksadı tahakuk ettirmeğe çalışacağını bu arzu ve temayüller tâyin edecek ve beşerî enerjiyi o istikamete sevk edecektir.

Ancak arzuların kör kuvveti, yalnız başına, arzuların hedefine güçlükle eriştirir. İnsan zekâsı tedrici bir tekâmülle, tecrübeyle arzuların tâyin ettiği hadeflere ulaştırma vasıtalarını keşfeder ve bu kör arzu kuvvetini tanzim eder, kontrol eder, ve ona bir mecra verir (27). Böylece bütün içtimai hâdiseler arzuların verdiği enerji ve zekânın bulduğu vasıta ve çarelere irca edebilir. O halde şu şemayı elde edebiliriz (28) :



Zekânın inkişafı tedrici, fakat devamlıdır. Zamanla insanın intibakı gittikçe daha fazla zekânın tesirine tabi olur. Yani gittikçe da-

(27) Bu fikirler, tamamen AUGUSTE COMTE'un, insan tab'ının bir hususiyeti olarak teessürî meleklerin zihnî meleklere daima ve şiddetle galip oldukları, fakat insanın yaradılışı itibariyle ancak zekâsını kullanarak kendi şeratini ıslah edebilmekte olduğu yolundaki fikirlerinin doğrudan doğruya bir davamıdır. Bak. Cours de Philosonhie Positive, Tome 1V, Sh. 288).

(28) Sociologie Pure T: 1, Sh. 322.

ha sunî, daha hesablı, nizamlı ve murakabeli hale gelir. O halde içtimaî hâdiseler, insanlarda tezahür eden bu kuvvetlerin tesiri ile yapılan beşerî faaliyetler demektir. L. WARD kendi sosyolojisini iki kısma böler : 1) oluş - g e n e s i s (tekevvün) 2) Yöneliş - telesis (gaiyet) (29). Bunlardan birinci kısımda sosyal bünye ve fonksiyonların spontane şekilde meydana gelişlerini, ikinci kısımda ise cemiyetin şuurlu bir şekilde islâhı faaliyetlerini inceler. **İşte bu islâh gayretlerinin en mütekâmil tezahürü «devlet» müessesesidir.**

Ferdin haklardan istifadesi devlet sayesindedir ve devletin haricinde hukuk yoktur. Devlet her işin ve başarının ilk ve aslî şartıdır. Devlet bir nevi zümre hissinin kısmen şuur altı bir mahsulüdür. Devletçe himayeleri istihdaf edilenler ferdî bakımdan sosyal şartları zenginleştirmeğe, güzelleştirmeğe, nihayet kuvvetlendirmeğe ve tarakki ettirmeğe kabiliyetli olanlardır. Devlet maddeten daha zayıf fakat sosyal bakımdan iyi olanları himayeye matuf bir teşkilâttır. **O halde WARD'a göre devlet sosyal kuvvetleri tanzim ve murakabe yolunda insanlığın şimdiye kadar kat ettiği en mühim merhale olmuştur. Onun yegâne mümkün hedefi cemiyetin bir bütün halinde hayrıdır. Devlet olsa olsa aldanabilir, fakat fenalık yapmaz** (30).

Hülâsa, devletin meydana gelişi Tarihî ise de, metodu gaaîdir. Onun yegâne gayesi, vazifesi, Cemiyetin refahını tahakkuk ettirmektir.

Devletin vazifelerine gelince bu esas itibariyle dört nevidir : 1. tahdit (restraint) 2) Himaye (protection) 3) İntibak ettirme ve düzenleme (acomodation) 4 İslah (amélioration) (31).

Bunlardan birinci vazifesi hiçbir zaman meşru bir fonksiyon olmamıştır. İkincisi ise insan, hemcinsini izrardan vazgeçmedikçe bâkidir. Üçüncüsüne gelince bu herzaman devletin zaruri bir fonksiyonudur. Fakat dördüncü fonksiyon yani islâh etme hepsinin en mühimidir. Bununla beraber ancak nadiren tatbikat safhasına intikal etmiştir. Vatandaşların devlet tarafından tahdidi, hareketlerinin sınırlandırılması, cemaatın nef'ine değil, belki idareci sınıfın faaliyetini, hattâ diğerini istismarını mümkün kılmağa matuftur. Hi-

(29) Sociologie Pure T : II, Sh. 231.

(30) Sociologie Pure T : II, Sh. 351.

(31) LESTER WARD — Dynamic Sociology, II, 212, 217, 231 (BARNES'den naklen : An İntroduction to the History of Sociology, 1948, Sh. 182).

maye vazifesi ise, polis vazifesi demektir. Üçüncü vazife, ki asli vazifedir, ferdlerin kendi ihtiyaçlarını tatmin için güçleri yetmediği sahalarda devletin onlara yardımcı olması, işlerini kolaylaştırması demektir. **Dördüncü vazifeye gelince, cemiyetin islâhı görevinin başarılabilmesi ancak, kanun vazılarının cemiyette hâkim olan sosyal kuvvetlerin işleyişi şeklini, kanunlarını, hususiyetlerini bir kelime ile sosyalojik mûtâları bilmeleri sayesinde mümkün olur.**

LESTER WARD, «Medeniyetin Ruhî âmilleri» (Psychic Factors of Civilization) adlı eserinde bu sosyal islâh faaliyeti için ya kanun vazılarının sosyolog olmalarını yahutta sosyologlarla işbirliği yapmalarını zaruri görür. Ancak bunun için sosyoloji öğretimi islah edilmeli ve derinleştirilmelidir.

d) Kanun vaz'ında nazara alınması gereken sosyolojik hakikat : enerjinin istenen mecralara sevki : Cazip Kanunlar (Attractive Legislation) :

LESTER WARD, sosyal vakıaları, beşeri enerjinin arzular, ihtiraslar ve temayüller şeklindeki tezahürleri olarak izah eder ve bu ruhî vetirelerin bütün içtimai hayatın muharrik kuvveti olduğunu kabul eder. Ancak mücerrad olarak ele alındığı zaman insanda meknuz olan bu ruhî kuvvetler hem iyi hem kötü istikametlerde tecelli edebilecek bir takım imkânlar, bir takım potansiyel iktidar ve istidatlar demektir. Devletin vaz ettiği kanunlar, umumiyetle bu potansiyel ruhî kudretin kötü istikametlerde tecellisini «önleyici» bir tahdittir, enerjinin bir k ı s ı l ı ş ı'dır. Matlup olan ise, bu kısılarak azaltılan enerjinin, başka bir mecraya, yapıcı olabileceği bir sahaya tevcih edilebilmesidir. O halde beşerî enerjiyi, fena istikametlerde tezahür etmemesi için imha edecek, veya azaltacak yerde, iyi istikamette sarfedilmesi için belirli bir mecraya yöneltmek lâzımdır. Ancak bu şartladır ki insanlık, bütün insanlarda tezahür eden enerjinin tamamından faydalanabilir. İşte bu tez, WARD'da «Cazip kanunlar» adını alır. Mutad olarak âmme kudretinin vaz'ettiği kanunlar «men'edici kanunlar» vasfındadır. Halbuki WARD'a göre, devletin asıl vazifeli i s l a h olduğundan, artık Devlet beşerî enerjinin, şu veya bu sebeple, tezahürünü men edici vasıfta değil, belki bu enerjiyi şu veya bu müsbet istikamete çekici kanunlar yapmakla mükelleftir. Cazip kanunların gayesi enerji tahdidi değil, belki enerji tevcihi, enerji tanzimidir. Tahdit eden kanun, enerjinin bir kısmını sadece durdurur, atalete mahkûm eder, ondan

faydalanmaz. Halbuki, enerjiye matlup mecralar veren kanun, ondan faydalanmağı sağlamış olur. BARNES'in dediği gibi cazip kanun, «modern dinamik psikolojinin rasyonel bir metodla ulvileştirilmesini (sublimation) istihdaf eder.» (32).

Görülüyor ki WARD'a göre devletin vazifesi sadece nizamı temin değildir. Devletin ayrıca yapıcı, gidilecek yolu gösterici, hülâsa müspet faaliyet şekillerini emredici bir rolü de vardır ve asıl olan da budur, Ancak devlet bunu, mümkün olduğu kadar cemiyete yük teşkil etmeden, hürriyeti zedelemeden yapmakla mükelleftir. WARD, bütün bu yapıcı vazifelerin başında cemiyetin bütün tabakalarına eşit kültür aşılanması, umumî ve yeknesak bir öğretim seviyesinin sağlanmasını gösterir. Kültür ve bilgi seviyesinde iştirak olmadıkça bütün maddi sosyal yardımlar da bir şey ifade etmez. WARD XX. yüzyılda eğitimin her derecesinin artık bir devlet görevi olarak halkın her tabakasına yayılacağını tahmin etmişti. Bu bakımdan Amerikada o zamanlar yeni yeni ortaya çıkan devlet üniversitelerini, hususî sermayedarlardan yardım gören özel üniversitlerden daha serbest, daha fazla fikir hürriyetine sahib müesseseler olarak takdim ve tavsiye ediyordu. Kanaatınca bunlar, özel üniversitelerin yerine kaim olacak müstakbel müesseselerdi (33).

e) LESTER *WARD*'ın hizmeti :

Amerikan sosyolog hukukçusu ROSCOE POUND, sosyolojik hukuk ilimini (sociological jurisprudence) hazırlayan psikolojik sosyoloji ceryanlarından bahsereken LESTER WARD üzerinde israrla durur ve onu uzviyetçi mektebin insan iradesini küçümseyen müfrit determinist tezinden sonra, cemiyet ve hukuk hayatında beşeri gayretlerin mühim rolünü tekrar keşfetmiş bir sosyolog olarak tavsif eder (34). Halbuki tanınmış Fransız sosyologu GEORGE GURVİTCH, LESTER WARD'ın «hukuka hiçbir ehemmiyet atfetmediğini, hukukta sadece keyfi icatlar gördüğünü» söyler ve hukuk sosyolojisi bakımından bu zatın hizmetlerine bir pay ayırmaz (35).

Amerikan sosyoloğu WARD ile Fransız sosyoloğu COMTE

(32) HARRY ELMER BARNES — An İntroduction to the History of Soci ology, Chicago İllinois, 1948, Sh. 186.

(33) LESTER WARD — Sociologie Pure, Tome : 11, Sh. 377.

(34) ROSCOE POUND — The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence (Harvard Law Review, 1911 - 1912, Sh. 500).

(35) GEORGES GURVİTCH — Sociology of Law, London, 1953, Sh. 13.

arasındaki bariz benzerlik bunların hukuka karşı takındıkları tavır hakkında varit değildir. LESTER WARD teşrii faaliyetin sosyolojik araştırmaların sonuçlarına dayanması lüzumunda ısrar ederken, COMTE gibi bir üç hal kanununun zaruri hedefi saydığı bir «müspet siyaset» ütopyasını tahakkuk ettirmeği murad etmemektedir. COMTE bütün cemiyet nizamını insanlık ahlâkı veya müspet din ile devlet zoruna irca ederken, LESTER WARD «cazip kanunlar» tezi ile mevzuatın sosyal gerçekliğin muayyeniyetlerini ka'le almak suretle tanzim edilebileceğini iddia etmektedir. Hulâsa bu bakımdan WARD, sosyal terakkiye ve âmme işlerinin ilerlemesine tallûk eden hususlarda «sosyal tetkikler ve sosyal araştırmalar» da bulunulması usulünün, hülâsa sosyal plânlamanın babası olmuştur. Bu itibarla WARD, mevzuatın, sosyolojik gerçeklerin ilmî bilgisine dayanması hakkındaki fikirleri ile Tatbiki Hukuk Sosyolojisine büyük yardımda bulunmuş sayılmalıdır.

4 — WİLLİAM GRAHAM SUMNER (1840 - 1910) ve «Halk Tarzları» (Folkways) :

LESTER WARD, esas fikirleri itibariyle sosyal dervinistlere bağlı olmasına rağmen, cemiyetin hukuk yoluyla düzenlenmesi konusunda onlardan nasıl ayrılmış ve insan akıl ve iradesine düşen müdahale görevini farketmekte nasıl kendine has görüşlere sahip olabilmişse, SUMNER de müfrit bir sosyal darvinist olmakla beraber sosyal düzen normlarının izahında orijinal tahlillerde bulunmaya muvaffak olmuş ve **«hukuk»un spontane teşekkülünü kendine has bir şekilde açıklamaya çalışmıştır.**

«Science of Society» (Cemiyet İlmi) adlı meşhur eserini 1890 dan sonra hazırlamaya başlamıştır ki örf ve âdetlere tahsis ettiği bölümü fazla genişleyince bunu ayrı bir eser olarak neşre karar vermiştir. İşte bizim sahımızı ilgilendiren ve SUMNER'i meşhur eden asıl başarısı bu eserde görülmüştür : «Halk tarzları : temaüllerin, âdetlerin, âdap ve ahlak kaidelerinin sosyolojik önemlerinin tetkiki» **(Folkways: A Study of the Sociological importance of Usagers, Manners, Customs and Morals. 1906).**

SUMNER'in kendi sosyal darvinist görüşleri ile, örf - âdetlerin sosyolojik izahı arasında bir köprü kurmak icap ederse, bunu, ancak şu şekilde tesis edebiliriz : SUMNER, XV111 inci yüzyıl tabiî hukuk prensiplerine inanmamaktadır. Ona göre tabiatta hukuk

yoktur. Jungle,de haklara raslanmaz. Sadece hayat mücadelesine rastlanır. Hayat mücadelesi. insanlar hakkında istisna kabul etmez Bizim insan cemiyetlerinde gördüğümüz düzen, hakikatte hayat mücadelesinin bir devamı olan sosyal rekabet oyununun yarattığı kaidelerden meydana gelir. Bu kaideler rekabet oyununun zarurî cereyan tarzlarıdır ki evvelâ «Halk tarzları»nda ifadesini bulur Çok sonra kanunlara, hukuk normlarına intikal eder. Demek ki hukuk kaidelerinde ifadesini bulan davranış örnekleri, uzun zaman topluluk hayatının tabiî cereyanında tekarrür etmiş olan uzlaşmalardır. Bunlar, ferdin teemmül ve kararının mahsulü değil, aynı toplumda yaşayan aynı ihtiyaçlar karşısında kalan birçok fertlerin birbirlerinin varlıkları ile bağdaşabilen yegâne davranış şekilleridir. Bunlar, ferd iradeleri tarafından değil, tabiî cemiyet hayatının ihtiyaçları tarafından seçilmişlerdir. Cemiyet kendi baka şartlarını sağlıyan davranış tiplerini ferde şu veya bu şekilde, çok defa gayrı şuurî olarak kabul ettirmiştir. O halde örf - âdet, adap, hukuk normlarında ifadesini bulmuş davranış örnekleri, yüzyıllar boyunca sürüp giden sosyal tecrübe sonunda tekarrür eden muvazeneler, sosyal uzlaşmalardır. Ferdin bu davranış modellerini «makul şekilde izah» teşebbüsü, bunların teşekkülünden ve yerleşmelerinden çok sonradır.

a) «Halk tarzları» (Folkways) ne demektir ?

SUMNER'in icat ettiği bu tabir, sosyologların çok işine yaramış ve bilhassa her sosyolojik olayı behemahal biolojik âlemin kanunlarına ircaa zorlamaktan sosyologları kurtarmıştır. Menşei, hayat mücadelesi de olsa, «halk tarzları» ancak insan cemiyetine has. bu bu mânâda hakikaten «içtimaî» vetirelerdir. Bu itibarla insan cemiyetine has bir vakıa olan «kültür» ün en ufak birimleri demektir (36).

SUMNER bu tâbirle birtakım davranış veya düşünüş şekillerini murat eder. Ancak bunlar, ferdden ferde değişen özel davranış ve düşünüş şekilleri olmayıp, bir zümrenin bütün ferdlerinde benzer ve müşterek olan düşünce ve davranma kalıplarıdır. Bunlar birtakım «modeller» (Pattern) dir. Bu davranış ve düşünüş «tip» leri, veya «örnek» leri nereden ileri gelmekte ve neden aynı şekilde sürüp gitmektedir? Gerçi bunlar da değişir, fakat uzun müddet kendile-

(36) MAURICE R. DAVIE — Folkways, in «Encyclopaedia of the Social Sciences».

rini müteaddit nesillere kabul ettirdikten sonra. O halde bunların belli bir ömürleri, belli bir şekilleri vardır. Bunlar ilk sosyal vakıa tipleridir. Hem de «örnek» leşmiş «düsturlaşmış» vakıalar.

Zira bunlar, ferd iradesi üzerine şu veya bu şekilde bir baskı yapmaktadırlar, Aksi taktirde birçok ferdlerin aynı tarzda davranmalarının izahı güç olur. Bu tip davranışların yapılması gereken bir şerait içinde kalınca, ferd, umumiyetle bu tipe uyarak hareket etmektedir. Uymamak «zor» bir iştir. Nadir vaki olmaktadır ve uymayan «rahatsız» olmakta veya edilmektedir. Bu davranış örneklerine uyma ihtiyarî bir şey olmadığına göre, bu örneklerin ferdleri zorlama kuvvetini nereden aldıklarını araştırmak lâzımdır.

«Halk tarzları» kavramının içine, bu kavramın icadından evvel herkesce kullanılan fakat farklı ve özellikleri üzerinde iyice durulmamış olan birçok sosyal düzen şekilleri girmektedir; âdet, an'ane, teamül, görenek, örf, adap ve nihayet ahlâk ve hukuk gibi çeşitli sosyal düzen nevilerini içine alan bu «générique» kavram, bütün genelliği ile ele alınmalıdır. Bütün bu saydığımız düzenler arasında esaslı hususiyet farkları vardır. Fakat hepsinde müşterek olan husus, ferd iradesine toplum tarafından yüklenen bir davranış modelini temsil etmeleridir. SUMNER der ki **«Bioloji İlmi için hücreyi tetkik ne kadar önemli ise, cemiyet ilmi için halk tarzlarını tetkik o kadar önemlidir.»** (27).

Halk tarzlarının otoritesini, sadır oldukları «yetkili makam»larda, yahut tabiat - üstü menşelerde değil, belki bunların «teşekkül tarzlarında ve sebeblerinde» aramak lâzımdır.

«Halk tarzı, ayni temel ihtiyacı duydukları zaman, birçok insanın, birbirine uygun veya birbirine benzer şekilde yaptığı basit, alelâde hareketlerin sık sık tekrarlanması ile meydana gelir. Birçok insanın, kendi şahsî menfaatlarını sağlamak için sarfettikleri bu birbirine mümâsil gayretler kitle - olaylarını teşkil ederler. Bu kitle-olayları arzettikleri yeknesaklık ve tekerrür halleri ve birbirlerine pek fazla benzemeleri sebebiyle «halk tarzları» nı teşkil ederler.» (38).

Görülüyor ki, «halk tarzları» nı meydana getiren vetire, kollektif itiyatları yaratan vetiredir. Bunların teşekkülündeki zaruri-

(37) WILLIAM GRAHAM SUMNER — Science of Society, vol. I, p. 31 M. R. DAVIE'den naklen a. g. e :, 294).

(38) MAURICE R. DAVIE — a. g. e., ibidem.

lik, sonunda insanın bio - sosyal ihtiyaçlarının karşılanmasındaki zarurete irca edilmektedir. Ferdin «bakaası», «korunması», «neslini sürdürmesi», «hayatını emniyette hissetmesi, «bir tabiat - üstü kuvvete tapmak, sığınmak istemesi» gibi çeşitli ihtiyaçlar çeşitli «halk tarzlarına» vücut vermektedirler.

Yukarda saydığımız ihtiyaçların karşılanması için ferdler, hiç şüphesiz, baştan birbirlerinden farklı denemelerde bulunurlar, bu farklı davranış şekillerinden bir tanesi genelleşir, örnek haline gelir, bundan sonra yegâne davranış usulü olarak kökleşir. Bu tek davranış, acaba hangisi olacaktır? Burada hangi kıstas, çeşitli davranışlardan birini «örnek» olarak tâyin edecektir?

Bu sorunun cevabı da gene yarışma ve seçilme kanunlarına göre verilecektir. Muayyen bir ihtiyacın karşılanması için insanlarca başvurulan çeşitli yollar içinde bir yol, bu ihtiyacın karşılanmasında en elverişli yol olarak seçilecektir. Bu seçiş çok defa şuurlu değildir. Yahut, çok defa hakikaten en elverişli olan değil, belki böyle zannedilen yol seçilir. Fakat bir kere seçildi mi artık bu, yegâne doğru yol, gerekli davranış vasfını alır. Böylece «Halk tarzları» vakıaların otoritesini kazanır (39).

Bir ilkel toplumun insanına, herhangi bir durumda, neden falan veya filan şekilde hareket ettiğini sorduğumuz zaman, size «ecdadım daima böyle yapardı da ondan» cevabını verir. Kaideleşmiş davranışların gerekçesi «bir kere böyle yapılmış olmak» «ola gelmek», «böyle gelip böyle gider olmak» gibi, bir makuliyeti değil, belki ötedenberi sürüp gitmek gibi bir eskiliği ve tekrarlanmış olmağı ifade eden bir izah şeklidir.

Bununla beraber, modern âdetler de böyle teşekkül eder. Bunlar da halk tarzlarının tessüsü ile olur. Bir medeniyet, ferdlerin sinir sistemlerine işlemiş halk tarzlarının yekûnu olarak görünür. Telefona, radyoya alışmak da, vaktiyle Posta arabasına alışmak gibi halk tarzları ile vaki olur.

b) Halk tarzlarının çeşitli nevileri :

Yukarda belirttiğimiz gibi, bu kaplamı geniş kavramın içine muhtelif sosyal düzen nevileri girer ki bunlar, birbirinden ayrı nevi

(39) WILLIAM GRAHAM SUMNER and A. G. KELLER — The Science of Society, 1927, vol. I, 36 - 37,, (Readings in Sociology, ed. by ALFRED M. LEE, 1957, Sh. 319) «A Societal Perspective on Institutions».

ve tiptedir. Alelâde halk tarzları, tekrarlanmış olmaktan, alışılmış olmaktan başka bir özelliği olmayan teamüllerdir. Yemek yemek tarzından eğlenme tarzına kadar müteaddit halk tarzları bu mahiyettedir. Fakat, başlangıçta farklılaşmamış bir bütün halindeki bu halk tarzları içinden bir kısmı belirli «değer»lerle cihazlanmaya, belirli ve diğerlerinkinden farklı müeyyideleri davet etmeye başlar ki artık «farklılaşma» tahakkuk etmiş demektir. Bu farklılaşma sonunda meydana gelen «örf» ler, «âdap ve ahlâk kaideleri», «hukuk normları», hem esas itibariyle bir «halk tarzı» olmanın otoritesine sahip bulunurlar, ki bu «vakıa olmanın kuvveti»dir, hem de maaşerî şuurun yalnız kendilerine izafe ettiği ve onları alelâde halk tarzlarından ayıran bir «değer»in otoritesini ihraz ederler.

I) Örfler (Mores) :

SUMNER, gerek lafzı gerek tatbik şekli itibariyle bu terimi Romadan almıştır. SUMNER'e göre «örfler, birtakım halk itiyat ve gelenekleridir ki içtimaî iyiliğe götürdükleri yolunda bir kıymet hükmünü taşırlar ve her nekadar belli bir otoriteden sadır olmuş değillerse de ferd üzerinde, onun davranışlarını kendilerine uydurmak hususunda bir baskı icra ederler.» «Örfler, bizim, hepimizin, herkes gibi yapmasını, zira bunda behemahal bir hikmet, bir fayda olduğunu telkin ederler». Böylece, aleâde halk tarzlarında bulunmayan bir «kıymetlendirme, makulleştirme» vetiresi cereyan eder (40). Meselâ, bir kadına rastlayan bir adamın şapkasını açması alelâde bir halk tarzıdır. Buna uymazsa, gülünç olmayı veya kaba sayılmayı göze almış olur. Fakat iki karılılık, cemiyetin temelini sarsacak bir ihlâl hareketidir. Zira «tek karılı olmak şartı», «örf» icabıdır. SUMNER, örfler karşısındaki tavrımızı derinliğine bir tahlile tabi tutar ve modern insanın, örf sultasından kurulma derecesini münakaşa eder :

Örfler bize mazide gelirler, her ferd atmosferin içine doğdu-

(40) «Örfler bizim, hepimizin katıldığı sosyal rite'lerdir. İş saatleri, yemek saatleri, aile hayatı, cinsler arası içtimaî münasebetler, mülkiyet, eğlence şekilleri, seyahatler, tatiller, nezaket kaideleri, dergi ve kitapların kullanılması ve hayatın sayılamıyacak kadar diğer teferruatı... hepsi bu rituel hareketlere dahildir. Her birimiz, herkes gibi yapar. Gerek insanlığın büyük kitlesi için, gerek bütün diğer hususlar hakında, hepimize «herkesin yaptığı gibi yapmak» kaidesi kâfi gelir. «W. G. SUMNER — Folkways, 1904 § 66, 68. in «Sociological Theory, edited by LEWIS A. COSER, BERNARD ROSENBERG», New York 1957.

ğu, gibi, örflerin de içine doğar. Nasıl bir bebek, havayı teneffüse başlamadan onu tahlile teşebbüs edemezse, ferd de içinde doğup büyüdüğü örfleri, onlardan müteessir olmaksızın tenkid etmeye muvaffak olamaz. Ferdlerden her biri, örfler hakkında muhakeme yürütme kabiliyetini kazanmadan evvel, bunların tesir ve nüfuzuna maruz bulunur, bunlar tarafından şekillendirilir, yetiştirilir .

Buna karşı, şu tarzda bir itirazda bulunulabilir : Meselâ, hiç değilse, bugün biz her geleneği tenkit ediyoruz ve bunlardan hiç birini, sırf bize maziden intikal etmiş oldukları için kabul ediyor değiliz.

Fakat, biz, hakikaten hâlâ örf halinde kalmış olan bazı meselelerden başlarsak durumun böyle olmadığını görürüz. Meselâ aramızda serbest aşk taraftarları vardır ki, bunlar çift karılılığı dahi münakaşa ihtiyacını duyarlar. Bunlar kötü yollara sapmış alelâde ferdler değildirler. Belki, makul bir şekilde bizim izdivaç hakındaki mevrus âdet ve ideallerimizi münakaşa etmek isterler ve bizi buna davet ederler. Bunlara göre, bizim bu âdet ve ideallerimiz hiç te inandığımız gibi mükemmel ve ulvî değildirler. Fakat bu yeni fikirlerin sahipleri hiçbir zaman ciddiye alınmamışlardır. Bir kısmı da poligami lehine deliller serdederler fakat dinletecek kulak bulamazlar. Daha başkaları mülkiyeti münakaşa ederler. Fakat bütün bu tartışmalara, bu edebî gayret ve faaliyetlere rağmen mülkiyet, vasiyet ve miras hakkında hiçbir münakaşa açılmamıştır. Zira «mülkiyet» ve «izdivaç» örflerdir. Bunları, örflerde vukua gelecek gayrı - şuurî ve farkedilmez değişikliklerden başka hiçbir şey değiştiremez.

Keza, din menşei itibariyle bir örf meselesi idi. Sonradan bir cemiyet müessesesi ve bir devlet fonksiyonu halini aldı. Bugün ise, büyük ölçüde, gene örfe irca edildi. Kanunlar, dinî inanç ve ibadetleri ceza tehdidi altında zorlamaktan hali kaldıklarından beri, herkes din hakkında dilediği gibi düşünüp hareket edebilmektedir. Bu itibarla şimdi dine hücum etmek «iyi birşey» değildir. Dine aykırı yayınlar bugün, örflerce yasak edilmiştir ve eskisinden daha fazla müessir bir şekilde bastırılmışlardır. Bunlar hiçbir münakaşayı tahrik etmemişlerdir.

Keza, Demokrasi, bizim Amerikan örflerimizdendir. O, bizim coğrafi ve iktisadî şartlarımızın mahsulüdür. Onu münakaşa veya tenkit imkânsızdır. O halkın hoşuna gitsin diye tebcil edilir ve beylik bir hitabete konu teşkil eder. Hiç kimse onu, tam bir samimiyet

ve safiyetle ele alamaz. Hiçkimse onu, aristokrasi veya otokrasiyi yaptığı gibi tahlile cesaret edemez. Ederse kendini dinletecek kulak bulamaz ve kötü muameleye maruz kalır.

Bütün bu hallerde kaydedilmesi gereken husus, kitlelerin örf-ler aleyhine olan bütün delillere kulaklarını tıkamış olmalarıdır.

Bütün bu şeyler, ancak, «örf» halinden «hukuk» ve «mevzu» «müesseseler» haline intikal ettikten sonradır ki haklarında tartışmalar olur ve muhakemeler yürütülür. Örfler, kendilerini mihenge vuracağımız normu bizzat getirirler. Onları, ancak kendilerinde meknuz olan normla ölçebiliriz. Biz, örfleri, tıpkı, yürümeyi, yemeği, nefes almayı öğrendiğimiz gibi, gayrı - şuurî bir şekilde öğreniriz. Kitleler hiçbir zaman bizim nasıl yürüdüğümüzü, nasıl yediğimizi, nasıl nefes aldığımızı öğrenmezler ve örflerin de niçin böyle olduklarının hiçbir sebebini bilmezler. Bizde hayat şuuru uyandığı zaman, örfleri, gelenek, âdet ve itiyat bağları içinde zaten etrafımızı sarmış olan vakıalar halinde bulmaktayız. Örfler, kendileriyle yekvücut bir halde mefhumları, doktrin 'leri, vecize 'leri ihtiva edebilirler, fakat kendileri vakıa lardan ibarettir. Onlar «hal» sigası içindedirler. Onların «olması lâzımgelen» ile, «olacak» ile, «olabilir» ile, veya «vaktiyle böyleydi» ile hiçbir alâkası yoktur. Meğerki «şimdi olmakta olan» bahis konusu olsun.

Örflerin katılığına ve durgunluğuna gelince, burada onların kendi meşruiyetlerini kendi içlerinde taşıdıklarına işaret etmeliyiz. Müeyyideleri mistiktir. Olagelenin otoritesini taşır. Örfler yeni doğmuş nesilleri zorlarlar ve bağlarlar. Örfler düşünmeyi tahrik etmezler, belki güçleştirirler. Düşünce, ancak vaktiyle örfün içinde dondurulmuş olan düşüncedir. Örfler, kendilerini ıslaha yarayacak hiçbir unsuru ihtiva etmezler. Onlar, hayat probleminin meselesi değil, cevabıdırlar. Kendilerini nihaî ve değişmez olarak takdim ederler. Zira onlar «hakikat» olarak takdim edilmiş cevaplardır.

Örflerini, bizimkilerden pek geri telakki ettiğimiz bütün zümreler, kendi örflerinden, en az, bizim kendi örflerimizden memnun olduğumuz kadar memnundurlar. Örflerin iyiliği veya kötülüğü, onların hayat şartlarına, yer ve zamana tabi menfaatlara intibaklarından ibarettir.

Örflerin kökleşip de birtakım ağır dogmatik müeyyidelere sahip olmaları halinde artık bunların lüzumundan fazla yaşamalarına

şahit olunur. Bunlar büsbütün kalıplaşırlar ve artık hayatî ihtiyaçları karşılamak için doğmuş oldukları halde yeni hayat şartları ile olan irtibatlarını kaybeder, bizzat gaye haline yükselirler. Kast sistemi, çocukların evlendirilmesi, dulların gayrı - insanî şartları bu kabildendir. Ne zaman bir cemiyet, örflerinde böyle bir hastalığın alıp yürümesine sahne olursa, tekrar yaşamaya başlamadan evvel çözülmeli, dağılmalıdır. Örflerin böyle hastalanmaları halinde bütün bilgi, örflerin düsturlarını ifade etmiş olan eski hakîmlerin sözlerini hatırlarda canlandırmaktan ibaret olur. Bu sözler mukaddes kitaplarda yazılır ki onların her cümlesi, kendisine, bugünkü menfaatlar durumundan veya herhangi bir aklî mülâhazadan tamamen ârî olarak itaat edilecek bir hattı - hareket kaidesi demektir» (14).

II) Ahlâk ve âdap kaideleri (M o r a l s) :

SUMNER'in «halk tarzı» kavramı, ahlâk kaidelerini de içine almaktadır. Bunlar dürüst, namuslu yaşama'nın nasıl olduğunu tâyin eden halk tarzlarıdır ki birtakım memnuiyetler, yasaklar, emirler halinde belirirler. Bunlar muayyen davranış tarzları olarak tekerrür eder, sonradan bu tarzlar düsturlar halinde ifade edilirler. Demek ki, «örf» ler, fiilî davranışlar vasfını muhafaza ettikleri halde, ahlâk, düsturlaştırılmış, «dogma» haline konmuş olan davranışları temsil eder. Ahlâk'da, halk tarzı, artık felsefî ve etik bir meşruiyetin desteğine sahip olur. sadece «böyle yapılagelmek» vasfına, bir de «olması lâzımgelmek» vasfı ilâve olur. «Halk tarzı» artık, felsefî bir makuliyete, etik bir meşruiyete mazhar kılınır. Dogmalaşır (42).

III) Hukuk (kanunları) :

Kanunlar, haddizatında örflerden doğar. Bu itibarla, bunlar da, belirli bir halk tarzının muayyen bir gelişmeye vasıl oluşunu temsil ederler. Bu gelişme ise, siyasî bakımdan teşkilâtlanmış bir zümrenin, kendi özel müeyyidesini, henüz örf seviyesinde bulunan bir halk tarzına ilâve etmiştir, spontane, müeyyidesine sahip olduk

---

(41) W. G. SUMNER — Folkways, 1904, § 80 - 83 (in Sociological Theory, 102 ve devamı).

(42) W. G. SUMNER — Bir toplumun belirli bir zamanki ahlâkiyeti (Morality) halk tarzları içindeki birtakım tabualar, memnuiyetler ve emirlerdir ki, bunlar «dürüst hareketi» tâyin edici mahiyettedirler. Bu itibarla, ahlâk kaideleri hiçbir zaman hadsî olmaz. Bunlar tarihî, müessesevî ve ampiriktirler. «Folkways, p. 29» in «Encyclopaedia of the Social Sciences».

tan başka ayrıca, siyasî organizasyonun özel müeyyidesine de maliktirler.

SUMNER, kökünü örfe dayamayan, veya daha önceden bir halk tarzı olarak teessüs etmeyen davranışların doğrudan doğruya kanun emri olarak kabul ettirilmeye çalışılması hallerinde, tarihte, hemen daima rastlanan başarısızlıkları bununla izah eder : cemiyetin umumî spontane tasvibine mazhar olmamış, fiilen gelenek haline gelmemiş bir hususun, sırf siyasî teşkilâtın özel müeyyidesi ile desteklenmesi kanun halini almasına kâfi değildir. Tabir caizse bu «kanun» olur, fakat «örfleşmez». Dolayısıyla, siyasî zecrin ulaşamadığı yerde yaşamaz.

O halde örfler, alelâde halk tarzları ile, hukuk arasındaki köprüyü teşkil ederler. Bu bakımdan ehemmiyetleri büyüktür. Kanunların tutunabilmesi, örfle tezat teşkil etmemelerine bağlı olduğuna göre asıl tahavvülün, evvelâ örflerde başgöstermesi gerekecektir. Şu halde örflerle, ferdî şahsiyet arasındaki münasebeti araştırmak lâzımdır. Acaba ferdî şahsiyetin özellikleri örf karşısında erimeye mahkûm mudur, yoksa ferdî şahsiyet örflerin değişmelerine müessir bir rol oynayabilir mi?

SUMNER, burada müfrit bir determinizme kapılmaz. Ferd, örflerin teşekkül ve devamında bir «hiç» mesabesinde değildir. Bilâkis, örflerin farklılaşmasında ve tutunmasında ferdin emsalsiz bir rolü vardır. Esasen, örflerin tekâmülü için, ki bu bir vakıadır, evvelâ az veya çok bir değişmenin vukua gelmesi lâzımdır. Bu değişme ise, örflere birbirlerinden az çok farklı şekilde intibak eden muhtelif ferdlerin farklılığından ileri gelir. Hattâ bazan ferdler, örflerde âni bir değişmeyi (mutation) dahi tahrik edebilirler (43).

Bir kaplamsal cemiyet (société globale) ele alındığı zaman, örflerin, bu cemiyet içindeki çeşitli zümrelerin kendi örfleri arasındaki bir orta haddi temsil ettikleri görülür. Bir ferd, umumiyetle, kendi özel çevresinin örfleri ile bu kaplamsal cemiyetin örfleri arasında bocalar. Bunlar arasındaki tezad, ferdi kaplamsal cemiyetin örfüne, diğerlerinden daha farklı bir tarzda intibaka zorlar. Bu hal, aynı kaplamsal cemiyet içinde ve fakat birbirlerinden frklı zümrelere mensup diğer ferdler hakkında da varit olduğundan,

(43) SUMNER and KELLER — A Societal perspective on Institutions (in «Science of Society», 1927, vol. I, pp. 36 - 37), (Readings in Sociology ed. by A. M. 1957, Sh. 320).

yavaş yavaş, cemiyetin müşterek ve umumî örflerinde bazı değişmeler müşahede edilir (44).

Değişme konusunda, örflerin hikmet - vücudünü teşkil eden sosyal menfaatların cinsi çok önemlidir. Eğer örflerin değişmesi, bunların karşıladıkları ihtiyaçlar bakımından hayatî bir lüzumu ifade ediyorsa bu değişme çabuk olur. Meselâ, ferdin bakaası ile ilgili örfler, maişet ihtiyacının karşılanması usulleri ile ilgili örfler tekâmüle daha az mukavimdir. Zira, tekâmül demek, yeni hayat şartlarına uymak demektir. Bu bakımdan, meselâ, avlanmak usulleri ile ilgili örfler, ibadet usulleri ile ilgili örflere nisbetle çok daha çabuk değişirler. Yeni bir avlanma usulü çabucak benimsenebilir. Buna mukabil, manevî ihtiyaçlarla ilgili örflerde değişmeye mukavemet derecesi çok yüksektir (45).

Örfler belirli bir olgunluğa erişince siyasî bakımdan teşkilâtlanmış cemiyetin tazzuv etmiş müeyyidesine mazhar olur ve «hukuk»laşır. SUMNER'e göre, «haklar, kanunlara geçmeden evvel örflerde mündemiç bulunuyordu.», Örflerle hukuk arasında kesin bir hudut hattı çizmek imkânsızdır, fark müeyyede şeklindedir ki hukukta bu müeyyede daha rasyonelleşmiş ve teşkilâtlanmıştır».

c) **SUMNER'in hizmetinin değeri :**

SUMNER, esas itibariyle XIX uncu yüzyılın hâkim felsefî görüşünü teşkil eden tekâmülcü ve faydacı tezden hareket etmiştir. Sosyal davranış ölçülerini teşkil eden örflerin de ister istemez, gayrı - şuurî bir şekilde tekâmül ettiğini, ancak bunun pek yavaş olması sebebiyle farkedilemediğini kabul eder. Ani değişmeler nadirdir. Tamamen donup kalmalar da, kendisinin söylediği gibi, bir nevi hastalanma, bozulma alâmetidir.

Örflerin bu tedrici tekâmülü, yeni hayat şartlarına daha elverişli örflerin zuhuru ve eskilerini unutturması ile vaki olmaktadır.

Hukuk ile örf arasındaki münasebet bu kadar sıkı bir şekilde vazedilince örfleri geride bırakan radikal hukukî değişmelerin SUMNER'ce tasvip edilmiyeceği âşikardır. Hususiyle tabiî tekâmül oyunu çeşitli davranış örnekleri hakkında da varit olduğuna gö-

(44) MAURICE R. DAVIE — Folkways, (Encyclopeadie of the Social Sciences).

(45) SUMNER and KELLER — Societal Perspective on Institutions. a. g. y.

re bu örnekler içinde serbest yarışmayı en iyi tanzim eden şekil seçilip kalacaktır. Halbukî zorlamalar beyhudedir. Burada sosyal kanunların ısdarı aleyhindeki tavrı kolay anlaşılır. Bunlar, cemiyetin zorlanmalarıdır.

Sosyolojik bakımdan, SUMNER'in ehemmiyeti, «sosyal hayatın kendi kendini ister istemez tanzim etmekte olduğu» nu keşfedişidir. İçtimaî tanzim vakıası cemiyetin zarurî bir mahsulüdür. Bir emri vakidir. Cemiyetin bakası için zarurî ve her türlü ferdî karar ve teemmülden mukaddem bir vetiredir.

Ancak, SUMNER, cemiyette teessüs eden nizamın vasıtaları ve çeşitleri hakkında tam bir vuzuha sahip görünmemektedir. GURVİTCH'in kanaatınca SUMNER, cemiyetteki düzeni sağlıyan davranış örneklerinin saiklerini, tecelli ettirdikleri değeri ve nihayet bunlar arasındaki neviyet farkını görememiştir (46). Meselâ sırf alışkanlık vasfında olan kollektif itiyatlarla, kültürel tanzimi temsil eden ahlâkî, örfî hukukî davranışlar arasında, nihayet kanun yoluyla sağlanan ve dıştan gelen teknik tanzim arasında esaslı bir fark gözetmemektedir. SUMNER, bütün bu çeşitli sosyal tanzim vasıtalarını, mahiyet ve neviyet bakımından aynı olup, yalnız müeyyedelerinin şiddet ve kesafet derecesi farklı halk tarzları olarak takdim etmektedir ki bu, kiffayetsizdir. SUMNER'in bu eksikliğini, Amerikan sosyolojisinin diğer bir kurucunu olan E. A. ROSS'ta ele alınmış olarak buluruz.

5 — E. A. ROSS (1856 - 1951) ve «Sosyal Kontrol» kavramı :

A — Şahsiyeti ve temayülleri :

Amerikan sosyologları içinde ilim ile tatbikat arasındaki alâka üzerinde en fazla ısrar eden ve Sosyal ilimleri, sosyal ıslahata tahrik eden fikrî faktörler olarak, alan, sosyolojik konuları herkesin ilgileneceği şekilde vazedip açıklamakta büyük bir maharet gösteren en dikkate değer şahsiyet şüphesiz ki ROSS'tur. Aşağı yukarı elli yıl süren Üniversite profesörlüğü sırasında, bir taraftan cemiyet olaylarının tâbi oldukları kanunları bulmaya çalışırken, bir taraftan da gerek Amerikan'nın, gerek dünyanın diğer memleketleri-

(46) GEORGES GURVİTCH — Sociology of Law, Londan, 1953, Sh. 18, «SUMNER, muhtelif halk tarzları arasındaki ihtilâfları, birbirlerine ircaı kabil olmayan prensipler arasındaki ihtilâflar olarak görmez. Bunların birbirinin devamı olmadığını farketmez.»

nin karşılatıkları müşkül sosyal problemlere pratik çareler aramakla meşgul olmuştur. ROSS, nazarî endişeleri galip, kılı kırka yarmaya çalışan titiz bilğin tipinden ziyade, âmme hayatının meselelerine biran evvel ilmin ışığını tutmak isteyen geniş malûmat sahibi ve dünya işlerinin dikkatli bir takipçisi olmuştur. Yeni sosyal buhranları ve bunlara çare bulma denemelerini, mühim sosyal değişmeleri, dünyanın neresinde olursa olsun, derhal tetkik ve müşahede etmek, bunlar karşısında Sosyolojiden ne nisbette faydalanılabileceğini tâyin etmek istemiştir. Âmerikanın plutokratık cemiyet nizamından, partizan politikacılıktan şikâyet etmiş, ahlâk buhranı, endüstri münasebetlerinin bozukluğu, göçmen probleminin teşkil ettiği tehlike, basının kapitalist menfaatların tesiri altında bozuluşu ve kadın işçilerin durumları ilh.. gibi çeşitli mahallî meseleler hakkında vülgarizasyon eserleri vermiş (47), bundan başka Meksikadan Rusyaya ve Hindistan'dan İsveçe kadar, sosyal refom yapmaya çalışan çeşitli memleketlerde seyahat ederek bu sosyal tecrübeleri bizzat müşahede etmiş ve konularla ilgili dikkate değer eserler vermiştir (48).

ROSS'ta biz, SPENCER'ci tezin aksine olarak, Kara Avrupasında COMTE'un, Âmerika da WARD'un temsil ettikleri ıslahatçı Sosyoloji tezinin devamını görmekteyiz. Cemiyetin yeniden tanzimi konusunda Sosyolojiden faydalanılması meselesi, bizi ister istemez pratik Hukuk Sosyolojisi problemleri ile karşılaştırmaktadır ki ROSS'un «Sosyal kontrol» (Social Control) kavramı bu bakımdan son derece ilgi çekici olmuştur. O, cemiyetin hem s p o n t a n e düzenlerle, hem de insan eli değmiş düzen şekilleri ile birlikte tanzim edilmekte olduğuna kanidir. Bu itibarla tekçi bir görüşün darlığına saplanmamaktadırr. Cemiyette kendiliğinden teessüs eden bir düzen vardır, lâkin bu düzen, belirli gelişme safhalarına vasıl olununca kifayetsizliğini ifşaa eder ve cemiyet hayatı karmaşık bir seviyeye gelince behemahal şuurlu ve iradî bir tanzime ihtiyaç hissedilir. İşte «hukuk» dediğimiz organize sosyal kontrol budur. Bu

(47) E. A. ROSS — Sin and Society, Boston, 1907.

(48) E. A. ROSS — Changing America, 1912; The Changing Chinese 1911; The Social Revolution in MeXico 1923; The Social Trend 1922; World Drift; Russia in Upheovel; Standing Room Only 1927; The Old World in the New York 1914; The Russian Bolshevik Revolution, 1921.
BOGARDUS — «ROSS and Social Changes» in «The Development of Social Thought», 1955, Sh. 522 - 539.

hususlara aşağıda tekrar temas edeceğiz. Ancak daha evvel ROSS'un umumî Sosyolojik teorisini ele alalım ve kendisinin «Sosyal Kontrol» kavramına verdiği değişik mânâları belirtmeye çalışalım.

B — Sosyolojinin konusu : sosyal vetire :

ROSS'un asıl ilmî hizmetlerini ihtiva eden belli başlı eserleri şunlardır : «The Foundation of Sociology», «Social Psychology», «Principles of Sociology» ve «Social Control».

ROSS'a göre Sosyolojinin asıl tetkik konusu «social process» (sosyal vetire) dir. Şimdiye kadar Sosyolojinin tetkik konusu olarak ele alınan başlıca sosyal vakıa tipleri ise «guruplar», «münasebetler», «müesseseler», «emperatifler» ve «yeknesaklıklar» dır. Bunlardan herhangi birisi aslî sosyal vakıa olarak ele alınır ve bundan diğerleri istihraca kalkılırsa hata edilmiş olunur. Hakikatte bu beş tip sosyal vakıayı da içine alan générique kavram «sosyal vetire» dir. Sosyal vetireyi yaratan unsurlarsa esas itibariyle «sosyal karşılıklı tesir» (social interaction) ve bunu mümkün kılan muhit şartlarıdır. İnsanlar belirli bir toprak parçasını müştereken işgal edip uzunca müddet bunun üzerinde birbirleriyle halleşmeye, uzlaşmaya başlayınca ilkel sosyal vetire cereyana başlar. Ancak insanları birbirleriyle tesirleşme haline koyan hakiki sâikler nelerdir? ROSS, bu sâikleri «sosyal kuvvetler» olarak tavsif eder, ve bunların izahını tamamen psikolojik yönden yapar.

ROSS'a göre bütün sosyal vetireye vücut veren bu muharrik kuvvetler ya insanın biolojik tab'ına dayanan «Tabiî arzular» dır, yahut ta uzun müddet cemiyet içinde yaşamaktan doğmuş «Kültürel arzular» yani müktesep sosyal ihtiyaçlardır : dinî, ahlâkî ve fikrî arzular gibi. Böylece «tabiî arzular» arasında «iştihalar (açlık, susuzluk, cinsî iştiha), haz ve elem (korku, elemden nefret, refah arzusu, cinsî zevk), hodgâm arzular (utanma, özenme, hürriyet hissi, zafer, iktidar) teessürî arzular (sempati, sosyabilite, aşk, kin, kıskançlık, hiddet, intikam) oyun arzuları (eğlence zevki, kendini anlatma zevki v. s.) zikredilir. «Kültürel arzular» ise «dinî, ahlâkî estetik ve fikrî» olanlara bölünür (49). ROSS'a göre bütün maşık menfaat tiplerinde kaynaşmış birer bütün teşkil etmiştir.

(49) SOROKIN'den naklen : Les Théories Sociologiques Contemporaines (Tr par RENE VERRİER), Paris, 1938, Sh. 462.

Bunlar bir takım alâka ve menfaat tiplerini «patterns of interest» meydana getirmişlerdir (50).

ROSS, sosyal kuvvellerin birbirleriyle tesirleşmesinden doğan sosyal vetireleri, umumiyetle, uzlaştırıcı, bağdaştırıcı olanlarla, bu çeşit çeşit a r z u l a r «cemiyeti şekillendiren, tarihi yapan» karparçalayıcı, bozucu olanlarını ayırt etmek ve karşılaştırmak suretiyle tetkik eder. Hatta bunların, birçok hallerde birbirlerinin tesirlerini tâdil ederek sosyal muvazeneleri meydana getirdiklerine işaret eder. «Principles of Sociology» adlı eserinde ilkel sosyalı vetireleri esas itibariyle iki bölümde inceler : a) muhitin, cemiyetin gelişmesinde icra ettiği hudutlandırıcı ve tâyin edici tesirler, işgal fenomeni ile sosyal fonksiyon arasındaki münasebetler. b) Yenileştirme ve ıslah vetireleri, Nüfus değişmeleri, şehirleşme vetireleri, cinsler arası münasebetleri ilh..

Asıl sosyal vetirelerin içinde birleşme (association), haberleşme ve münasebet tesis etme (communication), tahakküm (domination), istismar (exploitation), işbirliği (coopération) gibi birleştirici karakterde olanlarla, mücadele (campétition), rekabet, karşı gelme gibi bozucu karakterde olanlar vardır. Fakat bütün bu zıt vetirelerin cereyanı toplumda «farklılaşma» dediğimiz vetireyi meydana getirir ki bu da cemiyetin ölgün bir durgunluk içinde kalmasını önleyen, çeşitli sosyal değişmeleri ve gelişmeleri mümkün kılan bir faktör rolünü oynar.

ROSS'un sosyal vetireyi kendilerine irca, ettiği «sosyal kuvvetler» veya «sosyal tesirleşme» kavramları ve bilhassa bunlar arasındaki irtibatı tesis şekli çok tenkit konusu olmuştur. Sosyal vetirelerin sınıflanması ise sağlam ölçülere dayanmaktan uzaktır. O, münferid sosyal vetireleri tahlilde başarı göstermişse de bunlar arasındaki irtibatı tesise muvaffak olamamıştır (51).

Bununla beraber ROSS'un asıl rolü «Sosyal Kontrol» kavramını icad edişinde ve cemiyet hayatındaki muvazeneyi tesis eden çeşitli sosyal tazyiklerin varlığını haber verişindedir.

C — Sosyal Kontrol ve çeşitleri :

«Sosyal Kontrol» terimi Âmerikan Sosyolojisinde çok tutun-

(50) BARNES — An İntroduction to the History of Sociology, Chicago - illinois, 1948, Sh. 825.

(51) BARNES — An İntroduction to the History od Sociology, Chicagoillinois, Sh. 827 - 828.

muş ve çok geniş bir anlam kazanmıştır (52). O kadar ki son zamanlarda bu terimin kazandığı genişlik kendisinden faydalanılmasını zorlaştırmaya başlamıştır (53). Terimin ilk defa ROSS'un verdiği anlamda kullanılması ise, SUMNER'in icadı olan «halk tarzı» kavramından daha elverişli bir générique kavramın Sosyolojiye girmesini sağlamıştır.

ROSS, insanın, dış tabiat olaylarının menfi tesirlerinden kurtulmak için türlü icatlarda bulunduğunu, su taşmasına karşı sedler, yangına karşı söndürme aletleri imal ettiğini işaret ederek, bizzat kendi nevinin ferdlerinde müşahede ettiği tehlikeli ihtiraslara karşı da bir tedbir bulmasının tabiî birşey olacağını söyler. İnsan toplulukları müşterek bir tehlike ile karşılaşıp müştereken gayret sarfetmek zorunda kalınca ele alınacak ile mesele tembel, korkak veya kaytarıcı tiplerin işe katılmaya sevkedilmesi olmuştur. İnsan toplulukları bu ihtiyacı, hemen hemen şuuruna varmadan karşılamaya temayül etmiş ve sosyal hayat ancak, bu gibiler üzerinde baskı yaratmak suretiyle mümkün olmuştur. Kollektif işte herkesin kendine düşen külfeti yüklenmesinde daima bir titizlik müşahede edilmiştir. Hususiyle kollektif gayretin meyvası olan nimetlerden faydalanma da ancak kollektif şekilde mümkün oluyor, yani herkesin hissesi açıkça bölünemiyorsa, bu faydayı sağlayacak kollektif gayrete behemahal herkesi katma endişesi bir sosyal baskıyı meydana getirmiştir. Bir savaşa, bir sed inşasına, bir istilaya karşı koymaya iştirâk mecburî tutulmuştur, zira bu gayretlerin nimetlerinden faydalanma ister istemez kollektif olacaktır. İlk aslî işbirliğini teşkil eden savaşın neden ciddî bir disiplini gerektirdiği ancak bu vetire ile izah edilebilir.

Demek ki, insan cemiyetlerinde ilk «sosyal kontrol» kollektif gayretlerin başarılabilmesi zaruretinden doğmuş, dik başlılar, korkaklar, tenbeller ister istemez işe sevedilmişlerdir. Bu sevkedilişin türlü yolları ve şekilleri olduğu gibi, toplumun gelimesiyle değişen ve farklılaşan türlü baskı tipleri de zuhur etmiştir.Umumî olarak denebilir ki, **sosyal kontrol, toplumun kendi arzu ve taleplerine uydurmak için ferd davranışı üzerinde yaptığı baskıyı ifade eder.** Zira, şu veya bu şekilde birtakım tahditler, kayıdlamalar olmasaydı

(52) H. EVERETT — Social Control (Encyclopaedie of the Social Sciences).
(53) KARL N. LLEWLLYN — Law and the Social Sciences (Harvard Law Review, Vol. 62, Sh. 1287, Sene : 1948).

askerî, siyasî, ticarî veya terbiyevî olsun hiçbir nevi teşkilatlanmadan faydalanmak mümkün olmazdı. O halde, ilkel veya mütekâmil olsun bütün bu sosyal teşkilâtlanalar, bize, toplumun, ferd davranışı üzerindeki çeşitli baskılarının âşikâr delilleri olarak görünmektedirler (54).

Sosyal kontroller esas itibariyle iki büyük bölüme ayrılabilirler :

a) Zümrenin, ferdî davranışı kontrol edişinin tamamen spontene ve teemmülsüz bir tarzda vaki olması : telkin, ikna, idealler arzı, kıymetler zerkedilmesi, umumî efkârın tesiri ilh.. gibi ki ilkel tolpumlarda örf-âdet baskısı bunun en tipik örneğidir. ROSS buna «sosyal tesirler» der (Social influences).

b) Zümrenin ferd üzerinde iradî ve şuurlu bir şekilde baskı yapması. Zümre, arzu edilmiyen davranışları bastırmak, arzu edilenleri teşvik etmek için birtakım intibaklar empoze eder ki, işte asıl mánasıyla «sosyal kontrol» budur.

Birincilerin, hissî kökleri vardır, ve bular ROSS'a göre, toplumun faydası ile ilgili değildirler. Bunlar bir «sosyal nizamı» tahakkuk ettirmekten ziyade, kendisine «ahlâki nizam» deyebileceğimiz bir durumu tahakkuk ettirmeye matufturlar. Bunlar etik mahiyette nizam temelleridir.

İkinciler ise (ki asıl «sosyal kontrol» budur) Hukuk,Din, Merasim, Eğitim v. s. gibi esaslı bir şekilde iradî gayeli, ve teemmilîdirler. Bunlar sureti mahsusada, düşünülerek, muayyen maksadlara yardım için vaz ve ısdar edilirler. Bunlar toplum içinde teşkilâtlı azınlığın kontrolü altındadırlar. Bunlar, kâh topluluk menfaatına, kâh sınıf menfaatına olarak siyaset aletleri sıfatıyla kullanılırlar. ROSS bunlara «siyasî destekler» der. Âncak burada «siyasî» tabiri aslî manasındadır : Devletin idamesi ile ilgili olma manasında.

ROSS, hangi hallerde «etik» mahiyetteki baskıların, hangi hallerde «siyasî» mahiyetteki baskıların kullanılmakta olduğunu şu tasnif dairesinde açıklar :

I — Siyasî tanzim vasıtalarının kullanılma halleri (sosyal kontrol : Hukuk v. s.)

---

(54) F. A. ROSS — Social, in LEWİS A. COSER and BERNARD ROSENBERG —Sociological Theory, New York, 1957. S. 98 v. d.).

1 — Bir arada yaşatılacak halk unsurlarının birbirlerine antipatik ve kavgacı davranmaları halinde.

2 — Ferdî iradelerin ve refahın plânlı kontrole tâbi tutulması halinde.

3 — Esas teşkilâtın statü farklarını kalıplaştırması, dondurması halinde.

4 — İktisadî şartlar arasında farklılık ve bunlardan doğan imkânlar arasında büyük mesafeler, nispetsizlikler bulunması halinde.

5 — Irklar, sınıflar ve cinsler arasında istismar münasebetinin mevcudiyeti halinde.

Bütün bu hallerde sosyal kontrolün ferde «korkutma ve zarar verme» yoluyla tatbiki tercih edilir (cezaî müeyyedelere dayanan hukukî ve siyasî baskı)

II — «Etik» vasıtalarla tanzim ise, bu vasıtalar daha tenvir edici, daha ikna edici mahiyette olduklarından şu hallerde tercih edilmektedirler :

1 — Halkın etnik bakımdan mütecanis oluşu nispetinde,

2 — Kültürün yeknasak ve yaygın olması nisbetinde,

3 — Halk içinde gerek sosyal unsurların gerek bunlar arasındaki münasebetlerin sık ve dostane olması nispetinde.

4 — Ferdlerden istenen toplum külfetinin hafif olması nis betinde,

5 — Esas teşkilâtın sosyal statü farklarını veya tufeylilik münasebetlerini teyit etmemesi ve müşterek iptidaî adalet anlayışına uyması nispetinde.

Görülüyor ki, ROSS'un ısrarla üstünde durduğu husus, cemiyet nizamının sırf örflerin gelişmesi ve sonunda teşkilâtlı müeyyedelere mazhar olması suretiyle teşekkül edecek bir nevi spontane hukukî nizama terk edilemiyeceği noktasıdır. O, LASTER WARD gibi, cemiyette birtakım nizam tiplerinin, sureti mahsusada, şuurlu bir maksadı takiben vaz ve ısdar edilmek suretiyle tesis edilmekte oluşuna dikkati çekmekte ve bu şuurlu, zecrî sosyal kontrolü, manevî sosyal tesirler'den ayırd etmektedir. ROSS'a göre «Hukuk, nizam binasının temel taşıdır. Cemiyet tarafından istimal edilen en fazla ihtisaslaşmış, ve son derece tekâmül etmiş bir kontrol ci-

rinde durmuş, hukukî nizamı yegâne nizam saymış, başka düzenlerin hususiyle zümre düzenlerinin farkına varmamış, «etik» saha ile «hukuk» arasında keskin hudutlar çizerek, sonunda hukukî düzeni her türlü ideal unsurdan ârî, sırf siyasî ve teknik bir düzen vasıtası olarak tanımıştır (56).

Hukuk, ahlâk, din, haddi zatında ayrı ayrı kıymetleri yaşatmaya çalışan ayrı ayrı kıymetlerden ilham alan farklı sosyal düzenleri temsil ederler. Hukukta «adâlet» idesi, ahlakta «hayır» idesi, dinde «kudsiyet» idesi ifadesini bulur. Bunların farklı muhtevaları, farklı fonksiyonları vardır. ROSS bu farkları ayırd edememiştir. Bu itibarla, hizmeti, daha ziyade kendisinden sonra gelenlerin araştırmalarına zemin hazırlamaya yaramıştır.

hazırdır.» «Hukuk kaideleri, ne yeknasaktırlar, ne de değişmez mahiyettedir. Onlar, cemiyetin içinde bulunduğu durumla mutabakat halindedirler.» (55).

Bununla beraber, bu mutabakat, hukukun, cemiyet şartlarının passif bir sonucu olarak telâkki edilmesini gerektirmez. ROSS, hukuk dediğimiz sosyal kontrol nevinin,**cemiyet şartları kaale alınarak** iradî bir şekilde vazedilmiş nizam kaideleri olduğunda ısrar eder. Cemiyet şartlarındaki farklılaşma, farklı düzenleme şekillerini zarurî kılabilir. Görülüyorki, ROSS'un görüşleri hukuka, cemiyetteki fonksiyonu bakımından bir mânâ vermekte, onun bir sosyal ıslah vasıtası olduğunu imâ etmektedir. Bu fikirler, sonradan tanınmış amerikan hukukçusu ROSCOE POUND'un eserlerinde zengin sonuçlara vardırılmıştır.

D — ROSS'un görüşlerinin tenkidi :

ROSS, tıpkı SUMNER gibi, ileri sürdüğü enteresan fikirleri ile, hususiyle «Sosyal Kontrol» kavramı ile bir Hukuk Sosyolojisinin haberciliğini yapmışsa da bu yeni ilmin kurucusu olmaya hak kazanamamıştır. ROSS'un bir taraftan «sosyal tesirler» (Social influences) diğer taraftan «sosyal kontrol» tipleri arasında yaptığı tefrik kendi iddiasına göre kesin olmakla beraber, hakikatta (kontrol vasıtaları) yla (kontrol metodları) ve (kontrol nevileri) nin birbirine karıştırılmasından doğmaktadır. Bu, arada bir ayırd yapmanın lüzumsuzluğu anlamına değil, belki ayırdın yanlış kıstasa göre yapılmış olduğu anlamındadır. Meselâ sosyal kontrol kavramı, içine «ahlâk», «hukuk» ve «din» gibi birbirinden farklı «kıymet» lere hizmet eden cemiyette birbirinden farklı gaveleri tahakkuk ettir-

ALFABETİK ENDEKS

— A —

ABADAN (Y.) 8, 103, 127, 144, 145, 148, 306, 392.
ABADAN (N.) 226.
ABDULLAH CEVDET 70, 561.
ADAMS (B.) 78.
ADİCKES (Fr.) 34, 35.
AGAMEMNON 319.
AHMET MUAMMER 408.
AKBAY (M.) 306.
ALAIN 309.
ALENGRY 350.
ALLEN 229.
AMPERE 124.
AMYNTAS 302.
ANSAY (S. Ş.) 244.
ANZİLOTTİ (D.) 3, 484.
APPLETON (Ch.) 401.
ARDİGO 5, 453, 454.
ARİSTO 12, 88, 96, 193, 194, 199, 292, 294, 296, 299, 324, 325, 346, 347, 348, 351, 358, 370, 372, 386, 388, 391, 433, 488.
ARNAVON (Cr.) 259.
ARNOLD (Th.) 109.
ARON (R.) 121, 208, 269, 286, 288, 513.
ARONSON 29.
ARSAL (S. M.) 8, 24, 306.
ARSEBÜK (A. E.) 31.
AUGUSTİNUS (Saint) 338.
AUSTİN 14, 25, 79.
AYBAR (M. A.) 140.
AYİTER (K.) 264.

— B —

BACON (R.) 124, 265.
BAKOUNİNE 66.
BALTACIOĞLU 215.
BARBİER 515.
BARNES (H. E.) 218, 257, 326, 332, 433, 445, 513, 542, 543, 560, 566, 582, 596.
BARRE (R.) 206.
BARTHELEMY 67.
BATTAGLIA (F.) 158
BAYE (Ch.) 95, 531, 534.
BECKER (H.) 218, 285, 286, 287, 326, 332, 343, 347, 413, 513.
BENDEKTO 285.
BENTHAM 65.
BERKER (T.) 259.
BERNARD (Cl.) 60.
BERTHELOT (R.) 299.
BETTELHEİM 514.
BEUDANT (Ch.) 479.
BEUTEL (F. K.) 110.
BİLSEL 392.
BİRAND (K.) 103, 127, 275.
BLOCH (M.) 481.
BLÜHER (H.) 563,
BODİN 343
BOGARDUS (E. S.) 121, 122, 218, 226, 229, 305, 594.
BONNECASE (J.) 16, 17, 18, 46, 450.
BOSSUET 432.
BOUGLE (Cl.) 4.
BOURGEOİS (L.) 66, 564.
BOURGUİN 398.
BOUTHOUL (G.) 326, 329, 342, 344.
BOUTY (Ed.) 123.
BOZİ (A.) 41.
BRANDEİS (L. D.) 78
BREHIER (E.) 302.
BRUGEILES 62.

BUGNET 16.
BURDEAU (G.) 229.
BURGESS (E. W.) 221, 259, 564.
BULOW (O.) 35.

— C —

CANH (Ed.) 8.
CAİRNS (H.) 8, 9, 13, 91, 108, 186, 202, 248, 300, 301, 322, 400, 406.
CARDOZO (B.) 3, 79, 87, 88.
CARLYLE (A. J.) 157, 230.
CARMIN (O.) 147.
CARNEADE 394.
CARTERON 303.
CASSIER (E.) 299.
CASTELLİ (E.) 454.
CASTIER (J.) 241, 259.
CATLİN (G.) 306.
CAAMPİON (E.) 481.
CHAPİN 213.
CHARMONT 47, 61.
CHEVRIER (G.) 197.
CHRYSOSTOME (Saint) 389, 393.
CİCERO 388, 389, 393, 395, 468.
COHEN 81.
CDİNG (H.) 8.
COMTE (Auguste) 62, 94, 98, 99, 123, 124, 257, 258, 259, 260, 300, 383, 413, 415, 422 - 455, 480, 514, 579.
COMTE (Ch.) 65.
CONDORCET 413, 435.
CONFICIUS 299.
COOK (W.) 109.
COOLEY (Ch.) 78, 219, 220.
CORNİL (G.) 61.
COSER (L. A.) 103, 214, 269, 587, 598.
COSTES (A.) 425.
COWAN (Th.) 26, 109, 78.
CRESSON (A.) 124, 302, 304.
CRUET 7, 12, 46, 55 - 60, 98, 140.
CUBER (J. F.) 208, 212, 218, 222, 236.
CUVİLLİER (A.) 165, 166, 196, 208, 209, 214, 259, 260, 265, 270, 286, 350, 513, 516.

— Ç —

ÇAGIL (O. M.) 33.

— D —

DABİN (J.) 93.
DAİRE 408, 410.
D'ALAMBERT 350.
DANZ (E.) 36.
DARESTE (R.) 310, 321.
DARWİN 456, 505, 515.
DAVAL (R.) 191.
DAVIE (M. R.) 77, 584, 585, 592.
DAVY (G.) 74, 109, 134, 532.
DAVIES (P.) 382.
DE COULANGES 100, 292, 467, 481, 487.
DECUJİS (H.) 134.
DEDİEU (J.) 350, 351, 366.
DEL VECCHIO (G.) 20, 113, 145, 454.
DELVOLE (J.) 191.
DE MALBERG 68.
DEMOCRİTE 294, 299.
DEMOLOMBE 17.
DE PAGE 61.
DERBİL (S.) 71.
DEREUX 47, 161.
DESCAMPS (P.) 210, 256.
DESCARTES 265, 391.
DESLANDER 17.
DE VİLLENEUVE 29.
DİCKİNSON (J.) 193.
DİDEROT 440.
DİLTHEY 102, 207, 258, 274, 275, 276, 277, 285.
DİMOCK (M. E.) 226.
DJUVARA (M.) 158.
DOUMERGUE 64.
DUEZ (P.) 481.
DUFRENNE (M.) 362.
DUGUİT 5, 70, 71 - 73, 75, 76, 98, 103, 141, 183, 194, 292, 448, 455.
DUPREEL (E.) 190.
DUR,ANT (Will.) 118, 139, 265, 302, 326.
DURKHEIM (E.) 4, 5, 52, 62, 102,

103, 109, 119, 132, 177, 194, 199, 200, 209, 214, 215, 216, 217, 259, 265, 267, 271, 292, 350, 369, 383, 416, 417, 418, 449, 481, 483, 494.
DUTENS 401, 403.
DUVERGER 486.

— E —

EFLATUN 299, 300, 302, 307, 321, 323, 367, 372, 388, 478.
EHRİLCH 5, 7, 31, 34, 35, 98, 177, 194, 292, 350, 353, 383, 384, 387.
EİSENMANN (Ch.) 8.
ELLWOOD (C. A.) 78.
ELTZBACHER 66. 147.
ENAN (M. A.) 326.
ENGELS (Fr.) 66, 194, 514.
ERALP 302.
ERGİNAY 453.
ERMAN CP.) 442.
ERMAN (S.) 20, 145, 454.
ERTZBACH (M.) 37.
ESPİNAS 532 - 534, 549, 520.
EVERETT (H.) 104, 597.
EVRİM (S.) 117, 271.
EYCKEN (P. V.) 9, 10, 46, 61.

— F —

FAIRCHILD 173, 195, 205, 221, 228.
FAUCONNET 103, 490.
FECHNER (E.) 171.
FEHR (H.) 484.
FERM (V.) 305.
FERRI (E.) 495, 504 - 510.
FINDIKOĞLU (Z. F.) 174, 327.
FILENE (E.) 238.
FLAVIUS (G.) 37 - 40.
FLORENTINE 395.
FOUİLLEE (A.) 19, 66, 452, 564.
FRANK (Y.) 109.
FRAZER 481.
FREUD 563.
FUCHS (E.) 30, 43, 98.
FULLER (R.) 238.

— G —

GAİUS 301.
GARLAN (E.) 110.
GAROPPALİ (A.) 158.
GEİGER (Th.) 108, 175.
GENY (Fr.) 5, 7, 17, 23, 34, 35, 37, 38, 39, 41, 43, 45, 47 - 52, 90, 193, 244.
GEORGES (I) 356.
GERBER 67, 74.
GEX (M.) 117.
GİACOMAZZİ 7,
GİDE (C. H.) 408, 409, 410.
GIEGER 175.
GIERGE 7, 31, 66,
GİNZBURG 123.
GMELIN 42.
GOBİNEAU 344.
GOBLOT (E.) 123, 132, 133, 303.
GODWİN (W.) 66, 146, 338.
GRASSERİE (R.) 174.
GREFFE (J.) 325.
GREGG (F. B.) 121.
GRESSAYE (J. B.) 351.
GROTİUS 7, 98, 193, 194, 292, 296, 389 - 400 534.
GUMPLOWİCZ 69, 95, 101, 194, 202, 271, 326, 335, 347, 489, 492, 518, 534 - 541, 551, 562.
GURHAUER 400, 405.
GURVITCH (G) 3, 4, 7, 27, 29, 34, 38, 43, 44, 45, 66, 81, 87, 90, 105, 108, 109, 121, 166, 167, 168, 169, 171, 173, 175, 176, 183, 185, 187, 190, 191, 194, 195, 197, 200, 213, 239, 263, 286, 300, 316, 317, 319, 320, 321, 323, 386, 390, 391, 396, 397, 398, 399, 400 - 404, 406 - 409, 411, 415, 418, 420, 432, 459, 481, 484, 490, 491, 514, 582, 593, 600, 601.
GÜRKAN (Ü) 78.

— H —

HALL (J.) 7.
HALBWACHS 121.

LE BON (G.) 362.
LEDUC (G.) 197.
LEE (A. M.) 229, 586.
LE FEBRE (H.) 514
LE FUR (L.) 157,
LEİBNİZ 7, 8, 13, 98, 194, 292. 390, 398 - 406.
LEİST 7, 100, 292, 482 - 485.
LE PLAY 259, 516.
LERNER (D.) 8, 9, 78, 232.
LEROY (M.) 7, 47, 61, 419, 420, 421.
LESLIE 221.
LETOURNEAU (C.) 492, 493.
LEVY (E.) 5, 103, 292.
LEVY-BRUHL (H.) 103, 444, 445.
MASPETIOL (R.) 197.
MAZARELLA 100.
McDOUGALL 563.
Mc İVER (I) 285), 513.
MEAD 214.
MEHMED İZZET 303.
MENCİUS 299.
MENDRAS (H.) 254.
MENEMENCİOĞLU (E.) 70.
MENGÜŞOĞLU (T.) 127.
MERCİER DE LA RİVİERE 411.
MERRİAM (Ch. E.) 229.
MERTON 232, 234, 254, 269.
MEULENAERE 31.
MOHL (R.) 66.

HAMMER (J) 325, 464.
HAMMURABİ 464.
HARVEY 254.
HAURIOU (M). 5, 7, 71, 73 - 76, 194, 292.
HANKİNS 529.
HAYEK 206.
HECK 14, 32, 36, 41, 194, 419.
HEGEL 65, 109, 260, 322, 400, 456.
HEİNSHEİMER 7, 30.
HEİMSOETH (H.) 127.
HENRİ II 278.
HENRİ VIII 377.
HENDERON (A.) 208.
HERACLİTOS 84, 299
HİLCARD 9.
HİPPODAMOS 307.
HİRSCH 9, 140, 148, 185, 210.
HOBBES 193, 338, 343, 356, 401, 402, 432.
HOFSTADTER (R.) 520, 573, 574, 575.
HOLBACH 440.
HOLMES (O. W.) 3, 8, 18, 29, 78, 79 - 81.
HOMER 319.
HONİG (R.) 145.
HORN (M. W.) 70.
HORTON (P. B.) 221.
HORVART (B.) 108, 171, 176.
HUBERT (R.) 142, 143, 299, 481.
HUGUES (E. C.) 214.
HUMPHREY (N. R.) 221, 238.
HUNTER 563.
HUSSİK 32.
HUSSEİN (T.) 326.
HUVELİN (P.) 481.
HUXLEY (J.) 241, 259.
HUXLEY (Th.) 450.
HÜSEYİN NÂZIM 355.

— İ —

— J —

JACOBS (Ph.) 542.
JADOT (R.) 215.
JAMES (E.) 408.
JANET (P.) 391, 392, 394, 406.
JELLİNEK 31, 63, 181, 183.
JHERİNG 24, 25, 31, 32, 33, 34, 36, 38, 194, 419, 567.
JORDAN 22.
JOSSERAND 161.
JOUBAİNVİLLE 481.
JUNG (E.) 22, 31, 44.

— K —

KALPSÜZ 32.
KANT 123.
KANTOROWİCZ (G. F.) 9, 37, 38, 39, 40, 143.
KARASAN (M.) 215.
KAYA (Ş.) 408.
KELLER (A. G.) 586, 591.
KELSEN 4, 26, 68, 140, 154, 157, 261, 323, 324, 514.
KERN (H.) 316.
KİCHMANN (T. H.) 8, 29, 30, 31.
KLEİN 38.
KLOPP 402, 404.
KOENİG (S.) 207, 218, 221, 222, 227.
KOHLER (J.) 35.
KORKOUNOY (M.) 24, 134.
KORNFELD 42.
KOSCHAKER (P.) 264.
KÖSEMİHAL (N. Ş.) 210, 256.
KÖYMEN (N.) 215.
KRAUSE 390, 406, 407.
KROPOTKİN 66.

— L —

LABAND 37, 67,
LA GRASSIERE 77.
LALANDE (B.) 123, 303.
LALANDE (A.) 123, 204,

— O —

OGBURN (W. F.) 209, 212, 213.
OKANDAN (R. G.) 306.
OKYAR (O.) 229.
ONCKEN 411.
OPPENHEİMER 70, 194, 326, 335 347, 518, 520, 541.
ORLANDO 64.
OUY (A.) 513.

— P —

PAGE (H.) 19, 20.
PAQUES (G.) 454.
PARETO 516.
PARK (R. E.) 221, 564.
PARSONS (T.) 208, 279, 280, 286.
PASCAL 352.
PASQUİER (Cl.) 45, 93, 180, 193.
PETTERSON (Ed.) 85, 465

RADİN (M.) 109.
RATZENHOFER 101, 326, 347, 419, 518, 541 - 543, 564.
REDDEN (K.) 180.
REGLADE (M.) 158.
REISMAN (D.) 229.
RENOUVİER 65.
RHEİNSTEİN (M.) 139, 152, 183, 193, 208, 279, 282, 286.
RİCHARD (G.) 194, 447, 448, 452, 453, 454.
RICKERT 275.
RİEMER (S.) 229, 234.
RİPERT (G.) 161.
RİSTE (Ch.) 408, 409, 410.
ROBERTY 564.
ROBESPİERRE 19.
ROGVİN (E.) 125.
ROLİN 62.
ROLLET (P.) 121

SCAEVOLA (G. M.) 301.
SCELLE 186.
SCHAEFLE 518, 531.
SCHEİN 36.
SCHİMMEL (A. M.) 326.
SCHLOSSMANN (S.) 35.
SCHMİTD (H.) 165.
SCHMİTD (N.) 326.
SCHOPENHAUER 576.
SCHUETZ 285.
SCHUMPETER (J.) 67, 121.
SECRATEN (C.) 66.
SELİGMANN (E. R. A.) 127.
SELLİN 507.
SENEUİL (C.) 457.
SHAW (Cl.) 497.
SİMMEL 103.
SİMPSON (G.) 234.
SİMONİUS (A.) 86.
SİM (N. L.) 212.
SİNZHEİMER (H.) 108, 175.
SİYAVUŞGİL (S. E.) 433.
SLANE (W. M. G.) 325.
SMALL 534, 564.
SOCRATES 299, 307, 313, 314.
SOLON 376, 476, 477.
SOROKİN 12, 194, 212, 229, 254, 255, 258, 259, 269, 286, 381, 513,563 595.
SPEİR (H.) 229.
SPENCER (H.) 101, 117, 118, 124, 194, 200, 258, 265, 335, 518, 520-530, 561, 575.
SPİEGEL (L.) 43, 44.
SPİZONA 440.
STAMMLER 44.
STAMPE (E.) 36.
STAROBİNSKİ (J.) 350.
START 219.
STEİN (L.) 66.
STEİNMETZ 100, 490, 491.
STİRNER (M.) 66.
STONG (J.) 458, 468.
SUMNER (W. G.) 78, 102, 103, 104, 520, 534, 541, 563, 583 - 593.
SUTHERLAND 497.

— Ş —

ŞÜKRÜ KAYA 408.

— T —

TANER (T.) 509.
TANON (L.) 24, 62.
TANYOL (C.) 382.
«TANZİMAT» 433.
TARDE (G.) 62, 102, 134, 138, 495, 496 - 504, 563 - 573.
THEOPHRASTE 310, 321.
THOMAS (W. T.) 285.
THRASHER (Fr.) 497.
TİMACHEFF (N. S.) 4, 108, 137, 139, 156, 169, 170, 175, 184, 187, 462.
TİTE - LİVE 476.
TOCQUVİLLE 212.
TOLUNER (R.) 226.
TOPÇUOĞLU (H.) 4, 28, 34, 51, 53, 66, 95, 135, 158, 222, 264, 300, 316, 382, 523.
TOULEMONT (R.) 167.
TOURNEUR - AUMONT 481.
TOYNBEE (A.) 326.
TÖNNIES (S.) 194, 200.
TRİCOT 303, 305.
TRİMBORN (H.) 489.
TROSNE 409.
TROTTER 563.
TURHAN (M.) 212.
TOURNEUR (Z.) 352.
TÜTENGİL (C. O.) 350.

— U —

UGAN (Z. K.) 200, 327.
ULLMANN (L.) 180.
ULPIANUS 13, 28, 405, 534.
UNESCO 8, 211.

— Ü —

ÜÇOK (C.) 8, 30.
ÜLKEN (H. Z.) 5, 126, 196, 286, 326, 513.

— V —

VACCARO (M. A.) 101, 194, 335, 518, 544 - 561.
VALETTE 17.
VALEUR (R.) 8.
VECCHIO (D.) 113.
VENİAMİN (V.) 448.
VERRİER (R.) 12, 194, 219, 258, 595.
VİNE (M. V.) 497, 503.
VINOGRADOFF (P.) 24, 32, 458, 465, 481.
VOİLQUIN (J.) 301, 311.
VOLTAİRE 399, 440.
VORLAENDER (K.) 303, 399.

— W —

WALINE (M.) 68.
WALLAR 285.
WALTER (W.) 287.
WARD (L.) 60, 78, 102, 119, 205, 326, 338, 347, 419, 516, 564, 573-583, 594, 599.
WARKEN (H.) 249.
WARREN 214, 218.
WATSON 563.
WEBER (M.) 5, 10, 23, 53, 105, 106, 107, 108, 109, 139, 152, 161, 183, 184, 193, 207, 278 - 286, 232, 302, 481.
WEDBERG 4, 193.
WEİSS 563.
WESTERMACK 134.
WHİTE (L. D.) 226.
WHİTEHEAD (A. N.) 256.
WİESE 194.
WİLSON (L.) 121, 196.
WİNCKELMANN (J.) 207.
WİTTFOGEL 382.
WOLF (F.) 398, 406.
WUNDT 14, 125.
WOOD (A. L.) 229.
WORMS 516, 518, 520, 530, 531.

— Y —

YAKALIOĞLU (A.) 123, 206, 235.
YAVUZ (M.) 145.
YNTEMA (H. E.) 110.
YÖRÜK (A. K.) 145, 306.
YÜCEL (F.) 123.

— Z —

ZENON 478.
ZEVS 311.
ZİTELMANN (E.) 144, 244, 248.
ZNANİESKİ (F.) 218, 285.