

DİFERANSİEL VE JENETİK HUKUK SOSYOLOJİSİ

Yazan . Georges GURVITCH
Sorbonne Üniversitesinde Profesör

Çeviren : Dr. Hâmid TOPÇUOĞLU
Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Doçenti

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

DİFERANSİEL HUKUK SOSYOLOJİSİ (1)

(Zümrelerin Hukuki Tipolojisi)

Diferansiel Hukuk Sosyolojisi meselelerini incelemeye başlarken, artık hukukî gerçekliğin mikrofizik cephesini bırakıp, makrofizik cephesine geçiyoruz. Bu, bir taraftan zümrelerin, diğer taraftan da yekûni cemiyetlerin hukukî tipolojisine giren sahadır. Hukukî gerçekliğin zümrelere tekabül eden tipleri ise, artık "hukuk neveleri" değil, belki - zümreler bahis konusu ise - "Hukuk kadroları" veya "hukukî nizamlar" (Cadres juridiques ou ordonnancements juridiques), yekûni cemiyetler bahis mevzuu ise "Hukuk sistemleri" olacaktır ki, evvelce işaret ettiğimiz gibi bütün bunlar - gerek kadrolar, gerek sistemler - birer "Hukuk Neveleri" mikrokozmu temsil ederler.

Birinci Kısım

İÇTİMAİ ZÜMRELERİN SINIFLANDIRILMASI

Sistematik Hukuk Sosyolojisinin, kendi sahasını incelemeye sosyabilite şekillerinin tetkiki ile başlaması gerektiği gibi, Diferansiel Hukuk Sosyolojisinin de kendi tetkiklerine, zümre tiplerinin yani gerçek topluluk ünitelerinin bir tasnifi ile başlaması lâzımdır, çünkü, hukuk gerçekliği bunlara tâbi olarak tetkik edilecektir.

Her zümre, her gerçek topluluk ünitesi sosyabilite şekillerinin bir terkiibini bir muvazene halini ve yekûni cemiyetin daha geniş muhiti içine katılmış olan bir üniteyi temsil eder. Bir zümreyi, bir kısmi topluluğu belirten hususiyet, birleştirici olmakla beraber külli mahiyette olmayan bir tertip edici unsurdur. Merkeze yaklaşıncı kuvvetler, merkezden

1) Eserin baş kısımları için bak:

A. H. F. Dergisi; yıl .	1949	1950	1950	1951	1951	1952
cild:	VI	VII	VII	VIII	VIII	IX
sayı:	2-4	1-2	3-4	1-2	3-4	3-4

uzaklaştıncı kuvvetlere galebe çaldığından, ihata edici, sarıcı vasıftaki maşerî şuurun vahdeti, birliğe katılmış çeşitli maşerî şuurların çokluğuna hâkim olur. Şu şartla ki, zümre, yekûnî cemiyetten ayrılmazın, yani kendisinden daha geniş bir bütün içinde kalsın.

Müşahede edilebilen hiç bir cemiyet yoktur ki, içinde birçok kısmî topluluklar bir araya gelmemiş olsun. Her yekûnî cemiyet bize, gerçek topluluk ünitelerinin karmaşık bir örgüsü, herbiri sosyabilite şekillerinin bir mikrokozmonu temsil eden muhtelif zümrelerin bir makrokozmu' u gibi görünür. Hattâ kâfi derecede iptidai, yeknesak ve şekilsiz olduğu zannedilen kadim cemiyet bile, gerçekte kısmî toplulukların (zümrelerin) büyük bir karmaşıklığı meydana koyar: Klanda sihri birlikler, yaş ve cins zümreleri birbiriyle karşılaşır. Yaşayanların zümrelerine karşı, sosyal hayatta yeri ve rolü olan ölümlerin zümreleri vardır ilh.. Keza, evvelce kadim cemiyet insanları, kendi cemiyetlerini canlı bir vücut gibi tasavvur ederlerdi, yani muhtelif hücrelerden mürekkep telâkki ederlerdi ki, böylece yekûnî cemiyetin vahdeti, zümrelerin çokluğunda kendini hissettirmekteydi.

Bugünkü yekûnî cemiyetler ise, evleviyetle, hemen hemen nihayetsiz sayıda kısmî topluluklardan tereküp etmektedir: Aileler, komünler, belediyeler, vilâyetler, bölgeler, âmme hizmetleri, devletler, tarikatlar, mezhepler, ruhanî birlikler, manastırlar, dinî taksimat, kiliseler, işçi ve patron sendikaları, bunların federasyon ve konfederasyonları, iş borsaları, istihlâk ve istihsal kooperatifleri, sosyal sigorta sandıkları; sınıflar, meslekler, müstahsiller, müstefidler v.s.. Siyasi fırkalar, bilgin cemiyetleri, hayır cemiyetleri, spor ekipleri ve turizm teşekkülleri ilh. (MAUNIER'nin kıymetli izahlarıyla karşılaştınız : *Essais sur les Groupements sociaux* 1929).

Bütün bu gruplar birbiriyle karşılaşır, çarpışır, birbirlerini hudutlandırır, birbirleriyle birleşir veya zıdlaşır, teşkilâtlanır veya teşkilâtsiz kahrılar, kâh kitlevî bloklar meydana getirirler, kâh dağılırlar. Demekki makrofizik cephesiyle sosyal hayatın nesci adamakıllı karmaşık kalmakta ve köklü bir plüralizm arz etmektedir.

Kısmî topluluklar (zümreler), yekûnî cemiyetlerin kurucu unsurları olduklarından bu yekûnî cemiyetlerin hususiyetlerini alırlar. Meselâ Kadim Cemiyette, Kapitalist cemiyette veya Faşist cemiyette bulunan aynı mahiyetteki zümreler, yalnız kendi içlerindeki sosyabilite şekillerinin teşkil ettiği istikrarsız muvazenelere göre değil, aynı zamanda mensup oldukları yekûnî cemiyetlerin tarihi devirlerine, veya sarıh kültür

çevrelerine göre de (şark, garp kültürü v.s.) tahavvül ederler. Meselâ aile veya meslek birlikleri (loncalar) gibi topluluklar, müşahhas durumlara tâbi olarak, birbirinden hayli farklı şeyler ifade edebilirler: meselâ Kadim cemiyette aile Klanla aynı şeydir. Klan ise Kilise ile ve siyasi toplulukla aynı şeydir; mesleki birlikler ile, sihri kardeşlik cemiyetleri aynı şeydir. Diğer yekûni cemiyetlerde ise bu birlikler Kast ile veya serbest bir cemiyetle veya bir âmmе hizmeti ile ayniyet arzeder. Diğer zümrelerden iyice ayrılmış olmakla beraber aile zümresinde kâh (beyti âile - famille domestique) kâh eş ve çocuklardan mürekkep aile, kâh asıl mânasıyla karı-koca ailesi hâkim durumdadır.

Zümre tipleri daha müşahhas ve sosyabilite şekillerine nazaran tarihi ve coğrafi istihalelere daha fazla tabi olduğundan bunların tasnifi, kendilerini terkîp eden unsurların tasnifinden daha güç ve daha nazik bir çalışmayı icap ettirir. Bununla beraber eğer zümrelerin tasviri, ancak bunların dahil oldukları yekûni cemiyet tipleri nazara alınmak suretiyle tam bir muteberiyet kazanacaksa, bu tetkik için dahi bazı neyrenği noktalarının tayini lâzımdır. Yani behemahal toplulukların umumî bir tasnifine istinat etmek gerekmektedir. Bu tasnif sarîh bir kıstaslar serisine dayanmaktadır; ar ki, bunlardan bir kısmı birbirleriyle karşılaştı. Kanaatımızca bu kıstaslar şunlardır :

1) *Hacim*, 2) *Devam*, 3) *Fonksion*, 4) *Tavır veya durum (attitude)*, 5) *Teşkilâta hâkim olan prensip*, 6) *Zecir şekli*, 7) *Vahdet derecesi*.

I. — *Kısmî Topluluklar ve Yekûnî Topluluklar :*

Gerçek kolektif üniteler, genişliklerine göre, kısmî topluluklar ile yekûni topluluklara ayrılırlar. Fonksion-Üstü sosyabilite işte bu sonuçlarda tezahür eder. Bugün yekûni topluluklar Millet'de, Milletler Camiası'nda ve Beşeriyet'te ifadesini bulur. (Beşeriyet'in Milletlerarası Câmia'dan farkı, bunda passif sosyabilitenin hâkim oluşudur.). Kadim cemiyette yekûni topluluklar kabile, site ve imparatorlukta ifadesini bulmuştur. Yekûni cemiyetin, yekûni topluluktan farkı şudur: Yekûni cemiyetler 'Küllî Sosyal Hâdise' leri temsil eder. Halbuki diğerleri sadece fonksion üstü topluluklardan ibarettir. Bunun içindir ki, yekûni cemiyet tipleri, Milletten, Milletlerarası Câmiadan ve Beşeriyetten daha müşahhasdır. Bu sonuncular, tıpkı kendilerine dahil olan zümreler gibi, umumî tipler şeklinde *mücehred* olarak düşünülebilirler. Bütün diğer kolektif üniteler kısmî topluluklardır: Devlet, kilise, aile, keza sendikalar, meslekler, sınıflar, v.s.... haddizatında kısmî topluluklardan (zümrelerden)

ibarettirler. Zira bunlar, yekûni bünyenin ancak bir şubesini temsil ederler. Bütün bu toplulukların içinde ancak fonksiyonel sosyabilite faaliyette bulunur.

II. — Geçici topluluklar, devamlı topluluklar :

Yalnız yekûni topluluklar esaslı bir şekilde devamlıdır. Kısmi topluluklar, her ne kadar bunların devamlı olanları taammüm etmişse de, devamlı oldukları gibi geçici de olabilirler. Geçici topluluklara örnek olarak şunları zikredebiliriz: a) Kalabalık toplanmalar (Foule), b) Toplantılar (Réunion), c) Gösteriler (Manifestations) (bu sonuncular ekseriya devamlı toplulukların dışı vurmuş şekilleri, haricilemiş halleridir) d) Gizi toplantılar ve komplolar (Conjurations et complots), e) Çeteler (bandes), f) tek bir müsabaka için teşekkül etmiş spor ekipleri v.s..

Kısmi toplulukların çoğu devamlıdır. Fakat dağılıklarının az veya çok engelle karşılaşmasına göre bunların devam dereceleri birbirinden farklıdır.

III. — Toplulukların fonksiyonlarına göre tasnifi :

Devamlı mahiyette olan kısmi toplulukların hepsi, bunların iç muvazenelerinde tek veya çok fonksiyonlu sosyabilitenin hâkim olmasından mücerred olarak, bizzat kendi fonksiyonlarına göre altı tipe tefrik edilebilirler :

a) *Akrabalık toplulukları*; ister mistik akrabalığa, ister kan hüsnüğüne dayansın; (Klan, beyti aile, karı-koca ailesi, akraba zümreleri, çocuk zümreleri v.s.).

b) *Mahalli topluluklar*, komşuluk münasebetiyle birleşmiş topluluklar (Komünler, belediyeler, eyaletler, bölgeler, devlet veya "siyasi cemiyet" yani mahalli topluluklar bloku.

c) *İktisadi faaliyet toplulukları* (Meslekler, sendikalar, kooperatifler, sınıflar, kastlar, fabrikalar, teşebbüsler, endüstri şubeleri ilh.) Kırsaca istihsale, tevzi ve istihlâkin teşkilatlanmasına iştirâk eden bütün zümreler ki bunların heyeti umumiyesi "İktisadi Cemiyet"i teşkil eder.

d) *Kâr gayesi gütmeyen çeşitli faaliyet toplulukları* : (Siyasi partiler, bilgin cemiyetleri, hayır cemiyetleri, klüpler, spor cemiyetleri ilh.)

e) *Mistik ve vecdî topluluklar* (Kilise, ruhban cemiyetleri, dini mezhepler, tarikatlar, sihri cemiyetler v.s.).

f) *Dost toplulukları*, davetliler, bir şefin hayranları v.s.

IV — *Bölünme ve birleşme toplulukları* (Groupements de division et gr. d'union).

Akrabalık toplulukları, iktisadî faa'iyet ve misik - vecdî cemiyetler kendi temayüllerine (attitudes) göre bölünme ve birleşme topluluklarına ayrılırlar. Bölünme topluluklarının mücadelecî bir tavnı vardır, birleşme topluluklarının ise telifçi bir tavnı vardır. Meselâ kadim cemiyetlerde cins ve yaş zümreleri, ana babaya nisbetle çocuk zümreleri hep bölünme zümreleridir. Halbuki, klân, kan - koca ailesi ve beyti aile (famille domestique) ise birleşme topluluklarıdır. Aynı veçhile işçi ve patron sendikaları, müstahsil ve müstehtliklerin ayrı ayrı kurdukları cemiyetler, kastlar bölünme cemiyetleridir. Halbuki fabrikalar, teşebbüsler, endüstriler, sosyal sigorta teşekkülleri, yekûnî veya mahallî iktisadî teşekküller birleşme zümreleridir. Kâr gayesi gütmeyen faaliyet zümreleri arasında siyasî partiler bölünme cemiyetleridir. Halbuki insanîyetperver gayelere matuf cemiyetler veya bilginler cemiyeti birleşme cemiyetleridir. Mistik - vecdî zümreler arasında sihri birlikler, tarikatlar, dinî mezhepler bölünme cemiyetleridir. Kiliseler ise birleşme topluluklarıdır.

Mahallî zümreleri bütün diğerlerinden ayırt eden hususiyet bunların daima, bölünme değil bilâkis birleşme zümreleri olmalarıdır. Halbuki faaliyet zümreleri ve mistik - vecdî cemiyetler her iki nev'iden de olabilirler. Esasen bu tefrik sosyabilite şekillerine tealluk eden umumî menfaat - hususî menfaat tezdâdı ile karıştırılmamalıdır. Zira birleşme zümreleri hususî menfaatlara hadim olabileceği gibi (meselâ fabrikalar, teşebbüsler, hattâ bazı şartlar altında Devletin kendisi) bölünme cemiyetleri de amme menfaatine hizmet edebilirler. (Meselâ siyasî partiler, sendikalar ve saire gibi).

V — *Teşkilâtlandırılmamış zümreler ve teşkilâtlı zümreler :*

Zümrelerin çoğu, hattâ geçici olanları bile teşkilâtlanma istidadına sahiptirler. Filhakika bildiğimiz gibi teşkilâtlanma kabiliyeti, aktif sosyabilitenin teşkilâtlı üst - yapılarda tezahür edemeyecek olan pasif sosyabiliteye faik olmasına bağlıdır. Normal olarak her zümrenin temsil ettiği sosyabilite şekillerinin bir muvazenesini meydana getiren terkipte aktif sosyabilite hakim bir rol oynar. Zira zümreyi meydana getirebilmek, onun birliğini temin ve idame etmek için aksiyon zaruridir. Burada bir tek istisna zikredilebilir: dostluk ve hayranlık zümreleri ki, bunlarda pasif sosyabilite mutad olarak hakim durumda olduğundan normal olarak teşkilâtlanmaya mani teşkil eder.

Hiç şüphesiz zümrelerin çoğunun teşkilatlanmaya müsait bulunmuşlarından bunların daima bilfiil teşkilâtli oldukları neticesi çıkmaz Müteaddit guruplar, bu husustaki kabiliyetlerine rağmen, teşkilatsız kalırlar. (Meselâ: içtimâî sınıflar, meslekler, sanayi şubeleri, iktisadî faaliyet zümreleri bloku, bugünkü durumu ile iktisadî cemiyet) bunların teşkilâtı kendilerinin dahil bulunduğu yekûnî cemiyetin durumu ile ilgili bir meseledir

Diğer taraftan bazı zümre tipleri, diğerlerinden daha güçlkle teşkilâtlanırlar. Meselâ, geçici topluluklar daimi topluluklara nazaran; mistik - vecdî guruplarla akrabalık gurupları mahalli guruplara ve muhtelif nev'î faaliyet guruplarına nazaran daha güçlkle teşkilâtlanırlar. Mistik - vecdî zümrelerde teşkilâtlanma vetiresi şu engelle karşılaşır: Bu zümrelerde dinî ve sihri inançlar hukukî inançlara hakim durumdadır. Ve bunlarda inanç birliği rabitası (Communion) cemaat ve kitle rabitasından daha fazla hâkimdir. Akrabalık guruplarında teşkilâtlanmaya engel olan husus, bunlarda aktif sosyabilitenin pasif sosyabilite tarafından pek kuvvetle tahdit edilmiş olmasıdır. Bunun içindir ki, içinde bir iktisadî faaliyet unsuru da bulunan, ve aktif sosyabilitenin mühim bir rol oynadığı beyti - ailenin, karı - koca ailesine nazaran mukayese edilemeyecek kadar fazla teşkilâtlanma kabiliyeti vardır.

Bundan başka aynı zümre içinde muhtelif sosyabilite şekillerinin müteakbil rolleri istikrarsız ve adamakıllı değişen müşahhas şartlara bağlı olduğundan - bütün diğer mülâhazalar bertaraf - bir zümrenin teşkilâtlanma kabiliyetinin derecesi baştan tesbit edilemez. Keza bir zümre teşkilâtlandıktan sonra dahi, kendi kadrosunda müteaddit mühim gizli - spontane tabakaları muhafaza etmekte devam eder. Zira zümrenin teşkilâtlanmış üst - yapısı bu tabakaları hiçbir zaman tamamiyle aksettriemez ve esasen bu üst yapı, zümrenin birleştirici terkiibine dahil olan birçok sosyabilite şekillerinden biri olmaktan başka birşey değildir.

VI — *Meşrut zecir kullanan zümreler ve mutlak zecir kullanan zümreler :*

Hukukun her nev'ine has olan *ic̄timâî garanti*, spontane sosyabilitenin eseri olduğuna göre ve zecrin şiddeti veya itidali teşkilâtli sosyabilitenin tahakkukunda rasthyacağı ve spontane sosyabilitenin arzedeceği güçlük ve kolaylıklara göre taayyün edeceğine nazaran; meşrut zecirle mutlak zecir arasındaki tezad bizzat zümrenin kendi vahdetine taallûk eden bir keyfiyettir. Bunun içindir ki meşrut ve mutlak zecirler

arasındaki fark, farklı zümre tipleri arasındaki ayrılığa tekabül eder ve bunların tasnifinde bir kıstas hizmeti görebilir.

Teşkilâtlı olsun olmasın, zümrelerin çoğu kendi vahdetlerini muhafaza için ancak meşrut bir zecir kullanabilirler. Zira bunların üyeleri az çok serbest bir şekilde kendilerinden ayrılabilirler ve böylece zorlayıcı tedbirlerden kaçabilirler.

Bununla beraber serbest çıkışın memnu olduğu ve dolayısıyla üyelerin hukuken emri mahiyetteki zecir şekillerinden kurtulma imkânına sahip bulunmadıkları bazı topluluklar vardır. İşte bunlar mutlak zecir kullanan toplulukları teşkil ederler. Tatbik edilen zecrin ağır olup olmasının bu tefrik ile bir alâkası yoktur. Filhakika meşrut zecirler şiddetli ve cezaî bir karakter taşıyabilirler. (Meselâ: Ortaçağ mesleki teşekküllerinde ve Üniversitelerinde tatbik edilen cismani cezalar ve hapis; modern sendikalarda boykotaj ve ihraç, milletler cemiyeti statüsünde derpiş edilmiş olan tecziye harpleri gibi). Bununla beraber bahis mevzuu gurup terkedilmekle bu zecirlerin tatbikinden de kurtulmuş olur. Buna mukabil mutlak zecirler mümkün olduğu kadar yumuşak ve tamamen iadevî mahiyette olabilirler. (Meselâ: Cüz'i para cezaları, hukuk dâvalarında zarar ziyan tazminatı gibi). Fakat bu hal çıkış memnuiyeti olan topluluklar tarafından emredildiği takdirde bu gibi zecirlerden kurtulmak hususundaki hukuki imkânsızlığa bir mani teşkil etmez.

Bilhassa komşuluk üzerine dayanan mahallî toplulukların mutlak zecri teşkilâtlandırma temayülleri vardır. Halbuki iktisadî faaliyet zümreleri veya kâr kasti gütmeyen zümreler ve hiç değilse prensip itibarıyla mistik - vecdî topluluklar sadece meşrut zecir kullanmaya temayül ederler.

Bununla beraber mahallî topluluklardan mada diğer zümreler de mutlak zecir kullanmaya başvurabilirler. Meselâ Aile hattâ yalnız beyti aile değil, karı - koca ailesi dahi bugün bile küçük çocuklarına karşı mutlak zecir kullanmaktadırlar. Diğer taraftan mistik - vecdî zümreler muayyen tarihi devirlerde mutlak zecir kullanan teşekküller halini almışlardı (Kadim cemiyette bazı sihir cemiyetleri, orta çağda Katolik kilisesi böyle idi).

Nihayet iktisadî faaliyet toplulukları dahi bazan bu neviden zecre istinad edebilir (Hindistanda irsi kasıplar, 14 ve 15 inci asırlardaki mecburi meslek teşekkülleri, bugünkü totaliter devletlerde mecburi sendikalar gibi). Bu sebeple siyasi topluluğun veya Devletin diğerlerinden rahatlıkla tefrik edilebilmesi için - ki bunun kıstaslarından biri Devletin

mutlak zecir kullanma hususundaki inhisarî yetkisi idi - ikinci bir kıstasa daha müracaat lâzımdır. Yani Devletin bir mahalli zümreler bloku olmak vasfına. Zira Devleti diğer zümrelerden fiilen tefrik eden unsur, işte bu iki hususiyetin birleşmesi halidir.

VII — Tekçi, Federalist ve Konfederalist zümreler :

Her zümre muayyen bir vahdet derecesine erişmiş bir terkip ve bir muvazene demek olduğundan zümrelerin bu vahdet derecelerine, birleşme derecelerine göre de sınıflandırılması zaruridir. Bununla beraber böyle bir tasnif ancak organize (teşkilâtlandırılmış) zümreler hakkında yapılabilir. Birleşme derecesinin (degré d'unification) temmül mahsulü ve baştan tesbit edilmiş modeller içinde bariz bir şekilde tezahür ettiği yalnız bunlarda vaki olur ki teşkilâtın hak ve yetkileri bu modele göre tertip ve terkip edilir.

Tekçi topluluklar: Bunlar ya sosyabilite şekillerinin doğrudan doğruya bir sentezi mahiyetindedirler, yahut da içlerindeki (talî) zümreler ancak ikinci derecede bir rol oynarlar ve merkezî zümre onlara faik durumdadır. (Bütün ademi merkeziyet nevileri gibi).

Federalist topluluklar : Bunların teşkilâtı talî gurupların bir sentezi halindedir. Bu sentezdeki vahdetin teşekkülünde, talî guruplarla merkezî gurup birbirine muadil değerde görünürler.

Konfederalist topluluklar: Bunların teşkilâtı, da gene talî gurupların bir sentezi durumundadır. Ancak bu sentezde talî guruplar merkezî guruptan daha hâkim vaziyettedirler.

Teşkilâtı, kendisinde meknuz spontane sosyabilite içinde kâfi derecede kök salmış olan (teşkilâtı kökleşmiş olan) her gurup "karmaşık kolektif şahsiyet" (personnalité collective complexe) olarak tavsif edilebileceğine göre, yani merkezî şahsiyet ile kısmî şahsiyetler arasındaki bir muvazene olarak, tek bir suje ile bir şahıslar çokluğu arasındaki münasebetlerin bir sentezi olarak tavsif edilebileceğine göre yukarıdaki tarifler şu düsturlarda ifade edilebilirler :

Tekçi toplulukta merkezî şahsiyetle kısmî şahsiyetler arasındaki muvazene bu karmaşık kolektif şahsiyette merkezî şahsiyet lehine olarak teessüs eder.

Federalist toplulukta, aynı muvazene merkezî şahsiyet ile kısmî şahsiyetler arasındaki bir muadelet lehine teessüs eder, nihayet konfederalist toplulukta bu muvazene kısmî şahsiyetlerin merkezî şahsiyetler üzerindeki faikiyetleri lehine teessüs eder.

Bu tefrikin yalnız Devlete ve Devletler arasındaki münasebetlere tatbik edilebileceğini zannetmek yalmıştır. (Çok zamandan beri, kıstaslar üzerinde anlaşmaya varılamamakla beraber, tekçi devlet, federal Devlet ve Devletler Konfederasyonu tefriki yapılmıştır). Bu tefrik bütün teşkilâtlı toplulukların hepsine tatbik edilir: Akrabalık zümreleri, iktisadi faaliyet zümreleri, kâr kastı gütmeyen zümreler, mistik - vecdi topluluklar.. Bütün bunların hepsi tekçi yahut federalist veya konfederalist olabilirler. Misâl olarak federalist mahiyetteki iktisadi faaliyet zümrelerini zikrederim: Sendika federasyonları, iş borsaları, kooperatifler, karşılıklı yardım teşekkülleri, sermayesi eshama bölünmüş şirketler ve saire. Keza konfederalist zümrelere misâl olarak da umumî iş konfederasyonu ile kooperatifler konfederasyonu zikredilebilir.

*
**

Zümrelerin tasnifinde başvurulan bu kıstaslardan çoğu birbiri ile karşılaştı ki bu da zümre tiplerinin bir hayli çoğalmasına müncer olur. Eğer bundan başka teşkil ettiğimiz tiplerin çok geniş oldukları ve çok defa kendi içlerinde tali tiplere ayrılmaları gerektiği (meselâ, tarikat, mezlek, içtimai sınıf, siyasi fırka gibi bölünme toplulukları birbirlerinden çok farklıdır ve her biri hususî bir tetkiki icabettir) ve bunların içinde buldukları yekûnî cemiyetlerin durumlarına tabi olarak da farklılaşmış nazara alınacak olursa, bu durumun eksiksiz ve canlı bir tablosunu ancak belirli bir devirde belirli bir yekûnî cemiyet tipi içindeki muhtelif zümrelerin müteaddit kesret ve tahavvülünü ampirik bir tarzda tasvir edecek geniş hattâ sosyografik mahiyette anketler temin edebilir.

Zümre tiplerine ait her umumî tasnif şematik ve mücerret kalmaya mahkûmdur. Bu, ancak, bir müşahhas sosyografik araştırma programını temsil eder ve bu araştırmaya ancak bir takım temel taşları, hareket mebdeleri temin eder.

Bununla beraber bu ihtirazi kayıtlar dahi zümre tiplerinin araştırılmasındaki faydayı meydana çıkartmaktadır. Bu durum bilhassa bu tasnifin diferansiyel hukuk sosyolojisi problemlerine tatbiki sırasında fark edilecektir. Filhakika burada tasnif edilen zümrelerden her birine has hukukî kadrolar ve nizamlar tetkik edilecektir.

Diğer taraftan bu mülâhazalarımızdan anlaşılacaktır ki kıymetler bakımından olduğu kadar sosyolojik bakımdan da muhtelif zümreler arasında à priori bir hiyerarşi tesis etmek imkânsızdır. Zira bunlar arasındaki münasebet, hem bunların mensup oldukları yekûnî cemiyetlerin bünyesine tabi olarak hem de her zümreyi teşkil eden çeşitli sosyabilite

şekilleri arasındaki müteharrik muvazeneye tabi olarak değişir. Aynı zamanda her zümre, müşahhas ve tahmin edilemiyen şeraite göre kâh muhtelif nev'iden müsbet kıymetleri kâh menfi kıymetleri tahakkuk ettirebilir. Böylece zümreler sosyolojisi, mahalli topluluklar blokunun (yani Devletin) *à priori* olarak iktisadi faaliyetler topluluğuna hâkim olduğu, buna takaddüm ettiği yolundaki yaygın prejüjeyle son derece şiddetle mücadele etmelidir. Zira hakikatte bunlar arasındaki münasebet, muadelet veya bu bloklardan birinin tefevvuku; bunların teşkilâtlanma nisbetlerine, umumî menfaatin bir cephesini temsil hususundaki mütehavvil kabiliyetlerine ve nihayet iltihak ettikleri cemiyetteki maşeri hukuki inançların tahavvüllerine tabidir. Yalnız yekûni topluluklar (Millet, Milletlerarası camia, Beşeriyet) daima kendi içlerindeki kısmi topluluklara tefevvuk etmek temayülüne sahiptirler. Bu kısmi topluluklar arasında ise devamlı olanların geçici olanlara tefevvuk ettiği söylenebilir. Guruplar arasında, bu zikrettiklerimizden başka, *à priori* olarak hiçbir hiyerarşi tesisi mümkün değildir.

İkinci Kısım

HUKUK KADROLARININ ZÜMRE TIPLERİNE GÖRE FARKLILAŞMASI

İçinde aktif sosyabilitenin hakim olduğu ve bizzat müsbet bir kıymeti tahakkuk ettiren her topluluk kendine has hukuki nizamı tevhit eden bir "normatif vakıa" olarak görünür. Nitekim aynı şartları haiz olan her sosyabilite şekli bir hukuk nev'inin normatif vakıasını teşkil etmektedir. Zümre ise bu sosyabiliteelerin birleştirici bir terkibini temsil etmektedir.

Evvelce işaret ettiğimiz gibi zümrenin teşkil ettiği normatif vakıa, hukuk nevelerinin değil, belki bunların bir hukuk kadrosu veya bir hukuk nizamı içindeki hususi muvazenelerinin kaynağıdır. Bu hukuk kadrosu çeşitli hukuk nev'ilerinin bir mikrokozmu teşkil etmekle beraber birçok hallerde daha ziyade muhtelif nev'i sosyal hukuk çeşitlerinin bir nizamı gibi telâkki edilebilir. Bunun iki sebebi vardır: Evvelâ ferdi hukuk, mutad olarak zümreler arası dış münasebetten doğar (zümreler arası hukuk tıpkı fertler arası hukuk gibi yaklaşma, uzaklaşma hukuku veya muhtelit karakterli hukuk şeklinde olabilir), yahut da farklı zümrelere mensup fertler arası münasebetten doğar. Sonra da gelişmiş hukuki hayatta fertler arası hukuk iki hususi kadro etrafında temerküz etmektedir: Bunlardan biri, siyasî - mülki Devlet zümresidir. (Bilhassa teşkilâtlandırılmış ferdi hukuk), diğeri de iktisadi cemiyettir. (Bilhassa spontane ferdi hukuk).

İstisna olarak ancak şu misâl zikredilebilir: Orta çağda ferdi hukuk kaynağı olarak kanonik hukukun, yani Katolik Kilisesine ait hukukî nizamın kayda değer bir rol oynadığı görülür. (karşılaştırmız: aşağıda: Bölüm IV, Paragraf 4).

Zümre tiplerine tekabül eden bütün diğer hukuk kadrolarında fertlerarası hukukun ancak tohumları tesbit edilebilir ki, izahlarımızın vuzuhunu ve basitliğini muhafaza için bunu bir tarafa bırakabiliriz.

I — Muhtelif zümrelerin hukuk nizamı yaratma hususundaki kabiliyet dereceleri :

Yukarıda zikredilen şartları haiz zümreler dahi bünyeleri itibarıyla hukukî kadrolar yaratmaya aynı nisbette elverişli değildirler. Evvelâ, bu hususta zarurî olan istikrardan mahrum olmaları dolayısıyla geçici zümreler, kalabalıklar, umumî toplantılar, hareket halindeki halk kitleleri, gazi toplantılar ve saire muvazeneli bir hukuk nizamından ziyade bir hukuk nevileri kargaşalığını temsil ederler. Nihayet teşkilatlanmamış olarak kalan zümreler ancak pek büyük müşkilâtla hukuk kadroları yaratabilirler. İstisnai bir devamlılıktan faydalanan zümreler bunun dışında kalır. (Millet, Milletlerarası camia, kendiliğinden husûl bulan iktisadî cemiyet, sinai teşebbüsler gibi).

Fonksiyonlarına göre tefrik edilen zümreler içinde akrabalık toplulukları hukukî nizamı ancak hususî bir güçlkle tevhit ederler. İçinde ahlakî inançların hukukî inançlara hakim durumda olduğu karı - koca ailesinin daha ziyade pasif karakteri muvacehesinde, unsurları iktisadî fonksiyonlarla birbirine bağlı olan beyti aile, asıl manâsiyle bir hukuk kadrosu yaratmaya daha elverişlidir. Mistik ve vecdî zümreler, hukuk kadrolarına kaynak teşkil etmek bakımından birbirine zıt amillerin tesiri altındadır. Bir taraftan bunların muvazeneleri içinde dinî veya sihrî inançlar asıl birleşme unsurunu teşkil etmekle beraber bu zümreleri hukuk yaratma bakımından kıyafetsiz bir hale koyarlar. Diğer taraftan bu aynı mistik inançların yarattığı oldukça sabit ve kuvvetli tecanüs, bu zümrelerin birleştirici ve kurucu terkiibini kolaylaştırır ve böylelikle onların nizamlı bir hukuk kadrosu yaratmaya elverişli kılar.

Bu sebeptendir ki kiliseye ait hukukî nizamlar (yalnız Hristiyan kiliseleri ele alındığı takdirde, kilise hukuku ve daha geniş olarak kanonik hukuk) ve çok kolaylıkla veya çok siddetli olarak gelişir (Meselâ: Kilisenin maddî ve haricî birliği üzerinde ısrar eden Katolik Kilisesinin hali) yahutta daha güç bir şekilde teşekkül eder. (Meselâ: Harici

birliği maşeri mistiklik lehine feda eden Ortodoks Kilisesi ile CALVIN tarafından ıslah edilmiş olan ve sadece müminlerin vicdanlarına, derunî hislerine dayanan Protestan Kilisesi gibi).

Mahalli zümrelere ve faaliyet zümrelerine gelince: - Bu sonuncular iktisadî faaliyet zümreleri olabileceği gibi, kâr kastından arî faaliyet zümreleri de olabilirler. - bunlar, hukuk kadroları yaratmak bakımından aynı nisbette verimli görünürler. Bununla beraber komşuluk esasına dayanan mahallî zümreler faaliyet zümrelerine nisbetle daha müstakar olduklarından ekseriya hudutları daha belirli hukuk kadroları yaratabilirler ve diğer nev'î zümrelerden daha sür'atle organize üst yapılara sahip olabilirler.

Birçok hukukçuların, hukuk yaratmaya veya hiç değilse hukuku beyan etmeye kabiliyetli yegâne kaynak olarak mahallî zümreleri ve daha sarîh olarak bu zümrelerin bloku demek olan Devleti tanımaları, belki de, hakikatte mahallî toplulukların hukuk yaratma bakımından diğer zümrelere nazaran arzettikleri bu ince farkın müşahede edilmesi neticesidir.

Halbuki hukukçuların saplandıkları bu görüş tamamen yanlıştır. Ancak bir nebze hakikat ihtiva eden bu görüş, bu sahada yapılacak araştırmalara uzun zaman engel olan vahim bir hatâyı teşkil etmiştir. Keza ileride iktisadî zümrelerin ifraz ettiği hukukî kadroların müstakil mer'iveti ve ihtilâf halinde bunların Devletin hukukî kadrosu ile muadil değerinde kalması imkânı üzerinde ısrarla durmak fırsatını bulacağız.

Toplulukların, bölünme ve birleşme zümreleri şeklinde veya tekçi, federalist ve konfederalist zümreler şeklinde yahut meşrut veya mutlak zecir kullanan zümreler şeklinde yapılan tasnifleri, bunların hukuk kadroları yaratma kabiliyetleri bakımından yapılabilecek herhangi bir tasnife tekabül etmemektedir. Bizce bu tasnifin hukuk yaratma kabiliyetiyle bir alâkası yoktur.

II — Siyasi, iktisadî ve mistik - vevdî hukuk kadroları :

Hukuk kadrolarının iç yapısı bedihidir ki, bunları yaratan zümrelerin hususiyetlerine göre değişir. Bu bakımdan zümrelerin fonksiyonları, vahdet dereceleri ve hacimleri bakımından yapılacak tasnifin rolü kat'îdir.

Fonksiyonlar bakımından yapılan tasnifte bilhassa enteresan olan

cihet mahalli zümrelerin, iktisadi faaliyet zümrelerinin ve mistik - vecdi zümrelerin hukukları arasındaki farklılaşmadır. Evvelâ, mahalli zümreler tarafından yaratılan hukuk mülki karakteriyle temayüz ettiği halde, diğer iki nev'i zümrenin hukukları bilâkis mülki hudutlar tanımamakla temayüz eder. Mahalli zümrelerin hukuku katılığa, değizmezliğe mütemayildir. İktisadi faaliyet hukuku ise elâstikiyete, oynaklığa ve yumuşaklığa mütemayildir. Bu durum mahallileşmiş hukuk kadrolarına tabii sülhelerin önceden tahmin ve tayini kabil olması vakıasıyla izah edilebilir. Halbuki iktisadi zümrelere tekabül eden hukuki kadrolar, ekseriya beklenmedik bir şekilde ve gayri muayyen bir sülheler çevresine hitabeder. (Meselâ: Kollektif iş mukavelelerinde ve sınaî anlaşmalarda olduğu gibi).

Nihayet "İktisadi Hukuk" ve "Mistik - Vecdi hukuk" (Meselâ: Kanonik hukuk) gibi hukuk kadrolarında hukuki neviden olmanın maşeri inançlar, mülki hukuk kadrosunda olduğundan, daha fazla hakim durumdadır. Bu hal, bilhassa kanonik hukukta görülebilir. Zira burada mistik ve ahlâki unsurlar birbirine sıkıca karışmış durumdadır ve bu yüzden inanç birleşmesi hukuku hâkimdir. İktisadi hukuk kadrolarında ise, (hususiyile işçi - müstahsil zümrelerine tekabül eden hukuk kadrolarında) müşterek gayretin ve maşeri emeğin tesiri hissedilir ki bu hal cemaat hukukunun hakimiyetine elverişli bir zemin teşkil eder. Halbuki müstehlik zümrelerini (veya işsiz kitlelerini) idare eden - hukuk kadrolarında daha ziyade kitle hukuku hâkimdir. Cemaat, hukukun mer'iyetine en müsait içtimaî rabata şekli olduğundan, iktisadi hayatın işçi - müstehlik zümrelerine tekabül eden hukuk kadroları diğerlerinden daha kolaylıkla ve daha kuvvetle zuhur ederler ve Devlet hukuku ile yarış eden iktisadi hukukun gelişme ve teşkilâtlanmasında öncülük ederler.

III — Tekçi, federalist ve konfederalist hukuk kadroları :

Kendilerini tevlid eden zümrelerin bütün hususiyetlerini taşıyan tekçi, federalist ve konfederalist hukuk kadroları içinde muhtelif hukuk nevelerinin birbiriyle birleşmesi, tereküküp şekli daima aynı tarzda vakî olmaz. Meselâ: İnanç birliği hukuku ve kitle hukuku ancak tekçi hukuk kadrolarında bir rol oynar. Halbuki federalist ve konfederalist hukuk kadrolarında zaruri olarak cemaat hukuku hakimdir. Fakat kuvvetli bir hukuki müessiriyet temin eden bu durumun yaptığı müsbet tesir, federalist ve konfederalist hukuk kadrolarının pek formalist karakteri vüziünden zavıflar. Filhakika bu tip hukuk kadroları ancak önceden tesbit edilmiş şekiller içindedir ve elâstiki veya hadsi hukuka hiç veya hemen hemen hiç yer bırakmamaktadır.

Keza bu nevi hukuk kadroları tekçi hukuk kadrosundan daha sathî bir tabakada görülürler. Zira tekçi hukuk kadrosu aynı zamanda her çeşit tesbit tarzına birden dayanır ve böylece hukukî sarahat ve vuzuh bakımından olan kaybını, şiddet derecesindeki fazlalık ile telâfi eder.

Bu mütenakız faktörler karşısında, bazılarının yaptığı gibi (Mese-lâ: PROUDHON) federalist veya konfederalist nizamların, hukuku, tekçi nizamlardan daha fazla muzaffer kıldığını iddia etmek hatalı olacaktır. Diğer taraftan birleşme zümrelerinin terekübü (yani telifçi bir tavrı olan zümrelerin durumu) tekçi hukuk kadrosuna doğru temayül etmektedir, bölünme zümrelerinin terekübü ise (yani mücadeleci bir tavra sahip zümrelerinin hali) daha ziyade federalist veya konfederalist kadrolara meyletmektedir. Bölünme zümreleri (sınıflar, meslekler, sendikalar ve saire) iktisadî faaliyet sahasında diğerlerinden daha fazla yayılmış olduğundan iktisadî hukuk nizamı federal veya konfederal şekil ile daha kolayca bağdaşmaktadır. Buna mukabil mahallî zümreler dâima birleşme zümreleri olduğundan birbirleriyle birleşerek tekçi bir hukukî kadroya temayül etmektedirler. Burada federalist kadro daha güçlülükle tutunur ve konfederal kadro ise ancak istisnai bir hal olarak görünebilir. Hülâsa iktisadî faaliyet zümreleri için karakteristik hukuk kadrosu konfederal tipte olan kadrolardır. Mahallî zümreler için ise tekçi hukuk kadroları esas tipi teşkil eder. Federalist hukuk kadroları ise gerek mahallî gerek iktisadî faaliyet zümrelerinde mümkün olmakla beraber, iktisadî cemiyet içindeki tahakkuku mahallî zümredekine nazaran daha az engelle karşılaşır.

IV — Bölünme ve birleşme hukukî kadroları :

Bölünme ve birleşme zümrelerine tekabül eden hukuk kadroları müessiriyetlerinin şiddet derecesine göre farklılaşırlar ki bu da bunların meydana getirdikleri hukuk neveleri sentezinin birbirine müsavi olmayan mudiliyetlerine tabidir.

Filhakika bir tarikatın, bir sosyal sınıfın, bir mesleğin, bir müstahsiller zümresinin vesairenin hukukî kadrosu fiiliyatta bir kilisenin bir teşebbüsün, bir sanayi şubesinin, bir yekûnî iktisadî cemiyetin hukuk kadrolarından hem daha basit hem daha şiddetli bir hukukî muvazeneyi temsil eder. “ Sınıf hukuku ”, “ Proleter hukuku ”, “ Burjuva ” veya “ Orta sınıf ” hukuku vesaire.. bir birleşme zümresinin hukukî kadrosu ile mukayese edildiği zaman bu bakımdan bilhassa karakteristik hususiyetler arzeder. Proleter hukuku ile Burjuva hukuku arasındaki bir mü-

cadelede, bir çatışmada bahis konusu olan şey sadece bu iki ayrı sınıfın iç hayatını tanzim etmekte olan iki ayrı hukuk kadrosu arasındaki bir ihtilâf olmayıp, aynı zamanda hukukî kıymetlerin birbirinden farklı iki telâkkisi arasında, adaletin birbirinden farklı iki görünüşü arasındaki bir ihtilâftır. İşte maşerî inancın kuvveti, zümredeki birleştirici terkinin basitliği ve bahis konusu kadroların şiddetli müessiriyeti buradan gelir.

Buna mukabil bir birleşme zümresinin hukukî kadrosunun temeli uzlaşma ruhu ile dolu karmakarışik bir terkiptir. İkna kuvveti burada hissedilir bir şekilde zayıflamış bulunur ve buna muvazi olarak bahis konusu olan hukukî kadronun müessiriyet şiddeti de zayıflar. Bununla beraber, bundan, bölünme zümrelerinin hukukî kadrolarının birleşme hukukî kadrosundan daha fazla bir müteberiyete (mer'iyete) sahip olduğu neticesi hiçbir zaman çıkarılamaz. Zira burada aksi istikamette tesir eden daha başka faktörler işe karışır : Filhakika birleşme zümreleri kolayca ve pek fazla genişlerler ve içlerine bölünme zümrelerini de alırlar ve bunların arasındaki ihtilâfları kendi hiyerarşik hukukî kadroları ile muvazene haline sokarlar. Bundan başka bu birleşme zümreleri âmme menfaatinin herhangi bir cephesini temsile muvaffak olurlarsa bunların hukuk kadroları " müşterek hukuk " unvanını da kazanır ki bu da birleşme hukukî kadrolarının diğer bölünme zümrelerinin hukuk kadrolarına hâkim olmalarına yarar.

Nihayet unutmamak lâzımdır ki yekûnî zümreler — ki bunların hukukî kadroları diğerlerinin hepsine hâkimdir — en geniş birleşme zümreleri mahiyetindedirler ve bunlar da fonksiyonüstü içtimai rabıtalılar ile bunlara tekabül eden hukuk nevi hâkimdir. Böylece bölünme ve birleşme zümrelerine tekabül eden hukuk kadrolarından her birinin müessiriyeti birçok mütehavvil faktörlere tabidir ki şiddet faktörü bunlardan sadece bir tanesi olup bunun yegâne müessir faktör telâkki edilmesine imkân yoktur.

V — *Millî ve Milletlerarası hukuk kadroları :*

Şimdiye kadar yalnız kısmî zümrelerin, hususî zümrelerin hukukî tipolojisini tahlil ettik. Fakat yekûnî zümreler de aynı şekilde kendilerine mahsus hukuk kadrolarını yaratmaktadırlar. Burada bahis konusu olan, milletin ve milletlerarası camianın hukuk kadrolarıdır. Beşeriyet ise (ki içinde pasif sosyabilite şekilleri hâkimdir) bir hukuk kadrosu yaratmak bakımından verimsiz görünmektedir.

Millî ve Milletlerarası hukuk kadrolarının müşterek vasıfları her iki-

sinin de fonksiyon - üstü karakterde olmalıdır. Bu durum evvelâ bunlardan her birinin ancak, içlerine katılmış olan muhtelif fonksiyonel hukuk kadrolarının bir kesreti içinde tezahür etmelerini tazammun eder: İktisadi hukuk, siyasi hukuk, milli veya milletlerarası şekli ile bir klise hukuku v.s.. sâniyen bu durum milli ve milletlerarası hukuk kadrolarının bünye itibarıyla spontane halde kalmalarını, kendi bireştirici terkiplerini taazzuv etmemiş hukuk sahasında ancak müteaddid müstakil hukuk kadrolarının delâletiyle tahakkuk ettirebilmelerini tazammun eder. (Meselâ Milletler cemiyetinin taazzuv etmiş hukuk kadrosu yahut Milletlerarası İş Teşkilâtı vesaire gibi).

Nihayet milli ve milletlerarası hukuk kadroları muteberlik bakımından kendi içlerindeki muhtelif kısmi kadrolara tekaddüm ederler. (Meselâ : Milletin hukuk kadrosu Devletin ve iktisadi cemiyetin hukuk kadrolarına tekaddüm eder) ; hattâ bu kısmi zümrelerin hukuk kadroları arasındaki hiyerarşi veya muadeleti tâyin ederler.

Diğer taraftan milli ve milletlerarası hukuk kadroları birleşme kadrolarının evsafını haiz olduklarından hususi bir şiddette tezahür etmekle, elâstiki ve hadsi yollarla tesbit edilmeye bütün diğer nevi kadrolardan daha fazla müsait bulunurlar. Bu itibarla bu iki tip hukuk kadrosunda (yâni milli ve milletlerarası hukuk kadroları) muhtelif hukuk nevelerinin yaptığı terkip bütün diğer hukuk kadrolarındaki terkiplerden daha fazla elâstiki ve hadsi hukuku yaratmaya müsait bir şekilde tezahür eder.

Halin icabına göre bulunan ve bilhassa alâkadarların hukuk yaratıcı vakıayı (millet ve milletlerarası camia vakalarını) kendi vasitasız hadsleriyle sezmeleri neticesinde meydana gelen hukuk, bu tip kadrolarda ; milli veya milletlerarası spontane hukuki kadroyu evvelden tesbit eden örf ve âdetin, andlaşmaların, doktrinin ve tek taraflı tanımların yanibaşında hâkim bir rol oynar.

Şimdi milli ve milletlerarası hukukî kadronun hususiyetlerini ve bunlar arasındaki münasebetleri görelim :

Milli hukuk kadrosunu teşkil eden birleştirici terkipte normal olarak cemaat hukuku birinci derecede rol oynar. Halbuki milletlerarası hukukî kadroda cemaat hukuku ile kütle hukukunun müteakabil rolleri oldukça istikrarsızdır. Ancak bu sahada kütle hukukuna müteveccih bir temayülün mevcudiyeti inkâr edilemez. Milletlerarası hukuka kütle hukuku hâkim olduğu zaman bu hukuk, milli hukuktan daha az müessir olmaktadır.

Eğer sadece bir hukuk kadrosu yaratmak kabiliyeti nazara alınsaydı bu takdirde milli hukukun milletlerarası hukuka faik durumda olduğu neticesine varılabilirdi. Fakat burada evvelce zikretmek fırsatını bulduğumuz diğer faktörler işe karışmaktadır : hukukî kadrolar arasındaki münasebetler meselesinde bu kadroların istikrar ve tesir derecelerinin yanında, bunların hacimleri, adaleti teccüm ettirme kabiliyetleri ve âmme menfaatını temsil etme nisbetleri de işe karışır. Bu bakımdan milletlerarası hukuk kadrosu, fonksiyonlarını hudutlandırıldığı milli hukuk kadrosuna karşı faikiyet kazanacaktır.

Bununla beraber faikiyet faktörleri mütenakız olduğundan ve birbirlerini karşılıklı olarak tahdid ettiklerinden herşey gene bunların istikrarsız muvazenelerine tâbi kalmaktadır : millî hukukla milletlerarası hukuk arasındaki münasebetler mütehavvildir ve bu, milletin ve milletlerarası camianın tecanüs derecesine, bu kadrolarda cemaat veya kütle hukukunun hâkim oluşuna tabi olarak daima değişir. Zira bu faktörler milletlerarası camianın hacminin ve hususî vasıflarının tesirini kâh azaltır, kâh çoğaltır. *à priori* olarak söylenebilecek yegâne şey, milli ve milletlerarası camiaların hukuk kadrolarının birbirlerine eşit müessiriyette olmaları halinde, mülteerarası camia hukukunun diğerine tefevvuk edeceğinden ibarettir.

*

**

Zümrelerin hukukî tipolojisini yapmaya teşebbüs ederken (ki bu tıpkı zümrelerin sınıflandırılmasında olduğu gibi sadece ileride yapılacak müşahhas anketlerin şematik bir programı olmaktan öteye geçemeyecektir, ve ancak bu sınıflandırmada bu gibi anketlere bazı hareket noktaları teminiyle iktifa edilecektir), bütün tahlillerimiz boyunca biz, muhtelif hukukî kadrolar arasında peşin bir hiyerarşi tesisinin imkânsızlığını ispata çalıştık. Bunun yalnız bir istisnası vardır ki o da yekûni hukuk kadrolarının infıratçı kadrolar üzerinde ; ve devamlı kadroların geçici kadro'arı üzerindeki faikiyetleridir. Yoksa muhtelif hukuk kadroları arasındaki münasebetler esash bir şekilde mütehavvildir. Birçok değişken faktörlerin ve bunlar arasındaki müteharrik muvazenelerin durumuna göre bu kadroların kâh bir kısmı diğerine tefevvuk eder, kâh birbirleriyle muvazene halinde kalırlar. Hususiyile Devlet Hukukî kadrosunun diğerlerine faikiyeti hakkındaki köklü prejüjeye muhalif olarak biz, milletlerarası hukuktan başka iktisadi hukuk kadrolarının, kilise hukukunun,, müşahhas şartlar dahilinde siyasî hukuk kadrosu ile yarışmaya müsait bütün va-

sıfları haiz olduklarını, kâh bu siyasi hukuka muadil, kâh faik durumda bulunabildiklerini ispat ettik.

Zümre tiplerinin objektif bir tahlihi bakımından varılması zarurî görülen bu netice, " hâkimiyet prensibi " ile açık bir tenakuz halinde gibi gözükebilir. Filhakika sosyologların bir çoğu, bazı hukukçulardan çok daha fazla bu prensip üzerinde durmaktadırlar. Zira kanaatlarınca bu prensip bütün gerçek cemiyetin vahdeti meselesiyle ilgilidir. Tahlili-mizin neticelerini aydınlatmak için, muhtelif hukuk kadroları arasındaki münasebetler meselesini, sosyal gerçeklik zaviyesinden ele alınan hâkimiyet prensibi bakımından tekrar inceleyeceğiz.

Üçüncü Kısım

" HÂKİMİYET " VE MUHTELİF HUKUKİ KADROLARIN DEVLET HUKUKİ KADROSU İLE OLAN MÜNASEBETLERİ

Hâkimiyet prensibi sırf sosyolojik görüşle şu şekilde tefsir edilebilir : hâkimiyet, her gerçek topluluk biriminde (ünite) teklîğin çokluk üzerindeki nüfuzu, birliğin çokluğa faikiyeti demektir ki bu da merkeze toplayıcı temayüllerin merkezden kaçıcı temayüller üzerindeki üstünlüğüne irca olunur. Bu takdirde her nevi topluluğun, bu topluluğu teşkil eden çeşitli sosyabilite şekillerine nisbetle bir hâkimiyeti vardır. Filhakika kendisini teşkil eden unsurlara ircaı imkânsız bir bütün karakterini göstermeden hiçbir topluluk payidar olamaz. Her topluluk, kendi içindeki unsurlardan ayrı, onlara üstün bir vahdete, bir tecanüse sahiptir. Keza bu bakımdan şunu da kabul etmek lâzımdır ki yekûnî zümreler, kendi içlerine katılmış olan kısmî zümrelere hâkim durumdadır.

Hukuka gelince, burada her hukuk kadrosu kendisini teşkil eden hukuk nevelerine karşı hâkimiyet sahibidir. Keza çok fonksiyonlu hukukî kadrolar tek fonksiyonlu hukuk kadrolarından üstün durumdadır. Ve nihayet fonksiyon - üstü hukukî kadrolar (Milletin ve Milletlerarası camianın hukukî kadroları) bütün diğer kadrolara hâkim vaziyettedir. (Meselâ Devletin, iktisadî cemiyetin., hukuk kadrolarına)

Bu basit mülâhazalar iktidar ile hâkimiyet arasında bir tefrik yapmak ve hâkimiyet mefhumunun içinde de *mutlak ve nisbi hâkimiyet* nevelerini birbirinden ayrt etmek için kâfidir. Filhakika bu şekilde anlaşılan hâkimiyet, iktidar (nouvoir) ile aynı şey demek değildir. Belki sadece onun bir tavsif şeklidir, bir vasfıdır. Umumiyetle sosyal iktidar veya içtimai kudret, sosyal bütünün kendisini teşkil eden unsurlara irca edile-

mevşinin bir tezahürüdür. Bu itibarla sosyal iktidarın ilk ifadesi zümrelerde değil belki karşılıklı nüfuz ve kısmi kaynaşma şeklindeki içtimai rabitalarda tezahür eder. Yâni sosyal iktidar kütleye, cemaata ve inanç birliği rabitalarına taallûk eder ki bunlar kendi üyeleri üzerinde derecesi muhtelif olmakla beraber belirli bir baskı icra ederler. Mikrososyolojik çapta olan bu kudret daha doğrusu bu kudretler iki sebepten dolayı "hâkimiyet sahibi" olarak tavsif edilemezler : Evvelâ spontane içtimai rabita içinde ("perspective'lerin müteabiliyeti" muvacehesinde) bütünün, bu bütüne katılanlar üzerinde bir faikyeti bahis konusu olamaz. Saniyen organize içtimai rabitanın spontane içtimai rabita üzerinde herhangi bir faikyeti yoktur.

Şu halde iktidarın hususî bir vasfı olarak ele alınan "hâkimiyet", ancak mikrososyolojik mikyastan çıkılıp makrososyolojik sahaya geçildiği takdirde ortaya çıkabilir. Zümrelerin bu hâkimiyetlerinin birbirinden farklı derecede olduklarını görmüştük. Zira yekûnî cemiyetin hâkimiyetinden gayrı olan bütün diğer zümrelerin hâkimiyetleri ancak nisbî hâkimiyet mahiyetindedirler. Böylece mutlak hâkimiyete ancak millet ve milletlerarası camia gibi fonksiyon-üstü zümreler sahip olabilirler.

Zümrenin mutlak veya nisbî surette hükümrân olan sosyal iktidarı, mistik veya dinî neviden değil de sırf hukukî neviden inançlara dayandığı nisbette, zümrenin hukukî kadrosunun, daha doğrusu zümre sosyal hukukunun bir fonksiyondan ibaret kalır. Hattâ normal olarak her nevi sosyal kudret hâkimiyetinin, aslında, temelinde bir hukuk hâkimiyeti olduğu söylenebilir. Bir hukukî kadronun, kendi içinde birbirleriyle denkleştirdiği muhtelif sosyal hukuk neveleri üzerindeki hâkimiyeti veya diğer hukuk kadrolarına tekaddüm eden onlara faik olan bir hukuk kadrosunun hâkimiyeti gibi.

Bu sebeptendir ki sosyolojik tahlil, asıl hâkimiyet probleminin hukukî hâkimiyet meselesi olduğu neticesine götürür ve bu hâkimiyet daima yekûnî zümrelere taallûk eder. Mesele bu şekilde anlaşılınca, hâkimiyet prensibi, bizim siyasi hukuk kadrosu ile iktisadi hukuk kadrosu arasında baştan tesis edilecek bir hiyerarşinin imkânsızlığı yolundaki fikrimizi teyid etmekten başka bir netice vermez. Siyasi ve iktisadi hukuk kadroları arasında mevcut olan bu bir hayli değişken münasebetler yalnız millet ve milletlerarası camianın hükümrân durumdaki hukuk nizamı vasıtasıyla tanzim edilirler. Filhakika bunlar kendilerinin ihata etmiş oldukları bu fonksiyonel ve kısmî hukuk kadroları arasında, muhtelif zamanlarda, kâh birinin diğerine faikyeti kâh birbirleriyle muadeleti şeklinde bir münasebet

tesis etmeğe kadir, mutlak hukuki hâkimiyete sahip yegâne yekûni zümreleri teşkil ederler.

Böyle olmakla beraber, mesele şu sebepten dolayı karmaşık bir hal almış gibidir : hâkimiyet prensibi, yekûni zümrelerin hukuk kadrolarının Devlet nizamına bir üstünlük tanıdıkları tarihi bir devirde ele alınmış ve işlenmiştir. Bu, modern mülki devletin kurulma zamanıdır. Modern mülki devlet, bir taraftan mahalli zümre vasfında olmadığı halde bir devlet karakterine sahip olduğunu iddia eden Kilise ve Mukaddes Roma İmparatorluğu gibi teşekküllerle, diğer taraftan da kendi dahilindeki feodalite ile mücadele ederek meydana gelmiştir.

Mülki devlet, kendi hâkimiyetini ilân ederken daha ziyade kendisinin mutlak zecir kullanmak inhisarını müdafaa ediyordu. Yani bir devlet karakterini haiz olduğunu iddia eden harici teşekküllere karşı istiklâlini ve aynı iddiada bulunan dahili zümrelere karşı faikiyetini isbat etmek istiyor, kısacası mutlak zecir istimâline yalnız kendisinin yetkil olduğunu ilân ediyordu.

Devletin fiili bir hususiyeti olan ve alışılmış bir terminolojiye uyularak kendisine " Siyasî Hâkimiyet " denebilen bu mutlak zecir inhisarından tamamen başka bir şey olan " Hukukî Hâkimiyet " i hiçbir suretle tazammun etmemekte idi. Filhakika devletin mutlak zecir inhisarını daima onun hukuki yetkileri çevresi içinde istimâl edilirdi ve gene de öyledir. Devletin bu hukuki yetkileri ise, mütemadiyen kendilerini tadil eden, kâh genişleten kâh daraltan yekûni zümrelerin hukukî kadrolarına tâbi kalmaktadır. Bu yekûni zümreler hukukî bakımdan yegâne hâkimiyet sahibi olmakla beraber hiçbir vechile mutlak zecir istimâl etmezler. Devlete hem hukukî hem siyasî hâkimiyet atfetmek temayülü (âdetâ yetkiler yetkisi) sadece bir rüyet hatâsıdır.

Bu hatâ, bir taraftan Devlet yetkilerinin genişlemesinin diğer taraftan siyasî hukukun nisbi bir üstünlük kazanışının tarih bakımından aynı zamana raslamasından doğan bir zehabın neticesidir. Halbuki devlet yetkilerinin bu genişleyişi o zamanki yekûni zümreler hukukunun bu yetkileri devlete tanımış olmasından mütevellittir ve siyasî hukukun bu nisbi üstünlüğü her zaman için bir katıyet ifade etmez. Devletin nevi hususiyetinin " mutlak zecir inhisarını elinde tutan bir mahalli zümreler bloku " olarak belirmesi, aslâ onun hukukî üstünüğe sahip olmasından doğmuş bir şey değildir.

Aynı rüyet hatâsı aksi istikamette de meydana gelmiştir : XX nci

asır başlangıcında bazı hukukçular, devletin hukuki yetkilerinin gittikçe daha fazla tahdidi yolundaki temayülü hissedince (Milletlerarası ve Sendikal Teşekküller tarafından), “ hâkimiyet prensibinin artık ömüştüğünü ” ilânda isticâl ettiler. Bunlar muhtelif hukuk nizamlarından herhangi birinin üstünlüğünün zail olup bir başkasının üstün duruma geçmesinin hakikatte yekûnî zümrelerin hukukî hükümranlığını teyid eden bir vakia olduğunu ve bu hükümranlığın hiç bir veçhile Devletin siyasi hükümranlığına halel vermediğini, yani devletin bu mutlak zecir kullanma inhisarını kendi değişken hukukî yetkileri çerçevesi içinde kullandığını ve bu hukukî yetkiler sahasındaki değişmelerin ise devlete tâbi bir şey olmadığını unutuyorlar.

Hülâsa hâkimiyet prensibi, gerek hukukî nizamların tevhidî meselesi dolayısıyla sosyolojik ve hukukî bakımdan, gerek devletin nevi hususiyeti meselesi dolayısıyla siyasi bakımdan kendisinden vazgeçilmesi imkânsız bir prensip olmakla beraber ; bu, hiçbir veçhile zümreler ve bunlara tekabül eden hukuk kadroları arasında peşin bir hiyerarşinin vücudunu tazammun etmez. Bilâkis bu prensip, bu sahadaki devamlı altüst olmalara ve değişmelere açık kapı bırakır.

Bununla beraber bütün bu mülâhazaların yalnız yaygın bir halde bulunan, teşkilâtlandırılmamış hukukî hâkimiyete taallük ettiği, buna mukabil muayyen bir organda temerküz edip bu organ tarafından şuurlu ve müteemmil bir surette ifade edilen hukukî hâkimiyet meselesini bir tarafa bıraktığı yolunda bir itiraz varid olabilir. Kâfi derecede tekâmül etmiş her cemiyet, hukukî hâkimiyetin bu temerküzü ve teşkilâtlanması vakiasıyla temayüz etmez mi ? Biz buna şöyle cevap veriyoruz : bu mesele ancak, millet ve milletlerarası camiada meknuz hukukî nizamların, cemiyetteki siyasi ve iktisadi hukuk kadrolarına hukuken müsavi değer tanımış olmaları halinde bahis konusu olabilir. Binaenaleyh hukukî hâkimiyeti ifade etmek, formüllestürmek için kazaî mahiyetteki muadil teşekküllerin zaruriliğini kabul etmek icabeder. Yani milletin ve milletlerarası camianın spontane hukukunu tefsire yetkili bir nevi yüksek mahkemenin zaruriliğini.

Bilâkis, yekûnî zümre hukuk kadrolarının, kısmî zümrelerden birine bir hukukî üstünlük atfettikleri devirlerde (meselâ orta çağda Kiliseye, XVI - XIX uncu asırlarda Devlete) hukukî hakimiyeti tefsir ve temsile yetkili organlar işte bu kısmî zümrelerdir. Ancak bu, bahis konusu olan hukukî hakimiyete, behemahal bizzat bu kısmî zümrelerin sahip olması demek değildir. Zira her ne şekilde olursa olsun, fonksiyon - üstü huku-

ki hâkimiyet yekûni toplulukların içinde yaygın bir halde mevcut olmakta devam eder. Hattâ millet ve milletlerarası camianın hükümler hukukî kadrolarının devlete bir imtiyaz bahşetmiş oldukları devirde dahi, bunun devlet-dışı muhtelif hukuk kadroları ile münasebetleri birbirinden farklı şekiller alabilir.

Bu bakımdan sosyal hukuk kadroları içinde birbirinden farklı dört tip tefrik edilebilir ki, bu suretle ikinci bölümde yapmaya teşebbüs ettiğimiz “zümrelerin hukukî tipolojisi” itmam edilmiş olur:

I — Saf ve müstakil sosyal hukuk kadroları :

Bunlar ihtilâf vukuunda devlet hukukuna muadil veya ona faik olabilirler: Fonksiyon-üstü milli hukuk, milletlerarası hukuk, Roma Kilisesi hukuku (ecclesiastique) ve devletten ayrıldıktan sonra diğer kiliseler, nihâyet muhtar bir şekilde teşkilâtlandırılmış bir iktisat rejimi altında infiratçı ve kısmî karakteri bırakıp müsterek hukuk halini kazanmış olan iktisadi hukuk gibi.

II — Saf fakat devlet himayesine tabi sosyal hukuk kadroları :

Bu gibi sosyal hukuk kadroları mutlak ve muhtar bir zecir kullanılmaya hâkkına sahip değildirler. Fakat ihtilâf halinde Devlet hukukî nizamı önünde eğilir ve yerlerini ona terkederler. Dışarıdan bakılınca bu kadroların “Hususi Hukuk” sahasına yerleştirildikleri görülür. Bu hususi hukuk ve amme hukuku tasnifi ise evvele gördüğümüz gibi Devletin değişken tasarruflarına tabidir. Bugün akrabalık zümrelerinin, kâr kâşî gütmeyen faaliyetlerin, ve hatta bugünkü rejimde infiratçı karakter arzeden iktisadi faaliyetlerin çoğunun hukukî kadroları bu vaziyettedir. Bunlar sayıca pek çoktur.

III — Muhtar fakat Devlet tarafından ilhak edilmiş sosyal hukuk kadroları :

Bunlar “ademi merkezîyetle idare olunan amme hizmetleri” sıfatıyla Devlete iltihak ederek yahutta sadece amme hukukunun imtiyazlı sahasında yükselmek suretiyle Devletin hizmetine girmiş olan hukuk kadroları olabilir. Bu iltihakın, mahdud saha mahalli zümrelere taallüku halinde (komünler, Belediyeler, Kaza ve Vilâyet meclisleri ve saire gibi; yani mahalli müstakil idareler veya arazi sahiplerinin sendikal cemiyetleri gibi) bu iltihak pek dikkati çekmez. Çünkü Devlet zaten mahalli zümreler bloku olarak kabul edilir. Tamamen teknik fonksiyonlar

ifa eden bizzat Devlet organlarının ademi merkezîyeti (öğretim müesseseleri, Münakale ve Posta Telgraf Müesseseleri, Hastahaneler gibi) aynı şekilde Devlet tarafından ilhak edilmiş muhtar hukuk kadroları şeklinde cereyan eder.

Halbuki iktisadî faaliyet zümrelerinin (Meselâ: Mesleki Sendikaların), kâr kasti gütmeyen zümrelerin (Sigorta ve Yardım Sandıkları) nihayet İmparatorluk ve Papalık zamanında mistik - vecdî zümrelerin Devlet tarafından ilhaki ise daha fazla göze çarpar. Çünkü bütün bu zümreler mülki mahiyette değildir. Bunların Devlet çarkına sokulmalarını, bir mahalli zümreler bloku olan Devletin inhisarî bir şekilde sahip olduğu mutlak zecir yetkisi sayesinde bunları kendi içine almış olması demektir. Totaliter Devletlerde resmî ve mecburî sendikalar rejimi, sendikaya gireceklere dışardan emredilmiş ve onlara hükmetmek için teşkilâtlandırılmış bir sistem olmakla, bu bakımdan bilhassa karakteristiktir.

IV — Devlet hukukunda temerküz etmiş olan ve evsafını evvelce gördüğümüz sosyal hukuk kadrosu:¹

Aşikârdır ki, hepsi zümre tiplerine tabi olarak tefrik edilmiş olduğundan, bu kadrolardan her biri muhtelif hukuk neveleri arasında müteharrik bir muvazeneyi temsil eder ve bilhassa kitle, cemaat ve inanç birliği şeklindeki hukuk neveleri arasındaki bir muvazeneyi ifade eder. Keza müşahas tarihi şartlara ve gerek Millet'in, gerek Milletlerarası camianın hâkimiyet sahibi olan hukuk kadrolarının tahavvüllerine göre Devletin himayesine tabi veya Devlete mülhak hukuk kadroları, kâh saf ve müstakil sosyal hukuk nizamına doğru, kâh aksi istikamette yani Devlet hukukuna doğru gelişirler. İşte kâh beytî - siyasî zümreyi, kâh Kiliseyi, kâh Devleti, kâh iktisadî cemiyeti diğerlerinden daha fazla hukuki üstünlüğe sahip gösteren veya bu çeşitli zümre hukuklarından bazılarının birbirlerine muadil değerde olduklarını kabul ettiren amil bu mütevassıt hukuk kadrosunun daimi kaynaşmaları şu veya bu istikamete teveccüh etmeleridir. Fakat burada bizim tahlilimiz zümrelerin hukuki tipolojisinin hududuna gelir dayanır ve bizi yeni bir meseleyi tetkike sevkeder: Yekuni cemiyetler'in hukukî tipolojisi meselesine.

Önümüzdeki bölüm buna tahsis edilecektir.

1) Bu tasnif ile ilgili daha fazla tafsilât için "İdeé du Droit Social" adlı eserimin 53 - 95 inci sahifelerine bakınız. Bununla beraber orada hukuk nevi ve kadroları tefrik edilmiş değildir.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

DİFERANSİEL HUKUK SOSYOLOJİSİ (Devam)

(Yekûni cemiyetlerin hukuki tipolojisi)

Her yekûni cemiyetin muhtelif cephelerinin ve iç âleminin sonsuz karmaşıklığı ve zenginliği - "külli sosyal hâdiseler" in tezahürleri - muayyen bir sosyal faaliyet şekli esas olarak alınmadan bu cemiyetlerin sosyolojik bir sınıflandırılmasının yapılmasına mani teşki etmektedir. Demek ki, yekûni cemiyetlerin sınıflandırılması, bu tasnifin iktisadi, dini, ahlâki veya hukuki ilâh... hâdiseler üzerindeki tesirleri bakımından yapılmasına göre birbirlerinden hayli farklı neticeler verecektir. Şimdiye kadar teşebbüs edilen müteaddit sınıflandırma denemelerinin tatminkâr neticeler verememiş olmaları; tekâmülcü prejüjelerden sarfnazar, bilhas- sa sosyal realitenin bütün cephelerinin tetkikinde muteber olacak tek bir tipoloji bulmak isteyen tekçi iddialardan dolayıdır¹. (Şimdiye kadar teşebbüs edilmiş olan sınıflandırma denemeleri şunlardır : (Bu gayretlerin mufassal bir izahına M. STEINMETZ'de rastlanır: *Année Soc.*, 1900, III. e V. buna GRAEBNER'in, SCHMIDT'in ve COOPERS'in "medeniyet devreleri" doktrinlerinin tahlili ve FROBENIUS'un ve SPENGLER'in "kültürel morfoloji" nazariyesi ilâve edilebilir ki MAUSS bir tebliğinde bu nazariyenin kısa fakat kuvvetli bir tenkidini yapmıştır: (*Sur les Civilisations*, cf. *Prem. Sem. Int. de Synthèse* 1930).

Biz, böyle tek bir tipoloji aramanın imkânsızlığını kabul ederek ve "külli sosyal fenomenler" in her türlü tasnifinin esaslı bir şekilde pragmatik mahiyette olduğunu, yani takip edilen gayeye göre müteaddit tasnif şekillerine cevaz verdiğini nazara alarak hukukî olaylar zaviyesinden yekûni cemiyetlerin bazı şematik tiplerinin tetkikine başlamakla iktifa edeceğiz. Bu tipler daha ziyade ileride yapılacak araştırma istikametine örnekler teşkil edecek şekilde inşa edilmişlerdir. Bu tipler hiçbir veçhile, ne kat'i neticelere varıldığını, ne en ince noktalara kadar inildiğini, ne de müşahhas hukuk tarihinin ve umumiyetle kültür tarihinin yerine kâim olduğunu ifade etmektedir. Filhakika muhtelif yekûni cemiyetlerin bütün gerçekliğini onların ferdileşmiş hususiyetleri içinde izaha kadar yegâne ilim dalları bu sonunculardır.

Yekûni cemiyetleri, bunların hukuk sistemleri üzerlerindeki tesirleri, inikâsları bakımından yedi farklı tipe tefrik ederken biz başlıca iki

1) Müellif bilâhara bu fikrini değiştirmiştir: "Déterminismes Sociaux et Liberté Humaine" Paris, 1955. sh: 197 (Çeviren).

kıtası esas olarak aldık: Bunlardan biri, her yekûni cemiyet tipi içindeki muhtelif hukuk kadrolarından hangisinin değerleri üzerinde hukukî üstünlüğe sahip olduğu hususudur (ki bu MAX WEBER tarafından ısrarla ileri sürülmüştür), diğeri de muhtelif cemiyetlere mahsus iktidar ve hukuk anlayışlarındaki mistiklik ve rasyonellik nisbetidir. (karşılaştırmız: MAX WEBER *Wirtschaft und Gesellschaft* 1922) WEBER bu bakımdan iktidar tipleri arasında "Charismatique" veya an'anevi (hususile patrimonial) iktidar ile rasyonel iktidardan birbirinden tefrik eder. Hukuk sistemleri arasında da tamamen tabiat-üstü ile dolu (sihrî veya dîni olsun) hukuk sistemleriyle nisbeten rasyonelleşmiş hukuk sistemlerini (şekilde "usülde" veya muhtevada "madde" de rasyonelleşmiş hukuk sistemleri ki bu sonuncular ekseriya patrimonial keyfilikten veya dinî meşhurların kalımlarından kurtulamamıştır) ve bir de hem şekli hem maddi bakımdan tamamen rasyonelleşmiş yani hukukta mündemiç bir surî mantığın yardımı ile dünyevileşmiş hukuk sistemlerini birbirinden tefrik eder.

Keza WEBER hukukun, Peygamberler ve Kâhinler tarafından, müçtehitler tarafından (ister mahkeme tatbikatında teessüs eden içtihatlar şeklinde olsun, ister ilâhiyat mektepleri tarafından yaratılan içtihatlar halinde olsun), patrimonial iktidarların sahipleri tarafından, nihayet ihtisas mekteplerinde yetişmiş bir hukukçular bürokrasisi tarafından vaz ve tatbik edildiğine göre farklı bir karakter arzettiğine işaret etmiştir. WEBER'in pek telkini ve derin buluşlarında noksan olan cihet bu kısmi hatta dağınık tiplerin, kısmi zümreler arasındaki muvazeneye tabi olarak teessüs etmiş olan yekûni cemiyet tipleri içindeki bütünleşmeleri, bu cemiyet tiplerine katılımları keyfiyetidir.

Biz kendi tasnifimizde WEBER'in kıymetli müktesebatından faydalanmaya çalışmakla beraber bu esaslı noksanı tamamlamaya gayret edeceğiz. Keza geri cemiyette mahalli zümreler daha pek yeni yeni görünmeye başladığından ve klan aynı zamanda hem aile hem Devlet hem Kilise mahiyetinde olduğundan zümrelerin bizim tefrik ettiğimiz tiplere göre tasnifi henüz tahakkuk etmemiştir. Klanda yalnız sihrî kardeşlik birliklerinin klanda erimeyen bir varlığı sezilebilir. Bunun için klan gibi bir cemiyetin bünyesinin birbirinin aynı parçaların tekrarlanmasından meydana geldiğine ve bu durumun geri cemiyetin farik vasfı olduğuna işaret eden DURKHEİM'in keşfettiği bu hususiyet doğru olarak kalmaktadır. Bu itibarla geri cemiyetin hukukî tipolojisi muhakkak ki, en iyi şekilde DURKHEİM mektebi tarafından tetkik edilmiş olduğundan biz bunların vardığı neticeleri hülâsa etmekle iktifa edeceğiz.

Biz bütün bu noktaları nazan itibare alarak yekûni cemiyetler içinde aşağıdaki hukuki tipleri tefrik ediyoruz :

1 — Çok parçalı cemiyetlerin sihri - dinî temele dayanan hukuk sistemi.

2 — Dini - Charismatique bir prensip sayesinde mütecanisleştirilmiş cemiyetlerin hukuk sistemi.

3 — Beyti - siyasi zümrenin faikiyeti ile mütecanisleştirilmiş cemiyetlerin nisbeten rasyonelleşmiş, aklileşmiş hukuk sistemi.

4 — Feodal cemiyetin yan mistik - yan aklileşmiş bir temele dayanan hukuk sistemi.

5 — Site veya İmparatorluğun üstünlüğü ile idare edilen cemiyetlerin kuvvetli bir şekilde aklileşmiş hukuk sistemi.

6 — Mülki Devletin ve ferdi irade muhtariyetinin hakim olduğu cemiyetlerin tamamen dünyevileşmiş ve aklileşmiş hukuk sistemi.

7 — İktisadi faaliyet zümreleri ile mülki Devletin yeni bir muvazene şekli yolunda mücadele ettikleri bugünkü cemiyetin intikal devrine has hukuk sistemi.

Aşikârdır ki, bu tiplerden her biri için değişik coğrafi bölgelerde müteaddit tarihi misaller verilebilir ve teferruata kadar inmek icabederse herbir tipin içinde bütün bir tali tipler serisinin tefrikini yapmak icap eder. Bundan başka bu tiplerden her biri (bilhassa tasrih etmeden bıraktığımız sonuncu tip müstesna) tarihi realite içinde saf bir halde bulunmaz. Zira sosyolojik tipler birbirleriyle girift bir halde bulunurlar ve birbirleriyle farklı şekillerde birleşirler. Esasen muayyen bir nisbette mücerret ve umumî kalarak, tarihçinin müşahhaslaştırma işinde ona bazı hareket noktaları temin etmek, sosyolojik tiplerin hem kuvvetini hem de hududunu teşkil eder.

1 — Çok parçalı cemiyetlerin sihri - dinî temele dayanan hukuk sistemi :

Geri yekûni cemiyet tipi kabiledir. (Tribu, phatrie, curie) kabile, klan denen (Genos ve Gentes) birbirlerinin aynı parçaların tekrarlanmasından meydana gelir. Klanların ve kabilelerin dinî bir temeli vardır. Alâmetleri kendi Tanrıların temsil eden Totemlerdir ki, bunlar bu To-

temlere katılır ve mistik bir şekilde onunla birleşirler. Burada aile zümresi, mistik - vecdî zümreden farklılaşmamıştır. Zira akrabalık ve bunun neticesi olan exogamie aynı Totemle irtibattan ibarettir. Klan daima bir köy cemaati olmadığından mahalli zümre belirli bir şekilde çizilmiş değildir. Dini zümre kısmen de olsa beytî mahiyette olduğu nisbette iktisadi zümreyi içine aldığı gibi, aynı şekilde mahalli zümreleri de masseder. Bu şartlar içinde bütün hukukî nizamı klan ve kabiledaki müşterek sosyal hukuka irca etmeye meyledilir. Öyleki bu sosyal hukukun dini bir temeli vardır, bu hukuk mukaddes mahiyetteki "Tabou" lara dayanır ve fertler arası hukukun her nevinden aridir; her türlü elâstikiyet, devir ve intikal kabiliyeti ve oynaklıktan mahrumdur, hattâ infiratçı karakterde olan sosyal hukuk nevilerinden dahi mücerrettir.

Bununla beraber kabilede yaygın bir halde bulunan ve tabiat-üstü mukaddes mefhumlarla meşbu olan hukukî hâkimiyetin Totemli klanlara ve bunların hukukî kadrolarına bir üstünlük izafe ettiği söz götürmezse de; geri cemiyet modern etnoğrafların ispat ettikleri gibi hiçbir veçhile sadece klanlara irca edilemez. O son derece daha karmaşık görünür: Geri cemiyetin içinde müteaddit kardeşlik cemiyetleri, yaş ve cins zümreleri, erkeklere mahsus evler, kulüpler, gizli cemiyetler ve saire vardır ki, bunlar kâh bir klan içinde tezahür ederler, kâh bütün kabileye yayılırlar. Bunların da temelini aynı şekilde tabiat üstüne olan inanç teşkil eder. Fakat bu mukaddes ve transandantal mahiyette ve kendisine itaat talep eden bir tabiat üstü değil; belki sihri, eşyada mündemiç, istimalle emredilmeye hattâ yaratılmaya elverişli bir tabiat üstüdür. (Melanezya'da tetkikat yapan CONDRINGTON'un işaret ettiğine göre M a n a muhtelif isimler altında birbirinden pek farklı geri cemiyetlerin hepsinde mevcuttur).

Kollektif sihri mana - kardeşlik cemiyetlerinin infiratçı karakterdeki sosyal hukukunun temeli - bu cemiyetleri dini tabuların hakimiyetinden kısmen kurtarır. Sihrin bütün tehlikeli faaliyet ve işlerle olan alâkası muayyen iktisadi faaliyetlerin demircilik ve askerlik sanatının kardeşlik cemiyetlerinde temerküzünü kolaylaştırır. Sihri kardeşlik cemiyetlerinin faaliyet şekillerinin ve nizam kaidelerinin klanın iktidarına karşı teşkil ettikleri tahditlerden fertler faydalanırlar, ve fazla olarak, muhtelif derecelerde ferdî m a n â 'ya sahip olan fertlere, bu tahditler sayesinde kendi "nüfuz" larını göstermeye ve kardeşlik cemiyetlerinde yüksek mevkiler işgal etmeye, devri kabil şeylere sahip olmaya, teahhüt altına girmeye ve mübadelede bulunmaya imkân bulurlar. FRAZER,

MAUSS, GRANET, MALINOWSKY, HUVELİN'in çalışmaları geri cemiyette sihrin hukuk ve iktisat üzerindeki etkilerinin muhtelif cephelerini meydana çıkarmıştır. Filhakika bu etkilerin bakıyelerine pek eski Roma, Yunan, Cermen, Çin ve Hint hukuklarında da raslanır.

Bazı müesseseler sihirle dinin müşterek tesirlerinin bir halitasını temsil eder. Meselâ insan hayatının masuniyetini himaye eden ceza hukuku, keza sihrî kardeşlik birliklerinin klan üzerinde nüfuz kazanması neticesinde Devletin ve Kraliyet iktidarının teşekkülü vakıası gibi. Bu halde sihrî kardeşlik birliğinin şefi dine bağlı bir rahip - kral haline inkilâp etmiştir. Muhakkak olan şudur ki geri cemiyetin hukuk sistemi sihir ve dinden ibaret çift bir temele dayanmaktadır. Din ve sihir arasında kâh zıddiyet, kâh karşılıklı nüfuz hâkimdir. Fakat daima Totemli klanın mukaddes hukukuna bir üstünlük tanınmaktadır. Bu mukaddes hukuk, gerek sihrî kardeşliklerin infıratçı hukukuna, gerek fertler arası veya zümreler arası hukuka üstün durumdadır ki, bunların hepsi sihrî m a n a'dan ilham almaktadır. (Essais de Sociologie 1938 adlı eserimdeki Magie et le Droit adlı etüdümle karşılaştırmız).

Çok parçalı cemiyetlerin hukuk sisteminin dini-sihrî bir temele dayanması bu sistemin aşağıdaki karakter hususiyetlerine sahip olmasını intaç eder :

a) Bu cemiyette her nevi iktidar ya dinî (klanda) ya sihrî Charismatique mahiyettedir. (Sihrî kardeşliklerde iktidar elinde tutanlara has tabiat-üstü bir faikiyet ki, Devletin kuruluşundan sonra bu üstün kuvvet kraliyeti elinde tutanlara geçer.)

b) Hukuku tesbit, tatbik ve teyid eden tasarruflar esrarengiz bir karakterdedir. (Mucizeler, hukukî kehanetler Tanrı veya m a n a adına hukukun " vahy suretiyle " bildirilmesi, ordalı ve ilâhî dövüşme (adli dövüşme), sihrî temizlenme, dinî kurbanlar, büyüler, lânetlemeler, beddualar, sihrî eşyalar veya sözlerle bağlanma ve saire).

c) Bir şeyin herhangi bir şekilde mülkiyet konusu olması, tabiat üstü bir kuvvetin ona nüfuz etmesinden ibarettir. Devir ve ferağı caiz olmıyan şeylerde, bilhassa gayri menkul mülkiyetinde bu tabiat üstü kuvvet dinî mahiyettedir. Devri caiz şeylerde, hususile menkul mallarda ise bu kuvvet sihrî karakterdedir.

d) Geri cemiyetin sosyal hukukunda inanç birliği hukuku; ferdi hukukunda ise muhtelif karakterdeki mukavelevî hukuk değil, belki yaklaşma (hibe gibi) yahut uzaklaşma (mücadele) hukuku hâkim durumdadır.

M. FAUCONNET mesuliyet hakkındaki pek tanınmış eserinde (Responsabilité 1920) geri cemiyette mesuliyet müessesesinin dini sihrî inançlarla olan alâkasını sarahatle ve derin bir nüfuzla meydana çıkarmıştır. FAUCONNET yalnız şuur ahibi fertlerin değil, aynı zamanda çocukların, delilerin, cesetlerin, hayvanların, hattâ aletlerin mesul tutulduklarına işaret ediyor. Mesuliyet doğurucu durumlar bir ibadet kaidesini (veya jestini) yahut bir haram kaidesini ihlâl eden fiille her türlü temastan ileri gelen kirlenme vakıasından ibaretti. Bu temasm ihlâl vakıasıyla herhangi bir illiyet münasebeti içinde olup olmamasının ehemmiyeti yoktur. Kollektif mesuliyetin suçlu ile ailevî yakınlığı veya komşuluk münasebeti olanlara da şamil olmasının, bunların da cezalandırılmalarının hikmeti bu idi.

FAUCONNET, geri cemiyette “mesul” ün, tecavüze uğramış olan maşeri vicdanın gazabını boşaltacağı bir hedef, bir “bouc emissaire” olduğu neticesine varır. Burada mesuliyetin rolü “bir tatbik mahalli bulup cezanın tahakkukunu mümkün kılmak” olacaktır.

Bununla beraber L. LEVY - BRUHL'ün iptidai zihniyet üzerindeki dikkate değer çalışmalarından faydalanarak şu noktayı da ilâve etmemiz lâzım gelecektir: Bu zihniyette illiyet fikrinin bizimkinden tamamen farklı olduğu ve iptidai illiyet telâkkisinin yakın sebeplerin cabili kalarak daima mistik sebepler, ilk sebepler peşinde koştuğu malûm olduğuna göre, geri cemiyetlerde mesuliyet doğurucu durumlarda bu manâda bir illiyetin mevcut olmadığı hiçbir veçhile kabul edilemez. Bu mistik illiyet, şuurlu faillere atfedilebildiği gibi, şuursuz faillere, çocuklara, delilere, cesetlere, âletlere, hayvanlara ve sairaya de izafe edilebilir.

MAUSS ve DAVY'nin trampalar, hibeler ve mukaveleli münasebetlerin tohumları üzerindeki çalışmaları BOAS tarafından kuzey-batı Amerika'da keşfedilen “potlaç” müessesesini aydınlatmış oldu ki, muhtelif bölgelerde (ezcümle Melanezya, Papouasie, Polinezya, Cenubi Amerika, Afrika) rastlanan bu müessesenin daima aynı rolü oynadığı görüldüğünden bu keşfin doğruluğunu teyid etti.

“Potlaç yalnız vermek mükellefiyetini değil, aynı zamanda kabul etmek ve mukabele etmek mükellefiyetini de yükliyn bir nevi hibedir ki bu, mülklerin intikalini ve tekrar tevziini intaç eden iptidai trampa şekli demektir. Keza bu, rakiplere, bayram, doğum, düğün, dâvet, ölüm, cülus gibi vesilelerle hazinelerini dökerek diğerinden daha baskın çıkmak fırsatını veren bir meydan okuma şeklidir.” (BOUGLE). Potlaç denen bu bir nevi pazar manzarası arzeden ziyafetlerde karşılıklı olarak borç-

lanan birbiriyle trampada bulunan, akit yapan, birbiriyle boy ölçüşen, birbirlerine meydan okuyan taraflar bilhassa klanlar, kabileler ve sihrî kardeşlik birlikleri gibi topluluklardır. Görülüyor ki, vecibe ve mukavele'nin ilk şekli fertler arası olmaktan ziyade zümreler arası mahiyettedir.

MAUSS Potlaç'ın fonksiyonlarının yalnız hukuki ve iktisadî olmadığını zira aynı şekilde isimler, âlemler, bayramlar, merasimler, danslar, âyinler, askerî hizmetler ve ilâh gibi şeylerin de mübadele edildiğini meydana çıkardı. Bundan başka bu müesseseyi hibe müessesesi ile ve dolayısıyla sihrî faaliyetle ilgili gördü.

Zira hibe edilen şeyde vahibin *m a n a* 'sı gizlidir ki, bu *m a n a* ileride hibeyi alanı tehdit edecektir. (Zira temellük edilmiş herşey "sihrî bir aidiyet" ifade eder). Meğer ki, hibe alan kimse, kendi *m a n a* 'sını ihtiva eden ve icabında onun intikamını vahipten alabilecek olan kendine ait bir şeyi, herhangi bir eşyasını mukabele olarak vahiibe vermiş olsun. Demek ki, borçlar hukukunun temelini teşkil eden "verene vermeli" prensibi en açık bir şekilde Potlaç müessesesinde tezahür etmektedir. Zira Potlaç'da teati edilmiş şeyler, hibeleri mümkün kılan, bir şeyi, şahıslar arasında tedavül ettiren sihrî kuvvetlerle meşbudur.

İnsanlarda, zümrelerde ve eşyada mündemiç olan ve bunları birbirine bağlayan "*m a n â*"nın teşkil ettiği bir bütün içinde malların tedavülünü insanların, ziyafetlerin, âyinlerin, merasimlerin ve dansların tedavülü takip eder (MAUSS). DAVY, ferdlerin ister kendi klanları içinde, ister sihrî kardeşlik birliklerinde olsun, daha yüksek bir içtimai mevkie erişmek, hem sihrî hem de iktisadî nüfuza sahip olmak için hibelere gösterecekleri cömertlikten nasıl istifade ettiklerini, bu hususta potlaç âdetinden nasıl faydalandıklarını tasvir etti. Demek ki, potlaç, ferdler arasındaki iktisadî, hukuki hattâ siyasî farklılaşmanın pek kuvvetli bir âmili gibi görünmektedir. Filhakika DAVY, ferdî hukuka elverişli olan bu potlaç - mukavele'nin inkişafı ile, siyasî iktidarın bir şefte temerküzü vakıası arasında bir muvazat tesbit edilebileceğini zannetti. (Devletin ve Kralın doğuşu). Bu son vetire, evvelce söylediğimiz gibi, sihrî kardeşlik birlikleri vasıtasıyla tahakkuk etmiştir. Zira bu birlikler içinde üst mertebelere yükselmenin ve şeffiğe namzet olmanın bir taraftan şahsî *m a n â* kuvvetine bir taraftan da servet fazlalığına dayandığı, böylece çift bir temele istinad ettiği sık sık müşahede edilmiştir.

Bütün bu izahlarımız açıkça gösteriyor ki, geri cemiyet'in hukuk sistemi dahi, muavyen zümre nevilerinin, henüz farklılaşmamış bir halde olmalarına rağmen, birbirleriyle bir muvazene teşkil eden ve gerek fert-

lerarası gerek zümrelerarası hukuka muayyen bir yer veren muhtelif hukuk kadrolarından mürekkep karmaşık bir bünyeyi temsil etmektedir. Bu durum; din ile sihir, totem ile m a n a , sert ve katı tabiat üstü kuvvet ile elâstiki tabiat üstü kuvvet arasındaki ihtilâf ve uzlaşmaların mevcudiyetiyle beraber hukuki üstünlüğün daima klanın dinî temele dayanan sosyal hukukuna aidiyeti ile teyyüt eder.

II — Dini - Charismatique bir prensip sayesinde mütecannisleştirilmiş cemiyetlerin hukuk sistemleri :

Parça parça klânlardan tereküp eden yekûni cemiyet muhtelif tarzlarda bu parçalı halî bertaraf ederek kendi vahdetini temin edebilir:

1 — Birbirin'in aynı parçaların ve bunların kabile içindeki tereküplerinin yerine yeni bir birlik yekpare bir hütün ikame eder ki, bu yeni ve tek ünite, yaşayan Tanrı - Rahip kralda teecessüm etmiş bir kilise - Devlet ünitesidir. Bu Kilise Devlet; din ve sihir arasında hususi bir kaynaşmayı tazammun eder ve dini - Charismatique iktidara götürür. Tanrını temsil eden ve onun adına hareket eden Devlet Reisi, bilhassa sihri mahiyetteki (charisme) şahsi kabiliyetleri yüzünden bu vaz'feye getirilmiş bulunur.

2 — Yahut; bu birleşme keyfiyeti, beyti zümrede erimiş parçaların bu zümre tarafından massedilmesiyle vaki olur ki, bu beyti zümre, akrabalık zümresiyle (ki, bu defa kana hususiyle erkek nesebine dayanır) iktisadi faaliyet zümresi arasındaki ayniyeti temsil eder ve çok defa mahalli zümre ile veya komşuluk zümreleri ile ilgili bulunur.

Burada yekûni cemiyet; beyti - siyasi zümrenin diğer zümreler üzerindeki failiyeti sayesinde mütecannisleştirilmiştir ki, bu durum patrimonyal bir Devletin doğmasına zemin hazırlamıştır.

3 — Nihayet bu parçaların izalesi keyfiyeti bir "Cynoécisme" vasıtasıyla vaki olur, yani kısmen beyti zümre karakterini kazanmış olan muhtelif parçalar, kendisine bir üstünlük izafe edilen ve mülki temele dayanan bir Cité, bir Polis içinde birbirleriyle kaynaşır, birbirlerine eklenirler. Tarihi bakımdan bu üç tip birbiriyle çatışabilir veya aralarında türlü şekilde birleşmeler yapabilirler.

Sözkta bu tiplerden birincisinin tarihi örnekleri pek çok ve pek değişiktir. Mısır İmparatorluğu ile (IV üncü sülâlenin sonuna kadar XVI ncı sülâ'eden itibaren ve Babil, Asur, H'it, Pers ve Çin'de İmparatorluk

devri (Milattan evvel III üncü asırdan ve bilhassa İmparator WAN'dan itibaren), Japonya ve Amerika'nın keşfinden evvel Peru, Hindistan, Tibet ve nihayet Abbasi ve Emevi Hanedanı zamanında İslâm hişâfeti (Milattan sonra VIII inci asırdan XII nci asıra kadar).

Kabile dininden milli dinlere geçişte tekabül eden bu dini - Charismatique İmparatorlukların vahdeti pek sathid'r. Zira bu vahdet Devlet Reisinin şahsına veya sülâlesinin tabiat üstü hassalarına muallâktr. Bu vahdeti ancak "Güneş - Kral" ın oğlu (Mısır'da Ra'nın) veya Sema'nın oğlu (Çin), veya Allahın Peygamberi olan Muhammet sülâlesinin (İslâm'da) ahfadı * teccüm ve teşahhüs ettirebilir. Bundan başka zümre kadrosunun pek büyük çapta genişleyişi, ancak inanç birliğı unsurunun yer'ne kitle unsurunun kaim olması bahasına tahakkuk etmiştir. Zira Şark İmparatorluklarının teb'aları, bu İmparatorlukların teokratik mahiyetlerine rağmen, şekilsiz bir heyeti ifade ederler. Bu bulanık vahdetin altında gerek kadim cemiyetten kalma parçalar, gerek beyti - patrimonial zümreler, gerek muhtelif kardeşlik birlikleri halâ mevcudiyetlerini muhafaza ederler.

Bu cemiyetlerden bazıları (Çin ve Japonya gibi), dini - Charismatique prensip altında mütecanisleştirilmeden evvel uzun bir feodal'te safhasından geçmişlerdir. Yahut bilâkis bu iki birleşme safhası arasında feodal hale gelmişlerdir. (V - XI inci sülâleler zamanında Mısır gibi).

Bu cemiyetlerin hukuk sistemlerinin hususiyetleri bir taraftan, ilâhi ve esrarengiz menşeden doğma değ'smezlik ve katılık (meselâ prensip itibariyle İslâm hukuku Kur'an'da tamamiyle beyan edilmiştir), diğer taraftan da tatbikatta, dini ve ahlâki, mülâhazaların, şef'n veya şef namına hareket eden din âdamlarının veya hâkimlerin vasıtasız ilhamlarının müdahalesiyle meydana gelen keyfil'ktir. Bununla beraber bu hukuk sisteminin tatbiki için daha sarîh bir temel bulmak lâzım geld'kçe, emsal ve hattı hareket örnekleri (İslâm hukukunda "sünnet" teşkil eden hâdiseler) ve ilâhiyatçı - hukukçuların içtihatları (İslâm hukukunda "fıkıh") ortaya çıkar. Şu husus kayda değer ki, bu hukukî rejimde mabetlerde adalet dağıtan mahkemelerin yanında medenî mahiyette mahkemeler de mevcuttur. Meselâ HAMURABİ (Milattan evvel 2000) kanunundan öğrend'ğimize göre Babil'de ve keza Mısır Hukukunda "Hequa, betaat" ve "Sab" ın fonksiyonlarını bilen ve "Maad" denen bir medenî adalet

(*) İslâm devletlerinde Peygamber sülâlesinin hükümranlığı bahis konusu değildir. Müellif zühul etmiştir. (Çeviren).

ilâhesini tebcil eden hâkimler mevcuttur. Kaza cihazlarındaki bu farklılaşma imkânı şu şekilde izah edilebilir: Dini - Charismatique şefin bütün madunları, din adamı olsun olmasın hepsi, bunun tabiat üstü kudretlerinden bir hisse kazanırlar.

Bu cemiyetlerin tarihlerini inceliyen bütün bilginlerin üzerinde ittifak ettikleri şu nokta daha mühimdir. (Meselâ J. PIRENNE - Histoire des institutions et du Droit privé de l'ancienne Egypte, I - IV v., 1932 - 1936 et Cuq, Etudes sur le Droit Babylonien, les Lois Assyriennes et les Lois Hittites, 1928). Yani dini - Charismatique hukuk sistemleri, bariz bir ferdiyetçi karaktere sahip ve borçları, akitleri, rehin müesseselerini ve münkeşif bir kredi hukukunu tazammun eden, toprak mülkiyetinin intikaline ve parçalanmasına cevaz veren bir mübadele hukukunun hayli ileri bir inkişaf göstermesine mani teşkil etmemektedirler. Hamurabi Kanunu bu hususta hiçbir şüpheye mahal bırakmaz. Ve İslâm Örf-Adet Hukukunun tetkiki, bu hukukun Roma ve Yunan Hukukundan bir hayli müteessir olduğunu gösterir. Bu vakıa dini - karizmatik birleştirme k'svesi altında sosyal ve hukuki hayatın kısmen sihirden mülhem, kısmen iktisadî mülâhazalara bağlı rasyonalizmin muayyen bir gelişmesi sayesinde bu merhaleyi aşmış durumda olan ve herhalde doğrudan doğruya hukukî sistem içine katılmamış bulunan muhtelif genişlikteki tabakalarının halâ yaşamakta devam etmiş ve zamanla gelişmiş olmasından başka ne ile izah edilebilir?

Dini - karizmatik hukuk sistemi ancak müşterek sosyal hukuka taallük eder ki, bu hukuk, artık kitle hukuku karakterini ihraz eder ve bu yüzden kendi üstünlüğünü ancak pek mahdut bir tarzda tahakkuk ettirir.

III — Beyti - siyasi zümrenin üstünlüğü ile mütecanisleştirilmiş cemiyetin nisbeten rasyonelleşmiş hukuk sistemi :

Erkek neseb'ine dayanan ve toprağa az veya çok bağlı aile ocaklarında iktisadî faaliyetleri de içine alan akrabalık zümresi (beyti aile), yekûni cemiyette klanlar, kabileler ve kardeşlik birlikleri ve saire üzerinde bir hâkimiyet kazanabilir. Bu takdirde beyti zümre Devletin bir tohumu haline gelir. Ve artık bu zümre "beyti - siyasi" olarak tavsif edilebilir.

Tevrat'da, İlyâ'da ve Odise'de bahsedilen cemiyetlerin durumu, İslâv Zadrugası bize beyti - siyasi zümre hâkimiyetinin patrivarkal sekline ait cesitli misâl'lerini verir ki, bu sonuncunun bazı hususiyetlerine "Roma ailesi" nde raslanabilir. Malûmdur ki, bu sonuncu aile tipi tamamen

başka nevi'den bir yekûni cemiyet içine katılmış durumdadır. Bununla beraber evvelkileriyle müşterek bazı hususiyetler taşır.

Nihayet aynı hâkimiyetin farklı bir şekline de Yukarı Roma İmparatorluğu devrinin Colonları ile iskân edilmiş olan Latifundiya'da raslanır. "Mark" lar halindeki Cermen Hausgenossenschaft'leri (köy cemaatları haline gelmiş klanlar ki, müşterek gayrimenkul mülkiyetinin mahsul hisselerini her sene mevcut aileler arasında taksim ve tevzi ederler) "Gau" (Kontluk) ve "Sippenschaft" (Kabile) ler, asıl manâsiyle patriyokal evsaktan arı beyti - siyasi zümrelerin ilk örneklerini teşkil ederler. Beyti - siyasi zümre hâkimiyetinin, hususî toprak mülkiyetiyle birleşmesi nisbetinde bu zümrelerin reisleri patrimoniyal bir Devletin hükümdarı halini alabilir ki, Romen Lâtifundiyaları bunun ilk taslağını temsil ederler.

Tarihi misâl olarak Frank monarşisi (VI - IX yüzyıllar arası) ile muayyen bir nisbette Moskovitler zamanında Rus monarşisi ve nihayet Mısır, Çin ve İslâm dinî Devletlerindeki patrimoniyal birleşmeler gösterilebilir.

Yekûni cemiyette beyti - siyasi zümrenin hâkimiyetine tekabül eden hukuk sistemi aşağıdaki hususiyetlerle temayüz eder.

a) Siyasi sahada, sosyal hukukun, toprak sahibi sıfatıyla şefin ha'iz olduğu ferdi hukuka tabi oluşu,

b) Bir taraftan teşri işleri ile idare işlerinin, bir taraftan da idare ile iktisadi işletmenin birbirine karışması (Meselâ Frank devrindeki "Capitulaire de Villis" bir "kanunlar" mecmuası olmaktan ziyade kral emlâkinin idârecilerine hitab eden bir talimatnameden ibaretti. Zaten kanunlar (Leges barbarorum) mevcut örf ve adet hukukunun müdevven şeklinden başka birşey değildir. Keza, memurlar pek manidar bir şekilde, kralın sarayı ve emlâkiyle meşgul olan şahsî müstahdemleri sıfatlarını taşırlandı. "Sénéchal" veya "Intendant", "Maréchal préposé aux écuries", "l'échanson - trésorier" nihayet "Comte du Palais" ki, bu daha sonra bilhassa adaletin tevziine memur edilmiştir ve bu Major domus bütün diğer memurların üstüne çıkmıştır.

c) Hukuki hayatın en mühim kısmı tedvin edilmiş veya edilmiş bir halde bulunan halk örf ve adeti içinde toplanarak patrimoniyal Devletin müdahalesinden azade kalır. Ve bizzat hukuk dahi daha ziyade halk mahkemeleri tarafından tatbik olunur. (Frank devrinde Mallus). Bu mahkemelerde yalnız ihtiyarlar bulunur. Kralın veya kraliyet memurlarının (bazan adı geçen mahkemelerin reisi sıfatıyla) ada-

letin icrasına müdahale etmeleri halinde bunlar önceden tesbit edilmiş kaidelerden ziyade hakaniyete göre hüküm vererek mahkemede bir aile muhitine has patriyarkal ve samimi bir hava yaratırlar. (Cermen hukukunun "Sühne" si Sippe içindeki adaletin karakteristik hususiyetini teşkil eder).

d) Nhayet, beyti - siyasi zümre, mahdut ve müstakar bir zümre olduğundan içinde kitle veya inanç birliği değil daha ziyade cemaat sosyabilitesini tahakkuk ettirir. Bu sebeple yekûni cemiyetin birleştirilmesi bu zümrenin hâkimiyeti sayesinde vaki olunca yani patrimonyal bir tarzda meydana gelince, cemaat sosyabilitesi hukuk hayatında daha mühim b'ir rol oynamaya başlar ki, bu da onun inkişafına yardım eder. Bununla beraber bu tesir, beyti - siyasi zümrede cemaatin yarı aktif - yarı pasif bir karakterde olması hasebiyle biraz azalır. (Zira evvelce gördüğümüz gibi pasiflik hukuk bakımından verimsizlik amilidir). D'ğer bir mâni de cemaat hukukunun şef'n ferdi hukukuna tabi oluşunda tezahür eder.

e) Hukuki hayatta cemaat unsurunun bu tarzda ilerleyişi, mahdut olmakla beraber sihri ve dini inançların hukuk üzerindeki tesirlerinin azalmasında müessir olur. Hattâ beyti - siyasi zümre şef'nin aile tanrılarının rahibi rolünü oynadığı hallerde dahi bu rol ancak tâli bir vazifedir ve bu vazife kolayca muayyen bir din adamları sınıfına intikal edebilir ki, bunlar daha üstün durumda olan Tanrıların yani kabileli veya milli Tanrıların hizmetkârlarıdır.

Böylece patrimonyal prensibe göre birleştirilmiş cemiyete tekabül eden hukuk sistemi muayyen b'ir derecede aklileşme ve lâyikleşme hali ile temayüz eder ki, bu durum şekli usullerden ziyade hukukun muhtevasında kendini hissettirir. Bununla beraber bu aklileşme başlangıcı, hukukun en mühim tabaaklarını (meselâ örf ve adet hukuku patrimonyal birleştiğinin dışında kalıyordu) ya hiç ya hemen hemen hiç ilgilendirmez.

IV — Feodal cemiyetin yarı mistik - yarı aklileşmiş hukuk sistemi :

Feodal cemiyet tipi; muhtelif neviden zümrelerin ve bunlara tekabül eden hukuk kadrolarının son derece karmaşık bir muvazenesini ifade eder. Bu öyle bir muvazenedir ki, buradaki birleştirici prensipler b'ir tek esasa irca edilemez. "Bénéfice" ve "Suzerain" e olan şahsi sadakat (Vassalité) konbinezonuna dayanan ve böylece birbirine tabi "Fiefs" leri meydana getiren patrimonyal zümrelerin hiyerarşik federasyonunun

teşkil ettiği blokun üstünlüğüne karşı, Hristiyanlığın tesiri altında bütün diğer zümrelerden farklılaşarak bir kilise şeklini almış ve "Corpus mysticum" şeklindeki tellâkisi ile orta çağda bizzat fonksiyon - üstü zümreyi tecessüm ettirmiş olan mistik - vecdi zümrenin hâkimiyeti ortaya çıkar. Bu iki çeşit üstünlüğe, mülki karakterde olmayan faaliyetlere mahsus fonksiyonel mahiyette zümrelerin ve bazan kardeşlik zümrelerinin muhtariyeti ilâve olur ki bu zümreler iktisadî sahada tüccar cemiyetlerinde (Guildes), Zanaat Birliklerinde "Jurandes" ve "Maitrises" lerde kendini gösterir. (Bu sonuncuların birleşmesi şehirlerin temelini teşkil eder. "Commune" lerde bunlar muayyen bir surette toprağa bağlanmış olurlar). Kâr kasti gütmeyen sahada ise bu zümreler asalet "sınıflar" ında ("Şövalyelik" sınıfında kardeşlik cemiyetleri şeklinde) ruhban sınıfında, köylü sınıfında, aşağı tabakada ve serflerde görülür. Ruhban sınıfı içinde de bu tip zümreler tarikatlarda, hayır teşekküllerinde ve üniversitelerde kendini gösterir.

Muhakkak olan şudur ki, feodal cemiyette kelimenin asıl manâsiyle mülki bir karakteri haiz olmayan "Devlet" (ne Mukaddes Roma - Cermen İmparatorluğu şekli altında, ne de bir mntakanın feodal krala cüz'î mihyasta bağlı belli başlı "Süzerain" lerinin heyeti umumiyesi şeklinde) adı geçen zümreler üzerinde hiçbir hukukî hâkimiyete sahip olmadıktan ve hattâ daha dün bir durumda bulunduktan mâda kendisine bırakılmış olan son derecede mahdut yetkiler sahasında dahi mutlak zecir kullanmaya pek güçlkle muvaffak olmaktadır.

Devletin "bir mahallî zümreler bloku olmak ve mutlak zecir inhisarına sahip bulunmak" şeklindeki tarifinde ısrar edilecek olursa feodal cemiyetin Devletsiz bir cemiyet olduğu, içinde Devletin ölmüş bulunduğu bir cemiyet olduğu, zira Devlet denen şeyin burada zikredilen karakterlerden ne birine ne de ötekine sahip olmadığı söz götürmez bir şekilde meydana çıkar. Bu şartlar içinde daima Devlete tabi kalan malûm hukuk tefriki yani amme hukuku ile hususî hukuk ayrıldı, feodal cemiyetin hukuk kadrolarının en mühim kısmına kabili tatbik olmaktan çıkar.

Bu sebeple tarihçilerin ve hukukçuların çok defa yaptıkları gibi, feodal hukuk sisteminin "amme hukuku ile hususî hukukun bir halitası bir karışması olduğunu" söylemek hâtalıdır. Bu hukuk sisteminin nev'î hususiyeti, adı geçen hukukî kategorilerin kendisine kabili tatbik olmayışından ibarettir. Kezâ, hiyerarşik "Fief" ler sistemini, "Suzerain" ile "Vassal" arasındaki münasebetleri "aynî haklarla mukavelevî hakların bir hatlitasına" irca etmek bütünü yanlışır. Vassal ile Suzerain arasın-

da bir taraftan sadakat yemini "Hommage de foi" diğer taraftan nasb "investiture" ile teessüs eden şahsî sadakat bağı ancak pek dış görünüşü ile mukaveleye benzer. İşin iç yüzüne gelince bu bağ karşılıklı tabiiyet ve muadelet sosyabilitesine giren ve ferdi hukuka dahil olan birşey değildir. "Feodalleşme" muamelesi, daha önceden mevcut bir bütüne katılma, birbirine nüfuz etmiş müteaddit "sadakatlar" silesinden müteşekkil kopmaz bir zincire takılma, dahil olma keyfiyetidir. Böylece bu bağ "Biz" mehfumunda kaynaşma sosyabilitesine dayanır ve feodalitenin diğer hukukî müesseseleri gibi sosyal hukuka girer.

Bu görüş noktasından vassaliteyi tesis eden muameleler, bugünkü kolektif iş mukaveleleriyle ve adlarından başka mukaveleye benzer tarafları olmayan modern "iltihaki akitler" in bütün diğer şekilleriyle mukayese edilebilirler. Bu bakımdan feodal cemiyetin hukuk sistemi, Devlet - dışı sosyal hukukun muhtelif nevilerinin ferdi hukuka karşı pek bariz üstünlükleri ile tavsif edilebilirse de bu sosyal hukuk tezahürlerinin kısmı azamı hiyerarşik bir tahakküm hukuku karakterini taşır. Bu karakter kâh sosyal hukukun emlak vastasıyla ferdi hukuka tabi oluşundan (feodal iktidarın temellerinden biri)¹, kâh tekçi, vahdetçi "Corpus mysticum" un içinde (ki bunun göze görünen şekli kilisedir) tabiat-üstü müteal unsurun hukukî unsura doğrudan doğruya galp gelişinden ileri gelsin, kilise, kendi hukukunun mütehakkim bünyesini Roma hukuku ananesine müracaatla gittikçe takviye eder. (Roman'ist - Kanonik akidenin menşei budur).

Feodal rejim içinde sosyal hukuk yalnız serbest iktisadi faaliyet şekküllerinde ve bunların şehir-komun şeklindeki birlik'indedir ki, müsavatçı bir işbirliği hukuku olarak tezahür eder.

Ortaçağ cemiyetinin hukuk sistemindeki hususiyet fevkalâde bir in-firâçılık ve teaddüttür: Feodal hukuk nizamı (ki, bizzat bu da ik'ye bölünmüştür: Senyorial hukuk veya emlak hukuku ile asıl manâsiyle feodal hukuk), kanonik hukuk nizamı, beledi hukuk nizamı (ki bunla-

1) Feodalleştirme muamelesinin hususiyetleriyle meşbu olan ve içinde müteaddit hak sahiplerinin aynı haklarının sıralanmış olduğu "Fief", aşikârdır ki, Roma hukukunun ve modern hukukun anladığı manâdaki "mülkiyet" den pek farklı bir şeyi temsil etmektedir.

Burada "organik" bir mülkiyet hakkından bahsedilmeye ve "iştirâk halindeki mülkiyet" şeklindeki Cermen hukuku formülü tatbik edilmeye temayül edilir (Gemeinschaft zur gesamtten Hand). Bununla beraber, feodal toprak mülkiyetinde öyle bir unsur mevcuttur ki, bu, söz götürmez bir şekilde "mâmelek üzerindeki ferdi hukuk" nevindedir.

nn serbestye kavuşma beratları ancak umumî kadrolarını çiziyordu), “Guildes” lerin ve mesleki birliklerin nizamı, avam tabakaya ve serflere tatbik edilen halk örf ve adet hukuku.. bütün bunlar müstakil hukuk sistemlerini temsil ederler ki, bunlara kraliyet hukuku ile Roma hukukunu da ilâve etmek gerekir. Yalnız bu sonuncular “yazılı hukuk” bölgelelerinde mer’idir.

Buna muvazî olarak, adaletin tevzi, adalet dağıtma yetkisi sayısız zümrelerin elinde dağınmış bir halde bulunur. Her feodal senyör çift kaza yetkisine sahiptir: Hem kendi fiyef emlakinde sakin olanları hem de vassallerini muhakeme eder. Kilisenin pek geniş yetkilere sahip ve lâyük mahkemelerle boy ölçüşen hususî mahkemeleri vardır. Serbest şehirler belediyelere bağlı özel kaza organlarına sahiptirler. “Guildes” lerin, meslek birliklerinin (diğerleri arasında “Jürandes” ler), üniversitelerin kendilerine mahsus kaza organları vardır. (Bunlara Almanya’daki “Fehmgerichte” denen gizli adli cemiyetleri de ilâve etmelidir).

Fakat hepsi bundan ibaret değildir, feodal hukukta cari olan “asil’in, ancak kendi emsali tarafından muhakeme edilmesini talep hakkı”, had-dizatında, cemiyetin bütün sınıflarına tatbik edilir. Bu ise, bütün lâyük mahkemelerdeki hâkimler heyetinin teaddüdünü mucip olur, çünkü, her sanık için teşekkül edecek heyeti hâkime, o sanığın muhitindeki ileri gelenlerden tereküp eder, bunlar bahis konusu olan örf adet hukukunu bilen kimselerdir. Yalnız bu mahkeme heyetine senyörlerin veya şehirlerin bir temsilcisi başkanlık eder.

Bu muhtelif mahkemelerin maddî selâhiyetleri çok defa birbirleriyle çatışır, rekabet eder. Bu gibi çatışmalar bazan kendiliğinden hallolur, zira dâvaya bakmakla görevli mahemeyi bizzat ilgililer seçerler ki, bu hal, bahis konusu olan mahkemelere birer hakem mahkemesi rengini verir.

Bununla beraber, mahkemeleri fevkalâde geniş selâhiyetlere sahip olan ve kendi hukukî nizamının faikiyeti arttıkça bu selâhiyetleri de artan ve bilhassa X - XIII üncü yüzyıllarda kazai yetkileri bir hayli genişleme istidadı gösteren bir zümreyi hatırlatmak lâzımdır: Bu zümre, kilisedir. Kilise mahkemeleri sadece muayyen hususlarda genel bir yetkiye sahip değildi, yani ruhban sınıfını ve acınmaya lâyük olanları (dullar, yetimler, haçlılar) ilgilendiren bütün cezai ve hukukî işerde yetkili olmakla kalmıyor (rationa personnae), bir de dâvanın konusu dolayısıyla bir takım işlerde selâhiyet sahibi oluyorlardı (ratione materiae): İmana, evlenmeye taallük eden bütün ihtilâflarda, vasiyet, miras, zina, çocuk

düşürme, fahiş faiz suçlarına taallük eden ihtilâfların çoğunda kilise mahkemeleri yetkili idi. Hattâ kilise mahkemelerinin yetkileri lâyük mahkemelerle rekabet ederek, taahhütlere, borçlara ve bilhassa mukavelenin ihlali hallerine kadar uzanıyordu. Bu husus, kilise mahkemelerini tercih edecek olan dâvacılara tabiydi. Filhakika, kilise mahkemelerinin tatbik ettikleri kanonik hukuk, lâyük mahkemeler tarafından tatbik edilen hukuktan daha fazla işlenmiş, ve daha insânî karakterdeydi. (Bu hususta belki beledi mahkemeler, lâyük mahkemeler içinde bir istisna teşkil edebilir), zira daha az şekli bir muhakeme usulleri vardı. "Senyörlerin adaletinden daha az çetin olan kilise adaleti halkın umumi bir rağbetine mazhar oldu". (CALMETTE. - Société feodale. 1923).

Bundan başka kilise şunu da iddia etmişti: "Herhangi bir dâvada, taraflardan birinin kilise adaletine müracaatta yetkili olması için, lâyük hakimlerin ihmalkâr davranmış olması kâfidir". Eğer bir de buna, kilisenin geniş bir melce' teşkil etmek hakkı olduğunu, kendisine iltica eden bütün kimseler için lâyük makamlar nezdinde müdahalede bulunduğunu, "ilâhî sulh" ü (bazı şahısları silâhlı ihtilâfların şiddetine maruz kalmaktan muaf tutarak) ve "ilâhî mütareke" yi (husumeti muayyen günlerde - sâli akşamından Pazartesiye kadar ve bazı mukâddes devrelerde - talik suretiyle) öğreten ve bunlara alıştıranın kendisi olduğunu, ve en nihayet bütün muhtar zümrelerin kesretini ulvî bir vahdet içine katarak (Orta çağın telâkkisine göre) bizzat corpus mysticum'u gözle görünür bir şekilde tecessüm ve teşahhus ettirdiğini ilâve edecek olursak, feodal hukuk sisteminde, hukukî üstünlüğün, maşerî inançlar tarafından kiliseye ve onun kanonik hukukuna tanınmış olduğunu tereddütsüzce tesbit edebiliriz.

Vardığımız bu neticeyi cerhetmek için, XI-XIV üncü yüzyıllar arasında papa taraftarları ile İmparatorluk taraftarları arasındaki mücadelelerin vücudü (guelf'lerle gibelin'lerin mücadelesi) ileri sürülemez. Zira, Papa VII inci Grégoire ile IV üncü Henri arasındaki investitures ihtilâfının mevzuu, XIV üncü yüzyıldan evvel hiç kimsenin inkâr etmediği Kilisenin hukukî üstünlüğü meselesi değil, belki fiyeflere ait dünyevi feodal haklar zincirinde Kilisenin oynayacağı rol meselesiydi. Papa, feodal sadakatler zincirini, Kilise lehine koparabilmek hakkını kazanmıştı. Kiliseyi, devrin hukukî sistemi bakımından müfrit görülen taleplere sevkeden husus, bu ihtilâfın derinleşmiş olmasıydı. Papa III üncü Alexendre, III üncü Innocent ve VIII inci Boniface'm taraftarları Kilise lehine "dominium mundi" nin icaplarını istemeğe kalktular. Yani Kilisenin dünyevi devlet haline istihalesini talep ettiler. Her iki taraf ta devrin müsbet hukuku ile ihtilâf

halinde bulunduğundan, Mukaddes Roma Cermen İmparatorluğu taraftarları da Roma hukuku ile beslenmiş Bolonya mektebi hukukçuları tarafından desteklenerek, Kilisenin hukukî üstünlüğünü inkâr edecek kadar ileri gittiler.

Kanonik hukukun ve Kilise hukukunun failiyeti, feodal cemiyetin hukuk sisteminde mistik unsurun galebe çalmış olması şeklinde tefsir edilmemelidir. Filhakika kanonik hukuk, Kitab-ı Mukaddes'ten, Kilise babalarından istihraç edilmiş hukuk kaideleriyle rasyonalist bir mantığa dayanan Roma hukukunun karmaşık bir terkiyiydi. Diğer taraftan, bizzat dünyevi feodal hukuk, mistik unsurlarla meşbu bulunuyordu: süzren ve vassal arasındaki münasebetlere ve şövalyelerin takdisine "iman" esasını taşıyordu. Muhtelif çevrelerin örf ve âdetleri hakkında da aynı şeyi söylemek lâzımdır. Meselâ dâvalarda ordali'nin muhtelif şekilleri yaşamakta devam etmiştir.

Bu itibarla, gerek kanonik hukuk ve kilise hakkında, gerek feodal hukuk, örf ve âdet hukuku, hatta gilde'lerin ve mesleki birliklerin hukuku hakkında (bu son ikisi dinî tarikat kardeşliklerine bağlı olduğundan) aynı şey söylenebilir: bütün bunlar, yarı mistik-yarı aklılaşmış muhtelit bünyeli hukuk kadrolarını temsil etmektedirler. Yalnız, XII inci asırdan itibaren Bolonya mektebi (glossatörler mektebi) tarafından canlandırılmış ve gittikçe daha fazla takviye edilmiş olan Roma hukuku ananesi ile belediyelerin hukuku, feodal hukuk sistemi içindeki rasyonalist unsuru temsil etmekteydiler.

Diğer taraftan feodal hukuk sistemi, bir başka bakımdan daha, gene muhtelit ve çokçü karakter arz ediyordu: Kilisede (hiç değilse Orta Çağ başlangıcında) inanç birliği hukuku (communion hukuku) ; şehirlerde, gilde'lerde, zechs'lerde keza şövalyelik'in iç hukukunda hatta bütün sosyal sınıfların iç bünyelerinde cemaat hukuku hakim olduğu halde, süzren ile onun emlakı üzerinde sakin olanlar arasındaki münasebetlerde kâh kitle hukuku, kâh hukuk-dışı bir cebir hakim oluyordu.

V. Site veya İmparatorlukların hakim olduğu cemiyetlerin kuvvetli bir şekilde aklılaşmış Hukuk Sistemi :

Burada yekûni cemiyetin hukuk nizamı, mülki bir zümrenin hakimiyeti sayesinde tevhit edilir ki Site veya şehir halinde olan bu mülki zümre, mahallilik ve komşululuk prensibinin sembolüdür. Bu zümre, zamanla, akrabalık ve dinî inanç zümrelerini (genos, gentes, curies, phratres v.s. gibi) evvelâ tahdid eder, sonra yavaş yavaş dağıtır ve böylece aile

reisleriyle doğrudan doğruya temas tesis eder (singuli singulas familias incipiunt habere) ve daha sonra bütün vatandaş-ferd'lerle temasa geçer.

Bu şeklide birleştirmenin pek malûm iki misali vardı: Miladdan evvel VII-V yüzyıllarda Yunan Polis'i ile gene milâddan evvel V-I nci yüzyıllarda Roma Civitas'ı. Sitenin bütün diğer zümreler üzerindeki hukuki üstünlüğünün teessüsü aşağıdaki hususiyetle tebarüz eder: hukukun demokratlaştırılması ve laikleştirilmesi; ahlâk ve dinden farklı bir karakter kazanması; hususî hukuk ve âmme hukuku ikiliğinin doğması, ve nihayet hukuki ferdiyetçilik.

Demokratlaştırma keyfiyeti, mülkîlik prensibinin kuvvetlenmesiyle muvazi gider. Bu vakıa Pleplerin siteye girmesi ve evvelâ kanun karşısında sonra da haklar bakımından müsavatsız elde edilmesi (Yunanistanda Solon, Clithènes ve Péricles'in reformları. Romada XII lavha kanunları, Servius Thullius'a atfedilen ıslahat, Lex Hortensia'ya müntehi olan mütevali kanunlar), neseb bağma ve mistik inançlara dayanan zümrelerin yerine (rey sahibi vergi mükelleflerinden müteşekkil servete dayanan sınıflardan geçerek) ikametgâh esasına dayanan yeni zümrelerin (yeni kabileler) kaim olması vakiasıyla müterafıktır. Romada yavaş yavaş "comices curiates" ve "comices centuriates" lerin yerine kaim olan "comices tributes" in oynadığı rol bu bakımdan semboliktir.

Site hukuk sisteminin laikleşmesi ve aklileşmesi bizzat bu sistemin bünyesine bağlıdır. Site ile Kilise arasındaki tezadı yokluğuna rağmen, mahallî vasıta ve komşuluğa dayanan zümre dine hâkim olur. Zira site-de, cemaat unsuru, vecdî inanç birliği unsuruna galebe çalar. Keza, mülkîlik ve bununla müterafık olarak demokratlaşma arttığı nisbette dini inançların tesiri azalır, "Site Tanrıları" hukuk üzerindeki nüfuzlarını kaybederler.

Muhakkak ki demos ile eupatrite'ler arasındaki, keza pleblerle patriciler arasındaki mücadeleler, hukuku esrardan kurtarmak, gizli bir şey olmaktan çıkarmak, onu rahiplerin elinden, kâhinlerin keyfiliklerinden sıyırmak hülâsa herkesçe bilinir bir hale getirmek, insan iradesine ve insan aklıma göre değişebilir bir şekle sokmak için yapılmıştı ki bu mücadelelerin Yunanistanda Solon kanunlarında Romada ise XII lavha kanununda ifadesini bulan ilk neicesi, değişmesi ve münakaşası imkânsız bir düstur olarak tefsir edilen hukukun bu dini telâkkisine karşı âşikâr bir isyandan ibaretti. XII levha kanunları zaten "en nihayet halk reyinini emrettiği şey kanundur" hükmünü ilân etmişti. Karanlık bir ananeden kalma "themistes" lerin yerine, gün ışığında kararlaştırılan ve tamamen akli bir temele

dayanan “nomoi” ler geçmişti. (Karşılaştırmız: GLOTZ-La Cité greque, 1928. ve FUSTEL DE COULANGE-La Cité antique.) Romada pretörler ve “prudent” lar (müçtehitler), Yunanda “discastes” ler ve “heliastes” ler “jürelere” in hepsi, dini (pontificale) kazânın yerine alan sırf laik ajanlardı.

Sihre bağlı formalizmi ortadan kaldıran adli usul daima daha yumuşak, daha elastiki, olan rasyonel düsturlar kullanıyordu. Hususiyile Roma hukuku, sırf laik mahiyette ve pek mükemmel muhtar bir ‘hukuk mantığı’ (ratio scripta)’ya dayanan bir hukukun klâsik misâli haline gelmişti. Bu hukuk hem dinden, hem ahlâktan tamamiyle farklılaşmıştı. “Fas” a olduğu kadar “mos” a da yabancıydı.

Romalılar tarafından hukuka sokulan ve ilk manâsı ‘maske’¹ demek olan ve hukuk hayatının mihrakı sayılan “persona” prensibi, Roma hukukunda şu çift manâyı almıştı: bu, “hukukî maske” nin sahibinin -hukuk süjesinin- ahlâkî fail’den ve dîni mahlûk’tan farklı olduğunu ve hernevi hukukî münasebetin, hukukun hernevi icbar kuvvetinin yegâne temelinin -personae’nın- diğer şahıslardan (basit ve bel edici, kaplayıcı birimler telâkki edilen) ayrı ve onlara karşı olan âmir iradesi olduğunu ifade ediyordu. Bu personae, küçük çapta, kendi dominium’u ile birlikte pater familias’tı. Büyük çapta ise, imperium’u ve potestas’ı ile birlikte Civitas demekti. İşte bütün hukukun kâh tâbiyete, kâh koordinasyon’a irca edilmiş olmasının sebebi budur. Potestas ile Imperium arasındaki muvazenenin hususi şahısların dominium’unu teminat altına alması ve bu dominium’un da imperium’u hudutlandırması Roma hukuk sisteminin esas ruhunu teşkil eder ki, böylece bu hukuk, daima daha mütebariz bir hukukî ferdiyetçilik ile meşbu gözüktür. Mahalli ve komşuluk esasına dayanan zümrelerin bütün diğer zümreler üzerindeki faikiyeti, akrabalık zümrelerinin ve iktisadi faaliyet zümrelerinin aile içinde birleşmesi ve ailenin Devletin kudretini tahdid eden yegâne zümre oluşu, hukukî ferdiyetçiliği teşvik etmiştir. (Cemiyetler ve kardeşlik birlikleri, Yunanistan’da ‘hétairies’ ve “thiases”, Romada “sodalitates” ve “collegia” lar, inkişafına rağmen iktisadi ve siyasi hayatta hiçbir zaman mühim bir rol oynamamışlardır). Familia’nın mutlak şefi Paterfamilias idi ki bunun aile ocağı içindeki iradesi, ilk zamanlar, hiçbir hudud tanııyordu. Bu, onun hususi sahasıydı ki Cité’nin hukuku buradan içeri giremiyordu. Bu hukuk ancak sonraki devirlerde bu sahaya hulule başlamıştır.

1) Bu konuda MAUSS’un pek sosyolojik tahlillerine bakınız: Une Catégorie de l’Esprit humaine: La Notion de Personne, celle de “moi”, 1938 (Huxley Memorial Lecture).

Pater familias'ın mücerred iradesi, ailede kanun demektir. Aynı şekilde Sitenin iradesi de site içindeki kanunu yaratıyordu. Nihayet iki veya daha ziyade petarfamilias arasındaki borç münasebetini (haksız fiil mahiyetinde olmayan vecibevî alâkayı) da ancak bunların birbirine muadil iradelerinin anlaşmaları yaratıyordu. İşte bütün hukukî kaidelerin, tamamîyet hukukunun terki ile, kâh kumanda hukukuna, kâh tecerrüt hukukuna irca edilmelerinin hikmeti buradadır. Keza, site hukukunun bir karakteristiği olduğu halde, gerek dinî-karizmatik hukuk sisteminin, gerek feodal ve patrimonial hukuk sistemlerinin meçhulü olan mühim bir hukukî tefrikin ilk kaynağı da buradan çıkmaktadır: Amme hukuku ile hususî hukuk tefriki.

Bu tefrikin menşei, mamelekten neş'et eden hususî iktidarın, Site'den gelen âmme iktidarından açıkça farklı bir şey olması dolayısıyla Site hukukunun ailelerin iç hukuku üzerindeki faikiyeti, yani imperium'un, dominium üzerindeki hâkimiyetidir. Diğer taraftan da (privatorum conventio juri publico non derogat) kaidesi hakimdir. Bizzat (Respublica) tabirinde ifadesini bulan ve (ordo judiciorum privatorum) ile (persecu- "hususî hukuk dâvaları" ile graphai "âmme hukuku dâvaları" bu âmme hukukunun üstünlüğü prensibi, kaynağı Siteye külliye yabancı olan bir hususî hukuka' müsaade edemezdi. İşte medenî hukuk "jus civile" mefhumu buradan çıkmıştır ki bu, Sitenin vatandaşı olmak sıfatına bağlı olmakla beraber "jus publicum" dan farklıdır ve "hususî hukuk", bu medenî hukukun ancak bir kısmıdır.

Hususî hukukun, Medenî hukukun ancak bir kısmı addedilmesi, bu hususî hukuktan sırf sitenin azası olmak sıfatıyla faydalanıldığına, zira dominium, connubium ve commercium teminatını, yani mülk sahibi olmak, evlenmek ve mukavele akdetmek yetkilerini yalnız Sitenin teminat altına aldığına delildir. Jus civile vasıtasıyla Site, hususî hukuka müdahale eder ve onu tadil eder. Mamafih, bu tadil, kanun ve pretör beyannameleri ile doğrudan doğruya değil, prudent'ların, müçtehitlerin tefsirleri ile, örf ve âdetle, mahkeme içtihatlarıyla vaki olur. Bu sebeple "jus civile" (Leges) den olduğu kadar pretör beyannamelerinde bildirilen "jus honorarium" dan da ayrı bir şeydir.

Görülüyor ki, medenî hukuk ile âmme hukuku arasındaki farklılaşma ve âmme hukukunun faikiyeti, doğrudan doğruya bütün hukuk kaynaklarının kanunda temerküz etmesine ve hukukî Devletçiliğe götürmektedir. Bu hal, sadece Sitenin yerine 'Prenslik' ve daha sonra 'Impa-

ratörlük' rejimlerinin kaim olmasının neticesidir ki bu rejimlerin hususiyetleri şunlardır: bir İmparatorluk bürokrasisi, müfrit bir merkezîyetçilik, diktatörce bir mutlakîyet ve nihayet yekûnî cemiyetin bütünü içinde kitle unsurunun cemaat unsuruna galebe çalışı. Roma hususî hukukunun kati olarak evrenselleşmesi ve rasyonelleşmesi işte bu devirde olmuştur ki milâdî 534 yılında tedvin edilen Justinien Kodunu bu devre borçluyuz. (İmparatorluğun bütün teb'aları bütün Site hukukunu ihraz etmiş olduklarından medenî hukuk, jus gentium ile birleşmişti.) Buna mukabil, Roma Amme hukuku ise, şarktan gelme teokratik unsurlarla dolarak bozulmuş ve hukukun bütün devletçi telâkkilerinin kaynağı halini almıştı.

VI — Mülki Devletin ve ferdi irade muhtariyetinin hakimiyeti altında yaşayan cemiyetlerin tamamen laikleştirilmiş ve mantıkileştirilmiş Hukuk Sistemi : (Kanunun ve Mukavelelerin hakimiyeti) :

Hukuk sistemi tamamen aklileştirilmiş olan yekûnî cemiyet tipi, mülkî Devlet kanununun hakimiyetine ve ferdi mukavele serbestisi üzerine dayanır ki bu da klasik kapitalist rejime tekabül eder. XVI-XIX yüzyıllar arasındaki devrede garp cemiyeti hayatının karakteristik hususiyeti budur. Bu sistem "Eski Rejim" zamanında burzuvzi (üçüncü içtimai sınıf) tarafından desteklenen ve monarşik mutlakîyetçilik şeklinde olan mülkî devletin, içerde feodalizme ve dışarda Mukaddes İmparatorluğa ve Papaya karşı kendi hâkimiyetinin "tek, bölünmez ve ferağ edilmez" olduğunu ilân ettiği zaman, tam gelişme çağındaydı. "Tek Kral, tek Kanun" düsturu, ferde devlet arasındaki "mütavassıt birlikler" in dağılması ve bütün vatandaşların kanun karşısındaki eşitliklerinin yerleşmesine temayül eden bu rejimin ilk parolası idi. Doğmakta olan burjuvazi sınıfının ve bu sınıfın geniş sinai ve ticari teşebbüslerinin ihtiyaçlarını, ancak, kâfi derecede umumî mahiyette, önceden tespit edilmiş ve bu sayede tatbikat şekli önceden hesaplanabilen ve böylelikle ferdi iradesine bir hareket serbestisi bırakan (bırak yapım, bırak geçsin) bir hukuk şekli tatmin edebiliyordu. İşte Roma hukukunun henüz tatbik edilmediği yerlerde dahi tamamen ıktibas edildiği devir bu safhadır. (Roma Hukukunun Almanya'daki ıktibasını ile karşılaştırmız).

Diğer taraftan, Reform sayesinde, birbiriyle rekabet halinde birçok Kiliselerin zuhuru, Devlet kudretinin ferdi hürriyet lehine tahdidi meselesinin zarurîliğini hissettiriyordu. Fakat ancak Fransız İhtilâlinden, insan ve vatandaş hakları beyannamesinin ilânından ve Napoleon'un medenî Kanunundan; bütün feodal bakiyelerin cezrî bir şekilde temizlenmesinden; sınıfların ve birliklerin dağıtılmasından; 'millî hakimiyet' lehine mo-

narşinin ve bunun teokratik bakiyelerinin ilgasından; hukuk sistemine XVII inci asrın hendesi ve ta'li zihniyetinin müfuzundan ve nihayet hürriyet ve müsavatın hernevi iktidarı temeli olmak gibi bir mazhariyete erişmesinden sonradır ki bu hukuki rejim en tam ve mükemmel ifadesini bulmuş oldu.

Bu temeller üzerine dayanan hukuk sistemi bizce o kadar malûmdur ki bunun hususiyetleri üzerinde durmamıza lüzum yoktur. Biz sadece bunun, evvelki rejimlerden olan farklarına işaret edelim: bu farklar, aile zümresinin mukavelevî bir münasebete ircaı ve aile müessesesinde beyti cemiyetin karı-koca ailesi lehine ortadan kalkması; medenî hukukun iktisadî hayat istikametine teveccühü, yani her türlü esaret ve serfliğin ortadan kalkması, menkul ve gaymenkul her nevi mülkiyetin intikali kabül bir hale gelmesi, menkul mülkiyetinin kıymetler üzerindeki haklara inkilâbı, büyük araziye sahip modern Devletin ve şehrin istiklâli; kuvvetler ayrılığı, temsile ve memurlara dayanan idare sistemi; hakimi bağhyan ve örf-âdet ve adli tatbikatı ikinci plâna atan kanun hakimiyeti prensibi; nihayet ve hukukî merkezleşmenin tavizi olarak, en geniş irade muhtariyetinin ve mukavelevî hürriyetin yanbaşında Devletin iktidarını doğrudan doğruya tahdid eden ve kâh idarî bir içtihatla kâh anayasa mahkemeleleriyle teminat altına alınan vatandaşların subjektif âmme haklarının ilâmıdır.

Bu sistem, ancak, Devletin ve ferdlerin hukukunu terviç eder. Mülki mahiyette olmıyan bütün zümreleri nahos karşılar veya bunları tanımaz. (Komün ve belediye muhtariyetinin gelişmesi bu prensibe aykırı değildir, zira burada bahis mevzuu olan mesele, Devlete katılmış muayyen bölgelerin kendi kendilerini idare etmeleridir). Devlet, sanayiî inkişafı ile çoğalan iktisadî faaliyet zümrelerini dağıtmıyorsa da bunları resmi hukukun kenarında bırakıyordu, bunlarda basit mukavelevî münasebetlerden, veya kanuni fiksasyonlardan başka bir şey görmek istemiyordu. Böylece ferdlerarası hukuk, sosyal hukukun her nevine karşı bir faikiyet kazanmıştı, bu sosyal hukuk ister mülki Devlet hukukunda tekâsüf etmiş bir halde bulunsun, ister milletî teşkilâtlandırılmamış hukuku sıfatıyla gölgede kalmış ve pek güçlülkle farkedilir bir halde bulunsun.

VII — *Bugünkü cemiyetin intikal halinde bulunan Hukuk Sistemi:*

Bu sistem içinde muhtelif sosyal hukuk kadroları, ister saf bir halde ister devlet tarafından ilhak edilmiş bir halde bulunsunlar, -evvelki sistemdeki mahrumiyetlerinin- intikamını alırlar. Mesleki sendikaların inki-

şahı bir tarafa bırakılsa dahi, iktisadi faaliyet sanai teşebbüslerde temerküz ettiğinden ve iktisadi bakımdan zayıf olanlarla kuvvetli olanlar arasında hiç bir nevi irade eşitliği tahakkuk edemeyeceğinden, “İnsan Hakları Beyannamesi” ve “Code Napolyon Sistemi”, vaktiyle hazırlanırken desteklemeyi istihdaf ettikleri kuvvetler tarafından baltalanmışlardır. Filhakika iktisadi faaliyetin içinde temerküz ettiği bu sanai teşebbüslerde, iktisadi vashı galip ve tâbi kâhçı bir hukuk hakimdi ve bu hukuk halk hakimiyetinin kontrolünden kurtuluyordu. Bu hukukun mukavelevî hukuk ile hiç bir alakası yoktu. Böylece bu sanai teşebbüsler, geniş tahakküm teşekkülleri mahiyetindeydi.

Kanun ve mukavele hakimiyeti prensibinin katılığı dahi, yalnız önceden tesbit edilmiş organize hukuka hitap ettiğinden, iktisadi cemiyetin tevlit ettiği spontane ve elastiki sosyal hukuk nevi ile çetin ihtilâfları davet ederek kendi harabesini çabuklaştırmış oldu. Organize kapitalizmin (aksiyonlu şirketler, karteller ve trustler), meslekî sendikalizmin, kolektif iş mukavelelerinin inkişafı, hem milli hakimiyet, hem de irade muhtariyeti ve mukavele hürriyeti prensiplerini gevşetmektedir. Adı geçen müesseseler, Devletin hukuk kadrosu ile rekabet eden bir organize sosyal hukukta ifadelerini bulurlar. Aynı zamanda, zilyetlikten ayrılmış olan sanai mülkiyet, mahiyetini değiştirir ve birbirine tâbi veya birbirine eklenmiş birçok vaziyetlerin geniş çevresile sınırlanmış bulunur ki bu hal kâh mülkiyetin federalleşmesine (kooperatif veya mütüalist karakterde müşterek mülkiyet), kâh şibih-feodal fiyeflerin yeni bir kuvvetle fıskırmasına müncer olur. (Mali ve sanai sermaye arasında ve büyük ve küçük sanayi arasındaki münasebetler).

Her iki halde de birlik teşkil eden mülkiyet sahiplerinin heyeti-umumiyesi ve bunu idare eden hukuki kadrolar Devlet otoritesini kemirirler ve onu sözde teşrii inhisarından mahrum bırakırlar.

Diğer taraftan, milletler-arası camianın teşekkülleri, Milletler Cemiyeti, Milletler-arası Çalışma Bürosu, Milletler-arası Daimî Adalet Divanı gibi, kâh birinci dünya harbini takip eden yıllardaki gibi kuvvetli, kâh şimdiki gibi (1940) zayıf fakat daima birinci derecede iktisadi ve siyasi menfaatlar tarafından desteklenmiş teşekküller, Devletin teşrii otoritesinin dışından tahdidi problemini ortaya çıkarmaktadırlar.

Devletin hukuki faaliyetleri dahi (ki içinde cemaat unsuru kitle unsuru lehine gittikçe gevşemektedir) yeniden münakaşa mevzuu olmuştur. İktisadi cemiyette anarşi hüküm sürmektedir, zira burda tatbiki imkânsız bir hal almış mukavelevî münasebetler yerine, beklenmedik müesseseler

zuhur etmekte ve burada inanç birliği unsuru ile (mücadele halindeki sınıflarda ve sendikalarda) kitle unsuru (teşebbüslerde, bilhassa işsiz kitlelerinde ve nihayet blok halindeki Cemiyette) birbiriyle karşılaşmaktadır.

Bu muvazenesiz durum karşısında iki yeni rakip ortaya çıkmaktadır: sınıai demokrasiye dayanan iktisadi cemiyetin muhtar hukuki organizasyonu ile faşist totalitarizm.

Bugünkü otoriter devletlerin zuhurunun, devletle diğer zümreler arasındaki münasebetlerin altüst oluşu vakasını tekzip ettiği zannedilmemelidir. Zira büyük sermayenin iktisadi birlikleri ile işçi sendikalizmi arasında gittikçe büyüyen rekabet durumudur ki Devleti, bunları kendi uzuvları sıfatıyla daha iyi hükmü altına alabilmek için, dışardan empoze edilen bir 'korporatif sınıai teşkilât' kisvesi vasıtasıyla kendi bünyesi içine sokmak gibi ümitsizce bir gayret sarfına mecbur olmuştur. Esasen bu hareket ancak şahsî bir diktatörlük sayesinde muvaffak olmuştur ki, bu diktatörlük, beklemeden bir sahada mistik inançların ba'sübadelmevî üzerine dayanan karismatik bir iktidarın bütün hususiyetlerini taşımaktadır. Bu mistik inançlar ise hukuki inançları geri iterler ve hukukun, siyasi ve sosyal hayattaki her nevi hâkimiyetini zayıflatırlar, izale ederler. Bu mistik inançlar esasen, "şefin maiyet erkânında", "faşist güzideler" de görünür ki burada communion rabıtası hâkimdir. Halbuki halkta ve bütün millette kitle unsuru hüküm sürer. Hukuki hayat için en elverişli olan cemaat unsuruna gelince, bu unsur artık tahakkuk edemez olur.

Bu günkü yekûni cemiyetin aksi istikametteki temayülü ise, müstahsîl ve müstehlik zümrelerini çitlik prensibine uygun olarak, heyeti umumîye içine ilhak etmek suretiyle iktisadi cemiyette cemaat unsurunu takviye etmekten ibarettir. Bu ilhakın temeli, saf ve müstakil bir iktisadi müşterek sosyal hukuk kadrosudur ki muteberlik bakımından bu hukuk, devlet hukukuna muadildir. Bunun için, geniş, federatif bir işbirliği teşkilâtı içinde iktisadi cemiyetin muhtar bir organizasyonuna ihtiyaç vardır. Sınıai demokrasi organları, fabrika idare meclislerinden başlayarak Millî İktisad Konseyi'ne kadar gider.

Alâkadarların doğrudan doğruya icra edecekleri murakabeye tabi bir "güdümlü ekonomi", zirai, sınıai, malî vasıfta federalleşmiş ve mütualist karakterde mülkiyet... işte bu müstakbel teşkilâtın muhtelif cephelelerini teşkil eder.

Ancak bu müstakbel cemiyetin tahakkukudur ki, hem patronluğun

ortadan kalkmasını sağlayacak, hem de mahallî devlet zümreleri bloku ile iktisadî faaliyet zümreleri bloku arasında yeni bir hukukî muvazene tesisini mümkün kılacaktır. Yani bizzat bu evsafı dolayısıyla sosyalist bir rejim manarası arzedecek olan plüralist bir demokrasiye götürecektir.

Böylece yetkileri adamakıllı tahdid edilmiş olan ve fakat gene mutlak zecir kullanan mülki devlet, hukuken kendisiyle muadelet arzeden müstakil bir teşkilât ile müessir bir surette muvazene haline konmuş olur. Zira, bu müstakil teşkilât mutlak zecir kullanmakla beraber, istinat ettiği federalist mülkiyette kendisi için bir mukavemet kuvveti bulacaktır. İki teşkilât arasındaki ihtilâflar, fonksiyon-üstü milli zümre ve bu zümre içindeki fonksiyonel zümrelerin iç münasebet ve muvazenelerinin nâzımı olan spontane, değişken sosyal hukuk nizamı adına hüküm verecek olan yüksek ve eşitçi mahkemeler tarafından halledilecektir.

Devlet yetkilerinin ve otoritesinin, - bugün garp devletlerinde dahi müşahede edebildiğimiz - takviyesi, haddizatında iktisadî mahiyette ve milletlerarası vasıfta çetin buhranların tesiri altında vaki olmuştur. Bu itibarla bu hal, plüralist demokrasiye müteveccih temayül aleyhine en kat'i bir delil hizmetini göremez. Filhakika, devlet müdahaleciliğinin bu tamamen yeni safhasının mahiyetini tâyin etmek güçtür: Acaba bu safha, devletin, sırf iktisadî zümreleri, sınıf derebeyliğe ve otokrasiye karşı yaptıkları savaşta takviye etmek maksadıyla, kendi iktidarını muvakkaten şiddet'endirmesini mi ifade ediyor ki, bu takdirde daha iyi geliştirilmiş olan bu muhtar kuvvetler birgün bizzat devleti de tahdit edecektir, yoksa, bilâkis devlet müdahaleciliğinin bu yeni safhası, otoriter temele dayanan bir güdümlü ekonomi kanalıyla yeni totalitarizm ve istibdad ne'ilerine doğru bir gidişe mi alâmetür? Bunu tâyin oldukça zordur.

Hukuk sosyolojisi, her sosyoloji gibi, ne kehanette bulunacak, ne de istikbal hakkında bir kıymet hükmü verecektir. Bugünkü geçici cemiyette muhtelif temayüller ve muhtelif hukuk sistemleri birbirleriyle çatışma halindedir. Bize münakaşa götürmez gibi görünen yegâne husus, plüralist demokrasiye müteveccih temayülün bir hukukî kültür için, hukukun, içtimâî hayatın diğer sahalarna nispetle arzettiği muhtariyetin muhafazası için daha müsait olduğudur.

Muhakkak ki, plüralist ve sosyalist cemiyetin hukuk sistemi, Roma Hukukundan daha yumuşak, daha elâstiki, daha az şekilci, ve daha az katı, keza ahlâktan daha az ayrılmış olacak, fakat esash bir şekilde

H u k u k olarak kalacaktır. Yâni ne mistik-vecdî inançlara, ne de basit bir tekniğe irca edilemiyen bir saha olarak kalacaktır.

Buna mukabil, eğer bugünkü mücadelelerin sonu, yeni bir otoriter sisteme münthi olacaksa, hukuk sahasının başka nev'iden maşerî inançlar lehine büyük bir nüfuz kaybına maruz kalacağı söz götürmez bir hakikattir ki, bunun da neticeleri, hukukî bakımdan bir nev'i soysuzlaşma addedilebilecek bir duruma götürecektir.

BEŞİNCİ BÖLÜM

JENETİK HUKUK SOSYOLOJİSİ

Hukukî müesseselerin faslasız ve tek istikamette inkişafının bir "tohumu" nun geri cemiyetlerde bulunabileceği zehabını veren ve cemiyetlerin hukukî tipolojisi problemi ile cemiyetlerin menşei problemini birbirine karıştıran tekâmülcü prejüjeden vazgeçmiş olan Jenetik Hukuk Sosyolojisi ancak aşağıdaki problemleri kendisine araştırma konusu yapabilir:

a) Her hukuk sistemi tipi içindeki düzenlilik belirtilerini (hukuka istikâmet veren sosyal muayyeniyetler: çeviren)¹ (Régularités tendancieles) tetkik etmek.

1) "Régularité tendancielle" terimini türkçemize uygun bir şekilde çevirmek kabil olmadı. Müellif, bununla, hukukun istihale seyrinde, belirli kanunlara uyma, belirli muayyeniyetlere tetabuk etme haline benzer bir durumu murad etmektedir. Ancak, kendisinin de ilerde tavih edeceği gibi hukuk istihalesinde rastlanan bu durum, kelimenin felsefi manâsıyla bir kanunilik (légalité) derecesinde değildir. Burada kanuniliğe benzer bir hal vardır ki, bu hal için (régularité tendancielle) terimi tercih edilmiştir. Buna (bir nev'i düzenlilik temayülü, bir düzenlilik hali) demek caizdir. Zira bilindiği gibi (régularité) tabiri tam manâsiyle bir kanunilik halini, bir muayyeniyete tâbi olma durumunu değil, daha ziyade sık sık vaki olma, ekseriya vaki olma halini ifade eder. Netekim, hukukun istihale istikametlerinde kati bir muayyeniyetin câri olduğu iddia edilemez, ancak, bu istihalenin tamamen gelişi güzel olduğu, hiçbir tahmine mesağ vermediği de söylenemez. O halde hukukun istihale seyrinde tam manâsıyla sosyal muayyeniyetler demek olan bir takım kanunlar câri değilse de gene bu kanuniliğe yakın veya buna benzer ihtimali münasebetler câridir ve bu manâda (bir düzenlilik temayülü veya belirtisi) mevcuttur. Kıymetli meslektaşım NURETTİN ŞAZİ KÖSEMİHAL bu terim için (temayül halindeki düzenlilik) tâbirini tercih etmiştir. (Sosyoloji Tarihi 1956. İstanbul. Sh. 283). Bizim teklifimiz de fazla bir fark arzetmemektedir. Daha kısa ve uygun bir terim halinde tercümesini, türkçe felsefe terminolojisinin takarrürüne talik ederek şimdilik biz buna (düzenlilik belirtileri) demekle iktifa ediyoruz. Çeviren).

b) Bu düzenlilik belirtilerinin (kanuna benzer muayyeniyetlerin: çeviren) ve daha umumî olarak hukuk hayatındaki bütün istihalelerin âmillerini tetkik etmek.

BİRİNCİ KISIM

DÜZENLİLİK BELİRTİLERİ (LES REGULARITES TENDANCIELLES)

Sosyal hayatta tesbit edilebilen düzenlilikler, ancak yekûni bünyelerden, zümreler-arası münasebetlerden bahseden makrososyolojik saha-da bahis konusu olabilir. Bu düzenliliklerin mikrososyolojik saha ile âlâkaları yoktur. Diğer taraftan bu düzenlilikler, "kanunlar" demek değildir. Bunlar ne statik kanunlardır, ne de dinamik tekâmül kanunları. Zira sosyal gerçekliğin (hususiyile, kollektif sembol ve değerlere tâbi olan hukuki gerçekliğin) mümeyyiz vasfını teşkil eden pek ileri derecedeki gayrı-muayyeniyet dolayısıyla, bu düzenlilikleri, "şans"lara, "ihtimallere", "temayüllere" irca edilir ki, bunların tahakkukları geniş bir tahmin edilememelik payı ile sınırlanmıştır. İşte bunun içindir ki, biz "düzenlilik belirtileri" diyoruz. Nihayet, evvelce söylediğimiz gibi, bu kaidevilikler, ancak tek bir yekûni cemiyet tipi içinde bulunabilirler. Zira bir tipten diğerine geçiş, daima, bir inkıtaı, pek bariz bir farkı, derin bir uçurumu atlamağı icap ettirir. Öyle ki, burada da bazı ihtimaller aramak tehlikeli olur. Zira, mûtâ cemiyetin yerine konan diğer cemiyet tipleri son derece değişik olabilir.

Hukuki müesseselerde, bazı sosyologların tesbit ettiklerini zannetkileri umumî istihale kanunları, şunlara irca edilebilir:

Statünün hâkimiyetinden mukavelenin hâkimiyetine geçiş (SPENCER ve SUMNER MAINE) aynı hukuk nizamı ile bağı şahıslar çevresinin gittikçe genişlemesi ve bunun umumileşmesi (G. TARDE), iadevî hukukun yavaş yavaş tenkili hukukun yerine geçmesi ve devlet ile mukavelenin rollerinin birbirine muvazi olarak gittikçe artması (DURKHEIM), Hususi zümrelerin ve bunların hukuk kadrolarının gittikçe daha fazla çoğalması ve birbiriyle çatışması, ve bunun neticesinde zümrelerin karşılıklı mücadelelerinden ve birbirlerini hudutlandırmalarından kendi hürriyeti hesabına faydalanan ferdlerin haklarının kuvvetlenmesi (BOUGLE - Les Idées égalitaires, 1899). Hukukun tedrici bir şekilde rasyonelleşmesi ve mantıkileşmesi (MAX WEBER).

Doğrusunu söylemek lâzım gelirse, bütün bu düzenlilikler hukukun ancak muayyen cemiyet tipleri içindeki - hususiyile kadim cemiyetlerde-

ki - istihalelerinde tatbik sahası bulabilir. Her yekûnî cemiyet ve buna tekabül eden her hukuk sistemi, hukuk kadrolarının ve hukuk nevelerinin bir mikrokozmu olduğundan, aynı tip içinde aksi istikamette hareketler de başgösterebilir. Nitekim, DURKHEİM'in iddiasını tenkid ederken bunu belirtmeye çalışmıştık.

Her hukuk sistemi için ayrı ayrı müşahedesi kabil olan düzenlilik belirtilerini (régularités tendantielles) gözden geçirmek suretiyle aşağıdaki kanaatlara vasıl olabileceğimizi zannedyoruz. Ancak, bu neticeler sadece işlenecek faraziyeler olarak kabul edilmelidir, zira bu hukuk sistemi tiplerinden hiç biri (Kadim cemiyet hukuk sistemi ile bugünkü hukuk sistemi hariç olmak üzere) doğrulukları az veya çok mevsumî bir şekilde tahkik edilmiş bir takım düzenliliklerin vücudünden bahsedilebilmek için, kâfi derecede derin sosyolojik bir tetkike tabi tutulmamıştır.

Kadim hukuk sistemlerine gelince, yukarıda sıralanan düzenliliklere şu hususlar da ilâve edilebilir: Sihri kardeşlik birliklerinin Klana hâkim olma temayülü ki bu muzafferiyet, devletin ilk şeklinin zuhuruna ve siyasi hâkimiyetin bir şefin elinde toplanmasına sebep olmuştur. (DAVY). Keza, inanç birliği unsuru, cemaat unsuru lehine gittikçe zayıflamaya yüz tutmuştur.

Dini - karizmatik hukuk sisteminde ise evvelâ şu temayül müşahede edilebilir: Karizmatik unsuru "mutad", "günlük" ve "geleneksel" kılma temayülü. (MAX WEBER - Veraltägliche des Charismas). Bu durum şefin, yerine geçeceklerin tâyininde vesaret veya seçim prensibinin kuvvetlenmesinde, hukukun ve idarenin (mistik unsurları gittikçe daha konvansiyonel bir mahiyet aldığından) gittikçe daha fazla bürokratlaşmasında tezahür eder. Keza, tâbi durumdaki halkta hâkim olan kitle unsuru ile, birleştirici kuvvetin istinat etmekte olduğu inanç birliği unsuru arasındaki ihtilâf daha mahdud zümrelerin teşekkülü neticesinde zayıflama temayülü göstermektedir. (Meselâ memurlar zümresi, ilâhiyatçılar - müçtehitler zümresi, patrimonial zümreler ilh.). Zira bu mahdud zümrelerde cemaat unsurunun hâkimiyeti hissedilmektedir. Nihayet bütün bu hususiyetler, dini-karizmatik hukuk sistemi içinde, esrarlı kaynaklardan ve şefin bilâvasıta ilhâmından doğan hukuka karşı, klişelerin, teamülün, doktrin, nizam kadrolarının, kısacası evvelden tesbit edilmiş hukukun galebe çalmasını sağlamaktadır.

Patrimonial hukuk sisteminde görülen istihale düzenlilikleri, daha dar çevreli beytî ailelerle karı-koca ailesinin teşekkülüne müteveccih bir temayül ile mirasın varisler arasında taksimi suretiyle parçalanmasından

ibarettir ki, bu son durum, asıl manâsıyla aile zümrelerinin hukuku ile, içinde mülki ve dolayısıyla siyasi unsurun kuvvetlendiği beyti-siyasi aile zümrelerinin hukuku arasındaki tearuzu intac etmiştir. Aynı zamanda bu sonuncu zümre içinde aktif unsur tezayüt eder ki, neticede bu zümre hukuku, muteberlik bakımından daha fazla müessiriyet kazanır ve daha şekli bir tarzda tespit edilir, böylelikle içlerinde hadsi hukukun ve örf - âdet hukukunun hâkim olduğu akrabalık zümrelerinin hukukunu tahdid etmeye başlar. Feodal hukuk sisteminin nihayetsiz mu'diliyeti karşısında bu sistemin istihalesindeki düzenlilik belirtileri muhtelif hattâ birbirine zıt istikâmetlere yönelirler. Süzrenlerle vassaller arasındaki hiyerarşik federasyon hukuku, kendisine tâbi hukuk süljelerinin gittikçe daralması temayülünü gösterdiği halde bir taraftan kilise hukuku diğer taraftan şehirler hukuku evrenselleşmeye temayül etmektedirler. Nihayet devlet hukuku, mülki hudutlara sahip olmaya ve bu hudutlar içinde umumileşmeye meyletmektedir. Asıl manâsıyla feodal mahiyetteki münasebetlerde müsavatçı ve kardeşçe münasebt unsuru gittikçe azaldığı halde, aynı unsur meslek birliklerinde ve şehirlerde gittikçe şiddetlenmektedir. Halbuki devlet hukukunda otoritarizmin terakkisi tebalar bakımından bunları bir seviyede tutucu bir temayül ile müterafık olmuştur.

Kilise hukuku, kendi üstünlüğünü ilâna temayül ederken, dini inanç birliğindeki şiddetin gevşemesi bunu kitle seviyesine indirmeğe çalışmakta ve böylelikle mülki hukukun mukavemetini ve en sonunda muzafferiyetini kolaylaştırmaktadır. Görülüyor ki, feodal hukuk sistemindeki düzenlilikler onu farklı istikâmetlere sürükleyebiliyordu.

Mülki devletin mutlakiyetçiliğine (garbta) ve karismatik bir teokrasiye (şarkta; Çin, Japonya, Mısır) götürülen yolun yanında müsavatçı ve birbirine muadil cemiyetlerin evrensel federalizmine götürülen bir yol da eksik değildi.

Kadim sitenin hukuk sisteminde hukukun evrenselleşmesine doğru, sosyal hukuku tahdid eden ferdi hukuk sahasının genişlemesine doğru götürülen düzenlilik belirtileri tesbit edilebilir. EFLATUN, ARİSTO ve POLYBE, siyasi hukuk sahasında devri bir hareketi keşfettüklerini zannettiler. Bu hareket, evvelâ monarşiden aristokrasiye ve demokrasiye (muhtelif şekiller altında) müteveccihetti, sonra da istibdada münkalip olarak neticede gene monarşiyeye müntehi oluyordu. v.s. Bu devri düzenlilik ancak kısmen, yâni iki ihtirazi kayıd dairesinde doğrudur: Evvelâ bu durum, yalnız sitenin muayyen hukuki tipi için variddir, sonra da sezarizmin, başlangıçtaki monarşi ile pek az münasebeti vardır.

Mülki devletin ve irade muhtariyetinin hâkim olduğu hukuk sistemi aşağıdaki düzenlilik belirtileriyle temayüz eder: Hukuki müsavatın, siyasi iktidar karşısındaki müsavattan başlayıp kanun karşısındaki müsavata ve buradan da medeni haklarda müsavata ve nihayet siyasi haklarda ve hürriyete müteallik haklarda müsavata doğru yönelmesi; müspet hukukun islâhatına tekaddüm eden akli "tabii hukuk" a doğru temayül edilmesi (ütopinin hukukta gittikçe artan rolü); bütün hususi hakların devir ve intikal kabiliyeti kazanışı (ki bu hal bilhassa alacak haklarının aynı haklara tefevvukunda təcəlli eder. LEVY); gerek devlet hukukunun, gerek alacak haklarının, iktisadi zümrelerin içine nüfuz edebilmelerindeki güçlüğün gittikçe artışı; (ki bu iktisadi zümreler, resmi hukukun kenarında otokratik bir hukuk ile idare edilmektedir ve bu yüzden, devletin hukuki kadrosu ile iktisadi cemiyetin hukuki kadrosu arasındaki muvazenesizlik gittikçe derinleşmektedir).

Bugünün tamamen intikal safhasındaki hukuk sisteminde, biri plüralist demokrasiye, diğer totalitarizme teveccüh eden birbirine zıt temayüllere evvelce işaret edilmişti. Bu hareketin düzenliliğinin ne olduğu, burada, muhakkak ki önceden kestirilemez. Müşahedesi kabil olan diğer düzenliliklere gelince, kanunla mukavelenin birbirine muvazi olarak söz götürmez mahiyetteki inhitatlarını kaydedelim. Mahdud alâkadarlar çevreleri için, muteber olan hukuki nizamların kısmileşmesine doğru gittikçe şiddetlenen bir dönüş. Sosyal hukuk sahasının, ferdi hukuk sahası aleyhine gittikçe kuvvetlenişi. A d h o c tesbit edilen hukuk ile hadsi hukukun rollerinin, önceden tesbit edilen hukuk aleyhine olarak gittikçe ehemmiyet kazanışı, ve bu sonuncu hukuk nev'i içinde örf-âdet hukukunun, sosyal beyannamelerin, adli ve diğer tatbikatın, kolektif mukavelelerin, dekrelerin vesâirenin kanununun aleyhine olarak gittikçe daha fazla müessiriyet kazanışı. Muhtelif sınırların ve muhtelif mesleklerin hukuk kadroları arasındaki mücadelenin gittikçe daha keskinleşmesi ve sertleşmesi.

İkinci Kısım

AMİLLER (İÇ VE DIŞ AMİLLER)

Âmilleri (facteurs), asl manâsıyla sebeplerden sarahatle tefrik etmek lâzımdır. İster tabiat ilimleri, ister sosyal ilimler bahis mevzuu olsun, bu tefrik her nevi izah için muteberdir. Meselâ kayanın berhava edilmesini izah etmek lâzım gelse, buradaki âmiller şunlar olacaktır: Ka-

yanın mukavemet derecesi, dinamit ve ateş. Halbuki sebep, gazların kuvvetinde ve genişlemesi keyfiyetinde mündemiçtir.

Sosyal fenomenlerle karşılaşılnca, aşağıdak sebeplerden dolayı bir taraftan illiyetin, diğer taraftan âmillerin araştırılması, birbirine karışmaktadır :

a) İçtimai vakıaların sebebi daima külli sosyal hâdiseler (phénomènes sociaux totaux) (MAUSS) de mündemiçtir. Zira cemiyetin muhtelif cepheleri, izah edilebilmeleri için, zâten az çok sun'î bir şekilde ayrılmış oldukları esas bütüne katılmaları gereken tezahürlerden ibarettir.

b) Yegâne hakiki sosyal sebepleri teşkil eden "külli fenomenler", yekûnî cemiyetlerin tavsifi tiplerini temsil ederler ki sosyolojide illi izah, ancak bahis mevzuu olan muayyen bir tip içinde muteber olabilir.

c) Muhtelif sosyal âmiller, aynı bütünün mücerred cephelerinden ibaret olduklarından bir tavsifi yekûnî tip içinde tezahür ederek birbirlerine nüfuz ederler ve karşılık tesirler icra ederler. Meselâ morfolojik temel; ekonomi, din, sihir, ahlâk, hâkim bilgi şekli, hukuki realitenin istihale faktörlerini teşkil etmekteyse de bu hukukî realite de, bu olaylardan her biri üzerine bunların bir istihale faktörü sıfatıyla müessir olmaktadır. Daha umumi olarak, bunlardan herbiri, bu bakımdan diğerlerine karşı aynı durumda bulunur.

Diğer taraftan, yekûnî cemiyetin her tavsifi tipi içinde bir sosyal fenomenin, meselâ hukukun istihalesindeki muhtelif faktörlerin rolü aynı değildir. Bu yalnız, bir faktörün ehemmiyetinin, müessir illiyetin mündemiç bulunduğu asıl bütünün hususiyetlerine, eşkâline tâbi olacağı mülahazasıyla değil, aynı zamanda muhtelif sosyal fenomenlerden herbirinin seyir sür'atinin muhtelif cemiyet tipleri içinde ve aynı cemiyetin hayatının muhtelif zamanlarında daima birbirinin aynı olmaması vakiasıyla izah edilir.

Meselâ bazan, dinî inançlarla ahlâkî inançlar hukukî inançların önüne geçerler, onlardan daha sür'atle inkişaf ederler. Bazan da bilâkis hukukî inançlardan geri kalırlar. Bazan, hukukî gerçeklik ekonomiye nispetle geri kalmıştır, bazan ondan ileri gitmiştir v.s. Aşikârdır ki, prensip itibariyle "sosyal faktörler" kendilerine nispetle geri kalmış olan bir hâdis için ehemmiyet arzederler, ve bilâkis, kendisinden geri kalmış oldukları bir hâdis bakımından da ehemmiyetlerini kaybederler.

İlâveten şuna da işaret edelim ki, hukukî hayatın seyrindeki iç

faktörlerle dış faktörleri tefrik etmek lâzımdır. İç faktörler, muhtelif hukuk nev'ileri arasında, hukukî hayatın muhtelif derinliklerdeki tabakaları arasında, hukukun muhtelif tesbit tarzları arasında, muhtelif tipteki hukuk kadroları arasında mevcut olan ihtilâf ve gerginliklerdir. Dış faktörler ise, hukuktan gayri olan sosyal fenomenlerdir. Hukukî hayatın seyrindeki bu iç faktörler Hukukî Mikrososyolojinin ve Tipolojinin tetkiki sırasında incelenmiş olduğundan burada dış faktörlerin tahlili ile iktilâf edebiliriz.

1. — Cemiyetin morfolojik temeli ve hukuk :

Cemiyetin maddî temeli, hususiyle demografik ve coğrafi temeli, yâni, nüfus hacmi ve kesafeti, nüfusun toprak üzerindeki dağılışı tarzı, bizzat nüfusun evsafı, sosyal hayatın umumî seyrinin olduğu kadar (dar manâda Sosyal Morfoloji'nin tetkik konusu) ekonomi, hukuk, din, ahlâk v.s. gibi hususî veçhelerinin de müessirliği söz götürmez faktörlerini teşkil eder. (Hukukî Morfolojinin, Dinî Morfolojinin ve İktisadî Morfolojinin mevzuu "geniş manâda Sosyal Morfoloji" olarak gösterilmiştir. Bu hususta karşılaştırınız: HALBWACHS - Morphologie Sociale. 1938). DURKHEIM, MAUSS ve HALBWACHS cemiyetin hacim ve kesafetinin hukuk üzerindeki inikâslarına mühim etüdler tahsis ettiler ve bizzat "maddî kesafet" in, manevî kesafetin tesirine (hususiyile hukukî inanç ve sembollerin tesirine) marûz bulunduğunu aslâ unutmadılar. Zira maddî kesafet kolektif beşerî faaliyetin tesiriyle derin bir şekilde simâ değiştirmiştir ve kolektif psişizmin kendisine izafe ettiği semboller, ideler ve kıymetlerle meşbudur. (Keza bu hususta karşılaştırınız: L. FEVRE - La Terre et l'Evolution humaine. 1926).

DURKHEIM, iadevî hukukun tenkili hukuka üstün bir hale geldiği muhitin, hem daha geniş hem de nüfus kesafeti fazla olan cemiyetler olduğunu isbat edeceğini tahmin etmişti. MAUSS, (Eskimo cemiyetlerinin mevsimlere göre gösterdiği tahavvüller) e müteallik hususî bir miselle (Ann. Soc. V. IX, 1906) iptidai kavimlerin hukuk sistemlerinin yazın ve kışın birbirinden nasıl farklı olduğunu, kış hukukunun klanı hatırlatan pek sıkı bir toplu yaşayışa bağlı bulunduğunu ve din ile, kolektivist temayüllerle meşbu bir hukuk karakterini taşıdığını; halbuki, dağınık bir halde yaşayan küçük ailelerin hayatını tanzim eden "yaz hukuku" nun, ferdiyetçiliğe daha müsaid, ve dinle ilgisiz bir hukuk karakterini aldığı isbata çalıştı. HALBWACHS, bir taraftan cemiyet hacminin, diğer taraftan nüfus kesafetinin ve nüfusun teraküm tarzının (sayfiyeler, dağınık köyler, orta şehirler, temerküz etmiş şehirler gibi) ada-

let teşkilâtı, mahkemelerin bünyesi, ve işleyişi ve hâkimlerle dâvacı ve dâvalılar arasındaki münasebetler ve nihayet siyasi rejimler üzerindeki muhtelif tesirlerine işaret etmiştir.

Haddizatında pek öğretici mahiyette olan bütün bu görüşler, esas itibariyle yekûnî cemiyetlerin muhtelif tavsifi tipleri nazara alınarak tasrih edilmeye ve müşahhaslaştırılmaya muhtaç bulunmaktadırlar. Filhakkâ hukuk üzerinde morfolojik temelin tesirleri ve keza hukuk sisteminin morfolojik temel üzerindeki tesirleri cemiyet tiplerine ve aynı cemiyetin hayatı boyunca muhtelif safhalarna göre bir hayli değişir. Demek ki, cemiyetin muhtelif bünyelerine göre "maddi kesafet" in hukuki hayat karşısındaki fiili ehemmiyetini meydana çıkarabilmek için geniş çapta anketlerin yapılması icap etmektedir.

Kadim cemiyette ve Patrimonial cemiyette nüfus kesafetinin hukuki hayat üzerindeki fiili ehemmiyeti kanaatimizce pek büyüktü. Keza dini-karizmatik imparatorluklarda, kati mahiyette bir tesir değilse de, gene, oldukça büyüktü. (Bu imparatorluklarda geniş bir mesahai sathıye pek az bir nüfus kesafeti ile ve arazi taksimatının aşikâr istikrarsızlığı ile, temelsizliği ile birleşmişti). Keza, Orta Çağa tekaddüm eden büyük muhaceret hareketlerinde nüfus kesafeti hukuka hayli müessir bulunuyordu. Bununla beraber, sitenin ve feodal cemiyetlerin hukuk sistemlerine nispet edilirse morfolojik faktörün aynı ehemmiyeti arzemediğini görürüz. Keza burjuva hukuk sistemi ve günümüzün hukuk sistemi bakımından da bu ehemmiyet gittikçe azalmaktadır. Bu hukuk sistemleri cemiyetin maddi temelinden müessir olmaktan ziyade ona kendileri müessir olmaktadır. (Hususiyle doğum ve ölüm nispetleri, şehir ve köy arasındaki, keza bölgeler ve memleketler arasındaki muhaceret hareketleri).

Kabulü zaruri görülen yegâne umumî mülâhaza, HALBWACHS'ın tebarüz ettirdiği şu vakiydir: Morfolojik temel, hukuk ve iktisad üzerinde, din üzerinde olduğundan daha fazla müessir olmaktadır. Biz bu bakımdan, dinin durumuna, ahlâk ve bilgiyi de ithâl edebiliriz. Çünkü hukuk, dış gerçeklikle, asıl manâsıyla maşeri kuvvetlerle, maddî muhitte rol oynadıkları nispette eşya ve insanlarla, din ve ahlâktan daha fazla alâkalıdır. Zira maddî muhitin yaratıcı kollektif faaliyete karşı gösterdiği mukavemet burada hususî bir şiddetle inikâs eder. Bu bizi doğruca hukukla ekonomi arasındaki münasebet meselesine, yâni hukuki gerçeğin istihalesindeki diğer bir faktöre düşen rolün tahliline götürür.

II — İktisad ve Hukuk :

Şimdiye kadar hukuk hayatına müessir olan faktörlerden hiçbiri,

ekonomi kadar dikkatle tahlil ve münakaşa edilmiş değildir. Çünkü cemiyetin hukuki hayatı ile iktisadi hayatı arasında pek sıkı münasebetler mevcut olduğu, tamamen, söz götürmez bir hakikat olarak görünmektedir. HOBHOUSE, GINSBERG ve WHEELER gibi İngiliz sosyologları "The material culture and social institutions of the simple people. 1930" adlı eserlerinde istatistik metodu sayesinde iktisadla hukuk arasında fonksiyonel bir münasebet bulabileceklerini zannettiler. Zira kadim cemiyette hukuk ile iktisad arasındaki muvazat halinin pek yüksek bir yüzdesini tespit etiklerinden bunun diğer sosyal tiplerde de ve hususiyile burjuva cemiyetinde de ve onun bugünkü intikal devrinde de böyle olacağını zannettiler.

Bununla beraber esas mesele, hiçkimsenin inkâr etmediği ve istatistiklere baş vurmaksızın müşahede edilebilen bu sıkı münasebette münemiş değildir. Belki iktisadi realitenin, her zaman, hukuki realitenin önünde gidip gitmediğini bilmektedir. (MARX). Yahut, hukukun mantiki şekilden ibaret olup, iktisadın bu şekil tarafından yaratılan madde mi olduğunu bilmektedir ki, bu takdirde ne tek taraflı ne de müteakabil bir tesir bahis mevzuu olamaz. Zira iktisad ve hukukun her ikisi de tek ve aynı şeyi temsil ederler. (Karşılaştırınız: R. STAMMLER - Wirtschaft und Recht 1896, III éd. 1924). Yahut nihayet, cemiyet tiplerine nazaran kâh iktisadın hukuka tekaddüm ettiğini, kâh hukukun iktisada tekaddüm ettiğini ve birbirleri üzerindeki tesirlerinin daima müteakabil olduğunu bilmektedir (M. WEBER - Wirtschaft und Gesellschaft. Keza: STAMMLER - Überwindung der materialistischen Gesichtsauffassung. 1907; B. HORWARTH - Rechtssoziologie 1934).

İktisadi faktörün hâkimiyetini, tekaddümünü iddia eden marksist görüş, her ikisi de söz götürür mahiyette olan çift esasa dayanır :

a) Marksist görüş, hukukun ideolojik bir irtisam, istihsal kuvvetleri arasındaki münasebetlerin bir gölge hâdisesi olduğunu, yâni kendine mahsus bir sosyal gerçekliğe sahip olmadığını kabul eder.

b) Bir hamlede, ekonomi ile külli sosyal hâdiseyi birbirinin aynı sayar. (MARX doğrudan doğruya şöyle yazar: "istihsal münasebetlerinin heyeti umumiyesi bizim cemiyet dediğimiz şeydir." MARX'm yeni tefsircisi H. CUNOW bu birleştirmeye dair misâlleri hayli çoğalttı: "Die marxische Geschichts - Gesellschafts und Staatstheorie. 1923 I ve II cilt".

Halbuki bunlardan birinci prensip anti-sosyolojik olduğu kadar keyfidir de. İkincisi ise hem çok dar hem de çok geniştir. Cemiyet telâkki-

sinde fazla dar, iktisad telâkkisinde ise fazla geniş. Ve nihayet marksist tez boş bir tekrarlamaya müncer olmaktadır. Zira, ekonomi ile sosyal realite birbirinin aynı ise hukukun, tek tarafı olarak, istihsal kuvvetlerine tâbi olacağı aşıkârdır. Zira bir sosyal fenomenn değişme sebebi olsa olsa cemiyetin heyeti umumiyesinde mündemiç olabilir. İşte marksizmin ekonomiyi bir faktör olarak değil de bir sebep (illet) olarak tefsirinin hikmeti muhakkak ki buradadır.

Marksizme karşı bir reaksiyonu temsil eden STAMMLER'in görüşü de aksi istikamette mübalâğaya sapar: Fiili hukuku, bütün tecrübî muhtevası ile birlikte, cemiyetin bir ideal mantiki şekline inkilâp ettirecek ve bu hukukun, sadece kendi mahsûs maddesinden ibaret saydığı ekonomiden müteessir olamayacağını iddia ederek STAMMLER, gerek ekonominin, gerek hukukun birer faktör olarak telâkki edilmeleri imkânını reddettikten sonra, sabit bir bünye izafe ettiği hukuka, iktisada nazaran hem aksiolojik hem jenetik bir üstünlük tanıır. STAMMLER'in metodolojik bakımdan adamakıllı mütenakız olan bu tezi, aynı zamanda söz götürmez mahiyette bazı vakıa hakikatlerine de mugayirdir: Meselâ hukukî bünyelerle iktisadî bünyeler arasındaki sayısız ihtilâflar; hukukî nizamların tatbik edilemeyeceği ve hukuk bakımından akim olan birçok sosyal realite sahalarnın mevcudiyeti (meselâ passif sosyalibite şekilleri, passifliğin hâkim olduğu zümreler); hukuk sisteminin muhtelif yekûni cemiyet tipleri içinde kâh şiddetlenen, kâh azalan rolü gibi.

Bundan başka, STAMMLER, iktisadla, ihtiyaçları tatmin eden her türlü faaliyeti birbirine karıştırıyor, ekonomiyi tefrik eden hususiyetin bu ihtiyaçları karşılayan vasıtaların mahdud karakteri olduğunu ve maşerî faaliyetin ekonomik faaliyetten son derece daha geniş olduğunu unuttuyor. Bundan başka, sosyal gerçekliği, bu gerçekliğin taazzuv etmiş üst yapılarıyla karıştırıyor. Halbuki bunlar, kendilerinden önce bir hukukun, yâni spontane hukukun vücudünü tazammun eden yegâne tabakalardır. Nihayet, marksizm aleyhine aşırı mücadelesine rağmen STAMMLER, hasım doktrin'in temelli prejüjelerinden birine iştirâk eder: Müşahhas cemiyetin ekonomi ile aynı şey addedilmesi. Halbuki, ekonomi, gerçeklikte müşahhas cemiyetin muhtelif sektörlerinden ancak bir tanesidir. STAMMLER, hukukun iktisad ile doğrudan doğruya münasebeti olmayan faaliyetleri de tanzim edebileceğini unuttuyor.

Görülüyor ki, kabule lâyık olan yegâne teori, muhtelif yekûni cemiyet tiplerinde kâh ekonominin hukukî gerçekliğe müessir olarak onun faktörü rolünü oynadığını, kâh bunun aksi vaki olarak hukukun eko-

nomiye önderlik ettiğini, onun âmili olduğunu iddia eden teoridir. Böylece burjuva cemiyetinde ve bugünkü cemiyet tiplerinde ekonominin hukuktan daha seri olarak seyrettiği söz götürmez bir vakiadır. Ekonomiden geride kalan hukuk, kendi istihalelerinde onun pek fazla tesiri altında kalmaktadır. Halbuki feodal cemiyetteki hukuk sisteminde ekonomiden daha fazla bir hareketlilik vardır. Hukuk, ekonomiye hâkim durumdadır. Bu hâkimiyeti, kâh, iktisadî hayatı kat'i hudutlar içinde hapsedmek (seniorial hukuk, meslekî birlikler inhisarı gibi), kâh onu serbest rekabete ve mal terakümüne teşvik etmek için kullanır (Roma hukuku ve serbest şehirler hukuku).

Patrimonial cemiyette bilâkis, her ikisi arasında tesir bakımından bir muadelet vardır. Hukukun ekonomi üzerinde ekonominin hukuk üzerindeki tesirleri birbirine muadil gibidir. Halbuki geri cemiyette ve büyük bir nispette teokratiko-karismatik imparatorluklarda, hukuk, ekonomi, din ve sihir henüz kâfi derecede birbirlerinden farklılaşmamış olduklarından, bu hal, gerek hukuk, gerek ekonomi üzerinde tabiat-üstü inançların hâkimiyetini intaç etmiştir. Sarahati temin için, şunu da unutmamalıdır ki, ekonomi yalnız yekûnî hukuk sistemlerinin istihalelerinde değil, kendi hukuk kadrolarını yaratan kısmî zümrelerin teessüsünde de bir faktör rolünü oynamaktadır. Böylece, muhtelif cemiyet tipleri içinde teşekkül eden iktisadî faaliyet zümreleri, cemiyette cânî olan ve bu zümrelerin tevlit ettikleri muhtar hukuk kadrolarına doğrudan doğruya in'ikâs eden ekonomik rejimden pek fazla müteessir olur, âdeta ona tâbî kâhırlar.

III — Din, Ahlâk, Bilgi ve Hukuk :

Din, ahlâk ve bilgi birer inanç ve maşerî davranış olmak sıfatıyla, hukuk ile şu müşterek veçheyi arzederler : bunların hepsi, tıpkı hukuk gibi sosyal realitenin daha ziyade sembolik ve spiritüel — manevî — tabakasına taallûk ederler. Bununla beraber, bunların, hukukî realitenin istihale faktörleri olarak oynadıkları rol, cemiyet tiplerine göre değişir ve hepsinin rolü aynı değildir.

Din, ve daha geniş olarak tabiat - üstü'ne ait inançlar (ki aynı şekilde sihri de tazammun ederler) geri cemiyetlerin, ve dinî - karismatik imparatorlukların hukuk hayatında hâkim bir rol oynamıştır. Diğer cemiyet tiplerinde ise dinin rolü, inançların kuvvetine olduğu kadar, Kilisenin diğer zümrelerle olan münasebetlerindeki hususiyetlere de tâbî olarak değişir. Kilisenin kadim Siteye tabiyeti, dinin hukuk faktörü olmak

vasfını adamakıllı azaltıyordu. Orta Çağda Kilisenin istiklâli ve hukuki üstünlüğü, hristiyanlığın (dünyevî hayattan ne kadar ayrılmış olursa olsun) hukuk üzerindeki nüfuzunu bir hayli takviye ediyordu. Reform'dan sonra birçok hristiyan kiliselerinin mücadelesi, bunların hukuk hayatı üzerindeki vasıtasız tesirlerini azaltmakla beraber, netice itibariyle âmme iktidarını tahdid ederek insan ve vatandaş haklarının ilânına adamakıllı yardım etmiş oldu.

XX inci asr başında devletle kilisenin ayrılması, hukuk sisteminin, tamamen lâyikleşmesini intaç etmekle beraber Kilisenin muhtar hukuk kadrosunu takviye etmiş oldu.

Nihayet, bir dinin karakteri, ve naslarının muhtevası, onun, hukuk üzerindeki tesirinin şiddet derecesine müessir olur : Meselâ kabile ve millet dinleri, cihanşümül dinlerden daha fazla hukukla ilgilidir. Cihanşümül dinler arasında yahudilik ve müslümanlık, hristiyanlıktan daha fazla hukukla ilgilidir. Hristiyanlığın içinde de katoliklik, protestanlıktan ve bilhassa Ortodoksluktan daha fazla hukuka müessirdir.

Görülüyor ki, hukuki hayatın faktörü sıfatıyla dinin rolü, bazan aksi istikamette de hareket eden birtakım müşahhas tahavvüller serisine tâbidir. Demek ki bu rolün tesbiti için, bütün hal ve şartları nazara alacak mu'dil bir tahlile ihtiyaç vardır.

Dinle Ahlâk ve Hukukun kâfi derecede farklılaşmış bulundukları mütekâmil cemiyetlerde hukukî gerçeklik ile, yaşayan ahlâkiyet arasındaki bağ bilhassa şiddetlidir. Filhakika hukuk, mahiyeti itibariyle ahlâki değerlerin bir mantikleşmesinden ibaret olduğundan (ahlâki icabların umumileşmesi ve muayyenleşmesi ile harareti azalan ve bir kısım insanların vazifeleri ile diğer kısım insanların talep hakları arasında bir tekabülün teessüsüne cevaz veren soğumuş bir ahlâk) hukuk, ahlâkın istihalelerine en vasıtasız bir şekilde tâbi olarak tahavvül eder.

Bununla beraber, bundan, bir cemiyette ahlâkın ve hukukun hareketlerinin mutlak bir şekilde her zaman aynı süratle seyrettiği neticesi istihraç edilemez. Bilâkis arada fasılasız bir şekilde ihtilâflar zuhur eder ve prensip itibariyle, ahlâka nazaran geri kalmaya mütemayil olan, daima, hukuktur ve ahlâk, hukukun önüne geçerek, daima, sonraki hukuki istihalelerin pek mühim bir faktörü olarak görünür. Zira ahlâk, kendi bünyesi itibariyle hukukla mukayese edilemeyecek kadar daha dinamik, daha ihtilâlcî, daha elâstiki, hangi istikameti alacağını, hukuktan daha evvel sezdiği istikbale doğru daha fazla yönelmiş durumdadır. Hu-

kuk ise, yenileştirme hareketlerinden ziyade geleneksel tatbikata daha fazla bağlıdır. Keza, fikri tasavvurlara, iktisadi gelişmelere ve kuvvetler muvazenesine ahlâktan daha fazla tâbidir.

Kadim ahlâk, esaretin ilgasından çok evvel, esaret hukukî müessesine karşı asırlarca isyan halinde değil miydi ? Hristiyan cemiyetlerinin ahlâkı, Ortaçağdan daha evvelerinden beri serfligi ve hususi harpleri reddetmiyor muydu ? Bugünkü ahlâkımız uzun zamandanberi insanın insan tarafından iktisadi istismarın ortadan kalkmasını, milletlerarası camianın harbi ortadan kaldırarak teşkilâtlanmasını ısrarla istemiyor mu ? Halbuki hukukî gerçeklik içinde bu olaylar mevcuttur ve devam etmektedir. Bir cemiyetin hukuku ile, o cemiyetin ahlâkı arasındaki ihtilâflar hususî bir şiddet kazandıkları zaman, ahlâkî faktörlerin hukuk üzerindeki baskısı tabii hukuk " utopie " lerinde tezahür eder. Bunlar ilerlemiş ahlâkın geri kalmış hukuka olan hitapları ve davetleridir ki bu hitaplar mevcut hukuku haklı göstermeğe çalışan " ideolojiler " in mukavemetine maruz kalırlar. (Karşılaştırmamız : K. MANNEHEİM)

Bununla beraber aksi durumun da daima mümkün olabileceğini hatırlatmak lâzımdır. Yaşayan ahlâkın, ileri hukuk tarafından geride bırakılması halinde hukuk, ahlâkî istihalelerin bir faktörü olarak tezahür edebilir. Esasen bu hal, ancak istisnai zamanlarda, ihtilâllerde veya büyük islahat devirlerinde vaki olur ki bu devirlerde teşriî tedbirler ve bunları ilham eden hadsi hukuk, bir sıçrayış ile yalnız eski hukuku değil, belki, bu hukuku yıkmakta kendisine yardımcı dokunmuş olan ahlâkı da aşar. Bununla beraber, böyle, hukukun ahlâka tekaddüm edişi, onun önüne geçişi hâdiseleri tutunmakta pek zahmet çekerler ve mutad olarak derin irticai sapma hareketlerini tahrik ederler.

Sosyal hâdise sıfatıyla bilgi, hukukî realitenin faktörü olarak iki şekilde tezahür edebilir: evvelâ maşeri, fikri tasavvurlar, ahlâkî değerlerle bir terkip halinde, her nevi hukukun aslı bir unsuru olduğundan (hukuku meydana getiren unsurlardan biri olduğundan) bu fikri tasavvurların tahavvülü, hukukî inanc ve davranışların da istihalesini tahrik eder : meselâ illiyet rabtası, madde, cemiyet, şahıs v. s. tasavvurlarının tahavvülü : mesuliyet, mülkiyet miras ve borç gibi hukukî müesseselerin derin değışikliklere maruz kalmaları için kâfidir. (Bu hususta şu eserime müracaat ediniz : *Expérience Juridique*, 1935).

Daha sonra bilgi, başka bir şekilde, daha müşahhas ve daha mahdud bir tarzda hukuka müessir faktör olarak görünür : hukukun tesbit tarzlarına karşır. Hukukun şekli kaynakları üzerinde müessir olur. Hâ-

kimlerin, şarihlerin, avukatların (meselâ Roma'daki prudent'lar, Ortaçağdaki légiste'ler, bugünkü hukuk hâkimleri, avukatları ve profesörleri) fikri formasyonları ve temayülleri hukukî realitenin seyrinde mühim bir faktör teşkil eder. Hukuk sistemi ne kadar aklileşmiş ve lâikleşmişse bilginin hukukun tesbitindeki rolü o derece kuvvetlenir.

Hukukun, bilgi üzerine müessir faktör sıfatıyla oynadığı role gelince, bu, çok mahduttur : burada fikir hürriyeti bakımından kâh azalan, kâh çoğalan muhtelif hukukî engeller bahis konusu olur.

IV — *Kollektif psikoloji de Hukuk.*

Maşerî psişizm (sosyal gerçekliğin en derin tabakası olduğundan ve bu gerçekliğin bütün tezahürlerine ve cephelerine nüfuz ettiğinden) hukukî realitenin istihalelerine müessir olan ve şimdiye kadar zikrettiğimiz bütün faktörlerin altında meknuzdur. Maşerî psişizm, hukuka, din, ahlâk ve bilgi kanalı ile, hattâ ekonomi ve morfolojik temel yolu ile vasıtah bir şekilde müessir olur. Fakat maşerî şuur haletleri de, aynı şekilde, hukuka, doğrudan doğruya müessir faktörler olarak telâkki edilmelidir. Mikrososyolojik şekli ile bu meseleye daha evvel temas etmiştik. Zira, kitle, cemaat ve inanç birliği her şeyden evvel maşerî psişizmin muhtelif haletlerinin tezahürü demektir. Bunların hukuk üzerindeki vasıtasız in'ikâslarını görmüştük. Aynı şekilde muhtelif sosyabilite şekillerini birleştiren muhtelif sentezler kısmî zümreleri teşkil ederek bir o kadar maşerî şuurun vücudünü tazammun eder ki bunların tecanüs nisbeti ve birleşme prensibi, mukabilleri olan hukuk kadrolarının karakterlerinde ve müessiriyet derecelerinde doğrudan doğruya tezahür eder.

Burada bize düşen, hukuk sistemlerinin istihale faktörü olarak, bunlara tekabül eden yekûni cemiyetlerin içinde meknuz bulunan maşerî şuur haletlerini tetkikten ibarettir. Burada bilhassa mühim olan cihet, kollektif psişizm içinde, bir taraftan fikrî, teessürî ve iradî unsurlar arasındaki diğer taraftan muhayyele, hafıza ve hads arasındaki dozaj farklarıdır. Muhtelif cemiyet tiplerinin psikolojisinde tahavvül gösteren husus, işte, bu unsurlar arasındaki münasebetlerdir. Meselâ iptidai cemiyetlerin ve teokratik imparatorlukların hukukî psikolojisinin ayıncı vasfını bir taraftan muhtelif maşerî teessürîyet şekillerinin, diğer taraftan da içtimai hafızanın hâkimiyeti teşkil ederken, kadim Sitenin ve burjuva cemiyetinin hukukî psikolojisi fikrî unsurların ve hususiyle mefhumların hâkimiyeti ile temayüz etmektedir ki bu durum, emniyetin, adalet üzerindeki faikiyetine götürmektedir.

Buna mukabil bugünkü hukuki psikoloji, ve belki esasen bütün intikal ve tahavvül devirlerinin hukukî psikolojisi ise maşerî irade ve muhayyelenin (yeni bir teessürîyet dalgası ile terkip edilmiş bir halde) hâkimiyeti ile temayüz etmektedir ki bu hal cemiyeti, emniyetin aleyhine olarak " adalet " peşinde koşmaya sevk etmektedir.

Bahsettiğim tahlil sahası, şimdiye kadar tamamen işlenmemiş durumda kalmıştır. Diğer birçok hukuk sosyolojisi problemleri için olduğu gibi burada da geniş anketlerin neticesini beklemek icap etmektedir ki biz burada sadece muhtemel araştırma istikametlerine işaret etmek istiyoruz.

Netice

HUKUK SOSYOLOJİSİ VE HUKUK FELSEFESİ

Kitabın " G İ R İ Ş " kısmındanberi, ve bütün izahatımız boyunca Hukuk Sosyolojisinin *Esprit Sosyolojisinin* bir nev'i olduğunu meydana çıkarmağa çalıştık. Halbuki, spirtüel saha, kıymet ve ideleri ve bunları ihata eden fiilleri *objektif muteberlikleri ve doğrulukları* bakımından tetkik eden Felsefenin kendine has konusunu teşkil eder ki bu meseleler, tamamıyla, Sosyolojinin yetkisini aşarlar. Keza, Hukuk Sosyolojisi ile Hukuk Felsefesi aynı spirtüel sahaya temas ettikleri zaman (hukukun kendilerinden mülhem olduğu değerler ve ideler sahası), bunları birbirlerinden tamamen farklı iki görüş noktasından tetkik ederler : Birinci görüş noktası — bunları, sosyal gerçekliğin fonksiyonu olarak ele alır, ikincisi, bunları bizzat kendi mahiyetleri bakımından, deruni bir şekilde, içten ve *Esprit*'nin diğer bölümleri ile olan münasebetleri içinde, kendi objektif muteberiyeti zaviyesinden ele alır.

Bu böyle olmakla beraber derhal şu mesele ortaya çıkmaktadır : acaba Hukuk Felsefesi ile Hukuk Sosyolojisi arasındaki bu fark, bunlardan her birinin külli bir tecerrüdünü, birbirinden mutlak bir şekilde müstakil kalmasını mı yoksa bilâkis aralarında zarurî bir işbirliğini, birbirlerine karşılıklı yardımlarda bulunmalarını mı tazammun etmektedir?

Zira, Hukuk Sosyolojisinden tamamen tecrid edilmiş bir Hukuk Felsefesi, bir nevi *dogmatik rasyonalizmden* ibaret kalacaktır ki bu merhale, Felsefenin inkişafı sayesinde çoktanberi aşılmış bulunmaktadır. Böyle bir Hukuk Felsefesi, ta'liî inşâaların (constructions déductives) boşluğu içine yerleşecek ve beyhude yere muhtevayı şekilden, çokluğu

teklikten, gerçeği idealden, esası tezadları bunların kabli ahenginden sudur ettirmeğe gayret edecektir, ve her adımında Sosyoloji ve Tarih öğretiminin tekzibine maruz kalacaktır.

Buna mukabil, Felsefe ile her türlü teması kesen bir Hukuk Sosyolojisi, kendine has mevzuunu inşâ için, yâni Hukukun sosyal gerçekliğini tâyin için zarurî olan bütün temel taşlarından, bütün neyrenği noktalarından mahrum kalacaktır. Zira, hukukun sosyal realitesi, *Giriş*'de tebarüz ettirdiğimiz gibi, ne vasıtasız bir mütâ ne de bir idrâk muhtevasıdır. Hukuk Sosyolojisinin kendi mevzuunu inşası, bu mevzuun, Ahlâk ve Din Sosyolojilerinin mevzularından farklılaşmasını tazammun eder ki bu farklılaşma ancak Felsefenin sahasına dahildir. Felsefeden tecrit edilmiş Hukuk Sosyolojisi, ideel bünyeler üzerinde, sosyal vakıalarda tecessüm eden afakî değerler üzerinde muhtar bir tefekkür imkânından istifade edemiyerek bir hukukî natüralizme temayül edecek, aşırı bir realizme doğru kayacaktır ki böylece bizzat kendi etüd mevzuunu gözden kaybetmiş olacaktır.

Bu şartlar içinde, birbirleriyle temassız kaldıkları takdirde mahkûm olacakları akamet, dogmatizm, ve aciz hali karşısında, Hukuk Felsefesi ile Hukuk Sosyolojisi'nin müteakıl bağılıklarının kabulü ve aralarında mümkün olduğu kadar sıkı bir münasebet tesisi zarurî görünmektedir. Bununla beraber, bu zaruretten derhal birtakım yeni meseleler ortaya çıkmaktadır ki bunlar da pek endişe verici gibi görünmektedir.

Evvelâ, eğer Hukuk Sosyolojisi ile Hukuk Felsefesi, sadece birbirlerine istinad etmekte iseler, bu hal, bir fasid daireye müncer olmayacak mıdır ? Ve sonra, mantıkî tenakuzdan sarfî nazar, Hukuk Felsefesinin, hukukî vakıanın inşasına müdahale ederek, sosyologun müşahede çevresini daraltması tehlikesine nasıl mani olunabilir ? Keza, sosyologun araştırmaları, hukukî kıymetlerin görünüşlerinde nihayetsiz tahavvüllerin tesbiti yüzünden, bunların felsefe tarafından sistemleştirilmiş olan afakî muteberiyetlerinin yıkılmasına sebep olamaz mı ? Bu hal nasıl önlenbilir ?

Bu suallere ancak, *vasıtasız hukukî tecrübe* (Expérience juridique immédiate) nazariyesi ile cevap verilebilir. Bilâ vasıta hukukî tecrübenin mahsus muhtevaları kadar spiritüel muhtevaları da nihayetsiz derecede mütehavvildir, ve hukukun gerçekliğini kavramaya ancak bu tecrübe imkân verir. İşte, Hukuk Felsefesi ile Hukuk Sosyolojisine ve hukukun dogmatiko-normatif ilmine, müşterek temel hizmetleri görecektir olan bu tecrübedir.

Bütün bu bilgi dalları, netice itibariyle, aynı tecrübe üzerinde teemmül ederler. Bu tecrübe, aynı nispette, hepsinin içinde gizlidir. Bu bilgi dalları, muahhar çalışmalar için farklı bir tarzda ve hafifletilmiş bir ışık altında hep bu tecrübenin bilâ vasıta mütâlarından faydalanırlar. Burada ne, hem spiritüelin hem mahsûsun tecrübesini içine alan ve her türlü münşâ, sembolik, ve mefhumlaştırılmış denemenin içinde (meselâ ilmiî tecrübe, hususiyle sosyolojik tecrübenin içinde olduğu gibi) meknuz olan bilâvasıta'nın külli tamamı tecrübesi fikri (L'idée de l'expérience integrale de l'immédiate) üzerinde ; ne de onun kuvveden fiile çıkarılması, tahakkuku, yani bize dâima en uzak, bizim için erişilmesi en güç ve yakınlığı için uzun ve zahmetli bir teemmüli çalışmayı gerektiren *bilâ vasıta*'ya dönüş üzerinde ; ve nihayet, ne de bu tecrübenin spiritüel mütâlarının afaki muteberiyetinin tahkiki yolları üzerinde duracak değiliz. Zikredilen noktaları, bunların JAMES'n, BERGSON'un, RAUCH'un, HUS-SERL'in ve SCHELER'in felsefelerindeki evveliyatını da hatırlatacak olan aşağıdaki eserlerimizde aydınlatmaya çalışmış'tık : L'expérience Juridique et La Philosophie Pluraliste du Droit, 1935 ; La Morale Théorique et La Science des Moeurs, 1937 ; Les Tendances actuelles de la Philosophie allemande 1930. Bu eserlere müracaat olunabilir. Bundan başka, okuyucu, hukukî tecrübenin, ahlâk tecrübesine nispetle arzettiği neviyet meselesi hakkında ve bunların kendilerine tekabül eden felsefi ve sosyolojik bilim dallarıyla olan münasebetleri hakkında mufassal izahlar ve aydınlatıcı bilgiler de bulacaktır.

Biz burada hukukî tecrübenin vasfını ve mahiyetini ,ve Hukuk Felsefesinin vazifelerini ilgilendiren tezlerimizden bazılarını hülâsa etmekle iktifa ediyoruz.

Bilâ vasıta hukukî tecrübe, ahlâkî tecrübe ile, mantiki fikirler tecrübesi arasında, keza, spiritüel'in tecrübesi ile mahsûs'un tecrübesi arasında mütevassıt bir yeri işgal eder ve müsbet değerleri tahakkuk ettiren ve hasse mütâası olan sosval durumların *soğuk kanlılıkla tanımısı*'ni ifade eden maserî fillerden teşekkül eder. Bu hadsi şekilde tanımayı ifade eden maserî fillerde *Adalet*'in müteaddit cephelerinden birinin tezahürü hissedilir. Zira *Adalet*, " sosyal " in muhtelif unsurlarında, yani sosyabilite şekillerinde, zümre tiplerinde ve yekûni cemiyet tiplerinde peyderpey tahakkuk etme yolundadır. Hukukî tecrübe ve bunun mütâaları aynı zamanda müteaddit âmillere tâbi olarak değişir ki bu âmillere veya mütehaviller sun'ardır : Kabul edilmiş ahlâkî kıymetlerdeki tahavvüller, bunları hudutlandırıp intellectual fikirler, bu iki unsur arasındaki münasebetler, keza hukukun muhtelif derinlikteki tabakalarında tecelli eden mahsûs tecrübe

ile spiritüel tecrübe arasındaki ve fülilik derecesi ile meknilik derecesi arasındaki dozaj farkları. İşte hukuki tecrübe aynı zamanda bunların hepsine tâbi olarak değişir.

Bu tecrübenin, mahsûs vakıalardaki teşahhusları ile tanınan spiritüel mütâları, hiçbir zaman bütün olarak idrâk edilemeyecek olan adâletin, nihayetsiz bütünlüğünün kısmileşmiş ve mahallileşmiş bölümlerini tecelli ettirmekten başka bir şey yapmazlar. Bunun içindir ki spiritüel hukukî kıymetlerin objektifliklerini tahkik için, bunları, tahayyüle çalıştığı açık bir sistemin bütünlüğü içine katarak tetkik etmekte olan Hukuk Felsefesi ; Hukuk Sosyolojisinin geniş anketlerinin, hukukî davranışların, müesseselerin, sembollerin, ve kıymetlerin müşahedesi kabil tahavvüllerinden hiçbirini ihmal etmeden, eksik bırakmadan tetkik etmesi lüzumu ile ilk safda ilgilenen bir bilgi dalıdır. Zira, Sosyoloji tarafından, bu neviden ne kadar çok tahavvül tesbit ve tasvir edilirse, Hukuk Felsefesinin tasavvura çalıştığı adalet hayali o kadar zenginleşecek demektir. Bu vaziyette Hukuk Felsefesi ile Hukuk Sosyolojisi arasında herhangi bir saha tecaüzünden veya ihtilâflardan korkmağa mahal yoktur. Şu şartla ki bu disiplinlerden her ikisi de hadsi temele dayanan radikal amprizimden ayrılmamış olsun.

Filhakika böyle bir ampirizm, spiritüel mütâların afaki muteberliğini aslâ reddetmez, sadece bunların mahallileşmiş ve kısmileşmiş manzaralarının nihayetsiz çokluğunu ilân eder ki zaten bunlar ancak mahsûs vakıalardaki teşahhusları ile anlaşılabilirler.

Bu şekilde anlaşılan Hukuk Felsefesinin vazifeleri nelerdir ve rolü nedir? Birinci vazifesi, münşâ ve sembolik hukukî tecrübeyi, muhtelif derinliklerdeki katları içinde bilâ vasıta hukukî tecrübeye doğru götürmektir. İkinci vazifesi ise, sembollerin ve davranışların arkasına gizlenen yaşanmış, bilâvasıta hukukî tecrübeyi tefekkür ve teemmül gayreti ile canlandırarak, bunun, ahlâkî, dinî ve fikri tecrübe neveleri gibi diğer ta mamî (intégrale) tecrübe nevelerinden olan farkını, nev'iyet karakterini (spécificité) meydana çıkarmaktır ki burada semboller ve davranışların hareket mebdelerini teşkil edeceklerdir.

Hukuk Felsefesinin üçüncü vazifesi ise, bilfiil yaşanmış, tatbik edilmiş olan hukukî kıymetler içinde illüzyonlarla (sübjektif maşeriyetin irtisamı), objektif olarak muteber olan ideal bünyeleri birbirinden iyice tefrik etmektir. Zira bunlar, adâletin bütününe temsil eden hayaldeki zarurî yerlerini işgal etmek ve teklik içinde çokluğu temsil etmekle birbirlerini itmam ederler.

Üçüncü vazifesinin ifasında Hukuk Sosyolojisinden mutlak surette ayrı kalan Hukuk Felsefesinin, diğer ilk iki vazifesini ifa sırasında Hukuk Sosyolojisi ile daimi ve müteakabil temas halinde bulunduğu kolayca müşahede edilebilir. Bu mânada anlaşılacak bir Hukuk Felsefesinin, hiçbir istidlâlde bulunmadığı ve hiçbir şey emretmediği de daha âşikâr değildir. O, kıymet hükümleri ısdar etmez, belki, objektif doğruluk'arını tahkik ettiği ve nev'iyetini tâyin ettiği bilfiil yaşanmış hukuki kıymetler hakkında sırf rızari mahiyette hükümler verir. Bununla beraber, bu durum, Hukuk Felsefesinin vardığı neticelerden, Hukuk Sosyolojisinin eriştiği neticelerle birlikte, muayyen bir devirde; muayyen bir cemiyet tipi için, bir " hukukun ıslahı tekniği " tesis etmek, bir " hukuk siyaseti " yaratmak hususunda istifade edilmesine mâni değildir.

Bu hukuk siyasetinin mevzuu, bahis konusu olan hukuki realite sistemindeki temayülleri (düzenlilik belirtilerini) hesaba katarak ve burada teessüs eden müşahhas objektif değerlere istinad ederek, hukukun sosyal hayatında ve bu hayatı teşkil eden muhtelif muvazenelerin mudil, karmaşık örgüsü içinde bu değerlerin daha tam bir şekilde tahakkukunu kolaylaştırmak olacaktır¹.

1) Müellifin 1940 da neşrettiği bu eseri, 1942 de İngilizceye, 1945 de İspanyolcaya, 1946 da İtalyancaya çevrilmiş, 1947 de İngilizce tercümenin ikinci baskısı yapılmıştır. Memleketimizde ilk defa 1943 yılında Ord. Prof. Hilmi Ziya Ülken tarafından eserin bazı bölümleri Türkçeye tercüme edilmiştir [Sosyoloji Dergisi, Sayı : 2 Sh. : 105-170]. Ankara Hukuk Fakültesinde tedris ettiğimiz Hukuk Sosyolojisi öğretiminde müellifin sistemi esas ittihaz edilmiştir. Bak : [Dr. Hâmide Topçuoğlu - Hukuk Sosyolojisi Ders Notları, Birinci baskı : 1955, İkinci baskı : 1956 Ankara.]