

Yazan: Georges GURVITCH
Sorbonne Üniversitesinde Profesör

Çeviren: Dr. Hâlide TOPÇUOĞLU
Hukuk Felsefesi Asistanı

HUKUK SOSYOLOJİSİNİN KURUCULARI II — DUGUIT, LEVY ve HAURIOU

Hukuk Sosyolojisinin DURKHEİM'den başka diğer üç Fransız kurucusu yani Léon DUGUIT (1928 de vefat etmiştir), Emmanuel LEVY ve Maurice HAURIOU (1930 da vefat etmiştir) mensup oldukları ilmi sahaları itibariyle Sosyolojiden değil, dogmatiko - sistematik Hukuk ilminden gelmedirler. Bunlardan ilk ikisi kendilerini DURKHEİM'in tilmizi addedikleri halde, sonuncusu daha ziyade onun hasmı olduğunu iddia eder. Bununla beraber içlerinde Hukuk Sosyolojisinin temeli olarak idealizm ile realizim arasında yapılacak bir sentezin araştırılmasına devam eden yalnız HAURIOU olmuştur. Buna mukabil DUGUIT, Hukuk Sosyolojisine münhasıran, "realist hatta natüralist" olduğunu iddia ettiği bir istikamet vermişti ve LEVY ise Hukuk Sosyolojisini müfrit bir idealist sübjektivizme meylettirmişti. Müşahhas problemler hakkındaki durumlarına gelince; bunlar, bütün dikkatlerini hususî toplulukların hukukî tipolojisi üzerinde teksif etmişlerdi ki DURKHEİM evvelce bu meseleyi biraz ihmal etmişti. Bu kurucular bu günkü hukuk sisteminin istihalelerini tetkik suretiyle DURKHEİM'in noksan bıraktığı hususları ikmal etmiş oldular. Yani, tefazulî tekevvünü araştırma metodunu bu günkü yekûnî cemiyet hukukuna tatbik ettiler. Diğer taraftan hukukun sosyal gerçekliğinin temeli olan spontane ve dinamik hukukun rolü üzerinde de ısrar ettiler. Bununla beraber bu her üç kurucuda da eksik olan şey, hukukî mikro-sosyoloji problemlerinin tetkiki keyfiyetidir. Keza bunlar, her ne kadar bu günkü hukukî gerçekliğin mudiliyetini görebilmek bakımından DURKHEİM'den üstün durumda iseler de, Hukuk Sosyolojisinin üç esaslı meselesinin tefriki hususunda, metodik bakımdan, ondan daha geride kalmışlardır.

Léon DUGUIT, asıl manasıyla hukuk sosyolojisinden ziyade, bundan, dogmatiko - sistematik hukuk ilmi hesabına faydalanmakla meşgul-

dü. Bu gün mer'î olan hukukun ve bilhassa Anayasa Hukukunun izahında, hukuk sosyolojisinden istifade ediyordu. *Traité de Droit Constitutionnel* I. éd. 1920 - 1927 en 5 volumes). Aynı zamanda DUGUIT, mütemadiyen "hukukun sosyolojik bir nazariyesi" nden bahsediyordu ki, bu hal, hakikatte hukuk felsefesinden bambaşka bir vazifesi olan ve asla onun yerine geçmek iddiasında olmaması gereken Hukuk Sosyolojisini bozmaktan, karıştırmaktan başka bir işe yaramıyordu. DUGUIT'in bizim bilim dalımızın tekâmülüne yaptığı hizmeti tesbit edebilmek için, yeni bir hukuk dogma'sının teessüsüne teallük eden bütün hususları bir tarafa bırakmamız lâzım gelecektir. DUGUIT'nin doğrudan doğruya Hukuk Sosyolojisine temas eden eserleri içinde 1901 - 1903 yılları arasında neşrettiği "L'Etat" adlı eseri daha ziyade sistematik meselelere tahsis edilmiştir. 1911 de çıkan "*Le Droit Social, le Droit Individuel et les Transformations de L'Etat*" ile 1912 de yayınlanan "*Les Transformations générale du Droit privé de puis le Code de Napoléon*" keza 1911 de çıkan "*Les Transformations du Droit public*" ve 1922 de münteşir "*Souveraineté et Liberté*" adlı eserleri bilhassa bugünkü cemiyetin hukukî tipolojisi ile ve inkişaf seyriindeki kanunların araştırılmasıyla ilgilidir.

DURKHEIM gibi DUGUIT de bütün hukuku, fiilî tesanüde atfeder, yani sosyabiliteye irca eder. Fakat muhtelif sosyabilite şekillerinin muayyen bir tasnifine tâbi olarak hukukun da muhtelif nevilerini tefrik edecek yerde, DUGUIT, kendisini yegâne alâkadar eden şey medenî cemiyet olduğundan ve böyle bir cemiyette sadece organik tesanüt mevzuubahs olduğundan, bütün dikkatini bu tesanüd nev'i tarafından yaratılmış olan hukuk ile (ki o buna objektif hukuk der) Devlet arasındaki münasebet üzerinde teksif eder. Tesanütle gerçek topluluğu birbirinin aynı addetmek ve millet ile milletlerarası camiayı Devlete mukabil bizzat tesanüdün tecessüm etmiş şekilleri diye zikretmekle, DUGUIT, hukukla sosyabilite arasındaki irtibatı, müsbet hukuku Devlet karşısındaki her türlü tâbiyetinden kurtarmak uğrunda istismar eder. Hukuku, tesanüdün fonksiyonu olarak telâkki etmek demek, ona nazaran, Devlet - dışı cemiyeti ve bu cemiyetin hukukî nizamını "objektif hukuk", Devlete karşı tutmak, yani bunları birbirinden ayırmak demektir. Netekim Devlet, bir tesanüdün ifadesi olmayıp idare edenlerle edilenler arasındaki sırf bir kuvvet münasebetini temsil eder. Böylece bir taraftan hukukun mikrososyolojisine müteallik problemler, toplulukların hukukî tipolojisine taallük eden meseselerle karıştırılmış, diğer taraftan da Devlet, gerçek toplulukların haricine atılmış ve mihanikî bir kuvvetler münasebetini maskeleyen bir fiksiyon addedilmişti.

Tesanütten sadır olan "objektif hukuk" münhasıran Devlet - dışı içtimalî muhitte mer'i olduğundan, her nevi irade tezahüründen müstakildir. Bu hukuk irade tezahüründen evvel mevcuttur. Irade, olsa olsa bu hukuku müzahade ve tesbit edebilir, ve ancak bu hukukun hizmetinde bulunduğu taktirdedir ki bazı hukukî neticeler meydana getirebilir. Hatta dahası var: Bütün organizasyonlar Devlet yerine kaim olmakla sırf kuvvet münasebetlerinden ibaret olduklarından hukuk hayatının dışında kahırlar. Bunlar hiç bir hukuk yaratamazlar. Ve bunların içinde hiç bir hukukî münasebet yoktur. Burada mevzuubahs olan şey sadece "daha kuvvetli ferdi iradelerin, diğer iradelere hükmettikleri birer fertler mecmuası" ndan ibarettir. Binnetice, "sözde korporasyon ile onun sözde organı arasında hiç bir münasebet mevcut değildir. Temsil idesi yanlıştır. Zira bu fikrin hareket noktası yanlış bir şeydir: Organizasyonun hukukî bünyesi. "Bununla beraber, her ne kadar her nevi organizasyonun ve bunun sözde ajanlarının her türlü faaliyetiniin hukuk ile ve hukukun sadır olduğu tesanütle hiç bir münasebetleri yoksa da yani sırf cebirden ibaret iseler de bu cebir hareketleri, mütesanit sosyal muhitten sadır olan objektif hukukun icaplarına uyduklarına veya aykırı geldiklerine göre meşru veya gayri meşru olabilirler. Hiç bir idarecinin, hiç bir ajanın, hiç bir organizasyonun; idare edilenler veya temsil edilenler yahut organizasyon üyeleri namına hareket hakkı olmadığından bu hareketlerin objektif hukuka uygunluğu veya aykırılığı ancak vukularından sonra takdir edilebilir

Kendisini bir sosyolog olarak takdim eden bir mütefekkirde, sosyal hayatın her nevi üst yapısı hakkında insanı hayrete düşüren bu ferdiyetçi anarşizmin menşei ne olsa gerektir? DUGUIT de bu halin menşei kendisinin sübjektif hakların varlığını inkâr etmiş olmasındadır. "Fertlerin haklarından, cemiyetin haklarından, toplulukların haklarından bahsetmek; mevcut olmayan şeylerden bahsetmek demektir." Sübjektif haklar bakımından "ne sosyal hukuk vardır ne de ferdi hukuk." Sosyal tesanüdden sadır olan objektif hukuk, "hem topluluğun fertlere kumanda etmek hususunda sahip olduğu bir hak mefhumunu, hem de bir ferdin kendi şahsiyetini gerek topluluğa, gerek diğer fertlere kabul ettirme hususunda sahip olacağı bir hak mefhumunu bertaraf eder." DUGUIT burada sübjektif hakkın ferdiyetçi tefsirlerine karşı yani "sübjektif hakkın bir iradenin diğer bir iradeye olan *à priori* faikiyeti" şeklinde tefsirine karşı yahut ferdi veya maşerî iradelerin yani "dominium" ve "imperium" un sırf bir irade olmaları hasebiyle haiz oldukları çeşitli kumanda hakları yaratma yetkileri şeklindeki tefsirine karşı aksülâmel göstermektedir. Muakkak ki DUGUIT böyle bir aksülâmel göstermekte haklıdır. Fakat bu-

nu pek ileri götürmüştür. Objektif hukuk olmadan sübjektif hakkın mevcut olmayacağını ve bu sonuncunun hiç bir veçhile objektif hukuka temel veya kaynak hizmetini göremeyeceğini çünkü zaten onun bir neticesi, bir mahsulü olduğunu ispat edecek yerde (zira isnat noktaları olmak hasebiyle hukuk süjeleri objektif hukuk nizamında mündemiç bulunurlar.) DUGUIT, bu sübjektif hakların varlıklarını ve ve hukukî rollerini dahi inkâr etmektedir. Kendisi için hiç bir nevi hukukî bağ ve bilhassa hiç bir nevi organizasyonu tanıma imkânı olmayışının sebebi işte budur. Filhakika hukukî bakımdan organizasyon, birbirinden farklılaşmış ve muhtelif elle-re tevzi edilmiş yetki ve hizmetlerin girift bir şekilde birbirine girmiş bir terkibinden ibarettir. Yani muayyen vazifelerin ifası zımında muayyen kimselere tanınmış bir takım sübjektif hakların karşılıklı bir tedahül, birbiri içine müteakiben tesir ve nüfuz edişi demektir. Hukuku, içtimaî gerçeklikten ayırmanın imkânsızlığını daha iyi şekilde ispat etmek gayesi ile sübjektif hakların mevcudiyetini inkâr etmekle DUGUIT neticede bu gerçekliğin ve buna bağlı olan hukukî hayatın en mühim kısımlarından birini, yani teşkilâtlandırılmış üst yapıyı koparıp atmış oldu.

Mamafih DUGUIT'yi müteaddit tenakuzlara düşürten bu garip görüşün iyi bir tarafı da vardır: Bu da, bu görüşün DUGUIT'yi, spontane ve teşkilâtlandırmamış hukukun rolünü bütün vüs'at ve ehemmiyetiyle tebarüz ettirmeye sevk etmiş olmasıdır. Yalnız o, haksız olarak bu spontane hukuku "alehtlak hukuk" ile aynı şey telakki etmiştir. Teşkilâtlandırılmamış ve spontane hukuk "Devletten mukaddem ve ona faiktir" hem yalnız Devletin kudretine değil, bütün Devlet nizamına faiktir. Devletin fonksiyonlarının vücutları ve sayıları dahi, içtimaî muhitin spontane ve teşkilâtlandırılmamış hukukunun tahavvüllerine tâbidir. Keza, diğer muhtelif guruplar arasındaki münasebetler ve meratip silsilesi, bu teşkilâtlandırılmamış ve spontane hukukun hareketlerine tâbi olarak tâdil edilirler, değışirler veya altüst olurlar. "Devlet (bütün diğer guruplar gibi), kendisinin yaratmadığı ve ihlâl edemeyeceği ve ondan üstün olan bir hukuk kaidesine tâbidir." "Hem kendi kendine doğmuş ve içtimaî tesanüde bir cevap olması hasebiyle kendisini sosyal muhite kabul tetirmiş bir hukuk kaidesi, hem de müstakil bir kaynaktan gelmiş bir takım hukuk kaideleri aynı zamanda yanyana mevcut olamazlar." Spontane ve teşkilâtlandırılmamış hukuku tâdil etmek hususunda "kanun vaziinin müdahalesi âciz kalır". Kanun vaziinin müdahalesi, ancak kendisinden evvel mevcut ve müteharrik olan bu hukuku az çok formülleştirilmeye muktedir olabilir ki bu hukuk gene onu açacak ve daima geride bırakacaktır. Bu şerait içinde DUGUIT, tabidir ki, hukuku, teşkilâtlı bir zecre ve daha umumî olarak belirli bir müeyyede bağlayan her-

hangi bir tarifi kabul edemeyecektir. "Hukuk mefhumu, zecir mefhumuna yabancıdır. Zira hukuk mefhumu, zecrin fiilen imkânsız olduğu hatta tahayyül bile edilemediği hallerde dahi mevcuttur." "Hukuk kaidelerini yaratan şey, bir müeyyidenin vücudu değil, belki bu kaidenin ihlâli halinde tahrik edeceği sosyal reaksiyondur. "Yani bir kaidenin gerçekten müessiriyetinin sosyal garantisidir ki bu sosyal garanti, ihlâlde bulunana karşı daha evvelden tesbit edilmiş herhangi bir tedbir şeklinde ifadesini bulmuş değildir. İşte bu sebeptir ki DUGUIT, haklı olarak, müeyyideyi kendi hukuk sosyolojisinin temel taşı olarak almayı reddetmiştir.

DUGUIT'nin eserinin en fazla öğretici kısmını teşkil eden tefazulî ve tekevvünî hukuk sosyolojisine geçmeden evvel iki noktayı aydınlatmamız lâzımdır: Evvelâ, DUGUIT sosyal tesanüdün bünyesini, bu tesanüdün hukukla olan münasebetleri bakımından nasıl tefsir etmiştir? Diğer taraftan DUGUIT acaba milletten ve milletlerarası cemiyetten sadır olan tek ve müşterek bir spontane hukuk mu tanımaktadır, yoksa kısmleşen yani muhitten muhite tebeddül eden bir spontane hukuk mu kabul etmektedir?

Birinci noktayı ele alalım: DUGUIT, baştan, sosyal gerçeklikten ve binnetice tesanüitten "haricî hasselerimiz" vasıtasıyla müşahade edemediğimiz bütün şeyleri söküp atmıştı; yalnız kıymetlere ve idelere müteveccih olan meyiller değil (sosyal gerçekliğin manevî ve sembolik katları), ister ferdî psikolojiye ister kitle psikolojisine taalluk etsin biçümle ruhî unsurlar onun tahlillerinin dışında kalmış oluyordu. Tesanüt, onun indinde sırf bir "zaruret", "haricî, maddî ve hayatî bir zaruret", "fizyolojik ihtiyaçlar ile bu ihtiyaçlara karşılık olarak arzedilen hizmetler arasında muvazene" idi. Keza bu tesanüitten sadır olan hukuk ancak bir "indicatif" idi. Yoksa bir "imperatif" değil. Bu hukuk ne bir mükellefiyeti ne bir kıymet takdirini ne de vakıanın bir tashihi-ni ihtiva ediyordu. Bu şerait içinde DUGUIT'nin, tesanüdü ve bundan sadır olan objektif hukuku, nasıl olup da idare edenlerin kuvvet ve cebirine karşı tutabildiğini anlamak imkânsız değilse de pek müşküldür. Eu sebeptir ki DUGUIT meslek hayatının sonuna doğru tesanüitten ve hukuktan bahsederken bir taraftan ruhî unsuru diğer taraftan da adalet ihtiyakını hesaba katmaya kendisini mecbur hissetmiştir. "Hukuku yaratan şey, muayyen bir zamanda ve muayyen bir memlekette insan kitlelerine derin bir şekilde nüfuz etmiş olan bir inançtır ki bu inanç fâlan kaidenin emrî olduğuna (impératif) yani bu anda tahassul eden adalet duygusuna göre âdil olduğuna mütealliktir." "Bir kelime ile hukuk, her şeyden evvel cemiyetin maddî, fikrî ve ahlakî mahiyeteki ihtiyaç-

ları ile taayyün eden psikolojik bir mahsulü, bir création'udur." Fakat DUGUIT her ne kadar tesanüdün ve hukukun ruhî temelini, sonunda, kabul etmiş ve adalet inançlarının müdahalesini tanımışsa da; bütün eserlerinde maşerî bir ruhun vücudunu inkârda ve ancak ferdî şuurun gerçekliğini kabulde ısrar etmiştir. "Cemiyetin aslı ve başka şeye gayri kabili irca vakıası" üzerinde bu kadar şiddetle ısrar eden ve hukukî ferdiyetçiliğin her cephesiyle bu kadar parlak bir şekilde mücadele eden hatta ferdî hakları inkâr edecek kadar ileri giden bir araştırmacının ruhî unsur hakkındaki bu ferdiyetçiliğinde ve bu nominalizminde bu kadar uzlaşmaz bir tavır takınması âdeta anlaşılmaz bir şey gibi görünebilir.

DUGUIT'nin bu vaziyeti bir taraftan kendisinin yalnız hasselerin mütalarına ehemmiyet verişî ile yani sensualisme'î ile izah edilebilir: Filhakika bu sensualism, DUGUIT'yi ancak kapalı, kendi üzerine dönük bir şuur fikrine saplandırıyor ve bu suretle onu, maşerî şuur -eğer mevcutsa- tamamen müteal ve ferdî şuurlardan mücerret, kendi üzerine katlanmış bir şuur tipi olarak telakki ettiriyordu. Filhakika müteal olmayan ve birbirlerine karşı yarı açık vaziyette bulunan ferdî şuurların karşılıklı tesir ve nüfuzunu tazammun eden bir maşerî şuurun her türlü mevcudiyet imkânı, DUGUIT'nin vaz ettiği mukaddemler yüzünden daha baştan bertaraf edilmiş bulunuyordu. Diğer taraftan DUGUIT'nin, mütemadiyen fiilî tesanüdü ideal tesanüt haline kalbeden ve "geniş bir işbirliği atölyesi" şeklinde tasarlanmış müsavatsız ve meraptipsiz bir karşılıklı yardım esası üzerine kurulmuş bir "ideal cemiyet" halinde tasavvur olunan ve kendisi tarafından açıkça itiraf edilmeyen cemiyet ideali, ferde, cemiyetin bütünü tarafından her türlü tahakküm tarzına karşı, her nevi hiyerarşik totaliterliğe karşı şahlanmakta idi. Ve bütün bunlar DUGUIT'ye, bir maşerî şuur tanımanın kaçınılmaz neticeleri gibi geliyordu. DUGUIT'nin "eğer ortada yalnız ferdî şuur ve iradeler varsa, bunların içinden nasıl olup da bir kısmının daha üstün diğer bir kısmının ise daha aşağı olabileceğini anlayamıyoruz" demesi pek karakteristiktir. Şu halde DUGUIT'nin teşkilâth üst yapının hukukî gerçekliğini inkâr etmesine âmil olmuş olduğu muhakkak olan bu nominalist ferdiyetçiliği, kendi sensualisme'nin, bir hayli nefret ettiği totaliterizme mukavemet hususunda ona başka bir yolu açık bırakmış olmasıyla kabili izahtır.

DUGUIT'nin böylece Devlet dışı içtimaî muhitte, ezelden beri müesses ve tek bir tesanütle idare olunan müsterek bir objektif hukuk yaraftan ve böylece guruplar arasındaki her türlü ihtilâf ve tezadı (meselâ meslek ve sınıf mücadelelerini) reddeden muayyen bir ahenk tasavvuru

fazla sâfiyane bulunarak bazan tenkide uğradı. Bu şekil altındaki tenkid muhakkak ki haklı değildi. Zira DUGUIT her biri kendine mahsus objektif hukuku doğuran daha dar muhitlerin, daha dar çevrelerin de vücudunu kabul ediyordu ki bunlardan her biri kendi objektif hukukunu bizzat yarattığına göre bu görüş, muadil hukuk nizamları arasındaki çatışmayı imkân ve ihtimal dahiline sokuyor ve böylelikle muayyen bir plüralizme açık kapı bırakıyordu. Böylece, milleti idare eden tesanüdün sinesinde, birbirlerine kolektif iş mukaveleleri ile bağlı muhtelif endüstri şubelerinin iktisadî birliklerindeki, sendikalardaki, kooperatiflerdeki, amme hizmetlerindeki v. s. lerdeki "daha dar tesanütler" yer alıyordu ki bunların tevliid ettikleri objektif hukuk kadroları birbirleriyle bir muadelet arzede biliyorlardı. Yalnız DUGUIT ancak "müşterek merkezli tesanüt daireleri" ni ele alıyordu ki bu hal, onun durgun bir hiyerarşi kurmasına sebep oluyordu. Bu durgun hiyerarşi aynı çapta olup birbirlerinden eb'adları itibariyle değil belki fonksiyonlarının farklı olmaları dolayısıyla ayrılan siyasi gurup, ekonomik gurup, dinî gurup veya aynı iktisadî gurup içindeki müstehlikler gurubu, müstahsil-ler gurubu muhtelif meslekler ve saire gibi çevreler hakkında mevzu-bahs olamaz. Bu bakımdan DUGUIT de monist bir "ahenkçilik" temayülünün vücudu inkâr edilemez. Nitekim bu temayül, zaten her türlü mikrososyolojik tahlilin fıkdanı ve teşkilâtlı üst yapıların gerçekliğinin inkârı yüzünden karışık bir hale gelmiş olan "toplulukların hukuki tipolojisi"ni adamakıllı bozmaktadır.

DUGUIT tarafından işlenmiş olan bugünkü yekûnî cemiyetin hukukî tipolojisi XIX. nevi asrın ikinci yarısında ve XX. nevi asır iptidasında hukuk sisteminin istihalelerini tasvire çalışır. Bu istihaleler müellife göre, amme hukuku sahasında Devlet hükümranlığının, hususî hukuk sahasında da irade muhtariyetinin birbirlerine muvazi bir inhitatı bir gerileyişi istikametinde gider ki bu hal, kanunla mukavelenin rollerinin gittikçe tahdit edildiğini gösterir.

Haddi zatında "Devletin kumanda etmek hususındaki sübjektif hak-kundan başka bir şey olmayan" hükümranlılık prensibine bağlı bütün devlet şekilleri (Roma Devleti, Kiralîyetçilik, Jakoben Devlet tipi, Napolyonkâri veya kolektivist devlet tipi olsun) artık ölmek üzeredirler ve bunların yerine hükümetin murakabesi altında olup kendi kendilerini müstakilen idare eden muhtelif amme hizmetlerinin fonksiyonel federalizmi kaim olacaktır." Meslekî sendikalarda, yarının rejimi olacak olan bu amme hizmetlerinin kooperatif federasyonuna katılma temayülü vardır. İşte bu kadar mütefekkir tarafından tahmin ve derpiş edilmiş olan bu keyfiyet yani insanların hükümet etmesi yerine eşya idare-

sinin kaim olması vakıası bu suretle müşahhas bir tarzda tahakkuk eder. Bu ikame keyfiyeti evvelce DURKEİM'in göstermiş olduğu gibi, devlet hizmetleri sayısının artmasıyla hemzaman olarak vaki olur. Diğer taraftan spontane ve teşkilâtsiz hukukun tesbiti hususunda en hâkim usul olmak sıfatıyla "kanun" kendisine muadil kıymette diğer bir çok tesbit usulü tarafından tahdit edilmiş bulunur. Filhakika bu usul-ler kolektif iş mukaveleleri, muhtelif cemiyetlerin ve birliklerin statü-leri, amme hizmetlerinin hususî nizamnameleri ve saire gibi usullerdir.

İrade muhtariyeti de, aynı anda muhtelif şekiller altında hücumu uğramıştır. Bugünkü hukuk ekseriya ferdi veya kolektif bir sığınin iradesi ile hiç bir münasebeti olmayan içtimai gayeleri korumaktadır. (Goncourt) tesisi, hususî ve belediye hastahaneleri gibi). Bir teşebbüs dahilindeki iş hayatının istilzam ettiği mes'uliyet tipi yani kusuru değil fakat riski nazar alan "objektif mes'uliyet" artık sübjektif mes'uliyetin yerine kaim olmuştur. Mülkiyet artık bir "jus utendi et abutendi" değildir. Belki sahip olunan şeyi verimli bir tarzda istimal etmek vazifesi ile mahdud bir "sosyal fonksiyon" demektir. Mülkiyetin bu sosyal fonksiyonun tahsis sureti, mülkün artık bir sahibi yani mâliki olmıyacağından, ekseriya kolektif gayelere göre belli olur. Fakat en açık bir şekilde tahdide uğrayan şey, muadil değerdeki iradelerin serbest anlaşması sıfatıyla "mukavele hürriyeti" olmuştur. Pek ehemmiyetli olan bütün bir vecibe ve münasebetler serisi, muadil değerdeki iradelerin bu serbest anlaşmalarından meydana gelmiştir. Bugün kendilerine gene "mukavele" denen bir takım muameleler "gişe mukavelesi", "havagazi ve elektrik abonman mukavelesi", "nakliye mukavelesi", "iş mukavelesi", "amme hizmetleri imtiyaz mukavelesi", "kolektif iş mukaveleleri" haddi zatında daha evvelden tanzim edilmiş ve sözde mukabil âkidin iradesinin hiç bir dahli olmadan meydana getirilmiş hukukî nizamlara tek taraflı iltihaklardan ibarettirler. Bu âkid kendisine empoze edilen ve değiştirmeye muktedir olamıyacağı bir statüyü kabulden başka bir şey yapamaz. O, zaten teessüs etmiş bir topluluğa katılmaya razı olmaktan başka bir şey yapacak değildir.

Böylece zamanımızda "amme hukukunun istilâcı telâkkisi ile hususî hukukun ferdiyeci telâkkisinin" birbirlerine muvazi olarak gerilemeleri sayesinde "realist, sosyalist ve objektivist" bir hukuk sistemi meydana gelmektedir ki, haddi zatında "bu sistem de tarihin ancak muayyen bir safhasının eseridir ki binası daha tamamlanmadan evvel, dikkatli bir müşahit bunda da ilk yıkılma alâmetlerini yani daha yeni bir sistemin ilk unsurlarını keşfedebilecektir." Bugün teşekkül etmekte

olan sistem “bir ilerleme mi yoksa bir gerileme midir, bunu bilmiyoruz. İhtimal ilimde zaten bu gibi suallerin artık bir manası kalmamıştır.”

DUGUIT'nin hukuk sosyolojisinin tenkidî takdirine başlarken her şeyden evvel bu sosyolojinin sistematik kısmı ile tipolojik ve tekevvünî kısmı arasında aşikâr bir tenakuzun göze çarptığını hatırlatalım. Filhakika bir taraftan DUGUIT devlet hükümrânlığının hiç bir zaman mevcut olmadığını iddia ediyor, diğer taraftan da bu hükümrânlığın zamanımızda zeval bulmak üzere olduğunu söylüyor; kâh irade muhtariyetinin, her zaman, ancak bir metafizik fiksiyondan ibaret kaldığını iddia ediyor; kâh bunun, hukukî münasebetlerin diğer şekilleri tarafından nasıl tedricî bir şekilde tahdide uğradığını tasvir ediyor.

Şüphesiz ki DUGUIT'nin tetkiklerinin sistematik kısmı fazlasiyeye dogmatik ve rölâivist zihniyetten de pek az nasibedardır. Diğer taraftan kendisinin tekevvünî tasvirleri muayyen bir kabî temayülden de kurtulamamıştır ki bu da hukukun bugünkü tekâmülünün kendisinin ortaya atmış olduğu nazarı mukaddemleri her bakımdan teyid ettiğini ve sensualist realizmi muzaffer kılarak hukukî hayatta sübjektif hakların ve hak sahiplerinin mevcut olmadığını meydana çıkardığını ispat etmek arzusundan ibarettir. Hukuk sistemlerinin diğer tavsifi tipleri böylece bir takım hatalar veya dalâletler gibi arzedilmişlerdir. Buna mukabil bugünkü tavsifi tip ise âdeta hakikatin bir tecessüsümü gibi kabul edilmektedir ki bu da DUGUIT'nin itiraf etmediği ideale yani federalist ve müsavetçi bir karşılıklı yardıma uygun olan tavsifi tiptir. DUGUIT'nin tahlil ve tasvirlerinde müşahade edilen ve bizzat kendisinin metodolojik kaidelerine aykırı olan bu gibi sapmalar onun hukuk istihalelerinin hakikî mânalarını anlamasına ve bunların bitarafhane bir şekilde tasvirine mani olmakla, hiç şüphesiz yaptığı araştırmalara çok zarar vermiştir.

Bununla beraber DUGUIT hakkında âdilâne bir hüküm vermemiz için, kendisinin sistematik görüşlerinin dogmatikliği ve mutlaklığının bazan hakikî olmaktan ziyade zahiri olduğunu teslim etmemiz lâzımdır. Meselâ DUGUIT devlet egemenliğinin her zaman bir fiksiyondan ibaret kaldığını ve her devletin daima kendisinden üstün ve müstakil bir hukuka tâbi bulunmuş olduğunu söylediği zaman, biz, devletin mutlak egemenliği hakkında birbirine zat iki iddia karşısında kaldığımızı zannediyoruz ve bunlardan ikinci iddianın hakikatı halde vakıaların gerçekliğine müteallik bir iddia olduğunu artık hesaba katamıyoruz. Bununla beraber eğer hukukî egemenlik (bir hukuk nev'inin diğer bir hukuk nev'ine tekaddümü) ile siyasî egemenlik (devletin

mutlak zecir inhisarı) arasında bir tefrik yapılırsa - ki DUGUIT bunu zimmen yapmıştır - devlet ile hukuk arasındaki münasebetlerde pek mühim değişiklikler husule gelebileceği derhal farkedilir. Hukukî egemenliğin kendisine tâbi olduğu spontane ve teşkilâtsiz hukuk devlete kısmen geniş vazifeler tanıdığı zaman (hususiyile, hukukun şekli tesbiti hususunda yegâne organ olmak yetkisi gibi) devlet, hukuk hayatında ehemmiyetli bir rol oynamaya başlar ve bu rol ile kendisinin siyasî egemenliğinin birleşmesi onun mutlak egemenliğinden bahsedilmesine yol açar. Bilâkis spontane ve şekilsiz hukukun tahavvülleri, devletten gayrı topluluklara da hukuku tesbit yetkisini verirse, hukukî hayatta devletin rolü azalmaya başlar ve bu sefer de devlet "egemenliğinin gerilemesinden, azalmasından" bahsedilir ki bu hal devletin mutlak zecir inhisarını elinde tutmasına hiç bir vecihle mâni olmaz. Devlet bu mutlak zecir inhisarını (yani siyasî egemenliği) kendi salaâhiyeti hudutları içinde muhafaza devam eder. Bu hususta misaller çoğaltılabilir.

Biz DUGUIT'nin fikirlerinin daha esaslı kaydı ihtirazilere muhtaç bulunduğu tek bir nokta üzerinde durmaktayız: Sübjektif hakların ve dolayısıyla teşkilâtlı üst yapıların hukukî gerçekliklerinin inkâr edilmesi, birbirleriyle intibak etmeyip bilâkis çatışmakta olan üç çift hukuk nevînin birbirine karıştırılması (yani teşkilâtlı - teşkilâtsiz, sübjektif - objektif, ferdî - sosyal hukuk nevîleri) ve tek şey zannedilmesi müellifimizi hukukun içtimai gerçekliğine yakınlaştıracak yerde bilâkis mütemadiyen bu gerçeklikten uzaklaştırmıştır. Nitekim DUGUIT hukukun sosyal realitesi ile teması muhafaza edebilmek için "hukukun normatif kaideleri" ne mukabil olarak hukukun şekli tesbitine mahsus usullerle yaratılmış olan bir takım "hukukun yapıcı kaideleri" nin de mevcudiyetini tanımaya kendisini mecbur hissetmiştir ki hukukun şekli tesbitine mahsus olan bu yollar tercihan hukukî teşkilâtlı ilgili olduklarından bu yapıcı kaidelerin tanınmasıyla hukukî organizasyonlar da hukuk hayatına yeniden ithal edilmiş olmaktadır.

Bundan başka müellif kısmî toplulukların (zümrelerin) muhtar statülerinden bahsetmekle ve kendisinin tipolojik ve tekevvünî sosyolojisinde, armatürleri açıkça teşkilâtlı hukuka dahil olan "amme hizmetlerinin işbirliği" mes'alesini ön plâna almakla teşkilâtlı hukuku gene doğrudan doğruya hukuk hayatına ithal etmiş olur. Böylece bir kere bütün teşekkülleri sırf cebir mekanizmaları sıfatıyla hukuk hayatının dışına attıktan sonra bu sefer tekrar onları hukuk sahasına getirmiş olur. Artık teşekküller (organizasyonlar) bir kere sahneye çıkınca onlarla birlikte sübjektif haklar da ortaya çıkarlar. Zira bu teşekküller haddi zatında birbirine girift olmuş bir sübjektif haklar örgüsünden

başka bir şey değildir. Yalnız şimdi bunlar "sübjektif hukukî durumlar" kisvesi altındadırlar ve bu sübjektif hukukî durumların, an'anevî sübjektif haklardan olan farkı, bunların daha yaygın olmalarında ve aralarında herhangi bir irtibatın bulunmamasındadır. Hakikatte sübjektif hukuk tarafından tevzi edilmiş vazife ve yetkilerden ibaret olduklarından bu objektif hukukun tahavvüllerini takip ederek değışirler. Bir taraftan objektif hukuk ne nisbete teşkilâtlanırsa sübjektif haklar da o nisbette çoğalırlar ve birbirleriyle girift bir hale gelirler. Diğer taraftan da objektif hukuk içinde sosyal hukuk ne nisbette ferdî hukuka faik bir hale gelirse sosyal sübjektif haklar da o nisbette ferdî sübjektif haklara tekaddüm ve tefevvuk ederler.

DUGUIT'nin meziyeti, DURKEİM'in gözünden kaçan muayyen problemleri haletmiş olmaktan ziyade belki bunların mevcudiyetlerini işaret etmiş olmasındadır: Spontane ve teşkilâtlandırılmamış hukuk, ve devlet problemleri gibi. Esas itibariyle DUGUIT devlete karşı tutulan cemiyetin hukukî nizamı nazariyelerini kuranların araştırmalarına, bunları kendi zamanına tatbik suretiyle, devam ediyordu. (Bilhassa hukukçuların tarihe mektebini ve PROUDHON'nun araştırmalarını takip ediyordu). Keza DUGUIT'nin bizim ilim dalımıza olan yardımı, problemlerin metodik bir tetkikinden ziyade bazı mukaddesleştirilmiş dogmalara karşı açtığı mücadelede ve hukukun yeni istihalelerinin tasvirinde mündemiçtir.

E. LEVY

DUGUIT'nin, DURKEİM'in sosyolojik sentezini natüralizme hatta sensualizme kadar giden radikal bir realizme doğru eğmeye çalışmasına mukabil, Emmanuel LEVY bilâkis bu sosyolojik senteze münhasıran sübjektivist ve idealist bir istikamet vermeye uğraşmıştır. (Eserleri *L'affirmation du droit collectif. 1903, Le fondement du droit. 1929*) Zira LEVY'nin bütün hukuk sosyolojisi tek taraflı bir şekilde "kollektif inançlar" üzerine kurulmuştur. Esasen LEVY'nin eseri kat'iyen hukuk sosyolojisine maksur değildir. Bir taraftan kendisinin kollektif hukukî inançların mistik, lâmantikî, idraküstü (supra - intellectuel) unsurunu meydana koyan sistematik mülâhazaları, vasıtasız hukukî tecrübenin bir tasvirine taalluk etmekle, onu hukuk felsefesine sevkedebilmekte idi (aşağıda NETICE kısmı ile karşılaştırınız). Diğer taraftan da LEVY "hukukun sosyalist bir görüşü"nü geliştirmek ve kendi kanaatlarına uyacak müstakbel bir hukukun ruhunu keşfetmek gibi pratik bir gaye de takip etmekte idi. Bu müellifin, asıl manasiyle hukuk sosyolojisine yaptığı yar-

dımı üzerinde durabilmemiz için fikirlerinin bu iki cephesini, izahlarımızdan hariç tutmamız lâzımdır.

LEVY'nin gayretleri hemen münhasıran zamanımıza tatbik edilen hukukun tekevvünü mes'elelerini istihdaf eder. Mevzuubahs ettiği şey hukukun yeni istihalelerinin, maşerî inançların tahavvüllerine tâbi olarak tasvirinden ibarettir. Başka tâbirle kollektif hukuk psikolojisinin hali hazırdaki tekâmülünün bir tahlilidir. Ne hukukî mikrososyolojiye ne de kısmî toplulukların hukukî tipolojisine temas etmeyen LEVY, sistematik hukuk sosyolojisi zaviyesinden spontane ve teşkilâtsiz hukukun natiz ve hâkim rolünü çok daha kuvvetli bir şekilde meydana çıkarmaktan başka bir şey yapmamıştır. Onun kanaatınca tebellür etmiş, katılaşmış ve teşkilâtlandırılmış hukuk, daima bu spontane hukuktan geride kalır ve haddi zatında da onun bir inikâsından ibarettir. Bu spontane hukuk, LEVY'nin nazarında bir taraftan münhasıran "kollektif hukuk" şekli altında, diğer taraftan da bir şuur hadisesi gibi daha doğrusu "bizim tabiatımız, bizim mutlağımız" gibi, ferdî şuurlara işleyen nüfuz eden "temaslar = contact" da tecelli eden (biz buna ferdî şuurların karşılıklı tesir ve nüfuzu demeyi tercih ederdik) bir maşerî şuur hâdisesi, maşerî ruhun serbest cereyanları gibi gözükür. Sosyal gerçekliğin diğer tabakaları (morfolojik temel, muhtelif dış hareket tarzları, semboller, kıymetler, ve ideler) nazara alınmamaktadır.

LEVY'de görülen bu "hukukun manevileştirilmesi, gayrı maddileştirilmesi" gayreti bütün hukuk hayatının yalnız inançlara ircaı şeklinde anlaşılan bu cehd, bütün hukukî müesseselerin sadece "itimad" "hüsnüniyet", "intizar ve umma" şeklinde tefsiri gibi görülür: Mülkiyet, mes'uliyet, akit, aynı hak, borç münasebeti böylece sırf psikolojik mahiyette tek ve aynı temele sahip olurlar. Mülkiyet bir hüsnüniyet sahipliğinden başka bir şey değildir. Mes'uliyet, aldatılan itimad sahasına girer. Gerek münferid gerek kollektif mukavelelerin temeli tarafların itimadında mündemiçtir. Bu itimad mukavelelerin sıhhatına olan kollektif itimadı aksettirir. LEVY daha da ileriye gider, itimad ve ondan çıkan hüsnüniyet ve intizar, kanaatınca "itimad ve inançlar" a irca edilirler. (1) Ölçülü maşerî inançlar psikolojisi, müellife göre, tamamen

(1) LEVY burada "créance" kelimesini kullanır, ve GURVITCH'in eserinde bu kelime italik harflerle belirtilir. Bundan murat, LEVY'nin "Le Fondement du Droit" adlı eserinden anlaşılacağı veçhile (Sh: 123), dogmatik hukukta müstamel manada "alacak" olmayıp hak sahibi şahsın, karşı tarafın, hakkını yerine getireceğine dair olan inancı, daha doğrusu hakkını elde edeceğine müteallik itimat hissidir. Buradaki "créance", itimat, güvenme manasıdır. (Çeviren).

"İtimatlar ufku" nda hallolur. Bu ufuk borçlar hukukunda hallolan bütün müesseseler vahdetinin temelidir. Sanki bütün hukuki münasebetlerin hepsi itimat sahipleri arasındaki münasebetlere, yani esaslı bir şekilde tahdidi ve menfi münasebetlere, daha doğrusu birbirinden mücerret ve birbirine muarız sùjelerin vücudünü tazammun eden sùjeler arasındaki münasebetlere irca edilebilirmiş gibi! Sosyabilite şekilleri meselesini nazara almayan LEVY, neticede hernevi sosyabiliteyi "başkaıyla münasebet" sosyabilitesine, yani karşılıklı tabilik ve mutabakat münasebetlerine irca etmektedir. Karşılıklı nüfuz ve kısmi kaynaşma hallerini kale almadığı için, neticede, ananevi ferdiyetçi telakkilerle avdete mecbur olmuştur.

LEVY'nin, hukukun aktüel istihalelerini tasvir şekli, kendi görüş zaviyesinin iki cepheli darlığı yüzünden çok mutazarrır olmuştur: Hukukun bütün sosyal gerçekliğini ve umumiyetle bütün cemiyeti yalnız maşeri psikolojiye irca etmek ve bu psikolojiyi de yalnız itimat ve inanç psikolojisine irca etmek. Halbuki bu itimat ve inanç psikolojisi, asıl manasıyla maşeri psikolojiden ziyade, ferdler - arası, guruplar - arası, "zihinler - arası" psikolojiye dahildir. Hukukun bugünkü istihaleleri, borçlunun şahsi mükellefiyeti yerine mallarıyla mesuliyetinin kaim olması istikametinde gidiyor mülkiyet hakkı da hernevi zilyetlikten müstakil olan kıymetler mülkiyetine doğru geliyor. "Borcu yüzünden evelâ insanın bizzat kendisi hapsedilirdi, sonraları onun mülkü hecedilmeye başlandı, daha sonra malını kullanma hakkı haczedildi, sonra da onun, üzerlerinde ancak bazı alacak hakları bulunan malları ve en nihayet kıymetleri haczedilir oldu." Kıymetler sahası, nüfuzlar sahası demektir." ve kıymetler üzerindeki hak adamaıklı istikrarsız bir haktır. Zira maşeri şuurun, (vicdanın), şu veya bu teşebüse şu veya bu millî müesseseseve şu veya bu sunifa olan itimat meddü - cezri mütemadiyen bütün hakları altüst ederek fasılasız bir şekilde mevcut servetleri veya müktesep durumları yoketmekte ve yeni yeni haklar veya servetler yaratmaktadır.

Kıymetlerin hukukî rejimi, mukavelelerin manasını ve devletin bünyesini derin bir şekilde tadil etmiştir ki bu ikisi birlikte inkişaf etmektedir. Keza bu müesseselerin müsterek karakterni her yerde takviye ederek mesuliyeti de istihale ettirmiştir. Böylece münferit mukavele, kolektif mukavelelerle tamamen avni şev olmuştur. "mukavele sadece taraflar arasındaki münasebeti ilgilendirmekle kalmaz, o, bütün benzer kıymetler üzerinde, mallar üzerinde, senetler üzerinde tesir icra eder. Hukukî muamelelerin üçüncü şahıslar üzerinde tesiri olmadığı prensibi artık ölmüştür. Artık hukukî hudutlar yoktur". Sermayenin, bir kıymet

sıfatiyle, iş temin edeceği itimadını tevlit eden kollektif mukaveleler müstakil bir müessese teşkil etmezler, kollektif mukavele doğrudan doğruya işçilerin hepsi üzerine inikâs eder; sendikaya dahil olan ve olmayan, halen işçi olan veya ilerde işçi olacak bütün hepsi üzerine. "Kollektif mukavele, "kıymetler hukuk rejimi" altındaki mukavele tekâmülünün umumî temayüllerini tabakkuk ettirmekten başkap birşey yapmış olmaz. Aynı rejim altında mesuliyet, esaslı bir şekilde meslekî rizikoya veya diğer herhangi bir hasara karşı bir kollektif sigorta halini alır. Mesuliyet şimdi, "riskin kıymetlendirilmesinden, kıymet hâline kalbinden" başka bir şey değildir. Nihayet "ferdî tasarruf üzerine kurulmuş bir cemiyette iyice hududlandırılmış bir varlığı olan devlet (ki o cemiyette onun cebri mücerred hakları hududlandırır ve teşrik eder) bugün kıymetlerin istikrarsızlığına katılarak kollektif inanç ve itimatlar içinde erimektedir. Kıymetlere karşı zecir kullanmaya mahal yokdur." "Devlet sanki inancı, ümidi garantiyi, yani zamanın yapıp bozduğu bütün bu şeyleri takip ederek ilerlemektedir." İktisadî zümrelerin inkişafı da Devleti dağıtmaktadır. Zaten devletin ananevî şekli, diğer taraftan da kendileriyle bir ayniyet arzettiği milletlerarası teşekküllerin müdahalesine maruz bulunmaktadır. "Demekki Devlet, yok olacak kaçar değişecek, tekâmül edecektir, ve birgün Devletin her yerde olduğundan bahsedilebilecektir." Devlet, hukuka sebep olan ve hukuku himaye eden hernevi sosyal "temas ve münasebet (Contact) halini alacaktır. İmdi, kıymetler rejiminde mukavele de aynı evsafa sahiptir Bu sebeptendir ki bugün " bir devlet ve mukavele vahdeti vardır; mukavelevî Devlet - sermaye (veya iş) - ülke - devleti menkulleştirmekte ve bu yeni devlette tıpkı ülke - devlet gibi bizi ihata etmektedir. LEVY bu bakımdan, devletin ve mukavelenin inhitat etmekte olduğu yolundaki müşahedelere muarız kahr: Hakikatte devlet ve mukavele birbirleriyle birleşerek ve her yerde muzaffer olan kollektif inanç v itimatlarla doğrudan doğruya karşılaşarak sadece yeni şekillere girmekten başka bir şey yapmıyorlar.

LEVY'nin hukuk alanında istikrarsız kabili tesir ve hepsi kollektif inanç ve itimada ve bu istikrarsızlıktan doğan rizikoya karşı garantiye bağlı birtakım kıymetlere doğru giden modern kapitalist cemiyetteki mülkiyet ve mesuliyetin geçirdiği istihalelerin fevkalâde ince bir tasvirini yaptığı söz götürmez bir hakikattir. Bununla beraber, bir "itimat ve inançlar ufku" nun ve bunun münhasıran kollektif psikoloji ve daha doğrusu zihinler - arası psikoloji içinde tahdidinin; hukuk tekâmülünün bütün mudiliyeti içinde yapılacak objektif bir tasviri için fazla dar kadrolar teşkil ettiği artık anlaşılmıştır. İtimat ve inançlar, sosyalibi-

liteenin ancak bir şekline tekabül ederler (yani, hudutlandırma ve muadillik üzerine dayanan "başkasiyle münasebete" sosyabilitesine). Bu itibarla, bu itimat ve inançlar, içlerinde karşılıklı nüfuz ve kısmî kaynaşma yoluyla çeşitli sosyabilite şekillerinin birleştiği ve "Biz" mefhumunda ifadelerini bulduğu asıl toplulukların ifraz ettikleri muhtelif hukuk kadrolarının izah prensibini teşkil demezler (meselâ Devlet hukukun, muhtar topluluklar hukukunun, kollektif mukavelelerin yarattığı hukukun izah prensipleri.) Münferit ve kollektif mukavelenin birbirinin aynı sayılması ve bunların her ikisinin de Devletle aynı şey adedilmesi en bedihî hukukî ve sosyolojik realitelere aykırı düşmektedir. Tezâtların, ihtilâfların ve en sert mücadelelerin tezahür ettiği bir yerde, sun'î olarak ahenkli bir vahdet icat etmek, hiçbir müşahhas problemi halie kâfi değildir. (Meselâ: münferit ve kollektif mukavelelerin mütekatil muteberiyeti problemi, serbest veya bir uzuv sıfatıyla Devlete mülhak sendikalar problemi). Devlet'in, gittikçe, hükmetmeyip, belki tedvir eden bir uzuv halihe gelmekte olduğu yolundaki saint - simon'cu ve durkeim'ci tezlerin mübalağaya vurdurulması, devleti, hukuk tevhit eden her içtimaî münasebet ile aynı şey ad edecek kadar ileri gidilmesi, netice itibariyle, müellifin teki ve tek tarafî temayülünü meydana koymaktan başka bir işe yaramamıştır. Nihayet, yalnız bir kollektif psikoloji üzerinde tekâsüf etme hali ve daha doğrusu yalnız zihinlerarası psikoloji üzerinde durulması, sosyal realitenin derinliğine doğru inen muhtelif tabakaları arasındaki ihtilâfların kale alınmaması (hususiyile teşkilâtlı üst yapılar ile spontane alt yapılar arasındaki çatışmalar) müellifi, hakimiyet (tahakküm) prensipleri ile işbirliği prensipleri arasındaki mudil ve mütahavvil müvazenelerin cahili kalmağa sevk etmiştir. Bütün bunlar "kollektif hukuk" mefhumunu ve bu kollektif hukukun zaferine doğru gidecek olan hukukî istihaleler tasvirini muğlaklaştırmaktadır. Her türlü mikrososyolojik tahlilin fikdani yüzünden belirsizlik ve vuzuhsuzluk daha fazla artmış ve bizzat spontane ve kollektif olan şey içindeki kütle, cemaat ve tarikat mücadelesini meydana çıkarmıştır. (Karşılaştırınız: aşağıda II bölüm).

HAURIOU

Duguit'nin sansualist realizmine ve LEVY'nin idealist sübjektivizmine aykırı olarak MAURICE HAURIOU tıpkı DURKEIM gibi hukuk sosyolojisine "ideal - realist" bir temel aradı. Bununla beraber, Durkeim'e muhalif olarak HAURIOU, kıymetler ve ideler tabakasının, bunları idrâk eden kollektif psizizm karşısındaki müstakil hüviyetini kat'î olarak be-

yan etti. Zira bu kıymet ve ideler, kendilerini idrâk eden bu kollektif psişizme karşı objektif mevcudiyetleri dolayısıyla mukavemet halinde bulunurlardı, ona irca edilemezlerdi. "İçtimâî ilmin felsefî sübjektivizm ile alâkasını kesmesi ve objektif idealizm içinde kalması için eflatuncu idealizme kadar gitmek gerekmesi bana pek mühim geldi" diye yazıyordu. Bununla beraber bu ide ve kıymetler bir zihnî inşa vasıtasıyla müstakîl olarak bulunamazlar. Zira bunlar tecezzi etmişler ve etrafımızı çeviren şeylerle yekvücut olmuşlardır. Bizim onları anlamamıza, bulup çıkarmamıza imkân veren yegâne şey, yalnız genişletilmiş bir vasıtasız tecrübe olabilir. Keza içtimâî hayatın manevî tabakası müstakkar ve değişmez değildir, belki BERGSON'un yaratıcı süresi (imtidadı) içinde yer almıştır. Bu tabaka içtimâî hayatın bütün diğer tabakalarına nafiz ve müessir olarak bunları da manevileşdirir ve bunlara yavaşlaşamkda olan sürenin (dureé au ralenti) keyfi dinamizminin edasını verir. HAURİOU, bu prensipleri, müteharrik ve istikrarsız ve mütemadî şekilde bozulup düzelen müvazenelerden ibaret bir hayata sahip olan sosyal geçekliğin (PROUDHON'un tesiri) zıddiyet ve kesret ile dolu karakteri prensipi ile terkib ederek hukuk sosyolojisine tatbik etmek suretiyle, bu ilim dalını, hukuk felesefesi ile, mütekabil sahalarını karıştırmaksızın telif etmesini bilebilmiştir. Bu iki ayrı sahanın iltisak noktası " müessese" mefhumudurki, HAURİOU, belli başlı çalışmalarını bunun nazariyyesine tahsis etmiştir. Felsefî bakımdan, afakî mahiyetteki hukukî ide ve kıymetlerin, hususiyle bütün hukukun ideal unsurunu teşkil eden adalet ve nizam fikirlerinin müteadid tezahürlerinin tahakkuk ettiği ve araştırılması gerektiği saha, işte bu müessese mefhumudur. Sosyolojik bakımdan davranışların ve kuvvetlerin muvazenesi de müessesenin içinde yerleşir ve idelerin hizmetine girmiş olan şuurların karşılıklı nüfuzları ve mütebakatları burada tezahür eder, "vaki durumunun, hukuk haline inkilabı" işte burada vaki olur. Hukukî gerçekliğin derinliğine doğru müteaddid tabakalara ayrılması, "sosyal toplulukların şahıs haline gelmesi" dramının muhtelif merhalelerde tahakkuku, sosyal hukuk nizamı ile ferdî hukuk nizamının birbirleriyle tearuzu hep burada vaki olur. Esasen bu son tearuz, "institution - communion" yani topluluk - müessese ile "institution - chose" (başkasiyle münasebet müessesesi) arasındaki tearuza teb'an vaki olur. Nihayet dogmatiko - sistematik hukuk ilmi bakımından, müsbet hukukun kaynakları meselesi, gerek aslî ve maddî; gerek şekli ve tâlî kaynakları (tesbit vasıtaları) davası işte bu müessese içinde ve müesseselerarası münasebette mündemiç bulunur.

Derinliğine tabakaların ve müesseseyi teşkil eden muvazenelerin, yani hukukun sosyal realitesinin tahlili üzerinde teksif edilmiş olan HAURIOU'nun Hukuk Sosyolojisi, bir taraftan sistematik problemlere (spontane ve dinamik hukuk ile, teşkilatlı, katı ve statik hukuk arasındaki ihtilâflar) diğer taraftan da toplulukların hukukî tipolojisine tahsis edilmiştir ki bu sonuncusu maalesef hukukun mikrososyolojisinden tefrik edilmiş değildir. HAURIOU'nun pek müteaddid eserleri arasında bizim şubemizi en yakından ilgilendirenler şunlardır: “*La Science sociale traditionnelle. 1896*”, “*L’Institution et le Droit statutaire. 1906*”, “*Principes de Droit public I ère éd. 1919. II éd. 1919 (modifié)*”, “*La Souveraineté nationale. 1912*”, “*La Théorie de l’Institution et de la Fondation 1925 (Cahier de la Nouv. Journ*” Bunlara mukabil “*Précis de Droit Administratif*” “müteaddid tablalar” ve “*Droit Constitutionnel*” (birinci tabı 1923, ikinci tabı 1928) daha fazla dogmatik hukuk karakterini taşımaktadırlar. Fazla olarak son eserler müellifin sosyolojik relativizmini inkâr ederler, ve tomist telakilere avdet ederler (topluluklar arasında durgun bir hiyerarşi, devletin *à priori* faikiyeti, müessesenin “şahsî kurucusu” fkri gibi). Bütün bunlar müellifin tekeffürünün en kıymetli müktesebatı ile tam bir tenakuz teşkil etmektedir. Biz, münhasıran HAURIOU'nun Hukuk Sosyolojisinin izahı ile iktifa ederek, kendisinin meslek hayatının sonundaki dogmatik sapışlarını bir tarafa bırakmayı caiz görmekteyiz.

Müessese, yani bir içtimai muhitte hukuken tahakkuk ve devam eden bu iş (oeuvre) veya teşebbüs idesi, ilk manasıyla, hernevi hukuk hayatının sırf spontane, dinamik, ve müşahhas olan unsurunu temsil eder. Bu, hukukun içtimai gerçekliğinin, her türlü teemmül mahsulü sematizme ve hernevi mefhumî (conceptuel) kabuğa muarız olan en derin ve en az mütebellir tabakasıdır. Aynı veçhile “iş idesi” (dinamik kıymetler) onu ancak natemam bir şekilde ifade eden “gaye” mefhumuna da muarızdır ve “hamle”, “gaiyet” in muarız mukabilidir. Müessese, - yani spontane hukukun bu mütemadiyen yenilenen fıskırışı, - nebeanı - “keyfî temadî” (durrée qualitative) yi, kısacası hukuk hayatındaki gerçeği, onun asıl manasıyla ontolojik unsurunu “temsil eder. İşte ancak hukuk realitesinin bu derinlik derecesine kadar inilmek suretiyledir ki” artık teşahhus ettirilmiş gibi gözükmeyen ve formüle edilmiş olmayan bir otorite bulunabilir. Bu otorite artık ne iradedir ne teşkilâttir, ne müeyyidedir, ne kaidedir fakat “bütün kaidelerden daha fazla objektif” hatta hepsinden daha fazla elâstiki ve yumuşak olan müessesedir. Yani hernevi hukukî bağım spontane içtimai garantisidir. Hukukun

sosyal hayatının daha sathî tabakaları, aynı kalınlıkta bir gerçekliğe, ve aynı mevcudiyet derecesine sahip olmadıklarından, sadece, kendilerini besleyen ve yaşatan bir kök hizmetini gören, ilk kaynaklarını teşkil eden bu müessese üzerine dayanırlar. Derinliğine hukuk tabakaları şunlardır:

1. — En sathî tabaka, teknik tespit vasıtalarıyla önceden tespit edilmiş katı kaideler tabakasıdır (muhtar statüler, kanun, nizamname, örf adet, emsal, kolektif mukaveleler v. s.).

2 — Bundan sonra müşahhas hallere mahsus olmak üzere yaratılmış daha yumuşak, daha elâstiki kaideler gelir (mahkeme nizamı kaideleri ve inzibati hukuk).

3 — Nihayet “bütün hukukun kaidelere irca edilemeyeceği” vakiasını ilân eden bizatihi müessese gelir, zira bu kaideler müessesenin gayrı şahsî ve spontane otoritesine bağlanmadıkları takdirde hayali kalmaya mahkûm olacaktırlar. Zira müessese “ide ve kıymetleri” ve hususiyle “adâlet ve içtimaf sulh” idelerini vakialarda “maddileştirir”.

HAURİOU iki müessese nevini birbirine karşı tutar; insan topluluklarına dayanan topluluk müessesesi (institution - groupe) ile yani içtimaf heyetler ile eşyaya dayanan müesseseler (institution - chose) yani “ başkasiyle münasebet” müesseseleri. Müellif, bu tarifte sosyabilite şekilleri ile hukuk neveleri arasındaki münasebetler meselesine temas eder, fakat hukukun mikrososyolojisi ile makrososyolojisi arasında bir tefrik yapmadığı için, derhal bu meseleyi terkeder. Daha doğrusu bu meseleyi gerçek maşerî birliklerin “iç ve dış hukuk hayatları” meselesi ile aynı gey addeder” topluluk - müessese”, müsterek bir ide ile harekete geçirilmiş olan, birbirini düşünen “anlayan ferdî şuurların karşılıklı nüfuz ve tesiri olayıdır.” Böylece bu ferdî şuurların herbiri diğerine tesahüp eder bir hale gelir. Şuurların bu kısmî kaynaşmasını HAU-RİOU, “communion” olarak tavsif eder ki bu tabirin, müellifin nazarında üç manası vardır; evvelâ bu kelime hususî bir şiddette bir kolektif ruhu ifade eder (1). “BİZ” de tahakkuk eden bir sosyabilite şeklini gösterir, nihayet bu neticeye vasıl olmak için bir manevî unsura iltihak zaruretini ifade eder. Müesseseyi, kendi üyeleri yekûnuna gayrı kabili irca, ve onları ferdî rızaları olmaksızın, hukuken ilzam etmeye kadir ve

(1) HAU-RİOU, maşerî şuurun mevcudiyetini, DURKHEIM'in bu şuura haricilik (exteriorité) ve müteallik (transcendance) atfetmesi sebebiyle reddeder ve aynı hadiseyi, birbirine açık şuurların karşılıklı nüfuz ve tesiri şeklinde anlayarak ifade ve işaret eder.

böylelikle sosyal hukuk nizamı veya tabirin dar manasıyla müessesevi bir hukuk nizamı tevliğine muktedir bir bütün haline getiren şey, işte, bu iş idesi çerçevesi içinde birbirleriyle derunî bir şekilde birleşen üyeler "communion" unun muhtelif tezahürleridir. Keza bir ide sıfatıyla "communoin" un hizmetine verilmiş olan davranışlarla kuvvetlerin iç muvazenesi bir "sosyol kudret" e vücut verir ki bu kuvvet haddi zâtında "başka bir hüviyete kabili irca olmayan" ve nefsinde ne teşkilâtı ne de gurubun şahıslanmasını tazammun etmeyen, zira, mevcudiyeti itibariyle bunlara tekaddüm eden bir "bütün" sıfatıyla mevcut olan asıl gurubun objektif bir tabiidir. Çok defa mukavelevî bir şekil altında bir Topluluk - müessese gizlenir. İltihaki akidlerin durumu böyledir. Meseîâ, diğerleri arasında, iş mukaveleleri ve kollektif mukavelelerin durumu böyledir. Bu sonuncu halde âkit taraflar (işçi ve patron sendikaları), daha evvelden mevcut olan sosyal hukuk kadrosunu tespit için birbirleriyle uyuşmuş olan topluluk - müessesenin uzuvlarından başka bir şey değildirler; birinci halde işçi, sadece Fabrikanın daha evvelden mevcut birliğine katılmış olmaktan başka birşey yapmamıştır, ve onun hukukî nizamına tabi bulunmuştur.

Topluluk - müessese, hukuken mevcut olabilmek için ve kendi muhtar sosyal hukuk nizamını doğurabilmek için haricî faaliyetinde bir hukukî şahıs olarak tanınmış olmaya muhtaç değildir. Keza bir müstahsillar veya müstehlikler muhiti, bir endüstri, bir fabrika, bir aile tıpkı sendikalar, anonim şirketler, kiliseler, devletler v.s. gibi, aynı sıfatla, birer topluluk - müesseseleridir. Hatta dahası var, gayrı meşru tanınıp ta Devlet tarafından takip edilen topluluk - müesseseler buna rağmen hukuk gerçeklikleri olarak kalırlar, çünkü bunların iç hukuk hayatları, haricen tanınmaları keyfiyetinden müstakildir. Muhtar sosyal hukuk nizamları arasındaki ihtilâflar, görülüyor ki her yerde zuhur etmekte ve bundan şiddetli bir sosyal plüralizm meydana gelmektedir. Gurupların hukuk süjeleri sıfatıyla olan köklü gerçeklikleri hakkındaki bu fikirleri dolayısıyla DUGUIT ile tam bir tearuz haline düşen HAU-RIOU, bütün'lerin (ensembles) hukuken şahıslanması, hukukî şahıslar haline gelmesi olayını sosyolojik bakımdan izaha çabır. Burada yeniden "topluluğun şahıs halini alma dramı" nın birbiri üstüne mevzu dört perdesini tefrik eder:

1 — Hernevi organizasyonun ve şahıs haline gelmenin altında saklı duran ve "objektif ferdiyet" sıfatıyla kendiliğinden meydana geliveren ilk "kurucu birleşme" (la communion collective"), topluluğun en derin tabakasını teşkil eder.

2 — Topluluktaki sosyal iktidarı temsil ederek yetkileri tevzi eden ve birinci tabakadan sadır olan bir organizasyon ki bu, "incorporation" (vücut bulma) safhasıdır. Eğer şahıs olma dramı burada duracak olursa, teşkilâtlı üst yapı, "kurucu birlik" içinde kifayetsiz bir şekilde kök tutmuş ve bunu aşmış geçmiş bir tahakküm cemiyeti, veya birliği halini alır (association de domination).

3 — Incorporation'un (vücut bulmanın), teşekkül halinde birleşmenin, altta saklı bulunan "communion" un nüfuz ve tesiri ile içe dönmesi (intériorisation) safhası da dramın üçüncü perdesini teşkil eder ki bu, teşkilât içinde demokratik iş birliğinin zaferini temin eder, ve teşkilâtlı üst yapıyı, üyelerinin serbest iltihakına mazhar olmuş kolektif bir manevî şahsiyet" haline sokar. Bu, "gurup veya topluluk hükmî şahsiyeti" bizzat kendisinin mahsulü olan sosyal hukuk nizamının süjesi sıfatıyla, ancak kendi iç hayatında kullanılacak bir şahsiyettir.

4 — Nihayet, gurubun şahıs haline gelme dramını sonuncu perdesi, buna, haricte istimal edilecek bir hukukî şahsiyetin izafe edilmesi safhasıdır ki bu harici istimalde bu gurup artık basit bir "birim" (unité) sıfatıyla "başkalarıyla münasebetler" e tabi olacaktır. Bu safha, gurubun hukukî gerçekliğinin en sathî tabakası, adeta onun kabuğudur. "Tıpkı bir tiyatro sahnesine konmuş dekor gibidir: yani, manzara salondan görülebilecek bir şekilde hesaplanmıştır, fakat, içerdeki kulislere girilince bütün tertibatın iç yüzü anlaşılır." İşte, gurup gerçekliğinin ancak bu en sathî tabakası nazara alındığı ve problemin sosyolojik temeli bilinmiyerek haksız yere bu tabaka, gurubun iç hayatında tatbik edilmek istendiği içindir ki, gurupların şahsiyeti, mefruz, uydurma birşey telâkki edilmiş hatta bu "fiksiyon" dan kurtulmaya çalışılmıştır. İşte HAURIOU'nun derinliğine Hukuk Sosyolojisi, GIERKE'nin eserini devam ve tekâmül ettirerek, yani şahıslanmanın belli başlı merhalelerinin nebean ettiği "communion" gibi bir spontane müesseseden hareket ederek,, topluluklara kendi gerçekliklerini ve hukukî şahsiyetlerini iade etmektedir.

Eşya - müessese (institution - chose) veya hukukî münasebet (commerce juridique) de tıpkı heyet - müessese gibi "objektif ideler" i tahakkuk ettirir, hususiyle tavizi adalet idesini canlandırır. Fakat bu müessesenin sosyolojik temeli farklıdır: Burada "başkasiyle münasebetler" mevzuubahistir. Heyet - müesseselerin dışında, guruplar - arasındaki veya ferdler - arasındaki münasebetler bahis konusudur. Birbirlerinden esaslî bir şekilde farklı, karşılıklı olarak ayrılmış bulunan

ve aralarındaki bağ, "communion" un zıddı olarak ancak teatiye, (communication) kadar varan ferdler ve guruplar - arası münasebetler.

Burada kolektif psişizmden ziyade zihinler - arası psikoloji mevzubahistir. "Başkasiyle münasebet" lerden bir "bütün" zuhur etmez. Zira bu nevi münasebetlerden hiçbir kuvvet nebean etmez. Bununla beraber, ister ferdler - arası, ister - guruplar - arası olsun bu "başkasiyle münasebetler" dahi, "bir sosyal muhitte sürüp giden" fikirleri kendiliklerinden tahakkuk ettirirler ve bunlar da kendilerine mahsus hukuk nizamını doğururlar. Yani, muhtavelelerde, alacaklarda, mülkiyet nevilerinde v.s. de tezahür eden "ferdî hukuk kadrosunu" meydana getirirler. Ferdî hukuk sosyal hukuka nispetle, içtimai gerçekliğin daha sathi bir tabakasıdır. Çünkü ferdî hukuk mevcut olabilmek için, daha evelden sosyal hukukun vücut bulmuş olması şarttır. "Heyet - müesseseler tabakası en derin ve en iptidai tabakadır. Bu tabaka, arzıyadaki granit tabakasının rolünü oynar: "Yani, başkalarıyla münasebetler" sosyabilitesinin getirdiği allüviyon sayesinde meydana gelen daha yeni tabakaları perçinliyecek olan kemikten iskeleti teşkil eder. "Şüphesiz ki burada objektif hukuk - sübjektif hukuk tasnifinden bahsedilmemektedir. Zira bu ayırt, ferdî hukuk ve sosyal hukuk tasnifi ile çatışır. Esasen bu iki nevi nizamlama arasındaki muvazene (her ikisi de aynı zamanda hem objektif hem sübjektif hukuku tazammun ettiklerinden) istikrarsızdır, ve "zaten hukuk tarihinde müteaddid kereler altüst olmuştur", ve bu altüst olma, bu sahada takaddümü muhafaza eden bizzat sosyal hukukun tahavvüllerinden meydana gelmiştir. İşte bu esaslı bir şekilde rölativist ve sosyolojik bir noktai nazardır. Ne yazık ki HAURİOU, son eserlerinde bu eski görüşüne sadık kalmamıştır.

Her heyet - müessese'nin kendi hukuk nizamını bizzat tevlit etme kabiliyeti üzerinde HAURİOU'nun gösterdiği bu ısrarın ve hukuki plüralizm problemini ortaya atışındaki bu kuvvetin, onu, kısmî toplulukların hukuki tipolojisine sevk etmesi beklenirdi. Filhakika, meslek hayatının başında, mülki müesseseler, (Devlet), iktisadi faaliyet müesseseleri, dini müesseseler (her ikisi de ülke ile mukayyet değildir). nihayet bütün diğerlerini içine alan millet ve milletlerarası camia gibi belli başlı topluluk tiplerinin neviyeti problemini ortaya atmıştı. "Incorporation" ve "hükmi şahıs" halindeki teşkilâtlı üst - yapılar arasındaki tearuz, "âmme hizmetleri" ile "âmme menfaatına yarar cemiyetler" arasındaki fark, bunlara tekabül eden hukuk nizamlarının da tamamlayıcı farklılaşmalarına doğru götüreceği bir temayüle alâmetti. Diğer taraftan, Devlete âit olup "emredici bir kudret" ten ibaret olan

"siyasî hakimiyet" ile, devlet - dışı cemiyete, hususiyle millete ait olan "hukukî hakimiyet" in birbirlerinden tefriki, HAURİOU'ya, toplulukların muhtelif hukukî tipleri arasındaki hiyerarşisinin altüst olmuş hallerini, hiçbir prejüjeye saplanmaksızın, tetkik edebilmek imkânlarını hazırlamıştı.

Fakat bütün bunlara rağmen, toplulukların hukukî tipolojisi, HAURİOU'da pek az münkeşif bir halde kalmıştır, ve hissedilir bir terakki göstermemiştir. Bu halin bir yığın sebebi vardır. Buna, evvelâ, her gurubun içinde birçok sosyabilite şekilleri bulunduğunu ve birbirleriyle çarpışan bu birçok şekillerin her gurupta başka türlü bir muvazene hali yarattığını nazara almaya imkân verecek her türlü mikrososyolojik mülâhazanın fıkdanı sebep olmuştur. Bu topluluk tiplerine tekabül eden hukuk mizamları, sosyabilite şekilleri tarafından yaratılmış farklı hukuk nevelerinden müteşekkil kompleksler olduklarından, bu hukuk neveleri nazara alınmadan tavsif ve temyiz, edilemezler. Başka tabirle, hakikî spontane müesseseler, hakikati halde topluluklar olmayıp, belki mikrososyolojik unsurlar (sosyalibiteler) olduğundan, HAURİOU, toplulukların hukukî nevelerini müsmir bir şekilde tetkik imkânından kendi kendisini mahrum etmiştir. Zira, bu mikrososyolojik unsurların (yani sosyabilite) hepsini "communion" gibi tek bir sosyabilite şekline irca etmiştir. Sonra, aynı mikrososyolojik tahlil fıkdanı, onu, âmme menfaatinin devletten gayrı topluluklar tarafından da temsil edilebilmesini kabul hususunda tereddüde sevk etmiştir ki bu durum, meslek hayatının sonlarına doğru onu (SAINT - THOMAS'ın tesiri altında kalarak) dogmatik bir surette Devleti "müesseselerin müessesesi", "mügterek hayrı" tecessüm ettiren en mükemmel ve en ulvî müessese olarak ilâna sevk etmiştir. En nihayet evelki görüşlerinden dönerek, blok halindeki iktisadî cemiyeti bir heyet - müessese olarak tanımayı kabul etmemiş, ve hiç beklenmedik bir tarzda "muvazene noktasının, ferdî mülkiyetin masuniyetini ve pazar serbestisini tekefül eden burjuva Devlette bulunduğunu" ilân suretiyle bütün iktisadî cemiyeti à priori olarak "hukukî münasebet commerce juridique" mefhumu içine atmıştır. Bu şartlar içinde toplulukların hukukî tipolojisinin, HAURİOU'nun hukuk sosyolojisinde, en kuvvetli noktayı teşkil etmeyişine hayret etmemek lâzımdır. Esasen bu hukuk sosyolojisinin meziyeti, hukuk gerçekliğinin derinliğine doğru inen tahlillerinde temerküz eder ki bu tahliller, bu gerçekliğin "şakulî plüralizmi" ni, onun "ufkî plüralizmi" ne nazaran son derece daha sarıh bir şekilde meydana koyar. Bütün bu ihtirazi kayıtlara, bir de,

HAURİOU'dan, yekûnî cemiyetin hukukî tiplerine müteallik bir araştırmayı yahut, tekevvünî neviden problemlerin bir tetkikini beklemenin beyhude olduğu ilâve olunacak olursa, diğer taraftan da kendisinin mütemadiyen manevî dünyanın ebediliği ve değişmezliği hakkındaki ananevî telâkiklere saplandığı müşahede edilirse, (zira bu manevî dünyanın, kendisini idrak eden kolektif hareketlerle olan fonksiyonel münasebetleri HAURİOU'nun meçhulü idi ve aynı veçhile objektif ide ve kıymetlerle bu ide ve kıymetleri ifade eden ve doğrudan doğruya içinde buldukları içtimâî muhitin tabii olan semboller arasındaki farkı nazara almıyordu) HAURİOU'nun makul bir rölativizm ile, mütemadiyen nükseden bir ananevî dogmatizm arasında gidip gelen Hukuk Sosyolojisinin ne gibi hudutlar içinde kapalı kaldığı lâyıkıyla anlaşılabilir olur.

(Devam edecektir)