

## Hukuk ve İctimaiyat Tariflerinin Karşılaştırılması

Z. F. FİNDIKOĞLU

Muhtelif memleketlerde, bu arada bilhassa bizde, gittikçe birbirine daha ziyade yakınlaştıklarını gördüğümüz hukukî disiplinlerle içtimaiyatın bu yakınlaşmasını iyice anlamak için hukukun ve sosyolojinin ayrı ayrı tarifini gözönüne almağı faydalı buluyoruz. Bu tarifler yapıldıktan sonra her ikisinin karşılaştırılması daha kolay olacaktır.

### HUKUKUN MUHTELİF TARİFLERİ

Bütün hukuk disiplinleri, kendi meselelerine girişmeden önce birer tarif vermeğı öteden beri itiyad edinmişlerdir. Bu itiyad, başlı başına bir hâdisе olmuş, zamanın felsefî cereyanlarına, içtimâî ve siyasî ihtiyaçlarına göre bu hâdisede de başlıklar ve yenilikler görülmüştür.

Muasır Avrupa'da, büyük tedvin devrine girmeden evvel bilhassa hukukçular tarafından yapılmış esaslı bir tarif mevcut değildir. Hukukun esasına ait tarifler, Fransa'da 1804 Napoleon kodu vesilesiyle ortaya atılmış, hattâ bu tarifleri ihtiva eden eserlerin isimleri bile «hukuk»tan ziyade «kanun» ve «kod»lara işaret eylemiştir. Böylece temelî hukuktan müdevven hukuka yükseliş ile, ilmî bir hukuk tarifine

doğru yönelme arasında bir illet ve netice münasebeti görülmektedir.

Bu suretle başlayan ve günümüze kadar devam eden hukuk tariflerinin bir tipolojisi yapılmak icap ederse başlıca dört tip ile karşılarız: 1) Metinci ve tefsircilerin tarifi; 2) Feylesofların tarifi; 3) İctimaiyatçıların tarifi; 4) Modern hukukçuların tarifi. Şimdi bunlardan her biri içinde en tipik olanlarına temas edeceğiz.

#### I- Tefsircilerin tarifleri;

Bu tipe dahil tariflerin müşterek sebebi hukuk ile kanun arasında bir beraberlik ve aynıyet görmektir. Sanki büyük kodların vücuda gelmesinden evvel hukuk mevcut değilmiş hissini veren bu tarifler içinde en mühimleri Fransız hukukçularından Marcade, Demante ve Demolombe'a aittir. Bunlardan birincisine göre «hukuk, kanunlardaki hükümlerin bütünü, yahut daha ziyade umumî neticesi olup ferd bunlara riayet etmek veya karşı gelmek ihtiyarı ile- tâbi bulunmaktadır.» Aynı düşünceyi ikinci müellifte şu kısa cümle ile ifade edilmiş görüyoruz: «Hukuk fikri, esaslı olarak kanun fikrine bağlıdır.» Nihayet Demolombe ise bu tarifleri aydınlatıyor: «Kanun, Devletin bütün arzisi üzerinde emretmek, yasak

etmek, ve müsaade eylemek gücüne malik bir otorite tarafından konulmuş bir kaideden ibarettir. Bu gibi kaidelerin neticesi veya yekûnu ise hukuku teşkil eder.»

1804 Fransız Medenî Kanununun tefsiri vesilesiyle ortaya atılan bu gibi tariflere ilk evvel karşı gelen, hukukçu Laurent'dir. İlk bakışta bundan evvelki tariflerden ayrılmadığı zannedilen bu müellif, tarifini izah ederken hukuk ile kanun arasındaki ayrılığı farkeylemiştir. İlk evvel «hukukun mevzuu kanun mevzuunun aynıdır: Ferdler ve milletler için mecburî kaideler vazetmek!» diyen Laurent, tarifini anlatırken şöyle düşünüyor: fakat «hukuk kanundan öncedir ve insanın, medenî cemiyetlerin tabiatında mündemictir. Kanundan ayrı bir hukukun bulunduğunu inkâr etmek için, insanın manevî bir mevcut olduğunu reddetmek lâzımdır. Hakikatte mutlak adaletin ifadesi olan ebedî bir hukuk vardır. İnsan, ilâhî mükemmelliğe yaklaştıkça bu hukuk da vicdani beşerden zuhur eylemektedir.»

Bu son tarif, tefsircilerin çevresinden ayrılmaklığımıza da hizmet ediyor. Bundan sonra yapılacak tariflerde hukuk ile kanun arasında, bizim eski mantıkçıların ifadesiyle «umum» ve «husus» farkları gözönüne alınacaktır.

#### II- Feylesofların tarifleri;

Büyük tedvin hâdiseleri üzerine kodların tefsirini yapan hukukçular tarafından yapılan hukuk tariflerinden çok evvel, hukuk felsefesi tarihinin numunelerini gösterdiği bir takım tarifler mevcuttur. Hattâ bu tariflerin, tedvinlerden çok evvel yapılmış olduğuna göre klâsik hukukçular tarafından gözönüne alınmamasını, bu suretle hukuk ile kanunun birbirine karıştırılmasını

hayretle karşılamak lâzımdır. Bilfarz Sokrat'ın yazılı ve yazısız kanunlar tefriki, hukuku tarif edecek olanlar için çok bereketli bir ilham kaynağı olabilecek iken tefsirciler bu ciheti gözönüne almamışlar, ancak geçen asrın yarısından sonra hukukun «kanun» dan veya «kanunlar» dan ibaret olmadığını düşünmeğe başlamışlardır. Hukuk tariflerini bir araya toplayan Levy Ullmann'a göre hukukçular arasındaki bu zihniyet değişikliği 1871 den sonra vukua gelmiş ve ilk defa açık bir surette Valette ve Beudant taraflarından ortaya atılmıştır.

Modern hukuk tariflerine temas eylemeden önce felsefe ve içtimaiyat zaviyesinden yapılan hukuk tariflerinden bir kaçını zikredeceğiz.

En başta on sekizinci asrın büyük Alman feylesofu Kant'ı görüyoruz. Bu feylesofa göre hukuk «her birimizin davranışının, başkalarının davranışı ile, küllî bir hürriyet kanununa göre uzlaşabileceği şeraitten çıkmış bir mefhum» dur. Her türlü zaman ve mekân kayıtlarından sıyrılmış olan bu tarifi, bildiğiniz veçhile Kant «Nazarî akıl» ile elde etmiş, hukukî ampirizmden uzak kalmıştır. Nerede ve hangi asırda olursa olsun hukuk, herkesin hürriyetini başkalarınınkini ile telif şeraitini tesbit edecektir. Kant'ın bu «akılcı-rasyonalist» tarifi yanında İngiliz feylesofu Jeremine Bentham'ın «utilitarist-faydacı» tarifi, tam aksi istikameti temsil ediyor: Kant'ın hukuk rasyonalizmi şöyle dursun, Montesquieu'nün kanunu «hâdiseler arasındaki zarurî münasebetler» den ibaret gösteren, ve «yer üzerindeki halkları idare etmek itibarıyla akılcı beşeri teşkil eylediğini» ifade eden daha az rasyonalist tarifleri bile doğru değildir. Bu gibi tarifler mevzuu

(\*) Dr. , Hukuk Fakültesi İctimaiyat Profesörü. Bu makale İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. VIII, S. 1-2, 1942, s.545-564'den aynen alınmıştır.

gayet basit olan hukuku, giriftleştirmekten başka bir şeye yaramamaktadır. Yapılacak şey haz ve elemelerin bir tablosunu yapmak, hukukun bu tablo karşısındaki rolünü araştırmaktır. Hukukun işi, daha doğrusu Bentham'ın kullandığı kelimelerle «hükümetin esas vazifesi, ferdi, elem ve ıstıraplara karşı korumak», ve bunun için «ferdler haklar bahşetmek» tir. Buna mukabil ferd de «bu hukuka mazhar olabilmek için hürriyetinin bir kısmını feda edecektir.» Bir hükümetin mükemmelliği «ferdin kendi hürriyetinden yaptığı fedakârlığı azaltmak ve mazhar olduğu hukuku çoğaltmak» ile ölçülmelidir. En iyi hukuk için de bu ölçü ele alınacaktır: Beni alâkadar eden yalnız kendi «le Bien - Hayr»ım ve «le Mal - Şer» imdir. Yoksa meselâ Montesquieu'nün düşündüğü gibi «hâdiseler arasındaki zarurî nisbetler», yahut 1804 tarihli Fransız kodunun mülhem olduğu «bütün yer üzerindeki halkları idare eden aklı beşer» in müsavisi olan kanun ile bir alâkam yoktur<sup>1</sup>.

### III- İctimaiyatçıların tarifleri:

İctimaiyat ve içtimaiyat felsefesi mensupları arasındaki tarif tecrübe-lerinden bir numune seçmek icap ederse biri on dokuzuncu diğeri yirminci asra mensup iki isim zikredebiliriz: Auguste Comte ve Gaston Richard. Fakat bunların ikisi de bize vazih bir hukuk

tarifi vermemiştir. Hukuk sosyolojisine pozitivizmi sokan Comte, ferdin rolünü sifıra indiren bir telâkki güdüyor. Yeni hukuk tabirleriyle afakî hukuktan başka bir hukuk tanımıyor. Modern hukukçular arasında ismini sık sık işiteceğiniz Leon Duguit'nin hukukî telâkilerine temel teşkil eden pozitivizme göre hukuktaki «hukuk», daha doğrusu -Türkçenin verdiği bir imkândan istifade ederek söyleyelim- «hak», ilmî ve reel bir mefhum olmaktan ziyade tabiat üstü, «tabiat ötesi - Metaphysique» bir mefhumdur ve hukuk sosyolojisinin hiçbir yeri yoktur.

«Nasıl illet kelimesinin hakikî felsefe lisanından bertaraf edilmesi icap ediyorsa aynı surette de hak kelimesi hakikî hukuk lisanından çıkarılmalıdır. Bu iki teolojik-metafizik mefhumdan (yani illet ve haktan) biri (yani hak) artık bundan sonra gayri ahlâkî ve anarşistçedir, nasıl ki diğeri (yani illet) gayri aklî ve sofistçe bir mahiyet arz etmektedir... Teokrasiye karşı mücadele için, son beş asrın metafiziği, menfi bir vazifeden başka bir şey ihtiva etmeyen bu sözde beşer haklarını, aramıza soktu. Bu haklar, gerçekten uzvî bir "mahiyet verilmek istendiği zaman, anti-sosyal olan tabiatlerini, daima ferdiyeti takdis etmeğe temayül suretiyle hemen izhar eylediler. Artık hiçbir semavî unvan kabul etmiyen müsbet devirde hak

fikri kat'î surette kayboluyor. Herkes herkese karşı vazifeye maliktir, fakat hiç kimsenin kendine mahsus hakkı yoktur... Başka bir ifade ile hiçbir kimsenin, kendi vazifesini daima ifadan başka bir hakkı mevcut değildir<sup>2</sup>». Görülüyor ki bize vazih, bir cümle içinde ifade edilmiş kısa bir hukuk tarifi vermemiş olan Comte'un fikri, bütün felsefî sistemin esaslarıyla alâkadar ve birbirine bağlı düşünceler şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu sistemin felsefe sahasındaki tesirlerini bilâhare «Viyan derneği - Wienerkreise» ne mensup pozitivist feylesoflar, hukuk sahasındaki tesirleri memleketimizde de tanımış olan L. Duguit, çok bereketli bir surette temsil eyleyeceklerdir<sup>3</sup>.

Fransız sosyologlarından Gaston Richard, hukukî meselelerle en ziyade meşgul olan bir içtimaiyatçı olmak itibarıyla hukukun tarifi sahasında yaptığı tecrübe zikre değer. Ona göre sabit ve donmuş bir tariften ziyade, hukukî tekâmülün gidişini ifade edecek bir formül tercih edilmelidir. Bu formül ise şu olabilir: «Mâşerî hükümlerin tesiri altında egoist seciyenin geçirdiği istihale<sup>4</sup>». Her devirde bu istihalenin derecesi başka başkadır. G. Richard'ın vermektan çekindiği hukuk tarifini, eserini tahlil eden bir hukukçu çıkarmağa çalışıyor: «Bir zümre içindeki, yahut zümreler arasındaki hayatî rekabeti, zarurî olan asgarî dereceye indirmek suretiyle, her zümreyi bazı uzuv-

larının çıkardığı karışıklıklara veya başka zümreler tarafından vaki olan husumetlere karşı koruyan vasıtaların topuna birden hukuk denir<sup>5</sup>».

### IV- Modern hukukçuların tarifleri;

Felsefe ve içtimaiyatın hukuk etrafında ileri sürdüğü düşünceler ve tarif taslakları, şimdye kadar dar bir saha üzerinde dolaşan hukukçulara tesir etmekten geri kalmadı. Bilhassa 1870 den sonraki hukukî neşriyatta bu tesirin bereketli izlerine rastlamaktayız. Hattâ bu neşriyatın başlıklarında bile biz bu tesiri görmekteyiz: Artık «kanun» veya «kod» yerine hukuk kelimesi kullanılıyor ve böylece «kanun»un varlığını, metinlerden önceye götüren düşünce muzaffer oluyor.

Fransız hukukçuları arasında bu düşüncenin ilk vesikasını veren Valette, daha sonra Beudant'dır<sup>6</sup>. Bu iki müellif, âdeta sonraki hukukçu neslinin iki kılavuzu mahiyetindedir. Gerçekten Planio'lar, Baudry-Lacantinerie'ler, Surville'ler, A. Colm'ler ve Capitant'lar, işte bu neslin en sivrilmiş şahsiyetlerini teşkil etmektedirler.

#### Baudry-Lacantinerie'ye göre:

Bu müellife göre hukuk «insanın kendi hemsinlerine karşı davranışını düzenleyen, riayet edilmeleri haricî bir müeyyide ile de temin edilebilecek bulunan, aynı zamanda doğru ve faydalı bir takım kaidelerin yekûnundan» iba-

(1) Bk: J. Bentham: *Introduction to the principles of morals and legislation*, 1789, London. (L.-U.'a göre: Sf. 86). Gerçekten Bentham, Montesquieu'yü böyle tenkit ediyor. Montesquieu'nün «kanun» mefhumu hakkında yaptığı «hâdiseler arasındaki zarurî münasebet» tarifi, yalnız hukuk kanunları için değil, müsbet ve manevî ilimlerdeki kanunlar için de muteberdir. Daha ziyade hukuk kanunlarını alâkadar eden ikinci tarifiñ asıl metni şudur: «La loi, en general, est la raison humaine, en tant qu'elle gouverne les peuples de la terre.» Bk: *Esprit des lois*, Livre I, Ch. III. Türkçe tercümesinde şöyle deniyor: «Umumiyyet üzere kanun, bütün kavmanı arzı idare eden müdrikeyi beşerdir. Cümleyi tamamlayan ifadeler hukuk sosyolojisi bakımından çok mühim ise de, Bentham bunun değerini anlayamamıştır: «Her kavmin kavaniniñ siyasiye ve medeniyesi bu müdrikeyi beşerin kabili tatbik olduğu ahvali hususiyeden başka şey olmamalıdır. Siyasi ve medenî kanunlar aile oldukları kavmin ihtiyacat ve temayülâtına o derece uygun olmak icap eder ki bir kavme aile kavaniniñ siyasiye ve medeniyenin diğeri bir kavme tevâuku ancak ender tesadüflerden olabilir.» Bk: *Ruhül-Kavanin*, H. Nâzım tercümesi, 1339, C. I, Sf. 13. Biz burada sırf Bentham dolayısıyla Montesquieu'den bahsediyoruz.

(2) Bk: A. Comte: *Systeme de politique positive*, 1890, C. I, Sf. 361.

(3) Modern pozitivist ve realist hukukçuların istinat ettikleri felsefî fikirleri iyice anlamak için gerek pozitivizmi, gerek Viyan derneği ve neo-pozitivizmi iyi kavramak lâzımdır. Bu hususta Türkçe kaynaklara işaret edelim: E. Mach: *Bilgi ve hata*, S. Esat tercümesi; Z. Fahri: *Felsefe kongrelerinde Türkiye*; Levy-Bruhl: *Comte'un felsefesi*; H. Ziya: *Muasır ilozoflar*; E. Von Aster: *Bugünkü Almanya'da felsefe* (Ülkü, 1940).

(4) Bk: Charmont: *Ecole sociologique et positive*, Sf. 120 (Levy-Ullmann'a göre).

(5) Bk: G. Richard: *Essai sur l'origine de l'idée du droit*, Paris 1892, Sf. 244. Bu eser, sosyologun esas tezidir.

(6) Bk: Beudant: *Le droit individuel et l'Etat*, 1891, Sf. 12: «Le droit... est la source des lois.»

rettir<sup>7</sup>. Bu hukukun iki şeklini de B.L. tayin ediyor: Kaideler formüllerinse müsbet veya mevzu hukuk, formüllerinse memiş ise mefkûrevî (ideal) hukuk halinde mevcuttur.

*Surville'e göre:*

Bu hukukçuya nazaran hukuk «içtimâî kuvvetin müeyyidesi tesiri altında, hemcinsleriyle olan münasebetlerinde insanın kendi hürriyetini kuflamış tarzının, içtimâî kuvvetin müeyyidesi altında, tâbi olduğu bir takım kaideler yekûnundan» teşekkül eder<sup>8</sup>. Görülüyor ki doğru ve faydalı mefhumları bir tarafa bırakılırsa, bu tarif, evvelki tarifin bir tekrarıdır başka bir şey değildir.

*François Geny'ye göre:*

Modern hukukçular arasında bize mantıkî bir tarif vermek isteyen, mantık fenninin istediği tarif tarzına uygun davranan François Geny'ye göre «hukuk, hemcinsleriyle münasebetinde bulunan insanın haricî davranışlarının tâbi olduğu kaideler mecmuu» dur. Tamamlayıcı ikinci bir tarif ile müellif bu kaidelerin mahiyetini şöyle belirtiyor: «Bu kaideler, insanlığın mâ'serî şuurunun muayyen bir anında adalet fikri tabiîsinin ilhamı altında içtimâî, icabında cebrî olan bir müeyyide ile tezahür etmekte, bu gibi müeyyidelerle mücehhez olmağa mütemayil bulunmakta, bundan böyle cemiyette düzeni temin için hususî iradelere hâkim olan kat'î emirler şekli ile ortaya konmaktadır».

Bu tarif, hukuk tarifleriyle meşgul olan nazariyeciler tarafından «mantıkî» vasfı ile vasıflandırılmaktadır. Niçin? Çünkü bizim eski mantıkçıların iyi bir tarifin nasıl olabileceği hakkında verdikleri izaha çok uygundur: İyi bir tarif, tarif edilen şeyin cinsi karibi ile faslı karibinden teşekkül etmelidir<sup>9</sup>. O halde «hukuk» un «karip veya yakın cins - Genre prochain» i ile «yakın fasıl - Difference prochaine» nı bulmak lâzımdır. Müellifin tarifinde bu iki unsur gösteren Levy-Ulmann'a<sup>11</sup> göre Geny'nin tarifinde yakın cins, tıpkı hukuk gibi müeyyidelerle mücehhez olan din, ahlâk, muâşeret, moda, batıl itikat... ilâh kaideleridir. Buna mukabil yakın fark veya fasıl da hukuktaki müeyyideleri, dindeki, ahlâktaki, modadaki... ilâh müeyyidelerinden ayıran hususiyetlerdir. Bu hususiyetler şunlardır: Müeyyidelerin cebrîliği, adalet fikri, emrin kat'îliği ve su götürmemezliği. Yukarıdaki tamamlayıcı tarife dikkat edilirse bu üç noktanın gözönüne alındığı görülecek, bu vesile ile hukuk ile diğer içtimâî hâdise gruplarından bir kısmının ayrılığı anlaşılacaktır.

*Jeze'e göre:*

Kendisini Duguit gibi realist ve pozitivist sayan Jeze, hukuk tarifinden her türlü ahlâkî ve aklî unsurları çıkaran muhtelif tarifler yapmıştır. Bu tariflerden birine göre «hukuk, esasında selâhiyet tarafından vazedilmiş bir nizamdır<sup>12</sup>». Daha sonraları bu kısa tarifi aydınlatan izahlarda bulunmuştur: «Bir memleketin hukuku, muayyen bir

memlekette, muayyen bir anda iyi veya fena, faydalı veya zararlı hükmedilen ve hâkimler, mahkemelerce bilfiil tatbik olunan kaidelerin yekûnudur. Bu tariften ayrılan her nazari izah, fikrimce, tenkide pek müsaittir: Böyle bir izah, bir hukukçu tarafından yazılmış bir roman, bir muhayyile eseridir... Bir kıymete ve içtimâî bir kuvvete malik kaideler yerine, formülleyen kimsenin şahsî tercihlerinden başka bir desteği bulunmayan öğütler konmuştur.» Bütün idealist hukuk tariflerinin müşterek unsuru olarak mutlak adalet fikrini izafileştiriyor: «Adalet, muayyen bir memlekette, muayyen bir devirde insanların adalet olduğuna iman ettikleri şeydir. Pyrenee'nin öbür tarafındaki hakikat bu tarafta hatadır. Şu halde muayyen bir memlekette, muayyen bir devirde hukuk, bu memleket ve bu devir halkının ekseriyetinin içtimâî davranış, âdil ve içtimâî bakımdan faydalı addettiği içtimâî davranış kaidelerinin yekûnundan teşekkül eder<sup>13</sup>».

*Jhering'e göre:*

Alman hukuk âlimlerinden Jhering devletçilik ideolojisini okşayan şu tarif, kaide, cebir ve Devlet unsurlarını ihtiva ediyor: «Hukuk, bir Devlet dahilinde mer'î olan cebrî kaidelerde mündemiç mefhum»dan ibarettir. Bilâhare, bu tarifi, ikinci bir tarif ile aydınlatan müellif, modern sosyolojik hukuk tarifine bir zemin hazırlamıştır. Buna göre: «Hukuk, cemiyetin yaşama şartlarının Devlet'in cebredici kuvvetine dayanan

teminatının iktisap ettiği şekildir<sup>14</sup>.

Her iki tarifteki devletçi ve sosyolojik unsurların ne kadar kuvvetli olduğu ve ağır bastığı görülüyor. Levy-Ulmann ve Louis le Fur bu bakımdan Jhering'i tenkit etmişlerdir<sup>15</sup>. Maamafih müellifin fikri tekâmülü yakından takip edilirse sonradan kendi kendisini tasliih eylediği görülür. O kadar ki 1868 de Viyana'da vermiş olduğu bir seri hukukî konferanslarda âdeta kendi eseri olan ve yukarıdaki tarifleri ihtiva eden «hukukta gaye-Der Zweck im Recht» in esasiariyle çarpışan yeni bir hukuk tarifi vermiştir<sup>16</sup>.

Gerçekten yukarıdaki her iki tarifte ferdin cemiyete ve Devlete feda edildiği görülmektedir. Halbuki bilâhare «Hukuk uğrunda savaş» adı altında neşredilen konferanslarında ferde ait hak ve hisseyi ön safa geçiren bir tarife vâsil oldu. İleride başka bir vesile ile temas edeceğimiz bu tarife göre hukuk «tehdit edilen varlığın imdat işareti, silâh başı avazı olan ıstırab»ın mahsulüdür. Bu «ıstırab», Devlet ve cemiyet karşısında hisseden fert hukuku mücadele ile bulacaktır.

Bununla beraber çok felsefî ve müphem olan bu son düşünce ile ilk tarifleri birbirine bağlamak mümkündür. Esasen yukarıdaki iki tarif de «Şekilci - Formaliste» dir. Ferde ait hisse, bu «şeklî»in içindeki «muhteva» ile alakalıdır. Jhering, bu «muhteva» için ferdin sarfedeceği mücadeleyi çok yaman bir

(7) Bk: Baudry-Lacantinerie: *Precis de droit civil*, 1912.

(8) Bk: Surville: *Elements d'un cours de droit civil français*, 1910.

(9) Bk: F. Geny: *Science et technique*, I. Sf. 50.

(10) Bak: Ağaoglu Tezer: *Mantık*, 1928 İstanbul, Sf. 21.

(11) Bk: Levy-Ulmann: *Kz*, Sf. 76-77.

(12) Bk: Jeze: *Cours de droit public*, 1913, Sf. 6.

(13) Bk: Jeze: *Les principes generaux du droit administratif*, 1914, Sf. III.

(14) Bk: Jhering: *Der Zweck im Recht*, C. I, Fas. VIII, 1877, Sf. 318.

(15) Bk: Levy-Ulmann: *Elements d'Introduction generale à l'ctude des sciences juridique: I, La definition dudroit*, Paris, 1917, Sf. 101-107; ve Louis Fur: *Essai d'une definition synthetique du droit*, Sf. 316.

(16) Bk: Jhering: *Kz*, Sf. 318. Bu eser Fransızcaya "La lutte pour le droit" ismi ile 1890 da Meulenaere tarafından, Türkçe "Hukuk uğrunda savaş" ismiyle Rasih tarafından çevrilmiştir. Biz Türkçe tercümesinden istifade ediyoruz.

sosyolog edası ile şu şekilde izah ediyor: «Bu muhteva cemiyetlere göre değişir. Meselâ toprak mülkiyetine ait davalarda köylü, en kuvvetli hukukî hisse sahiptir... Tüccar için kredi, zabıt için askerî şeref aynı derecede mühimdir. Devrin hukuku, buna göre tanzim edilir. Meselâ asrî kanunlar, tüccarın kredisi, âdi veya hileli iflâs meselelerinde fevkalâde sıkı davranmışlardır... Hukukî his, mevki ve meslek tehalüfüne göre başka başka hassasiyet göstermektedir. Teokrasi, mukaddesata tecavüzü, putlara perestisi, bellibaşlı suçlardan addettiği halde, sınır geçmeği basit bir suç sayar. Çiftçi Devlet, bilâkis sınır geçme suçunu son şiddetiyle takip eder. Buna mukabil mukaddesata tecavüzü en hafif bir ceza ile tecziye edecektir<sup>17</sup>». Görülüyor ki Jhering, «Cemiyetin yaşama şartları» hakkında çok «İzafiyeci - Relativiste» bir telâkkiye sahiptir. Fert «Devletin cebredici kuvvetine dayanan teminat» tan istifade etmek için mücadeleye mecbur bulunmaktadır.

*Leon Duguit'ye göre:*

Modern hukukçuların hukuk tarifleri arasında Duguit'ye ait olanı hususî bir ehemmiyete maliktir. Çünkü bu tarif, evvelce telâkkisine işaret ettiğimiz meşhur pozitivist Fransız feylesofu Auguste Comte'un sisteminden kuvvet almaktadır. Gerçekten «hak» kelimesinin hukukî lisandan çıkarılmasını isteyen Comte gibi, Duguit de «her türlü karışıklıklara meydan verdiği için bu kelimenin ilmî lisandan çıkarılıp atılması, büyük bir terakki eseri olacaktır<sup>18</sup>» diyor.

(17) Bk: Kz. Sf.

(18) Bk: yukarıda, Not 2, 3.

(19) Bk: Leon Duguit: Revue du droit public, 1917, C. 27.

O halde haktan (yani enfüsî hukuktan) ve hukuktan (yani objektif hukuktan) bahsedilemeyecek midir? Müellif bunlardan birincisini (enfüsî hukuku) reddetmekte, ikincisi için de daha ziyade «hukuk kaidesi La regle du droit» tabirini kullanmaktadır. Bu kaide, ona göre, «Cemiyet halinde yaşayan fertlere tahmil edilen bir davranış tarzı olup ona saygı gösterme, cemiyetçe muayyen bir anda âmme menfaatinin garantisini sayılmakta, saygısızlık ve tecavüz ise, mütecevize karşı mâ'serî bir reaksiyon doğurmaktadır<sup>19</sup>».

Bu tarif, bir bakıma hukuk sosyolojisinin hoşuna gidecek bir tariftir. Zira cemiyetî fertler kümesi olmaktan ziyade ayrı bir şeniyet sayan, ferde ancak «içtimaî - social» bir hayat yaşadığı için içtimaî bir kıymet atfeden, cemiyetten ayrı ve bir «hak sahibi» olan ferde yer vermeyen sosyolojik bir görüşe dayanıyor. Başka bir tabirle bir nevi içtimaî kimya faraziyesine istinat etmektedir: Fertlerden teşekkül eden cemiyet, buna rağmen, fertler yığını değildir, ayrı bir realite teşkil eder. Daha açık bir lisanla «ben - moi» in mevcudiyeti, «biz» in mevcudiyetinden ötürüdür. Böyle olunca «ben», bir hak sahibi olamaz. Onun «hak»kı, ancak yaşadığı içtimaî hayat icabı olan «kanunî vaziyet - situation legale» iten ibarettir.

Hukukî pozitivizmden hareket eden Duguit'nin tarifinde gerek felsefî bakımdan, gerek sosyolojik noktadan tenkit edilecek taraflara sonradan temas edeceğiz. Şimdiden bu tarif dolayısıyla şu kadar söyleyelim ki hukuk tarifine girecek bütün unsurlar afakî

hukuka aittir. Enfüsî hukuka ait düşünceler, sadece menfi bir maksat ile öne sürülebilir. Her çeşit ferdî imtiyazlara yer veren bir «hak», ilga edilecektir. Esasen ona göre hukukçuların enfüsî hukuktan kasdettikleri şey pek müphemdir. Enfüsî hukuk deyince şu iki nokta anlaşılabilir: 1) Afakî hukukun çizdiği sınır içinde ferde ait olan davranış tarzı; 2) Muayyen bir ferdin diğer bir fertten müşahhas ve belli bir hizmetin ifasını istemesi hakkı. Eğer enfüsî hukuktan güdülen şey bu iki noktadan ibaret ise Duguit kabul ediyor, yalnız bir isim değişikliği istiyor: Enfüsî hukuk demeyiniz, ferdin «kanunî vaziyeti - situation legale» nden, yahut başka bir ifade ile «enfüsî olan hukukî vaziyet - situation juridique subjectif» den bahsediniz! Şu halde müellifin hukuk tarifinde enfüsî hukuka yer verip vermemesi meselesinde bu tefsiri göz önüne almak lâzımdır. Bununla beraber ferde, enfüsî hukuka bıraktığı bir pay mevcut değildir. Duguit, asıl ana tarifine sadık olduğu gibi, «hak» yerine «vazife»nin konulmasını isteyen Auguste Comte'a sadakatini de muhafaza etmektedir<sup>20</sup>.

*Bonnetcase'a göre:*

Fransa'da F. Geny'nin rasyonalist hukuk telâkkisini kabul etmiş olan J. Bonnetcase ihtiva ettiği unsurlar itiba-

riyle mantıkî olan bir tarif veriyor: «Teşekkül etmiş bir otorite tarafından fertlerin şahsiyetini, muhtelif zümreleriyle göz önüne alınan kollektivite menfaatlerinin muhafazası endişesiyle uzlaştırmak suretiyle içtimaî ahengin gerçekleşmesi namına, insana bilfiil tahmil olunan veya içtimaî, aklî olarak yüklenmesi elverişli bulunan haricî davranış kaidelerinin yekünü» ndan ibarettir<sup>21</sup>. Pek uzun olan bu tarif, haricî davranış unsuruna da büyük bir ehemmiyet vermektedir<sup>22</sup>.

*Louis le Fur'e göre:*

Zamanımızın muhtelif hukukçuları tarafından yapılan tarifleri bir araya getiren maruf Fransız hukukçu ve sosyologu Louis le Fur, bu hususta iyi bir tarifi başlıca üç unsura sahip olması lüzumunu ileri sürüyor. Bu unsurlar şunlardır:

- Emir unsuru;
- Gaye unsuru;
- Müeyyide unsuru.

Birinci unsurun teşekkülünde esaslı rolü «akıl» veya «tecrübe» den birine vermek ve bunlardan birini her şey ad etmek doğru olamaz. Hukuk kaidesinin «emri, emirci - imperatif» unsurunu, şüphesiz akıl tayin eder. Fakat tecrübenin, örf ve âdetlerin de hissesi vardır. İkinci unsur «gaî - teleologique»

(20) Maamaîlîs L. Duguit'nin Comte'la beraber Alman hukukçu ve sosyologu Jhering'den de müteessir olduğu görülüyor. Jhering'e göre "Hukuk kelimesi, iki mânadadır: Afakî mânada Devletin tatbik ettiği prensiplerin hepsine isim oluyor. Enfüsî mânada alâkalı şahsın hukukuna, mücerret kaidenin nüfuzu demektir." Bu telâkin, Duguit'deki afakî ve enfüsî hukuk fikirlerini kuvvetlen andırıldığı inkâr edilemez. Felsefî doktrin bakımından bir Comte talebesi olan Duguit, hukukçu sıfatıyla daha ziyade Jhering'ten belki müteessir olmuştur. Fakat Jhering'in ferde, muayyen bir cemiyet içinde verilmiş olan haklar için nasıl mücadele lüzumunu tahmil eylediği gözönüne alınırsa aradaki ayrılık göze çarpacaktır. Bu itibarla "Hukuk uğrunda savaş" tavsiye eden bir müellif, ferde sadece "kanunî vaziyet" tanıyan bir müellife yaklaşırken Levy-Ulmann'ın düşüncesi tenkit edilebilir.

(21) Bk: J. Bonnetcase: La theorie du droit en France..., 1919, Sf. 9.

(22) Bk: L. le Fur: Essai d'une definition synthetique du droit, Bullt. de legis. comparee, 1930, Sf. 317: "Le droit tient aussi compte de l'intention, il suffit de rappeler la theorie qui porte ce nom en droit penal et la notion de bonne foi en droit prive."

seciyeyi gösteriyor. Fakat buradaki gayenin ahlâkî ve faydacı gayelerden ayırd edilmesi gerektir. Şöyle ki: hukukî hayr ve şer, ahlâkî hayr ve şerden başka olduğu gibi, fayda ve zarar mefhumlarından da ayrıdır. Belki «hukukî hayr-le bien juridique» ve «hukukî şer-le mal juridique» bir taraftan «ahlâkî hayr-le bien mal» la «ahlâkî şer-le mal moral»i, diğer taraftan «faydalı-l'util» ile «zararlı-le nuisible»yi bir araya toplayacak, fakat ne başlı başına biri, ne de başlı başına ötekisi olmayacaktır.<sup>23</sup>

Nihayet üçüncü unsura gelince bu unsur hukuk çeşitleri içinde yalnız müsbet ve mevzu denen hukuk için öne sürülür. Meselâ afakî hukukta, ahlâk kaidelerine yakınlığı dolayısıyla, müeyyide mevcut değildir. Böylece Louis le Fur bu üç unsuru taşıyan şu tarife varmaktadır: «Hukuk, âmme hayrının gerçekleşmesi maksadıyla teşkilatlanmış bir cemiyet tarafından fertlere ve tâli zümrelere tahmil edilmiş olan hayat kaidesidir.» Bunun yanında yukarıdaki üç unsur daha iyi belirten bir başka tarif de görülüyor: Hukuk «hukukî şahısların, icabında müsbet müeyyidelerin tatbikiyle teminat altına alınmış, selâhiyetten bir otorite tarafından âmme hayrı mucibince istimal edilmiş selâhiyetlerinin tayini» nden ibarettir. Bu son tarifte iki noktayı aydınlatan müellif «tayin - determination» yerine önceleri her ne kadar «tahdit, sınırlandırma - delimitation» yi düşünmüş ise de fertçi unsura ehemmiyet vermiş olmak endişesiyle vazgeçtiğini, «selâhiyetten otorite»

te» den de yerine göre bir ferdi, bir heyeti, bir zümreyi kasdeylediğini belirtmekte, tarifinin gerek millî gerek beynelmilel her çeşit hukuk için elverişli olduğunu düşünmektedir.<sup>24</sup>

Bu suretle dört zümrede yokladığımız muhtelif hukuk tarifleri, aynı zamanda bir tekâmül sırası da arzulemektedir. Bir taraftan tefsircilerin basit tarifleri, diğer taraftan feylesofların ve iktimaiyatçıların rehberlikleri ile aydınlanmış olan modern hukukçuların tarifleri bu tekâmülün iki ucunu teşkil ediyor. Görüyoruz ki ilkin bütün hukukun yazılı hukuktan ibaret olmadığı, sonra «bütün» ün «tek» karşısında reaksiyonda bulunduğu, nihayet «içtimaî-le social»nin müdafaası lâzım geldiği... gibi noktalar, modern hukuk tariflerinin seciyelerinden bazılarını vücuda getirmektedir. Şimdi bu tariflerin doğuşunda âmîl olan sosyolojinin tarifine geçmek lüzumu karşısında bulunuyoruz.

## II

### İÇTİMAİYATIN MUHTELİF TARİFLERİ

İctimaiyat, kısaca cemiyet ilmi, topluluk bilgisidir. Fakat bu kısa tarifi, yakından bakılırsa bir çok dumanlı, karanlık köşeleri vardır. İlkin akla gelen şudur: Bir hukuk ilmi var, bir iktisat ilmi, bir estetik, bir edebiyat tarihi... ilâh var. Bunların hepsi birer «içtimaî ilim» dir. Her biri cemiyetin şu veya bu müessesesini, meselâ hukukî, dînî, siyasî... müesseselerini araştırıyor, yokluyor, mümkün olduğu kadar ka-

nunlarını buluyor, yahut bulmağa savaşıyor. O halde olsa olsa sosyoloji denen ilim, bütün bu tek ilimlerin birleşmesi, münferit içtimaî ilimlerin vardıkları neticeleri bir araya getiren bir terkip'ten ibarettir.

Böyle bir düşünce karşısında başka çeşit güçlükler çıkacaktır. Ya bu birleşme ve birleştirme, sadece bir araya getirme olur, o zaman içtimaîyat bir nevi fihrist'tir, âdeta bir hulâsadır. Bu takdirde büyük bir ehemmiyeti, hele ilmî ehemmiyeti bulunmayacaktır. Yahut bir nevi felsefe'dir, âdeta münferit içtimaî ilimlerin mevzularını birleştirerek bağlayacak ve hepsinde müşterek olan tarafı gösterecektir. Bu takdirde de ilmî vasfı aşan bir seciye kazanması, öteden beri mevcut olan içtimaî felsefe veya tarih felsefesine benzemesi ihtimali vardır. Halbuki böyle bir ihtimali biz hoş görmüyor, zira sosyolojinin ilimler sırasında yer almasını istiyor, yeni içtimaîyatın, eskisinden mevzu ve usul itibariyle ayrı olduğunu tekrarlıyoruz.

Modern sosyolojinin tarifini elde etmek hususunda muhtelif memleketlerde, muhtelif mekteplere mensup içtimaîyatçılarda çeşit çeşit tecrübeler yapılmıştır. İctimaiyatın tarihine girmeksizin sadece Alman ve Fransız sosyologlarından bir kaçına baş vurmak ve ne gibi tariflerin bulunduğunu görmek kâfidir.

#### I- Alman içtimaîyatçılarının tarifleri;

Modern Alman sosyolojisinin üstadları arasında mevzuumuz için seçti-

ğimiz müellifler şunlardır: Tönnies, Simmel, Von Wiese.

#### Tönnies'ye göre:

Ona göre içtimaîyatın vazifesi, içtimaî hâdiselerde iki tip sosyal yaşayışın nasıl tezahür ettiğini bulup göstermektir: Cemaat ve cemiyet. Cemaat hayatı, fertleri bir bütün içinde yaşatan, birbirine bağlı tutan uzvî bir hayattır. Cemiyet ise içinde hürriyet suyunun, zekânın ve müsavat fikrinin serpiştiği bir yaşayış tarzıdır. Evvelkisinde «derin irade, esas irade Wesenwille», ikincisinde «irade, karar veren irade Kürwille» hâkimdir. Hukukî hâdiseler arasında aile münasebetlerini düzenleyen kaideler, «esas irade» ile, borç münasebetlerini düzenliyen kaideler ise «karar veren irade» ile alâkalıdır. O halde içtimaîyatın bu iki tip topluluk hayatının vasıflarına ait olan bilgilerini, hukuk sosyolojisi muhtelif hukuk hâdiselerine tatbik edebilir: Cemaat hayatının seciyelerini taşıyan hukuk hâdiseleri, cemiyet tarzının karakterlerini arzeden hukuk hâdiselerinden bu ölçü ile tefrik edilecektir.<sup>25</sup> Aile hukukuna ilişkin hâdise ve müesseselerde sempati, sevgi ve tesanüd, borçlar hukukuna ilişkin hâdise ve müesseselerde ise zekâ, hesap ve mukaveleci zihniyet hâkimdir.

#### Simmel'e göre:

Hususî içtimaî ilimlerden ayrı bir içtimaîyat kabul edenler arasında Simmel'i de görüyoruz. Ona göre münferit ilimler, içtimaî hâdiseleri, içtimaîyat ise bu hâdiselerin içinde cereyan ettiği «cemiyet»i araştırır. Hâdiselerin «şekil

(23) Burada "Bien" ile "Mal" mukabili olarak "iyi" ve "fena" yi; yahut "iyilik" ve "fencilik" kullanmak istedikçe de bizi alâkalandıran mefhumları karşılamadıklarını görünce vazgeçtik. Bununla beraber "iyi" ve "fena" yi kullanmak belki mümkün olabilir. Bu takdirde "sıfat" olarak değil isim halinde kullanılmaları ve meselâ "hukukî iyi" yahut "hukukçu iyi - le Bien juridique" denilmesi lâzım olacaktır.

(24) Bk: Louis le Fur: Essai d'une définition synthétique du droit, Bulletin de la Societe de Legislation comparee, 1930, C. 59, Sf. 290-320.

(25) F. Tönnies'in bu ana düşüncesi ilk defa 1888 de intişar eden "Cemaat ve cemiyet - Gemeinshaft und Gesellschaft" ismindeki eserinde ortaya atılmış ise de ancak 1910 dan sonra yapılan ikinci bastığı ile sosyoloji mahfillerince tanınmıştır. Bizde pek az tanınan bu Alman içtimaîyatçısı hakkında şu iki kaynak gösterilebilir: Bk: Prof. Kessler, içtimaîyat başlangıç, 1938, Fındıkoğlu tercümesi; Prof. H. Ziya, İctimaî doktrinler tarihi, 1941. Bu iki kelimenin lisansımıza cemaat ve cemiyet tarzında çevrilmiş oldukça yayılmış bulunmaktadır.

- form» ini yoklar. Nasıl hendese kalitelere, hassalardan sıyrılmış bir mekân ve mesafeyi ölçerse, içtimaiyat da müşahhas, sosyal hâdiselerden boşalmış olan içtimai mekânı araştırmalıdır.

Muhteviyatı olmayan bir «içtimai» ne olabilir? Öyle bir şey ki ne hukukî, iktisadî, ne de edebî, dinî veya siyasîdir: Bu şey Simmel'e göre «karşılıklı tesir - wechselwirkung» dir. Meselâ idare edenlerle edilenler arasında bu karşılıklı tesir iki «şekil» arzeder: İstiklâl, yani gayri şahsî bir otoritenin mevcudiyeti ve tâbiyet, yani şahsî bir otoritenin mevcudiyeti. İşte içtimai, bu nevden münasebetlerde mündemiçtir. Bunlar, şekiller, kadrolardır, içleri boştur. Münferit cemiyet hâdiselerinden bahsedilirken bu şekillere dayanılarak izah denemeleri yapılabilir.

*Von Wiese'ye göre:*

Simmel'den mülhem olan Von Wiese içtimaiyatı fertler arasındaki münasebetler şeklinde belirip vücut bulan ve taazzuv eden cemiyetin ilmi diye tarif etmektedir. Muhtelif içtimai ilimler, kendi sahalarını araştırırlar. Fakat bu esnada sosyolojinin bulacağı «münasebet-beziehung» ve «teşekkül-gebilde»lere istinat etmelidirler. İçtimai olan şey, ancak bu suretle kavranılabilir.

Von Wiese'ye göre bütün münasebetler, iki umumî kadroda toplanır: yaklaşma, uzaklaşma. Herhangi bir zamanın herhangi bir müessesesinde bu münasebet şekilleri mevcuttur. Her iki çeşit münasebet bize «mesafeleşme-Distanzierung» mefhumu ile bu mesa-

feleşme neticesinde billûrlaşan ve beliren «teşekkül - gebilde» mefhumunu temin ediyor. Bu teşekküller arasındaki karşılıklı münasebetler Simmel'in düşündüğü «karşılıklı tesir - wechselwirkung» olmayıp «karşılıklı münasebet - wechselbeziehung» halinde tasarlanmalıdır. Meselâ idare eden zümre ile idare edilenler arasında bir karşılıklı münasebet mevcuttur. Fakat bu münasebet daima karşılıklı tesir olmayabilir. Bir taraf tam mânasiyle hâkim olurken, idare edilenler zümresinin pasif kaldığı siyasî «teşekkül - gebilde» ler yok değildir. İşte içtimaiyat, muhteviyatları bir tarafa bırakılarak göz önüne alınan bu münasebetlerin ilminden ibarettir<sup>26</sup>.

## II- Fransız içtimaiyatçıların tarifleri;

Fransız içtimaiyatından Durkheim'ı, Bougle'yi, G. Richard'ı, R. Maunier'yi seçiyoruz.

*Durkheim'a göre:*

Memleketimizde başlıbaşına bir mektep vücuda getirmiş olan bu Fransız içtimaiyatçısının sosyolojiyi tarif edişini hususî bir ehemmiyetle belirtmeğe çalışacağız.

Aynı ayrı içtimai ilimlerin oldukça inkişaf ettikleri, bunların yanında sosyal hayatı toptan bir görüş ile göz önüne almak isteyen umumî bir içtimaiyat telâkkisinin revaçta bulunduğu bir memlekette her iki çeşit düşünceden ayrılan Durkheim'ın sosyolojiyi tarifinde dikkat edilecek mühim bir noktayı şimdiden belirtehim: O, ne münferit içtimai ilimlerden (yani hukuktan, ikti-

sattan, estetikten...) ayrı bir içtimaiyat düşünüyor, ne de bu münferit içtimai ilimlerin bir araya gelmesinden vücuda gelecek bir içtimaiyat telâkkisi güdüyor. Onun istediği şey, her içtimai müessesede hayatî, ferdî, coğrafi âmiller üzerine müessir, yahut onlardan icabında müteessir olan «içtimai - le social»yi bulmaktır. Bundan sonra elde edeceği neticeleri münferit içtimai ilimler, bu arada tarih, etnografya, folklor gibi diğer yardımcı ilimler kullanacaklardır ve kullanmalıdırlar da. Bir misal: aile müessesesi içinde biyolojik (cinsî insiyak), ferdî (iki cins arasındaki karşılıklı sempati), coğrafi (iklimin izdivaç yaşına tesiri) âmillerin tesiri vardır. Fakat bu gibi tesirlerin yekünü aileyi vücuda getirmekten uzaktır. Bu tesirler aynı kaldığı halde değişen bir aile şekli, bir aile tipi, bu tip içinde muhtelif (meselâ nişanlanma, evlenme, dinî veya lâik nikâh akdi, boşanma gibi) ailevi müesseselerin istihaleleri vardır. İşte içtimaiyatın vazifesi, sosyal olan bu şekilleri, tipleri ve istihaleleri tarihin, etnografyanın, içtimai realite üzerinde yapılacak müşahede ve anketlerin yardımı ile bulup göstermekten ibarettir.

Fakat bir sorgu ile karşılaşıyoruz: Tek tek göz önüne alınan içtimai ilimlerden ayrı bir içtimaiyattan ne mânada bahsedilebilir? Geçen asrın ortalarında ve asrımızın ilk çeyreği içinde bu mesele hayli münakaşa edildi. Auguste Comte, bütün içtimai realiteyi kavrayan, hattâ pozitivizm ve üç hal kanunu icabı olarak felsefenin yerini tutan geniş bir içtimaiyat fikrini ortaya attı<sup>27</sup>.

Durkheim da bu fikirde midir? verdiği cevabı gözden geçirelim:

«Bugün pozitivizm doktrininden elimizde pek az şey kalmıştır. Üç hal kanununun şimdiki kıymeti sadece tarihîdir. Comte'un meseleyi ifade ediş tarzı, onu halledilmez bir hale sokmuştur. O zannediyordu ki yalnız tek bir kanun vardır ve umumiyetle insan cemiyeti bu kanuna göre serpilmiştir. İçtimaiyatçının vazifesi ise işte bu kanunu keşfetmekten ibarettir. Bu suretle nevi beşerin top-yekûn olarak tek ve aynı bir cemiyet teşkil ettiğini ve daima her yerde aynı istikamette tekâmül eylediğini kabul ediyordu. Hakikatte insanlık, umumî heyetiyle, aklı bir mevcuttur. Reel olarak mevcut olan şey (kabileler, milletler, sülâleler, her çeşit Devletler) hususî cemiyetlerdir. Bu cemiyetlerden her biri kendine mahsus şekilde doğar, ölür, ileriler, geriler. Keza bu cemiyetler başka başka olan tekâmülleri birbirine bağlanarak ve aynı düz hattın parçaları tarzında devam etmeksizin muhtelif gayeler takip ederler. Beşerî oluş Comte'un hiç aklına getiremediği bir giriftliğe maliktir<sup>28</sup>».

Comte'dan sonra bu geniş ve müphem sosyoloji telâkkisi bir müddet daha yaşadı. İngiltere'de Stuart Mill, münferit içtimai ilimlerin yanında bu ilimlerin mevzularını toptan ve bütün giriftlikleri ile gözönüne alan bir içtimaiyata yer verilmesini istedi<sup>29</sup>. Ona göre bu geniş ve ihata edici ilim, hususî hâdiseler arasındaki karşılıklı münasebetleri, «beraber bulunuş - coexistence» şartlarını araştıracaktır.

(26) L. von Wiese hakkında memleketimizde şimdiye kadar şu bir kaç tetkik neşredilmiştir: Prof. Kessler: İçtimaiyata başlangıç, 1938; Fuat Hulusi: İçtimai hukuk fikrine ait bazı mülâhazalar, 1937 Ankara; Fındıkoğlu: Almanya'da psikolojik içtimaiyat, 1938, İş Mecmuası, sayı 17-22; H. Ziya: İçtimai doktrinler, 1941. Bunlardan başka "Çığır" mecmuasının 1937-38 koleksiyonlarında müellifin "İçtimaiyat" isimli bir kitabının tarafımızdan yapılmış tercümesinin bir kısmı bulunmaktadır.

(27) Bk: L. Levy-Bruhl: Comte'un felsefesi, Fındıkoğlu tercümesi, 1940.

(28) Bk: E. Durkheim: La Sociologie, 1916 "La Science Française" koleksiyonu, Sıf. 8.

(29) Bk: Stuart Mill: Systeme de logique, fasıl VI. Bu fasılın Fransızca Belot tercümesi, Maamalihi Mill "sosyoloji" tabirini değil, "umumî içtimai ilim - science social generale" tabirini kullanıyor. Fakat maksat aynıdır.

Fakat böyle bir içtimaiyat, ilmî bakımdan doğru değildir. Zira bir defa hususî olan içtimai ilimler yetesiye ilerlememişlerdir. Sonra bu ilerleme gerçekleşmiş olsa bile «hususî»lerden, yani meselâ hukukî, iktisadî hâdiselerden ayrı bir «umumî» düşünmek skolâstisizmin düştüğü hataların tekerrürüne yol açabilir. Fransız sosyologlarından Fauconnet ile birlikte Durkheim'in dediği gibi: «Umumî'ler daima hususî'ler içindedirler<sup>30</sup>». Böyle olmakla beraber sosyolojinin isim babası olan Comte, ve onu devam ettiren Stuart Mill, aynı zamanda içtimaiî şey'niyetin giriftliği duygusuna da maliktirler. İctimaiyatın inkişafını, sosyal hâdiselerin incelenmesinden bekleyen Comte'un bu sezgisini tefsir vesilesiyle Durkheim şu neticeye varıyor: «İlim, hususî, mahdut meselelerden teşekkül eder. Bu meseleler birbirine bağlı olmak ile beraber birbirinden ayrı olarak araştırılmalıdır. Aralarındaki bağlılık, ancak ilmin terakkisi nisbetinde yavaş yavaş belirecektir. İctimaiyat, içtimaiî realiteyi toptan ve umumî heyeti ile kavramaktan vazgeçerek bu realiteye bilâkis tahlili sokmak, hususî meselelere malzeme olmağa yarayacak muhtelif parçaları, unsurları bulup çıkarmak suretiyle hakikî bir müsbet ilim olabilecektir<sup>31</sup>».

#### Bougle'ye göre:

Fransız içtimaiyat mektebinin şeflerinden olup bizde de tanınan. C. Bougle<sup>32</sup>, içtimaiyatı, Durkheim gibi tarif etmektedir. İctimaiyat, içtimaiî hâdiseleri, yani âdetler ve kanunlar halinde objektifleşen mâ'şerî itiyadlardan, merasim ve teknikten ibaret hukukî, siyasi, iktisadî, dinî ve edebî müessese tiplerini araştırarak bir ilimdir<sup>33</sup>. Bu araştırmalar cemiyetin tabiat içinde ayrı bir saltanat, ayrı bir âlem teşkil ettiğini, hâdiselerinin tabiat hâdiseleri gibi kanuna tâbi olduğunu gösterecektir. Sonra bu umumî kanunlardan istifade edecek münferit içtimaiî ilimler, sosyolojik bir zihniyet kazanırlar. Bilhassa hukuk sosyolojisinin, bundan kazanacağı hizmetler çok büyüktür. Zaten şimdiden hukuk, sosyolojinin bu yardımından istifade etmeğe başlamıştır<sup>34</sup>.

#### Gaston Richard'a göre:

İlk zamanlarda Durkheim mektebine mensup iken son zamanlarda telâkîki farklarından dolayı ayrılan, memleketimizde de az ve çok maruf olan G. Richard'a göre sosyolojinin tarifi, içtimaiî realitenin tetkiki ile alâkalı üç çeşit bilginin birbirinden ayırd edilmesi kabilidir. Bu üç çeşit bilgi şunlardır:

— *Tasvirî bilgi*: Yazı ve zenaat vücuda getirmiş halkların medeniyet tarihi, yazılı eserleri bulunmayan halkların etnografyası, tarihten önceği çağ-

larda yaşamış halkların paleontolojisi... gibi.

— *Mücerret bilgi*: İctimai hayatın ve müesseselerin yalnız birini yoklayan iktisat, hukuk, estetik... gibi.

— *Mukayeseli bilgi*: İctimai hayatın ve müesseseleri topunu birden gözönüne alarak mukayeseli ve tekevvinî, yani hâdis ve müesseselerin «oluş - geneleş» larını yoklayıcı bilgiler ki umumiyetle içtimaiyat denince kastedilen şey de bundan ibarettir. G. Richard, daha fazla aydınlık temin etmek için «mukayeseli içtimaiyat -sociologie comparee» tabirini tercih etmekte ve şu izahatı vermektedir: Tasvirî (tarih, etnografya, paleontoloji) ilimlerle mücerret tahlilci (iktisat, hukuk) ilimler arasında yer alan mukayeseli içtimaiyat, evvelkilere nisbetle daha az müşahhas, ikincilere nisbetle daha az mücerrettir. Bu ilmin seciyesi, bir çok münkekitlerce yanlış anlaşılmuş, bazıları mukayeseli içtimaiyatı tarih içinde eritmek, bazıları da onun vazifelerini münferit içtimaiî ilimlere pay etmek istemişlerdir. Hakikatte içtimaiyatın meşruiyetini temin eden cihet de kendisinin yukarıda anlattığımız birinci ve ikinci çeşit ilimler arasına girmesidir. İctimaiyatçının tetkiklerine baş vurma-yan istatistikçi ve iktisatçı, tarihçinin, filologun, etnografyacının... araştırmalarına yabancı kalacaktır. Hattâ bu ya-

bancılık dolayısıyla münferit içtimaiî ilimlerin, birbirlerinden habersiz, hattâ kısır neticeler doğurması tehlikesi de vardır. Tasvirî ilimlerin sadece müşahhas, münferit içtimaiî ilimlerin sadece mücerret olan mahsulleri, ancak içtimaiyat potasında eritilmek şartıyla ilmî bir seciye kazanır. Bu ameliye neticesindedir ki içtimaiyat «içtimaiî tipler - les types sociaux» bulan ve bunları birbirine bağlayan bir ilim haline gelecektir<sup>35</sup>.

#### R. Maunier'ye göre:

Ötedenberi bir çok tarih feylesoflarının da muhtelif tefsirlerle müşterek oldukları «içtimaiyat, beşerî inkişafın ilmidir» tarzındaki tarifleri tenkit ile başhyan Maunier, bu gibi kaziyelerdeki ilim ve inkişaf unsurlarını ele alıyor: Ancak «olan - ce qui est»ın, vakıanın ilmi olabilir. İnkişaf ise «olması lâzım gelen - ce qui doit être»le karışır. Böyle bir tarif, bizi yeniden eski içtimaiyatta, içtimaiî felsefe veya tarih felsefesi denen çığıra götürebilir. Bu itibarla tarif üzerinde ilmî zihniyetin istediği değişiklikler yapılmalıdır. Maunier şöyle bir tarife vâsıl oluyor: «İctimaiyat, zaman ve mekân içinde görülebilen, insan cemiyetlerinin tasvirî, mukayeseli ve izahlı tetkikidir<sup>36</sup>».

Bu tarifteki başlıca esaslar şunlardır:

(30) Bk: Fauconnet et Durkheim: Sociologie et sciences sociales, Revue philosophique, 1903, Sî. 466.  
 (31) Bk: E. Durkheim: La Sociologie, 1916 Paris, Sî. 9.  
 (32) Filhakikâ C. Bougle, memleketimizde oldukça tanınmış bir sosyologdur. Henüz Durkheim ile alâkadarlık görülmeden önce genç bir Türk mütelekkiri, şuurlu ve anlayışlı bir zihniyet ile Bougle'nin mühim bir eserni tercüme etmişti. İlmî içtimaiî nedir: Bk: M. Sulhi. Daha sonra Bougle, İstanbul'a gelerek bir kaç konferans vermiştir: Bk: Yeni Mecmuua, 1924. Son zamanlarda "Kıymetlerin tekâmülü" isimindeki eserinden bazı parçalar "Felsefe ve İctimaiyat Mecmuası" nda intişar etti. Bu hususta daha ileride etrâflı malûmat vereceğiz.  
 (33) Bk: C. Bougle: Bilan de la sociologie française contemporaine, 1935, Sî. VI.  
 (34) Bk: C. Bougle: Sociologie juridique (Bilan de la sociologie). V inci faslı, Sî. 95). Bu etüd tarafımızdan tercüme edilerek neşredilmiştir.

(35) G. Richard, memleketimiz için, yabancı değildir. Durkheim mektebine ait bütün Türkçe eserlerde ondan bahsedildiği görülür. Kısa, fakat çok faydalı olan "İctimaiyat - Sociologie" 1928 de tercüme ve neşredilmiştir. Bundan başka G. Richard Türk aile sosyolojisine hususî bir ehemmiyet vermesi itibarile de bizi alâkadar eder. Z. Gökalp'ın Türk ailesine ait araştırmaları, ana sezgi itibariyle G. R. dan mülhemeldir. Bu hususta zengin bir kitabiyat için "Türk aile hukukunun istihalesi" isimindeki Fransızca esere de bakılabilir. Fransız içtimaiyatçısı "Tarihte kadın" ismini taşıyan kitabında, burada tarifini naklettiğimiz içtimaiyatın tabiatını yapmış ve Türk ailesinin tekâmül seyrini göstermiştir.  
 (36) R. Maunier, memleketimizde hemen hiç tanınmamış bir Fransız içtimaiyatçısıdır. Ankara Hukuk Fakültesinde içtimaiyat tedris eden mühterem Prof. M. Emin'in, bu sosyologdan mülhem olduğu anlaşılıyor: Bk: Sosyoloji notları, Ankara Hukuk Fakültesi talebe neşriyatından, daktilografi ile çoğaltılmış notlardan, 1940. Maunier'nin bizim için ayrı bir ehemmiyeti de onun vaktiyle Cezayir'de sosyoloji profesörlüğü yaparken İbni Haldun'a karşı beslediği hususî alâka ve yaptığı neşriyatıdır. Bu hususta "Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1940, sayı " de neşrettiğimiz "İbni Haldun ve hukuka ait fikirleri" nde bibliyografik malûmata rastlanabilir.

• Mümkün (possible) veya mefkürevî (ideal) den değil, olandan, şe'nî (reel) den hareket etmek;

• Mutlak ve belirsiz bir cemiyet'i değil, zaman ve mekânları belli olan cemiyetler'i gözönüne almak;

• Umumiyetle insan mefhumu üzerinde muhakemeler yapacak yerde vakıaların «tasvir - description»ine, «mukayese - comparraison» sine ve nihayet «izah, anlatılış - explication»ına ehemmiyet vermek.

Bu esaslara dayanarak kurulacak bir içtimaiyat ile münferit içtimai ilimler arasındaki münakaşalı meseleye artık halledilmiş nazariyle bakılabilir. Hususî içtimai hâdiseler, (meselâ yalnız başına iktisadî, yalnız başına hukukî olanlar) ancak içtimai hâdiselerin

bütünü gözönüne alınmak suretiyle anlaşılacaktır<sup>37</sup>.

İşte hukuk ile sosyolojinin ayrı ayrı yapılan tarifleri hakkındaki bahsimiz burada nihayete eriyor. Bundan sonra bu iki disiplini birleştirerek mütalâa edeceğiz, yani hukuk ile içtimaiyat tariflerini birbirine yaklaştırmak suretiyle «hukuk sosyolojisi, hukukî içtimaiyat - sociologie juridique - rechtssoziologie»ın mevzuunu ele alacağız. O zaman doğrudan doğruya hukukî olan derslerin (yani medenî hukukun, ceza hukukunun, esas teşkilât hukukunun... ilâh) yanında yer almak isteyen içtimaiyatın hukuk ilimlerine yapacağı hizmet daha iyi anlaşılacak, hukuksuz bir sosyolojinin bereketsizliği kadar sosyolojisiz bir hukukun da kuruluşu ve basitliği, bilhassa modern içtimai ihtiyaçlara cevap veremeyeceği belirecektir.

## Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin 1943-1944 Yılı Açılış Dersi

Esat ARSEBÜK'

Bayanlar, Baylar:

Bugünkü dünya durumuna göre tam bir huzurun hüküm sürdüğü bir memleket evlâtları bulunmak mutluluğuna kavuşmuş olan bizler, 1943-1944 ders yılına şimdi girmiş bulunuyoruz. Bu ders yılı ile Fakültemiz 19. yaşına basmış oluyor. Bu müddet içinde yüzde onuna yakını kız olmak üzere 2722 mezun verdik. Memleket işlerinin hemen her şubesinde değerli hizmetleriyle vatana faydalı olan bu arkadaşlarımızı bu azimli kararlarından dolayı tebrik etmek isterim; çünkü cemiyet hayatının en tabîî ve en selâhiyetli düzençisi hukukçudur. Hâkim, müddeiumumi, avukat sıfatıyla cemiyetin hastalıklarını tedavi eden yine hukukçudur. Çarpışan zıt menfaatleri telif etmek, uyuşturmak hukukçuya düşen bir ödevdir. Sonra sosyal hayatın lüzumlu kıldığı kanunları, nizamları meydana getirmek, onları ihtiyaçlara göre değiştirmek ödevi de hukukçuya aittir. Bütün bu önemli vazifeleri üstlenen genç arkadaşlarımızı bu kürsüden selamlamakla bahtiyarım.

Bir Hukuk Fakültesinin açılış dersinde, bilhassa bu mesleğe yeni adım atanların zihinlerinde bir soru belirir: hukuk ne demektir? Cesaretinizi kırarak istememekle beraber hemen ilâve

edeyim ki bu sorunun cevabında hukukçular arasında tam bir anlaşma yoktur. Meşhur filozof Kant, "Hukukçular kendi hukuk mefhumlarına hâlâ bir tarif aramaktadır" diyerek bu durumu alaylı bir deyim ile ortaya atmaktadır. Kant'ın ölümünden beri yüz kırk sene geçtiği halde bu tarif yine bulunamadı. Hukuk Felsefesi dersinde sizler de bu tarifi profesörünüzle birlikte tekrar arayacaksınız. İnsanlık kadar eski olan bir müessesenin tarifi neden yapılamıyor diyeceksiniz. Hukuk terimini ne gibi anlamlarda kullandığımızı gözden geçirsek sorunuza cevap vermekteki güçlüğü siz de takdir edersiniz.

Aşağıda verilecek izahların kolaylıkla anlaşılabilmesi için müsaade ediniz de sözlerime bir benzetişle başlayayım: yaşamak için yiyecek lâzımdır. Biz bu çocuğa (mama) terimiyle anlatırız. Yaş ilerledikçe (mama) yerine birçok yemek isimleri kaim olur. Fakat bütün bu isimlerin altında ehemmiyetleri ancak hekimlikle uğraşanlarca bilinen, azor, vitamin ve saire gibi hayata lüzumlu olan birçok maddeler gizlenmiştir. Şimdi sizler de bu mesleğe ilk adımlarınızı atıyorsunuz. Onun için sizlere de (mama) kelimesi kadar (yalınç=basit) ve ancak onun kadar doğru bir cümle ile derse giriyorum: hukuk

(37) Bk: R, Maunier: Introduction a la sociologie, Paris, 1929, Sf. 3.

\* Ord. Prof., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi. Bu makale Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.1, S.2, 1943, s.181-191'den aynen alınmıştır.