

KURAMSAL HUKUK SOSYOLOJİSİNİN TEMEL VARSAYIMLARI *

Jean Carbonnier

(Çeviren: Ahmet Halûk Atalay)

İster sınırlı ister somut ve ampirik hukuk sosyolojisi olsun, tüm hukuk sosyolojisi araştırmalarında araştırmaya kılavuzluk edecek bir çalışma varsayımının varlığı zorunludur. (Henri Poincaré bütün bilimsel yöntemler için geçerli olan bu zorunluluğu yeterince ortaya koymuştu). Fakat öyleyse çalışma varsayımı sınırlı içerikli bir varsayımdır. Kuramsal sosyolojinin temel varsayımları, yani pek çok hukuksal olgudan her birinin, hatta bu olguların tümünün varoluş gerekçesini açıklamada iddiasında olan - hepsini bir büyük varsayımın yönlendiriciliği altında birleştirecek olan postülayı ortaya koyar. Demek ki, bu büyük varsayımlar aracılığıyla hukuk felsefesine, bir çeşit hukuk sosyolojisi felsefesine yaklaşılmış olacaktır.

Gene de bunlar tamamen kurgul bir ilgiye sahip değildir. Bunlar, sonraki ampirik sosyolojik araştırmaların içinde yer alacağı bir kavramsal çerçeve oluşturmaya yarayabilirler. Somut araştırmalar için bile, belirli bir kavramsal çerçeveye sahip olmak önemlidir. Kuramsal

sosyoloji tarafından özümlemiş temel varsayımlar bunu sağlayabilirler.

Bu varsayımların sınanmasına girilmelidir. Bunların bazıları zaman içinde yeralırlar: Hukuku tarihsel (hukukun prehistoryasını da içerebilecek denli geniş anlamıyla 'tarihsel') deneyimi içinde kavramayı denerler; burada sözkonusu olan hukukun evriminin açıklanmasıdır. Bunlar evrim varsayımlarıdır; hatta öncelikle evrimin varsayımdır. Diğerleri, kökenini değilse bile yapısını kavramak amacıyla, hukuku güncel, devinimsiz, dural konumunda incelerler. Bunlar (yapısalcılığa herhangi bir gönderme içermeksizin) yapı varsayımlarıdır.

§ 1 EVRİM VARSAYIMI

Hukukun evrendoğumu, *nomogonisi* üzerine öne sürülmüş bulunan oldukça sanal varsayımlar bir an için ihmal edilecek olursa - belirtmek istediğimiz temel hukuksal mekanizmaların insanlığın şafağındaki kökenidir - şimdilik, pek çok hukuk sosyoloğunca benimsenmiş görünen daha sağlam ve hatırı sayılır varsayımla yetineceğiz; evrim varsayımı.

* Çeviri : "Les Hypothèses Fondamentales De La Sociologie Juridique Théorique," in. *FLEXIBLE DROIT, Textes Pour Une Sociologie Du Droit Sans Rigueur*, 2. éd. (L.G.D.J.) s. 5-19

Hukuka değgin evrim düşüncesi üzerine yazılacak bir tarih vardır. Henri Lévy-Bruhl, Heraklit'in himayesinde, bütün hukuk kurallarının özünde eğreti ve görelî olduğuna ilişkin ilkenin olumlanmasını ortaya koymuştu. Her zaman, olguların en yüzeysel gözlemi insanlarda, diğer şeyler gibi hukukun da zaman içinde değıştiğı izlenimini uyandırmıştır. Montaigne ve Pascal'ı anmaya gerek var mı?

Fakat özellikle geçen yüzyıldan başlayarak, bilimsel evrimciliğın belki de özellikle Darwinizmin etkisi altında - Maine ve Iering aracılığıyla öğretilerde bir hukuksal evrimcilik oluştu. Bununla birlikte iki koşul, onun yükselişini engelleyeceğı benziyordu.

Birincisi, roma hukukunun batılı toplumlardaki şasılası ayakta kalıyordu. Kuşkusuz, roma hukuku. Ortaçağ ve sonrasında ancak derinlemesine bir dönüşüme uğrayarak ayakta kalabildi. Fakat bu dönüşümler hakkında, uzmanlaşmamış hukukçular net bir kavrayışa sahip değillerdir. Onların gördükleri, roma hukukunun justinyen kodifikasyonundan sıyrılarak değışmezmiş gibi sürüp gitmeyi başarmış olmasıydı, çünkü üstelik onlara göre bu kuralları yetkin bir ussallık içeriyorlardı. Roma hukuku, özellikle roma borçlar hukukunununkiler olmak üzere kimi dogmatikleri bunları geometri teoremleri kadar dayanıklı kılacak tarzda kesinliyordu; çünkü o da geometri teoremleriyle aynı ussallık niteliğine sahipti. Geometri ilkelerindeki değışken olmayış özelliğı borçlar hukuku için daha fazla ge-

çerlidir, çünkü roma hukuku ilk kez ve nihai olarak borçların ökliden geometrisini ortaya koydu.

İkinci koşul, doğal hukuk öğretilerinin gücüydü. Bu öğretileri kaplayan kimi varyantları tanım gereğı, daima bir saptanımçılığı hukuka dahil etmeye yöneldiler; karşı - evrimcilik yönünde etkin oldular. Bu daha çok doğal hukukun katıksız ifadesi için geçerlidir. Bu tür bir katıksız doğal hukuk anlayışında somut hukuksal kurumların bizzat kendileri doğal hukukdan kalkılarak ifade edilirler: 'bireysel mülkiyet', 'monogamik aile', 'çözülmez evlilik bağı'nda olduğu gibi... Böylece her bir kurum ezeli ve ebedi bir varoluş olarak tanınmış olur. Kuşkusuz, daha yumuşatılmış doğal hukuk anlayışları da vardır. (Stammmler'in değışken içerikli sabit çerçeveli kuramında olduğu gibi). Gene de, en küçük bir doğal hukuk kuruntusunda bile değışmeye karşı, bir direnç duvarı vardır.

Oysa hukukun, değışmezliğe dair herhangi bir şeyi temsillemele söyle dursun, bizzat değışimin konusu oluşu hukuk sosyolojisinin bir postülasıdır. Hukuk sosyolojisi az çok değışimci olmadan edemez. Bu anlamda, hukuk sosyolojisinin doğal hukuk düşüncesiyle bağdaşmasının güç olacağını söylemek yerinde olacaktır. Hukuk sosyolojisi için, doğal hukuk düşüncesinin kendisi bile olumsal, görelî ve evrimseldir ⁽¹⁾.

Evrimsel varsayımı böylece en azından hukuk sosyolojisi araştırmalarının içinde geliştikleri genel ortamı oluşturur.

A-Varsayımın Anlamı

Varsayımın ona yüklediğı bu özsel değışkenlik hukuka nereden gelmektedir? Bazen bu organisist bir temele bağlanır. Genel sosyolojide, toplumsal değışimi gerekçelendirmek için bu tür bir açıklamaya başvurmak olağandı. Toplum canlı bir organizma, yaşamla donanmış bir vücut olarak sunulurdu. Aristo'ya dayandırılan bu görüş XIX. yüzyılda René Worms'da başarısızlığa uğradı. Fakat çağımızda Alfred Sauvy denli önemli bir yazar bile bu görüşten esinlenmektedir. ⁽²⁾

Öyleyse, bütün canlı organizmaların tabi olduğu kural nedir? Ölüme kadar, çocukluktan, gençlikten, olgunluktan ve yaşlılıktan geçerek değışiyor olmak. Örnekseme yoluyla, bu canlı organizmayla toplum arasında gelişme ve çöküş bakımından bağlantı vardır.

Açıklama bir başka bağlama oturtulabilir. Madem ki, toplum canlı bir organizmanın yaşamına benzer. Bununla birlikte, hukuk sosyolojisinde organisizm genellikle, kaplamsal toplum ve hukuksal sistemin bütününden çok; tekil hukuksal kurumları açıklamaya yönelmiştir.

Aslında hukuksal kurumlara ilişkin bir organisist kavrayış söz konusudur. Bu kavrayış Iering'de ilgi çekici bir belirginlik arzeder. Onun için bir hukuksal kurum bir bütün; hukuksal kuralların belirli bir akla bağlı olduğu ve onun tarafından harekete geçirilen bir toplamdır. Gerçekten bir varlık, bir yaşayan varlık olarak hukuksal kurumun yaşamın temel kuralına tabi olarak, gelişme-

ye ve çökmeye, büyüme ve yaşlanmaya elverişli olması doğaldır. Hukuksal kurumların yaşamın ardarda gelen aşamalarından geçmesi sosyologların, hatta hukukçuların bile yeterince aşına oldukları bir düşünüş tarzıdır. Söz konusu kurumların gençliğinden ya da yaşlılığından kolaylıkla sözedilebilmektedir. Hukuk yazınında şu ya da bu kurumun ya da yasanın (örneğin Medeni Yasanın mirasçılarının defter tutma hakkına ilişkin bölümü) yaşlandığından, ya da tersine gelişmekte olduğundan (örneğin evlat edinme) sözedilmesi bir biçimde hukukçuların bilincine kendini dayatarak evrim varsayımına bir temel sunar. Toplumu canlı bir organizma olarak kavrayan ve aslında genel sosyolojide epay tartışmalı bulunan postülaya ilişkin kuşku taşıyan diğer bazı yazarlar, açıklamayı toplumu canlı bir bütün olarak değil, ama onu oluşturan bireylerin bir bütünü olarak anlaşılır hale getirdiler. Bireylerin fizik gerçekliği, bütün bir ussallamaya daha sağlamca dayanak sunabilir görünüyordu.

Henri Lévy-Bruhl'ün anılan yapıtında ortaya koyduğu böylesi bir tanımdır: kendisini oluşturan bireyler ölümlü olduğuna göre toplum sürekli olarak yenilenmektedir. Ölümlerle birlikte her birey, daha önce yaşam boyunca değıştirmemiş olsa bile, hukuk içerisindeki payını da (bilineç durumlarını, tutumlarını, hukuksal gerekliliklerini) kendisiyle birlikte mezara götürmektedir. Öyle ki bir kuşak sonra önceki hukuka ilişkin hiç bir şey kalmaz. Eğer eğitim nedeniyle geriye bir şeyler kal-

mişsa, bu da zaten sınırlı ve başka-
laşmış bir haldedir. Bu çözümleme-
de fransız bireyselciliğinin aşırı vur-
gulanışı ve temel bir sosyolojik tutu-
mun yeterince kavranılamamış ol-
ması itiraz konusu olmuştur: yalnız-
ca hukuk gibi kollektif bir olgu, de-
ğişime uğrayışında olduğu kadar ilk
halinde de, bizzat kendileri kollektif
olan nedenlere sahip olabilir. Oysa
gerçekte, kollektif bir olgunun birey-
sel tutumların dışında herhangi bir
varlık alanına sahip olabileceği ka-
nıtlanabilmiş değildir.

Kuşkuya daha çok yol açabile-
cek olan ise, evrimin ritmi hakkın-
daki tezin içine sokulan vargıdır.
Açıktır ki, hukukun evrimi belli be-
lirsiz değil, ancak kerteli bir evrim
olabilir. Aşlında bu, en alışılmış biç-
imini alan bir betimlemedir: hukukta
-gelenek, içtihat, zamanlaşımı gibi-
aklın bunları yavaş etkiler olarak
ancak doğal bulmasını sağlayacak
nice mekanizma mevcuttur. Bunun-
la birlikte doğa, doğa bilimcilerinin
evrim bakımından ayırdedici bir rol
atfettikleri sert mutasyonlara ya-
bancı değildir. hukukun evriminin
sürekli bir belli belirsiz değişme ta-
rafından çok derin, fakat aralıklı ve
düzensiz mutasyonlar eliyle gerçek-
leştiği ise açıktır. Devrimler; bunlar
kadar ateşli olmasalar bile büyük
yasama reformları, yenileyici kodifi-
kasyonlar hukukun uğradıklarıyla
biyolojideki mutasyonları örtüşür-
meyeceler midir? Bu gözönüne alın-
malıdır. Evrimin bu iki yönünün
içerdiği karşıtlığı katılaştırmak yan-
lış olacaktır çünkü bu, bize her za-
man anı (ve keyfi) gibi görünen bir
mutasyonun (bir reformun) gerçekte

farkedilmez ve uzun bir olgunlaşma
çabasının sonunda hazırlanmış olup
olmadığını bilme sorunudur.

Fakat, hukukun evrimi varsayı-
mını, ona oldukça dışsal kalan so-
runlarla doldurmak arzulanır olma-
yabilir. Bu yüzden varsayım, katık-
sız felsefi biçimiyle; onu tarih felse-
fesine bağlayacak tarzda basitleşti-
rilerek yararalanılabilir hale getiri-
lir. Bütün olaylar zaman içerisinde
ve metafizik olarak da oluş içerisinde
de yer alırlar, denebilir. Bir tarihsel
olay, hatta olaylar dizisi olan hukuk,
evrensel oluşa, Herder'in en lirik fi-
lozofu olduğu bu Werden'e* zorunlu-
lukla dahil olur: Herder, hukuksal
bir disiplinde yeri orası olmayan bir
otorite değildi, çünkü onun oluş fel-
sefesi hukuk düşüncesinde doğru-
dan etkilenime yol açtı. Etkisi yal-
nızca Charles de Savigny gibi bir ta-
rihçide değil, fakat Portalis gibi bir
yasamacıda da fark edilebilir. Porta-
lis Direktuar döneminde sürgündey-
ken alman seçkinlerini Herder'in
ideolojisine alıştırdı; zamanla oluşan
yasalar üzerine ünlü "Discours
préliminaire"inin pek çok satırında
yankılanan Werden'di: hukuk, bü-
tün diğer şeyler gibi evrensel oluşun
dalgalarında sürüklenir.

Bu tarihsellikte yetinen sergile-
me aracılığıyla hukuk sosyolojisi
kendisinin zaten gerekli gördüğü bir
kavramsal çerçeveye yeterince otur-
muş olur; yeter ki bu tarihsel akışın
nereye varacağına ilişkin yargıda
bulunmayan nötr bir çerçeve olsun.
Hukuk oluşa dahildir, kendisi de bir
oluştur. Fakat oluşun anlamı bizce
bilinemez ve tanınamaz niteliktedir.

* Oluş (ç.n.).

Dahası oluşun herhangi bir ussal
yorumlamaya elverişli bir anlamı da
olmayabilir. Ussallık ilkesi, insan
düşüncesine öylesine işlenmiştir ki,
evrim varsayımına onunla aynı yön-
de kimi başka varsayımlar da eşlik
ederler. Bunlardan - antik fakat sü-
rekli güncelleşebilen-evrimin daire-
sel ya da sarmal bir yol izlediğine
ilişkin olanını bir kenara koyalım.
Kimileri, hukuksal sistemlerin bütü-
nüyle ve durmadan tiranlık-demok-
rasi-anarşi-tiranlık çevriminden geç-
tiklerini varsayarlar. Diğer kimileri
ise, daha az bir yaygınlıkla fakat
kuşkusuz daha çok yerindeliğe, ki-
mi tekil kurumların (biçimcilik ya
da boşanma gibi) (3) nasıl yüzyıllar
boyunca ortaya çıktıklarını, ortadan
yok olduklarını, yeniden beliriver-
diklerini gözlemlemekle yetinirler.
Oldukça farklı bir bakışla, bir çok
gözlemciye göre,örneğin suçluluk gi-
bi geniş kapsamlı kimi hukuksal ku-
rumlar açıklanmayı bekleyen neden-
sellikleriyle, çevrimsel itkilere tabi-
dirler.

Regressifler ve progressifler ol-
mak üzere iki kampa bölünmüş ol-
dukları halde pek çoğu lineer bir ev-
rime inanırlar. Gerçekte, artık bir
zamanlar olduğundan çok daha az
sayıda regressif vardır. Bütün bir
antik düşünce için, altın çağda, in-
sanlığın kökeninde bir yasadız dö-
nem olmuştur. Hukuksal olanın or-
taya çıkışını belirleyen bozulmamız-
ya da günahlarımız- ve kötülüğe
olan eğilimimizin gittikçe şiddetlen-
mesiyle hukukun da hızla üreyip ço-
ğalmasındır. Devrim, Rousseau'nun
da etkisiyle, bu 'nomogoni'yi hesaba
katmalıdır; o, önce yasaların bozul-

muş bir uygarlığın göstergesi oldu-
ğunu ve altın çağa dönüşün toplumu
hukuksuzlaştırmasıyla; bir tür hu-
kuken silahsızlandırılmasıyla olaca-
ğına inanmış olmalıydı. Fransa, ya-
salarının karmaşıklığını ve sayıca
çokluğunu giderecek (kısa ve özlü
olarak kaleme alınan Cambacères
yasalarının espirisi de buydu) ve
yargılamayı tahkimle ikame edecek-
ti.

Ancak çoğu zaman hukukçula-
rın ürünü olmuş olan hukuk felsefe-
sinin, kendini böylece hukukun inti-
harıyla ödevli saymasına çok ender
rastlanır. Çağımızda, toplumun iler-
lemesini hukukun ilerlemesiyle öz-
deşleştirmek zihinsel bir alışkanlık
halini aldı. Gene de ilerleme nosyo-
nu bütün disiplinlerde sorunsuz yü-
rümektedir. Bu güçlüklerden en
kayda değer olanı, maddi ilerleme
bir gözlem nesnesi oluşturabilse bile
bunun moral ilerleme için aynı oran-
da geçerli olamayışındır. Oysa eğer
hukukun ilerlemesi moral ilerleme-
nin biçimlerinden birisiyse, bütün
mesnel doğrulamaların elinden ka-
çıp kurtulan moralite alanına ilişkin
görünmektedir. Çağdaş dogmatikte,
hukukun ilerlemesinden söz etmek
bir diğer ortak noktadır. Bu, kendi-
sini özellikle, daha çok güvenlik ve
daha çok adalet olarak göstermiş
bulunan bir ilerlemedir. İlerleme
hareketinin *dies a quo*'su* üzerinde,
hızı ve bunu ölçmeye yarayabilecek
göstergeleri üzerinde, bunların ke-
sinliği konusunda oldukça kanaat-
kar olunmak durumundadır.

İlerleme hareketini, yönünü be-
lirtmeksizin bir postüla olarak ka-

* Başlangıç tarihi (ç.n.).

bul etmek ne kadar da bilimsel olurdu!.. Evrim varsayımı böylece, ilerleme düşüncesiyle aşırı yüklenir yüklenmez kendini değer yargılarınca işgal edilmiş bulur. Aslında sözkonusu olan, kurmakta olduğumuz ya da kendisinden yoksun kaldığımız ve yeniden beliriveren bir doğal hukuktur - doğal hukuk inatçıdır.

B- Varsayımın Sınırı

Evrimci varsayım günümüzde ne kadar yaygınlıkla benimsenmiş olursa olsun, onu yeniden inceleme konusu yapmaksızın ayrıntılı bir biçimde ortaya koyabilecek kimi yeni akımların iğreti bir kılığa bürünmeleri gerekir: iyi bilinir ki geride kalan XX. yüzyılın evrimciliği bundan yüzyıl ya da daha öncesinin evrimciliğinden daha pürüzsüzleştirilmiştir.

Asıl soru şudur: insan doğasının sürekli, değişmez (en azından tarihsel gözlem ölçeğinde değişmez) bir unsur yok mudur? Çok daha önce, ölümünden sonra yayınlanan *Carnets*'inde Lucien Levy-Bruhl, arkaik toplumlarda incelediği sihirli, mistik ve usdışı zihniyetin aslında uygar toplumlarda da ussallığın ince tabakası üzerinde, her türlü ruhsal durumun içyüzünü oluşturup oluşturmadığını soruyordu. Bu acaba, bir başka tarzda da olsa, Carl Gustav Jung'un sözünü ettiğiyle aynı şey değil midir? Kuşkusuz onda bir bilimciden çok bir şairi görmek mümkündür. Düşündüğü şey bilim için daha az bulanıklaştırıcı değildir. Çünkü Jung kolektif bilinçaltı-

nı ileri sürerken, şu an sahip olduğumuz bilinçli imgenin karşısı olagelelen dünyanın zaman ötesi imgesinin bir türünü; evrensel tarihin bir deposunu; geçmiş kuşaklara değgin yüzlerce binlerce yıldan aktarılan deneyimlerin yoğunlaştığı bir arketipler dağarcığını kastetmektedir. Ve elbette, birbirlerine pek benzemeyen iki ayrı etnoloji sözkonusu olsa da, Jung'dan sonra Claude Lévi-Strauss anılabilir: doğayla toplumu iki karşıt unsur olarak alan bu yazar, dış görüntülerinin farklılaşp değişmesine rağmen kimi şeylerin hiç değişmeden kaldıklarını savunur.

Fakat Lévi-Strauss'un ardından yükselen bütün bir yapısalcılık değil midir? Kaderine yansıtmacı bir felsefe olmak yazılmış hukuk felsefesinin yapısalcılığa olan rağbet karşısında duyarsız kalması beklenemez. Böyle bir etkinin, hukukun daha kristalize olmuş bir kavramına ulaşmakla sonuçlanacağı öngörülebilir. Çünkü yapısalcılık (bu kendisine yönelik güçlü saldırılara malolsa da) özellikle evrimci değildir. Yapısalcılık, kendi deyişiyle, eşsüremliliğe oranla artsüremliliğe daha az önem verir.

Genel sosyolojideki bu anlamda bir yeniden ele alış, hukuk sosyolojisiindeki içermeleri sezinlettirir: hukukun bütününe değil de bir parçasının evrim dışı tutulmasını meşru kılar. Ve bunu, sürekli yeniden beliriveren pirimitif bir hukuksal zihniyetten, hukuksal arketiplerden, hatta kültürün değiştirmeksizin kuşattığı hukukun doğasından sözeden akımlar izler. Ensest tabusu (varlık

koşullarından değil de, en genel biçimiyle), karşılıklılık ilkesi (yani Mauss'un ve Lévi-Strauss'un vurgularıyla; edim ve karşı-edim) bu sonsuz hukuksallığın en belirgin görünüş biçimleri olabileceklerdir. Kuşkusuz yalnızca bunlar değil: örneğin folklorik hukuk, ya da çok farklı olarak 'anlamsız hukuk' diye adlandırılacak konular da (davacıların kimi ipe sapa gelmez istemleri karşısında mahkemelerin tuhaf kararları), sosyologların hukuksal arketiplerin ipuçlarını ortaya çıkarabilecekleri bir gözlem alanı oluştururlar.

Bununla birlikte, yenilikçi kuramlar evrim varsayımını sınırlandırabiliyorlarsa da onu ortadan kaldıramıyorlar, ve ayrıca doğal hukuka altadıcı bir geri dönüşü de içermiyorlar. Çünkü bu öğretilerin esası, hukukta kendisine mutlak değer ve metafizik köken atfedilebilecek bir öz keşfetmek değildir. Tersine, hukukta öz insanal, değer ise görelidir. Hatta görünürdeki bu değişmezlik, hukuk düzenlerinin bütün tarihsel kayıtlardan kurtulmuş ve oldukça uzun süren evrimine bağlı, salt optik bir yanılsama bile olabilir.

§ 2 YAPIYA İLİŞKİN VARSAYIMLAR

Artık, hukuk düzenlerini devinimsiz varsayarak kabaca incelemeğe girişmek gerekiyor. Bir hukuk düzenini devinimsiz varsaymakla murad edilen, sürecin belirli bir anının ana çizgilerinin ve hukuksal olguların sosyolojik kavranışının anahtarları olacak temel niteliklerinin incelenmesidir.

A - Hukuksal Çoğulculuk Varsayımı

Bu yapıya ilişkin varsayım, hukuk sosyolojisinde "varolma hakkı"nın çoktan kazanmıştır. Bunun ne olduğu anlamak için dogmatik hukukun 'hukuk' kavrayışından yola çıkmak gerekir. Bu, özünde monist kavrayışa göre, hukuk adeta tek, bütünüyle homojen ve yarıksız bir bloktur. Hukukçulara göre hukuk 'tek'dir çünkü onlar devlet ile hukuku birbirine karıştırırlar ki, verili bir toplumsal ortamda mantıken ancak bir devlet varolabilir.

Monist düşünce, çağdaş italyan uluslararası özel hukuk okulunu oluşturan dogmatik hukukçular tarafından en uç noktasına vardırıldı. İlk bakışta, uluslararası özel hukuk, ayırıcı özelliği bir ülkede yabancı hukukun ulusal hukukla yarışır tarzda uygulanabilirliğini kabul etmesi olduğundan, monist görüşle bağdaşmaz görünür. Fakat adı geçen okul tam da, eğer yabancı hukuk bir ülkede uygulanabiliyorsa bunun, ulusal hukukça yabancı hukukun uygulanabilirliğinin bir biçimde kabul edilmiş olmasından ileri geldiğini beyan eder. Ulusal hukuktaki yargıç tarafından yabancı hukukun uygulanabilmesinin ön koşulu, bunun iç hukuk düzenine dahil edilmesi olmaktadır. Peki bu neden böyledir? Bu böyledir, diye yanıtlar okulun yazarları (özellikle okulun öncüsü Ago), çünkü hukuk tanım gereği tekelcidir. Hukukun varoloşunda paylaşmaya tahammülü olmayan kıskanç bir tanrı vardır:

hukuk, hukuk olarak nitelendirilebilecek diğer kural sistemlerini ancak yokumsayabilir.

Bu teze göre, hukuk düzeni kendisinin dışında herhangi bir çoğulluğun ayırdedilemiyeceği yekpare bir bloktur. Tez, dogmatik hukukçulardan pek çoğunun bile kabul ettiği gibi, aşırıdır. Böyle düşünen dogmatikçilere göre, yabancı hukuk kuralı bir ülkede uygulandığında 'yabancı' olma özelliğini yitirmez; öyle ki bu bir tür *pozitif hukuk* çoğulculuğunu mümkün kılar.

Bununla beraber hukuk sosyolojisi içinde çoğulculuk varsayımının formülasyonu yüklü bir içeriğe sahip kılınacak tarzda temel alınmıştır. Georges Gurvitch bu konuda belirleyici bir role sahiptir (4). O, bir yandan çağdaş deneyimlere, bir yandan da tarihe dayanır. Çok yerinde bir düşünceyle, hukuksal monizmin olumsuz bir siyasal konuma, XVI. yüzyıldan XIX. yüzyıla kadar olan dönemde, çağdaş büyük devletlerin doğuşuna tekabül ettiğini belirtir. Daha önce hukukçular, hukukun birliğine ilişkin bu denli kökten bir tutumdan çok uzaktılar. Monizm, mutlak monarşinin ve jakoben Devletin bir yansıması olarak hukuksal düşüncede yeşerdi.

Fakat çağımız, sözkonusu monizmi açıkça yeniden tartışma konusu haline getirmiştir. Böylece çeşitlilik yeniden, hukuksal olanı işgal etti ve Gurvitch, sanayi toplumlarında sayısız hukuk yaratıcı merkezin, sayısız özerk hukuk kaynağının bizzat devlete ilişkin hukuk kaynağıyla yarıştığını gözlemledi.

Demek ki sendikaların, dernek-

lerin, anonim ortaklıkların içinde farklı topluluklara özgü olan ama gene de 'hukuk' olan bir hukuk kendiliğinden varolmaktaydı. Benzer biçimde, kiliseler, gönüllü kuruluşlar, yerinden yönetime dayalı kurumlar kendi özgün hukuklarına sahiptirler ve bu 'devlet-altı' bir hukuktur. Ve devletin üzerine kimi uluslararası örgütler (günümüzde B.M. Avrupa Toplulukları gibi), farklı ülkelerde bu ülkeler devlet hukuklarıyla yarışır tarzda uygulanmaya yönelik kurallar ortaya koyarlar. Kısacası, belirli bir ülkede önsel olarak yalnızca devlet-altı ve devlet-üstü olmak üzere bir yarışan hukuklar çokluğunun sözkonusu olduğunu, bir temel varsayım olarak kabuletmek gerekir.

Bu, zaten Gurvitch'in kaleminde yeterince vurgulanmış olan hukuksal çoğulculuğun bir biçimiydi. Fikir netlikle ortaya konulmuştu. Bununla birlikte, hukuk sosyolojisi bugün daha öteye gidebiliyor; kavramı daha ileriye götürebiliyor. Artık daha yerinde olarak, bir hukuksal çoğulculuk değil, ama daha çok değişik kategorilere ilişkin muhtelif 'hukuksal çoğulculuk olguları' bulunduğu gösterilmeye çalışılıyor. Ayrıca bunları, hepsi de devlet hukukunun kendisinden bağımsız hukuk düzenlerine katlanmak zorunda oluşu gibi bir ortak nedene dayalı olsalar bile, birbirlerinden ayırdedilmeleri gerektiği ortaya konulmaya çalışılıyor.

Hukuksal çoğulculuğun bu silik biçimleri, ortaya çıkarılıp dökümlerine girişilebilsin diye, öncelikle *guruba ilişkin olgular* olarak tasarlanabilirler. Bir ülkenin hukuk düze-

ni, tarihsel nedenlerle farklı kaynaklardan kökenlenmiş unsurların birleştirilmesinden oluşmuş olabilir: işte buradan bir hukuksal çoğulculuk ortaya çıkacaktır.

Hukuksal çoğulculuğun bu biçimine Almanya'da *Roma hukukunun resepsiyonu* örnektir. Alman hukuk sistemi içinde, Resepsiyondan başlayarak iki hukuk tarzı rekabet halindeydi: cermen gelenek hukuku düzeni ve roma hukuku düzeni. İzleyen yüzyıllar boyunca, bu iki hukuk düzeni arasındaki çatışma ve uzlaşmanın ya yükselişine ya da çökelişine tanık olundu.

Günümüzde genel sosyolojide bu olgular kategorisi genel olarak *akültürasyon* kavramına dahil edilmiştir: akültürasyon, yabancı kimlikli bir kültürün yerli kültüre aktarılması durumunda sözkonusu olur. Böylece, sömürge sonrası ülkelerde, akültürasyon olguları ortaya çıkmaktadır. Bu, entelektüel, toplumsal, ekonomik fakat aynı zamanda hukuksal bir akültürasyondur. Batılı hukukların afrika ya da asyalı ülkelere (örneğin genellikle avrupa modeline öykünerek sözleşmeler ve borçlar yasaları çıkartan Orta Doğu ülkeleri) aktarılmış olduğu oranda akültürasyon olguları da ortaya çıkıyor. Bu olgular sosyolojik olarak kendilerini bir hukuksal çoğulculuk aracılığıyla açığa vururlar. Yerli kurallar (adetler) ile devlet hukukunca yaptırımlandırılmış yabancı kökenli kurallar arasında bir tür uyumsuzluk ortaya çıkmaktadır. Aktarılmış kurallar eski kuralların yaşamayı sürdürdüğü topluluğun derinliklerinde sosyolojik bir direncin kapısını

çalacaklardır. Aktarılan hukukla geleneksel hukuk arasındaki çatışma (*clach*), hatta çarpışma bundan dolayıdır. Bir sosyolog için öyle olmasa da, bu iki düzenden birinin yürürlüğe sahip bulunması hukukçu için çok önemli bir konudur. Sosyolojik olarak her iki hukuk düzeni de aynı düzeydedir.

Fakat hukuksal çoğulculuk, topluluğa ilişkin bir olgu olarak olduğu kadar bireysel bir olgu olarak da ortaya çıkabilir. Bu durum, bireyin bilincinde ya da bilinçaltında bölücü bir uyumsuzluk aracılığıyla belirir.

Bunlardan bazıları, oldukça tipik biçimde, laik ve dinsel hukukların çatışmaları olabilirler. Teolojide ve hukukta sorun basitleştirilmiş haliyle bilincin direnmesi olarak bilinmektedir. Sözkonusu olgu, sosyolojik açıdan bir hukuksal çoğulculuk olgusu olara çözümlenebilir. Bu en azından, teoloji dinsel buyruğu (katolikler için kanonik hukukun buyruklarında olduğu gibi) hukuksal değere sahipmişçesine; gerçekten de yaptırımlandırılmış bir toplumsal yaşam kuralı imişçesine nitelendirildiğinde böyledir. Bu durumda bilincin direnmesi, iki hukuk düzeninin bireysel bilinçte çarpışmasıdır.

Bu durum aynı zamanda bireyin vicdanında meydana gelen bir çatışma olarak da düşünülebilir. Bu, güncel hukuk niteliğindeki pozitif hukukla - yasalar çatışmasının terimleriyle anlatılmak istenirse buna 'yeni yasa' da denebilir-eski hukuk, yani eski yasa arasındaki bir uyumsuzluktur: sözkonusu eski yasa dogmatik açıdan yürürlükten kalkmış

olarak değerlendirilse bile sosyolojik açıdan böyle değildir. Çünkü hukuksal anlamda yürürlükten kalkma her zaman sosyolojik olarak da geçerliliğini yitirme anlamına gelmez, ve yasamanın ortadan kaldırmak istediği yasa pekala bireyin bilincinde canlı bir biçimde yaşamını sürdürürebilir.

Pozitif hukukun bizzat kendisi, sosyolojik olarak varlığını sürdüren eski yasayla, dogmatik olarak yürürlükte olan yeni yasa arasındaki bu çatışmalar hakkında örnekler sunmaktadır. Öyle ki, Devrim feodal rantları ilga ettiğinde, bu rantların borçluları, en azından bazı yörelerde hiç bir şey olmamış gibi, kendilerinden ödemedede bulunmayı sürdürdüler. Bu böylece on ya da yirmi yıl sürdü. Daha sonra bunların mirasçıları daha önce belirli bir borç olmaksızın yapılan bu ödemeli geri istemeye giriştiler. Burada, yeni ve aynı zamanda pozitif hukuk ile, yenisinin ilga edebileceği ancak borçluların bilincinde yaşamayı sürdüren eski hukuk arasındaki çatışma en belirgin biçimiyle kavranmaktadır. Mahkemeler de bu durumu yeterince gözönüne aldılar. Eğer yalnızca ve katıksızca dogmatik hukukun kurallarını uygulasalardı, yasal olarak ödenmesi zorunlu olmayan bir borcun ödenmesine hükmetmiş olacaktı; böylece bu yoldaki talep de kabul edilebilir olacaktı. Bu sorundan, "doğal borç" dolambaçlı çözümleyle sıyrıldılar. Mahkemeler, devrimci yasama tarafından ilga edilmiş bu rantları ödeyen borçluların bunu, sonradan cayılamaz bir vicdani borç olarak

yerine getirdiklerini bildirdiler. Böylece doğal borç kavramı iki hukuk düzeni arasında köprü işlevi gördü: ilga edilmiş olmasına rağmen yaşayan hukuk düzeni ve yüzeysel anlamda pozitif hukuk düzeni. Bu kavramın müdahalesi bile yeterince göstermektedir ki sorun tümüyle hukuk dışı bir alanda çözülmüş değildir. Doğal borç, farklı bir katmanını oluştursa da nihayet hukuka ait bir kavramdır. Bu da gösteriyor ki, aynı hukuk sisteminin bağrında pek çok hukuk düzeni birarada bulunabilirler.

B - Hukuk Sosyolojisinin Temel Teoremleri

Teorem terimi *moro geometrico* bir kanıtlamaya işaret eder. Bu yüzden kavram bir ölçüde ihtihza ile kullanılacaktır. Gerçi cebirsel anlamda bazı eşitsizlikler ortaya koyacağız, fakat bu yalnızca örtük kimi varsayımları daha iyi belirleme amacına yönelik olacaktır. Nihayet bu varsayımlar olmaksızın aslında hukuk sosyolojisi de mümkün olmayacağından, bunları doğrulamak da uygun olacaktır.

1° Birinci Teorem: *Hukuk, Hukukun Biçimsel Kaynaklarından Daha Büyüktür.*

Dogmatik hukukçular için bile, hukukun biçimsel kaynakları anlayışının çerçevesinde ilerletici bir genişleme ortaya çıkmıştır.

XX. yüzyılda baskın olan Yorumcu Okul (Ecole de l'Exégèse) denklemi, 'hukuk eşittir yasa' olarak

belirliyordu. Daha sonra Géný (1899) ve Modern Okul ile birlikte denklemin kapsamı da genişledi. XX. yüzyılın hukuk dogmatığı kavrayışında denklem şu hali aldı: hukuk eşittir yasa, artı gelenek, artı içtihat, artı yargılama-dışı etkinlikler (noter işlemleri, büyük işletmelerin sözleşmeleri gibi işlemler de hukukun kapsamlı görünümüne dahil edilebilirler). Böylece hukukun biçimsel kaynaklarının genişlemesi apaçık bir olgu durumuna gelmiştir.

Fakat sosyologların gözünde hâlâ gerçekliklerin berisinde kalmaktadır. Özellikle de yargı kararları konusunda... Günümüzde klasik denklem yargı kararlarını, bunlar zaten varolan bir yasa ya da kuralın hükmünü içeriyorlarsa, ya da içtihatça (yineleme ve hiyerarşi aracılığıyla) yeni bir hukuk kuralı olarak berkitilmişlerse dikkate almaktadır. Oysa, önceden varolan kuralların katıksız ve basit bir uygulaması niteliğini taşımayan yargı kararları da vardır. Ayrıca bunlardan bazılarının (önemli sonuçlara yol açmayanların yinelenmelerinin) yargı tarafından berkitilmeleri de sözkonusu olmayacaktır. Yargısal içtihadı oluşturan bu türden pek çok yargı kararı bulunmaktadır. Fransa'da her yıl verilen 300.000 yargı kararından büyük bir bölümü ya bireysel niteliktedir, ya da daha çok, önceki bir hukuk kuralının uygulanmasına dayanmayan ve böylelikle kendileri bizzat birer hukuk kuralına dönüşemeyecek olan kararlardır: demek ki bunlar klasik denklemin hukukun biçimsel kaynaklarının dışında bıraktığı ve sosyolojik olarak gene de hukuksal

düzenlemeye dahil olan kararlardır. Bunlar hukuk kuralı olamasalar da, hukuku meydana getirirler.

Bu bir tür yardımcı teoreme, hazırlayıcı önermeye götürür: *hukuk, hukuk kuralından daha büyüktür.* Hukuk, kural kavramına sığmaz; taşar. Hukukun bütün parçalarında soyut, genel ve sürekli buyruklarda içerilmeyen fakat kendiliğinden ve sonuçsuz kalacak kararların etkisi yer alır. Otorireteye ilişkin bütün olaylar, aslında hukuksal olaylara yol açarlar.

Sosyolojik anlamıyla hukuk ile kaynaklara ilişkin dogmatik kuram arasında bir ilişki varsa -Géný'nin söylemiyle- biçimsel kaynaklar arasında değil, ama gerçek kaynaklar arasında aranmalıdır. Bilindiği gibi Géný, hukukun gerçek kaynakları içersine bir dizi veriyi dahil etti: öncelikle fizik doğa ya da ahlak, ekonomik ve toplumsal koşullar v.b tarafından oluşturulan doğal veriler; tarihsel veriler; ideal veriler. Bunlar -hatta topluluğa ilişkin bir olgu olarak ideal veri (daha adil bir hukuka özlem) bile-sosyolojik araştırmanın makul nesnelerdirler. Géný için, yalnızca gerçek kaynaklarlarca süzülüp benimsenmedikçe gerçek ve pozitif hukuka dönüşemezlerdi. Hukuk sosyolojisi, kendi yönünden, hukuk ile onun kimi biçimsel kaynakları arasında kurulan özdeşliği yadsır. *Méthodes d'interprétation et sources en droit privée positif* (1899)den *Grundlengung der Soziologie des Rechts* (1913)'e dek, yadsınamaz bir *saltus** sözkonusudur. Eugen Ehr-

* Sıçrama (ç.n.)

lich bunu özlü girişinde hatırlatmaktadır: "Hukukun gelişiminin ağırlık merkezi, günümüzde..., her zaman olduğu gibi, ne yasamada, ne öğretide, ne de *icthihatlarda* değil ama *bizzat toplumda* aranmalıdır."

Böylece, ilk kökenlerinden kalıp Ehrlich'in yolundan da geçen hukuk sosyolojisi bütün ülkelerde, fakat diğerlerinden daha çok da Fransa'da XX. yüzyıla damgasını vuran hukuk tekniği tapınısıyla arasındaki ayrımları ortaya koyuyordu. Hukuku yargı kararlarının dayandığı yasaların incelenmesiyle ikame ederek bunun hukukun gerçekliğinden daha derinlere eriştiğini sanan özel hukukçuların ve kamu hukukçularının büyük yanılsaması, hukuk sosyolojisinin ilerlemesini tahrik etmekten çok geciktirmeye yaradı. Hayır, hukukun gerçekliği hukuk tekniği ile özdeşlik arzetmez, ve hatta onun tarafından deforme edilir. Çünkü hukuk tekniği, aslında 'yargısal çekişme'**dir ve yargısal çekişme hukukun normal değil patolojik durumudur.

Artık bu konuda yanılgıya düşülmemelidir. Burada söz konusu olan, sosyolojik olarak -ve belki de daha çok kavramsal olarak bir hukuk tanımında yargısal çekişmenin (nasıl hastalık yaşamın bir parçasıysa) önemini küçümsemek değildir. Adet kuralı karşısında hukuk kuralını, ya da daha geniş anlamda hukuksallık içermeyen 'toplumsal olan' karşısında hukuksal olan'ı tanımlamanın ne denli güç olduğu bilinir.

** 'Yargısal çekişme' terimini *contentieux* karşılığında kullanıyorum (ç.n.).

Oysa, bir son belirleme olarak, en az kuşku verici tanım şöyledir: 'hukuksal olan'; yargılamayı tahrike özgü, davaya elverişli, yargıç ya da hakem olarak adlandırılan kimsenin oldukça özel türde etkinliğinden ötürü yargılanabilirlik niteliği bulunandır. Fakat yargılama kavramı, bir davanın genellikle apaçık olmayan olanaklılığını da içerir, ancak bundan, hukukun yargısal çekişmeyle içiçe geçtiği sonucunu çıkarmak yanlış olur.

Hukuk sosyolojisinin temellerinden biri de çoğu hukuksal ilişkinin çekişmeselliğe bağlı olmadığıdır. Hukuksal ilişkiler, çıkarlar arasındaki uyumsuzluk sayesinde ortaya çıkıverseler bile, çekişmeye yolaçmaksızın da gerçekleşebilirler. Savunulmasına girişilen çıkarların farklılığı, bunların her şeyden önce ekonomik ve psikolojik bakımdan önemli oluşlarından bağımsız değildir. Yargısal çekişme, bize ancak fiili hukukun küçük bir bölümü olarak bir fikir verebilir.

Yargısal çekişmenin hukukun en anlamlı bölümü olduğu ileri sürülecektir. Eğer bununla söylenmek istenen, tıpkı hastalığın biyolojik mekanizmaların işleyişini ortaya çıkartmasında olduğu gibi yargısal çekişmenin de hukuksal ortaya çıkardığıysa, eh hele şükür! Fakat patolojik bir durumdan normal bir durumu anlamak için yararlanmak, normal durumun bizzat kendisinin daha önemli oluşunu engellememelidir. Bu aynı zamanda, öncekinin mantıksal sonucu olan yeni bir eşitsizlik ortaya koymaya olanak sağlar: Hu-

kuk yargısal çekişmeden daha büyüktür.

2° İkinci Teorem: *Hukuk İnsanlararası ilişkilerin Toplamından Daha Küçüktür.*

Hukuk sosyolojisinin savaşmak zorunda olduğu şey, hukukçular için zaten doğal görülen, yaygın bir dürtüdür. Panjürizm olarak adlandırılacak bu dürtü, bizi hukukun her yerde; her toplumsal ya da bireylerarası ilişkide bulunduğunu varsaymaya götürür. Bu görüş bozukluğu sanki bir ayrıcalığın bedeli gibidir. Panjürist, kendi çapında bir ozandır: o, hukuku bildik nesnelerin çevrelerinde ışıldayan bir şey olarak görme şansına sahiptir. Cahil bir kimsenin fırtına diye algıladığı şey onun için Ceza Yasasının R.26-7° maddesi demektir; gökyüzündeki güvercinleri demirbaş eşyalar olarak kavrar. Böyle bir bakış hukuku olgusal olanın dışına taşırmaya eğilimlidir. Böylece, panjürizm için hukuk mutlak anlamda türdeşliğe olduğu kadar sınırsızca genişleme niteliğine de sahiptir: o bütün bir toplumsal yaşamı boşluk bırakmamacasına doldurmaya yönelir.

Hukuk sosyolojisinin, sırf hukuka ilişkin olmak yüzünden evreni bir hukuk kitabını okur gibi kavramak zorunda olduğuna inanması üzücü olacaktır. Gerçi genel sosyolojinin kimi zaman bu kez ters yönde bir aşırılığa kapılarak incelediği olguların (özellikle aile konusunda) hukuksal bir yüzeye de sahip olduklarını görmezden geldiği, bu konuda yalnızca tutumlara ilişkin olguları görmekle sınırlı kaldığı da bir gerçektir. Fakat bir aşırılık diğerini

haklı göstermez. Hukuk sosyolojisi hukukun varolduğunun, pek çok insanal davranışın ya nedeni ya da sonucu olduğunun yeterince ayrımında olmakla beraber yaşamın hukukta olduğundan çok daha fazla şey içerdiğini de bilmektedir. Hukukun kendiliğinden önemlilik arzetmeyişi hukuk sosyolojisinin bir postülası olmak zorundadır; hukuk, toplumsal ya da bireylerarası ilişkilerin yüzeyinde adeta bir köpüktür. Eğer burada bize bir varsayım gerekiyorsa bu panjürizmden uzak bir biçimde, hukuksuzluk sağlıklı varsayımı olacaktır.

- (1) :Örneğin Gustav Glotz antik yunanın nasıl ard arda iki adalet kavramına sahip olduğu gösterdi: önce, ev tanrıları kültünden türeyen ve *genos* tarafından sınırlandırılmış mistik adalet, *thémis*; sonra, sonuçta *thémis*'i özümlemiş olan medeni, laikleştirilmiş adalet, *diké*. Aynen doğal hukuk akımlarının hukuk sosyolojisinin gözleri önünde birbirleriyle kavga etmelerinde olduğu gibi.
- (2) :A. Sauvy, *La Nature Sociale*. 1957.
- (3) :Cf. J. Léauté. *Les éclipses et les renaissances d' institution en droit civil français*, thèse Paris, 1946
- (4) :Özellikle 1935'deki yapıtı, *L'expérience juridique et la philosophie du droit*. Belki Gurvitch bu konuda, ustası polanyalı sosyolog Petrazycki'ye çok şey borçlu olabilir. Petrazycki, çocuk

oyunlarının kuralları gibi pek çok hukuk dışı olguyu da kapsayacak denli geniş bir çoğulculuğu işliyordu.