

PAPER DETAILS

TITLE: HUKUK SOSYOLOJISININ MÜBESSİRİ OLARAK C S. MOMTESQUIEU

AUTHORS: Hamide TOPÇUOĞLU

PAGES: 0-0

ORIGINAL PDF URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/633982>

HUKUK SOSYOLOJİSİNİN MÜBESŞİRİ OLARAK Ç. S. MONTESQUIEU

Yazan : Doç. Dr. Hâlide TOPÇUOĞLU

«Hakikaten, Kanunların Ruh-u, bir Hukuk Sosyolojisi kurmak yolunda ilk teşebbüs telakkî edilmelidir.»

EUGEN EHRLICH

§ 1. — Şahsiyeti ve temayülleri :

XVIII. yüzyılda hukuk ve cemiyet mevzularında hakim olan düşünüş tarzı esaslı bir şekilde Tabii Hukuk Mektebinin tesiri altında idi. Cemiyet, içtimai mukaveleden doğduğu, insanların tabiaten haiz oldukları bir takım hakların akıl yolu ile bulunabileceği ve her cemiyete istenen rasyonel şeklin verilebileceği kanaatli hakim idi. İnsanlar, sosyal ve siyasi müesseselerin istenilen kalıba dökülebileceğine inanmış ve en iyi kalıbın hangisi olacağını münakaşaya başlamışlardı.

Bu idealist ve rasyonalist düşünüş tarzı, içtimai gerçekliği insan akıl ve iradesine kısmen mukavemet eden bir tabiat mutası olarak görmeye pek elverişli değildi. İşte MONTESQUIEU'nün kıymeti böyle bir fikri atmosfer içinde sosyal gerçekliği tanımaya ve bunda insanların keyfi veya akli arzularına mukavemet edecek ve ancak kendi kanunları bilinmek suretiyle ve gene ancak muayyen bir nisbette tapzım edilebilecek bir tabiat mutası, bir tetkik konusu görmeye temayüllü etmesindedir.(1)

(1) MONTESQUIEU hakkında bilhassa aşağıdaki etüdlere bakılabilir:

D'ALEMBERT - *Eloge Historique de Montesquieu* (*Encyclopédie*, éd. 2. V. 5. 1759)

(Bu metin «*Esprit des Loix*» nun 1842 de çıkan Duguin Frères éd. nun birinci cildinin başında mevcuttur.)

Emile DURKHEIM — *Montesquieu et Rousseau, Précurseurs de la Sociologie*. (Aklî lâtince olan bu tez ilk defa 1892 de Bordegu'da intişar etmiş, bilchare 1937

MONTESQUIEU, BACON'ın «tabiata ancak itaat edilerek hükmedilebilir» vecizesini (2) cemiyet gerçeğine tatbik etmek di-
rayetini göstermiş nadir mütefekkirlerden biridir. O bu temayül-
lünü kısmen mizaç hususiyetlerine kısmen de fikri formasyonu-
na borçludur. Gençliğinde hukuk tahsil etmiş, meşhur olmadan
evvel tabiat tarihi, fizik, ahlâk ve siyaset ve nihayet tarihle il-
gili müteaddit denemeler yazmıştır. MONTESQUIEU'nün istikra
(tümeyyün) metoduna temayülü, ARİSTO gibi, vaktiyle tabiat
ilimleriyle uğraşmış olmasıyla izah edilmek istenir. MONTES-
QUIEU içtimai ve bilhassa hukukî vakıaları da tıpkı maddî ve
hayatî tabiat olayları gibi müşahade etmek, bunların nevilerini,
sınıflarını, sebeplerini tayin ve tesbit etmek istemiştir. (3).

Bununla beraber «içtimai» vakıayı, bugün anladığımız mana-
da tecride muvaffak olamadığı ve «hukuk» ile «kanun» ayırdını
farketmediği malumdur.

İlk şöhretini «Lettres Persanes» (Acem Mektupları)
adlı eseri ile sağlamıştır. Zamanının örf ve âdet ve müessesesele-
rini mizahi bir üslûpla tenkit ve teşhir etmiştir. Bundan son-
ra Fransız Akademisine üye seçilmiştir. Oniki sene hâkimlik, yir-
miyedi sene Bordeaux şehrinde Parlemant başkanlığı yapmıştır.
Bununla beraber faal siyâî hayata atılmaksızın ömrünü tetkik
ve araştırma sahasına hasretmiştir.

Muhtelif cemiyetlerin müesseseleri, hayat telâkkileri, yaşa-
ma tarzları arasındaki farklar dikkatini çekmiş gerek tarihî

(2) Francis BACON — «Human knowledge and human power meet in one; for
where the cause is not known the effect cannot be produced. Nature to be commen-
ded must be obeyed; that which in contemplation is as the cause is in operation as
the rule. (Selected Writings, The Modern Library, New York 1955. Sh: 462)

(3) Joseph DEDIEU — Montesquieu, l'Homme et l'Oeuvre. Paris 1943. Sh: 28,
136-138. J. BRETHER DE LA GREASSAYE — L'Histoire de l'Esprit des Lois. (in
BICENTENAIRE, Sh: 72).

de F. ALENGRY tarafından, daha sonra 1953 de A. CUVILLIER tarafından fransız-
caya tercüme edilmiştir. Paris 1953.)

E. EHRLICH — Montesquieu and Sociological Jurisprudence. (Harvard Law
Review. Yıl: 1915-1916, No: 29 Sh: 582-600)

J. DEDIEU — Montesquieu, l'Oeuvre, Paris 1943 (Montesquieu hakkında geniş
bibliografya için bak: Sh: 200-202)

J. STAROBINSKI — Montesquieu par Lui-même. Paris 1953.

BICENTENAIRE DE L'ESPRIT DES LOIS: 1748-1948. Paris 1952. (Bilhassa:
La Pensée Politique et Constitutionnelle de Montesquieu.)

Dr. Cavid Orhan TÜTENGİL — Montesquieu'nün siyâsî ve iktisadî fikirleri. (İs-
tambul Üniversitesi Yayınları No: 689. İstanbul 1956).

araştırmaları gerek müteaddit seyahatlarıyla bu farkların sebeplerini çözmeye çalışmıştır. Viyana'ya Macaristan'a İtalya'ya, İsviçre'ye, Hollanda'ya ve İngiltere'ye gitmiştir. İki yıl kaldığı İngiltere kendisinde derin intibalar bırakmış, bu milletin müesseseleri ve hayat şartı takdir ve hayranlığını çekmiştir.

İngiltere seyahatından dönüşünde kendisini büsbütün ilmi çalışmalara vererek 1734 de Romalıların Yükseliş ve Batışları hakkındaki eserini yazmıştır: «*Concidérations Sur Les Causes de la Grandeur des Romains et leur Décadence*» nihayet 1748 de olgunluk yaşına vasil olduğu sırada yirmi yıldanberi gerek tarihi ve hukuki metinler üzerinde yaptığı araştırmalardan gerek çeşitli seyahat notlarından elde ettiği zengin malzemeyi işlemek suretiyle en meşhur eseri olan «*Esprits des Lois*» (Kanunların Ruhu) nu neşretmiştir. Eser fevkalade beğenilmiş, iki yıl içinde yirmi iki defa basılmıştır. Mamafih kilise mensubu matbuatın tenkidini davet etmiş ve 1750 de MONTESQUIEU eserini müdafaa için «*La Défence de L'Esprit des Lois*» yı neşretmiştir. Fikir tarihinde pek az eserin hem bu kadar çabuk hem de bu kadar devamlı bir muvaffakiyet kazandığı söylenilebilir.

MONTESQUIEU'nün şahsiyeti yukarıda belirttiğimiz gibi zamanın fikir adamlarına pek benzemez «o, ne ROUSSEAU gibi, devrinin medeniyetine karşı hisleri şahlanan bir ihtilâlcî, ne de VOLTAIRE gibi yazılarında daha ziyade edebî bir gaye güden muharrirdir. Tam bir bilgin mizacında yaratılmıştır. Zekâsı, ince açık ve tam bir hümanist gibi işlenmiştir. O, kendi zamanının yeis verici durumunu ve karşılaşılabilecek tehlikeleri nâfiz bir görüşle sezer, muhakeme eder, Tarih bilgisi ona yakın bir gelecek için pek tehditkâr olan korkunç kuvvetlerin varlığını hissettirir ve düşündürür. Tarihi araştırmalar onu belirli bir rölâtivizme, yani Kanunların Ruhu adlı eserinin mührakını teşkil edecek olan bir ana fikre imale eder. Bu fikir, bir milletin özel karakterinin onun kanunlarına aksettici ve bu karakterin de hayat şartlarından ve bilhassa iklimden ve memleketin hususiyetlerinden doğduğu kanaatıdır. MONTESQUIEU'ye göre tabiat zekâyı şekillendirir, fakat bunun mukabili doğru değildir.» (4)

MONTESQUIEU muhtelif milletlerin örf ve âdet ve kanunlarını, bunların muhit şartları ile münasebetlerini incelerken bu

(4) Ernst von ASTER — *Histoire de la Philosophie (Traduction française par Marcel BELVIANES, Paris 1952 Sh : 246).*

tetkikini bir kıymet hükmüne vasıl olmak için, şu âdeti veya bu kanunu tenkit etmek için yapmadığını, belki tıpkı İBNİ HAL-DUN gibi - bunların sebeplerini göstermek maksadiyle incelediğini müteaddit kereler tekrarlar (5). Araştırmalarında ilmî bir gaye ile hareket ettiğini, tarafsızlığını muhafaza ettiğini belirtmeye çalışır. Bununla beraber bazı müesseseleri tenkitten (esaret gibi) bazı milletlerin örf ve hukuklarını beğenmekten (İngilizler gibi) fâriğ olamadığı da muhakkaktır. Ancak bu tenkit ve takdirlerinde dahi bu müesseselerin ilmî izah ve tahlillerini yapmaya çalışır ki bizim için de mühim olan budur. Hatta bizce bu izah ve tahlil tarzı belki varılan neticelerin doğruluğundan daha mühimdir. MONTESQUIEU'nün ancak kendi zamanındaki ilmî bilgiler ve araştırma vasıtaları nisbetinde muvaffak olduğu doğrudur. Bu itibarla verdiği sonuçlar çok defa münakaşa götürür mahiyettedir ve bazan da yanlıştır. Fakat XVIII. yüzyıl gibi hayati ehemmiyetteki siyasi ve hukukî meselelerin sadece «içtimai mukavele», «hür insan tabiatı» veya «insanlık haysiyeti» vesaire gibi bir takım postülatlarla halledilmek istendiği bir devirde MONTESQUIEU bugünkü sosyolojinin hatta bilhassa hukuk sosyolojisinin yegâne habercisi rolünü oynamıştır. Çağdaş Alman Hukuk sosyoloğu EUGEN EHRLICH'in dediği gibi «hakikaten kanunların ruhu bir hukuk sosyolojisi kurmak yolunda ilk teşebbüs telâkki edilmelidir» (6).

§ 2 — MONTESQUIEU'nün Rölativizmi, «insan tabiatı» ve «umumî ruh» tabirlerine verdiği manâlar :

Tabii Hukuk nazariyecileri, insan tabiatının icaplarına uygun bir hukuktan bahsettikleri zaman bunun tıpkı insan tabiatı gibi belirli, değişmez esaslara dayandığını, evrensel olduğunu iddia ediyorlardı. İnsan tabiatının ve bu tabiata uygun kanunların ne olduğunu gene diğer bir sabite olan insan aklı keşfedecekti. Aklın icapları ise her yerde aynı idi.

Halbuki MONTESQUIEU'ye göre «insan, bu tesir altında kalmaya müsait mahlûk, cemiyette başkalarının düşüncelerine ve intibalarına uyduğu gibi, kendisine gösterildiği takdirde kendine has tabiatını da öğrenmeğe kabiliyetlidir. Fakat bundan mahrum bırakıldığı takdirde varlığını dahi hissetmeyebilir» (7).

(5) Préface à l'Esprit des Lois. (éd. Daguin Frères. 1842. Sh : 3,4).

(6) Eugen EHRLICH — Montesquieu and Sociological Jurisprudence (Harvard Law Review. N : 29, Sh : 583).

(7) Préface. V. I. Sh : 6).

Görülüyor ki MONTESQUIEU için insan, muhitî tesirlere maruz bir mahdûktur ve kısmen de bu muhitin - sosyal veya tabîî olsun - bir mahsulüdür. O halde muhit farklarının tesirlerini insan üzerinde müşahade etmek kabildir.

Acaba MONTESQUIEU «insan tabiatı» (nature humaine) ile neyi kasdetmiştir? Nevi olarak alınan insanın biolojik hususiyetlerini mi? E. EHRLICH'e göre MONTESQUIEU bu mefhumla hakikatte «insan cemiyetleri» ni beşer topluluklarını murad etmiştir (8). İnsan tabiatının, maruz bulunduğu dış muhitin tesiri ile değişmesi, aynı muhitte yaşayan bütün toplum fertleri hakkında cari olduğundan bu değişiklikler o toplumların özelliklerini teşkil eder.

Umumi ruh (esprit général) tabiri ile ise MONTESQUIEU'nün bugünkü anlamı ile «cemiyet» i kasdettiği söylenir. MONTESQUIEU'ye göre umumi ruh insanları idare eden iklim, din, kanunlar, hükümet prensipleri, mazideki emsaller, örf ve âdetler, muâşeret kaideleri vesaire gibi faktörlerin tahtı tesirinde meydana gelen bir şeydir (9). EHRLICH bu umumi ruh tabirinin bilâhara XIX. asırda Alman hukukçularının tarihi mektebi tarafından ileri sürülen «halk ruhu» mefhumundan çok daha vazih olduğunu söyler (10).

MONTESQUIEU'nün bu tabirle her millette beliren karakter hususiyetlerini, milli karakterleri kasdettiği aşikârdır. Ancak milli veya sosyal hususiyetler cemiyetin sadece sosyal psikolojiye giren bir cephesidir ve bizzatı cemiyet mefhumu zannedersek daha şümullüdür. Meselâ bir cemiyetler tipolojisi her halde sadece halkın seciyesine, karakter hususiyetlerine göre yahut cemiyete hakim olan sosyal düzen nevelerine göre yapılamaz. Hulfâsa kanaatımızca umumi ruh tabiri «cemiyet» anlamından ziyade «maşerî ruh» veya «millî seciye» manâsına anlaşılmalıdır.

Ancak MONTESQUIEU'nün millî ruhu meydana getiren faktörler olarak saydığı hususlar bizzat cemiyet hayatını meydana getiren faktörlerin bütünüdür ve tabîî bütün cephesidir. Millî karakter veya maşerî şuur ise bunlardan bir tanesidir. Bizim için manidar olan husus MONTESQUIEU'nün umumi ruhu meydana getiren bu çeşitli âmiller arasında da bir karşılıklı tâbiyetin

(8) Eugen EHRLICH — a. g. e. Sh : 951

(9) MONTESQUIEU — *L'Esprit des Loix*, Tome II, Livre XIX, Chapitre IV. «Ce que c'est que l'Esprit Général» (ada geçen banka, Sh : 124).

(10) MONTESQUIEU — *L'Esprit des Loix*, T : II, L : XIX, Chap : IV Sh : 125

mevcudiyetini sezmesidir. EHRLICH'in haklı olarak belirttiği gibi «bu, COMTE ve SPENCER'in tasavvur ettikleri sosyal c o n - s e n s u s mefhumunun takdire değer bir ön sezgisi mahiyetindedir» (11).

Filhakika MONTESQUIEU «insanları bir çok şeyler idare eder: iklim, din, kanunlar, hükümet prensipleri, geçmiş emsaller, örf ve âdetler, muâşeret kaideleri... işte bütün bunlardan doğan umumî ruh bu suretle teşekkül eder. Her millette bu sayılan hususlardan biri diğerlerinden daha fazla müessir bulunduğu nisbette öteki âmillerin tesiri azalır. Vahşiler üzerinde hemen hemen yalnız iklimin hususiyetleri müessir olur. Çinlilere nezaket ve muâşeret kaideleri hâkimdir. Japonlar kanunların sert baskısı ile idare olunur. İspartaya hususiyetlerini veren örf ve âdetleri idi. Romanları hususiyetini ise hükümet prensipleri ile eski örfleri sağlıyordu.» (12) diyor.

Böylece MONTESQUIEU'ye göre cemiyet hayatı çeşitli faktörlerin tesiri ile vücud bulmakta ve kanunlar bu faktörler arasında yer almaktadır. Şu halde aklen bulunabilecek en mükemmel kanunlarla herhangi bir cemiyeti kendi özel şartları ne olursa olsun istenilen kalıba dökebilmek, istenilen şekle ifrâğ edebilmek fikri bir taraftan tabii hukukçulara, diğer taraftan modern totaliter ideolojilere ne kadar yakınsa MONTESQUIEU'ye de o kadar uzaktır. Kanun vazının belirli bir rolü vardır. Fakat hudutsuz değildir (13). Bu noktalara aşağıda tekrar temas edeceğiz. (14)

§ 3 — MONTESQUIEU'de «kanun» anlayışı ve «kanun nevileri»

MONTESQUIEU insanın biolojik ve sosyal varlığını tâyin eden münasebetlerin hepsini «kanun» adı altında incelemekte ve cemiyeti de bu münasebetlerin heyeti umumiyesinin meydana getirdiğini belirtmektedir. Bunların içinde bizim bugün anladığımız manâda «tabiat kanunları» yani ilmi muayyeniyetler dahil olduğu gibi dinî manâda ilâhî emirler ve mevzuat manâsına hukuk kanunları da vardır ve eserin asıl istihdaf ettiği de bu sonunculardır. Bununla beraber MONTESQUIEU'yü iyice an-

(11) E. EHRLICH — a. g. e. Sh : 585 - 586

(12) Bak : yukarda not : 9

(13) MONTESQUIEU — L'Esprit des Lois. T : II L : XIV, Chap : V a. g. b. Sh : 9-10.

(14) Bak : aşağıda §. 8.

lamak için kanun kelimesi ile muhtelif yerlerde kastettiği manaların tesbit ve tasnifi zaruridir.

A — En geniş mânâda kanun :

MONTESQUIEU'ye göre kanunun en geniş manası «eşya tabiatından çıkan zaruri münasebetler» dir. «Bu mânâda bütün varlıkların kendilerine mahsus kanunları vardır: Ulâhiyetin kanunları, maddî dünyanın kanunları, insan üstü zekânın kanunları, hayvanların kanunları ve insanların kanunları.. dünyada gördüğümüz bütün eserlerin kör bir kaderin mahsulü olduğunu iddia edenler büyük bir mânâsızlık yapıyorlar. Zira kör bir kaderin zekâ sahibi mahlûklar yarattığını iddia etmekten daha büyük bir mânâsızlık olamaz. Demek ki bir aslî sebep bir ilk sebep vardır ve kanunlar kendileri ile muhtelif varlıklar arasındaki ve bizzat bu varlıkların birbirleri arasındaki münasebetler demektir» (15)

MONTESQUIEU'nün «geniş mânâda kanun» mefhumu içine bir taraftan skolâstik tasnifteki «ebedî kanunlar» ile «ilâhî kanunlar» ı diğer taraftan da modern anlamda ilmi genellemeler mânâsına gelen «tabiat kanunlarını» soktuğu aşikârdır. Ancak skolâstik mânâda ebedî kanunlar zaten Tanrının kâinatı yaratma ve yaşatma kanunları olarak anlaşıldığı için bunun modern anlayışın tabiat kanunları ile murad ettiği mefhumdan netice itibariyle fazla farkı yoktur. Fakat «ilâhî kanunlar» a gelince - ki bunlar ferdin manevî kemalini daha açıkçası hristiyan müminin necatını sağlayan kanunlardır - MONTESQUIEU'nün bu mefhumu da içine alacak şekilde bir kanun tarifi yapmasını, kendisinin umumî temayülleri malûm olduğuna göre ancak devrinin mutassıp çevrelerini tatmin etmek niyeti ile izah etmemiz gerekir. Yoksa bu bakımdan SAINT THOMAS dörtlü kanun tefriki

(15) MONTESQUIEU — *Esprit des Loix* T : I L : I Chap : I Sh : 8 (MONTESQUIEU burada, Ulâhiyetin kanunlarını da hâkkatın ve kâinatın nizamı olarak alıyor ve Allahın dünyayı kendi hâkmetine uygun kanunlarla idare ettiğini, hatta bir ahiret mevcutsa onun da kendine göre kanunları olacağını, Allahın bu kanunlar olmadan dünyayı idare edebileceğini iddia etmenin mânâsızlığını, zira dünyanın bu kanunlar olmadan bakılabileceğini söylüyor. Bu fikirlere, zamanın da, Kilise organları olan dergilerde taassup dolu tirazlarda bulunulmuş ve kendisi (Kanunların Ruhunu'nun Müdafaası) adlı yazısıyla bunlara cevap vermiştir.

Bütün bu fikirlerle MONTESQUIEU'nün, Tabiat âleminde sezdiği illiyet münasebetlerini kabul etmenin, İlâhî iradeye olan imanla bir tezat teşkil etmeyeceğini isbata çalıştığını görüyoruz. Ancak, felsefî ve teolojik problemle fazla ilgili olmayan MONTESQUIEU'nün bütün bu temaları ititrad mahiyetinde kalır.

ile (ilâhî, ebedî, tabîî, beşerî) çok daha sistematik hareket etmiştir (16).

Böylece ilâhî kanunlar hakkındaki ihtirazî kayıtla birlikte MONTESQUIEU'nün «en geniş mânâda kanun» ile bugünkü anlamıyla tabiat kanunlarını murad ettiğini kabul edebiliriz. Nitekim MONTESQUIEU bu mânâda kanunları izah ederken «bu kaideler sabit bir şekilde yerleşmiştir. Her farklılık bir yeknesaklıktır, her değişme ise bir sabitliktir» der. (17). Demekki kendisine göre değişik tabiat tezahürleri veya değişik sosyal müesseseler, haddizatında değişmez bir münasebetin, sabit bir illet netice münasebetinin bir zaruriliğin ifadesidir.

Nitekim COMTE, MONTESQUIEU'nün bütün dehasını, siyasi hâdiselerin dahi bir takım tabîî kanunlara, birtakım cemiyet münasebetlerine tabi olmak bakımından tabiat hâdiselerinden farklı olmadıklarını kabul etmesinde ve o zamana kadar ancak pek mahdut tabiat olayları hakkında kabul edilen «tabîî kanun» fikrini sosyal ve politik vakıalara teşmil cesaretini göstermiş olmasında bulur (18).

B — «Tabîî kanunlar» :

Yukarıda «en geniş mânâda kanun» tabiriyle MONTESQUIEU'nün bizim bugün anladığımız mânâda tabiat kanununu kastettiğini gördük. Fakat MONTESQUIEU bir de «tabîî kanun» (l o i n a t u r e l l e) tabirini kullanmaktadır. Acaba bununla kastettiği şey nedir? Buradan insanı tabîî ve sosyal çevresi içinde düşünmek ve hangi kanunlara tabi olduğunu araştırmak gerektir. (19) MONTESQUIEU insanın maddî varlığının biolojik bir mahlûk oluşu dolayısıyla birtakım «tabîî kanunlar» a tabi bulunduğunu söyler ve bunları dörde irca eder.

a) Vahşet halinde sulh tabîî bir kanundur. İnsan, vahşet

(16) SAINT - THOMAS — *The Summa Theologica. Law. Question X C. On the essence of Law.* (Introduction to St. THOMAS AQUINAS. Edited by ANTON C. PE-GIS. New York. 1948 Sh : 609 - 625).

(17) MONTESQUIEU — *Esprit des Lois* - a. g. baskı : C : I Sh : 8

(18) Auguste COMTE — *Cours de Philosophie Positive. 1830. Tome IV. Sh : 127 (La Partie dogmatique de la Philosophie Sociale).* Schleicher Frères éd. Paris. 1909. IV, 127.

(19) MONTESQUIEU — *Esprit des Lois, T : I, L : I Chap : I a. g. b. Sh : 11*

halinde iken korkak, kendine güveni olmayan, mahcup bir zavallıdır. (20)

b) İnsanın beslenme ve neslini koruma hassası tabii bir kanundur.

c) İnsanın kendi nevinden olan fertlere yakınlaşmak istemesi ve mukabil cinsten zevk alması tabii kanundur.

d) İnsanın muhitindeki insanlarla beraberlikten hoşlanması, zümresini benimsemesi tabii bir kanundur.

Görülüyor ki MONTESQUIEU bugünkü anlamıyla beşeri insiyakları «tabii kanun» olarak ifade etmektedir. Nitekim mevzu kanunlardan hangilerinin «tabii kanunlar» a uymadığına işaret ederken, MONTESQUIEU daima bu hissi ve insiyaki hususiyetlerimize temas eder. Meselâ karı veya evlâd hakkında koca veya babanın suçunu ihbar mükellefiyetini koyan bir kanun baba veya kocaya karşı hissedilen tabii alâkalara aykırıdır. Keza evlilik dışı cinsî münasebetini veya gebeliğini krala ihbar mükellefiyetini bir genç kıza tahmil eden kanun tabii utanma hissine aykırı düşer yahut yedi yaşında bir kızın evlenmesine cevaz veren veya bir babaya kızını kocasından ayırtma hakkını tanıyan bir kanun tabii kanunlara mugayır olur (21). Görülüyor ki bütün bunlarla MONTESQUIEU insanın teessürî hayatının hususiyetlerini, duygularını ve insiyaklarını esas tutmaktadır. Yoksa rasyonalist tabii hukukçular gibi beşeri aklın icaplarını murad etmemektedir. Keza hayvanlardan bahsederken «onların da tabii kanunları vardır. Çünkü birbirlerine hisleri ile bağlıdırlar. Buna mukabil onların mevzu kanunları yoktur, zira onlar birbirlerine şuuruları ile bağlı değildirler» demektedir (22).

Görülüyor ki MONTESQUIEU insanı ancak teessürî hayatı, hisleri, insiyakları, heyecanları ile tabiata raptetmekte ve tabiatın bir cüz'ü sıfatıyla bir takım «tabii kanunlar» la bağlı olduğunu kabul etmektedir. İnsanın «şuurlu ve içtimai» bir mahlûk olması sıfatıyla tabii olacağı kanunlarsa daha başka mahiyettedir ki bunları aşağıda göreceğiz.

(20) HOBBS'un fikirlerinin tam zıddını müdafaa eden MONTESQUIEU, bu iddiasına delil olarak İngilterede GEORGES I zamanında Hanovre ormanlarında bulunmuş bir vahşinin halini gösterir: herzey onu korkutuyor, kaçırıyordu.. ill. der. Bu gibi delillerin kıfâyet derecesi hakkında fazla bir şey söylemeye lüzum yok; (*Esprit des Lois*. T : I Sh : 12).

(21) MONTESQUIEU — *Esprit des Lois*, T : III, L : XXVI, Ch : I-IV, a. g. b. Sh : 3-7

(22) MONTESQUIEU — *Esprit des Lois*, T : I, L : I, Ch : I, a. b. sh : 10

Burada insanın biolojik varlığından başka bir de zekâsı ve iradesi olmasını onun ilâhî, ahlâkî ve müsbet kanunlara bağlanmasını gerektirdiğini söyleyen MONTESQUIEU esas itibarıyla SAINT THOMAS'ya fazla bir şey ilâve etmiş sayılmaz. Zekâ ve iradenin insanın ilâhî kanunlardan sapmasına ihtiraslarına kapılmasına sebep olabileceğini bunun için dinî kanunların insanları ikaz ettiğini söyler. İnsanın ahlâkî kanunlarla bağlanması ise kendini bilmesi nefsini tanıması hülâsa kendini kaybetmemesi içidir. Nihayet insanın hemcinsinin durumunu hesaba katması, içtimailiğini unutmaması için de kanun vazıları onu siyasi ve medenî kanunlarla bağlı bulundururlar (23).

MONTESQUIEU edebî üslubunun icaplarına uyarak daima aynı mefhum için aynı kelimeyi kullanmaktan çekindiğinden kullandığı zengin kelime hazinesine bakmayarak bu iki kanun tipinde «ahlâkî kanunlar» la neyi murad ettiğini araştırmamız gerekir.

MONTESQUIEU der ki «insanlar tarafından yapılan kanunlar mevcut olmadan evvel vukuu mümkün bir takım adalet münasebetleri vardı. Müsbet kanunların emir ve nehiyelerinin dışında haklı - haksız diye bir şey yoktur demek daireyi çizmeden evvel bütün yarıçaplar birbirine eşit değildir demek gibidir. Şu halde müsbet kanunların konmasından evvel de hakkaniyet münasebetlerinin mevcut bulunduğunu itiraf etmek lâzımdır.» (24).

O halde bu hakkaniyet kaideleri nelerdir? MONTESQUIEU'nün verdiği izahlardan anlaşılıyor ki bunlar ÇİCERO'da en belîğ şeklini alan tabii hukuk prensiplerinden ibarettir (25). Filhakika MONTESQUIEU'nün hakkaniyet kaideleri olarak gösterdikleri şunlardır «.. meselâ insan topluluklarının vücude gelmesi halinde bunların kanunlarına uymak haklıydı. Bir başkasından iyilik görmüş makûl mahlûkların bu kimselere karşı minnetdar kalmaları gerekirdi. Makûl bir mahlûk bir başka makûl mahlûka vücut verince vücut bulan mahlûk doğuşundanberi içinde bulunduğu tabiiyet bağına sadık kalmalıydı. Bir makul mahluk di-

(23) MONTESQUIEU — *Esprit des Lois*, T : I, L : I Sh : 11.

(24) MONTESQUIEU — *Esprit des Lois*, T : I, L : I, Ch : I Sh : 9.

(25) ÇİCERO — *De Inventione* 2, 53, 161 «*Natura jus est, quo non opinio genuit, sed auctorem innata vis instruit ut religionem, pietatem, gratiam, vindicationem, observantiam, veritatem*» (Henri de PAGE) zikrediyor: *Tabii Hukuk ve Hukukî Pozitivizm*. çev : Hâmid UZBARK (Topçuoglu) Ankara Huk. Fak. Derg. ayrı bası. Yıl : 1944).

ger bir makul mahlûha fenalık yapmışsa aynı fenalığa maruz kalmaya müstehak olmalıydı... (26)

Ancak bu tabii hukuk kaidelerini MONTESQUIEU, mevzu kanunların icadından dahi evvel mevcut olan hakkâniyet kaideleri olarak kabul eder ki bu bir bakıma devletten evvel yahut kanun koyanların kanun çıkarmalarından evvel cemiyette mevcut hukuk kaideleri manâsına gelmektedir. Bu ise modern sosyologların «kendiliğinden husul bulan hukuk» veya kısaca «spontane hukuk» kaidelerinden başka bir şey değildir. Fakat MONTESQUIEU bu mesele üzerinde fazla durmaz ve bunlara «hakkâniyet kaideleri» demekle yetinir. Halbuki hakkaniyet mefhumu hakkında ARİSTO'nun fikirleri çok daha vazihtir (27).

MONTESQUIEU esas itibariyle hukuku «kanun» anlamına alır ve ileride göreceğimiz gibi örf ve adetle hukuk arasına kesin bir duvar çeker. Bu itibarla bu dar hukuk telâkkisi yüzünden kendisinde spontane hukuk ile ilgili fazla bir şey bulamıyoruz.

Ç — Mevzu kanunlar :

Memleketten memlekete devirden devire değişen mevzu kanunlar hakkında MONTESQUIEU'nün görüşü esaslı bir şekilde sosyolojik hüviyettir. Kanunlar insanların bir arada yaşamasına imkân veren bir nizâmı ifade ederler (28), ve bu birlikte yaşama şartlarının arzettiği değişikliklere tâbi kalmırlar. Halbuki «Yunan sofistlerinden başlayıp MONTAIGNE ve PASCAL'a kadar birçokları, kanunların farklılığını, değişkenliğini beşeri adaletin istikrarından şüphe ettirecek bir sebep sayıyorlardı. Onlara göre bu farklılık kanunların itibari karakterine delâlet ediyordu. Birliği ve ayniyeti ancak herkes için müşterek olan bir tabii hukukta aramalıydı. Kanunlar ya tabii idi o halde evrenseldi, yahutta birbirlerinden farklı idiler ki bu takdirde de keyfi demek oluyorlardı. Böylece bunlar bir çıkmaz karşısında bunılıyorlardı. MONTESQUIEU ise öyle bir plânda muhakeme yürüttü ki artık bu alternatifin manâsı kalmadı» (29).

(26) MONTESQUIEU — *Esprit des Lois* - T : I, L : I, Ch : I, Sh : 9.

(27) ARİSTOTE — *Ethique de Nicomaque* (Tr. par Jean VOÏLQUIN. Paris 1950. Sh : 243).

(28) MONTESQUIEU — *Esprit des Lois* : T : I, L : I, Sh : II «...Cemiyette, yaşamak üzere yaratılmış olan insan, kendisinden başka insanların mevcudiyetini unuta-bilirdi, kanun vazileri Medeni ve Siyasi kanunlarla ona vazifelerini hatırlatırlar»

(29) Emile BREHIER — *Histoire de la Philosophie*, Tome II, première partie. Paris 1942 Sh : 373.

MONTESQUIEU aynen şöyle der «ben evvelâ insanları tetkik ettim ve bu sonsuz kanun ve örf çeşitliliği içinde, onların sadece kendi keyiflerine göre hareket etmediklerini anladım» (30).

Esasen insanları pek çok şeylerin idare etmekte olduğunu (31) söylemiş olan MONTESQUIEU, kanunların bunlardan yalnız biri olduğunu kaydeder. Bununla beraber bütün eseri kanunların rolünü ve ehemmiyetini belirtmeğe matuftur.

Mevzu kanunlar acaba niçin zuhur etmiştir? MONTESQUIEU bunu insan cemiyetlerinin kurulmasıyla izah eder: «insanlar cemiyet halinde yaşamaya başlar başlamaz acizliklerini unutuverdiler. Aralarındaki eşitlik kalktı ve savaş başladı. Her topluluk kendi kuvvetini hissetti ve sonunda milletlerarası harpler başladı. Her fert cemiyet içinde kendi gücünü denemeye başladı ve cemiyetin belli başlı nimetlerini kendi tarafına çekmeye çalıştı. Neticede fertler arası mücadele başladı. İşte bu çeşit mücadeledir ki insan cemiyetinde kanunların zuhurunu intaç etti» (32).

İnsan cemiyetleri ise birbirinden farklı şartlara maruzdu ve farklı özelliklere sahipti. İşte MONTESQUIEU'nün araştırmaları bu cemiyetler arasındaki farklılıkların kanunlardaki in'ikâslarını bulmaya matuftu. Ona göre insanlar tarafından yapılan kanunların hususiyeti «vukua gelen bütün değişikliklere maruz bulunmalarında ve insanların arzu ve iradelerine teb'an değişmelerinde idi» (33). Gerçi beşer cemiyetlerinde bazı hususların sabit karakterli olmasında isabet vardır. Ancak bunlar MONTESQUIEU'ye göre mevzu kanunlar değil belki dinî müesseseler ve dinî kanunlardır. Filhakika dinî müessese ve kanunlar ne kadar eski iseler o kadar kuvvetlidirler.

Beşerî kanunlara gelince bunların kuvveti müeyyidelerinden korkulmasındadır, ve yeni oldukları nisbette vazedenler bunların tatbiki ile daha alâkalı olacağından kuvvet ve tesirleri daha fazla olur (34). O halde değişme kabiliyeti ve farklılık beşerî kanunun mahiyeti icabıdır. Fakat bu değişmeler neye tabi olarak, neden dolayı vaki olacaktır?

(30) MONTESQUIEU — *Esprit des Lois*. T : I Préface. Sh : 1.

(31) MONTESQUIEU — *Esprit des Lois*. T : II L : XIX Ch : IV.

(32) MONTESQUIEU — *Esprit des Lois*. T : I, L : I, Ch : III Sh : 13, Keza, hukuk çeşitlerinin tasnifi için bak : T : II L : XXVI Ch : I Sh : 2

(33) MONTESQUIEU — T : III, L : XXVI Ch : I Sh : 1.

(34) MONTESQUIEU — T : III, L : XXVI Ch : II Sh : 3.

§ 4 — *Mevzu kanunlara tesir eden faktörler : Kanunların Rumu :*

MONTESQUIEU'nün hukuk sosyolojisine yardımı işte bilhas-
sa bu noktada tezahür eder. Hukukun kendileriyle müterafik ola-
rak değıştiğı faktörleri keşfe ve izaha çalışır. Bu faktörler ara-
sında bir taraftan hükümet prensipleri diğer taraftan da cemiyet
ve memleket şartları yer alır. Kendisi «ben evvelâ» kanunların
her hükümetin mahiyeti ve prensibiyle olan münasebetini tetkik
edeceğim, bu presibin kanunlar üzerinde hakim bir tesiri olduğu
için onu iyi anlamaya çalışacağım... Bundan sonra daha hususi
bir mahiyet arzeden diğer münasebetlere geçeceğim» demekle
ise de biz tetkiklerimizde aksi istikameti takip edeceğiz ve ka-
nunların hükümet prensiplerinden ziyade hukuk alemine çok da-
ha uzak ve yabancı olan faktörlerden ne suretle müteessir olduk-
larını belirtmekle işe başlayacağız. Zira bu MONTESQUIEU'nün
sosyolojik sezislerini daha iyi tebarüz ettirecektir.

«Kanunlar memleketin coğrafi durumuna, buzlu, sıcak veya
mutedil oluşuna; toprağın vasıflarına, durumuna, büyüklüğüne;
halkın yaşama tarzına, çiftçi, avcı veya çoban oluşuna... anaya-
sanın tahammül edebileceği hürriyet derecesine; halkın dinine,
temayüllerine, servet derecesine, sayısına, ticari hayatına, örf
ve âdetine, tertüye şekline uygun olmalıdır. Nihayet kanunlar
arasında da münasebetler vardır: Kanunların kendi menşeleri ile,
vazı kanunların maksadlarıyla ve tanzim ettikleri eşya nizamı ile
münasebetleri bulunmaktadır. İşte kanunları bütün bu bakımlar-
dan incelemek lâzımdır. Benim bu eserde yapmak istediğim de
budur. Ben bütün bu münasebetleri tetkik edeceğim: bunların
hepsi birlikte (kanunların ruhu) denen şeyi meydana geti-
rirler» (36).

Görülüyor ki MONTESQUIEU kendisine bu muazzam pro-
gramı çizerken genetik hukuk sosyolojisinin bugünkü müfreda-
tını da tayin etmiş oluyor.

§ 5 *İklim ve coğrafi muhitte kanunlar arasındaki münasebetler :*

MONTESQUIEU der ki «eğer muhtelif iklimlerde yaşayan
insanların karakterlerinin, arzu ve ihtiraslarının birbirlerinden
son derece farklı oldukları doğru ise kanunların hem bu seciye

(35) MONTESQUIEU — T : I, L : I, Ch : III Sh : 17.

(36) MONTESQUIEU — T : I, L : I, Ch : III Sh : 15-16.

farklarına hem de arzu ve ihtiras farklarına uygun olması gerekir.» (37)

MONTESQUIEU kanunlarla iklim arasındaki irtibatı iklimin insanın biopsikolojik varlığına ve dolayısıyla karakterlerine tesiri suretiyle izah eder. Bu izahlarının kendi zamanın fizyoloji bilgisinin seviyesi ile mahdud olduğu aşikârdır. Fakat verdiği neticeler iklim şartları ile sosyal müesseseler arasındaki irtibata işaret etmek bakımından mânidardır.

MONTESQUIEU'nün izahlarına göre soğuk hava insan vücudundaki elyafın uçlarını daraltarak ve boylarını kısararak hem kalbin kanı alıp vermesini kolaylaştırır hem de elyafı kuvvetlendirir. Böyle olunca kuzey bölgeler halkı adalı kuvvete ve hareket kolaylığına sahip olurlar. Neticede burada yaşayanlar cesur kendine güveni fazla, intikam peşinde koşmayan, hile ve entrikadan hoşlanmayan açık kalpli insanlar olurlar. Sıcak iklim gelince sıcak hava elyafın boyunu uzatır, uçlarını gevşetir. Kalbin kanı alıp vermesini güçleştirir ve elyafın kuvvetini azaltır neticede sıcak iklimde yaşayanların adalı kuvveti ve hareket kabiliyeti azalır. Bunlar büyük cesaret isteyen teşebbüslere atılamazlar. Bedeni zaatları kendine güven hissini kaybettirir. Bunlar ihtiyarlar gibi çekingen ve korkaktırlar. Soğuk bölge halkları ise gençler gibi cesurdur (38).

Buna mukabil duyarlık anlama çabukluğu zekâ cevalliği bakımından kuzeylilerle güneyliler veya umumî olarak sıcak bölgelerle soğuk bölge halkları arasında kuzeyliler aleyhine bir fark vardır. İnsanın duyarlığı cildine yayılan sinir uçlarının dış muhitten alacağı intibalara yani hisslara, duyumlara tabidir. Soğuk hava ise insanın cild nescini büzer ve sinir uçlarının bir kısmını adeta mefluç bir halde bırakır. Bunun için bir soğuk bölge insanın hissiyatını uyandırmak için ancak pek büyük tenbühlere ihtiyaç vardır (39). Bunun için şimalîler soğuk kanlı olur

(37) MONTESQUIEU — T : II L : XIV Ch : I Sh : 1 «S'il est vrai que le caractère de l'esprit et les passions du coeur soient extrêmement différents dans les divers climats, les lois doivent être relatives, et à la différence de ces passions, et à la différence de ces caractères»

(38) MONTESQUIEU — *Esprit des Lois* - T : II L : XIV Ch : II Sh : 2.

(39) MONTESQUIEU bir koyun dili üzerinde yaptığı teqrîh denemesini, koyunun dilinin bir parçası dondurulduğu zaman sinir uçlarının nasıl küçülüp zail olduğunu ve ilh. teferruatıyla anlatır. Bugün için böyle bir deneyin basitliği ve kıyafetsizliği üzerinde durmaya - hele vardıgı sonuçların azameti karşısında - tabii mahal yoktur. Fakat bizce mühim olan MONTESQUIEU'nün, insan bünyesinin muhit şartlarına ne kadar tabi olduğunu tamamen ampirik yolla, müsbet metodlara dayalı olarak izah etmek isteğidir. (T : XIV Ch : I Sh : 4).

ve eğlenceden fazla zevk almazlar. İnsanların asabiyet dereceleri de iklim farkları gibi arz derecelerine göre değişir. Keza acıya dayanma bakımından da iklim neticesi bedeni farkların rolü çok mühimdir. Soğuk hava halkının elyafı kalın kabadır. Sıcak bölge halkının ince ve mukavemetsizdir. Bedeni acı elyafın parçalanmasından mütevellit olduğuna göre şimalîlerin buna daha çok mütehammil olacakları tahmin edilebilir.

Muhtelif kavimlerin hassasiyet farkı bunların ehemmiyet verdikleri mevzuların da farklılığını intaç eder. Sıcak muntaka halkı cinsî hassasiyetleri dolayısıyla bu mevzulara şimalîlerden çok fazla ehemmiyet verirler. Aşk cenuplular için yegâne saadet sebebidir. Bizzat hayat demektir. Şimalîler ise daha ziyade kendilerini harekete sevkeden şeyleri severler. Avlanma seyahat, savaş şarap gibi. Kuzey iklimlerinde daha az kusurlu, oldukça faziletli samimiyeti galip açık kalbli bir halk görürsünüz. Cenup memleketlerine yaklaştıkça bizzat ahlâktan da uzaklaştığınızı zannedersiniz: Daha kuvvetli ihtiraslar suçları arttıracak, herkes bu ihtiraslarını doyuracak şeyleri diğerlerinin elinden kapmaya çalışacaktır.

Mutedil iklimde bulunan memleketlerde ise tavırları hatta meziyet ve kusurları bile müstakar olmayan halklar görürsünüz. Zira bu bölgelerde iklim, adı geçen hususları bizzat tâyin edecek kadar belirli bir hususiyeti haiz değildir.

Bir iklimin sıcaklığı o kadar fazla olabilir ki beden burada tamamen kuvvetsiz kalır. Bu mecalsizlik ruha bile sirayet eder: hiçbir merak hiçbir üstün faaliyet şekli, hiçbir yüksek duygu yoktur. Temayüller tamamen pasiftir. Tenbellik saadet demektir. Bu insanlara, bir çok cezalara katlanmak herhangi bir faaliyette bulunamaktan daha kolay gelir. Bunlar için köleliğe katlanmak, kendi kendini idare için zarurî olan ruh kuvvetini kazanmaktan daha kolay bir şeydir» (40).

Hiç şüphesiz MONTESQUIEU'nün muhtelif iklimdeki cemiyetlerin karakterleri, halklarının mizacıları hakkındaki görüşlerinin tam bir ilmi isabeti haiz olduğu iddia edilemez. Bunlar hayli mübalâğalı ve istasna kabul eden tasvirlerdir (41). Fakat ken-

(40) MONTESQUIEU — *Esprit des Lois* T. : II, L. : XIV Ch. : II : 52 6.

(41) Muayyen kavimlerin, muayyen karakterlere sahip olmaları her etnik veya mahallî zümrenin müsterek bir sınırı olmaması meselesi, zaman zaman sosyal ilimlerle uğraşanları işgal etmiş bir konudur. Bu hususta sadece basit zan ve tahminlere veya aceleci genellemelere dayanan öceder olduğu gibi, oldukça objektif temellere dayanarak isteyen denemeler de vardır. Meşhur SAVIGNY'nin «Halk Ruh» (Volks-

disi doğru olduğuna inandığı bu hususiyetlerin bahis konusu cemiyetlerin hukukî ve siyasî müesseselerinde ifadelerini bulduğuna kanidir. Ancak bugünkü bilgi seviyemizin gerektirdiği mevsukiyet derecesinde bir malûmatı ihtiva etmedikleri için bu tasvirleri olduğu gibi kabul etmemekte mazur bulunuyoruz. Esasen mesele MONTESQUIEU'nün fazlaca ampirik bir tarzda vardığı kanaatların doğruluk veya yanlışlığını bugünkü sosyal ve tabii ilimlerin ışığı altında tahkik edebilmektedir ki bu da konumuzun sahası dışında kalmaktadır (42). İklimin insan bünve ve karakteri üzerindeki hakiki tesirlerini tahmini değil fakat ilmî bir şekilde tesbit edebildiğimiz gün MONTESQUIEU'nün bu görüşlerini kıymetlendirmek kabil olacaktır. Bununla beraber bizim için enteresan olan cihet iklimden mütevellit farzedilen seciye farkları ile bazı hukukî ve siyasî müesseseler arasındaki münasebetlerdir ki MONTESQUIEU'de bunlara dair mebzul misallere rastlanmaktadır. Meselâ sıcak ve rutubetli bir iklimi olan Hindistan'da halk, cesaretsizdir. Buna mukabil çok kuvvetli bir muhayyeleye sahiptir. Hayalinin icadı olan o kadar çok şeyden korkar ki bu muhayvel korkularından kurtulmak için ölümü kolayca göze alır. MONTESQUIEU'ye göre hindlilerin pek vahşice âdetlerinin hikmeti buradadır (43).

Keza sıcak iklim kölelik müessesesinin tutunmasını (44),

(42) Bu mevzuatı bibliografya için bak : ARMAND CUVILLIER . *Manuel de Sociologie*. T : I. Paris 1950 Sh : 374-376 PİTİRİM SOROKİN - *Les Théories Sociologiques Contemporaines*. 1938, Sh : 92 - 149.

(43) MONTESQUIEU — *De L'Esprit des Lois*. T : II L. XIV, Ch : III Sh : 7.

(44) MONTESQUIEU — *De L'Esprit des Lois*. T. II L. XV, Ch : VII Sh : 32.
De L'Esprit des Lois. T : II L. XV Ch : VIII Sh : 33.

geist) mefhumu, GUSTAVE LEBON'un «Kavimler ruhiyatı » veya «nki karakter kavramları çağdaş sosyal psikolojinin sahasına giren bir problemin ilk ve iptidai cevaplarını teşkil eder. Zümre hayatının ferde muayyen hususiyetler açıldığı ve bir vasatî tip yarattığı müşahade edilmektedir. Ancak bu vasatî karakter tipinin hususiyetlerini ve bunu meydana getiren amillerin nevelerini ve tesir derecelerini sathî bir şekilde tesbit, yahut su veya bu tek sebebe itra etmek gayri-ilmî bir çalışma olur.

Modern sosyologların (KARDİNER, LİNTON, MİKEL DUFFENNE v.s.) «temel şahsiyet» (Basic personality = La Personnalité de Base) kavramı ise aynı zümre ferdlerine ilk yetişme çağında terbiye baskısı ve daha sonra çeşitli kültürel müesseseler vasıtasıyla icra edilen tesir birliğinden doğmakta bu itibarla ırk veya iklim gibi tabii değil, belki «ictimai, mükteseb» bir menşee dayanmaktadır.

Herhalde bu hususta ne nki ne de coğrafi bir muayyeniyet üzerinde ısrar edilememektedir.

müstebit monarşilerin normal idare haline gelmesini (45), çok karınlık müessesesini (46); kadın kölelerin cinsî zevkler için kulanılması gibi çok çirkin âdetleri (47) yaratmıştır. Keza yabancı milletlerin hakimiyeti altında köle gibi yaşamak da cenupluyu kendi kendini idare zâhmetinden kurtardığı için pek fazla üzmez. Halbuki şimalîler siyasi köleliğe mütehammil değildirler.

Hem sıcak hem soğuk bölgeleri ihtiva eden Asya kıt'asında kuzeyliler daima güneyli halkı hakimiyetleri altına almıştır. Fakat bu güneyli devletlerin müstebit idarelerini de öğrenip benimsemişlerdir. Bunun neticesinde kuzey Asyalı hükümdarlar yalnız fethettikleri güney halkına değil kendi fatih ırkının fertlerine de istibdad usullerini tatbik etmişlerdir (49). Halbuki bu şekilde kesin iklim farkları olmayan Avrupa kıt'asında yapılan fetihler iklim şartları itibariyle aşağı yukarı aynı derecede hürriyetsever halkların birbirlerini yenmeleri şeklinde cereyan ettiğinden bunun sonucu olarak hiçbir zaman Avrupa'da şark usulü istibdadlar teşekkül edememiştir.

Budan başka toprağın bünyesi verimli veya kıraç oluşu coğrafi arızalar ile kanun ve devlet rejimleri arasındaki münasebete de işaret eden MONTESQUIEU Avrupa ve Asya devletlerinin tip ve şekil farklarını bu faktörlere raptetmeğe çalışır. Meselâ Avrupa dağlar ve nehirlerle bölünmüş ufak coğrafi bölgeleri ihtiva eder ki buralarda birbirlerinden müstakil ve çapı küçük siyasi üniteler yaşar. Bu devletler coğrafi arızaların himayesindedir. Kendilerini koruma şansına sahiptirler. Bunun neticesi olarak istiklâl ve hürriyetlerine düşkünlüdürler. Bunlar hiçbir zaman kendilerini yutan büyük geniş despotik imparatorluklarda erimemişlerdir. Halbuki Asya'da pek geniş düzlükleri içine alan tabii engellerden mahrum sahalarda her çeşit kavmi otoritesi altında tutan muazzam despotik imparatorluklar kurulabilir (50).

(45) MONTESQUIEU — *De L'Esprit des Lois*, T. II L. XVII, Ch: III-VII (Sh: 75-84).

(46) MONTESQUIEU — *De L'Esprit des Lois*, T. II L: XVI, Ch: III, IV, VI, VII (Sh: 55-59).

(47) MONTESQUIEU — *De L'Esprit des Lois*, T. II L: XV, Ch: XII Sh: 37.

(48) MONTESQUIEU — *De L'Esprit des Lois*, T. II L: XVII, Ch: II-VII (Sh: 74-84).

(49) MONTESQUIEU — *De L'Esprit des Lois*, T. II L: XVII, Ch: V Sh: 80.

(50) «Asya memleketlerinin bütün tarihlerinde hür bir ruhun varlığına işaret eden tek bir iz bulmak imkansızdır: buralarda ancak ve ancak kölelik kahramanlıklarına rastlanır.» (*Esprit des Lois* T. II L. XVII Ch: VI Sh: 83).

Bundan başka dağlık bölgeler verimsizlikleri sebebiyle de hükümdarların hırslarını tahrik etmezler. Halbuki münbit ve mahsuldar ovalarda durum tamamen başkadır: ziraatla uğraşan halk hem bütün vaktini ekip biçmeğe tahsis eder hem de mahsul alır almaz herşeyden evvel onun muhafazası telâsına düşerek hürriyet problemleri ile uğraşacak durumda bulunmaz. O her şeyden evvel emniyet ve sukûn ister bundan başka ovalık bölgeler, halka, malını ve canını hükümdarın keyfi müdahalelerine karşı koruma imkânı verecek tabii arızalardan mahrum olduğu için bu bölgelerin mahsulleri, nimetleri siyasî sadakatlerinin teminatını teşkil eder (51). Nitekim vaktiyle münbit ve ovalık olan İsparta'da müstebit bir nizam, dağlık Atina'da ise halk hükümeti teşekkül etmişti.

Hulâsa «muhtelif hayat tarzlarını meydana getiren faktörler, muhtelif iklimlerin doğurduğu farklı ihtiyaçlardır ve hayat tarzlarındaki bu farklılık da kanunların farklı olmasını intaç eder» (52). Zira «iklim saltanatı, saltanatların en başta gelenidir» (53).

MONTESQUIEU, iklimden başka bir memleketin mali durumunun (54), ticari münasebetlerinin (55), nüfusunun (56), dini müesseselerinin (57) kanunlar üzerine tesirleri hakkında uzun uzun izahlarda bulunur. Ancak bizce bu hususta serdettiği fikirlerin muhtevalarından ziyade, asıl bu münasebetleri sezmiş olmasının ehemmiyeti vardır. Zira bu münasebetlerin hakiki şekil ve manası MONTESQUIEU'den sonra muhtelif sosyal ilim dallarının konusunu teşkil etmiş ve daha iyi izah edilmiştir (58). Bu itibarla bu noktalar üzerinde daha fazla durmamıza lüzum yoktur.

§ 6 *Milletlerin «umumî ruh» ları (é s p r i t g é n é r a l) ve örf ve adetleri ile kanunlar arasındaki münasebetler :*

MONTESQUIEU'nün umumî ruhla ne murad ettiğine yukarı-

(51) *Esprit des Lois* T. II Livre : XVIII Ch : II Sh : 86.

(52) *Esprit des Lois* T. II Livre L : XIV Ch : X Sh : 14.

(53) *Esprit des Lois* T. II Livre L : XIX Ch : XIV Sh : 134.

(54) *Esprit des Lois* T. II Livre L : XXII (Sh : 258 - 298).

(55) *Esprit des Lois* T. II Livre L : XX, XXI (Sh : 162 - 257).

(56) *Esprit des Lois* T. II Livre L : XXIII (Sh : 306 - 348).

(57) *Esprit des Lois* T. II Livre L : XXIV, XXV (Sh : 351 - 403).

(58) Bu karşılıklı münasebetlere dair araştırmalar Etnoloji, Sosyal Antropoloji, İptidai Cemiyet Sosyolojisi, İktisad Sosyolojisi, Din Sosyolojisi, v.s. gibi çeşitli sosyal bilim sahalarında yapılmaktadır ki, bu bakımdan MONTESQUIEU bu sahaların hepsine öncülük etmiş durumdadır.

da temas etmiştik (59). Bu, bir camianın maşerî, karakteri, millî seciyesinin hususiyetleri demektir. Her milletin maşerî ruhunu, evvelce işaret ettiğimiz gibi «iklimi, dîni, hükûmet prensipleri, emsaller, örf adetler vesairesi» yaratır. Her millette bu sayılan unsurlardan biri diğerlerinden daha fazla müessir olur (60). Bazı milletler meselâ eski Atinalılar gibi canlı, neşeli, bazıları İspartalıları gibi ciddi, kaba ve sükûttadır. Bazıları Çinliler gibi nazik fakat hilekâr, bazıları İspanyollar gibi mert, cömert fakat muhteristir (62), bazı milletler tembel ve mağrurudurlar (63). Hulâsa her millî seciyenin kendine has meziyet ve kusurları vardır.

Ancak bu ahlâkî kusurların hepsi siyasî bakımdan kusur değildir ve behemehâl kanun vazıları tarafından tashihleri icabetmez (64). Vazı kanunlar bilhassa bu hususu unutmamalıdır.

Umumî ruhun tipik tezahürleri neşerler? Bunlar örf ve âdetler, adap ve terbiye kaideleridir. MONTESQUIEU iste burada kanunla örf ve âdet arasında kesin bir menş'e farkı ihdas eder. «Kanunlar, vazı kanunların hususî ve belirli müesseseleri olduğu halde örf ve âdetler umumîyetle milletlerin müesseseleridir» (65). «Kanunlar ısdar edilmişlerdir, örflerse ilham edilmiş... Örfler daha ziyade umumî ruha istinad ederler, Kanunlarsa mahsus bir müesseseye dayanırlar» (66). «Örf ve âdetleri kanunlar meydana getirmemiştir. Zâten buna muktedir veya talip de değildirler» (67). «Kanunlar fertlerin hareketlerini, onları vatandaş sıfatıyla ele alarak tanzim eder, örflerse fertleri insan olarak ele alırlar» (68).

O halde MONTESQUIEU örf ve âdetleri kanunlara kaynak olarak saymıyor belki kanun vaz'ında ka'le alınması gereken bir

(59) Yukarıda § 2 ve not : II.

(60) Yukarıda § 2 ve sat : 9.

(61) *Esprit des Lois*. T : II Livre XIX, Ch : VII.

(61) *Esprit des Lois*. T : II Livre XIX, Ch : X.

(63) *Esprit des Lois*. T : II Livre XIX, Ch : IX.

(64) *Fai seulement voulu faire comprendre que tout les vices politiques ne sont pas des vices maraux, et que tout les vices maraux ne sont pas des vices politiques; et c'est ce que ne doivent point ignorer ceux qui font des lois qui choquent l'esprit général.* «*Esprit des Lois* T : II Livre XIX Ch : XI Sh : 131.

(65) *Esprit des Lois*. — XIX Ch : XXV Sh : 132.

(66) *Esprit des Lois* — XIX Ch : XII Sh : 131.

(67) *Esprit des Lois* — L. XIX Ch : XVI Sh : 135.

(68) *Esprit des Lois* — aynı yerde.

dış âmil telâkki ediyor ki bu noktanın tenkidine aşağıda temas edeceğiz (69).

Ancak bir milletin örfleri bütün tarihinde sabit kalmayıp zamanla ve muhtelif tesirlerle değişebilir. Kanunlar da bu değişimleri takip eder. Keza aynı kanunlar örfleri farklı memleketlerde farklı neticeler verir. Bunun içindir ki MONTESQUIEU : «Bir kanunun, hangi memleket için ve ne gibi şartlar altında yapıldığı bilinmeden tatbiki asıl mümkün olur? Hukuk ilmini inceleyenlerin çoğu kendilerini Nil nehrinin cereyanına terk etmiş gibidirler, onunla beraber akar, onunla beraber taşarlar fakat nehrin nereden kaynakıldığını bilmezler.» demiştir (70).

Kanunlarla halkın örf ve ahlâkı arasında irtibat vaktiyle EFLATUN'un da dikkatini çekmiştir. Meselâ dindar bir millette tatbik edildiği takdirde faydalı neticeler veren yemin müessesesi dindar olmayan bir millette pek bir şey ifade etmez. Bu ancak yeminin doğuracağı netice ile bir menfaat alâkası olmayan şahitler ve hâkim hakkında tatbik edilebilir (71). Keza Roma cemiyeti ahlâkı sağlamlığını muhafaza ettiği devirler de memurların ihtilâsına karşı bir kanun yoktu. Bu nev'i suçlar ilk defa zuhur edince, çalınan devlet mallarının iade ettirilmesi büyük bir ceza sanıldı (72). Keza menselerini eski örflerden ve Roma adetlerinden alan Theodose ve Valentinian kanunları boşanma sebepleri arasında kocanın, karısını haysiyetini kırarak şekilde tekdür etmesini de sayıyordu. Halbuki Bizans'ta şark âdetlerinin sirayeti yüzünden ahlâk ve adab kaideleri gevşedi, bozuldu ve bunun neticesinde bu devirde çıkan kanunlardan bu boşanma sebebi kaldırıldı (73).

(69) Kanunlarla örfler arasında böyle kesin bir duvar çekilmesi ahukukun bütününi kanunlara ircaa vardır. Hukuki örflerin mevcudiyeti, kanunların birçok nevînin muhtevalarını tamamen örf kaidelerinde aldıkları, ve nihayet her ikisinin de hukukun çeşitli tesbit vasıtalarından başka şeyler olmadıkları ancak XIX uncu yüzyıl hukukçu ve sosyologlarınca kavranmıştır. Bununla beraber hala örf ve kanun ikiliğini pek cezrl alan ve hukuku otoritelerden sadır olan normlara inhisar ettirmekte ısrar edenler vardır. Kanuncu veya normcu pozitivistler gibi.

(70) *Pensées et Fragments inédits de Montesquieu*, I. p : 155 (cité dans «Montesquieu l'Homme et l'Oeuvre. Par J. DEDIEU Paris 1943, sh : 134).

(71) PLATON — *Lois*, Livre XII Ch : IV (*Oeuvres Complètes*, Tome septième, Livres VII - XII Traduction par Emile CHAMBRY. 1946. P : 234).

(72) MONTESQUIEU — *Esprit des Lois* - T. II, Livre XIX Ch : XXIII Sh : 144 (Scipion kararı).

(73) MONTESQUIEU — *Esprit des Lois* - T. II, Livre XIX Ch : XXVI Sh : 147, ilk kanun : leg. 8, Cod. De repudiis. İkinci : Novelle. 117 Ch : XIV.

MONTESQUIEU daha başka bölümlerde muhtelif milletlerin seciye hususiyeleri ile kanunları arasındaki münasebete temas etmiştir. Meselâ haşin, gözüpek ve inatçı bir millet olan Japonlarda kanunlar çok sert, yaratılış itibariyle halim ve merhametli olan Hintlilerde kanunî cezalar yumuşaktır (74). Bütün bu iddiaların her hususî halde doğru olup olmadığı hiç şüphesiz söz götürür mahiyettedir. Fakat mühim olan MONTESQUIEU'nün kanunlarla millî seciye ve örfler arasındaki münasebeti sezmiş olmasıdır.

Bundan başka bir milletin, bir camianın umumî ruhu ile siyasi hürriyet problemi arasında da bir münasebet vardır. Bu münasebet milletlerin farklı itiyat ve zihniyetlerine göre farklı hal suretleri kabul eder. Öyle milletler vardır ki anane ve inançlarına bağlanmakla yetinmiş ve siyasi hürriyetin manâsını anlayamamışlardır.

MONTESQUIEU der ki «köle bir kavmin adetleri onun köleliğinin bir parçası olduğu gibi hür bir kavmin örf ve adeti de onun hürriyetinin bir parçası demektir» (75). Öyle milletler vardır ki hürriyete tahammül edemezler ve hürriyet onlara ancak zarar verir. «Tıpkı bataklık havasında yaşamaya alışmış kimse lere temiz havanın iyi gelmemesi gibi;» (76).

MONTESQUIEU XVI. asırda Hindistanda P e g u Kralının huzuruna çıkarılan bir Venedikli seyyahın mülakatını nakleder. Seyyah Venedik'te kral bulunmadığını söylediği zaman Hindli hükümdar bunu o kadar komik bulmuş, o kadar hayretle karşılamış ki gülmekten konuşamaz hale gelmiş «böyle bir millete hangi kanun vazı bir halk hükümeti kurmasını teklif edebilir?» (77).

Hûlâsa MONTESQUIEU'ye göre, her millet hürriyetine tecavüzden başka bir şey anlamaktadır. Meselâ Moskoflara göre hürriyetini muhafaza etmek sakalını kestirmemekten ibarettir. Büyük Petro'nun bu yoldaki müdahalesine tahammül edememişlerdir (78). Bu bakımdan Asyalı kavimler hürriyet mevzuunda daima

(74) MONTESQUIEU — *Esprit des Lois*, T. I Livre VI, Ch : XIII, Keza : T : II Livre XIV, Ch : XV Sh : 22.

(75) MONTESQUIEU — *Esprit des Lois*, T. II, Livre : XIX Ch : XXVII Sh : 148.

(76) MONTESQUIEU — *Esprit des Lois* T. II, Livre : XIX Ch : II Sh : 12

(77) MONTESQUIEU — aynı yerde.

(78) MONTESQUIEU — *Esprit des Lois* T. I Livre IX, Ch : II Sh : 247 not : 2 Keza : T : II Livre XIX, Ch : XIV Sh : 133.

daha az hassas olmuşlar ve istibdada daha çok tahammül göstermişlerdir. «Asya'da kavimler sopa ile idare olunur, Tatarlar uzun kırbaçlarla. Her devirde Asya kavimlerinin ceza addettikleri şey. Avrupa kavimleri nazarında zulüm ve tecavüz sayılmıştır» (79).

MONTESQUIEU bütün bu izahlarına rağmen hürriyet konusunda meş'um bir fatalizme sapmamıştır. Siyasi idare şekilleri ile kanunlar arasında bir münasebet bulunduğunu muayyen idare şekillerinin tahakkukunun milletlerin örf ve adetleri üzerinde tadil edici tesirleri olacağını, sırası geldikçe, işaret etmiş ve daima İngiltere'yi örnek göstermiştir.

§ 7 *Hükümet prensipleri ile kanunlar arasındaki münasebetler ve MONTESQUIEU'de cemiyetler tipolojisi :*

Bu konu esas itibariyle Âmm ve Esas Teşkilât Hukuku saha- larını ilgilendirir. Bununla beraber MONTESQUIEU'nün bu görüşlerinin hukuk sosyolojisi bakımından da ehemmiyeti aşıkâr- dır ve biz bu fikirleri yalnız kendi zaviyemizden incelemekle ik- tifa edeceğiz.

Bilindiği gibi MONTESQUIEU hükümet şekillerini ARİSTO'dan farklı bir şekilde tasnif eder. Ona göre üç hükümet tipi bir- birinden tefrik edilebilir: Monarşi, Cumhuriyet, İstibdat (80). Cumhuriyet ise iki tali tipi içine alır: Demokrasi ve Aristokrasi. İlk nazarda bu sınıflama biraz garip hatta kusurlu görülmekte- dir. Zira tefrik kıstası olarak baştan «iktidarın kimin elinde bu- lunduğu hususu» yani iktidarın hamili esas tutulduğu halde ilk iki tiple üçüncü tip arasında sadece devlette müesses kanunların mevcut olup olmaması hususu yani kanunîlik - keyfîlik tezadı ele alınmaktadır.

Bundan başka Aristokrasi ile demokrasi birbirinden pek esas- lı farklarla ayrılan iki hükümet tipi olduğu halde bunları aynı «Cumhuriyet» tipinin tali şekilleri olarak incelemek de tenkidi davet etmiştir ve bir çok âmmeciler ARİSTO'nun tasnifinden in- hiraftan edilmesini manâsız ve faydasız bulmuşlardır.

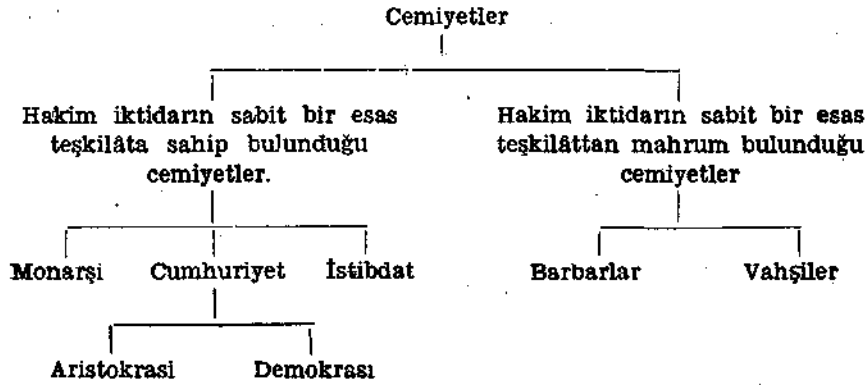
Halbuki bu sınıflamanın sosyolojik bakımdan izahına ve de- ğerlendirilmesine teşebbüs eden E. DURKHEİM 1892 de lâtince olarak yazdığı tezinde RUOSSEAU ve MONTESQUIEU'yü sosyo- lojinin mübessirleri sıfatıyla incelerken bizim için çok daha ilgi çekici bir izahta bulunmaktadır. DURKHEİM MONTESQUIEU'

(79) MONTESQUIEU — *Esprit des Loix* T : II Livre XIX, Ch : V Sh : 81.

(80) MONTESQUIEU — *Esprit des Loix* T : I Livre : II, Ch : I Sh : 18.

nün bu tezini sosyolojik bir tabii ile bütünü başka bir şekilde manalandırmaktadır. Ona göre MONTESQUIEU bu tasnifle bugün anladığımız manâda hükümet ve devlet şekillerini değil hakikatte «cemiyet tipleri» ni birbirinden tefrik ederek bir cemiyetler tipolojisi yapmak istemiştir. Onun zahiren devlet şeklini esas tutması kendi yaşadığı zamanda bütün cemiyetlerin mümeyyiz vasıfları olarak ya başlarındaki hükümdarın durumu yahutta idare şekilleri esas tutulduğundan dolayıdır.

Filhakika MONTESQUIEU'nün eserinin muhtelif yerlerinde tanıdığını bildirdiği ve tasvir ettiği muhtelif seviyedeki diğer cemiyet tiplerini de devlet şekilleri hakkındaki bu ana tasnifine ilâve edersek kendisinde cemiyetler tipolojisi ile ilgili olan şu şemayı elde edebiliriz:



DURKHEİM derki «MONTESQUIEU'nün bir iki noktada sadakatsizlik etmekle beraber, sadece ARİSTO'nun tasnif şeklini kopye etmiş olmayıp yeni bir eser meydana getirdiğini anlamak için bu tabloyu ve bunun içine aldığı kavimlerin arzettikleri müteaddit tipleri gözönünde bulundurmak kâfidir» (81).

MONTESQUIEU'nün mahdud bir sınıflamanın hadleri olarak değil fakat muhtelif vesilelerle, ezcümle «ziraatçı olmayan kavimler» veya «para kullanmayan kavimler» adı ile bahsettikleri cemiyet tiplerini gözönüne alır ve bunlara taazzuv etmiş, devlet kurmuş ve klâsik tasnifleri yapılan diğer cemiyeteri de ithal edersek elde ettiğimiz bu şemanın tiplerini MONTESQUIEU'nün fikirleri ile şu şekilde canlandırabiliriz.

(81) EMİLE DURKHEİM — *Montesquieu et Rousseau, Précurseurs de la Sociologie.* (Latince metin: 1892. Fransızcaya tercümesi: 1953 Paris, Sh: 73).

I. — İktidarın sabit bir teşkilâta sahip bulunmadığı cemiyetler (devletsiz cemiyetler) :

MONTESQUIEU bu cemiyetlerin avcılık veya sürücülükle yaşadıklarına, diğer cemiyetlerden bariz hususiyetlerle ayrıldıklarını söyler. Bunlar umumiyetle az nüfuslu topluluklar durumundadırlar (82). Toprak, ferdi mülkiyetle parçalanmamış dolayısıyla medenî hukuk münasebetleri gelişmemiştir (83). Kanunları yok fakat örf ve adetleri vardır (84). En üstün otorite ihtiyarlardadır. Fakat bu, servet üstünlüğüne değil belki savaşçılık kuvvetine ve öğüt ve tavsiyelerde tezahür eden dirayete dayanır. Bu kavimler hürriyetlerine pek düşkündürler. Onun için devamlı iktidarlara dayanamazlar. Bir şef hürriyetlerini gaspetmeğe kalkarsa hemen kendilerine başka bir şef bulmaya bakarlar (85).

Bu tipin tali kollarını vahşiler ve barbarlar teşkil eder. Vahşiler küçük topluluklar halinde birbirlerinden uzak mesafelere serpilmiş olarak yaşarlar ve bu küçük topluluklar arasında onları birleştirici hiçbir sosyal bağ yoktur. Bunlar birbirleriyle birleşerek daha büyük topluluklar teşkil edince barbar dediğimiz tipler meydana gelir (86). Barbarlar hayvan yetiştirmekle geçinir. Kısa ömürlü imparatorluklar kurar, fütuhat yapar ve çabuk dağılırlar. Fert olarak ihtiyaçları basittir ve fertler arasında tabii ve zarurî eşitlik caridir. Bu yüzden bunların şefleri asla müstebit olmaz.

II. — İktidarın sabit esas teşkilâta sahip olduğu cemiyetler :

Bunlar MONTESQUIEU'nün klâsik hükümet şekilleri tasnifi içine giren cemiyet tipleridir. Ancak, gene DURKHEIM'e göre, MONTESQUIEU'nün ARİSTO'nun tasnifinden inhirafı sebepsiz değildir. MONTESQUIEU doğrudan doğruya müşahhas cemiyet tiplerini tetkik etmiş, bunlarda birbirine ircaı kabil olmayan hususiyetleri görünce bu müşahedelerini bir tasnif şekli içinde arzetmek istemiştir yoksa ARİSTO gibi mücerret bir şekilde sadece «iktidar hâmillerinin sayısı» esasından hareket etmemiştir.

Filhakika eski Yunan ve Roma demokrasilerinin hayat tarzına, prensiplerine, devlet idaresine derin bir şekilde vakıf olan

(82) MONTESQUIEU — *Esprit des Lois* - T : II, Livre XVIII, Ch : X Sh : 93.

(83) MONTESQUIEU — *Esprit des Lois* - T : II, Livre XVIII, Ch : XIII Sh : 95.

(84) MONTESQUIEU — *Esprit des Lois* - T : II, Livre XVIII, Ch : XIII Sh : 95.

(85) MONTESQUIEU — *Esprit des Lois* - T : II, Livre XVIII, Ch : XIV Sh : 96.

(86) MONTESQUIEU — *Esprit des Lois* - T : II, Livre XVIII, Ch : XI Sh : 94.

MONTESQUIEU, bu tipte Ortaçağ prenslikleri arasında veya içinde yaşadığı Avrupa Monarşileri ile, seyahat notlarında ve hatırat eserlerinden öğrendiği şark istibdatları arasında öyle büyük sosyal bünye farkları görüyordu ki bunların bu farklarını aksettirecek bir sınıflama yapmak istiyordu.

Bu sınıflamayı yaparken de yalnız iktidarın hâmilini veya bu hâmililerin sayısını değil o cemiyetlerdeki hayat şartlarını sosyal bünye farklarını da nazara alıyordu. Meselâ MONTESQUIEU'ye göre demokrasi ancak muayyen bir sosyal bünye- de teşekkül eden bir hükümet şeklidir: Vatandaşlar arasında muazzam servet farkları olmayan, idarî ve iktisadî işbölümünün pek fazla inkişaf etmediği, âmme hizmetlerinin kura ile ve münavebe ile hemen her vatandaş tarafından yapılabildiği mahdut nüfuslu cemiyetler (88).

Buna mukabil monarşiler ticaretin, sanayiın ilerlediği milyonlarca nüfusa sahip geniş siyasi bölgelerde kurulan rejimlerdir. Bu sınıflı bir cemiyettir. Kuvvetli veya zayıf fakat herhalde iktisadî ve siyasi bakımdan halkla mukayese edilemeyecek durumda bir «asalet sınıfı», bir soy ve şeref hiyerarşisi vardır ki bu, hükümdarın keyfiliğini cemiyette fiilen sınırlandırabilecek bir muvazene kuvveti teşkil eder (89). Artık âmme hizmetleri eski demokrasilerde olduğu gibi basit değildir ve herkesin harcı değildir. Bunları ifa için muayyen şart ve vasıfları haiz olmak lâzımdır.

Şark istibdatları ise siyasi hürriyetin doğuşuna imkân vermeyecek bir coğrafi muhitte (düz, ovalık sahalar veya büyük çöller gibi) din ve ananenin her şeye hakim olduğu, fertlerin itaat ve kölelik zihniyeti ile yetiştirildiği muazzam ve fakat şekilsiz imparatorluklarda meydana gelmişti (90).

O halde bu muhtelif devlet şekillerinden her birinin «bulundukları hali alışlarının» tabii sebepleri vardır. İşte MONTESQUIEU'nün hükümetlerin bulundukları hallerine onların «tabiatı = nature» ü demesinin hikmeti budur.

(87) MONTESQUIEU — *Esprit des Loix* - T: II, Liore XVIII, Ch: XVII Sh: 98.

(88) MONTESQUIEU — *Esprit des Loix* - T: I Liore V, Ch: V, VI Sh: 76-83.

(89) MONTESQUIEU — *Esprit des Loix* - T: I Liore III, Ch: VI, VII (Sh: 45-46).

(90) MONTESQUIEU — *Esprit des Loix* - T: II, Liore XVII, Ch: VI, Keza: Liore XIX, Ch: XII, Ch: IV.

Fihakika MONTESQUIEU hükümetlerin «tabiat» larını onların «prensip» lerinden sarahatle ayırdeder (91). «Hükümetin tabiatı onu bulunduğu halde yapan şeydir, prensibi ise onu tahrik eden şeydir. Biri, onun hususî bünyesi demektir diğer ise onu harekete getiren beşerî ihtirastır. Bu itibarla kanunlar, hükümetlerin tabiatlarına olduğu kadar prensiplerine de tabidir» (92).

Görülüyor ki MONTESQUIEU, «hükümetlerin prensipleri» tabirini bir âmme hukuku ve esasiye hukuku ıstılahı olarak değil, belki bugün anladığımız mânada sosyolojik bir hakikatin ifadesi olarak kullanmaktadır.

Dikkat edilirse ARİSTO ve EFLATUN gibi klâsik filozoflar devletin gayesinden bahsederken etik bir ideali murad ederler. Devletin hikmeti vücudünü âlî vazifesini tayine çalışırlar. MONTESQUIEU ise «hükümetin prensibi» ile böyle bir normdan değil belki bir sosyal gerçekten hatta bir sosyal psikoloji mefhumundan bahsetmektedir: Siyasî camiayı tahrik eden, yaşatan işleten kuvvet o camianın idare şekline göre değişen kıymet ölçülerini tahakkuk ettirmeye matuf tessüri hayatı. Devleti tahrik eden kuvvet artık mücerret bir fikrin tahakkuku arzusu değil, bizzat devleti teşkil eden onun organları durumunda bulunan kimselerin ruh haletleridir ki bu da «prensip» denmesine rağmen muayyen siyasî bir bünyenin doğurduğu belirli bir sosyal psikoloji vakiasıdır. Bu prensipler nelerdir? MONTESQUIEU'ye göre monarşinin prensibi hükümdarda, asalet çevresinde, ve ricaldeki «şan ve şeref hissi» dir. Hükümdarı ve ricali harekete sevkeden saik fütuhatla veya memleket içindeki eserlerle şan ve şerefini arttırma, mevkiini yükseltme «ihtirası» dir (93). Burada ne eşitlik prensibi ne hasbî bir vatan sevgisi bahis konusudur.

Cumhuriyet idaresinde ise ve bilhassa demokratik cumhuriyetlerde iktidar halkta olduğuna göre bu, halkın memleket işlerini benimsemesi, vatanını sevmesi, onu şahsî menfaat ve ihtiraslarına feda etmemesi, vatandaşlar arasında bir eşitlik bulunduguna inanmasıdır. MONTESQUIEU buna «fazilet ve eşitlik aşkı»

(91) MONTESQUIEU — *Esprit des Lois* - T : I Livre III, Ch : I Sh : 36 not : I.

(92) «Il ya cette différence entre la nature du gouvernement et son principe, que sa nature est ce qui le fait être tel; et son principe, ce qui le fait agir. L'une est sa structure particulière, et l'autre les passions humaines qui le font mouvoir.

Or, les lois ne doivent être moins relatives au principe de chaque gouvernement qu'à chose nature. (T : I, L : III, Ch : I Sh : 36).

(93) MONTESQUIEU — *Esprit des Lois*, T : I Livre : III, Ch : VII Sh : 46.

der ve fazileti de tamamen siyasi mânada yani «vatanını sevmek, amme işlerinde haris ve menfaatperest olmamak» mânasına kullandığını tasrih eder (94). Sınıfsız bir cemiyette meziyet, sadece vatana hizmet yolunda daha ileride olmaktan ibarettir.

Filhakika halk, bu mânada bir faziletten mahrumsa kanunlara itaattan hoşlanmıyor, uhdesindeki amme vazifesini şahsî menfaatleri lehine suiistimal ediyor, eşitlik dâvasını devlet idaresi için zarurî olan her nev'i hiyerarşiyi imkânsız kılacak kadar ileri götürüyorsa artık bir demokrasiden bahsetmeye imkân var mı? (95).

Diğer hükümet şekilleri hakkında da durum budur. «Her hükümetin bozuluşu, hemen daima prensiplerinin bozulması ile başlar» (96).

Aristokratik cumhuriyetlerde ise esas, faziletle beraber, itidaldır. İtidal, idareci asil zümrenin imtiyazlarını arttırmamak halkı ihmal edilmiş bir halde ve passif durumda bırakmamaktır. Böyle bir hükümet ne kadar demokratik şekle yaklaşırsa o kadar iyidir. Zira aristokrasi demek, tabiatı itibarıyla insanlar arasında büyük bir mevki ve servet eşitsizliğini gerektiren rejim demektir. İnsanlar arasında bu kadar büyük servet farkları olan bir cemiyette halkın faziletli olması pek ender bir şeydir. O halde aristokratik esas teşkilâtın tazammun ettiği bu eşitsizliği hükümet prensibinin tahfif etmesi lâzımdır (97). Aristokrasiler asillerle halk arasındaki mesafeyi aştıkları, asiller arasındaki hiyer-

(94) «...Mais la vertu politique est un renoncement à soi-même, qui est toujours une chose très pénible.

On peut définir cette vertu, l'amour des lois et de Patrie : cet amour demandant une préférence continuelle de l'intérêt public au sien propre, donne toutes les vertus particulières, elles ne sont que cette préférence.

Cet amour est singulièrement affecté aux démocraties : dans elles seules, le gouvernement est confié à chaque citoyen. Or le gouvernement est comme toutes les choses du monde ; pour le conserver, il faut l'aimer (T. I Livre IV Ch : V Sh : 61) Keza : T : I Livre : III Ch : XII Sh : 37.

(95) Manafi MONTESQUIEU bunu açıklar: «bu, herhangi bir cumhuriyette halk behemahal faziletli olur demek değildir, belki, faziletli olma lâzımdır demektir. Keza bu, herhangi bir monarşide behemahal şeref, istibdadta ise mutlaka korku vardır demek değildir, belki bunların mevcut olma lâzımdır demektir, bunlar yoksa o hükümet kemal halinde bulunmuyor demektir. (T : I Livre II Ch : XI Sh : 52).

(96) «La corruption de chaque gouvernement commence presque toujours par celle des princes» (T. I Livre VIII Ch : 184).

(97) T : I Livre : V Ch : VIII Sh : 87.

arşiyi kesinleştirdikleri nisbette itidalden uzaklaşmış ve çürümeğe yüz tutmuş olurlar (98).

Monarşide ise evvelce söylediğimiz gibi fazilet esas değildir. Monarşide kanun kuvveti halkın faziletli olmasına pek ihtiyaç bırakmaz (99). Monarşide şan şeref ihtirası, kanunların yardımı ile beraber, demokrasilerdeki siyasi faziletin yerine kaim olur ve pek âlâ hükümeti idareye kâfi gelir (100). Bununla beraber MONTESQUIEU monarşilerde bahis konusu olan şan ve şeref davasının hakikatte «sahte bir şeref» olduğunun farkındadır. Fakat der ki, sahteliği ile beraber faydalıdır ve umumî menfaatlara olan faydası, hakiki şerefin ferdi şahsiyetlere temin edeceği faydadan aşağı değildir.» (101).

İstibdada gelince bunun prensibi «korku» dur. İstibadatta fazilete hiç lüzum yoktur. Şan ve şeref endişesi de tehlikelidir. Fertlerde haysiyet ve izzetinefis mevcutsa bunlar istibdada isyan edebilirler. Bu sebeple istibdat bütün cesaretleri kırmaya ve yükselme hırsını söndürmeye mecburdur. Bunun için korku telkinine ihtiyacı vardır. İstibdat idarelerinde halktan birinin hayat emniyeti devlet ricalinden daha fazladır (102) ve nihayet istibdatta «insan» demek, âmire itaat eden mahlûk demektir. Burada ne devlet ricali, ne saray adamları hükümdarın şiddetini tadile yarayacak tavassutlarda bulunmazlar (103). İstibdat rejimleri ancak korku ile tutunabilirler.

İşte kanunlarla hükümet şekillerinin prensipleri arasında daima muayyen bir münasebet vardır. Her kanun, her hükümet şeklinde aynı neticeyi doğurmaz. Terbiye ile, israfla, kadın satatüsü ile ilgili hükümler umumiyetle medenî ve cezaî kanunlar daima bu farklı hükümet prensiplerine göre değişir (104).

Bundan başka bir hükümetin prensibi bozulursa vaktiyle iyi tesirler icra etmiş kanunlar bu sefer kötü tesirler yapar «Hükû-

(98) T : I Livre : VIII Ch : V Sh : 189.

(99) «Il ne faut pas beaucoup de probité pour qu'un gouvernement monarchique, ou un gouvernement despotique se maintiennent ou se soutiennent. Les forces des lois dans l'un, le bras du Prince toujours levé dans l'autre, règlent et contiennent tout. » (T : I Livres III Ch : III Sh : 37).

(100) T : Livre : III, Ch : VI Sh : 45.

(101) T : I Livre : III, Ch : VII Sh : 47.

(102) T : I Livre : III, Ch : IX Sh : 48.

(103) T : I Livre III, Ch : X Sh : 50.

(104) MONTESQUIEU, deki zengin misallerin tetkiki ve bunların münakaşası, daha ziyade Anayasa Hukuku ile ilgili olduğundan bu noktalar üzerinde fazla durmuyoruz.

metin prensipleri bir kere boluzdu mu en iyi kanunlar bile kötü olur ve devlet aleyhine tesir eder. Prensipier sağlamsa kötü kanunlar bile iyi gelir zira prensibin kuvveti her şeye hakimdir» (105).

§ 8 — *Müessir faktör sıfatıyla hukuk, kanun vazının rölü :*

MONTESQUIEU yukarıda işaret ettiğimiz gibi kanunları hem diğer dış şartlardan müteessir bir takım mahsuller olarak alır hem de bu dış şartların tesirini tadil edici, cemiyete istikamet verici faktörler, bu manâda rehberler olarak alır. Sosyal faktörler arasındaki bu karşılıklı tesirleşme vakıası bugünün sosyoloji anlayışına tamamen uygundur. Bu itibarla MONTESQUIEU'nun kanun vazılarına yaptığı tavsiyeler daha evvelki devirlerde yazılmış siyasetnameler gibi sadece ahlâki vazılardan ibaret değildir. O kanun vazılarına evvelâ kanunlarla dış şartlar arasındaki beirli illiyet münasebelerini ve tadil prensiplerini hatırlatır. Sonra da kanun vaz ederken tatbik edecekleri tekniği izah eder. Kanun vazıları evvelce temas ettiğimiz gibi adeta BACON'un fizik tabiata hakim olma usulündeki tavsiyesini içtimai tabiata hakim olmak için tatbik edeceklerdir. Bu içtimai tabiatın yani cemiyetin kendi tabii kanunlarını keşfedip, onu, bu münasebetlerden faydalanan suretiyle ıslah edeceklerdir (106).

Fakat bu bir idealdir. MONTESQUIEU kanun vazilerinin de beşeri ihtiraslardan kurtulamadıklarını bilir (107) ve işte asıl bunu bildiği içindir ki böyle tavsiyelerde bulunur. Ona göre kanun vazının prensibi daima «itidal» olmalıdır (108). Kanun koyarken müfrit fikirlere saplanmak bir hatadır. İfrat bizi içtimai muhit ile koyacağımız hüküm arasında tessüs edecek münasebeti görmekten men eder.

O halde kanun vaz'ında nazara alınacak hususlar nelerdir?

MONTESQUIEU bu meselelere muayyen bölümler tahsis etmekle beraber bunlarla iktifa etmez. ve başka mevzulardan bahsederken sırasını getirip daima kanun vazilerini ikazeder.

Kanun vazını her şeyden evvel, kanunları hangi cemiyet,

(105) *Esprit des Lois* . T : I Livre : VIII Ch : XI Sh : 196.

(106) *Bak, yukarıda not : 2*

(107) «Kanunlar daima, kanun vazilerinin ihtiraları ve batıl fikirleriyle karışır. Bazen bunların arasından geçerler ve onların rengine boyanırlar, bazen bunların içinde kalır ve onlara karışır.» (T : III Livre XXIX Ch : XIX Sh : 193).

(108) «itidal ruh, vazii kanunun ruhu olmalıdır. Zira, siyasi hayır da, ahlaki hayır gibi, iki müfrit haddin ortasındadır.» (T : III Livre : XIX Ch : I Sh : 168).

hangi millet için yaptığını daima gözönünde tutmalıdır. Nitekim vaktiyle SOLON'a, Atina'lılar için tanzim ettiği kanunların en iyi kanunlar mı olduğu sorulunca şöyle demiştir: «Ben onlara tahammül edebilecekleri kanunların en iyisini verdim» (109). O halde kanun vaznının tercihi ancak milletlerin tahammül edebilecekleri kanunlar arasında olacaktır. Demek ki kanunlar cemiyet üzerinde muayyen bir baskı yaparak ona muayyen bir istikameti verecektir. Ancak bu baskı cemiyetin dayanabileceği nisbette olacaktır. Meselâ sosyal ve tabii şartlara taban tabana zıt kanunlar vaz edilemeyeceği gibi sadece bu şartlara uymayı tavsiye eden kanunlar da vaz edilemeyecektir. Cemiyet tabii şartların kötü tesirlerinden, imkân nisbetinde kanunların yardımı ile kurtarılacaktır. Ancak bu imkânı gene cemiyetin türlü özellikleri tayin edecektir. Meselâ iklim şartları halkta rastlanan bazı kusurların sebebidir: tenbellik, rehavet ve dalma bunların neticesi olan kibir ve gurur, çalışmâğı hor görmek (110), iyi vazı kanun iklim neticesi olan bu kusurları düzeltmeğe matuf kanunlar vaz edendir. Yoksa bu kusurları teşvik edici kanunlar koyan değil (111).

Meselâ iklimin zaten tenbellik ve hareketsizliğe mahkûm ettiği hintlilerde, bu davranış şeklini bir mezhiyet gibi gösteren FUHİ mezhebinin prensipleri (112) keza araziye prenslere vererek halkı mülkiyle meşgul olmak imkânından mahrum eden onu topraksız ve dolayısıyla işsiz güçsüz bırakan hint kanunları (113) ve gene aynı tip güney ülkelerinde insanların avare bir hayat sürerek sırf mistik ve dinî mevzularla zihinlerini işgal ederek pasif bir halde yaşamalarına imkân veren müesseseler (manastırlar, tekkeler, zaviyeler ilahir..) (114) hep kötü kanun vazilerinin eserleridir.

Buna mukabil sıcakta yapılması müşkül bir iş olan ziraatı teşvik için en çalışkan çiftçileri mükâfatlandıran Çin kanunları ise iyi vazı kanunların eserlerine örnek teşkil eder. Umumiyetle tenbel milletleri, ister zirai ister sinai sahada olsun mükâfat

(109) «İlâhî Hükmet, İsrâil oğullarına - Size iyi olmayan kanunlar verdim - demekle, kanunların iyiliğinin nisbî olduğunu belirtmişti.» (T : II, Livre : XIX Ch : XXI Sh : 143).

(110) *Esprit des Lois* - T : II Livre XIX Ch : IX Sh : 127.

(111) *Esprit des Lois* - T : II Livre XIV Ch : V Sh : 9 (başlık)

(112) *Esprit des Lois* - T : II Livre XIV Ch : V Sh : 9

(113) *Esprit des Lois* - T : II Livre XIV Ch : VI Sh : 10.

(114) *Esprit des Lois* - T : II Livre XIV Ch : VII Sh : 10.

(115) *Esprit des Lois* - T : II Livre XIV Ch : VIII Sh : 11.

vaadiyle çalışmaya teşvik eden kanunlar iyidir (116). Keza sıcak iklimde alkol kullanılmasını men eden (Muhammedier ve Kartacılar) iklim bakımından isabetli bir kanundur. Fakat soğuk iklimin alkolün zararını azalttığı hatta onu lüzumlu kıldığı kuzey bölge halkları içinse böyle bir kanuna lüzum yoktur (117).

Kanun vazileri iklimden başka, tanzim ettikleri mevzuun hususiyetlerine, eşya tabiatına da vakıf olmalı, bunları da nazara almalıdır. İnsanlardaki tabii duygulara, insiyaki hasletlere aykırı kanun vaz'i doğru değildir. MONTESQUIEU, bunlara «tabiat kanunlarına aykırı mevzuat» der. Meselâ nefsinin müdafaa insiyaki bir şeydir. Bir tabiat kanunudur. Halbuki EFLATUN, nefsinin müdafaa için, kendisine tecavüz eden bir hür insanı öldüren köleyi tıpkı baba kaatili gibi cezalandırmak lâzımdır der. Halbuki böyle bir kanun tabii bir kanuna yani nefsinin müdafaa kanununa aykırıdır.

Keza VIII. HENRI zamanındaki bir kanun sanıkla iddia şahitlerini yüzleştirmeden mahkûmiyet kararının verilebilmesini âmiri. Halbuki bu da tabii bir kanuna aykırıdır. Belki sanık, iddia şahitlerinin iddia ettikleri kimse değil de bir başkasıdır. O halde sanığa «sizin bahsettiğiniz adam ben değilim» demek imkânı verilmelidir. Bunun hilâfına bir kanun tabii müdafaa hissine aykırıdır (118).

Keza aynı hükümdar zamanında çıkan diğer bir kanun, daha önce gayrı meşru münasebette bulunduğu erkekle evlenecek kızın, evlenme aktinden evvel bu durumunu krala bildirmesini âmiri. Böyle bir kanun insandaki tabii utanma hissine ve dolayısıyla bir tabii kanuna aykırı bir hükümdür (119).

II. HENRI zamanında çıkan diğer bir kanun, evlilik dışı münasebet neticesi gebe kalan ve çocuğunu düşüren bir kızın durumunu, daha önceden gebeliğini hakime haber vermemesi halinde idamla tecziyeyi mucip bir fiil sayıyordu. Bu da aynı şekilde nefsinin müdafaa hissine ve terbiyenin de geliştirdiği tabii iffet hissine aykırıdır. Halbuki kanun kıza, durumunu yakın akrabalarından birini haber vermekle mükellef kılsaydı tabii hislere cevap teşkil eder ve bu akraba çocuğun durumu ile alâkadar olabildi (120).

(116) *Esprit des Lois* - T : II Livre XIV Ch : IX Sh : 12.

(117) *Esprit des Lois* - T : II Livre XIV Ch : X Sh : 13.

(118) *Esprit des Lois* - T : III Livre XXXI Ch : III Sh : 4.

(119) Aynı yerde.

(120) Aynı yerde. Sh : 5.

Aynı şekilde babasının veya kocasının yaptığı hırsızlığı ihbar etmeyen oğul veya karının köle olmasını emreden Burgonya kralının fermanı tabiata aykırıdır. Bu, bir suçu cezalandırmak için daha büyük bir suçun işlenmesini emretmektedir (121).

Bundan başka kanun vazileri milletlerin örf ve adetlerini de nazara alacaklardır. Bunları kanun yoluyla değiştirmeye kalkmak doğru değildir. Örf ve âdetler ancak yeni örf ve âdetlerin doğumuna yardım etmek suretiyle değiştirilmelidir ki bu da halka müşahhas örnekler göstermek suretiyle olur. «Milletler örf ve adeterine son derece bağlıdır. Bunları şiddet kullanarak değiştirmemelidir. Bu onları bedbaht etmek demektir. Yapılacak şey, onları âdetlerini kendiliklerinden değiştirmeye sevk etmektir. Zarureten doğmayan her ceza bir zulümdür. Kanun sırf bir iktidar tasarrufu demek değildir. Mahiyeti itibariyle mübah olan şeyler kanun mevzuu olmamalıdır» (122).

MONTESQUIEU bu bakımdan Rus Çarı Büyük PETRO'nun Rusyayı cebren garplılaştırma teşebbüslerini şiddetle tenkid eder. MONTESQUIEU'ye göre köylerden şehirlere gelen Rus kadınlarının eteklerini dizlerine kadar kestiren, Moskoflara cebren sakallarını traş ettiren kanunlar zalimanedir (123). MONTESQUIEU örf ve adetleri; bir milletin umumî ruhunun, millî seciyesinin doğrudan doğruya sudurları veya kaynakları olarak kabul ettiği için bunların değiştirilmesinin kanunların değiştirilmesinden çok daha tehlikeli olduğu kanaatındadır (124).

Diğer taraftan vazı kanunlar ahlâk, örf âdet ve muâşeret meseleleri ile hukuku birbirine karıştırmamalıdır. Ahlâk ve adaba taalluk eden hususları kanunlara tedvine kalkmak hatırdır. Meselâ Çin kanunları bütün bunları içine alır. Orada nezaket kaideleri dahi tedvin edilmiştir (125).

Fakat acaba kanunlar örf âdetler üzerine hiç müessir olmazlar mı? Daima olduğu gibi burada da MONTESQUIEU'nün tek taraflı bir ısrarına şahit olmamaktayız. O, kanunların örf ve âdetler karşısında geri durmaları, bunları sert cezaî hükümlerle değiştirmeye kalkmamaları gerektiğini söylemekle beraber kanunların da bu örf ve âdetleri teşkile nasıl yardım ettiklerini «İngiltere» misali ile uzun uzadıya izah eder : «Ben, bu milletin ka-

(121) T : III Livre : XXVI Ch : IV Sh : 6.

(122) T : II Livre XIX Ch : XIV Sh : 133 - 134.

(123) T : II Livre XIX Ch : XIV Sh : 133 - 134.

(124) T : II Livre XIX Ch : XII Sh : 131.

(125) T : II Livre XIX Ch : XVI - XX (Sh : 135 - 142).

nunlarının, örf adetinin ve adabının büyük mikyasta iklim eseri olmadığını iddia etmiyorum. Ancak bu milletin örf ve adet ve adabının büyük bir nisbette kendi kanunlarıyla alâkalı olduğunu söylüyorum» (126).

MONTESQUIEU'ye göre İngiliz esas teşkilâtının asıl gayesi siyasi hürriyeti sağlamaktır (127). Teşriî, icraî ve kazaî kuvvetlerin ayrılığı sayesinde temin edilen bu hürriyet nizamı içinde İngiliz halkı kendisine mahsus bir karakter kazanmıştır: Kendinden emîn 'stibdada tahammülsüz, iktidardaki icra organının yetkilerini aşırması karşısında derhal azlıktaki muhalefet partilerini desteklemeye âmade, siyasi meselelerle yakından alâkalı bir millet halini almıştır (128).

İktibas suretiyle kanunlar vaz'ı meselesine gelince; bu hususta MONTESQUIEU son derece ihtiyatlıdır. Ona göre, kanunları içinde yapıldıkları hal ve şartlardan asla tecrid etmemelidir (129) ve «herhalde bir cemiyet için yapılmış mer'i kanunlar onun siyasi kanunlarına tabi bulunduğundan, bir medenî kanunu bir milletten diğerine nakletmek isteyince, evvelâ heriki milletin aynı müesseselere ve aynı siyasi hukuka malik olup olmadıklarının tetkiki uygun olur» (130).

Bundan başka, vaz edilecek en mükemmel kanunlar için dahi bunları ısdar etmeden evvel, kendilerine tatbik edilecek kimsele-
rin zihinlerini alıştırmak lâzımdır (131).

Böylece MONTESQUIEU kanunların da cemiyet şartlarına ne suretle tesir edebileceğini, vazın kanunun cemiyete müessir olabilmesi için her meselede hangi hususları gözönünde tutması gerektiğini teferruatıyla izaha çabışır. O adeta bugünkü anlayışımızla kemal haline gelmiş bir nazari hukuk sosyolojisinin ilmi neticelerinden faydalanarak bunun ameli sahadaki in'ikâsı demek olan bir kanun yapma sanatının kaidelerini vaz etmek ister. Pek tabii bu hususta serdettiği fikirlerin hepsi bugünkü anlayışımızla kıymetlendirilecek olursa doğru çıkmayabilir. Fakat gene tekrar edelim ki MONTESQUIEU'nün XVIII. yüz yılda sosyal gerçeklikle mevzuat arasındaki bütün bu münasebetleri sezebilmiş

(126) T : II Livre XIX Ch : XXVII Sh : 148.

(127) T : I Livre XI Ch : V Sh : 249.

(128) T : II Livre XIX Ch : XXVII Sh : 148-161.

(129) T : III Livre XXIX Ch : XIV Sh : 182 (başlık).

(130) T : III Livre XXIX Ch : XIII Sh : 181.

(131) T : II Livre XIX. Ch : II Sh : 121 (başlık).

ve halli gerekli meseleleri vaz edebilmiş olması dahi büyük bir kıymet ifade eder.

§ 9 — *MONTESQUIEU'nün hukuk sosyolojisine yaptığı hizmetin değeri :*

MONTESQUIEU'nün muazzam eseri kendisinden çok sonra vücut bulan sosyal ilimlerin gelişmesine ne nisbette hizmet etmişse, bu ilimlerdeki gelişme de eserdeki kusurların belirtilmesine aynı nisbette âmîl olmuştur denebilir. Esasen ilmin terakkisi umumiyetle bu terakkiye götüren ilk dar geçitlerin sonradan terkinî, daha kestirme daha düzgün yeni yolların inşasını gerektirir ve çok defa bizi ilk merhalelere ulaştıran çetin, dikenli yolları açanlar unutulur. HENRÎ PUGET'in dediği gibi MONTESQUIEU bugün hem meşhur hem metrûktur (132).

EUGEN EHRLICH, daha sonra ki nesillerin, MONTESQUIEU'nün alelacele attığı temellerden faydalanmaktansa, yeni temeller üzerine yeni bir bina kurmayı tercih ettiklerini söyler (133).

A. COMTE, müracaat ettiği kaynakların mevsukiyet derecesi ile fazla ilgilenmeyen MONTESQUIEU'nün, ciddi felsefi bir tenkide başvurmaksızın birbirine tamamen zîd medeniyet tiplerinden gelişigüzel bir şekilde alınmış bir çok vakıaları verimsiz bir surette üst üste yığdığına işaret eder (134).

MONTESQUIEU'nün İngiliz esas teşkilâtı hakkındaki yanlışmasını, orada pek kat'i bir kuvvetler ayrılığı mevcut zannetmesini tenkit etmek artık moda haline gelmiştir. MONTESQUIEU'nün bahsettiği devirde İngiltere'de onun zannettiği şekilde bir kuvvet ayrılığı yoktur. Kaza ve icra kuvvetlerinin elemanları şeklen tacın ajanları durumunda idiler ve kanunen de parlamentoya tabi idiler. Asıl faal icra kuvveti ise o zaman da şimdi olduğu gibi tatbikatta bir parlamento encümeni idi. Fakat bu hatayı başka türlü tefsir etmek lâzımdır. Haddizatında MONTESQUIEU H. CAIRNS'in dediği gibi esas teşkilât kaidelerinin teferruatı ile alâkadar değildi. O, İngiltere'de gördüğü hürriyet havasını, te-

(132) Henri PUGET — *L'Apport de «l'Esprit des Loix» à la Science politique et au Droit Public* (Bicentenaire.. Sh : 25. Paris 1952).

(133) EUGEN EHRLICH — «Modern ilmin icapları zaviyesinden o bir alimden ziyade münevver bir asilzadenin keşfi, heveskârane, ve parçalı bir eserdir. Bununla beraber o, birçok bilgin nesillerinin fikir ve ilham kaynağı olan muazzam fikir hazinelerini taşıyan muhteşem bir eserdir.» (*Montesquieu and Sociological Jurisprudence. Harvard Law Review. 1915-1916 Sh : 599*).

(134) AUGUSTE COMTE — *Cours de Philosophie Positive, Tome : IV Sh : 129.* (Schleicher Frères Éditeurs. 1908).

ferruatına nüfuz edemediği birbirinden farklı fonksiyonlara sahip müesseselerin böyle bir kuvvetler muvazenesi yaratmış olmasına hamlediyordu. Ana hatları itibariyle kendi zamanı hakkındaki nazariyesi doğru idi ve İngiltere'de hâdiseler sonradan vakitiyle onun tasvir etmiş olduğu hale doğru inkişaf etti ve MONTESQUIEU'nün tasvirine daha fazla uydu (135).

Bundan başka E. DURKHEIM, bir çok meziyetlerini takdir etmek ve sosyolojinin hakiki* bir mübeşşiri oluşunu teslim etmekle beraber MONTESQUIEU'nün hem nazariyesini hem metodunu vuzuhsuzlukla itham eder. Ona göre, MONTESQUIEU eşya tabiatından bahsederken aslında eşya hakkındaki mefhumları murad etmektedir ve eşya tabiatları arasındaki münasebetler diye tavsif ettiği kanunlar haddizatında mefhumlar arasındaki münasebetlerdir (136). Zira «eşya tabiatı», ilmi araştırmaların başında değil ancak sonunda anlaşılabilcek bir mefhumdur.

Diğer taraftan MONTESQUIEU «eşya tabiatı ile eşyanın bütün hususiyetlerini değil, belki mümeyyiz vasıflarını anlamakta idi. Nitekim istibdat idaresinin mahiyetini onun bütün hususiyetlerini içine alacak şekilde değil, sırf mümeyyiz vasfı olan «keyfi tahakküm» unsuruna dayanarak izah etmekte idi (137). «Tabiatın bozuk olan bir şeyin daha fazla bozulması bahis konusu değildir» diyordu iki bunun bir izah sayılamıyacağı aşikârdır.

Keza gene DURKHEIM'in tenkidlerine göre MONTESQUIEU topladığı malzemeyi olduğu gibi tasvir ve tahlil etmez, onları daha ziyade, kendi muayyen bir fikrini isbat için ileri sürer. Bazen pek az misalle haksız genellemelere yükselir, bazan aynı nevi müessese hakkında tarihte pek fazla misal olduğu halde bu misalleri müessesenin akli tarifine uydurmadığı için red ve tenkit eder: esaret müessesesinin demokrasiye yakışmadığı yolundaki fikirleri gibi. Böylece eserinde bazan talil (tündengelim) metodunun hem tecrübeler hem müşahedelerle galip çıktığı görülür (138).

MONTESQUIEU'nün cemiyetin dinamik cephesi ile, tarihi

(135) HUNTINGTON CAIRNS — *Law and the Social Sciences*. London 1935 Sh : 242.

(136) EMİLE DURKHEIM — *Montesquieu et Rousseau, Les précurseurs de la Sociologie*. 1952. Sh : 112.

(137) EMİLE DURKHEIM — *a. g. e.* Sh : 11.

(138) EMİLE DURKHEIM — *a. g. e.* Sh : 100

tekâmülü ile ilgilenmediği daha A. COMTE'an beri ileri sürülmektedir (139).

Bundan başka MONTESQUIEU iklimin insan cemiyetlerini şekillendirmesinden bahsederken, aynı iklim şartları ve coğrafi bölgelerde tarihin muhtelif zamanlarında birbirinden tamamen farklı bünye ve seciyelere sahip cemiyetlerin yaşadıklarını, aynı cemiyetin dahi zamanla kendi hususiyetlerini, devlet teşkilâtını ilâhî.. değiştirdiğini farketmez görünür. O sadece siyasi bakımdan «bozulma» vetiresine dikkatini tevcih eder. Bununla beraber kendisinin «Romalıların yükseliş ve batışlarını sebepleri hakkında müşâhazalar» adlı eserinde bir cemiyetin dinamik seyri ile meşgul olduğu ve asıl sosyolojik görüşlerinin de bu eserde mündemiç olduğunu iddia edenler de yok değildir (140).

G. GURVITCH ise, MONTESQUIEU'nün hukukla örf âdet arasında yaptığı kesin ayırt üzerinde durur ve bunu şiddetle tenkid eder. MONTESQUIEU hukuku kanunlara inhisar ettirmekle ve kanunları da devlet iradesine irca etmekle kendi geniş görüşünü kasden daraltmış gibidir. Bu yüzden o hukuku, cemiyet içinde kendiliğinden doğmuş spontane haliyle yakalayamamıştır. Ona göre hukuk daima kanun vaznının kaleminden çıkacaktır. Hülâsa hukukun tıpkı örf âdet gibi teşekkül ettiğini fark edememiştir. Bütün dikkatini hukuk normlarının şekli tanzimine tevcih etmiştir. Nihayet GURVITCH der ki «bütün bunlara bir de kendisinin sosyolojik ampirizmdeki samimiyyetine rağmen araştırmalarında pratik bir maksat, yani ferdiyetçi liberalizmi haklı çıkarmak maksadını gütmekten çekinmediğini de ilâve edersek görürüz ki, başarılı bütün metodolojik terakkilere rağmen, hukuk sosyolojisi (Kanunların Ruhu) nun yayımlanması ile doğmuş olmaktan çok uzaktır» (141)

MONTESQUIEU'yü hukuk sosyolojisinin hakiki mübeşşiri olarak takdim eden EUGENE EHRLICH kendisinde rastlanan bu gibi tenkide müstehak hususları esas itibariyle üç sebebe affeder:

1) Evvelâ MONTESQUIEU'nün zamanında, girilen tetkik konusunu aydınlatmağa yarıyacak malûmat hazinesi pek fakirdi. Bu bakımdan MONTESQUIEU'nün teşebbüsü mevsimsizdir. O

(139) AUGUSTE COMTE — a. g. e. Tome IV Sh : 127-132.

(140) ROBINET DE CLERY — Montesquieu, sociologue (Revue Internationale de Sociologie, 1939 Sh : 223).

(141) GEORGES GURVITCH — *Éléments de Sociologie Juridique*. Paris 1940 Sh : 47 (Türkçe tercüme : Çeviren : Hâmidî Topçuoğlu-Hukuk Sosyolojisinin mübeşşirleri. Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi.

tıpkı XVII. yüzyılda buharlı treni ilk defa keşfeden DENEY PAPIN gibi talihsiz bir kâşifti. Zira zaruri olarak natamam olan bu keşif hemen unutulmuş ve birkaç asır sonra buharlı tren bir başkası tarafından tekrar keşfedilmiş ve keşif tutunmuştu. Gerçi MONTESQUIEU zamanında büyük bir şöhret yaptı. Fakat bu şöhret eserinin en fazla zevale mahkûm kısımları yüzündendi (142).

2) Sonra MONTESQUIEU «hukuk» ile hukuku tevhit eden ve ifraz eden «içtimai müessese» arasındaki münasebeti bilmiyordu. Çünkü kendisi içtimai müessese mefhumuna yükselememişti. Bu müesseselerin şekilsiz ve spontane hukuki hayatını kavrayamamıştı. Bunun için kanunlara müessir olarak saydığı bütün sosyal faktörlerin kanunlara nasıl ve ne suretle tesir ettiklerini anlatamamıştır. Çünkü bu tesirler doğrudan doğruya kanun maddelerinde veya alelittlak hukuk kaidelerinde değil belki daha önce ve daha bariz bir şekilde bu kaideleri yaratan klan, aile, köy cemaatı, mülkiyet, mukavele miras gibi sosyal müesseselerde müşahade edilir.

Böylece MONTESQUIEU içtimai veya fiziki faktörlerle kanunlar arasındaki mutavassıt halkayı teşkil eden müessese mefhumunu atladağı içindir ki izahlarının bir çoğunu muallâkta bırakmıştır (143).

3) Nihayet MONTESQUIEU'nün giriştiği teşebbüs, çap itibarıyla o kadar büyük, o kadar muazzamdır ki eserinin ihtiva ettiği bölüm başlıklarının altını hakikaten mevsuk bilgilerle doldurabilmek için devrimizin ilmi malûmat hazinesi dahi yetmez. EHRLICH der ki İncil'de bahsi geçen ve yer yüzünde bin yıla yakın bir müddet yaşamış olan esatiri insanın «Methuselâh» ömrü içimizden birine nasip olursa belki bu zat önümüzdeki bin senenin malûmatını da iktisap suretiye ömrünün son asrında. Kanunların Ruhu gibi bir eseri muvaffakiyetle başarmaya teşebbüs edilir.» (144).

Ancak unutmamak lâzımdır ki bütün bu tenkitleri serdeden müellifler esas itibarıyla MONTESQUIEU'nün gayret ve muvaffakiyetine hayran olmuş kimselerdir. Kanaatımızca zamanındaki bilgi malzemelerinin kıtlığından MONTESQUIEU'nün mesul olmadığı aşikâr olduğu gibi, zekâ tecessüsünün ancak devrin bilgi malzemesi ile mahdud kalması lüzumundan ilmi sahada bahis edilemeyeceği de daha az aşikâr değildir. Dehanın rölü me-

(142) EUGEN EHRLICH — a. g. e. Sh : 595.

(143) EUGEN EHRLICH — a. g. e. Sh : 598.

(144) EUGEN EHRLICH — a. g. e. Sh : 599.

selelere hal sureti bulmaktan ziyade evvelâ onları vazedebilmesinde değil midir? Bu bakımdan MONTESQUIEU'nün vazettiği meselelerin yalnız hukuk sosyolojisi için değil, hukuk felsefesi için, tefsir nazariyesi için, âmm hukuku ve siyasi ilimler için mukayeseli hukuk için, beşerî coğrafya için ilâhîr.. nasıl bir ehemmiyet arzettiğini inkâr kabil midir? Bu meselelerden bir tanesini tetkik dahi bugünün sosyolog hukukçuları için kâfi bir ilmi hizmet teşkil etmez mi?

Hukuk kaidelerini kanunlara inhisar ettirmesi hususu ise bugün dahi hukukçularla sosyologlar arasında halledilemeyen bir probleme taalluk etmektedir : Spontane bir hukuk var mıdır? Varsa bu örf ve adetten mi ibarettir? Değilse nedir? İlâhîr.. bütün bu noktalar XIX. yüzyıl sonunda ve XX. yüzyıl başında ortaya atılan «yaşayan hukuk» problemi ile ilgilidir ki bu mevzuun mudiliyetine başka bir etütde esaslı bir şekilde temas edeceğiz.

MONTESQUIEU'yü bu bakımdan ARİSTO'dan daha geride görenler vardır (145). Fakat meselenin bugün dahi hukuk ve sosyoloji ilimleri sahasında ne kadar münazaah olduğu düşünülürse MONTESQUIEU'ye bu bakımdan isnad edilecek kusurun pek mühim olmadığı sonucuna varılabilir.

Bir fikir adamının dediği gibi «MONTESQUIEU'yü tamamen öğrendim demek hatadır. Zira onda yeni keşiflerde bulunmak imkânı daima baki kalmaktadır» (146). Eserdeki fikir zenginliğine bakıp da buna hükmetmemeğe zaten imkân yoktur.

(145) GEORGES CURVİTCH — a. g. e.

(146) ROBINET DE CLERY — a. g. e. Sh : 222 «Et l'on a beau croire connaître à fond Montesquieu, Il est toujours possible de faire, avec lui des nouvelles découvertes» (a. g. e. Reue Int. de Sociologie. 9. 6. 1959).

BİBLİYOGRAFYA :

- ABADAN, Yavuz.** «Hukuk Felsefesi Dersleri, Ankara 1954.
- AKBAY, Muvaffak.** «Umumi Âme Hukuku Dersleri», Ankara 1958, 3. Baskı.
- BRAND, F.** «Thomas Hobbes' Mechanical conception of Nature», London 1928.
- BURGESS, J.** «Introduction to the History of Philosophy», 2. Baskı, London 1939.
- CAPTANT, R.** «Hobbes et L'Etat Totalitaire», Archives de Philosophie, 1936 - (1-2), Sf.: 46-75.
- CARRE, M. H.** «Phases of Thought in England», Oxford 1949
- CATLIN, G.** «A History of the Political Philosophers», London 1947.
- CATLIN, G.** «HOBBS, Thomas» — Encyclopaedia of the Social Sciences - Vol. VII - VIII, Shf.: 394-396
- CATLIN, G.** «Thomas Hobbes as philosopher, publicist, and Man of Letters», Oxford, 1922.
- GRAHAM, M.** «English Political Philosophers from Hobbes to Maine», New-York 1900.
- HARNSHOW, F. J. C.** «The Social and Political Ideas of some Great Thinkers of the Sixteenth and Seventeenth Centuries», London 1926.
- HÖNIGSWALD, R.** «Hobbes und die Staat philosophie», München 1924.
- JAMES, S. D.** «English Philosophers and Schools of Philosophy», 1912.
- LAMPRECHT, S.** «Hobbes and Hobbism», — American Political Science Review - Vol. XXXIV (1940), Sf.: 31.
- LAIRD, J.** «Hobbes», 1934.
- LUBIENSKI, Z.** «Die Grundlagen des ethisch-politischen Systems von Hobbes», München 1932.
- MURRAY, J.** «The History of Political Science from Plato to the Present».
- GÖRİZ, A.** «Hobbes, Şahsiyeti ve Siyasî Fikirleri», Ank. Huk. Fak. Mec., 1955 Cilt. XII, Sf.: 302
- PAUL, L.** «The English Philosophers», — Faber and Faber, London 1952.
- ROBERTSON, G. C.** «Hobbes», 1886.
- «La Pensée et L'influence de Th. Hobbes», — Archives de Philosophie — Vol. XII, Cahier II, Paris, 1936

- RUSSEL, B.** «A History of Western Philosophy», London 1948.
- SABINE, G. H.** «A History of Political Theory», Third Ed. London, 1952.
- OKANDAN, R. G.** «Umumi Âme Hukuku Dersleri», İstanbul 1952.
- OAKESHOTT, Michael.** «LEVIATHAN or the matter, forme and power of a COMMONWEALTH ecclesiasticall and civil» — By Thomas Hobbes - Ed. with and Introduction by M. OAKESHOTT. BASIL BLACKWELL OXFORD 1955.
- JONES, W. T.** «A History of Western Philosophy», New-York 1952.
- DOYLE, P.** «A History of Political Thought», London 1949
- SORLEY, W. R.** «A History of English Philosophy», 2 nd. Ed. Cambridge, 1937..
- RUSSEL, B.** «An outline of Philosophy», 1927.
- STRAUSS, L.** «The Political Philosophy of Hobbes», 1934.
- STEPHEN, L.** «Hobbes», 1904.
- TAYLOR, A. E.** «Hobbes».
- TÖNNIES, F.** «Thomas Hobbes, der Mann und der Denker», Stuttgart 1922.