

İÇİNDEKİLER

- Hukuk ve Politika: Luhmann Sosyolojisi Bağlamında Bir Tartışma-*Ali Yaşar Sarıbay*5
- Kişiliğin Önkoşulu Olarak Kamu Alanını Yeniden Düşünmek-*Mehmet Tefik Özcan*15
- Türkiye’de Hukukun Sosyal Teorisi-*Mustafa T. Yücel*26
- Küreselleşme Süreci ve Birey Kavramı-*Zeynep Özlem Üskül*40
- Adalet Sistemindeki Sosyal Cinsiyet Farklılıkları-*Halime Ünal*49
- Feminist Hukuk Görüşlerinin Analizi-*Murat Yüksel*57
- Adil Yargılanma Hakkı Açısından Hukuk Usulünde Çözüm Arayışları-*Halûk Konuralp*65
- Oyun Teorisi – Hukuk Uygulaması ve Adil Yargılanma Hakkı-*Muhammet Özekes*80
- Yargı Bağımsızlığı ve Yargıç Kimliği-*Çetin Aşçıoğlu*88
- Yargıç, Kamu Düzeni ve Konformizm-*Mustafa Kutlu*93
- Hukuklaşmayan Bir Alan: Vergi Mevzuatı – Vergi Hukuku-*Yusuf Karakoç*135
- Yeni Türk Ceza Kanunu Üzerine (Felsefi ve Sosyolojik) Bir Eleştiri-*Mustafa T. Yücel*142

Hukuk ve Politika: Luhmann Sosyolojisi Bağlamında Bir Tartışma

Ali Yaşar Sarıbay^(*)

I. Giriş: Sosyal Teori ve Hukuk

A. Genel Açıklamalar

Hukuk, gerek Hukuk Sosyolojisi, gerek Hukuk Felsefesi disiplinlerinde üzerinde anlaşma sağlanmış bir kavram değildir. O kadar ki, bugün sözkonusu disiplinlerde hukukun tanımını aramak, adeta “Nuhun gemisini aramak gibidir.” (Yücel, 2004 : 14). Bu sorunu gene de doğal karşılamak gerekir, çünkü herhangi bir kavramın bir teoriden bağımsız üzerinde hemfikir olabileceğimiz tanımını yapmak, imkansız olduğu kadar metodolojik olarak uygun da değildir.

Bu sebeple, hukuk ve politika arasındaki ilişkiyi ele alan bu yazıda, hukuk kavramına- esasen tanımsal olarak yaklaşmamakla beraber- onun belirli bir toplum teorisi içindeki anlamı üzerinden çözümlenmelere girişilecektir. Söz konusu toplum teorisi, Alman sosyal bilimci Niklas Luhmann’ın (1927-1998) sosyolojisi üzerine inşa olmuş bir teoridir.

Luhmann’ın teorisi, insana politik alan içinde total statü tanıyan, dolayısıyla hukuku politikanın bir gölge fenomeni olarak gören klasik sosyal teorisinin aksine, hukuku bir sistem olarak kavramlaştırmış, ona özerk bir statü atfetmiştir (Luhmann, 1985: 7). Bu anlamda, hukuk teorisi ile sosyoloji arasındaki ilişki, münhasıran hukuk ile po-

litika arasındaki ilişki Luhmann’da- bazı izler taşımakla beraber- Durkheim ve Weber’inkinden farklıdır (Schluchter, 2003). Nitekim, Durkheim , toplumu son tahlilde moral entite olarak gördüğü için, hukuk sosyolojisini ahlak sosyolojisinin tamamlayıcı bir parçası olarak sunar. Organik ve mekanik dayanışma bağlamında baskıcı hukuk ve onarıcı (telif edici) hukuk ayırımı yapar; baskıcı hukukun mekanik, onarıcı hukukun organik dayanışma temelinde yükseldiğine dikkat çeker. Hukukun gelişmesi, Durkheim’e göre, onarıcı hukukun baskıcı hukukun yerini almasıdır. Böylece, Durkheim, son tahlilde, toplumun bir hukuk sistemi olarak algılanabileceğini, dolayısıyla hukukun toplumsal hayatın ön koşulu olduğunu vurgular : Hukuk toplumsal hayatın çekirdeği ve sembolü, dolayısıyla kültürün bir parçasıdır. Sosyal gelişme ile hukukun gelişmesi paraleldir. Durkheim’den Luhmann sosyolojisine intikal eden husus; sadece hukukun farklılaşmasının, modern toplumların işlevsel farklılaşmasının bir parçası olduğudur.

Weber ise Durkheim gibi düşünmez; yani hukukun, toplumsal hayatın ön koşulu olduğunu reddeder. Weber’e göre, hukuk toplumsal hayatı inşa eden ön koşullardan sadece biridir. Ampirik eylem sosyolojisinin doğrultusunda Weber, hukukun veya hukuk düzeninin sosyal eylemin bir kısmını düzenlediği-

(*) Prof. Dr., Uludağ Üniversitesi İİBF Öğretim Üyesi

ni ileri sürer. Ona göre toplumsal hayatın bir parçası olarak hukuk düzendir.

Bu konuda Luhmann'ın düşünceleri Weber'den daha fazla izler taşır. Weber'de hukukun otonom bir gelişmesi söz konusudur, dolayısıyla kendi iç mantığına sahiptir. Hukukun farklılaşması, değerler farklılaşmasının bir parçasıdır ki bu da kurumsal farklılaşmaya ilişkin bir normatif boyuta sahiptir.

Luhmann, 1970'lerden itibaren Hukuk Teorisi ile Sosyal Teori arasındaki yakınlaşmada ve teorik alış-verişte Pierre Bourdieu, Michel Foucault, Jacques Derrida, Giorgio Agamben gibi teorisyenler arasında adı en fazla geçen sosyolog olmuştur. 1980'lerden sonra ise bu doğrultudaki teorik yolculuğa J.Habermas da katılmıştır. Habermas ile Luhmann'ın sosyal teorisinin genel çerçevesi üzerine yaptıkları tartışmanın önemli bir kısmı hukuk olgusunun Sosyal Teori içinde işgal ettiği yer ve işlevle ilgilidir. Burada bu tartışmaya girmeyeceğiz (Bu konuda bkz.: Deflem, 1998). Ama çok kısa belirtmek gerekirse, aralarındaki fark şudur: Habermas hukuku son tahlilde toplumsal ve politik değişmeyi sağlayıcı bir araç olarak görür. Örneğin, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy* adlı kitabında demokrasinin hayata geçirilmesinde en belirleyici aracın hukuk olduğunu işlemiştir. Luhmann ise hukuku, gerçekleşmeyen normatif ve tanımlayıcı (descriptive) beklentilerle işgal eden bir kurum olarak niteler hukuka beklentiler ile gelecekteki potansiyel durumlar; kültürel oluşumlar ile maddi koşullar arasında aracı bir kurum olarak bakar (Luhmann, 1985: Bölüm 2).

Klasik sosyal teorisyenler sosyal teorisinin köklerinin hukuk teorisinde yat-

tığına işaret etmişlerdi (Scheppelle, 1994). Bunu yaparken, genellikle toplumu moral bir entite (Durkheim) ve değerler bütününden oluşan bir yapılaşma (Weber) olarak algılama ağır basmaktaydı. Bir başka sebep, disiplinler arası uzmanlaşma henüz gerçekleşmediğinden, toplumsal olguları ve bu olgulara bakışı bütünsel bir çerçeveye oturtmak toplumsal çözümlemeyi bağlayıcı bir faktördü. Oysa, günümüzde hem uzmanlaşmış bir sosyal bilimler ailesi vardır, hem de buna bağlı olarak toplumsal olguların bütünsel çözümlemeden arındırılması söz konusudur. Bu çerçevede hem Hukuk Teorisi, hem Sosyal Teori klasik sosyal teorisyenlerin uğraştıkları meselelerin çoğuyla hâla uğraşmalarına rağmen, disiplinler arası farklılaşma, her bir disiplinin kendi yolunda yalnız yürümesi sonucunu getirmiştir (Scheppelle, 1994: 401.) Luhmann'ın sosyal teoriysen olarak yeri bu açıdan farklıdır.

B. Luhmann'ın Yeri

Luhmann'ın diğerleri arasında yerini farklı kılan husus, öncelikle metodolojik bir başlangıç noktasıyla ilgilidir. Bu nokta, hukuki bilgi ile hukukun sosyolojik incelemesi arasındaki açığa inhisar eder. Luhmann'a göre hukuki bilgi normatif düzenle ilgilidir. Sosyoloji ise, sosyal davranış, kurumlar, sosyal sistemler ile meşgul olur. Sosyologlar hukuka dışarıdan, hukukçular içeriden bakar. Luhmann, dışsal gözlem ile içsel tasvirin tamamlayıcı olduğunu ve hukuku sosyolojik olarak analiz etmenin böyle bir sentezi elzem kıldığını belirtir. Oysa Luhmann, merkezlessiz toplum vurgusuyla, işlevsel farklılaşma sayesinde göreceli özerk alanlara değinerek hukuku kendi kendini yaşatan (autopo-

ietic) bir alt-sistem olarak konumlandırmıştır (Luhmann, 1990a: Bölüm13).

Luhmann'ı farklı kılan diğer önemli husus, onun hukuk teorisinin pozitivist doğasıdır: hukukun moral, politik, ideolojik unsurlarla belirlenmediği. Bu perspektiften, Luhmann'a göre hukuk bilimi (jurisprudence), hukuk sistemi içinde kural oluşturmanın ve yorumlamanın incelemesidir. Buna paralel olarak, Luhmann'ın hukuki pozitivizmi doğal hukuk, hukukun sosyolojik teorisine, toplumsal sözleşme teorilerine berrirli bir karşılığı içerir.

Bununla beraber, Luhmann'ın hukuki pozitivizme yakın duruşu, onu münhasıran Kelsen gibi "legal pozitivist" olarak nitelmemizi hakkı kılmaz. Saniyen, pozitivist, Luhmann'ın hukuka moral talimatvari (prescriptive) ilkeler attığı anlamına da gelmez.

Luhmann'ın pozitivistizminin özü, hukuk sisteminin kendi kendisini pozitivistik bir şekilde sunması; yargıçlar ve yasa yapıcılar tarafından olgular, verili durumlar olarak üretilen bir hukuk anlayışına tekabül eder; hukukun bir araç olarak kullanılarak toplumsal değişime sağlanabileceği anlayışını dışlar (Luhmann, 1985: Böl.4)

Bir başka fark kendini yasallık-meşruluk ilişkisini telakkide gösterir. Luhmann, meşruluğun yasallığa dayandığı (Kantgil) görüşünü savunur. Ona göre, politik sistemde politika kaçınılmaz olarak hukuktan önce gelir. Fakat, bu, hukukun politik yönelimli olduğu anlamına gelmez.

Luhmann'da meşruluğun hukuktan önce geldiğine dair Aristogil görüşü reddedilir. Hukukun etkin işleyişine tek engel, farklılaşmamadır (dedifferentiation): hukukun sınırlarının silinmesi, hukuksal iletişimin kaybolması ve an-

lamlandırmanın diğer sistemlerden (politika, din...) gelmesi (Luhmann, 1982: 122-4).

Luhmann'ın hukuk teorisindeki farklı yerinin ne kadar özgün olduğunu daha açık ve ayrıntılı göstermek için, onun genel (toplum) teorisinin ana hatlarını ve politika kavramlaştırmasını ayrıca tasvir etmek gerekmektedir.

II. Luhmann'ın Genel Teorisinin Ana Hatları ve Politika Anlayışı

Luhmann'ın Sosyal Teorisinde çözümleme birimi bireyler veya gruplar değil sistemlerdir. Bu sistemler ise insanlardan değil, iletişimlerden oluşur. Toplum, dünyayı anlamlandıran diğer sistemlerle temasta olan bir sistem olduğundan, sosyal dünyadaki ilişkilerin temel biçimi, birey ve toplum arasında değil, sosyal sistem ve çevresi arasındaki ilişkidir. Modern toplum, alt-sistemler ve bunların kendi çevreleri şeklinde farklılaşmış toplumdur (ekonomik alt-sistem ve çevresi, politik alt-sistem ve çevresi, eğitimsel alt-sistem ve çevresi...) (King-Thornbill, 2003: 2-4).

Luhmann'ın teorisinde insanlar sosyal sistem değil, kendi kendini tanımlayan (self-referring) hem biyolojik, hem psikik olarak yaşayan sistemlerdir ve birinçileri aracılığıyla anlam üretirler (Luhmann, 1990a: Böl.2; 5). Bununla beraber Luhmann, ne bireylerin ne de insanlığın önemini inkar eder. Fakat, birinç ile iletişim arasında ayırım yapar ve bunların her birinin anlamlar dünyasının ayrı otonom alanları olduğunu vurgular.

Luhmann'a göre, sosyoloji, gözlenebilen ile ilgilidir. Bunlar da insanların düşünceleri değil, iletişimleridir (Luhmann, 1989: Böl.1). Gözlem ise "ilk elden" ve "ikinci elden" olmak üzere

farklılaştırılmalıdır. "İlk elden gözlem", gözlemin ve gözleyen gözlenmemesi durumunu; "ikinci elden gözlem" ise gözleyen ve gözlemin gözlenmesi durumudur.

Luhmann'ın teorisinde sosyal sistemler, üç farklı tip arz eder : Etkileşim Sistemleri, Örgütsel Sistemler ve Toplum (Interactions, Organizations, Society). Her üç sistem de iletişimi aracı olarak kullanır. Fakat, toplumun dayandığı iletişim farklıdır: Toplum için tek iletişim, toplumun politika, hukuk, bilim, din, eğitim, sanat, vs. alt-sistemleri tarafından anlamlı olarak kabul edilmiş iletişimdir (Luhmann, 1982: Böl.4). Dolayısıyla Luhmann için toplum, "sosyal dünya", "sosyal çevre" veya "sosyal alan" gibi kavramlardan farklı olarak, sadece ve sadece alt-sistemlerinin biri veya daha çoğu tarafından kabul edilmiş şeylerden müteşekkildir.

Toplum Luhmann'a göre, kapsayıcı bir sosyal sistemdir: tüm iletişimleri kapsar, yeniden üretir ve gelecekteki iletişimler için anlamlı ufuklar bina eder (Luhmann, 1982: Böl.10). Bu açıdan toplum, anlamlı iletişimlerden oluşan bir sosyal sistemdir. Toplumun dışında bir iletişim söz konusu değildir: "iletişimsiz toplum, toplumsuz iletişim yoktur". Bu temel üzerinde her toplum kendi çevresini bina eder. Çevre ise doğa ve bilinçten oluşur.

Sosyal sistem işlevsel farklılaşma üzerine bina olmuştur. İşlevsellik, sistemler iletişimlerini organize edebildiği ve diğer iletişim sistemlerinin onları kullanabileceği tarzda yayabildiğinde ortaya çıkar. İşlev sistemleri olaylara anlam vererek kaosu önler (King-Tornhill, 2003: 9). Luhmann'ın işlevsel analizini diğerlerinden ayıran (örneğin

Durkheim ve Parsons'unkinden) şudur: İşlevsel olarak farklılaşmış sistemler bir işbölümü ve sosyal eylem değil, anlam organize edicilerdir. Toplumsal olarak farklılaşmış sistemler iletişim üretmelerinde enformasyonu anlama dönüştürürler. Fakat, her biri toplum için anlam organizasyonu ile ilişkisinde özgül işleve sahiptir (King-Tornhill, 11).

Luhmann'da sosyal sistemler veya sistemle alt-sistemler arasındaki sınır çizgisini belirlemede kodlama ve programlama hayati öneme sahiptir. Kodlama ve programlama, sosyal faaliyetin her alanının dünyayı kendi terimleriyle görmesi veya kavramlaştırmasıdır. Bu doğrultuda ekonomi parayı, politika iktidarı, bilim hakikati, din imanı, cinsellik aşkı aracı yaparak dünyayı görür. Her kodlama ikili mahiyette olup, negatif ve pozitif yönleri sahiptir. Bu, politika için iktidara sahip olmak-olmamak, hukuk için ise kanuni-gayri kanuni duruma tekabül eder. Kodlama yaparak sistem kendisini çevreden ayırır ve kendini kapatır (King-Tornhill, 23-4).

III. Luhmann'ın Hukuk Teorisi / Sosyolojisi

Luhmann'a göre "hukuk" demek, yasal sistem demektir ki bu da belirtildiği gibi iletişim sisteminden başka bir şey değildir : Kendi kendini hukuk olarak tanımlayan diğer iletişim sistemlerinden kendini ayırt edebilen bir iletişim (King-Tornhill, 36).

Hal böyle olunca, cevaba muhtaç temel soru şudur: Hangi tür iletişimler hukuk sayılır ? Luhman soruyu şöyle cevaplar: Hukuk sistemine ait olduğu yasa tarafından kabul edilen tüm iletişimler hukuk sayılır. Hukuki bir iletişim, kanuni/gayri kanuni ayrımına dayanan veya bu ayrımla ilişkili olan herhangi bir iletişimdir. Dolayısıyla, hu-

kuk son tahlilde legalite/illegalite meselesiyle ilişkili tüm iletişimlere uzanır (King-Tornhill, 2003: 36).

O halde, Luhmann'a göre, herhangi bir olay (trafik, tüketim...vs.) hukuken anlam ifade edebilecek iletişimsel bir mahiyet kazandığında hukuk sisteminin ve tabii aynı zamanda toplumun bir parçası haline gelir. Luhmann'ın işlevselciliği hatırlandığında, bu cevabının hukuki işlevsel gerçekçilerle aynı anlamı taşıdığı ortaya çıkar : "Hukukça ne yapılırsa hukuk odur" (Yücel, 2004: 36).

Bu itibarla, hukukun işleyişinde etik içerikleri arındırmak, dolayısıyla hukuka normatif ve talimatvari ilkeler atfetmemek gerekir. Bunun için modern toplumun pozitif hukuku, herhangi bir dış otoriteye tabi olamaz. Kendisini dışsal bir otoriteden özgürleştirebilmiş bir hukuk sistemi ancak kanuni/gayri kanuni ayrımında kendi kendini belirleme yeteneği gösterebilir ve bu sayede meşruluğunu sağlayabilir. Bu, aynı zamanda, işlevsel farklılaşma sistemlerinin birbirine kognitif açıklık (enformasyon almak ve iletişimde bulunmak), fakat her bir sistemin kendi kodları referansları ve rasyonalitelerine dayanarak çalıştıkları normatif kapalılık içinde oldukları durumdur (King-Tornhill, 43-4).

Normatif kapalılık, hukuk sistemi içinde doğru/yanlış ayrımının değil, kanuni/gayri kanuni ayrımının geçerli olduğunu ifade eder. Bu ayrım, moral olarak meşru kabul edilebilir olanın (örneğin kanuna itaatsizlik) gayri kanuni fiil olarak muamele görmesini önlemez. Aksi takdirde, hukukun sınırlarının belirsizleşmesi ve hukuki iletişimin yok olması gündeme gelir ki bu da

son tahlilde hukuksuzluğun vuku bulması demek olur.

Buraya kadar anlatılanlar çerçevesinde hukukun işlevini belirlemede hukuk-politika ilişkisi Luhmann sosyolojisinin en kompleks meselelerinden biri olarak belirir. Bir düzeyde hukuki ve politik sistemler birbirini dışlamazlar. Bunu anlamak için hukuk ve yasama arasındaki farka atfedilen önemi dikkate almak gerekir. Yasama hem politik iletişim olarak görülebilir (karar almanın politik sürecinin bir parçası olması) hem de hukuki bir iletişim olarak kabul edilebilir (mahkemelerin legal/illegal kodlamaya dayanması). Ama öte yandan, yasama meclisinde vuku bulan edimlerin çoğu hukuki kodlamaya tabi değildir. Dolayısıyla hukukla alakasız olduğundan, Luhmann'a göre, politik sistemde bir hukuki kararın hükümet politikasını dışa vurma olasılığı gözden kaçırılmamalıdır (King-Tornhill, 44).

Hal böyle olunca, önemli sorumuz burada bir başka şekilde yeniden gündeme geliyor: Hukukun işlevi nedir ? Burada yukarıda açıkladığımız "işlev" teriminin tanımını yeniden hatırlayarak soruya açıklık getirmeye çalışalım. Söz konusu tanım çerçevesinde ele alırsak; Luhmann, hukuk sisteminin bireyler için ifade ettiği fayda ile ilgilenmez. Onu ilgilendiren, hukukun iletişimsel sosyal sistemlerden oluşan toplumun varoluşunda ve varlığını sürdürmesindeki katkısıdır. Luhmann'ın esasen cevap aradığı soru şudur : ekonomi, bilim, şahsi etkileşimler gibi diğer sistemlerin her birinin kendi özgül tarzlarıyla iletişimlerini organize etmeye devam etmesinde hukukun oynadığı merkezi sosyal rol nedir? . Cevabı şöyledir: zaman içinde meydana çıkan normatif beklentileri stabilize etmek. Yani huku-

kun işlevi, normlar temelinde (şeyler nasıl olmalıdır) formüle edilmiş beklentilere göre işleyen toplumsal iletişimleri garanti etmektir (King-Tornhill, 52-3). Bu beklentiler belirli bir zaman momentinde hukuk sisteminin kararları tarafından üretilmiştir. Bunda şimdiki, geçmiş ve geleceğe bağlayan zaman ilişkilerini yaratmak da hukukun işlevlerindedir ki, buna belirsizliği giderme işlevi diyebiliriz.

Hukuk sisteminin kendi kendisini adil olarak tanımlaması zorludur. Adalet, hukuk sisteminin temel referansıdır (meşruluğun politikanın, kıtlığın ekonominin temel referansı olması gibi). Ama, adalet, Luhmann'a göre, mutlakların olmadığı bir toplumda hukuku sosyolojik olarak anlamaya uygun bir kavram değildir (King-Tornhill, 63-4; Ökçesiz, 1997).

İşlevsel farklılaşmanın olduğu bir toplumda adalet mutlak bir değer olmayacağı için olumsaldır (contingent). Eşitlik de öyle. Dolayısıyla Luhmann'ın kavram çerçevesinde adalet veya eşitliği hukuki karar için norm kabul etmek uygun değildir. Bu, hukuk sisteminin üzerine oturduğu kanuni/gayri kanuni ikili kodlamayı terk etmek anlamına geleceği için de uygun değildir. Dahası bunu yapmak, son tahlilde, doğal hukuka dayanmak anlamına gelir ki, Luhmann'ın bu anlayışa karşı olduğu daha önce belirtilmiştir.

Hukukun işlevini daha berraklaştırmak için Luhmann'ın politikayı nasıl kavramlaştırdığına ayrıca bakmalıyız. Hemen belirtelim ki, Luhmann'a göre politika esas itibarıyla yönetmektir (administration). Bu çerçevede dahilinde politik sistem hukukun somut köklerinin yönetiminde olduğu ilkesini esas alır.

Yönetim, son tahlilde politik karar alma yeteneğine sahip olan iktidarı hukukileştirme ameliyesinin bütünüdür. Bu anlamda yönetim politikanın yasal organıdır. Politika ile yönetim arasındaki bu ilişkinin en önemli içeriği, hukuku, politik sistemden başka hiçbir yerden neşet edemeyeceğidir (Luhmann, 1982: Böl.7; 8). Dolayısıyla, Luhmann'a göre, yönetsel (administrative) kural koyma, hukuk sistemi içinde iletişimsel konum kazanana kadar hukuk haline gelemmez (King-Tornhill, 174-7).

Daha önce de belirttiğimiz gibi, Luhmann'a göre, politik sistemde politika kaçınılmaz olarak hukuktan önce gelir ve hukuk politika için reçete önermede çok sınırlı bir kapasite gösterir (King-Tornhill, 181). Ama bu hukukun politize olmaya açık bir imkan sunduğu anlamını içermez. Örneğin, kanun ve anayasa gerekçeleri politik değil, hukuki olarak temellendirilir. Politik rasyonalitenin yönetsel rasyonaliteye dönüşmesi modern toplumda politik sistemin idamesinde anahtar momenttir. Çünkü, Luhmann'da politika-yönetim bölünmesi politik sistemi demokratik şekilde var eden bir etkidir (King-Tornhill, 80).

Luhmann, politikayı iktidarın tekelci organı olarak görmez : politika diğer sistemler üzerinde nihai ve belirleyici otorite değildir. Politik sistemin temel problemi meşruluktur. Ama, Luhmann, meşruluğu rızaya ve sözleşmeye bağlayan görüşlerden ayrılır. Ona göre meşruluk, olumsuzluk kaidesidir (formula of contingency) . Meşruluk politik sistemin kendi olumsuzluğunu kabul ettiği bir formdur. Bu yüzden, politik itaat için tüm motivasyonlar kırılğan mahiyettedir. Ve son tahlilde meşruluk yasallık

ve pozitif hukukla özdeşdir. Hükümet muhalefetten daha fazla oy aldığı için meşru sayılmaz (King-Tornhill, 73-4). Bu açıdan, politik sistem, kendi sınırlarını emin şekilde çizebilmiş ve diğer tüm sistemlerden kendini fiilen (effectively) ayırabilmişse meşrudur. Dolayısıyla, Luhmann'da meşruluk, politikanın sınırlılığını esas alan bir meseledir.

Bu açıdan, modern devletin, politik sistemin kendini tasviri için birlik formulasından daha fazla bir şey olmadığı belirtilmek gerekir. Politika, devlet etrafındaki iletişimlere içerir ama, devletle özdeşliği içermez. Bu sebeple, modern kompleks toplumlarda politik sistem, devletin basitleştirilmiş yapısına indirgenemez (Luhmann, 1990b : Böl. VII).

Luhmann, daha sonraları politik sistemin üç alt-sistemden meydana geldiğini ileri sürmüştür: Politika, Yönetim, Kamu (King-Tornhill, 87). Bunlar aynı zamanda demokratik politik iletişimi bina eden unsurlardır. Buna göre Luhmann'ın demokrasi tanımı şudur : Demokrasi iktidar aracılığıyla politika-yönetim-kamu arasındaki farklılaşmış sistemi kapsayıcı çerçevedir (Luhmann, 1990b: Böl.IX). Bu çerçeve ikincil-kodlama (second-coding) temelinde vücut bulur : Politik sistemin yöneten-yönetilen kodlamasının hukukun kanuni/gayri kanuni kodlamasıyla tamamlanarak kamuya aktarılması. Yani politik sistem içinde kararların hukuka ihtiyaç duyması; bu kararların ancak hukukun kodlarıyla karar sayılması ve bundan sonra kamuya aktarılma olanağını elde etmesi. Bu, aynı zamanda, hukukun iktidarı sınırlama işlevi içerdiğinin de bir işaretidir.

Dolayısıyla, hukuk şu iki farklı sebeple politika için gereklidir: 1. İktidarın hukuki olarak uygun formlar içinde işlemesi (bunu geniş ölçüde yönetim gerçekleştirir), iktidarın dağıtılmasına ve aktarılmasına, son tahlilde odayaşmaya olanak sağlar. 2. Hukuk politik sistemin içsel karmaşıklığını korur gereksiz aşırı uzmanlaşmadan uzak tutar (King-Tornhill, 109). Buradan Luhmann'ın demokrasiyi bir başka açıdan kavramlaştırmasına uzanabiliriz: Demokrasi kurallar bütününden oluşan bir biçim değil, sistemsel sevk ve idare tekniğidir (King-Tornhill, 110).

IV. Luhmann'ın Hukuk Teorisinden Örnek Olaylar Aracılığıyla Türkiye İçin Çıkarımlar

Burada vereceğimiz örnekler, Luhmann'ın hukuk teorisinin somut negatif görüngüleri olarak değerlendirilebilir. Hukukun bir alt-sistem olarak etkin işleyişi, diğer alt-sistemlerden kendini ayırmasını Luhmann'da teorik olarak ne kadar elzem bir unsur; üzerinde duracağımız örnek olaylar bu unsurun tam tersi bir görüntü sunmaktadırlar. Söz konusu örnek olaylar, her ne kadar Türkiye'nin gündemini meşgul etmiş güncel olaylar da; meselenin özü, hukuk sisteminin diğer sistemlerden ayırma sınır çizgisinin ve kendi iletişim kodlarının zihinlerde henüz fiilen oluşmadığına inhisar etmektedir. Bu hususu somut olarak resmetmek için, yıllar önce bir boşanma davasında alınan karara bakmamız yetecektir: "Çankırı Asliye Hukuk Mahkemesinde görülen bir boşanma davasında kocası tarafından dövüldüğü sabit olan bir kadının açtığı boşanma davası reddedilmiştir. Mahkeme evlilik birliğinin sürmesinin çocukların menfaatine daha uygun düşeceği görüşü ile davayı reddederken gerekçesinde; 'karının sırtını sopasız, karnını

sıpasız bırakma' halk deyişine de yer vermiştir." (Yücel, 2004: 185-6).

Yukarıdaki karar, Luhmann'ın hukuk tasvirinin adeta tersinden anlatımı gibidir: 'Moral' değerlerle yüklü, dolayısıyla varoluşunu geleneğe dayandıran, bu sebeple kendi kodlarına göre değil, dışsal diğer bir alandan meşruluk alan bir negatif hukuk tasviri.

Daha önemli meselelerde alınan kararlar mahiyet itibarıyla bu örnektekinden pek farklı sayılmaz. Dört örnekleyle ne demek istediğimizi çok kısa anlatmaya çalışalım.

Örnekolay 1 : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'nin Türban Kararı

AİHM'nin 4. Dairesi'nin Leyla Şahin davasında verdiği karar; esasen kamusal alanlarda türban takmanın eşitlik ve çoğulculuk ilkelerini ihlal ederek, türban takmayanlara karşı belli bir ayrımcılığı içerdiği yönündedir (Bkz. Temmuz 2004 günlük gazeteler). Bizim teorik olarak resmetmeye çalıştığımız mesele açısından ise kararın en fazla dikkate değer tarafı, bir ülkenin (Türkiye) sosyo-politik özelliklerinin belirleyici bir rol oynamış oluşudur. Kararın, türban takanları hukuka değil, politikaya dair özneler olarak telakki etmiş olduğu çok açıktır.

AİHM, kararını özü itibarıyla "laik düzenin, bu düzene inananların tehdidine maruz kalabileceği" anlayışına dayandırdığı için; tasvir etmeye çalıştığımız kanuni/gayri kanuni kodlamasını kullanamamış, dolayısıyla Luhmann'ın tanımladığı şekilde diğer alanların kodlarının etkisiyle kendi sınırları içinde özerk bir sonuca varamamıştır.

Örnekolay 2 : Yargıtay Olayı

Türkiye, günlük gazetelerde geçtiği ifadeyle "Yargıtay-MİT-Mafya" ilişkisinin bazı yargı kararlarını etkileme boyutuna eriştiği başka önemli bir hukuk

olayına tanık oldu. Kendisine yöneltilen suçlamalardan daha sonra mahkemece aklanan zamanın Yargıtay Başkanı Eraslan Özkaya ile Milli İstihbarat Teşkilatı mensubu bir kişi ve bir mafya lideri arasında ortaya çıkan ilişki; bazı yargı kararlarında rüşvet döndüğü, aynı zamanda hukuk-dışı etkenlerin rol oynadığı hususunu tartışmaya açtı (Bkz.: Ağustos 2004 Günlük Gazeteler). Medyaya yansıdığı şekliyle, söz konusu üçlünün bir araya gelmesinde temel faktör, "devlet adına" müdahil olmayı gerektiren bir durumun vuku bulmuş olmasıdır: Devletin bazı birimlerine "hizmet etmiş" bir mafya mensubunun durumunun kollanmasında bir araç olarak hukuk ve dolayısıyla etkin mevkiideki hukuk aktörleri kullanılmak istenmiştir. Bu açıdan mesele son tahlilde hukuk-politika ilişkisinin mahiyetinin tartışılmasına inhisar etmiştir. Bu arada Başbakan Recep Tayyip Erdoğan meselenin "kendilerinin dışında bir mesele" olduğunu söyleyerek, aslında buradaki teorik açıklamalarımızın zıddı bir hukuk-politika ilişkisi portresi çizmiştir.

"Yargıtay Olayı", esas itibarıyla işlevsel farklılaşmanın olgun şekilde varolmamasından kaynaklanan; politika-yönetim-kamu ilişkisinin yanlış iletişime dayandırılmasının ortaya çıkardığı tipik bir örnektir.. Hukuk kodlarının değil, devlete ilişkin amaçsal değerlerin gözetilmesi, sadece bu olaya içkin bir durum değil; hakim bir politik kültür anlayışının da ürünüdür. Nitekim, Başbakanın belirttiğimiz ifadesi bu tanıma uygun düşmektedir. Çünkü, daha önce değinildiği gibi, Luhmann'ın teorisi açısından politika ile yönetim arasındaki ilişki açısından hukuk, politik sistemden başka hiçbir yerden türetilemez ve bu anlamda yönetim politikanın yasa-masal (legislative) organıdır (King-Tornhill, 176). Bu itibarla, Başbakanın

ifadesi niyetini aşarak, hukukun başka bir yerden türetilebileceğine dolaylı bir cevaz vermeye muadildir.

Örnekolay 3 : Zina ile İlgili TCK'daki Değişiklik

Hükümetin Türk Ceza Kanununda yapmayı düşündüğü, aile birliğinin korunmasına yönelik bir değişiklik bizzat Başbakan tarafından savunulduğu gibi zinanın suç sayılmasını gündeme getirmişti (Bkz. Eylül 2004 Günlük Gazeteler). Zinanın suç sayılmasının temel gerekçesi, "kadın-erkek eşitliğinin sağlanması", dolayısıyla evli çiftler arasında "adaletin tesis edilmesi" şeklinde sunulmuştur.

Kamuoyundaki tartışmalar her ne kadar hukuka ilişkin yapılmış gibi görünmüş olsa da, gerek muvafık, gerek muhalif taraflar özünde iki temel noktayı tartışmışlardır: Kadınlar üzerinden tanımlanan moral değerlerle toplumsal düzene nasıl bir şekil verileceğini ve nihayetinde böyle bir düzenin tesisinde hukuka verilebilecek düzenleyici araç işlevinin nasıl ifa edileceğini.

Taraflarca vurgunun ters yönlerden münhasıran moral değerlere (cinsler arasındaki eşitlik, özgürlük, adalet tanımlamalarına) yapılması, meselenin hukuki değil, etik , hatta politik bir mesele şeklinde yapılmasını kaçınılmaz kılmıştır. Bir başka deyişle, sözkonusu tartışma hukuku kendi kodlarına sahip, neticede özerk bir alt-sistem görmenin yerine, hukukun kendisini etik/moral bir kod olarak geçirmiştir.

V. Sonuç

Buraya kadar anlatılanlara bakıldığında Luhmann'ın hukuk teorisinin/sosyolojisinin sorunsuzmuş gibi sunulduğu sanılmamalıdır. Hemen belirtelim ki, amacımız Luhmann'ın takçiliğini yapan bir hukuk anlayışı veya kavramlaştırması oluşturmak değildir. Bununla beraber, Luhmann'ın önerdiği

teorik çerçeve, hukuk olgusunu bir çok açıdan yeniden düşünmeye bizi teşvik eden bir öneme sahiptir. Ancak, bazı hususlar var ki- örnekolaylar yoluyla göstermeye çalıştığımız gibi-hukukun işleyişinin negatif filmi çok iyi vermesine karşılık, pozitif fotoğrafın ne kadar gerçekçi bir tasviri yaptığında müphemlik uyandırabiliyor.

Bunlardan birincisi, Luhmann'ın işlevsel gerçekçiliğinin içerdiği hukuk tanımının ("hukukça ne yapırsa hukuk odur") hukukun kurucu öznesini dik-kate almamış olmasıdır: Veri aldığımız hukuk mefhumu, aslında somut toplumsal ilişkilerden türemiş bir tanım olabilir ancak ve bunun için de o tanıma geçerli kılan bir egemeni (sovereign) ardında gizler. Hal böyle olunca, hukukun gerçek yüzünü gösterdiği nokta, "istisnai durum"un belirdiği noktadır. Bu noktada tarihsel hiçbir veri Luhmann'ın tanımladığı anlamda pozitivist bir ruhla işleyen bir hukuk sisteminin varlığına işaret etmemektedir. Luhmann'da hukukun politik alandan türetildiğine dair görüş bu açıdan isabetli olmakla beraber muğlak kalmaktadır.

Buna bağlı olarak ikinci müphem husus, hukukun moral/etik kodlardan arkasında sakladığı bir egemenin varlığına rağmen nasıl arınabileceğine ilişkindir. Bir kere, hangi değerlerin moral/etik değerler olduğuna kim karar vermektedir, verecektir ? İkincisi, böyle değerlerden arınmış bir hukuk nosyonu, ne için, neye karşı işlerlik kazanacaktır? Örnek verdiğimiz AİHM'nin kararı, Mahkemenin Luhmann'ın tasvir ettiği gibi son derece işlevsel farklılaşmanın ve kendi yerleşik kodlarının mevcudiyetine rağmen, son tahlilde moral değerlerden, hatta politik mülahazalardan mutlak anlamda bir kayıtsızlığa sahip olamayacağını net bir şekilde göstermektedir.

Bu, tam da Giorgio Agamben'in işaret ettiği bir hususa tekabül etmektedir: Moral/etik değerlerin hukuk tarafından "kirletildiği" için hukuktan bağımsız olamayacağı. Çünkü, Agamben'e göre "[a]hlaksal ve dinsel yargılarımızda başvurduğumuz kategorilerin neredeyse hepsi, bir şekilde hukuk tarafından kirletilmiştir: suçluluk, sorumluluk, masumiyet, yargı, bağışlama... Bu durum, bu kategorileri belirli tedbirler almadan kullanmayı güçleştiriyor. Hukukçuların çok iyi bildiği gibi, hukukun amacı adaleti sağlamak değildir. Gerçeğin doğrulanması da değildir. Hukuk, gerçekten ve adaletten bağımsız olarak, sırf yargı peşindedir. Adil olmayan bir hükmün bile kendisinde barındırdığı yargı gücü, bunu hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde kamtlamaktadır. Hukukun nihai ereği, bir res judicata'nın (kesin hüküm) ortaya koyulmasıdır; öyle ki bu res judicata'da hüküm, yanlışlığına ve adaletsizliğine rağmen doğru addedilerek, doğru ve adilın ikamesi haline gelir. Hukuk, olgu mu, kural mı olduğuna karar verilmesi olanaksız olan bu melez ucube sayesinde huzur bulur; hukuk res judicata'sını ortaya koyduktan sonra, daha ileriye gidemez." (Agamben, 2004:18 ; italikler orijinal).

Öte yandan, hukukun, bir başka İtalyan filozof Gianni Vattimo'nun (2004: 136) belirttiği gibi, bir kodlar ve statülerin bütünlüğü bağlamında yargıçlar, avukatlar, savcılar ve diğer hukuk uzmanları arasında oluşan diyalog temelinde inşa olan yorumsal (hermeutical) mahiyeti düşünüldüğünde; hukukun gidebileceği noktanın sınırlılığı daha belirgin hale gelir.

Bu perspektif dahilinde, Luhmann'ın hukuk kavramlaştırması, aslında hukukun öznelere Nietzsche'nin üst insana benzer bir rol atfederek hukuku en ileri noktasına götürmek gibi bir iddiayı

içerir. Fakat, tespitlerini ve önermelerini Agamben ve Vattimo'nun sundukları bakışla tersinden okuduğumuzda ise, Luhmann'ın hukuk teorisinin/sosyolojisinin, aslında hukukun sınırlarını berrak şekilde gösteren değerli bir anlatım olduğu ortaya çıkar.

Kaynakça:

- G.Agamben (2004): Auschwitz'den Artakalanlar, Çev.: A.İ.Başgöl, Ankara
- M.Deflem (1998): "The Boundaries of Abortion Law: Systems Theory from Parsons to Luhmann and Habermas", *Social Forces*, 76/3
- M.King-C.Tornhill (2003): Niklas Luhmann's Theory of Politics and Law, New York
- N.Luhmann (1982): *The Differentiation of Society*, New York
- N.Luhmann (1985): *A Sociological Theory of Law*, London
- N.Luhmann (1989): *Ecological Communication*, Chicago
- N.Luhmann (1990a): *Essays on Self-Reference*, New York
- N.Luhmann (1990b): *Political Theory in the Welfare State*, New York
- H.Ökçesiz (1997): "Niklas Luhmann'ın Sistem Kuramında Adalet Kavramı", H.Ökçesiz (Haz.), *Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri* içinde, İstanbul
- K.L.Scheppele (1994): "Legal Theory and Social Theory", *Annual Review of Sociology*, Vol.20
- W.Schluchter (2003): "The Sociology of Law as an Empirical Theory of Validity" *European Sociological Review*, 19/5
- G.Vattimo (2004): *Nihilism and Emancipation: Ethics, Politics and Law*, New York
- M.Yücel (2004): *Hukuk Sosyolojisi*, 3.b., Ankara

Kişiliğin Önkoşulu Olarak Kamu Alanını Yeniden Düşünmek^(*)

Mehmet Tefik Özcan^(**)

1. Giriş

Günümüz liberal yaklaşımlarının çoğu hukuk sistemindeki kamu ve özel ayrımını kendi felsefi öncüllerini ve ideolojik tutumlarını güvenceye almak üzere yeniden düşünmeye odaklanmıştır. Liberal düşüncenin temellerinden kaynaklanan felsefi söylemlerin eklenmesi sonucunda, bir taraftan zaman zaman Rawls'un sözleşmeci felsefesi, bazen de Hume'un anti-rasyonalist düşünce çizgisinde –Hayek ve Nozick'de olduğu gibi- sosyal eşitlik ve refah taleplerinin ortadan kaldırılması pahasına kapitalist toplumsal ideolojilerin günümüzdeki zaferi dikkati çekmekte, radikalleşmiş siyasal liberalizmin aşırı bireyci gündemine uygun şekilde hukuk sisteminin altını oymaktadır. Her ne kadar her hukuk sistemi, kamu alanı ve iyi bir toplumsal yaşam adına zorunlu bir ilgiye sahip olsa da, liberalizmin 18. yüzyıldaki devrimci döneminin tersine, günümüz liberalizminin genel geçer tutucu siyasaları refah devletinin (sosyal devletin) bütün kazanımlarını bir tarafa fırlatmaktadır. Gerçi, bizler günümüzde insan haklarının süregiden akışının getirdiği ilerlemelere tanık olmaktayız; bunun içinde kimlik temelinde ele alınan grup hakları görünür hale gelmiştir

ve insan onuru yeni bir ışık altında tekrar tanımlanmaktadır. Fakat bu kabil gelişmeler henüz kendisine uygun hukuksal çözüm şekillerini geliştirebilmiş değildir; dahası bunlar salt siyasal istemler durumuna gelmekte, insan haklarının büyük topluma ilişkin olan kamu alanıyla karşılıklı bağlılığı ortadan kaldırmaktadır. Kısaca, bu gelişmeler bir yanda siyasal ve hukuksal geçreleri birbirinden farklılaştırır, diğer yandan gerçekte birey olarak insanlar ve insan grupları lehine olan hukuksal güvencelere aşırı ölçüde göndermede bulunurken, ancak onları etkisiz bir koluma sürüklemektedir.

Yukarıda zikredilen hukuk düşünceleri liberal siyasal ve hukuksal ideolojiye katkı yapanlar olarak düşünülebilirler; ancak bu katkılarını çalışan sınıfların mensubu olan insanları ihtiva eden en geniş anlamdaki kamunun çıkarlarının geriletilmesi pahasına yapmaktadır. Hangi ölçekte olursa olsun, felsefenin toplumun iyi hali konusundaki duyarlılığı dikkate almaksızın sadece belli bireylere (veya birey gruplarına) ait gününbirlik çıkarların herhangi birini geliştirme veya dillendirmeye indirgenmesi gerektiğini aklımızda tutmalıyız. Dahası, felsefeciler, toplumun iyi hali

(*) *Bildiri, Romanian Academy tarafından 7-10 Ağustos 2004 tarihleri arasında Pitești'de (Romanya) düzenlenen "The International Symposium of Balkan Philosophical Societies"de sunulmuş bildirinin Türkçe olarak yeniden yazılmış versiyonudur.*

(**) *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi, Hukuk Sosyolojisi ve Türk Hukuk Tarihi Doçenti. E-mail: mtozcan@yahoo.com*