

Luhmann'ın Sistem Kuramında Mahkemelerin Rolü

Gökçe ÇATALOLUK*

Sibernetik ve yapısalcılıkla beslenerek toplumu analiz etmeye çalışan sistem kuramı, *autopoiesis kavramı* üzerinde temellenir. *Autopoiesis*, yaşam formlarında ortak olan bir özellik olarak kendi kendini yaratma, sistemin kendisini yaratacak olan öğeleri yaratması anlamına gelir. Fakat bu kadarla kalmaz; anlamında, bu öğelerin sistem tarafından yaratılmasını da içerir.¹ Bu biyolojik görüngü, sosyal sistemlere de uygulanmış, bu arada hukuk sistemi de kendi öğelerini kendisi yaratan ve öğelerinden yeniden yaratılan bir sosyal sistem olarak ele alınmıştır. Bu kuramı geliştiren, Alman sosyolog hukukçu Niklas Luhmann'dır.

Bu tebliğin konusunu, Luhmann'ın, mahkemelerin hukuk sisteminde üstlendikleri role ilişkin değerlendirmeleri oluşturur. Sosyal sistemlerin toplum içindeki konumunu ve bunların birbirleriyle olan ilişkilerini burada ele almayacağım. Ancak, konunun anlaşılabilirliği açısından birkaç ön açıklama yapmak gereklidir:

Sistem kuramsal bakış açısına göre, genelde sistemler, özelde toplum sistemleri, birbirleriyle yapısal birliktelikler gösterebilen ama öz olarak *autopoietik yapılarıdır*. Toplum içerisinde ekonomi, hukuk, din, bilim, sanat gibi çeşitli sistemler ve bunların fonksiyonel alt sistemleri bulunur.

Bu sistemler kısmi özerkliklerini, tarihsel farklılaşmalarla ve evrimle kazanırlar. Söz konusu özerklik kısımdır, tam bir otonomiden söz etmek mümkün değildir; çünkü birbirlerini çevre olarak gören sistemler, çevreleriyle yarı geçirgen bir ilişki halindedir. Söz gelimi ekonomi ve din, hukuk açısından çevresel unsurlardır.² Ancak bu sistemler belli bazı iletişimlerde birliktelik gösterirler. Sistem kuramı terminolojisine daha uygun bir ifadeyle sistem-çevre arasındaki ayrım aynı zamanda bu ikisini içeren bir birlik olarak okunmalıdır; çünkü sistemler ancak ve ancak çevrelerine adapte olarak hareket edebilirler ve bu nedenle çevreden bağımsız düşünülemezler. Sistem-çevre arasında doğrudan bir ilişki yoktur, ama çevreye uyum sağlayamayan sistemler de yok olur. Bu anlamda, ancak sistemin tolere edebileceği düzeyde bir “ilişki” mümkün sayılır.

Luhmanncı kuramın ilginç bir yönü, insanı psikolojik sistem olarak tasnif etmesi ve toplum sistemlerinin dışına çıkarmasıdır. Temelde, insanlar, bir başka ifadeyle psikolojik sistemler, aynı sosyal sistemler gibi, sistem kavramının altında tasnif edilir. Yaşam sistemlerinden farklı olarak bu iki tür sistem “anlam” aracısını³ kullanır: psikolojik sistemler anlamlı düşünce üre-

* Yard. Doç. Dr. Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Öğretim Üyesi.

1 Humberto R. Maturana, Francisco J. Varela, 'Autopoiesis- The Organization of Living', *Autopoiesis and Cognition – The Realization of Living*, Boston Studies in the Philosophy of Science, D. Reidel Publishing Company, Amsterdam, 1980 p.73.

2 Tor Herbes, Torre Bakken; "Implications of Self-Reference: Niklas Luhmann's Autopoiesis and Organization Theory", *Organization Studies*, 24, 2003, p.1512.

3 "Psikolojik ve sosyal sistemler birlikte evrilmiştir. Birbirleri olmaksızın var olmaya devam edemezler. Bu ortak evrim, iki sistemin de ona göre düzenlendiği bir kazanım ortaya çıkarır: [İki tür sistemin de] karmaşıklıkları ve öz-dönüşlülükleri nedeniyle "anlam" ikisi için de bağlayıcıdır. Niklas Luhmann, *Soziale Systeme- Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Suhrkamp, Frankfurt, 2006, p. 92.

tirken, sosyal sistemler anlamlı iletişimler üretirler ve söz konusu sistemlerin öğelerini bu ikinci söylenenler oluşturur. İki tür sistem birbirlerinden farklı kategoriler oldukları için birbirlerine göre çevre sayılırlar.⁴ Bu nedenle söz gelimi hukuk sistemi (sosyal sistem) içinde bireyler (psikolojik sistem) yer almaz. İletişimler ancak iletişim üretebilirler, düşünceler de ancak düşünce üretirler. Hal böyleyken, kuram tabii ki “insansızlık” yönünden eleştirilmiştir.

Buna mukabil, bireylerin içinde bulunduğu hukuksal iletişim ve bunlardan çıkan anlam hukuk sistemini kurar ve sınırlarını belirler. Bu demektir ki, o sosyal sisteme ait iletişimlerin başladığı yerde, o sosyal sistem vardır ve sistemin sınırları da o iletişimin kullanıldığı son yerde çizilir.⁵ Sistemler devingen olduklarından, söz gelimi hukuk sisteminin iletişim birimi olan hukuka uygun/ hukuka aykırı ikilisi mahkemelerde olduğu kadar sözleşme akdedilen her yerde de kullanıldığından, sosyal sistemlerin maddi sınırları bulunmadığı, dinamik bir genişleme ve daralma içinde buldukları söylenebilir. Sosyal sistemin dışına çıktığında artık o sistemin iletişimi kullanılmıyor olacaktır.

Sosyal sistemler, *autopoietik* nitelik gösterdikleri için kendi öğelerini içlerinde üretirler ve aynı zamanda o öğelerden üretilirler. Ancak bu sistemler de bazı durumlarda çevrelerindeki diğer sistemlerle eşleşebilirler. Söz gelimi Anayasa söz konusu olduğunda hukuk sistemine ilişkin bir

iletişim, pekâlâ siyaset sistemi tarafından da kullanılabilir ve bu, söz konusu sistemlerin komşuluk doğası gereği böyledir.⁶ Luhmann, kabaca tasvir ettiğimiz bu olguya “yapısal eşleşme” adını verir.⁷

Konuyu yeniden hukuka getirip toparlayacak olursak; hukuk, hukuki iletişimlerle sınırları çizilmiş, diğer toplum sistemleriyle zaman zaman yapısal birliktelikler kursa da normatif anlamda içine kapalı, ama bilişsel açıdan çevreye uyarlanabilen ve onunla hareket zorunluluğu bulunan bir sistemdir.⁸ Ve mahkemeler de bu sistemin bir bileşeni olarak iş görürler.

Günther Teubner gibi başka sistem kuramcıları da ele almış olsa da mahkemelerin kuram içerisinde kilit bir rolü olduğunu öne süren yine Luhmann’dır. Luhmann’a göre hukuk sistemi, diğer bütün sistemlerde olduğu gibi, bir merkez ve bir kıyıda oluşur.⁹ Merkezde, sadece ve sadece o sistem tarafından yerine getirilebilecek, özgül işlevler icra edilirken, kıyıdaki işlemler, başka sistemlerle yapısal eşleşme kurula- bilecek işlemlerdir. Bu ayırım içerisinde mahkemeler, hukuk sisteminin merkezi unsurunu oluşturur.¹⁰

Luhmann’a, mahkemeleri sistemin merkezine oturtan temel sebep, aslında bir paradokstur. Modern hukuk sistemleri, mahkemelerin, önlerine gelen bütün uyumsuzlukları bir sonuçla bağlamalarını öngörür. Bir başka deyişle, yargıcın önüne gelen uyumsuzluğu hukuka uygun ya da hukuka aykırı olarak nitelendirmesi gerekir.

4 Frank Becker, Elke Reinhardt- Becker, *Systemtheorie. Eine Einführung für die Geschichts- und Kulturwissenschaften*. Campus Verlag, Frankfurt, 2001, p. 48.

5 Niklas Luhmann, *Soziale Systeme*, p. 221.

6 Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt, 1995, p. 476.

7 Niklas Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt, 1997, p. 100.

8 Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, p. 77.

9 Kıyı kelimesi, burada peripherie yerine kullanılmıştır. Peripherieyi çevre diye karşılamak adettendir. Fakat çevre, Almanca *umwelt* terimini tam olarak karşıladığı ve kuramın temel kavramlarından biri olduğu için, bir karışıklığa mahal vermeme amacıyla peripherieye “kıyı” karşılığı uygun görülmüştür. Kuramın başat sistem/çevre ayrımı dışında sistemin merkez /kıyı ayrımı ancak bu şekilde aktarılabilir.

10 Niklas Luhmann, *op. cit.*, p.313.

Ancak bilindiği gibi bazı durumlarda (Kıta Avrupası hukukunda yasada boşluk bulunduğu, *common law* da ise çetin davalarda¹¹) uyumsuzluğa yürürlükteki hukukun işaret ettiği bir çözüm bulunamaz. Ancak yargıç, bu durumlarda dahi davayı çözmekle yükümlüdür. Bu demektir ki, paradoksal bir biçimde, karar verilemez olan hakkında bir karar vermesi gerekmektedir.¹² Yargıcın bunu nasıl yapacağına ilişkin doktrin tartışmalarını buraya taşımak konuyu dağıtmaya yol açabilir. Fakat Kıta Avrupası'nda boşluk doldurma, *common law*'da hukuk üretme yoluyla bir çözüm bulunacağı genel kabul gören seçimlerdir. Bu paradoksal işlemleri nedeniyle merkezde bulunan mahkemeler, hukuk üretmektedir ve Luhmann'a göre karar, hukukun bulunması yoluyla değil yaratılması yoluyla verilmektedir. Bu da hukukun *autopoietik yapısının temelini oluşturur ve yasamanın yargıdan bağımsızlaşmasının bir sonucudur.*

Merkezdeki karar verme zorunluluğu, gerekçe konusundaki özgürlükle bir bütün olarak ele alınmalıdır.¹³ Anayasamızın da 141. maddede öngördüğü üzere bütün mahkemelerin her türlü kararı gerekçeli olarak yazılır. Gerekçelendirme konusunda ise yargıç özgürdür¹⁴. Kararını hukuk sistemi içerisinde oynayabildiği en uzak noktalara kadar giderek gerekçelendirebilir. Ama yürürlükteki hukuki düzenlemelerden ne kadar uzaklaşırsa, gerekçesinin o kadar ayrıntılandırılması gerekir. Bu an-

lamda Luhmann'a göre, yasama yargıdan ne kadar bağımsızlaşırsa bağımsızlaşsın, yasamanın salt sözünün kararı gerekçelendirmeye yeteceği gerçeği, iki erk arasındaki ilişkinin hiyerarşik değil karşılıklı, bir başka deyişle dairesel olduğunu gösterir.¹⁵

Yargı kararı söz konusu olduğunda, bu zorunluluk- özgürlük ikilemi üçüncü bir unsurla tamamlanır. Bir karar verilmek zorundadır ve bu kararın “doğru” karar olması gerekir. Hukukta doğru karar, “adil” karardır. Bu anlamda, zorunluluktan özgürlüğe geçiş, adalet kısıtına tabidir, denilebilir. Burada adaletten anlaşılması gereken, birbirine benzer davalarda birbirine benzer sonuçlar çıkarmaktır.¹⁶ Sistem kuramında adalet, doğal hukuk anlayışındaki gibi değer anlamında içeriklendirilmiş değildir; sistemin kıyısında, ekonomi ya da siyaset gibi diğer sistemlerin referanslarıyla ilişki içerisinde bulunan bir postülatır.

Adaletin de yer aldığı “sistemin kıyısı”nda bulunan diğer öğelere örnek olarak sözleşmeler ya da yasa koyucu sayılabilir.¹⁷ Bu unsurların ortak özelliği, hukuk sisteminin diğer sistemlerle ilişkisini kurmalarıdır. Yani sistemin çekirdeğe gittikçe tamamen *autopoietik özellik kazandığını* söyleyebiliriz.

Zorunluluk paradoksunu özgürlük fikri ile dolanan hukuk sistemi, asıl kimliğine adalet sınırlamasını da içine aldığı kavuşur¹⁸. Mahkemelerin hukuk sisteminin merkezinde yer alıyor olması, kıyıdaki di-

11 Ronald Dworkin, *Hakları Ciddiye Almak*, çev. Ahmet Ulvi Türkbay, Ankara, Dost Kitabevi Yayınları, 2007, s.114-5.

12 Niklas Luhmann, *op. cit.*, p. 315.

13 Thomas Huber, *Systemtheory des Rechts- die Rechtstheorie* Niklas Luhmanns, Nomos, 2007, p. 164.

14 Yasemin Işıktaç, *Sevtaç Metin, Hukuk Metodolojisi*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2003, s. 169-170.

15 Niklas Luhmann, *op. cit.*, p. 306.

16 Thomas Huber, *op. cit.*, p. 164. Hayrettin Ökçesiz, *Niklas Luhmann'ın Sistem Kuramında Adalet Kavramı, Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri*, ed. Hayrettin Ökçesiz, İstanbul, Alkm, 1997, s. 430-1

17 *Sözgelimi avukatlar, meseleleri çevreden alıp mahkemeye sunulacak kıvama getirirler. Bu anlamda avukatlık mesleği kıyıdadır.* V.Thomas Hubert, *op. cit.*, p. 77.

18 Thomas Huber, *op. cit.*, p.164.

ğer öğelerden temel farkları nedeniyledir. Parlamentolar yasa çıkarmak zorunda değildir, sözleşmelerin yerine getirilmesi gibi bir zorunluluk yoktur; ama mahkemelerin karar vermesi gerekir.¹⁹ Mahkemeler en karar verilemez olaylarda dahi karar verme (paradoksal) zorunluluğunu kuşanarak hukuk sisteminin en özellikli öğesi duruma gelirler ve sistemin kendi içinden cevap üretme zorunluluğunu da ortaya koyarlar. Burada, Luhmann'ın "sistemin tapınağıdır" dediği paradoksallık, hem mahkemelerin merkezde konumlanmalarına karşılık ödeyecekleri bedeldir, hem de bir ayrıcalıktır.

Mahkemeler zorunluluğu özgürlüğe çevirme gibi kendilerinden başka hiçbir organın yapamayacağı bir iş üstlenmişlerdir.²⁰

Karar verme zorunluluğunun, önce mahkemeler sonra hukuk sistemi açısından kilit önemde oluşu, onu nihayetinde birey hukuk ilişkisini belirlemeye götürür. Mahkemelerin karar verme zorunlulukları, gerekçe özgürlüğü ve sınırlamasıyla birlikte hukuk sisteminin ona tabii olanlar açısından güvenilir ve istikrarlı olmasını sağlar. Zira hukuk sistemine giren her türlü uyumsuzluğun belli temel ölçütler içerisinde çözüme ulaştırılacağı ve ortaya çıkan sonuçun "doğru" olacağı –en azından herkese aynı şekilde uygulanacağı- beklentisini üretirler. Sistem kuramsal bir ifadeyle, bu, normatif davranış beklentilerini istikrarlılaştırma anlamına gelir ve hukuk sisteminin toplumda yerine getirdiği işlevdir.

19 Luhmann, "Berichte und Kritik- Die Stellung der Gerichte im Rechtssystem", *Rechtstheorie* 21, 1990, p. 467.

20 *Ibid*, p. 470.