

ratik anayasal devletin meşruiyetini insan hakları ve halkın egemenliği gibi iki farklı kaynaktan aldığı için altını çizen Habermas, 'öyleyse sorun, iki ögeden hangisinin temellendirme sırasında öncelik taşıdığı. İnsan haklarıyla uyuşma içinde yürütülen hukukun egemenliği mi, yoksa demokratik niteliği anayasanın kendisi de dahil herşeye meşruiyet kazandıran, egemenin kendisine yasa koyma süreci mi? Liberaller ve cumhuriyetçiler önceliği, modernlerin özgürlüğüne mi, eski çağın özgürlüğüne mi vermeli diye tartışır'<sup>(5)</sup>.

Habermas'ın söylediklerini bir hukuk normunda şöyle somutlaştırabiliriz. Türk Medeni Kanunu'nun 23. maddesinde "Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz" denmektedir. Bu, burada söylenenler çerçevesinde bir doğru hukuk bilgisidir. Bu hükmü aynı pozitif hukukun ratio juris'ine göre "kimse başkalarının özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz" diyerek de okuyabiliriz. Bu da bize aynı nedenlerle aynı değerde bir başka doğru hukuk bilgisi olarak gelebilir. Yalnız bu ikincisinde dayanışmacı bir duruş, bu doğru hukukun bilgisini getirmektedir. Özel alanın nasıl kamusal alanın; özerk bireyin nasıl özerk yurttaşın kaynağına dönüştüğünü bu uyarlamada görebiliriz.

5 Cumhuriyet, 8. 5. 2002, s. 4

6 Gustav Radbruch, Beş Dakika Hukuk Felsefesi, çev.: H. Ökçesiz, b.y.: Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri, İstanbul 1997, s. 66

## VI

Buraya kadar olan açıklamalarımda vermeye çalıştığım çerçevede hep koşut bir olasılık olarak görünen şey, sahte bir "doğru" hukuk bilgisinin, iktidar ilişkilerinin yöneldikleri irrasyonel hedeflerin gerçekleştirilmesinde bir "uygun" hukuk bilgisi olarak arandığıdır.

"Doğru hukuk" arayışında sahteciliğe karşı bir uyarı olması anlamında, Gustav Radbruch'un "Beş Dakika Hukuk Felsefesi" adlı metnin "ikinci dakika"sını okuyarak sözlerimi bitirmek istiyorum<sup>(6)</sup>.

"Yukarıdaki ilk tümce –asker için emir emirdir. Hukukçu da yasa yasadır, der- başka bir tümce ile değiştirilmek istenmiştir: Hukuk halka yararlı olan şeydir.

Demektir ki, keyfilik, sözleşmeyi çiğnemek, yasaya aykırılık, halka yararlı iseler hukuktur. Bu sonuçta şu demektir: Devlet gücünü elinde tutanın kamuya yararlı saydığı her şey, despotun aklına gelen her fikir, onun her hevesi, kanunsuz ve yargısız ceza, hastaların katli, hepsi hukuktur. Bu şu anlamda gelebilir: Egemenlerin kendi çıkarları kamusal çıkar olarak görülecektir. Ve böylelikle hukukun, öyle sanılan ya da söylenen halk yararıyla çakıştırılması bir hukuk devletini bir haksızlık devletine dönüştürebilir.

Hayır, halka yararlı olan her şey hukuktur, denilmemelidir. Daha çok bunun tersi söylenmelidir: Yalnızca hukuk olan şey halka yararlıdır."

## Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Argümanlarının Hukuk Uygulamasında Kullanılma Olanakları<sup>(\*)</sup>

Yasemin Işıқтаç<sup>(\*\*)</sup>

Güncel hukuk sosyolojisi ve felsefi literatürü tarandığında ilginin büyük oranda hukuk-ekonomi ilişkisi ve yönetime ilişkin yeni arayışlara kaydığını görüyoruz.

İnsan hakları öğretisinin cazibe merkezi olmayı korumasına rağmen özellikle pozitif hukuk metinleri ve uluslararası belgelerle insan haklarının kabulü bu felsefi sorunun daha çok sınırlarının geliştirilmesi ve uygulamada aldığı biçimle sınırlı kalmasına yol açmaktadır<sup>(1)</sup>. İnsan hakları kavramının hukuk ahlak ilişkisi içinde en fazla iç içe geçmiş alan olduğunu da gözden kaçırmamalıyız. Sorun elbette bir ahlak sorunudur. "İnsan"ın ne olduğundan başlayarak "hukukun varoluş sebebi"ne kadar genişleyen bir alan içinde konuyu ele almak gerekir. Aslında bu konferansta ikinci gün bu konuların daha çok üstünde durulacağı anlaşılmaktadır.

Ben daha çok hukuk-ekonomi ilişkileri ve yönetsel çalışmaları üzerinde durarak yeni gelişmeleri ve hukuk uygulamalarını irdelemek düşüncesindeyim.

Toplum halinde yaşayan insanlar, sosyal ve ekonomik problemlerinin çözümünde, ister ilkel toplumlardaki gibi sadece gelenek ve göreneğe, isterse modern bir toplumda olduğu gibi gelenek ve görenek yanında yazılı hukuk kurallarına dayansın bir sosyal organizasyona gereksinim duyar. Hukuk, toplumsal bir ürün ve sosyal bir organizasyondur. Bireyleri, istemi doğrultusunda zorlar ve davranışları düzenleyici etken konumundadır. Bu açıdan ele alındığında sosyolojik olarak "hukuksal" olanın belirlenmesi kolay görünmektedir. Yasa, hüküm ya da idari işlemin hukuksal nitelikte olduğu açıktır. Ancak bu teknik alanın dışında açık ya da örtülü hukuksal alanla bağlantılı birçok konu bulunmaktadır.

(\*) HFSA'nın İstanbul Barosu ile birlikte 6-7 Eylül 2002 tarihinde İstanbul'da gerçekleştirdiği "Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar" konulu sempozyumda sunulmuştur.

(\*\*) Doç. Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

1 Örneğin düşünce özgürlüğü kişiler arasında dile getirildiğinde bir "düşünce açıklama hakkı", "düşünce özgürlüğü hakkı"dır. Kişilerin bu haklarının korunduğu yerde, yani "kamu düzeninin, orada yaşayan bütün kişilere (yurttaş olsun olmasın), insan türüne özgü bir olanağın gerçekleşip gelişmesine götüren insansal etkinlikleri gerçekleştirebilme koşullarını" sağladığı yerde, o ülkede, söz konusu özgürlük yani düşünce özgürlüğü var demektir. Ioanna Kuçuradi "Düşünce Özgürlüğü Nedir Acaba?" Düşünce Özgürlüğü, Haz. Hayrettin Ökçesiz Afa Yay., İstanbul 1998, s. 24

Mülkiyet, sorumluluk, aile, yabancılık ve yeni tip sözleşmeler gibi.

En geniş anlamda hukuk sosyolojisinin konusunu şu başlıklar altında toplayabiliriz:

- siyasal sistemin norm çerçevesi,
- toplumsal çatışmaların çözümlenmesi olarak hukuk ve hukukun içselleştirilmesi süreçleri,
- uygulama olarak hukuk, yargılama ve infaz uygulamaları.

Siyasal sistemin norm çerçevesi başlığıyla yapısal sorunların çözümünde hukuk sosyolojisi olanakları araştırılmaktadır. İktidar, iktidarın sosyolojik kabulü, sistemin devam olanağı olarak hukuk, hukuk süjesi-hukuksal materyal ilişkisi, uygulama olarak hukuk gibi alanlar doğrudan hukuk sosyolojisi içindedir. Ancak yeni eğilimlerin, daha çok toplumsal çatışmaların çözüm olanakları ve hukukun içselleştirilmesi süreçleriyle, yargılama olarak hukuk, uygulama, infaz ilişkilerine kaydığını görüyoruz. İçeriksel bu değerlendirmelerin yanında dünyadaki genel eğilime paralel olarak ortaya çıkan ekonomi yaklaşımları hukuk sosyolojisi alanına da yansımıştır. İktisat-sosyoloji ilişkisinin yakınlığı, iktisat-hukuk sosyolojisi alanında da görülmektedir. Bu alandaki gelişmeler üzerinde özel olarak durmak gerekir. Ampirik verilere önem verme sosyolojinin merkezinde olan metodolojik bir zorunluluktur, ama veriler, evrensel sosyal yapıların ve süreçlerin yansımaları ya da örnekleri olarak ele alınır. Temelde odakla-

nılan nokta, tikel sosyal kurumlardan çok insan varoluşunun bütünlüğü üzerindedir. Hem Bentham hem de Austin, hukuk düzenini bir egemenlik silahı olarak gördüklerini belirtmişlerdir. Aynı yaklaşımın Max Weber sosyolojisi ile geliştirildiğini görüyoruz. Ancak sosyal gelişmelerin devam edegelen çizgisi, bu durumu hukukun özü olarak belirlemeyi oldukça güç hale getirmiştir. Diğer yandan hukuku ekonomik yapının pasif bir yansıması olarak gören yorumlar, ya sosyal gelişmeyi tek boyutlu "ilerleme" kavramına indirgerler ya da hukuku, ilgilendiği konuyla sınırlarlar. Hukukun bazı bölümleri, örneğin ceza hukuku gibi alanlarda "adam öldürmenin yasaklanması" vb. belirlemeler, kültürlerüstü bir alan olarak görülürken, diğer pek çok ceza hukuku olgusu yerellekle açıklanabilir. Gelişmiş ülkelerde, hukuk formunun ekonomik ilişkilerin "meta biçimi"ni yansıttığı ileri sürülmektedir<sup>(2)</sup>. Bu düşüncenin açılımı, ekonomik ilişkilerin, bireye, emek ya da borsa piyasasının birimlerinin ekonomik sahibi gibi muamele etmesine benzer biçimde, hukuksal ilişkinin öznesi, hakların bireysel sosyal sahibi olarak anlaşılmasıdır<sup>(3)</sup>. Bireyin toplum içinde bu konumuyla algılanması hukuk-ekonomi ilişkisini merkeze koyar. Diğer yandan bu tarz yorumların hukuk ve hukuksal düşüncenin ideolojik etkisine daha fazla önem verdiğini de görüyoruz.

Hunt, hukuk-ekonomi ilişkisinde aşağıdaki çıkarımları yapıyor<sup>(4)</sup>:

- Hukuk politiktir.
- Hukuk-devlet bağlantısı belirleyicidir.
- Hukuk egemen ekonomik ilişkileri yansıtır, aynı zamanda hukuksal form, ekonomik ilişkilerin formunu taklit eder.
- Hukuk potansiyel olarak zorlayıcıdır; devletin cebir tekeli açığa vurur.
- Hukuk, iktidar blokunun yansımasıdır.
- Hukuk siyasi iktidarın değerlerinin meşrulaşmasını sağlar.

Bu saptamalara rağmen, hukukun hem bir yansıma hem de bir etken olduğu açıktır. Toplumsal yapı sosyal formları olanaklı kılan üretici güç ve sosyal formların bir ürüne dönüştüğü karmaşık bir süreçler dizgesini içerir. Hukuk, sosyal koşullar ve yapılardan meydana gelir ve diğer sosyal koşulları ve belirli etkileşimleri yaratır/Tarihsel olarak, toplum belirli bir gelişme düzeyine ulaştığında, üretim, dağıtım ve değişimin günlük yenilenen faaliyetleri için genel bir düzenleme yapma gereksinimi doğar. Bu sistem bütünlüğü için de bir zorunluluktur. Toplumsal gelişimle, hukuk daha ayrıntılı bir hal alacaktır. Bu karmaşıklığın ekonomi açısından okunuşu, yasaların aynı zamanda ekonomik yaşam koşullarının bir açıklaması oluşudur.

Hukukçuların hukukun sosyal realitesini unutmaya eğilimi, hukuku belirli bir soyutluk içinde ele almaya yol

açar. Yapısal bir bütün olarak siyasal sistemin işletim alanı olarak hukuk, sistemin değerlerini meşrulaştırmaktadır. Liberal toplum modelinde bireyler hukuk düzenince bahsedilen hakların sahibidirler. Bu haklar onların çevrelerindeki sosyal alanı kişisel projelerine göre şekillendirmek için kendi kaderlerini elde etmelerini sağlar. Özel-kamu alanı ayrımları açısından liberal modelin çizmiş olduğu bu ayrımında kamu alanı problematik bir durum kazanmaktadır. Bireyin kendi seçimleri doğrultusunda oluşturdukları beklentiler diğer bireylerin alanlarıyla çatışma haline girer. Aslında bir başka açıdan kamu alanı ve kamu alanı dışı birbirine geçer. Üretim, değişim ve tüketim alanları kamu alanı haline dönüşür. Bu alandaki haklar daha çok negatif özgürlükler alanıdır. Hukuk rejimi, kişiye, sahip olduklarını serbest piyasa çerçevesinde değiş tokuş etme garantisi olarak görünürken, sahip olmayanlar açısından dar bir pozitif faydaya dönüşür. Hukuk daha detaylandırıldığında, haklar sosyal gerçekliği örter; sanal bir tablo yaratabilir. Liberal ilişki, özel formlarla biçimlendiğinden, sözleşmeye gereksinim duyar ve kişinin sosyal bütünün bir birimi olmasından daha çok bir birey olarak görüldüğü bir özneliği gerektirir. İşte hukuk asıl bu özneliği kurar ve ekonomik yapıyı olanaklı kılar. Geleneksel toplumsal yapıların çözülmesi "soyutlanmış birey"i yaratmıştır. Bu birey, hem hak sahibi hem de tüketicidir. Böylece birey artık "hukuki bir kişiliktir"<sup>(5)</sup>. Bu

2 E. B. Pashukanis, *Law and Marxism*, London, Ink Links 1978, s. 67 vd.

3 E. B. Pashukanis, s. 35 vd.

4 M. A. Hunt, "The Ideology of Law", *Law and Society Review*, No: 19, s. 23, New York 1985

5 W. Morrison, *Jurisprudence*, Covandish Pub. Ltd. Reprinted, London 2000, s. 247

aynı zamanda imtiyazlı bir dünyadır. Privilage (imtiyaz), "priva" ve "lege", açılımı private law yani "özel hukuk"tur. Yasallık, hukuksal gelişim, hakların ve görevlerin sosyal bir alanı biçimlendiren yaratım, bürokratik ilişkiler ağı içinde çağdaşlık ontolojisinin özünü oluşturan bir epistemolojik alan yaratır<sup>6</sup>. Liberal ekonomik modelde mülkiyet hukukundan sözleşme hukukuna geçiş gerçekleşmiştir. Daha derin eşitlik çağrısını yapan bir adalet yerine hukukun formalizminden kaynaklanan biçimsel adalet ön plana çıkmıştır. Felsefi açıdan da bu ayrım önem taşımaktadır. Eşit haklar verildiğinin kanıtı olarak ilan edilen hukuksal haklar, büyük oranda biçimsel hukukun ürünüdürler ve sosyal haklara dönüşme gücünü taşırlar. Gerçek işlevsel sosyal hakların, "yaşamın yeniden üretimine katkı" biçimine dönüşmesi gerekir. Gerçekte siyasal ve hukuksal haklar talep eden soyut birey simgeseldir, ideal bir öznedir; hukuksal çerçevedeki etik konular da bu ideal özne için çizilir. Böylece hukuk düzeni gerçek koşullar ve ilişkilerin aynadaki yansımaya dönüşür.

Drucker<sup>7</sup> gibi bazı güncel yorumcular, post-modern dünyada belirleyici olanın sermayeden bilgiye kaydığını belirtiyor. Post-modern toplum, işgücünün korunduğu araçların üstün olduğu bir üretim ilişkisi kurmuştur. Bilgisel gelişim yani enformasyon, globalleşme ile birlikte bütün toplumsal sınıflar için etkileyici yeni bir profil çizmektedir. Bu değişimle birlikte sos-

yal düzen ve insancıl bir sosyal yaşamın nasıl süreceği sorununun çözülmesi gerekir. Tüm dünya gözönüne alındığında, zengin ve fakir kesimler arasındaki uçurum hiç olmadığı kadar büyümüştür. Bu yapılanma kuzey-güney çatışması olarak isimlendirilmiştir. Zengin kuzeye karşı yoksul güney, yeni bir ayrım olarak globalleşmeyle daha belirgin bir hal almıştır. Genel şema bu olmakla birlikte modern toplumun hukuku, yerellik düzeyinde de hukuk-ekonomi ilişkilerini temel alan yeni bir yörüngeye girmiştir. Bugün için pozitif hukuk alanının en teknik ve geniş bölümünü ekonomik ilişkiler oluşturur. Medeni hukuk, borçlar hukuku, iş hukuku, mali hukuk, uluslararası hukuk gibi alanlar bunun en tipik göstergeleridir.

Marx'ın açık olarak dikkatimizi çektiği gibi üretim ilişkilerindeki değişim bir üst yapı kurumu olan hukuku da doğrudan etkiler. Bunun anlamı pazar ekonomisinin değişmesidir; ulus devletle biçimlenen üretim biçiminin bugün globalleşme adı altında tümüyle değiştiğini görmekteyiz. Özetle, giderek serbest dolaşım olanağına kavuşan sermayeye karşı bağımlı emeğin biçimlendirdiği yeni bir üretim modeli. Kuşkusuz bu üretim ilişkisinin sonuçları, sermaye sahibi güçlü ekonomilerin giderek daha da güçlü hale gelmesi, emeğin fiyatını belirlemede serbest olma ve dünyanın tümünü "pazar" kılabilme olanağıdır.

Sözü edilen ilişkilerin hukuka yansımaları, bu genişlikteki serbestliğin

sağlanabilmesi için; "Teknik ancak daha kısa sürede çözüm üreten, her yanda aynı olabilen bir hukuksal çerçeve oluşturmak" standart olarak belirlenmiştir. Elbette üretim ilişkisini salt firma politikasına indirgeyerek müdahale edilemez geniş bir serbest alan sağlaması da bu genel çerçeveye eklenecektir. Global anlamdaki üretim ilişkilerine pratikte giderek artan hukuk-ekonomi ilişkisi eşlik etmeye başlamıştır. Öyle ki, bugün siyasi bir birliğe gittiği düşünülen Avrupa Topluluğu tam da söylediğimiz gibi, yola bir ortak pazar olarak başlamıştı. Bu gelişmelere karşı anti-globalizm eleştirileri de başlamıştır. Ancak güç dengeleri açısından bu karşı akımın gücü, globalleşme karşısında çok zayıf kalmaktadır. Birçok hukuk sosyolojisi çalışmasıyla bu noktalara dikkat çekilmekte, hukuk standardı oluşturmanın sağlayacağı avantajlar kadar, üretim ilişkilerinin farklılığı dolayısıyla ortaya çıkabilecek sorunlara cevap aranmaktadır. Sınırlı iktisat bilgisiyle donatılan hukukçular ile sınırlı hukuk bilgisiyle donatılan iktisatçılar bu alanları öğrenme gayreti içine girmiştir. Son derece karmaşık bir yapı olan uluslararası piyasayı kavramak özel bir uzmanlık alanı olarak hem hukuksal bilgiyi hem de iktisadi bilgiyi zorunlu kılmaktadır.

Hukuk-ekonomi ilişkisinde ikinci önemli alan, sui generis sözleşmeler dediğimiz yeni tip sözleşmelerdir. Yeni ekonomik ilişkiler yeni sözleşme tipleri yaratır. Yeni ekonomik ilişkilerin ortaya çıkarttığı bu tip sözleşmeler henüz yasal düzenlemeler yapılmadan

da piyasa için iş görür hale gelmiştir. Ülkemizde bu tip sözleşmelere örnek olarak "leasing", "joint-venture", "factoring" ve "know-how" tarzı sözleşmeleri ve "consignie" satış sözleşmelerini gösterebiliriz.

Bir üçüncü boyut olarak genel sosyolojinin sıklıkla kullandığı istatistik ve örnek tarama yöntemlerinin hukuk alanına da yansıdığını görüyoruz. İstatistik bilgi, hukuk sosyolojisi alanında sıklıkla ve başarıyla kullanılmaktadır. Ancak burada sözü edilen, belli anahtar kavramlardan hareketle söz konusu metinlerin ideolojik sınıflandırılması veya çeşitli değer atıfları açısından ele alınmasıdır. Bu tür uygulamaların başarısı ancak örneklemede seçicilikle sağlanabilir. Diğer yandan ülkemiz gibi "dilsel kırılma" yaşamış toplumsal ortamlarda salt kelimesinin eskilik veya yeniliğine yüklenecek anlamla sonuç almaya çalışmak her zaman doğru olmayabilir.

Kanun yapma teknikleri açısından sosyolojik materyalin kullanılması da oldukça yeni gelişmelerden sayılabilir. Özellikle adalet bakanlıkları nezdinde kurulan bu tür birçok çalışma birimiy-le kamuoyu araştırması, beklentiler, uygulanma olanağı ve mevcut durum taramaları sosyal kabulün daha başarılı sağlanabildiği "yasalar yapma" açısından kullanılmaktadır. Bu alanın da hukuk sosyolojisi için çalışma alanı olduğu açıktır.

Hukuk sosyolojisi açısından ana başlıklarıyla ele aldığımız bu eğilimlerin yanında özellikle hukuk felsefesi açısından da şu noktalar üzerinde durulabileceği kanısındayım:

6 W. Morrison, s. 273

7 P. Drucker, Post-Capitalist Society, Oxford, Butterworth, Heinmann 1993, s. 12 vd.

Hukukun ne işe yaradığı sorusunun cevabının, en basit biçimde hukuksal sorunu çözmek olduğu söylenebilir. Toplumsal yaşam bir zorunluluk olarak algılandığına göre, bu zorunluluğun kaçınılmaz sonucu bir düzen olarak hukukun zorunluluğudur. Hukuk, toplumsal yaşamın barış içinde devamını garanti edecektir. Bir yandan bencil ve özgecil duygularla donanmış olan insanın karmaşık yapısı, diğer yandan dünya nimetlerinin sınırlı, isteklerin sınırsız oluşu, bize, toplumsal yaşamın bir düzen içinde kendiliğinden gerçekleşmeyeceğini gösterir. Dünya-insan ilişkisindeki geniş ölçekli değişim iki temel gelişime yol açmıştır: "Bazı değerlerin evrenselleşmesi" ve "yeni uluslararası birliklerin oluşturulması." İnsan hakları teorisinin evrenselleşmesi, insanlık suçu kavramının netlik kazanması, uluslararası ceza hukukuna ve mahkemelere ilişkin gelişmeler, terörizm karşıtlığı, ırkçılık, cins ve etnik köken ayrımcılığının reddi, uyuşturucu, insan ve silah ticaretinin engellenmesi gibi konular üzerinde durulmaktadır. Ashında tarihi gelişim içinde basitten karmaşığa doğru giden hukuk sistemi başarılı bir toplumsal yaşamı diğer norm kategorileriyle birlikte garanti etmeye çalışmaktadır<sup>8</sup>. Her sosyal kümelenmenin mutlaka kurduğu yasa-uygulama ilişkisi, aynı zamanda hukuksal, siyasal ve sosyal bir ilişki olduğu için, kurumsallaşmış siyasi iktidar tipi olarak devlet düşüncesi, ancak hukuksal bir ortak

model üzerinde, "bir hukuki düşünme biçimi" olarak okunabilir. Devlet kudretinin sınırlanmasına hizmet edecek biçimsel önlemler arasında, devletin üstün bağlayıcılıkla, güce sahip bir hukuk metni yani temel norm olarak anayasa ile çerçevelenmesi, devlet kudretinin değişik organlar arasında paylaşılması (kuvvetler ayrılığı ilkesi) bütün devletsel faaliyetlerin hukuk kurallarına bağlanması (hukukun egemenliği ve hukuksal güvenlik ilkeleri) ve bu bağlılığın bağımsız yargı organlarınca yürütecek bir yapısal denetime tabi olması, sayılmaktadır<sup>9</sup>. Bu yapısal model üzerine kurulu hukuk devleti, yapıyı özel niteliklerle biçimlenmiş hukuk normları aracılığıyla koruyacaktır. Günümüzde büyük oranda hukukun "genel, soyut, hiyerarşik ilişkiler içinde yazılı, iç ve dış dinamiklerle güvenceye alınmış" hukuk normlarına dönüştüğünü görüyoruz. Bu model, işletilebilmesini "yorum" yeteneği çerçevesinde kurabilir. Modern hukuk sistemlerinde neredeyse tüm hukuksal faaliyetleri yorum içinde ele alabiliriz. O nedenle yoruma ilişkin çabalar, teorik hukuk çalışmaları için de temel sorun olarak gözükmektedir. En geniş anlamda doğal hukuk okulu-pozitif hukuk okulu çatışmasının, hukukun yumuşak karnı olan yorum çerçevesinde şekillendiğini söyleyebiliriz.

Çağdaş gelişmeler içinde "dil felsefesi"ne ilişkin gelişmelere paralel olarak yorumda da yeni çözüm arayışlarının ortaya çıktığını görüyoruz. Ancak

dile sahip olmamız sebebiyle dünyayı yorumlayabiliriz. Anlam taşıyıcısı ve iletişim aracı olarak dil, hukuk normlarının da taşıyıcısıdır. Hukuk-dil ilişkisinde karşımıza iki ana sorun çıkmaktadır. İlki, hukuk normlarının nasıl yorumlanıp anlaşılacağı ve uygulanacağıdır. Diğeri, bir hukuk ya da hukukçular dili ve uygulaması karşısında hukukun tipik muhatabının durumu<sup>10</sup>.

Yazıya dönüşmüş her dilsel ifadenin, söz sahibine yabancılaşmasından başlayarak dildeki metaforik zenginliğin giderek terminoloji adı altında bitirilmesi, hem dili hem hukuk kuralını kupkuru bir ifadeye dönüştürmektedir. Bir yandan hukuksal malzemenin giderek artışı, diğer yandan bu dilsel güçlükler, klasik yorum yöntemlerinin yenilenmesi gereksinimini doğurmuştur. Hukukun yorumlanması konusunda yeni yaklaşımlar olarak yapısalcılık, göstergebilim ve söylem analizi çalışmaları bulunmaktadır. Her üç yaklaşım da "hukuk söylemi" kavramı merkezlidir. Hukuk söylemi, hukuku her türlü yargısal faaliyet, hukukçu davranışı ve taraflar açısından değerlendirmelere kadar uzayan çok geniş bir alan olarak ele alınmaktadır. Bu anlam üzerinde duran göstergebilimin kurucusu Greimas'a göre, dil aynı zamanda kendi içinde gelişen ikincil göstergeler sistemi ile birlikte gelişir. İkincil gösterge olarak hukuk son derece tipik bir örnektir. Yani dil üstüne yeni bir dil olarak varlığını ortaya ko-

yar, hem aittir hem de farklılaşmıştır. Olivercron, "bütün hukuksal işlemlerin, yargısal yorumların, sözleşmelerin ve diğer hukuksal eylemlerin amacı, insanın davranışlarını etkilemek ve onları belirli yollara yönlendirmektir. Hukuk dili öncelikle bu amaca giden bir araç olarak düşünülmelidir. O sosyal kontrol ve sosyal ilişkinin bir aracıdır" demektedir<sup>11</sup>. Hukuksal ilişkide hakim bir "meta-dil" taşıyıcısı olarak temel figürdür. Göstergebilimsel yaklaşım bunu bir sübjektivite olarak değerlendirmez. Aksine inceleme konusunu metafizik bir bütün olarak gördüğü hukuk sistemini değil, üzerinde çalışma yapılabilecek somut hukuk metinlerini seçmiştir<sup>12</sup>. Göstergebilim çalışmaları yapısalcılığa dayanır. Yapısalcılıkta ise iki temel nokta belirlenir: "uygun yapı ayrımları yapabilmek" ve "yapısal iç bütünlüğü kurmak." Gerek yapısalcılık gerekse göstergebilim çalışmaları ele alınan konu açısından pozitivisttir. Sınırlar konusunda işlevsel olan bu iki yaklaşımın, içeriksel değerlendirme yapan söylem analizi ve hermenötikle desteklenmesi gerekir. Analizleri, nitelik ve nicelik analizleri olarak ayırabiliriz. Nicelik analizleri "anlık" durumu ölçerken, nitelik analizleri "süreç" açıklayıcı özelliğe sahiptir<sup>13</sup>. Hukuk, toplumda ileride ortaya çıkabilecek olayları önceden tasarlayarak bunlar için düzenleme yapmak gibi bir işleve sahip olduğu için, bu tartışmaların gerek kanunlaştırmada gerekse yorumda öncelikle dikkate

8 Mithat Sancar, "Şiddet, Şiddet Tekeli ve Demokratik Hukuk Devleti", Doğu-Batı, S. 13 (Kasım, Aralık, Ocak 2000-2001 Ankara)

9 Habermas, Kamusalın Yapısal Dönüşümü, Çev.T.Bora - M. Sencer, İletişim Yayınları, İstanbul 1997, s. 47 vd.

10 Ökçesiz, Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri, Alkım Yay. İst. 1997, s. 473

11 Bernard Jackson, Semiotics and Legal Theory, Deborah Wiltshire, 1997, s. 24, 25

12 Jackson, s. 32

13 Edibe Sözen, Söylem, Paradigma Yayınları, İstanbul, 1999, s. 104

alınması gerekir. Özellikle yorumda eylem-anlam ilişkisinin açıklanması göstergebilimle uyum içindedir.

Bir metnin çözümlenmesi sadece dilsel çözümlenme değildir; yüzeysel anlamın üstündeki örtüyü kaldırmayı da içerir. Bunun için de özgün koşullar, hukuk geleneği, sosyolojik, siyasi ve ekonomik çerçevenin de bilinmesi gerekir. Diğer yandan, örneğin bizim hukukumuz gibi resepsiyon geçirmiş hukuklar için, bu alanın çok daha geniş bir hal alacağı açıktır. Bu tutum, hukuk kuralları ile toplumun kültürel yapısının çatışmaması için ya da sosyal kontrol aracı olarak kullanılması düşünülen hukukun, bu işlevi yerine getirirken bürünmesi gereken görünümünün belirlenmesi için de zorunludur.

Aslında yorum yöntemleri içinde tüketilebilecek olan argümantasyon teorisi üzerinde de özel olarak durmak gerekir<sup>(14)</sup>. Argümantasyon, hukuksal bir tartışmada kanıt getirilerek karşı tarafı ikna edilmesi ancak nihayetinde tarafların uzlaşmasını hedefleyen ve bunun için elverişli akıl yürütme araçlarını gösteren normatif ve rasyonel bir teoridir<sup>(15)</sup>. Herhangi bir diyalogsal ilişkiden farklı olarak argümantasyonun kalkış noktası muhataplar arasındaki uzlaşmanın sağlanmasıdır. Bu uzlaşma taraflardan biri diğerini ikna edince sağlanacaktır. Argümantasyonun teorik dayanağı olan "iletişim birliği" de önemli bir kavramdır; eşitlik ve demokrasi kavramlarına dayanır. Hukuk mantığı alanının genişletilmesi

olarak argümantasyonun farklı bir bakış yakaladığı açıktır. Argümantasyonla, "iletişim birliği", "evrensel dinleyici" gibi kavramlarla hukuksal sorunun çok boyutlu kavranışı ve hukuk öncesi çözüm arayışları açısından kullanılma olanakları üzerinde de durulmaktadır. Argümantasyonun söylem ve tartışma pratiği ile olan ilişkisi, ikna edilebilirlikle hukuksal çözüm üretme arasında bir bağlantı kurmaktadır. İletişimsel ilişkinin diyalektik doğasının, tıpkı hukuksal sorundaki taraflararası ilişki olarak okunduğu ve tarafsız izleyici olarak bir yandan demokratik ortamın diğer yandan görevli-tarafsız hakimin pozisyonları ile yeni bir ilişki biçimine çevrildiği görülmektedir. Bu tür bir tutumun hukuksal sorunun çözümlenmesinde son derece geniş olanaklar sunacağı açıktır.

#### KAYNAKÇA

- Drucker, P.: Post-Capitalist Society, Oxford, Butterworth, Heinmann 1993
- Habermas, J.: Kamusalın Yapısal Dönüşümü, Çev. T.Bora-M. Sencer, İletişim Yayınları, İstanbul 1997
- Hunt, M. A.: "The Ideology of Law", Law and Society Review, No.19, New York 1985
- Jackson, B.: Semiotics and Legal Theory, Deborah Wiltshire 1997
- Kuçuradi, I.: "Düşünce Özgürlüğü Nedir Acaba?", Düşünce Özgürlüğü, Haz. Hayrettin Ökçesiz, Afa Yayınları, İstanbul 1998
- Metin, S.: "Hukuk Metninin Yorumu", Yayınlanmamış Doktora Tezi, İ-

stanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2002

Morrison, W.: Jurisprudence, Co-vandish Pub. Ltd. Reprinted, London 2000

Ökçesiz, H.: Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri, Alkim Yayınları, İstanbul 1997

Pashukannis, E.B.: Law and Marxism, London, Ink Links 1978

Sancar, M.: "Şiddet, Şiddet Tekeli ve Demokratik Hukuk Devleti", Doğu-Batı, S.13

Sözen, E.: Söylem, Paradigma Yayınları, İstanbul 1999

14 Sevtap Metin, "Hukuk Metninin Yorumu", (Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2002), s. 122 vd.

15 Bkz. Sevtap Metin, s. 127, dipnot 155