Hazırlayan:
Hayrettin Ökçesiz

Arthur Kaufmann / Michel Villey
Paul Amselek / Gérard Timsit / Chaïm Perelman
Kenneth I. Winston / Lyndall Lorna Tammelo / Roberto Mangabeira Unger / Thomas H. Morawetz / Jean Carbonnier
A.R. Radcliffe-Brown

Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi

340.
HFS
1993
c.1

975-7336-00-9

LAW/123334

HFSA

Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi

Hazırlayan:
Hayrettin Ökçesiz

Arthur Kaufmann / Michel Villey
Paul Amselek / Gérard Timsit / Chaïm Perelman
Kenneth I. Winston / Lyndall Lorna Tammelo / Roberto Mangabeira Unger / Thomas H. Morawetz / Jean Carbonnier
A.R. Radcliffe-Brown

1

NÜANS

340.1 HFS 1993
A.Ü.H.F. KÜTÜPHANESİ
123334 340.1

HFSA / 1. Kitap
Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi
Kapak Düzeni ve Ofset Hazırlık : NÜANS / Desen : H. Daumer
Baskı : Doyuran Matbaası
3 / 1993

NÜANS Basın Yayın Ltd. Şti.
Çatalçeşme Sok. Defne Han No: 27, K.3/17 Cağaloğlu - İST. Tel: 512 54 96

ISBN 975 - 7336 - 00 - 9

İÇİNDEKİLER

Hukuk Felsefesi, Hukuk Kuramı, Hukuk Dogmatiği 7
Arthur Kaufmann *(Çev: Hayrettin Ökçesiz)*

Hukuk Bilimi ile Hukuk Felsefesinin İlişkileri 27
Michel Villey *(Çev: Tuğba Ballıgil)*

Norm ve Yasa 33
Paul Amselek *(Çev: Tuğba Ballıgil)*

Matematik ve Hukuk 53
Gérard Timsit *(Çev: Zeynep Özlem Üskül)*

Yeniden Soruşturulan Adalet 61
Chaïm Perelman *(Çev: Murat Önderman)*

Adalet ve Kurallar : Bir Eleştiri 69
Kenneth I. Winston *(Çev: Murat Önderman)*

Adaletin Özü Olarak Eşitlik 75
Lyndall Lorna Tammelo *(Çev: Murat Önderman)*

İzonomi ve Adalet 83
Roberto Mangabeira Unger *(Çev: Murat Önderman)*

Cezalandırmacılık ve Adalet 89
Thomas H. Morawetz *(Çev: Abdullah Dinçkol)*

Kuramsal Hukuk Sosyolojisinin Temel Varsayımları 107
Jean Carbonnier *(Çev: Ahmet Halûk Atalay)*

Toplumsal Yapı 121
A. R. Raddcliffe - Brown *(Çev: Mehmet Tevfik Özcan)*

Toplumsal Yaptırımlar 135
A. R. Raddcliffe - Brown *(Çev: Mehmet Tevfik Özcan)*

İlkel Hukuk 141
A. R. Raddcliffe - Brown *(Çev: Mehmet Tevfik Özcan)*

SUNUŞ

Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi hukuka değgin gerçeklik bilimlerinin ve hukuk felsefesinin ürettiği bilgileri, olanakları elverdiği ölçüde, okuyucusuna ulaştırmayı; kendi içerisinde derleyip toparlamayı; bu tür bilginin üretimini desteklemeyi amaç edinmiştir. 1. kitabıyla bu yolda ilk adımını atmış olmasından kıvanç duymaktayız. Eksiklerimizi ve yanlışlarımızı okuyucularımızdan öğrenebilmek bizi sevindirecektir.

Burada, bu yapıtın oluşmasına yaptıkları çevirileri ve yapıcı eleştirileri ile katkıda bulunan değerli meslektaşlarım sayın *Ahmet Halûk Atalay*'a, *Tuğba Ballıgil*'e, *Abdullah Dinçkol*'a, *Murat Önderman*'a, *Mehmet Tevfik Özcan*'a, *Zeynep Özlem Üskül*'e; daha da büyüyeceğini umduğum *HFSA Topluluğu*'na, yayınlamak kararı ile sağladığı bu somut olanaktan ve daha önemlisi, bu kitabı çıkarırken beslediğimiz inancı bizimle paylaşmasından dolayı sayın *Hüsnü Kılıç*'a teşekkür ediyorum. *Zeynep Hanıma* ve *Halûk Beye,* metinlerin düzeltilmesinde ve iletilmesinde ayrıca verdikleri destek için tekrar teşekkür ederim.

Hayrettin Ökçesiz

HUKUK FELSEFESİ, HUKUK KURAMI, HUKUK DOGMATİĞİ *

Arthur Kaufmann
(Çeviren : Hayrettin Ökçesiz)

1 Hukuk Felsefesi ve Hukuk Dogmatiği

Hukuk felsefesi hukuk biliminin değil, felsefenin bir dalıdır. Ancak bununla hukuk felsefesini (genel) felsefe cinsinin özgün bir türü imiş gibi görmemek gerekir. Felsefe bütün biçimlerinde daima insansal varoluşun temel sorunlarıyla, *Karl Jaspers*'in "sarmalayan" dediğiyle(1) uğraşır. Kısaca felsefede "aslolan" önemlidir.

Hukuk felsefesi, felsefenin diğer dallarından daha özel olduğu için değil, aksine *hukuki temel sorunların, hukukun ilkesel problemlerinin felsefe* tarzına yansıtılması, bu tarzda tartışılması ve mümkün olduğu ölçüde yanıtlanması nedeniyle ayrılmaktadır. Biraz fütursuzca şöyle söylenebilir: Hukuk felsefesinde soruyu hukukçu sorar, yanıtı filozof verir. Bu nedenle meslekten olan hukuk felsefecisi kendisini her iki disiplinde de, hukuk biliminde ve felsefede, evinde hissetmelidir. Yeterince sorulmuş olan: "safi filozof"un mu yoksa "safi hukukçu"nun mu hukuk felsefesi diğerinden daha kötüdür sorusuna, her ikisininki de eş değerde kötüdür, yanıtını vermek gerekir.

Hukuk felsefesi, demek ki hukuk bilimi değildir, herşeyden önce *hukuk dogmatiği* değildir. *Kant'a* göre dogmatik *"salt aklın, kendi yeteneğinin bir ön eleştirisini yapmaksızın dogmasal işlemesidir*"(2). Dogmatikçi denetlemeden hakiki olarak algıladığı önkoşullardan yola çıkar, "ex datis" düşünür. Hukuk dogmatikçisi hukukun aslında ne olduğunu hukuk bilgisinin mümkün olup olmadığını, mümkünse hangi koşullarda ve çerçevede var olduğunu sormaz. Bu, hukuk dogmatiğinin eleştirel bir süreç izlemediği sonucuna götürmez. Ancak eleştirel usulü izlediğinde(3), yani örneğin bir yasa normunu eleştirerek denetlediğinde dahi *sisteme içkin* temellendirmekte, yürürlükte bulunan hukuka dokunulmamaktadır. Hukuk dogmatiği çerçevesinde bu tavır tamamen meşrudur; ancak bu tavır, hukuk felsefesinin ve hukuk kuramının dogmatik olmayan (meta-dogmatik) düşünce tarzını, gereksiz sayarak, "salt kuramsal" ya da hatta bilim dışı niteleyerek geri çevirdiği takdirde, işte o zaman tehlikeli olacaktır.

---

* *Yazarın bu makalesi "Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart" (yayımcılar: A.Kaufmann/W.Hassemer, 5. baskı, Heidelberg 1989, s.1-25) adlı yapıtta Almanca olarak yer almaktadır.*

Elbette, felsefenin, hukuk felsefesinin büsbütün koşulsuz bir biçimde çalışabileceği de hiç doğru değildir. Bunu, *Pascal*'ın, "Port Royal Mantığı"nda(1662) -erişilemez- "en olgun yöntem" olarak nitelemesinde kolayca anlayabiliriz: Önceden açık seçik olarak tanımlanmamış hiçbir kavramı kullanmamalı, doğruluğundan emin olmadan hiçbir iddiada bulunmamalıdır. Sonu gelmeyecek bir rucûa yol açacaklarından, bu her iki talebin gerçekleşmesinin olanaksız bulunduğunu kanıtlamaya uzun açıklamalar gereksizdir.

Ancak felsefe -hukuk dogmatiğinden farklı olarak- bilimlerin ve sistemlerin önkoşullarını ve temel sorunlarını da (bu günlerde pek gözde olduğu üzere) "sorgulamak" girişiminde bulunmalı, -başka bir deyişle- *sisteme içkin* bir konuma gelmelidir(4). Bu, bir tabula rasa konumu değildir. Özellikle çağdaş yorumbilim "önyargı"nın veya "önkavrama"nın dil bilimlerinde anlama koşulunu oluşturduğunu göstermiştir (buna hukuk bilimi de dahildir, çünkü dilsel metinlerle önemli derecede ilişkisi vardır) (5). Fakat "felsefe böyle bir ön taslakta takılıp kalamaz. Tersine bu taslak, anlamanın gittikçe artan işlenmesiyle ortaya çıkan sonuçlardan hareketle sürekli gözden geçirilmelidir"(6). Felsefede hiçbir şey yoktur ki - aynı söz hukuk felsefesi için de geçerlidir - sorunsal olmasın, buna kendi varlığı da dahildir. İlke olarak filozof hiçbir şeyi, sorgulamaksızın kabul edemez. Bu bakımdan felsefenin, tek tek bilimlerden "daha temelli" çalıştığını söyleyebiliriz. Ancak buradan, felsefede münferit dogmatik bilimlerdekinden daha önemli şeyler sözkonusu olduğu sonucu çıkarılamaz. Öyle ki, tıptaki kanser araştırmaları, hukuk felsefesinin doğru(adil) hukukun ölçütlerinin neler olduğunu araştırmasından daha az önemli değildir. Felsefe ve dogmatik birbirlerine karşı, bir "az, ya da çok", "daha önemli, daha önemsiz" ilişkisinde değil, aksine bir başkalık ilişkisinde yer almaktadır.

1.1 Hukuk Felsefesinin İnceleme Alanı

Biraz önce ima edildiği gibi, hukuk felsefesi ile hukuk dogmatiğinin başkalıkları, inceleme alanlarının farklılığında kendini gösterir. Bilim kuramında *maddi konu*'yla (Materialobjekt), bir bilimin üzerinde çalıştığı somut konuyu onun bütünlüğünde kavrıyoruz; buna karşılık *biçimsel konu* (Formalobjekt) ise bilimin bu bütünü araştırdığı özel bakış açısıdır(bu bakımdan genellikle "araştırma konusu" olarak da nitelenir). Maddi konu birçok bilimin ortak alanını oluştururken bir bilimin belirleyici yanı onun biçimsel konusudur. Öyle ki, "hukuk" bütün hukuk disiplinlerinin ortak maddi konusudur; medeni hukuk, genel kamu hukuku, idare hukuku, ceza hukuku vs. olarak birbirlerinden farkı biçimsel konularında yatmaktadır. Maddi konuların özellikle son zamanlarda gittikçe artan biçimde biçimsel konulara bölünmesi (örneğin ceza hukuku bilimi yanında kendi başına bir bilim olarak kriminolojinin yine daha başka disiplinlere ayrılması) bilimlerin sürekli ilerleyen

bir uzmanlaşmasına götürmüştür. Bu hemen hemen hiç durdurulamayacak süreç, zorunlu olarak dikkatin sınırlı bir "mesleki alan"da sıkışıp kalması sonucunu doğurmaktadır; bağlar, temel olan, gözden uzaklaşmaktadır. Böylelikle felsefe daha önemli bir duruma gelmektedir.

İsimlerinden de anlaşılacağı gibi münferit bilimlerin temel özelliği daima tekil olana yönelip, asla bir oluşa bütünlüğünde eğilmemek ise, o zaman felsefenin kendisi, biçimsel konusunun bütünselliği ile tanımlanacaktır. Bildiğimiz gibi felsefe tekil olanla ve tekil olanların çokluğuyla değil, bütün ile, ilişkiler ağı ile, temel olan ile ilgilenir. Burada Felsefenin en zor sorunlarından biri yatmaktadır.

Belirli bir açıdan, biçimsel bir konuda inceledikleri belirli bir maddi konuya bağlılık münferit bilimlerin özelliğidir. Felsefede ise maddi ve biçimsel konuya bu tarzda bir çifte bağlılık artık söz konusu değildir. Hatta bir "konusu" dahi (madde olarak kesinlikle değil) var mıdır? Belirli bir maddi konusu elbette yok, temelinde yatan biçimsel konu: "salt varlık" ise belirsizdir. Bir yandan bu maddi konunun bulunmaması, diğer yandan biçimsel konunun evrenselliği felsefi bilgiyi ve felsefi yöntemi öylesine sorunlu kılmaktadır. Daima algılanabilir tekil olandan (örneğin, belirli bir hukuk normundan) işe başladığını söylemek felsefe için de geçerli olmasına karşın, o ya da bu tekil şey, asla onun asıl konusu olmayıp, ardında yatana, (örneğin, hukuk normunun "en başta" ne olduğu sorusu gibi) bir "aşkın"a ulaşmak için yalnızca bir araçtır.

Belirli bir maddi konusunun bulunmayıp, fakat buna karşılık evrensel bir biçimsel konusunun olmasından dolayı felsefe, zorunlu olarak belirli bir spekulatif özellik edinmektedir. Filozof bütünü tanımalıdır, ancak insan kavrayışı daima yalnız tekil olana yönelebilir biçimde türleşmiştir. Varlığın tümünü ya da hukukun tümünü hiçbir zaman doğrudan kavrayamıyoruz. Böylelikle felsefe "konu"sunu asla doğrudan ve uno actu biçimde kazanmamakta, çıkışını tekil olandan başlatmaktadır - bu da elbette bütün felsefe araştırmalarının amacı olan bütünü hatırda tutarak ve ona yönelerek... *Jaspers*'in sözleriyle: "Bilim olarak felsefe bütüne yönelmiş olsa da, kendisini ancak tekil olanda ortaya koyabilir"(7).

Münferit bilimlerde, tekil olanla ilgilendikleri için, bir araştırmacı çalışma odasında veya laboratuvarında yalnız başına bilimsel bir buluş yapabilir. Felsefede böyle bir şey olanaksızdır. İnsansal tanıma, bütüne yalnızca birçok parçadan hareketle varabilmektedir. Bizim için ulaşılabilir olduğu kadarıyla felsefenin hedefi, birçoklarının birlikte etkisi ve katkısı ile, ancak "diskurs" içerisinde ulaşılabilir. Bu nedenle *komünikasyon*, "iletişimle oluşan topluluk"(8), felsefede çok büyük bir rol oynar. Münferit bilimlere göre karşılıklı etkileşim, öznelerarasılık, konsensüs, görüşlerin örtüşmesi felsefede daha önemlidir(9). Çıkış noktalarının türlülüğü, farklı öğretilerle ortaya çıkan çoğulculuk, doğru anlıyorsam, felsefe için hiçbir zaman bir engel veya bir çıkmaz değildir. Aksi-

ne gelişimi için zorunlu bir koşuldur.

Buradan felsefenin ve hukuk felsefesinin sorunu; göreceliğe bir ışık düşmektedir. Her kim ki türlü filozofların ifadelerini, sanki her biri yalnızca kendi felsefesiyle bütünü ortaya koymak zorunda imiş gibi, kendi içlerinde tekil olarak ele alırsa, zorunlu olarak, felsefede çaresiz bir göreceliğin hüküm sürdüğü sonucuna varacaktır. Yalnızca, felsefeyi yüz yıllarca, bin yıllarca süren bir karşılıklı etkileşim olarak kavrayan, görüşlerin birleşebilmesinin koşulunu görüşlerin ayrı düşebilmesinde görebilen kimse göreceliği aşabilir.

1.2 Hukuk Felsefesinde Doğru Soru Sorabilmek Üzerine

(Dogmatik) münferit bilimde sorunun yönü, konusuyla belirlidir; çünkü baştan beri tekil olana yönelmiştir, bu nedenle soru tarzını doğrudan buna bağlayabilir. Somut söylemek gerekirse: Hukukçuya hangi sorunun sorulacağı, doğrudan orada sözkonusu biçimsel konudan doğacaktır; örneğin bu, haksız fiilden doğan bir zarar tazminatı ise, o zaman elbette BGB'nin 823. ve izleyen diğer maddelerinin uygulanıp, uygulanamayacağına bakılacaktır.

Felsefede, hukuk felsefesinde bu başkadır. Onların konusu varlığın ve dolayısıyla hukukun bütünüdür. Ancak düşüncemiz hemen ve uno actu bu bütünü kavrayamadığı, aksine tekil olandan, bütünün bir parçasından başlamak zorunda bulunduğu için felsefede sorgulama yöntemi konusuyla belirli bulunmamaktadır. Şunu sorabilirim: Bütünüyle varlık nedir? Bütünüyle hukuk nedir? Fakat bununla felsefede, hukuk felsefesinde daha ileriye gidememekteyim. Daha inceliklerine inerek sormalıyım, örneğin; hukukun anlamını ve hedefini, hukuki pozitivizmin önemini, hukuk ile ahlak arasındaki ilişkiyi, hukuk normunun işlevini, hukukun tarihselliği ögesini, olan ile olması gerekende "yöntem ikiciliği"ni, "nesnenin doğası"ndaki düşünce biçimini... Bütün bu ayrıntılardan çıkarak - ve ancak yaklaşık olarak - bütünü bir araya getirebiliriz. Hiçbir bilimsel felsefe çözümleyici yöntemden vazgeçemez; bunu elbette bireştirme izlemelidir.

Ancak Felsefede doğru soruş nasıl belirlenecektir? Buna yanıt vermek zordur, çünkü belirli bir yönde sormak zorunluluğu felsefede yoktur. Doğru biçimde gidildiğinde İlke olarak, her ayrıntıdan bütüne gelinebilir. Hukuk felsefesi sorusu ölüm cezasında olduğu kadar kusurda, BGB'nin 242. maddesinde ya da tüzel kişiler kurumunda aynı derecede belirebilir. Evet, hatta "sağdan gidiniz!" gibi o denli teknik sayılabilecek bir kural dahi, "hukuk normunun temelde" anlamı, özü ve önemine ilişkin hukuk felsefesi sorusunun yanıtlanmasında, pekâlâ çıkış noktası olabilir.

Önceden de söylendiği gibi, soruşunda, sorunları belirleyişinde sınırsız olmasına karşın bütün felsefe önünde sonunda aynı şeye: varlığın bütününe, hakikatin bütününe, hukukun bütününe yönelmiştir. İlke olarak sorunlarının sayısı belli bulunan münferit bilimden felsefe yine

burada da ayrılmaktadır. Çünkü bir münferit bilim hemen belirli bir araştırma konusuyla ilişkilenerek hedefine ulaşırken bu, felsefede "nesnenin doğası" gereği olanaksızdır.

Ancak belirli bir zamanın felsefesi asla bütünü amaçlamayıp, yalnızca onun belirli yanlarını göz önünde bulunduruyorsa bu zorunlu olarak, diğer yanların savsaklandığı anlamına gelir. Yeni bir çağın felsefesi için buradan,bugüne kadar ele alınmamış yanları görüş alanına sokmak ve kavramak ödevi doğar. Önünde sonunda hep aynı hedefe yönelik olmasına karşın felsefeye Tarihten, *tarihi durumundan* sürekli yeni ve değişik biçimlerde ödevler doğmaktadır(10). Somut olarak: hukukta rasyonalist ve idealist ögelerin 17. ve 18. yüzyılların rasyonalist ve idealist öğretilerince tek yanlı vurgulanması, zorunlu olarak tarihi hukuk okulunda ve nihayet hukuki pozitivizmde çözüm aramaya yönelmiştir. 19. yüzyılın hukuki pozitivizminin tek bir görevi vardı; hukukun *varlıksal* yanını, *olumsallığını* yeniden görüş alanına sokmaktı. Ancak yüzyılımızda hukukun, pozitivist düşüncenin çağrı çıkardığı, olağanüstü kötüye kullanılmasından sonra, şimdi artık hukukun *özüne ve içeriğine ilişkin ölçütlerine* ve herşeyden önce bağışlanamaz derecede ihmal edilmiş bulunan *doğruluk sorununa* yönelmek bizim ödevimizdir. Bu örnekten de görülüyor ki, bir filozof çağının sorunlarının sorularını pekâlâ doğru soramayabilir(11).

Söylenenden, doğru felsefi sorgulamanın büyük çaplılık ve çok ciddi bilimsel sorumluluk sorunu olduğu ortaya çıkmaktadır. Ve görülecektir ki, belirli bir felsefe ancak soruş tarzından çıkarak anlaşılabilir. Söz konusu filozofun hangi soruş tarzı ile eşyaya yaklaştığını kavramadan belirli bir felsefi düşünce anlaşılamaz. Felsefe öğretileri hakkındaki bilgiler hiçbir zaman felsefenin kendisi değildir, aksine *Heidegger*'in isabetle söylediği gibi "yalnızca en fazla, felsefe bilimi"dir(12).

1.3 Bilimperestlik, Felsefeperestlik ve Uygulamacılığın Yanlışları

"Salt filozofların" hukuk felsefesinin "salt hukukçuların" hukuk felsefesi kadar kötü olduğuna yukarıda işaret edilmiş bulunuyor. Sonuncusundan başlayalım: saf hukuka yönelmiş "hukuk filozofu" *bilimperestliğe,* yani (dogmatik münferit) bilimin aşırı derecede değerli görülmesine, (hukuk-) bilimsel düşüncede tek yanlı bir yönelmeye saplanmaktadır. Hukuk felsefesinin sorunlarını - özellikle hukukun temel sorunlarını - felsefeye başvurmaksızın, çoğunlukla felsefe bilgisi olmaksızın çözmek istemektedir. Bu tutum çok yaygınlaşmıştır. *Jaspers,* "Felsefi konularda hemen herkes kendini yeterli görmektedir. Bilimlerde öğrenmenin, eğitimin, yöntemlerin kavramanın birer koşulu olduğu kabul edilirken, felsefe bakımından, bu konularda koşulsuz konuşabilmek, eş düzeyde olabilmek talebi ileri sürülmektedir"(13) demekle hedefe isabet ettirmektedir. Hukukçular için de bu böyledir. Felsefeyle ciddi biçimde

hiç uğraşmamış olsa dahi hemen herkes kendini hukuk felsefesi konularında uzman görmektedir. Bu hukuki bilimperestlik kendisini özellikle yüzyıl dönümünde, hukuk "uzmanı"nın felsefe yapmak işini de ele almak, yani hukuk felsefesini bir "hukukçular felsefesine" dönüştürmek istediği, genel hukuk kuramı diye anılan şeyle; "hukuk felsefesinin ötenazisi" ile göstermiştir. Böylesine hukukçuca bir akraba evliliğinin sonucu en iyi haliyle belki kimi zaman sezgisel olarak doğruya isabet ettiren, fakat ne yaptığını bilmeyen bir amiyane-felsefe; aslında kaba saba bir heveskârlıktır.

Bunun karşısındaki hatayı, felsefeperestliğin hatasını yalnızca felsefi olarak esinlenmiş ve yönlenmiş; temel hukuk sorunlarıyla, hukuk biliminin felsefeye burada ve şimdi yönelttiği sorularla hiç ilgilenmeyen "hukuk filozofu" yapmaktadır. Şu ya da bu felsefi düşünce yönünü hukuk felsefesi diline çevirdiğimiz zaman ortaya çıkacak şeyler hakkında arasıra şaşılacak derecede derin anlamlı araştırmalar sunarken; ama, içerisinde bulunulan tarihsel konumda hiç sorulamayacakları, hic et nunc hiç sorunsal olmayan ve sormaya hiç değmeyen soruları da "yanıtlamakta"dır.

Bu nedenle uygulamacılığın yaygın hatasına, yani hukuk felsefesi sorularını yanıtlayabilmek amacıyla felsefi söylemlerin eleştirisiz benimsenmesine karşı da vurgulayarak uyarmak gerekir. Hukuk felsefesinin tanınmış yönleri; tomasçılık, kantçılık, hegelcilik, marksçılık ve başka daha ne olurlarsa olsunlar işte bu yüzden ortaya çıkıyorlar. Felsefenin anlatımlarının asla, bir matematik formülü gibi kolaylıkla üstlenilebilecek hazır çözümler -patent tarifeler- olmadıklarını önce bir defa söylemek zorunludur. Daha çok "yalnızca" açılar: belirli bir yer-zaman nöbet kulesinden önemli ve anlamlı görünen bakış yönleri söz konusudur. Ne yazık ki felsefe pek sık suçlanmaktadır. Bu da gerçekte ona karşı aynı ruhsuz ve eleştirisiz bir muameledir. Bir filozofun öğretisini insan, etkin ve yoğun bir birlikte düşünmeyle, onunla birlikte *kendi* felsefesini yaparak kendine maledebilir. Böyle bir kendine malediş dıştan, göstermelik bir üstlenmeden özünde farklıdır: "Elde edileni işleyerek kendi eyleminde büyümesini sağlayan bir almak ancak, hırsızlık değildir"(15).

Söylenenden, okul kurmanın felsefenin özüne ters düştüğü çıkmaktadır. Bu okullar ne kadar yararlı olmuş olurlarsa olsunlar er ya da geç başka yönlere açılamayan bir dogmatizme, bir sertleşmeye, kabuklaşmaya, hatta "okul öğretisi"nin mutlaklaştırılmasına doğru bozulurlar. - "Emir emirdir" ve "yasa yasadır", ya da "hukuk adalettir" -, bütün bunlar gerçek dışılığın ve inatçılığın birer çekirdeğini gizliyorlar. Yalnızca açık olan, bitmemiş olan, soran, canlıdır.

1.4 Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı

Buraya kadar hep hukuk felsefesinden ve hukuk dogmatiğinden söz edildi. Fakat hukuk kuramı nedir? *Ulrich Schroth* şöyle demektedir: "Bugün 'Hukuk Kuramı' kavramının

ne demek olduğunu söylemek istediğimizde bir çıkmaza saplanırız. Çünkü, yalnızca hukuk kuramı kavramı altında tartışılan konular, sorunlar değil, bunların ele alınış tarzları da oldukça farklıdır. Hukuk kuramının sorunları olarak şunları görebiliriz: Hukuk düzeni kavramı, onun özü, yapısı nedir? Yasaların ve hukuk ilkelerinin işlevleri nelerdir? Hukuk düzeninin ve tekil yasaların meşrulukları nereden kaynaklanmaktadır? Ussal yasalara ve kararlara nasıl ulaşılabilir? Yasalar ne dereceye kadar biçimselleştirilebilir? Hukuk düzenimiz ne kadar adildir?"(16).

Elbette bir çıkmaza saplanılıyor. Çünkü, *Schroth*'un saydığı soruların hepsi halis hukuk felsefesi sorularıdır. Gerçekte hukuk felsefesi ile hukuk kuramı arasında özde bir farklılık yoktur. Özellikle hukuk kuramının hukuk felsefesinden başka bir araştırma alanı yoktur. Hukuk kuramı için de hukukun temel sorunları önemlidir. O da sistemi aşkın bir çıkış noktasında bulunmaktadır. Hukuk kuramsal düşünce de bir meta-dogmatik düşüncedir. Fark moda yüklem "eleştirel"de de yatmamaktadır. Hangi felsefe olursa olsun, *eleştiri* hep felsefeye ait olmuştur. Eleştiri κρίνειν 'den gelmektedir ve kötüyü iyiden, yalanı gerçekten, haksızlığı haktan "ayırmak", "elemek" demektir. Ama elbette yanlış yöne saparak iyiyi, gerçeği yıkan - ve hiç de nadir olmayan - eleştiri de vardır. Ancak bunun hukuk felsefesinin hukuk kuramından ayırdedilmesi ile bir ilgisi yoktur.

Yeniden aynı soruya dönelim: Hukuk felsefesi değilse, o zaman hukuk kuramı nedir? Bunu ancak tarihsel olarak açıklayabiliriz. Yukarıda (1.1'de) işaret edildiği gibi, bilimler zamanla gittikçe artan bir biçimde uzmanlaşmaya uğramıştır. Buna benzer bir durum -aslında tam bir "uzmanlaşma" olmasa da- felsefe ve hukuk felsefesi alanlarında da görüldü. Özellikle *Heidegger* buna dikkat çekti: "Daha Yunan felsefesi çağında felsefenin belirleyici bir özelliği göze çarpmaktadır: Felsefenin açtığı bir bakış açısından bilimlerin oluşması... Psikolojinin, sosyolojinin, kültür antropolojisi olarak antropolojinin bağımsızlıklarına, lojistik ve semantik olarak mantığın rolüne işaret etmek yeterlidir..."(17). Zamanında bütün doğa bilimlerinin felsefede toplandığı düşünülsün.

Aynı şey -mutatis mutandis- hukuk felsefesi için de geçerlidir. *Hans Ryffel*'in dediği gibi zamanla buradan da türlü alanlar "göçtüler"(18). Örnek sıkıntısı yoktur. *Kant* "Hukuk Kuramının Metafizik Temelleri"nde(19) eşya hukuku, evlilik hukukunu, ebeveyn hukukunu, genel kamu hukukunu, devletler genel hukukunu vd. ele almıştı. *Hegel*' in "Hukuk Felsefesi"nde(20) örnekleme olarak mülkiyet, sözleşme, haksızlık, kusur, aile, devlet üzerine bölümler vardır. *Gustav Radbruch*'ta dahi-son "klasik" hukuk felsefesi(21)- özel ve kamu hukukları, mülkiyet, evlilik hukuku, miras hukuku, ceza hukuku, usul hukuku, kilise hukuku, devletler hukuku gibi başlıklara rastlanmaktadır. Aslında hukukun bütün sorunları hukuk felsefesi açısından tartışılabilir ama bu, eşya hukukunun, miras hukukunun, ceza

hukukunun, devletler hukukunun bu arada bağımsız disiplinler durumuna gelmiş olmalarına engel değildir.

Zamanla, bilim alanlarının giderek artan karmaşıklaşması sonucu genel bakışın zorlaşmasıyla, son otuz ya da kırk yılda hukuk felsefesinde belirli konular ayırılarak "hukuk kuramı" deyimi altında tartışılmaya başlamıştır. Bunlar aşağı yukarı: Normlar kuramı, yasama kuramı, hukuk dili kuramı, giderek bilim kuramı, bilgi kuramı, temellendirme kuramı, hukukun karar kuramı ve sonunda hukukun yöntembilimi, anlambilim, yorumbilim, hukuki topik, hukuki retorik ve diğerleridir. Ancak miras hukuku, ceza hukuku, genel kamu hukuku ve hatta hukuk sosyolojisi gibi bağımsızlaşmış disiplinlerden başka "hukuk kuramı"nın biraz önce sözü edilen sorunsal alanları hâlâ hukuk felsefesi içerisinde yer almaktadır. Çünkü, bugüne kadar hukuk kuramını hukuk felsefesinden ayıran bir ölçüt henüz bulunamamıştır. Ama verilen ağırlıkların bir saptaması pekâlâ yapılabilir: hukuk kuramında ilgi biçimsel ve yapısal ögelere iken hukuk felsefesinde bu, dar anlamda daha çok içeriksel olanadır(22). Hukuk felsefesine ilişkin daha önce söylenenler ile aşağıdakiler aynı biçimde hukuk kuramı için de geçerlidir.

1.5 Felsefenin ve Hukuk Felsefesinin Kaynakları

Felsefenin ve hukuk felsefesinin aslında ne yapmak istediğini ve görevlerinin neler olduğunu anlamak için her şeyden önce *kaynakları* hakkında açıklık kazanmak gerekir(23). Bu arada felsefenin - her ne kadar bir ide olarak *"philosophia perennis"*(süregiden felsefe) ise de - tarihsellik yasasına(24) tabi bulunduğu anımsatılmalıdır. Bu, gerçekten bir yasallıktır. Yani filozofların heveslerine yahut rastlantılarına göre olan bir şey değildir. *Jaspers* felsefenin üç ana kaynağının bulunduğunu gösterdi: Şaşırma, kuşku va sarsılma(25). Buna uygun olarak da felsefenin üç temel disiplini vardır: varlıkbilim, bilgi kuramı ve varoluşçuluk. Bu disiplinlerden her birine bir tutum karşılık gelmektedir. Her birinin kendi çağı vardır.

1.5.1 Varlıkbilim (Nesnellik Olarak Dünya)

Her varlıkbilimsel felsefe ilk önce varlığa yönelmiştir: *Nesneye.* Bu tutum tansıklar tansığı: varlığın oluşu ve tersini olmayışı karşısında *şaşırma'* dan doğar. *Platon'* da, *Aristoteles'* te, *Aquino'* lu *Thomas'* ta, *Goethe'* de olduğu gibi. Bizim yapmadığımız bir dünya karşısında şaşırmak bilmeye, sormaya zorlamaktadır, çünkü şaşırırken hiçbir şey bilmediğimin de ayırdına varmaktayım. Varlığın oluşunun ve tersine **Hiç** olmamasının nedeninin ne olduğunu bilmek istiyorum. İşte bu, *varlıkbilimin* sorusudur.

Varlıkbilim, bizim düşüncemizden bağımsız biçimde var olandan hareket eden, varlığa güven üzerine kurulu bir felsefedir. O, bilince değil, ilkede *üzerinde tasarruf edilemez olan* ve insanın buyruğuna, varlıkta ("doğa"da) yerleşik yasalara uyduğu sürece hazır bulunan, varlığa yönelmiştir. Varlığa güven üzerine kurulu ve nesnel gerçekliğe yönelik böyle bir felsefe yalnızca, kendi içerisinde sıkı yapılanmış, sağlam temeller üzerinde duran ve her şeyden önce kendine de güveni bulunan bir zamanda olanaklıdır. Bu dönemler, varlıkbilimin egemen felsefi yönü bulunduğu tinsel ve kültürel parlak devirlerdir: *Aristoteles'* in doruktaki klasik antik çağı, *Aquino'*lu *Thomas'* ın doruktaki skolastik çağı, *Hegel'* in doruktaki Alman idealizmi.

Nesnelci hukuk felsefesi şaşırmaktan; varlığın daha başlangıçta düzen ve biçim içerdiğine, şeylerin ve ilişkilerin "doğal" bir düzeninin bulunduğuna, insanların topluluk durumunda bir arada yaşadıkları her yerde hukukun da hemen ilk olarak var olduğuna duyulan hayretten yola çıkmaktadır. İnsansal terbiyenin aslında varlığın da özünde yatan bu yasaları karşısında, hayretle dolmayan kimse hiçbir zaman doğal hukuk sorununun hakkını veremeyecektir. Hukuku yalnızca insanların bir yaptığı olarak gören kimse, varlığa uygun ve üzerinde tasarruf edilemez bir hukuk sorusunu nasıl sorabilecektir? Gerçek bir doğal hukuk kuramı hukukun ancak, kendi özü bakımından bizim istememizden ve düşünmemizden bağımsız olarak kavrandığı, varlıksallığının yadsınmadığı yerde olanaklıdır. Doğal hukuk için varlıktan başka bir geçerlilik nedeni söz konusu olamaz. Doğal hukuk kuramı nihayet bir hukuk varlıkbilimidir(ama zorunlu olarak bir madde varlıkbilimi değil). Bu nedenle doğal hukukun doruk dönemleri varlıkbilimin de doruk dönemleridir. Doğal hukuk aslında varlığa güven zemininde büyümektedir. Kendine ve dünyaya güvenleri olan kuşaklar ancak, doğal hukuka yönelirler.

1.5.2 Bilgi Kuramı (Öznellik olarak Dünya)

Nasıl ki, nesnel felsefenin başında şaşırmak ve güvenmek geliyorsa, ilke olarak özneye göre yönlenmiş felsefenin de ana duygusu güvensizlik ve kuşkudur. Duyu organlarımızın bizi aldatıp aldatmadığından emin olamayışımız; bilgi edinmek çabamızda sürekli, yeniden yanılmamız; düşünmemizin çözülmesi olanaksız çelişkilere saplandığını yeterince yaşamamız nedeniyle, algıladığımızı ve bildiğimizi sandığımız her şeyi; bu denli köklü bir kuşkuya hangisinin dayanabileceğini ve sonra gerçekten bir kesinlik olarak geçerli olabileceğini görebilmek için, önce bir kez sorgulamak zorunludur. Bilmemizde böylesine bir kesinlik: "clara et distincta perceptio", "Meditationes de prima philosophia"(1641) adlı eserinde kuşkulanılabilecek her şeyden kuşkulanmayı ilke durumuna getiren(26) *Descartes* için ve "Salt Aklın Eleştirisi"nin(1787)önsözünde eski metafiziğin sözde, sanılan bilgisini, inanca yer açabilmek için kaldırmak zorunda bulunduğunu(27) söyleyen *Kant* için önemliydi.

Felsefe yapmaya kuşkuyla başlanan yerde, dünyaya karşı tutum da

farklı olacaktır. Bakış, oldukları gibi olan eşyaya değil, düşünen özneye yönelmiştir. Kaynaksal olan varlık değil, bilinçtir. Varlık, bilincin bir ürünü olarak açıklanır. *Protagoras'ın* da zamanında öğrettiği gibi insan her şeyin ölçüsüdür. Felsefe büsbütün öznelcidir, bilinç felsefesidir. Buna göre felsefenin sorusu şöyledir: Bilincimden hareketle bir "dış dünya"- bilgisine nasıl ulaşabilirim? Bu demektir ki: bir şeyi aslında nasıl bilebilirim? İlk elde, önemli olan nesne, konu, varlık değil; bilmek, bilinç, yöntemdir. Varlıkbilim değil, bilgi kuramı artık prima philosophia'dır. Şimdi, *Goethe'* nin *Kant* 'ın felsefesi için, "onun konuya bir türlü gelemediği"(28) biçiminde yakınması burada tam yerini bulmaktadır. Varlığı güvenle kucaklamayıp, tersine sonsuz bir kuşkuya hapsolunan böyle bir felsefe bir çağın doruk noktasının geride kaldığının ve çözülme eğilimlerinin başladığının kesin bir işaretidir. *Goethe* bir gün *Eckermann'* a (29.1.1826) "Size bir şey açıklayacağım ve Siz bunun yaşamınız boyunca defalarca doğrulandığını göreceksiniz. Gerilemekte ve çözülmekte olan devirler özneldir. Bunun karşısında ilerleme dönemleri nesnel bir yön içerirler". Ve *Kant'* ın bu çağdaşı ekler: "Şimdiki zamanımız bütünüyle gerileyen, çünkü öznel bir zamandır."

Bu söylenenler hukuk felsefesi için de geçerlidir. Başlangıcında kendini varlıkta bulan bir düzen karşısında şaşırma değil de, tersine böyle bir düzenin aslında olup olmadığına dair kuşku var ise, o zaman ilk elde doğru hukukun ne olduğu sorusu yerine, *Rudolf Stammler'* in dediği gibi, "hukukun bilgisi"ne(29) dair sorun geçmektedir. Hukukun bağımsız bir varlıksallığı yadsınarak, ona yasa koyucunun mutlak iktidarından türeyen yasaların bir toplam nitelemesi, bir nominal kavram olmak anlamı yüklenmektedir(pozitivizm). Doğal hukuk idesi artık hiç anlaşılamayacaktır. Doğa yasalarının yalnızca daha çok "bilimsel genellemeler" olarak görülebilmesi gibi, doğal hukuk da "teorinin bir ürünü" olarak açıklanmaktadır"(30). Hukuk felsefesinden geriye "genel hukuk kuramı"ndan(31) daha fazla bir şey kalmamaktadır. Burada da çözülme eğilimleri kendisini göstermektedir(32).

1.5.3 Varoluş Felsefesi (Kendini Oluş Süreci Olarak Dünya)

Felsefe yapmanın üçüncü kaynağı; insanın aşamadığı, değiştiremediği, (kendi - veya toplumun, tüm insanlığın - varoluşunun sınırını, günlük sıkıntılı dünyasının belirsizliğini algıladığı: suç, hastalık, ölüm, savaş, salgın hastalık, kültürlerin çöküşü, devletlerin yıkılışı gibi) "sınır durumlar"la karşı karşıya kaldığı varoluşsal sarsılmadır. Bu sınır durumların bilincine varma, kendi zayıflığını, güçsüzlüğünü görme, *Epiktet* 'in daha o zamanlar söylediği gibi, insansal varoluşun anlamının ne olduğu sorusunu sormaya zorlamaktadır. "Zorunluluk düşünmeyi öğretir" (*Ernst Bloch*) (33). Her şey, insanın bu sınır durumlar karşısındaki tutumuna göredir. Gözlerini kapayabilir, öyle değillermiş gibi yapabilir ve gü-

nün birinde kendisini bu olgulara ezdirebilir. Bu, varoluşta düşmüşlüğün, önemsizliğin modus'udur: Kitlesel varoluştur. Gerçek varoluşa, varoluşun aslına insan, sınır durumların karşısına kararlı bir biçimde dikilerek, onları planlarına ve tutumlarına anlamlı bir biçimde dahil ederek ve kendi özbilincinin böylece değişimiyle tamamen kendi kendisi olarak ulaşabilir. *Varoluş felsefesinde* önemli olan budur: O, insanı kendi olanaklarından yana tutum takınarak ve bununla kendisini gerçekleştirmeyi başararak, bitkisel bir yaşamın asılsızlığına kaçış arzusuna karşı gelmeye çağırmaktadır.

Bu söylenenlerden sonra, varoluş felsefesine hep, büyük değişimlerin ve dolayısıyla krizlerin yaşandığı zamanlarda rastlandığını söylemek şaşırtmamalıdır. Bu, çağların geçiş dönemlerinin tipik felsefesidir. Ona, ismen olmasa bile antikçağda *Sokrates öncesi filozoflarda* ortaçağa giriş döneminde *Augustinus'* ta, yeniçağa geçerken örneğin; *Pascal'* da rastlanmaktadır. Diğer yandan bu felsefe yeni, henüz adsız dördüncü bir çağa(34) geçişin, yani *bizim çağımızın* da felsefesidir.

Hukuk alanında da varoluşsal sarsılma; sınır durumların bilincine ulaşma; bizim yeryüzü hukukumuzun, mutlak değerler ölçütüne vurulduğunda, kaçınılmaz başarısızlığını algılayış vardır. *Radbruch* bir defasında, iyi bir hukukçu ancak, vicdanı rahat olmayan bir hukukçu, "meslek yaşamının her anında aynı zamanda zorunlu olarak, mesleğinin baştan sona sorgulanabilir olduğunun tam bilincinde bulunan" bir hukukçudur, demişti(35). Bu, tamamen varoluş felsefesi tarzında bir düşüncedir. Hukukun bildiğimiz kadarıyla, sınırlılığı, yetersizliği, güvenilir olmayışı karşısında gözünü yuman hukukçu, körü körüne ona kapılır ve bütün uğursuzluklarına teslim olur. Bu tutum hem pozitivist hem de doğal hukukçu için belirleyicidir. Pozitivist yalnızca yasayı görür. Hukukun yasa üstü her türlü ögesine bakışını kapatır. Bu nedenle o, yüzyılımızda yeterince yaşadığımız gibi, hukukun siyasi iktidar tarafından her türlü yozlaştırılmasına karşı çaresizdir. Doğal hukukçu yasayı küçümser. Önceden var olan normlara değer verir; ancak bunları bilgisel bakımdan yeterli biçimde kanıtlayamayacağı için sonuç, özellikle "doğal hukukçu" 18. yüzyılın gösterdiği gibi, hukuk güvensizliği ve keyfiliktir. Her iki kuram da hukukun varoluş tarzını kavramakta isabetsizlik göstermektedir. Bu yüzden her ikisinde de hukuk kendisini bulamamaktadır(36).

1.5.4 Türlü Yönlerin Bireşimi

Felsefenin önümüzdeki bu sınıflandırılmasını yalnızca kurgusal bir tipleme olarak anlamak gerekir; Hiçbir felsefe yönü bu saflıkta görülmez. Ancak vurgular türlü zamanlarda farklı ögelere yapılmaktadır. Bir felsefenin özelliklerinin idealtipik biçimde toplanması onun yanlışlarını, gerçekçi bir bakışla görülebilecek olandan daha fazla ortaya koyar.

Hukukun eski madde varlıkbilimi tarzında kavranışı yanlıştır. Hukuk

ağaçlar, evler gibi bir "obje" değildir. Hukuk daha çok, insanların birbirleri ve eşya karşısında konum aldıkları bir ilişkiler ağıdır. Madde varlıkbilimi yerine bir *ilişkiler varlıkbilimi* geliştirilmelidir.

Diğer yandan her şeyi öznel olanda ve nihayet işlevsel olanda çözmek, "varlıkbilimsel"i (üzerinde tasarruf edilemez olanı) en başta yadsımak da yanlıştır. Bununla hukuku büsbütün yasa koyucunun karşısına koymak olur.

Her iki - nesnelci ve öznelci - tutum, birbirlerine karşıt işaretlerle de olsa, *özne-nesne şemasına* (özne ve nesne bilgide birbirlerinden ayrı durmaktadır) bağlanmış bulunmaktadır. Bu şema bugün doğa bilimlerince dahi sorgulanmaktadır. En azından yorumbilimsel (anlayıcı) bilimlere uygun düşmemektedir. *Bireysel düşünceye* yerini bırakmalıdır.

Hem *Jean Paul Sartre* tarzında, insanın kendi ahlakını kendisinin yaptığı bir aşırı varoluş felsefesinden, hem de *Niklas Luhmann* tarzında, hukukun yalnızca süreç yoluyla oluşup meşruluk kazandığı bir aşırı işlevselcilikten kaçınmalıdır. Birey ve aynı biçimde hukuk *aynı zamanda olgu ve ödev*dirler. Birbirlerinden ayrılmaz biçimde nesnellik ve öznelliktirler. Birey ve hukuk, kendisiyle somut varoluş biçimine ulaştıkları bir bireysel oluşum sürecinin yalnızca bir ürünü olmakla kalmayıp, onun hem bir 'ne"si hem de "nasıl"ıdırlar. bu kısaca, *adaletin nesnel(bireysel) temelli süreçsel bir kuramı* 'nın idesidir(37).

1.6 Felsefenin ve Hukuk Felsefesinin Günümüzde Ödevi

Bir geçiş döneminde, önemli değişimler döneminde yaşıyoruz. "Paradigmalar değişimi"nden çok konuşuluyor ve bir değişimi, diğeri izliyor. Modern çağın alameti farikası: ussallık, en yüce olarak kutsandı. "Post modern"lik Şimdi -ABD'den ve Fransa'dan gelerek- bizde de yerleşiyor. O, usdışılığın yeniden gelmesinden başka bir anlam taşımıyor. Fakat usdışılık, bilimsel talepler ileri süren bir felsefe için elbette bir reçete olamaz. Ancak ussallık ve usa oynuyorsak, modern zamanda ve özellikle aydınlanmada görülen ve postmoderne bu denli büyük bir çekim gücü kazandıran sıkıntının nereden kaynaklandığına dikkatimizi yöneltmemiz gerekiyor. Bir tümceyle söylemek gerekirse: Bu bütünüyle, egemenlik ve yarara hizmet edecek bir bilgiye yönelen ve bu nedenle, *insanlar için gerçekten önemli sayılacak soruları yanıtlama yeteneğinden yoksun bulunduğunu gösteren*(38): "modernin olgunluğa ulaştırma saplantısı", "bütünleştiren us", "sürekli aydınlanma"dır. Bu başarısızlık nasıl açıklanabilir?

Tarihe bir baktığımızda, felsefenin, özellikle hukuk felsefesinin ödevleri hakkında karşıt ve zaman zaman birbirlerinin yerine geçen iki aşırı görüş saptayabiliriz. Biri, felsefeye dünya, insan, hukuk hakkında *mutlak, genelgeçer, değişmez deyişlerde* bulunmak ödevini yükler. Bu, sayısız defalar denenmiş -saltçı doğal hukuk öğretileri anımsansın- ve her defasında başarısızlığa uğramıştır. Çünkü bu dünyada böylesine salt ve zamanlar üstü içerikler yoktur. Çünkü, *-Kant'* a göre- "salt" bilgi yalnızca, kendisiyle bir şeyler bilebildiğimiz *biçimi* içerir. İçerikler ise, anlıktan değil, deneyimden geldikleri ve ancak a posteriori geçerli oldukları için, "salt" değildir(39).

Ve bu bulgudan diğer yön ortaya çıkmaktadır. Felsefe yapmanın "saflığı" uğruna bu tür içeriklerden, özellikle değerlere ilişkin deyişlerden vazgeçilmekte (örneğin; *Max Weber* 'in "bilimin değerden bağımsızlığı", *Hans Kelsen'* in "saf hukuk kuramı"), varlığın, düşüncenin, hukukun yalnızca *biçimleri*ne yönelinmektedir. Birçoklarının "ussallığın" belirleyici ölçütü olarak gördüğü bu "saflık", bütün *içeriksel* felsefe yapmayı, us dışı ve bu nedenle bilim dışı sayarak reddetmeye götürmektedir. Fakat böylesine biçimsel bir saflığa sıkıştırılmış bir ussalık da, gerçekten önemli sorulara bir yanıtının bulunamadığı taşlamasına katlanmak zorundadır. Felsefede (*Kant* ' ın bu tarzda ele almadığı) biçimcilik elbette bazı keskin görüşlü kuramlar ortaya çıkardı. Fakat içeriği bulunmayan düşünceler, bilindiği gibi, boş olacağı(40) için bunların kılgısal yaşamdaki anlamları, saflık kuralına ne denli sıkı sarılırlarsa o denli azalmaktadır.

Biçimsel saflık ve içeriksel anlam dolu deyiş gücü... Bunların ikisine birden sahip olunamaz. Bunu çağdaş hukuk filozoflarından hiçbiri, bir yüzyıllık biçimci genel hukuk kuramından sonra yeniden hukukun içeriği hakkında ilk felsefe yapanlardan biri olarak *Gustav Radbruch* kadar iyi bilemez. Felsefede "artık konuya" dönüşün istenmesiyle neredeyse aynı zamanda hukuk felsefesinde de yeniden "hukuk konusu"na(41) dönüldü. *Edmund Husserl'* in "Saf bir Fenomenolojiye ve Fenomenolojik Felsefeye İlişkin Düşünceler"(1913) adlı yapıtı yayınlandıktan yalnızca bir yıl sonra *Radbruch'* un kendisiyle hukukun içeriğine ve doğruluğuna ilişkin yeni bir sormanın başladığı "Felsefenin Ana Çizgileri"(1914) adlı yapıtı yayınlandı. Genellikle pozitivizmin baş tanığı olarak nitelenen *Radbruch* aslında onu aşmış olan kişidir. Olan ile olması gereken arasında önce savunulan "yöntem ikiciliği"nden, "idenin konusuyla belirlenmişliği" düşüncesinden, daha sonraki "nesnenin doğası" öğretisine değin dosdoğru bir yol gider. *Radbruch'* un adıyla hukuk felsefesinde yeni bir bölüme: *pozitivizmin ve doğal hukukun ötesinde bir hukuk felsefesine* geçiş ilişkilendirilmektedir.

Elbette *Radbruch* kendi hukuk felsefesinin içeriklendirilmesi için bir bedel ödemek zorunda kalmıştır. Bu bedel hukuk filozofik ya da değer kuramsal görecilikti. Hukukun olası en yüksek değerlerinin sayısını *Radbruch* sınırlı ve tek doğru değerinin ne olduğu sorusuna bilimsel bir yanıtı ise olanaksız bulmaktaydı. Bu göreciliğin ardında özgürlük, hoşgörü ve demokrasi ülküsü yer alıyordu. Bu ülkünün diktatörlükte ihanete uğramasıyla hukuk felsefesindeki görecilik de terk edilmiş oluyordu; hukukun içeriği hakkında diktatörce karara varılıyordu. Bu yol bize artık kapalıdır ve sonsuza değin

de öyle kalacağını umarım. Ancak bu sonuçla birlikte içeriksel bilimsel bir hukuk felsefesi düşüncesini de gömmeli miyiz?

Radbruch çok erken bıraktı. Hukukun üstün değerlerini - bireysel değerler, kollektif değerler, eser değerleri - açık seçik biçimde doğrulayamadığı için bu değerlerin doğruluğu kanısını taşımayanlarla daha baştan iletişimi kopardı, daha açıkça: onlarla iletişim bilimsel değil, ancak siyasi düzlemde gerçekleşebilirdi.

Bu girişte felsefenin bir kısaltması yer almaktadır. *Radbruch*'un da yalnızca açık seçik, "saf" bilgiyi bilgi olarak kabul ettiğini bir yana bırakırsak (nihayet o da bir kantçıydı!), o felsefi bilme sürecinin gereğinden fazla monolojik olduğu görüşündedir. Felsefi bilme, işbirliğine dayalı bir çabayı gerektirir. Felsefenin gerçekleşmesi ve aynı zamanda felsefe yapan insanın kendisini gerçekleştirmesi, başka felsefe yapanlarla *felsefi iletişim* edimiyle cereyan eder. Daha *Platon*'un Atina'da kurduğu Akademi'sinde bu birlikte felsefe yapma (συμφιλοσοφεῖν) biliniyordu. Kanıtsal ve yargılayıcı konuşmanın (ἔλεγχος) oldukça kesin yöntemsel kuralları da vardı. Çağdaş diskurs kuramıyla (*Jürgen Habermas*) gerçeğin (doğruluğun), özellikle deneysel olmayan (normatif) alanda, yalnızca kooperatif biçimde bulunabileceği düşüncesi yeniden canlandı.

Baskılı düşünme daha baştan bir iletişimi olanaksız kılmaktadır. Görecilik ise, içerikler bakımından bir görüş birliği bulunmuyorsa, iletişimsel bir konuşmadan zamansız biçimde vazgeçmektedir. Her ikisi de böylelikle felsefenin, "bilgilendirme ile oluşan topluluğu" (42) iletişim yolunda, giderek gerçekleştirmek ödevinden sapmaktadır. Elbette böyle bir bilgilendirme kendisi için olup bitmemektedir. Felsefi tartışmanın amacı hakikat anlamında, özneler arası bir konsensüse ulaşmaktır. Fakat konsensüsün gerçekleşememesinin iletişimin başarısız kaldığı anlamına gelmemesi gerekir. İletişim daha çok özellikle bu tür, yanıtsız durumlarıyla katlanılması gereken sorular bakımından da karşılıklı anlayış ve kabulleniş demek olabilir.

İnsanların zordan ve kaba güçten arınmış olarak birbirlerini "önemli sayılan sorular" hakkında bilgilendirmeleri ve böylelikle kendilerine gelmeleri "kibernetik çağ"da, "yeniçağ sonrası"nda da öyle kalacaktır. Çünkü bu ödeviyle insanı hiçbir makina, hiç bir otomat geride bırakamayacaktır. "Postmodernlik", bizim teknik rasyonalite ile -dünyamızın aşırı hukukileştirilmesi onun bir parçasıdır-, insanı ve onun temel sorunlarını unutacak derecede aşırıya kapılmamamız için bir uyarı demektir.

NOTLAR

1) *Jaspers,* Einführung in die Philosophie, 25.baskı, s.24 vd.
2) *Kant,* Kritik der reinen Vernunft, B baskısı, s.XXXV. Bu konuda krş. *Eike v. Savigny,* Die rolle der Dogmatik-wissenschaftlich gesehen. b.y.: Eike v. Savigny vd. Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie, 1976, s.100 vd.

3) Örneğin krş. *BGHSt* 24, 40 vd.: "hukuk düzeninin savunulması"na ilişkin (§§ 47/1, 56/3 StGB)-bütünüyle eleştirel, fakat tümüyle dogmatik olarak ele alınmış bir hukuki karar.
4) Krş. *Coing,* Grundzüge der Rechtsphilosophie, 4. baskı, 1985 s. 3:" Demek ki hukuk felsefesi hukuk biliminin kendi alanında işleyip ortaya çıkardığı bilgiden vazgeçmeksizin onun sınırlarını aşmalıdır; kültür görüngüsü olarak hukukun sunduğu özel sorunları felsefenin genel ve temel soruları ile ilişkilendirmelidir".
5) Her şeyden önce bkz. *Gadamer,* Wahrheit und Methode, 5. baskı 1986, s.270 vd., 330 vd.; *Esser,* Vorverstaendnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 2. baskı 1972, özellikle s.136 vd., giderek krş. *Arthur Kaufmann,* Beitraege zur Juristischen Hermeneutik, 1984, s.51 vd., 74 vd., 86 vd., 92 vd.; *Kaufmann/Hassemer,* Grundprobleme der zeitgenössisehen Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 1971, s.35 vd., 65 vd.
6) *Gadamer,* Wahrheit (dn.5), s.271
7) *Jaspers,* Philosophie, 3. baskı 1956, 1.cilt s.322
8) Krş. *Jaspers,* Einführung(dn.1), s.21 vd., bkz. *Arthur Kaufmann,* Gerechtigkeit-der vergessene Weg zum Frieden, 1986, özellikle s.122 vd.
9) Ayrıntıları için bkz. *Arthur Kaufmann,* Rechtsphilosophie im Wandel, 2. baskı 1984, s.57 vd.
10) *Radbruch,* "her çağın kendi hukuk bilimini yeniden yazması gerekir" diyorsa bu, hukuk felsefesi için öncelikle geçerlidir (Rechtsphilosophie, 8.baskı 1973, s.222), Krş. *Jaspers,* Einführung(dn.1), s.109: "Geçmiş bir dönemi kendi çağımız gibi görmek, eski bir sanat yapıtını bir daha yaratmak kadar olanaksızdır".
11) Ayrıntıları için bkz. *Arthur Kaufmann,* Rechtsphilosophie (dn.9), özellikle s.69 vd., 101 vd.
12) *Heidegger,* Einführung in die Metaphysik, 1953, s.9
13) *jaspers,* Einführung(dn.1), s.10
14) *Radbruch,* Rechtsphilosophie (dn.10)s.114
15) *Jaspers,* Philosophie(dn.7), 1.cilt, s.285, felsefede okullaşmaya ilişkin ve karşı olarak s.287 vd.
16) *Schroth,* Was ist und was soll Rechtstheorie?, b.y.: JA 1972, s.1 vd.Krş. *Ellscheid,* Zur Forschungsidee der Rechtstheorie; *Kunz,* Rechtstheorie-regionale allgemeine Wissenschaftstheorie oder Erkenntnistheorie des Rechts?; *Hassemer,* Rechtstheorie, Methodenlehre und Rechtsreform; bunların hepsinin b.y.: Arthur Kaufmann (yayınlayan), Rechtstheorie; Ansaetze zu einem kritischen Rechtsverstaendnis, 1971, s. 5 vd., 19 vd., 27 vd.,-ayrıca *Jahr/Maihofer* (yayınlayan) Rechttheorie; Beitraege zur Grundlagendiskussion, 1971-1970'ten beri "Rechtstheorie-Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kybernetik und Soziologie des Rechts" ve "Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie" adlı dergiler çıkmaktadır.
17) *Heidegger,* Zur Sache des Den-

kens, 1969, s.61 vd., özellikle s. 63

18) *Ryffel,* Grundprobleme der Rechts- und Staatsphilosophie; Philosophische Anthropologie des Politischen, 1969, s.5, 19, 32 vd. ayrıntıları için krş. *Arthur Kaufmann,* Hermeneutik(dn.5) s.6 vd.

19) *Kant,* Metaphysik der Sitten, 1.kısım, 1798

20) *Hegel,* Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821

21) *Radbruch,* Rechtspilosophie, 3.baskı 1932(ölümünden sonra 8. baskı 1973).

22) Krş. *Alfred Büllesbach* ve *Jochen Schneider,* Wahlfachgruppe Rechtsphilosophie, Rechtssoziologie, b.y.: jus 1975, s.747 vd. - Hukuk enformatiğinin de (hukukta elektronik bilgi işleme) hukuk felsefesinden sayılıp sayılamayacağı bir sorundur. Son zamanlarda oldukça bağımsızlaştı.

23) 1.5 kısmı önemli oranda "Rechtsphilosophie im Wandel" adlı yapıtımdan bir alıntıdır(dn.9), s.190 vd.

24) Krş. *Arthur Kaufmann,* Naturrecht und Geschichtlichkeit, 1957 (ve sonraki baskılar); *aynı yazar,* Rechtsphilosophie, (dn.9) s.117 vd.; *aynı yazar,* Hermeneutik (dn.5), s.25vd. daha kapsamlı *J.Llompart,* Die Geschichtlichkeit in der Begründung des Rechts im Deutschland der Gegenwart, 1968

25) *Jaspers,* Einführung(dn.1), s.16 vd.

26) Meditatio I: De iis quae in dubium revocari possunt; Meditatio IV: De vero et falso.

27) B XXX.

28) *Geothe,* Brief an Schultz vom 18.9.1831

29) *Stammler,* Theorie der Rechtswisssenschaft, 2.baskı 1923, s.14 vd.

30) *Engisch,* Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, 2.baskı 1968, s.231.

31) Krş. yukarıda dn.14.

32) Bkz. *Radbruch,* Einführung in die Rechtswissenschaft, 8/9. baskı 1929, s.199 (ölümünden sonra 12. baskı *Konrad Zweigert* tarafından yapıldı. 1969, s.252 vd.; bütün yapıtları 1. cilt 1987, s.390)

33) Tübinger Einleitung in die Philosophie, 1.cilt 1963, s.12 vd.

34) *Heidegger* "kibernetik" bir çağdan söz etmektedir-ama yalnızca o değil-; krş. Zur Sache des Denkens(dn.17), s.64 -özellikle bkz. *Guardini,* Das Ende der Neuzeit; Ein Versuch zur Orientierung, 5.baskı 1950.

35) *Radbruch* Rechtsphilosophie(dn.10), s.204. Ayrıca bkz. *Erich Wolf,* Fragwürdigkeit und Notwendigkeit der Rechtswissenschaft, 1953 (sonradan basım 1965).

36) Bu sorunlara ilişkin olarak bkz. *Maihofer* (yayınlayan), Naturrecht oder Rechtspositivismus?, 3.baskı 1981; Ayrıca *Arthur Kaufmann,* Hermeneutik(dn.5), s.79 vd.

37) Bütününe ilişkin daha ayrıntılı olarak: *Arthur Kaufmann,* Vorüberlegungen zu einer Juristischen Logik und Ontologie der Relationen; Grundlegung einer personalen Rechtstheorie, b.y.: RTh 17

(1986), 257 vd.; *aynı yazar,* über die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft; Ansaetze zu einer Konvergenztheorie der Wahrheit, b.y.: ARSP 72(1986), 425 vd.; *aynı yazar,* Recht und Rationalitaet, b.y.: Rechtsstaat und Menschenwürde; Festschrift für Werner Maihofer, 1988, s.11 vd. - Bundan daha önce: *aynı yazar,* Hermeneutik(dn.5), s.86 vd.; *aynı yazar,* Über den "Wesensgehalt" der Grund- und menschenrechte, b.y.: ARSP 70 (1984), 384 vd.

38) Bkz. *Peter Koslowski,* Die postmoderne Kultur; Gesellschaftlich - kulturelle Konsequenzen der technischen Entwicklung, 1987, özellikle s.27 vd.

39) Buna ilişkin olarak *Kant'* ın Kritik der reinen Vernunft'undaki "die transzendentale Logik" adlı bölüme bakınız (A 50vd., B 74 vd.).

40) *Kant,* Kritik der reinen Vernunft, B 75: "İçeriksiz düşünceler boş; kavramsız görüler kördür."

41) "Hukuk konusu"na ilişkin olarak krş. *Arthur Kaufmann,* Hermeneutik (dn.5), s.53 vd., 95 vd., 93. Başka bir bakış açısından: *J. Hruschka,* Das Verstehen von Rechtstexten; Zur hermeneutischen Transpositivitaet des positiven Rechts, 1972, s.56 vd.

42) Krş. yukarıda dn.8

Seçilmiş literatür

A. Felsefeye Giriş

Block, Ernst: Tübinger Einleitung in die Philosophie, 2 Bde., 1963, 1964.
Heidegger, Martin: Einführung in die Metaphysik. 1953.
Jaspers, Karl: Einführung in die Philosophie, 1953 (Serie Piper 13, 1986).
Speck, Josef (Hrsg.): Grundprobleme der grossen Philosop hen, 9 Bde., 1975 ff.
Stegmüller, Wolfgang: Hauptströmungen der Gegenwartsphilosophie; Eine kritische Einführung. 1. Bd. 6. Aufl. 1978; 2. Bd. 8. Aufl. 1987; 3. Bd. 8. Aufl. 1987.

B. Hukuk Felsefesi

Adomeit, Klaus: Rechtstheorie für Studenten, 2. Aufl. 1981.
Alexy, Robert: Theorie der juristischen Argumentation, 1978.
Aristoteles: Nikomachische Ethik, ca. 320 v. chr. (V. Kitap adalet kuramının

içeriyor).
Bydlinski, Franz: Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff. 1982.
Coing, Helmut: Grundzüge der Rechtsphilosophie, 4. Aufl. 1985.
Dubischar, Roland: Einführung in die Rechtstheorie, 1983.
Engisch, Karl: Einführung in das juristische Denken, 8. Aufl. 1983.
Engisch, Karl: Auf der Suche nach der Gerechtigkeit; Hauptthemen der Rechtsphilosophie, 1971.
Fechner, E., Rechtsphilosophie; Soziologie und Metaphysik des Rechts, 2. Aufl. 1962.

Fichte, Johann Gottlieb: Rechtslehre, 1812.

Fikentscher, Wolfgang: Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, 5 Bde. 1975-1977.

Haft, Fritjof: Juristische Rhetorik, 3. Aufl. 1985.

Hart, H.L.A.: Der Begriff des Rechts, 1973.

Hegel, Georg Wilhelm Friedrich: Grundlinien der Philosophie des Rechts - oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, 1821.

Henkel, H.: Einführung in die Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 1964.

Höffe, Otfried: Politische Gerechtigkeit; Grundlegung einer kritischen Philosophie von Recht und Staat, 1987.

Kant, Immanuel: Metaphysik der Sitten, 1797; 2. Aufl. 1798(1.Teil: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre).

Kaufmann, Arthur: Rechtsphilosophie im Wandel, 2. Aufl. 1984.

Kaufmann, Arthur: Beitraege zur Juristischen Hermeneutik - sowie weitere rechtsphilosophische Abhandlungen, 1984. Kaufmann, Arthur: Analogie und "Natur der Sache"; Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus, 2. Aufl. 1982.

Kelsen, Hans: Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960 (Nachdruck 1976).

Kelsen, Hans: Allgemeine Theorie der Normen, 1979.

Klenner, Hermann: Rechtspilosophie in der Krise, 1976.

Klenner, Hermann: Vom Recht der Natur zur Natur des Rechts, 1984.

Koch, Hans-Joachim (Hrsg.): Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie, 1976.

Koch, Hans-Joachim / Helmut Rüsmann: Juristische Begründungslehre, 1982.

Larenz, Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl. 1983.

Maihofer, Werner: Recht und Sein; Prolegomena einer Rechtsontologie, 1954.

Müller, Friedrich: Juristische Methodik, 3. Aufl. 1989.

Naucke, Wolfgang: Rechtsphilosophische Grundbegriffe, 2. Aufl. 1986. Neumann, Ulfrid: Juristische Argumentationslehre, 1986.

Noll, Peter: Gesetzgebungslehre, 1973.

Pawlowski, Hans Martin: Methodenlehre für Juristen: Theorie der Norm und des Gesetzes, 1981.

Pawlowski, Hans-Martin: Einführung in die juristische Methodenlehre; Ein Studienbuch zu den Grundlagenfaechern Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 1986.

Perelman, Chaim: Über die Gerechtigkeit, 1967.

Perelman, Chaim: Das Reich der Rhetorik; Rhetorik und Argumentation, 1980.

Peschka, Vilmos: Grundprobleme der modernen Rechtsphilosophie, 1974.

Radbruch, Gustav: Gesamtausgabe in 20 Baenden (hrsg. von Arthur Kaufmann), 1987 ff. Bisher erschienen: Bd. 1: Rechtsphilosophie I(bearbeitet von Arthur Kaufmann), 1987; Bd. 16: Biographische Schriften (bearbeitet von Günder Spendel), 1988.

Radbruch, Gustav: Rechtsphilosophie, 8.(postume) Aufl. 19735besorgt von Erik Wolf und Hans-Peter Schneider).

Radbruch, Gustav: Vorschule der Rechtsphilosophie, 3. (postume) Aufl. 1965 (besorgt von Arthur Kaufmann).

Radbruch, Gustav / Konrad Zweigert : Einführung in die Rechtswissenschaft, 12. Aufl. 1969.

Rawls, John: Eine Theorie der Gerechtigkeit, 1975.

Rawls, John: Gerechtigkeit als Fairness (hrsg. von Otfried Höffe), 1977.

Reich, Norbert: Marxistische und sozialistische Rechtstheorie, 1972.

Rottleuthner, Hubert: Rechtstsheorie und Rechtssoziologie, 1981.

Ryffel, Hans: Grundprobleme der Rechts- und Staatsphilosophie; Philosophische Anthropologie des Politischen, 1969.

Schramm, Theodor: Einführung in die Rechtsphilosophie, 2.Aufl. 1982.

Seidler, Grzegorz Leopold: Rechtssystem und Gesellschaft, 1985.

Stranzinger, Rudolf: Gerechtigkeit; Eine rationale Analyse, 1988.

Tammelo, Ilmar: Zur Philosophie der Gerechtigkeit, 1982.

Thomas von Aquin: Recht und Gerechtigkeit. Deutsche Thomas-Ausgabe (lateinisch und deutsch), 18.Bd., 1953 (Summa theologica II, II, 57-79; entstanden 1266-1272).

Trapp, Rainer W.: "Nicht-klassischer" Utilitarismus; Eine Theorie der Gerechtigkeit, 1988.

Viehweg, Theodor: Topik und Juris prudenz, 5. Aufl. 1974 Wesel Uwe; Juristische Weltkunde; Eine Einführung in das Recht, 3. Aufl. 1986.

Zippelius, Reinhold: Rechtsphilosophie; Ein Studienbuch, 1982.

Zippelius, Reinhold: Juristische Methodenlehre, 4. Aufl. 1985.

HUKUK BİLİMİ İLE HUKUK FELSEFESİNİN İLİŞKİLERİ * **

Michel Villey
(Çeviren: Tuğba Ballıgil)

ŞEMA

Kongre, bizi bu yüzyılın dikkate değer, belirgin olgularından biriyle yüzyüze getirmektedir. Auguste Comte, "teolojik" ve "metafizik" denilen çağların yerini, bilimlerin egemenliğinin sözkonusu olduğu "pozitivist" dönemin alacağı kehanetinde bulunuyordu. Bu hegemonya, bize öyle geliyor ki, artık eski Avrupa'da kendini kabul ettirme olanağını bulamadığı için, özellikle Amerikan ya da İskandinav dünyasında ortaya çıkmıştır.

Hukuk felsefesi, bu olgu ile iki açıdan ilgilidir.

1. Bir yandan bu bilimsel akımın, etkinliğinin niteliklerini ortaya koymak ve bunun eleştirisel bir değerlendirmesini yapmak, filozofa düşen bir iştir.

2. Öte yandan, sonunda, felsefeler ve hukuk felsefelerinin, hukuk biliminin uğraştığı konulardan biri olduğu görülmüş, algılanmıştır.

**Hukuk Bilimi Kongresi'nde sunulan bildiri, La Haye, Ağustos 1977.*

***Bu çeviri, Michel Villey'nin "Les rapports de la science Juridique et de la philosophie du Droit", Archives de Philosophie du Droit et de et de Sociologie, Paris 1978 T. 23, P. 363 - 367'de yer alan bildirisinden yapılmıştır (Çn).*

1. HUKUK BİLİMİ'NİN FELSEFESİ

Felsefenin görevlerinden biri bilim'i tanımlamak; uygulanma alanını düzenlemek; nihayet bu bilgi biçiminin sınırlarını ve olası yetersizliklerini göstermektir.

1.1. *Bilim'in tanımı*

Dilimizin tüm ana terimlerinde olduğu gibi, bilim terimi de birçok anlamda kullanılmaya elverişlidir. Tarih boyunca anlamı sürekli değişmiştir ve değişmeye de devam etmektedir. Bu büyük felsefi konuya burada yalnızca değinilmekle yetinilecektir.

Bilim kavramımız (bilginin özel bir çeşidini oluşturan olarak alındığında) , bana, özellikle aralarında uzlaştıklarından yeterince emin olunmayan iki niteliği ile belirginleşiyor gibi görünmektedir.

1.1.1. *Katı mantık*

"Bilimler", düşünme yöntemleri-

nin kesinliği ile ayırdedilmiş görünürler. Aristo'nun deyişiyle bilim, araştırmanın tersine, kesin, apodiktik, öğretilmeğe değer *bilgi* olarak ortaya çıktıysa, bu, onun tartışılmaz, kesin önermeler üzerinde tasımsal (syllogistique) tümdengelim yolu ile etkili olmasındandır.

Bu günün bilimi, artık salt ve kesin bir hakikata ilişkin o denli çok iddiada bulunmamaktadır. O, en azından Galilée ve Descartes'dan başlayarak matematik tercihin ciddî *dilini* ya da hiç olmazsa bizzat matematik bilimler gibi, biçimleri doğrulama ve zenginleşmeye devam eden sağlam bir mantığın yasalarına uygun bir *dil*'i konuşmak zorundadır.

1.1.2 *Deneysel temel*

Öte yandan, özellikle Bacon ve İngiliz bilimsel etkinliğinden başlayarak, bilimlerin *ampirik(görgül)* niteliği üzerinde durulmuştur. Modern bilim, Descartes'ın, üzerinde yetkin bir bilim kurmayı umduğu bu *doğuştan* ideleri reddetmiştir. Bu günün bilim dünyasında, sözde *önselci, aprioristik* bilgiler üzerine kurulacak her öğreti (bununla birlikte, yalnızca Kant'cı anlayış biçimleri söz konusu edilmektedir), "metafizik" diye bilim dışı bırakılmaktadır. Fakat bilgin, hesaplarını yapar ve kuramlarını deneysel, herkesce kabul edilebilir yöntemler aracılığı ile "nesnel olarak" denetlenmiş verilere uydurur.

1.2 *Hukuka uygulama*

Bilimin herşeyi kaplamaya çalışmasını hiçbir şey engellemez. Bununla birlikte o, herhalde bilimsel bilginin temelleri konusunda az çok sınırlı bir anlayışın öngördüğü çeşitli biçimler alır.

1. 2.1 *Normatif bilimler*

Önselci bir doğuştan hakikatler "bilim"i varsa, o, Descartes'ın düşlediği, Fichte ve Hegel'in *Bilim*'inin iddia ettiği, XX. yüzyılda Husserl'in çaba gösterdiği gibi, felsefenin alanına değin uzanabilir.

Bilim (Modern Doğal Hukuk Okulu'nda), bir hukuk kuralları sistemine varilmiş gibi sonuç çıkarılan, sözümona rasyonel ahlâka uygunluk ilkelerinden yola çıkarak hukuku ele geçirmeğe başlamıştır.

Bu bilim türü, artık saf halde mevcut değildir. Fakat *yasalardan* çıkarılmış bir hukuk bilimi düşüncesi, haklılığı ihmâl edilmedikçe, eski sosyal sözleşme öğretisinin kalıntılarına dayalı bulunan yasanın buyruklarının üstünlüğü hâlâ canlılığını korumaktadır. Bir *Kelsen* bile, kendisi için "temel norm"un üstünlüğü, sadece hipotez olarak "ortaya atılmış" olduğu - ya da anayasal bir sistemin "bütününün başarısı"na dayanmaya kalkışmadığı halde - bu "normatif" biçimi hukuk bilimine özgülemiştir.

1.2.2 Fakat sıra *deneysel* denilen, başlangıçta fizik doğa alanında kalmış bilimlere gelince, bunların hukuku etkiledikleri açıktır. Kimi kez, "normatif" bilimlere dahil edilmiş olarak: XIX. yüzyılın yasalcı pozitivizmi, kendini "yasaları, gerçekte oldukları ve görüldükleri gibi" alıp

mantıkî sonuçlarını irdelemekle görevli sanıyordu.

Çözüm açık değildir, zira bilimsel olguların deneylenmesinde hiçbir şey, devlete ilişkin yasaların bu tekel ya da ayrıcalığını haklı göstermez. Bu nedenledir ki, "hukuk bilimi" kendine daha geniş bir gözlem alanı ayırmıştır: Mahkeme içtihatlarına ilişkin örf-âdetlerin, toplumsal davranışların, yargı örgütünün yapısı ve işleyişinin, yasa koymanın neden ve sonuçlarının, hukuk kuralı ya da hukukî uygulamadaki değişikliklerin irdelenmesi. Hukuk tarihi biliminin, siyasal bilimlerin, suç bilimlerinin doğuşu - Amerikan ve İskandinav "realizm"lerinin analizleri. Belki de Kongremiz,tüm bu bilimlerin sentezini amaçlamış olabilir.

1. 3 *Eleştiri*

"Hukuk bilimleri"nin oluşturulmasına yönelik bu tür girişimlere karşı çeşitli eleştiriler yöneltilmiştir. Bunlardan ilkine göre, kurallar topluluğu ve hukukun çözümlerinin gerçekten tutarlı bir normlar sistemi oluşturmak zorunda olduğu ya da oluşturabileceğinden kuşkulanılabilir.

Deneysel nitelikteki bilimlere gelince, bunlar, hukuk olgusunun bütünlüğünü anlayıp kavramakta yetersiz kalmakla suçlanırlar. Çünkü bu, deneysel bilimin, o, sosyal ve kültürel olayların incelenmesine, sadece *olayların* saptanmasına dek uzandığında bile, ayırdedici bir özelliğidir; onun kaydettikleri dışında *değerler*, son amaçlar vardır; bilimsel pozitivizm, değerlerin seçilmesini keyfî sübjektif ve akıldışı olarak kabul eder; ona göre bilim yansızdır ve körükörüne itiraf eder, günâh çıkarır.

Oysa hukuk, *iyiliğin*(doğru ya da yararlı olan) araştırılmasına yönelik bir etkinlikmiş gibi görünebilir. Hukuk *olay* değil, fakat sürekli biçimde daha iyi çözümlerin peşinde *olmakta* olmadır. Bilim, -daha önce denildiği gibi - bir varlığın *fiilen* belli bir amaca doğru davranışını saptayacak durumda olmadığı için, zorunlu olarak hukuk yaşamının bu temel boyutunu yakalayamaz. Hukuk bilimi bize, hiçbir zaman etkinliğinin hep gerisinde kalmış güdük bir hukuk betimlemesi yapmamaya mahkûm bulunduğu takdirde, çok *tutucu* olabilir(Frankfurt Okulu). Tarih felsefelerinin etkisine boyun eğmedikçe keyfî olarak devrimci olur.

Bu güçlük aşılabilir mi bilmiyorum. Bu günün bilimi değişip gelişmektedir; bilim kavramı esnektir. Bilimin, metodunu değiştirip yenileyerek bu boşluğu doldurmayı başarması ve yeniden "olaylar"ın kaydedilmesine indirgenmeyi artık kabul etmeyecek bir "ahlâk bilimi" olması gözardı edilemez. Fakat o, bu değişimle başlıca ayırdedici niteliğini, yöntemlerinin kesinliğini kaybedebilir.

2. HUKUK BİLİMİNİN KONUSU OLARAK FELSEFELER

Hukuk bilimi ile hukuk felsefesinin ilişkileri başka bir biçimde de anlaşılabilir. Şimdi (bu Kongre'de

baskın olan), hukuk biliminin bakış açısını alalım. Hukuk "bilimleri"nin varlık ve gelişimi yadsınamaz. Oysa bugün, onların, konuları arasına felsefeleri katmaktan artık kaçınmadıkları görülmektedir.

2.1 *Felsefe sistemlerinin hukuk bilimi içinde bütünleşmesi*

Daha önce de denildiği gibi, hukuk bilimi, XIX. yüzyılda bizzat kendi üzerine kapanmış bir normlar sisteminin irdelenmesiyle yetinmeye başlamıştır. Bu dönem, kimi hukukçuların kurtulmayı başaramadığı "hukukî formalizm(biçimcilik)" dönemidir.

Bu durum artık katlanılır gibi değildir. *Yasaların* ya da başka hukuk kurallarının irdelenmesine, hiç olmazsa onların neden ve sonuçlarının irdelenmesinin katılması geciktirilemez görünmektedir. Ekonomik ve toplumsal nedenler: Üretim biçimlerinin değişmesi, toplumsal sınıfların uzlaşması. Fakat dahası, hukuk bilimi hukukun oluşumunu etkileyen grupların ortak düşüncelerini, bizi felsefelere götüren şeyi göz önüne almak durumundadır.

Böylece hukuk tarihinin marksist tahlilinde, her toplumsal grubun hem ekonomik üretim biçimi ve hem de hukukî yapısına bağlı olarak, esas inceleme konusunu biçimlendiren "ideolojik" "tartışma" ya bir yer ayrılmıştır. O ancak, modern çağa egemen bireyci adcılığın (nominalisme individualiste), XIX. yüzyılda sosyolojizmin yerini alma eğilimi gösterdiği hukuk bilimine karşı ilgisiz olabilir, - böyle bir felsefî hareket (analitik pozitivizm, arzu felsefesi), aslında günümüzde de yaygındır. Felsefeler burada olgular olarak ele alınıp incelenir.

2.2 *Hukukun felsefelerle ilişkileri*

2.2.1 *Felsefelerin hukukun içeriği üzerindeki etkisi*

Her hukuk kuralı, belli bir amaçla yapılır, belli *değerler* için işlev görür. Bu açıdan, bilimin toplumsal gruplarda gözlemlediği inançlar çok çeşitlilik gösterirler. Kimi kez bireysel çıkarlar kaygısı ağır basar (özgürlük, erdem, maddî zevk ve yararlar), kimi kez ortak çıkarlar(ulus'un egemenliği ya da toplumun ortak gelişimi) ağır basar. Toplumsal bütünün parçaları arasında bir dengenin sürdürülmesi olarak anlaşılan *adalet* değeri, felsefe tiplerine göre var ya da yoktur.

Şu halde hukuk bilimi, *ahlâki değerler felsefeleri*'nin irdelenmesiyle ilgilenmezlik edemeyecektir.

2.2.2 *Felsefelerin hukuk mesleği üzerindeki etkisi*

Kimi hukuk okulları, hukuklarının kaynağını dinsel esin ve vahiye dayandırmıştır; başkaları insanın aklına güvenmişlerdir, bu akıl ister hukuk önermelerini önceden getirmiş olsun, ister hukuku isteklerimizin hizmetine yönelik olarak kurmaya elverişli bulunsun, insan aklını esas almışlardır; ötekiler deney ve tümevarıma belbağlamışlardır.

Hukuk bilimi, *bilgi felsefeleri*'ni

ihmâl etmeyip gereken ilgiyi gösterecektir.

2.2.3 *Felsefelerin hukuk dili üzerindeki etkisi*

Fakat hukukçu, özellikle konuşmasının yapılandığı ve bilimini oluşturan belli bir *anlatım biçimi*'ne bağlı görünmektedir. (Her bilim, iyi oluşturulup geliştirilmiş bir dil, bir anlatım biçimidir").

Grubun ortak dilinin tartışma konusu olması, çoğu kez yapılabilecek en büyük kötülüktür. Bu görev, özellikle felsefenin alanına giriyor gibi görünmektedir. Filozofların, her toplumsal grubun hukuk dilinin yaratılmasında daima temel bir rol üstlendiklerini göstermek olanaklıdır; zira hukuk dili, ifadelerle biribirine bağlanmış bir sistemde, gerçekliğin asıl bileşenlerini kesip ayıran ortak bir dil içinde yer alır. Bu da bizi *varlıkbilimler*'e(ontolojiler) göndermektedir.

Bu Kongre programı içinde hukuk felsefesine de bir bölüm ayrılmış olması herhalde sevindirici olmalıdır. Ne var ki, felsefe can sıkıcı bir çağrılıdır; çünkü o, çoktan aynı durumda donup kalmış bir sistemler, "bilimsel olgular" oluşturan ideolojiler dizisiyle sınırlandırılmayı güçlükle kabul eder. Felsefe daha çok, ne olursa olsun bilgilerimizin sınırlarının canlı, somut araştırılması, sürekli tartışma konusu yapılması ve açıklanması olarak anlaşılır.

NORM VE YASA (1) *

Paul Amselek
(Çeviren: Tuğba Ballıgil)

"Yasa sözcüğünün anlamları (onu açıklamaya yönelik, çok sayıda)" konusundaki bu seminerin bundan önceki oturumları boyunca özellikle, yasa kavramının yansıttığı çeşitli anlamlar arasındaki kimlik bunalımı ortaya konuldu. Fakat bu "çok anlamlılık", bu "anlam çokluğu" ya da "anlam yayılma ve dağılması", -kullanılmış deyimlerden birkaçını yinelemek pahasına da olsa- salt rastlantısal değildir: Bunun bir öyküsü vardır; belli bir düşünce gelişimine uygun düşer.

Kesindir ki, bu öyküyü aydınlatmak, *yasa* sözcüğünün değişik anlamlarını birleştiren ağı yeniden bulmak ve aynı zamanda bu anlamları daha iyi açıklamak için, *norm* kavramı ile bir yakınlık kurulması özellikle yararlı olacak gibi görünmektedir. "Norm" ya da "kural" kavramı (bu iki terim, bizim gözümüzde birbirinin yerini tutabilir salt eş anlamlı sözcüklerdir ve bu nedenlerdir ki, bu söyleşi sırasında onları kullanacağız), öncelikle yasa kavramının gizlerini açacak bir anahtar, yasanın barınağına ya da daha ziyade barınaklarına bir tür eşsiz giriş yolu oluşturur gibidir. İki kavramın kesin bir benzerliği vardır; üstelik, "yasa" ve "norm" ya da "kural" terimleri kısmen de olsa eş anlamda kullanılmaktadır. Bu yakınlık, bu benzerlik norm kavramı arasında yasa kavramının bir yan araştırılmasına - doğrudan bir araştırmadan daha az sorunsal ve daha aydınlatıcı bir yan araştırma-, olanak vermektedir. Niçin? Başlıca iki nedenle: Bir yandan, norm kavramı yasanınkinden daha anlaşılır, açıktır, daha yansızdır; yasa kavramının hukuk alanı dışında kullanıldığında bile kurnazca içerdiği, sahip olduğu tüm hukuksal yananlamlardan kurtulmuştur. Öte yandan, norm ya da kural sözcüklerinin kaynağı, "meclisde tartışma" ve "yayımlama" düşüncesine, bu tartışma ya da yayımlama konusunun bizzat niteliği, özü hakkında daha fazla bilgi vermeden, sadece atıfta bulunan yasa sözcüğünün kaynağından çok daha aydınlatıcı, daha etkileyicidir (2).

Yasa kavramı ve değişikliklerini norm kavramı arasında açıklamak: İşte tebliğimizin konusu bu olacaktır. İlk bölümde genel olarak norm kavramını irdelemekle işe başlayacağız; sonra ikinci bölümde hızlı olarak bazı büyük ve önemli norm türlerini, değişikliklerini ince-

* *Bu çeviri, Paul AMSELEK'in "Norme et loi", Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique, Paris 1980, T.25, s. 89-107'de yer alan konferans metninden yapılmıştır.*

leyeceğiz. O zaman yasa kavramına ulaşıp onu derinlemesine inceleyebilecek, bunalımını, anlam bölünmesini anlayabilecek duruma geleceğiz: Bu da, yasa kavramının değişikliklerine ayrılmış üçüncü bölümün konusu olacak.

I. GENEL OLARAK NORM KAVRAMI

Çok genel bir biçimde norm, kural dediğimiz şey nedir? Şematik olarak denilebilir ki norm, salt bir fiziksel yapı ölçüm aracıdır; daha açık olarak, burada nesne ve olayların gelişim seyrinin bir ölçüsü söz konusudur. Bu iki kurucu ögeyi tekrar ele alalım.

1. Herşeyden önce norm, salt bir fiziksel yapı ölçüm aracıdır. Bu ilk belirleme üç veri, üç temel ögeyi içerir.

- *İlk veri ya da öge:* Norm bir araç, bir aygıttır. Bu onun yapısının en genel verisi, ögesidir: Normlar insanın oluşturduğu bir araçlar, aygıtlar çeşitliliğidir. Normların bu araçsal, teknik niteliği özellikle endüstriyel yapımda standartlaşma aracı, aygıtı görevi yaptıkları ekonomik ve endüstriyel normlaştırma alanında açıkça ortaya çıkmaktadır. Özellikle sözcüğün çıkış kaynağı, bu noktada önemli bir açıklık getirmektedir: Latince'de *"norma"* sözcüğü bir aracı, maddi, fiziksel bir aracı gösteriyordu; bu durumda dikey iki parçadan oluşmuş ve dik açıları ya da dikey doğru çizgileri doğrulama ya da gerçekleştirmeye yarayan bir gönyeyi deyimliyordu (dikey, düşey anlamına gelen "normatus" sıfatı da buradan gelmektedir). Kural sözcüğü de başlangıçta belli bir aygıt tipini göstermekte idi ve bu ilk ayırım üstelik günümüze dek korunmuştur: Norm gibi *"regula"* sözcüğü de bir gönyeyi deyimliyordu, ama ayrıca-halen varlığını sürdüren ve örneğin *Paul Robert Sözlüğü*'nün bize sunduğu anlamda - "uzatılmış küçük bir tahta ya da dik ayırtları olan bir çubukla oluşturulmuş ve bir çizgi çizer ya da bir uzunluk ölçerken kurşun ya da mürekkepli kaleme yön vermeye yarayan bir araç (cetvel)" anlamına da geliyordu. Bu "norm" ve "kural" sözcüklerinin daha sonra bu fiziksel, maddi araçlardan başka bir şeyi göstermek üzere kullanılmış olması, bu şeyin ona da tümü ile bir aygıt özelliği sunduğunun apaçık sezilmiş olmasından ileri gelmektedir. Bu temel özellik kimliği ayrıca, anlam genişlemelerinin tarihsel olarak birçok yeni girişimlere ve ikili anlam'a alışmış olmalarını da açıklar: Böylece *norm* ve *kural* sözcükleri, fransız dilinde XII. yüzyıla doğru, yalnızca bu sözcüklerin latince kökenli anlamıyla değil, fakat fiziksel, maddi olmayan araçlar anlamıyla ortaya çıkarlar; ancak XIV. yüzyılın başındadır ki, *kural* sözcüğü yeniden fiziksel bir araç bağıntısını gösterecektir.

- *İkinci veri ya da öge:* Norm, ölçü niteliğine sahip bir araçtır. Onun başlıca araçsal eğilimi, yatkınlığı bir ölçü, bir ayar, bir *model* oluşturmaktır. Oysa "model", "ölçü"nün eş anlamlısıdır: Latincede ölçü sözcüğü, *modus* olarak söyleniyordu. Ayrıca, giysi yapımcılarınca

kullanılan model ya da "patronlar"ı düşünmek yeter: Bunlar, biçilecek giysilerin ölçüsünü veren ölçü araçlarından başka birşey değildir.

Bir norm da aynı şekilde bir şeyin ölçüsünü verir, nasıl olması gerektiğini, onun biçiminin örneğini verir. Normların, ölçüm araçları genel kategorisiyle ilgisi (ve dolayısıyla normatif disiplinlerin en geniş anlamda "ölçü kuramı", ölçümbilimiyle ilgisi), birçok açıdan ortaya çıkar : Hukukun - normlar topluluğu olarak - terazi simgesi altına yerleştirilmiş olması, ya da dahası, günlük kullanımda normların ve özellikle hukuk normlarının ayırım gözetilmeksizin yayımlanmasından ya da *önlemler almak*'tan sözedilmesi bilhassa anlamlıdır (3). İki farklı norm, benzer durumlarda uygulandığında "benzer durumda ayrı biçimlerde davranıldığından, eşit işlem yapılmadığından" söz edilir. Bizzat tasım (kıyas), yani bir objenin, bir konunun bir norma zihinsel olarak sokulması işlemi, Jean-François Revel'in anımsattığı gibi, temel anlamında ölçü, hesap düşüncesini çağrıştırır (4).

Bir ölçü, gerektiğinde insana ilişkin birçok eylemde dayanak olarak kullanılabilir; buna az sonra dönülecektir: Örneğin, giysi yapımında kullanılan patronlar, kumaşın kesilmesinde terzinin elini yönlendirme olanağını verirler. Fakat ona ayrılabilen bu değişik amaçların ötesinde, bir ölçü, bizzat tanım olarak, her zaman değişmez, ortadan kaldırılamaz temel bir eğilime sahiptir: O ölçme, tahmin etme ve değerlendirme olanağını verir. Ölçmek, tahmin etmek, değerlendirmek gerçekten daima bir ölçüm aracı ile, tahmin edilecek bir konuyu karşılaştırmak ve ikisi arasındaki ilişkiyi ortaya koymaktır: Bir konunun değeri, kısaca onun bir model, bir ölçü, bir ayar, kendisine göndermede bulunulan bir konu ile ilişkisinde sahip olduğu uygunluk, benzerlik (pozitif değer) ya da uygunsuzluk (negatif değer) bağıntısıdır. Evet, özellikle etik normlar ve bilhassa hukuk normları alanında normun, yargılama eylemlerine çok destek sağladığı açıklıkla gözlemlenebilir. Özellikle, Kelsen'in etik normlar konusunda, insana ilişkin davranış kuralları konusunda normların bu genel araç olma eğilimini ustaca betimlemiş bulunduğu kaydedilmelidir; *Saf Teori*'sinin en seçkin bölümleri bu betimlemeye ayrılmıştır: "Bir norm bir davranışı buyurduğunda, fiili davranış norma uygun ya da aykırı olabilir. Bu norma uygun olması durumu, gerektiği gibi olduğunda fiili davranış norma uygundur; norma uygun olması durumu, gerektiği gibi olmadığında davranış norma aykırıdır... Fiili bir davranışın, bir norma göre olması gerektiği gibi olduğu iddiası... bir değer yargısı, daha açıklıkla pozitif bir değer yargısıdır. Fiili davranışın iyi olduğunu gösterir. Fiili bir davranışın, bir norma göre uygun olması gerektiği gibi olmadığı iddiası... negatif bir değer yargısıdır. Fiili davranışın kötü olduğunu gösterir. Belli bir davranışın olmasını buyuran.. bir norm, pozitif bir değer ve negatif bir değer kurar. Norma uygun davranış, pozitif bir değere sahiptir; ona aykırı davranış negatif

bir değere sahiptir. Norm, ... fiili davranışlar için değer ölçüsü rolü oynar" (*Théorie Pure du Droit,* 2e éd., çev. Charles Eisenmann, 1962, s.23).

- *Üçüncü veri ya da öge:* Norm, salt bir fiziksel yapı ölçüm aygıtıdır. Ölçüm, model, ayar işlevi ne olursa olsun, herhangi bir şeye verilebilir. Böylece algılanabilir, görülebilir olan'ın alanıyla ilgili bulunan fiziksel, maddi bir şeyin "bizzat kendisi" ölçü olarak, kendisine göndermede bulunulan konu olarak alınabilir: O falanca sandalye, şu filanca kapı, o filanca giysi gibi. Başlangıçta "norm" ve "kural" sözcükleri, tamıtamına dik çizgiler ya da dik açıdan başvurma aygıtları olarak kullanılan fiziksel, maddi ölçüleri gösteriyordu. Fakat daha sonra, terminolojik kullanımda, somuttan soyuta doğru dikkat çekici bir anlam genişlemesi oldu: "Norm" ve "kural" sözcükleri, saf bir düşünce içeriğini biçimleyen, maddi olmayan ölçüleri belirtmek için kullanıldılar. Gerçekten, orada bizim dışımızda mevcut olmayan, fakat sadece zihnimizde var olan, düşüncenin bir verisi, maddi, somut güvenilirliği, doğruluğu olmayan zihinsel bir tasarım olarak irdelenen şeylere model, ölçü rolü oynatmak olanaklıdır. Kurallar ya da normlar, kesinlikle bu tiptedirler. Onlar, bu açıdan oldukça özel bir nitelikte ölçüm araçlarını oluştururlar: Modelin, ölçünün yapısı, malzemesi burada salt fiziksel, kavramsal türdendir; burada bir düşünce içeriği, zihnimizde salt kendiliğinden var olan, zihinsel olarak ortaya çıkan bir şey söz konusudur. Bu, verilmiş bir konu ya da konular dizini açısından model, ölçü alınacak, başvurma konusu olarak kullanılacak olan, zihnimizde mevcut herhangi bir şeydir.

Bu noktada, bir karışıklığı gidermek belki yararlı olabilir: Karşılıklı öznel ilişkilerimizde algılanabilir işaretler ve özellikle sözlü işaretler, yazılı ya da sözlü önermeler, düşünce içeriklerimiz ve özellikle hazırladığımız ve kullandığımız normlar ya da kurallar yolu ile birbirimizle iletişim kurarız. Fakat başkasında var olan bir normun bana ulaşmasına yardımcı olan bu işaretler, bizzat norm ile açıkça özdeşleşmezler; bunlar ancak onun iletim aracı ya da, yeğlenirse, habercisidirler: Norm, normatif ölçü bu işaretlerin taşıdığı mesajdır, anlamları yani demek istedikleri, zihne anımsatmak istedikleri şeydir. Ancak özel zihinsel bir işlemle, bir kavrayış, anlayış işlemiyle elde edebildiğim bu anlam, bu mesaj, gösterenden gösterilene geçmek, işaretin göstermeyi amaçladığı şeyi zihnimde yeniden oluşturmaktan ibarettir. Örneğin, şöyle dile getirilmiş bir kuralı ele alalım: "İnsan, komşusunu öldürmemelidir". Pratikte çoğu kez eliptik bir formülle, bu önermenin bir norm olduğu söylenir: Bu doğru değildir; bunun bir normun dile getirilmesi, norm taşıyıcı bir önerme olduğu söylenmek gerekirdi. Gerçekten, kural'ı, normatif ölçü'yü oluşturan, "insan, komşusunu öldürmemelidir" biçimindeki bu sözcükler topluluğu, bu sözel sıralama değildir; bu,bu sözel sıralamanın taşıdığı ve benim zihnimde çağrıştır-

mak istediği, yani bu durumda öldürücü bir davranışa sahip olmanın olanaksız olduğu biçimindeki anlam tarafından oluşturulmaktadır. Öyle ki, kuralın taşıyıcısı olan işaretlerin ayırımına her varılışında, onları,sadece taşıma, nakletme işini yaptıkları normatif ölçüyü zihne sunacak - ve gerektiğinde kullanabilecek- biçimde açıklamak, yorumlamak gerekir. Karşılıklı ilişkilerimizde, normların anlaşılmasının temel edimi olan, -taşıdığı tüm sorunsallık, yanlış anlama, anlaşılmazlık tehlikeleriyle birlikte - işte bu yorumlamadır; zira aynı işaretlere şöyle ya da böyle anlamlar verilmesine göre; zihne şu falanca kural ya da öteki filânca kural sunulmuş olacaktır.

Bunu söyledikten sonra bir sözcükler topluluğunu, bir ölçü, bir ölçme aracı, yani öteki sözcük sıralamalarıyla ilgili model olarak almak kuşkusuz olanaklıdır. Örneğin, pratikte noterler, mübaşirler ve öteki hukuk uygulamacılarının, üstlendikleri kimi edimlerin kaleme alınmasında sıklıkla yararlandıkları formül ya da formüller derlemelerinin oynadığı rol işte budur: Bu formüller, uygulamacılara model görevi görürler. Fakat kesinlikle, kurallar, normlar - ve örneğin hukuk normları- bu tip somut, fiziksel modeller, ölçüler değildir: Normatif model, normatif ölçü maddi bir içerik, düşünülen herhangi birşey, ama genelde anlatana bağlı olarak anlatılanı düşündürmeyi amaçlayan işaretlere de indirgenmesi olanaklı olmayan bir şeydir.

Burada üzerinde durulması herne kadar uygun değilse de, pek çok müellifin yaptığı gibi, kuralları dil'e, söylem'e, dil ya da söylem'in özel bir tipine indirgemeyi ileri sürmenin ne denli boş ve saçma olduğu geçerken göz önüne alınacaktır.

2. İkinci kurucu ögeler dizisi, normları belirleyen ilk, özgün ögelerle ilgilidir: Norm, herhangi bir ölçü değildir; bu nesne ve olayların akışının bir gelişim ölçüsüdür. Ya da, yeğlenirse, normlar nesneler dünyasında ansızın belirivermeyi, onların olayların akışı içinde birdenbire ortaya çıkışlarını, apansız görünüvermelerini, üretimlerini ölçüp değerlendirirler. Her kural ya da norm, hangi türden olursa olsun, (oyun kuralları, bilimsel kurallar, ahlâk kuralları, hukuk kuralları vs.) düşüncenin, belli bir olaysal gelişimin, belli bir sıralamanın, belli bir olaysal örünün, yapının fiziksel temsilinin, gösteriminin karşılığıdır. Kuralların oluşumunu biçimlendiren bu olaysal model yapılar, dört büyük tipe, dört büyük biçime indirgenir:

- Herhangi bir şeyin kendisine göre oluşmasına, meydana gelmesine olanak veren olaysal bir yapının temsili: Bu halde, belli bir olayın olabilirliğine, herhangi bir şeyin, olayların akışı içinde yeri olmasına, yer almasına olanak tanıyan bir model söz konusudur;
- Kendisine göre herhangi bir şeyin oluşamamasını olanaklı kılan bir olaysal yapının temsili: Bu durumda, herhangi bir şey için, olayların akışı içinde ansızın ortaya çık-

mama olasılığını içeren bir modelden söz edilebilir;

- Kendisine göre herhangi bir şeyin oluşmasına olanak tanımayan olaysal bir yapının temsili: Böyle bir durumda, herhangi bir şey için, olayların akışı içinde ansızın ortaya çıkıvermeme, çıkmama zorunluluğunu içeren bir model görülür;
- Kendisine göre herhangi bir şeyin oluşamamasına olanak vermeyen olaysal bir yapının temsili : Bu halde de herhangi bir şey için, olayların akışı içinde ansızın ortaya çıkıvermeme, çıkmama zorunluluğunu içeren bir model görülür;
- Kendisine göre herhangi bir şeyin oluşamamasına olanak vermeyen olaysal bir yapının temsili : Bu halde de, herhangi bir şey için, olayların akışı içinde yer alma ödevini, zorunluluğunu içeren bir model vardır.

Tüm norm ya da kurallar - bir kurallar dizinini bir diğerinden ayırabilen derin ayırımlar ne olursa olsun - böylece olayların akışı içinde, tarih boyunca olaysal yapı modelleri, olayların apansız ortaya çıkış modellerini oluştururlar: Şu halde, oyunun kuralları oyunun gelişiminin, onun gösterdiği değişikliklerin ölçüsünü verirler; bunlar, oyun süresince belli şeylerin cereyan edebildiği ya da cereyan etmesi gerektiğini belirleyen model yapıları, oyuncuların şu ya da bu davranışa sahip olabildiği ya da olması gerektiğini yahut olamadığını ya da olmaması gerektiğini gösteren yapıları simgelerler. Tümü ile farklı bir türden, tümü ile farklı bir işlevi yerine getiren bilimsel kurallar (ya da yasalar), doğal ya da insani olayların gelişminin de ölçüsünü verirler : Bunlar, deneye dayalı ve kendilerine göre doğal ya da insani kimi olguların, olayların akışı içinde oluşamadığı ya da oluşması gerektiğini yahut oluşamadığı ya da oluşamaması gerektiğini gösteren model yapılar da oluştururlar. Ve tüm kural çeşitleri için bu böyle sürüp gider (5).

Normların böylece, olayların akışı içinde, olayların ansızın ortaya çıkıvermesine model oluşturduğunu deyimlemek üzere, varlık, varoluş düşüncesi ilk anlamında (*ex-sistere,* lâtincede şu anlama gelir: Dışına çıkmak, yüzeye çıkmak, olmak, meydana gelmek) alınarak, onlara *eksistansiyel (varoluşsal) içerikli ölçüler, eksistansiyel içerikli modeller* denilebilir: Kurallar ya da normlar, açıkça olayların ansızın belirivermesi, yüzeye çıkmasının ölçüler ya da modellerini oluştururlar. Onlar, bununla bir başka fiziksel ölçüler türünün, kavramları *oluşsal ya da yapısal içerikli fiziksel modeller* olan bir türün karşısında yer alırlar : Kavram, gerçekten fiziksel bir yapı modeli, zihne bir kural olarak sunduğumuz bir modeldir; ancak, kavram bir şeyin özünün, tipik ya da kategorik yapısının modelini oluşturur. O, bir şeyin temel yapısını biçimlendiren öz'e ilişkin çizgilerinin, tipik sınırlarının düşünsel temsiliyle bağlantılıdır; kavram sayesinde şu ya da bu şeyin kendi yapısı itibariyle bu yapısal model'e uygun olup olmadığı konusunda karar verebiliriz : Kül tablası kavramım, bu objenin yapısının benim kavramsal modelime uygun olduğunu saptadığına

göre, o objenin benim gözümde "bir kül tablası olduğunu" söylememe, onu bu kimlikle özdeşleştirmeme olanak verir; buna karşın oradaki başka bir obje kül tablası değildir, zira benim modelimle özü bakımından aynı yapıda değildir. Bir kural, olayların akışı içinde nesnelerin varoluşunun, yüzeye çıkışının simgesi olduğunda: Falanca kural sayesinde filânca olayın apansız ortaya çıkışının - fakat bu bizzat kendinde şey değil - normatif başvurma modeline uygun olup olmadığını değerlendirebileceğim. Norm ya da kuralların uygulanmasına elverişli konular, kurucu yapılardan olmayıp, varlığın kendisini, bir şeyin doğruluğunu biçimlendirmezler; bunlar tamıtamına *olaylar, durumlar, olgulardır:* Bir kural bir *olay*'a, bir *durum*'a, yani bir şeyin ortaya çıkışına uygulanır (Olay, durum karşılığı kullandığımız "cas" sözcüğü, latince *"casus"*dan gelir: olay, *"cadere"*: olmak, bir duruma gelmek). Normların işlevi, olayların akışı içinde nesne ve olayların ortaya çıkışını, geçişini ölçmek, çapını belirlemektir.

Bu açıdan, etik kurallar alanında filanca bireyin falanca ya da filanca kurallardan yargılanabilirliğinden söz edildiğinde, bu, saltlıkla bu bireyin kendi yapısı içinde bu kurallarla değerlendirildiğini, bu mevzuata uygun olup olmadığını göstermez; bu daha doğru olarak, onun davranışlarının, yani dünyadaki varlığına ilişkin belirtilerin yüzeye çıkışının, insani geçmişine ilişkin olayların ortaya çıkışının, söz konusu kurallarca ölçülüp değerlendirildiğini gösterir. "Usulü dairesinde, eksiksiz olmak" kurallara uygun olmak değil, fakat kurallara uygun olarak davranmış bulunmak demektir. Kelsen'in, "hukuk normlarının içeriğini biçimlendiren bireyler, insanlar değil, onların bireysel eylemleri, davranışları ve çekimserlikleridir; bu, belli bir insani tutum almadır (op. cit., p. 220)" yolundaki saptamasıyla amaçladığı işte budur.

II. ÖNEMLİ ÖZGÜL NORM TÜRLERİ

Çok şematik olarak bakıldığında, iki önemli norm türünün varlığı kaydedilebilir: Buyurucu işlevli normlar ve tanımaya yarayan ya da bilimsel normlar. Buyurucu işlevli normlar, kendi içlerinde türlere ayrılır. Burada özellikle bir yandan etik normlar ve teknik normlar, öte yandan da kesin buyurucu işlevli normlar ya da komutlar ve esnek buyurucu işlevli, kesin buyurucu olmayan normlar ya da tavsiye kararları ayırdedilebilir. Yasa kavramını ele almadan önce, bu çeşitli ayırımları ve alt ayırımları açıklamak yerinde olur.

1. *Normlar kategorisi içinde, buyurucu işlevli normlar ve tanımaya yarayan normlar ya da bilimsel normlar arasındaki ayırım.*

- İlk önce, buyurucu bir işleve sahip oldukları söylenerek kendilerine verilmiş özel araçsal eğilim ile ayırdedilebilen - örneğin etik normlar- normlar vardır: Onların temel araçsal amacı, insanların davranışlarına yön vermektir. Bununla tam

olarak kastedilen nedir? Bu buyurucu normların insanın yaratıcı, "yapıcı" eyleminin hizmetindeki araçlar oldukları, aynı biçimde örneğin bu fiziksel modellerin, giysi yapımcılarının kullandığı "patronlar" oldukları deyimlenmek istenir: Onların teknik amacı, insani etkinlikler düzeninde geçmesi zorunlu olan'ın modellerini, ölçülerini, insanlık tarihinin gelişme ölçülerini, bu tarihin yapımcıları (ve aynı zamanda figüranları)'nın yapıtlarının (yani bu durumda kendi davranışlarının) gölgesini düşürebilecekleri, ona biçim verebilecekleri, onu bu modellere uydurabilecekleri biçimde, tam olarak terzinin patronlarıyla ilişkisinde olduğu üzere, hizmetinde yer alacak ölçüler oluşturmaktır. Başka deyişle, buyurucu normlar "yapma, yerine getirme", yeniden üretme, izleme, gözlemlemenin ölçüleri olarak tasarlanmış, yayımlanmış ve kabul edilmişlerdir. Bu, onların bilimsel araçsal eğiliminden ileri gelir: Onlar, insani etkinlikler düzeninde, insanların kendi davranışı yani kendi yaradılışı içinde, kendi davranışlarının yapılışı, kendi olay ve tavırlarının ortaya çıkarılışında, eylemlerine yön vermeğe yönelik başvuru aygıtları olarak kullanılırlar. Onlar, ısmarlama bir insanlık tarihinin yapım araçlarıdır; bu insanlık tarihi tümü ile önceden yapılmış olmayıp, belli bir yaratıcı özgürlüğe yer bırakılmıştır.

- Bilimsel normlar tümü ile başka nitelikte olup, bilimce hazırlanmış, ileride görüleceği gibi, genel olarak bilimsel yasalar ya da doğa yasası diye adlandırılan normlardır. Burada öncelikle bir açıklama yapılması zorunludur: Çoğu kez etik disiplin kuramcıları ve özellikle hukuk kuramcıları, bu bilimsel açıklamalara tam normatif nitelik tanımayı kesinlikle yadsırlar; oldukça tuhaf bir biçimde, bilimsel kurallar.... kural olamaz savında bulunurlar! Bu tür bir tutum alış, elbette bir yanlış anlamaya dayanmaktadır. Hiç kuşku yok ki bilim adamı, normatif ölçüler - ki mesleki eğilimi de bunu gerektirir - yani olayların akışının gelişim ölçülerini, doğal ya da insani olan şeylerin ortaya çıkışının modellerini verir: Claude Bernard'ın kaydettiği gibi, "bilimin önem verip dikkatini yönelttiği amaç da budur" *(Introduction à l'étude de la médecine expérimentale, II,I)*. Bilim, örneğin "ısıtılmış bir metal genleşmelidir" dediğinde, bu onun biçimlendirdiği bir normdur ve biz sıcaklığın etkisiyle bir metalin genleşmesi olayında hazır bulunduğumuzda, "bunun normal olduğu" yolunda kolayca karar vermemiz, esasen bu norma, bu normatif ölçüye az çok bilinçli bir başvuru ile olmaktadır; bunun tersi, bize aksine "anormal" gelecek, norma uygun görünmeyecekti.

Etik disiplinlerin müelliflerinin, genellikle bilimsel kurallara normatif bir nitelik tanımayı yadsımaları, gerçekte burada *norm* ve *buyurucu normları* ve giderek daha açıklıkla *etik normları* bağdaştırıcı biçimde kavramaları, bunları benzer tutmalarından kaynaklanmaktadır: Oysa, açıktır ki bilimsel normlar, gerçek normlar oluştursalar, bu niteliği taşısalar da, saltlıkla etik ya da daha

genel deyişle buyurucu normlar oluşturmazlar. Onların bambaşka bir bilimsel araçsal eğilimi vardır: Onlar, *tanımaya yarayan* diye nitelendirilebilecek bir işlevi üstlenirler. Bilimin yöneldiği hedef, gerçekten insanların yaratıcı eylemine yön verecek yapım modelleri, yeniden üretecek, gerçekleştirilecek modeller hazırlamak değildir; bilim adamının amacı gerçekliğin kendisinin modellerini, ölçülerini kurmaktır. Daha açık olarak diyebiliriz ki, bilimsel normlar gerçeklikte olayların gelişim modellerini, gerçeğin akışı içinde olayların ortaya çıkış modellerini oluşturmaya yönelmiştir. Onlar, gerçekleşen, gerçekten oluşan olayların gelişim ölçüsünü verirler, yoksa gerçekleştirilecek, oluşturulacak olayların gelişim ölçüsünü değil. Onların araçsal amacı, insanlara gözleri önünde gerçekten meydana gelen olayların akışını tanımak, kimliğini saptamak, aynı yoldan, gerçekliğin bilinçlerinde geçip gittiği olayların akışı içinde kendini tanımak, yönünü bulmak olanağını veren *keşif aygıtları* olarak yarar sağlamaktır. Bu anlamdadır ki bilim, çoğu kez "öngörü" düşüncesiyle birleştirilir; gerçekten bilimsel normlar, gerçeğin gelişim modelleri olarak, insanlara gerçekliğin olaysal gelişmelerini, kıyasen uygulama yolu ile önceden ölçmek ve sonuç olarak davranışlarını uydurmak olanağını verirler. Bu tanıyıcı, doğrulayıcı işlev ve sonunda bilimin kendi varlığı, varoluşu ancak, gerçeklik kısmen de olsa yinelendiği, hiç olmazsa belirli bir biçime göre kısmen de olsa yinelendiği için, apaçık olanaklıdır. Böylece buyurucu normların varlığı, insanda belli bir özgürlük varsayımına, insan davranışlarının önceden belirlenmemiş olduğu varsayımına götürür; bilimsel normların varlığı, gerçeklikte belli bir düzen olduğu varsayımına, gerçekleşen olayların gelişiminin belirlenmiş olduğu varsayımına götürür.

Bilimsel normların hazırlanma biçimi, kuşkusuz kesinlikle buyurucu normlar ve özellikle de etik normlarınkinden farklıdır: Onların eğilimini etkili biçimde tatmin etmek için, bilimsel normlar, kopyasını oluşturmayı amaçladıkları gerçeğin gözlenmesine dayanarak hazırlanmış olmalıdırlar. Daha da açıkçası, olanak ölçüsünde aynı olayların gerçekleşme dizilerinin, herhalde, bu dizilerin saydamlaştırdığı bu olayların ortaya çıkış biçimini görecek şekilde gözlemlenmesine dayalı olarak hazırlanmalıdırlar; gözlemlenmiş olaysal bazı yapı ögelerini deneyleme yolu ile değiştirmekle, gerçeğin birbirini izleyiş süreçlerinin ortaya konulması daha iyi başarılmış olur. Bu, örneğin gerçeğin akışı içinde, bilim adamının norm yapmasına neden olacak şu ya da bu koşullarda, şöyle bir A olayının görünüşte herzaman meydana geleceği ya da aksine hiç meydana gelmeyeceği gözlemine bağlıdır": Şu ya da bu koşullarda A olayı meydana gelmeli ya da gelmemelidir". Adeta gerçeğin fotoğraflarının simgesi olmayı amaçlayan bilimsel normlar, olayların nesnel olarak onu gösterdiği biçimde ya da başka türlü gerçekleşmiş görünmelerine göre, doğru ya da yanlış olacaklardır; buyurucu

normlar, bizzat yapımcıların icraatına yön verme eğiliminde olmakla, kuramsal olarak, - teknik normlar konusunda açıklığa kavuşturulacak olan ayrı tutulursa - sadece etkili olmaya elverişli (yani ilgililerce etkisi, gerçekleşmesi izlenmiş) ya da değildirler.

2. Buyurucu işlevli normlar kategorisinde yer alan alt ayırımlar

a) Etik normlar ve teknik normlar.

Buyurucu işlevli normlar kategorisi göz önüne alındığında, herşeyden önce esas olarak bu kategoride yer alması gereken sanki tek onlarmış gibi, etik normları düşünme eğilimi vardır: Etik, en temel anlamında, gerçekten insan davranışını yönetme san'atı ve buna bağlı olarak etik normlar da bu genel san'atın hizmetindeki araçlar, yani insanların davranışına yönelik kurallar ya da davranış kuralları olarak tanımlanır. Gerçekte etik kurallar, tümü ile davranış kuralları değildir; onların yanısıra, bunlar gibi açıkça anlaşılmamış olmalarına ve etik normlarla aralarında yakınlık kurma alışkısı olmamasına karşın bir başka buyurucu norm türü daha vardır: Bunlar, sözcük türü itibariyle "teknik" olarak adlandırılabilecek normlardır. Bu buyurucu etik ve teknik normlar ayrımını biraz daha açmak ve bazı anlaşılamayan noktaları aydınlatmak önemli ve gereklidir.

- Teknik normları içeriklerine bağlı olarak belirlemek ve onları etik normaların karşısına koymak genel geçer yoldur. Gerçekte, teknik normlar - ki burada sağlığı koruma kuralları, tedavi normları, sanayi yapım normları ve daha genel olarak yöntembilimsel uygulamaya ilişkin beceriyle ilgili tüm normlar söz konusudur- ortak bir paydada birleşirler: Bunlar belli bir sonuca, belli bir amaca ulaşmak için izlenecek yöntem biçimleridir (6). Fakat bu ortak payda, teknik normları etik normların karşıtı olarak tek başına belirleme olanağını vermez. Etik bir norm, -örneğin bir hukuk normu- aynı "yöntemsel" içerikteki bir örnekle tümü ile ilgili olabilir: "Konut değiştirmek için şu yöntemi izlemek gerekir"; "para yardımı almak için şu ya da bu biçimde hareket etmek gerekir"; v.s. (7).

- Teknik normları, bir bilgiye bağlı olarak hazırlanmış -ya da yapılmış kabul edilen- yöntemsel normlar biçiminde tanımlamak daha doğrudur. Daha açık olarak diyebiliriz ki, teknik normlar buyurucu (işlevleri insan davranışını yönetmektir), fakat doğrudan doğruya bilginin verilerine (giderek salt sezgisel nitelikli veriler) bağlı olarak, kendisinden yararlı uygulamalar elde edilmeye çalışılan bir bilgiye bağlı olarak vücuda getirilmiş normları deyimler. A ve B koşulları gerçekleştirildiği takdirde C durumunun meydana geldiğinin saptanmasıyladır ki, teknik norm anlaşılacak ve açıklanacaktır: "C durumunu elde etmek için, A ve B koşullarının gerçekleştirilmesi gerekir". Başka deyişle, teknik normlar bilimsel normların buyurucu amaçlarına bir uyarlamadan, insan eylemiyle ilgili beceri, davranış kuralları (ya da "reçeteler") konusunda bilimsel bir bilgi değişiminden başka birşey değildirler (8).

Bu normlar çeşitliliği, bir bakıma buyurucu ve tanımaya yarayan normlar arasında bir tür bağlama çizgisi rolünü üstlense de, bu durum bizi yanıltmamalıdır; o, yalnızca bu iki tür norm arasındaki önceden açıklamış olduğumuz ayırımı yeniden tartışma konusu yapmaktadır. Teknik normlar, sadece buyurucu bir işleve sahip olan bilimsel normlardır: Bunlar, bilimsel normlarla ilgili olarak oluşturulmuş buyurucu normlar, tanımaya yarayan modellerden biçim değiştirme yolu ile buyurucu modeller haline getirilmiş normlardır.

Onların özgüllüğü, herhalde insan iradesinin keyfi ürünü olmamasındandır: Onların hazırlanıp özümlenmesi, uyarlaması oldukları bilgi tarafından ve son tahlilde olayların akışının düzenlenmesi yolu ile (olaylarda "determinizmin payı) âdeta dikte edilmiştir. Bunlar sadece izlenecek yöntem modelleri değil, fakat daha belirgin biçimde, bu yöntemlerin nesnel olarak meydana getirmeğe elverişli kabul edildiği bir sonucu almak açısından izlenecek davranış modelleridir. Onların bilimsel kurallar ile ilişkileri nedeniyledir ki, bu buyurucu normlar, oluşturdukları davranışların gerçekten amaçlanan sonucu sağlamaya elverişli olup olmadıklarına göre, -yalnızca gerçek ya da gerçek olmayan değil- doğru ya da yanlış da olabilirler (Aynı şeyi deyimlemek üzere, onların "etkili" ya da "etkisiz" oldukları da söylenir).

Aksine etik normlar, onları yaratmış olan insanların keyfi seçimlerini deyimleyen buyurucu normlardır: Burada, insana kuramsal bilgi tarafından kabul ettirilmiş modeller değil, insanın istediği davranış modelleri söz konusudur. Örneğin hukuk normları, koşula bağlı ya da varsayımsal bir yapıda olsalar bile, hiçbir zaman "nesnel olarak şöyle bir sonuç elde etmek için, yapılması gereken işte şudur" gibi bir örnek oluşturmazlar. kuşkusuz yasa koyucu, çıkardığı yasal düzenleme arasında belli bir amaç izleyebilir, belli bir sonuca ulaşmayı hedef alabilir: Bu görünüm altında düşünülüp tasarlanmış hukuk normaları, zihnimizde belli bir teknik renklendirme yapma eğilimindedirler; bu bakımdan bize, etkili olma ya da olmamaya, doğruluk ya da yanlışlık ve yanılgıya yatkın görünmeyi amaçlarlar (yasa koyucu "yanılmış" olabilir) Fakat düşüncemizin bu kısaltılıp sadeleştirilmiş biçimleri, bu "özet halindeki düşünce" yanıltmamalıdır: biri tam anlamıyla teknik normlardır; bir diğeri "teknokratik" bir politika çerçevesinde kabul edilmiş etik normlardır. Böyle bir toplumsal sonuca ulaşmak için, teknik olarak falanca ve filânca kişiler kategorisinin falanca ve filânca davranışlara sahip olması gerekiyor ve dolayısıyla belli hukuk normları oluşturulup yürürlüğe konuluyorsa (bakış açısı içinde söz konusu olan davranışların gerçekleşmesidir), bu, bu hukuk normlarının kabulünün, teknokratik bir bağlamda, yani idari yetkililerce kendi özel eylemleri, kendi

özel siyasaları için teknik kuralların kullanılması bağlamında yer aldığını gösterir; fakat böylece kabul edilmiş hukuk normlarının kendi yapısı, bundan hiç de etkilenmiş görünmez: Bu da, aksine onların özgür bir seçimi deyimleyen etik normlar olarak, bu teknokratik süreç içinde bütünleşmeleri, kendilerinin yerine başka hukuk normlarının kabulüne yol açabilecek bambaşka bir amaç izlemelerinden ileri gelmektedir.

b) Otoriter buyurucu işlevli normlar ya da buyruklar ve esnek buyurucu işlevli normlar ya da tavsiye kararları.

Etik ya da teknik olsunlar, buyurucu işlevli normlar ayrıca iki büyük gruba ayrılırlar: Buyruk ya da komutlar ve tavsiye kararları. André Lalande'ın *Felsefe Sözlüğü*'nde deyimlemek istediği, "bir norm, zorunlu olarak bir buyruk değildir, normatif olma, başlıca iki tür'ü içeren bir davranıştır: Buyuruculuk ve değerlendiricilik" biçimindeki ayırım da buna dayanır.

Buyruklar, komutlar özgül eğilimi *zorunlu buyruk olarak* izlenecek, yansıtılacak ölçüler oluşturmak olan buyurucu normların bir çeşididir. Buyruğun araçsal amacının içine yalnızca gerçekleştirilecek bir şeyin ölçüsünü değil, fakat aynı zamanda gerçekleştirilmesi, yapılması gereken birşeyin ölçüsünü oluşturmak işi de girer. Buyruklar ya da komutlar bu anlamda otoriter, zorba bir yönetim tekniğini, bir davranış tekniğini simgeler: Onlar aracılığıyla yöneticiler ya da egemen olanlar, kendi davranış biçimlerini yönetilen ya da egemenlikleri altında bulunanlara zorla kabul ettirirler.

Bu teknik, tavsiye kararlarının (uygulamada "tavsiyeler", "dilekler", "buyruklar", "öğütler", "görüşler" v.s. terimleriyle gösterilen şeylerin tümünü içeren genel terim) oluşturduğu esnek yönetim tekniğinden ayrılır: Bunlar, gerçekleşmesi arzu edilen, uygun fakat zorunlu, bağlayıcı olmayan şeylerin ölçüsünü veren buyurucu normlar olarak incelenirler. İlgililerin, davranış, hâl ve gidişleri yönetilen bu kimselerin burada aynı varsayımdan hareketle norma uyma ya da uymama yolunda bir değerlendirme payı, tersine, buyruklar söz konusu olduğunda ise reddedilen, varlığı yadsınan bir değerlendirme payı söz konusudur.

Bize verilen sınırlı çerçeve içinde, bu ayrımı daha çok açmak, açıklığa kavuşturmak olanaksızdır (9). Şimdi bu araştırmanın son aşamasını ele almak durumundayız.

III. YASA KAVRAMININ DEĞİŞİMLERİ

Yasa kavramı, günümüzde ilk bakışta çok farklı anlamlara götüren, özellikle kaypak bir kavram olarak görünmektedir. Fakat André Lalande'ın gözlemlediği gibi, "yasa sözcüğünün değişik anlamları, sürekli bir dizi halinde sıralanmış ve son iki anlamı arasında sıkı geçişlerle biribirine bağlanmışlardır: Bunlardan ilki buyurucu kuralın, düzenlediği olgulardan önce sahip olduğu anlamı; ikincisi de genel kuralın, yasası olduğu olguların incelenmesiyle *a posteriori* ortaya konulmuş bulunan anlamıdır". Görülüyor ki "diye ilâve eder filozof," ilk anlam baştan beri vardır ve her toplumsal grubun etkinliğini düzenleyen yazılı ya da yazılı olmayan buyruklar hakkında çok eski bir düşünceden kaynaklanır" (*Vocabulaire de la Philosophie,* préc., p. 582 et s.).

Yani bu demektir ki yasa kavramı, temelinde insanların hukuki deneyimleri, bilgileri hakkında bir düşünceden yola çıkarak oluşur: Bununla, hukuk normlarının temelde bir zamanlar insan topluluklarının yaşadıklarından, yani etik normlardan, fakat daha açık olarak komutlar, buyruklardan, hukukun yalnız ve yalnız bu buyurucu biçimi aldığı zaman hukuk olarak kabul edildiği komutlardan kaynaklandığına işaret edilmiş olmaktadır. Yasa kavramı, aslında hukuktan, hukuki deneyimden, bilgiden ayrılamaz. Şu halde bu seminer boyunca, örneğin ingilizce de tek bir sözcüğün aynı zamanda hem yasa ve hem de hukuk kavramını deyimlediğini gördüğümüzde buna şaşırmamak gerekir. Fransızcada da yasa sözcüğü, özünde hukuku, hükümet makamlarınca konulmuş hukuk normlarını gösterir.

Geniş anlamda yasa kavramı, az çok hukuki yananlamları herzaman korusa da, genel olarak buyruk kavramı ile özdeşleşir. Bu anlamdadır ki, örneğin "buyruk altında olmak", "birini buyruğu altında tutmak", "birine buyurmak", "buyruk altında yaşamak", "buyruğa katlanmak", vs. gibi gündelik deyimler kullanılır (10). Yasa kavramının bu ilk anlamlarından başlayarak hızla bir bunalım sürecine girilmiştir: Yasa kavramı bulanıklaşmış, puslanmış ve aynı zamanda belirtmeye yaradığı nesneler hakkında karışıklık ve anlaşılmazlığa yol açmıştır. Bu bunalımın kaynağında başlıca iki temel öge vardır: Bir yandan, metafizik panjüridik (hukuki birlik) görüşlerin gelişip kökleşmesi; öte yandan günümüz toplumlarında hukukun, hukuk tekniğinin kendi evrimi. Bu iki temel öge, bu iki temel veri üzerinde durmak uygun olacaktır.

1. Tüm eski uygarlıklar, insanların başlangıçta herşeyi kendi izlenimlerine indirgeme ve bilhassa kendi ahlaki deneyimlerini, özellikle hukuki deneyimlerini öteki dünyada yansıtma eğiliminde olduklarını göstermektedir: İnsani olmayan şeylerin, bizatihi insanlara bakarak, davranışlarında, hareketlerinde "uymak" zorunda oldukları komutlarla, buyruklarla, kutsal öz'ün en yüce Yasa koyucusu'ndan kaynağını alan yasalarla yönetileceklerini belirten insan biçimci (anthropomorphistes) ve canlıcı (animistes) anlayışlar da bu zihniyetin ürünleridir. Bunlar, nesne ve olayların doğal akışı içinde saptanmış olan düzenliliklerin "arkasında" yer alan doğa'nın "yasaları" dır. Batı'da özellikle eski yunan düşüncesinde, Stoacılar döneminde (11) gelişen bu metafizik ve dinsel "doğa yasaları" anlayışı, modern felsefenin başlangıcında yeniden canlandırılmış ve Bacon, Descartes, Spinoza ve Montesquieu gibi düşünürler arasında yaklaşık XIX. yüzyıla kadar hüküm sürmüştür. (12). Bu panjüridik anlayış, öte

yandan özellikle yalnızca deneyin verilerine ilgi gösterme, doğa yasalarına, onların buyruklarına uygun olmayan uygulamalara yol açmakla varsayım da olsa karşı gelebilme eğilimiyle, uzun bir süre bilimsel çalışmaya gerçekten zararlı olmuştur: Emile Meyerson'un bilimsel yasalar konusunda belirttiği gibi, "bu yasaların, suç ya da kabahatin medeni yasalarla ilgili olduğuna dair benzer hiçbir istisna, hiçbir itaatsizliğe bağlı bulunmadığı inancı, yeni ve kimi düşüncelerdeki istisnaların onda hala bulunabileceğine ilişkin bir görüş, inanıştır" (daha önce de kaydedilen André Lalande'ın *Felsefe Sözlüğü,* s. 585).

Günümüzde pozitivist düşüncelerin başarısı ve bilimlerde deneysel olan'ın kabulünden sonra dahi, bilimsel çalışma anlayışları, bilimsel normları belirtmekte yararlanılan yasa kavramının bizzat kullanılmaya devam ettiği geçmişin anımsanmasıyla hâlâ ağır bir ipotek altında bulunmaktadırlar: Böylece doğanın itaat ettiği buyruklar, komutlar olarak bilim adamınca yapılmış normların az çok karmaşık biçimde yeniden ortaya çıkması işi devam etmektedir. Bergson, sürüp giden bu karışıklığı en iyi farkeden ve ustaca çözümlemiş olan filozoflardan biridir: "Fizik yasa olsun, toplumsal ya da ahlaki yasa olsun, her yasa çoğunluğun gözünde bir komuttur, bir buyruktur. Yasalar yolu ile kendini ortaya koyan doğanın belli bir düzeni vardır: Nesne ve olaylar, bu düzene uymak için bu yasalara *itaat edeceklerdir*. Bizzat bilim adamı, yasanın olgu ve olayları düzenlediği ve buna göre nesne ve olayların, örnek alması gereken Platoncu düşünceye benzer biçimde, bu olay ve olgulardan önce geldiğine inanmaktan kendini güçlükle alıkoyabilir. Dahası o, genelleştirmeler aşamasına yükselir, giderek ister istemez yasaları bu buyurucu nitelikle donatma eğilimi gösterir: Aksi halde, modern bilimin bir başka Sina Yarımadası'nda arayacak olduğu aşkın yüzeyler üzerinde ezelden beri kayıtlı bulunan mekaniğin ilkelerinin yeniden ortaya çıkması için, gerçekten bizzat kendine karşı savaşması gerekir (13).

Yasa kavramının bilimsel alanda kullanılmasından doğan uzlaşımcılık (syncrétisme) sadece bilime değil, fakat sonuç olarak bizzat hukuka zarar verdi: Geri dönüşte bir tür şok, bir tür bumerang (geri tepme) etkisiyle, bilimsel normlara ilişkin görüşümüzdeki sapma, bozulma bizzat hukuk normlarına bakışımızda da bir sapmaya, bozulmaya yol açtı. Tüm olaylar, sorunlar için yasalar, buyruklar oluşturan yüce bir Yasa koyucu imgesi, gerçekten de bu aşkın yasaların, bu doğa yasalarının, bu "doğal hukuk"un bizzat insanlar için de kaleme alınmış olacakları düşüncesini yerleştirmeğe yöneltti (14) : Kısaca bu aşkın özlü, aşkın nitelikli doğal hukuk, tek doğru hukuk bile olabilirdi; hükümet makamlarınca biçimlendirilen hukuk, pozitif hukuk ancak bu doğal hukukun buyruklarını doğru olarak yansıtmak koşulu ile gerçek hukuk olabilirdi; yasa koyucunun işi, bilim adamınınki gibi şifre çözme, kopyanın kopyasını çekme türünden basit

bir iş olmalı idi. Böylece metafizik bilim anlayışları, metafizik hukuk görüşlerine dayanak noktası olarak yarar sağladılar. Daha önemli ve ciddi olan, hukuk normlarıyla bilimsel normların bu tehlikeli ilişkisinin, yasa kavramı arasında modern hukuk düşüncesini antimetafizik nitelikli sözde tepkilere ulaştırmasıdır: Gerçekten, bilim XIX. yüzyılda pozitivist olduğu, yani olmayacak düşlerden kesin olarak vazgeçmeye, bundan böyle ciddi biçimde oluşturulmuş yasalar olarak ancak doğrulukları deney yolu ile saptanmış yasalardan, ancak olay ve olguların gerçekliğine uygun oldukları kanıtlanmış yasalardan yana olmaya karar verildiği zaman, hukuk öğretisi de, -pratik katkısının bulunmadığı gerçek olan basit iddia- "pozitivist" olduğunu ve böylece salt metafizik tutum ve yöntemlerden vazgeçtiğini ileri sürdü. Bazıları için bu etiket, hukukun araştırılmasının, toplumsal gerçekliğin deneysel incelenmesiyle ve bizzat hukuk normlarında özümlenmiş olan bu sosyolojik yasaların doğru biçimde açıklanarak onların düzeltilmesine indirgenmesi gerektiği anlamına geliyordu (Comte'dan kaynaklanan ve özellikle Fransa'da Henri Lévy-Bruhl ve Arjantin'de Carlos Cassio tarafından geliştirilmiş bulunan "sosyolojik" denilen pozitivizm tezleri); çoğunluktaki diğerleri için "pozitivist" etiket, kamu erklerince oluşturulan hukuk normlarının (salt hukukda özümlenmiş) irdelenmesinin artık gerçekten uyulan, gerçekten uygulanan, böylece gerçekliğe uygun, gerçek bir hak ya da her halde menfaate yaraşır bir hak doğuran gerçek hukuk normlarıyla yetinmesi gerektiği düşüncesini içeriyordu ("hukuki" denilen pozitivizm tezleri): O zamana dek, "konulmuş hukuk", "yazılı hukuk" anlamına gelen eski "pozitif hukuk" *(jus positivum)* deyimi, şu halde XIX. yüzyılın başında eski onurunu yeniden fakat "gerçek, somut hukuk" denilen bu yeni anlamıyla kazanmış olacaktır (15). Güncel hukuk düşüncesinde henüz çok canlı olan bütün bu görüşler, yasa kavramı içinde, bilimsel normlar ve hukuk normları arasında başlangıçta ortaya çıkmış olan karışıklığın aldatıcı ürününden başka birşey değildir.

2. Bir başka önemli veri yasa kavramı bunalımının kaynağına ilişkindir: Bu da bizzat hukukun, hukuk tekniğinin gelişimidir. Yasa kavramı hukuku, hukuk normlarını zihnimizde buyruklar biçiminde canlandırır. Aslında hükümet yetkililerinin temel görevinin düzeni, yurttaşlar arasında barışı egemen kılmak, barış içinde birlikte yaşamayı sağlamak olmasından dolayıdır ki, amaçlanan, bireyler arasındaki olası çatışkıları önlemek ya da çözmek, onlara "hakemlik etmek" dir: *"cuique suum tribuere (herkes kendi hakkını, payına düşeni almalıdır)",* hukuka verilmiş son amaç işte bu olabilir. O halde hukuk normları, sözcüğün en geniş anlamında "disiplin" normları niteliğine sahip normlardır. Bundan ötürü, genel olarak bireylerin hak ve borçlarını kesin biçimde buyuran buyrukların araçsal özeliğine de sahiptir-

ler: Hükümet yetkililerince kullanılan davranışları yönetme tekniği, hükümet etme, yönetme tekniği, özünde salt otoriter bir tekniktir. Bu koşullarda, hukukun bir buyruklar bütünü *("jus est quod jussum est: hukuk düzendir, buyruktur")* olarak kabul edilmesi ve yasa kavramının da hukuktaki buyruk fikrine dahil edilmesi normaldir.

Fakat çağımız, klâsik tekniğe paralel olarak, yeni bir davranışları yönetme tekniğinin, tavsiye kararları biçiminde otoriter olmayan esnek bir tekniğin geliştirildiğini görmüştür. Bu gelişim, kuşkusuz öncelikle yıllardan beri hükümet yetkililerinin görevlerinin genişletilmekte olmasına bağlıdır: Devlet, sadece düzeni değil fakat aynı zamanda ülkenin ekonomik ve toplumsal açıdan en üst düzeyde gelişimini sağlamak ve dolayısıyle aslında ulusal etkinliklerin bütününü yönetip denetlemekle görevli bir Refah Devleti olmuştur. Ancak devletin bu yeni rolü, sanayileşmiş batı toplumlarında, bu toplumların dayandıkları temel yapıyı hâlâ sürdüren bireylerin girişim özgürlüğü ilkesiyle birleşmek zorunda kalmıştır. Bu çelişkiyi aşmak içindir ki, hükümet yetkilileri tavsiye kararları tekniğine yönelmişlerdir: Şu anda geleneksel tipteki hukuki buyrukların yanında, özellikle araç-gereç donanımı, kentleşme, tarımsal alanların düzenlenmesi vb. plân ve programlar altında, hükümet yetkililerince ulaşılması istenilen hedeflerin saptandığı, uygulanabilir yönergelerin hazırlandığı plân ve programlar biçimindeki tavsiye kararlarında bir artış mevcuttur (16). Yasa kavramı, hukuku geleneksel buyruklar biçiminde düşündürmeyi sürdürürken, bu gelişime nazaran kararsızlık içinde bulunmakta, bununla birlikte bu yeni biçimleri, bir parçası oldukları hukuk usulüne uygun olarak dahil etmemize de engel olmaktadır: Gerçekten, bugün hükümet yetkililerince uygulanan davranışları yönetme tekniklerini, bunlar aslında sıkıca biribirine bağlı, biribirinden ayrılmaz oldukları ve aynı amacı izledikleri halde, kesin olarak ikiye ayırma savında bulunmak anlamsız olacaktır. Örneğin tavsiye kararları, çoğu kez hukuki buyruklarla aynı ilân prosedürünü kullanmaktadırlar (özellikle yasama prosedürü: Fransa'da ulusal plan ve programların onaylanmasına ilişkin yasalar açısından durum böyledir); üstelik kimi kez aynı hukuki muamele, aynı zamanda hem buyrukları ve hem de tavsiye kararlarını dile getirir. Ya da yine, ilgilileri kendi tavsiye kararlarına uymayı kabule zorlamak için, hükümet yetkilileri bu kararları otoriter özendirme önlemleriyle (böyle bir tavsiye kararına uyup onu benimsemiş olanlar, örneğin devlet yardımları ya da mali kolaylıklara hak kazanacaklardır) ya da otoriter caydırma önlemleriyle (böyle bir tavsiye kararına uymayanlar, örneğin özellikle ağır mali yükümlülüklere katlanmak zorunda kalacaklardır) donatırlar. Aslında, hükümet yetkilileri buyruklar ya da tavsiye kararlarıyla yönetsinler, daima aynı temel veri ile yüzyüze gelinir: Bir ulusun, hükümet yetkililerince etik normlar aracılığı ile yönetilmesi ol-

gusu. Sadece bu hükümet makamlarının buyruklarını hukuki kabul etmek ve onların tavsiye kararlarında kesinlikle farklı bir nitelik bulunduğunu ileri sürmek, gerçekte yalnızca uyumsuz, aşılmış kavramsal bir malzemenin kullanılmasının sonucudur. Aynı bakış açısı içinde, yasa kavramı bunalımının var olduğu söylenebilir.

Yasa'nın sakıncalı yanlarının hızlı biçimdeki bu sayılıp dökülmesi sonunda, doğal olarak bu kavramın devre dışı bırakılmasının, bilimsel algılayışımıza olduğu kadar hukuki bakış açımıza da zararlı olduğu sonucuna varılmaktadır. Onun bu sonuncu alanda uyarılmış zihinler tarafından ve uygun eğretileme (métaphore) sıfatıyla kullanılması dahi, düşünceyi gizlice denetimden çıkarma riskini az çok, ama daima taşır: Çünkü, "eğretileme her zaman için tehlikeli bir hizmetkârdır: O, önceleri yalnızca alçakgönüllülükle uslamlamayı ünlü kılar gibi görünürken, hemen sonra efendi olur ve onu yönetir" (Bertrand de Jouvenel, *Du Pouvoir,* 1945, p.86).

Kısacası, hukuk alanında olduğu gibi bilimsel alanda da sadece norm ya da kural kavramlarını kullanmak, yasadan çok bilimsel normlar ya da hukuk normlarından söz etmek daha iyi olabilir. Norm kavramı, karışıklıklardan tasarruf etme olanağını veren yasa kavramının yerini almalıdır (17). Gerekirse yasa terimi, hukuk alanında sadece hukuk normlarının bir türünü, bunların devletin yasama organından çıktığını belirterek göstermek üzere özelleştirilmiş, teknik anlamında korunabilecektir; üstelik bu yasalar ya da yasama organından kaynaklanan normların, diğer hukuk normları gibi, buyruklar kadar tavsiye kararlarını da oluşturabildikleri herhalde gözden kaçırılmamalıdır.

NOTLAR

(1) 1979 yılı Şubat'ında Paris Hukuk, İktisat ve Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Felsefesi Merkezi'nde, "yasa sözcüğünün anlamları" konusundaki bir seminer çerçevesinde verilmiş konferans metni.

(2) Nihaî olarak yasa kavramının çıkış kaynağına bağlı yananlamları, bu kavramın başlangıçta yalnızca ikincil bir ögesini ileri sürerek bir karışıklığa dahi neden olabilirler (Şöyle ki, "kabul", yayımlama kavramı-Almanca *Gesetz(yasa)* teriminde olduğu gibi- ve daha da açık biçimde "yazı" kavramı sayılabilir; ilkin yasalar "yazılı" olarak düzenlenmiştir: krş. André LALANDE, *Vocabulaire Technique et Critique de la Philosophie,* Paris, 1960, s. 580 vd.) ve yasa kavramının tüm anlam genişlemeleri arasında altedilemez biçimde, olduğu gibi kalmış en temel öge, yani bizzat norm ya da kural kavramı gölgede bırakılmıştır.

(3) Kimi yabancı diller, bu hususta önemli bilgiler de verirler: Böylece örneğin, Çincedeki, Fransızca *yasa* sözcüğü ile eşdeğer anlamda kullanılan *xing* sözcüğü, aynı

zamanda "model", "örneğini yapmak", "ağırlık ve ölçüler" anlamlarına da gelmektedir.

(4) *Histoires de la Philosophie Occidentale,* c.I, 1968, s. 167.
Terminolojik kullanımın ötesinde gözlemlenmelidir ki, hukuk normları ile ölçüm araçlarının derin yakınlık ve akrabalığını, kimi zaman apaçık biçimde bize tarih bizzat göstermektedir: Şu halde, Fransız İhtilâli döneminde sayısal ölçüm araçlarının (uzunluk, ağırlık, alan, hacim vs. birimleri) ve hukuk normlarının, Eski Rejim'in bölgesel özerkliklerine tepki olarak tekbiçimleştirme isteği aynı hareket içinde dile getirilmiş ve özellikle 1788 tarihli Şikâyet Defterleri'nde sıklıkla "tek kral, tek yasa, tek ağırlık, tek ölçü" ilkesinin anımsatılmış bulunması bir rastlantı değildir. Bu kendiliğinden yakınlaşma, bu farklı şeyler arasındaki bir bağın sezgisel kavranışına dayanır.

(5) Jules Lachelier'nin farkettiği ve gözlemlediğinde ifade etmeyi denediği, işte her kuralın özündeki bu olaysal bakış açısıdır: "Bana öyle geliyor ki, bir yasa genel olarak bir şeyin olması gerektiğini dile getirmektedir"(Vocabulaire Lalande, s.582).

(6) krş. LALANDE Sözlüğü, s. 1105 vd.: *"Teknik*: (sıfat) (artistik, bilimsel ya da endüstriyel) yöntemlere bağlı olan... yararlı görülen kimi sonuçları üretmek üzere belirlenmiş yöntemler topluluğu... Özellikle, uygun bir bilimsel bilgiye dayanan örgütlü yöntemler için kullanılır".

(7) Jean DABIN gibi kimi müelliflerce geliştirilmiş olan düşüncenin aksine *(Théorie générale du droit,* 2. b, 1953, s.65 s. ve 3. b., 1969, s.86 vd.), bir hukuk normu teknik bir norm gibi, yalnızca önceden gerçekleştirilmiş bir varsayıma değil(şu meydana geldiğinde şöyle yapmak zorundasın), gerçekleştirilecek bir varsayıma da (şunu istiyorsan, şöyle yapmalısın) bir ödev bağlayabilir; öte yandan hukuken gerçekleştirilmesi öngörülmüş varsayım, salt bağlayıcı, zorunlu değildir(ulaşılacak sonuç, süjeden buyurucasına istenmiş olma): O, süjenin keyfine bağlı tutulmuş basit bir olasılığa uygun düşebilir.

(8) *Traité de Logique*(1921) adlı yapıtında Edmond GOBLOT, bunu şu basit fakat çok ilginç örnekle açıklıyordu: "Bilimsel önerme: mikrop içeren her su, onu içen kimsede tifo hastalığına yol açar. Uygulanacak kural: Tifodan kaçınmak istiyorsanız, bu mikroplu sudan içmeyiniz." Bu teknik norm kavramı ve bilimsel normlar(ya da saf bilim) ile teknik(ya da uygulamalı bilim) normlar arasındaki ilişkiler konusunda "Bir hukukî araştırma tanımlamasının ögeleri" adlı incelememize bkz. A.P.D. c.24, 1979, s.299vd.

(9) Bu konuda bkz. "Fenomenoloji ve Hukuk" adlı çalışmamız, A.P.D., c.17, 1972, s.243 v.d.

(10) Yasa kavramının tüm yetkecilik, baskıcılık bileşenleriyle buyruk kavramına özdeş kılınması,

aslında bazan oldukça uyduruk etimolojik analizlere de yol açmıştır: Lâtince *"lex"* sözcüğü, *"Legere"* (okumak)'den değil, fakat *"ligare"* (bağlamak)'den türetilebiliyordu. Örneğin bu, Léo PELLAND'ın *Introduction aux Sciences Juridiques,* Montréal, 1960, s. 71'de önerdiği düşüncedir. Bu konuda *Méthode Phénoménologique et Droit,* Paris 1964, s. 146'daki açıklamalarımıza bakınız.

(11) Batı toplumları dışında, örneğin Çin düşüncesinde bu anlayışa rastlanır: "Eski Çinliler, kendileri gibi doğanın da kurallara göre hareket ettiğini ve bu kuralların her halükârda kendi âdetlerine uygun düştüğünü, bu kozmik düzenlilikler ile toplumsal davranış kuralları arasında biribirlerine bir geçişlilik, bir dönüşlülükle birlikte bir uygunluk olduğunu düşünürlerdi. Toplumsal düzensizlik ya da düzenin olmaması, doğanın büyük felkâketlerine, kargaşalarına neden olabilirdi ve buna paralel olarak doğanın düzeni, toplumun düzenini zorunlu kılardı "C. J.CARBONNIER, *Cours polycopié de Sociologie Juridique,* Paris, 1960-1961, s.82). Bununla birlikte şurası manidardır ki, Çin dilinde bilimsel yasa karşılığı olarak *"guei-lu"* terimi kullanılır: *"lu"*, hukuk yasalarını, hukuku da deyimler.

(12) Krş. André, LALANDE, *La raison et les normes,* Paris, 1948, s.72 vd. adlı yapıtında, özellikle yasa kavramı konusunda şunu gözlemlemiştir: Önce hukukî açıdan yasa, insan topluluklarına kıyasen doğa felsefesi'ne girer: Bu nedenledir ki, Yunanlılar *nomos*'u (tanrısal yasa) daha çok metafizik... ve Lucrèce'in *foedera naturae*(doğal bağlaşım) dediği bir biçimde maddî olaylara uygulamışlardır. Yasanın bu ilk anlamı, bu sözcüğü teknik bilim diline katmış olan XVIII. yüzyılın büyük filozoflarında varlığını sürdürmüştür: Onlar, doğa yasalarını Yaratıcı'nın buyrukları olarak kabul ederler; doğal varlıkların kendilerine buyurulmuş olana genel itaati sonucu yasa maddeleri yeniden oluşturulabilir".
Profesör Carbonnier, "yasa sevgisi" ya da Aydınlanma Çağı'ndaki yasa tutkusu olgusunu çok ustaca çözümlemiştir("Aydınlanma Çağı'nda yasa tutkusu", *Essais sur les lois,* Paris, 1979, s. 203 vd.): Bu olgu, XVIII. yüzyıldaki "doğa yasaları" kavramının gelişimine herhalde yabancı değildir.

(13) Ahlâk ve hukukun iki kaynağı, *Oeuvres Complètes,* Paris, 1959, s. 983. Krş. Jean CLAVREUL, *L'ordre médical,* Paris, 1978 adlı yapıtında "bilimsel söylemin hukukî söyleme borçlu olduğu şey"i iyi göstermektedir: "Denilebilir ki diye yazar bu müellif(s.264), fen bilimleriyle uğraşan kimse, Tanrı'nın hukuk sisteminin kuramcısıdır. O yasaları yapmaz ama onlar arasındaki tutarlı bağlantıyı sağlar. Aynı biçimde *pozitif hukuk düzenleri* kuramcısı, onlardaki mantıkî zo-

runluluklara bağlı olan belli söylemlerin sürekliliğini göstermek ve tanıtmakla yetinir".

(14) "Doğal hukuk adı altında, evrendeki herşeyin oluşup gelişmesini gerekli kılan, doğanın yasaları ya da kurallarını kastediyorum": SPINOZA'nın bu formülü *(Traité de l'autorité politique,* çev.: Madeleine Franceskakis, Éd. Gallimard. 1978, s. 96), bu düşünce seyrini ustaca açıklamaktadır.

(15) Bu terminolojik gelişme hakkında önceki çalışmamıza bakınız, s.144, n.122.

(16) Bu yeni eğilimler konusunda, Ağustos 1975'de dünya çapındaki Saint-Louis Hukuk Felsefesi ve Toplumsal Felsefe Kongresi'nde sunulmuş olan "İleri liberal toplumlarda hukuk tekniğinin gelişimi" konulu raporumuzla karşılaştırınız, *Equality and Freedom,* Gray DORSEY yönetiminde, *Oceana Publications,* New York, 1977, c. 3, s. 941 vd.

(17) André LALANDE, daha önce adı geçen *Vocabulaire de la Philosophie* adlı yapıtında şu saptamayı yapmaktadır: "Yasa sözcüğü yerine, olanak ölçüsünde, bilimsel alanda *ilke* ya da *formül,* normatif düzende de *buyruk* ya da *takdirî, tahminî kural* gibi kaypak olmayan terimlerin kullanılmasında yarar vardır"(s.584 vd.). Ancak bu öneri, daha önce açıklama olanağı bulduğumuz bir yanlış anlamaya dayanmaktadır: Değerli filozof, gerçekten «ilkeler» ya da «formüller» diye adlandırılmasını salık verdiği şeylerin de normlar ya da kurallar, yalnızca etik buyurucu değil fakat tanımaya ilişkin, doğrulayıcı nitelikte normlar ya da kurallar olduğunu hesaba katmamaktadır.

MATEMATİK VE HUKUK * **

Gérard Timsit
(Çeviren: Zeynep Özlem Üskül)

Matematikle hukuk arasında bir ilişkinin varlığı, başlangıçta kavranması zor bir önsezidir. Bu iki disiplinin herbirinin bir indirgemeye —matematik, sayıların, nicelin bilimine; hukuk, normların uygulanma tekniğine — konu olması bu önsezinin kavranmasını daha da zorlaştırır. O halde, matematiğin konusunda - tek konusu nicel olacaktır-, hukukun anlamında-yalnızca bir teknoloji olacaktır- bir çifte indirgeme sözkonusu olacaktır.

Oysa, matematiğin nicel olanın bilimi olduğu gerçekten doğru olsa da, yine de çift *a priori*den kurtulmak gerekir. Birincisi insani ve toplumsal olgular matematiksel bir işlemin konusu olamazlar. Belirtildiği gibi, «bu dogmatik düşünce, matematiğin nicel olanın bilimi olarak algılandığı bir döneme aittir (...). Bugün, matematiğin bütünüyle ne sayı kavramına, ne de alışılmış aritmetik işlemlerine başvuran dalları vardır» (1). Öte yandan, eğer insani ve toplumsal olgular nicel değil nitel olan olgulara benzetilmek istenirse, «niteliğin kavramlaştırılmasının zorunlu olarak nicel olana geçişle» gerçekleşmediğini bilmek gerekir (2). Nitel düşünceden matematik düşünceye geçiş küme kavramıyla yani «nitel anlatımı tam tamına geride kalan özüne indirgenen nesneler evreni»ne başvuran bir kavramla olabilir (3). Kümeler böylelikle belirlenince, soyut nesneler kümelerini, onu oluşturan bütün ve parçalar arasında kurulabilecek olan ilişkilerin betimlenmesiyle, diğerlerinden ayırmak olası gözükür. Böylece, nitel, anlamı tek bir nesnenin soyut saptamasına değil ama "nesneler" kümesi üzerinde gerçekleştirilmiş virtüel işlemler sistemine bağlı olan yapısal özelliğin kavramsal biçimi içinde kendisini yeniden düzenlenmiş bulur (4).

Kurtulunması gereken ikinci *a priori,* insani ve toplum bilimlerine, doğa bilimlerinin kullanımına uydurulmuş bir dilin veya modellerin uygulanabileceğidir. Bu, gerçekten hukuk bilimini basit bir teknolojiye indirgeme, ona başka amaçlara ve özellikle yalnızca teknik amaçlara yönelen modeller veya mekanist yön-

* *Bu metin Paris (I) Üniversitesi'nde Georges Dupuis tarafından yönetilen Matematik ve Hukuk Semineri çerçevesinde sunulan bir rapordan esinlenmiştir.*

***Bu çeviri, Gérard Timsit'in "Mathématiques et Droit" Revue Du Droit Public Et De La Science Politique En France Et A L'Etranger, 1983, s. 631 - 638'de yer alan makalesinden yapılmıştır.*

temler uygulamayı isteme tehlikesini taşır. Kuşkusuz, hukuk bir teknolojidir *de*. Ama yalnızca bu değildir.

Aslında, matematiğin ve hukukun irdelenmesi hukukçuların ve matematikçilerin matematiğe ve hukuka yaptırdıkları iki yollu sakatlamadan - hukuku normatif bir teknik olarak tasarlamak, matematiği yalnızca nicel bir bilim olarak anlamak—vazgeçmeleri koşuluyla olasıdır. İki yönlü sakatlama. İki yönlü kendi kendini sakatlama. Hukukçuların ve matematikçilerin, hukuk ve matematik ikilisini iyileştirmek yani bütün virtüalitelerini keşfedebilmek için farkına varmaları gereken iki yönlü kendi kendini sınırlama - psikanalitik yöntem burada yararlı olurdu... — Hukuk bir teknik değil, bir normlar bilimidir. Matematik bir nicelleştirme değil ama — biçimsel, biçimleştirme anlamında — biçimler bilimidir. O halde matematik ve hukuk dillerinin bütün yakınlıklarını anlamak gerekir. Varsayımsal olarak, bunlar biri kullandığı sembollerle, öbürü ise uygulamaya koyduğu yasalarla kodlanmış iki dildir. Her iki durumda da, bir kod var; ama matematikte kod varıştadır, dilin kendisindedir - matematik dili sembolik bir dildir, soyuttur -, halbuki hukukta başlangıçtır, yönettiği dilin özündedir: hukuk dili bir normun, soyut bir kuralın gitgide somutlaşmasını dile getirir. O halde matematik ve hukuk dillerini birleştiren ve ayıran bütün yakınlıkları ve farkları anlamak gerekir. Bu koşulla, matematik ve hukuk ilişkisinin bütün boyutları kavranabilir: araçsal bir boyut, kuşkusuz — matematik hukukun hizmetkârı-, ama aynı zamanda eleştirel bir boyut: matematik bazan hukuka egemen olur.

I- Matematiğin Araçsal İşlevi

Matematiğin araçsal işlevinden matematiğin hukuk tarafından kullanılması; hukukun kendisini, amaçlarını ve anlamını söz konusu etmeden, hukukun dolaysız amaçları olan amaçlar için matematiğin kullanılması anlaşılır.

1° Hukuk tarafından matematiğin araçsal kullanımı, hukuk bir *teknoloji olarak* kavrandığında oldukça fazla sözkonusudur.

Hukuk, davada bir teknik olarak görüldüğünde, matematik hukuka gerçekten çok değerli bir destek sağlayabilir. Matematik, hukuksal aracın, toplumsal düzenlemenin temel aracı olan hukukun arınmasına, olgunlaşmasına en büyük kesinliği kazanmasına olanak sağlar. Hukuk herşeyden önce davada bir teknik olduğundan, etkili olmak için, davanın iki ögenin birleşmesini varsaydığını bilmek gerekir: Önce davanın koşulları konusunda bilgilenme, davanın sonuçları üzerine tahmin.

Birinci konuyla ilgili olarak Lucien Mehl, hukuk kuralının uygulanmasının koşullarının iyi bilinmesi için üçlü bir işlemin gerekliliğini gösterdi: Derleme, değerlendirme ve hukuksal ve olgusal verilerin ölçüsü. Bunların karşılaştırılması, kullanıcıya — yargılanabilir ve yardımcıları — ya da hukuk yaratıcısına — yasa koyucu ve onun altındaki organlar — uygulanabilir hukukun niteliğini ve

uygulanmasının anlamını elden geldiğince doğru bir biçimde belirleme olanağı verir. Bu açıdan, iki matematik araç temel bir rol oynamalıdır: istatistik ve enformatik. Çok büyük bir veri kitlesinin toplanması ve işlenmesinin baskıları, bu tür araçlara başvurmayı zorunlu kılar. Yalnızca bunlar, gerçekten, araştırıcıların, "sezgisel olanaklarını aşan bir bilgi kitlesine yönelmelerini" sağlar [5].

Bir davanın sonuçlarını tahmin, matematik aracının kullanılmasında daha bir ilerleme ve titizliği zorunlu kılar. Burada da, Lucien Mehl belli sayıda matematik model ya da, yöntemin yararını göstermiştir: örneğin yargılamaya ilişkin kararların öngörülmesi işinde olasıcı modeller, yasama işlemleri ve düzenleyici işlemler enflasyonunun incelenmesi alanında simülasyon modelleri ya da uyuşmazlıkların çoğalması ile toplumsal gerilimin artması arasındaki bağlantının ölçülmesi için etkenlerle ilgili çözümleme yöntemleri. Gerçekte, birkaç yıldan beri uyuşmazlığın sosyolojisinin gelişmesi gibi bir uyuşmazlık matematiğinin doğması ve gelişmesi beklenebilir.

2° Hukuk bir pedagoji olarak kabul edildiğinde de matematiğin hukuk tarafından araçsal kullanımı olasıdır.

Hukuk elbette dava için bir tekniktir. Aynı zamanda öğretilecek bir disiplindir. O halde matematik hukuk öğretiminde nasıl bir yardım getirebilir? Bu öğretim temelde kesinliğin öğretimidir. Oysa, kesinlik, hukuku öğretenin, temel iki etkinliğine uygulanan entellektüel gerekliliken doğar: ona verilen ya da oluşan kategorileri ve yargısal konuları sınıflandırma etkinliği ve ona kabul ettirilen ya da şu bu şekilde hazırlanmasına katıldığı hukuksal normların anlamlarının çözümlenmesi etkinliği. Bu ikili etkinlikte matematik önemli bir rol oynamalıdır, fakat bu "nicelendirilmemiş" bir matematik olmalıdır.

«Tarihsel olduğu kadar genetik bakımdan da en önemli etkinlikler sınıflandırma etkinlikleridir. Çocuk, konuşmadan önce nesneleri düzenler, hatta oldukları gibi oluşturur. Tasımların başlıca gücü açıkça ifade edilmeyen sınıflandırma önermelerinin anlatımlarından başka bir şey yapmamalarından ileri gelir. Ve insan sınıfı ölümleri kapsamasaydı Sokrat'ın ölümlülüğü kanısına varılamazdı [6]. Böylece sınıflandırma etkinliği, her araştırmada ve hukuksal alanda her pedagojik araştırma temel ve ön olarak ortaya çıkar. Hukukta, böyle bir etkinliğin seçim alanları nelerdir? Bu alanlar sayısızdır. A priori olarak, tek yanlı ve düzenleyici akit teorisi, genel ya da özel yetkili kamu tüzel kişileri teorisi, merkeziyetçi ya da ademi merkeziyetçi birçok hukuki kategorinin çözümlenmesi vb. sayılabilir. Bu sınıflandırma etkinliğine hangi matematik araçlar ayrıcalıklı bir şekilde yardım edebilirler? Kümeler teorisi, graf teorisi, kuşkusuz sınıflandırma etkinliğinin uygulanmasına ve öğretime en iyi uyarlanmış araçlardandır. Özellikle bu teorilerin dilbilim sorunlarının uygulanmasına dayalı «dilbilimciler için temel matematik» [7] varolduğuna göre hukuk öğreni-

minde ve araştırmasında, bir gün özel bir ayırıcılığı olacak olan matematik teorilerini — niceliksel veya değil — gözönünde bulunduran, hukukçular için temel matematik eğitiminin olması ilginç olurdu.

Hukuki normların çözümlenmesi etkinliği, daha fazla kesinlik için matematik mantığının kurallarına başvuruyu zorunlu kılar. Matematiğin kendisinden daha çok. Söylenildiği gibi, mantık, «kapsamın soyutlanmasıyla dikkati şekil üzerine çekerek cümlelerin veya yan cümlelerin veya kanıtların çözümlenmesiyle ilgilenir» [8]. Saint Thomas d' Aquin bunu şöyle tanımlıyordu: "Aklın eyleminin kendisini yöneten sanat, aklın ekseninin kendisinde kolaylıkla ve hatasız davranmamızı sağlayan sanat» [9]. Düşünmek, cümleleri birbiri ardına sıralamak, hukukçunun önündeki cümleler arasındaki çelişkileri ortaya çıkarmak ya da kendi aralarında tutarlı olan cümleleri dile getirmek, işte bütün bunlar aslında mantıktır. Mantığın konusu eğer gerçekten buysa, bunun hukuk eğitimi için sunabileceği bütün yarar anlaşılır. Aslında, bu, saf haliyle, akit teorisi ya da ademi merkeziyetin niteliği nedeniyle, bu konularda ileri sürülen kanıtları zayıflatan ya da çürüten mantık hatalarını ortaya koyduğunda, Charles Eisenmann'ın derslerinde ölçülebilmişti. Kategorilerin mantığı (yüklem, kategoriler, ilişkiler...), önermelerin mantığı (atomik, bağlayıcı, düşünceleri ayırarak tümceleri bağlayan vs.) hukukçuların mantık eğitiminin içinde toplanmalıydı. Nicel veya değil, hukukçulara öğretilen ve hukuka uygulanan matematik, hukuk öğretimi ve hatta öğretimin ötesinde hukukun yapıları ve hukukla ilişkilerinde matematiğin işlevi üzerinde yeniden düşünmeye götürecektir.

II - Matematiğin Eleştirel İşlevi

Raymond Boudon'un sürdürdüğü matematik modellerin ve yöntemlerin toplum bilimlerinde kullanılmasının tarihsel araştırması [10] matematiğin «tarafsız araçsal kullanımının» sözkonusu olmadığını ve «matematiğin her harekete geçişinin, değişikliğin eleştirel ve epistemolojik çalışmasını varsaydığını» göstermiştir.

Jean-Marie Benoist da bu düşüncededir. *«La Révolution Structural»* [11] adlı eserinde şunları yazar: «Matematik modellerin ve yöntemlerin kullanımı, (...) araçsal işlevi çoktan aşar ve disiplinlerarası bir diyalog boyutuna girmeye, hatta matematiğin ve matematiğin yardımcı olduğu bilgilerin disiplinlerüstü şemalarının sorgulanmasına yarar». Hizmet eden bilimin hizmet eden efendiye dönüştüğü söylendi. Hukuk yalnızca teknoloji ve pedagoji olarak görülmekten vazgeçildiğinde ve ayrıca fenomenoloji ve mitoloji olarak tasarlandığında matematiğin işlevinin bu dönüşümü son derece açıktır.

1° Fenomenoloji (olaybilim), nesnelerin özüne ulaşmayı olanaklı kılan her türlü kavramsal yapının dışında nesnelerin kendilerinin betimlenmesi olarak anlaşılırsa, hukuk bir *fenomenoloji* dir.

Bununla birlikte, matematiğin kullanılması, hukuksal sorunlara yaklaşımı büyük ölçüde değiştirebilir ve fenomenolojik yaklaşımı yararsız ve boş kılmaksızın, hukukun incelenmesini tümüyle yenileyecek matematik yöntemlerin gelişmesine sıkıca bağlı kavramların hukuksal çözümlemeye katılması sonucuna götürebilir. Hangi kavramlar? Örneğin model, yapı, sistem kavramları. Bu durumda, matematiğin eleştirel işlevi şu olacaktır: Hukuksal sistemlerin modelleştirilmesini gerçekleştirmeyi başarmak için hukuk biliminde alışılmış olarak kulllanılan kategorileri ve kavramları tartışma konusu yapmak.

Hukukun olaybilimsel yaklaşımına çok sık indirgediği dilbilim konusunda Hjelmslev'in [12] bahsettiği "naif realizmi", terketmek gerekli olacaktır: "Naif realizme göre, çözümleme, muhtemelen verili bir nesnenin bölünmesine indirgenecektir" [13]. Oysa Hjelmslev" esas olanın bir nesneyi parçalara bölmek değil ama çözümlemeyi bu parçalar arasında varolan karşılıklı bağımlılıklara uygun olacak şekilde uyarlamak olduğuna" dikkati çeker [14]. Sonuçta, bir temel çözümleme ilkesi vardır. Buna göre, "incelenen nesne, bağımlılıkları gibi, ancak bu ilişkiler ya da bağımlılıklar gereği vardır " [15]. Nesneleri ilişkileri anlatımından farklı bir şey gibi ileri sürmek gereksiz bir aksiyomu ve metafizik bir hipotezi benimsetmek olurdu" [16]. Böylece, yapı ve sistem kavramlarına başvurmakla karşı karşıya kalınır: Sistemler "tutumları, içinde bulundukları bütüne göre anlaşılabilen karmaşık unsurlardan oluşmuş nesnelerdir" [17]. Yapılar, "bir sistem gibi tasarlanan bir nesnenin unsurlarının karşılıklı bağımlılıklarını çözümlemeye veya açıklamaya olanak veren teori sınıfları" olarak tanımlanabilir [18].

Öyleyse, Fransız merkeziyetçilik sisteminin modelleştirilmesi denenebilir: İdari makamlar arasında ilişkiler sistemi; ancak bu ilişkiler yalnızca dikey bütünleşme ilişkileri, terimin klasik anlamında merkezileşme olmadığı gibi merkezileşme + hiyerarşileşme de değildir, ama aynı zamanda, Pierre Grémion'un sözünü ettiği, büyük kurumların rolünü «kurumsal eninelik» faktörü olarak dikkate alan hukuk dışı araçların sağladığı eşgüdümün sonucu olan yatay bütünleşme ilişkileridir de. Aynı şekilde, hiyerarşik iktidar sisteminin modelleştirilmesi de denenebilir: bir modelleştirme taslağı, derece veya yetkinin yoğunluğu kavramları etrafında olduğu gibi idari «bütünlüğe» yani gözönüne alınan örgüte göre dışsal veya içsel olanlar etrafında da düşünülebilir: Bütünlüğün içinde olan iktidar hiyerarşik iktidar, bütünlüğün dışında olan iktidar ise vesayet iktidarı olacaktır.

Bu iki halde, hukuksal sistemin modelleştirilmesi — basit bir olaybilimsel tanımın ötesinde — naif realizmin kategorilerini ve kavramlarını yeniden ele almayı, yani terimlerin, terminolojinin ve daha derin olarak o ana kadar uygulanmış olan çözümlemelerin tutarlıklarının eleştirisini yeniden ele almayı gerektirir.

Bu zaten, bir sistemin ögelerinin tutarlıklarını çözümlemeyi amaçlayan hısımlık yapılarının çö-

zümlemesinin anlatım modelleri gibi modeller olmaktan çok «yapısal modellerin» anlatımıdır [19].

2° *Hukuk mitoloji* olarak tasarlanabilir.-

Hukuk matematik gibi kodlanmış dillerdir. Hatta, hukuk çifte kodlanmış bir dildir: çünkü bir kanun tarafından konulmuştur ve anlamı çözülmesi gereken terimlerde saklıdır. Hukuksal söylem, gerçekte mitsel bir söylemdir. Bu nedenle, hukuksal söylemin ayrıştırılması işlemini yapmak gerekir; yani, derin gerçeği bulmak için hukuksal söylemin yapıcı ögelerini ayırmak - parça parça ayırmak- gerekir. Burada da matematik temel bir rol oynar. Elbette ki, nicel matematik değil ama matematiğin zorladığı ve zorunlu olarak matematiğin geçtiği biçimselleştirme. Yeniden yapısal çözümlemeye, «yöntemden çok perspektife» [20] başvurmak gerekir. Böylesi bir çözümleme hukukun figürlerini - liberal hukuksal söylemin figürlerini - açığa koyma olanağını verir: «Bu ne kadar garip görünürse görünsün, çoğu zaman Hegel'i okumamış olan hukukçuların haberi olmadan, bu, hukuk profesörlerinin - ama aynı zamanda neomarksist ya da marksist hukuksal söylemin - fikirlerini etkileyen büyük alman filozofunun devlet ve hukuk felsefesidir. [22]». O halde kendimize sorular sormalıyız — sorabiliriz: Hangi devlet imgesi? Hukuksal söylemin hangi taşıyıcı miti? Hangi mitler, hangi ideolojiler, yani hangi «artık hiç kimse tarafından düşünülmeyen — ve pasif olarak kabul edilen — düşünce sistemleri».

Hukuksal söylemin taşıyıcısı olduğu mitleri aramak, hukuksal söyleme fazladan bir anlam vermek demektir. Düzenleme için bir söylemdir. Ama aynı zamanda düzenlemeyle ilgili bir söylemdir. Yalnızca biçimlenmiş çözümleme ondan bütün anlamı çıkarma olanağını verecektir. Şaşırtıcı bir şey yok. Claude Lévi - Strauss, uzun zaman önce matematik yapılarının ve mitik yapıların hısımlığını, karşılıklı bağlıntılarını çıkarmıştı.

Claude Lévi - Strauss bunu antropoloji için yapmıştı [23]. Şimdi bu hukuk için yapılmalıdır. (*)

NOTLAR

(1) Raymond Boudon, içinde: *Tendances principales de la Recherche en Sciences sociales,* UNESCO, Mouton. s. 655.
(2) G.G. Granger, *Pensée formelle et sciences de l' homme,* s. 110
(3) a.g.e.
(4) a.g.e.
(5) R. Boudon, a.g.e., s. 639
(6) J.B. Grize, içinde: *Logique et Connaissance scientifique,* Jean Piaget yönetiminde, *Encyclopédie de la Pléiade, 1976,*s. 144 - 145
(7) P. Goujon, *Mathématiques de base pour les linguistes,* Hermann, Paris, 1975
(8) Church, J.B. Grize'nin alıntısı, a.g.e., s. 135
(9) a.g.e.
(10) R. Boudon, a.g.e.
(11) Jean - Marie Benoist, *La Révolution structurale*

(12) L.Hjelmslev, *Prolégomènes à une théorie du langage,* Ed. de Minuit, s. 36
(13) a.g.e.
(14) a.g.e.
(15) a.g.e.
(16) a.g.e. s. 37
(17) R. Boudon, a.g.e., s. 659
(18) a.g.e., s. 660
(19) a.g.e., s. 675
(20) a.g.e., s. 660
(21) Michel Miaille, *L'Etat du droit,* Maspero, Presses universitaires de Grenoble, 1978, s. 164 - 165
(22) a.g.e., s. 165
(23) Claude LEVİ-STRAUSS, "matematiğin kendisi özgür haldeki ve tüm cisimleşmelerden arınmış yapılardan ibarettir. Böylece, Saussure' ün gösterdiği gibi, hem seste hem anlamda iki bakımdan cisimleşerek varolabilen ve hatta onların arakesitinde doğan dilin olgularıyla bağıntı ve karşıtlık ilişkisini sürdürür. Bu eksen bir kez matematik ve dilbilim varlıklarıyla iki kutba doğru çizildiğinde, diğer ailelerin (onlara yakın olan diğer varlıkların) ona oranla birincisini enlemesine kesen yeni bir eksenin kutupları üzerinde simetrik pozisyonlar bulundurdukları hemen farkedilir (...). O halde, matematik yapılarının hem sesten hem de anlamdan özgür kılınmış olduklarını ve dilbilim yapılarının ise aksine birleşimlerinde somutlaştıklarını söyleyelim. Saniyelerden daha az cisimleşmiştirler, ama müzikal yapılar ses bakımından (anlam bakımından az), mitik yapılar anlam bakımından (ses bakımından az) öncekilerden daha çok dengelidirler." *Mythologiques, L'homme nu, Plan,* s. 578.

YENİDEN SORUŞTURULAN ADALET *

Chaim Perelman
(Çeviren: Murat Önderman)

Adalet düşüncesinin felsefi analizi, "adalet, diğer insanlarla olan ilişkilerimizi ilgilendiren tek ahlaki olgu mudur; yoksa o, hakkaniyet, merhamet ve cömertlik gibi aynı neviden diğerlerinin yanında, onlarla rekâbet içinde olan bir erdemden başka bir şey değil midir?" sorusuyla başlamalıdır. *Aristo,* açıkca bu seçeneklerden ikincisi yönünde tercihte bulunurken, *Platon,* eserlerinde ilkini seçer. Yaptıkları tercihler felsefeleri arasındaki farklılıklarla açıklandığından, hiç bir anlamda keyfi değildir.

Platon için, filozof, dialektikteki becerisiyle, ideler sferinin (realm) ve özellikle adalet idesinin bilgisine ulaşabilir. Bilge kişi, [ideal] bir sferin; evrensel, uyumlu ve adil bir düzenin varlığını kabul ederek, onu[n hakkındaki bilgisini], bir yargıç olarak da eleştiri ya da karşı çıkışa uğramadan açık bir şekilde uygulamaya muktedir bulunduğu adil yasalar formüle edeceği adil bir siyasal toplum idealini ortaya koymak için kullanacaktır. Bu bakış açısından, hiç bir şey, *pereat mundus, fiat justitia* maksiminin belirttiğinden daha geçerli değildir; yani, adalet, dünyanın mahvolması pahasına da olsa gerçekleştirilmelidir: buna bağlı hiç bir sonuç, ne görünümde olursa olsun, bizi adaletin gereklerini uygulamaktan alıkoyamaz.

Yaklaşık otuz yıl kadar önce, Amsterdam'daki bir Uluslararası Felsefe Konferansında, Kalvinist bir yargıç, bana, rolünün, her bir olaydaki adil çözümü, Tanrı gözündeki şekliyle araştırmak olduğunu düşündüğünü fısıldamıştı. O, bununla, Platonizmin Hristiyan, Augustinyan görünümünü ortaya koymuştu: ideler dünyası, ilahi bir anlıkta (understanding) yer alır görüldüğünden, insan, Tanrının gözünde neyin adil olduğunu araştırmak için uğraşacaktır. Bu hedefe ulaşıldığında, kendisinin düşünce ve yargılarında Tanrı tarafından yönlendirilmesine izin veren insan, adil çözümden ayrılmak için geçerli bir sebebe sahip olamayacaktır. Her insani sorunun mutlak olarak adil ve tümüyle hakikatle uyum gösteren çözümünü bilen kişi, hiç bir durumda ondan ayrılmamalıdır. Yozlaşma, korku ve hatta merhametin bile kendisini etkilemesine izin vermeyen dürüst bir yargıç için, hiç bir istisnanın ahlaki

* IVR'nin *B. K. Bölümünün* toplantısında, Durham'da, 30 Mart 1979'da verilen *Austin Konferansı.* Çeviri ARSP (Archiv für Rechts und Sozialphilosophie), Bd LXVI/1 (1980), s. 77-84'den yapılmıştır.

değeri olmayacaktır: *dura, lex, sed lex* [1].

Bir yanda matematik düşüncesinden, diğer yanda dinsel bir idealden kuvvet bulan bu mutlak adalet görüşüne karşı Aristo, insani kurumların işleyiş tarzlarına ilişkin uzun deneyimden kaynaklanan pratik bilgelik, φρόνησις fikrini ortaya attı. İnsani etkinliğe ilişkin konularda doğuracağı sonuçları da göz önüne alarak bir yargıda bulunmaya çağrıldığında, bilge kişi, sezgiye ya da tartışılmaz bir kanıta dayalı yegane çözümü bulmaya muktedir değildir. Böylece o, pratik akıl alanında, en iyi durumda yalnızca makul bir çözüm sağlayacak olan diyalektik tezlerin ötesinde bir çareye sahip bulunmamaktadır. Yargıcın dayanacağı norm ne kutsal, ne de mutlaktır; zira, pratik bilgeliğin yönlendirdiği kişi, onun yegane modeli olacaktır. Yasa koyucu tarafından formule edilen kural, adil olsa da, yalnızca alışılagelen koşullara uyarlanır. Olağanın dışında ve yasa koyucu tarafından öngörülmemiş bir durumla karşılaştığında, yargıç, hakkaniyete dayanarak, yazılı hukukunkinden daha adil ve soruna daha uyan bir çözümü aramak zorunda kalacaktır. *Aristo,* gerektiğinde, yasaya uygun davranma olarak adaletin karşısına, hakkaniyete dayanan daha üstün bir adaleti koyar.

Sonuçta, insani adalet yetkin olmadığından, şartsız bir bağlayıcılığa sahip değildir: onun yol açtığı aşırılıkları, hakkaniyet, merhamet ve cömertlik ile azaltmak normal olacaktır.

Platon ve *Aristo* arasındaki tartışmada, *Aristo*'nun yanında yer almakta tereddüt etmiyorum. Otuz yıl önce, felsefenin, bulanık düşüncelerin sistematik incelemesi[2] olduğunu yazma cüretini göstermiştim ve adalet bu tezi en iyi canlandıran [örnek] olarak görünüyor.

İlk bakışta, bir karar, temelde benzer olaylara benzer işlem yapılmasını gerektiren bir formel adalet kuralına uyuyorsa adil olarak görünebilir. Ancak, bu kural, önemli noktalarda elden geçirilmeli ve hatta değiştirilmelidir.

Norman C. Gillespie'yle[3] birlikte temelde benzer olaylara farklı davranmanın daima adaletsiz olmadığını kabul ederek başlayabiliriz. Örneğin, eğer rastladığım bir dilenciye 1£ verirsem, ve bir saat sonra rastladığım diğerine bunun sadece dörtte birini verirsem, adaletsiz davranmış olmam; zira, adalet, yapıp yapmamakta özgür olduğum bir eylemi, bir anda bağlayıcı kılamaz. Eğer adalet, belirli bir durumda belirli bir biçimde davranmamı gerektiriyorsa, temelde benzer durumlarda aynı biçimde davranmalıyım.. Ancak, eğer ilk durumda, arzu ettiğim yönde davranabilmekte tamamen özgür bırakılmışsam, bu eyleme özgürlüğümü temelinde benzer durumda [da] muhafaza ederim. Benim eyleme biçimim, o zaman, formel adaletin gerçekleşmesi yolunda bağlı tutulacağım bir emsal oluşturmaz.

Bununla beraber, benim görüşüm açısından, bir kişinin yapıp yapmamakta özgür bulunduğu bir eylemin ondan yararlanan kişinin

zihninde bir beklenti yaratması durumunda, zorunlu bir eylem haline dönüşme eğilimi göstermeyeceği pek az durum vardır. Başarılı bir çalışana yıl sonunda zorunlu olunmaksızın işverenince ödenen bir ikramiyenin, yerine getirilmemesi zor olan bir borç ya da adete dönüştüğünü hepimiz hemen kabul ederiz.

Bir kural ya da emsale uymanın, yalnızca kural ya da emsalin kendisinin kabul edilebileceği durumlarda adil olarak değerlendirileceğini kaydetmeliyiz. Auschwitz'de seçimi yapan ve 14 yaşın altındaki Yahudi çocuklarını gaz odasına göndermesi için kendisine verilen emri titizlikle yerine getiren doktorun, suç teşkil eden bir emir ya da emsali hevesle ve gecikmeden yerine uygulamasından dolayı adil bir tarzda davrandığını hiç kimse söyleyemez.

O zaman, bir eylemin, formel adalet karşısında adil olabilmesi için, yalnızca yeni olayın eskisiyle temelde benzer olması değil, ancak, emsali oluşturan kararın da aynı ölçüde kabul edilmiş olması gerekir. Ne var ki, bu iki koşul, nadiren bir karşı koyuşla karşılaşmazlar.

Ne zaman iki durum temelde benzerdir? Diğer bir deyişle, ne zaman, iki durumu farklı kılanın göz önüne alınmayacağı söylenebilir?

1944'de, adalet üzerine ilk çalışmamda, bu konudaki değişik ölçütleri belirten altı adalet ilkesini saymıştım. Bunlar:

1) Herkese aynı şeyi
2) Herkese liyakatına göre
3) Herkese ortaya koyduklarına göre
4) Herkese ihtiyaçlarına göre
5) Herkese sosyal konumuna (rank) göre
6) Herkese yasal haklarına göre *(cuique suum)*[4] [5].

Bu ilkelerden birinin ya da diğerinin seçimi, bir ilke açısından temelinde benzer, ancak, diğer ilkelere nazaran farklı görünen durumlar yaratacaktır. Adil bir ücretin hesaplanması gerektiğinde, cinsiyet, yaş ya da ırk farklılıkların göz önüne alınması düşünülmeli midir? Aile sorumluluklarının ele alınmasında zorunluluk var mıdır? Aynı şey verimlilik için de söylenilebilir. Böyle sorunlar çerçevesinde yoğun anlaşmazlıkların ortaya çıkabileceği ve hatta, belirli bir bağlamda benimsenen ve akla yakın gözüken bir çözümü tercih ettiğimizde bile, onun tartışma dışı tutulacak ölçüde adil olmadığı ve zorunlu olarak yegane çözümü oluşturmadığı hemen görülür.

Adil [olarak tanınacak] olanın uymak zorunda olduğu kuralı, ya da kabul edilecek emsali belirlemek olan ikinci koşul, mutlak bir biçimde çözülemeyecek olan bir soruna yol açar.

Öyleyse, ne zaman bir kural adildir ve bir [karar] emsal [olarak] kabul edilir? Buna, kural ya da emsalin meşru kılındığı ya da meşruluk ihtiyacı içinde olmadığı zaman diye yanıt verilebilir. Bu son durum, kural ya da emsali koyan kişi eleştiriye açık olmadığı zaman ortaya çıkar. Ne zaman, bir kural ya da yasanın konulması eleştiriye açıktır? Ne zaman, kural ya da yasa kabul edilen norm ya da değere aykırıdır?

Bu sorular çerçevesinde, *Pat-*

rick Day, "Önyargılar"[6] başlıklı etkileyici yazısında, bazı ilkelere yönelik ve yandaşlarını herhangi bir meşrulaştırma zorunluluğundan kurtarırken, karşıtlarından bunu talep eden bazı önyargılar bulunduğunu göstermiştir. [Burada] karakteristik olan, bu ilkelerin, genel geçer hakikatler düzeyine yükselmiş olmamaları, ancak, yazarın tutucu, liberal ya da sosyalist olarak belirttiği farklı tutumları temsil etmeleridir.

Tutucu önyargı, mevcut olanın yanındadır: yalnızca değişim, daima, heryerde ve herşeyde, haklı kılınmalıdır[7]. Liberal önyargı, özgürlüğün her kısıtlanışında meşru bir gerekçe arar: "insanları kendi başlarına bırakmak, *ceteris paribus*[8], daima, onları kontrol etmekten daha iyidir" (*J. S. Mill,* "On Liberty", ch. V,: *Utilitarianism,* ed. M. Warnock (Collins, 1964), s. 228 içinde). Diğer yandan, sosyalist önyargı, eşitsizliklerin gerekçelendirilmesini gerekli kılar. Isaiah Berlin'in vurguladığı gibi, "eşitlik sebep gerektirmez, yalnızca eşitsizlik gerektirir"[9].

Böylece, belirli ilke ya da değerlere bağlanmak, onlara uyan her bir kural ya da eylem için gerekçe gösterilmesinin önüne geçilmesiyle sonuçlanacaktır: bu, hukukçulara, çok kez adalete dayanak olarak kullanılan bir ölçüt sağlayan *uzlaşım*sal bir yaklaşımdır. Bu ölçütün, kişisel ve açıkça belirtilmiş bir rızaya, kollektif ve zımni bir uzlaşıma ya da son olarak, kuralı değil, ancak onu ilan eden otoriteyi dolaylı biçimde kabul etmeye dayanan üç görünümü ayırdedilebilir.

a) Adil olarak kabul edilecek hakları ve yükümlülükleri ortaya koyan *uzlaşımın* ilk biçimi, bir vaat ya da anlaşmada ifade edilen bir ya da birkaç iradede bulunur. Bir vaat, sözleşme ya da pakttan kaynaklanan her düzenlemeye saygı göstermek adildir. Bundan kaynaklanan hukuki maksimler iyi bilinirler: *Volenti non fit injuria,* rıza gösterene karşı adaletsizlik yoktur ve *pacta sunt servanda;* sözleşmeye dayalı anlaşmalara uyulur.

b) *Uzlaşımın* toplumsal ve zımni biçimi, topluluğun üyelerince uzun süredir takip edildiğinden, adil olanın uyacağı bir uzlaşımı gösterir görünen gelenekte bulunur.

c) *Uzlaşımın* son biçimi dolaylıdır: adil olduğu düşünülen bir kural ya da emsal üzerinde anlaşma sorununu bu bağlamda ele alamayız; burada daha çok, toplumun üyelerince tanınan ve uyulması adil olarak kabul edilecek bağlayıcı kararlar alan bir otoriteye duyulan güven söz konusudur. Burada, dinsel bir toplumda Tanrı ya da sözcüsü gibi dinsel bir otorite ya da siyasal toplulukta kabul edilmiş olan ideoloji çerçevesinde iktidarları tanınmış olan monark, parlemanto veya yargıç gibi siyasal otoriteler belirtilmektedir.

Hukuki kurumların incelenmesi, *uzlaşımın* [bahsedilen bu] farklı dayanaklarının birbirleriyle nasıl bir yarışma içinde bulunabileceğini göstermektedir. Bazı kişiler, belirli olaylarda, benimseme gibi görünenin, aslında tam bir özgür onaya dayanmadığını, zira baskı altında elde edildiğini, ya da yanlış bir bilgilendirmenin sonucu olduğunu; anlaşmanın yasadışı ya da ahlakdışı olduğunu ve böylece [hukuki bir] sonuç doğurmadığını, örf ve adet hukukunun açık seçik olmadığını ya da karşıt hükümler getiren yazılı bir kuralca geçersiz kılındığını; verili olarak kabul edilen bir din ya da ideolojinin, gerçekte tartışma konusu olduğunu ya da özel durumlara uygulanırken kötüye kullanıldığını; ya da kabul edilen bir otoriteden kaynaklandığı için adil olarak farz edilse bile, yerleşik değerleri ifade eden bir ilkeyle açıkça çatıştığı zaman, bir kural ya da kararın adil olup olmadığının tartışma konusu edilebileceğini göstermeye çalışmışlardır.

Farklı görüşlerin sergilenmesinin normal olduğu böyle bir tartışmada oybirliğine ulaşılması nadirdir. Böylece, taraflardan biri ya da diğerince ileri sürülen tezler, bir dereceye kadar ikna edici ve yerindedirler ve onlar, bu, tümünün aynı değerde oldukları anlamına gelmemekle beraber, hiçbir zaman karşı konulamaz değildirler. Pratik alanda, ahlak, hukuk ya da siyaset söz konusu olduğunda, onları analitik tezlerin karşısına yerleştirilen *Aristo*'nun verdiği anlamda dialektik tezlere başvurulabilir. Bu tarz tezler, bazı kararların akla yakın bulunmayarak reddedilmelerine izin verirler; ancak hemen hiç bir zaman, öngörülen çözümün yegane makul çözüm olduğunu tartışma kabul etmez bir biçimde kanıtlayamazlar.

Benim *yeni retorik* olarak adlandırdığım tartışmada temel bir rol oynayan makul [olan] kategorisinin, *akılcı* olandan ayrıldığını burada belirtmeden geçmemek gerekiyor. Akılcı olan, bireysel yazarlara göre şu ya da bu biçimde değişkenlik gösteren ebedi ve değişmez hakikatlere, evrensel geçerliliği bulunan bir yasa ya da ahlaka, zorlayıcı kanıtlara, sistem düşüncesine, verili bir hedefe ulaşmak için en iyi araçların kullanımına başvuruda bulunurken; makul olan, tarih, gelenek ve bir toplumun kültüründen etkilenen bir içeriğe sahip, daha değişken bir kavramdır. Bir toplumda belirli bir dönemde makul olarak düşünülen, diğer bir toplum ya da dönemde böyle değerlendirilmeyebilir.

Belçika hukukundan alınan bir örnek bunu gözümüzde canlandıracaktır. 11 Kasım 1889'da, Belçika Yüksek Mahkemesi, hukuk doktoru olmasına ve hukuken kabul edilmesi için gereken tüm şartları taşımasına rağmen, Belçika'lı bir kadının baroya yazılmasını reddetti. Belçika Anayasasının 6. maddesinde Belçikalıların yasa önünde eşit olduklarını belirtilirken ve Yasa Koyucu kadınları baroya girmekten açıkca alıkoymazken, Yüksek Mahkeme, "hukuku uygulamanın erkeklerin tekelinde olmasının, yasada belirtilmesi gerekmeyecek kadar açık bir aksiyom" olduğuna hükmetti. O günlerde apaçık ve bu sebeple makul olan, bugün gayri makul ve hatta gülüç gözükebilir. Bu bağlamda ben, 1922'ye kadar, Belçika'da kadınların baroya kabulüne izin veren bir yasanın çıkmadığını ve son savaş sonrasına kadar, onların yargıçlık yapamadıklarını ekleyebilirim.

Makul olmayan kavramı akıcı ve değişken olduğu için, hukuka da-

yalı her devlette, yasal olarak tanınmış olan karar alma iktidarının kullanılmasına bir sınır oluşturur. Böyle bir iktidar, uygulandığı her yerde, tercihin gayri makul olmaması şartıyla, farklı aleni seçenekler arasında tercihte bulunma hakkı tanır; zira, aksi halde, tercihin yasal olarak tanınmamasına yol açan nedenler ne olursa olsun bu iktidar hukuka karşıt olarak değerlendirilecektir[10].

Bunun yanında, doğru bir biçimde uygulandıklarında, şartlar ne olursa olsun, daima adil çözümler sağlayacak ve matematik ilkelerine benzer adalet ilkeleri olduğu fikrinin realiteye aykırı olduğu görülmüştür.

Hukuk tarihi, uzun süre hükmünü koruyan emsallerin, özel durumlarda ya da değişen şartlar içinde, nasıl hakkaniyete aykırı kararlara yol açtığını göstermiştir. Bunu önlemek amacıyla bazı çözüm yolları uygulanmıştır: bazen hükmün gerekçesinde *(ratio decidendi)* ya da kararın dayandığı kuralda bazı istisnalara yer verilmiştir; bazen, olgular [gerçekte] olmadıkları gibi gösterilmiş, kurguya başvurulmuştur; bazen, kararın dayandığı kural yeniden yorumlanmıştır; ve bazen, adaletsiz bir ölçütün uygulanmasına karşı, bir mahkeme emrinin talep edildiği "hakkaniyet mahkemesi"ne başvurulduğu görülmüştür. Son olarak, en radikal çözüm, uygulanılan kuralı yeni bir hükümle değiştirmesi için yasa koyucuya başvurmaktır. Bu yolun öngördüğü değişiklik, temelde benzer olaylarda benzer şekilde davranılmasını gerektiren formel adalet ilkesinin uygulanmasını engelleyecektir: benzer durumlar, gelecekte, artık geçmişte olduğu gibi işleme tabi tutulmayacaktır; adil olarak düşünülen, yeni hukukun benimsenmesinden sonra, artık öyle değerlendirilmeyecektir.

Eğer hukukçular tutucu olmakla itham ediliyorlarsa, bu, hukukta meşru olmadıkça bir değişikliği kabul etmeyi reddetmelerindendir: kuralların ve onlardan kaynaklanan kararların yerleşikliği, hakikaten, hukuk güvenliği, hukukun bilinmesi ve güvenilirliği gibi önemli değerlere katkıda bulunur. Ne var ki, onlar, hukuktaki her keyfi ve meşruluk kazanmamış değişikliği adaletsiz ve taraflı görmelerine rağmen, mevcut bir kuralı değiştirmek için geçerli nedenler olabileceğini; ne var ki, bu sebeplerin çok nadir olarak herkesçe tam bir bağlayıcılıkla değerlendirileceğini de kabul ederler. Bu, neden, hukuken belirlenmiş durumlarda, çoğunluk oyu gibi bağlayıcı bir yöntemin, gelecekte kendisine uymanın adil olacağı değişikliğin hukukilik karakterinin belirlenmesi açısından kaçınılmaz olduğunu açıklar.

İnsani kurumlarda adaletin saptanıp uygulanması yolunda karşılaşılan sorunların buradaki bu hızlıca ele alınışı, benimsenen çözümlerde neyin sorunlara gebe ve eksik olduğunu göstermiştir. Adaletin uygulanması gibi insani ve mükemmel olmamaya yazgılı bir konu, hiçbir zaman, kendisine karşı tüm itirazların geçerliliğini kaybedeceği mutlak ve ilahi adalet türünde bir nitelik kazanmayacaktır. Bu neden insan toplumlarının işleyişinde, adaletin

yanında hakkaniyet, bağışlama ve cömertlik gibi diğer ahlaki unsurlara da yer vermenin son derece zorunlu olduğunu açıklar.

NOTLAR

1 Ç. N.: Yasa katı da olsa yasadır.
2 Bkz. "Concerning Justice": *The Idea of Justice and the Problem of Argument* içinde, London 1963, s. 4.
3 Norman C. Gillespie, "On Treating Like Cases Differently", *Philosophical Quarterly* XXV (1975), s. 151-158.
4 The Idea of Justice and the Problem of Argument. s. 16-26
5 Ç.N.: Herkese kendine ait olan verilir (Ulpianus).
6 *Actes du XIII Congrès International de Philosophie* (Herder, Vienna 1970), Vol. V. s. 137-143.
7 *Op. cit.*, s. 139, B. Wootton, *Social Foundations of Wage Policy* (London 1958), s. 62.
8 C.N.: diğer şartların eşit olması durumunda.
9 I. Berlin, "Equality", *Proceedings of the Aristotelian Society,* Vol. LVI (1955-1956), s. 305.
10 Bkz. Ch. Perelman, "Le raisonnable et le deraisonnable en droit", *Archives de Philosophie du Droit* 23 (1978), s. 35-42.

ADALET VE KURALLAR : BİR ELEŞTİRİ *

Kenneth I. Winston
(Çeviren : Murat Önderman)

H. L. A. Hart, doğal hukuk kuramına karşı, hukuki pozitivizmin temel savını "her ne kadar, gerçekte çok kez bu özelliklere sahip olsalar da, hukuki kuralların, ahlaki bazı gerekleri karşılama ya da yerine getirme zorunluluğunun bulunmadığı yalın iddiası" şeklinde belirtir[1]. Hart, genel olarak bu tezi savunurken, iki önemli istisnayı kabul eder. Bunlardan ilki, "asgari içerikli bir doğal hukuk"un benimsenmesidir: insani bazı özellikler dikkate alındığında, (fiziksel saldırılar karşısında incinebilirlik, özgecilliğe çok az rastlanması, vd.) cinayeti, şiddeti ve hırsızlığı yasaklayan kurallara sahip olmakta, "doğal bir zorunluluk" bulunmaktadır[2]. İkinci istisnayı ise (bizi burada ilgilendiren de budur), "genel kurallardan oluşan hukuk düşüncesinde, onu, ahlaki ilkelerle zorunlu bir teması bulunmaksızın, ahlaki açıdan tam anlamıyla kayıtsız olarak ele almamızı engelleyen birşeyin bulunduğu" iddiası oluşturur[3]. Bu iddia, genel kural kavramının (ya da *kural kavramının kendisinin*; zira, başka türde bir kural kabul edilmemiştir), adaletin temel bir şartı olan, benzer olaylara benzer şekilde davranma ilkesini "içerdiği" görüşüne dayanır[4]. Böylece Hart'a göre, insan davranışlarının kurallarla yönetildiği her durumda, asgari bir adalet zorunlu olarak gerçekleştirilmiş olacaktır. Ben bu iddianın yanlışlığını ileri sürmek istiyorum.

Hukuki kuralların bahsedilen bu [asgari adaleti sağlayıcı] özelliği, *kuralın genelliği* (olarak anılmaktadır. Bununla, kuralın, kuraldaki tarifin kapsamına giren tüm olaylarda istisnasız olarak uygulanması kastedilmektedir. Richard Wasserstrom, "tüm kuralların bu anlamda genel oldukları önermesinin analitik hakikatine dair" güçlü bir iddiada bulunulabileceğini belirtmektedir[5]. Ne var ki bu görüş, "olay"ın önem taşıyan herhangi bir anlamı açısından geçersizdir; hakkındaki iddianın doğru olduğu tek anlam ise, onu değersizleştirmektedir.

"Olay"ın bu konuya ilişkin olan üç ayrı anlamı bulunmaktadır. Bunlardan ilkine göre, terim, kuralda belirtilen tarifin kendisini gösterir. Bir kuralın genelliği, tarif ile kapsadıkları arasındaki ilişkiye dair bir şey olduğundan, Wasserstrom'un savı "olay"ın bu anlamına yönelik ol-

* Çeviri 1971'de Brüksel'de toplanan Sosyal ve Hukuki Felsefe Dünya Kongresinde sunulan metinleri içeren Legal Reasoning: (ed. by Hubert HUBIEN), Bruxelles. 1971, s. 177-182'den yapılmıştır.

mayacaktır. Bununla beraber, Wasserstrom'un, kurallardaki tariflerin (bu anlamda "olaylar") mutlaka *sınıf terimleri* taşıdıkları görüşünü burada belirtmek gerekiyor. O, bu görüşünde, hukuki kural kavramıyla adalet arasındaki zorunlu bağlantının, "asgari anlamıyla, -hem tek tek eylemlere değil, eylem biçimlerine, hem de, tek tek bireylere değil, insan topluluklarına yönelik olmak anlamında genel kurallardan oluşmak zorunda olan" bir yasal sistem düşüncesini öngördüğünü kabul eden Hart'la tamamen bağlaşıktır[6]. Bu varsayımdaki tuhaflık, tarihi bir gerçek olarak, bazı hukuki kuralların sınıf terimlerini içermiyor olmasındandır. Anglo-Amerikan yasama faaliyetinde, özel (special), belli bir kişiye yönelik (private) ve yerel (local) yasalar yadsınamaz bir varlığa sahiptir. Günümüzde, mümkün olduğunda, böyle kuralların çıkmasını engellemek yolunda bir eğilim varsa da, bu, hukuki kural kavramının onları mantıksal olarak dışladığı anlamına gelmez.

Gerçekten de, bir adım daha atmak ve sınıf terimlerinin bulunmasını zorunlu kılan bir "kural" tanımı üzerinde ısrar etmemek için belirli bağlamlarda geçerli sebeplerin bulunabileceğini söylemek mümkündür. Örneğin, Amerika Birleşik Devletlerinde, idari yönteme ilişkin en son yasama faaliyetinde, "kural", oranların (rates) ya da fiatların saptanmasında olduğu gibi, özel bazı faaliyetler açısından, ismen belirlenmiş kişilere icrai (agency) emirlerin verilmesini de içerecek şekilde tanımlanmıştır[7]. Bu tanımın avantajı, yasama süreci yoluyla (kamusal kararların alınması gibi) karara bağlanacak sorunlarla, yargısal olarak çözümlenecek olanlar arasında bir ayrım yapabilmesidir. Sonuç olarak, nasıl ki bir yasa, sadece genel olmadığı için "kural" sınıflandırması içinde ele alınamamazlık edilemezse, bir yargısal karar da, yalnızca, bir grup kişiyi etkilediği için bir "kural" olarak yaftalanamaz. Kural kavramıyla karakteristik olarak birleştirilen özellikler - uygulanmasından önce ilan edilmesi ve ihlalinin bir müeyyideyi doğurması gibi- ise muhafaza edilmektedir. Bu özellikler de kendi başlarına sorunsaldırlar; ancak, şüphe doğurucu paradigmatik bir kullanımın dışında ya da olguların ayrılığını ortadan kaldırmadan genellik başlığı altında incelenemezler.

Sonuç olarak, kurallara tâbi olarak yönetim ile adaletin gerçekleştirilmesi arasında zorunlu bir bağlantı olduğu savı, sadece, hiç bir şekilde yasal sistemlerdeki kuralların tümünü temsil etmeyen ve belirli şartları taşıyan kurallar çerçevesinde sınırlandırılmalıdır.

Eğer ilgimizi (genel filozofik yönelime uygun olarak), sınıf terimlerini içeren kurallara yöneltecek olursak, "olay"ın, Wasserstrom'ün genellik hakkındaki savının geçerli olduğu ikinci bir anlamını ayırdedebiliriz. Bu anlamdaki "olay"a göre, bir olay, bir sınıfın "bu bir..... olayıdır" ifadesindeki boşluğun kuraldaki tarif ile doldurulmasında olduğu gibi, bir örnek (ya da üyesi) dir. Diğer bir deyişle, kuraldaki tarifin kaplamında (şümulünde; extension) bir

grup olay mevcuttur; tarifteki tüm olayların dahil olduğu sınıf, kaplamı oluşturur. Böylece, şüphesiz, sınıftaki her olay tarifte belirtilen biçimde bir benzerliğe sahiptir. Buradan da, "olay"ın (ve "kural"ın) bu anlamı açısından, kuralın, içerdiği tüm olaylara istisnasız olarak uygulanacağını ve hukuku uygulayanlar taraflı olmadıkları sürece, benzer olaylara benzer işlemde bulunulacağını söyleyebiliriz.

"Olay"ın bu ikinci anlamının Hart'ın savının dayanağını oluşturduğunu özellikle kaydetmek gerekiyor. Buna göre o, hukuku uygulayanların dikkât etmeleri gereken yetkin [olaylarla uyumlu] olay tariflerinin kurallarca sağlandığını iddia etmektedir. Hart örnekleme yoluyla belirtmektedir ki, "cinayeti yasaklayan kuralın adil olarak uygulandığını söylemek, onun, *kuralın yasakladığını yapanlara ve yalnızca benzer şekilde yapanlara* tarafsızca uygulandığını söylemek demektir"[8]. Ne var ki, bu sürecin, bir adaleti gerçekleştirme girişiminde işe yaramayacağı açıktır. Kuralın, -yalnızca tarifin yerindeliği [olaylarla uyumluluğu] ile belirlenen- apaçık olarak uygulanabilirliğin, onun uygulanmasıyla birlikte, olayları etkileyen şartların kuralca öngörülmemesinden kaynaklanan bir adaletsizlik duygusuyla yer değiştireceği durumları tasavvur etmek (ya da olay kitaplarında saptamak) zor değildir. Böyle durumlarda, benzer olaylar benzer işleme tabi tutulamaz. Şimdi, bu görüşe, öngörülemeyen olumsallıklara (contingencies) sahip olan durumun, tam da bu sebeple *yeni* bir olay olduğu (benzer bir olay olmadığı) ve böylece, söz konusu olan kuralda doğru olarak içerilen olaylardan ayırdedilebileceği söylenilerek yanıt verilebilir. Ancak bu yanlış olacaktır. Zira, benzerliğin ölçütünün kuralın kendisince sağlanması, zaten "olay"ın (öngörülen anlamda) tanımı gereğince zorunludur. Her eylem, kuralda ortaya konulan tarif, ona ilişkin olarak her ne kadar sınırlı olursa olsun bir hakikati yansıttıkça, kuralda belirtilen sınıfın bir üyesi olacaktır. Ya da aynı noktaya karşıt taraftan bakacak olursak diyebiliriz ki, hiçbir eylem kuralda öngörülen sınıfın bir üyesi *değildir*; zira eylemin, her zaman, kuraldaki sınırlı tarifte içerilmeyen *bir takım* öğesi bulunabilecektir. Böylece, ya hiç bir zaman iki olayın benzer olamayacağını (ki, burada "olay"ın anlamını değiştirmiş olacağız) söylemek, ya da benzer olayları benzer işleme tabi tutmanın büyük adaletsizliklere yol açacağını kabul etmek seçenekleriyle başbaşa kalıyoruz[9].

Bu son eleştiri, "olay"ın, ayırdedilmesi gerekli olan önemli bir üçüncü anlamı olduğunu göstermektedir. Bu anlamıyla terim geniş bir anlam taşır ve özel bir andaki şartlara ya da sıradışı bir olaya veya "mahkeme önündeki daya" ifadesindeki gibi, iki taraf arasındaki bir çekişmeye işaret eder. Burada, terim, olayların belirlenmiş özel bir tarifiyle sınırlanmış değildir ve ilişkin özelliklerin ele alınmasına bir sınır oluşturmaz. Bu tarz olaylar, gerçekte, hiçbiri tam anlamıyla birbirinin aynı olmayan sayısız tarifin konusudurlar. Kullanım kolaylığı açısından, bu an-

lamdaki olayları, "eylemler" olarak adlandıracağım ve "olay" teriminin kullanımını, önceki anlam[ıy]la sınırlandıracağım. Şimdi, açıktır ki, eylemler, yalnızca, yasal kurallardaki tarifler onlara uydukça olaylar haline gelirler. Ne var ki, eylemler belirleyici tariflere bağlı olmadıklarından, kuralların kendilerini hapsetmeye çalıştıkları sınırların zorunlu olarak dışına çıkarlar. Bu nedenle, bir eylemin bir olay olarak nitelenmesi, mantıksal olarak, aynı sınıflandırmanın, aynı tarife uyan diğer herhangi bir eylem için de yapılması zorunluluğunu getirmez. Eylem, zaten zorunlu olarak başka tariflere de uyduğundan, diğer bir alternatif kural tarafından içerilebileceği gibi ya da hiç bir kural tarafından içerilmeyebilir. Böylece, önceki paragrafta, bir olaya mantıksal olarak onu kapsadığı düşünülebilecek bir kuralı uygulama yolunda *ahlaki* bir zorunluluk olmadığı, hatta buna karşı olarak ahlaken zorlayıcı nedenlerin olabileceği gösterilmişken, bu paragrafta, her ikisinin de *mantıksal* olarak zorunlu olmadığı ortaya konulmuştur. Buna bağlı olarak, Wasserstorm'un savına dönebilir ve *hiç bir* kuralın, önem taşıyabilecek herhangi bir anlamda genel olmadığı yolunda güçlü bir iddiada bulunulabileceğini söyleyebiliriz.

İnsanın nasıl olup da başka türlü düşünebildiğini sormak uygun olurdu. İlk bakışta makul gibi görünen bir savunu, eylemler ile olaylar arasındaki ilişkinin, mantıken, benim takip ettiğimden daha sıkı olduğu olabilir. Oyunun kuralları analojisine dayanarak, hukuki kuralların, kuralların belirleyiciliğinin dışında varlık kazanamayan bazı eylemlerin (bir suç işlemek ya da bir vasiyetname hazırlamak gibi) olanaklılığını sağladığı ileri sürülebilir. Diğer bir deyişle, hukuki kurallar, eylemlere mantıken önceliklidirler ve yalnızca kurallara (özellikle, taşıdıkları olay terimlerine) başvurularak eylemlerin ne oldukları söylenilebilir. Ne yazık ki burada, ne bu tezi ayrıntılarıyla serimlemek, ne de onun karşı karşıya bulunduğu bir takım zorlukları saymak için yeterli yerim var[10]. Hukuki kuralların incelenmesinin, (hiç değilse çoğu) eylemin kurallardaki tariflerinin elenebileceğini; yani, onların içinde yer alabilecekleri herhangi bir kuraldan mantıken bağımsız olduklarını gösterdiğine ikna olduğumu söylemek [görüşümü belirtmek bakımından] yeterli olacaktır. Eğer bu görüş doğruysa, kuralları uygulamakla görevli bir yargıç, mantıken, mevzuattaki tariflere teslim edilmeyecektir.

Sonuç olarak, hukuki kurallarla (kuralların kendilerini içermek için yapıldıkları) olaylar arasındaki mantıksal ilişkilerin incelenmesi, kurallara bağlı yönetim ile adaletin asgari düzeyde bile olsa gerçekleştirilmesi arasında herhangi bir zorunlu bağlantı olduğunu göstermiyor. Bu sonucun doğal hukuk kuramıyla olan tartışma açısından önemi, onun, hukuki pozitivizmi çok zararlı bir kötülüğün yükünden kurtarmasıdır. Ne var ki bu, benzer olaylara benzer şekilde davranma ilkesinin, ister bir mantık isterse bir adalet sorunu olarak ele alınsın, tutarlı bir şekilde uygulanamayacağını ortaya

koymak pahasına elde edilmektedir.

NOTLAR

(1) *The Concept of Law* (Oxford University 1961), s. 181-182

(2) *Ibıd.*, s. 189-195. A. P. d'Entrève, Hart'ın kuramını, bir doğal hukuk kuramcısı için yeterli ölçüde güçlü görerek onaylamaktadır. Bkz. "A Case of Good Sense: Reflections on Hart's Theory of Natural Law", 9 Philosophy Today 2/4 (summer, 1965), s. 120-133.

(3) "Pozitivism and the Seperation of Law and Morals", 71 Harvard Law Review 4 (February, 1958), s. 624. Cf. *The Concept of Law,* s. 153-157.

(4) Kural kavramıyla benzer olayları benzer işleme tabi tutma ilkesi arasındaki zorunlu bağlantıya dair benzer iddialar, Isaiah Berlin ["Equality as an Ideal", *Justice and Social Policy,* edited by F. A. OLAFSON (Prentice-Hall, 1961), s. 132' de tekrar basılmıştır] ve John RAWLS ["Justice as Fairness", s. 82; (aynı eserde tekrar basılmıştır)] tarafndan ileri sürülmüştür.

(5) *The Judicial Decision* (Stanford University, 1961), s. 110-111. Bu savın daha açık bir versiyonu için, Bkz: Chaim PERELMAN, "Concerning Justice"; *The Idea of Justice and the Problem of Argument* (Roudledge and Kegan Paul, 1963), s. 39-40 içinde.

(6) "Pozitivism and the Seperation of Law and Morals", s. 623.

(7) Özellikle bkz. P.R. DEAN, "Rule Making: Some Definitions Under the Administrative Procedure Act", 35 *Georgetown Law Journal,* 4(May, 1947), s. 492.

(8) *The Concept of Law,* s. 156 (vurgulama eklenmiştir).

(9) Bazı filozoflar, benzer olaylara benzer şekilde davranma ilkesinin, hiç değilse hukuki bağlamda, yalnızca, halihazırda mevcut hukuki kategoriler lehinde bir *önyargının* (presumption) bulunduğu anlamına geldiğini, fakat, eğer geçerli (örneğin adil) bir sebep varsa, bu önyargının da çiğnenebileceğini ileri sürerek, bu ikilemden kaçınmaya çalışırlar. Bu konumun tutarsızlığı bir yana (özellikle olay kavramı açısından), bir önyargının *adalet* dayanak yapılarak savunulamayacağı da söylenmelidir.

(10) Bu tezin daha geniş bir serimlemesi için bkz: John RAWLS, "Two Concepts of Rules", 64 *Philosophical Review* (1955), s. 3-32. Ben, doktora tezimde, tezin ayrıntılı bir eleştirisini sunmuştum: "Critique of an Analysis of Formal Justice" (Columbia University, 1970), chapter III.

ADALETİN ÖZÜ OLARAK EŞİTLİK *

Lyndall Lorna Tammelo
(Çeviren : Murat Önderman)

Kern der Gerechtigkeit ist der Gedanke der Gleichheit**
(Adaletin özü, eşitlik düşüncesidir).

Neyin adil olduğu, neyin olmadığı hakkında muhtemelen her zaman tartışılacaktır. Bununla beraber, adaletle ilgili konulardaki düşünce alış-verişinin içinde cereyan edeceği ve sorunların birbirlerini anlamadan konuşan taraflarca tartışılmasını engelleyebilecek bir entellektüel [zihinsel] çerçevenin kurulabilmesi mümkündür. Böyle yol gösterici bir çerçevenin bulunması, katılımcıların hiç değilse tartışmalı konuları bir bütünlük içinde görmelerine ve üzerinde anlaşılan ya da anlaşılamayan noktaları daha doğru saptamalarına yardım edecektir. Bu hedefe ulaşılabilmesi için, hatta yalnızca tek bir adalet kavramının oluşturulması (framing) bile zorunlu değildir; eğer yerindelikle biçimlendirilip, formüle edilebilirlerse, birçok adalet kavramının bulunması da, hukuki-ahlaki sorunlarda iletişime önayak olacaktır.

Adalet kavram ya da kavramlarının oluşturulması, adaletin maddi içeriğinin, yani, adaletle ilgili değer yargılarının gereği gibi değerlendirilebilmesi için başvurulacak ölçütün entellektüel olarak kavranılması görevinin muazzamlığının yanında, oldukça basit olarak görülebilir. Ne var ki, adalet kavramının çerçevesinin çizilmesi bile, ahlaki terimleri tanımlamaya girişenlerin karşısına çıkan tüm güçlük ve riskleri içerir. Adaleti tanımlamak, hiç bir biçimde, hukuku tanımlamaktan daha kolay değildir ve hukuku tanımlamaya yönelik bir girişimin ne kadar hayal kırıklığı yaratıcı olduğu da iyi bilinmektedir. Bununla birlikte, hukuku tanımlamak, adaleti tanımlamaktan biraz daha kolay olmalıdır; zira, ortada özel bir "hukuk sahası", yani, profesyonel hukukçuların oldukça iyi belirlenmiş bir faaliyet alanı bulunmasına rağmen, böyle bir "adalet sahası" yoktur. Adaletin son derece önemli oluğu çeşitli insani faaliyet sahaları bulunmaktadır: hukuk, siyaset, felsefe, din, mitoloji ve toplumsal ahlak. Bu sahaların herbirinde, "adil" terimi ve türevleri farklı bir kullanıma sahiptir. Farklılıkların bazıları, yalnızca görünüşte

* ARSP (Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy) Vol. 1966'dan çevrilmiştir.

** *GUSTAV RADBRUCH, Vorschule der Rechtsphilosophie, 1947, 23.*

olabilir ve ortak bir özü gizleyebilirler; ancak, o zaman bile sorunları bulandırır ve anlaşmazlıklar için birçok fırsat yaratırlar.

Adaletin genel kabul görecek bir tanımını yapmaya yönelik hiç bir girişim sonuca ulaşmış görünmüyorsa da, bu yönde çaba göstermek yine de yerindedir. Zira varılmaya çalışan hedefe ulaşmaktaki başarısızlıklar bile, tartışmalı konuların biraz daha aydınlığa kavuşmasına yardım edebilir: insan uğraşıları açısından, önemli olan, her zaman hedef değildir; onun yolunu açmak da önemlidir. Bu makalede adaleti tanımlama girişiminde bulunulmayacak; ancak, bunun yerine, adaletin belirleyici bir karakteristiği olarak görülen bir özelliğinin açıklığa kavuşturulması için gayret sarfedilecektir. Bu da, en sonunda ulaşılacak noktanın, yine de, yerindelikli bir tanımla yeterli bir adalet kavramının oluşturulması olduğu düşüncesinden kaynaklanmaktadır.

Adaletin burada tartışılacak, önemli görülen karakteristiği, Batı felsefi ve siyasal düşününde başlangıçtan günümüze kadar adaletle yakından ilintilendirilmiş olan "eşitlik" düşüncesidir. Adaletin bir eşitlik türü olduğu, Pitagorcuların ve daha sonra da, onlardan bu düşünceyi alarak adalet kuramını eşitlik kavramı etrafında kuran Aristo'nun görüşüdür. Eşitlik kavramının merkezde bulunduğu [bu] adalet kuramı türünün en önde gelen çağdaş temsilcileri GUSTAV RADBRUCH ve CHAIM PERELMAN'dır. Bu anlayışla zıt olarak, eşitliği adaletin temelinde görmeyen etkili felsefi, siyasal ve hukuki doktrinler bulunmaktadır. Bu bakımdan, PLATON'un "kişinin kendi doğasına en iyi uyan işlevi yerine getirmesi" şeklindeki adalet anlayışı ve Romalı hukukçuların "herkese kendine ait olanı verme" olarak adalet görüşleri, [tartışmadaki] ikinci yeri almış bulunmaktadır. Yahudilik ve Hristiyanlığın dinsel adalet anlayışı da eşitliğe belirleyici bir önem vermez. Çağdaş yazarlara gelince, ROSCOE POUND ve HANS KELSEN'in adalet anlayışlarında da eşitliğin anahtar bir rol oynamadığını görüyoruz.

Batı uygarlığı tarihinde, "eşitlik"i adaletin özü olarak gören öğretiler, siyasal olarak en büyük etkiyi göstermişler ve demokratik düşünce ve ideallerin öne geçmesiyle birlikte, o da entellektüel açıdan iyi bir konuma ve güçlü bir duygusal çekiciliğe sahip olmuştur. Onun siyasal düşündeki yerini güvenceye almak için bulunulan girişimlerde, bazen entellektüel saptırmalara başvurulmuştur; ancak, bunları gözardı etsek bile, ne kadar yaygın bir üne sahip ve ahlaki saflığı ne kadar tartışılmaz bulunursa bulunsun, eşitliğin adaletin özü olduğu yolundaki ısrarın[ın], zorlama, ya da yapaylığa yol açmayacağı hiç bir adalet doktrininin bulunmadığı görülmektedir. Böyle bir zorlama, örneğin hem eski, hem de çağdaş ifadelerinde, Aristo'nun denkleştirici ve dağıtıcı adalet doktrininde hissedilebilir. Denkleştirici (ya da synallagmatic) adaletle, kişiye verilenle, onun karşılık olarak verdiğinin eşitliği kastedilmekte;

ancak, burada, kişiyi bir değeri vermekte ya da kabul etmekte etkileyen faktörlere bakılmamaktadır. Kuşkusuz, bu tarz adalet, sınırlı bir uygulanabilirliğe sahip olmalıdır: o, yalnızca, mal mübadelesi alanıyla, muhtemelen, tazminatın verilen zarara eşit olarak takdir edilebileceği, maddi bir zarar doğuran medeni hukuk kapsamındaki haksız fiiler söz konusu olduğunda yararlı olabilir. Ancak, sosyal aktivitenin öyle alanları, ya da öyle olayları vardır ki, orada, denkleştirici adalet ilkesinin uygulanması, [ancak] bir saçmalığa (örneğin vergilendirmede ya da sosyal hizmetlerde) ya da huzursuzluğa yol açar ve heves kırıcı bir etkide bulunur (örneğin eşit işe eşit ücret gibi).

Denkleştirici adaletin uygulanılamaz göründüğü durumlar, eşitsizliği, bazı sosyal ilişki türleri için makul kılar gibidir. Batı siyasal gerçekliği içinde, eşitsizliği destekleme yönünde genel bir isteksizlik bulunduğundan da, "dağıtıcı adalet" diye adlandırılan oldukça kurnazca yola başvurulmaktadır. Dağıtıcı adalet, hem verilen nesnenin değerinin, hem de, bu nesnenin verileceği kişinin niteliğinin göz önüne alınmasını zorunlu kılar. Niteliği göreceli olarak daha yüksek olan kişi, daha değerli bir karşılık almaya hak kazanırken, niteliği göreceli olarak düşük olan kişi, daha değersiz bir karşılığa hak kazanır. Kişilerin almaya hak kazandıklarının değerleri arasındaki farklılık, hak kazananların nitelikleri arasındaki farklılık göz önüne alınarak belirlenir. Burada eşitlik ancak kişilerin nitelikleri ile, aldıklarının değeri arasında sağlanan orana bakılarak değerlendirilebilir.

Buna göre, eşitliği adaletin özü olarak gören doktrin, onun kendisini iki değişik tarzda gösterdiğini kabul etmektedir: verilenin alınana *uygunluğu* olarak eşitlik ve kişinin niteliği ile aldığının *orantılı* olmasına dayanan eşitlik. *Prima facie****, denkleştirici ve dağıtıcı adaletin geçerli olduğu ayrı alanların bulunduğu ve bunların sınırlarının pratik amaçlar açısından tatminkar olabilecek şekilde çizilebileceği iddiası inandırıcıdır. Fakat bunu kabul etsek bile, eşitliğin adaletin *özü* olduğu görüşüne karşı güçlü bir tehdit oluşturan bir problem vardır. Sosyal ilişkilerde, adalet kavramının en çok kullanıldığı önemli alanlardan biri de suç ve cezalandırmadır. Bugün, suçluya mağdura yaptıkları ile karşılık verilmesi, örneğin silahla yaralamaya karşı, onun da silahla yaralanması ya da göze göz, dişe diş ilkesinin uygulanması, hiç değilse genel olarak ahlaken hoş görülmemektedir. Böylece, denkleştirici adalet, suç[olgusun]dan kaynaklanan ilişkiler için sosyal açıdan uygun değildir. Aynı şey, dağıtıcı adalet için de geçerlidir. Cezada suçlu ve kurbanının liyakatlarını esas almak ahlaken iyi karşılanmamaktadır. Söyleyebileceğimiz tek şey, burada, adaletin suç ağırlaştıkça cezanın da daha şiddetli olmasını gerektirdiğidir. Ne var ki, bu aşırı basitleştirilmiş ilkeyi cezai adaletin genel kuralı kabul etsek bile, onu ne denkleşti-

*** *Ç.N.: İlk bakışta.*

rici ne de dağıtıcı adalet düşüncesinden çıkartabiliriz.

Eşitliğin adaletin özü olduğu görüşüne karşı bu itiraz, eşitlik kavramının, sosyal ilişkilerin dahil olduğu alandaki kullanışsızlığı ileri sürülerek güçlendirilebilir. İki nesnenin eşitliğinin, yalnızca, tam kapsayıcılıkla ifade edilmiş tanımlar sayesinde kavramsal sınırların kesinlikle çizilebileceği ve bu şekilde çizilen sınırların, [ait oldukları] özel alanda yeterli bir bilgi ve ehliyete sahip bulunan tüm kişilerce aynı şekilde anlaşılmasının beklenebileceği formel nesneler alanında ileri sürülebileceği iddia edilebilir. Böylece, eşitlik ilişkisi, matematik, mantık ve biçimselleştirmenin başarıyla yapıldığı diğer disiplinlerde açık ve kesin bir rol oynar. Adalet [ise], böyle bir alanın dışındadır ve adaletin özü olduğu iddia edilen şekliyle eşitlik, matematiksel ya da mantıksal nesnelerin tabi oldukları türden bir belirlenebilirliğe izin vermez. Bunu kabul etsek de, henüz, eşitliğin adaletin özü olduğu düşüncesini safdil bir yanlış anlama olarak bir kenara koyamayız. Zira hukukçular, siyaset adamları ya da ahlakçılar için "eşitlik" kelimesini, sınırları mutlak bir kesinlikle ya da çok hassas olarak belirlenebilecek iki nesne arasındaki bir ilişkiyi gösterir tarzda kullanmak zorunluluğu bulunmamaktadır. Genel kullanımda olduğu kadar, sosyal bilimler bağlamındaki kullanımında da, eşitlik kelimesine, eşit sayılan nesnelerin karakteristikleri, yalnızca kabaca, yaklaşık ve kesin olmayan bir tarzda belirlenebildiğinde, geniş bir biçimde başvurulur.

Bu, eşitliği, bir edim ve karşiedime değer biçen ya da insanlar arasındaki ilişkilerde veren ve alanın niteliklerini değerlendiren kişilerin kişisel yargılarına bağlı olarak, adaletle ilintili kılmaktadır. Söz konusu kişisel yargının sağlam temellerinin bulunması beklenmektedir; adaletin bir unsuru olarak eşitliğe ilişkin bulunan bir değerlendirme ya da saptamanın, gelip geçici anlık duygulara, kaprise ya da sadece tahmine dayalı olması, hoşnutsuzluk yaratıcı sayılacaktır. Böylece eşitlik, sadece, birşeyin başka bir şeye eşit olduğu sonucuna varan iddialar *haklı kılınabildiğinde*, adaletin özü olarak görülmeye devam edilebilecektir.

Bu meşrulaştırma çabalarında, tam bir eşitlikten (örneğin matematiksel eşitlik) daha az birşeyin kurulması yoluna gidilir. Etik bağlamlarda eşitlik, etik bağlamlar içinde olasılığın sahip olduğuna bir derece benzer bir karaktertedir. Bu da, istatistiksel anlamda değil, fakat, daha çok, sağlam veriler üzerine kurulu bir uslamlamaya ve görünen tüm durumun yakından ve duyarlı değerlendirilmesine dayalı, makul bir beklenti olarak olasılığı gösterir. Etik bağlamlarda, eşitlik esas itibariyle, yalnızca (objektif, kesin standartlar uygulanamadığı sürece) o toplumda egemen olan anlayış, kanaat ve görüşlere başvurularak değerlendirilen, yüksek derecede bir benzerliği gösterir. Eşitlik yargılarını haklı kılmak için ileri sürülen sebepler, eğer, biçim ve özlerinde, o toplumda genel olarak ehil ve sorumlu görülen kişilerin, ilgili tartışma alanında kendi görüşlerinde temel aldıklarıyla uyum içindeyseler, "meşru gerekçeler" olarak kabul edilirler.

Bir etik kavram olarak "eşitlik"in özel statüsünü tanır ve bir etik belirlemenin geçerliliğinin ya da akla yakınlığının, zamana, yere ve belirlemede bulunulan konuma bağlı olduğunu kabul edersek, onun, adaletin bir unsuru olarak potansiyel statüsünü yadsımak için ortada hiç bir sebep yokmuş gibi görünür. Ne var ki, ona en uygun statünün bu olup olmadığı yolundaki belirleyici soru, hala geçerliliğini korur. Zira, biraz önce cezai adalet açısından gösterildiği gibi, "adalet" kavramına başvurulan tüm olaylarda, eşitliğin de bir rol oynadığı ve onu tüm bu olaylarda kullanmanın yerinde ya da makul olduğu şüphelidir. [Aslında], adalet kavramı eşitlikten daha geniş bir etki alanına sahip görünmektedir ve eşitliğin adaletin bir karakteristiği olduğu düşüncesi, yalnızca, adalete akılcı bir kimlik verilmesi girişimlerinde, ona daha güçlü bir duygusal çekicilik kazandırma arzusuyla hayatiyet kazanarak ve ona daha sonra eklenerek ortaya çıkmıştır. Dikkatimizi adalete yönelttiğimizde, eşitlik kavramının, her durumda, daima bilinçli olarak kullanılmadığını görürüz.

Geleneksel ve halen de hüküm süren adalet anlayışı, onun, sosyal düzende uyumlu ilişkilerin ve istikrarın tesisine yönelik bir ilke olduğu yolundadır. Bunun için, karşıt sosyal hareketler ve kuvvetler, dengeye getirilerek kontrol altında tutulmalıdır. Olumsuz yönden, adaletin ayırdedici özelliğini, sosyal düzende, istikrarın ve uyumlu ilişkilerin, kuvvete başvurulmadan sağlanabileceği bir ilke olması oluşturuyor gözükmektedir. Diğer bir deyişle, sosyal yaşamda barış, güvenlik ve huzurun (contentment), zorlamayla ya da şiddet tehtidiyle değil, ancak iyi bir sosyal düzene bağlı olarak sağlanacağı düşünülmektedir. Toplumda barış, güvenlik ve huzurun, fiziksel zorlamanın değil, özellikle toplumun üyeleri almaları gerekenle vermeleri gerekene, [zaten] *hak sahibi ya da yükümlü olduklarını* düşündüklerinde, etik güçlerin sonucu olarak hüküm sürmesi beklenebilir. Yukarıda sözünü ettiğimiz koşulların hiç biri, eğer bir toplumda, kişiye ait olan, [yani] tartışmalı *suum*[****], toplum üyelerinin önemli bir bölümünce *subjektif olarak* haklı, doğru ya da uygun olarak *benimsenmemiş* ve *yalnızca objektif olarak belirlenmişse* güvence altına alınamaz. Objektif bir biçimde *"summum ius"* [*****] olarak geçerli kılınabilen, yine de, subjektif açıdan *"summa iniuria"* [******]görülebilir ve böyle bir durumun bir toplumda gerçekleştirilmeye çalışılması, şiddete ya da şiddet tehditine başvurarak veya belirli eğitim yöntemlerinin kullanılması veyahut zihin yıkama yardımıyla kendi "objektif" adaletini zorla kabul ettirebilen, yeterince etkili bir sosyal iktidar bulun-

**** *Ç.N.: sözlük anlamı, kişinin kendisininki.*
***** *Ç.N.: mutlak hukuk.*
****** *Ç.N.: en büyük adaletsizlik.*

madıkça, yalnızca ayrılık ve kavga doğurur ve nihayetinde toplum bütünlüğünün çözülmesine götürür.

Böylece, bir sosyal grubun üyelerinin büyük bir bölümünce, subjektif olarak, kişinin hakkıdır diye birşey benimsenince, *suum,* adaletin özü olarak kabul edilmek için en geçerli iddiaya sahip olur. Bazı topluluklarda, çoğu olayda, denkleştirici ve dağıtıcı adalet ilkeleri, "kişiye ait olan" şeklindeki soyut kavrama özel bir içerik kazandırabilir. Bu topluluklarda, özü, temelinde eşitlikten oluşan bir adalet anlayışı hüküm sürer. Diğer topluluklarda, "Herkesten yeteneğine göre, herkese çalışmasına göre" ilkesi, bir ölçüde, kişiye ait olanın anlamını belirleyebilir. Bu topluluklarda, özü başarı olan bir adalet kavramı egemen olur. Öte yandan, diğer topluluklarda, "Herkesten elinden geldiği kadar, herkese ihtiyaçlarına göre" ilkesi, aynı işlevi görebilir. Bu topluluklarda, özü kardeşce sevgi olan bir adalet kavramı geçerlidir. Son olarak da, "Herkese kaderine göre" ilkesinin, kişiye ait olanın karakteristik özelliği olduğu toplulukların var olduğu, hiç değilse, tasavvur edilebilir. Bu topluluklarda, özü fatalizm olan bir adalet kavramı geçerlidir.

Kişiye ait olanın, yalnızca, farklı "seçim bölgesindekiler"e göre değişen somutlaştırıcı ilkelere başvurularak belirlenebilmesi, adaletin özünün *suum cuique******** olduğu iddiasının değerini hiç bir şekilde azaltmaz. Kaldı ki, kişiye ait olanın, yalnızca, farklı karakterde ve hatta çatışan ilkelere göre belirlenebileceği gerçeğinin kabul edilmesi, adalete ilişkin konularda rölativitenin son sözü söyleyeceği anlamına gelmez. Kişiye ait olanın ne olduğunu kararlaştırmak amacıyla başvurulan ilkeler arasındaki çelişkinin üstesinden gelme beklentileri, gereken çabanın gösterilmesine değer niteliktedir. Soğukkanlı ve geniş zeminli bir tartışmanın yardımcı olacağı aydınlanma ve insani maddi yaşam koşullarını her yerde yaratma yoluyla, adalete ilişkin yargılarda evrenselliğin gelişmesine yol açacak bir genel kanı ortaklığı ortaya çıkabilir. Eşitliğin adaletin özü olarak görülmesinin bu evrenselliğin sağlanmasını daha etkin şekilde teşvik edeceğini beklemek bir yanılgı olacaktır. Zira, etik bağlamlarda, eşitliğin de anlamı kesin olarak belirlenmiş değildir ve bireysel olaylara uygulanımı, açıklığa kavuşturulmasını gerektirir. Bu belirlenim, adalet sorunlarında kişiye ait olanın ne olduğunun belirlenmesinde gerekli olana temelde benzer bir süreci izlemelidir.

Buraya kadarki tartışmalardan çıkan sonuç, eşitliğin adaletin özü olarak görülemeyeceği yolundaysa da, bu, insan ilişkilerinde eşitlik idealinin değerinin düşürülmesi değil, ancak, adaletin bazı güncel yorumlarının bir yüzünü aydınlatmak olarak anlaşılmalıdır. Burada yapılmaya çalışılan şey, eşitlik düşüncesine, adaletle ilişkilerimizde *kendine ait olanı* vermektir. Onun, bu bakımdan merkezi bir yerde olduğu tartışmasız olarak ortadadır; ancak, o burada yalnız başına bulunma-

******* *Ç.N.: herkese kendisine ait olanı vermek.*

da, bu, insan ilişkilerinde eşitlik idealinin değerinin düşürülmesi değil, ancak, adaletin bazı güncel yorumlarının bir yüzünü aydınlatmak olarak anlaşılmalıdır. Burada yapılmaya çalışılan şey, eşitlik düşüncesine, adaletle ilişkilerimizde *kendine ait olanı* vermektir. Onun, bu bakımdan merkezi bir yerde olduğu tartışmasız olarak ortadadır; ancak, o burada yalnız başına bulunmamaktadır.

İZONOMİ VE ADALET *

Roberto Mangabeira Unger
(Çeviren: Murat Önderman)

1. Bu kısa yazının amacı, mantıksal ve ahlaksal bazı temel kavramların, nasıl hukuk düşüncesini yapılandırıp, mümkün kıldıklarını göstermektir**. Bunun için, hukuksal ve ahlaksal düşüncenin, genel olarak, ya farklı ya da karşıt görülen bazı temel ilkeleri, ilkin, herbirinin diğerinde zorunlu olarak içerildiğini, ikinci olarak da, bunların, hukuk hakkında düşünmenin, ya da daha genel olarak, normatif sistemler hakkında ilkesel (dogmatically) düşünmenin doğasında mevcut olduklarını göstermek amacıyla yeniden ele alınmaya çalışılacaktır. Bu, aynı zamanda, burada tartışılmayacak olan, hukuk biliminin en başta gelen görevinin hukukçuların söylem dünyasının temellerini açığa çıkartmak olması gerektiği görüşüne [de] bağlıdır.

2. Tarafsızlık [herkese eşit davranmak] hukuksal adalet düşüncesinin özüdür. Ahlak ve hukuk felsefesinin bu basmakalıp ifadesi, sık sık tartışılmıştır[1]. Terimin bazı kullanımlarının hiç bir biçimde eşit davranma ilkesine yer vermedikleri ve PLATON ile KANT'ınkiler gibi birçok adalet kuramının onu tamamen dışladıkları söylenmektedir. Ne var ki, ben, *suum cuique* ya da kategorik emperatif tipi ilkelerin, gerçekte, eşitliğin adaletin özü olduğu düşüncesine eşdeğer olduğu savunacağım.

Üstelik, eşit davranma ilkesinin, tüm adalet kuramlarının "asgari müşterek"i kabul edilmesi, bize, adalet kavramını, hukuk bilimine musallat olup, sürekli yeniden karşımıza çıkan bazı antinomilerin çözümüne izin verecek biçimde inşa etmek olanağı verecektir. Bu, ne, onun adaletin hukuk üstü (supralegal) [bir ide olarak] görüldüğü kökensel adalet görüşünün genellikle kabul edildiği gibi çekirdeği olup olmadığı, ne de, bu ikisini birbirinden ayırdetmek için gerçekten bir sebep olup olmadığı konusunda önceden hüküm vermektir.

Bu "klasik" düşünce şeması içinde, formel adaletin formel izonomiye, yani, aynı normatif kategori içinde yer alan herkese aynı şekilde davranılmasına; maddi adaletin de, maddi [içeriksel] izonomiye, yani,

---

* ARSP (Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy), Vol. 1970, s. 181-186'dan çevrilmiştir

**Perelman'a borcum, hukuksal düşüncenin sınırları ve doğası üzerine, genel bir çalışmada geliştirmekte olduğum düşüncelerle ilişkili olan bu tartışmalarla açıkça ortaya çıkacaktır.

belirlenen normatif ayrımların objektif ve aksiyolojik doğruluğuna karşılık geldiği söylenecektir.

3. Keza hukuk güvenliği de (i.e.[2] *Rechtssicherheit*[3]) formel izonomiye eşdeğerdir; zira, o, yalnızca, ilgili normların tüm olanaklı olaylara ve bu yolla, hukuk düzeninin seslendiği herkese hiç bir sapmaya uğramadan uygulanacağı anlamını taşır. Zamansal bir perspektiften bakıldığında, o, olaylar arasında karara bağlandıkları ana göre keyfi bir ayrım yapılmasını içerdikleri ölçüde formel izonominin bir tür ihlali olan, geçmişe etkili yasalara kendinden karşı bir konumdadır.

4. Buna ek olarak, formel izonomi, tüm hukuksal yorumlar ve ilkeler (dogmatics) için, bir epistemolojik ön şart oluşturur. Kuralları keyfice uygulanabilen bir normatif sistem kendi içinde tutarsızdır ve hiç bir anlamda bir hukuksal *düzeni* temsil etmez. O, [daha] *in limine*[4], genel normlarla somut olaylar arasında, ya dolaysızca, kuralların gerçek anlam ve etki alanlarını belirleyerek, ya da dolaylı olarak, bu belirlenim için zorunlu olan işlemsel ölçütü ve kavramsal çerçeveyi inşa ederek bir köprü kurma iddiasında olan yorumlama [faaliyetini] ve öğretisel incelemeleri dışlar. Eşit [hukuksal] koruma, buna bağlı olarak, yalnızca yürürlükteki hukuk içinde Devlet iktidarını sınırlama ve yorumlamada temel bir yol gösterici olma işlevlerini görmez; o, aynı zamanda; hukukçunun düşünce ufkunu ve hukuk düzeni fikrini de sınırlar.

5. Formel izonomi kavramı, bazer sebeplerle, genellik düşüncesini ve bu standarta uygun belirli bir hukuk anlayışını da içerir. Eğer hukuk bir kurallar matrisi olmaktan çok yalnızca bir emirler silsilesi olsaydı, yasa önünde eşitlik kavranılamaz veya uygulanamaz olurdu; zira, bu durumda her emsal kendi uygulanmasına karşılık gelirdi.

6. Ancak, burada sergilendiği gibi, böyle izonomi ya da genellik merkezli bir hukuk anlayışı, kuralların yönetilen davranışlarla ilişkisi açısından içerdiği göreceli belirsizlik sebebiyle, yasamasal ve yargısal bakımdan, [bu davranışlarla ilgili olarak] bir ayrım yapma sorununu ortaya çıkartır. Gerçeklikteki olgular nasıl gruplara ayrılmalı ve birbirinden ayırdedilmelidir ki, formel izonomi ilkesi uygulanabilsin? Sorun, ilkesel sferin içinde kuralların uygulanmasının doğasından kaynaklandığından, hukuk normlarından mutlak bir genellik talep etseydik de sürüp giderdi.

Normatif kategorilerin, yasaların eşit koruyuculuğunun *Konkretisierungsprinzipien*'i[5] rolü oynamak üzere yasama veya yargıca ayrıntılı biçimde işlenmesi, bu sebeple, formel izonomi kavramında ya da daha çok, bir oyunun kurallarından farklı olarak verili değerlere dayalı bulunan bir kurallar sistemi düşüncesinde içkin olan norm görüşünün, böyle bir sistem formel izonomi ilkesince mümkün kılındığı ölçüde, bir sonucudur. Demek ki, önceki analizin ışığında, maddi izonomi ölçütü için duyulan ihtiyacın, hukuksal düşüncenin öncüllerinde yerini bulduğunu söyleyebiliriz.

7. Maddi izonomi öğretisi, belli bir biçimde, şu soruya yanıt vermeye çalışır: hukuk sistemi içinde farklılaşma ve genelliğin bir arada bulunması nasıl mümkündür? Diğer bir deyişle, biri diğerinde ve hukuk düşüncesinde içkin olan bu kavramlar, nasıl var oluşlarıyla karşılıklı bir bağlantı içinde olabilirler? Buna, öğretide, yönetilen davranışlardaki farklılıklara dayandırılan bu ayrımları, hukukun buradaki hedefleriyle ahlaksal bir ilişki içinde görerek meşrulaştırmak suretiyle yanıt verilir[6].

Formel ve maddi izonomi öğretileri arasındaki ilişki, bu sebeple, sorunun ortaya çıktığı bir dille, çözüldüğü bir üst dil (metalanguage) arasında cereyan eder. Bu, formel izonominin bizi götürdüğü ἀπορία'nin dışına çıkmak için, diğer söylem düzeyine başvurmak ve kuralların yalnızca belirsizce işaret ettikleri gerçeklik olgularının ve eksik bir biçimde yansıttıkları hedeflerin üzerinde yoğunlaşmak zorunda olduğumuz anlamına gelir.

8. Fakat bu dahi hukuk düşüncesinin doğasında temellenir. Kuralların uygulanımının, izonomik bir yapı içinde gebe kalınan sınırsızlığı, yalnızca, normatif sistemlerin dogmatik olarak [ilkeler çerçevesinde] yorumlanmasının teleolojik karakterini tanıyan; bu normatif sistemlerin değerlerle belirlenmiş niteliğini kavrayan ve kuralların uygulanmasına ilişkin olan gerçeklik olgularını (i.e. *Tatbestände*[7]) buna göre gruplara ayıran bir düşünme tarzıyla aşılabilir[8].

Bu anlamda, maddi izonomi olarak adlandırılan ilke, temel unsurlarına indirgendiğinde, tüm hukuk yorumlarının özü ve paradigmasıdır.

Bu, bizi, her, değere dayalı kural sisteminin, aynı temel özelliklere sahip bir "maddi izonomi öğretisi"ne ihtiyacının olacağı sonucuna ulaştırır. Bu öğretinin (tüm batıda giderek artan bir şekilde gerçekleştiği gibi) mahkemeler tarafından özellikle ifade edilmiş olup olmadığı, ya da, yargısal veya yasamasal ideolojinin belirtilmemiş bir postülası olarak gizli kalmış olup olmadığı, bu açıdan önem taşımamaktadır.

Ayrıca, belirli bir hukuk düzeninin yasama faaliyetinin anayasaya uygunluğunun yargıca denetlenmesine izin vermiyor olması, yalnızca, maddi izonominin özel bir anayasal işleve, viz[9] yasaların geçersiz kılınmasına hizmet etmediği anlamına gelir. Ne var ki, o, [bu durumda da] gerçeklikteki olguların kuralların uygulanımı açısından nasıl gruplara ayrılacağının ya da birbirinden ayırdedileceğinin belirlenmesinde, aynı zamanda hem daha genel ve hem de daha temel bir rol oynamaya devam eder.

9. Maddi adalet ile hukuk güvenliği arasında bir antinomi olduğu yolundaki geleneksel tez, maddi adaletin hukuksal düzeni gerçekten güvenlikli kılmak için zorunlu olmasından dolayı ve yalnızca amprik anlamda değil, fakat, güvenliği ve yasallığı temsil eden formel izonominin, maddi adalet ya da izonominin bir biçimi vasıtasıyla uygulanması sebebiyle, yukarıda tartışılan mantıksal anlamda da yanlıştır. Bu ba-

kış açısından, formel izonomi, maddi adalet idesi ve hukuk düzeni düşüncesi arasında arabuluculuk yapan bir dönüşüm (transformation) simgesidir. Burası, hukuk sisteminde, kurallara göre düşünmekle, değerlendirici düşüncenin birbirine bağlandıkları yerdir.

Bu idealler arasında bir çatışkı olduğu düşüncesi, hukuksal ayrımların geçerliliğinin dayandığı değerlerin değişkenliğine mal edilebilir. Kültürel sistemde egemen olan değerlerle, üstünlük için sosyal değişimin seyrini yakından izleyen bir mücadele içinde olan değerler arasında, devamlı bir gerginlik vardır. Böylece, egemen olan değer matrisine dayanan hukuksal güvenlik ile, yeni ahlaki düşünceler arasında bir karşı karşıya gelme sözkonusu olabilir. Ancak, bu olayda adalete karşı olan [hukuksal] güvenlik değildir; daha çok, birbirleriyle mücadele eden iki adalet portresi vardır.

10. Maddi adalet olarak adlandırdığım olgu, onu ahlaksal önemi olan gerçeklik olgularına bağlamasıyla, yalnızca formel adalete nazaran maddidir. Ancak, [ahlakla] ilişkili olmanın aksiyolojik ölçütü hukuki kuralların somut hedeflerinde ve egemen kültür sistemindeki değerlerde aranması gerektiğinden, maddi izonomi kavramının kendisi bu hedefler ve değerlere nazaran formeldir. İşte, hukuksal adaletin ve belki de genel olarak adaletin özelliği burada bulunmaktadır: o, diğer değerlere kendi düzenleyici şemaları olarak görünür ve böylece ahlaki düşünceyi mümkün kılar.

Eğer, hukuksal ve kökensel adalet görüşleri arasında gerçek bir farklılık varsa, bunun, onların değerlerle ilişkilerinin *tarzı* açısından olduğu söylenebilir. Yorumcunun, gerçeklikteki farklılıkların, insan davranışlarının belirli kurallar altında sınıflandırılmasındaki önemini belirlerken dayanacağı değerler, onun, bu kuralların hedeflerinde içkin olduklarına inandıklarıdır. Birçok hedef olup da, bunlar arasında bir çatışkı bulunduğunda, o, mevcut kültürel sistemin çerçevesi içinde en temel olanı ispatlayarak bir seçim yapmalıdır. Bu, kültürel sistem içinde hukukun konumundan ve hukukçunun somutlaşmış normatif anlamlara, i.e., kültürel anlamlara olan özel ilgisinden kaynaklanır. Bu sebeple, bir değerin sosyal sistem içindeki işlevsel önemiyle, onun kültürel sistem içindeki asliliği arasında bir ayrım yapılmalıdır[10]. Yorumcu, birinciyle değil ikinciyle ilgilenir; zira, onun konusu, hipotez gereği normatiftir ve insanların birlikte varoluşlarındaki normatif unsurlar üzerine kurulmalıdır. Şüphesiz, sosyal düzendeki değişimler kültürel değer skalasına baskı yaparlar ve/veya ayrı bir kültürün ortaya çıkmasıyla sonuçlanabilirler. Fakat, bu olgular, yorumcu için ancak, egemen kültürün ahlaksal önceliklerini etkin bir biçimde dönüştürdükleri ölçüde önem taşır. Kurallardaki hedeflerin belirlenmesi, bir dereceye kadar, daima kültürün bir yorumuna bağlıdır. Maddi izonominin ölçütünün bulunmasında, hukukçuların kullandıkları metodun bu gizli boyutu görünür duruma gelir.

Öte yandan, adaleti felsefi açıdan ele alan bir kuram, böyle kültürel olarak belirlenmiş herhangi bir ilkeye saplanıp kalmak zorunda değildir. Bu anlamda, hukuksal ve genellikle adalet arasında bir ayrım yapmanın geçerli ya da yararlı olup olmadığı, yanıtı henüz bilinmeyen bir soru olarak durmaya devam etmelidir.

11. O zaman, PLATON ve KANT'ınkiler gibi, sosyal yaşamda değerleri ve insanları bir düzene tabi kılmak düşüncesi üzerine kurulan adalet kuramları, adaletin diğer bir görünümünü aydınlatma çabaları olarak görülebilir. Eşitlik[çi adalet] kuramları, adaletle formel normatif kategoriler arasındaki ilişki ile meşgul olurken, düzenleyici kuramlar, adaletle onun işaret etmesi gereken somut ya da maddi değerler arasındaki ilişkiyi analiz eder. Ve, belirtilen sebeplerle, bu, tam tamına onları en üst düzeyde filozofik kılandır. Sonuç olarak, bu iki tip kuram arasında hiç bir karşıtlık yoktur; fakat, yalnızca, adaletin düzeyleri, ya da, adalet düşüncesinin, bu iki tip kuramca ortaya konulan farklı evreleri arasında bir yol ayrılığı bulunmaktadır.

NOTLAR

1. Örneğin bkz., Lyndall Lorna Tammelo, "Equality as the Core of Justice", 52 ARSP (1966), s. 135-141. Ç.n.: yazarın sözünü ettiği bu makale, çevrilerek Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi'ne alınmıştır.
2. Ç.n.: id est'in kısaltılmışı; yani anlamında.
3. Ç.n.: hukuk güvenliği.
4. Ç.n.: eşikte, başlangıçta.
5. Ç.n.: somutlaştırıcı ilkeler.
6. Bu, en açık şekilde Alman *Bundesverfassungsgericht*'i [Federal Anayasa Mahkemesi], İsviçre *Bundesgericht*'i [Federal Mahkeme] ve Amerika Birleşik Devletleri *Supreme Court*'u [Yüksek Mahkeme] tarafından ulaşılan çözümün özüdür. Ne var ki, bu öğretinin esaslarının, özellikle ifade edilip edilmediği ve anayasal bir stütüsü olup olmadığı önemli olmaksızın hukuk düşüncesinin özünü yansıttığı iddia edilecektir. Maddi izonomi öğretisinin büyük olasılıkla en iyi analizi için bkz.: G. Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz,* 1959.
7. Ç.n.: olaylar.
8. Burası bırakılmak için uygun olmayan bir yer; ancak, sizi kendi ulaştığımdan daha ilerisine götüremem.
9. Ç.n.: yani, demek oluyor ki anlamında.
10. Burada, sosyal ve kültürel sistem arasında, Parsons'un sosyolojisinde işlendiği şekliyle bir ayrılığın bulunduğu farzedilmektedir.

CEZALANDIRMACILIK VE ADALET *

Thomas H. Morawetz **
(Çeviren : Abdullah Dinçkol)

I. CEZANIN MEŞRULUĞU ***

Hukuk bilimi iki bakımdan hukuk pedagojisini yansıtır. İlk olarak, etkin bir öğretim şeylerin nasıl olduğunun betimlenmesini, niçin böyle olduklarının açıklanmasını ve nasıl kanıtlanabileceklerinin gözönüne alınmasını gerektirir. Aynı şekilde, bilim çoğunlukla betimlemeye olduğu kadar açıklamaya ve şeylerin nasıl olması gerektiği hakkındaki normatif soruları uyaracak bir yolda açıklamaya göre düzenlenir.

Bazı hukuksal başlıklar için ilgili normatif sorular bir örneğe göre kopya edilmiş ve öngörülebilirdir. Cezanın meşruluğu da bu başlıklardan birisidir. Çekişen teoriler aşina olunanlardır ve bu alanda bir çok öğrencinin ilk içine daldıkları konudur. Ne var ki, bu aşinalık bir karışıklık gizleyebilir. Bu gözlem bizi bilim ve öğretimin paylaştığı ikinci amaca getirir. Her ikisi de öğrenci ve okuyucuyu bilinen meşruluk formlarına bakmak ve bu bilinen formların gerçekten bir anlam taşıyıp taşımadığını sormak için uyarabilir.

Cezanın meşruluğunun en basit teorisiyle, hukuk öğrencisinin ceza hukukuyla ilk temasında karşılaşılır. Bu teori suçla ilgili cezanın dört amaca hizmet ettiğini söyler: suçluları etkisiz hale getirmek (öznel caydırıcılık), suç için genel bir engelleme sağlamak (genel caydırıcılık), rehabilite etmek ve cezalandırmayı gerçekleştirmek(1). İlk üç amaç problemli dördüncüsüyle karşılaştırıldığında ileriye dönük olarak kimlik-

* *Makale için bk. "Retributivism and Justice", Connecticut Law Review, Vol. 16, Summer 1984, Num. 4, s. 803-820, (ç.n.).*

** *Hukuk Profesörü, Connecticut Üniversitesi Hukuk Okulu. A.B. 1963, Harvard; J.D. 1968; M. Phil. 1968; Ph. D. 1969, Yale. Profesör Morawetz Ceza Hukuku, Ceza Muhakemesi Usulü, Hukuk Bilimi ve Hukuk Mesleği öğretir. Connecticut Üniversitesindeki yedi yılım, sadece felsefe bilim ve öğretiminden, felsefenin hukuka uygulanmasına geçiş yılları olmuştur. Dekan Philip Blumberg'e bu geçici kolaylaştırması ve desteği için sayısız bakımdan müteşekkirim. Bu makale, ceza hukuku hakkındaki çağdaş düşünce içinde felsefenin rolünün tutarlı olduğu kadar mümkün olduğunu göstermek için bir girişimdir.*

*** *Justification; meşruluk, haklı çıkarma, haklı gösterme, mazur gösterme, geçerli mazeret, temize çıkarma, haklı neden, gerekçe, vb. anlamlarını taşımaktadır. Ben bunlardan "meşruluk" kavramını metinde kullanmayı tercih ettim. (ç.n.)*

lendirilir. Öznel caydırıcılık, genel caydırıcılık ve rehabilitasyondaki ileriye dönük ilk üç amaç, insanların gelecekte toplu olarak daha iyi bir durumda olmalarını betimleyen amaçlardır. Suçtan caydırma ve suçluların rehabilitasyonu genel mutluluğun maksimum duruma geldiği ve kişisel amaçların kovalanmasının kolaylaştırıldığı bir gelecek yaratılmasına yardımcı olur. Meşruluğun bu şekline normal olarak yararcı denir [2].

Cezalandırma problemlidir, çünkü ileriye dönük değildir ve böylece bazı eleştirmenlerce rasyonel olmayan bir amaç olarak görülmektedir. Bu eleştirmenlerin bazılarının iddiasına göre cezalandırma bir intikam almadır, çünkü hislerin nedenlere baskın olduğu bir durum yansıtmaktadır [3]. Bu tartışmayla şöyle de karşılaşılabilir ki, makul kişiler suçluların hak ettikleri cezanın saptanmasında bazı standartları paylaşmaktadırlar [4] ve cezalandırma aslında adaletin başka bir ifadesidir. Her ne kadar bu tartışma adaletin rasyonelliğini oluşturuyorsa da, bu onu ileriye dönük bir husus yapmaz. Adalet sonucuna bakılmaksızın yapılması gereken şeyin analizidir. O, gelecek tarafından kararlaştırılan bir "daha iyi yapma"dan ziyade, geçmiş tarafından talebedilen bir düzeltmedir. Ahlaki meşruluğun bu iki türü arasındaki açık zıtlık bilinen ve yerleşmiş bir zıtlıktır. İleriye bakan teorisyenlere göre, sadece arzu edilir bir gelecek umudu, cezalandırmayı haklı gösterebilir. Adalete başvuran teorisyene (cezalandırmacı) göre, düzeltme gerektirmeyen her teori ahlaki olarak temelsizdir. Bu dört amacı kapsayan uzlaşma fikri iki taraf için de kabul edilemez. Bu metodolojik görüşlerin uzlaştırılamaz göründüğü sahaya bir orta yol şüphelidir.

Kişi, gayet tabii probleme aldırmamaya çalışabilir. Bazı durumlarda kişi, kabul edilebilir sonuçlar hakkında belli sezgilere varabilir ve metod içinde bir orta yol yokluğunda, bir çeşit seçmecilik benimseyebilir [5]. Bu belirli sezgilerden orta derece genelleştirmeler oluşur. Örneğin, eğer hırsızlık gibi önemsiz fakat yaygın bir suç, şiddetli cezalandırıldığında caydırıcılık son derece etkili olursa, caydırıcılık üzerinde uzlaşılsa bile adalet, cezaların adil ölçütlenmesine ihtiyaç gösterebilir. Fakat bu gibi bir dizi gözlem sezgileri özellikle iyi betimlese bile, bir genel teorinin çoğunu üretmeyebilir. Seçmeciliğin kuşkuyla izlenmesi, onun zorluğa rağmen ayrıcalık olarak görülmesi, teorik araştırmanın doğasıdır. Teorisyenlerin işi sadece bir teori bulmak olarak tasarlanmadığı, fakat aynı zamanda bir teori bulmanın mümkün olup olmadığını araştırmak olduğu halde, seçmecilik teorisyenlerin hatalarının kabulüdür [6].

Seçmeciliğin faziletleri benim temel ilgimin dış çerçevesini oluşturur. Benim sorularım müstakil olduğu gibi metodik te olacaktır. Bunlara, H. L. A. Hart tarafından ceza teorisiyle ilgisi olmayan bir yazısında dikkat çekilmektedir [7]. Dworkin'le ilgili son eleştirisinde Hart der ki "bir teori için tatmin edici temel.... yararcılığın gölgesi altında gerçekleştirildiği sürece bulun[maya]caktır"[8]. Ceza hakkındaki tartışmalar, onun kabul edilebilirliğini, reddini veya cezalandırmacılık ve yararcılık arasında bir orta yol aranmasını kapsasa da, bu gölge altında gerçekleştirilmeye devam eder. Bu konudaki kritiğimin iki bölümü vardır. Öncelikle, teorisyenlerin karşı çıkmayı ciddiye almaları sonucunda, bir veya öbür kutba nasıl yöneldiklerini göstereceğim. Daha sonra meşruluğun iki kutupsal şekli arasında bir uzlaştırılamaz karşıtlık olduğu fikrimi ve onun bir mit olarak düşünülmesi nedenlerini muhakeme edeceğim.

II. CEZANIN DÖRT TEORİSİ

Cezanın dört etkili teorisi ceza hukukunun klasik amaçlarıyla uyuşma çabasıdır. Dört taneden üçü metodolojik ikilemin boynuzlarına takılmışlardır. Onlar sadece meşruluğun bir şeklini ciddiye alırlar ve diğer tartışma kutbunu saptırır veya gözardı ederler.

A. Quinton: Cezalandırmacılığın Mantığı

Anthony Quinton Ceza Üzerine [9] isimli makalesinde, cezalandırmacılığın yanlış anlaşıldığını belirtir. Onun bakış açısına göre, cezalandırmacılık ileri bakışlı teorilerle uzlaşabilir, çünkü ileri bakan teoriler etiksel bir durumu, bir meşruluk durumunu ortaya koyarken, o sadece mantıksal durumu ortaya koyar. Öncelikle Quinton cezalandırmacılığı ifade ederken, kişinin cezalandırılmadan önce suçlu bulunması gerektiğini belirtir. O, saf bir ileriye dönük teorinin bu kısıtlamayla baş edebileceğini kabul eder. Kapsamlı caydırıcı tutumda birisi gerçekten suçlu olmakla birlikte, genellikle suçlu olduğuna inanılarak cezalandırıldığında (günahkeçisi olarak), ceza son derece etkili olabilir. Quinton'a göre, her çatışma aldatıcıdır, çünkü cezalandırmacı kısıtlamasının etik güce sahip olmasını kastetmez. Quinton ifade eder ki; *masumu cezalandırmamanın gerekliliği ahlaki değil ancak mantıksaldır. Bazı cezalandırmacıların masumu cezalandırmayabiliriz ve sadece suçluyu cezalandırmalıyız şeklindeki düşüncesinin aksine, masumu cezalandıramayız ve sadece suçluyu cezalandırmak zorundayız. Tabii ki, cezanın ihtiva ettiği sıkıntı veya eziyet, masum kimselere çektirilebilir ve çektirilir fakat bu ceza değil, adli hata veya terörizm veya .... 'sosyal operasyon'dur. Bir kişi üzerindeki acı çektirme, eğer o kişi suçlu ise, sadece açıklıkla ceza olarak tanımlanır. Bu sebeple cezalandırmacı tez, ahlaki bir doktrin olmayıp, aksine 'ceza' sözcüğünün anlamından çıkan bir şeydir* [10].

Ne var ki Quinton'un teorisi yetersizdir çünkü o cezalandırmacının gayesini atlamakta ve ceza koşullarının tasvirini cezanın meşruluğuyla karıştırmaktadır. Tasviri olarak suçun cezanın bir koşulu olduğunu söylemek doğrudur. Ceza verme kurumu veya uygulaması, bunu yaygın ve kusursuz bir özellik olarak kapsar. Fakat bu cezalandırmacıların gayesi değildir. Cezalandırmacı ahlaki meşrulaştırma için cezanın sa-

dece suçlu üzerine yüklenebileceğini iddia eder. O adaleti bu özelliğiyle kimliklendirir ve herhangi bir uygulama ondan yoksunsa meşruluktan da yoksundur der.

Aynı nokta başka türlü de ifade edilebilirdi. Quinton, suçlunun cezasını kısıtlamanın sanki ceza uygulamasının sadece bir iç özelliği olduğunu yazar. Ne var ki bu niteleme yararcıların meydan okumalarına cevap vermemektedir, şöyle ki cezanın sadece suçlu olanla sınırlandırılması gereklidir çünkü bu meydan okuma uygulamanın dışında yapılmaktadır ve niçin bu uygulama da diğeri değil şeklindedir. Quinton buna rağmen, cezalandırmacı, yararcı gibi bir normatif ve bir mantıksal olmayan nokta ortaya koyar.

Quinton cezalandırmacıların iddialarını veya yararcıların meydan okumalarını zararsız hale getirmekte başarılı olamamıştır. Çünkü yararcıların amacı ceza sisteminde tesadüfi bir iç özellik betimleyebilmek değildir. Bu nokta cezalandırma ve adalet arasındaki bağlantıya nazaran görülebilir. Eğer cezalandırmacı sadece cezalandırmayı suçla koşullandırılmış ceza ile özdeşleştirdiyse, o normatif içerik taşımayan bir betimleme ortaya koymuş gibi yorumlanabilirdi. O cezalandırmanın istenebilirliği konusunda fikrini söylememiş olabilirdi. Fakat adaletin bir gereği olarak suç ve ceza arasındaki ilişkiyi betimlemek, normatif bir iddia ortaya koymaktır. Eğer bu bağlantı adalet için gerekli bir özellik ise o zaman bu özellikten yoksun olan bir sistem adaletsizdir. Cezalandırmacı için cezalandırmacı olmayan terimlerle kurulmuş bir meşrulaştırıcı teori özlemi tutarsızdır. Cezalandırmacı, bu nedenle bize adaletten hariç bir meşruluk bulma görevini vermemekte fakat adaletin konu dışı olduğunu kabul ederken bir ceza sistemini meşrulaştırmaya ne muhtemel anlam verilebileceğini anlama görevi yüklemektedir.

Quinton bir adalet olduğuna ilişkin cezalandırmacının iddiasını ifade etme eğilimiyle, meşruluğun iki şekli arasında seçim yapmaktan kaçınır. Cezalandırmacının iddiası bu şekilde ifade edildikten sonra, bu iki uç arasındaki uçurum aşılamaz hale gelmektedir. Quinton yararcılığı, cezalandırmacılığın onunla rakip olamıyacağını belirterek savunmaktadır.

B. Rawls : Kural-Yararcılık

John Rawls'un "Two Concepts of Rules"[11] isimli eski ve etkili makalesi, doğrudan doğruya cezayı konu almaktadır. Bu, yararcı meşruluk ile ilgili olup, "kural-yararcılık" diye adlandırılan maharetle tasarlanmış bir model ortaya koyar[12]. Bu modele göre "kişi, tatbik edilen ve güç kullanılan bir kurallar sistemi olarak uygulamanın meşrulaştırılmasını ve bu kurallara göre özel bir olayın meşrulaştırılmasını ayırt etmelidir; cezalandırmacı argümanlar özel kuralların özel durumlara uygulanmasına yeterli olurken, yararcı argümanlar uygulamalara ilişkin sorunlar hakkında uygundur"[13].

Yararcı meşruluk bu sınırlanmış role sahiptir çünkü sistem içindeki aktörler sadece kurallara başvura-

bildikleri ve yararcı hükümler vermeye ihtiyaç duymadıkları zaman sistem kendisini daha iyi çalışır bulur. Açık kıyas ise oyunlar içindir: her ne zaman için olursa olsun yarar bireysel durumlarda ayrıcalık emretmiş olsa da sadece oyuncular ayrıcalık (bir dördüncü vuruş alma) iddiasında bulunmaksızın kuralları izledikleri zaman beyzbol oyunu yararcı sonuçlara hizmet eder [14]. Rawls'un teorisi adalet kurallarının tıpkı üç vuruş sınırlaması gibi içsel kurallar olduğunu belirtir. Onlar bireysel durumlarda yarar için bile değiştirilemez çünkü kurallar paketi yarara etkili bir bütün olarak hizmet eder [15].

Rawls daha sonra bu teorisini hakimin ve yasakoyucunun rollerini karşılaştırarak sürdürür.

Hakim ve yasakoyucu farklı pozisyonlarda dururlar ve farklı yönlere bakarlar: biri geçmişe, diğeri geleceğe. Hakimin, hakim sıfatıyla gerçekleştirdiği meşruluk, sanki cezalandırmacı görüşü seslendirir; (ideal) yasakoyucunun, yasakoyucu sıfatıyla gerçekleştirdiği meşruluk, sanki yararcı görüşü seslendirir. Bu sebeble iki görüş bir noktada birleşir..... ve ceza hukukunu oluşturan kurallar sistemine göre farklı şekilde yerleşmiş ve farklı sorumluluklarla birlikte farklı görevleri elinde bulunduran kişilere bu görüşlerin uygulandığını görür görmez kişinin ilk şaşkınlığı kaybolur.... Kişi eski ama geçerli olan, farklı durumlara onları uygulatma eğilimiyle iki görüşü uzlaştırır [16].

Rawls, Quinton gibi iki kademeli analiz önermektedir, içsel ve dışsal. Quinton'ın aksine, o bu ayırımı betimleme ve normatif meşruluk arasındaki ayırımla karıştırmamaktadır [17]. Uygulamayı bir kurallar sistemi olarak meşrulaştıran dışsal hareketten, bir uygulama (bir kuralın belirli bir uygulanışı) içindeki belirli bir eylemi meşrulaştıran içsel hareketi ayırmakla Rawls, meşruluğun iki şeklini değişik alanlara dağıtmaktadır. Adalet (cezalandırma) kuralların uygulanmasının bir erdemi haline gelmektedir ve ileri bakış (yararcı) mülahazaları kuralların seçimini meşrulaştırmaktadır.

Rawls'un teorisinin niçin başarısız olduğunu görmek önemlidir. Teori adil davranışın varlığını, tam olarak meşrulaştırılmış bir uygulamanın geçici nedeni haline getirir. Adil davranış, bir sistemin özelliğidir ki, sistem sıfatıyla, adaletten başka düşüncelerle meşrulaştırılır ve bu diğer (ileri-bakış) düşünceler, kavramsal önceliğe sahiptir. Rawls'un, Adalet Teorisi [18] adlı eserini yazarken farkına vardığı gibi, adalet, normatif eleştirinin saf bir içsistemsel ölçütü olamaz. Eğer adil olan bir kuralın bir uygulamasına değer biçmenin bir anlamı varsa, kuralın kendisine de, onun genel uygulaması içinde adil demek, bir anlam ifade eder. Eğer adil kurallar varsa, aynı zamanda adil kurallar sistemi de vardır. Ahlaki meşruluk kavramı parçalanabilir değildir ve içsistemsel katılımcının ve dışsistemsel gözlemcinin (hakim ve yasakoyucu) ahlaki görüşleri belirgin değildir [19]. Adalet her ikisine de aynı iddiayı uygular.

Bir çok teorisyen kural-yararcılığa bir farklı eleştiri yapmıştır. Onlar, kural-yararcılığın masumu gizlice cezalandıran bir genel uygulama benimseyebileceğinden yakınırlar [20]. Bu iddiaya göre, Rawls karşı sezgiye dayanan sonuçlar alabilirdi. Çünkü masumun cezalandırılması hepimizin kabul ettiği bir sezgiye tecavüz eder: masum olan şahıs cezalandırılmamalıdır. Rawls gibi bir kural-yararcı, bir masumu resmen müeyyidelendirmiş bir sistemi destekleme fikrini reddedebilir ve kamu şu dört yolla bilgisiz bırakılır. İlk olarak o bu tür örneklerin zoraki olabileceğini ve inandırıcı olamayacağını ve kötü örneklerin kötü teoriler doğurduğunu söyleyebilirdi [21]. Daha sonra onun gerçeklerini örneklendirmeye çalışırdı. O, böyle bir politikanın bilinmesi ve kamu güvenlik ve itaatının dramatikçe tehdit edilmiş olması halinde, yok edilemez bir risk bulunacağını söyleyebilir. Bu cevap prensiplendirilmiş olmaktan çok pragmatiktir ve itiraz kabul eder görüntüdedir. Bu savunma ışığında, eğer teorideki risk ayıklanabilseydi, kural-yararcı durumu kabul edecekti.

Faydacıların üçüncü ve dördüncü yanıtları daha ilginçtir. Üçüncü cevap şudur ki, suçsuza verilen zararın ağırlığı-subjektif hayal kırıklığı, haksız davranışın acısı-saptanmalıdır, bu öyle büyüktür ki, uygulamamanın getirebileceği yararlar ne olursa olsun, ister istemez daha ağır basar. Buradaki öneriye göre, eğer yararcı, çoğunlukla yararcılıkla bağdaştırılan evrim kriterine bağlı kalsa ve mutluluk ve doyumu maksimuma ulaştırmaktan bahsetse bile [22], ona, değişik şekillerde insanlar arası karşılaştırmalar yapmak yolu açıktır. Cezalandırılmış masumların hayal kırıklığının öyle yoğun ve ezici, kesin ağırlıklı özellikler taşıdığının söylenmesi açık bir şeydir [23]. Yararcı için son cevap standart olmayan gelişme ölçütünü kabul etmek, subjektif doyum ve mutluğun konuşulmaması ancak iyi olma ve ortak iyiliğin konuşulmasıdır. O karar verme durumundadır ki, adaletsiz bir rejim ortak iyiliğe hizmet edemez.

Üçüncü ve dördüncü cevaplar teorik bir diyalogun ilk açılma vuruşlarıdır. Hoş karşılanmayacak üçüncü cevap, tecavüz edilmiş adalet hissine yararcı tarafından özel ve kesin ölçü saptanması gerektiğini söyleyerek, adaleti arkadan içeri almak için ön kapıdan atmaktadır. Son cevap sadece hangi yarar hükmü terimi veya ileri bakış evriminin, doyuma ulaştırıcı olduğunu soru haline getirir.

C. Hart: Bir Değerler Çokluğu

Quinton ve Rawls'un her ikisi de bir yararcı yapı içinde adalet kavramını barındırmayı amaçlarlar. Rawls'un teorisi Quinton'ınkinden şöyle böyle daha iyi olduğu halde, her ikisi normatif usavurmadaki adaletin görünür rolünü küçümser ve yanlış tanıtırlar. H. L. A. Hart, ceza ve cezai sorumluluk'la[24]. ilgili yazısında Rawls'unkine üstünkörü benzeyen bir teori öne sürmekte fakat, meşrulaştırmanın birbiri ile yarışan şekillerinin zorunluluklarına

daha hassas yaklaşmaktadır.

Hart bir "ahlakça tahammül edilir" ceza teorisinin "ayrı ve kısmen çatışan prensipler arasında bir uzlaşı" [25] olması gerektiğini söyler. Bu sebeple Hart, cezanın "genel meşrulaştırma amacı"nı - öznel ve genel caydırıcılık yoluyla suçun minimumlaştırılması- onun ikinci amacı olan cezanın dağıtılmasından ayırır [26]. Caydırıcılık bunların her ikisi ile de ilgiliyken, adalet bu problemlerin sadece ikincisi ile ilgilidir. Bu sebeple, özel durumlarda cezanın derecesi değişken bir ölçüte göre saptanmalıdır ki, o aynı zamanda ibret verici, orantılı ve adil olsun.

Yorumcular Hart'ın teorisini müphem bulmuşlardır. Bazı pasajlar Hart'ı bir kural-yararcı gibi gösterir. Örneğin, o şöyle der:

Farklı cezalar verilmiş farklı suçlular arasındaki hakkaniyet, kendi içinde bir son değildir, fakat bizim görüşümüzce gerçekten bir ahlaki isteme sahip diğer amaçları izleyen bir metottur ve biz cezalandırmanın temel amaçlarının izlenmesine mani olmadığı sürece ona güç vermeliyiz [27].

Hart şöyle ekler: "adalet bir başka şeyler yapma metodudur, bir bağımsız son değildir" [28]. Bu pasajlar ifade eder ki, adalet araçken caydırıcılık sondur. Onlar aynı zamanda önerir ki, adalet oyunun oyuncuları tarafından içsel olarak kullanılan bir araç olarak kalırken, caydırıcılık içsel meşruluktur. Adil davranış sadece dışsal son'a hizmet ettiği sürece ve derecede meşrulaşır.

Bu Rawls'cu yorum, Hart'ın en çok akla yatkın olan yorumu değilse de, o, aynı anda zamanı ve tekrar adaletsiz olmaya isteksizliği tartışmaktadır, örneğin caydırıcılık gibi, ileri-bakış değerlendirmeleri için günahkeçilerine ceza verme, bağımsız değerlere dayandırılmıştır. Bu isteksizlik, "hukuku ihlal etmeyen birine 'ceza' vukuunda, onun masumluk gerçeğinin ortaya çıkmayacağından veya onun yaptığının büyük uyarıya neden olmayacağından emin olduğumuzda hâlâ sürecekti"[29].

Hart'ın teorisi Rawls'un görüşünden ayırt edilebilir çünkü o, Nozick'in ifade ettiği "tâli sınırlamalar"ı [30] kullanır. Bu görüşe göre yararcı amaçlar adaleti ihlal edici yollarla izlenemez, çünkü adalet kuralları geçici veya şarta bağlı olarak yararı izleyen en iyi kurallar değil, fakat böyle bir takibi sınırlayan bir bağımsız değer temsil eden kurallardır. Hart şöyle bitirir "tek bir sosyal amacın izlenmesi..... onun kısıtlayıcı sınırlayıcılığına sahiptir" ve "bizim temel sosyal kurumlarımız daima kısmen farklı prensipler arasında bir uzlaşma olarak anlaşılabilen bir özellikler çoğulculuğu taşırlar" [31]. En basit şekliyle bu, ceza hukukunun ayırıcı amacı olan suçun minimumlaştırılması ve kontrolünün, diğer değerler çerçevesinde izlendiğini anlatır. Bu değerler ceza hukukunda ne yaptığımızdan etkilenmiş oldukları halde, ceza hukukundan ayrı veya ona mahsus değildirler.

D. Cezalandırmanın Geliştirilmiş Şekli

Şimdiye kadar gözönünde bulundurulan üç teori de cezalandırma

ile ilgili bir temada kimliklendirilir: ceza haklı veya adil olmalı ve böylece sadece suçlulara hasredilmelidir. Bu tema ileri-bakış amaçlarının izlenmesinde bir zorlama olarak sunulmuştur. Diğer bir söyleyişle bu teorilere göre adillik cezalandırma için bir zorunlu koşuldur, fakat yeterli bir koşul değildir. İleri-bakış amaçlarının da yardım ettirilmesi gereklidir.

Gerçek bir cezalandırmacı, öte yandan, hak edilenin (veya adalet) gözönünde bulundurulmasının cezalandırmayı meşrulaştırmada yeterli olduğunu tartışır. Böylece Hart, cezanın potansiyel konularının haklarını korumak için adaleti açıkça davet ederken, bir gerçek cezalandırmacı, uygun bir sertlik derecesiyle suçluları cezalandırmakla, "toplum"un [32] hakkını vurgulaması için cezalandırmacılığı davet eder. Görmüş olduğumuz gibi Hart, suçu cezanın bir başlangıç koşulu olarak görür. Ona göre, cezanın uygulaması sadece adilce hakedilmiş olmasına bağlı değildir (ör. sadece suçlu cezalandırılabilir ve sadece suçunun ciddiyetinden daha fazla şiddette olmayarak), fakat aynı zamanda daha ileri giden ortak sonların "genel meşrulaştırma amacı"na da hizmet etmelidir.

Cezalandırmacılığı değerlendirmek için, adalet prensibinden, cezalandırma prensibini ayırmaya çalışmalıyız. Eğer biz cezanın suçluyla sınırlanmasını tek gerekli koşul olarak değerlendirirsek, böyle yapmaya ihtiyaç yoktur; bu hem bir adalet veya hem de bir cezalandırma koşulu olarak adlandırılabilir. Fakat bizim sık sık cezalandırma kavramıyla kimliklendirilen iki ilave koşulu da gözönüne almamız gerekir, şöyle ki (a) devlet suçluyu cezalandırma görevine sahip olarak görülür ve (b) orantılı sezgiler cezanın şiddetine bir üst sınır olduğu kadar alt sınır da koyar [33]. Bu koşullar cezalandırma kavramında mutlak olduğu halde, göreceğimiz gibi, onlar, adaletin zorunlu koşulları değildirler.

Cezalandırmacılığın bu genişletilmiş şeklinde üç görüş hemen açığa çıkar.

(1) Bu şema ileri-bakış mülahazalarına meşruluk için başvuru sağlamaz. Bunun bir ileri-bakış görüşü açısından yararları olduğu söylenebilir fakat o bu yararlara göre meşrulaştırılamaz.

(2) Bu prensipler, yasal hüküm şemalarında, hüküm verenlerin seslendirilmiş amaçlarında ve hüküm uygulanan kişilerin beklentilerinde yankılandırılmıştır [34]. Su götürmez gerçek olduğu sık sık söylenir ki, suçlu cezalandırılmalı ve hakettikleri hükümle cezalandırılmalıdırlar.

(3) Bu prensipler, bir çok normu cezalandırmacılığın yol gösterici çizgisini küçümseyen hukuksal uygulama ile eşleştirilemez. Davalılar kendi arkadaşlarına suç yüklemeyi seçerek haklarında kovuşturma yapılmasından muaf kalabilirler. "Suçlu" davalıların yasal veya anayasal haklarına devlet tarafından tecavüz edildiği zaman kovuşturmalar düşürülür ve mahkumiyet hükümleri geri çevrilir [35]. Bu uygulamaların ilki sadece amaca uygunlukla meşrulaştırılabilir, fakat daha sonraki, tipik olan uygulamanın geniş bir türü,

kabul edilmiş prensipler tarafından meşrulaştırılır.

Cezalandırmacılığın genişletilmiş şekli büyük bir çelişkiyi ihtiva eder; nedenini görmek kolaydır. Dava açma ve duruşma süreci, suçluyu masumdan ayırtetmek için düzenlendiği halde, ceza hukukunun diğer yönleri, bu ayırım içine karışmış idealleştirme ve sunniliği gösterir. Ceza hukuku heryerde bir mazeret alanı ve hafifletme koşulu tanır ve o her bir koşulun birbirine benzemez bir durumlar ve eğilimler karışımı gösterdiğini kabul eder [36]. Çoğu suçlunun affedilebilir dilim içinde olduğunu bilmek, bizi, bir farklı ve izole edilebilir sınıf olarak suçluyu cezalandırmanın bir görev olduğunu iddia etmekte ihtiyatlılığa itmelidir. Birbirine benzemezlikte aynı ihtiyat bize, cezanın suçun ciddiyetine uygun olması gerektiği şeklindeki iddianın nasıl açık olmadığını göstermelidir. Ciddiyet, verilen zararın miktarıyla, amaçlanmış zararın miktarıyla, zararın derecesine zıt olarak suçun vahşi karakteriyle [37] veya işlenişin derecesiyle, duyguların çelişikliğiyle veya suçlunun pişmanlığıyla ölçülür mü?

Bu problemler, cezalandırmacı görüşe göre can alıcı değildir. Biz gerçekte, ciddiliği mukayese edici dil kullanarak, hücum edici davranış örnekleri sıraladık [38]. Biz hukuken suçlu oldukları gibi ahlaken de suçlu olduklarını anlamaya bakma şartıyla, suçluyu cezalandırma görevine sempati duyarız. Jeffrie Murphy, yararcılık ve cezalandırmacılığın her ikisinin de delil prensibine göre temellendirildiğini ve sadece duygular veya sezgilerin tartışılabilir olmadığını iddia etmiştir. "Sosyal yararın maksimizasyonunun önemli olduğu, bir kişinin kendi haksız davranışından haksızca yarar sağlamaması gerektiğinden, çok belli ki doğru değildir. .." [39]. Murphy yorumuna şöyle devam eder ki, cezalandırmacılık teorik temellerini karşılıklı duruma dayanan adalet cephesinden almaktadır. Kant ta, ceza hukukunun, davranış kurallarına uyanların uymayanlar üzerinde bir haksız avantaj kazanmalarını önlemek için var olduğunu tartıştığı zaman, cezalandırmayı karşılıklılıkla anlatır [40].

Kantçı görüş meydan okunmamış olarak kalmamıştır. Görmekteyiz ki, cezalandırmacılık ve bellibaşlı karşılıklılık teorileri, suçluların çeşitliliğini yeterince önemsememektedirler. Suçtan bütün suçlular fayda sağlayamadıkları gibi, ceza bütünüyle hesap dışı bırakılsa bile, suçtan faydalanmak isteyen bazıları da hiç bir kazanç elde edemezler. Suçlu ve toplum veya suçlu ve onun kurbanı arasındaki karşılıklılık fikri, her ikisinin daha basit ve farklı ilişkisinden gelen bir mecazdır [41]. Adalet, gerçek bir sözleşme durumunda veya bir gönüllü küçük grup ve ortak teşebbüslerin sınırları içinde karşılıklılık gerektirdiği halde, bir gerçek cezai eylem koşulları altında adaletin ne gerektirdiği pek açık değildir.

Bu bölümde ahlaki meşruluğun yararcı ve cezalandırıcı şekillerinin ağırlıklı güçlerini ve bir ortak yolun hayal edilmesi ve savunulmasının zorluğunu belirtmiştim. Quinton ve Rawls yararcı ve ileri-bakış tarzını

örnek olarak gösterirlerken, Hart, teorik seviyede tekrar değerlendirmeye çalışmaksızın her iki modele de dikkat çekici bir açıklama önerir. Quinton ve Rawls, adaletin sistemdışı rolüne yeteri kadar önem vermezler. Burada açıklanan şekliyle cezalandırmacılık, adaletle anlaşmaz durumda olabilir. Adalet, ceza için sadece suçlunun seçilebileceğini ileri süren cezalandırmacılığın zayıf şekli ile benzer olduğu halde, suçluyu uygun sertlikte cezalandırma görevinin bulunduğunu ileri süren cezalandırmacılığın daha sert bir şekliyle açıkça benzerlik göstermez.

III. YENİ BİR METODOLOJİYE DOĞRU

İleri-bakış meşrulukları ve meşruluk olarak adalet arasındaki karşıtlık, seçmecilikle değil fakat, bir ileri-bakış teorisinin terimlerini yeniden tasarlamakla aşılabilir. Sadece bu yolla, ceza hakkındaki usa vurma, "yararcılığın gölgesi"nden, yararcılığın bildik şekillerinin tümüyle yutulduğu, reddedildiği ya da sınırlandırılmış zorlamalarla kabul edildiği bir bağlamdan çıkabilir.

Bir ileri-bakış teorisi, ortak iyilik üzerindeki cezalandırma uygulamasının her etkisini değerlendirmede başarısız oldukça, eksik kalacaktır. Cezai hükmün ve suçun sonucu üzerindeki cezanın etkileri, şüphesiz akla gelen ilk etkilerdir, fakat başkaları da vardır. Hart, kamu davası sürecinin ve mahkumiyetin toplumu birleştiren değerleri doğruladığını bize hatırlatır[42]. Genel olarak moral değerleri güçlendiren ve yansıtan cezanın sabit standartları içindeki bir toplum, bireylerin kendi kapasiteleri içinde hareket ederek ve plan yaparak güvenlik içinde oldukları ve kamu olayları ile özel beklentileri arasında küçük sıçramaları denedikleri toplumdur. Ortak iyilik kavramı, bu karakteristikleri olan bir toplumdan ayrılamaz.

Cezanın sosyal yararının en iyi tartışması, Joel Feinberg'in "Justice and Personal Desert" (: Adalet ve Kişisel Değer) ve "The Expressive Function of Punishment" (: Cezanın Anlamlı Fonksiyonu) denemelerindedir [43]. Feinberg, diğerlerinin eylemlerine doğal tepkisel tutumlar olarak adlandırdığı şeye dikkat çeker. Örneğin Feinberg, minnettarlık ve şefkat, kızgınlık ve kasıtlı zarar arasındaki - duygusal olduğu kadar mantıksal- uygunluğu belirtir. Feinberg, "bir kişinin eylemleri veya nitelikleri ve diğer kişinin tepkisel tutumları" arasında bir doğal uygunluk bulunduğunu ileri sürer[44]. Bu tepkisel tutumlar kişilerin hak ettiği davranışın paylaşılmış bir duygusunun temelleridir; onlar ileri-bakış amaçlarına hiçbir şey borçlu değildirler. Fakat Feinberg, ceza ve cezai hüküm gibi kurumlardaki ortak iyilik düşüncesinin, "bizim davranış ve değer hükümlerimizin.....ifade edilmesi için (doğal eğilime ilaveten) bir neden oluşturduğunu"söyler[45]. Bireysel tepkisel tutumlar ve karar verme kurumsal kriteri birbirlerini karşılıklı olarak destekler ve iyi hale getirirler. Feinberg, sembolik kamu hoşnutsuzluğunun, caydırıcılık ve reforma yardımcı veya engel olsun ya da olmasın, böyle bir ifadenin doğasında mevcut diğer fonksiyonlara hizmet ettiğini belirtir. Bu fonksiyonların arasında, belirli zararlı davranış çeşitlerinin otoriter olarak reddedilmesi, hukukun moral değerlerde kökleştiği gibi savunulması ve yakışıksız davranış dışındakilerin resmen affedilmesi yer alır[46]. Bu fonksiyonları, bir sonun nedenleri olarak ve ortak iyiliğin birkaç yönünün ışığı altında haklı çıkarma ihtiyacı olarak düşünmek kolay fakat yanlıştır. Aşağıdaki tartışma neden böyle bir davranışa ihtiyaç duyulmadığını gösterir.

İlk olarak, kızma ile meşrulaştırılmış hoşnutsuzluk arasında önemli bir fark vardır [47]. Kızmanın aksine, meşrulaştırılmış hoşnutsuzluk, kendisiyle birlikte, uygun görülmeyen davranışların, karşılıklı saygının paylaşılan normlarını ve şerefi ihlal ettiğini gösterebildiğine veya meşrulaştırılabildiğine dair bir iddia taşır. Hoşnutsuzluk, nedenlerle arkalanmış ve birini ya da diğerlerini etkileyen hareketlerle ilgili bir tepkisel tutumken, kızma, birinin kendisini etkileyen hareketlere karşı kişisel tepkisel bir tutumudur. Kızma ve meşrulaştırılmış hoşnutsuzluk, tepkinin-biri duyguya, biri kavramaya ilişkin- değişik kategorileridir, fakat bunlar aynı tip eyleme karşı tepkilerdir [48]. İkincisi, bir yanda kızma ile hoşnutsuzluk ve diğer yanda belirli davranış türleri arasında mantıksal bir ilişki vardır. Bizim kızdığımız ya da uygun görmediğimiz şey (ve genellikle övdüğümüz ya da kınadığımız) tipik olarak keyfi ya da bir özel duruma ilişkin tercih meselesi değildir. Bunun da ötesinde böyle hükümler, paylaşılan standartlara, paylaşılan bir ortak iyilik duygusuna başvurulardır. Bu John Rawls'un "adalet duygusu"nu bulduğu ve betimlediği zaman değindiği şeydir [49]. Üçüncüsü, ortak iyiliğin herhangi bir ileri-bakış nitelendirilmesi, içinde adalet duygusunun gerçekleştirildiği ve kuvvetlendirildiği sosyal kurumları, böyle diğer sona doğru bir araç olarak değil fakat diğerleriyle birlikte iyi yaşamanın bir zorunlu görünüşü olarak betimleyecektir. Son olarak, bir ceza sisteminin adil olmasının gerekliliği, (ki ceza suçluya verilmelidir ve ahlaki ayıplamayı haketmişlik cezanın sertliğinin kararlaştırılmasında birkaç rol oynar), ortak iyiliğin herhangi bir nitelendirmesinin asli bir gereğidir.

Eğer bütün bunlar doğru ise, ileri bakış teorilerinin -ki böyle teoriler başarısızdır çünkü eğer genel olarak cezalandırılanların suçlu olduğuna inanılıyorsa, ileri bakış terimleriyle meşrulaştırılan bir sistem masumun mahkumiyetini ve cezasını ihtiva edebilirdi- sık sık yapılan eleştirilerinden biri puan kaybeder [50]. Bu eleştiri konu ile ilgili değildir, çünkü bir ileri-bakış teorisi, içerisinde, kişilerin ortak iyiliğin güvenceye alındığına inandıkları bir geleceği değil, içerisinde aslında ortak iyiliğin güvenceye alındığı bir gelecek tanımlamaya yönelik bir girişimdir. Bu eleştiri, kendisini yalnız realite ve realite ile ilgili inanç arasında hiç bir fark olmadığını düşünen bir kimseye önerecektir. Ne var ki, bu farklılık yoğunlukla daha da büyüyecektir. Kişilerin yanlış olarak, potansi-

yel suçluların gerçekten caydırıldıklarıyla, kendilerinin suçtan uzak olduklarına inandıkları bir durum kimseyi şaşırtmayacaktır. Buna dayanarak, kişilerin adil bir toplumda yaşadıklarına inandıkları bir durum, onlara gerçekten adil davranılan bir durumdan ayrı tutulmalıdır.

Buradaki nokta metodolojiktir. Bunu anlamak için, kavramsal ilişkileri, koşullu ilişkilerden ayırmamız zorunludur [51]. Örneğin, zarardan korunma ve ortak iyilik arasındaki ilişki, koşullu değil, kavramsaldır. Kişilerin güvenli ve endişesiz olması ortak iyilik fikrinin parçasıdır ve içerisinde niçin caydırıcılığın arzu edilen bir amaç olduğunu soruşturma lüzumsuzdur [52]. Ortak iyilik ve adil davranış arasındaki ilişki de koşullu değil kavramsaldır. Cezanın neden sadece suçluyla sınırlandırılmak zorunda olması sorusu, hiç bir cevap gerektirmez. Bu eleştiriyi, kendi terimleri ile, sistematik adaletsizliğin, artan caydırıcılıktan gelen kazançla (koşullu bir husus olarak) dengelenemeyeceğini göstererek delilleri çürütme girişimi başından beri yanlış anlaşılmıştır. O yanlış anlaşılma değildir, çünkü ampirik soru kapalı ve kararlaştırılamaz değildir, fakat ampirik soru anlamlıca ortaya konulamadığı için öyle olmuştur; çoğaltılan güvenlik içindeki kazançlar prensip olarak sistematik adaletsizliği meşrulaştırabilen türden şeyler değildir [53].

Maksimize edilen ortaklaşa mutluluk veya doyuma ulaştırıcı adalet arasındaki bilinen karşıtlık, olmayacak bir şeydir. Mutluluk ve doyum boşluk içinde değil, fakat bir sosyal bağlamda anlaşılabilir ve gerçekleştirilebilir. Adil bir durumda gerçekleşebilecek mutluluk veya doyum şekli, adil olmayan bir durumda gerçekleşebilecek mutluluk veya doyum ile kıyaslanamaz ve mütenasip değildir. Ortak iyiliğin ileri-bakış beklentilerine ilişkin olan mutluluk türü, zorunlu olarak birincisidir.

"Ortak iyiliğin ileri-bakış teorisi" terimi "yararcılık"a tercih edilebilir, çünkü sonuncusu bozulmuştur. Karışık tarihi boyunca yararcılık, mutluluk veya doyumun sadece koşullu veya rastlantısal olarak sosyal bir durumun ahlaki özellikleri ile ilgili olduğu fikri ile birleştirilmiştir. En büyük mutluluğun en büyük sayı tarafından kazanılacağı bağlamı, adil bir toplum olabilir de olmayabilir de; onun adaleti kanıtlanabilmesine kalır [54]. Hart en son çalışmasında sanırım geleneksel yararcılığın zedelenebilirliğini görmektedir. O, " yararcılığın tartışmasız kabul edilmiş belli değerleri içinde görmezlikten geldiği yollar"la ilgili tartışmadan uzak durmak zorunda olduğumuzu söyler[55]. Aynı zamanda O, " hakların diğer değerlerle ilişkide olduğu yolların, daha fazla radikal ve detaylı olarak gözönüne alınması" için çağrıda bulunur [56]. Benim değinmelerim bu gözlemlerin ruhu içinde olmayı amaçlamıştır.

Adaleti bir ileri-bakış teorisine dönüştürmek konusunda herhangi bir girişimin başarısız olmak zorunda olduğuna itiraz edilebilir. Adaleti ciddi olarak alan kişi, sonucu hususunda unutkandır ve kıyamet kopsa bile adaletin gerçekleştirilmesi gerektiğini iddia eder [57]. Bu itiraz iki

şekilde başarısızdır. İlki, karşı koyma olarak ortaya çıkmaz, bu itiraz, gelecekteki sonuçların aksine adalet oluşturmaz, fakat daha da ötesi adil davranışın ve adil olmayan davranışın etkilerinin oluşturduğu iki değişik sonucun aksine adalet oluşturur. Bu anlamda itirazın kendisi ileri-bakıştır. İkincisi, adalet ve ileri-bakış teorileri hakkında süregelen tartışma, adaletsizliğin özel durumları ile değil, kuralların (uygulamalar) süregelen sistemi ile ilgilidir. İtiraz, bir özel olaydaki adalete değil, adil kurallara başvurmak için yeniden yazma zorunluğunadır. Bu demektir ki, benim savunduğum görüşü kabul eden kişi, adaletsizliğin bireysel olaylarının ortaya çıkabileceğinin ve özür dilemeye ihtiyaç gösterebileceğinin doğruluğunu kabul edebilir; fakat prensip olarak bunlar adalet sistemi içinde istisnalar olarak kalmak zorundadırlar. Eğer itiraz kıyamet koparacak olsaydı, adalet sistematik olarak gerçekleşirdi, i.e., adil kurallar kabul edilirdi, daha sonra o, makul sebep olmadan bir karamsarlık benimser.

Şuna da itiraz edilebilir ki, bir ileri-bakış teorisine adalet ikame edilmesi, cezalandırmacıların, "suçluyu cezalandırmak konusunda bir görev vardır ve bunun yapılırken orantılı olarak yapılması gereklidir" şeklindeki fikirlerini içine alır. Bu itiraz yukarıda yer alan ikazları unutmaktadır. Benim görüşüme göre, adalet, böyle konularda kesin olmayan bir şekilde konuşur. Bu bize, koşulların ışığında, suçlu arasında ayırım yapılmasını ve ne zaman ve nasıl cezalandırılacağı hususunda iyileştirilmiş ve ağırlaştırılmış koşulları düşünüp taşınmak için öğüt verebilir. Aşağıdaki önermeler bu noktayı ortaya koymaktadır.

(1) Ortak iyiliğin bir ileri-bakış teorisi, adil olmayan davranıştan ziyade adil bir sistem emredecektir.

Tartışmış olduğum bu nokta, bir kavramsal husustur.

(2) Adil bir ceza sistemi, suçluya verilecek cezayı sınırlayacaktır.

Bu da aynı şekilde ampirik bir soru değil kavramsal bir husustur.

(3) (a) Adil bir ceza sistemi daima suçluyu cezalandıracak ve onları suçlarının ciddiyet ve sertliğine orantılı olarak cezalandıracaktır.

Bu önerme cezalandırmacılar tarafından kavramsal olarak değerlendirilir. Aşağıdaki ile mukayese edin.

(3) (b) Adil bir ceza sisteminde suçluyu cezalandırmak için genellikle iyi nedenler vardır ve işledikleri suçların ciddiyetine oranlı sertlikle cezalandırmak için iyi nedenler vardır.

Ben, (3) (a) değil (3) (b)'nin adalet gereksinimlerini en iyi tanımladığını ifade etmiştim [58]. (3) (b)'den şu çıkmaktadır ki, bir suçlunun özel bir olayda nasıl ve ne şekilde cezalandırılabileceği tüm ilgili nedenlerin temelleri üzerinde kararlaştırılacak bir husustur.

IV. AHLAKİ ŞEYLERİN ŞECERESİNİN ARAŞTIRILMASI

Makalenin açıklanmamış bir öncülü vardır. Bu da yıllarca yararcılık ile saptanmış bir ileri-bakış teorisinin en fazla bilinen nitelendirme yo-

lu olup, tutarsızdır. Benim öncülümü savunmak, bizi ahlaki gerekçelendirmenin epistemolojisine derinlemesine sokacaktır ve bu da makalenin amacı dışındadır. Bununla beraber, yararcıların [59] ve karşıyararcıların [60] çoğu tarafından birlikte paylaşılan ileri-bakış teorilerinin nitelendirilişi hernasılsa açıkça ve kabaca betimlenebilir ve betimlenmelidir. Bu terimler tarafından bireyler, atomik olarak benzer sonlar içeren eğlenceli yaşam planları (mutluluk ve doyumu maksimum hale getirmek için planlar) gibi görünmektedir [61]. Bu sonlar kişisel tercihleri ve eğilimleri yansıtır ve bunlar herhangi bir içeriğe sahip olabilirler. Yararcı için, ahlaki uslamlama noktası, ortaklaşa ve toplanmış doyumu maksimum hale getirmek için, bu tür planların koordinasyonuna ahlaki meşruluk atfetmektir. Karşıyararcı için ahlaki uslamlama noktası, bu sonların üzerinde her bireyin saygın bir davranışın korumasına tabi olmaları için uygun zorlamaları ortaya çıkarmaktır. Bu zorlamalar, en azından kısmen adaletin zorlamalarıdır. Karşıyararcılar için ahlaki meşruluk böyle zorlamalar tarafından oluşturulan koşulların doyuma ulaştırılmasında yatmaktadır.

Geleneksel nitelendirmenin tutarsızlığını görmeye başlamak için kişi, insan tecrübesinin temel portresine ve hedefine meydan okumak zorundadır. Kişi kabataslak bir alternatif resim çizmek zorundadır, kişisel gelişim çizgisi içinde, iyinin farkedilmesi, başından beri sosyal interaksiyon içinde vardır ve o aslında karşılıklılığın kişilerarası terimlerinde betimlenebilirdir. Bunu, kişisel iyi kavramının ortak iyi içindeki katılımdan türemiş olduğunun en iyi şekilde görüldüğü ve ortak iyinin doğal olarak, daha önce tartıştığım gibi adil olmayan davranıştan ziyade adil bir sistem gerektirdiği hususu izleyecekti. Bir atomistik epistemolojik terimden uzaklaşma, yararcı diyalogtan bir uzaklaşmadır, yararcılığın gölgesinden bir uzaklaşmadır (Hart'ın yapacak olduğu gibi). Bunun geliştirilmesi başka zamana ait bir projedir.

NOTLAR

(1) Bk. ör., *W. Lafave & A. Scott, Criminal Law* 21-25 (1972).

(2) "Yararcılık" terimi Jeremy Bentham'ın çalışmaşından kaynaklanmaktadır. Yararcılık formları J.J.C.Smart in Smart, Utilitarianism, *8 The Encyclopedia Of Philosophy* 206-12 (1967)'de en mükemmel şekilde betimlenmiştir. Makalede not 54, infra, "yararcı" ve "ileriye bakış" terimleri arasındaki ilişkiyi teorilerin nitelendirilmesinde tartıştım.

(3) Bk. *T. Honderich, Punishment: The Supposed Justifications* 29 (1971). Honderich eleştirisel olarak zikreder, *F. Stephens, Liberty, Equality, Fraternity* 161 (1873): "Nefret - intikam, kin veya ne diyecekseniz- hislerini tatmin etmek için [ceza var olur] ki, böyle davranış mülahazası sağlıklıca oluşmuş zihinlerde faaliyete geçer".

(4) Bk. *J. Kleinig, Punishment And Desert* 115-29 (1973).

(5) Bk. ör., *B. Williams,* Conflicts of Values and The Truth in Relativism, in *Moral Luck* 71-82,132-43 (1981); *T. Nagel,* The Fragmentation of Value, in *Mortal Questions* 128-41 (1979).

(6) Bk. *T. Nagel,* supra not 5. Nagel özellikle bu noktayı aydınlatıyor.

(7) *H.L.A. Hart,* Between Utility and Rights, in *Essays In Jurisprudence And Philosophy* 198-222 (1983).

(8) Id. 222'de.

(9) Quinton, on Punishment, in *The Philosophy Of Punishment* 55-64 (H.B. Acton ed. 1969).

(10) Id. 58-59'da.

(11) Rawls, Two Concepts of Rules,in *Contemporary Utilitarianism* 59-98 (M. Bayles ed. 1968).

(12) Kural-yararcılık ilkeleri ilk önce J.O. Urmson in Urmson, The Interpretation of the Moral Philosophy of J.S. Mill,in: *Mill: A Collection of Critical Essays* 179-89 (J.B. Schneewind ed. 1968)'de ifade edilmiştir.

(13) Rawls, supra not 11,62'de.

(14) Oyunlar hakkında bu kıyaslamayı Morawetz, The Concept of a Practice,in *Philosophical Studies* 209-26 (1973)'te ve T. Morawetz, The Philosophy Of Law 46-51 (1980)'de tartıştım.

(15) Bk. Rawls, supra not 11, 76-77'de. Aynı zamanda bk. Urmson, supra not 12. Urmson'un tartışması tam ve açıktır.

(16) Rawls, supra not 11, 63-65'de.

(17) Rawls'un ayırımı meşruluğun iki uyuşabilir çeşidi arasındadır. O, herbir çeşidin normatif gücünü kabul eder.

(18) *J. Rawls, A Theory Of Justice* (1971). Bu zamana kadar Rawls meşruluğun yararcı formlarını açıkça reddeder ve adalet değerini bir dışsal görüşe göre eleştirilmiş bir kavram olarak dışarı koyar. Id. 22-53'te.

(19) Rawls'un modelinin hukuk gibi "açık" uygulamalarda (oyunlar gibi "kapalı" uygulamalara karşıt olarak) gerçekleşen meşruluğa tatbik edilemezliği, yazımın temel konusudur. The Concept of a Practice, supra not 14.

(20) Bu ve yararcılığa diğer itiraz örnekleri için bk. Williams, A Critique of Utilitarianism, in *J.J.C. Smart & B.Williams, Utilitarianism: For And Against* 77-150 (1973).

(21) Bk. Anscombe, Modern Moral Philosophy, in *ethics* 186-210 (J.J. Thomson & G. Dworkin eds. 1968).

(22) Mill ve Bentham tarafından derinleştirilmiş olan yararcılık, en büyük topluluklar için en büyük mutluluktan bahseder. Yirminci yüzyılda yararcılar "istenen doyum" ve "tercih edilen doyum" hakkındaki referansları sık sık arıttılar. Bk. örn., Gauthier, on the Refutation of Utilitarianism, in *The Limits Of Utilitarianism* 144-63 (H. Miller & W. Williams eds. 1982).

(23) Bk. *T. morawetz,* supra not 14,

101-06'da.

(24) *H.L.A. Hart, Punishment And Responsibility* (1968), Hart'ın ceza hukuku üzerine çeşitli yazıları ve denemelerini toplar.

(25) Id. 1'de.

(26) Id. 8-13'te. Diğer amaçlar ve değerleri kapsayan caydırıcılık ve suçun minimumlaştırılmasının, ceza hukukunun genel meşrulaştırma amacının arkasında gidip gitmediği hakkında Hart genellikle agnostik olmakta dikkatlidir.

(27) Id. 172-73'te.

(28) *H.L.A. Hart, The Morality Of The Criminal Law* 54 (1964).

(29) *H.L.A. Hart,* supra not 24, 77-78'de.

(30) Bk. *R. Nozick, Anarchy State And Utopia* 28 - 33 (1974). Nozick belirtir: "Tâli sınırlama görüşü size..... amacınızın izlenmesindeki ahlaki sınırlamaları ihlal etmeyi yasaklar." Id. 29'da.

(31) *H.L.A. Hart, Punishmend And Responsibility,* supra not 24, 10'da (özellikle eklendi).

(32) Çoğu politik filozof topluluklar yerine bireylere ait hakları önerirler. Genel olarak bk. *A. Gewirth, Human Rights* 1-19 (1982); *R. Dworkin, Taking Rights Seriously* 90-94 (1978).

(33) Bk. ör., *T. Honderich,* supra not 3, 22-23'te.

(34) Değerlendir, örneğin, § 1170 of the *Cal. Penal Code* (1976 amendment) (West Supp. 1984): "Yasakoyucu karar verir ve beyan eder ki suç için hapsin maksadı cezadır. Bu maksada, benzer koşullar altında aynı suçu işleyen suçluların mahkumiyet hükümlerinde ayniyet için, suçun ciddiyetine uygun sertlikte metinlerle hizmet edilir".

(35) U.S. Anayasanın hükmü altındaki bu uygulamanın gelişimi *Modern Criminal Procedure* chs. 5, 10, & 11 (Y. Kamisar, W. LaFave & J. Israel eds.,5 th ed. 1980)'de belgelendirilmiş ve açıklanmıştır.

(36) BK. ör., *G. Williams, Criminal Law: The General Part* chs. 8, 10, 11, 17, & 18 (2d ed. 1961).

(37) Bk. *J. Kleinig,* supra not 4, 123-29'da.

(38) Id. 115-29'da.

(39) *J. Murphy, Retribution, Justice And Therapy* 79 (1979) (özellikle silindi).

(40) *I. Kant, Metaphysical Elements Of Justice* 36-39 (J. Land trans. 1965) *(Metaphysische Anfangsgründe Der Rechtslehre* (1979)'un çevirisi).

(41) Bu gibi mecazların ve uslamlamanın bu tarzının kullanılması, M.B.E. Smith in Smith, Is There a Prima Facie Obligation to Obey the Law?, 82 *Yale L.J.* 950 (1973)'te ikna edici şekilde eleştirilmiştir.

(42) *H.L.A. Hart,* supra not 24, 169-73, 182-85.

(43) *J. Feinberg, Doing And Deserving* 55-94, 95-118 (1970).

(44) Id. 82'de.

(45) Id. 83'te.

(46) Id. 101-04'te

(47) Bu ayrımının en iyi ele alınışı ve ahlak felsefesi için anlamı, *P.F. Strawson,* Freedom and Resenment, in: *Freedom And Resenment And Other Essays* 1-25 (1974)'tedir.

(48) Id. 13-16'da.

(49) Bk. Genel olarak *J. Rawls,* supra not 18, 453-512.

(50) Bk. supra not 20-23 ve yanısıra makale.

(51) Analitik (kavramsal) gerçekler ve sentetik (koşullu, ampirik) gerçekler arasındaki bildik ve son derece problematik ayırım üzerinde ilerliyorum. Kabaca, ayırım, terimlerin kullanılması ve manalandırılmasının kişi tarafından anlaşılması yoluyla gerçeğin kavranılacağı önermeleri ve ampirik durumların incelenmesiyle gerçeğin kararlaştırılacağı önermeleri arasındadır. "Etik bir felsefe dalıdır" birinci tür bir önerme iken, "Harold Stassen başkanlık için Cumhuriyetçi adaydır" ikinciye bir örnektir. Ayırım, felsefeciler arasında sonsuz tartışma doğurmuştur. *W. Quine,* Two Dogmas of Empiricism, in *From A Logical Point Of View* 20-46 (1961) and Grice & Strawson, In Defense of a Dogma, 65 *Phil. Rev.* 141-58 (1956), en etkileyici tartışmalar arasındadırlar.

(52) Gayet tabii, kişi, insanların endişesiz olma ve güvenlikten yararlanma yollarını tanımlayabilir, fakat bu tanımlamalar, açıklayıcı değere sahip değildir. Eğer güvenlik ve zarardan endişesiz olma değeri apaçık değilse, onların değerini kanıtlamak için söylenecek çok az şey vardır. Doğal hukukun en küçük kavramının tartışmasını Hart'ta mukayese et. *H.L.A. Hart, The Concept Of Law* 189-95 (1961).

(53) "Bir kural olarak" gerçeğin ne olduğu ve bir istisna olarak gerçeğin ne olabileceği arasındaki ayrılık burada çok önemlidir.

(54) Gördüğümüz gibi, bu durum diğer yararcılarca olduğu gibi kural-yararcılık tarafından da elde tutular. O, adil olanın ne olduğuna ilişkin sezgilerin, yararcı terimler içinde en iyinin ne olduğuna ilişkin sezgilerden daha belirgin olabileceği durumuyla bağdaşabilir. Eğer bu doğruysa adil sezgilerin ölçülmesi yararcı kriterle asla yapılamaz.

(55) *H.L.A. Hart,* supra not 52, 195'te.

(56) Id.

(57) Fiat Justitia ruat coelum, Lucius Calpurnius Piso Caesoninus (d. 43 B.C.), *J. Bartlett. Familiar Quotations,* 133 (15 th ed. 1980) tarafından zikredildi.

(58) Tartışılabilir, sanırım ki, bu en iyi Hart'ın pozisyonuna da uyar.

(59) Bk. ör., *J.S. Mill, Utilitarianism* (1861); *J. Bentham, Principles Of Morals And Legislation* (1789), *R. Brandt, A Theory Of The Good And The Right* (1979); ve *D. Lyons, Forms And Limits Of Utilitarianism* (1965).

(60) Bk. ör., *R. Dworkin,* supra not 32, 94-100'de; *J. Rawls,* supra

not 18, 22-53'te.

(61) Diğer bir söyleyişle, her bir kişi kendi kişisel amacı olarak neyin hesaba katılacağını belirleyen ve bu amaçların doyumunun maksimize edilmesiyle uğraşan olarak görünür. Bir bireyin amaçları, onlara etkili bağlarla bağlanan diğerlerinin amaçlarının kuvvetle gerçekleştirilmesini kapsayabilir veya kapsamayabilir.

KURAMSAL HUKUK SOSYOLOJİSİNİN TEMEL VARSAYIMLARI *

Jean Carbonnier
(Çeviren: Ahmet Halûk Atalay)

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

Gene de bunlar tamamen kurgul bir ilgiye sahip değillerdir. Bunlar, sonraki ampirik sosyolojik araştırmaların içinde yeralacağı bir kavramsal çerçeve oluşturmaya yarayabilirler. Somut araştırmalar için bile, belirli bir kavramsal çerçeveye sahip olmak önemlidir. Kuramsal sosyoloji tarafından özümlenmiş temel varsayımlar bunu sağlayabilirler.

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

§ 1 EVRİM VARSAYIMI

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

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

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

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

Birincisi, roma hukukunun batılı toplumlardaki şasılası ayakta kalışıydı. Kuşkusuz, roma hukuku. Ortaçağ ve sonrasında ancak derinlemesine bir dönüşüme uğrayarak ayakta kalabildi. Fakat bu dönüşümler hakkında, uzmanlaşmamış hukukçular net bir kavrayışa sahip değillerdir. Onların gördükleri, roma hukukunun justinyen kodifikasyonundan sıyrılarak değişmezmiş gibi sürüp gitmeyi başarmış olmasıydı, çünkü üstelik onlara göre bu kurallar yetkin bir ussallık içeriyorlardı. Roma hukuku, özellikle roma borçlar hukukununkiler olmak üzere kimi dogmatikleri bunları geometri teoremleri kadar dayanıklı kılacak tarzda kesinliyordu; çünkü o da geometri teoremleriyle aynı ussallık niteliğine sahipti. Geometri ilkelerindeki değişken olmayış özelliği borçlar hukuku için daha fazla geçerlidir, çünkü roma hukuku ilk kez ve nihai olarak borçların öklidyen geometrisini ortaya koydu.

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

Oysa hukukun, değişmezliğe dair harhangi bir şeyi temsillemek söyle dursun, bizzat değişimin konusu oluşu hukuk sosyolojisinin bir postülasıdır. Hukuk sosyolojisi az çok değişimci olmadan edemez. Bu anlamda, hukuk sosyolojisinin doğal hukuk düşüncesiyle bağdaşmasının güç olacağını söylemek yerinde olacaktır. Hukuk sosyolojisi için, doğal hukuk düşüncesinin kendisi bile olumsal, göreli ve evrimseldir [1].

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

A-Varsayımın Anlamı

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

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

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

Aslında hukuksal kurumlara ilişkin bir organisist kavrayış sözkonusudur. Bu kavrayış Iering'de ilgi çekici bir belirginlik arzeder. Onun için bir hukuksal kurum bir bütün; hukuksal kuralların belirli bir akla bağlı olduğu ve onun tarafından harekete geçirilen bir toplamdır. Gerçekten bir varlık, bir yaşayan varlık olarak hukuksal kurumun yaşamın temel kuralına tabi olarak, gelişmeye ve çökmeye, büyümeye ve yaşlanmaya elverişli olması doğaldır. Hukuksal kurumların yaşamın ardarda gelen aşamalarından geçmesi sosyologların, hatta hukukçuların bile yeterince aşina oldukları bir düşünüş tarzıdır. Sözkonusu kurumların gençliğinden ya da yaşlılığından kolaylıkla sözedilebilmektedir. Hukuk yazınında şu ya da bu kurumun ya da yasanın (örneğin Medeni Yasanın mirasçıların defter tutma hakkına ilişkin bölümü) yaşlandığından, ya da tersine gelişmekte olduğundan (örneğin evlat edinme) sözedilmesi bir biçimde hukukçuların bilincine kendini dayatarak evrim varsayımına bir temel sunar.Toplumu canlı bir organizma olarak kavrayan ve aslında genel sosyolojide epey tartışmalı bulunan postulaya ilişkin kuşkular taşıyan diğer bazı yazarlar, açıklamayı toplumu canlı bir bütün olarak değil, ama onu oluşturan bireylerin bir bütünü olarak anlaşılır hale getirdiler. Bireylerin fizik gerçekliği, bütün bir uslamlamaya daha sağlamca dayanak sunabilir görünüyordu.

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

mışsa, bu da zaten sınırlı ve başkalaşmış bir haldedir. Bu çözümlemede fransız bireyselciliğinin aşırı vurgulanışı ve temel bir sosyolojik tutumun yeterince kavranılamamış olması itiraz konusu olmuştur: yalnızca hukuk gibi kollektif bir olgu, değişime uğrayışında olduğu kadar ilk halinde de, bizzat kendileri kollektif olan nedenlere sahip olabilir. Oysa gerçekte, kollektif bir olgunun bireysel tutumların dışında herhangi bir varlık alanına sahip olabileceği kanıtlanabilmiş değildir.

Kuşkuya daha çok yol açabilecek olan ise, evrimin ritmi hakkındaki tezin içine sokulan vargıdır. Açıktır ki, hukukun evrimi belli belirsiz değil, ancak kerteli bir evrim olabilir. Aslında bu, en alışılmış biçimini alan bir betimlemedir: hukukta -gelenek, içtihat, zamanaşımı gibi- aklın bunları yavaş etkiler olarak ancak doğal bulmasını sağlayacak nice mekanizma mevcuttur. Bununla birlikte doğa, doğa bilimcilerinin evrim bakımından ayırdedici bir rol atfettikleri sert mutasyonlara yabancı değildir. hukukun evriminin sürekli bir belli belirsiz değişme tarafından çok derin, fakat aralıklı ve düzensiz mutasyonlar eliyle gerçekleştiği ise açıktır. Devrimler; bunlar kadar ateşli olmasalar bile büyük yasama reformları, yenileyici kodifikasyonlar hukukun uğradıklarıyla biyolojideki mutasyonları örtüştürmeyeceler midir? Bu gözönüne alınmalıdır. Evrimin bu iki yönünün içerdiği karşıtlığı katılaştırmak yanlış olacaktır çünkü bu, bize her zaman ani (ve keyfi) gibi görünen bir mutasyonun (bir reformun) gerçekte farkedilmez ve uzun bir olgunlaşma çabasının sonunda hazırlanmış olup olmadığını bilme sorunudur.

Fakat, hukukun evrimi varsayımını, ona oldukça dışsal kalan sorunlarla doldurmak arzulanır olmayabilir. Bu yüzden varsayım, katıksız felsefi biçimiyle; onu tarih felsefesine bağlayacak tarzda basitleştirilerek yararalanılabilir hale getirilir. Bütün olaylar zaman içerisinde ve metafizik olarak da oluş içerisinde yer alırlar, denebilir. Bir tarihsel olay, hatta olaylar dizisi olan hukuk, evrensel oluşa, Herder'in en lirik filozofu olduğu bu Werden'e* zorunlulukla dahil olur: Herder, hukuksal bir disiplinde yeri orası olmayan bir otorite değildi, çünkü onun oluş felsefesi hukuk düşüncesinde doğrudan etkilenime yol açtı. Etkisi yalnızca Charles de Savigny gibi bir tarihçide değil, fakat Portalis gibi bir yasamacıda da fark edilebilir. Portalis Direktuar döneminde sürgündeyken alman seçkinlerini Herder'in ideolojisine alıştırdı; zamanla oluşan yasalar üzerine ünlü "Discours préliminaire"inin pek çok satırında yankılanan *Werden*'di: hukuk, bütün diğer şeyler gibi evrensel oluşun dalgalarında sürüklenir.

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

* *Oluş (ç.n).*

Dahası oluşun herhangi bir ussal yorumlamaya elverişli bir anlamı da olmayabilir. Ussallık ilkesi, insan düşüncesine öylesine işlenmiştir ki, evrim varsayımına onunla aynı yönde kimi başka varsayımlar da eşlik ederler. Bunlardan - antik fakat sürekli güncelleşebilen-evrimin dairesel ya da sarmal bir yol izlediğine ilişkin olanını bir kenara koyalım. Kimileri, hukuksal sistemlerin bütünüyle ve durmadan tiranlık-demokrasi-anarşi-tiranlık çevriminden geçtiklerini varsayarlar. Diğer kimileri ise, daha az bir yaygınlıkla fakat kuşkusuz daha çok yerindelikle, kimi tekil kurumların (biçimcilik ya da boşanma gibi) (3) nasıl yüzyıllar boyunca ortaya çıktıklarını, ortadan yok olduklarını, yeniden beliriverdiklerini gözlemlemekle yetinirler. Oldukça farklı bir bakışla, bir çok gözlemciye göre,örneğin suçluluk gibi geniş kapsamlı kimi hukuksal kurumlar açıklanmayı bekleyen nedenselliklerivle, çevrimsel itkilere tabidirler.

Regressifler ve progressifler olmak üzere iki kampa bölünmüş oldukları halde pek çoğu lineer bir evrime inanırlar. Gerçekte, artık bir zamanlar olduğundan çok daha az sayıda regressif vardır. Bütün bir antik düşünce için, altın çağda, insanlığın kökeninde bir yasasız dönem olmuştur. Hukuksal olanın ortaya çıkışını belirleyen bozulmamız - ya da günahlarımız- ve kötülüğe olan eğilimimizin gittikçe şiddetlenmesiyle hukukun da hızla üreyip çoğalmasıdır. Devrim, Rousseau'nun da etkisiyle, bu 'nomogoni'yi hesaba katmalıdır; o, önce yasaların bozulmuş bir uygarlığın göstergesi olduğunu ve altın çağa dönüşün toplumu hukuksuzlaştırmasıyla; bir tür hukuken silahsızlandırılmasıyla olacağına inanmış olmalıydı. Fransa, yasalarının karmaşıklığını ve sayıca çokluğunu giderecek (kısa ve özlü olarak kaleme alınan Cambacères yasalarının espirisi de buydu) ve yargılamayı tahkimle ikame edecekti.

Ancak çoğu zaman hukukçuların ürünü olmuş olan hukuk felsefesinin, kendini böylece hukukun intiharıyla ödevli saymasına çok ender rastlanır. Çağımızda, toplumun ilerlemesini hukukun ilerlemesiyle özdeşleştirmek zihinsel bir alışkanlık halini aldı. Gene de ilerleme nosyonu bütün disiplinlerde sorunsuz yürümemektedir. Bu güçlüklerden en kayda değer olanı, maddi ilerleme bir gözlem nesnesi oluşturabilse bile bunun moral ilerleme için aynı oranda geçerli olamayışıdır. Oysa eğer hukukun ilerlemesi moral ilerlemenin biçimlerinden birisiyse, bütün mesnel doğrulamaların elinden kaçıp kurtulan moralite alanına ilişkin görünmektedir. Çağdaş dogmatikte, hukukun ilerlemesinden sözetmek bir diğer ortak noktadır. Bu, kendisini özellikle, daha çok güvenlik ve daha çok adalet olarak göstermiş bulunan bir ilerlemedir. İlerleme hareketinin *dies a quo*'su* üzerinde, hızı ve bunu ölçmeye yarayabilecek göstergeleri üzerinde, bunların kesinliği konusunda oldukça kanaatkar olunmak durumundadır.

İlerleme hareketini, yönünü belirtmeksizin bir postüla olarak ka-

* *Başlangıç tarihi (ç.n).*

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

B- Varsayımın Sınırı

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

Asıl soru şudur: insan doğasında sürekli, değişmez (en azından tarihsel gözlem ölçeğinde değişmez) bir unsur yok mudur? Çok daha önce, ölümünden sonra yayınlanan *Carnets*'sinde Lucien Levy-Bruhl, arkaik toplumlarda incelediği sihirli, mistik ve usdışı zihniyetin aslında uygar toplumlarda da ussallığın ince tabakası üzerinde, her türlü ruhsal durumun içyüzünü oluşturup oluşturmadığını soruyordu. Bu acaba, bir başka tarzda da olsa, Carl Gustav Jung'un sözünü ettiğiyle aynı şey değil midir? Kuşkusuz onda bir bilimciden çok bir şairi görmek mümkündür. Düşündüğü şey bilim için daha az bulanıklaştırıcı değildir. Çünkü Jung kollektif bilinçaltını ileri sürerken, şu an sahip olduğumuz bilinçli imgenin karşıtı olagelen dünyanın zaman ötesi imgesinin bir türünü; evrensel tarihin bir deposunu; geçmiş kuşaklara değgin yüzlerce binlerce yıldan aktarılan deneyimlerin yoğunlaştığı bir arketipler dağarcığını kastetmektedir. Ve elbette, birbirlerine pek benzemeyen iki ayrı etnoloji sözkonusu olsa da, Jung'dan sonra Claude Lévi-Strauss anılabilir: doğayla toplumu iki karşıt unsur olarak alan bu yazar, dış görüntülerinin farklılaşıp değişmesine rağmen kimi şeylerin hiç değişmeden kaldıklarını savunur.

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

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

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

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

§ 2 YAPIYA İLİŞKİN VARSAYIMLAR

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

A - Hukuksal Çoğulculuk Varsayımı

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

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

hukuk, hukuk olarak nitelendirilebilecek diğer kural sistemlerini ancak yokumsayabilir.

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

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

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

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

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

Hukuksal çoğulculuğun bu silik biçimleri, ortaya çıkarılıp dökümlerine girişilebilsin diye, öncelikle *guruba ilişkin olgular* olarak tasarlanabilirler. Bir ülkenin hukuk düzeni, tarihsel nedenlerle farklı kaynaklardan kökenlenmiş unsurların birleştirilmesinden oluşmuş olabilir: işte buradan bir hukuksal çoğulculuk ortaya çıkacaktır.

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

Günümüzde genel sosyolojide bu olgular kategorisi genel olarak *akültürasyon* kavramına dahil edilmiştir: akültürasyon, yabancı kimlikli bir kültürün yerli kültüre aktarılması durumunda sözkonusu olur. Böylece, sömürge sonrası ülkelerde, akültürasyon olguları ortaya çıkmaktadır. Bu, entelektüel, toplumsal, ekonomik fakat aynı zamanda hukuksal bir akültürasyondur. Batılı hukukların afrika ya da asyalı ülkelere (örneğin genellikle avrupa modeline öykünerek sözleşmeler ve borçlar yasaları çıkartan Orta Doğu ülkeleri) aktarılmış olduğu oranda akültürasyon olguları da ortaya çıktılar. Bu olgular sosyolojik olarak kendilerini bir hukuksal çoğulculuk aracılığıyla açığa vururlar. Yerli kurallar (adetler) ile devlet hukukunca yaptırımlandırılmış yabancı kökenli kurallar arasında bir tür uyuşmazlık ortaya çıkmaktadır. Aktarılmış kurallar eski kuralların yaşamayı sürdürdüğü topluluğun derinliklerinde sosyolojik bir direncin kapısını çalacaklardır. Aktarılan hukukla geleneksel hukuk arasındaki çatışma *(clach)*, hatta çarpışma bundan dolayıdır. Bir sosyolog için öyle olmasa da, bu iki düzenden birinin yürürlüğe sahip bulunması hukukçu için çok önemli bir konudur. Sosyolojik olarak her iki hukuk düzeni de aynı düzeydedir.

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

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

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

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

Pozitif hukukun bizzat kendisi, sosyolojik olarak varlığını sürdüren eski yasayla, dogmatik olarak yürürlükte olan yeni yasa arasındaki bu çatışmalar hakkında örnekler sunmaktadır. Öyle ki, Devrim feodal rantları ilga ettiğinde, bu rantların borçluları, en azından bazı yörelerde hiç bir şey olmamış gibi, kendilerinden ödemede bulunmayı sürdürdüler. Bu böylece on ya da yirmi yıl sürdü. Daha sonra bunların mirasçıları daha önce belirli bir borç olmaksızın yapılan bu ödemeli geri istemeye giriştiler. Burada, yeni ve aynı zamanda pozitif hukuk ile, yenisinin ilga edebileceği ancak borçluların bilincinde yaşamayı sürdüren eski hukuk arasındaki çatışma en belirgin biçimiyle kavranmaktadır. Mahkemeler de bu durumu yeterince gözönüne aldılar. Eğer yalnızca ve katıksızca dogmatik hukukun kurallarını uygulasalardı, yasal olarak ödenmesi zorunlu olmayan bir borcun ödenmesine hükmetmiş olacaklardı; böylece bu yoldaki talep de kabul edilebilir olacaktı. Bu sorundan, "doğal borç" dolambaçlı çözümüyle sıyrılabildiler. Mahkemeler, devrimci yasama tarafından ilga edilmiş bu rantları ödeyen borçluların bunu, sonradan cayılamaz bir vicdani borç olarak yerine getirdiklerini bildirdiler. Böylece doğal borç kavramı iki hukuk düzeni arasında köprü işlevi gördü: ilga edilmiş olmasına rağmen yaşayan hukuk düzeni ve yüzeysel anlamda pozitif hukuk düzeni. Bu kavramın müdahalesi bile yeterince göstermektedir ki sorun tümüyle hukuk dışı bir alanda çözülmüş değildir. Doğal borç, farklı bir katmanını oluştursa da nihayet hukuka ait bir kavramdır. Bu da gösteriyor ki, aynı hukuk sisteminin bağrında pek çok hukuk düzeni birarada bulunabilirler.

B - Hukuk Sosyolojisinin Temel Teoremleri

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

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

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

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

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

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

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

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

* *Sıçrama (ç.n.)*

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

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

Artık bu konuda yanılgıya düşülmemelidir. Burada sözkonusu olan, sosyolojik olarak -ve belki de daha çok kavramsal olarak bir hukuk tanımında yargısal çekişmenin (nasıl hastalık yaşamın bir parçasıysa) önemini küçümsemek değildir. Adet kuralı karşısında hukuk kuralını, ya da daha geniş anlamda hukuksallık içermeyen 'toplumsal olan' karşısında hukuksal olan'ı tanımlamanın ne denli güç olduğu bilinir. Oysa, bir son belirleme olarak, en az kuşku verici tanım şöyledir: 'hukuksal olan' ; yargılamayı tahrike özgü, davaya elverişli, yargıç ya da hakem olarak adlandırılan kimsenin oldukça özel türde etkinliğinden ötürü yargılanabilirlik niteliği bulunandır. Fakat yargılama kavramı, bir davanın genellikle apaçık olmayan olanaklılığını da içerir, ancak bundan, hukukun yargısal çekişmeyle içiçe geçtiği sonucunu çıkarmak yanlış olur.

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

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

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

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

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

Hukuk sosyolojisinin, sırf hukuka ilişkin olmak yüzünden evreni bir hukuk kitabını okur gibi kavramak zorunda olduğuna inanması üzücü olacaktır. Gerçi genel sosyolojinin kimi zaman bu kez ters yönde bir aşırılığa kapılarak incelediği olguların (özellikle aile konusunda) hukuksal bir yüzeye de sahip olduklarını görmezden geldiği, bu konuda yalnızca tutumlara ilişkin olguları görmekle sınırlı kaldığı da bir gerçektir. Fakat bir aşırılık diğerini haklı göstermez. Hukuk sosyolojisi hukukun varolduğunun, pek çok insanal davranışın ya nedeni ya da sonucu olduğunun yeterince ayrımında olmakla beraber yaşamın hukukta olduğundan çok daha fazla şey içerdiğini de bilmektedir. Hukukun kendiliğinden önemlilik arzetmeyişi hukuk sosyolojisinin bir postülası olmak zorundadır; hukuk, toplumsal ya da bireylerarası ilişkilerin yüzeyinde adeta bir köpüktür. Eğer burada bize bir varsayım gerekiyorsa bu panjürizmden uzak bir biçimde, hukuksuzluk sağlıklı varsayımı olacaktır.

(1) :Örneğin Gustav Glotz antik yunanın nasıl ard arda iki adalet kavramına sahip olduğu gösterdi: önce, ev tanrıları kültünden türeyen ve *genos* tarafından sınırlandırılmış mistik adelet, *thémis;* sonra, sonuçta *thémis'i* özümlemiş olan medeni, laikleştirilmiş adalet, *diké.* Aynen doğal hukuk akımlarının hukuk sosyolojisinin gözleri önünde birbirleriyle kavga etmelerinde olduğu gibi.

(2) :A. Sauvy, La Nature Sociale. 1957.

(3) :Cf. J. Léauté. *Les éclipses et les renaissances d' institution en droit civil français,* thèse Paris, 1946

(4) :Özellikle 1935'deki yapıtı, *L'expérience juridique et la philosophie du droit.* Belki Gurvitch bu konuda, ustası polanyalı sosyolog Petrazycki'ye çok şey borçlu olabilir. Petrazycki, çocuk

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

TOPLUMSAL YAPI *

A.R. Radcliffe-Brown
(Çeviren: Mehmet Tevfik Özcan)

Bazı arkadaşlarımca, bu fırsatı sosyal antropolojideki yaklaşımım çerçevesinde bazı düşüncelerimi ve otuz yıl önce Cabridge ve London School of Ecomomics'de öğretim üyeliğine başlamamdan bu yana öneminde tutarlı şekilde ısrar ettiğim toplumsal yapı araştırmamı ortaya koymak için kullanmam önerildi. Komuşmamda, önerilen konu çerçevesinde bir şeyler söylemek istiyorum.

Konuşmaya şahsıma ilişkin bir not ile başlarsam, beni mazur göreceğinizi ümit ediyorum. Çoğu kez, 'Fonksiyonel Antropoloji Okulu' denilen yaklaşıma dahil bir kişi, hatta yaklaşımın lideri veya liderlerinden biri olarak nitelendirildim. Bu Fonksiyonel Okul, Profesör Malinowski tarafından icat olunmuş, gerçekte mevcut olmayan bir efsanedir. Malimowski, bunu kendi sözleriyle "Fonksiyonel Antropoloji Okulunun muhteşem ismi tarafımdan verildi, kendi yaklaşımım ve geniş ölçüde sorumluluğunu taşımadıklarım dışındakiler bunun içindedir," şeklinde ifade etti. Profesör Malinowski'nin sorumluluk taşımaması talihsiz sonuçları beraberinde getirdi. Bu yüzden antropolojinin her tarafını 'fonksiyonalizm' tartışmasının yoğun sisi kapladı. Profesör Lowie fonksiyonalizmin ondokuzuncu yüzyıldaki tek değil, fakat öncülük yapan temsilcisinin Profesör Boas olduğunu ilân etti. Bu görüşte, sadece kronolojik olandan başka bir anlamın bulunmadığını düşünüyorum; bunun için de, Profesör Boas'ın izleyicisi veya Profesör Malinowski'nin selefi şeklinde adlandırılabilirim. 'Fonksiyonalist' olduğumu söylemem bana anlamsız bir konuma sürüklenmek gibi görünüyor.

Doğa biliminde bu anlamdaki 'okullar'a yer yoktur ve ben sosyal antropolojiyi doğa biliminin bir dalı sayıyorum. Her bilimadamı seleflerinin araştırmalarından hareket eder, anlamlı bulduğu problemleri ortaya koyar, gözlem ve muhakemeye dayalı çabalarıyla teorinin büyümekte olan yapısına katkılarda bulunmaya çalışır. Bilimadamları arasındaki işbirliği aynı veya birbiriyle ilişkili

(*) *A.R. Radcliffe - Brown, "On Social Structure," Structure and Function in Primitive Society, ed. by.E.E. Evans - Pritchard and Fred Eggan, New-York, The Free Press, 1965,z pp. 188-204. Makale, yazarın Royal Anthropological Instute'de yaptığı başkanlık konuşmasının metni olup, ilk kez Journal of Royal Anthropological Instute, Vol. LXX(1940)'da yayınlanmıştır(çn).*

problemleri araştırmaları olgusundan gelen bir sonuçtur. Bu türden işbirlikleri, felsefe ve resimde ortaya çıktığı gibi bilim alanında okulların ortaya çıkması sonucunu vermez. Bilimde ortodoks veya heterodoks yaklaşımlara yer yoktur. Bilimde en zararlı olan doktrinlere bağlanmaktır. Bunlardan dolayı, bir hoca öğrencinin bilimsel metodları öğrenmesi ve kullanmasına yardım etmeyi gerçekleştirebilir; onun işi müritler yaratmak değildir.

İnsan toplumunun teorik doğal bilimi olarak anladığım sosyal antropoloji, esas olarak toplumsal olguların fiziksel ve biyolojik bilimlerdekine benzer yöntemlerle araştırılmasıdır. Eğer buna niyetli olan varsa, ben konuyu 'karşılaştırmalı sosyoloji' olarak isimlendirmeye oldukça istekliyim. Önemli olan, konunun ismi değil bizzat kendisidir. Bildiğiniz gibi, sosyal fenomenlere doğa bilimlerinin kuramsal metodlarını uygulamayı olanaksız veya en azından yararsız bulan etnolog veya antropologlar bulunuyor. Bu kişiler için, tanımladığım anlamda sosyal antropoloji mevcut olmayan ve asla mevcut olmayacak bir bilimdir. Benim düşüncelerim de, doğal olarak o kişilere göre, anlam taşımamakta veya en azından taşıdığına inandığım anlamdan yoksun bulunmaktadır.

Ben, sosyal antropolojiyi insan toplumu üzerine araştırma olarak tanımlarken, bunu kültürün araştırılması olarak tanımlayanlar da mevcut. Belki, bu tanım farkının fazla önemli olmadığı düşünülebilirdi. Ancak, gerçekte bu tanım farkı, üzerinde çalışılan konunun formüllendirilmesinde uzlaşmaya varabilmenin güç olduğu iki ayrı türden çalışmaya yol açıyor.

Sosyal fenomenlerin önsel tanımlanması için bana yeterince sarih görünen ve kendileriyle çözüme gitmemiz gereken, bireysel organizmalar arasındaki birleşme ilişkileridir. Bir arı kovanında kraliçe, işçi ve erkek arıların birleşme ilişkileri bulunur. Bir hayvan sürüsünde, anne kedi ve yavruları arasında hayvanların birlikteliği bulunur. Bunlar sosyal fenomenlerdir; kimsenin bunları kültürel femonen sayacağını sanmıyorum. Doğallıkla, antropolojide sadece insanlarla ilgiliyiz; ve sosyal antropolojide, tanımında yer aldığı gibi, üzerinde çalışılması gereken, insanlar arasında bulunabilen birleşme şekilleridir.

Şimdi, sosyal antropoloğun ilgilendiği somut ve gözlemlenebilir olguların neler olduğunu ele alalım. Eğer, çalışmamızı örnek olarak Avustralya'nın bir bölümündeki yerliler üzerinde başlatırsak, belli doğal çevrede, belli miktarda bireysel insan varlıkları buluruz. Bu insanların davranışsal eylemlerini gözlemleyebiliriz; gözlemimize, doğal olarak, konuşma ve maddi üretim eylemlerini katabiliriz. Kültürü, sözcüğün her hangi bir somut gerçekliği ifade etmemesi, buna karşın sadece bir soyutlama, hatta yaygın olarak kullanılan belirsiz bir soyutlama oluşu nedeniyle gözleyemeyiz. Buna karşın, dolaysız gözlem, bu insanların sosyal ilişkilerin karmaşık ağı aracılığıyla birbirlerine bağlı olduklarını

ortaya çıkarır; bizi bu bağlılığın bilgisine ulaştırır. ' Tolumsal yapı' terimini bu eylemsel olarak var olan ilişkiler ağını ifade etmekte kullanıyorum. Eğer, ben etnolog veya psikolog olarak değil, sosyal antropolog olarak çalışıyorsam, bunu araştırma içinde yer alan uğraşım kabul ediyorum. Toplumsal yapı üzerine yapılan çalışmaların sosyal antropolojinin bütününü oluşturduğunu kastetmiyorum; fakat, toplumsal yapının bu bilim dalının en önemli anlamında temel bölümünü oluşturduğuna inanıyorum.

Benim doğa bilimi görüşüm, evrenin yapısını bize duyumlarımız aracılığıyla ulaşan veriler çerçevesinde sistematik olarak araştırmak noktasındadır. Her birisi yapıların belli bir sınıfı veya belli bir türüyle ilgilenen bilim dalları var; bundaki amaç, bütün yapıların karakteristiklerini bulgulamaktır. Bu yüzden, atom fiziği atomların, kimya moleküllerin, kristalografi ve kolodyal kimyası kristal ve koloidlerin, anatomi ve fizyoloji organizmaların yapılarıyla uğraşır. Bu yüzden, elementer birimlerini insanların oluşturduğu toplumsal yapıların genel karakteristiklerinin bulgulanması görevini doğa biliminin bir dalı olarak öne sürüyorum.

Sosyal fenomenler doğal fenomenlerin ayrı bir sınıfını oluşturur. Bunların tümü, şu veya bu yolla ya içinde ifadesini bularak, ya da bundan kaynaklanarak toplumsal yapıların varlığıyla bağıntılıdır. Toplumsal yapılar, bireysel (biyolojik-Çn) organizmalar kadar gerçektir. Karmaşık bir organizma, yaşayan hücrelerin, dokular arası sıvıların belli bir yapıda bir araya gelmesidir; bunun gibi, canlı bir hücre de, karmaşık moleküllerin yapısal düzenlenişidir. Organizmaların yaşamında gözlediğimiz fizyolojik ve psikolojik fenomenler, basit olarak organizmayı oluşturan molekül veya atomların doğası sonucu değil, fakat hepsinin içinde birleştiği yapının sonucudur. Bu yüzden, herhangi bir insan toplumunda gözlemlediğimiz sosyal fenomenler de tek tek insanların değil, bunları bir araya getiren toplumsal yapının sonucudur.

Şurası kaydedilmelidir ki, toplumsal yapıları incelemek demek, bazı sosyologların kendi konu alanları olarak ifade ettikleri sosyal ilişkileri incelemekle tamamen aynı şey değildir. İki kişi arasındaki sosyal ilişki (bu kişiler Cennet Bahçesi'ndeki Adem ve Havva olmadıkça), çok sayıda başka kişileri de çevreleyen geniş bir sosyal ilişkiler ağının parçası olarak bulunur ve bu ilişki ağının kendisini, incelemenin objesi olarak alıyorum.

'Toplumsal yapı' teriminin kimisi oldukça bulanık olmak üzere, değişik anlamlarda kullanıldığından tabii ki haberdarım. Bu, ne yazık ki, antropologların kullandığı başka bir çok terim için de doğrudur. Terimlerin ve anlamlarının seçilişi bilimsel bir uylaşım sorunudur. Fakat bilimin karakteristiklerinden biri, şekillendiği ilk dönem geçer geçmez, teknik terimleri bütün mensuplarının aynı kesin anlamda kullanmalarıdır. Bu tecrübe ile, sosyal antropolojinin

kendisini henüz tamamlanmış bir bilim olarak açığa vurmadığını üzülerek söylüyorum. Bu nedenle, kişi kendisi için bilimsel analizdeki belli amaca en uygun görünen terim ve tanımları seçmek zorundadır.

Bazı antropologlar, toplumsal yapı terimini, devamlılıklarını ve kimliklerini esas alıp üyelerinin değişmesini ihmal ederek, ulus, kabile ve klan gibi devamlılık arzeden toplumsal grupları ifade etmek için kullanıyorlar. Dr. Evans-Pritchard, Nuer üstüne hayranlık uyandıran son kitabında toplumsal yapı terimini bu anlamda kullanmayı tercih ediyor. Bu tür devamlı toplumsal grupların varlığı, kesinlikle yapının çok önemli bir yönüdür. Fakat, ben toplumsal yapı terimi içine bundan daha fazlasını katmayı yararlı buluyorum.

İlk planda, kişiden kişiye olan bütün sosyal ilişkileri toplumsal yapı içinde düşünüyorum. Örneğin, herhangi bir toplumun hısımlık yapısı, baba ile oğul, annenin erkek kardeşi ile kız kardeşin oğlu arasındaki gibi belli sayıda ikili (dyadic) ilişkilerden oluşur. Bir Avustralya kabilesinde, toplumsal yapının tamamı soy sayımı yoluyla oluşmuş bağlarla kurulu kişiden kişiye ilişkiler ağına dayanır.

İkinci olarak, toplumsal yapı teriminin altına kişilerin ve sosyal rolleri aracılığıyla sınıfların farklılaşmalarını koyuyorum. Erkek ve kadınların, şefler ve sıradan insanların, işverenler ve işçilerin farklı sosyal konumları, ayrı klan veya uluslara mensup olmaları gibi, sosyal ilişkilerin çok sayıda bulunan determinantlarıdır.

Toplumsal yapı çalışmasında ilgilendiğmiz somut gerçeklik, belli bir zaman diliminde, belli insanlara bağlı durumda eylemsel olarak mevcut ilişkiler toplamıdır. Dolaysız gözlemleri üzerinde yapabildiğimiz şey budur. Fakat bu, kısmi olarak açıklama girişiminde bulunmak da değildir. Bilim, (tarih ve biyografiden farklı olarak), tekil ve biricik olanla değil, fakat yalnızca türleri ve içinde tekrarlanan olayları ile genelle ilgili olandır. Tom, Dick ve Harry'nin gerçek ilişkileri veya Jack ve Jill'in davranışları bizim alan çalışması defterimize girebilir ve genel bir tanımlama için betimlemeler sağlayabilir. Fakat, bizim bilimsel amaçlarla gereksindiğimiz, yapının formunun değerlendirilmesidir. Örneğin, eğer bir Avustralya kabilesinde annenin erkek kardeşi ve kız kardeşin oğlu konumundaki kişilerin birbirlerine davranışlarının örneklerini gözlemlersem, bu, ilişkinin değişimlerini değerlendirerek tekil örneklerden genel veya normal formu mümkün olan kesinlikte ortaya koyabilmek içindir.

Eylemsel olarak gerçekleşen, dolaysızca gözlemlenebilen somut gerçeklikle yapısal form arasındaki önemli fark, alan araştırmacısının açıklamasındaki gibi, muhtemelen toplumsal yapının zaman içindeki devamlılığı aracılığıyla açıklığa kavuşturulabilir; devamlılık bir bina gibi statik değil, yaşayan biyolojik bünyenin organik yapısı gibi dinamik bir devamlılıktır. Organizmanın yapısı, yaşamı boyunca daimi bir yenilenme halindedir; buna benzer surette toplumsal yaşam da yapısını yeniler. Bu yüzden, kişiler ve kişi gruplarının eylemsel ilişkileri yıldan yıla, hatta günden güne değişime uğrar. Doğum ve göç yoluyla topluluğa yeni üyeler katılır, yine ölüm ve göç ile bazıları ayrılır. Evlenmeler ve boşanlamalar olur. Arkadaşlar düşman, düşmanlar aralarında barış yaparak arkadaş olabilir. Fakat, bu esnada eylemsel yapı bu yolla değişirken, genel yapısal form, görece olarak kısa veya uzun zaman dilimlerinde değişmez olarak ayakta kalabilir. Bu yüzden, eğer görece olarak kararlı bir toplumu on yıl arayla iki kez ziyaret edersem, üyelerinin bir kısmını, ölmüş, bir kısmını yeni doğmuş, on yaşından büyük hayatta kalmış üyelerin ilişkilerini değişik yollarla değişmiş bulurum. Şimdi, gözlemleyerek bulabildiğim ilişki türleri on yıl önce gözlemlediğimden bir miktar farklı durumdadır. Yapısal form daha az ölçüde değişime uğramıştır.

Öte yandan, yapısal form tedricen, bazen de fetihler ve devrimlerde olduğu gibi görece olarak daha hızlı değişime uğrar. Fakat, en devrimci değişimlerde bile, yapının bazı devamlılıkları varlığını sürdürür.

Toplumsal yapının uzamsal yönüne ilişkin birkaç söz de söylemeliyim. Bir topluluğu mutlak olarak yalıtılmış ve dış dünyayla tümüyle ilişkisiz durumda bulmamız oldukça seyrektir. Tarihin bu günkü döneminde sosyal ilişkiler ağı devamlılığa herhangi bir son vermeksizin bütün dünyaya yayılıyor. Bu, sosyologların gerçekten yüz yüze geldiklerini düşünmediğim bir güçlüğü artan miktarda ortaya çıkarıyor; bu güçlük 'toplum' teriminin anlamını tanımlama güçlüğüdür. Sosyologlar tek tek ayırd edilebilir olsalar da, toplumlara ilişkin olarak farklı varlıklardan söz ediyorlar, tıpkı bizim toplumu organizma saydığımız zamanki gibi. İngiliz İmparatorluğu bir toplum mudur, yoksa toplumlar kolleksiyonu mu? Bir Çin köyü toplum mudur veya açıkça Çin Cumhuriyeti'nin bir parçası mı?

Konumuzun eğer insan toplumlarının karşılaştırmalı incelenmesi olduğunu söylersek, ilgilendiğimiz birim varlığın ne olduğunu ifade edebilmemiz gerekir.

Eğer inceleyebileceğimiz genişlikte bir uygun alanı ele alırsak, bunun içinde ve o bölgeden görülebilen olarak, yani bölge sakinlerinin aralarında ve diğer bölgeler halkıyla ilişkiler ağını inceleyebiliriz. Bu yolla da, istediğimiz bütün alanların toplumsal yapı sistemlerini gözlemleyebilir, tanımlayabilir ve karşılaştırabiliriz. İfademi daha iyi ortaya koyabilmek için Chicago Üniversitesi'nden yakın tarihli iki incelemeye baş vurabilirim; bunların biri Suya Mura ile Dr. John Embree'nin bir Japon köyü, diğeri de St. Denis ile Dr. Horace Miner'in Kanada'daki bir Fransız topluluğu üzerine incelemeleridir.

Toplumsal yapı kavramına yakın olarak bağlı bir kavram, insanın diğer insanlarla ilişkilerinin karmaşası tarafından şekillendirilmiş, toplumsal yapı içinde tuttuğu yeri ifade

eden 'toplumsal kişilik' kavramıdır. Her insanın toplum içindeki yaşamı iki ayrı yönü içerir: insan, bir birey (individual), aynı zamanda bir kişidir (person). Birey olarak insan, karmaşık bir yapı içinde düzenlenmiş, hayatta kaldığı sürece fizyolojik ve psikolojik eylemler, karşı eylemler, süreçler ve değişimlerin içinde gerçekleştiği moleküller toplamından ibaret [biyolojik] varlıktır. İnsanlar, bireyler olarak fizyolog ve psikologların inceleme objesidir. İnsan, bir kişi olarak da sosyal ilişkiler kompleksidir. Kişi, İngiliz yurttaşı, baba, duvarcı, Metodist tarikatı üyesi, İşçi Partisi tarafları ve ilh, durumundadır. Kişiye ilişkin bu tanımlamaların her biri bir sosyal ilişki tarzını veya toplumsal yapı içinde kişiye ait bir yeri gösterir. Ayrıca, toplumsal kişiliğin insanın yaşamı boyunca değişimlere uğradığı da kaydedilmelidir. İnsan, kişi olarak sosyal antropologun inceleme alanına girer. Toplumsal yapı kavramlarını kullanmaksızın kişiyi inceleyemeyiz; keza, tersine, birimlerini oluşturan kişilere ilişkin terimlere baş vurmadan da toplumsal yapıyı inceleme olanağımız yoktur.

Buna rağmen, bana birey ve kişinin aynı şeyleri ifade ettiğini söyleyecek olursanız, size Hıristiyan amentüsünü hatırlatırım. Tanrı üç kişidir, fakat onun üç ayrı birey olduğunu söylemek, geçmişte insanların ölüme mahkûm edilmelerine yol açmış olan sapıklık suçudur. Şimdi, birey ile kişiyi; birbirinden ayırmada yapılacak hata, sadece dinde sapıklık değil, bundan daha kötüsü, bilimde kafa karışıklığı nedeni olacaktır.

Ümit ederim, sosyal antropolojinin fazlasıyla önemli saydığım bir dalını oluşturan inceleme konuma yeterli bir tanım getirdim. Münferit toplumlar üzerinde (yani her bir toplumda gözlemlenebilir yapısal sistem üzerine) yapılan incelemeler ile değişik toplumların (veya değişik tipte yapısal sistemlerin) sistematik karşılaştırılması bir araya getirilmelidir. Karşılaştırma metodunu kullanmak vazgeçilmezdir. Tek bir toplum üzerine yapılan inceleme karşılaştırmalı çalışmanın materyalini sağlayabilir; bu inceleme diğer toplumlara baş vuralarak test edilebilir hipotezleri oluşturma olanağı verir; fakat tek bir toplum üzerine yapılan inceleme, kendi başına, kanıtlanmış sonuçlar sağlayamaz.

Birinci görevimiz, doğallıkla, ulaşabildiğimiz çokluktaki yapısal sistemlerin değişim ve farklılaşmalarını öğrenmektir. Bu, alan araştırmalarını gerekli kılar. Etnografik betimlemeler yapan bir çok yazar, toplumsal yapının sistematik değerlendirmesini temin etme yolunda çaba göstermiyor. Fakat, bizde ve Amerika'da birkaç sosyal antropolog bu tür verilerin ve incelemelerimiz için kararlı olarak büyüyen materyali sağlayan çalışmaların öneminin farkında. Hatta bundan fazlasını sağlıyorlar; onların incelemeleri 'ilkel' dediğimiz toplumları kapsamakla kalmıyor, Sicilya İrlanda, Japonya, Kanada ve A.B.D. gibi bölgelerdeki toplulukları da içine alıyor.

Eğer toplumların gerçek bir karşılaştırmalı morfolojisine ulaşmak istiyorsak, bununla birlikte yapısal sistem tiplerinin sınıflanması usullerini oluşturmayı amaçlamalıyız. Şahsen bu, ilgimi otuz yıl boyunca vakfettiğim karmaşık ve zor bir görev. Bu tür bir görev, çok sayıda uzmanın işbirliğini gerekli kılıyor ve kanımca, halihazır durumda bu konuyla aktif olarak ilgilenenler parmakla sayılabilecek kadardır. Yine de, bu konuda bir ilerleme kaydedilebileceğine inanıyorum. Bu çalışmalar göze görünür sonuçları hâlâ ortaya koymamıştır; konu üzerine bir kitap antropoloji best-seller'i olamasa da.

Kimya ve biyolojinin üzerinde çalışılan objelerin sistematik sınıflanmasıyla gerçekleşen uygun bir ilerleme noktasına kadar, ki bu esnada sınıflama örneklerinin birinde varlıkları (substances) esas alınırken, diğerinde hayvan ve bitki ölçütleri kullanılıyordu, bütünüyle şekillenmiş bilimler olmadıklarını hatırlayalım.

Morfolojik inceleme değişik yapısal sistemlerin tanımlanması, karşılaştırılması ve sınıflanması olurken, bunun yanında fizyolojik inceleme yer alır. Sorun şudur: Yapısal sistemler hayatiyetlerini nasıl sürdürürler? Sosyal ilişkiler ağının fiilen sürdürülmesinin mekanizması nedir ve nasıl çalışır? Morfoloji ve fizyolojinin terimlerini kullanarak, Ortaçağ felsefecilerinde çok popüler hale gelmiş, ondokuzuncu yüzyıl sosyologlarınca alınmış ve genellikle yanlış kullanılmış, günümüzde bazı yazarlarca tümüyle terk edilmiş toplum ile organizmanın (biyolojik-Çn.) kıyaslanmasına geri dönmüş olarak görülebilirim. Fakat, kıyaslamalar eğer doğru kullanılırlarsa bilimsel düşünüşe önemli katkılar getirirler; burada yaptığım organik yapı ve toplumsal yapı kıyaslaması doğru ve anlamlı bir kıyaslamadır.

Sosyal fizyoloji olarak yaptığım adlandırmada, sodece toplumsal yapı ile değil, bununla birlikte sosyal fenomenlerin her çeşidi ile ilgili durumdayım. Ahlâk, hukuk, görgü, din kuralları, yönetim ve eğitim bir toplumsal yapının varlık ve hayatiyetinin kendileri aracılığıyla sürdürüldüğü karmaşık mekanizmasının çok sayıdaki parçalarıdır. Eğer, yapısal görüş açısına sahip olursak, bu objeleri soyut ve yalıtılmışlıkla değil toplumsal yapı ile dolaysız ve dolaylı ilişkileri içinde, yani kişiler ve kişi grupları arasında toplumsal ilişkilere dayanan veya bunlarla etkileşimde bulunanlar olarak inceleyebiliriz. Bu konuşmada belirttiklerime birkaç betimleme getirmekten fazlasını yapmayacağım.

İlk olarak dilin incelenmesini düşünelim. Dil, belirli bir konuşma topluluğu içinde, konuşma uygulanmalarının birbirinine bağlanmış kümesidir. Konuşma topluluklarının varlığı ve alanları toplumsal yapının karakteristikleridir. Bundan başka, toplumsal yapı ile dil arasında çok genel bir ilişki de bulunur. Fakat, eğer biz belli bir dilin özel karakteristiklerini-sesbilimini, morfolojisini ve de en geniş ölçüde kelime dağarcığını-düşünürsek, bunlarla dilin içinde konuşulduğu topluluğun toplumsal yapısının özel karakteristikleri

arasında tek taraflı veya karşılıklı belirlenime ilişikin dolaysız bir bağlılık yoktur. Toplumsal yapıları benzer, fakat dilleri farklı veya tersi durumdaki toplumları kolayca bulabiliriz. Verili bir toplumda belli bir toplumsal yapı formu ve belli bir dilin bir arada bulunuşu daima tarihsel olayların sonucudur. Doğal olarak, toplumsal yapı ile dil arasında belli dolaylı ve uzaktan karşılıklı etkilenşimler bulanabilir; fakat, bunlar çok önemli görülmemelidir. Bu yüzden dillerin genel karşılaştırmalı incelenmesi, bilimin görce olarak bağımsız bir dalı olarak yararlıdır; bunda dil, içinde konuşulduğu toplumsal yapıdan soyutlanarak incelenir.

Fakat, diğer taraftan dil tarihinin toplumsal yapıya özel olarak bağlı olduğu belli hususiyetleri vardır. Latince'nin küçük Latium bölgesinin dili olmaktan hareketle, Avrupa'nın muayyen bir parçasının dili haline gelmesi, diğer İtalik, Etrüsk ve çok sayıdaki Kelt dillerini yerinden etmesi ve sürecin sonuçta tersine dönerek Latince'nin çok sayıda farklı konuşma formlarına bölünmesi ve nihayet günümüzün Roman dillerini oluşturması süreci yapısal fenomenler olarak örnek gösterilebilir.

Bu yönden, dilin yayılmasında ayrı toplulukların tek bir konuşma topluluğu içinde birleşmesi ve tersine, bölünmesinde farklı topluluklarına ayrılması, toplumsal yapı fenomenleridir. Yine, bu yüzden de, sınıf yapısını içinde barındıran toplum örneklerinde de ayrı sınıflarda farklı konuşma alışkanlıkları bulunur.

İlk olarak dili ele aldım; zira, bana göre dilbilim, sosyal antropolojinin, toplumsal yapıya değinmeksizin verimli olarak çalışabilen bir dalıdır. Bunun bir nedeni var. Konuşma alışkanlıkları takımı bir sistem şeklinde dili oluşturur ve bu tür sistemler ortak ve genel karakterleri ortaya çıkarılmak için karşılaştırılabilir. Bunun sürdürülmesi, bizi özel olarak dilbilim yasaları olan yasalara ulaştırır.

Şimdi de, çok kısa olarak sosyal antropolojinin diğer dallarına ve bunların toplumsal yapının incelenmesiyle ilişkisine bakalım. Eğer, belli zaman diliminde bir yerel topluluğun toplumsal yaşamını ele alırsak, bu süreyi bir yıl olarak kabul edelim, topluluğu oluşturan kişilerin icra ettikleri etkinliklerin tamamını gözlemleyebiliriz. Bunun yanında, bu etkinliklerin bölüşülmesinin, bir şahsın belli şeyleri, diğerinin ötekileri yapmasının gözlemini de yapabiliriz. Bazen, eşanlamlı olarak emeğin toplumsal işbölümü denilen etkinliklerin bölüşülmesi toplumsal yapının önemli bir hususiyetidir. Şimdi, etkinlikler sürdürülüyor; çünkü benim uygun bulduğum deyimle, onlar belli başlı 'tatmin'i sağlıyor; toplumsal yaşamın karakteristik özelliği, bir kısım kişilerin etkinliklerinin diğerlerinin tatminini sağlamasıdır. Basit bir örnekle, bir Avustralya yerlisi ava gittiğinde, eti yalnız kendisi için değil, aynı zamanda karısı, çocukları ve de et elde ettiğinde ona da verme yükümlülüğü altında bulunan diğer hısımları için temin eder. Bu yüzden, bir toplumda sadece etkinlikler değil, etkinliklerden elde edilen tatminler de bölüşülür ve toplumsal

mekanizmanın görece olarak basit, bazen de yüksek düzeyde karmaşık türleri iş sisteminin sonucudur.

İşbölümü mekanizması veya onun bölümleri ekonomistlerce incelenen konu-problemi oluşturur. Ekonomistler üretilen objelerin çeşit ve nicelikleri, bölüşüm şekilleri (yani bireyden bireye veya toplumdan topluma aktarılmaları) ve içinde eldeğiştirmenin gerçekleştiği süreçle ilgilenirler. Böylece, ekonomiye ait sayılan müesseseler dayandıkları toplumsal sistemden az veya çok soyutlanmışlıklarında geniş olarak incelenirler. Bu metod, şüphesiz, özel olarak modern karmaşık toplumlarda yapılan incelemelerde olumlu sonuçlar verir. Metodun kusurları, ilke sayılan toplumlardaki malların mübadelesine uygulamak istediğimizde gözle görülür hale gelir.

Toplumun ekonomik mekanizması, eğer toplumsal yapı ile ilişkisi içinde incelenirse bütünüyle yeni bir ışıkla aydınlanmış olarak görünür. Mal ve hizmetlerin mübadelesi, belli bir yapı, kişiler ve kişi grupları arasında ilişkiler ağına dayanır ve aynı zamanda bunların devanlılığının bir ortalamasıdır. Kanadalı ekonomistler ve politikacılara göre, Kuzey Batı Amerika Kızılderelileri'nin *potlach'* sadece müsrifçe bir aptallıktı ve bu yüzden yasaklandı. Antropolog için bu, soyların, klanların ve yarımların (moieties) toplumsal yapısını sürdürme mekanizmasıdır; bunlar ise haklarıyla (privileges) tanımlanmış mertebe düzenlemesinin birlikteliğiyle mevcuttu.

Herhangi şekilde insan toplumlarının ekonomik müesseselerini tam olarak kavramak iki ayrı açıdan çalışma yürütülmesini gerektirir. Bu açıların birinden, ekonomik sistem, üretilen, taşınan, el değiştiren ve kullanılan değişik tür ve niceliklerde mallarla ortaya konulan mekanizma olarak görünür. Diğer açıdan ise, bu, mübadele veya mal ve hizmetlerin dolaşımıyla devam eden veya ettirilen bireyler ve gruplar arası ilişkiler kümesidir. İkinci görüş açısından toplumların ekonomik yaşamlarının incelenmesi, toplumsal yapının genelde incelenmesinin bir parçası olarak yerini bulur.

Sosyal ilişkiler, sadece ilişkili kişilerin karşılıklı davranışlarına baş vurularak gözlemlenir ve ancak bu yolla açıklanabilir. Toplumsal yapının formu, bu yüzden, birbirleriyle yürüttükleri işlemlerde bireyler ve gruplara uyum getiren davranış örüntüleriyle tanımlanmalıdır. Kısmen, kurallar şeklinde tanımlanan bu örüntüleri kendi toplumumuzda görgü, ahlâk ve hukuk kuralları şeklinde ayırd ediyoruz. Tabiatıyla, kurallar toplum üyelerince tanınmalarıyla varlığını sürdürür; bu tanıma, ya kurallar olarak ifade edildiklerindeki gibi sözel bir tanımadır, ya da davranışların gözlemlenmesiyle açığa çıkarılır. Her alan araştırmacısının bildiği gibi, bu iki tanıma biçimi farklı şeylerdir ve her ikisi de hesaba katılmalıdır.

Eğer bir toplumda görgü, ahlâk ve hukuk kurallarının belli bir toplumsal ilişkiler toplamının varlığını sürdürme mekanizmasının parçası olduğunu söylersem, bu sözüm *tru-*

ism (*) olarak karşılanır. Fakat bu, birçok yazarın insan toplumuna ilişkin olarak şifahen kabul ettikleri ve teorik tartışmalarda veya betimleyici analizlerde henüz yadsımadığı *truism*'lerden biridir. Konu, bu kuralların her toplumdaki mevcudiyetleri noktası değil, fakat bunları genel ve özel örneklerde tam olarak bir bilimsel kavrayış için bilmemiz gerekmesidir.

Örnek olarak hukukun incelenişini düşünelim. Eğer hukuk bilimi literatürünü gözden geçirirseniz, hukuksal müesseselerin büyük ölçüde bir parçası oldukları toplumsal sistemin bütününden az ya da çok soyutlanmış olarak araştırıldıklarını göreceksiniz. Bu, şüphesiz hukukçuların mesleki çalışmalarına en uygun olan metodtur. Fakat, bu metod hukukun mahiyetinin (nature) bilimsel olarak araştırılmasında yetersizdir. Bilim adamının ilgilenmesi gereken veriler, gerçekleşen ve gözlemlenebilir olan olaylardır. Hukuk alanında sosyal bilimcinin gözlemleyebileceği ve bu yüzden veri olarak alabileceği olaylar adliye mahkemelerinde gerçekleşen dava muameleleridir (kararlardır-Çn.). Bunlar gerçekliktir. Yine, bunlar, sosyal antropolog için belli tanımlanabilir sosyal ilişkilerin bireyler ve gruplar arasında sürdürüldüğü, bozulduğunda yeniden inşa edildiği ve biçimlendirildiği mekanizmi veya usulü oluşturur. Hukuk, toplumsal yapıyı yaşatan mekanizmanın bir parçasıdır. Belli bir toplumun hukuk sistemi tam olarak sadece toplumsal yapı ile ilişkisi incelendiğinde anlaşılabilir ve buna karşılık da, toplumsal yapının anlaşılması diğer konularla birlikte hukuksal müesseselerin de sistematik bir araştırmasını gerektirir.

Toplumsal ilişkiler konusunda konuştum, fakat size şimdiye kadar kesin bir tanım önermedim. Bir sosyal ilişki iki veya daha fazla sayıda bireysel organizma arasında ayrı çıkarların uzlaşması veya çıkar farkından doğabilecek çatışmaların sınırlanmasında, belli bir yakınlaşma oluştuğunda gerçekleşir. 'Çıkar' terimini burada, olanaklı olan en geniş anlamda, amaca yönelik olduğunu düşündüğümüz bütün davranışları ifade etmekte kullanıyorum. Bir çıkardan söz etmek, bir süjeyi, bir objeyi ve her ikisi arasındaki ilişkiyi ifade etmektir. Bir süjenin objede belli bir çıkarı olduğunu söylediğimizde, objenin süje için belli değerde bulunduğunu söylemekle aynı şeyi ifade ederiz. Çıkar ve değer karşılıklı terimlerdir ve asimetrik ilişkinin iki yanını gösterirler.

Bu yüzden, toplumsal yapının incelenmesi, hemen, sosyal ilişkilerin determinantları olarak çıkarlar ve değerlerin incelenişine yol açar. Bir sosyal ilişki çıkarların benzerliğinin sonucu değildir; fakat bu ilişki ya kişilerin birbirleriyle karşılıklı çıkarında, ya bir veya daha çok sayıda ortak çıkarda veya bunların ikisinin birlikteliğinde bulunur. Toplumsal dayanışmanın en basit biçimi iki kişinin belli bir sonucu elde etmede çıkar sahibi olduğu ve bu amaca yönelik işbirliği yaptığı yerdedir. İki veya daha fazla kişinin bir objedeki *ortak bir çıkarı*'nda objenin bu bireyler için *sosyal bir değer* taşıdığı söylenebilir. Bundan hareketle, eğer, pratikte toplumun bütün üyelerinin hukuku gözetmede (hukuka uymada-Çn.) çıkarı varsa, hukukun sosyal bir değer olduğunu söyleyebiliriz. Sosyal değerleri incelemek, bu nedenle, toplumsal yapının incelenmesinin bir parçasıdır.

Eski bir çalışmamda genel olarak kuttörensel değerler denilen değerlere, yani kuttören ve mitoslarda ifade olunan değerlere bu açıdan yaklaştım. Dinin, toplumu bir arada tutan harç olduğunu söylemek de belki tekrar *truism* yapmaktır. Fakat bilimsel kavrayış için bunu kabul etmek zorundayım ve bu, toplumun farklı bir çok biçimini araştırmak içindir.

Son bir örnek olarak hakkında geniş bir antropoloji yazını bulunan sihir ve büyüyü zikretmeme izin veriniz. Sihir ve büyünün topluluk üyelerinin ilişkilerine katıldığı sınırlarda sistematik incelenmesinin aydınlatıcı örneği olarak Dr. Evans-Pritchard'ın Zande üzerine çalışmasına işaret etmeliyim.

Kısaca betimlemeye çalıştığım görüş açısından, standartlaşmış davranış biçimleri anlamında toplumsal kurumlar ona ait bir toplumsal yapıyla, bir toplumsal ilişkiler ağıyla mekanizmayı inşa eder, onun varlığını ve devamlılığını sürdürür. 'Fonksiyon' teriminde, son yıllarda gerekli gereksiz, çoğu bulanık olmak üzere yanlış veya doğru değişik anlamlarda kullanıldığı için tereddütlüyüm. Terim [kolayca] kullanılmak yerine, bütün bilimsel terimlerde olması gerektiği gibi, farlılıkları ayırd etmeye yardım etmelidir; terim, bu günkü kullanımıyla ayırd edilmesi gereken şeyleri birbirine karıştırmakta kullanılıyor. Bu yüzden, terimin yerine, 'yarar', 'amaç', 'anlam' gibi daha basit terimler tercih olundu. Fonksiyon terimini değişik şeyleri ifadede kullanma yerine, bir balta veya kazma sopasının yararından, bir sözcük veya simgenin anlamından, bir yasama tasarrufunun amacından söz etmek bana daha bilimsel olduğu kadar, daha uygun ve makul geliyor. 'Fonksiyon', fizyolojide ve bununla sosyal bilimi kıyaslamada çok yararlı bir terim durumundaydı; bu önemli kavram üzerinde anlaşmaya ulaşılmalıdır. Sözcüğü kullanmada alışkanlığım olarak, Durkheim ve diğerlerini izleyerek, toplumsal olarak standartlaştırılmış davranış veya düşünme biçiminin sosyal fonksiyonunu, toplumsal yapının varlık ve devamlılığına katkısı ile ilişkili olarak tanımlamalıyım. Bir canlı organizmada kalbin çarpmasının, mide sularının salgılamasının fizyolojik fonksiyonu organik yapının varlığı ve hayatta kalmasına katkısıyla ilişkili olarak kıyaslanır. Terime ilgim bu anlamdadır, suçun cezalandırılmasının veya Avustralya kabilelerinin totemsel kuttörenlerinin veyahut, Andaman Adası sakinlerinin cenaze ayinlerinin sosyal fonksiyonu gibi. Fakat, bu kullanım, Profesör Malinowski veya Profesör Lowie'nin fonksiyonel antropolojiyle kastettiklerinden farklıdır.

* *Herkesçe bilinen hakikat, bellilik, apaçıklık, doğruluğu kabul edilmiş önerme, mütearife - Çn.*

Toplumsal yapı çalışmasının sosyal morfoloji ve sosyal fizyoloji dediğim iki dalından sonra, şimdi de bir üçüncüsü, yapının bunlar aracılığıyla değişime uğradığı süreçlerin ve yeni yapı formlarının ne surette ortaya çıktıklarının incelenmesi gündeme geliyor. Toplumsal değişme incelemeleri, okuma yazma bilmeyen toplumlarda zorunlu olarak özel bir değişme tipi olan sosyal yaşamın Avrupa istilacıları veya fatihlerinin nüfuz ve egemenliği altında biçimlendirilmesine neredeyse bütünüyle hapsedildi.

Yakın zamanda bu tür değişimleri 'kültür teması' (culture contact) terimiyle ele almak bazı antropologlar arasında yaygınlaştı. Bu terimle, farklı sosyal yaşam formaları, müessese, gelenek ve idelere sahip iki toplum, grup veya bölge arasında tek taraflı veya karşılıklı etkileri kavrayabiliriz. Onsekizinci yüzyılda İngiltere ve Fransa arasındaki düşünce değişimi, ondokuzuncu yüzyılda Alman düşüncesinin her ikisi üzerindeki nüfuzu bu türdendir. Bu ilişkiler toplumsal yaşamın değişmez özelliğidir, ancak bunların toplumsal yapıda belirgin bir değişimle bağlantılı olmaları zorunluğu yoktur.

Afrika'nın okur-yazar olmayan halklarında gerçekleşen değişimler farklı türdendir. Şimdi, Afrika kolonisini veya bir Avrupalı ulusun sömürge veya mülkünü ele alalım. Burada, bölge önceden kendi toplumsal yapıları bulunan Afrikalılarca iskân edilmekteydi. Avrupalılar, barışçıl veya zora dayalı olarak bölge üzerinde 'koloni' yönetimi dediğimiz türde kontrol kurarlar. Burada yeni bir toplumsal yapı oluşur ve değişimler yaşanmaya başlar. Nüfus, bu durumda belli miktarda Avrupalı'yı içerir, bunlar hükümet görevlileri, misyonerler, tüccarlar ve bazı örneklerde buraya tamamen yerleşenlerdir. Bölgenin toplumsal yaşamı, basitce yerliler arasındaki ilişkilere dayanma özelliğini uzun zaman sürdürmez. Bölgede Avrupalıların, sayıda az olsalar da egemenliği ellerinde tuttukları yeni bir siyasal ve ekonomik yapı gelişmeye başlar. Yeni yapı içinde Avrupalılar ve Afrikalılar farklı dilleri, gelenekleri, yaşam tarzları, ide ve değerleri ile ayrı sınıfları oluştururlar. Bu tür toplumlara uygun terim 'birleşik' toplumlar (composite societies) terimidir; çoğul olan bu terim farklı toplumları hatırlatır. Bileşik toplumun karmaşık bir örneğini tek bir ekonomik ve politik yapıda, İngilizce ve Afrikaan dillerini konuşan soyu Avrupa'ya dayananları, Hollanda ve Hotanto kökenlileri, Cape Town'un Malaya takımadalarından göç etmiş halkını, Hindistan'dan göç etmiş Hindu ve Müslümanları, bunlardan doğanları ve birliğin çoğunluğunu oluşturan Bantu kabilelerini içine alan Güney Afrika Birliği ortaya koyuyor.

Bileşik toplumların incelenmesi, onlardaki değişim süreçlerinin betimlenmesi ve analizi karmaşık ve zor bir görev. Malinowski'nin *Memorandum XV of the International Institute of African Language and Culture on Methods of Study of Culture Contact in Africa* (1938) için yazdığı girişte önerdiği metodta konuyu iki veya daha fazla kültürün etkileşim süreci sayarak basitleştirme çabası gerçekten kaçmanın kolay bir yoludur. çünkü, Güney Afrika'da olan, örneğin, İngiliz, Afrikander(Boer), Hotanto, Bantu ve Hind kültürlerinin değil, fakat kendisi de değişim sürecini yaşayan halihazır toplumsal yapı içinde yer alan bireyler ve grupların etkileşimidir. Örneğin, Transkeian kabilesinde olanlar, sadece kabilenin geniş bir ekonomik ve politik yapısal sisteme dahil edilmesi dikkate alınarak açıklanabilir.

Sonuçta, bileşik toplumları ortaya çıkaran, daha gelişmiş bir toplumun egemenliği olgusunu yaşamayan ilkel toplumlar üzerine bilimsel çalışma yapabilmek için, ne yazık ki, güvenilir tarihsel verilerden hemen bütünüyle yoksunuz. Bunların geçmişlerinde yaşanmış değişim süreçlerine ilişkin kayıtlarımız mevcut olmadığından bu konuda araştırma yapamayız, sadece spekülasyon yapabiliriz. Antropologlar Avustralya yerlileri veya Malenezya sakinlerinin toplumlarında daha önce gerçekleşmiş değişimlerin spekülasyonunu yapıyorlar; fakat bu spekülasyonlar tarih değildir ve bunların bilime hiç bir yararı olmaz. Değinilen bileşik toplumlar dışındaki toplumların değişimlerini incelemek için tarihçilerin güvenilir kayıtlarla işlenmiş çalışmalarına itimat etmek zorundayız.

'Evrimci Antropolog' terimiyle alınan belli antropolojik grupları biliyorsunuz; terim hemen bütünüyle yanlış kullanılma durumunda. Terim, her nasılsa fazla bir ayrım yapılmadan kullanılıyor. Bu nedenle Lewis Morgan evrimci sayılıyor; oysa o evrimi reddetmiş, topluma ilişkin olarak da toplumun evrimleşme içinde olduğuna değil, insanlığın kaba taş aletler ve cinsel karmaşadan buhar makinası ve N.Y. Rochester'deki tek eşli aileye doğru muntazam bir maddi ve ahlâki ilerleme olarak tasavvur ettiği gelişmeye inanmıştı. Halbuki Boas gibi evrimcilik karşıtları bile ilerlemeye inanıyorlar.

Bence, insanoğlunun bilgisinin artması ve keşif ve icatlarla sağladığı teknik gelişmeyle fiziksel çevre üzerinde artan bir kontrol elde etmesi süreci için 'ilerleme' kavramını kullanmak uygun. Şimdi şehirlerin önemli bölümlerini havadan yok edebilmemizi sağlayan ilerleme, gelişmenin en son çarpıcı sonuçlarından biri. Gelişme, toplumsal evrimle aynı şey değil, fakat yakından bağlantılıdır.

Evrim, benim terimden anladığıma göre, özel olarak yeni yapı formlarının ortaya çıkması sürecine işaret eder. Organik evrim iki önemli özelliğe sahiptir: (1) onun gidiş doğrultusu içinde az sayıdaki organik tür çok daha geniş ölçüde türleri ortaya çıkarmıştır; (2) daha basit türlerin gelişimiyle, daha karmaşık organik yapı formları dünyaya katılmıştır. Kültür veya dilin evrimi gibi ifadelere kesin anlamlar yüklemeğe kendimi muktedir saymazken, sosyal evrimin sosyal antropologun kabul etmesi ve incelenmesi gereken bir gerçeklik olduğunu düşünüyorum. Toplumsal evrim de organik evrim gibi iki özellikle tanımlanabilir. Bu, tarihin akışı içinde az sayıdaki top-

lumsal yapı formundan çok sayıda farklı formları ortaya çıkarmış bir süreçtir, bir farklılaşma sürecidir. İkinci olarak, bu süreç boyunca daha karmaşık toplumsal yapı formları basit olanlardan gelişmiş ve yerlerini almıştır.

Yapısal sistemlerin az veya daha çok karmaşık oluşlarına göre tam olarak sınıflanması, araştırma yapmayı gerektiren bir sorundur. Ancak, karmaşıklık ile yapısal sistemlerin bir başka özelliği arasında yakın bir bağıntının kanıtı var; bu, sosyal ilişkiler alanının genişliğidir. Bütünsel sosyal alanı dar bir yapısal sistemde, ortalama veya tipik bir kişi, dolaysız ve dolaylı olarak sadece az sayıda kişiyle ilişkiye girer. Bu tip sistemlerde içinde 250 ilâ 500 kişinin yer aldığı dilsel toplulukları aynı dili konuşan insanlar grubunu buluruz; bunlarda siyasal topluluk da küçük durumdayken, mal ve hizmetlerin mübadelesinden ibaret olan ekonomik ilişkiler sadece dar bir bölge içindedir. Bu sistemlerde, cinsiyet ve yaş farklılaşmaları hariç sosyal roller kişiler ve sınıflar arasında pek az farklılaşmıştır. Bu toplumsal yapı sisteminin zıddını bugünün İngiltere veya A.B.D.'sini gözlemleyerek elde edebiliriz. Sonuç olarak, insanlığın tarih süreci, bana göre toplumsal evrim, geniş alanlı toplumsal sistemlerin dar alanlı olanlardan gelişmesi veya yerini alması şeklinde tanımlanışıyla doğru olarak uygulanabilir. Bu görüş kabule şayan görülse de, görülmese de sosyal evrimin toplumsal yapı terimleri içinde tanımlanması gerektiğini ileri sürüyorum.

Bu konuşmamda toplumsal yapı incelemesinin kültürün incelenmesiyle ilişkisini tartışmaya zamanım yok. İki incelemeyi bir araya getirme yolunda ilginç bir girişim için Mr. Gregory Bateson'un Naven kitabını gösterebilirim. Sosyal antropolojiyle bir bütün olarak ve tüm değişik dalları ve bölümleriyle meşgul olma girişiminde bulunmadım. Size sadece, zaman ve enerjimi çok ve giderek artan miktarda ayırmayı bilimsel olarak yararlı bulduğum çalışma alanımın çok genel bir düşüncesini aktarmaya çalıştım. Aradığım ve belli ölçülerde bulduğuma inandığım biricik ödül - sadece doğa biliminin metodunu sabırla izlemenin ortaya çıkarabildiği, bizim de parçası olduğumuz dünyanın mahiyetine bir nebze vakıf olmaktır.

TOPLUMSAL YAPTIRIMLAR *

A.R. Radcliffe - Brown
(Çeviren: Mehmet Tevfik Özcan)

Her bir toplulukta alışılmış olan ve o topluluğu karekterize eden belli davranış biçimleri bulunur. Bu kabil davranış biçimlerine teamüller (usages) denilebilir. Bütün toplumsal teamüller arkalarında toplumun otoritesine sahiptir; fakat bunların arasında bazıları yaptırımlandırılmıştır, diğerleri yaptırımlandırılmamıştır. Bir yaptırım, toplum veya üyelerinin önemli bir miktarının davranış biçimine gösterdiği tepkidir; bununla [davranış] onanır (pozitif yaptırım) veya onanmaz (negatif yaptırım) Yaptırımlar, daha ileri bir şekilde, yayılmış(difused) veya örgütlü(organised) olup olmadığına göre de ayırd edilebilir, birinciler onama veya onamama hakkında topluluğun bireyler olarak davranan üyelerinden kendiliğinden çıkan ifadelendir; bu arada ikinciler belli geleneksel veya üyelerce tanınmış usulle (procedure) vücuda getirilen toplumsal eylemlerdir. Şurası anlamlıdır ki, bütün insan toplumlarında negatif yaptırımlar potitif olanlardan daha kesindir. Davranış kuralı olarak tanımlanabilen toplumsal yükümlülükler, bunları gözetmedeki hata, belli türlerdeki negatif yaptırımı gerektirir. Bunlar, böylece, örneğin geleneğe dayalı teknik usuller gibi, yükümlülük getirmeyen toplumsal teamüllerden ayrılır.

Bir toplulukta yaşayan yaptırımlar, bireyde davranışını teamüle (genel olarak toplumsal normlara-Çn.) uyum içinde düzenlemesi için motif oluştururlar. Bunlar etkilidir; birincisi, bireyin onamayı elde edebilme ve çevresinin kınamasından kaçınma arzusu, belli ödülleri kazanabilmesi veya toplulukça ortaya konulan veya tehdit olarak bildirilen belli tür cezalardan kaçınması arzusuyla; ve ikincisi, olgusallıkta, kendi çevresinin yaptığına benzer yolla onama ve onamama yargıları ile birlikte belli davranış biçimlerine tepki göstermeyi öğrenerek, dahası standartlarla kendi davranışını hem davranıştan önce hem de sonra değerlendirir, bununla kendisinin de mensup bulunduğu toplulukta cari olana az ya da çok yakınlıkta uyum gösterir. Bilinç denilen şey bu yüzden, en geniş anlamıyla, bireyde

* *Makale, "Social Sancitions" başlığıyla, ilk kez Enyclopedia of the Social Sciences, Vol XIII, New-York, Macmillan Co., 1933, pp. 531-4'de yayınlanmıştır. Çeviriye esas olan metin yazarın makalelerinin toplandığı Structure and Function in Primitive Society, Ed. by. E.E. Evans - Pritchard and Fred Eggan, New-York, The Free Press, 1965, pp. 205-11'den alınmıştır.*

toplumun yaptırımlarına gösterilen yansıdır(reflex).

Yaptırımlar hakkındaki araştırma, toplumun tasvip etmeme yargısının yöneldiği üyesine tepkisini içine alacak şekilde, yayılmış negatif yaptırımların düşünülmesiyle başlamak yerindedir. Bu tür tepkilerde sadece derece -çünkü tasvip etmeme hissolunur ve değişik yoğunluk dereceleriyle ifade olunur- farkları değil, fakat tür farkları da bulunur. Bu farkların tanımlanması ve sınıflandırılması zordur. Örneğin, İngiliz dilinde bireysel davranışı tasvip etmemeyi ifade eden çok sayıda sözcük vardır; bunlar, nezaketsiz (discourteous), kaba(ummannerly), uygunsuz (unseemly) ve liyakatsizden(unworthy), yakışıksız(improper), güvenilmez(discredible), şerefsiz(dishonourable) ve itibara layık değil'e(disreputable), [buradan] edepsiz(outrageous) ve rezile(infamous) kadar değişiklik gösterir. Her toplum veya kültür davranışı yargılamada kendine özgü bir tarza sahiptir ve bunlar, ilk örneklerinde, uygun surette sözcük dağarcıkları içinde araştırılabilir. Fakat, değişik tiplerdeki toplumların karşılaştırmalı araştırması ortaya konuluncaya kadar, daha ileri şekilde yayılmış negatif yaptırım türlerinin sistematik sınıflandırılması olanağı yoktur. Şimdilik, negatif moral veya etik yaptırım, davranışı uygun görülmeyen kişiye yönelik şekilde topluluğun davranışı reddetmesinin tepkisi olarak tanımlanabilir; moral yükümlülükler gözlemlenemese de, bundan dolayı, bu tür bir tepkiyi ortaya çıkaran davranış kuralı şeklinde düşünülebilir. Bir diğer ayırd edilebilir yaptırım, bireyin davranışının akranları tarafından alay etme ile karşılandığı durumdadır; bu, *satirik*(a.b.ç.Çn.) (satirical) yaptırım denilen şeydir. Negatif yaptırımlardan daha az belirgin olan yayılmış pozitif yaptırım çeşitlerini buna dayanarak sınıflamak, halihazırda daha zordur.

Yukarıda açıklanan yayılmış yaptırımlar dinsel(terimin geniş bir kapsamı içinde) denilen yaptırımlardan ayırd edilebilmelidir; bunlar, doğaüstü yaptırımlar ve mistik yaptırımlar şeklinde de adlandırıldı, fakat bu terimlerin her ikisi de doyuruculuğu olmayan ifadelere sahiptir. Dinsel yaptırımlar, kendileri tarafından yükümlü kılıcı sayılan belli inançların varlığı ile, herhangi bir muayyen toplulukça oluşturulur; bu nedenle belirtilen yaptırım, sadece, içinde varlığını sürdürdüğü dinsel topluluk sınırlarındadır. Onlar(dinsel yaptırımlar-Çn.), kendi dinsel durumu içinde ya arzulanan(iyi) ya da arzulanmayan(kötü) yönde, birey tarafından ortaya konulan bir değişiklikle şekil kazanan belli hareketlerdir. Belli eylemler, tanrıları veya ruhları hoşnut eden veya onlarla arzulanan ilişkileri inşa eden şeklinde düşünülürken, diğerleri onları hoşnutsuz bırakan veya bir şekilde arzulanan uyumlu ilişkileri yok eden olarak düşünülür. Bu örneklerde bireyin dinsel durumu, onun kişileşmiş tinsel varlıklara (personal spiritual beings) yönelik ilişkisince belirlenmek biçiminde ortaya çıkarılır. Dinsel durumdaki değişme, bir başka yerde eylemin kendisinin hazır

sonucu gibi düşünülebilir, kendisinin belli kişileşmiş tanrı veya ruh üzerindeki etkisi ile aracılık edilmiş değildir; bu görüş, sadece, daha basit yapıdaki toplumların bir çoğunda değil, fakat özel bir form içinde, Budizm ve diğer gelişmiş Hind dinlerinde de ortaktır. Günah, negatif dinsel yaptırım altında yer alan(toplanan-Çn.) herhangi bir davranış biçimi olarak tanımlanabilir; günahın karşıtı için kolay kullanılabilir bir terim mevcut değildir, bu dinsel bir mükafatı veya arzulanan kuttörensel durumu yaratan bir eylemdir.

Dinsel yaptırımlar, arınma, kurban verme, nedamet, itiraf ve tövbe etme gibi toplumca emrolunan veya tanınan usullerle ortadan kaldırılabilen veya etkisinden kurtulunabilen en memnuniyetsiz kuttörensel veya dinsel durumlarla(kirlilik, temizliğini yitirme, günahkârlık) bağlılık içindedir. Bu kefaret törenleri, bir veya diğer yolla davranma olarak düşünülen günahın mevcut olup olmadığı üstünde toplanarak, tanrılar veya ruhlar üzerindeki, ya hemen ya da dolayısıyla etkileri aracılığıyla davranmak şeklinde de düşünülebilir.

Modern batı uygarlığında, bir günah, ister istemez, genellikle bir iradi eylem veya düşünce olarak ele alınırken, basit (ilkel-Çn.) toplumların bir çoğunda idare dışı bir eylem günaha ait verili sınırların içine düşebilir. Hastalık -örneğin Hebrew'lar arasında cüzzam sıklıkla, kuttörensel veya dinsel kirlenmeye benzer ve bundan dolayı kefaret veya kuttörensel arınmayı gerektiren şeklinde düşünülür. Kuttörensel veya dinsel bir kirlilik durumu, normalde, bireye yönelik hazır veya nihai bir tehlike olarak düşünülür; ilgili kişinin hasta olacağına ve muhtemelen öleceğine inanılabilir. Bazı dinlerde dinsel yaptırımlar, bireyin yaşamında işlediği günahların karşılığını yaşamı bittiğinde belli şekillerde çekeceği şeklindeki bir inanç biçimini alır. Birçok örnekte, kuttörensel olarak kirli olan bireye, sadece kendisine değil, ilişkiye geçtiği bireylere veya bütün olarak topluluğa yönelik tehlike kaynağı olarak bakılır. O kişi, bu yüzden, az veya çok bir süre için veya hatta daimi şekilde topluluğun sosyal yaşamının dışında tutulabilir. Daima değilse de, sıklıkla zorunlu olan arınma usulünü yerine getirmek [şeklindeki] bir yükümlülük, bu yüzden günahkâr veya kirli şahsın sırtına biner.

Böylece, yukarıda işaret edilen inançların mantık ve kavramlarıyla, dinsel yaptırımlar diğer yayılmış yaptırımlardan ayrılır, bunlar herhangi bir kolay yolla tanımlanamaz veya açıklanamaz. Benzer inançlar, bir dereceye kadar talihle ilişki içindeki büyüsel pratikler ve usullerin altında yatar; halbuki onlarla (dinsel yaptırımlarla-Çn.) bağlantı içindeki dinsel pratikler ve inançlar verili bir dinsel toplulukta yükümlü kılıcıdır; öncekiler geleneğe dayalı, fakat yükümlü kılıcı olmayan teknik usullerle karşılaştırılabilir durumdadır.

Örgütlü yaptırımlar, sıklıkla dine ait inançların nüfuzu altında, yayılmış yaptırımların gelişmişi olarak düşünülmelidir. Örgütlü pozitif yaptırımlar veya *premial*(a.b.ç.,

prim veya mükafatla ilişkili-Çn.) yaptırımlar seyrek olarak önemli bir genişliğe ulaşır. Özel ikramiyeler(pensions) gibi parasal ödüller de dahil olmak üzere, onurlar, nişanlar, ünvanlar ve liyakatten kaynaklanan diğer mükafatlar bireye toplulukça bütün olarak verilir; bunlar modern toplumların karakteristikleridir. Yazısız (ilkel- Çn.) toplumlarda bir düşmanı öldürmüş insana, bazı özel rütbeler takma veya başka şekillerde kendini diğerlerinden ayırd etme hakkı verilebilir.

Örgütlü negatif yaptırımlar, ki bunlar arasında ceza hukukunun yaptırımları önemlidir, davranışı toplumun hoşnutsuzluğuna konu olan kişiye yönelik şekilde önceden tanınmış belirgin usullerdir. Bu tür usullerin birçok değişik biçimi bulunur; en önemli ve yaygın olanları şöyledir: örneğin, dikkatlerin kişi üzerinde toplanması suretiyle, sonuna kadar zorlayıcı şekilde kamuya teşhir edilmesindeki gibi, açıkça dışlanma veya küçümsemeye konu olma; medeni veya dinsel haklarını kaybetmek de dahil olmak üzere, toplumsal yaşamdaki ve verdiği haklardaki tam katılımından geçici veya daimi dışlanma; tamı tamına yükselmeye ait pozitif yaptırımın tersine şekilde, sosyal hiyerarşideki yeri spesifik şekilde kaybetme veya rütbenin indirilmesi; para cezası, zora dayalı el koyma veya malların yok edilmesi suretiyle, mülkiyetin kaybedilmesi cezası; bedensel acı verme cezası; organ kesme veya dağlama, ki bunda, acı geçici olarak tasvip edilmemeyi daimi surette sergilemek için verilir; sürgünle yapıldığı üzere, topluluktan daimi surette dışlanma; hapis cezası; ölüm cezası. Siyasal, askeri veya dinsel mahiyette kurulu bir otoritenin tayin ettiği durumlarda, bu yaptırımlar hukuksal yaptırımlardır.

Herhangi bir verili toplumda az veya çok sistematik bütünlüğe dayanan farklı birincil yaptırımlar toplumsal denetim (kontrol - Çn.) mekanizmasını inşa ederler. Gerçi, farklı toplumlarda değişiklik göstermekle ve herhangi bir kısa formüllendirme içinde ifade edilmemekle birlikte, dinsel yaptırımlarla ahlaksal yaptırımlar arasında yakın bir ilişki vardır. Yüksek düzeyde dünyevileşmiş modern devletler dışta bırakılmak koşuluyla, bütün toplumlarda ceza hukukunun yaptırımları dinsel inançlarla yakın bir bağıntıyı sergilerler.

Bu birincil toplumsal yaptırımlardan sonra ve bunlara dayanan belli yaptırımlar vardır; bunlar ikincil olarak ifade olunabilir; bunlar, kişi veya grupların eylemleriyle üstünde etkide bulunduğu diğer kişi ve gruplara ilişkindir. Örneğin, çağdaş medeni (Özel- Çn.) hukukta, bir bireye verdiği zararları ödemesi mahkemece buyrulduğunda, buyruğun arkasındaki birincil yaptırım mahkemenin [zarar veren] bireyin mülkiyetine zorla el koyması, hapsetmesi veya başka şekilde eğer mahkemeye itaati sona ermişse, itaatsizliği nedeniyle cezalandırmasıdır. Böylece, ikincil yaptırımlar, genellikle temsilcileri aracılığıyla olmak üzere, bir toplulukça veya topluluğun tasvibiyle bireylerce, belli kabul olunmuş haklar ihlal olunduğunda ortaya konulan usullerden ibarettir. Bunlar, zararı çekenin tatmine hak kazanmış olduğu ve bu tür bir tatminin zararın miktarına bir şekilde oranlandığı genel prensibi üzerine temellenir.

Bu usullerin bir bölümü, toplumsal olarak uygun görülen, denetlenen ve sınılandırılmış öç alma anlamındaki karşılık verme (retaliation) fiillerinden ibarettir. Bu suretle, bir Avustralya kabilesinde, bir insan diğerine karşı bir saldırı ika etmişse, zarar görenin, sıklıkla yaşlılarca ifade edilerek, kamuoyunca belli sayıda mızrak veya bumerangını zarar verene fırlatması veya bazı örneklerde kalçasına saplaması izni verilir. Zarar verene bu türden tatminin verilmesi sonrasında, artık o, saldırgana yönelik olarak kötü duygulara fazlaca sığınamaz. Yazısız toplumların birçoğunda; bir bireyin öldürülmesi, öldürülenin mensup olduğu grubun saldırganın veya saldırgnın grubunun başkaca üyesini öldürmek suretiyle tatmini hakkını verir. Düzenli kan gütmede (vengeanence) saldırgan grubun bunu adalete dayanan bir eylem olarak teslim etmesi ve daha ileri bir karşılığa teşebbüs etmemesi gerekir. Bu tür tatmin edilenler, düşmanca duygular için daha fazla zemine sahip olmamalıdır.

Zarar nedeniyle tatmine düello yoluyla da ulaşılabilir; bu bireyler arasında tanınmış ve konrollü bir çatışmadır veya bu çatışmaların iki grup arasında yapılmasıdır. Avustalya kabilelerinde mızraklar, bumeranglar, sopalar, kalkanlar veya taştan yapılma bıçaklarla yapılan, eğer işlerin çok ileri gittiğini düşünürlerse aracılıkta bulunmaya hazır kişilerin izlediği düello, tek taraflı karşılık vermenin sıklıkla rastlanan uygun alternatifidir. Bu aynı kabilelerde, bazen, oyun kurallarını gözeten diğer grupların hazır bulunduğu, benzeri düzenli çatışmalar vardır. Çok zaman bu gruplar arası çatışmalarla savaşı ayıran çizgiyi çekebilmek güçtür; gerçekten, bu çatışmalar, muhtemelen, uygarlaşmış toplumlardan ziyade, ilkel olanların savaş karakteristiklerinin özel bir türü olarak düşünülebilir. Buna dayanarak, sıklıkla, savaş düelloya benzer şekilde bir ikincil yaptırım olarak düşünülebilir. Eğer hakları ihlale uğrayacaksa, siyasal bir grup haklarının tanınmasını savaş tehdidiyle sürdürür. En basit yapıdaki toplumlarda bile, savaşta belli eylemlerin doğru, diğerlerinin yanlış ve savaş ilanının belli durumlarda haklı, diğer durumlarda haksız olduğu kabul olunur; bu yüzden, savaş davranışı belli ölçüde yayılmış yaptırımlarca denetlenir.

Tazminat, tatminin verilmesi ve alınması anlamında karşılık vermenin bir alternatifi olarak bulunur. Tazminat, hakların ihlalinin etkilerini ortadan kaldırmak veya nötralize etmek için bir kişi veya grup tarafından diğer kişi veya gruba verilen (iktisadi) değere sahip şeydir. Tazminat, belli özel durumlarda yükümlülük oluşuyla (yani yayılmış veya örgütlü bir yaptırma tabi oluşu nedeniyle) kızgınlığı yatıştırmaya yönelik hediyelerden eylemsel olarak ayırd edilebilir. Bu ödeme, haklarına tecavüzden kaynaklanan bek-

lenti içinde, onu alan kişi veya kişilerin kabulüyle yapılmıştır; bu bir tazminat olarak düşünülebilir. Böylece, çok sayıda toplumda bir kadını eş olarak almak, ailesi ve hısımlarının haklarının ihlali olarak düşünülür; neticede, onlar (aile veya hısımları - Çn.) kadından ayrılmayı kabul etmeden önce, bir tazminatı veya bu yolda bir sözü almış olmalıdır. Bu durumlarda (cases) tazmin etme usulü, mülkiyet haklarının bir bedel mukabilinde eldeğiştirmesi olan alım satımla bazı benzerliklere dayanır.

Okuryazar olmayan toplumların birçoğunda tazmin etme usulleri kamuoyunun yayılmış yaptırımı koşullarında vücut bulur; bu bireyi haklarını ihlal ettiği bireye tazminat ödemeye zorlar. Bazı toplumlarda, zarara uğrayan şahsın saldırganın mülkiyetine zorla elkoymak suretiyle tazmini kendi kendine gerçekleştirmesi yolunda kabul edilmiş bir hak vardır. Toplum siyasal olarak örgütlendiğinde, yayılmış yaptırımlarla desteklenen karşılık verme ve tazmin etme usulleri, yerlerini ceza tayin edebilen yargısal otoritelerin iktidarınca desteklenen hukuksal yaptırımlara bırakır. Böylece, medeni (özel-Çn.) hukuk ortaya çıkar; haklarının ihlaline maruz kalan kişi, böylece, zararın giderimi (reparation) veya eski halin iadesini (restitution), sorumlu şahıstan kaynaklanan şekilde elde edebilir.

Toplumsal yaptırımların işlevleri düşünüldüğünde, en önemli taraf, yaptırım uygulanan kişi üzerindeki etkileri değil, fakat bundan daha fazla, içinde yaptırımların uygulandığı topluluktaki genel etkileridir. Zira, her bir yaptırım uygulaması toplumsal duyguların toplulukça dolaysızca onaylanışıdır ve yaptırımlar bu duyguları sürdürmek için önemli, muhtemelen asli, bir mekanizmi inşa eder. Kısmen örgütlü negatif yaptırımlar ve büyük ölçüde ikincil yaptırımlar, bazı olayların gerçekleşmesiyle ortaya çıkan toplumsal *dysphoria*'ya (a.b.ç., sağlığını kaybetmek veya hastalık durumu -Çn.) ait bir durumun ifade olunmasıdır. Yaptırımın işlevi, olayın gerçekleşmesiyle etkilenen duygulara kesin bir kollektif ifade kazandırılması sayesinde toplumsal *euphoria*'nın (a.b.ç., sağlık durumu) yeniden kurulmasıdır, tıpkı birincil ve belli ölçüde ikincil yaptırımlarda veya topluluğun içindeki bir uyuşmazlığın (conflict) ortadan kaldırılmasında olduğu üzere. Yaptırımlar, böylece, topluluk cephesinden onun birliğini etkileyen olaylara tepki olduklarından, sosyolojiye yönelik olarak birincil öneme sahiptir.

İLKEL HUKUK *

A.R. Radcliffe - Brown
(Çeviren: Mehmet Tevfik Özcan)

Hukuk tarihçilerinin birçoğu, analitik okulla karşıtlık içinde, hukuk terimini toplumsal denetim süreçlerinin tümünü olmasa da, çoğunu içine dahil etmek suretiyle kullanmışlardır. terim, gerçi genellikle, siyasal olarak örgütlü toplumun sistematik zor uygulaması yoluyla toplumsal denetim'e (Pound) hasredilir. Bu makale içinde sosyolojik analiz ve sınıflama için daha alışılmış olan sınırlı uygulama kabul olunacaktır; bu sebepten, hukukun alanı örgütlü hukuksal yaptırımların alanıyla aynı sınırlar içinde düşünülecektir. Hukuksal yaptırımların bulunmadığı toplumlarda bireye baskıda bulunan yükümlülükler, hukuka değil, fakat gelenek ve konvansiyona ait konular olarak düşünülecektir; bu anlamda, bazı basit toplumlar yaptırımlarla desteklenen geleneklere sahip olmakla birlikte, hukuktan yoksundur.

Kafa karışıklığı, ceza hukuku ile medeni (özel-Çn.) hukuk arasındaki çağdaş ayrımı yazısız (ilkel-Çn.) toplumlara uyguluma girişimlerinin sonucudur; bundan, yukarıdaki ayrım yerine kamusal zararlar (public delicts) ve özel zararların (private delicts) hukukları arasındaki ayrımla kaçınılabilir. Her bir toplumda kamusal zarar durumundaki bir eylem, eğer gerçekleşirse, normalde bütün topluluk veya toplumsal otoritenin temsilcileri aracılığıyla örgütlü ve düzenli bir usulü (procedure) davet eder; bu topluluk içindeki belli şahsın üzerinde sorumluluğun ve sorumlu şahsa topluluk veya temsilcileriyle belli zorlama (hurt) veya cezanın tesbit edilmesiyle sonuçlanır. Cezai yaptırım denilebilecek bu usul, en temel şeklinde, belli güçlü ve belirgin ahlak duygusunu ihlal eden ve bu nedenle toplumsal *dysporia* (a.b.ç., sağlığını kaybetmek veya hastalık - Çn.) durumunu ortaya çıkaran üyesine karşı topluluğun bir tepki göstermesidir. Tepkinin yakın şekilde gerçekleşen işlevi, ahlaksal infiale ait kollektif duyguyu ifade etmesi ve bu yolla toplumsal *euphoria*'yı (a.b.ç., sağlık durumu) yeniden kurmasıdır. Bunun sonul fonksiyonu, topluluğu oluştu-

* *Orijinal başlığı "Primitive Law" olan makale, ilk kez Enyclopedia of the Social Sciences, Vol. IX, New-York, Macmillan Co., 1933, pp. 202-6'da yayınlanmıştır. Çeviriye esas alınan metin, yazarın makalelerinin toplandığı Structure and Function in Primitive Society, ed.by.E.E. Evans-Pritchard and Fred Eggan, New-York, The Free Press, 1965, pp. 212-9'dan alınmıştır. (Çn.)*

ran bireylerdeki ilgili sorunda varlığı gerekli ahlak duygusunun geniş-lik derecesini sürdürmektir.

Yazısız (ilkel-Çn.) toplumlar içindeki cezai yaptırımlara ilişkin olarak nispeten küçük ve belirgin bilgiye ulaşılabilir. Daha basit toplumlarda eylemler arasında kamusal zarar olarak kabul edilenler; ensest, yani kendileriyle bu tip ilişkilerin yasak olduğu kişilerle evlilik veya cinsel birliktelik; topluluk içinde bir kişinin diğerine karşı yaptığı büyücülük veya kara büyü; kabile geleneklerini sürekli şekilde ihlal ve dinsel inançlara değişik şekillerdeki hürmetsizliktir. Birçok yazısız toplumda cezai yaptırım, yalnızca olmasa da, ilke olarak, toplulukça kutsal sayılan gelenekleri ihlal etmiş olan eylemlere uygulanır; bu yüzden, belirtilen yaptırımın kendisi, hemen hemen, kuttörensel yaptırımın özel bir türü olarak kabul olunabilir. Kuttörensel yaptırımlar, belli eylemler veya olayların birey veya grubu kuttörensel olarak kirli veya temizliğini yitirmiş durumuna getirdiği inancından çıkarsanır; böylece, kirliliği sona erdirmesi için bazı özel eylemlere ihtiyaç duyulur. Cezai yaptırımın birçok örneğinde, eylem, muhtemelen ensestte olduğu gibi, bütün topluluğu kirleten fiil olarak ele alınabilir ve cezalandırma, ki bu suçlunun öldürülmesi anlamına gelebilir, topluluğun temizlenmesi anlamlarını içerir. En basit tipinde bile siyasal veya yürütmeye ilişkin otoritenin kurulması üzerinde, bu otoritenin emirlerine riayetsizlik cezai yaptırımlara uyruk olabilir ve kamusal zarar olarak kabul olunabilir; dahası, kurulu otoriteye veya bu otoriteyi elinde tutanlara karşı dolaysız saldırılar cezai yaptırımlara uyruk tutulabilir. Bu nedenle, toplumsal otorite şeflerde toplandığında, sıradan kişiye yönelik olduğunda özel zarar sayılabilecek ihlal, şeflere yöneldiğinde kamusal bir zarar olarak değerlendirilebilir.

Özel zararlara ait hukuk usulünde, kabul edilmiş (tanınmış-Çn.) haklarına saldırı yolula bir miktar haksızlığa, kayba veya zarara maruz bırakılan kişi veya kişi grubu kurulu yargısal otoriteye başvurur, topluluk içinde diğer bir kişi veya kişi grubunun sorumlu olduğunu ifade eder; ve kurallar, karşı tarafın iddiada bulunanı tatmin etmesidir; bu tür bir tatmin, sıklıkla, bir tazminatın veya zararın karşılığının ödenmesi şeklini alır. Özel bir zarar, bu yüzden, bir iadevi (restitutive) yaptırım olarak ifade olunabilen şekle tabi bir eylemdir. yazısız (ilkel-Çn.) toplumlardaki özel zararlar hukuku, çağımızın medeni (özel-Çn.) hukukuna tekabül eder. Gerçi, belli önemli farklılıklar mevcuttur. Genellikle, çağdaş hukukta basitçe medeni hukuk altında toplanan fiiller zarara yol açarlar fakat lanetlemeye uyruk tutulmazlar. Sonuç olarak, gerçi medeni yaptırım zarar verenin yol açtığı kaybın sonucu zararların ödenişini ifade eder, [ancak] özel surette cezai mahiyette değildir. Bununla birlikte, çağdaş medeni hukukta bile, yargıç özel durumlarda 'cezai zararlara' hükmedebilir; bu münasebetle açıklanan görüş (hüküm-Çn.), ika olunan zararın belirgin şekliyle, haklı olarak lanetlenmeye (reprobation) ve bu yüzden cezalandırılmaya uygun olduğudur. Modern hukukta, bir eylem ahlaksallığa yönelik bir saldırı olduğu ve aynı zamanda zarara yol açtığında, hem ceza hukukuna, hem de medeni hukuka göre yargılanabilir hale gelir. Adam öldürme veya hırsızlığa yönelik cezalandırmadaki kararlılık, eyleme maruz bırakılana tazminat verilmesi ilkesi üzerinde olmaktan ziyade, topluluğa karşı işlenen bir saldırı olduğu cephesi üzerindeki ısrardır.

Yazısız toplumlarda özel zararlar, en büyük bölümüyle, adam öldürme, yaralama, hırsızlık, zina, borçları ödemedeki riayetsizliktir ve bunlar, birincil şekilde, toplumun belli üyelerine yönelik bir zararı meydana çıkaran şeklinde düşünülürken, anti sosyal eylemler olarak moral lanetlenmeye de uyruktur. Yaptırım, sıklıkla, zarara uğrayan şahsı tatmin eder ve sorumlu kişi üzerinde ceza tatbik ederken, hem iadevi hem de bastırıcıdır; örneğin, bazı Afrika kabilelerinde hırsızın çaldığının değerini iki katıyla zarara uğrayanı tatmin etmesi aranır. Elemanter formu içinde özel zararlar hukuku, topluluk içindeki çatışmalardan kaynaklanan toplumsal *dysphoridan* (a.b.ç.-Çn.) kaçınma veya *dysporis*'yı (a.b.ç.-Çn.) çözüme kavuşturma yolundaki bir usuldür. Aynı topluluk içinde bir kişi veya grubun diğer bir kişi veya gruba yönelik saldırısı, mağdurda bir zarara uğradığı duygusunu ekleyerek, toplumsal yaşamda sadece zarar gören veya görünlere yöneltilen tatminle sona eren bir rahatsızlığa kaynaklık eder. Bu nedenle, Afrika'daki bir yerli hukukunda yargıç, çözüm tarzı ile bütün ilgili taraflar tatmin olunmadıkça, davayı gerektiği şekilde çözümlemiş kabul edilmez.

Kamusal ve özel zararlar arasındaki ayrım, hukukun tek bir kökene sahip olmadığı olgusunu gözler önüne serer. Topluluk üyesince topluluğun ahlak duygusuna saldıran bir eylemin işlenmesi, şu üç yaptırıma uyruk olabilir; genel veya yayılmış moral yaptırım, bu sorumlu şahsı akranlarının lanetlemesine maruz bırakır; kuttörensel yaptırım, bu sorumlu kişide kendisini ve onunla ilişkide bulunanı tehlikeye atan bir kuttörensel kirliliği ortaya çıkarır - bu durumda gelenek, kişiye törensel arınma veya kefarete katlanma gereğini yükleyebilir veya günahının sonucu olarak kişinin hasta düşeceği veya öleceğine inanılabilir; cezai yaptırım, bununla, topluluk kurulu yargısal otoriteleri olarak davranan belli kişiler aracılığıyla, sorumlu kişiye ceza tatbik eder, ki bu ceza, ya fiil tarafından harekete geçirilen moral lanetlenmeye ilişkin kollektif bir ifade, ya sorumlu kişi üzerine eylemden gelen bir kefareti yüklemekle sonuçlanan kuttörensel kirlenmenin kaldırılışı, ya da her ikisi anlamlarına gelebilir.

Diğer taraftan, bir kişi veya kişiler grubunun haklarına tecavüze vücut veren bir eylem, zarar gören yönünden zararı veren kişi veya gruba yönelik karşılık verme hareketine yol açabilir. Bu tür karşılık verma fiilleri ortaya çıktığında, gelenek tarafından haklı sayılarak tanınır ve bunlar geleneğe dayalı usul

düzenine tabidir; karşılığa dayanan yaptırımların değişik şekillerinin yaygınlığı ifade edilebilir. Yazısız toplumlarda, savaş davranışları (çatışmaya dayalı ilişkiler-Çn.) genellikle bu türden yaptırıma sahiptir; Avusturalya *hord*'ları (ab.ç.-Çn.) arasında olduğu gibi, bazı topluluklarda savaşı sürdürmek, normalde, bir grubun gördüğü zarar nedeniyle sorumlu tuttuğu başka gruba yüklediği karşılık fiilidir ve bu usulün kendisi, çağdaş ulusların uluslararası hukukuna eşdeğer şekilde toplumca tanınmış geleneklerin bütünü tarafından düzenlenir.

Örgütlü ve düzenli öç alma (vengeanence) kurumu, karşılık verme yaptırımının diğer bir örneğidir. Kasıtlı veya kasıtsız (accidental) şekilde olsun, bir kişinin öldürülmesi, kişinin klanına yönelik bir zarara vücut verir, yerel topluluk veya hısımların bu nedene dayanan tatmini istenir. Haklı olarak, zarar gören grubun öç alma arayışı içinde olduğu düşünülür ve ölüm olayının öcünü almak, sıklıkla, grubun üyeleri üzerinde bir yükümlülük olur. Karşılık eylemi gelenekçe düzenlenir; *lex talionis* (kan gütme hakkı-Çn.) verilen zararın çekilen zarara eşdeğer olmasını gerektirir ve kollektif dayanışma ilkesi öç alanın öldürmeyi eylemsel olarak işleyenden, örneğin kardeşi veya bazı örneklerde klanından bir üye gibi başka bir kişiyi öldürmesine izin verir. Müessesenin bütünüyle örgütlü olduğu koşullarda gelenek, birinci ölüm için içlerinden birinin ölümünü adil eylem olarak kabul etmesini ve daha fazla karşılık vermemesini grubun sorumluluğu saymayı gerektirir. Karşılığa dayanan (retaliatory) yaptırımlar, bir kişinin diğerince yaralanması ilişkisinde de göze çarpabilir; örneğin, belli durumlarda tanınan, bir kişinin diğerine düello karşılaşması için meydan okuması hakkı böyledir. Avustralya kabilelerinde, yaşlıların kabulüyle, diğer bir kişinin verdiği zarara maruz kalan kişiye, mızrak veya bumerangını [zararı verene] fırlatarak veya kalçası gibi hayati olmayan vücut nahiyesini mızrakalyarak tatmine ulaşma hakkı verilebilir. Karşılık vermeye ilişkin yaptırımın bütün örneklerinde, zarara uğrayan kişi veya grubun kızgınlığını ifade edilebildiği olay nedeniyle tatmini için geleneğe dayalı bir usul (procedure) bulunur. Bunun etkili şekilde işlediği yerde sonuç, saldırı nedeniyle kefareti ödemek ve zarar gören kişi veya grup sınırlarında zarar veya kızgınlığı ortadan kaldırmaktır. Birçok toplumda karşılık vermenin yerini az veya çok tazminatlar sistemi alır; diğer kişileri zarara uğratan kişi veya gruplar, belli [iktisadi] değerleri onlara teslim ederek tatmine ulaştırır. Tazminat yoluyla tatmine ulaşma usulü, henüz dar anlamda hukuk sistemleri gelişmemiş yazısız toplumlarda yaygındır.

Kuzey California'da siyasal örgütlenmeden yoksun şekilde küçük köylerde oturarak besin toplayıcılığı ve avcılık yaparak yaşayan yurok'larda topluluğa yönelik saldırıları çözümlemek için düzenli bir usul ve bu suretle kamusal zararlara ilişkin hukuk mevcut değildir. Bir kişinin diğerine zarar verme eylemleri

ve tecavüzleri gelenekçe düzenlenen tazminatlara uyruktur; her bir hak (privilege) veya mülkiyetin gasbı tam olarak eşitlenerek tazmin edilmek gerekir; bir bireyin öldürülmesinde tazminat veya kan parası (blood money) yakın hısmına ödenmelidir. Çatışma (feud) veya savaş sonrasında her bir tarafın karşı taraftan öldürülmüş kişiler için ödemede bulunması gerekir. Sadece fiil ve zararın miktarı göz önünde tutulur; kasıt, zarar verme niyeti, dikkatsizlik veya fiilin rastlantı sonucu olması sorunu yoktur. Bir an zarar için tazminat kabul edildiğinde, artık zarar görenin daha ileri bir öfkeye sığınması yakışık almaz. Tazminatların ödenmesi, bir yargısal otoriteye başvuruyla değil, ilgili taraflar arasındaki müzakere ile düzenlenir; dar anlamda özel zararlar hukuku mevcut değildir. Filipinler'de Kuzey Luzon'da teraslanmış yamaçlarda pirinç tarımı yapan, siyasal organizasyona ve klanlar sistemine sahip olmayan Ifugao'lar arasında 'kamu oyunun kınaması anlamında bir cezalandırma dışta bırakılırsa, toplum ihâlleri kendi kendine cezalandırmaz'; yani bu, kamusal zararlara ilişkin hukukun, eylemsel ceza yaptırımlarının mevcut bulunmamasıdır. Bu nedenle, hısımına karşı büyü uygulayan, kendi hısımı tarafından öldürülür; diğer taratan, erkek ve kız kardaş arasındaki ensest, anababa veya kardeş katli olaylarının cezasız kalması eğiliminden söz edilir. Bununla birlikte, muhtemelen, belirtilen eylemlere karşı güçlü ve etkili kuttörensel yapırımlar vardır. Bir kişi tarafından diğerine ika olunan saldırı veya diğerinin haklarını ihlâl, iki tarafın baba ve ana yanından üç veya dördüncü dereceye kadar hısımlarını içine alan hısım grupları arasındaki çatışma durumudur. Saldırganı veya bazen hısımlardan birini öldürerek karşılık vermek, adam öldürme, kara büyü ve zina fiillerinde *in flagrante* (suçüstü-Çn.) yakalanma, zarara uğrayanın talep ettiği tazminatı ödemeyi reddetme, ve ödeme gücü olduğu halde borcunu ödememekte istekli ve ısrarlı olma durumlarında (cases) tatmine ulaşmanın kurallara uygun (regular) yöntemidir. Diğer durumlarda tatmin, tazminatların ödenmesiyle sağlanır. Tarafların iddialarının ortaya getirilmesi öncesinde yargısal otoriteler mevcut değildir; müzakereler, karşı karşıya gelmiş tarafların hısım gruplarına dahil bulunmayan arabulucu(go-between) tarafından yürütülür. belli kişiler, kendileri için, başarılı arabulucu durumunu yenilemeyi becerebilirler; fakat, bu kişiler otoriteye ve herhangi bir şekilde bütün olarak topluluğun temsilciliği[sıfatına] sahip değildirler. Müzakere süresince iki taraf törensel bir düşmanlık veya karşıtlık içindedir ve çözüme ulaşıldığında, bir barışma töreni içinde bir araya gelirler. Gelenekçe tanınmış bir hesap skalası vardır ve belli durumlarda grupça alınan veya ödemeye dahil edilenler sosyal sınıfa göre - servet sahibi, orta sınıf veya yoksul- değişiklik gösterir. Ifugao, bu nedenle, gerçi yargısal otoritenin bulunmayışı nedeniyle terimin dar anlamıyla bir hukuk sistemi oluşturmamakla birlikte, örgütlenmiş bir ada-

let sistemine sahiptir.

Önemli bir adım, delilleri takdir eden, sorumluluğa karar veren ve zararı saptayan [toplumca] tanınmış hakemler ve yargıçların bulunduğu koşullarda bir hukuk sisteminin şekillenmesine yönelik olarak atılır; bu noktada sadece, yargıçlarca verilen yargıları iktidarıyla destekleyecek otorite mevcut değildir. Bazı toplumlarda özel zararlarla ilgilenen bir hukuk sisteminin bu yolla gelişip büyümesi makul şekilde tartışıldı; uyuşmazlıklar, önce, geleneği ifade eden ve kendilerinden önceki olaya uygulayan hakemlere(arbitrators) getirilir; bu tür hakem mahkemeleri daimi yargı makamları olarak inşa olunur; ve sonuç olarak, yargıları desteklemek için, toplum içinde belirli bir usul geliştirilir.

Betimlenene benzer bir gelişme, Doğu Afrika'da Mount Kenya'nın güney ve güney-doğu bölümünde dağınık ev topluluklarında, sığır, koyun ve keçi besleyerek ve elle işlenen arazilerde hububat yetiştirerek yaşayan Bantu halklarından A-Kamba, A-Kikiyu ve A-Threak'ların uygulamalarıyla gözler önüne serilir. Bunlar şeflerden yoksundur ve iyi tanımlanmış yaş derecelerine bölünmüştür; bu derecelerden biri din adamlığına ve yargılamaya ilişkin işlevleri uygulayan yaşlılardan oluşur. Eğer bir uyuşmazlık varsa, bunun içinde bir kişi diğeri tarafından zarara uğratıldığına inanırsa, taraflar içerisinde yaşadıkları bölge veya bölgelerden belli miktarda yaşlıya başvururlar; bu davayı (case) dinleyen mahkemeyi oluşturur. Mahkeme, birincil olarak hakem mahkemesidir ve çözümlenecek uyuşmazlığın dayandırılacağı gelenek kurallarına istinaden karar veren şeklinde davranır; bu mahkeme, genellikle, yargısını desteklemek üzere kaybeden tarafa yönelik bir adım atmaz, fakat bu görevi davada haklı çıkan tarafa (claimant) terk eder. Ciddi durumlarda, ancak bir ihlal bütün topluluğu ilgilendirdiğinde veya saldırganın davranışını itiyat haline getirmiş ve tehlikeli olduğu düşünüldüğünde, bu yüzden de, kamunun öfkesi konuyu kamusal ilgi alanına dönüştürdüğünde, yaşlılar yargılarını desteklemek üzere otorite uygulayabilirler. Alışılmış usul, yaşlıların kuttörensel iktidarlarına dayanır; onlar yargıya itaati kabul etmeyen kişiye doğaüstü cezalandırmayı kaçınılması olanaksız şekilde getirmesi nedeniyle korukulan *curse*'u (a.b.ç., kişinin belaya uğramasını dilemek) ilan edebilirler. Bir klanın mensubunun başka kandan kişi tarafından öldürülmesi, kasdi veya kasıtsız olsun, yaşlılar konseyince özel zarar olarak ele alınır ve katilin, hısımlarıyla birlikte mağdurun hısımlarına tazminat ödemesi suretiyle çözüme kavuşturulur. Yaşlılar, *kingolle* (a.b.ç-Çn.) veya *mwinge* (a.b.ç., Çn.) diye bilinen usulle kamusal zararları çözümlemede sınırlı bir iktidara da sahiptirler. Eğer, bir kişi büyücülük yapmakla suçlanırsa veya itiyadi bir saldırgan, bu nedenle de kamu için tehlikeli sayılırsa, yaşlılar ölüm cezası tayin edebilir yahut suçlunun yerleşim yerini (homestead) yok ederek kendisini bölgeden sürebilirler. Bu hareket tarzı tercih olunmadan

önce, daha uzak bölgelerin yaşlıları görüş alış verişi için çağrılmak ve suçlunun yakın hısımlarının rızası elde edilmek gerekir.

Ashanti'ler'tanrılara nefret uyandıran şeyler' anlamına gelen bir yerli deyimiyle tasrih edilmiş, oldukça örgütlü kamusal zararlar hukukuyla A-Kamba'nın tam olarak karşıtı bir sistemi meydana getirirler. Bunlar, adam öldürme, intihar, soy veya evlilik aracılığıyla oluşmuş belli hısımlarla (belli kan hısımları ve sıhri hısımlarla-Çn.) ensest türünden ilişkiler de dahil olmak üzere belli cinsel suçlar (offences), belli tiplerdeki suistimaller, müessir fiiller (assaults), hırsızlık, şef üzerine *curse*, hainlik, korkaklık, büyücülük (kara büyü yapmak-Çn.), kabilenin tanıdığı tabuları ihlal ve bir yeminle doğmuş ve nitelendirilmiş şekildeki merkezi otoritenin emrini ihlal fiillerini çine alır. Ashanti hukuk telakkisi, bütün bu eylemlerin topluluğun iyi yaşamının üzerine kurulduğu, kutsal veya doğaüstü güçlere saldırı olduğu ve bu ihlallerin kefa'eti suçlunun cezalandırılmasıyla çekilmedikçe, bütün kabilenin acı çekeceği düşüncesidir. Yargısal işlevler, yargılama yapılmadan önce mevcut olan kral veya şefe (kutsal taburede oturana) aittir. Suçlar içinde daha ciddi olan saldırılar için ceza, başın kesilmesi olmakla birlikte, suçlunun hısımlarıyla birlikte 'başını satın alması' mümkündür; bu suçlunun yaşamını kurtarmasına yarayan paraya çevrelim iş cezanın ödenmesidir. Şeflerle ait mahkemeler özel zararlarla kendiliğinden (re'sen-Çn.) meşgul olmazlar; bunlar, 'evsel birliğin meseleleri" (household cases) olarak adladırılır ve hısım gruplarının başkanlarının otoriteleriyle veya aralarındaki müzakerelerle çözümlenir. Özel bir zarara ilişkin çekişme, dolaylı olarak, eğer taraflardan biri verdiği sözü yeminle desteklemişse, önce şefe getirilebilir; böylece, yemin uyuşmazlığı kamuyu ilgilendiren bir soruna dönüştürür.

A-Kamba yaşlıları esas olarak özel zararlarla ve Ashanti şefleri kamusal zararlarla ilgili olurken, Afrika ve başka bölgelerde, merkezi otoritelerin-şeflerin veya kral ve temsilcilerinin- hukukun her iki türünü ellerinde tuttuğu kabile ve uluslar vardır; bunlar, daima, usullerine (procedure) değinilerek ayırd edilebilir. Özel zararlara ilişkin hukukta kişiler ve kişi grupları arasındaki çekişme önce çözüm (settlement) için yargılama makamına getirilir; kamusal zararlar hukukunda merkezi otoritenin kendisi ve bizzat kendi inisiyatifi ihlalde bulunana yönelik davayı başlatır. Çağdaş ceza hukuku ve medeni (özel-Çn.) hukuk, kamusal zararlar ve özel zararlar hukuklarının her birinden, ayrı ayrı dolaysız şekilde çıkarılır; fakat, bugün, adam öldürme ve hırsızlık gibi, karakteristik şekilde kamusal zarar sayılanlar, yazısız toplumların birçoğunda özel zararlar olarak ele alınır; durum böyleyken, bu tür toplumlarda en sık şekilde kamusal zararsayılanlar, büyücülük, ensest ve kutsallığa saldırıdır.

Hukuk, en elemanter gelişmelerinde, büyü ve dinle yakından bağlıdır; hukuksal yaptırımlar, kuttörensel yaptırımlarla yakın surette iliş-

kidedir. Bu yüzden, hukukun daha basit toplumlardaki başlangıç noktalarına (beginings) ilişkin tam bir kavrayışa, sadece toplumsal yaptırım sistemlerinin bütünü üzerinde karşılaştırmalı araştırma yapılarak ulaşılabilir.