

İÇİNDEKİLER

- Hukukta Kuram ve Uygulama:
Hukuk Tekniğinin Sihirli İşlevi-Csaba Varga5
- Adalet ve Hukuk-Giorgio Del Vecchio18
- Tabii Hukuk ve Pozitif Hukuk-Roger Bonnard24
- Kelsen'in Hukuk ve Devlet Teorisi-Muvaffak Akbay41
- Saf Hukuk Kuramı Nedir?-Hans Kelsen56
- Norm ve Değer-Hans Kelsen64
- Kadın Mağduriyeti Mağdur Olarak Kadının
Hukuksal Konumu-Yasemin Işıktaç70
- İdeoloji Olarak Hukuk-Kasım Akbaş81
- Ceza Hukuku-Politika İlişkisi ve TCK'nın 301. maddesi Bağlamında
Düşünce Özgürlüğü Sorunu-Türkan Yalçın Sancar96
- Hukuk, Politika ve Adalet İlişkisinin Yassıada Davası
Örneğinde İncelenmesi-Ülkü Halatçı112
- Yargılamada Nesnelleğin Psikolojik ve
İnançsal Boyutu-Ahmet Gürbüz125
- 1982 Anayasasının Serüveni-Fazıl Hüsnü Erdem129
- Minimum Geçerlilik Koşulu, Partikülarist Yaklaşımlar ve İnsan
Haklarının Evrenselliği-Neval Oğan Balkız173
- Sınırlanmış Bireyin Sonsuzluk Özlemi-Bahir Güneş Türközer180
- Modernite ve Postmodernite Bağlamında
Farklılıklar-Hüseyin Murat Işık185
- Bürokratik yada Teknikleştirilmiş Toplum Tasarısı-Müslüm Turan199
- Hukuk Çatışması Kavramı, Sorun ve Çözüm .
Önerileri-Dadaşhan Celalettin Kavas207
- Hukuk ve Sözleşme-Sözleşme Hukuku ve
Dağıtıcı Adalet-Antony T. Kronman230
- Hukuk ve Edebiyat Çalışmaları Çerçevesinde İncelenebilecek
Bir Geçmişle Hesaplaşma Çabası Olarak
Şili'den Bir Örnek: Ölüm ve Kız-Hüseyin Öntaş255
- Çevresel Terörizm-Abdurrahman Saygılı273
- Hukuk ve Bilimi-Hayrettin Ökçesiz280

Hukukta Kuram ve Uygulama: Hukuk Tekniğinin Sihirli İşlevi^(*)?

Csaba Varga^(**)

Çeviren: Hüseyin Öntaş

"Sollen, hipotetik bir önermenin formu, pek çok durumda pozitif hukuk düzeninin bir bileşeni olmaktan ziyade; onun temel önsel (a priori) normatif formudur."

*(István Losonczy
A funkcionális fogalomalkotás
lehetÉsége a jogtudományban
{Yargulamada "işlevsel kavram dönüştürümü" nün elverişliliği}
{Budapest: Királyi Magyar Egyetem
mi Nyomda 1941}, p. 65)*

Geleneksel anlayışa göre, hukuk tekniği, yasa yapımından uygulanmasına kadar geçen bütün süreçte etkindir; ancak aksi görüşteki güncel kuramcılar hukuk tekniğini yasama sürecine yol gösteren bir araç olarak ele almaktadırlar. Her ne kadar; sözde hukuk yapımı, uygulamada kazandığı belirli anlamın temel niteliklerinde billurlaşsa da hukuk tekniğine ilişkin problemler, hukuk uygulamasında konumlanır. Hukuk tekniği hukuk ile hukuk politikası(bir ülkenin toplumsal ilişkiler yığınına belirli bir amaçla düzenleme çabası) arasında bir köprü vazifesi görür.

Güncel anlayışa göre, akılla temellendirilebilir olması gerektiği varsayılan hukuk, hukuki belirliliğe sahip kavramların hizmetindeki bir meslek olarak kabul edilmektedir. Formalist hukuk bir yandan kendi dolayımında bir tür geometrik ideallik iddiasını güden bir sistem inşa etmeyi amaçlarken; bir yandan da sadece kuramsal sonuçlar doğurabilen bir meşrulaştırma modeli talep eder. Ancak gerçekte mekanik birer robot olmayan yargıçlar, insan türünün bütün varoluşsal özelliklerini taşıyan varlıklardır. Bu nedenle meslekleri için gerekli olan donanım ve niteliklere yeterli bir şekilde sahip olsalar bile, mesleklerinden kaynaklanmayan sosyal rolleri de kaçınılmaz olarak taşımaya devam ederler. Mesleki beklentileri uyarınca, mesleğin gereklerini diğer insanlık durumlarının üstünde tutmaya çalışarak, etik açıdan kendi egolarını sırkarken verdikleri hükümlerle yaşayan hukuku biçimlendirme sorumluluğunu taşıdıklarının da farkındadırlar.

Hukukun toplumsal yaşamda algılanma şekli ile formalizm arasındaki mesafenin, yine hukuk tarafından kapa-

(*) Bu makaleyi öğrencisi olma şansına erişmiş olmaktan büyük onur duyduğum Profesör İSTVÁN LOSONCZY' in aziz hatırasına ithaf etmeyi bir borç bilirim. Kendisi bir aydın olmanın bütün sorumluluklarını yerine getirmenin yanı sıra hukuk felsefesine de yeni bakış açıları kazandırmıştır. Bu makalenin konusuyla ilgili olarak Prof. Losonczy'in görüşleri için ayrıca bkz. József Szabadsfalvi 'Szélfegyzetek Hans Kelsen magyarországi recepciójának történetéhez: Losonczy István Kelsen-interpretációja' [Commentaries to the history of Hans Kelsen's reception in Hungary: István Losonczy's interpretation of Kelsden] Sectio Juridica et Politica [Miskolc] XXIII (2005) 1, pp. 125-140.

(**) Profesör, Macaristan Pázmány Péter Katolik Üniversitesi Hukuk Felsefesi Enstitüsü başkanı (H-1428 Budapest B, P. O. Box 6 [varga@jak.ppke.hu]); Macaristan Bilimler Akademisi Hukuk Enstitüsü Danışmanı [http://varga.jak.ppke.hu].

tilması gerekliliğini kavrayan GEORGE LUKACS, bir hukuk problemiyle karşılaştığı her süreçte yargıcın, tarafların çatışan iddialarının mantıksal olarak çeliştiği sosyal bir uyumsuzlıkla yüz yüze kaldığını belirtmiştir. Bu süreçte yargıç, mesleki hünerlerini göstererek hukuka uygun bir çözüm bulmalı ve hukuk aracılığıyla, hukuk dairesinde uyumsuzluğu sona erdirmelidir.⁽¹⁾

Bu şekilde zuhur eden yeniden inşa sorununu, ALEXANDER PECZENIK "dönüşüm" ve "sıçrama" nosyonları dolayımında özetlenebilecek olan analitik bir bakış açısıyla açıklamaya çalışmıştır⁽²⁾. Ancak bu doktriner açıklamasıyla bizzat kendisi, GEORGES KALINOWSKI ve CHAIM PERELMAN arasındaki formalizm-antiformalizm tartışmasında (benim açımdan antiformalizmin galip geldiği)⁽³⁾, hükümlerin mantık çerçevesinde anlaşılabilir olması gerektiğini savunup formalizmden yana tavır koymuştur. Bu noktada formalist bir bakış açısıyla, hukuk yargılamasını meydana getiren mantığa dayalı halkaların sürekli bir tecavüz tehdidi altında olduğunu kanıtlayan "dönüşüm" ve "sıçrama" nosyonları hakkındaki kendi açıklamalarına karşı, özeleştiril bir tutum takınmıştır. Yargıçların uyus-

mazlıklarını çözerken karşılaştığı zahiri sorunlarla ilgili çelişkilerin; kategorik değerlendirmeler aracılığıyla soyut normların somut olaya uygulanması sırasında yargıcın, kavramları berraklaştırarak soyut norm dışındaki olası çözümlerini reddetmesinin, mantıksal türetmelerden kaynaklanan "sıçramalar" içeren zorunlu "kavramsal dönüşüm(ler)"in sonucu olarak değerlendirilmesi gerektiğini savunmuştur. Bu sürecin böyle tanımlanması ise yargıcın hukuk yaratıcı faaliyetlerine olanak tanımamaktadır. Zira, dönüşüm sürecinde meydana gelen sıçramaların zaruri olarak mantıksal formalitelerden türediğini kabul etmeyi gerektirmektedir.

Böylesine çok yönlü bir mesleki yaklaşımın paradigmatik dayanağı ise gerek dilin gerekse hukukun hiçbir unsurunun sabit olmaması ve kendini belirleme kudretine sahip olmamasıdır. Bu saptama tam da; IMRE SZABO'nun yarım yüzyıl önce "hukuk kurallarının yorumu" üzerine yaptığı ve sosyalist yargı sisteminin kurucu mitosuna dönüşen çalışmasında ortaya koyduğu, hukukun altyapı tarafından belirlendiği ve yorumlamanın belirlenen anlamı genişleterek ya da daraltarak

onaylamaktan başka bir işlevi olmadığı yönündeki önermesinin antitezidir. Ancak, önceden verili anlamlar herhangi bir zamanda karşılaşılan bütün somut olaylar için geçerli ve yeterli kabul edilse bile, hukuk tekniği, altyapı tarafından belirlenme iddiasına uygun olarak verili anlamlardan farklı anlamlar türetecektir. Bu durumda da yargıcın verili anlamın odağını zaruri olarak kaydırmakla, normativist perspektife göre yetkisini yanlış kullanması kaçınılmaz hale gelecektir. Öte yandan, hukuk tekniğini şimdiye kadar değindiğimiz teorilerle açıklamaya çalışmak uygulamadaki gerçeklikle örtüşmez. Zira, sadece kolay algılanabilir somutlaştırmalar, uygulamalar ve güncellemeleri ele almaktadırlar. Son tahlilde, sadece yargılama faaliyeti sırasında alınan kararlar aracılığıyla kavramlar billurlaşmaktadır.⁽⁴⁾ Kurallar, güncel hukuk uygulaması aracılığıyla somutlaşmaktadır. Bu bakımdan hukuk tekniği, uygulandığı sorun yetkili yasama kurumu tarafından ele alınana kadar, yeni bakış açılarının ve olguların değerlendirilebilmesini sağlayan bütün yargılama faaliyetlerini kapsamaktadır. Mesela, hukukun genel ilkeleri her ele alınışında, her somut olayı etkileyen farklı olgular ve her olaya uygulanması gereken değişik soyut hukuk kurallarının etkisiyle birbirine nazaran daha geniş ya da dar yorumlara konu olarak somutlaşır ve güncellenirler.

KALMAN KULCSAR'a göre; hukuk uygulamasının sosyolojik genellemelere konu olabilecek öznel bir boyu-

tu da vardır: Hukuki dayanaklara uygun olarak, hukukun sınırları içinde kalmaya özen göstersek de, hukuka ilişkin hiç bir tartışma tarafların ahlaki, insani ve uhrevi inançlarından ayrı olamaz. Sosyolojik olarak aşıkardır ki hukuki sorunlara ilişkin alternatif çözümler, somut yargıç tarafından, en azından ait olduğu yorumlayıcılar topluluğu olan hukukçular topluluğunun benimsediği yaklaşımlara uygun olarak kabul edilir ya da edilmez (bu kabul ya da red eylemi, mevcut hukuk kültürünün kurumsal işleyişinden bağımsız değildir).

SZABO'nun aksine yönde olan bu bakış açısına göre; hukukun uygulanırken yeni anlamlar kazanmasını sağlayan hukuk tekniği, önceki anlamlara kayıtsız şartsız bağımlı değildir. Bu nedenle önceden verili olan, sadece LUKACSYEN düşünüşe göre; hukuk tekniği aracılığıyla uygulamada ortaya çıkması muhtemel olana atfedilen, ontolojik potansiyeldir [dynamei]. Hukukta etkili olan (ve farklı kılıklara bürünerek ortaya çıkan) ve sürekli olarak dolgu yapılan iki dışsal araç vardır: Değişik form ve günlük varoluştan ayrılmayan pratik eylemler... Hedefi ne olursa olsun hukukun mesajı bu dolgunun yapıldığı yerde belirlenir.

20. yüzyılın başlarından itibaren FRANÇOIS GENY'den başlayarak somut bir yargılama işlemi sırasında pek çok amaçla kullanılabilen hemen her tekniğin elverişli olabileceği düşünülmeğe başlanmıştır. GENY'nin görüşlerini paylaşan JEAN DABIN,⁽⁵⁾ hukukun akılcılığıyla uyumsuzlukların çözül-

(1) Lukács György A társadalmi lét ontológiájáról I-III [Zur Ontologie des gesellschaftlichen Seins] (Budapest: MagvetCE 1976); Csaba Varga, The Place of Law in Lukács' World Concept (Budapest: Akadémiai Kiadó 1985) s.193.

(2) Aleksander Peczenik 'Non-equivalent Transformation and the Law' in Reasoning on Legal Reasoning ed. Aleksander Peczenik & Jyrki Uusitalo (Vammala: Vammala Kirjapaino Oy 1979), pp. 47-64 [The Society of Finnish Lawyers Publications, Group D6]; ayrıca bkz. Csaba Varga, Theory of the Judicial Process The Establishment of Facts (Budapest: Akadémiai Kiadó 1995) s.249.

(3) Bir költükte pek çok karpuz taşımının zor olup olmadığına dair bir soruyu yanıtlarken PERELMAN'ın da değindiği gibi hukuk felsefecileri bu süreç hakkında yeterince yorum yaptıklarından elini taşın altına koyma sırası hukuk uygulayıcılarına gelmiştir; bu durumda bize de gerçekte neler olup bittiğini, deneyimlerinden hareket eden yargıçlardan dinlemek düşer. Zira, hukuk tekniği hukuk dünyasının en yaratıcı araçlarından birine dönüşmeye müsaittir. Çünkü Kıta Avrupası Hukuk Sistemi'nin içeriği, çağın gerisinde kaldığından ve sosyal gerçeklikle bağdaşmadığından perde arkasından da olsa oldukça yaratıcı bir yargılama faaliyetine neden olmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Csaba Varga, 'On the Socially Determined Nature of Legal Reasoning' Logique et Analyse (1973), Nos. 61-62, pp. 21-78 & in Études de logique juridique V, publ. Ch[aim] Perelman (Bruxelles: Bruylant 1973), s. 21-78 [Travaux de Centre National de Recherches de Logique].

(4) WRÓBLEWSKI'nin yorumlamanın statik bir ideal olabileceği gibi dinamik bir ideal de olabileceğini öne sürerken kastettiği de budur. Yorumlayan, ya orijinal anlamı temsil ettiğini öne sürerek kavramsal bir dünya inşa eder ve sonra biz de bunu her bakımdan yeniden inşa etmek zorunda kalırız ya da yargıçlığı kendimizi adapte edebileceğimiz özerk bir meslek olarak kabul ederiz. Bkz.. Jerzy Wróblewski 'The Problem of the Meaning of the Legal Norm' Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht XIV (1964) 3-4, s. 265.

(5) François Geny Science et Technique en droit privé positif I-II (Paris: Sirey 1913-1930); Jean Dabin La technique de l'élaboration du droit positif spécialement du droit privé (Bruxelles: Bruylant & Paris: Sirey 1935).

mesinden ibaret olmadığını hukukun uygulamadaki görünümünün de katkısıyla hukuk olduğunu öne sürmüştür. Dabin'e göre ; hukukun konjonktürel ve değişken iletilerinin yorumlanması sürecinde hukuka ilişkin tartışmaların ve mantık yürütmelerin menzili değil hareket noktası olması, "hukuk kültürünün", "hukuk tekniği" ne farklı yöntemler sunmasına delalettir. Hukuk tekniğinin kullanacağı araçları belirleyen "hukuk kültürü"dür. Mesela Macaristan Anayasa Mahkemesi, önceki iki kararında komünist rejimin yıkıldığı dönemde işlenen suçlardan kaynaklanan zararların tazminine ilişkin talepleri, bu tarz zararların her totaliter rejim yıkma çabasının mütemmim cüzü olduğu gerekçesiyle muallakta kalarak reddetmiştir. Böylece, tazminat taleplerini esasa girmeden reddeden mahkeme, uyuşmazlığı çözmek yerine davacıların iddialarını hükümsüz kılmıştır. Bu tarz hükümlerin karakteristik özelliklerinden biri de demokratik bir hukuk devletinin vazgeçilemez unsurlarından biri olan kanun önünde eşitlik ilkesinin; toplumsal sorunlarla yüzleşmeyi reddedip bu sorunların çözümlerini olanaksız kılan "saf anayasallık" güdüsüyle lafzi yorum yönteminden yararlanılarak ihlâl edilmesidir. Anayasa Mahkemesi'nin baskı gruplarının etkisiyle verdiği bu kararlar, hukuk kültürünün dayatmasıyla uyguladığı hukuk tekniklerinin eksikliğinden kaynaklanan birer fiyaskodur. Kısaca bizim hukukçu eliti-

miz, alternatif hukuki yorum yöntemlerine ve diğer hukuk tekniklerine başvurmayı redderek bazı başka ülkelerdeki (Almanya ve Çek Cumhuriyeti vb) meslektaşlarının aksine, ulusunun kaderini değiştirme sorumluluğunu üstlenmemiştir.⁽⁶⁾

Önceki çalışmalarından biri sırasında, hukukun yasalardan ibaret olup olmadığı⁽⁷⁾ problemini çözümlenmeye çalışırken, yasa değiştirmenin en azından iki yolu olabileceği kanaatini edinmiştim: Yasama yoluyla ya da kuralın yorumlanmasıyla kullanılan yorum yöntemlerinin değiştirilmesiyle (yorumsmacı yaklaşımla). Bir başka deyişle; hukukun değiştirilmesi doğrudan olabileceği gibi dolaylı da olabilir. İkinci durumda, hukukun anlam kümesinin değiştirilmesi, sosyal konvansiyon tarafından anlamının belirlenmesiyle ve hukukun içeriğinin hukukun uygulamasıyla olmaktadır. Elbette, bu çiftbaşlı durum, hukuk dışı unsurların müdahalesiyle farklı sonuçlar da doğurabilir. Örneğin, toplumun hazır olmadığı bir resepsiyon hareketi sırasında iktibas yoluyla yapılan düzenlemelerin etkililiğinin, siyasi lobi faaliyetleri aracılığıyla sorgulanması söz konusu olabilir. Bu nedenle, mesela, etnik azınlıkları iç ve dış baskılardan korumayı amaçlayan bir düzenleme hoşgörüsüz bir toplumda amacına ulaşmayabilir. Hukukçular başta olmak üzere bütün toplumun, hoşgörüsüzlüğün engellenmesine direndiği koşullarda amaçlananın tersi bir

durumun meydana gelmemesi için öncelikle hukuk kültürü değiştirilmelidir. Tam da bu noktada, bu çalışmada ele aldığımız sorunlara bir yenisi eklenebilir. Hukukun içeriğini değiştirme niyetini taşıyan stratejiler (örneğin, hukuku toplumsal mühendislik aracı olarak kullanılan modernleşme girişimleri), uzun vadede, formalist kanunlaşturmaya da formalist olmayan bir şekilde sosyal konvansiyonların değiştirilmesine de gerek kalmaksızın uygulamada kullanılan hukuk tekniklerinin farklılaşmasını sağlayarak başarıya ulaşabilirler. Bu da, yaşayan hukukta reform yapmanın bir diğer yoludur.

RENE DEKKERS, hukuk tekniğinin hukukun pratik anlamlarını değiştirmesinin⁽⁸⁾ nedenini, hukukun kendisinin hukuk tasavvurlarını belirleme kudretine tek başına sahip olmamasıyla açıklamıştır. Belirli bir hukuki sonuç doğurmasını hedefleyerek seçilen hukuki bir yolla hukuki uyuşmazlıklara çözüm bulmak, hukuk kültüründe baskın olan görüşlerin meşruluk taleplerini yerleşik hukuk teknikleri aracılığıyla diğer bakış açılara karşı rasyonel bir şekilde daha başarılı olarak savunmak demek değildir. Son tahlilde, bu durumda söz konusu olan dış baskılarla önceden dayatılmış bir çözümün meşrulaştırılmasıdır. Gerek Kıta Avrupası gerekse Anglo-sakson hukuk sistemlerinin tarihine baktığımızda görebiliriz ki, hukuk tasavvurlarından yorumlanan metnin

özüne ve ruhuna uygun olmaları beklenmiştir. HANS KELSEN'in geliştirdiği yaklaşımdan beri⁽⁹⁾ yargılama sürecinin, kabul edilen hukuk sistemi dahilinde mevcut koşulları yok saymayarak işlemesi gerektiği benimsenmiştir. Buna rağmen; her metnin değişken doğasından da istifade eden hukukçular, hukuk tekniklerini cephanelik gibi kullanarak kritik somut olaylarda belirsiz soyut normların uygulanması sırasında, ulusun varoluş mücadelesinin hayati bileşenleri olarak değerlendirdikleri ulusal kültürün temel sosyal konvansiyonlarına uygun davranmaya gayret etmektedirler. Bu durum, özellikle bizim ulusunuzun 1956'da yaşadığına benzer kriz süreçlerinde (ki benzerleri Romanya, İrlanda, Çek Cumhuriyeti, İsrail, ABD vb. ülkelerde de yaşanmıştır) toplumsal kültürün kendini savunma refleksinin sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Bu durum, duygusal davranışlarla, kişisel yakınlık ve aidiyet bağlarıyla değil, koşullara uygun davranma zorunluluğuyla açıklanabilir. Böylesi bir durumda göz önünde bulundurulması gereken, hukukçuların ulusun bütün talepleri doğrultusunda dış etkilerden bağımsız olarak uzlaşabilmesi değil, sorunları bertaraf etmek için mecburen ulusun asgari beklentilerini karşılayarak olumsuz koşulların üstesinden gelebilmesidir.⁽¹⁰⁾ Tarihsel bir perspektiften somut olayları incelediğimizde, değişik aşamalarda farklı gereksinimler nede-

(6) Bkz., *Coming to Terms with the Past under the Rule of Law The German and the Czech Models*, ed. Csaba Varga (Budapest 1994), s. xxvii ve 178. [Windsor Klub]. Sosyalist hukuk kültürünün bazı unsurlarının etkisiyle uygulamada formalizmin de katkısıyla demokratik hukuk devleti ilkesinin ihmal edilmesinin, AB'ne girişimle birlikte 2. Dünya Savaşı sonrası AB aracılığıyla bütünleşme çabaları dolayımında gelişen hukuk kültürüyle farklılıklarına dair bir inceleme için bkz. Zdenek Kühn 'Worlds Apart: Western and Central European Judicial Culture at the Onset of the European Enlargement' *The American Journal of Comparative Law* LH (Summer 2004) 3, s. 531-567.

(7) Csaba Varga, 'Is Law A System of Enactments?', *Theory of Legal Science* ed. Aleksander Peczenik, Lars Lindahl, Bert van Rooymund (Dordrecht, Boston, Lancaster: Reidel 1984), s. 175-182 [Synthese Library 176] & *Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae* 26 (1984) 3-4, s. 413-416.

(8) Bkz., Csaba Varga, 'Doctrine and Technique in Law' in *Festschrift an Lothar Philipps* ed. Bernd Schünemann, Frau Tinnefeld, Roland Wittmann (Berlin: Berliner Wissenschaftsverlag 2006) [baskı aşamasında] & www.univie.ac.at/RI/IRIS2004/ArbeitspapierIn/Publikationsfreigabe/Csaba_Phil/Csaba_Phil.doc.

(9) Bkz., Csaba Varga, 'A bécsi iskola' [Viyana Okulu] in *Joghölcsélet XIX-XX. század: EICeadások* [19. ve 20. yüzyılda hukuk felsefesi seminerleri] ed. Csaba Varga (Budapest: Szent István Társulat 1999), s. 24-32 [Bibliotheca Cathedrae Philosophiae Iuris et Rerum Politicarum Universitatis Catholicae de Petro Pázmány nominatae].

(10) Bu konuya Rákóczi Association tarafından 2004 yazında Benedictine Abbey of Pannonhalma'da Macar Tarih Öğretmenleri için düzenlenen bir konferanstaki konuşmamda [«Worthy of the fate, qualified for the challenge»: On the state of our intellect and scholarship' (in manuscript)] da değinmişim.

niyle kuramsal olarak sınanan hemen her şeyin uygulamada hukuka dönüştürüldüğünü anlayabiliriz. Öyleyse ancak, KELSEN'in "kuramsal yeniden yapılandırma" önerisinden hareketle (doktrinlerdeki mukayeseli çalışmaların hukuk uygulayıcıları tarafından dikkate alınıp farklı hükümlerin sentezine ulaşılmasıyla) belirli koşullar altındaki belirli bir hukuk kültürü açısından en elverişli çözümlere ulaşılabilir.⁽¹⁾

Hukuk tekniği terimi ile kastettiğimiz belli bir lisanı hukukçu bakış açısıyla ele almayı sağlayan standartlaştırılmış araçlar kümesidir. Kurallar normları içerebilir (normlar ise mantığın yansımalarından, mantıkla yapılan değerlendirmelerden ibarettir). Filozof, dilbilimci, hukukçu gibi de düşünsek herhangi bir iletişim sürecine girebilmemiz için birbirinden farklı kategorilere başvurmamız gerekir. Çoğunlukla hukuk olarak adlandırdığımız perdenin arkasına metodolojik bir yaklaşımla baksak; "hukuk" adı verilen akla dayalı yapıda, sözde, normlar kurallar aracılığıyla tanımlanan kavramlar tarafından yönetilse de değişik gönderimsellikler ve anlam olasılıkları içeren bu kavramlar da uygulamada dilbilim tarafından belirlenmektedir. Bu tespitin nedeni, LUKACS'ın sosyal ontoloji kuramında, tematize ederek "arabuluculuk tuzağı" olarak adlandırdığı durumun en temel bileşeni olan insanın, tasarımları aracılığıyla kendini ifade eden bir varlık oluşunu fark etmiş olmaktan ibarettir. Dil, sürekli evrim geçiren bir araç olduğundan, somut olaylar değerlendirilirken hukukçular tarafından somut koşulların etkisiyle bu aracın içeriği ve

işlevi her olayda yeniden tanımlanmaktadır.

Başlangıç noktamıza dönersek, hepimiz dil aracılığıyla iletişim kurarız ve dil kendini belirlemez. Yine de disiplinlere yeni kavramlar ekleyen birinin ilgili disiplinin egemenliğini ihlal ettiğini iddia eden birileri çıkabilir. Böylece bir iddianın aynı zamanda nesnesi de olan muhatapların, bu iddiayı doğru olarak kabul edebilecekleri gibi; kendileri de düzeylerarası bir yeniden yapılanma sürecinin öznesi oldukları ve sürecin içinde sürece kuşbakışı bakamadıkları için ya da kişisel hırslarından dolayı, kavramların arkasına sığınan ama kavramsal olmayan bir söylemle şimdiye kadar gördüğümüz tüm dengelimler zincirinin yanlış olduğunu da iddia edebilirler. Ya da haklı olarak meta-sistemin (hukukun), yeni söylemlerin eskilerinden türetilmesi nedeniyle her zaman dilsel iletişime göre üstün ve öncelikli olduğunu da iddia edebilirler.

Dilin, kendini belirleyememesinin nedenlerinden biri de yaygın kanıya göre toplumsal yapı içindeki farklılaşmalar arttıkça hukuk uygulayıcısının özel kararlar verme olasılığının da (mesleğinden kaynaklanan aidiyet bağlarının bilinçaltına yerleşmesi nedeniyle de olsa) artmasıdır. Yargıç, mesleğinin gerekleriyle hakkaniyet arasındaki tercihi kendi vicdanında yapmalıdır. Böyle bir beklenti, oyunun hukuk kuralları dahilinde oynanması gerektiğine dair normatif bir desideratum'a (Ockham'ın Jileti kullanımına) indirgenemez. Bu antinominin içerdiği ikilik, sosyal gerçeklik tarafından da doğrulanmaktadır. Zira hukuk, hepimizin istesek de istemesek de bireysel özelliklerimizin etkisinden

de de kalarak şekillenmesinde etkili olduğumuz verili anlamlar kümesidir. Bu durum LUKACS tarafından da belirtilen ikincil bir etkiye de sahiptir: İçerik değişiklikleri ve anlam kaymaları kendilerine karşı kör olsalar da davetsiz birer misafir gibi dahil oldukları sosyal davranışlarımızın ontolojik sürecini, uzun vadede başlangıçtaki yönelimlerinden saptırıcı bir etkiye sahiptirler. Bir bakımdan, hukukçuların profesyonellik anlayışı, birlikte oluşturdukları hukuk ideolojisi, hukuki işlemde bulunma kabiliyetleri sayesinde hukukun gereklerine uygun davranma eğilimleri hukukçular topluluğunu homojenize ederken, diğer yandan bireysel varoluşlarının hukukçu rollerini diğer sosyal rollerinden ayırmaz kılışı nedeniyle ontolojik açıdan bireyin bütünsel varoluşunu, analitik amaçlara yönelen homojenlik içinde bir farklılaşma olarak ele alabiliriz. Bu çaba, daha önce LUKACS'ın ele aldığı "bariz anlam belirsizliği" ve "aktüel anlam belirsizliği", arasındaki diyalektiğin binlerce yıllık uygarlık gelişimini (uygulamanın temel unsurları bazen hiperbolik olarak kabul edilse de) belirleme kudretine karşı girilen bir mücadeleyi imler. Genelde belirli bir amaç belirleyip ona ulaşmaya çalışırken, evdeki hesabın çarşıya uymaması sonucu, sürece etki eden yeni faktörler zuhur eder- yargıcın başına gelen de budur. Ya da yargıcın karakteri dilsel araçların belirsiz yapılarının da etkisiyle bütün hukuki işlemleri etkiler. Tam da bu noktada bütün insan tasarımı yapıların bir özünü-özüne odaklanma süreci içinde- homojenleştirme çabasıyla varoluşlarını kurguladıklarını iddia edebiliriz. Örneğin modernleşme projemizde, hukuk vb. hukuksal içerikli sosyal sorunların homojen bir alanda

birbirine kesişmeden var olduklarına yönelik düşüncemiz, bir hukuki geçerlilik kriteri önermesidir. Ancak, bu önermeye ilişkin süreci, şimdiki zamanda varolan -hic et nunc- koşullar tarafından belirlenen insan yaşamının heterojen olmasından ayıramayız.

Gördüğümüz gibi, dil kendini belirleyemediğinden kendini içsel araçlarıyla tanımlama yetisine sahip değildir. Yasa koyucu yazmak (okuduktan sonra), yasa uygulayıcı ise okumak (sonra da yazmak) mükellefiyetindedir. Bin yıldan uzun süre önce İzlanda'da hukuk lagsaga [ya da lögsögumadur], tarafından bir kayanın üzerine çıkararak ilan ediliyordu. Bunun, o dönem için sadece pratik bir jest olmaktan öte nesnelleştirme, kamusallaştırma ve bağımsız bir eylem aracılığıyla olgusallaştırma gibi işlevleri de vardı. Bu nesnelleştirme çabası, modern formel hukukun karmaşıklığı nedeniyle, hukuk uygulamasında otorite olarak kabul edilen hukuki doktrinleri [Rechtsdogmatik], inceleyen bir mesleğin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Kanun teklifi olarak önüne geldiği parlamentoda oylanarak kültürümüze dahil olduktan sonra yargıçlar tarafından yorumlanan ve diğer insanlar tarafından hukuk olarak kabul edilerek birer alışkanlık konumuna gelen tüm bu kurallar, kendilerini ele alan her yargıç tarafından yorumlanırken, kavramsal araçlar aracılığıyla, hukuk kültürünün kurumsal yapısına uygun olarak anlamlandırılır. Bu nedenle amaçsal yorum da, yorumlayanın hukuk sistemi içerisindeki duruş noktasına bağlıdır. Elbette, iletişim süreçlerinde meydana gelebilecek yenilikler ve anlayış farklılıkları metne dahil değildir ve dili konuşan kişi konuşurken dildeki anlam katmanlaşmasının karşılığının ayırında değildir. Yine de

(1) Bu durum günümüzde etkililiğini kaybetmiş olan kolektif sorumluluk kurumunun yeniden canlanmasına yol açabilir. Bkz. Dipnot 10.

dilin kavramları, gündelik kullanımda sürekli olarak yeniden yapılanan katmanlı yapıları nedeniyle değişik katmanlarda ve boyutlardaki anlamlarının gündelik kullanımdaki anlamlarından farklılaşmasına neden olur. Bu da hukuk doktrinlerinin dışlanamayacak birer araç olduğunu kanıtlar.⁽¹²⁾ İşte bu nedenden dolayı hukuk uygulamasının olduğu her yerde hukuk tekniği de vardır.

Elbette, hukukun doktrinindeki incelemelerinin de kendine özgü tekniklere sahip olduğunu belirtmeye gerek yoktur. RUDOLF JHERING ve CARL VON SAVIGNY 19. yüzyılın ikinci yarısında bu tekniğin geleneksel olarak kullanılan kuramsal bir modele ihtiyaç duyduğunu iddia etmişlerdir. Hukukun doktrinler aracılığıyla incelenmesinin analitik özelliği; mantığa dayalı işlemlere, kavramların sınıflandırılmasına, tümdengelim ve tümevarım yöntemlerine dayanmasından kaynaklanır. Hukuk tekniğinin sihirli dönüştürücü etkisi de, mantığa bürünme araçlarının birincil öneme sahip olduğu hukuki tartışma tekniği olmasından kaynaklanır. Buna göre, doktrinindeki değişik tartışma formları (yargıcın kuralların olası anlamları arasında tereddüde düştüğü durumlarda) uygulanan hukuk tekniğinin unsurları olarak ortaya çıkabilir.

30 yıl kadar önce hukukun işlevi ile kanunlaştırmanın işlevi arasındaki ilişkiyi açıklamaya çalışan bir iddia⁽¹³⁾ aracılığıyla fark ettim ki sosyalizmde, Me-

deni Kanunda yer alan haklar pratikte Ceza Kanununda yer verilen tehlike suçları tarafından sınırlandırılıyorlardı. Her ne kadar bu konudaki siyasi öfkem zamanla sakin bir melankoliye dönüştüyse de bu durumun, hukuk kültürünün yargılama sürecinin kanun maddelerine dayanmasından kaynaklandığını fark ettim. Burada da dille bağlantılı olarak dile getirdiğimiz LUKACSyen semptom ortaya çıkmaktadır. Belirtilebilir ki, uygarlaştıkça, yargıcın yargılama sürecini irrasyonelleştirebilen öznelliğini devre dışı bırakmak amacıyla, hukuku kullanarak sağduyuyu daha fazla sınırlandırıyoruz. Aynı zamanda, hukuk sistemini soyut kurallara indirgeyerek hukuki değerini elini kolunu bağıyoruz. RONALD DWORKIN, "Is Law a System of Rules?"⁽¹⁴⁾ adlı makalesinde bu soruna değinerek Anglo-Amerikan hukuk düşüncesinin paradigmatik köşetaşlarından biri olmayı başarmıştır. Dworkin'e göre; yaratıcılık, yargıç rutin hayatın konformizminden dışarı adım attığında devreye girerek önündeki davanın üstesinden gelmenin zor ve hakkında kafa yormaya değer olduğunu hatırlatır. Bu, yargılama süreci hakkındaki sosyo-hukuki saptamaların doruk noktasıdır, hukuk uygulayıcısı bir hukuk ilkesini tanımlarken (Roma Hukuku'na dayanarak ya da yerel hukuka dayanan içtihatları gözönünde bulundurarak) daha karmaşık

olan kural kümelerini uygulamaktan kaçınılabilir.⁽¹⁵⁾ Elbette, hakları düzenleyen kuralların sosyalist uygulamadaki durumuna ilişkin nahoş anılara sahip olsak da (yaşlı rahiplerin örgütlenme hakkının ihlal edilmesi gibi) unutmamalıyız ki, Batı Avrupa'da da benzeri kült kurallara rastlanmıştır. Bir başka deyişle, kanun koyucu da yaşayan hukuk kültürü de baskın kültüre dayanan kurallar içermeden var olamazlar: Kamu yararı, kamu düzeni vb.,⁽¹⁶⁾ kavramlar son yıllardaki yanlış liberalleşme ve bireysel anarşizm hareketleri sonucu güç kaybetmeler de Batı'da idare hukukundan, medeni hukuk ve ceza hukukuna kadar hemen her alanda kullanılabilmektedirler.⁽¹⁷⁾

Bu tarz çözümleri sorunlu bulduğumuza göre, sosyal eylem alanında elverişli olabilecek çok yönlü tanımlara olanak tanıyan bir ontoloji oluşturmaya yeltenebiliriz. LUKÁCS'a göre her davranış aksi yönündeki davranış nedeniyle söz konusu olabildiğinden savunma mekanizması içermeyen hiç bir insan istenci var olamaz. Hatta hiçbir homojenleşme süreci, bir yeniden-heronjenleştirme girişiminde bulunmadığı sürece makul kabul edilemez. Paradoksal olarak, modern formalist hukuk yargıcı mekanikleştirirken, etik niteliklerini de formalizmin çarkları arasında öğütmüştür. Bu nedenle hukukun, ilk adımını attığı andan itibaren formalist istikametten ödün vermek için de nedenleri ve olasılıkları her zaman mevcuttur.

Hukuk tekniği herkes tarafından her amaçla her doğrultuda kullanılabilen evrensel bir araçsa da belli bir hukuk kültüründe kullanılabilmesi için o kültür tarafından makul kabul edilmesi gerekir. Sonuçta, her hukuk kültürü uygulamadaki davranışlarımızın sınırlarını belirlememizi dayatır. Hukuk kültürü, sürekli güncellenerek işleyen sosyal konvansiyonlar ağıdır ve belli bir amaçla yönelik olarak belli bir yöntem aracılığıyla değişik uygarlıkların izlerini taşıyan yetilere sahiptir. Öte yandan, Oxford'dan hukukun etik bakımdan incelenmesine ilişkin tüm alanlara yayılan kavramsal analiz yöntemi üzerinde yükselen analitik mantık kültürü, davranışlarımızı sadece önceden belirlenmiş varsayımlara uygunluğuna göre değerlendirdiğinden, düz mantıkla ele alındığında, bana, mesela fetusu ya da annemi öldürme "hakkını" dahi verebilmektedir. Yine de hâla ahlakî sorumluluklarımızı soyut kavramların mantığa dayalı sonuçlarına üstün tutmaya devam edebileceğimizi umuyorum. Zira, bu yazıda anılan kuramların pek çoğunun da kanıtlandığı gibi, varoluşsal yeteneklerimiz ve vazgeçemeyeceğimiz insani özelliklerimiz sayesinde henüz robotlardan üstünüz ve ayrıntılı düşünebilme ve kendi düşüncelerimize uygun davranabilme yeteneğimizi mekanize etmemiz beklenemez. Tüm bu nedenlerle, insan kültürünün düzgünce yönetilmiş yeni araçlar üretebileceğini ön-görebiliriz.

Zira, paradoksal olarak tehlike suçlarını icad etmiş olmasına rağmen hukuk

(12) MARX ve ENGELS'in de Alman İdeolojisi'nde belirttikleri gibi, Almanlar bir zamanlar sorunlarının tüm sorumluluğunu kuram eksikliğine bağladılar ve sonunda kendi teorik doktrinlerini geliştirmeyi başardılar. Benzer bir sorun Anglo-Amerikan kültüründe toplum sadece yargıcın tasavvurlarına atılması şeklinde görülmektedir. Bu nedenle sorun kimin doktrin üretme yetkisine sahip olduğunda tartışılmaktadır. Kıta Avrupası Sistemi'nde doktrin akademide üretilirken, Anglo-sakson Hukuk Sistemi'nde yargıçların verdiği kararlar tarafından belirlenmektedir. Bkz., P. S. Atiyah Pragmatism and Theory in English Law (London: Stevens 1987) [The Hamlyn Lectures].

(13) Bkz., Csaba Varga, 'The Function of Law and Codification' in Anuario de Filosofia del Derecho 7 (Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos 1973-1974), pp. 493-501 & Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae 16 (1974) 1-2, s. 269-275.

(14) Ronald M. Dworkin 'Is Law a System of Rules?', The Philosophy of Law (Oxford: Oxford University Press, 1979), s. 38-65.

(15) Bu bakımdan belirsizlik çoğunlukla hukuk uygulayıcısının kendisinden kaynaklanmaktadır; çünkü hukuk düzeninin formu mükemmeldir. Problemlerin nedeni henüz kuramla uygulamayı örtüşürememizdir.

(16) Bkz., Vera Bolgar 'The Public Interest: A Jurisprudential and Comparative Overview of the Symposium on Fundamental Concepts of Public Law' Journal of Public Law [Emory University Law School] 12 (1963) 1, s. 13-52.

(17) Bkz., Csaba Varga, 'Rule of Law - At the Crossroads of Challenges' Iustum, Aequum, Salutare [Budapest] 1 (2005) 1-2, s. 73-88.

kültürü, temel hakları sıkı şekilde koruyan katı kurallar da benimsemiştir. Her men her alanda totaliter bir anlayışla siyasi çıkarları bireylerin üstünde tutan Sosyalist Hukuk Sistemi'nin kuralları bile, hukuka aykırı eylemleri korumamıştır. Farklı toplumlar ve farklı devirler incelendiği taktirde hukuk kültürü ile kullanılan hukuk teknikleri arasında bir paralellik olduğu gözlenebilir. Tam da bu noktada, kullanılan hukuk tekniğini, işlevlerinin önceden sınanmış olmasının ve geleneklerin belirlediği iddia edilebilir.

Macaristan Anayasa Mahkemesi'nin, sosyalist dönemdeki suçlara ilişkin tazminat talepleri hakkında verdiği kararlara ilişkin örneğimizde verilen kararın aksi yönde karar alınmasını gerektireceğinden gerçekte her hangi bir anayasa hükmüne dayanılmamıştır⁽¹⁸⁾. Açıkça görülüyor ki, resmi gerekçelerin "meyruyet" iddiaları çoğunlukla saf formalizme dayanmaktadır. Böylelikle yargıçlar fiilen, içeriğini sadece kendi hayal güçlerinin belirlediği bir "derin anayasa" oluşturmaktadırlar. Bu, çifte standartlı davranıştır. Bu tür davranışlar nedeniyle, yarım ağızla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kabul

ediildiğinde bu kabulün kağıt üstünde kalacağını bilen halk, yasak savmak için yapılan düzenlemelerin uygulamada birşey değiştirmeyeceğini mırıldanmaktan başka tepki vermedi.⁽¹⁹⁾ Yine de bazen salt pozitivist bakış açısıyla yapılan düzenlemelerin de hak ve özgürlükleri geliştirdiği olabiliyor. Ayrıca, bütün olup biten; hukuk politikalarının, hukukun içeriğinin yanı sıra, kullanılan hukuk teknikleriyle de değiştirebileceğini göstermektedir. Çünkü ister bilinçli olarak amaçlanmış olsun ister olmasın, Anayasa Mahkemesi kendisi açısından en güvenli yolu seçerek hükmünün gerekçesini hazırlarken kendi içtihadını kendi oluşturmuştur. Bilindiği üzere "derin anayasa", anayasanın lafzının ardına sığınan baskı odaklarının Anayasa Mahkemesi Kararlarında somutlaşan dogmalarından oluşur.⁽²⁰⁾ Bu tarz kararlar öylesine büyük bir etkiye sahiptir ki istisna olmaktan çıkıp kaideye dönüşemeseler bile, sonraki anayasa yorumlarını etkileyerek hukuk düzeninin değişmesine bile neden olabilirler.

*

Klasik pozitivist anlayışın, sosyal konvansiyon tarafından hukukun sınırlarının net olarak belirlenmiş olduğu id-

diası, aynı zamanda uygun bir hukuk kültürünün ve mesleki deontolojinin de katkısıyla hukuk mantığının, tümdengelim metodunun işlenmesini sağlayacağı yönünde bir beklenti de içerir; ancak KELSEN'in de bir keresinde belirttiği gibi bu aldatici dış görünüşten hareket edersek, hukuk, önceden belirlenmiş bir anlama sahip olarak yargı organın önüne uygulayabileceği bir şekilde gelmedikçe hüküm doğuramaz. Kelsen, görüşlerinin bir kısmının iç çelişkileri nedeniyle tıkanıp ömrünün ikinci yarısında hukuk kavramlarının (cinayet, hukuka uygunluk, anayasaya uygunluk, anayasaya aykırılık vb.) kendiliklerinden var olamayacaklarını belirtmiştir. Hukuk alanında prosedürel pozisyonlardan başka birşeyin varlığı söz konusu değildir. Ve bunlardan birinin etkisiyle yargıcın, birinin bir katil ya da bir kadın olduğuna karar vermesi halinde, kişinin gerçekte ne yaptığı ya da cinsiyetinin ne olduğu ile hukuk açısından ne yaptığı ya da cinsiyetinin ne olduğu birbirinden farklı sorunlardır. Hukuk açısından geçerli olan, hukuk düzenine aykırı olmadığı taktirde, yetkili organın usulüne uygun olarak vermiş olduğu karardır. Öte yandan hukukun epistemolojik görüntüsü, anlam değiş tokuşu ve uygun tutumu nedeniyle toplumun ontoföjisini etkilese de, toplum hukuka rağmen farklı yönlerde gelişip değişmeye devam ederek, hukuku, hukukun

beklentisinden farklı şekilde algılayabilir.

Özetle, Geleneksel Hukuki Pozitivizm, Tabii Hukuk Okulu'na karşı olarak, somut bir kanun koyucunun hukukun kaynağı olmasını, geçerlilik kriteri olarak kabul etmektedir. Ben kendi görüşümü bu iki yaklaşımın arasında konumlandırıyorum. Zira, her ne kadar hukuk belirli bir kanun koyucu tarafından belirlenen kesin referans kaynakları içerse de, toplumun tüm fertleri, kendilerini temsil eden hukuk uygulayıcıları (yargıçlar, jüri üyeleri vb.) aracılığıyla hukukun şekillenmesinde rol oynamaktadır. Şunu da eklemeliyim ki bu görüşümü Macaristan'da, sosyalist dönemde dile getirmiş olmam oldukça ironik. Çünkü bu görüş, hukukun bütün muhatapları, anlamlandırma süreçlerine katkıda bulunarak hukuku belirlediği ve sürekli yeni konvansiyonlar oluşturduğu için, despotizmin de sınırları olduğunu ortaya koyuyordu.

Zira, değişerek gelişen anlamlar üzerine bina ettiğimiz kültürümüz, kendini sadece yetkililer tarafından belirlenen normlardan türetebilir. Bu şekilde toplumun konvansiyonlaşması referans alınarak ve içerilerek ontik süreç cisimleşir ve sosyolojik olarak tanımlanabilir bir olguya dönüşür. Bu saptamayla ilgili ortaya çıkacak ilk soru, KELSEN'in yeniden yorumlanmasının ötesinde bir değere sahip olup olmadığıdır. Her ne kadar muhtemelen KELSEN'in Saf

(18) Macaristan Cumhuriyeti Anayasasında „demokratik hukuk devleti“ olarak tanımlanmışsa da (madde 2/1), bu tanımın doğruluğu kanunlaştırılmış olmasına değil kültürel yapıya bağlıdır., Terimin değişik anlamları için bkz. Richard H. Fallon, Jr. 'The Rule of Law' as a Concept in Constitutional Discourse' Columbia Law Review 97 (January 1997) 1, s. 1-56.

(19) Anayasa Mahkemesinin geçmişteki aktif tutumunun başlangıçta koşulların gereği olduğu kabul edilebilir; ancak koşullar değiştiikten sonra bu tutumunu değiştirmeliydi. Zira anayasa değişmediğinden mahkemenin yetkisi de genişletilmemiştir. Üstelik Anayasa Mahkemesi kararlarına karşı başvurulabilecek bir kurum da bulunmadığından anayasa karşısındaki konumunu anayasa koyucunun yerine geçerek değiştirmek için kendisi çaba harcamalıydı. Anayasanın lafzını dayanak almayan hiç bir aktivist tutumun benimsenmesi kuramsal olarak anayasa koyucunun yerine geçmek anlamına geleceğinden mümkün değildir. Zira anayasaya aykırılık, sadece anayasaya uygunluk denetimiyle belirlenebilir.. Lord ACTON yüzlerce yıllık insanlık deneyimini şöyle özetlemiştir: "İktidar her zaman yozlaşma eğilimindedir ve sınırsız iktidar sınır tanımaksızın yozlaşır.". Bu söz hukukun formalist olarak yaptığı sınırlanmanın, otomatik sonuçlar doğurmadığı anlamındadır. Zira ACTON'a göre: "Tarihe karşı sorumlu davranmak hukuka karşı sorumlu davranmayı gerektirir. İktidar her zaman yozlaşma eğilimindedir ve sınırsız iktidar sınır tanımaksızın yozlaşır.". Büyük adamlar hemen her zaman kötü adamlardır da... Zira hükmetmek yerine yönlendirmeyi tercih etmek bile iktidarın yozlaştırıcı etkisini tümüyle ortadan kaldırmaz." Bkz. Lord Acton'un Piskopos Mandell Creighton'a 5 Nisan, 1887'de yazdığı mektup, Lord Acton, Selected Writings'den aktaran Essays in the Study and Writing History, ed. J. Rufus Fears (Indianapolis: Liberty Classics 1986), s. 383.

(20) Anayasa Mahkemesi başkanının 31 Ekim 1990 tarihli 23 sayılı kararına ilişkin fikri şöyledir: "Hareket noktasız anayasanın bütünlüğüdür. Anayasa Mahkemesi, anayasanın temel ilkelerini ve yer verdiği hakları yorumlarıyla tanımlanmaya devam ederken kararları aracılığıyla tutarlı bir sistem oluşturmaktadır" Burada açıkça, politik çıkarlar tarafından belirlenmesi mümkün olan bir derin anayasa oluşturmaktan bahsediliyor. Bkz. László Sólyom 'Introduction to the Decisions of the Constitutional Court of the Republic of Hungary' in Constitutional Judiciary in a New Democracy The Hungarian Constitutional Court, ed. László Sólyom & Georg Brunner (Ann Arbor: The University of Michigan Press 2000), s. 41; András Sajó 'Reading the Invisible Constitution: Judicial Review in Hungary' Oxford Legal Studies 15 (1995) 2, s. 253-267; K. Füzér 'The Invisible Constitution: The Construction of Constitutional Reality in Hungary' International Journal of Sociology 26 (1997) 4, s. 48-65.

Hukuk Teorisine ilişkin sonraki çalışmaları, tam ters yönde bir amacı olsa da,⁽²¹⁾ hukukta belirsizlik probleminde de dikkatimizi çekmiştir. Çünkü bir bakıma, geliştirdiği piramit şeklindeki normlar hiyerarşisi [Stufenbau] modeliyle oldukça katı bir şekilde tanımlayarak hukukun yapısını ve hukuk işlemlerini, aksi yöndeki içsel olmayan her türlü olasılığı dışlayan bir sabitlikle birbirleriyle ilişkilendirerek mantıksal temellere dayandırmaya çalışmıştır.⁽²²⁾ Ancak diğer bir bakımdan hukukun hükmünü, bir kriterler kümesi düzeyine yükselttiği 1946 Amerika basımında⁽²³⁾ yeniden ele alarak formüle ettiği çalışmasında bu ilişkinin öğelerini birbirlerine tabi kılmıştır. Bu nedenle, hukukun sağduyu aracılığıyla spontane olarak oluşturulduğu ve uygulandığı alanda hemen her türlü sonuç ortaya çıkabilir. Daha da önemlisi, uygulamada alınan kararlar —normlar hiyerarşisinde üstteki kademenin alttakine göre yeniden tanımlanabilmesi sonucunu doğuran—res iudicata (aynı konuda daha önce alınan mahkeme kararının bağlayıcı olması) nedeniyle hukuka uygun sayıldığından, dışsal etkenlerden etkilenmiş olsalar da hukuken sonuç doğurabilmektedirler. Son tahlilde, KELSEN'in tüm çabası, büyük bir azimle hukukun somut bir çerçevede mantıksallaştırılarak, yeniden biçimlendirmeye çalışanların elinde dağıtılmasını sağlamaktan ibarettir.

Yukarıda söylenenler ışığında, genellikle hukukun kendi kendini belirlediği iddia edilir. Ancak, daha ayrıntılı bir inceleme, hukukun sürekli olarak belirlenmeye devam ettiğini ortaya koyarak bu iddiayı boşa çıkarabilir. Zira bu süreç, iletişimde bulunan herkesin birbirlerinin anlamlandırma sürecini etkilemesi aracılığıyla oluşan hukuku uygulayanların (hakim, savcı, avukat vb.) öznel anlayışlarının, kavramların kendilerinden hareketle normatif bir etkene dayalı olarak kavramların anlamlarını sürekli olarak yeniden türetmelerine içkindir. Son tahlilde, hukukun bu şekilde anlaşılması sosyal-kurumsal bir praxis kuramıdır. KELSEN'in hukukun yapısını ve işleyişini açıklama çabasının amacı olan belirliliği belirleyen, sadece insanlardır.

Hareket noktası, Kelsen'in kariyerinin sonunda hukuk düşüncesini inşa etmek üzere hukukun hükmüne ve etkililiğine (hukuk kurallarının toplum tarafından uyularak olguya dönüşmesi) ilişkin geliştirdiği ve toplumsal referanslı nihai sonuçlardan hareketle belirlediği tanımlayıcı ilkeler oluşturmaktadır. Bu nedenle, yeniden ele almaya çalıştığım KELSEN'in hukuk-uygulaması kuramında,⁽²⁴⁾ sadece bu hususu kabul edilebilir buluyorum.

Hukuk, neyin hukuk içinde sayılacağını belirleyen ve analitik bir bakış açısıyla hukukun özerkliğini gözler önüne seren bir süreçtir. Bu sistemin temelle-

ri, sınırları ve içeriğini, son empirik donné'den (Gény'nin « verili olan » formülü) hareketle yeniden inşa edilen uygulamadaki olgular belirler. Mantığa dayalı normatif çözümler hukuk açısından elverişli olmama nedeni de ; güvenilirliği ve devamlılığı sağlayan « uygulama » olduğu için, gerçek çözümlere gündelik hayatta gerçekleşen yeniden inşa süreçleri sonucunda ulaşmamızdır. Çünkü, zamana ve mekana bağlı olarak gelişen birbirini izleyen faaliyetler silsilesi olan yargılama, hukukun uygulanması sırasında, sonradan gerçekleşen yeniden inşa faaliyetlerini öncekilerle uyumlu hale getirir.⁽²⁵⁾

Hukukun kendini tanımlayıp tanımlamadığını, tanımlıyorsa bunun iç unsurlarını da dış unsurlarını da kapsayıp kapsamadığını birbiriyle kesişen üç ana başlık altında inceleyebiliriz.⁽²⁶⁾ Toplumsal faaliyetler ağı içinde hukuku olgusal olarak şekillendiren sürekli bir hareket söz konusudur. Bu hareketin birbiriyle mücadele halinde olan bileşenleri; (1) toplumdaki hukuka ilişkin tutumlar (2) yargı kararları (3) ve pozitif hukuktur (Rechtsdogmatik doktrini tarafından desteklenen). Bu mücadelede; (1) toplumsal eylem (2) hukuki eylem, ve (3) hukuk, öznelerinin eylemleri bu unsurlardan hangisinin diğerlerine baskın geleceğini belirler. Son tahlilde, hangisinin baskın olacağı belirli bir zamanda

belirli bir toplumda hakim olan hukuk doktrininin ne olduğuna bağlıdır. Bu, birbirinin üzerine basarak tahakküm kurma sürecidir. Bu bağlamda hukukun kendini belirlemesi ve verili bir durumda belirlenirken kendi kaderini tayin etmesinden, nitelikleri hukuk tarafından hukuk dairesinde belirlenen verili bir statüye ancak bu süreçten geçerek ulaşabilmesi anlaşılmalıdır.

Sonuç olarak bu saptamadan hareketle her hangi bir entegrasyonun (Avrupa Birliğinde ya da başka bir uzamda) kültürler tarafından değil, kurallar ve araçlar tarafından sağlanabileceği iddia edilebilir. Bu, hukuk politikasının bir temennisi olmaktan öte, olup bitenin değer yargılarından bağımsız olarak yapılan saptamasıdır. Hukukun anlamının sadece uygulama aracılığıyla belirlenebileceğini düşünmek, yeterli olmadığı gibi, hukuk kültürü de temennileri açıklamak yoluyla değiştirilemez; çünkü hukuk kültürü de kendini, başarılı olarak konvansiyonelleştirilmiş anlamların uygulamada sürekli olarak yeniden üretimi yoluyla belirleyebilmektedir. Sonuç olarak, insan müdahalesiyle (tasarımsal araçlar üreterek politika aracılığıyla) bütünleştirebileceklerimiz, sembolik tasarımlarımızı nesnelleştirme şekillerimizden, örneğin, metinler ve bu metinlerin mantıksal sonuçlarından ibarettir.

(21) Çünkü — István Losonczy'nin de bir keresinde belirttiği gibi—, "hukuk formları doktrini"ni [A funkcionális fogalomalkotás lehet? Esébe a jogtudományban [Yargılamada işlevsel kavram oluşumunun elverişliliği] bu dogmalar üzerine inşa etmiştir" [A mulasztás I: A mulasztási hincselekmények okozatossága [Taksir, Ben: Taksirli suçların nedenselliği] (Pécs: Dunántúl Pécsi Egyetemi Könyvtáradó és Nyomda R.-T. 1937), p. 70], (Budapest: Királyi Magyar Egyetemi Nyomda 1941), s. 90], ve „ardışıklık oluşturma“ kavramını „hukukun kesinliğine ilişkin işlevlerin ardışıklığı“ anlamında kullanmıştır. *Ibid.*, pp. 25 & 81, hukuk burada limitler tarafından atfedilen anlamıyla kullanılmıştır, Hukukun kendini oluşturan kuralların sonucu olduğu göz ardı edilmiştir. [A mulasztás, s. 73].

(22) Hans Kelsen *Reine Rechtslehre* (Wien: Deuticke 1934).

(23) Hans Kelsen *General Theory of Law and State* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press 1946).

(24) Csaba Varga, 'Kelsen's Theory of Law-application: Evolution, Ambiguities, Open Questions' *Acta Juridica Hungarica* 36 (1994) 1-2, s. 3-27.

(25) Bu, hukuk kültürünün niteliklerine ilişkin olan bir süreçtir.

(26) Bkz. dipnot 3; ayrıca Csaba Varga, *Lectures on the Paradigms of Legal Thinking* (Budapest: Akadémiai Kiadó 1999) 279 pp. [*Philosophiae turis*], para 6.1, s.203.