

Niklas Luhmann'ın Sistem Kuramında Adalet Kavramı*

Hayrettin Ökçesiz

I.

Seminer programında bildirimin adı "Sistem Kuramında Hukuk—Etik İlişkisi" olarak duyurulmuştur. Ben burada bu ana başlığın altında konuyu "Niklas Luhmann'ın Sistem Kuramında Adalet Kavramı" olarak sınırlamak istiyorum. Konu, görüleceği üzere, hukuk sistemine içkin değil aşkın yönüyle, yani hukuk—etik ilişkisinde eleştirmekle bir kez daha sınırlanmış olacaktır.

Konunun kaynağı, Niklas Luhmann'ın 1973 tarihinde "Rechtstheorie" isimli derginin dördüncü sayısında yayımladığı ve daha sonra, "Hukukun Farklaşması, Hukuk Sosyolojisine ve Hukuk Kuramına Katkılar" isimli kitabına aldığı; "Modern Toplumun Hukuk Sistemlerinde Adalet" isimli yazısında¹ sunduğu, yeni adalet formülüdür.

* Yazarın 30 Kasım—1 Aralık 1990 tarihlerinde Türkiye Felsefe Kurumu'na İstanbul'da düzenlenmiş bulunan "Hukuk ve Etik" konulu seminerde sunduğu bildirinin tam metnidir. Daha önce AAJID—Argumentum Aylık Hukuk Dergisi'nde (Ocak 1991, cilt 1, sayı 6 s. 77—81) yer alan bu yazı düzeltilerek yeniden yayımlanmaktadır.

II.

Niklas Luhmann, Hukuk Sosyoloğu ve Hukuk Kuramcısı olarak da, ülkesinde özellikle yetmişli yıllardan bu yana görmezlikten gelinemeyecek derecede bilimsel ilginin ve tartışmanın alanında yer almaktadır. Türkiye'deki Hukuk Felsefesi—Hukuk Kuramı—Hukuk Sosyolojisi tartışmasına, Niklas Luhmann'ın Sistem Kuramını dahil etmekle dikkate değer bir renk katmış olabileceğimize inanıyorum.

Bu düşünürün ülkemizde çok az tanındığı sanısıyla kişiliği ve kuramı hakkında genel bir açıklamanın yerinde olacağını düşünüyorum.² Luhmann 1927 yılında Almanya'nın Lüneburg kentinde doğmuştur. Hukuk bilimi öğreniminden sonra Aşağı Saksonya Eyaletinde idari görevde bulunmuştur. Speyer'de İdare Bilimleri Yüksek Okulunun Araştırma Enstitüsünde raportör olarak çalışmıştır. Münster Üniversitesinde doktora ve rehabilitasyon çalışması yaparak Bielefeld Üniversitesi Sosyoloji kürsüsünün başkanlığı olmuştur. Düsseldorf, Ren—Vestfalya Bilimleri Akademisi üyesidir. Ayrıca Cenevre Üniversitesince Fahri Doktor unvanı verilmiştir. Başlıca eserleri şunlardır: Formal Organizasyonun sonuçları ve işlevleri; Kurum Olarak Temel Hak-

lar; Amaç Kavramı ve Sistem Rasyonelliği; Güven: Toplumsal Karmaşıklıkla Bir Redüksiyon Mekanizması; Süreç Yoluyla Meşrulaşma; Sosyolojik Aydınlanma; Siyasi Planlama; Hukuk Sosyolojisi; İktidar; Dinin İşlevi; Hukuka Sosyolojik Bakış.

Luhmann, kendi Sistem Kuramını⁴, Parsons'ın yapısal işlevsel sistem kuramının aksine, işlevsel—yapısal olarak nitelemektedir. Niteleyici kavramların yer değiştirmesiyle şu ilkesel fark belirtilmektedir: Luhmann'ın kuramında sistem kurma sürecinde önce işlev araştırılmakta ve bundan hareketle yapı analizine girilmektedir. Halbuki Parsons, yapı çözümleyici yolla ortaya konulan olgulardan çıkarak işleve ilişkin soruları ortaya atmaktadır.

Luhmann'a göre sistem kuramının genel işlevi olarak, iç dolaşımı bakımından kendi dışında bulunan ve rastlantısal—plansız biçimde oluşan olanaklar (Kontingenz) yığını geçici olarak etkisiz bırakan düzenlerin kurulması görülebilir, öyle ki farksızlıktan, bir *Autopoiesis* (kendi kendini yaratma) olarak anlaşılacak bir hareket yardımıyla hem kendine hem de kendinden farklı bulunana ilişki kurmak anlamında iç—dış farkı (Selbst—Referentialität) doğmakta, sınırlı sayıda elemanlar ile bu elemanlar arasındaki kombinasyonlarla (selektion) oluşuklar ortaya çıkmaktadır. Bütün bu tür sistem oluşuklarını da kapsayan sonsuz karmaşıklıkta başka bir oluşuk ise, kendi çevresi bulunmayan ve bu nedenle sistem olarak görülemeyecek olan evren—(die Welt)'dir.

Sistem oluşturma ile ortaya çıkan düzenler edim sistemlerini (kişilik sistemleri, sosyal sistemler) ifade ettikleri süreçte Luhmann onların kendi kendilerine refe-

ransiyel oluşlarını, anlam olarak nitelemektedir. Bu düzenler bu anlamları aracılığıyla bir yandan, dışa dönük sınırlar koyarak tanıyabilmeyi ve tanıyarak bu sınırları koyabilmeyi ve iç kuruluşu algılayarak organize etmeyi, organize ederek algılamayı, diğer yandan ise çevrelerinin içerisinde yer aldıklarını ve onlara bağımlılıklarını görmeyi başarmaktadır. Çevrelerinin hesaplanamazlığına karşı anlam sistemleri, bu belirsizliği karmaşıklık olarak kavrayarak, hesaplayarak ve olasılıkları dikkate alan bir tecrübeyle işlemeye çalışarak kendilerini korumaktadır (karmaşıklıkla redüksiyonu). Sistemler kendilerini sınırladıktan sonra zorunlu hale gelen madde alışverişini kendi dışlarındaki olay süreçlerine, bunları kendilerine uyarlamak için, manipülatif bir müdahale ile güvenceye almamakta, daha çok kendi sınır düzeltmeleriyle, iç organlaşmayla ve her şeyden önce alt sistemlerin farklılaşması biçiminde kendilerini onlara ya da onları kendilerine entegre edecek biçimde yoklamalarla, evrimsel gelişimle yapmaktadır. Luhmann'a göre buradan şu nu öğrenebiliriz: Toplumsal olanın sistem rasyonelliği, bireyin edim rasyonelliğinden tamamen farklıdır. Bireyin organik yapısında psikik bir sistem olarak organik biçimde bağımlı bir süje bulunmaktadır. Bu, dış ilişkilerini önemli oranda kendisince amaç—ussal (Zweckrational) olarak kavranan bir davranış ile gerçekleştirmekte ve kıt araçların iktisadileştirilmesiyle başarıyı hedeflemektedir. Halbuki buna karşı sosyal sistemin rasyonelliği alt sistemlerin bir birliği temelinde oluşmaktadır. Bu alt sistemler dayanışmalarını kesin, belirli bir merkez veya açık bir denetim hiyerarşisi olmaksızın Interpenetration (karşılıklı nüfuz) ile kazanmaktadır. Bu temelde ne alt sistemlerin

karşılıklı iç—dış farklılaşması ne de bunların kurduğu toplam sistemin iç—dış farklılaşması edim modeli ölçütünde bir amaçsal davranış ile ortaya çıkabilir. Bu nedenle toplumsal olanın sistemelliğini nitelenebilmek için edim taşıyıcılığını ifade eden "subjekt" ifadesini tamamiyle bırakmak yerinde olacaktır.

Özetle, *Luhmann*'ın fonksiyonel—yapısal sistem kuramı, *Parsons*'ın yapısal—fonksiyonel sistem kuramının aksine toplumsal olana dair ifadelerin ve varsayımların dış karmaşıklık karşısında işlevselleştirmeleri gerektiğinden hareket eder.^{4a} Problem alanları; iç karmaşıklık, iç/dış farklılığına istikrar kazandırarak azaltan edimler arasındaki anlam ilişkileri biçiminde tanımlanan edim sistemleri olarak kavranabilir. Buna göre mevcut çevrenin değişen karmaşıklığı karşısında ayakta kalmak için sistemler, kendilerini koruyan reaksiyonları mümkün kılacak değişken bir öz karmaşıklık geliştirmek zorundadır.

III.

Ana hatlarıyla değindiğim işlevsel—yapısal sistem kuramında *Luhmann*, çalışmalarının önemli bir kısmını hukuk sosyolojisiinde yapmıştır. Bu genel girişten sonra ayrıca, Çağdaş Hukuk Sosyolojisi kuramları arasında ön planda yer alan bu sistem kuramsal hukuk açıklamasının genel çerçevesini vermek istiyorum. Bu kuramın çıkış noktası: "hukuki olarak düzenlenmiş prosedürlerin hukuk bağlayıcı kararlar oluşumuna katkıda bulunduğu, hatta bu kararları bizzat oluşturduğu" tezidir.⁵ Böylelikle hukuk kaynaklarının ve materyallerinin hiyerarşik düzenini temsil eden eski Avrupa modelinden dönüş denmektedir.⁶ *Luhmann* tezini, bir ka-

rarın meşruiyetinin "karmaşıklığın redüksiyonu" ile kazanıldığına dayanarak temellendirmektedir. Toplumsal zemin ya da geri plan belirleyici değildir. Hukuki olarak yönlendirilmiş bir prosedür ile problemler, bakış açıları vs. farklılaştırılmakta ve ancak böylece bir hüküm mümkün kılınabilmektedir. *Luhmann*, *Max Weber* ve *Carl Schmitt* tarafından görülen bir siyasi problemin; yani insanları formal bakımdan doğru olarak yapılmış kurallara uymaya yönelmek, meşruiyete salt yasallık temelinde ulaşmak probleminin parlak bir çözümünü sunmaktadır.⁷ Adli, idari ve yasa koyucu prosedürler bir kararın, motiflerden bağımsız bir benimsenmesini güvence altına almaktadır.⁸

Son olarak, *Luhmann* Hukuku, normatif davranış beklentilerinin mutabık genelleştirilmesine dayanan bir sosyal sistem yapısı olarak tanımlamakta⁹ ve onun evrim sürecinde türlü gelişim aşamaları geçirdiğini, bu çizgide karmaşıklığının yani onda mümkün içeriklerin türlüülüğünün ve sayısının giderek arttığını söylemektedir.¹⁰

IV.

Niklas Luhmann'ın sistem kuramına bu genel bakıştan sonra O'nun "Modern Toplumun Hukuk Sistemlerinde Adalet"i nasıl kavrayıp açıkladığına dönmek istiyorum. *Luhmann*'a göre adalet hukuk sisteminin uygun karmaşıklığıdır.¹¹ Hukuk sistemi ise yalnızca hukuk normları arasındaki bağıntı olmayıp, bilakis kendini bilinçli olarak hukuka göre yönlendiren ve böylelikle kendisini günlük toplumsal yaşamdan farklılaştıran algılamının ve eyleminin sosyal sistemidir. Adalet problemi, birçok olayın bir sistem aracılığıyla ka-

rara bağlanmasında, yani bir sistem koşulu altında ortaya çıkmaktadır. "Uygun Karmaşıklık" formülü ne etik adalet kavramı, ne bir edim normu, ne de doğal hukuk anlamında tekil normların eleştirisi ya da meşrulaştırılması olarak anlaşılabilir. O bütün hukuka ilişkindir ve sisteme yollama yapmaktadır.

Luhmann uygun karmaşıklık kavramının açıklanmasına ve temellendirilmesine giriş anlamında argümanlarını aşağıdaki altı noktada toplamaktadır.¹²

1. Karmaşıklık probleminin ele alınması ve temalaştırılması hukuk kuramını, bugünkü toplum sisteminin merkezi bir problemine bağlamaktadır. Buna göre hukuk kuramı, hukuk biliminin toplum politikası bakımından refleksiyon potansiyelinin yeniden aktifleştirilmesine yardımcı olabilir. O, aynı zamanda evrim kuramı açısından, dogmatik—exejetik yöntemle çalışan hukuk biliminin, hukukun pozitifleşmeyle olağanüstü karmaşılaşmasından sonra zorluklarla karşılaştığı noktayı da kavramaktadır. Ortaya çıkan zorluklar hukukun adalet problemi olarak ifade edilebilir.

2. Adalet ölçütünün yeni formülü, adalet düşüncesinin yazgısına yani onu hem yeterince somut olarak hem de bir edim kalitesi (erdem) yahut en azından yaklaşık biçimde gerçekleştirebilir bir ide veya kararlar için bir norm olarak respit etmek imkanının kaybına yanıt vermektedir. Bugünkü salt "değer" biçimindeki kavramıyla adalet idesi birçok değere teşmil edilebilir bir karar ölçütü olmak işlevini kaybetmiştir. Burada önerilen yeni formül, başka tür bir soyutlama yönünün seçilmesiyle; buna karşılık vermektedir. Uygun karmaşıklık bakış açısı, doğrudan edimlere ve kararlara değil, aksine hukuk sisteminin kendisine ve onun, karar öner-

meleri olarak kararı kendileri bakımından etkileyen yapılarına ilişkin bulunmaktadır. Bu bakış açısı kararların elenmesine değil, sistemin eleştireliliğine ilişkindir. Böylelikle, yapıyı yargılamada hukuk kuramına ilave bir soyutlama düzeyi getirilmektedir. Bu düzeyde adalet ölçütü artık doğrudan uygulanabilir bir karar normu olmayıp yapı analizi ve kritiği bakımından bir düzenleyici olarak hazır bulunmaktadır. Bununla, düzeylere özgü kesinlik kazanımlarını gerçekleştirme umudu belirmektedir. Ancak bu kazanımlar hukuk uygulayıcısına bir yorum yardımı olarak muhakkak yarayacak demek değildir.

3. Adalet ölçütünün bu yeni formülü, değişik gerekleri içeren bir rekonstrüksiyon olmakla birlikte, bir problem kaybı demek olmamalıdır. Eski içerikler, hukuk sisteminin karmaşıklığının uygun olması gereğine dahil edilmektedir. Böylelikle klasik adalet kavramının yüksek belirsizliği korunmakta fakat karmaşık bir kavramlar ağının unsuru olmaktan daha başka bir konumsal değer kazanmaktadır. "Uygun karmaşıklık" ile kibernetik sistem kuramının, sistemin dayanıklılık yeteneğini amaçlayan "gerekli karmaşıklık" ölçütü kastedilmemektedir. Hukuk sisteminin kendi toplumsal çevresine uyumu demek olan bu konuyu hukuk sosyolojisi başka bir biçimde ele alabilir. Hukuk sisteminin karmaşıklığı daha çok, sistem içi tutarlı karar verme ile bağdaştırılabildiği zaman ve sürece uygun nitelenmektedir. Bu kavram hukuk sisteminde karar vermenin tutarlılığı için ileri sürülen talepleri içeren konformiteye bir çatı formül olarak hizmet etmelidir. Tutarlı karar verildiği ölçüde ve ancak bu ölçüde aynı olaylara eşit ve farklı olaylara farklı hükmedilmesi güvence altına alınabilir. Bu ilkenin işlev yönü, hukuk sisteminin sadece çevreye uy-

munu değil, bilakis sistem içinde saptanması gereken taleplere yeten kararların tamamıyla mümkün kılınmasını hedeflemektedir.

Luhmann'ın deyimiyle, bu çok belirsiz fakat şimdilik yeterli açıklamadan sonra bu adalet ölçütünün problem içeriğini daha kesin olarak belirleyebiliriz. *Luhmann*'a göre bu, batının politik-etik gelenğinde olduğu gibi genelde eyleyenin ya da tekil olarak devlet memurunun seviyesiz saikleri yahut kötü niyetinde yatmaktadır. Hukuk sistemini, karmaşıklığının artmasına zorlayan toplumsal baskı, onun karar verme mekanizmalarını aşırı zorlamakta ve doğasında bozulmaya yol açmaktadır. Hukuk sisteminden toplumca beklenen karmaşıklık, sistemce taşınabilir, uygun ve karar vermeyi mümkün kılan karmaşıklıktan daha yüksektir. Çünkü sistem içerisinde hangi gereklilik düzeyleri (Aspirations-veya Anspruchsniveau) ve eleme standartları kullanılırsa kullanılsın hukuk sistemine enformasyon ve karar önermeleri olarak alınanlardan, toplum yaşantısında muhtemelen hukuki önemi bulunan olaylar ve norm talepleri daha karmaşıktır. Sistemin karmaşıklığının karar vermeye etkili derecede yükseltilmesinin sistem içi sınırları vardır. Bu sınırlar örneğin, karşılaştırmalı analizlerin güncelleştirilebilirliğinde, karar için ayrılan zamanda ve iktidarda yatmaktadır. Bu mevcut sınırlılık nedeniyle hukuk sisteminin karmaşıklığının daha yükseltilmesi talepleri, hukuk sistemine başka olguların ve normların yerleştirilmesi, sınırsız biçimde hesaba katılamamaktadır. Karar vermenin tutarlılığı bakımından gereklilik (talep) düzeyleri düşürülebilir. "Kavramlar içtihadı"ndan alelacele ayrıldıktan sonra pozitif hukukun bugüne kadar yürüdüğü yol da budur. Kapsanabilir karar

yığınlarının karmaşıklığı hesabına, tamamen dogmatikleştirilmiş bir kavramlar ağı yardımıyla, aynı ve farklı olayların ayırımı genel bir bakış altında tutulabilir, tutarlılık talepleri yükseltilebilir. Nihayet hukuk kuramı bakımından bu türlü değişkenlerin daha iyi bir biçimde yani daha yüksek bir karmaşıklık ve daha yüksek bir tutarlılık düzeyinde entegre edilip edilemeyecekleri denetlenebilir. Bu da sistemin adaletini "uygun karmaşıklık" anlamında yükseltmektir.

4. "Uygun Karmaşıklık" formülü tekil kararlara ilişkin değildir. Aksine hukuk sistemini bir bütün olarak kapsar. Klasik bakışlara kıyasla tekil kararların (hukuki edimler, hükümler, kural koymalar) artık adilane ya da haksız olarak nitelenemeyeceği, insanı ürkütebilir. Bu bakımdan Adalet Kavramı apel işlevini, motivasyon ve ahlaki anlamını yitirmektedir. Bir ölçütün her tekil kararı sınırladığı bir genelleştirme düzeyi kazanılmaktadır. Bu ise ancak bu ölçütün sistem içerisinde değerler veya normlar aracılığıyla oluşan her türlü farklılaşmadan bağımsız kalınmasıyla mümkündür. Bu nedenle adalet, tekil kararların, tek tek değerlere veya normlara olan bağlamsal bir ilişkisinde de bulunamaz. Bilakis bir bütün olarak hukuk sisteminin karar olanaklarını sınırlama tarzında yatar. Kararlar tek başına yöneltiler anlam yoluyla değil, ancak uygun karmaşık bir hukuk sisteminin unsurları olarak adildir. Genelleştirilmiş sistem ölçütü ile instruktif karar önermeleri arasındaki "mantiki mesafe" böylelikle daha büyümekte, bu da "yeniden özgüleşme"nin (Respezifikation) kategoriyel ve kurumsal donanımını ön koşturmaktadır.

5. Uygunluk ile karar olanaklarına olan ilişki sağlandığında; önerilen bu Adalet formülü disiplinlerarası tartışma-

ya aynı zamanda önemli bir katkıda bulunabilir. Bugün en önemli disiplinlerarası araştırma eğilimleri, sistem-ve karar-kuramlarında görülmektedir. Uygun karmaşıklık kavramı ile sistem karmaşıklığı ve karar olanakları arasında bir tavassuta çabalayan hukuk kuramının, disiplinlerarası bağları olanakları edinebileceği, hukuk bilimini bugünkü soyutlanışlığında çıkarılabileceği beklenebilir.

6. Adalet, uygun karmaşıklık olarak tanımlandığında; eski tartışmanın dışında, yani adil olanın, mevcut hukuki materyal kitesinde mi yoksa bütün hukuk normlarına aşan, onları temellendiren (veya eleştirerek bir kenara bırakan) bir idealde mi yattığı tartışmasının dışında, bir sistem formülü elde edilmektedir.

Yukarıda ana hatları verilen sistem kuramı anlamında adil olan, ne düzen başarısının olgusalılığı uğruna bir normlar kitesinin gerçekliği ne de tek başına bir idedir. Sistem kuramı, karmaşıklık kavramında her ikisini aynı zamanda ve zorunlu olarak temsil etmekle bu iki pozisyonu birbiriyle bütünleştirmektedir.

Mevcut hukuki materyal, belirli bir karmaşıklığı ile toplumsal işlevini yerine getirmektedir. Hukuk, "adilane davran!" gibi tek bir norm olarak düşünülemez. O, karmaşıklığı aracılığıyla, rastgele düzenlenebilir bir düzen değil, aksine, negasyonların, olanak projeksiyonlarının ve kendi kendini sınırlamaların bir iç dinamiğini üreten bir düzen olmaktadır. Hukuk, hakikat ve para kodları gibi "kendi kendini ikame eden" yani kendi öz değişimini kendisinden çıkarak üretmek zorunda olan düzenlerdendir. Adalet, hukukun bu kendi eleme sürecinin ve kendince ikamesinin bir denetleme formülünü vermektedir.

Luhmann, biraz önce değindiğim gi-

bi, adaleti hukuk sisteminin uygun karmaşıklığı olarak tanımlamaktadır. Hukuk sisteminin uygun karmaşıklığı ise; bu karmaşıklık, sistem içinde tutarlı karar verme ile bağdaştırılabilir olduğu sürece söz konusudur. Bağdaştırılabilir olmanın ölçütü de sistemin değişkenlerinin, tutarlı karar vermenin mümkün kılınmasına ayarlanabilmesinde yatmaktadır. Hukuk sisteminin karmaşıklığını belirleyen en önemli değişkenler olarak *Luhmann* şunları saymaktadır.¹³ 1. Verilmiş ve verilecek kararların sayısı anlamında sistemin büyüklüğü; 2. Verilmiş ve verilecek kararların türü anlamında sistemin varyetesi; 3. Tekil kararlar arasında bağımlılıklar olarak sistem içinde karşılıklı bağımlılık; 4. Sistem yapısının genelleşme derecesi. Karar vermenin personel, örgütsel ve programatik önermelerinin genelleşme derecesi. Sistem içi mümkün kararların sayısı, varyetesi ve karşılıklı bağımlılığı ile sistemin kendi ele-yiciliğinin ölçüsü buna bağlıdır; 5. Karar önermelerinin değişme temposu ve sıklığı... Bu değişkenlerin hepsi birden maksimum düzeye çıkarılamayacaktır. *Luhmann*'a göre bunların ve belki diğer başka değişkenlerin de bulunduğu bağlantı alanında, buradaki adalet kavramı anlamında, her birinin gereklilik düzeyinin saptanması gerekecektir. Bu demektir ki, adaletin sistem içinde pazarlığı yapılacaktır ve başka değişkenlerin yükseltilmesinden feragatle ödenmiş olacaktır. *Luhmann* burada şu soruyu sormaktadır: "Bir toplumun ne kadar adaletle gücü yeter!"

Buraya kadar olan sunuştan "Uygun karmaşıklık" formülünün ne olduğu yeterince açıklandığı görülmektedir. Bu formülün ilişkin bulunduğu sorun şudur: Hukuk sistemi, modern toplumların aşırı kar-

maşıklığıyla zorlanmaktadır. Buna uygun reaksiyon o zaman; hukuk sisteminin kendi karmaşıklığının da, örneğin; iç farklılaşmasının büyüklüğünün ve bilgi işleme kapasitesinin artırılmasıyla yükseltilmesidir. Çünkü, *Luhmann*'a göre bir karar sistemi, çevresine en iyi biçimde, dış karmaşıklığı kendi içerisinde kopya edebildiği ve karar durumuna getirebildiği, yani nesnel karar verebildiği ölçüde uyumuş olmaktadır.¹⁵ Fakat bunun da sınırları vardır. Hukuk sisteminin iç karmaşıklığını belirleyen değişkenler sınırsız biçimde yükseltilememektedir. Bunlar birbirlerine uyumlu kalmak ve çelişkisiz karar buyruğuna yetmek zorundadır. Bu bakımdan "uygun karmaşıklık", çevreye istenen uygunluk ile değişkenlerin işlevleri gereği birbirleriyle uyumlulukları arasındaki denge olmaktadır. Nihayet, bir hukuk sistemi, çevresinin karmaşıklığını, mümkün olduğu ölçüde kendi içinde yansıtabilip işleyebildiği zaman uygun karmaşık olmaktadır. Mümkün olanın ölçüsü elbette iç işlevsel koşullarla belirlenmektedir.

V.

Luhmann'ın adalet tasarımı, adaletin geleneksel sorunsalı olan, hukukun içeriksel doğruluk sorunsalından köktenci bir ayrılışı ifade etmektedir.¹⁶ Bu tasarıma göre tekil hukuki kararların normatif önermeleri adalet yeteneği bulunmayan yasa programlarıdır. Yasa programlarının normatif önermeleri ise hakikilik yeteneği bulunmayan ideolojilerden ve değerlerden oluşmaktadır. *Dreier* Paradoks bir ifadeyle *Luhmann*'ın, adalet problemi ni araç içine alan bir "adalet problemi" formüle ettiğini söylemektedir.¹⁷ *Dreier*'in bunun karşısında ilk sorusu şudur:

Adalet problemini bu denli kökünden kavrayan bir yeniden ifade biçimi yerinde midir? O'na göre bunun yanıtı, bu yeni formülün neyi başaracağına ve bu yeteneğin geleneksel problem formülleriyle ilişkisinin nasıl olacağına bağlıdır. *Dreier*'e göre bugün adalet problemi bir bakıma aşırı derecede büyüyen enformasyon problemidir.¹⁸ Bu ise kuramsal çerçevesi henüz eksik bulunan çözüm tekniklerini gerektirmektedir. *Luhmann*'ın kuramı böyle bir çerçevenin kurulması denemesidir. Bütün nedenle de sistem kuramları ile karar kuramlarının bir işbirliğine yollama yapmaktadır.¹⁹ *Luhmann*'ın, geleneksel adalet problemi kavrayışının başarı yeteneğine olan kuşkusunun yerinde olup olmadığı gelecekteki tartışmalar gösterecektir.²⁰

Aşağıda bir süre, *Dreier*'in *Luhmann* eleştirisine yer vermek istiyorum. Bu eleştiri *Luhmann*'ın yeni adalet tanımı önerisine dıştan bir bakışla, geleneksel adalet kavramının bu yeni formül karşısında taşıdığı anlamı, gerekli ve etkili bulunduğu alanı ortaya koymaktadır.²¹

Adalet, geleneksel olarak eşitlik ile tanımlanmaktadır. Eşitlik ilkesi özünde eşit olana eşit, farklı olana farklı işlemi gerektirmektedir. Başka bir deyişle, menfaatlere öncelik tanımakta bir kuralı zorunlu kılmaktadır. Bu da menfaatlerin veya değerlerin hiyerarşisi problemini ortaya çıkarmaktadır. Adalet, mutlaklık, kamu yararı gibi en yüksek değerler bakımından bir konsensüs nispeten çabuk yaratılabilmektedir. Ancak bunlar soyutlukları nedeniyle intersubjektif olarak zorunlu bir amaç—araç çıkarsamasına imkan vermemektedir. Daha çok, ideolojiler üzerinden somutlaştırılmaları mümkün olmaktadır. İşte bu olguyla *Luhmann*, değerlerin hakikilik yeteneğinin kaybı tezini ifade et-

mektedir. Buradan, bugüne kadar gelmiş olan adalet idesinin işlemsel anlamını ve böylelikle de normatüflüğünü yitirdiği sonucunu çıkarmaktadır. Ancak bu sonuç, adalet ilkesinden her şeye, yani her yönüyle ideoloji kuşkusuna rağmen pratik bir direktifin elde edilememesi durumunda doğru olabilir.²² Rölativizmin ve historizmin çok etkilerini yitirmelerinden sonra türlü kuramların ufuklarında; kılışal sorunların rasyonel veya bilimsel karara bağlanabilirliğinin, bütün zorluklarına rağmen ilkesel olarak mümkün bulunduğu eğiliminde, bu direktif lehine bir karine bulunmaktadır. Bu eğilimde ideoloji—eleştirel, ütilitarist—pragmatik, dil—kuramsal, bilim—kuramsal, argumentasyon—kuramsal, kommunikasyon—kuramsal başlangıçlar bulunmaktadır. Bunlardan çıkarılacak pratik direktif şöyle formüle edilebilir:²³ Adaleti amaçlayan bir karar, dilsel—kavramsal açıklık ve nesnel bilgilenmişlik bakımlarından en yüksek, önyargıyla koşullu tutukluk bakımından en düşük düzeyde bulunmalıdır. Bu direktifin kısmi postüllarının ancak yaklaşık olarak gerçekleştirilebileceği ortadadır. Bu durum, bu direktifin amaçlanmasını ve gerçekleştirme koşullarının iyileştirilmesini dışlamamaktadır.

Habermas'ın söylem—kuramı, yukarıda sözü edilen başlangıçları temsil edici bir özellik taşımaktadır. *Luhmann* bu kurama karşı, tartışmaların veya diskurların verimlilik yeteneğinin, bireysel bilgi işleme kapasitesinin sınırlılıklarını ileri sürmektedir. Bunlar doğru olabilir. Ancak, bu itirazların, geleneksel adalet tasarımı-nın söylem ya da argumentasyon—kuramsal işlenmişliğinden kopmayı gerektireceği kuşkuludur. Burada hemen hiç tartışılmayacak bir noktaya dikkat etmek gerekir. Adalet problemi hâlâ ilk önce, so-

mut—bireysel ve soyut genel kararların, normların, norm önerilerinin ve norm düzenlerinin temellendirilmeye muhtâklık alanında yerleşik bulunmaktadır.²⁴

Temellendirme ilkesi olarak eşitlik ilkesi modern (ama aynı zamanda geleneksel) toplumların hukuk sisteminde adaletin aldığı yaşamsal yeri belirtmektedir. *Luhmann*'ın bu yeni formülüne getirilecek temel eleştiri şudur: *Habermas*'ın de-yimiyle, normların temellendirilmeye muhtâklığından kurtulmuş bir yeni sosyalizasyon modusu doğmadıkça, adalet problemi, daima bir meşruiyet ve temellendirme problemi, bu nedenle de ahlaki ve motivasyonel bir sorun olarak hep bulunacaktır. *Luhmann*, adaletin bu anlamda "yaşamdaki yerini" görememektedir.²⁵

Dreier, son olarak, adalet probleminin, hukuk sisteminin uygun karmaşıklık problemi olarak konmasının anlamsız olmayacağını, ancak adaletin salt bu tür bir problem kavrayışına indirgenemeyeceğini söylemektedir.²⁶ Adalet, eşitsizliğin "makul" biçimde temellendirilmesi anlamında bir eşitliği gerektirir. Böyle bir gereklilik, bütün toplumun gittikçe artan karmaşıklığında; ancak hukuk sistemi düzeyinde alınacak kurumsal önlemleri zorunlu kılacaktır. Bu, hukuk sisteminin organizasyonu için olduğu kadar hukukçu eğitimi ve hukuki enformasyon sisteminin kurulması bakımından da söz konusudur. "Uygun karmaşık" formülü, adilane karar vermenin bu ve buna benzer koşullarına yönelmektedir.²⁷ Hangi anlamda olursa olsun bu formül adaletin kesin ve yeterli bir ölçütünü verememektedir. Adilane karar vermenin zorunlu fakat yeter-siz bir koşulunu ifade etmektedir.²⁸

Dreier, *Luhmann*'ın hukukun sistem özelliğinde kavradığı ve sistem rasyonelliği bakımından tanımladığı adalete, sis-

tem içindeki yerinden ve anlamından koparmadan, bireysel ve ahlaki bir yetenek tanımak eğilimindedir. Bu bakımdan da *Luhmann*'ın getirdiği "uygun karmaşıklık" formülünü, adaletin temellendirilme ihtiyacını göz ardı ettiği için yetersiz bulmaktadır. Oysa ki burada, birbirinden oldukça farklı ve her biri kendi içerisinde tutarlı iki bağlam söz konusudur. *Dreier* eleştirisini bu iki açıklama tarzı arasında ikisiyle ilişkili bir alanda yapmayı denemektedir. *Dreier*, her ikisini de taleplerinde ve tezlerinde kendi bakış açısından ilişkilendirip bağdaştırmaktadır. Elbette birini diğeriyle eksik bularak... *Dreier*, adaletin "yaşamdaki yeri"ni²⁹ vurgulayarak, *Luhmann*'ın kendi sistem kuramında dışladığı edim rasyonelliğinin taşıyıcısı olan "subjekt"i onun karşısına koymaktadır. Ancak bunu, hemen bütün hukukçuların hukuki düşünce yapılarında egemen bulunan akılcı—iradeci, ontolojik tabii hukuk yaklaşımıyla değil epistemolojik eğilimli intersübjektif toplum felsefesi tarzında yapmaktadır.³⁰

Luhmann'ın sunduğu adalet problemi, *Dreier*'in ortasında bulunduğu doğrunun diğer ucunda bulunmaktadır. Doğal hukuk felsefesinde hakikat içerikleri olarak getirilen adalet tanımları sosyoloji açısından fenomenler, işlevler ve yapı unsurları olarak anlam taşımaktadır. Ancak *Luhmann*'ın tutumu bundan biraz daha farklıdır. O, adaletin ahlaki, motivasyonal değerini, böylelikle apel işlevini reddetmekle sosyoloji—felsefe arasında birinden diğerine geçen bir hukuk kuramı bağlamı kurmaktadır: Bu bağlamda adalet hem felsefi anlamda bir "değer," hem de sosyolojik anlamda bir sistem ölçütüdür. Tartışma, "adaletsiz" bir hukuk sisteminin olamayacağı fakat bunun nasıl bir "adalet" olduğu tartışmasıdır. *Luh-*

mann'ın getirdiği adalet tasarımı, adaletin belirli bir etik anlayışının dışlandığı fakat, hukuk kuramına ve hukukçulara açtığı ufuklar, gösterdiği yollar ile de belirli bir adaletin anlaşılıp geliştirileceği tasarımıdır. O'nun çizdiği çerçeve, sınırların olanaklar olarak görüldüğü bir alandır. Nitekim adaletin, hukuk sisteminin uygun karmaşıklığı olarak tanımlanmasında; bu karmaşıklık sistem içinde çelişkisiz karar verme ile bağdaştırılabilir bulunduğu sürece söz konusu olurken, bağdaştırılabilir olmanın ölçütü sistemin değişkenlerinin çelişkisiz karar vermenin mümkün kılınmasına ayarlanmasında görülmektedir. Burada adalet, bir hukuk politikası sorunu olarak, bir değer ve aktif eylemin amacı olmak niteliğini de taşımaktadır. *Dreier*'in adaletin "yaşamdaki yeri" olarak nitelediği temellendirme gereği yanında, "uygun karmaşıklık" da gerçekleşme koşulu olarak onun yaşamdaki yeridir.

Pozitif bilim olarak hukuk sosyolojisinin görüp, tanıdığı bu gerçeklik, geleneksel hukukçuya ve hukuk kuramına, yeni direktifler bulabilecekleri ilginç bakış açıları sunmaktadır.

Biraz önce ima edilen şu noktaya daha açık bir biçimde tekrar dönmekte yarar görüyorum: Hukuk—Etik ilişkisinde sosyolojik—sistem kuramsal bir "adalet" açıklamasının yeri ve anlamı nedir? Bu bana her şeyden önce, *Comte*'un metafizik karşısındaki tutumunu anımsatmaktadır. Fakat yaşamın bir parçası olarak metafizik de, ne kadar yerinde olursa olsun, böyle bir yadsımayla düşünce tarzımızdan silinmemiştir. Etik yönlü adaletin yeri, nispeten daha sağlam görünmektedir. Burada şu ana kadar söylemeyi ihmal ettiğim bilgisel bir farka değinmeliyim: *Luhmann*'ın sosyolojik—hukuk kuramsal adalet formülü, hukuk—etik ilişkisinde, felse-

fî bilgi karşısında bilimsel bilginin ilgisi çerçevesinde kalmaktadır. Tartışma bilimsel bilginin, felsefi bilginin yerine geçmekle onu bertaraf ettiği iddiasıyla alevlenebilir. Nitekim düşünce tarihinde bunun tipik örnekleri mevcuttur. Yukarıdaki bilgiler çerçevesinde sistem kuramının böylesine bir ikame formül niteliğinde bir adalet tanımı getiremediğini görüyoruz. Genel olarak, insanlara nasıl olduklarını söylemekle ne oldukları sorusunu, öyle görünse de, hiç bir zaman yanıtlayamıyoruz.

NOTLAR:

- 1) Luhmann, Niklas, *Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft*, b.y. aynı yazar., *Ausdifferenzierung des Rechts, Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt/M 1981, s. 374—419.
- 2) Luhmann, *Die soziologische Beobachtung des Rechts*, Frankfurt/M 1986, s. 48.
- 3) Luhmann'ın eserlerinin orijinal isimleri sırasıyla şunlardır: *Funktionen und Formen formaler Organisation*, Berlin 1964; *Grundrechte als Institution*, Berlin 1965; *Zweckbegriff und Systemrationalität*, Tübingen, 1988; *Vertrauen. Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*, Neuwied 1968; *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied 1969; *Soziologische Aufklärung*, 3 Bde Köln/Opladen 1970, 1975, 1981; *Politische Planung*, Opladen 1971; *Rechtssoziologie*, Reinbeck 1972; *Ausdifferenzierung des Rechts*, Frankfurt/M 1981; *Liebe als Passion*, Frankfurt/M 1982; *Soziale Systeme*, Frankfurt/M 1984; *Die soziologische Beobachtung des Rechts*, Frankfurt/M 1986.
- 4) Luhmann'ın sistem kuramına dair bu aşağıdaki bilgiler için bkz. Messelken, Karlheinz, "Funktional—strukturelle Theorie", b.y. *Wörterbuch der Soziologie*, Bd. 3, Hrsg v. Günter Endruweit/Gisela Trommsdorf, Stuttgart 1989; Rammstedt, Otthein, "Funktional—strukturelle Theorie", b.y. *Lexikon zur Soziologie*, 2. verbesserte und erweiterte Auflage, hrsg. v. W. Fuchs/R. Klima/R. Lautmann/D. Rammstedt/H. Wienold, Opladen 1978.

- 4a) Rammstedt, "Funktional—strukturelle Theorie", b.y. *Lexikon zur Soziologie*.
- 5) Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied 1969, s.7.
- 6) Schramm, Theodor, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, Köln; Berlin, Bonn, München 1976, s. 74.
- 7) Lautmann, Rüdiger, "Rechtssoziologie", b.y. *Wörterbuch der Soziologie*, Bd. 2, hrsg. v. Günter Endruweit/Gisela Trommsdorf, Stuttgart 1989.
- 8) a.g.y.
- 9) Lautmann, "Recht", b.y. *Lexikon zur Soziologie*.
- 10) Lautmann, "Rechtssoziologie", b.y. *Wörterbuch der Soziologie*, Bd. 2.
- 11) Luhmann, "Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft", a.g.y., s. 388.
- 12) a.g.y., s. 389 vd.
- 13) a.g.y. s. 404.
- 14) a.g.y. s. 417.
- 15) a.g.y. s. 405.
- 16) Dreier, Ralf, "Zu Luhmanns systemtheoretischer Neuformulierung des Gerechtigkeitsproblems", b.y. aynı yazar *Recht—Moral—Ideologie, Studien zur Rechtssoziologie*, Frankfurt/M 1981, s. 276.
- 17) a.g.y., s. 276.
- 18) a.g.y., s. 277.
- 19) a.g.y., s. 277.
- 20) a.g.y., s. 277.
- 21) Dreier bu eleştirisinin yer aldığı makalesinde Luhmann'ı üç temel açıdan tartışmaktadır. Bunlardan ilk ikisi, önerinin içkin eleştirisi anlamında olup "uygun karmaşıklık" formülünün sistem referansına ve hukuk sisteminin yapısal genelleşebilme açısına ilişkindir. Sonuncusu ise burada sunulmaktadır. Bkz., a.g.y., s. 272 ve 276—284.
- 22) a.g.y., s. 278.
- 23) a.g.y., s. 279.
- 24) a.g.y., s. 279.
- 25) a.g.y., s. 280.
- 26) a.g.y., s. 280.
- 27) a.g.y., s. 280.
- 28) a.g.y., s. 280.
- 29) a.g.y., s. 279.
- 30) Luhmann Dreier'in bu eleştirisini akılcı pratik felsefenin karşıt pozisyonuna yerleştirmektedir. Bkz. Luhmann, *Die soziologische Beobachtung des Rechts*, s. 43, dn. 78.