Hazırlayan:
Hayrettin Ökçesiz

Gustav Radbruch / Ralf Dreier / Ernst Joachim Lampe
Vehbi Hacıkadiroğlu / Hilmi Yavuz / Ahmet Ulvi Türkbağ
Ahmet Halûk Atalay / Hans Haferkamp / Roland Maspetiol
Yasemin Işıktaş / Hayrettin Ökçesiz / Mehmet Turhan
Mehmet Tevfik Özcan / Abdullah Dinçkol
Branimir Luksic / Zeynep Özlem Üskül

LA335

HFSA

Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi

Hazırlayan:
Hayrettin Ökçesiz

Gustav Radbruch / Ralf Dreier / Ernst Joachim Lampe
Vehbi Hacıkadiroğlu / Hilmi Yavuz / Ahmet Ulvi Türkbağ
Ahmet Halûk Atalay / Hans Haferkamp / Roland Maspetiol
Yasemin Işıktaç / Hayrettin Ökçesiz / Mehmet Turhan
Mehmet Tevfik Özcan / Abdullah Dinçkol
Branimir Luksic / Zeynep Özlem Üskül

LAW123335 1

340.1 HFS 1995

AFA
YAYINLARI

A.Ü.H.F. KÜTÜPHANESİ
123335 340.1

ISBN 975-414-263-7

HFSA / 2. Kitap
Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi
Kapak Desen: H. Daumier

Baskı: Lord Matbaası
Cilt: Güven Mücellithanesi
Kapak: Özgün Ofset

ŞUBAT 1995

AFA Yayıncılık A.Ş.
İstiklal Cad. Bekar Sok. No 17
80080 Taksim - İstanbul
Tel: (212) 245 39 67 - Faks: (212) 244 43 62

Sunuş

HFSA ikinci adımını da atmış bulunuyor. Türünde ülkemizde ilk ve tek yayın olması, bu ilk adımları, başarabilmek açısından, oldukça önemli kılmaktadır. Sürekli ve yararlı olmasını diliyoruz.

Çevirileri yapan meslektaşlarımıza, bu yazarlara ulaşabilme olanağını bize verdikleri için minnettarız. Değeri yeterince bilinemeyen bir işi, karşılık beklemeye itibar etmeksizin, okuduğunu bir coşkuyla bize ulaştırmak, bizi ondan haberli kılmak isteğiyle üstlenen bu kişilere bütün bilgi toplulukları her zaman çok şey borçludur.

Üçüncü kitap önümüzdeki birkaç ay içerisinde okuyucusuna, *HFSA*'nın *İstanbul Alman Kültür Merkezi* ile birlikte 17–19 Kasım 1994 tarihlerinde gerçekleştirdiği "Hukuki Olgular Araştırması ve Hukuk Devleti–Hukuk Devleti Uygulaması ve Görgül (Empirik) Araştırılmasının Bilimsel Temelleri" konulu, iki uluslu bir sempozyumun bildirilerini ve tartışmalarını sunacaktır.

Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi kendi bilgi alanında yer alan her yöndeki bilimsel ve felsefi araştırma ve çalışmalara başka bir koşul aramaksızın açıktır. HFSA Çevresi böyle bir ilgiden ve katılımdan elbette onur duyar. Dördüncü kitap için yazılarınızı ve çevirilerinizi bekliyoruz.

Yayına hazırlamada bütün emeği geçenlere, özellikle sürekli yardımları için Sayın *Ahmet Halûk Atalay*'a ve *Zeynep Özlem Üskül*'e teşekkür ederim.

Hayrettin Ökçesiz

İçindekiler

Beş Dakika Hukuk Felsefesi 7
Gustav Radbruch *(Çev: Hayrettin Ökçesiz)*

Hukuk Kavramı 9
Ralf Dreier *(Çev: Altan Heper)*

Hukukun Kavram ve Gelişmesi 26
Ernst Joachim Lampe *(Çev: Ahmet Ulvi Türkbağ)*

Kuramlar ve Adalet 48
Vehbi Hacıkadiroğlu

Nesnenin Doğası 63
Ralf Dreier (Çev: Hayrettin Ökçesiz)

Marx, Hukuk, Etik 67
Hilmi Yavuz

Immaunuel Kant'ta Özgürlük, Ahlak, Hukuk ve Devlet 71
Ahmet Ulvi Türkbağ

Hukukun Çağdaş Gelişme Eğilimlerinin Hukukun Kaynaklar Kavramına Etkisi 81
Yasemin Işıktaç

Niklas Luhmann'ın Sistem Kuramında Adalet Kavramı 96
Hayrettin Ökçesiz

Anayasalcılık ve Kuvvetler Ayrılığı Kuramı 106
Mehmet Turhan

Uluslararası Hukuku Vareden Tarihsel Dönüşüm Kesiti: 1492–1648 114
Ahmet Halûk Atalay

Normların Oluşumu ve Gelişimi 130
Hans Haferkamp *(Çev: Korkut Kanadoğlu)*

Hukuk Güvencesi ve Toplumsal Dinamizm 142
Roland Maspetiol *(Çev: Tuğba ballıgil)*

Etik Değerlendirme ve Sosyo–Etik Grup Yargısı 148
Mehmet Tevfik Özcan

Hâkimin Karar Verme Sürecinde Temel İlkeler 159
Abdullah Dinçkol

İdeoloji Olarak İlerleme 188
Branimir Luksic *(Çev: G. Engin Şimşek)*

Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Bibliyografyası 200
Zeynep Özlem Üskül

HFSA/T'de Yeralan Makaleler 228

Beş Dakika Hukuk Felsefesi*

Gustav Radbruch

Çeviren: Hayrettin Ökçesiz

İlk Dakika

Asker için emir emirdir. Hukukçu da yasa yasadır der. Ama asker için itaat hakkı ve görevi, emrin bir suç ya da kabahat oluşturduğunu bildiği anda sona ererken, hukukçular arasındaki en son doğal hukukçunun da ölüp gittiği yaklaşık yüz yıl öncesinden bu yana hukukçu, yasaların geçerliğine ve bu yasaların uyruklarının itaatine ilişkin bu gibi istisnaları tanımamaktadır. Yasa geçerlidir, çünkü yasadır. Yasa da, çoğunlukla kendini uygulatmak gücü varsa yasadır.

Yasaya ve geçerliğine ilişkin bu görüş (biz buna pozitivist kuram diyoruz) halkı olduğu gibi hukukçuları da öylesine keyfi, öylesine vahşi ve caniyane yasalar karşısında savunmasız bırakmıştır. Bu görüş sonunda, hukuk ile gücü eşit tutmaktadır; güç nerede ise hukuk da oradadır.

İkinci dakika

Yukarıdaki ilk tümce başka bir tümce ile değiştirilmek istenmiştir: Hukuk halka yararlı olan şeydir.

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

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

Üçüncü Dakika

Hukuk, adaleti istemektir. Ama adalet ise şu demektir: Kimsenin adına sanına bakmadan yargılamak, herkesi aynı ölçüyle ölçmektir. Siyasi muhaliflerin katli övülür, başka ırktan olanların katli emredilir,

* İlk olarak "Rhein – Neckar – Zeitung"da, 12.9.1945'te yayımlanmıştır. Bu çeviri yazarın, E. Wollf ve H – P Schneider tarafından hazırlanan "Rechtsphilosophie" (8. Baskı, Stuttgart, 1973, s. 327) adlı yapıtından yapılmıştır.

ama kendi düşünce ve yol arkadaşlarına karşı aynı eylem gerçekleştiğinde en vahşi, en onur kırıcı cezalarla kovuşturmaya geçilirse, bu o zaman ne adalettir ne de hukuktur.

Yasalar adalet istencini bilinçli olarak yadsıyorsa, örneğin insan hakları insanların keyfiliğine engel olmuyor ve yetersiz kalıyorsa, o zaman bu yasaların geçerliği yoktur, o zaman halk bunlara itaat borçlu değildir, o zaman hukukçular da kendilerinde, bu yasaların hukukilik karakterinin bulunmadığını söylemek cesaretini bulmalıdır.

Dördüncü Dakika

Elbette, adalet yanında kamu yararı da hukukun bir gayesidir. Yasa, hatta kötü yasa bile, bu kendi özelliği ile hâlâ bir değere —hukuku kuşkular karşısında güvenliğe kavuşturmak değerine sahiptir. Elbette insanın eksiksiz olamayışı yasada, hukukun şu üç değeri: Kamu Yararı, Hukuk Güvenliği ve Adaleti uyumlu bir biçimde her zaman bir araya getirememektedir. O zaman geriye yalnızca, kötü, zararlı, haksız yasanın hukuk güvenliği nedeniyle geçerli sayılıp sayılmayacağının; ya da içerdiği adaletsizlik veya kamuya zararlılık nedeniyle geçerliliğin yadsınıp yadsınmayacağının takdiri kalmaktadır. Şu ama halkın ve hukukçuların bilincine iyice yerleşmelidir: Geçerliklerinin, hatta hukuk olma özelliklerinin yadsınmasını zorunlu kılacak derecede adaletsiz ve kamuya zararlı yasalar bulunabilir.

Beşinci Dakika

Şu halde her türlü hukuk koymadan daha güçlü olan ve kendileriyle çelişen yasaların geçerliklerini yitirebilecekleri hukuk ilkeleri vardır. Bu ilkelere doğal hukuk ya da aklın hukuku denmektedir. Ayrıntılarında elbette bazı kuşkularla kuşatılmışlardır, ama yüzyılların emeği sağlam bir yapıyı ortaya çıkarmış ve İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgeleri olarak anılan metinlerde öylesine geniş bir uzlaşım sağlamıştır ki, bunlardan bazılarına baktığımızda ancak zorlama bir kuşku bu güvensizliği ayakta tutabilir.

İnancın dilinde bu düşünceler iki İncil sözünde yazıya düşürülmüştür. İlkinde şu yazılıdır: Üzerinizde egemenliği bulunan yetkeye itaatli olun. Ama diğer yandan şu da yazılıdır: Tanrıya, insana olandan daha fazla itaat etmelisiniz —bu yalnız dindarca bir dilek olmayıp, geçerli bir hukuk ilkesidir. Bu iki söz arasındaki gerilimi üçüncü bir söz ile çözmek olanaksızdır: Kayzerin hakkını kayzere ve Tanrının hakkını Tanrıya verin. Çünkü bu söz de sınırları belirsiz bırakmaktadır. Çözümü daha çok, özel durumlarda bireyin vicdanında ona konuşan, Tanrının sesine terk etmektedir.

Hukuk Kavramı*

Ralf Dreier

Çeviren: Altan Heper

Bütün hukukçuların mesleklerinde olağan olarak gördükleri ve mesleklerine esas aldıkları pek açığa kavuşmamış bir hukuk kavramı vardır. Hukuk teorisinin görevi bu kavramı açıklığa kavuşturmak ve incelemektir. Aşağıdaki yazıda problemin aktüel durumuna bir genel bakış sunulmakta ve hukuk uygulamasına, özellikle yargıç uygulamalarına yönelik bir hukuk kavramı önerilmektedir.

I. Problemin Ortaya Konuluşu

Hukuk teorisinin ana problemleri hukuk kavramı konusundaki tartışmada odak noktasını bulmaktadır. Aşağıdaki açıklamalarda bu problemlerin bir kesimi ele alınmaktadır. Birinci bölümde pozitif hukuk kavramına bir bakışla konuya giriyorum. İkinci bölümde aktüel tartışmalarda pozitif hukuk kavramına yöneltilen iki temel itirazı inceliyorum. Üçüncü ve son bölümde uygun bir hukuk kavramının bazı problemlerini açıklıyorum.

II. Pozitif Hukuk Kavramı

Hukuki (ve sosyolojik) pozitivizmin bir çok çeşidi ve buna bağlı olarak pozitivist hukuk kavramının birçok tezahürü vardır. Burada bu kavramın sadece ana unsurlarını, kavramın farklı formları içerisinde açıklıyorum.[1]

1. Bütün pozitivist hukuk teorilerinin genel tezi, ahlakla hukuk arasında zorunlu bir bağlılık bulunmadığı yolundadır. Burada "hukuk"la pozitif hukuk "ahlak"la geleneksel olarak "akli hukuk" ve —veya "adalet" olarak adlandırdıklarımız kastedilmektedir. Bu nedenle bu tez, herhangi bir içeriğin adaletin temel ilkeleriyle açıkça bağdaşmaması halinde dahi, bu içeriğin pozitif hukuka dahil edilebileceği şeklinde formüle edilebilir. Dilbilimsel—kavramsal açıklığı sağlama amacı ile, olan hukukla olması gereken hukuku kesin bir biçimde ayırma postulatı bu tezle aynı bağlam içinde yer alır. Pozitivist görüşe göre hukuk bilimindeki kavram bulanıklığının temel kaynağını bu ayrımın farkına varıl-

* Yazarın, *Recht–Staat–Vernunft* (1. baskı, Frankfurt/m 1991, s. 95–119) adlı yapıtında Almanca olarak yer alan bu makalesi, 6.9.1984 tarihinde Cornell Law School Ithaca N.Y.'da ve 5.6.1985 tarihinde Göttingen Hukuk Bilimi Topluluğunda verdiği konferansın gözden geçirilmiş ve notları düşülmüş metnidir. (Çev.)

maması veya ihmali oluşturmaktadır. Pozitif hukuk kavramı açısından bunun sonucu, hukuk kavramını olan hukukla, ya da pozitif hukukla sınırlandırması ve bu kavramın bir normun maddi açıdan doğruluğunu veya bir normlar hiyerarşisinin maddi açıdan doğruluğunun hukukun bir tanım unsuru olarak kapsamına almamasıdır.

2. Pozitif teoriye göre hukuk kavramını tanımlamak için yukarıda anlatılanların ışığında iki temel unsur kalmaktadır: Bir otorite tarafından hukukun vazedilmesi ve bir normun veya bir norm sisteminin toplumsal etkinliği. Pozitif hukuk tanımlarının çeşitliliği bu iki unsurun farklı yorumlanabileceğini ve çeşitli biçimlerde bu unsurlar arasında bağlantı kurabileceğini göstermektedir. Bütün tanımları incelediğimizde iki ana grubu birbirinden ayırmak olanaklıdır. Birinci grup esas olarak etkinliğe yönelik tanımları, ikinci grup, esas olarak kural koymaya yönelik tanımları içermektedir. İkinci grup prensip olarak birinci grubu içine almaktadır.

a) Etkinliğe yönelik hukuk tanımlamaları özellikle sosyolojik hukuk teorileri çevresinde görülmektedir. Bu tanımlar birbirinden bir normun veya normlar sisteminin dışa veya içe yönelmesini temel almasına göre ayrılmaktadır. Bir normun dışa yönelik cephesi, normun fiili olarak uyulması ve – veya uygulanmasında, bir normun içe yönelik cephesi ise norma hangi motifle olursa olsun uyma veya uygulanmasında fiili rıza bulunmasında görülmektedir. Bu tanımlamalar için Max Weber'in ("hukuk... düzenin devamı için güvence altına alınması ve tecavüzleri önlemek için maddi veya manevi cebirin uygulanması imkanı olan bir düzen olarak nitelendirilebilir. Cebir bu düzende bu iş için görevlendirilmiş insan grupları tarafından uygulanır.")[2] Ve Thedor Geiger'in (hukuk.... "sosyal bir yaşam düzenidir. Bu düzen kendi özel organlarınca monopolist olarak uygulanan müeyyide imkanına dayandığı ölçüde, merkezi örgütlenmiş toplumsal bir büyük yığının sosyal yaşam düzenidir")[3] tanımları örnek verilebilir. Oliver Wendel Holmes'un meşhur önceden tahmin tanımı bu gruba dahildir. Holmes "mahkemelerin fiiliyatta ne yapacaklarının önceden tahmini, ulvi bir iş değildir ve bence bu hukuktur" demektir.[4] İçe yönelik tanımlamalara Ernst Rudolf Bierling'in ("hukuk, hukuk bilimi açısından, genelde bir şeyi herhangi bir toplumda bir arada yaşayan insanların karşılıklı olarak bu ortak yaşamın kuralları veya normu olarak tanımalarıdır"[5] ve Niklas Luhmann'ın ("hukuku... bir toplumsal sistemin normatif davranış beklentilerinin anlaşılabilir bir genelleştirmesine dayanan bir yapısı olarak tanımlayabiliriz"[6]) tanımlarını sayabilirim.

b) Kural koymaya yönelik hukuk tanımlamaları ağırlıklı olarak hukuk bilimsel, özellikle analitik hukuk teorileri çevresinde görülmektedir. Bunun klasik örneği, John Austin'in hukuku, bir egemenin müeyyidelendirilmiş emirlerinin bir bütünü olarak tanımlamasıdır.[7] Austin kural koyma unsuru ile etkinlik unsurunun bileşimini, egemeni emirlerine teamüli olarak uyulan bir kişi olarak tanımlamakla sağlamaktadır. Bu yüzyılın analitik hukuk teorisinin esas temsilcileri Herbert Hart ve Hans Kelsen'in hukuk kavramları da bileşimcidir. Kelsen hukuku, "insani davranışın normatif cebri düzeni", "bu düzenin normatifliğini ilk önce vazedilen temel norma dayanması", bunun sonucu olarak insanların fiili olarak yürürlüğe girmiş, büyük ölçüde etkili Anayasa ve bu nedenle de Anayasaya uygun fiilen yürürlüğe girmiş, büyük ölçüde etkili normlara uygun hareket etmeleri zorunluluğu" olarak tanımlamaktadır.[8] Tanımlayıcı bir formülasyondan feragat eden Hart'a göre gelişmiş hukuk sistemleri öncelikli olarak yükümlülük kuralı, tali olarak tanıma kuralı, değişme ve mahkeme kararlarının bir bileşimi olarak ortaya çıkar.[9] Hart'ın konseptinde tanınma kuralı merkezi bir rol oynar. Tanınma kuralı sosyal tanınma sayesinde geçerlidir ve bir hukuk sisteminin sisteme ait normlarının teşhis edilme ve yürürlülük ölçütlerini tanımlar. İngiliz hukuk sistemi için tanınma kuralını örneğin şu cümlede ifade eder: "Kraliçenin parlamentoda yürürlüğe koyduğu hukuktur."[10]

3. Konu büyük ölçüde basitleştirildiğinde etkinliğe yönelik tanımlamaların hukuku, izleyici perspektifi açısından tanımladıkları, kural koymaya yönelik tanımlamaların ise iştirak edenlerin perspektifini, özellikle hakim perspektifini esas aldıkları söylenebilir."[11]

En fazla avukat perspektifi olarak sınıflandırılabilecek Holmes'un tahmin tanımı ilgi çekici bir ara tutum olarak gruplandırılır. Bu ayrım aşağıdaki sebeple de basitleştirilmiştir. Çünkü örneğin, Hart'ın hukuk teorisi özleştirme olarak geçerli tanınma sayesinde tanınma kuralının (rule of recognition) merkezi bir rol oynaması nedeniyle hukukun tanınma teorisi olarak değerlendirilmiş ve bu yüzden de Hart'ın hukuk kavramı etkinliğe yönelik tanımlamalar grubuna dahil edilmiştir. Buna rağmen bu ayrımı yapmak uygun bir hukuk kavramının muhtemel ölçütlerine ait ilk belirtileri sağlaması itibarıyle akıllıca bir iştir.

4. Aşağıda pozitif hukuk kavramından bahsedildiğinden ve herhangi bir ekleme yapılmadığında hukuk bilimi açısından Kelsen ve Hart'ın analizlerinde en saf tezahürleri görülen hukuk kavramı kastedilmektedir. Bu tahliller öncelikle, gelişmiş, özellikle devlet olarak örgütlenmiş hukuk sistemleri modeline yöneliktir. Burada devletler hukukunun ve ilkel hukukun, hukuk karakteri nedeniyle problemler ortaya çıkmaktadır. Bu problemleri, gelişmiş ve gelişmemiş (embriyon halindeki) hukuk sistemleri arasındaki farklılık olarak görüp nispeten basit bir şekilde çözmek mümkündür. Model olarak gelişmiş olarak örgütlenmiş hukuk sistemlerinden yola çıkmak tahlilci amaçlar için sadece imkan dahilinde değil, pratik açıdan da yararlıdır.

III. Pozitivist Hukuk Kavramına İtirazlar

Pozitivist hukuk kavramına aktüel tartışmalarda asıl olarak iki tezle karşı çıkılmaktadır: Haksızlık tezi ve prensipler tezi. Bu iki tez de esas olarak hukuk ve ahlak arasında pozitivist ayrım tezine karşı tutum almaktadır.

1. Haksızlık tezi, normların ve norm sistemlerinin, haksızlığının belirli bir ölçüye varması halinde hukuki geçerliliğin veya hukuk karakterinin inkar edilmesi gerektiğini ileri sürer. Bu tez esasında çeşitli biçimlerde, hukuk felsefesi tarihinde Tiranlık veya Rüşvet Yasası tezi olarak bilinmektedir. Bu tezin mevcut aktüelliği özel-

likle Hitler Almanyasında hukukun sapkınlığı nedeniyledir. Bu yüzden bu tez sapkınlık veya totaliterlik tezi olarak adlandırılır. Bu tezin formüle edilişinde, tezin hukuk kavramına mı, yoksa hukukun geçerliliğine mi ilişkin olduğu ve hukuk kavramı ve hukukun geçerliliğinin birbiriyle ilişkisi konusunda sık sık bir karmaşıklık görülmektedir. Bu yüzden hukuki geçerliliğin pozitif hukuk kavramının bir unsuru olduğu, böylece hukukun geçerliliği konusundaki formülasyonların, hukuk kavramı konusundaki formülasyonu da kapsamına aldığı veya tersi olduğu yolundaki tezden hareket etmekteyiz. Bu tezin bir gerekçesini IV. bölümünde sunacağım. Aktüel olarak haksızlık tezi iki versiyonda ortaya çıkmaktadır. Birinci versiyon tek tek normlara, ikincisi de normlar sistemine dayanmaktadır.

a) Birinci versiyonun klasik bir ifadesini Gustav Radbruch ortaya atmıştır.[12] Bu versiyona göre, pozitif hukukla adalet arasındaki çelişki şu şekilde çözülecektir. Pozitif hukuk, özellikle de devletin yasası, muhteva açısından haksız olması halinde de önceliğe sahiptir. Ama bu yasanın adaletle çelişkisinin çok dayanılmaz bir hale gelmesi halinde, yasa doğru olmayan hukuk olarak adalet karşısında boyun eğmek zorundadır.[13] Doğru olmayan hukuk ve yasal haksızlık ifadesinin aynı anlama geldiği bu ifadelerin yer aldığı bağlamdan anlaşılmaktadır. Radbruch bu formülün uygulanışını sağlayan adalet kriterlerini, vatandaş ve insan hakları geleneğinden, özellikle de eşitlik prensibinden çıkarmaktadır.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi ve Federal Mahkeme Radbruch formülünü birçok ilke kararında kullanmıştır.[14] Burada sadece Federal Anayasa Mahkemesi'nin 14.2.1968[15] vatandaşlıkla ilgili kararını hatırlatacağım. Bu kararda, söz konusu olan, göçmen Yahudilerin ırkçı nedenlerle Alman vatandaşlığını kaybetmelerine temel olan İmparatorluk Vatandaşlık Yasasına ilişkin 11. tüzüğün hukuk karakteri veya hukuki geçerliliği söz konusuydu. Bu kararda yer alan temel düşünceler (1–3) şöyledir: "Nasyonal Sosyalist 'hukuk' kuralları adaletin temel prensipleriyle çok açık bir şekilde çelişkiye düştüğünde, hakimin bunları uygulaması veya bu kuralların hukuki sonuçlarını tanımak istemesi sonucu haklılık yerine haksızlığa karar vermesi durumunda, hukuk kurallarının hukuk olma geçerliliği inkar edilebilir. 2. İmparatorluk Vatandaşlık Yasası için çıkartılan 11.11.1941 tarihli 11. Tüzüğün (RGBI 1, 772) adaletle çelişkisi o kadar büyük bir dereceye ulaşmıştır ki bu tüzük başından beri batıl olarak değerlendirilmelidir. 3. Hukukun temel prensiplerine açıkça aykırılık halinde, bir kez meriyete girmiş olan haksızlık, uygulanması ve uyulması suretiyle hukuk haline gelmez."

Uluslararası hukuk teorisi literatüründe Radbruch formülü çok tartışmalı. H.L.A. Hart bu formülü pozitivist ayrım bakış açısından kararlıkla reddetmiştir.[16] Hart'a göre ahlaken kötü dayanılmaz sonuçları hakimin hukuk kavramını tadil etmesi ile değil, yasa koyucunun geriye yönelik yasalar çıkarması ile bertaraf edebilir. Bu çözüm gerçekten çok önemli bir problemi formüle etmektedir. Bu problem, totaliter diktatörlükler dışında ve totaliter diktatörlüklerin yıkılışından sonra, hukukun sapkınlığının mümkün olduğunca düzeltmenin kimin yükümlülüğü olduğudur. Şüphesiz bunun için yasa koyucu görevlidir. Ama bu yasa koyucunun hangi nedenle olursa olsun görevini yapmaması halinde, hakimin ne yapması gerektiği şeklindeki soruyu cevaplandırmamaktadır. Ben Alman mahkemelerinin 1945 sonrası içtihatlarında görüldüğü gibi, hakimin böyle bir olayda pozitivist ayrım tezinde ısrarının dayanılmaz sonuçlara yol açtığını düşünmekteyim. Hukuk teorisinin bu sonuçlarını dikkate almalı, hukuk kavramı üzerindeki tartışmaların faturasını vatandaş ödememelidir.

b) İkinci bir haksızlık tezi Martin Kriele tarafından ortaya atılmıştır. Bu tez, tek tek normları değil, devlet olarak örgütlenmiş norm sistemlerini ele almaktadır. Kriele'nin tezi hukuki ve ahlaki yükümlülük arasında gerekli bir bağın aşağıdaki biçimde varlığıdır: Hukukun büyük ölçüde ahlaka uyum sağlaması koşuluyla, pozitif hukuka uymak bir yükümlülüktür.[18] Bu koşul Kriele'ye göre hukukun bir sistemin parçası olması ve bu sistemin de demokratik anayasa devleti temellerine dayanmasıdır. Buna rağmen Kriele, totaliter diktatörlüklerin norm sistemlerinde, genel olarak hukukun bağlayıcılığını inkar eden bir sonuca ulaşmamaktadır. Daha ziyade totaliter diktatörlükleri de doğrudan doğruya bir yasa meşruiyetinin, sisteme uygun düşmeyen ve kendi içinde ahlaki bakımdan haklı olan yasaların ve kurumların dâ bulunduğu görüşünü savunmaktadır. Bu açıdan Kriele'nin formülü sonuç olarak Radbruch'un formülü ile aynı işlevi görmektedir. Bu formül özgül totaliter normların ve kurumların hukuk niteliğini sadece inkar etmek imkanı vermemekte, bu normlara ve kurumlara karşı direnişi hukuken de haklı kılmaktadır. Konsepsiyon olarak Kriele'nin tezinin Radbruch'un tezinden farkı, Kriele'nin tartışmalı işlemlerin hukuk karakterini, işlemin içinde vazedildiği veya icra edildiği sistemin niteliğine bağlı olması tezini, Radbruch'un tezine ilave etmesidir.

Bunun dışında Kriele'nin formülü kendisinin ele almadığı ve burada tali olarak ele alınacak bir problemi doğurmuştur. Bu konu devletlerin ve hükümetlerin devletler hukuku açısından tanınmasının hukuk kavramı yönünü ilgilendirmektedir. Devletler hukukuna temel teşkil edecek asgari olarak dolaylı bir biçimde hukuk kavramı üzerine açıklama yapan, devletler hukukunun hukuk sujesi olarak devlet olarak örgütlenmiş bir iktidar düzenini veya bir devletin hükümetini, o devletin yasal temsilcisi olarak devletler hukuku topluluğunca tanınmaya hazır olduğu şartlar, bu yönü oluşturur. Kuşkusuz bu açıklama ilk bakışta açıkça pozitivist karakter taşımaktadır. Çünkü tanımanın teorisinde ve pratiğinde tesirlilik prensibi hakimdir. Bu prensip ama teorik ve pratik olarak yasallık prensibiyle, özellikle günümüzde çeşitli vesilelerle ve bağlamlarda geçerliliğini gösteren demokratik yasallık prensibiyle esaslı bir karşıtlık ilişkisi içinde bulunmaktadır. Bugün bütün devletlerin ve hükümetlerin kendilerini sunuşlarında demokratik ve yasal olduklarını söylediklerini düşündüğümüzde, devletler hukukunun hukuk kaynağı olarak, genel hukuk kaynağı olarak genel hukuk prensiplerinin meşruiyet gerekçesini ve muhtevasını bir kenara bırakırsak, devletler hukuku açısından hukuk kavramında da bir hukuki ahlaki değişikliğe açık olduğu söylenebilir. Şüphesiz böyle bir değişiklik, bu değişiklik hukuki ve politik uygulamanın uygun bir ifadesi olmak istediğinde, sadece zayıf bir biçimde gerçekleşir ve devletin örgütlenmiş iktidar

düzeni ve onun fiili dış temsilciliğinin hukuken tanınma kabiliyetinin olabilmesi için, asgari olarak etik bir hukuka uygunluk yeteneği göstermesi gerekliliği sonucuna varır.

2. Prensipler tezi, bütün gelişmiş hukuk sistemlerinin prensipler içerdiğini, bu prensiplerin yapıları ve–veya prensiplerin geçerlilik gerekçeleri nedeniyle pozitif hukuk kavramıyla bağdaşamayacağını ifade eder. Bu tez bu şekliyle bugün en fazla tartışılan tezdir ve önce Ronald Dworkin tarafından ileri sürülmüştür. Almanya'da Dworkin'in teorisini, özellikle Robert Alexy üstlenmiş, kısmen tamamlamış, kısmen de değiştirmiştir.[21] Serbest hukuk okulunda ve Josef Esser'in önemli monografisi "Hakimin Özel Hukuku Geliştirmesinde Temel İlke ve Norm" adlı eserinde[22] olduğu gibi, bu tez de konusu itibariyle problem tarihinde birçok kez kendini göstermiştir. Prensiplerin yapısına veya meşruiyet gerekçesine dayanma kriterlerine göre bu tezin iki ayrı versiyonu birbirinden ayrılır: Birincisi yapısal teorik versiyon, ikincisi meşruiyet teorisi versiyonu olarak adlandırılır.

a) Yapısal teorik versiyon esas olan versiyondur. Bugün genel olarak fikir birliği bulunan bir noktayla başlamakla, yapısal teorik versiyonu anlamak kolaylaşır. Bu nokta Hart'ın dediği gibi bütün pozitif hukukta bir "boşluğa sahip metnin" olması gerçeğidir,[23] yani pozitif hukuk yargıca, esasında değerlere yönelmiş, değerlerin mukayesesini içeren değerlendirmeler görevini yükleyen norm çatışmaları ve muğlak alanlar içermektedir. Pozitif teori bu durumu pozitif hukukun yargıca bu bölümde hukuk dışı kriterlere, özellikle ahlaka başvurması yetkisini vermesi olarak yorumlamaktadır. Hakim hukuk "bulamadığında" hukuku o somut olay için karar öncesi bağlam çerçevesinden, gelecekteki kararlar için de "yaratır". Buradaki temel pozitivist temel tezi John Austin "hakimin takdir yetkisinin başlamasıyla beraber, hukuk yok olur"[24] şeklinde formüle etmiştir. Diğer bir ifadeyle, değerlendirmelerin karşılaştırılmasıyla hukuk biter.

Buna karşılık prensipler tezi, yapısal teorik versiyonunda hakimin takdir ve değerlendirmelerin karşılaştırılması alanında hukuken hukuk ve ahlak arasında zorunlu bir ilişki kurmaya yükümlü olduğunu iddia eder. Bu tezin temeli prensipler ve kurallar arasındaki yapısal farklılıktır. Bu farklılık Dworkin'e göre, prensiplerin olayların çözümünde farklı yoğunlukla geçerliliğini kendi gösteren bir ağırlığın ölçüsüne sahip olmasından, kuralların ise hepsinin uygulanması veya hiçbirinin uygulanmaması biçiminde görülmesinden gelmektedir.[25] Farklı bir ifade ile kurallar unsurlardan ve hukuki sonuçtan oluşan normlardır. Unsur oluşmuşsa hukuki sonuç da doğar. Bundan farklı olarak prensiplerin, Alexy'nin tarif ettiği biçimiyle, farklı yoğunluklarda yerine getirilmesi mümkün olan en yüksek ölçüde gerçekleştirilmeye yönelik emirlerdir, yani bunlar bir şeyi (bir amacı veya bir değeri) mümkün olduğu kadar yüksek ölçüde gerçekleştirmeyi emreden normlardır.[26] Prensipler bu anlamda Federal Almanya pozitif hukukunda, örneğin devlet amaç hükümleri olarak adlandırılan hukuk devleti, demokrasi ve sosyal devlet prensipleri (Anayasanın 20, 28. md.leri) ve temel hak ve hükümleridir. Temel hak hükümleri, Federal Almanya Anayasa Mahkemesinin yorumladığı gibi, bu hükümlerin, değerlendirmeye asıl teşkil eden ilke normlar olarak hukukun bütün alanlarında geçerliliği talep etmeleri ve her üç devlet erkini fiilen ve hukuken en yüksek ölçüde insan onurunun korunması, özgürlük ve eşitlik için çalışmaya yükümlü kılması halinde yukarıdaki prensiplere dahildir. (Anayasa md. 1–19, özellikle md. 1–3).

Bu prensip kavramı temelinde prensipler tezinin yapısal teorik versiyonunu hukuken geçerli prensiplerin yapıları nedeniyle pozitivist hukuk kavramıyla bağdaşmadıkları şeklinde formüle etmekle mümkündür. Çünkü bu prensipler bir ahlaki idealin mümkün olduğu ölçüde gerçekleşmesini, hukuki yükümlülük haline getirmektedir. Federal Almanya ve Almanya ile karşılaştırabilecek devletlerde bu ideal insan onuru, özgürlük, eşitlik, hukuk devleti, demokrasi ve hukuk devleti ilkelerine yönelik hukuk ve devlet düzenidir. Aynı zamanda yeni çağın hukuk ve devlet ahlakının ana ilkeleri olan bu prensipleri, bu devletlerin anayasaları, pozitif hukuka, hukuken geçerli ilkeler olarak alarak, prensipler teorisine göre, hukuk ve ahlak arasında zorunlu bir bağ yarattılar. Çünkü bu bağ sayesinde açık bir hüküm olmaması ve normların çatışması hallerinde, olan hukukun, olması gereken hukuka mümkün olduğunca yaklaşması hukuken gerekmektedir.

Şüphesiz yukarıda anılan prensipler, büyük ölçüde muğlak ve kendi aralarında karşıtlık ilişkisi içinde bulunmalarından ötürü de yorumu ve neye ağırlık verileceğinin zorunlu kılmaktadır. Bu prensipler, özellikle zor konularda nispilik prensibine yönelik değerlerin (korunan hukuki çıkarların –Ç.N.) kendi aralarında bir mukayesesini gerektirir. Bu konuyla ilgili problemler, ama–tezin can alıcı noktası– hukuki problemlerdir ve sadece ahlaki problemler değildir. Bu problemlerin nasıl bir işleme tabii tutulacağını ve çözüleceğini, Federal Alman Anayasa Mahkemesinin değerler düzeni içtihatlarında örnek olarak görmek olanağı vardır. Alexy'nin gösterdiği gibi, içtihatlara esas teşkil eden, değerler düzeni teorisi, bir prensip teorisi ile aynı özelliklere sahiptir ve bu teori prensip teorisi olarak formüle edilebilir.[27] Böylece prensipler tezinin yapısal teorik versiyonu yargıç uygulamaları açısından önemli bir biçimde teyid edilmiştir.[27] Böylece prensipler tezinin yapısal teorik versiyonu yargıç uygulamaları açısından önemli bir biçimde teyid edilmiştir.

b) Dworkin'de bunların dışında prensipler tezinin meşruiyet teorisi versiyonunu görmek mümkündür. Bu teoriye göre kuralların hukuki geçerliliği "test of pedigree"ye (kurallar silsilesinin kontrolü –Ç.N.) tabi tutabilecekken, prensiplerin böyle bir kontrolü mümkün değildir.[28] "Kurallar silsilesinin kontrolü" ile Dworkin, Kelsen'de temel norm, Hart'da rule of recognition (tanınma kuralı) olarak tanımlanan, pozitif hukukun geçerlilik kriterini kastetmektedir. Açıklandığı gibi, Kelsen ve Hart, normların içeriğini değil, tamamen, yürürlüğe girmesinin ve/veya etkenliğinin yöntemini ve bu anlamda normların kökenini veya seceresini (pedigree) esas almaktadır.

Dworkin'e göre prensipler bu biçimde belirli muhtevalı halde olamazlar. Bu prensipler, Dworkin'e göre temel kural özelliğindeki bir özdeşleşme kriterinden uzaklaşırlar. Eğer doğru görüyorsam, daha dikkatli incelendiğinde, Dworkin'in tezinde geçerliliklerin gerekçesine göre bir-

düzeni ve onun fiili dış temsilciliğinin hukuken tanınma kabiliyetinin olabilmesi için, asgari olarak etik bir hukuka uygunluk yeteneği göstermesi gerekliliği sonucuna varır.

2. Prensipler tezi, bütün gelişmiş hukuk sistemlerinin prensipler içerdiğini, bu prensiplerin yapıları ve – veya prensiplerin geçerlilik gerekçeleri nedeniyle pozitif hukuk kavramıyla bağdaşamayacağını ifade eder. Bu tez bu şekliyle bugün en fazla tartışılan tezdir ve önce Ronald Dworkin tarafından ileri sürülmüştür. Almanya'da Dworkin'in teorisini, özellikle Robert Alexy üstlenmiş, kısmen tamamlamış, kısmen de değiştirmiştir.[21] Serbest hukuk okulunda ve Josef Esser'in önemli monografisi "Hakimin Özel Hukuku Geliştirmesinde Temel İlke ve Norm" adlı eserinde[22] olduğu gibi, bu tez de konusu itibariyle problem tarihinde birçok kez kendini göstermiştir. Prensiplerin yapısına veya meşruiyet gerekçesine dayanma kriterlerine göre bu tezin iki ayrı versiyonu birbirinden ayrılır: Birincisi yapısal teorik versiyon, ikincisi meşruiyet teorisi versiyonu olarak adlandırılır.

a) Yapısal teorik versiyon esas olan versiyondur. Bugün genel olarak fikir birliği bulunan bir noktayla başlamakla, yapısal teorik versiyonu anlamak kolaylaşır. Bu nokta Hart'ın dediği gibi bütün pozitif hukukta bir "boşluğa sahip metnin" olması gerçeğidir,[23] yani pozitif hukuk yargıca, esasında değerlere yönelmiş, değerlerin mukayesesini içeren değerlendirmeler görevini yükleyen norm çatışmaları ve muğlak alanlar içermektedir. Pozitif teori bu durumu pozitif hukukun yargıca bu bölümde hukuk dışı kriterlere, özellikle ahlaka başvurması yetkisini vermesi olarak yorumlamaktadır. Hakim hukuk "bulamadığında" hukuku o somut olay için karar öncesi bağlam çerçevesinden, gelecekteki kararlar için de "yaratır". Buradaki temel pozitivist temel tezi John Austin "hakimin takdir yetkisinin başlamasıyla beraber, hukuk yok olur"[24] şeklinde formüle etmiştir. Diğer bir ifadeyle, değerlendirmelerin karşılaştırılmasıyla hukuk biter.

Buna karşılık prensipler tezi, yapısal teorik versiyonunda hakimin takdir ve değerlendirmelerin karşılaştırılması alanında hukuken hukuk ve ahlak arasında zorunlu bir ilişki kurmaya yükümlü olduğunu iddia eder. Bu tezin temeli prensipler ve kurallar arasındaki yapısal farklılıktır. Bu farklılık Dworkin'e göre, prensiplerin olayların çözümünde farklı yoğunlukla geçerliliğini kendi gösteren bir ağırlığın ölçüsüne sahip olmasından, kuralların ise hepsinin uygulanması veya hiçbirinin uygulanmaması biçiminde görülmesinden gelmektedir.[25] Farklı bir ifade ile kurallar unsurlardan ve hukuki sonuçtan oluşan normlardır. Unsur oluşmuşsa hukuki sonuç da doğar. Bundan farklı olarak prensiplerin, Alexy'nin tarif ettiği biçimiyle, farklı yoğunluklarda yerine getirilmesi mümkün olan en yüksek ölçüde gerçekleştirilmeye yönelik emirlerdir, yani bunlar bir şeyi (bir amacı veya bir değeri) mümkün olduğu kadar yüksek ölçüde gerçekleştirmeyi emreden normlardır.[26] Prensipler bu anlamda Federal Almanya pozitif hukukunda, örneğin devlet amaç hükümleri olarak adlandırılan hukuk devleti, demokrasi ve sosyal devlet prensipleri (Anayasanın 20, 28. md.leri) ve temel hak ve hükümleridir. Temel hak hükümleri, Federal Almanya Anayasa Mahkemesinin yorumladığı gibi, bu hükümlerin, değerlendirmeye asıl teşkil eden ilke normlar olarak hukukun bütün alanlarında geçerliliği talep etmeleri ve her üç devlet erkini fiilen ve hukuken en yüksek ölçüde insan onurunun korunması, özgürlük ve eşitlik için çalışmaya yükümlü kılması halinde yukarıdaki prensiplere dahildir. (Anayasa md. 1–19, özellikle md. 1–3).

Bu prensip kavramı temelinde prensipler tezinin yapısal teorik versiyonunu hukuken geçerli prensiplerin yapıları nedeniyle pozitivist hukuk kavramıyla bağdaşmadıkları şeklinde formüle etmekle mümkündür. Çünkü bu prensipler bir ahlaki idealin mümkün olduğu ölçüde gerçekleşmesini, hukuki yükümlülük haline getirmektedir. Federal Almanya ve Almanya ile karşılaştırabilecek devletlerde bu ideal insan onuru, özgürlük, eşitlik, hukuk devleti, demokrasi ve hukuk devleti ilkelerine yönelik hukuk ve devlet düzenidir. Aynı zamanda yeni çağın hukuk ve devlet ahlakının ana ilkeleri olan bu prensipleri, bu devletlerin anayasaları, pozitif hukuka, hukuken geçerli ilkeler olarak alarak, prensipler teorisine göre, hukuk ve ahlak arasında zorunlu bir bağ yarattılar. Çünkü bu bağ sayesinde açık bir hüküm olmaması ve normların çatışması hallerinde, olan hukukun, olması gereken hukuka mümkün olduğunca yaklaşması hukuken gerekmektedir.

Şüphesiz yukarıda anılan prensipler, büyük ölçüde muğlak ve kendi aralarında karşıtlık ilişkisi içinde bulunmalarından ötürü de yorumu ve neye ağırlık verileceğinin zorunlu kılmaktadır. Bu prensipler, özellikle zor konularda nispilik prensibine yönelik değerlerin (korunan hukuki çıkarların –Ç.N.) kendi aralarında bir mukayesesini gerektirir. Bu konuyla ilgili problemler, ama – tezin can alıcı noktası – hukuki problemlerdir ve sadece ahlaki problemler değildir. Bu problemlerin nasıl bir işleme tabii tutulacağını ve çözüleceğini, Federal Alman Anayasa Mahkemesinin değerler düzeni içtihatlarında örnek olarak görmek olanağı vardır. Alexy'nin gösterdiği gibi, içtihatlara esas teşkil eden, değerler düzeni teorisi, bir prensip teorisi ile aynı özelliklere sahiptir ve bu teori prensip teorisi olarak formüle edilebilir.[27] Böylece prensipler tezinin yapısal teorik versiyonu yargıç uygulamaları açısından önemli bir biçimde teyid edilmiştir.[27] Böylece prensipler tezinin yapısal teorik versiyonu yargıç uygulamaları açısından önemli bir biçimde teyid edilmiştir.

b) Dworkin'de bunların dışında prensipler tezinin meşruiyet teorisi versiyonunu görmek mümkündür. Bu teoriye göre kuralların hukuki geçerliliği "test of pedigree"ye (kurallar silsilesinin kontrolü –Ç.N.) tabi tutabilecekken, prensiplerin böyle bir kontrolü mümkün değildir.[28] "Kurallar silsilesinin kontrolü" ile Dworkin, Kelsen'de temel norm, Hart'da rule of recognition (tanınma kuralı) olarak tanımlanan, pozitif hukukun geçerlilik kriterini kastetmektedir. Açıklandığı gibi, Kelsen ve Hart, normların içeriğini değil, tamamen, yürürlüğe girmesinin ve/veya etkenliğinin yöntemini ve bu anlamda normların kökenini veya seceresini (pedigree) esas almaktadır.

Dworkin'e göre prensipler bu biçimde belirli muhtevalı halde olamazlar. Bu prensipler, Dworkin'e göre temel kural özelliğindeki bir özdeşleşme kriterinden uzaklaşırlar. Eğer doğru görüyorsam, daha dikkatli incelendiğinde, Dworkin'in tezinde geçerliliklerin gerekçesine göre bir-

birinden ayrılan en az dört tür prensip tespit edilebilir: Birincisi anayasada veya bir hukuk sisteminin yasalarında açıkça konulmuş prensipler, ikincisi açıkça konulmamış, fakat "institutional support" (kurumsal destek – Ç.N.) sayesinde yasalarda, karar öncesinde; hukuki örf ve adette, hukuk doktrininde, hukuken geçerli olarak değerlendirilecek prensipler, üçüncüsü yeterli kanıtlanacak kurumsal desteği olmayan, ama "political" (siyasi) veya "community morality"nin (toplumsal ahlakın) bir parçası olan ve ön yargıların üstüne çıkabilecek bir kuvvete sahip ve böylece içerikleri nedeniyle hukuken geçerli prensipler, dördüncüsü anayasal sistem veya anayasal sistemin ahlaki ve politik temel prensipleri nedeniyle hakim kararlarının yasal nedenleri olarak düşünülemeyecek ve böylece hukuki geçerlilikten uzak prensipler.

Özellikle 2. ve 3. grup prensipler arasında girift bağlantılar vardır. Kurumsal destek kavramını temel norm olarak ayrım kriteri olarak kullanmak akla yatkın bir iş olmasına rağmen, Dworkin bu konuyla ilgili önerileri şimdiye kadar hep reddetmiştir. Dworkin'e göre hangi tür ve ne kadar kurumsal desteğin bir prensip olacağına, böylelikle geçerli hukukun bir prensibi olarak tanınmasına dair genel bir ölçü yoktur. Dworkin'in teorisi bu yüzden bu noktada gerçekten sadece yapısal teorik açıdan değil, meşruiyet teorisi açısından da pozitif hukuk kavramıyla bağdaşmaz.

Anayasa pratikte önemli bütün ahlaki–siyasi prensipleri anayasa prensipleri olarak pozitif hukukun içine aldığı için, Federal Almanya'nın pozitif hukuku açısından tezin bu biçimi her halükarda bu noktada herhangi bir sonuca varmamaktadır. Ben "test of institutional support" (kurumsal desteğin) temel norm yeteneğinde bir ayrım kriteri olarak formüle etme çabalarını bir yana bırakırsak, bu teşhisin prensipler tezinin meşruiyet versiyonuna karşı genel bir itiraz sağlayacağını, düşünüyorum. Bu itiraz iki aşamada açıklanabilir. Birinci aşamada her gelişmiş hukuk sisteminde temel prensiplerden oluşan bir ilke, bu ilkeyle diğer prensipler arasında hiyerarşi ve türeme ilişkisinin bulunduğu gösterilir. Bir ikinci aşamada bu prensiplerin ait olduğu sistemlerde, anayasal geçerliliği olduğu, yani dolaylı ve dolaysız olarak sistemin yazılı veya yazısız olmayan anayasasına ait olduğu ispatlanır. Kelsen'in temel normunda olduğu gibi, sistemin anayasası, hukuken geçerli prensipler için özdeşleşme kriteri olarak adlandırılır.

Bu itiraz kabul edildiğinde prensipler tezi sadece yapısal teorik versiyonunda pozitif hukukla bağdaşmaz, ama meşruiyet teorisi versiyonunda pozitif hukukla bağdaşmaktadır. Ancak 3. ve 4. kategori prensipleri arasındaki fark, yani toplumsal moral içerisinde ve toplumsal ahlak dışındaki fark, sadece belirli bir hukuk sisteminin değil, aynı zamanda bir hukuk sorunu olarak kabul edildiği zaman, prensipler tezinin meşruiyet versiyonu, bu sınırları aşar, diğer bir ifadeyle belirli prensipler, örneğin ırk ayrımı, sadece belirli bir hukuk kavramı açısından değil, aynı zamanda hukuk açısından, hukuk kavramı dışında tutulursa. Dworkin'in ele almadığı bu konuyu Kriele ele almaktadır. Bu nedenle, prensipler tezinin meşruiyet versiyonu bu haksızlık tezine uygun düşmektedir.

IV. Uygun Bir Hukuk Kavramının Kriterleri

Hukuk kavramı hukuk sosyolojisinin ve hukuk felsefesinin sürekli konusunu oluşturmaktadır. Bu kavram üzerinde bir anlaşma henüz sağlanmış değildir ve öyle görünüyor ki sağlanacağı da yoktur. Bu durum uygun bir hukuk kavramının kriterlerini araştırmayı anlamlı bir hale getirmektedir.

1. Hukuk örneğin tarihi, sosyolojik, etik, mantık, dogmatik, teolojik, ekonomik, dilbilimsel vs. gibi çeşitli farklı açılardan bilimsel araştırmanın konusu olabilecek kompleks bir olgudur.[30] Benim tezim: hukukla ilgilenen disiplinlerin özgül araştırmalarından elde edilecek kriterler uygun bir hukuk kavramını ortaya çıkartır. Bu tez aynı konuyu ele alan bilimsel disiplinlerin farklılığının bu dalları oluşturan araştırma açısı veya diğer bir ifade ile araştırma perspektifi veyahut araştırma menfaatine göre tanımlandığı görüşüne dayanır. Bu aynı derecede meşru ve uygun birden fazla hukuk kavramının varolabileceği anlamına gelir. Bu durum bir disiplin içerisinde birden fazla kısmi bakış açısı ve bakış açılarının birden fazla yorumunun ve bunlara bağlı yöntemlerin ve yöntem bilimlerinin birbiriyle rekabet edebileceği diğer bir tezi dışlamaz. Bu rekabet, çıkara bağlı olduğu için ve olduğu sürece sonu gelmeyen kavram tartışmaları yaratır.

Hukuk kavramının sorunları ile esas olarak hukuk felsefesi hukuk sosyolojisi ve hukuk teorisi uğraşır. Hukuk felsefesine, hukuk sosyolojisine ve hukuk teorisine temel teşkil eden bakış açılarının farklılığını bir kenara koyarsak, hukukun iştigal alanını tanımlayan genel, semantik bir hukuk kavramı formüle edilebilir. Ama bu nispi olarak muhteva açısından zayıf ve fazla bir şey ifade etmeyen bir kavramdır. Bu kavram Kant ve Thomasyus tarafından ortaya atılan geleneksel, şekliyle hukuku insan davranışlarının dışa yönelik olanlarını düzenleyen ve potansiyel olarak cebirle uyulmasının sağlanabileceği normların tamamı olarak ifade edilir. Bu tanımın tek tek unsurları üzerine tartışılabilir. Ama hukuk kavramının esas problemleri bu alanda değil, hukuk teorisi, hukuk sosyolojisi ve hukuk felsefesi açısından bu dalların hukuk kavramları arasındaki özgül farklılık alanında bulunmaktadır. Buradaki hukuk felsefesi olarak, hukuk felsefesi genelinde doğal ve akli hukuk teorisi, hukuk ahlaki, yani ahlaki olarak gerekçelendirilen doğru hukuku ve bunun sonucu olarak toplumun ve devletin doğru tesisini anlıyorum. Hukuk felsefesinin hukuku, ahlaki geçerliliği açısından ve hukukun hukuki geçerlilik açısından incelediği söylenebilir.[31] Bu, hukuk felsefesi hukuk sosyolojisi ve hukuk teorisinin hukuk kavramları arasındaki özgül fark meşruiyet teorisi alanında baş gösterir. Diğer bir ifade ile hukuk kavramının esas problemleri semantik düzeyde değil, meşruiyet teorisi alanında çoğalan hukuk kavramları ile ilgilidir.

Burada açıklamalarımı hukuk teorisinin hukuk kavramıyla sınırlandırıyorum. Hukuk teorisinin, doğuşuna ve ağır basan geleneğine göre felsefi bir disiplin olan hukuk felsefesinden ve bir sosyolojik disiplin olan hukuk sosyolojisinden farklı olarak, özgül hukuki araştırma açısını kendisine temel alan özgül hukuki bir disiplindir.[32] Hukuk teorisi, kurumsal ola-

rak hukuk biliminin bir kısmı dalı olarak ve fonksiyonu itibariyle, yani tek tek hukuk teorisyenlerinin tesadüfi menfaatlerinden bağımsız olarak, hukukun temel kavramlarının bir hukuki teorisini (hukuk biliminin bir teorisi dahil olmak üzere) elde etmeye yöneliktir. Hukuk teorisi onun eski ve bugün hâlâ yaygın bir adlandırılmasında olduğu gibi "genel hukuk öğretisi"dir ve hukuk teorisi hukuk teorisinin nesnel teorik kısmında, genel hukuk dogmatiği olarak anlaşılabilir. Hukuk teorisinin özel hukuk dogmatiğinkileriyle olan bağlantısı ve özel hukuk dogmatikleri konusundaki pratik bağlantısı kurucu bir mahiyettedir. Hukuk teorisinin hukuk kavramı için anlamı hukuk dogmatiği için ve hukuk uygulamasının da hukuk kavramının verimliliğinde, kavramın uygunluğunun kriterlerinin görülmesidir. Bundan çıkan sonuç, burada ayrıntılarına girilmeyecek dogmatiğin çeşitli fonksiyonları ve pratiğin farklı bölümlerinde ve ayrıntılarında burada girilmeyecek olan bölümlerin varlığıdır. Aşağıdaki kısımda itiraf etmek gerekir ki basitleştirilmiş bir tezden yola çıkıyorum. Hukuk dogmatiği esas olarak yargıçlara yönelmiş bir disiplindir ve hukuk teorisinin görevi bu yüzden esas olarak yargıçlara yönelik bir hukuk teorisinin görevi bu yüzden esas olarak yargıçlara yönelik bir hukuk kavramının hazırlanmasıdır. Bu tezi (aynı zamanda verimlilik ölçütünü) üç noktada açıklayacağım.

a) Hukuk yargıç için normların bütünüdür. Bu bütüne göre yargıç karar vermek zorundadır. Bunun anlamı, yargıç için hukuk kavramının amprik değil, normatif bir kavram olmasıdır. Bu kavram ölçütleri tanımlamakta, yargıç bu ölçütlere göre bir normu, norm olarak belirlemekte, norm yargıcın tabi olduğu hukuk sisteminde norm olarak hukuken geçerli olmamakta ve netice olarak hukuken bağlayıcı olmaktadır. Şüphesiz hakim, olan hukukla, olması gereken hukuk arasındaki farkı bilir. Ama bu fark yargıç için hukuken geçerli hukuk ile sadece ahlaken geçerli hukuk arasındaki farkla aynı anlama gelmektedir. Farklı bir ifadeyle hakimin hukuk kavramı, hukuken geçerli hukuk kavramıdır. Yargıç ve hukukçu için, Kelsen'in söylediği gibi, bir normun özgül varlığı, hukuken geçerlilikte bulunmaktadır.[33] Varolan hukuk, pozitif hukuk ve hukuken geçerli hukuk deyimleri hukuk bilimi açısından anlamdaş ifadelerdir.

b) Bütün yargıçlar az ya da çok açıklığı olan bir hukuk kavramına sahiptir. Hukuk teorisinin görevi, bu hukuk kavramının bilincine varmak ve incelemektir. Hukuk teorisi bunu yaparken betimleyici veya normatif olarak işletmeler yapabilir. Betimleyici çalışmalarda, yargıçların genelde hangi hukuk kavramına fiiliyata sahip oldukları araştırılır ve hukuk kavramının hangi yapısallıkları gösterdiği incelenir. Normatif çalışmada hukuk teorisi, yargıcın hangi hukuk kavramına, görevi nedeniyle sahip olma zorunluluğunu inceler. Benim anlayışıma göre hukuk teorisi birçok boyutlu bir disiplindir. Hukuk teorisinin hukuk bilimi açısından, hem amprik, hem de analitik ve normatif incelemeler yapma görevi vardır. Hukuk teorisinin dogmatiğinden ve pratik bağından çıkan, kanımca hukuk teorisinin araştırmalarının sonucu olarak bir hukuk kavramının formüle edilmesi görevidir. Bu formüle edilen hukuk kavramını yargıcın yasal zorunluluk nedeniyle sahip olma yükümlülüğü vardır.

Bu noktada görüşler birbirinden ayrılmaktadır. Kelsen'in ve Hart'ın analitik hukuk teorisini anladıkları biçimiyle, bu teori hukuka karşı en azından Kelsen'in ve Hart'ın şartlarına göre tam olarak betimleyici davranmaktadır.[34] Hukuk teorisi, hukuk kavramının hukuk dogmatiğinde ve hukuk uygulanmasında hukuk dilinde görüldüğü gibi nasıl etkili olduğunu betimler ve tahlil eder. Hem Kelsen ve hem de Hart kendi şartları nedeniyle bir çelişmeye düşmektedir.[35] Hart ve Kelsen ahlak ve hukukun ayrılığı tezini savunurlar ve bu temelde hukuk ve ahlak arasında zorunlu bir bağ olduğu yolundaki hukuk anlayışının çeşitli ifadelerini eleştirirler ve ama zorunlu bağ anlayışı yargıçların içtihatlarına yerleşmiş ve böylece pozitif hukukun bir parçası olmuştur. Netice olarak da, ayrılık tezinin şartlarına göre, bunu eleştirmek yerine, betimlemek ve tahlil etmek zorunluluğu doğmuştur. Hart'ın 1945'ten sonra Radbruch'un formülünü kabul eden Alman mahkemelerine yaptığı eleştiri bunun güzel bir örneğidir,[36] Kelsen ve Hart açıklayıcı ayrılık tezini normatif bir kullanıma tabi tutmaktalar. Onlar sadece hukuk ve ahlaki genel olarak, kavramsal açıklık nedenleriyle aralarında ayrım yapılması gerekli iki farklı normlar sistemi olarak tespit etmiyorlar, aynı zamanda, hukuk ve ahlak arasında, hukuk dogmatiğinde ve hukuk pratiğinde fiilen gözlemlenen ve haklı nedenlerle savunulan kavramsal bağlantıyı reddediyorlar. Netice olarak Hart ve Kelsen teorilerinin tabiatına aykırı olarak yargıçların sahip olmaları gerektiğine inandıkları bir hukuk kavramını savunuyorlar.

c) Hukuk teorisinin görevi, yargıçlara yönelik bir hukuk kavramı formüle etmek olduğunda, bu hukuk teorisinin hangi yargıca veya hangi hukuk sistemine —aynı kapıya çıkar— sorusu sorulur. Hukuk teorisi belirli bir hukuk sistemleri grubuna veya bütün gerçek ve ihtimal dahilindeki hukuk sistemlerine yönelik olabilir. Hukuk teorisi, düşüncesi itibariyle, evrensel bir geçerlilik talebi olan, yani bütün gerçek ve muhtemel hukuk düzenleri için geçerli olma talebini ileri süren, bir hukuk kavramını formüle etmeye yönelik hukukun bir genel teorisidir. Bir hukuk teorisyenin çalışma biçimi normal olarak şu şekildedir: Hukuk teorisyeni tesadüfi olarak az veya çok tanıdığı, bildiği hukuk sistemlerinden tezlerini alır. Hukuk teorisyeni buna rağmen kendi hukuk kavramı için bir evrensel geçerlilik iddiası ileri sürerse, teorisyen ona buna izin verecek bir teoriye dayanmak zorundadır.

Bu yazı bu tür teorilerin sayılacağı bir yer değildir. Ben sadece Kant'ın hukuk ve tarih felsefesi esas alınarak veya hukuk ve tarih felsefesinin aşkın pragmatik veya evrensel pratiğinin devamı temelinde bir teorinin hazırlanabilme imkanı olduğunu açıklayacağım. Bu teorinin temel tezi, demokratik anayasa devletinin hukuk kavramı, özgür devletlerin konfederasyon düşüncesi ile birlikte bir evrensel geçerlilik iddiasını içerir. Çünkü bu hukuk kavramı bir ilerleme tarihinin neticesi veya evrensel anlaşılabilir rasyonel yapıların bir açıklaması olarak kavranır. Bu sonuçlardan ve açımlamalardan yola çıkıldığında, bu talebe cevap veremeyen hukuk sistemleri daha önceki, eski haline dönüşmüş ve deforme olmuş sistemler olarak değerlendirilmek zorundadır.[37] Şüphesiz hukuk kavramının bir hukuki teorisine böyle yüksek seviyeli ve felsefi bakımdan tartışmalı bir iddiayla yüklenmek doğru mudur sorusu yöneltilebilir. Be-

nim için burada söz konusu olan hukuk kavramının bu kavramın bir evrensel geçerlilik talebi olup olmayacağı, olursa nasıl olacağı sorusundan bağımsız olarak, bir hukuk (sosyal) devletinin hukuk kavramı olduğunu söylemekte bir zorluk çekmiyorum. Bu düşünceler aynı zamanda hukuk teorisinin kendi hukuk kavramını temel teşkil eden normatif kriterlerini nereden aldığı sorusunu cevaplandırıyor. Hukuk teorisi, hukuk sistemlerinin bir normatif teorisinden bu kriterleri çıkartır ve normatif teorinin hukuk kavramı, hukuk sistemlerine dayanır. Hukuk teorisinin kavram oluşturmasında verimli olabilmesi için, hukuk teorisinin yargıçların genel olarak fiilen sahip oldukları hukuk kavramının ciddi bir analizinden hareket etmesi zorunluğu tabii bir olaydır.

2. Hukuki pozitivist hukuk kavramına önceki bölümde açıklanan itirazlara, yukarıda söylenenler temelinde bazı düşüncelerimi ilave etmek istiyorum. Haksızlık tezinin içeriği açık, fakat pratik önemi azdır. Haksızlık tezinin pratik önemi Alman mahkemelerinin 1945 sonrası ve nadiren içinde bulundukları durum gibi olağanüstü durumlarda görülür.[38] Niçin bu tezi ikna edici bulduğumu sezdirdim. Hukuk kavramı açısından haksızlık tezi, pozitif hukukun, hukuk kavramına normlarla ilgili olarak Radbruch formülünün, norm sistemleriyle ile ilgili olarak Kriele'nin formülünün yumuşatılmış şekliyle ilave edilmesi ve böylece hukuk kavramının hukuk ahlaki açısından zenginleştirilmesi veya değişikliğe tabi tutulması bakımından dikkate alınır.

Prensipler tezinin içeriği ve uygulamadaki önemi daha az bilinen bir niteliğe sahiptir. Prensipler tezinin meşruiyet versiyonu burada konu dışında bırakılmaktadır. Prensipler tezi, daha önce söylendiği gibi haksızlık tezi ile kısmen birbirine uygun düşmektedir. Meşruiyet versiyonu tahminime göre kısmen, kendi kendini geçerlilik gerekçesinde şüpheli prensipleri anayasa prensipleri olarak göstermeye çalışmasıyla çürütmektedir. Geriye yapısal teorik versiyon kalmaktadır. Bu tezin değindiği değerlerin karşılaştırılması problemi günlük mahkeme uygulamasında şüphesiz hiç de abartılmayacak bir önemde rol oynamaktadır. Buna rağmen tezin bu versiyonunda sadece birbiriyle rekabet eden, sonuç olarak yalnızca bir seçilen kelime sorununu içeren iki kavram stratejisinin söz konusu olup olmadığı sorulabilir. Pozitivist stratejiye göre yargıç pozitif hukuk boşluğu durumunda kendi ahlaki değerlendirmesine yetkilidir. Prensipler teorisi stratejisine göre, yargıç boşluk durumunda da, mutlaka daha geniş, hukuken yani hukuken geçerli prensiplere bağımlıdır. Yargıçların boşluk olan alanda mutlaka yönlerini tayin ettikleri değerleri ve amaçları ahlak veya hukuk olarak adlandırmaları bir seçilen kelime sorunudur. Bu konuda üç noktada dikkati çekmek istiyorum.

a) Yargıcın görevi, davalarda geçerli hukuka göre metodik olarak doğru olarak karar vermek ve kararlarını, taraflar ve ilgili kamuoyu için kabul edilir bir biçimde gerekçelendirmektir. Fakat bir yargıç kararı sadece ahlaken değil, hukuken de gerekçelendirdiği ölçüde karar kabul edilebilir niteliktedir. Prensipler teorisi hukuki gerekçelerin zor davalarda mümkün olduğunu ve nasıl mümkün olduğunu gösterir. Bu yüzden prensipler stratejisine karşı "yargıç kendi ahlaki değerlendirmesini gizliyor" itirazı yöneltilebilmesine rağmen, bu strateji pozitivist stratejiye göre tercih edilir.

b) Federal Almanya'da, prensipler tezinin yapısal teorik versiyonu çoktan beri konu itibariyle "değerler düzeni teorisi" adı altında tartışılmaktadır. Bu teoriye karşı ileri sürülecek esas itiraz, hukukun yumuşatılması ile bağlantılı olan bu tezin, ölçülü olma hukuk devleti ilkesini ve devletin iktidar ifadesi olan önceden görebilme ilkesini zayıflatması ve kuvvetler ayrılığı sisteminde yasa koyucu hacir altına alması ve mahkemelere aşırı yükler getiren bir yer değiştirme anlamına gelmesidir. Bu itiraz sebep ile etkiyi karıştırmaktadır. Hukukun yumuşatılması ve maddileştirilmesi değer teorisinden ve prensipler teorisinden daha eskidir ve yumuşatılma ve maddileştirilmenin mutlaka esas olarak teori dışında nedenleri vardır. Yukarıda adlandırılan teoriler maddileştirilmeye ve yumuşatılmaya neden olmazlar, onlar buna tepkidirler ve maddileştirmeyi ve yumuşatılmayı hukuk bilimsel olarak işlenebilecek bir hale getirirler. Bu sürecin nedenleri açıkça hızlanan sosyal değişmeye ve bu değişmeye yasa koyucunun tepkisinde görülür. Bir yandan "genel hükümlere kaçma", diğer yandan, bir dönemin bantta üretilen, toplu bakışın olanaksız olduğu ve birbiriyle az uyum sağlayan tek tek kurallarda kendini gösteren yasa koymanın motorize edilmesi.[39] Buna devlet kararlarının kabul edilişinde ve gerekçelendirilmesinde yüksek talepleri doğuran, hukuk bilincinde ve özellikle vatandaşların haklarının bilincindeki değişiklikler ilave olarak gelmektedir. Değer düzeni teorisi ve prensipler teorisi, teori içinde hem önlenemez hem de büyüyen bir kesimde hakimin kendi değerlendirmesine hukuki yapı verme çalışmasıyla dikkati çekmektedir. Bu nedenle yukarıda açıklanan gizleme itirazı da reddedilmelidir.

c) Pozitivist strateji yargıca kendi ahlaki değerlendirmesini yapırır. Bu değerlendirme serbest veya bağımlı olabilir. Bu değerlendirmenin bağımlı olduğu koşulu ileri sürülürse, bu değerlere ve prensiplere bağımlılık demektir. Bu değerlerin ve prensiplerin esasen prensip stratejisinin dayandığı değerler ve prensiplerle konu itibariyle aynı olduğundan hareket edilebilir. Uygulamanın gösterdiği gibi, bu bağımlılığın eksik olduğu bir hakim kararının, sadece ahlaken değil, aynı zamanda hukuken yanlış olduğu yukarıdaki görüşe ilave edildiğinde, bu durum prensipler stratejisinin lehinedir.

Yukarıda açıklanan düşüncelerin amacı, prensipler tezinin yapısal teorik versiyonunda sadece seçilen bir kelime farklılığı sorunun söz konusu olmadığı, aynı zamanda hukuk anlayışının en temel problemlerinin söz konusu olduğunu açık bir şekilde göstermektir. Sonuç olarak, özellikle yukarıda değinilen Federal Anayasa Mahkemesinin değerler düzeni içtihatlarının dikkate alınmasının, hukuk anlayışının en temel problemleri konusunda da pozitivist hukuk kavramının düzeltilmesinin lehine olduğunu düşünüyorum. Bu düzeltme hukukun yorumuna ilişkindir ve bu nedenle hukuk kavramı tanımında zorunlu olarak dile getirilmesi mecburiyeti yoktur.

V. Hukukbilimsel Hukuk Kavramının Tanımı

Hukuk kavramı üzerine bir yazıdan yazının bir hukuk tanımı ile bitmesi beklenir. Açıklanması gereken konuları açıklama-

ma rağmen, bu beklentiye cevap vereceğim. Hukukbilimsel hukuk kavramının uygun bir tanımı, kanımca, otoritenin hukuku vazetmesi, toplumsal etkenlik, bir normun veya bir normlar sisteminin içeriksel doğruluğu ve hukuki açıdan bu unsurların makul bir bağlamda birlikte yer almasıdır. Bu unsurlar içinde devlet tarafından organize edilmiş hukuk sistemleri içinde sisteme bağımlı normlar için, yetkilerin kural koymasının diğer unsurlara öncelik taşıması ve bu unsurun sosyal etkinlik ve içeriksel doğruluk unsurlarınca küçük değişikliklere tabi tutulması şüphe götürmez. Bu unsurlardan her birinin ve unsurların birbiriyle bağlantıları daha etraflıca incelenmeliydi. Ama burada zaman nedeniyle yapılamadı.[41] Devletler hukukunun özellikleri hiç veya çok az söz konusu edildi. Bu sınırlamalarla aşağıdaki tanımlamayı öneriyorum: Hukuk devleti tarafından örgütlenmiş veya devletlerarası bir norm sisteminin anayasasına ait olan normların toplamıdır. Bu sistemin genelde toplumsal etkenlik ve asgari olarak etik açıdan hukuka uygunluk veya hukuka uygunluk yeteneği ve bu anayasaya göre konulmuş normların da asgari sosyal etkenlik ve etken olma şansı ve etik açıdan hukuka uygunluk ve hukuka uygun olma yeteneği özelliğini göstermesi gerekir.

Ek

1. Krş., bu makalenin eleştirisi için N. Hoerster, *Zu Verteidigung des Rechtspositivismus*; NJW 1986, s. 2480–2482; ve W. Krawietz, *Neues Naturrecht oder Rechtspositivismus? Eine Kritische Auseinandersetzung mit dem Begriff des Rechts bei Ralf Dreier und Norbert Hoerster*, Rechtstheorie, 18 (1987), s. 209–254; Krawietz'in eleştirisini ayrıntılı bir biçimde cevaplandırdım. R. Dreier, *Neues Naturrecht oder Rechtspositivismus? In Erwiderung auf Werner Krawietz*, Rechtstheorie 18 (1987), s. 368–385. Üstü kapalı bir biçimde bu cevapta, Hoerster'in eleştirisine de ilişkin fikirlerimi açıkladım. İlave olarak bu makalede s. 19'da Kelsen ve Hart'ın pozisyonlarını yanlış anlaşılabilecek bir biçimde açıkladığımı itiraf etmek isterim. Gerçekten Hoerster'in doğru olarak işaret ettiği gibi, hukuk ve ahlak arasındaki ayrıma ilişkin pozitivist tezde söz konusu olan herhangi birinin fiiliyatta dili nasıl kullandığının amprik tespiti değil, söz konusu olan normatif olarak makul bir biçimde neyin hukuk olarak nitelendirileceğinin tayinidir. Ahlaki açıdan nötral ve nötral olmayan normatif tespitinin taraftarı olan ve olmayan tezler tartışmalıdır.

2. Hukuki pozitivizm konusundaki tartışma, Uluslararası Hukuk Felsefesi ve Sosyal Felsefe Birliğinin Batı Alman Bölümünün 12–14 Ekim 1988 günlerinde Göttingen'de yapılan kongresinin gündemiydi. Bu kongrenin tebliğleri *Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts* adlı kitapta yayınlanmıştır (yayınlayan R. Dreier, Wiesbaden, 1990) (ARSP–Ek Nr. 37). Özellikle R. Alexy'nin "Hukuki Pozitivizmin Eleştirisi" (s. 9–23) ve N. Hoerster'in "Hukuki Pozitivist Ayrım Tezinin Savunması" isimli tebliğlere atıf yapmak istiyorum. Alexy'nin tebliği burada kısaca açıklanmak istenen bir dizi önemli ve geliştirilmiş farklılıkları içermektedir. Alexy öncelikle pozitivist tezin hukuk ve ahlak arasında zorunlu bir bağ bulunmadığı yolundaki hukuki pozitivist tezin tartışmasında bu tezin ne tür bir bağı düşündüğünü açıklığa kavuşturmadığına ve bir tanım önerisi mi ya da bir öneri için nedenlerin mi söz konusu edildiğinin anlaşılmadığına dikkat çeker. Alexy ayrım tezinin tanımı için şu öneriyi yapar. Hukuk kavramının tanımı öyle yapılmalıdır ki, hukuk kavramı ahlaki unsurları içermesin. Bağlantı tezine göre ise hukuk kavramının tanımı öyle yapılmalıdır ki, hukuk kavramı ahlaki unsurları içersin. Alexy'ye göre bu önerilerin gerekçelendirilmesi için üç grup tez ileri sürülebilir: Amprik, analitik ve normatif tezler. Bu tezlere esas olarak ayrılık ve bağlantı tezlerinin her biri için üçer tez daha formüle etmek mümkündür. Bu durumda hukuk ile ahlak arasında ya bir amprik olarak zorunlu, ya da kavramsal olarak zorunlu, ya da normatif olarak zorunlu bir ilişkinin varlığı ve yokluğu söz konusu olur. Belirli ahlaki asgari koşulları yerine getiremeyen hukuk sistemlerinin yaşamayacağı ileri sürülürse amprik zorunlu ilişki söz konusudur. Kavramsal zorunlu ahlaki unsurlar hukuk kavramı –bütün tanımsal tespitlerden önce– bağlantı halinde ise, analitik ilişki söz konusudur. Normatif ilişkiden, amaçsal veya hukuk ahlaki açısından, hukuk kavramının tanımında, kavramın ahlaki unsurları içermesi zorunluluğu ileri sürülürse, bahsedilir. Alexy amprik ilişkiye ait sorunları ele almaz. (Krş. yenilerde E.J. Lampe, *Grenzen des Rechtspositivismus, Eine Rechtsanthropologische Untersuchung*, Berlin 1987). Alexy hukukla ahlak arasındaki bir kavramsal gerekli bağa, bir seri farklılıklar temelinde, hukuk kavramı ile hukuken geçerli hukuk kavramı arasındaki ve norm sistemleri olarak hukuk sistemleri ile süreçlerin sistemleri arasındaki ve izleyici ve katılanların perspektifi arasındaki ve hukukla ahlak arasındaki bir sınıflandırıcı ve nitelendirici bağ temelinde evet der. Bu bağın reddedilmesi Alexy'ye göre permormatif çelişkilere yol açar. Bu güçlü tezler dışında Alexy'nin tezi herhalükarda normatif nedenlerle hukuk kavramını otoritenin yasa koyması ve toplumsal etkenlik unsurlarının yanında ahlaki doğruluk unsurunu içerecek şekilde tanımlaması amaca uygunluk gösterir. Krş. R. Dreier, "Zur gegenwaertigen Diskussion des Verhaltnisses von Recht und Moral in der Bundesrepublik Deutschland", in: *Ton-Kak Suh'a Armağan*, Seul, 1990, s. 119–134. Özünde aynı görüşler F. Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Wien/New York 1982, s. 299 vd.; aynı yazar *Fundamentale Rechtsgrundsätze, Zur rechtsethischer Verfassung der Sozietät*, Wien/New York 1988; W. Ott, "Die Radbruchsche Formel, Pro und contra", in: *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, NF 107, (1988), s. 345–356; M. Kriele, *Recht-Vernunft-Wirklichkeit*, Berlin 1990, özellikle s. 453 vd.

3. Krş. tamamlayıcı olarak: R. Dreier, *Rechtsbegriff und Rechtsidee. Kants Rechtsbegriff und seine Aktualität für die gegenwärtige Diskussion*, Frankfurt/M. 1986; aynı yazar *Göttliches und menschlisches Recht*, in: ZevKR 32 (1987) s. 289–316.

4. Her iki Alman devletinin 3 Ekim 1990'da birleşmesinden sonra, Alman hukuk biliminin önünde, tekrar 1945'de olduğu gibi, çok büyük bir görev, hukuki geçmişi aşma görevi durmaktadır. Burada haksızlık tezi bütün farklılığına rağmen büyük bir rol oynamaktadır. Bu tezin sistematik bir incelemesi, eski Demok-

ratik Alman Cumhuriyetinin hakimiyet sistemi açısından henüz yapılmış değildir. Federal Göçmenler ve Yurtlarını Terk edenler Yasasına ilişkin eski içtihatlar konusu, Krş. Açıklamalar için G. Scheidle, *Wiederstand im Rechtstaat*, Karlsruhe, 1969, 1969, s. 65 vd.; bkz. W. Schuler, *Geschichte und Struktur des politischen Strafrechts in der DDR bis 1968*, Ebelsbach, 1980, Materiyal Derlemesi: Sistem Olarak Haksızlık. Sovyet İşgal Bölgesindeki Planlı Hukuki Tecavüzlere İlişkin Belgeler, 4 Kısım, (Alt Başlık Kısım II'den itibaren, Almanya'nın Sovyetler tarafından İşgal Edilen Kısmında Planlı Hukuki Tecavüzlere İlişkin Belgeler) yayımlanan Bütün Almanya Sorunları Federal Bakanlığı, Bonn, 1952–1962 (daha sonra yayımlanmadı).

NOTLAR

1. Bu kısım için genel olarak atıflar H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. baskı, 1960; H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford 1961; aynı yazar Recht und Moral, Üç Makale, Almanca yayımı (1971); Ott, *Der Rechtspositivismus*, 1981, Bölüm 6.
2. Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft (1921)*, öğrenim baskısı, yayıma hazırlayan V. H. Winckelman, 1964; s. 24. Krş. Max Weber'de hukuki hukuk kavramı ve sosyolojik hukuk kavramı üzerine, Loos, *Zur Wert-und Rechtslehre Max Webers*, 1970, s. 93 vd.
3. Geiger, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, 1947, yayım 1964, s. 339.
4. Holmes (The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law", The Path of Law, 1897; in: aynı yazar, *Collected Papers*, New York, 1920, s. 167.
5. Bierling, *Juristische Prinzipienlehre I*, 1894, s. 19.
6. Luhmann, *Rechtsoziologie I*, 1972, s. 105.
7. Krş. Austin, *Lectures on Jurisprudence II*, 4. baskı (Ed. Campbell, London 1873) s. 687.
8. Krş. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, s. 45 vd., s. 219.
9. Hart "combination of primary rules of obligation and secondary rules of recognition, change and adjudication" Krş. H. L. A., *The Concept of Law*, s. 95.
10. Hart "What the Queen in Parliament enacts is Law", aynı yerde s. 104; krş. aynı eser, s. 92 vd., 97 vd.
11. Krş. Hart'ın hukuka karşı ekstern (dışsal) ve intern (içsel) bakış açıları arasındaki fark için görüşleri (The Concept of Law, s. 86 vd.) Bu farkı ben Hart'dan daha farklı bir biçimde işliyorum. Bkz. IV. Bölüm.
12. Radbruch, Gesetliches Unrecht und übergesetliches Recht, in: aynı yazar, *Rechtsphilosophie*, 8. baskı (1973), s. 339–350.
13. *a.g.e.* s. 345.
14. Bkz. BGHZ 3,94 (107)+NJW 1951, s. 917; BGHZ 23, 1975 (181)=NJW 1957, s. 627; BGHSt 2, 173 (177); 2,234 (238); 3, 357 (362 ff.)=NJW 1953, s. 351; BVerfGE 3, 58 (119)=NJW 1954, s. 21; BVerfGE 3, 225 (233)=NJW 1954, s. 65; BVerfGE 6, 132 (138)=NJW 1957; s. 579; BVerfGE 6, 389 (414 vd.)=NJW 1957, s. 865; BVerfGE 23, 98 (106)=NJW 1988, 1036 L=RzW 1968, . 381; BVerfGE 54, 53 (67 vd.) Krş. B. Schumacher, *Rezeption und Kritik der Radbruchschen Formel*, Doktora Tezi, Göttingen, 1985.
15. BVerfGE 23,98=NJW 1968, 1036 L=RzW 1968, s. 381.
16. H.L.A. Hart, *Der Positivismus und die Trenung von Recht und Moral* (Dipnotu 1), s. 39 vd.
17. Kriele, *Recht und praktische Vernunft*, 1979, Bölüm 5.
18. *a.g.e.*, s. 117
19. Krş. Örneğin Menzel–Ipsen, *Völker R.*, 3. Baskı, (1979), 22. Bölüm, çeşitli atıflarla.
20. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 2. baskı, (London 1978)/Almanca baskısı Bürgerrechte ernstgenommen, 1984). Aşağıdaki bölümlerde Dworkin'in teorisinin sadece objektif haklar yönünü inceliyorum ve teorinin subjektif haklara ilişkin içeriğini inceleme dışında tutuyorum.

21. Alexy, Zum Begriff des Rechtsprinzips, in: *Rechtstheorie*, İlave I, 1979, s. 59–81; aynı yazar, *Theorie der Grundrechte*, 1985, özellikle Bölüm 3; aynı yazar, Rechtsregeln und Rechtsprinzipien, in: MacCormick–Panau–Vallauri, (Yayımlayanlar), *Geltungs-und Erkenntnisbedingungen im modernen Rechtsdenken*, 1985, s. 13-29.
22. Esser, *Grundsatz und Norm in der rihterlichen Fortbildung des PrivatR.*, 3. baskı (1974); Serbest Hukuk Okulu konusunda krş. Dreier'in yapıtları, *Zum Begriff der Natur der Sache*, 1965, s. 55 vd., Problemin Tarihi gelişmesi konsunda krş., Behrends, *Institutionelles und prinzipielles Rechtsdenken im römischen PrivatR.*, in: ZRG Röm. Abt. 95 (1978), s. 187–231.
23. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, s. 120, 124 vd., 233, 249.
24. Austin, "So far as the judge's arbitrium extends, there is no law at all."[24] (Dipnotu 7), Cilt 2, s. 338 vd.
25. Dworkin (Dipnotu 20), s. 22 vd., (Almanca basımı s. 54 vd.)
26. Krş. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Bölüm 3
27. Alexy, *a.g.e.*
28. Dworkin (dipnotu 20), özellikle s. 39 vd. (Almanca basımı s. 81 vd.)
29. Dworkin (dipnotu 20), s. 64 vd., (Almanca basımı s. 119 vd..., 541 vd.)
30. Krş. R. Dreier, *Recht-Moral-Ideologie*, Bölüm 8, özellikle s. 242 vd.
31. Farklı geçerlilik kavramları konusunda Krş. Dreier, Bölüm 5, özellikle s. 194 vd.
32. Krş. Dreier, Giriş ve 1. Bölüm
33. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, s. 9
34. Dipnotu 11'de açıklanan fark konusunda Hart ve Kelsen, kendi düşüncelerine uygun bir biçimde, hukuka karşı extern bir bakış açısını savunurlar. Hart konusunda krş. Eckmann, *Rechtspositivismus und sprachanalytische Philosophie. Der Begriff des Rechts in der Rechtstheorie H.L.A. Harts*, 1969, s. 76.
35. Krş. Kriele (dipnotu 17), s. 16.
36. Krş. H.L.A. Hart, *Der Pozitivismus und die Trennung von Recht und Moral*, s. 43 vd.
37. Kant'ın hukuk ve tarih felsefesi konusunda, Dreier, Recht–Moral–Ideologie, Bölüm 10; aynı yazar, in; Immenga (yayımlayan), *Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung*, 1980, s. 1–15, s. 2 vd.; Aşkın Pragmatik konusunda; Apel, *Transformation der Philosophie*, 2 cilt., özellikle 1. cilt, s. 9 vd., cilt 2, s. 155 vd.; Evrensel Pragmatik konusunda; Habermas in: aynı yazar, *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*, s. 1984, s. 353–440.
38. Uluslararası kanunlar ihtilafında Radbruch formülünün işlevi büyük ölçüde "ordre public" kuralı tarafından görülmektedir.
39. Krş. Hedemann, *Die Flucht in die Generalklauseln*, 1933; C. Schmitt, Die Lage der Europäischen Rechtswissenschaft (1943/44), in: aynı yazar, *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, 2. baskı (1973), s. 386–429, 404 vd., ("motorize olmuş yasa koyucu"); bkz. Dreier JZ 1985, s. 353–359 (=yukarıda bölüm 3).
40. Prensipler tezinin doğurduğu hukuk kavramı sonuçları konusunda örnek formüller, Federal Alman Anayasa Mahkemesinin bir temel kararı olan "Soraya" kararında görülmektedir. Bu kararda mahkeme kuvvetler ayrılığının bulunduğu hukuk devletine karşı, hakimin hukuku geliştirmesinin serbest olduğuna karar vermiştir. BVerfGE 34, 269 (286 vd.)=NJW 1973, s. 1221–Soraya.
41. Common–Law bölümünde doğruluk unsurunun önemi konusunda krş. örneğin R.S. Summers, Two Types of B Substantive Reasons: The Core of a Theory of Common–Law Justification, in: *Cornell Law Rewiev 63* (1978), s. 707–778. bkz. aynı yazar, Working Conceptions of "The Law", in: *Law and Philosophy I (1982)*, s. 263–289.

Hukukun Kavram ve Gelişmesi*

Ernst Joachim Lampe

Çeviren: Ahmet Ulvi Türkbağ

I. Sistematik ve Genetik Hukuk Teorisi

Herhangi bir hukuk teorisinin ana sorunu *hukukun özünde* odaklanır. Bununla birlikte, bu sorun iki farklı biçimde ortaya konabilir: o bir yandan, entelektüel bilinçte hukukun doğasına yöneltilebilir. Bunun ardından o, hukuk kavramını araştırır ve "hukukun ne olduğunu" bulmaya uğraşır. Araştırma hukukun *kavramsal özüne* yöneltilir, yani bir nesneyi hukuk olarak kabul etmek zorunda olduğumuz koşulların araştırımıdır. Diğer yandan soru sosyal gerçeklik içinde hukukun doğasına yöneltilebilir. Bu durumda hukukun varlığı üzerinde merkezileşir ve "niçin hukuk" olduğunu bilmek ister. Şimdi araştırma hukukun kökeninde yoğunlaşır; altında hukukun varlığını dikkate almak zorunda olduğumuz asli ön koşulları bir kavrayışla bize kanıtlamaya çabalar.

Günümüzün Alman hukuk teorisi çoğunlukla birinci araştırma üzerinde yoğunlaşmıştır. Bu, "hukuk nedir?" diye soran Immanuel Kant ve onunla başlayan idealist felsefe geleneğidir. Kant "doğru ve yanlışın onunla tanınabildiği evrensel ölçütün" şimdiye kadar "hukuk uygulamacısından bile tümüyle gizli kaldığını" gözlemlemişti.[1] Buna rağmen O, hukuk bilimcileri bir an için doğru ve yanlışın ne olduğunu araştırmaktan vazgeçmeye ve belirli bir fenomenin niçin hukuk olarak tanımlandığını bulgulamak yerine usa danışmaya çağırmıştı. Kant, "yalnızca bir deneysel sistem Phaedrus Fable'ındaki tahta baş gibidir, yani görünüşte yeterince iyidir ancak ne yazık ki, beyin ister" demişti.[2] Kant'ın akılda yaptığı araştırma şu tanımla sonuçlanmaktadır: "Bununla birlikte hukuk, herhangi bir kişinin iradi hareketlerinin gerçeklikte, evrensel bir özgürlük yasasına göre her bir diğer kişinin iradi hareketiyle uyumlu hale getirilebilmesi koşullarının tümünü içerir".[3] Bu tanım sonuçta çok ünlü olmakla birlikte bir takım sert eleştirileri de kabul etmek zorunda kalmıştır.

Bu eleştirilere girmeden önce daha temel bir soruya dönmek zorundayım: hatta kavramımızı belirtmek istediğimiz konuyu bile bilmeden önce, niçin aklın dışında bir hukuk kavramı biçimlendirmek zorundayız? Bu nedenle Rudolf Stammler cevabı hazırlamıştı: eğer biz kavramsal olarak hukuku neyin oluşturduğunu bilmiyorsak, pek çok konu arasından hukuksal niteliği olanları seçemeyiz. Örneğin biz bir örf fenomeni mi yoksa bir yasayla mı karşı karşıya olduğumuza karar vermek zorundaysak bir ayrıma varmak için kavramsal bir ölçüt yani, bağlayıcı yükümün ölçütünü kullanmak zorundayızdır. Örneğin bu yolla birbirini tanıyan iki kişinin selamı "bağlayıcı değilse" yani eğer biri normalde selamlama adetini gerektiren tanışıklığı sona erdirmekten fazla bir şeyden korkmaksızın selamlama yükümünden kaçınabilirse bir geleneğe varır. Aksine selam bağlayıcı, yükümlendirici bir usulce gerektiriliyorsa bir hukuk fenomenini gösterinin —örneğin askeri hiyerarşide bir ast, üstüyle tüm ilişkilerinin kesilmesini kabul etse dahi onu selamlamaktan kaçınamaz, selamlama yükümü altındadır. Çünkü kavramsal ölçütler bir hukuk fenomeniyle karşı karşıya olup olmadığımızı kararlar, buna rağmen Stammler bu ölçütlerin bilgisinin mantıksal olarak yukarıda işaret edilen ayrım çizilmeden önce olması gerektiğini ileri sürer. Dahası varlığın dışında olmasına rağmen o, hukukun özünü genetik olarak açıklama denemelerinin tümünde de doğru olarak kabul edilecektir. Stammler'e göre genetik hukuk teorisi, hukukun gelişimi ve hukuktaki değişmeleri tartıştığında değişmezlikle öncel bir hukuk kavramını gerektirir.[4] O ikinci aşamada hukukun varolup olmadığını yargılayabilmek için ilk aşamada hukukun ne olduğunu bilmek zorundadır ve dahası tarih sırasında hukukun biçim değiştirmeleri izlenirken hukukun kavramsal olarak tanımlı kalmasını da gerektirir.

Bununla birlikte Stammler'in desteklediği, sistematik hukuk teorisinin genetik dala mantıksal önceliği, gerçeklikteki görünümlerine baş vurmadan biçimlendirilebilecek bir hukuk kavramını da ima eder. Bu Kant'ın halen oransal olarak eleştirisiz bıraktığı —varsaydığı— bir konudur. O özgürlüğü, eşitliği ve evrenselliği tüm hukukun asli özellikleri olarak adlandırdı ve hukuku bu niteliklerin uyum içinde olduğu "koşullar bütünü" diye tanımladı. Ancak —ve şimdi Kant'ın hukuk kavramının eleştirisine geliyorum— ilk olarak niçin insan bilincinin bir analizinin bizi başka kavramsal niteliklere değil de bunlara getirmesinin gerekli olduğu açısından kapalı kalır; ikincisi (bu durum) yalnızca Kant'çı tanımlamayla hukukun yeterli ölçüde belirlenemeyeceğini kanıtlamaktadır. Hukuk Kant'ın savladığı gibi bir "koşulllar bütünü" değil normlar bütünüdür. Bir "koşul" yalnızca teorik olarak vardır; hukuksa aksine uygulamada varolmalıdır —o etkin olmalı ve gelenek ve ahlaktan farklı biçimde, eğer gerektiriyorsa zorlayıcı olmalıdır.[5] Daha sonraki tanımların normatiflik ve zorlayıcılık karakterini vurgulaması ya da en azından hukukun sosyal yaşamda "belirleyici bir güce" sahip olması gerektiğini öne sürmeleri bunun içindir.[6] Ayrıca Kantçı tanımlama hukukun amacı hakkında herhangi bir belirtimde bulunmaz. Bundan dolayı bu tanım yoluyla herhangi bir içerik yazılı hukuk durumuna yükseltilebilirdi.[7] Sonuçta sonraki tanımlar hukuk kavramından ahlaksal olmayan içerikleri açıkça dışaran hukukun sosyal karakterini vurguladılar.[8]. Tam burada *Gustav Radbruch*'un ünlü deyimini anımsatmama izin verin, O'na göre "biri hukuku, pozitif hukuku içererek tanımlayamaz, ancak amacına uygun olarak, adalete hizmete yöneltilmiş bir düzen ve kurallama diye tanımlayabilir."[9]

Kant'ın aksine yeni—kantçı Stammler hukuk kavramı için yapılan herhangi

* Bu çeviri ARSP (Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy) Vol. 1992/ Heft 1, s. 1—21'deki İngilizce metinden yapılmıştır.

bir araştırmayı deneyimin dışında tutan "apriorizm'i" çabucak terk etmiştir. Hatta hukuk kavramı "düşüncenin saf biçimi" olsa bile, biri daima "bir gözünü onu uygulama olasılığı üzerinde" tutmak zorunda olacaktır.[10] Bu nedenle —yine Stammler'i aktarıyorum— "içinde hukuk düşüncesinin doğduğu tüm sosyal deneyimleri sınamak gerekebilecektir.[11]" Biri yalnızca orada hukukun tanımlanabileceği "değişmez koşulları" bulabiliriz.[12] Ancak eğer, ayrıntıda Stammler'in akıl yürütüm yolunu daha çok tanımlamak istersek, bizi asıl konunun oldukça uzağına atacaktır. Şu kadarını söylemek yeter ki, Stammler tümevarım ve soyutlama yöntemini terk etmiştir, tüm bundan dolayı da ayrılıp saltlaştırılma zorunluluğuyla sonuçta hukuksal sayılma hukuk fenomenlerinin çoğunda yaygındır. Onu hukuk kavramının tümevarımsal dayanağı olarak seçmeden önce birinin bu yöntemi kullanarak bir fenomeni hukuksal diye nitelemek zorunda oluşu gerçeği bu yaklaşımı engeller, Stammler'e göre o insan bir daire içinde hareket ediyor gibi olacaktır.[13] Bunun yerine Stammler daha genel ilkelerden daha özel olanlara doğru bir akıl yürütme yolu olan tümdengelim yöntemini yeğledi. Hepsinden önce o, hukukun bir irade sorunu olduğunu var saydı —bununla birlikte onu metafizik bir güç değil, "bilincin yönelimi" olarak anladı.[14] İradeden ilk alt terim olarak "birleştirici iradeye", bir adım daha "egemen birleştirici iradeye" ve sonunda "dokunulmaz, egemen birleştirici iradeye" vardı. Stammler bu yolla kendi kendine bir hukuk tanımına varacağına inanıyordu. Tüm bu terimler tam olarak neyi kastettiğini burada açıklamayı gerekli bulmuyorum. Çünkü yalnızca insan zihninin bir analiziyle daha somut kavramlara ve özellikle bir hukuk kavramına mantıksal biçimde varılma olasılığına zaten karşı çıktım, benim savımın doğrulaması ise şudur: Stammler'in görüşünün aksine insan zihni yalnızca, sadece algı ve iradeyi değil duyguyu da içerir. Bununla birlikte zihnin yalnızca algı ve iradeyle sınırlanması Stammler'in hukukun algının değil iradenin bir alt türü (ürünü) olduğu biçimindeki temel savını destekler. Bu biçimde Stammler'in teorisinin diğer tüm sonuçları eşitçe kanıtlanmadan kalır.

Ancak eğer ne tümevarım ne de tümdengelim bir hukuk kavramına varmada bize yardım edemiyorsa —hangi yönteme kendimizi bırakmalıyız?

Çok basit ve bunun içinde çekici bir yöntem *yasal pozitivisitlerce* önerildi:[15] biri kendine yalnızca, hangi nesneler kendilerine "hukuk" diyebilirler, biçiminde bir soru sormak zorundadır —işte tam bu belirli nesneler hukuku oluşturur. Çünkü kendilerini "hukuk" olarak adlandırabilecek nesneler yalnızca yasalardır, yasal pozitivizm sadece onları hukuk olarak görür —başkaca neden oluştukları ya da ne gibi ahlaksal niteliklere sahip oldukları önemli değildir. Bir norm eğer —ve yalnızca eğer bir devlet anayasasınca içeriliyorsa ya da eğer yasa yapma görevini verdiği bir organca yasalaştırılıyorsa hukuksal bir normdur. Bununla birlikte hukuk biliminde çok basit bir kavramsal tanım yeterli olmayacaktır. Hatta daha genel bir *hukuksal pozitivizm* yasaların yanında başkaca hukuk kaynakları da tanır. Onlar arasında ilk akla gelen örf—adet hukukudur ancak, şimdinin daha gelişkin yasal kültürlerinde yalnızca sınırlı bir dönemde kalır. Daha önemlileri ise temyiz edilemeyecek duruma gelen pozitif hukuk örnekleri yani mahkeme kararlarıdır.[16] Ayrıca idare ajanlarına hizmet

eden ve hukuksal niteliğe sahip olan pek çok kararlar vardır —kısmen soyut olarak tüzük ve kararnameler, kısmen somut olarak meclis kararları.[17] Ve son olarak hukuku yaratma ve uygulamasını yaygınlaştırma gücünden hoşlanan pek çok özel birim vardır. Kendine özgü ancak az sayıda kuruluş sözleşmelerine göre Hukuksal niteliğe sahip özel dernekler bulunur ve —sağlanan tam hukuksal kapasiteyle hukuksal işlemleri ile hukuksal sonuçlar yaratan sayısız kişiler vardır.[18] Hukuk kavramının, yasal pozitivizm taraftarlarının hayal edebildiklerinden çok daha fazla konuyu içerdiği açıktır. Ancak o, yasa dışındaki tanımlayıcı niteliklerle hukuksal fenomeni hukuksal olmayandan ayırmaktan tümüyle daha acildir. Çünkü ister yalnızca sosyal sonuçlarıyla sosyal bir hareketin, ister hukuksal sonuçlarıyla hukuksal bir hareketin dikkatli bir toplamının bildirimi olsunlar; hukuksal bir hareket için kavramsal olarak gerekli niteliklerin tümüyle bağımlısıdırlar.

Bundan daha az şaşırtıcı olan genel hukuksal pozitivizmin, yasa bazındaki hukuktan (pozitif hukuktan) daha çok şey içeren bir hukuk kavramı biçimlendirmeyi amaçlamasıdır. Böyle yapmasına rağmen aksi durumda açıkça bilimsel olacak tavrının çarpıcı biçimde zıddı olarak yerini alan bir yöntemden yararlanması şaşırtıcıdır. Örneğin *Hans Kelsen* bize günlük konuşmaları ya da hukuk bilimcilerin "ön yargılarını" gösterir.[19]

Sonunda hukuksal pozitivizmin bilgi, yöntem ve bilimler üzerine tüm temel düşüncelerinin hukuk kavramını tanımlamaya herhangi bir katkıda bulunmadığı bu yolu O, üstü kapalı biçimde kabul eder.[20] Ancak eğer Kelsen'in yaklaşımı uygulamaya konulabilse, bu çok da kötü olmayacaktır. Ancak o uygulanamaz. Yöntemini kullanarak Kelsen aşağıdaki tanımlamaya ulaşır: hukuk, onun buyruklarını kuvvet kullanımı ya da tehdidi ile uygulamaya götüren insanın sosyal davranışının kurallamasıdır. Biri bu tanımın günlük hukuk anlayışıyla desteklendiğini kesinlikle savlayamaz —herhangi bir sözlüğe şöyle bir göz atmak bize yanıldığımızı kanıtlayacaktır. Ve ne hukuksal bilimlerce, ne de bir sosyal ya da (sosyo—etik) kavramsal öğenin gerekliliği üzerine doğal hukuk öğreticileri ve hukuksal pozitivistler arasındaki tartışmaca desteklenir. Dahası hukuksal bilimleri bir hukuk kavramı için tanık olarak tutmak mantıksal olarak kabul edilemez; çünkü yalnızca bir hukuk kavramı bulunduktan sonra bir bilim "hukuksal" bilim diye adlandırılabilir. Bu noktada yine birinin önceden kanıtlamayı arzu ettiği kavramsal varsayımın şimdiye değin tanıdığımız döngüsünü görebilir.[21]

Zaten yetersizliğini gösterdiğime inandığım bu anda hukuksal pozitivizmi eleştirimi kesiyorum. Şimdi hukuksal pozitivizmin kendini o yandan gördüğü, sorgulanabilecek diğer bir noktaya geliyorum: bu nokta hukuk normlarının *yorumlanmasıdır*. Bildiğimiz gibi hukuksal pozitivizm yetkili bir *iradenin* hukuk olarak yasalaştırdığı her şeyi —ussal olsun ya da olmasın— hukuk olarak alır. Ancak onlar hukuk normlarını yorumlamaya gelince, bakış açılarını tekrar gözden geçirip düzeltmek zorundadırlar; çünkü burada yasanın "amacını" kavramak esastır ve bu yalnızca aklı kendisine rehber alan birisince yapılabilir. Ancak hukukta ussal olan nedir? Hukuk normları bize herhangi bir tanımlayıcı yanıt sağlamazlar, çünkü aksi durumda onların yorumları ge-

reksiz olabilecektir. Bundan dolayı ussal öğütler elde edebilmek için diğer kaynaklara dokunmak gerekir. Pozitivistlerin daima bunu yapmaya karşı olduklarını eklemek gereksizdir. Onlar yasaların yorumunu, yasalayıcı iradenin bulgulanmasıyla sınırlamayı ya da yalnızca yorumlayıcı yargıcın iradi bir eylemi olarak kavramayı denediler.[22] Ancak onların karşı çıkışları boş ve anlamsızdı. Çünkü eğer hukuk normları hiç değilse bir amacı maddeleştirecekse, herhangi bir yorum onu kavramaya ve somut biçimlere koymaya çalışmak zorundadır. Bir yorum yalnızca yazılı normlara; "halk iradesi", "ulus ruhu", "bir kültürün etosları" ya da benzer bir şey olarak adlandırılan bir hukuk kaynağından doğan daha evrensel bir amacın temsili olarak bakarsa bunu yapabilir.

Akıl konusundaki sorgumuz böylece bizi hukukun kökenine ilişkin ikinci araştırma yoluna, yani "niçin hukuk vardır?" sorusuna getirdi. *Genetik hukuk teorisi* (ya da tarihsel hukuk antropolojisi) yanıtı hazırlar. O, hukukun gerekliliği, zaman içinde değişimi ve ortadan kalkışının kurallarıyla uğraşır.

Madde dışı her şeyin ve böylece tüm hukukun da gerçekleşiminin, onun ortaya çıkmasına ve ortadan kalkmasına yol açan düzenleyici kurallara maruz olması genetik hukuk teorisinde temeldir. Bu hiç de yeni bir gerçekleşim değildir. Tarihin çok erken dönemlerinde hukuk kavramlarına baskındı;[23] ardından uzun bir zaman dönemi kaybedildi ancak 19. yy.'ın sonlarına doğru tarihçi okulca yeniden bulunup yüzeye çıkarıldı.[24] Tam burada tarihçi okulun baş temsilcisi *F.C. Savigny*'nin düşüncelerini bir kaç sözcükle sunmama izin verin. O'nun kanısına göre tüm hukuk halkların olgunlaşma çağları içinde doğa ve karakterleriyle "organik bir bağlamda" yer alan tarihi bir sürecin sonucudur. Daha geç bir aşamada bu süreç, "halk ruhundan" ayrılacak ve hukukçuların bağımsız "varlığıyla" biçimlendirilecektir; ancak hukukçular asli işlevlerinin birinde halkı temsil ettiklerinin bilincinde olmayı sürdüreceklerdir. Von Savigny "hukuk" der "halkın diğer herhangi bir yönü gibi bazı hareket ve gelişmelere maruzdur. (...) Hukuk halkla birlikte büyür, onlarla olgunlaşır ve sonunda bir halkın eşsizliğini kaybettiği gibi o da ortadan kalkar".[25] O önce gelenek ve genel güvenle, ardından hukuksal kararlarla —yani bir yasa koyucunun keyfi iradesince değil her yerdeki içsel, sessiz işletici güçle— geliştirilir.[26].

Kuşkusuz tarihçi okul hukukun tarihsel değişebilirliğini doğru ancak bana göre yeterince köklü biçimde anlamamıştı. O hukukun daima bulunduğunu varsaydı ve sonuçta hukukun kökenini hukuk öncesi halde araştırmadı. Ve buna bağlı olarak bu hukuk öncesi halde ilk kez için *normların özünün* —daha sonra adlandırdıkları gibi "ilkel arşetipleri"nin* — bulunması gereken çok daha önceki bir halin bulunması gerektiğini asla anlamadı;[27] aksine bu normlar gelenek ve ahlak, din ve hukuk olarak tümüyle karışık ve ayırdı olanaksız bir haldeydiler.

Bu nedenle genetik hukuk teorisi işe norm öncesi özgün hal dışında arşetipik normların kökeniyle başlar. Ardından karışık arşetipleri dışında ilk hukuk normlarının biçimlenmesini inceler. Ve sonradan yalnızca onların evrimlerini izler.

* Evrensel ilk örnek (ÇN).

Ancak bu izleme de bile o, —yalnızca bulanıkça tanımlanabilen "halk ruhunu" gösteren değil aynı zamanda bireylerin ruhunda bulunan ve buradan öncelikle bütünsel biçimde gelişmiş olan madde dışı bir güce yaklaşımı esas alan —tarihçi okuldan, günümüz bilimsel— uzmanlaşmış hukuk anlamına— doğru küresel görünümlerle farklı çalışır. Ayrıca o, analizinin sonuçlarını kesin verilerle destekleyemediğini söylemeksizin yoluna devam etmektedir. Hukukun gerekliliği süreci basitçe tarihin ufuklarından çok uzakta başladı; ve hukukun gelişim süreci çok uzun zaman onların ardında gizli kaldı. Bununla birlikte tüm tekrar oluşturma çabaları tez—benzeri olmak zorundadır. Ancak insanın evrimi sırasında zihin "olması gerekenin" yapılarını özümsedi, özel gereklilik biçimleri kademeli olarak gelişti, bunlar karşıt durumlar kazandı ve daha üst bir kademede yeniden birleştiler, işte tüm bunlar yerleşik antropolojik bulgular olarak alınabilir. Böylece insan zihninde özümsenen ayrıcı niteliklerin belirttiği hukukun kökeninden ilerleyerek büyük ihtimalle bir hukuk kavramına varmamız olasıdır.

Benim aşağıdaki sunuşum iki büyük bölüm üzerine kurulu olacaktır. İlki varlık dışındaki genel "gerekliliğin" evrimine yani norm öncesi özgün halin dışında arşetipik normların evrimine odaklanacaktır (aşağıda II). İkinci bölümse "gerekliliğin" önce hukuk normlarının ayrılmasına ve ardından hukuk sistemlerindeki güncel ayrım derecesine kadar daha ileri evrimine ayrılacaktır (aşağıda III). Her aşamada aynı yasaların işlediğini görebilmemiz ve bizi eşsiz bir sürecin izlenimine götürmesi, gerçeği ile iç bağlantı kurulacaktır.

II. Varlık Dışında "Olması Gerekenin" Evrimi

Her gereklinin kökeni bir sosyal savaşımdır. Bu ise gereklinin ancak sosyal varlıklar arasında bulunabileceğini ima eder. Eğer sosyal bir varolma durumu yoksa, o bir gereklilik biçimine dönüşemez. Çünkü toplumsal halin dışında bir gereklilik ihtiyacı için zorunlu koşullardan büyük çoğunluğu yoktur yani birey üstü topluluğu destekleyen, bir kişinin keyfi iradesini diğerininkiyle uzlaştıracak bir güce gereksinim yoktur.

Buna rağmen tarih bize, bazı modern çağ filozoflarının doğal yaşama halinde, insan yaşamının yalıtılmış bir yolunu savladıklarını öğretti. Kısmen bu insanlar arasındaki birlik koşullarını ortaya çıkarmak için zihinsel bir varsayım olarak ortaya konuldu.[28] Bu haliyle kabul edilebilir. Bununla birlikte kısmen de tarihi bir sav anlamında yer aldı.[29] Bu ikincisine karşı ciddi eleştiriler ileri sürülmelidir. Bilimsel antropolojiden öğrendiğimize göre proto—hominidler ve hominidler sabit biçimde kurulmuş sosyal topluluklarda yaşadılar.[30] Ve topluluklarının özel tipinden dolayı gerekliliğin normlarının kökenini açıklayabiliriz.

Bu arşetipik insan topluluğu ne içerir?

1. Bir sosyal topluluk için ön koşul *grup içi iletişim için duyu organlarının tam gelişimidir.* Hominidlerde[31] görüntüsel ve sessel güçler yalnızca sinyallerin değil, aynı zamanda uzak mesafelere sembolik hareketlerin aktarımına da izin vererek en önemli rolü oynadı. Hominidler açık alanlarda yaşadıklarından fonetik bir dil geliş-

tirdiler. Ve belirginlikle sesle yönetildiklerinden dünyamızın modern stereo–scopic–yani dilleri temelde görünür nesneleri belirtiyordu- renkli imgesine zaten sahiptiler. Sonuçta dilleri bir yandan soyut fikirleri biçimlendirmek için güçlü bir yetenek ve diğer yandan bu yeteneği ilerletmeyi gerektirerek sembolik oldu.

> Bir karşılaştırma yapmak için biyolojik olarak bizle yakın ilişkili olan şempanzelere bir bakalım. Onlar araştırmanın zor olduğu Afrika yağmur ormanlarında yaşadılar ve sürekli Leoparlarca korkutuldular. Bu nedenle fonetik bir dil onların yaşamlarını sürdürmeleri için zararlı olacaktı: Bununla birlikte yavru şempanzeler tıpkı bebekler gibi bir yarım konuşma döneminden geçerler, yalnız bebeklerde bu dönem kademeli biçimde konuşmayla yer değiştirir, oysa şempanzelerde dört aylıkken kesilir. Ergin şempanzeler arasında akustik iletişim daha sonra yeniden başlar ve yarım konuşma döneminden bağımsızdır.[32] Durumlardan bağımsız soyutlayıcı bir dil bu koşullar altında gelişemezdi.

İnsanlarda konuşma ve iletişim yetenekleri gelişkin beyin korteksince artırıldı. Sonuçta sosyal davranışta çok büyük bir esneklik ortaya çıktı. Aynı zamanda soyutlamaları biçimlendirme yeteneği de olgunlaştı. Ve sonunda durum–sınırlıdan, simgesel etkileşimlere doğru bir uyarlama büyüyen sosyal davranış esnekliği ile bağlandı.

2. Sosyal ilişkiler için ikinci ön koşul, tek yanlı olarak bireyin işini kolaylaştıran ancak *toplumu zararlı eğilimlerin azaltılmasıdır*. Değişimde, topluluk bireyin yaşamına yararlı amaçlar da edinmelidir –örneğin düşmanlara karşı savunma, yiyecek arama vb. Bunların tümü topluluk üyelerinin koordine edilmiş davranışını gerektirir. Bu koordinasyonu sağlamak için doğa üç model geliştirmiştir: davranış ya[1] doğrudan genlerce belirlenebilir ya da[2] genetik bir taban üzerine kurulabilir; ve eğer genetik bir taban üzerine kurulursa, (a) ya katı bir rol ayrımı ya da (b) değişken bir rol kazanımı üzerine kurulabilir. Bu biçimde sürülerdeki balıkların sosyal yaşamı genetik olarak doğaca belirlenir, böcek "devletlerinin" biçimlenmesi katı rol ayrımının genetik tabanında işlevini görür, ve omurgalıların sosyal yaşamı esnek rol kazanımı modeline bağlıdır. Böylece bu üç model hominidlerin de yaşamına uygulanmalıydı. Bir yandan o, toplum içinde genetik olarak belirlenmeyen davranışları koordine etmek için baskın rollerin kazanım–uygulamasını gerektirir. Diğer yandan komünal hareketlerin avantajlarını korumak için birinin kendi davranışlarını baskın üyelerin' davranışıyla ayarlayabilmesini gerektirir.

3. Ki, bu da bizi üçüncü noktaya getirir. Tüm sosyal ilişkiler fizyolojik potansiyellerin yokluğu için zihinsel olarak uzlaştırılır. Bununla beraber tüm canlı varlıklar arasında zihni en doğru biçimde gelişen hominidlerdi. Bunun için zihinsel gelişim, aksi durumda yalnız böceklerin arasında varılan *sosyal bir rol ayrımına* izin verdi. Buna rağmen böceklerde sosyal roller doğumla belirlendiğinden sonuçta küçük miktarla (örneğin karıncalarda işçiler, askerler ve kraliçelerle) sınırlanır. Aksine hominidler rollerini doğum sonrası elde etmek zorundaydılar; buna karşın çok sayıda rol geliştirebilir ve onları toplum üyeleri arasında dağıtabilirlerdi. Ancak evrensel hominid düşmanlığıyla[33] birlikte bu, grup içinde sürekli çekişmelere ve kararsızlığa neden oldu.

4. Evrim sırasında, zihinsel olarak güdülenmiş bunun içinde esnek olan hareket bölümü kuvvetçe artarak büyüdü. Sosyal davranış özellikle büyük ölçüde bireysel olarak gelişti. Bundan dolayı da dördüncü olarak *sosyal yapıların karmaşıklığı* neredeyse anlaşılmaz duruma geldi. Davranışsal durumlar daha kapalı, davranışsal tepkiler daha tahmin edilmez oldu. Yalnız genetikçe belirlenen sosyal davranış oranı, sürekli azalmasına rağmen, halen hesaba katılabilirdi. Dahası bu davranış öngörüleri artan kesinsizlikle damgalanan tahminlerden memnun olmalıydılar; çünkü bireyler kendileri için olumsuz sonuçlara uğramaktan korkmaksızın onlardan sapabilirlerdi...

Burada kendimi bir kez daha kesiyorum. Bir kaç gözlemim bile, şimdiden normların kökeniyle ilgili bir dizi tezi ileri sürmemize izin veren bir tablonun ana hatlarını belirledi. Burada asıl anahtar sözcükleri bir kez daha tekrarlayalım: genetik olarak insan ilk başlangıçtan beri, sosyal bir hayvandı ve *Hugo Grotius*'un ortaya koyduğu[34] gibi bu temelde bir "appetitus societatis" olarak gelişmişti. O, dışsal emredilen ve içsel olarak da uyumlu bir sosyal yaşamda yönetildi. Ancak yalnızca genetikçe belirlenen ve bunun dışında esnek olan hemcinslerinin sosyal davranışı artarak bir sorun haline geldi. Özellikle grup büyüklüğünün herkesin birbirini tanımasına elvermediği yerde hesaplanmayan sosyal ilişkileri gerçekleştirmek korkutucuydu. Dahası bu bireyler arasındaki doğal düşmanlıkla birlikte, *büyük grupların* sosyal sürekliliği için bir tehdit de oluşturuyordu[35].

> Daha sofistike bir rol dağılımına izin veren insan niteliklerinin artan bireyselleşmesinden dolayı daha büyük gruplar ortaya çıktı. Bu yolla grubun dışsal uyum ve etkisi büyük ölçüde düzeltildi.[36] En nitelikli olanlar, –ayrı ayrı– örneğin av sırasında gözleyerek, vurarak, izleyerek ya da mekanik güçleri kullanarak ve benzeri ile grubun başarısını sürdürebiliyorlardı; ve onlar birlikte topluluğu yaşam için daha serbest bir temelde tutabiliyorlardı. Dahası ayrı ayrı yiyecek sağlamak ve böylece açlık tehlikesini azaltmak için pek çok alt–grup biçimlendirilebilirdi.[37]

Bu koşullar altında, sayısız bireysel özellikten soyutlayan ve yok olan yeni sosyal etkileşimin önceden kesinlikle bilinebilirliğini yaratan *davranışsal bir denetim sistemine* gereksinim vardı. İnsanoğlunun sürekli yerleşime başladığı, araçları iç çatışma, saldırı ve savunmada kullandığı, ve bu çatışma tehlikesini artırabildiğinde; böyle bir sisteme olan gereksinim daha da arttı.[38] İnsanın yaşamını sürdürmesi için gereken, sosyal normların "icadıydı".

Ancak nasıl icad edileceklerdi? Bu yenilikçi sonuç sosyal açıdan kuşkulu olan bir alanda gerekliydi yani, davranışsal denetim alanında. Doğa davranışı doğal yasalardan kurtarmıştı; bununla birlikte kurallalama salt bir gereklilik olarak kaldı, ve sonuçta normlar, kültürel olarak sunulmak zorunluluğundaydı. Ve *kültürel normlar* bireysel özgürlüğe bağlanmak zorundaydı.[39]

Bununla ortaya iki yeni terim koyuyorum: "özgürlük" ve "bağlar" ya da (daha yaygın) "yükümlülükler" ve bunun eş zamanlı olduğunu vurgulamak istiyorum. Çünkü her iki terim temelde yeknesak

bir evrim sürecine yaklaşımları tanımlar; bunla birlikte tek yanlı, "özgürlük" var mı? gibi bir soru yalnızca diğer yan gösterilerek yanıtlanabilir; evet "özgürlük", "bağlayıcı" ya da "yükümleyici" öğelerin bulunduğu yerde vardır.[40] Doğallıkla biz yalnızca evrimsel süreçle bir bütün olarak ilgileneceğiz. Bu süreç diğer varlıklardaki "endogenous" kurallara karşılık olan insan zihnindeki kurallarla gelişti, ancak "exogenous" kültürel olarak üretildi ve insan özgürlüğüne göre ayarlandı. Bunlar bir *gereklilik* biçimindeki kurallardı.

Böyle bir buluş niteliğindeki, insanlara o zamana değin yol gösteren varlık yasalarından gereklilik yasalarına doğru bir "değişiklik" nasıl açıklanabilir? Bana göre eğer diğer açılardan da temel evrimsel biçim değiştirmeler için kesin, iş başındaki *self–organizasyon* (kendinden düzenleme) süreçlerinden birine bakarsak, gerçeğe en yakın duruma geleceğiz. Bu süreçlerin esasları (a) bireysel irade ve (b) insanın sosyal eğilimidir. Bu her her iki esas da, iradi ve duygusal birliği oluşturabilme anlamında tekrarlı, devirli bir karaktere sahipti. Ve dahası onlar sözde "büyük–devir" denen; yalnızca devirli bir sistem olarak esasların kendilerini içermeyen aynı zamanda bu esasların bir parçası olması gereken içsel yasaları da üreten bir daireyi biçimlendirebilirdi.

Bu noktalarla ilgili bazı ek uyarılar:

a) Bireysel irade, egonun daima artan bir paylaşımı olan zihinsel güdülemeye kılavuzluk eden öncel eylemin dışında yükseldi. Hatta bugün irade –psikolojik araştırmalarla kanıtlandığı gibi– temelde belirli bir aktiviteyi ortaya çıkaran egoyu yani deneyimi içerir.[41] Buna göre Wilhelm Keller[42] onu, "sujenin kendisi tarafından gerçekleştirmeyi tasarladığı amaçlara doğru bir yönelim" olarak karakterize eder; Bunun dışında, tasarlanan hareketin "kendisel özgürlüğü" ya da "kendi kendini belirlemesi" ortaya çıkacaktı. Psikolojik araştırmalar ayrıca "Ben (yapa)cağım" farkındalığı ("bunun olmasını istiyorum" anlamında) yerine sıklıkla "bunu yapmalıyım" farkındalığı daha önemli bir rol oynadığı ve sıkça "ben (yapa)bilirim" farkındalığıyla birlikte bulunduğunu göstermiştir.[43] Böylece iradi deneyimin, hatta bugünlerde bile "özgür olma" ve "bağlı" ya da "yükümlü olma" deneyimiyle ne kadar yakından bağlı olduğu kanıtlandı. Sonuçta "nesnel bir öğenin"[44] iradede içkin olduğunu belirtmek önemlidir. Bunun anlamı: ne zaman ben "yapacağım" desem –ben "istiyorum" anlamında– ben değişmeksizin "bir şey" yapacağım demektir, örneğin düzenli olarak yürüyüşe çıkacağım, kitap okuyacağım, bir dersi izleyeceğim gibi. Ve kural olarak biri dilsel açıdan "bir şeyin" farkında olduğu için, iradi hareketin dil ile yakın bağlantısı kanıtlanır.

b) Self organizasyon sürecinin diğer bir esası, zaten vurgulandığı gibi, bir topluluk içinde başkalarıyla yaşamaya olan duygusal eğilimdi –"apetitus societatis". Bir yandan topluluk içinde tanınmak, yer elde etmek için bir gereksinim ortaya çıkacaktı.[45] Bu açıdan o, sosyal çatışmaya yol açıyordu. Diğer yandan ise itaat, sadakat ve bağlılık, hatta kalabalıklarda kaybolma gereksinimiyle de bağlantılıydı –ve bu yönde sosyal homojenliğe yol açtı.[46] Bugün bile, tüm bireylerde aynı olmamakla birlikte, bu sosyal gereksinimlerle her yerde karşılaşılabilir.[47]

Söylediğim gibi, bireysel irade ve sosyal eğilim "büyük devir" ile benim "sosyal normlar" dediğim yeni yasalar üretmiş olan self organizasyon sürecinin esaslarıydı, Her iki esasın *büyük devirsel birleşimi* ayrıntılı biçimde aşağıdaki gibi tanımlanabilir.[48]

a) Bireysel iradeler kendini düşünen ve kendine yontan yasalardır, böylelikle başka devirli sistemlerle birleşebilen basit bir düzenin, bir "iradi topluluğun" büyük devirli sistemini biçimlendiren, devirsel sistemlerdir.

b) Yine bunun gibi sosyal eğilimler "herkese yayılan bir güce" sahiptir ve böylece devirli –sürekli tekrarlarla– hareket ederler onların parçaları "birlik duygusu" ("Wir–Gefühl") ve birlikte hareket itkisidir (yani sürü içgüdüsüdür).

c) Bireysel iradelerin birleşimi ve sosyal eğilimler birinin, –oldukça kısa bir ifadeyle– "işbirliksel rekabet" ya da "rekabetçi işbirliği" diye tanımlayabileceği şeyi doğurur.

d) Onların organizasyonu, yeni bir organizasyon biçiminin gelişimini gerektirir yani "daha yüksek bir düzenin büyük devrini"; orada bireysel iradeler ve sosyal eğilimler karşılıklı birbirlerini güçlendirirler ki "genel irade", bireysel iradeler ve sosyal eğilimlerin "gerekli" ve "görev" biçimlerinde, ikincil birimler olarak görünmesi karşısında ortaya çıksın.

Self organizasyon sürecinin dışında oluşan "sosyal normlar" ifadesini ilk önce dilde buldu. Dil herkesin ulaşabildiği ve içinde herhangi bir bireysel görünüm olmaksızın buluşabildiği bir şeydi. Dil genel bir varlıktı; bunun için de genel iradeyi kolayca açıklayabilirdi. Ve o, doğal sosyal denetim yollarının en önemlilerinden biriydi; çünkü birisi ancak konuşabildiği hakkında hesaplayıp karar verebilirdi.[49]

Fakat dil toplulukla ilgili davranışsal sorunlarla uğraşmanın yalnızca bir yoluydu. Genel boş sözün dışında belirginleşerek yerleşen, henüz bir *doğruluk güvencesine* sahip değildi. Böyle bir güvence varolmalıydı ki, biri diğer sosyal olaylardan sonuç çıkarıp yargıya varabilsin. Hepsinden önce eğer işlevlerini yerine getireceklerse diğer bir yolda değil, yalnızca bu yolda kullanılabilen genel iletişim teknikleri vardı. Dilin yanında heyecan ve kızgınlık, kabul ve red ve, çaresizlik vb. için ifade modları vardı.[50] Onların bir bölümü doğuştandı, bir bölümü ise ilk gençlik yıllarında öğretilmişti ve, insanın sonsuz ve değişimsiz geçerli ve bu nedenle de korunması gereken doğa benzeri kozmik bir düzene ait olduğunu kanıtladılar (ya da kanıtlamış gözüktüler). İkincisi örneğin avlanma ve elde edileni paylaşma,[51] yakın tehlike durumlarında müdahale, kadınlar[52] ve erkekler arasında iş bölümü gibi gelenekler, yani çevreye geleneksel uyum yolları vardı. Yaşamın sürekliliği tehlikeye atılmadan onlar terk edilemezlerdi; bununla birlikte yine de sapmalar, muhtemelen ilk zamanlarda doğal alışkanlıkların ve geleneklerin yerine getirilmesini gözleyen doğaüstü güçler ilişkisi içinde kesin bir tabu ile sınırlandı.[53] Bu doğa üstü güçlere inanç çok erken bir aşamada belirgin biçimde yayılmıştı. Yine aynı erkenlikle kişiselleştirildiler ve onlarla ilişki dua, saygı, teslimiyet, kurban ya da diğer dinsel törenlerle kuruldu. Onların "iradesi" dikkatle araştırıldı, bildirildi ve ardından yalnızca birinin kendi davranışı için değil aynı zamanda başkalarınınki için de yasaklayıcı olarak kabul edildi.[54] Eğer onların "iradesinin" ne olduğu konusunda bir anlaşmazlık doğarsa, şimdiden diğer anlaşmazlıklarda

hakemlikle gösterdikleri büyük güçlerinden, öğüt ve yargılarının yeterliliğiyle kanıtladıkları çarpıcı entelektüel yeteneklerinden dolayı kendilerine sorulanlar grup içinde ün kazanmaktan en çok hoşlananlardı.[55] Güç ve zeka gibi armağanların kökeni yüksek varlıklarda görüldüğü için, tanrıların "sırdaşları" olarak sevdiklerini; bu gibileri tanımladılar. Böylece genel irade en erken zamandan ileriye doğru, usulce belirtilen ve eğer kararlar ona uyarak alınacaksa başarısını kanıtlamak zorunda olan ilahi irade tarafından yönlendirildi...

Yine dikkati ana noktama, hukuk kavramının sonuçlarına döndürmek için duracağım. Biz insanların bireysel iradelerinin sosyal eğilimlerle birleştiğini ve bunun da yeni içsel yasalarla yeni bir bütün ürettiğini görebiliriz. Yeni yasalar kısmen etkisiz ve dilsel olarak biçimlendirilmiş, toplum yaşamını disipline eden bir davranışsal denetim sisteminde yer aldı. Onlar, başlangıçta yasallığı üstün güçlerce sağlanan ancak sonunda normatif kararların yeterliliğiyle —evrensel tez ve tahrif yöntemine benzeyerek— kendilerini kanıtlamak zorunda kalan doğruluk ölçütüne yöneltildiler. Bununla beraber hukuk şimdiye değin söylenenler bazında, *toplumsal olarak bağlayıcı genel iradeye dilsel ifade veren ve üstün bir güççe yeterlilik ya da "adalete" doğru yöneltilen davranışsal normlar bütünüdür.*

III. "Olması Gerekenin" Varlıktaki Evrimi

Söylenen taban halen hukukun tabanı değildir. Bu halen —şimdiye kadar üzerinde durduğumuz arşetipik normlardan çok sonra nesilden nesile geçerek bize kadar gelen Hammurabi yasaları ve erken dönem Roma İmparatorluğu'nun On İki Levha Yasaları gibi ilk dökümanlardan çok daha önce varlık haline gelmek zorundadır; ve bazı noktalarda gelmeliydi de. Bu nedenle genetik hukuk teorisinin ikinci amacı arşetipik normların dışında hukukun doğuşunu tekrar ortaya çıkarmak ve günümüzün ayrılmış hukuk sistemlerine kadar onun gelişimini izlemektir. O bu amacı hukuk tarihiyle paylaşır. Ancak hukuk tarihinden, hukukun gelişimine baktığı ilgi türünde ayrılır. Hukuk tarihi yasaların içerikleri, gelişimleri ve bu gelişimin evrimi üzerinde odaklanır. Buna karşın genetik hukuk teorisi, hukuk sistemlerine yaygın; ve doğmalarına ilerlemelerine, yok olmalarına ve yeni başlangıçların öne geçmesine izin veren hukuk yapılarına odaklanır.

A. Hukuk Normlarının Özüne Kadar "Olması Gerekenin" Evrimi

Arşetipik normlar insanın sosyal ilişkilerinin halen arşetipik olduğu bir halde doğdu. Bu hal 18. yy. filozoflarınca kısmen "herkesin herkese karşı savaşı" (Th. Hobbes), kısmen de saf, huzurlu bir özgürlük ortamı olarak tanımlandı. (J.J.Rousseau).[56] Biz bu ikisi arasında daha çok bilgi sahibiyiz. Özgün hal çok basitçe tek bir yaklaşımla tasvir edilemez ve kesinlikle hem "grupsal" ve bireysel çatışmanın bir sonucu olan savaş ve vahşetten dolayı sürekli bir tehlikeyi, hem de tüm kişilerin sosyal eğilimlerinin bir sonucu olarak asil görüşlülük, arkadaşlık ve nezaketi içerir. Ve biz ayrıca, hatta en basit gruplar bile sosyal normları kabul ettiğinden özgün halin bir yandan anarşi hali olmadığını, ve diğer yandan sosyal normlar tümüyle otomatik olarak gözlenmediğinden huzurlu bir özgürlük hali de olmadığını biliyoruz. Prehistorik zamanlarda insan ne bir anarşist ne de otomatu —o zayıf normlarla kendisinin yarattığı kültürel bir düzende yaşayan, yerleşik olmayan bir varlıktı.[57] Ancak o halen *hukuksuz bir insandı,* çünkü halen hukuk normlarını yaratacak ve gözetecek bir "organ" yoktu.

Geleneksel normlar çocuklara yalnızca, aile ve klanda ebeveynlerve büyütme ve komünal yaşamla aktarıldı. Yetişkinler toplum içinde özel bir statü kazanır kazanmaz ve özel rollerini yapmak zorunda kalır kalmaz ek normlar öğrendiler. Tüm bunlar doğal gidişe göre oldu. Normların geçerliliğinden kuşkulanan ya da ısrarla onları çiğneyen biri ya çılgındı ya da şeytanların tasallutuna uğramıştı. Bu normların bireysel özgürlüğün sınırları olması gerektiğini kimse fark etmedi çünkü basitçe çağdaş Avrupa anlamında özgürlük varolmamıştı. Birey kendini yalnızca kişisel özellikleriyle değil fakat paylaştığı sosyal ilişkilerle de yani sosyal olarak tanımladı.[58]

Aykırı düşünüp yaşayanlar evrimin katalizörü oldular. Evrim biyolojisi bize, onların ilerletici etkisini öğretti. Özellik ve eğilimler asla tanımlı bir tarzda ilerlemedikleri, ancak sürekli yeni hammaddelerle harmanlandıklarından evrim gerçekleşir. Bununla beraber bu tip "mutasyonlar" oransallıkla nadiren olur. Yalnızca çok ender biri "garipleşir" ve diğerlerinin asla yapamayacakları bir şey yapar. O aykırı bir kişidir, aykırı davranışlar gösterir, çıldırır; ve tüm toplumlar onunla savaşım stratejileri geliştirmeye zorlanırlar. Prehistorik topluluklarda bu, temelde o dönemde ölüme eşit olan kovulma için dikkat çekilmeyi ölçen *"aile ölçüleriyle"* sağlandı.[59] Bu yaptırımlar ailenin tümü ya da daha sıkça erkek lideri tarafından konurdu ve, ilkede kesindiler. Bir ailenin üyesi diğerini yaraladığında ya da iki aile kavga ettiğinde olay daha da zorlaştı. Dövüşen iki kardeş babalarınca ayrılabilirken, ayrı ailelerden gelen iki adamın kavgasında ciddi hakem sorunları oluyordu. Aileler arasındaki eşitliğin sonucu olarak, bir otorite yokluğu ortaya çıkıyordu. Bazen bir yaşlı adam bela çıkaranların aklını başına getiriyor; bazense biri kavga konusunda herkesçe makul ve kabul edilen bir çözüm önerebiliyordu. Ancak çoğu zaman bu mekanizma işlemiyor ve ardından kavga büyüyerek *kamu sorunu* haline geliyordu. Ancak burada iki hali ayırmak gerekir: eğer kavgacı taraflardan biri durumu açıklıkla doğrulayabiliyorsa kamuoyu onu desteklerdi ve diğer taraf buna razı gelmek zorundaydı. Eğer aksine durum kuşkuluysa, özellikle eğer olayın tartışmalı gerçekleri saptanamıyorsa tüm sorun bir düello ya da yarışmayla sona erdirilmek zorundaydı ve kamu zafer ya da yenilgi hakkında karar verirdi. Geleneksel yarışma biçimleri güreş ya da mızrak atmaydı, bir de Eskimolar'daki "şarkı düeollosu" vardı.[60] Bu da işe yaramadığında —mücadeleyi sona erdirmenin eşitlikçi araçları daha fazla ilerlemeyecek bir noktaya ulaştığında— savaş son çare olmak zorundaydı.

Sosyo—kültürel evrimin bu çıkmazı yalnızca bazen eşitlikçi ("akephal") topluluklarda kullanılan ancak hiyerarşik toplumlarda giderek yaygınlaşan anlaşmazlıkların *tarafsız bir kişice* halledilmesi gibi bir anlaşmazlık uzlaştırma yöntemini getirdi. Böyle bir sistem son çare olarak kararlarını uygulamak ve kabul ettirmek için zorlayıcı güçleri yönetebilen bir otorite gereksinimine dayanıyordu. Bu kişi

eşitlikçi topluluklarda varolmadı. Orada biri yalnızca; bazen av sırasında yönetimi alan, tartışmaları yöneten, genel kanı hakkında duyarlı ve onu nasıl formüle edeceğini bilen, yaygın törenleri bilen ve onları kutlayan bir lidere sahip oluyordu. Bununla birlikte bütünde lider daima grubun içinde kaybolur ve "diğerlerinde biri" olarak kalırdı.[61] Bunun aksine hiyerarşik toplumlarda onun durumu temelli bir biçimde değişti: rolü *kurumsallaştı.*[62] Ve salt bu kurumlaştırma; —gelişimsel olarak izlendi— ileriye doğru kesin bir adım atılmasını sağladı. Çünkü kendisi özellikle kritik durumlarda, topluluğun kuvvetlerini ve dış gücünü arttırdı. Nerede eşitlikçi gruplarla hiyerarşik gruplar arasında bir uyuşmazlık doğsa ikinciler baskın çıkıyordu; daha kolayca pozisyon tutabildikleri ve hem grup hem de üye sayısını artırabildikleri için baskındılar. Hiyerarşik gruplardaki artışın ilk sonucu evrim yasalarınca belirlendi yani daha başarılı bir yaşam biçimi galip geldi. İkinci sonucun, hakkında halen oransal olarak az bilgimiz olan başka nedenleri vardı: ya nüfus artışı hiyerarşik yapıları zorunlu kıldı ya da hiyerarşik yapılar karşılıklı birbirlerini güçlendirdiler.[63] Bu hukukun içinde ilk kez varlık kazandığı uygarlık sürecini[64] başlattı. Böylece *hukuk, medeniyete yönelik sürecin bir ürünüdür...* Bunun anlamı nedir?

Bu soruyu oransal olarak iyi belgelenmiş bir örnek olan *ceza* yoluyla izleyelim. Ceza olumsuz bir sosyal tepki biçiminde genel anlamda insanlık kadar eskidir. O, hukuksal bir ceza görünümünde uygarlıkla birlikte ortaya çıkmıştır. Olumsuz bir tepki olarak öçten pek de farklı değildi. Hatta, örneğin topluluğun (az sayıdaki) normunu çiğneyen, (ortalama) değerlerine aykırı davranan ve güvenliği (bu yolla onun varlığını)[65] tehlikeye düşüren karşı toplulukça düzenlendiğinde bile öç, yerleşik bir prosedür ve belirli bir içeriğe sahip değildi. Aksine hukuksal bir ceza olarak onun düzenlenmesi özellikle belirli bir prosedürle kurumsal anlaşmalara bağlandı ve onun içeriği yöneltildiği saldırının doğasını izledi.

Belirsiz içeriğine rağmen öç başlıca iki tepkiden oluşuyordu: o topluma zararlı eylemler yapılması durumunda ölümdü, kendisini çok daha hafif saldırılarla hissettiren anti sosyal davranışlarda kovulma ya da sürgünden oluşuyordu.[66] *Örneğin fok avı onlar için yaşam tabanını biçimlendiren Eskimolar avda yer almayı reddeden aylakları topluluktan kovarlardı.*[67]

Görüleceği gibi aşağıdaki koşullar öçten cezaya doğru gelişimin temeliydiler: aslında hukukça korunan bireysel yararları çiğneme komünal bir öcü gerektirmez ancak, hakkı çiğnenen kişi ya da ailesinin özel bir öcü olarak kalırdı.[68] Buna rağmen topluluğun öcün "koşulu" ve ölçüsünü denetlediği varsayılıyordu.[69]

Örneğin Vedda'larda saldırıya uğrayan koca yalnızca diğerleri razı olduğunda rakibini vurma hakkına sahipti;[70] Eskimolarda ise benzer biçimde kan davası güdülecek kişi önce topluluğa katili öldürme planını kabul edip etmeyeceklerini sormak zorundaydı.[71]

Bununla birlikte basitçe toplumda onun bir parçası olduğundan, özel öç bir hukuk yapırımına dönüşmedi.

Örneğin kahramanlık çağında, Yunan'da halk toplumun bir üyesince işlenen ağır bir saldırı için yapılan öç aramasına katılırdı; ancak bunu ortada düzenli bir prosedür olmadan ve yalnızca düzensiz bir kalabalık olarak yapardı.[72]

Bununla birlikte ileri ki dönemlerde komünal katılım kamuoyu ile özel öç denetimine götürdü; ve bu aşamada onun hukuksallığı yerleşti. Çünkü bir şey oldu, yani *öç alma görevi* yaygınlaştı. Bu görevi yerine getirmeyen bir kişi genelde ayıplanır; onunla alay edilir, şerefini kaybettiği düşünülür ve ailesi ondan utanırdı.

Örneğin öç alma görevi, ilk olarak Aegistheus ve hemen ardından annesi Clytemnaestra'yı öldürdüğü zaman Orestheus'ça hissettirildi.[73] *Benzer bir durumu, Eski Mısır'da Plutarch'ların çalışmalarında*[74] *okuyabiliriz: eğer "Dünya'nın en güzel şeyi nedir?" diye sorulursa "ebeveynlerinizin öcünü almak" diye yanıtlardı. Son olarak 19. yy.'da Korsika'da kan davasının sürekli sonucu. Prosper Merimée'nin romanı "Colomba"da etkileyici biçimde tasvir edilir.*

Çünkü başka bir şey daha oldu, yani öcün ölçüsünün toplulukça tanınması zorunlu hale geldi.

Böylece Kırgızlar'da tecavüzün öcü olarak yalnızca maddi zarar verilmesine izin vardı.[75]

Bağlayıcı öcün iki biçimi de —bir görev olarak yapmak ve aynı zamanda uygulama ölçüsünü sınırlamak— düşünmeden yapılan hareketin gölgesi dışına çıktı. Öç karşılıksal bir yapırıma dönüştü; onun empozesi ve yürütümü *toplumca denetlendi.* Bu özellikle aşağıdaki noktaları ifade ediyordu:

a) Misilleme özel bir sorundan kamusal bir soruna dönüştürüldü. (Misillemenin) ilgili olduğu anlaşmazlıkla şimdi toplumsal olarak mücadele edildi ve yine toplumsal kabul edilen normlara göre yargılandı. Bu yolla, genel normatif kanaatler birleştirildiler ve sonraki tüm olaylarda yapırımların kökenleri olarak kaldılar.

b) Zarar bundan böyle mağdurun ya da halkın öfkesi ile ölçülemedi ancak, ifadesini "kısas'ta" yani benzerle benzerin öç almasında bulan nesnel bir güç anlamında adaletle ölçüldü.[76] "Suum cuique tribuere" —bu üstün bir emri yürütüyordu; yani saldırgan diğerine çektirdiği zahmeti çekecektir. Bir Alman değişinin sözcükleriyle "Was du nicht willst, daß man dir tu, das füg auch keinem andern zu!" Ya da İncil'deki sözcüklerle "...kırığa kırık, göze göz, dişe diş; bir adama zarar veren tam olarak ona yaptığını çekecektir."[77]

Hukuk kavramıyla ilgili vargılarıma geçmeden önce, onunla paralel giden ek bir gelişmeye de, yargının gelişmesine de, dikkatle değinmek zorundayım. Öcün başka herhangi birine gereksinimi yoktu. Öcünü alan davacı, yargıç ve uygulayıcı olarak, tümü tek bir kişiydi. Ancak biri, toplumca öç almakla yükümlü görüldüğü zaman, bağımsız ve bireysel olarak ayrı bir davanın hükmün uygulanmasından önce gelmesi gerektiği belirginleşti. Ancak dava yalnızca kamuoyunda görülürse, sıklıkla öç alma görevini yaratıp ölçütünün belirlenmesini açık hale getirecek bir otorite bulunmayabilecekti. Bu nedenle hüküm, onu inandırıcı biçimde doğrulayacak kadar zeki ve onu kamuoyuna kabul ettirecek kadar itibarı yeterince yüksek biri tarafından söylenmeliydi.[78] Bu zorunlu olmamakla birlikte şef ya da lider de olabilirdi.[79] Tek esas sanığa kendini savunma olanağının verilmesiydi ve hüküm gelecekte tekrar sorunlaştırılmayacak genel geçer bir norm olarak ifade edilirdi.[80]

Sonuçta ceza hukukunu doğuran karışımın iki gelişim çizgisi vardı: birincisi onu mağdurun ya da toplumun ve toplu-

mun ya da mağdurun gereksinimlerinden ayırır, ve onu önce gerçekleşen zararın türü ve ölçüsüne bağlar; ve ikincisi bireyin ya da toplumun ve toplumun ya da bireyin keyfi hareketinden onun empoze ve uygulamasını ayıran; mantık ve genel geçer kurallarla uyumlu yol izlemesi gereken otoriteye sahip bir kişi ya da bir konsüle bağlayan süreçtir. Bununla birlikte her iki gelişim de yalnızca hukuksal cezayı değil ceza hukukunu da doğurdu. Ve ceza hukukuyla birlikte bir bütün olarak hukuk her yerde ortaya çıktı: o, toplumsal saldırılarda tepkiyi ilgili öznenin kanısından ayırdı ve nedenin yeterliliğine bağladı ve, dahası yeterli tepki bulma görevini kişilerin şahsi kanılarından ayırdı ve onu genel geçer normlara göre işleyen belirli "organlarla" değiştirdi.[81]

Hukuksallaştırma süreci kapsamlıydı. O, eşit hak ve görevli "kişilere" dönüşen ve kişisel güçleri bireysel olmaktan çıkarılarak ("soyut") hukukun gücüne dönüşen, bireysel özneleri ele aldı;[82] ve topluma, "yasal birliğin"[83] bir birimine dönüşen ve onun komünal gücünün sosyal gücü, "devleti"[84] doğurduğu bir bütün olarak topluluğu ele aldı. Diğer bir deyişle bireysel özne ve topluluk her yönüyle hukuk tarafından organize edildiler ve kendi saf bağımsızlıklarından "kurtarılarak" uygarlık ürünlerinin kalıbına döküldüler.[85]

Böylece hukuk tanımımız için halen kayıp olan özellikleri bulduğumuzu düşünüyorum. Hukuk *kişiler için davranışsal normlar bütünüdür; o özel "organların", "bir toplumun" ya da "bir devletin" iradesini dilsel olarak buyurur ve onu genel prosedürel kurallarla uygular; ve adalet ilkelerine ve özellikle de "suum cuique tribuere'ye" tabidir.* Bu tanım, hukukun "genel tanımlı" kaldığını ifade eden sonraki tüm gelişimi için de doğru kabul edilir. "Batının" ya da "doğunun" analitik–bilimsel ya da bütüncü–küresel gibi bütün diğer ayırıcı ölçütler bundan sonra yalnızca belirli hukuk türlerinin ayrımını yaratabilirler. Ancak bunlar hukukun esas karakterinde bir değişiklik yapmaz.

B. Hukuk Normlarının Evrimi

Bu günlerde hukuk antropologları arasında yazılı biçimde saptanmayan ilk hukuksal normlardan modern hukuk sistemlerine kadar sürekli bir gelişimin yer aldığı genelde kabul edilmektedir. Bununla birlikte hukuk antropologları gelişimin türü ve zamanla onu işleten *içsel yasalar* üzerinde oransal olarak az durmaktadırlar. En ünlü tez *Henry Maine*'ce ileri sürülmüştür. O'na göre gelişme daima özel hukukta "statüden sözleşmeye" ve ceza hukukunda özel haksız davranıştan kamusal haksız davranışa doğru oldu.[86] Daha yeni etnolojik araştırmaların sonuçlarına göre artık bu tezin –pek çok eğilim tanımlamasına göre doğru olmakla birlikte– evrensellikle geçerli olduğu savlanamaz.[87] Bunun aksine şimdiye değin daha az bilinen *Paul Vinogradoff*'ça ileri sürülen diğer bir teori yeni araştırmaların bir sonucu olarak doğrulandı. O, hukuk ilkelerinin "farklı aşamalardan geçen; belirsiz başlangıçlar, kademeli ayrılmalar, mücadele ve uzlaşmalar, büyüme ve yok olmalarla hareketli varlıklar" olduğu kanısındadır.[88] Günümüzde bu tez onu destekleyen diğerlerinin arasında E. A. Hoebel'ce desteklenir, O'na göre hukukun gelişimi artan karmaşıklığı ve farklılığınca belirginleşir.[89] Henry Maine'nin teziyle karşılaştırıldığında bu tez, hukukun değişmez varlığıyla değil ancak daha çok yapısal değişikliklerivle ilgilenmesi ve tüm yaşamımızı yöneten –evrimsel biyolojinin bulgularıyla sabitleşen– içsel yasaları bu değişikliklerin bir nedeni olarak adlandırmasıyla ayrılır. Bu nedenle sonuç olarak yüz yüze bulunduğumuz soru: son teorinin önerdiği gibi hukukun gelişimi için "evrimsel bir olması gereken kodunun" bulunup bulunmadığıdır? 1987'de basılan ve içinde yaklaşımımla ilgili pek çok neden gösterdiğim kitabım "Genetische Rechtstheorie'de" ("Genetik Hukuk Teorisi'de") bu soruya olumlu yanıt verdim.[90] Burada kendimi kısa bir özet ve birkaç ek uyarıyla sınırlamak zorundayım.

Genel anlamda *hukukun evrimi,* farklı hukuk sistemleri ve farklı sosyo–kültürel çevreler arasındaki, kısaca hukukla toplum arasındaki bir yüzleşmeyi içerir. Bu yüzleşmenin ardındaki amaç hukuk ve toplum, özellikle sosyal barış ve sosyal uyum hali arasındaki "homeostatic" bir dengedir. Bu amaca ulaşmak için tüm yasa koyucular ideal bir toplum modeli geliştirir ve kendi hukuklarını bu topluma, et içine iskelet yerleştirir gibi yerleştirirler. Biyolojik terminolojiden ödünç alarak buna hukukun "adaptasyonu" diyeceğim. Buna göre tüm sosyal gerçekler bu ideal modele uygun bir bakış açısıyla yorumlanıp yargılanacaklardır; ve ne zaman bundan sapsalar meşruiyetlerini kaybedeceklerdir. Yine yeğlediğim biyolojik terminolojiye dayanan "adaptasyona" ilişkin bir görev vardır.

Bu model –benzeri hukuksal sistem ve sosyal düzen arasında asla tam bir katılım olamaz ancak, yaklaşık bir uyum olabilir. Bir yandan, hukukun uygunluğunun sürekli doğrulanmak zorunda olmasına rağmen toplumun kültürel gelişimi asla sona ermediğinden heyecanlar ya da çekişmeler kalır. Yeni sosyal sorunlar yeni çözümler, yeni teknikler onları karşılayacak yöntemler gerektirir. Ve hukuk tüm bunları paylaşmalıdır. Diğer yandan, yeni idealler modeli ve sonuçta toplumun "adapte" edilmesi gereken hukuk düzeninin normlarını değiştirdiğinden yeni idealler ortaya çıkar. Örneğin adalet ideali, farklı hukuk sistemlerinde örneğin geçmişteki gibi sosyal farklılıkları değil sosyal eşitliği vurgulayan bir sistemde ya da artık sosyal yararlılıklar dizisini değil de sosyal gereksinimleri toplayan bir sistem de vb., ardışık sonuçlanabilen farklı yorumlara meydan verir. Bununla birlikte tüm bu heyecanlar, (biyolojik ifadesiyle) "anagenesis" ya da "daha üst bir aşamaya ilerleme" süreci fikri önemini koruduğundan, hukukun sürekli yenilenmesine yol açar. Bu Paul Vinogradoff ve E. A. Hoebel'in şimdiden adlandırdığı ve varolan normatif sistemlerin kendilerini *toplumdaki* alanlarda *daima genişletmelerini* sağlayan *basitten karmaşığa doğru* uzanan yolun içsel yasaları biçiminde şekillenir.

Biri özellikle aşağıdaki *savları* formüle edebilir:

1. Tüm biotik ve hukuksal sistemler zamanla giderek daha fazla farklılaştılar.

2. Biotik ve hukuksal sistemlerin çoğunun yapıları ve işlevleri giderek daha çok *özelleşir.* Bu ise iş bölümü ve artan verimle sonuçlanır.

3. Yeni "denetleyici" organ türleri, asıl işlevleri özel organlar ya da normlarca yerleştirilmiş bilgileri sınıflandırmak ve organizmayla ya da yasa sisteminin tümüyle onları bütünlemek olan normlar bununla bağlantılıdır. Hukuka bakıldığın-

da bu işlev bir yasanın genel bölümü içinde somutlaştırılan normlarca yürütülür.

4. Doğada ve hukukta bu bütünlükle yakın ilişkide olan şey, onun çevresinde örgütlendiği bir *merkez biçimlenmesidir.* Örneğin bu hukukta anayasanın temel kuralları ya da temel prosedür kuralları ya da kurumsal alanda hukuk bütünlüğünün korunmasını amaçlayan yüksek mahkeme olabilir.

5. Biyolojik ya da hukuksal olsun ayrım ve özelleşme, bütünleşme ve merkezileşme ile yaratılan karmaşık bir sistem gerçekte çevresel etkilere karşı büyük bir duyarlılıkla tepki verebilir. Her iki sistem de artan bir esneklik ve böylelikle de çok yönlülük kazanırlar. Bu hukukta toplumun her alanındaki en hafif değişmelere bile daha iyi ve daha hızlı tepki ile kendini gösterir. Biz, sosyal adalet dediğimiz şeyi gerçekleştirmek ümidiyle hatta, sınırsız bir tabanda daha karmaşık durumlara müdahale edebilmek için gittikçe daha karmaşık denetimler ve düzenlemeler kurarız.

6. Çağdaş yasaların kendi uygulanma alanlarında "sosyal adalet" sorununu dikkate almaları gerçeği hukukun nasıl değişmeksizin genişleyerek yeni sosyal yaşam sahalarını kapsadığını gösterir. Bu yine biotik çevrenin genişlemesiyle, yani yaşamın yeni "Lebenstraum" arayıp bulması bakımından benzeşir. Buna kısmen iki süreç bağlanmıştır: özellikle doğa bilimlerinde bilgi ve becerinin geniş bir hukuksal bütünlüğü ve organizasyonuyla karşılandı. Bununla birlikte kısmen de yalnızca zihnimizin önceden kader diye kabul edilen bir sorunlar dizisini, örneğin sağlığın korunması ya da sosyal refah sorunları, hukuksal konular olarak karmaşık prosedürler yardımıyla çözebilmemiz için gelişir.

7. Hukuk sistemlerinin artan karmaşıklığının diğer bir sonucu yüksek bir düzeydeki ussallığıdır. Geçmişte normların ya da yargısal kararların, eğer genel düzene uygunsalar doğru oldukları düşünülürdü. Günümüzde ise çağdaş insan onları akılla doğrulanmış olarak kabul edebilmeyi istiyor. Yine bu gelişim, içinde gelişkin sinir hücresi demetleri bulunan, belirli "denetim merkezlerinde", beyinde, yoğunlaşmış davranış düzenlemelerinin olduğu biotik evrime benzerdir.

Ayrı türde ve yoğunluktaki evrim sürecine uygun olarak; ya da çok ayrılmış, az ya da çok uzmanlaşmış, daha çok biçimselleştirilmiş ya da maddileştirilmiş, daha geniş bir sosyal alanı kapsayan ya da oldukça çok hukuk dışı boşluğu barındıran, ayrı oranlı ya da bütünleyici bir birlik duygusu ("Wir–Gefühl") olan vb. *farklı hukuk sistemi türleri* bunun sonucudur. Tüm bunların üzerine benim bir şey ekleyip genişletmem olası değildir. Şu kadarını belirtmek yeter ki, sistemlerin farklı türleri *farklı hukuk tanımlarında,* evrimsel ayrımlar biçimlendirebilir. Eğer kültürel ve sosyal evrimle oransal olduklarını kabul ederlerse tüm bu tanımlar kendi doğrulamalarına sahiptirler.

Yalnızca sosyal evriminin akıntısında hukukun değişmez ve hareketsiz kaldığına inanan yanılabilir. Hiç de değil! Hukuk zamanın girdabında akar, çoğalır ve düzenleyici dokusuyla onu örter. Belki bazen bir dalgalanmayı durdurur; belki de tersine akışı hızlandırır. Bununla birlikte asla sosyal gelişimden ayrılamaz, asla "bağımsız" olamaz. Çünkü sosyal gelişimin nehir yatağının dışında o, yok olmuş olarak değerlendirilebilir.

NOTLAR

1 I. Kant, *Methaphysik der Sitten,* 2. basım 1978, Einleitung in die Rechtslehre, § B.

2 I. Kant (dn: 1).

3 I. Kant (dn: 1).

4 R. Stammler, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie,* 3. basım 1928, § 22.

5 G. Rümelin, *Reden und Aufsätze* NF 1881'de Eine Definition des Rechts, s. 317 (s. 326).

6 Krş. R. Dreier'in tanımı, *Neue Juristische Wochenschrift* 1968'de Der Begriff des Rechts, s. 890 (896): "Recht ist die Gesamtheit der Normen, die zur Verfassung eines staatlich organisierten oder zwischenstaatlichen Normensystems gehören, sofern dieses im Großen und ganzen sozial wirksam ist und ein Minimum an ethischer Rechtfertigung oder Rechtfertigunsfähigkeit aufweist, und der Normen, die gemaß dieser Verfassung gesetzt sind, sofern sie, für sich genommen, ein Minimum sozialer Wirksamkeit oder Wirksamkeitschance und ein Minimum an ethischer Rechtfertigung oder Rechtfertigusfähigkeit aufweisen." Ayrıca I. Kant'ın hukukun "mit der Befugnis zu zwingen" ile döşeneceği sanısına dikkat edin.

7 G.W.F. Hegel, *Kritisches Journal der Philosophie 2* (1803/03)–WW (Suhrkamp Basısı) C. 2, s. 434 (461)'de Über die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts, seine Stelle in der praktischen Philosophie und sein Verhältnis zu den positiven Rehctswissenschaften.

8 Yukarıda (dn: 6) R. Dreier'in tanımını hatırlayın. Ayrıca Krş. (dn: 5) G. Rümelin, s. 327.

9 G. Radbruch, *Rechtsphilosophie,* 8. bs. 1973, s. 346.

10 R. Stammler (dn: 4), § 24.

11 R. Stammler (dn: 4), § 21.

12 R. Stammler (dn: 4), § 24.

13 R. Stammler (dn: 4), § 21.

14 R. Stammler (dn: 4), § 26.

15 Krş. W. Ott'un, *Der Rechtspositivismus,* 1976, & 4'teki ak tarımları.

16 Bu mahkeme kararlarının hukuk normlarından (soyut) mantıksal vargılarla çıkarılamayacağı bugün genelde kabul edilir. Krş. Özellikle J. Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts,* 1959/64; F. Wieacker, *Gesetz und Richterkunst,* 1957; K. Larenz, Methodenlehre der Rehctswissenschaft, 5. bası 1983, s. 133 ve s. 146.

17 İdari büroların "gestaltungsermessen'leri" hakkında bir tartışma için bkz. F. Maier/F. Kopp, *Allgemeines Verwaltungsrecht,* 5. basım 1985, s. 151: "Die Vielzahl, Vielfalt und Komplexheit der Verwaltungsaufgaben... Schließt eine absolute und abschliessende gesetzliche Determinierung des Verwaltungshandelns aus... In einer komplexen, sich wandelnden Welt... bedarf es einer gewissen Elastizität des Verwaltungshandelns, die ihrerseits voraussetzt, daß die Gesetze Dort, wo dies im Hinblick auf Besonderheiten einer Aufgabe erforderlich erscheint, durch Ermessensregelungen und Beurteilungsermächtigungen die spielräume geben, die sie benötigt, um je nach der gegebenen Situation jeweils die konkreten Ziele zu setzen und die Mittel zu ihrer Verwirklichung einzusetzen, die den generell gestellten Aufgaben und den Erfordernissen des Gemeinwohls im Einzelfall am besten gerecht werden."

18 Krş. H.–M.Pawlowski, *Allgemeiner Teil des BGB,* 3. Bası 1987, s. 102, s. 283.

19 H. Kelsen, *Reine Rechtslehre,* 2. Bası 1960, s. 31.

20 W. Schild, *Die Reinen Rechtslehren. Gedanken zu H. Kelsen und R. Walter,* 1975, s. 20.

21 Krş. H. Kantorowicz, *The Definition of Law,* 1957, s. 19; K. Bergbogm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie,* c. 1. 1892, s. 73. (Buna bir "vitiösen Zirkel, in den nun mal alle Begriffsbildung gebannt ist" diyor).

22 W. Ott (dn: 15), s. 200: "Die Grenzen Der Axiomatisierbarkeit Bedeuten auch

die Grenzen des Rechtspositivismus." H. Kelsen'in fikrine muhaliftir. Bir yandan, kabul eder (dn: 19, s. 346): Wenn das recht von einem Rechtsorgan anzuwendenden Norm ist, muß dieses den Sinn der von ihm anzuwendenden Norm feststellen, muß es diese Norm interpretieren. Interpretation ist somit ein geistiges Verfahren..." Diğer yandan da yalnızca kendi çerçevelerini değil iradi hareketleri de inceleyerek şu yorumları yapıyor görünür (no: 19, s. 351): "Sofern bei der Gesetzesanwendung über die dabei nötige Feststellung des Rahmens, innerhalb dessen sich der zu setzende Akt zu halten hat, hinaus noch eine Erkenntnistätigkeit des rechtsetzenden Organs platzgreifen kann, ist es nicht eine Erkenntnis des positiven Rechts, sondern anderer normen, die hier in den Prozeß der Rechtserzeugung einmünden können; Normen der Moral, der Gerechtigkeit, soziale Werturteile, die man mit den Schlagworten Volkswohl, staatsinteresse, Fortschritt usw. zu bezeichnen pflegt. Über deren Geltung und Feststellbarkeit laßt sich vom Standpunkt des positiven Rechts nichts aussagen... Es sind Bestimmungen, die nicht vom positiven Recht selbst ausgehen." K. Leininger, *Die Problematik der reinen Rechtslehre,* 1967. Bununla beraber "daß Kelsen nicht nur über die Interpretation nicht zu sagen hat, sondern daß er die Interpretation verneint, weil er in der Interpretation überhaupt keine Rechtserkenntnis mehr sieht. Das ist das Ergebnis der "Reinen Rechtslehre": Zu Beginn wird uns eine Erkenntnis des Rechts versprochen, am Ende des Werkes wird die Möglichkeit der Erkenntnis über Bord geworfen. "Ex nihilo nihil!"

23 Krş. E. Wolf, Griechisches Rechtsdenken, c. 1 1950, s. 214: Eski Yunanlılar için hukukun sonsuz geçerlilikte olması anlaşılmaz olabilir. Buna rağmen "Dike" tarihsel bir güçtü.

24 Krş. F. C. von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts,* c. 1 1840, s. 90; Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1814, —Tarihçi okulun fikirleri için geniş bkz. F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. bası 1967, s. 381.

25 F. C. von Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit* (dn: 24), s. 11.

26 F. C. von Savigny (dn: 25) s. 14.

27 F. Somlo, *Juristische Grundlehre*, 2. basım 1927, s. 87. ("primitive Urnormen"). Krş. Ayrıca A. I. Pershits, *Current Anthropology* 18 (1977)'de The Primitive Norm and its Evolution s. 409.

28 Krş. Th. Hobbes, *De Homine,* 1658, Bl. 11; *De Cive,* 1942, Bl. 1; *Leviathan,* 1651, Bl. 13.

29 Krş. J. J. Rousseau, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes,* 1755.

30 Krş. A.L.Kroeber, *Anthropology*, 1948, &§6, 17; F. Klix, *Erwachendes Denken*, 1980, s. 151 vd.

31 36 ile 25 milyon yıl önce oligozende ortaya çıkmış olabilirler.

32 Kr. A. Kortlandt, *Scientific America* 206 (1962)'de Chimpanzees in the wild, s. 128 vd.

33 Bkz. Eibl—Eibesfeldt, *Human Ethology,* 1989, s. 361 vd.

34 H. Grotius, *De Jure Belli Ac Pacis Libri Tres*, 1707, p. 7.

35 İlkel grupları düzenli biçimde 30 kişiden çok değildi.

36 Krş. F. Klix (dn: 30), s. 117 vd.

37 Krş. R.B. Lee/I. De Vore (editörler), *Man The Hunter,* 1968; E. Gellner (genel ed.), *Soviet and Western Anthropology,* 1980, s. 95 vd.'da J. Wooburn, *Hunters and Gatherers Today and Reconstruction of the Past*; B. Winterhalder/E.A.Smith (Editörler), *Hunter-Gatherer Foraging Strategies, 1981;* J. E. Pfeiffer, *The Emergence of Humankind,* 4. basım 1985. Ayrıca bkz. V. Reynolds, *The Biology of Human Action,* 2. basım 1980.

38 Krş. D. Claessens, *Instinkt, Psyche, Geltung*, 2. Basım 1970, s. 82 vd.

39 Bunun olduğu zamanı tekrar oluşturmak imkansızdır. Avcı ve toplayıcı göçebelerin "ebenso naturwüchsig wie die Formen des sozialen Zusammen lebens innerhalb der Horden. Das Leben lief unter dem Zwang der natürlichen Gegebenheiten in geübter traditioneller Weise ab" gibi kralları ya da normları vardı (W. Sellnow, *Zur Kritik der bürgerlichen Ideologien von Gesellschaft, Staat und Recht*, 1963, s. 800). Pozitif normlara herhangi bir gereksinim bulunmayabilirdi. Putperest grupların ardından pozitif normlar geliştirildi. Onların durağan yaşam modundaki ve yeni arazi mülkiyeti ve mirasla ardılık biçimlerindeki değişiklik, açık normatif düzenlemelere olan gereksinimi yoğunlaştırdı. "Die traditionalen Normen wurden zwar noch eingehalten, weil die Veränderungen nicht zugleich den Gesamtcharakter der Sippe änderten... Alle Neuereungen würden jedoch positiv geregelt und erforderten eine immer größere Einsicht in die Gesellschaft. Damit mußte den personen, die Veränderungen im Interesse der Allgemeinheit zu regeln hatten, immer größere Bedeutung zufallen... Der Prozeß der Individualisierung begann!" (W. Sellnow, *a.g.e.* s. 805)

40 Krş. Bu konu, J. Kuhl, *Motivation, Konfliks und Handlungskontrolle,* 1983 s. 198, 209, 319'da özetlenmiştir.

41 Krş. E. Abderhalden (ed.), *Handbuch der biologischen arbeitsmethoden,* c.6 1935 s. 201 vd'da, N. Ach, Analyse des Willens; Arch. de Psychol. 10 (1911) s. 113 vd.'da A. Michotte/E. Prüm, Etude Expérimentale sur le choix volontaire.

42 W. Keller, *Psychologie und Philosophie des Wollens,* 1954, s. 55, 58.

43 N. Ach, *Über den Willensakt und das Temperament*, 1910, s. 244.

44 N. Ach (dn: 43), s. 239; *a.g.e.* (dn: 41), s. 201.

45 Krş. F. Klix (dn: 30), s. 122.

46 İtaat yeteneği tüm ilkellere yaygındır ve saldırganlığa bağlı olarak hizmet eder. "Die Abwendung von der Aggression der Artgenossen erfolgt durch Gesten der Unterwerfung, die Auslöser für Hemmungsinstinkte darstellen. So läßt sich die Aggression eines wütenden Mitmenschen zunichte machen, wenn man sich nicht verteidigt und Gegenaggressionen zeigt, sondern Schuldbewußtsein und Reue" (R. Knussmann, *Vergleichende Biologie des Menschen. Lehrbuch der Anthropologie und Humangenetik*, 1980, s. 277).

47 Çağdaş toplumların biyolojik tabanlarının yalnızca belirsiz sanılabilir. "Neotermal dönemin başlangıcının ardından sosyal gruplar oransal olarak hızla genişlemiş gibi görülüyor. Biyolog gruplardaki belirli biyolojik özelliklerin krallar, rahipler, köleler, ayinler ve savaşla büyük toplumların doğurduğunu sanmaya eğilimlidir. İster yöneten, ister yönetilen olsun onları geniş toplulukların üyeleri olarak etkin hareket ettirebilen bireylerin kurumlarında kalıtsal farklılıkların olduğu kesin gibi görünüyor. Daha az kesin olan dille kültür aktarımının oransal olarak etkin olduğu zaman, yani günümüzde bu farklılıkların ne kadar önemli olduğudur. Kültürümüz sosyal organizasyon tasarımlarının özel kalıtsal güçlerin değil düşünmenin sonucu olduğuna inanma eğilimindedir. Ancak insan fiilini olası kılan temel kapasitenin ne kadar önemli olduğunu çeşitli noktalarda gördük" (J.Z.Young, *An Introduction to Study of Man,* 1974, s. 517).

48 Daha çok ayrıntı için Krş. E.—J. Lampe, *Genetische Rechtstheorie*, 1987, s. 71.

49 Krş. M. Bloch, *Political Language and Oratory in Traditional Society,* 1975, s. 1 (5 vd.)'da Introduction; E. Keenan, A Sliding Sense of Obligatoriness: The Polystructure of Malagasy Oratory: *a.g.e.* s. 93 vd.

50 Ethology araştırmaları hakkında Krş. I. Eibl—Eibesfeld, *Grundriß der vergleichenden Verhaltensforschung*, 1967, s. 391 vd.

51 Avı paylaşma yalnızca insana özgüdür; diğer ilkeller paylaşmaz ya da yalnızca çok az bir miktarda paylaşır. Bkz. W. Schmidbauer (ed.), *Evolutionstheorie und Verhaltensforschung*, 1974, s. 193 (204)'te I. DeVore, Die Evolution der menschlichen Gesellschaft. Ayrıca Krş. R.B. Lee/I. DeVore

(editörler) (dn: 37) s. 293 (296)'da C.S.-Lancaster, The of hunting. Paylaşmanın (özellikle yiyeceği) işlevsel yönleri hakkında Krş. W. Goldschimidt, *Comparative Functionalism. An Essay in Anthropological Theory,* 1966, s. 87 vd.

52 Evrimin motoru olarak işbölümü hakkında Bkz. F. Klix (dn: 30) s. 113 vd.

53 Krş. U. Immenga (ed.), *Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung,* 1980, s. 48 vd.'da F. Wieacker, Ius. Die Entwicklung einer archaischen Rechtsordnung im antiken Rom. Wieacker işleyen doğa üstü güçlerin "schwer zu erhellende Bereiche"ye yol açtığını gösterdi. Sonunda o, "bei der allgemeinen Auskunft, daß sich im sozialen Zusammenleben auch materiale Institutionen auszubilden und zu festigen pflegen, die mehr und mehr als verbindliche Überlieferungen erfahren werden" kalmalıdır.

54 Psişik ve zihni yeteneklerle doğa üstü güçler ve hayaletler tüm ilkel toplumlarca bilinirler. İlkel insan kendinin ya da grubun belirli hareketlerinin onların yardımını ürettiğini ve aksinin de onlarca eleştirildiğine inandırılır. Böylece ilkel insan onların "iradesi" ya da emirlerine uyarak yaşamalıdır. Pek çok örnek için Bkz. E. A. Hoebel, *The Law of Primitive Man*, 1954, s. 260 vd., özellikle s. 266: "İlkel dünyada inançsal karışım evrensel ve birincil önemdeydi, gerekliliği hukuk üzerine hareket eder ve sırasıyla ondan etkilenir."

55 Krş. E. A. Hoebel, *Antropology: The Study of Man*, 4. Basım 1972, s. 582 vd.; J. F. Thiel, *Religionsethnologie. Grundbegriffe der Religionen schriftloser Völker*, 1984, s. 126 vd.

56 Th. Hobbes, *Leviathan* (dn: 28), Bl. 13; J.J. Rousseau (dn: 29).

57 A. Gehlen, *Der Mensch. Seine Natur und seine Stellung in der Welt*, 8. Basım 1966 s. 10, 16.

58 Krş. D. Leighton/C. Kluckhohn, *Children of the People*, 1948 s. 13 vd.'da Becoming a Navaho: The First Six Years of Life.

59 J. Makarewicz, *Einführung in die Philosophie des Strafrechts auf entwicklungsgeschichtlicher Grundlage*, 1906, s. 216: "Bei der Abgeschlossenheit der primitiven Völker ist das Individuum, sein Wohl und Fortbestehen, von der Zugehörigkeit zu irgend einem Verband abhängig. Außerhalb des Stammes harrt seiner der Tod; der Kampf mit den Kräften der Natur, wilden Tieren und Fremden (also feindlich gesinnten Menschen) übersteigt die Widerstandsfähigkeit des einzelnen. Die Ausstoßung aus der Gesellschaft ist dem Tode gleich." Ayrıca Krş. E.R. Service, *Origins of the State and Civilization. The Process of Cultural Evolution,* 1975, s. 86.

60 P. Bohannan, *Law and Welfare. Studies in Anthropology of Conflict,* 1967, s. 255 vd.'da E.A.Hoebel, Song Duels among the Eskimo., E.M.Weyer, The Eskimos, 1932, s. 226., Kuzey Doğu Nijerya'da Tiv'de "Şarkı Düellosu" hakkında Krş. P.J. Bonhannan, *Justice and Judgement among the Tiv*, 1957, s. 142 vd.

61 Daha fazla açıklama için Krş. E.R.Service (dn: 59), s. 82 vd.

62 E.R.Service (dn: 59), s. 106 vd.

63 E.R.Service (dn: 59), s. 137 vd.

64 E.R.Service (dn: 59), s. 118 vd.

65 Krş. Roberts, *Order and Dispute. An Introduction to Legal Anthropology,* 1979.

66 S. Roberts (dn: 65).

67 J. Makarewicz (dn: 59), s. 231.

68 Ch. Letourneau, *L'évolution de la morale,* 1887, s. 157.

69 Krş. *Encyclopedia of the Social Sciences* 9 (1933) s. 202 vd.'da A.R. Radcliffe–Brown, Primitive Law.

70 P.&F.Sarasin, *Die Wedds von Ceylon*, 1893, s. 464.

71 F. Boas, *The Central Eskimo*, 1964 (the Sixt Annual Report of the Bureau of Ethnology, Smithsonian Institution, 1888'in bir bölümü olarak basıldı), s. 174: "Eğer bir kimse bir cinayete teşebbüs eder ya da diğer tecavüzlerle kendinden nefret ettirirse, herhangi biri tarafından bir adalet sorunu olarak öldürülebilir. İntikam almak isteyen bir kişi tüm yurttaşlarına yalnızca, hepsi saldırganın ölümü hak eden kötü bir adam olduğu fikrini kabul ediyorlar mı diye sormak zorundaydı. Eğer tüm yanıtlar olumluysa, o, böylece suçlu çıkarılan adamı öldürebilir ve hiç kimse cinayetin öcünü almaya izinli değildir."

72 *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* 1 (1878) s. 7'de F. Bernhöft, Über Zweck und Mittel der vergleichenden Rechtswissenschaft. Odiseus karısı Penelope'nin aşığını öldürdüğünde, Ithake'ler "onun öcünü almaları gerektiği konusunu tartıştılar; buna rağmen pek çoğu ilgilenmediği için bu plandan vazgeçtiler (krş. Homer, *Odyssee* XXIV. 420 vd.).

73 Aischylos, *Oresty,* 2. Bl. (Coephores), v. 556 vd., Ayrıca bir anımsama da Homer'de bulunabilir, Odyssee III 309. Daha çok ayrıntı için krş. Pauly/Wissowa (editörler), *Paulys Realencyclopadie der classischen Altertumswissenschaft* 18/1, 1939 s. 966 vd.'da A. Lesky, Orestes.

74 Krş. C.G.Bruns, *Fontes juris Romani antiqui,* 4. Basım 1879 tipik bir kitabe vardır: "Benim oğlum, benim intikamcımdır. O (sonsuza kadar) yaşar."

75 Krş. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 3 (1883) s. 598 (618)'de Geyer, Der neue Entwurf des allgemeinen Teils eines Strafgesetzbuches für Rußland.

76 E. Brunnenmeister, *Das Tötungsverbrechen im altrömischen Recht*, 1887, s. 95.

77 Moses II xxi 23–25; III xxi 19–20; V xix 21. Eski Ahit'te ceza konusundaki ünlü ifade bir karşılık sınırlaması olarak görülmelidir, yani onun sınırlarının bir göstergesi: filan ceza filan zarardan fazla olamaz!

78 L. Pospisil, *Kapauka Papuans and their Law*, 2. Bası 1964, s. 258.

79 A. Holtwick–Mainzer, *Der Übermächtige Dritte. Eine rechtsvergleichende Untersuchung über den streitschlichtenden und streitentscheidenden Dritte*, 1985, s. 79 vd.

80 Krş. L. Pospisil, *Anthropology of Law. A Comparative Theory*, 1974, s. 113 vd.

81 Krş. E. A. Hoebel (dn: 54), s. 327 ve 329; (dn: 55), s. 516 vd.

82 Bununla birlikte etimoloji ya da tarih "kişi" sözcüğünün bugünkü anlamını desteklemez. Antikitede "kişi" genellikle insanın sosyal yaşamında oynadığı "rolü" ifade ederdi. Krş. S. Schloßmann, *Persona und Prosopon im Recht und im christlichen Dogma,* 1906, s. 27 vd., 62 vd.

83 Krş. F. Tönnies, *Gemeinschaft und Gesellschaft. Grundbegriffe der reinen Soziologie*, 8. Basım 1935, özellikle s. 205 vd., Bununla birlikte orada yazar, önceden tanınan "gemeinschaft" temelde birbiriyle ilişkisi olmayan üyeler arasında sözleşmesel bir biçimlenmeye dönüştüğünde, bir "Gesellschaft"ın yalnız ortaya çıktığını sanıyor.

84 Krş. *Kritische Justiz*, 1979, s. 233 vd.'da U. Wesel, Zur Entstehung von Recht in frühen Gesellschaften.

85 Krş. F. Wieacker (dn: 53), s. 45 vd.; J. Herrmann/J/Köhn, *Familie, Staat und Gesellschaftsformation,* 1988, s. 483 (494 vd.)'da J. Köhn, Römisches Frührecht – ein Beitrag zur Rechtsentstehung.

86 H.S. Maine, *Ancient Law*, 1861, s. 163 vd.

87 Eleştirel uyarılar için krş. L. Pospisil (dn: 80), s. 197; J. Stone, *Lehrbuch der Rechtssoziologie,* c. 1, 1976, s. 220 vd.

88 *Outlines of Historical Jurisprudence,* c. 1 1920, s. 160'ta P. Vinogrdoff, Introduction.

89 E.A. Hoebel (dn: 54), s. 327.

90 E.–J. Lampe (dn: 48).

Kuramlar ve Adalet

Vehbi Hacıkadiroğlu

Anthony Blackshield'in "Adaletin Deneyci ve Usçu Kuramları"* adlı yazısında, gerek örnek alınan, biri Deneyci öteki Usçu, iki filozofun bu konudaki görüşlerinden verilen özetler, gerekse yazarın bu iki görüşten yararlanarak daha açık bir adalet anlayışı üretmek için gösterdiği Seçmeci çabalar adalet kavramı konusundaki anlaşmazlıkların kaynaklarını göstermek bakımından ilginç olabileceğinden ben de konuyu bu yazıyı inceleyerek açıklamaya çalışacağım.

Yazar adalet kavramıyla ilgili kuramların, gevşekçe, Deneycilik (empiricism) ve Usçuluk (rationalism) olarak iki başlık altında toplanabileceğini belirttikten sonra birinci görüş için Alf Ross'u, ikincisi için de Del Vecchio'yu örnek alıyor. Önce bu görüşlerin yansız bir özetini verdikten sonra bunlar üzerindeki kendi görüşlerini ortaya koyuyor.

Deneyci filozof olarak alınan Alf Ross, kavramların nesne ve olaylardan değil de sözcüklerin kullanılışından soyutlama yoluyla elde edilebileceğini kabul etmekle birlikte, zihinde deneyden elde edilmemiş hazır kavramlar bulunduğuna kesinlikle karşı çıktığı için Deneyci kuramlar için uygun bir temsilci sayılabilir. Nitekim yazıda da, Usçuluk birçok, hatta bütün, kavramların verildiğini, Deneycilik ise tek ve birincil kaynağın deney olduğunu kabul eden öğretiler olarak tanımlanıyor.

Yazar, sözcükleri değişik kullanımları içinde ele alarak kavramlar elde etmenin masa gibi nesneler için kolay olmakla birlikte "adalet" gibi soyut bir kavram için bunun kolay olmadığını öne sürerek işe başlıyor. (s. 27) Yazıda, kimi dipnotlarıyla da desteklenen bu görüşün, genellikle Deneyci filozofların kendilerini kurtaramadıkları bir yanılgının ürünü olduğunu belirtmek gerekiyor. Masanın ne olduğunu bilmek adaletin ne olduğunu bilmekten daha kolay olmakla birlikte, bu masanın somut bir nesne oluşundan değil, onun hangi amaçla yapıldığının bilinmesinden ileri gelir.

Gerçekten nesneler ve olaylar belli bir amaca göre düşünülmedikçe bunların ne olduğuna karar vermek olanaksızdır. Nitekim tümüyle somut nesneler olan insan, taş, toprak gibi elle tutulur, güzellik ve çirkinlik gibi gözle görülür pek çok varlıkların kavramları üzerinde anlaşmak da kolay değildir. Yazının akışı içinde, deneyci öğretilerin bu amaç konusunu göz önünde tutmadıkları, Usçu öğretilerin de amaç araştırmayı gereksiz gördükleri için birçok konuların çözümlemesinde yetersiz kaldıklarının görülebileceğini sanıyorum.

Yazıda "adalet" sözcüğünün değişik kullanımlarından adalet kavramını elde etmenin güçlüğü, bir yargıcın, Newcomb ve Simmons adında iki hapishane kaçağının bir gardiyanı öldürmesi olayıyla ilgili olarak verdiği hükümde gösterilmek isteniyor. Hüküm şöyle:

Bu davada adalet Newcomb ve Simmons'a karşı mağdur için adaleti gerektirir... Adalet geride kalan dul kadın için adaleti, adalet bu toplumdaki her erkek, kadın ve çocuk için adaleti gerektirir. (s. 31)

Yazar haklı olarak bu hükümde adalete, bedel ödetme, öç alma, zarar karşılama ya da toplumda barış ve dinginliğini sağlama türünden birçok amaç yüklenerek belirgin bir kavram elde edilmesinin önlendiğini öne sürüyor. Ancak burada yargıcın, her ilgiliye teselli dağıtmak gibi, bir yargıç için uygun olduğu çok kuşku götüren bir görev üstlenerek adalet sözcüğünü genellikle kullanılan biçimiyle kullanmadığını da belirtmek gerekirdi.

Genel anlayışa göre adil bir karar mağdurun yakınları ve toplum için olduğu kadar, mahkum, onun yakınları ya da olayla hiç ilgisi olmayan insanlar için de adildir. Öyle ki, yalnız yargıçlar ve hukukçular değil, her türden, hatta kültür düzeyi çok düşük olan insanlar bile adaletin bu genel anlamından etkilenirler. Bir cezaevinde, suç işleyen mahkumlara gardiyanlarca çok ağır cezalar verilmesini uygun gören bir yönetici, suçsuz bir mahkuma pek de ağır olmayan bir ceza veren bir gardiyanı cezalandırırsa, onun adil bir yönetici olduğunu herkes kabul eder ve birçok mahkumlar öyle bir yöneticiyi, suçluların daha hafif cezalandırılmasını isteyen fakat adaletsizliğe göz yuman bir yöneticiye yeğ tutarlar.

Yasanın Biçimsel Uygulanması Olarak Adalet

Yazıda iki düşünürün karşılaştırılmasına, Ross'un görüşlerinin eleştirisiz bir özetinin verilmesiyle başlanıyor. Ross için adalet "kendi başına değeri olmayan, hukuk sistemi bağlamında belli bir anlam kazanan bir kavramdır" (s. 46–47). "Geçerli yasa"da:

Eylemdeki hukuk olayı için bir yorum şeması işlevi gören normatif ideler grubudur; bu normlara edimsel olarak uyulur ve bu uyum onların denenmiş ve toplumsal olarak bağlayıcı olmalarından gelir. (s. 47)

Yine Ross'a göre "X normu geçerli bir yasadır" önermesi, belli koşullar altında mahkemelerin bu normları nasıl uygulayacağının önceden görülebilir olması anlamına gelir. (s. 47)

Yazar, Ross'un düşüncelerinin, kendi görüşlerini daha sonra bildirmek üzere, yansız bir özetini vermekteyken, bir noktada ironik bir yorumda bulunmaktan kendini alamıyor. Metafizik yargıların, doğrulama sınırlarının ötesine geçmesi yüzünden, çürütülmelerinin olanaksız olduğunu, yapılacak şeyin, kendi yeterliğiyle metafizik kurguları etkisiz kılacak bilimsel bir kuram vermek olduğunu öne süren, böylece konuya Doğal Hukuk yönünden yaklaşılmasını çocukça bulan Ross'a karşı yazar "Ross adam olmamızı sağladığı zaman çocukça şeylerden kurtu-

* Anthony R. Blackshield, *Empiricist and Rationalist Theories of Justice*, ARSP XLVIII / 1-2 (1962), 25-93

lacağız" diyerek karşı çıkıyor (s. 49). Biz görüşümüzü daha sonra belirteceğimiz için şimdilik bunun üzerinde durmuyoruz.

Yazar, her şeye karşın, Doğal Hukuk tarihinden, Ross'un da etkileyici olduğunu kabul ettiği ve her zaman adalet kavramına merkezsel bir konum veren bir tutumun ortaya çıktığını ve bu tutumun kısaca "adalet eşitliktir" biçiminde anlatılabileceğini belirtiyor. Oysa Ross'a göre bir eşitlik isteği olarak adalet kavramı basit, seçik ve güçlü görünmesine karşın, yakından incelendiğinde çok anlamlı sayılmaz. Çünkü eşitlik, sözcüğün anlattığı salt eşitlik olarak düşünüldüğünde erişilmez bir şey olur. (s. 49)

Böylece, eşitlik ilkesinin geleneksel formülleri iki bölümden oluşuyor: eşit muamele isteği ve bu eşit muamelenin uygulanacağı insanların saptanması (s. 50). Ross bunu bilinen bir takım formüllerin kısa bir çözümlemesiyle belirliyor: herkes değerine göre, herkes becerisine göre, herkes yeteneğine göre, herkes rütbesine göre. Böylece bunlardan hiçbirinin mantık yoluyla kararlaştırılamayacağı görülüyor.

Ross'a göre, seçilen ölçütlerin kendilerinin sağlam temelli, usa uygun, adil olduğu öne sürülürse eşitlik kavramı ortadan kalkıp, onun yerini, öznel ve duygusal bir görüşe göre belirlenen bir adalet kavramı alır ki böyle bir ilke, ilke değil, bir ussal çözümleme girişiminden vazgeçmek anlamına gelir (s. 51).

Kısaca, Ross'a göre yüzyıllar boyunca ortaya atılmış olan adalet kavramları ikiye ayrılabilir; bunlar ya uygulamada gerektirdikleri ölçütler belirlenemeyen salt eşitlik ilkeleridir; ya da keyfi olarak seçilmiş dışsal kaynaklardan sağlıksız biçimde çıkarılmış olduğu yakından bir incelemeyle hemen görülen ölçütler kullanmaktadır. (s. 52)

Hukukun İdeal İçeriği Olarak Adalet

"Adalet nedir?" sorusunun yanıtına Del Vecchio insan bilgisinin koşul ve sınırlarının Kant'çı bir araştırmasıyla varmıştır. Del Vecchio için adalet bilincin zorunlu ve temel bir tutumudur. Ona göre bilincin temel aşaması Ben'in bilincidir. Bu, mantığın apaçıklıklarından biri içinde anlatıldığında, Ben'in bilincine ancak Ben ve Ben–değil'i ayırt ederek varılabilir; yani bilinç kendini özne olarak koymuşsa Ben–değil'i de nesne olarak koyması gerekir. (s. 54–55)

Yazar buraya kadar olanın genellikle kabul edildiğini (bunun üzerinde ayrıca duracağız) söyledikten sonra Del Vecchio'nun buna katkısını şöyle belirtiyor: Del Vecchio öznenin, kendi karşısına koyduğu bu nesneyi (Ben–değil'i) de özne olarak kabul edebileceğini öne sürüyor. O zaman Ben ile Ben–değil arasındaki karşı–savlık bağlantısı Ben ile bir başka Ben arasındaki özneler–arası bağıntıya dönüşecektir: böylece bağıntı yalnız özne–nesne değil aynı zamanda özne–özne bağıntısıdır. Bağıntının ikinci terimi, yani nesne, aynı zamanda özne ise, ilk terim, yani özne de, ikinci özneyle bağıntısı içinde nesne olacak demektir. Kısaca, Del Vecchio'ya göre, öznel Ben'in öteki Ben'lerle koordinasyonunu sağlayan bir nesnel bilinç vardır.

Yazar Del Vecchio'nun bundan önce söylediklerini kabul etmiş olmalı ki burada Deneycilerin hemen saldıracağı bir durum olduğunu belirtiyor. Ona göre Deneyciler diyeceklerdir ki, Ben Ben–değil'in bilincine varırken onun, Ben–değil'in başka özneleri içerdiği konusundaki bilinci Del Vecchio'nun ileri sürdüğü gibi *a priori* bir içsel zorunluluktan türetilmiş olamaz; bu ancak deney dünyasının başka öznelerle karşılaşmaktan türetilebilir. Bunu Del Vecchio bir kapla onun içerdiği şeyi, ya da düşünce ile düşünülen şeyi birbirinden ayırarak yanıtlıyor. Böyle bir bağıntıda kendine bir yan ayıran özne kendisi ilk biçimde *kap* ya da *düşünen* olarak ortaya çıkar. Fakat bağıntının iki teriminin de bilincinde olduğu için zorunlu olarak kendini de nesnel biçimde bir olabilir içerik ya da başkalarınca *düşünülen şey* olarak kavrar.

Yazara göre İnsanın Doğası kavramı Del Vecchio'nun düşüncesinin temel öğesidir. "Doğa" sözcüğü metafizik bir anlamda kullanılmıştır, çünkü Del Vecchio'ya göre insan kendisini içeren fiziksel doğanın ötesine geçer. O bir yandan bir *fenomendir,* fiziksel dünyanın bir bölümü olarak mekanik nedensellik yasasına bağlıdır. Öte yandan o *düşünen öğedir;* doğa üzerinde düşünür, onu kendinde özetler, onu anlatır ve kendi idesi olarak anlar. Kendiliklerinde bu niteliğe bağlı kalan insanlar kendi yazgılarına egemendirler. Eylemleri bu ilkelere ters düştüğü zaman da bir ilke olarak kendi niteliklerini yadsımış olurlar ve kaçınılmaz olarak nedenselliğe bağlı eylem ve davranışlarıyla o paha biçilmez özgürlük vergisinden yoksun fenomenler olup çıkarlar. Demek ki salt kendi kişiliğinin özüne uygun davranmak her kişi için bir ödevdir. Daha belirgin olarak, insan için kendi özünün özneler–arası olarak belirlenen bir bölümüne uygun eylemde bulunmak bir ödevdir. Bu ödev adaletin temelidir. Yazar böylece, Del Vecchio'nun, adaletin özünü yani bireyi aşan yönünü bulduğunu düşünüyor. Artık adalet "başkalarının haklı isteklerini yerine getirmek ve başkalarına haksızlık yapmamaktır."

Deneycilik ve Usçulluk Konusu

Yazar iki düşünürün kuramları arasında önemli uyuşmazlıklar bulunduğuna göre bunların ikisinin birden kabulünün olanaksızlığını belirtiyor ve önce en önemli uyuşmazlıkların neler olduğunu araştırmaya girişiyor. Ona göre ilk önemli uyuşmazlık yöntemdedir. Ross kendi deneyciliğinden elde ettiği sonuçlar yeterli bulmadığı için bütün gücünü metafiziğin "kabul edilemez, keyfi ve hayalci" olduğunu söylemeye harcıyor. Burada H. Hart'ın bir eleştirisi de haklı bulunarak belirtiliyor: "Yazarın yersiz 'anlamsızlık' çığlığı ve bilimsel yönteme teslim olmayan her moral tutumdan 'Doğal Hukuk' kokusu alması onu bir takım saçmalıklara götürüyor". (s. 62)

Buna karşı yazar, Del Vecchio'nun kendi kuramını uzak ve alışılmamış bir düşünce alanına koyan apriyoriciliğinden de kendisi gibi Anglo–Sakson örf ve adet hukuku içinde yetişenlerin içgüdüsel bir kuşku duyduğunu belirtiyor. Ancak ona göre, tam bir deneyciden bilginin yalnızca deneyden elde edildiğini kanıtlaması istendiğinde o bunu da deneyin gösterdiğini söyleyecek kendi yönteminin temelinde de *a priori*'nin bulunduğunu kabul edecektir. Buna göre yazar bir başlangıç noktası olarak Ross'un Deneyciliğini Del Vecchio'nun Apriyoriciliğine yeğlemekle birlikte, bunun kimi alanlarda da *a priori* yargılar vermenin olabilirliğine tümüyle karşı çıkmak anlamına gelmediğini belirtiyor.

Ben yazarın, Del Vecchio ve Ross'un düşüncelerinden yaptığı özetlerin en önemli noktalarını işaret etmekle yetinerek bu görüşlerle ilgili eleştirilerimi sonraya bıraktımsa da yazarın kendi görüşlerinin bir özetini verirken yeri geldikçe onunla ilgili görüşlerimi belirtmenin yararlı olacağını düşünüyorum.

Yazarın Deneyci felsefenin temsilcisi olarak Ross'u almasının karşı çıkılacak bir yanının bulunmamasına karşın, Deneyci felsefenin adalet konusunda söyleyebileceklerinin tümünün Ross'un söylediklerinyle sınırlı görülmesinin doğru olmadığını sanıyorum. Gerçekten, hukuk konularına uygulanma bakımından Deneyci felsefeyle Usçu felsefenin konumları arasında önemli bir ayrım vardır. Usçu felsefenin binlerce yıldan beri hukuk ve ahlak konularında söyleyebileceği her şeyi söylemiş değilse bile bu sınıra çok yaklaşmış olduğu düşünülebilir. Aynı şey Deneyci felsefe için de söylenebilir mi?

Deneyci felsefenin deneylerden soyut kavramlara gitmekte büyük güçlük çektiğini yazar da belirtmiştir. Soyut kavramlar kullanmadan konuşmak da düşünmek de olanaksız olduğuna göre Deneyci felsefeden söz edebilmek için bu kavram konusunu biraz daha yakından ele almak gerektiği açıktır. Ben bunu ileriye bıraktımsa da daha şimdiden deneyci bilginin kaynağı konusunda yazarın düşüncelerine katılmadığımı belirtmek gerekiyor.

Gerçekten, Usçu felsefede genellikle ne olduğu ve nerede kullanılacağı belirtilmeyen bir "bilgi" kavramı ortaya atılıyor ve bunun usun bir yetisi olduğu öne sürülüyor. Usun ne olduğu sorulduğu zaman da onun ya bilme gücü olduğu söylenerek açık bir döngüselliğe düşülecek ya da bilme gücü yerine yine aynı anlama gelen bir terim kullanılarak döngüselliğin örtülmesine çalışılacaktır. Oysa Deneyci felsefe için bilgi, belli koşullar altında ileride neler olabileceğini görebilme yetisidir ve birçok durumlarda deneyden yararlanarak ileride olacak şeyleri görebildiğimizi edimsel olarak gösterebiliriz. Usçu felsefenin söylediklerinin edimsel olarak doğrulanabilirlik söz konusu olmadığına göre bu felsefenin öne sürdüğü savların doğru olup olmadığını neye dayanarak söyleyeceğiz?

Sonuç olarak yazara, Ross'un Deneyciliğini kabul etmenin kimi alanlarda *a priori* yargılara baş vurma olanağını yok etmediğini söyleten ikiciliğin kendisini düşürdüğü tutarsızlıkları göstermek üzere yazının incelenmesini sürdürelim.

Yazara göre Ross ve Del Vecchio arasındaki ikinci çatışma noktası insan doğasının yorumunda ortaya çıkıyor. Ross, nedensellik yasasına bağlı bir doğal varlık olan insanla özünde özgür istençli bir moral ve ussal varlık olan insan arasındaki ikiliği anlayamamakta, buna karşı Del Vecchio bu ikiliği adalet ödevinin kaynağı olarak görmektedir. Böylece yazar Ross'un bu ikiliği kabul etmeyişini onun bunu kabul etmek istemeyişine bağlıyor. Buna karşı Del Vecchio'nun kuramının da en az iki yönüyle daha ayrıntılı biçimde tartışılması gerektiğini belirtiyor. (s. 65)

Tartışılması gereken konulardan biri, kendi varlığının ussal, moral ve özerk yönüne sadık olmasının insan için bir ödev olduğudur. İkincisi de insanın yeterince çaba göstererek nedenselliği her zaman yenebileceğinin kabulüdür. Yazar yüzyıllardan beri tartışılmakta olan özgür istenç ve belirlenimcilik (determinism) sorunu üzerinde bir çözüme varmayı olanaksız görmekle birlikte yine de konuyu kısaca tartışmanın uygun olacağını düşünüyor. Bu tartışmayı şöyle özetleyebiliriz:

İster başka insanların zorbalığına isterse doğanın karşı konulmaz güçlerine karşı olsun, insanın davranış özgürlüğünün olanak oranında büyük olması istenir. Fakat bu somut özgürlüklerin çok istenir olması, ayrıca gösterilmedikçe, bir salık istenç özgürlüğünün bulunduğunu kanıtlamaz. Böylece, bildiğimiz kadarıyla, istenç özgürlüğü sınırlıdır ve bunun sınırlarını neden ve etki yasaları belirler.

Buna karşı salık doğrulukta bir nedensellik ilkesinden de söz edilemez. Ayrıca nedenselliğin de istenç özgürlüğü kadar istenecek bir şey olduğu gösterilmiştir. Çünkü nedensellik bağlantısı olmazsa istencin istediği şeyleri elde etmenin yolu bulunamaz. Bu anlayış özgürlüğün ancak hukukla düzenlenmiş bir dünyada olanaklı olduğunu gösterir. Hukukla ilgili bu görüşler genellikle özgürlüğü hem etkili kılmak hem de sınırlamak için yasaların gerekli olduğunu gösterir. Böylece, biri özgür istenç öteki de nedensellik olmak üzere iki ide vardır ki bunlar salık doğrulukta olmamak bakımından aynı düzeyde bulunurlar. Demek ki özgürlük ve nedensellik söz konusu olduğunda deneysel olarak ne kadar özgürlük ve nedensel sınırlılık bulursak onunla yetinmemiz gerekir. Doğal olarak bu bizi, her durumda özgürlük ve sınırlılık arasındaki dengenin, elde edilebileceklerin en iyisi olup olmadığını düşünmekten alıkoymaz. Öte yandan, yasal kuruluşların tarihi insan ruhunun gittikçe daha çok özerkleştiğini ve özgürlükle sınırlılık arasındaki denge üzerinde hiçbir zaman sonu gelmeyecek olan bir düzeltme ve yeniden düzeltme işlemini amaçlamamız gerektiğini gösteriyor.

Buraya dek Usçu ve Deneyci kuramların klasik yorumuna uygun bir tutum alarak yine klasikleşmiş bir Seçmeciliği (eclectism) savunur görünen yazar, özgürlük kavramı konusundaki yorumuyla soruna yapay bir çözüm getirmek ister gibi görünmektedir. Yazar, istenç özgürlüğünün sınırlı olup bunun sınırlarını neden ve etki yasasının belirlediğini söylerken, iki karşıt kuram arasında tartışmalı olan ve usçuların insanın doğasında bulunduğunu öne sürdükleri istenç özgürlüğü kavramıyla, insanın nedensellik yasaları üzerindeki bilgisi arttıkça sürekli bir gelişme gösteren davranış özgürlüğü kavramını birbirine karıştırır görünmektedir. Gerçekte Usçuların öne sürdüğü özgürlük kavramı davranma özgürlüğü değil isteme özgürlüğüdür ki Usçuların hemen bütün kavramları gibi bu da içi boş ve anlamsız bir kavramdır. Fakat bir kez anlamlı olduğu kabul edildiğinde kesin doğrulukta olduğunun da kabul edilmesi gerekir.

Locke "İnsanın istencinin özgür olup olmadığını sormak, onun uykusunun çabuk ya da erdeminin kare olup olmadığını sormak kadar anlamsızdır"[1] diyor. Gerçekten, isteğin bir davranış doğurabildiğini deneylerimizden bildiğimize göre bir ucunda hiç bir fiziksel neden bulunmayan bir isteğin, öteki ucunda fiziksel bir davranışın ortaya çıkabileceğini söylemek, bir ucu masaya bağlı ve öteki ucu boşta olan bir ipin masayı kendiliğinden çekebileceğini söylemeye benzer. (Burada bu tür kavramları 'çocukça' olarak niteleyen Ross'un mu yoksa onunla alay eden yazarın mı haklı olduğu sorulabi-

lir). Böylece yazarın istenç özgürlüğüyle nedensellik bağlantısı arasında, her ikisinin de salt doğrulukta olmadığı yönünden kurduğu benzerlik, yalnızca istenç özgürlüğünün özelliği bakımından bile anlamını yitiriyor.

Gerçekte istenç özgürlüğü eğer olsaydı onunla nedensellik arasındaki benzerlik, yazarın öne sürdüğü gibi, ikisinin de saltık olmayışından değil, tersine ikisinin de saltık oluşundan ileri gelirdi. Çünkü nedensellik bağlantısı da yazarın, hatta belki de pek çok yazarın, sandığı gibi kesin olmayan bir bağlantı değildir. Gerçi bu bağlantının kesin olduğunu kanıtlamak olanaksızdır. Fakat bu, nedensellik bağlantısının kesinliği kabul edilmeden hiç bir kanıtlamanın yapılamayışındandır. Gerçekte nedensellik varoluşun temel koşuludur. Bir A nesnesi nedensiz olarak bir B nesnesine dönüşebilseydi, ya da belli nedenler belli etkiler üretmeseydi, ortada bir kaostan başka bir şey bulunmazdı.

Yazar Ross ve Del Vecchio arasındaki çatışma noktalarından birinin de hukuk ve adalet arasındaki bağıntı olduğunu öne sürüyor (s. 68) ve haklı olarak, Ross'un, adaletin doğasını yasal olayların bir yorum şeması olarak görmesinin ve bu yasal olayların da yalnızca yargısal davranışı içerdiğini, geçerlik–bildirimlerinin de yargısal davranışın ne olacağını önceden tahmin etmekten başka bir şey olmadığını öne sürmesinin yanlışlığını belirtiyor. Gerçekten, bir temel adalet kavramının bir ortak insansal değer olarak varolduğunun kabul edilmesi gerekir. (s. 69)

Yazar, insan olarak bizim herhangi bir yere gittiğimizi bilmekle yetinmeyip nereye gittiğimizi de bilmek istediğimizi belirterek adalet kavramını bir amaç olarak kabul etmemiz gerektiğini öne sürüyor. Ancak, bir amaç göz önünde tutmadığı için Ross'u eleştiren yazarın Usçuların amaçsızlığı konusuna hiç dokunmadığı görülüyor. Çünkü Del Vecchio'nun "bizim kimi konulmuş yasaları 'adaletsiz' olarak nitelememiz bile bir adalet değerinin varolduğunu gösterir" (s. 72) düşüncesi, gerçekte, amaç olarak hiçbir değer yargısı içermeyen saltık ve doğuştan bir adalet kavramını göz önünde tuttuğundan onun sözünü ettiği amaç bizim insan olarak gereksinim duyduğumuz amaç değildir. Oysa Deneyci açıdan adaletin amacını Ross'tan çok önce Locke belirtmiştir:

Adalet ve doğruluk toplumun ortak bağlarıdır; bu yüzden de, kendi dışlarındaki dünya ile bütün ilişkilerini kesen haydut ve hırsızların bile, kendi aralarında güvence ve denkserlik kurallarını korumaları gerekir; yoksa birlikte yaşayamazlar. Fakat hile ve çapulculukla yaşayanların kabul ettikleri, doğuştan doğruluk ve adalet ilkelerinin bulunduğunu kim söyleyebilir?[2]

İki felsefe sistemi arasındaki çatışmalardan biri de adaletin gereklerinin araştırılması konusundadır. Ross bu konuda, özet olarak, "yalnızca bilgiden hiçbir etik sistem kurulamaz" (s. 72) sonucuna varıyor. Öte yandan yazara göre, Del Vecchio'nun kuramının ilk bakıştaki büyük gücü yalnızca bilginin ayrıntılı bir etik sistem kurduğunu öne sürmesinden geliyor. Ben Del Vecchio'nun uslamlama sistemi üzerindeki görüşlerimi ileride belirteceğim için şimdilik bu konu üzerinde durmayacağım.

Bundan sonra Ross ile Del Vecchio'nun adalet kavramları ele alınıyor. Yazar Ross'un "yargısal tutumun herhangi bir kurala uygun olması" biçimindeki adalet tanımının genellikle gözden kaçtığını, oysa bunun önemli bir görüş olduğunu haklı olarak belirtiyor. Fakat bu görüşün sönük ve verimsiz bir görüş olduğunu belirtirken bunun en büyük nedeninin, Ross'un, kuralların uygulanması konusuna yeterince önem vermemiş olduğu belirtilmekte, buna karşı onun, kuralların da gelişi güzel olmaması, hatta yasalar söz konusu olduğunda bunların ayrıca kendilerinin de adaletli olması gerektiğini gözden kaçırmış olduğu üzerinde durulmamaktadır. Buna karşı Del Vecchio'nun kuramının çok zengin olduğu ancak bu zenginliğin de başlı başına bir kusur olduğu belirtilirken de o kuramın temelinde bir çürüklük bulunabileceği üzerinde hiç durulmuyor.

Genel Olarak Kavramlar

Ben bir yandan her türlü açıklamanın ancak kavramların iyi anlaşılması ölçüsünde başarılı olacağına inandığım, öte yandan, Deneyci ve Usçu kuramların da; bu kuramlardan iki örnek alarak onların bir eleştirisini yapan yazarın da kavram anlayışlarına katılmadığım için, yazarın gerek her iki kurumdan verdiği örneklerin, gerekse bu örneklerle ilgili kendi görüşlerinin, ayrıntılarına girmeyip yalnızca ana çizgileri vermekle yetindim. Kavramlar konusunu açıklığa kavuşturduktan sonra ayrıntılar üzerinde de duracağım.

Ancak, burada açıklayacağım kavram anlayışı, kavramların deneyden başka hiç bir kaynağının bulunmadığını kabul etmek bakımından katıksız Deneyci olmakla birlikte, kavramların duyu–deneyinden elde edildiği görüşüne karşı çıktığı için, bu görüşün, Deneyci felsefede kabul edilmiş görüşlerden herhangi birine uymadığını baştan belirtmek gerekiyor. Ben bu kavram anlayışını *Felsefe Tartışmaları* dergisinin 1. kitabında "Tümellerin Gerçekliği" adlı yazımda (s. 76–86) açıklamaya çalışmıştım. Burada o açıklamanın çok kısa bir özetini verdikten sonra uygulamaya geçeceğim.

Bir masanın üzerinde konulmuş olan kitapların sayısı arttıkça masanın tablasının az çok bel verdiği bilinir. Tablanın kitaplar altında bel verdiğini düşünürüz. Oysa kitap yerine demir, kömür ya da başka türden nesneler de konsa tabla yine bel verirdi. Demek ki tablanın gösterdiği tepki kitaba, demire ya da kömüre değil, bunların hepsinde ortak olan bir güce karşıdır. Bu ortak güce ağırlık diyoruz. Böylece ağırlık kavramını deneyden, hem de nesnelerden duyumlar edinip onlardan soyutlamalar yapmak değil, doğrudan doğruya olayların sonuçlarını gözlemlemek anlamındaki deneyden elde ediyoruz.

Bu hemen bütün kavramlar için böyledir. Canlıların bir takım şeyler yiyerek büyüyüp geliştiklerini deneyler gösterir. Bedenin beslenip gelişmesinin onun yiyecekler karşısındaki tepkisi olduğu kabul edilirse bu tepkiyi doğuran nesnelerin ortak yanlarının temsilcisi olarak besin kavramını elde etmiş oluruz. Susuzluğumuzu gideren bir bardak suyun, içtiğimiz su olduğu gibi değişik yerlerde değişik koşullarda rastlanabilecek sulardan herhangi biri de olabileceğini düşündüğümüzde bu değişik suların ortak temsilcisi olarak su kavramını elde etmiş oluruz. Bunun gibi, dikiş dikmeye yarayan nesnelerin temsilcisi olarak iğne, yazı yazmaya yarayan nesnelerin temsilcisi olarak kalem, insanlarda belli türden duygular uyandıran

nesne, davranış ya da tutumların temsilcisi olarak da iyi, kötü, güzel, çirkin vb. kavramlarını edinmiş oluruz.

Bütün bu örneklerden kavram edinme yolları ve bu yollardan edinilen kavramların ortak yönleri üzerinde de bir takım bilgiler edinebiliriz. Önce, kavram edinmek için gözlemlere, genelleştirme ya da soyutlama türünden, bir takım zihinsel işlemler uygulamaya gerek bulunmadığı açıkça görülüyor. Burada "İnsanda tikeldeki tümeli görme yetisi vardır" diyen Aristoteles'in bu sözünü biraz değiştirerek, deney sırasında insanın somut nesnelerle değil, aynı türden nesnelerin ortak temsilcisi olan bir takım etki ve tepkilerle karşı karşıya bulunduğunu söyleyebiliriz. Yani deneyler (duyu–deneyi değil gerçek deney) sırasında kavramlar bize doğruca kendilerini sunmaktadır.

İkincisi, edindiğimiz kavramlar bize nesnelerin kendilerinin ne olduğunu değil, onların başka şeyleri nasıl etkilediğini ya da başka şeylerle ilişkilerinin ne türden ilişkiler olduğunu bildiriyor. Gerçekten, ağırlık kavramını öğrendiğimiz zaman ağırlığın ne olduğunu değil, ağırlığın masanın tablasını ya da başka şeyleri nasıl etkilediğini öğrenmiş oluruz. Ağırlığı tanımlamamız gerektiğinde de onun ne olduğunu değil, ilgili nesnelerle ne türden ilişkiler içinde bulunduğunu belirtmemiz gerekiyor. Besin kavramı da besinin ne olduğunu değil, onun canlıları nasıl etkilediğinin bilgisini verir. Hatta masa, iskemle, kapı, pencere gibi kendimizin yaptığımız ve ne olduklarını çok iyi bilmemiz gereken nesnelerin kavramlarını incelediğimiz zaman onlarla ilgili bilgimizin de onların ne olduğunun değil, insanlar ya da başka nesnelerle ilişkilerinin bilgisi olduğunu görürüz.

Böylece, kavramları duyu–deneyinden soyutlamalar yoluyla elde etmeye çalışan Deneyci kuramların bu yoldan başarıya ulaşıp, kavramları, özellikle de adalet, eşitlik, ödev gibi çok karmaşık kavramları elde etmelerinin hiç de kolay olmadığı açıktır. Usçu felsefelerdeki durum daha da kötüdür. Bunu Del Vecchio'nun kuramının yazıda verilen (s. 54–61) özetinden izleyelim.

Del Vecchio'ya göre bilincin en temel aşaması Ben'in bilincidir. Bu da Ben ile Ben–değil'i ayırt etmek demektir. Bilinç kendini özne olarak kabul edince, zorunlu olarak, kendi–değil'i nesne olarak kabul edecektir. Öte yandan özne, kendi karşıtı olarak öne sürdüğü nesneyi yine kendisi gibi bir özne olarak kabul edebilir. Del Vecchio şöyle sürdürüyor:

Özneler–arası diyebileceğimiz özel bir bilinç biçimi vardır ki, bu yoldan özne kendini özneler arasındaki bir karşılıklı bağıntılar ağının bir öğesi olarak bulur; kısaca, öznel Ben'in öteki Ben'lerle eşgüdümünü sağlayan bir nesnel bilinç vardır. (s. 55)

Bundan sonra adalet kavramına ulaşmak zor olmayacaktır. Bu süreci yazar, Gregory Vlatos adlı başka bir yazarın verdiği özetle anlatıyor. Bu özete göre:

1) Ben–bilinci özneler–arası bağıntıyı önvarsayar.

2) "Özneler–arası bağıntı" adalet idesini önvarsayar.

3) Ben–bilinci adalet idesini önvarsayar.

Bu süreçte yazarın da Vlatos'un da karşı çıktığı noktalar var. Biraz sonra onlara da geleceğiz. Fakat daha önce, ilk adımda genellikle bütün Usçu filozoflarla birlikte Del Vecchio'nun kabul ettiği ve yazarla Vlatos'un da karşı çıkmadığı "bilincin en temel aşaması Ben'in farkına varılmasıdır" (s. 54) tümcesinin anlamı olup olmadığı üzerinde duralım.

Ben'in farkında olmak Ben'i tanımak, Ben ile ilgili az çok bilgisi olmak anlamına gelmezse ne anlama gelebilir? Oysa böyle bir anlamda Ben'in farkında olmak, daha önce sözünü ettiğimiz, ağırlığın ya da besinin ya da herhangi bir nesnenin doğrudan doğruya ne olduğunu bilmek gibi, olanaksız bir şeydir. Çünkü ağırlığın ya da besinin ya da herhangi bir nesnenin bir kendilik, bir öz olarak bilgisini edinmek olanaksızdır. Bunları ancak başka nesnelerle ilişkileri içinde tanıyabiliriz. Demek ki Ben'i de başka nesnelerle olan ilişkileri dışında tanımak olanaksızdır. Böylece bir insanın kendi Ben'ini tanıyabilmesi için önce en azından bir takım nesneler tanıyıp bunlarla ilgili olarak bir şeyler istemesi, istediklerini elde etmek için bir takım *eylemlerde* bulunması, bu eylemlerinde başarılı ya da başarısız olduğunu gözlemlemesi gerekir.

Buna göre Ben bilinci usçuların öne sürdüğü gibi "bilincin en ilkel aşaması" (s. 54) değil, daha önce bir çok şeylerin öğrenilmiş olmasını gerektiren oldukça ileri bir bilinç aşamasıdır. Böylece, bilginin temeline Ben bilincini koyan Usçu kuramların görkemli yapılarının genellikle çürük temele oturan hatta hiç bir temele oturmayan kurgulardan başka bir şey olmadığı söylenebilir.

Del Vecchio'nun adalet kavramına götüren aşamalarla ilgili olarak Vlatos'un saptadığı, biraz önce sözü geçen üç önermeye karşı gerek yazarın gerekse Vlatos'un karşı çıkışlarında, Usçu kurguların kendi içlerinde de ilk bakışta göründüğü kadar tutarlı olmadıklarının belirtilerini görmek olanağı vardır.

Yazar Ben bilincinin özneler–arası bağıntıyı ön varsaydığı biçimindeki birinci önermeye karşı çıkıyor ve Ben–değil'lerde de öznelik bulunduğu deneysel olarak saptanmadan onlara öznelik yüklemenin olanaksız olduğunu belirtiyor. Ancak, Usçular bunu kendi kuralları açısından yanıtlayabilirler. Çünkü onlara göre Ben ve öznelik arasındaki bağlantı *A priori* olduğu için zorunlu bir bağlantıdır ve Ben'in bütün örnekleri için geçerli olması gerekir. Fakat böyle bir yanıt Ben kavramının anlamsızlığına yeni anlamsızlıklar eklemekten başka bir işe yaramaz.

Çünkü Ben kavramının anlaşılırlığını kabul ettikten sonra bu kez karşımıza Ben–değil kavramının iki anlamlılığı çıkacaktır. Gerçekten, Ben–değil, bir yandan *bu* Ben dışındaki başka ben'leri anlatırken bir yandan da *hiç* Ben olmayanları anlatır. Doğal olarak Usçunun öznelik yüklediği birinciler yani öteki Ben'lerdir. İşte bu noktada yazarın sorusuna benzer sorular ortaya çıkar. Ben kavramının başka örneklerinin yani öteki Ben'lerin bulunduğu nasıl bilinebilir? Çünkü Ben kavramının dünyada tek örneği bulunuyor olabilir (örneğin Güneş kavramının tek örneği vardır). Başka Ben'lerin bulunduğu kabul edilse bile o başka Ben'lerle hiç Ben olmayanları nasıl ayırt edeceğiz? Örneğin başka insanların yanında maymunlar, başka hayvanlar, bitkiler hatta cansız görünen nesneler de başka Ben'ler olamaz mı?

Yazarın belirttiğine göre Vlatos da ikinci önermeye, yani "özneler–arası bağıntının adalet idesini ön varsaydığı önermesine, karşı çıkıyor. Vlatos, köleliğin yürürlükte olduğu dönemlerde köle sahiplerinin, başka özneler olan kölelere hiç de adaletli davranmadıklarını anımsatıyor. Usçu kavramların *a priori* olduğu ve bunların bütün koşullar altında geçerli olması gerektiği düşünülünce Vlatos'un da haklı olduğu açıktır. Ancak Usçuların buna verebileceği, örneğin "Ben'in kendisi-

ni tarih içinde gerçekleştireceği, böylece kölelerin başka Ben'ler olduğunun ancak Ben kavramının daha ileri aşamalarında anlaşılabileceği türünden bir yanıtın, Vlatos'un karşı çıkmadığı öteki ilkelerden daha mantıksız olduğu söylenemez.

Adalet Kavramı

Yazar, örnek olarak aldığı, birisi Usçu öteki Deneyci, iki kuramdan yararlanarak kabul edilebilir bir sonuca varılabileceği konusunda kesin bir inanç belirtmemekle birlikte bu yolda bir denemeye girişmeyi uygun buluyor. Ona göre, adaleti bir kurala göre davranma olarak tanımlayıp kuralın nasıl olması gerektiği üzerinde düşünmeyen Ross'un kuramı kısırdır (s. 74) ve adalet konusunda düşündüklerimizin büyük bölümünü açıklamaz. (s. 75) Buna karşı Del Vecchio'nun kendi adalet kavramının gerektirdiğini öne sürdüğü ayrıntıların bolluğu da onun kuramını kuşkulu kılıyor.

Böylece yazar, bu iki tür kuramın belli kavramlarını birleştiren bir çözümlemenin ancak Deneycilikle Usçuluk arasında bir tür "yumuşak birliktelik" üzerine kurulabileceğini öne sürüyor. (s. 78) Ona göre bunun yolu deneylerden elde edilen verilerin bir tür ussallaştırılması sürecinden geçecektir. Fakat buradaki us, Usçuların kendisinden yola çıktıkları saltık us değil, Karl Jaspers'in 1950'de, filozoflar arasında ortak bir taban bulabilmek üzere ortaya attığı ve ona göre varoluşu apaçık (self-evident) olan bir ustur. Böyle bir us bir kez belli bir konum edindikten sonra onu sürekli eleştireceği için yeni düşüncelere doğru ilerleme zorunluluğundan kurtulma eğilimine karşı çıkacaktır ve bu durum yine "dogmalar zinciriyle bağlı olmadan çalışabileceği" umudunu vermektedir.

İşte yazara göre adalet kavramına deneylerimiz üzerinde böyle bir usun gerçekleştirdiği kavramlaştırma süreci sonunda varılacaktır. Bu işlem için, düşüncelerimizin sağladığı deneysel verilerin yanında, kuşku duymak, anlamak, kavramak, onaylamak, yadsımak, imgelemek, duygulanmak gibi, düşüncenin bütün Descartes'çı işlevlerini de deney olarak kabul etmek gerekir. (s. 78) Ayrıca yazar bütün bunların bilişsel (cognitive) us için olduğu gibi değerlendirici "içsel" us (evaluative "inner" reason) için de geçerli olduğunu kabul ederek "Bilgi olmadıkça değerlendirme olmaz" sonucuna varıyor.

Böylece, geleneksel Deneyci kuramların deney verilerinden soyutlama yoluyla kavram elde etme yöntemine, bu durumuyla gerçekten gerekli olan bir usallaştırma süreci eklenerek Deneyci yönü ağır basan bir kavramlaştırma yöntemi oluşturulmaya çalışılmaktadır. Üstelik buradaki usun, Usçuların usu olmayıp, onun yalnızca kavramsallaşmış bir yönünü oluşturduğu bir yetiler ya da düşünme–yolları grubu olduğu belirtilerek (s. 87) hem bireşimdeki Deneycilik oranı yükseltilmekte hem de Usçuların *a priori* kavramları bu niteliklerinden kurtarılarak bu kavramların çağlar boyunca uğradıkları değişmeler için bir açıklama yolu bulunmuş olmaktadır.

Yazarın böyle bir adalet kavramına ulaşabilmek için giriştiği çok ayrıntılı ve incelikli açıklamaları burada yinelemeyi gereksiz görüyorum. Çünkü yöntem, ne kadar incelikle işlenmiş olursa olsun, pek çok Seçmeci yöntemler gibi, iki yanlış kuramın birleşmesinden bir doğru kuram elde etmeye çalışan tutarsız bir yöntem olmaktan ileri gidemiyor. Gerçekten, yukarıda belirttiğimiz gibi, Usçu kuramın temelindeki Ben bilinciyle birlikte, ondan üretilen özne ve özneler–arası'lık kavramları da anlamsız olduğu gibi, Deneyci kuramın tek tek deneylerden yapmayı önerdiği soyutlama işlemi de gereksizdir.

Ancak bu söylediklerimizden Deneyci ve Usçu kuramlarla, yazarın ortaya koyduğu Seçmeci kuramın, baştan başa yanlış kavramlar ortaya atıp yanlış bir adalet kavramına ulaştıkları sonucunu çıkarmamak gerekir. Gerçekte bütün yazarlar aradıkları kavramları sağduyu aracılığıyla seçip değerlendirmekte ve onları elde etmenin uygun bir yöntemini vermeye çalışmaktadır. Ancak temeldeki yanlışlıklar yorumlarda da büyük karışıklıklara neden olacağından, kavramların inandırıcı bir açıklamasını vermek son derece önemlidir. Burada bunu yapmaya çalışacağız.

Ben daha önce, özellikle ağırlık kavramını örnek göstererek, kavramların bilgisinin onların özlerinin ya da kendiliklerinin değil ilgili nesnelerle ilişkilerinin bilgisi olması gerektiğini belirtmeye çalışmıştım. Adalet kavramından etkilenecek olan varlıklar insanlar olacağına göre, adaleti tanıyabilmek için adaletli davranışların insanları nasıl etkilediğini araştırmak gerekiyor demektir. Böyle bir araştırma, adaletli davranışların, ilgili kimselerin beklentilerine uygun olan davranışlar olduğu sonucuna götürecektir. Burada "beklenti" sözcüğünü "uygun bulma" biçiminde anlaşılması gerekir.

İlgili kimselerin beklentilerine uygun davranmanın yolunun bir kurala uygun davranmaktan geçtiği açıktır. Öyleyse Ross'a uyarak "bir kararın adaletli olduğunu söylemek onun bir genel kurala uygun olduğunu söylemek anlamına gelir" dememiz mi gerekiyor? Bu tam doğru olamaz. Çünkü kuralda açık bir adaletsizlik varsa o zaman o kurala uyulmasının adaletli olduğunu söylemek anlamsız olur. Buna göre, adaletin bir çok basamaklarda ortaya çıktığı, fakat bu basamakların da az çok tutarlı bir bütün oluşturması gerektiği söylenebilir.

Daha önce verdiğimiz bir örneği yeniden ele alırsak, bir hapishane yöneticinin suçsuz bir mahkumu cezalandıran gardiyanı cezalandırması durumunda yöneticinin adaletli davrandığını söylerken onun "suç işleyenin cezalandırılacağı" biçiminde bir kural koyup buna uygun davranılması istediği varsayılmıştır. Bu kurala uymayan gardiyan adaletsiz, onu cezalandıran yönetici de adaletli davranmıştır. Buna karşı, beyaz–siyah ayrılığının bulunmadığı bir ülkede, yönetici bu ayrılığa dayanan bir kural koymuş olsaydı bu kurala uymayan gardiyan adaletsiz davranmış olmayacağı gibi onu cezalandıran yönetici de adaletli davranmış olmazdı. Demek ki adalet konusunda "ilgililerin beklentisi" temel ölçüttür. Kurala uygunluk bir yardımcı öğe olabilir.

Ancak "ilgililerin beklentisi" kavramı da bir açıklamayı gerektirir. Adaletli bir karar genellikle o kararla ilgili ya da ilgisiz olan herkesin beklentisine uygun olursa da, birçok durumlarda, kararla doğrudan ilişkisi bulunan kimseler, duygularının çarpıtıcı etkisi altında, en adil kararı bile beklentilerinin tam karşıtı olarak yorumlayabilirler. Bu bakımdan kararla doğrudan ilişkisi bulunan kimseleri "kararla ilgili kimseler" nitelemesinin dışında bırakmak gerekir. Buna göre "kararla ilgili" değil de "kararla ilgisiz" kimselerin beklentisinden söz etmek daha uygun olmaz mı diye düşünülebilir. Ancak bu doğru olmaz. Çünkü kararla ilgisiz olanlar bambaşka bir toplumda bambaşka inançlarla yetişmiş kimseler olabilir. Örneğin mülkiyet hakkının bulunduğu bir toplumda verilen adaletli bir kararın bu hakkın bulunmadığı bir toplumda haklı olarak adaletsiz görülmesi olanağı vardır.

Buna göre, yasaların adaletli olmasını, o yasaları uygulamaya geçiren kararların ilgililerin beklentilerine uygun olması gerektiği biçiminde anlamak gerekir. Kararlar söz konusu olduğunda da bu kararların bir yandan yasalara ya da kurallara bir yandan da ilgililerin beklentilerine uygun olması gerekecektir. Buradaki "ilgili" terimi, aynı toplumdan olup da olayla doğrudan ilişkisi bulunmayan ya da en azından, olayla doğrudan ilişkisi bulunmasına karşın, duygularının çarpıcı etkilerinden kendilerini kurtarabilmiş olan kimseleri belirtmektedir. Böylece adaletli yasa ya da kural koymanın yollarının da, yasa ya da kural koyucuların, bu yasa ve kuralları koyarken, kendilerini toplumun değişik kesimlerindeki bireylerin yerine koyarak bunların hepsinin birden beklentilerine uygun düşecek yasa ya da kurallar koymaları olduğu düşünülebilir.

Ancak adaletin, adaletsiz yasaların da olduğu gibi uygulanmalarını gerektiren bir yanının bulunduğunu da unutmamak gerekir. Bir toplumun hukuk sistemini oluşturan yasalar arasında o ülkenin genel adalet anlayışına uymayan kimi yasaların da bulunduğunu varsayalım. Yargıçların, görevleri gereği olarak, bu yasaları uygulamak zorunda olduklarını bir yana bırakalım. Kendini vicdanının buyruğuna göre karar vermekte serbest kabul eden bir yargıç adaletsiz bir yasa karşısında nasıl davranacak, suçluyu neye göre cezalandıracaktır?

Öyle görünüyor ki burada iki durumu ayrı ayrı düşünmek gerekir. Biri, suçun topluma karşı, öteki de kişilere karşı işlenmiş olması durumudur. Kişilere karşı işlenen suçlarda çok zaman, adaletsiz fakat yasaya uygun olan kararı vermek daha uygun olacaktır. Çünkü belli bir olayda adaletsiz yasadan zarar görecek olan kimse başka bir olayda ya da başka bir yargıç karşısında belki de aynı yasadan yarar görmüş ya da görecektir.

Topluma karşı işlenen suçlarda durum farklı gibi görünüyor. Çünkü toplum bir bakıma yasaların yapıcısı durumundadır. Bu bakımdan, adaletsizlik cezanın hafifliğinden geliyorsa yasanın olduğu gibi uygulanması, cezanın ağırlığı durumunda bunu hafifletmenin yollarının aranması gerektiği düşünülebilir. Öte yandan toplumun da tek tek insanlardan oluştuğu ve o tek tek insanlar arasında bu yasanın uygulanmış ya da uygulanacak olduğu birçok kimselerin bulunduğunun da unutulmaması gerekir.

Her iki durumda da bir suçun cezasının önceden belirlenmiş olmasının adalete daha uygun olacağının da göz önünde tutulması gerekir. Bütün bunlar genellikle, adaletsiz de olsa, konulmuş yasaya göre karar vermenin yalnızca yargıcın görevi değil, aynı zamanda adaletin de gereği olduğunu gösterir. Ancak bu gerekçeler yasaların adaletsiz olabileceği gerçeğini değiştirmediği gibi, yargıçların da bu adaletsiz yasalara göre karar verme durumuna düştükleri zaman bir vicdan hesaplaşması yapma zorunluluğunu ortadan kaldırmaz.

Adaletle en yakından ilgili kavramlardan biri de eşitlik kavramıdır. Bu konuda Ross'un "eşitliğin bir ölçütünün bulunmadığı, bir ölçüt verildiği zaman da bunun keyfi dış kaynaklardan sağlıksız bir çıkışla düzenlendiği" görüşüne katılmamak olanaksız görünüyor. (s. 52) Ancak biz adaleti "eşitlikçi davranış" olarak belirleyip onu eşitlik kavramından bağımsız olarak tanımladığımıza göre "eşitlikçi davranış"ın "adaletli davranış" anlamına geldiğini söyleyebiliriz.

Yine adalet kavramıyla yakından bağlantılı olan önemli sorunlardan biri de adaletli davranmanın bir ödev olup olmadığı sorunudur. Ross'ta ödevin belirgin bir anlamı yoktur. Ona göre "Benim ödevim var" dediğim zaman söylemek istediğim şey yalnızca bende belli yolda davranmam gerektiği duygusunun bulunduğudur. (s. 89) Yazar buna karşı çıkarak Del Vecchio'nun bu konudaki açıklamasını daha uygun buluyor. Ancak ona göre, Del Vecchio'nun yaptığı gibi, insanın özel doğasını ussallığa indirgeyerek özneler–arasılığı buraya yerleştirmeye gerek yoktur; ödevin ve ödev yüklemelerinin en uçtaki kaynağı eylemde bulunan bütün öznelerin bilişsel usun belirlediği öznel doğalarına göre davranacaklarının beklentisi olabilir.

Gerek Ross'un gerek Del Vecchio'nun gerekse yazarın, gerçeğin en uzağında kaldıkları konunun bu ödev konusu olduğu söylenebilir. Gerçekten, bir ödevi bulunmak ödenecek bir borcun bulunması anlamına gelir. Demek ki insanlarda bir ödev duygusu bulunduğunu söylemek, her insanda, kendisinin birilerine karşı borçlu olduğu duygusunun bulunduğunu kabul etmek anlamına gelir. Böylece burada bu borcun kime ya da kimlere karşı olduğu ve bu duygunun nereden geldiği sorusu ortaya çıkıyor. Yazar bu duygunun özneler–arasılık'ın bir ürünü olduğunu, fakat özneler–arasılık'ın, Usçuların öne sürdüğü gibi insan doğasının zorunlu bir gerektirimi olarak değil, herkesin ona göre davrandığının deneysel olarak gözlemlenmesinden gelen bir duygu olarak görülmesi gerektiğini öne sürüyor.

İnsanda, yazarın özneler–arasılık adını verdiği duyguya benzeyen bir *toplumsallık duygusu*'nun bulunduğu doğrudur. Fakat bu duygunun Usçuların öne sürdüğü gibi Ben bilincinden ya da insanın özünün çözümlenmesinden türetmek olanaksız olduğu gibi, kaynaklarını araştırmadan onun doğrudan doğruya gözlemlerden elde edildiğini kabul etmek de olanaksızdır. İnsanın özünden bir takım bilgiler türetmenin, böyle bir özün bilinemez oluşuna dayanan olanaksızlığının gerekçelerini daha önce belirtmiştik. Burada, insanın özü bilinebilir de olsaydı ondan yine de toplumsallık duygusu türetilemeyeceğini de belirtmemiz gerekiyor.

Gerçekten insan, karıncalar ya da arılar gibi, doğanın topluca yaşamak üzere yarattığı varlıklardan değildir. Kendi başına yaşayabilecek duruma gelinceye dek ana–babasınca büyütülen bir çocuk, tek başına yaşamını sürdürüp, kendisi de çocuklar yetiştirecek duruma gelebilir ve insanlık böylece sürüp gider. Bu durumda, başta toplumsallık duygusu olmak üzere, adalet, onur, erdem, ödev gibi, toplumsal yaşamla ortaya çıkan duygu ve niteliklerden herhangi birinin insanın özünde, ya da doğuşunda; bulunduğunu söylemenin bir anlamı olamaz. Bunlar ancak insanın toplumsal yaşama girişiyle ortaya çıkabilecek niteliklerdir.

İnsanın toplumsal yaşamı seçmesi, başka insanlarla yapacağı işbirliğinin doğa karşısında kendisine kazandıracağı özgürlüğün nasıl inanılmaz boyutlara varabileceğini sezebilecek durumda olmasındandır. İnsanlar arasındaki işbirliğinin kendisine neler kazandırdığını sezen insan, böyle bir işbirliğinin verimli olmasının, ona katılanların, toplumun düzenli işleyip gelişmesini sağlayacak biçimde davranmasına bağlı olduğunu da görebilir ve bu yoldan bir toplumsallık duygusu edinir.

İşte adalet, dürüstlük, yardımseverlik, insan sevgisi gibi erdemli eğilimler bu toplumsallık duygusunun ürünüdür. Böylece adaletli davranmanın bir ödev oluşu işbirliğinden büyük kazançlar sağladığını

sezen insanın, bu işbirliğinin içinde gerçekleştiği toplum için duyduğu borçluluk duygusundan kaynaklanabilir.

Buna göre, toplumsal yaşamın doğasından kaynaklandığı apaçık olan adaletli davranışlara gerçek yaşamda niçin böylesine seyrek rastlandığı sorusunun da yanıtlanması gerekiyor. Gerçekten, insanlar arasındaki ilişkilerin şöyle bir gözlemlenmesi bütün erdemli davranışlar gibi adaletin de oldukça seyrek ve çarpıtılmış bir biçim altında ortaya çıkan bir davranış türü olduğunu göstermeye yetecektir.

Bunun nedeni, insanlığın ilkel dönemlerinde kalabalık insan topluluklarında iletişim ve ulaşımı olanaksız kılan teknik yetersizliklerin insanları bölünmeye zorlamış olmasında bulunabilir. Bu bölünmeler işbirliğinin apaçık yararları konusundaki bilginin yerini bu bilgiye tümüyle ters düşen bir takım inançların almasına neden olmuş, adaletli davranışın insana dolaylı yoldan sağladığı yararlar gözden kaçmış ve toplumsal yaşamın doğal bir ürünü olması gereken adaletli davranış, tek tek bireylerde seyrek olarak rastlanan ve yasalar aracılığıyla sıkı sıkıya korunması gereken üstün bir özellik biçimini almıştır. Bu yüzden, insanların adaletli davranmayı bir ödev olarak kabul ettiklerini, yazarın öne sürdüğü gibi, toplumsal ilişkilerde doğrudan gözlemlemek olanağı yoktur.

Buna göre adalet kavramı, ne Ross'un öne sürdüğü gibi "gerçek bir değeri bulunmayan, ancak hukuksal sistem bağlamında belli bir anlam kazanan" ne Del Vecchio'nun kuramındaki gibi, Ben bilincinden mantıksal çözümleme yoluyla türetebilen, ne de yazarın bu ikisini birleştirerek elde etmeye çalıştığı gibi, bir takım duyguların karışımından oluşan bir kavramdır. Adalet kavramı, insanın toplumsal işbirliğinden gördüğü fakat bir takım yerleşik inançların baskısı altında tam bilincine varamayıp yalnızca sezebildiği sınırsız yararların karşılığı olarak toplum için beslemesi gereken ödev duygusunun ürünü olan ve insanı toplumun bütün üyelerinin beklentilerine uygun olarak davranmaya yönelten bir kavramdır.

NOTLAR

1) J. Locke, *İnsan Anlığı Üzerine Bir Deneme*, I, iii, 2

2) *a.g.y.*, II, xxi, 14

Nesnenin Doğası*

Ralf Dreier

Çeviren: Hayrettin Ökçesiz

İçindekilere Genel Bir Bakış

A. Kavram
I. Tarihçe
II. Ana Kullanım Tarzları
B. Kuramlar
I. Doğal Hukuk Kuramları
II. Yöntembilimsel Kuramlar
Eleştiri

Kavram

Tarihçe

"Nesnenin doğası (Natur der Sache)" (ND) ifadesi genel dil kullanımının bir parçasıdır. "Bu eşyanın tabiatındandır" ya da "... olması, eşyanın tabiatında yatmaktadır" gibi konuşma tarzlarında karşımıza çıkar ve çok doğal ve daha yakından bir açıklamaya gereksinimi yokmuş gibi görünen ifadelerin temellendirilmesine yarar. Bu anlamıyla hukuki dil kullanımına da geçmiştir. Bu kullanımda nesneni doğası, kısmen doğal hukuk geleneğine dayanan; kısmen de 19. yüzyılın hukuk kaynakları kuramına ve yöntembilimine kadar uzanan başka bir rol daha oynar. Doğal hukuk geleneğinde bu söylem (ve yabancı dillerdeki karşılıkları), kendisini bugüne kadar karakterize eden bir çokanlamlılık kazanmıştır. Temeli, her bir nesne için karşılık oluşturan geniş bir eşya kavramıdır. Doğa kavramı ise maddi anlamda doğayı, yani nesnelerin bir toplamını değil, aksine biçimsel anlamda doğayı, yani bir nesnenin ya da bir nesnesel alanın kendine özgü yapısını dile getirmektedir. Bu ya analitik anlamda, yani kavramsal yapı olarak, ya da empirik anlamda, yani olgusal (özellikle kozal yasallık anlamında) yapı olarak, ya da metafizik—teleolojk anlamda, yani amacın metafiziksel belirlenimi (amaç nedensel), ilk tasarımsal biçim (krş. örneğin *Platon,* Politeia 597 b ve d, 612 a), ya da oluşum sürecinin sonuna ulaşmış bir nesnenin yapısı olarak (krş. *Aristoteles,* Politik 1, 2), ya da akliyeci hukuk anlamında, yani bir *kurumun* (Institution) akli hukukça olması gereken bir yapısı (örneğin evlilik, aile, mülkiyet, sözleşme, devlet gibi kurumların yapıları) olarak anlaşılabilir. 18. yüzyılın Akliyeci Hukuk literatüründe Nesnenin Doğası sıkça "Doğal Hukuk" ile eşanlamlı olarak kullanılmıştır. Bu anlamıyla deyim 19. yüzyılın başlarında ortaya çıkan, *hukukun kaynakları kuramına* geçmiştir. Ancak doğal hukuk, hukuki poziti-

* Yazarın bu makalesi *Ergänzbares Lexikon des Rechts* (1987) adlı yapıtta, Almanca olarak yer almaktadır.

vizmin doğuşuyla itibarını kaybettiğinden bu kullanım tarzı (daha sonraki istisnaları hariç olmak üzere) bir geçiş dönemi fenomeni olarak kalmıştır. Bunun yerine kavram değişken anlamlarla giderek artan biçimde *Hukuk metodolojisi*ne sızmıştır. Çok anlamlılığı yardımıyla 19. ve 20. yüzyıllarda hemen her yöntembilim akımınca kullanılmıştır. Analitik ve empirik kullanım tarzları yanında Nesnenin Doğasının en çok, —amaçların kurumlara nasıl izafe edildiği çoğunlukla belirsiz kalmasına rağmen— kurumların amacı ya da amaca uygun yapıları olarak anlaşılması kabul görmüştür.

Ana Kullanım Tarzları

Biraz önce sözü edilen geniş bir Nesne kavramı temelinde "Nesnenin Doğası" deyiminin şu kullanım tarzları birbirinden ayırt edilmektedir: Analitik anlamda "ND" bir maddenin, konunun kavramını ve bu maddeyle (konuyla) verilmiş bulunan kavramsal yapıları ifade eder. "ND"na dayalı bir *temellendirme* (argumentasyon, çev.) bu ölçüde analitik bir karaktere sahiptir ve akla yatkınlığı, *kavram kurma*nın önceden verili durumuna ya da bu sözü edilen kavramsal yapıların *yorumu*na bağlıdır. Empirik anlamda "ND" bir maddenin (konunun) —ister (aynı zamanda toplumsal bakımdan da) kozal yasallıkla olsun, isterse belirli bir bakış açısından yapılan karakteristik seçimi olsun — olgusal yapısını deyimlemektedir. İçerik bakımından nesnenin doğası, empirik kavramların kavramsal yapısıyla örtüşebilir.

Normatif anlamda "ND", değerli olarak ya da olması gerekir biçiminde yorumlanan amacı veya özellikle sosyal ve hukuki kurumların bir konusunun değerli olarak ya da olması gerekir biçiminde yorumlanan ya da tasarlanan yapısını deyimler. Normatif anlamda "ND" içerik bakımından, normatif bir kavramın kavramsal yapısıyla örtüşebilir.

Kuramlar

Nesnenin Doğasının bir çok kuramı vardır. Ancak bu niteleme altında etki ve geçerlik kazanmış pek az ekol geleneği bulunmaktadır. Bunun nedeni hem kavramın çokanlamlılığında hem de bu çokanlamlılığı yüzünden ne hukuk felsefesinde ne de hukuk biliminde açık seçik olarak tanımlanmış bir mesleki deyime (terminus technicus) ve böylelikle de genel kabul görmüş bir anlama ulaşabilmiş olmasında yatar. Bununla birlikte deyimin özellikle tabi bulunduğu iki kuramsal alan bulunmaktadır: Doğal hukuk kuramı ve hukuk metodolojisi.

Doğal Hukuk Kuramları

(Geniş anlamda) doğal hukuk kuramlarında bu deyim "ND" ve yabancı dillerdeki karşılıkları, görüldüğü gibi, türlü anlamlarda kullanılmaktadır (bkz. yukarıda A.I.). Sözcüğün kullanımının ve kuramsal geleneğinin en çok yerleştiği alan *dar anlamda doğal hukuk kuramları;* ve özellikle "ND" kavramını metafizik—teleolojik anlamda yorumlayan doğal hukuk kuram çevreleridir. Bunun kanıtı olarak, doğal hukuku, oldukça çok atıf yapılan formülü ile, "eşyanın tabiatından" hareketle *(ex ipsa rei natura)* adil olarak tanımlayan *Akinolu Thomas* (summa Theologica II/II quaestio 60 art. 5) zikredilebilir. Akliyeci hukuk geleneğiyle ise deyim, özellikle 18. yüzyılın ikinci yarısında sıkça rastlanmasına karşın daha az bağıntılıdır. *Hegel* deyimi, doğal hukuku (akli hukuk anlamında) "kendisini nesnenin doğasıyla, yani *kavram* yoluyla belirleyen" hukuk olarak tanımlarken (Enzyklopädie 1830, & 502), önde gelen bir konumda kullanmış olur. —Burada *Hegel*'in kavram kavramının kendi mutlak akıl kuramı temelinde anlaşılması gerektiğini söylemelidir.

Koşut bir çizgi de öncelikle, "ND" ifadesinin empirik anlamıyla kullanıldığı gelenektir. Olandan yanlış yere bir Olması Gereken çıkarsaması kendisiyle ilişkilendirilmediği sürece bu gelenek, bir doğru hukuk kuramı bakımından önemli sayılacak empirik argümanlara —normatif argümanlarla ilintili olarak— yollama yapmaktadır. Bu çizginin devamında deyimi, bir hukuk sisteminin anlaşılması, ya da yasama ve kısmen de yargıcın hukuk yaratması için önem taşıyan empirik yapılarla ve faktörlerle ilişkilendiren ve genellikle *Montesquieu*'ye işaret eden kuramlar bulunmaktadır ("Yasamanın Real Verileri", *E. Huber,* "İdenin maddesiyle (konusuyla) belirlenmişliği", *G. Radbruch).*

Yöntembilimsel Kuramlar

"ND" deyiminin, az ya da çok tesadüfi olarak, geçen ve şimdiki yüzyılda neredeyse her metodolojik yön tarafından ele alınmış olduğunu bir kenara bırakacak olursak, sözcük kullanımının sıklığı ve buna olan kavramsal yansımanın yoğunluğu bakımlarından "ND"nın bir metodolojik kuramından özellikle kurumsal hukuk düşüncesine mal edilebilecek kuramlar açısından söz edilebilir (krş. örneğin *B. Rüthers,* Institutionelles Rechtsdenken im Wandel der Verfassungsepochen, 1970). "ND" burada kural olarak amacı ya da *kurumların* amaca yönelik yapısını, bu oluşukların aynı zamanda kavramsal veya empirik, özellikle sosyal yapısını da deyimlemektedir. Amaçların kurumlara izafe edilmesi, çoğunlukla belirsiz bir biçimde, kısmen bir kurumun sosyal işlevine, kısmen yasa koyucunun iradesine, kısmen de yorumlar tarafından makul görülen amaca dönülerek yapılmaktadır. "ND"nın metodolojik kuramları sistematik olarak kısmen yasa yorum kuramı, kısmen boşluk doldurma kuramı ve kısmen de hukuki konstrüksiyon kuramı yani yaşam olaylarının hukuk normlarına ve hukuk normlarının kurum kavramlarına alta koyma işlemleri bağlamında yer almaktadır.

Eleştiri

Çokanlamlılığına karşın, ya da daha doğrusu çokanlamlılığı nedeniyle "ND" kavramı hukuk içtihadı üzerinde dikkate değer ve sürekli hayranlık etkisi uyandırmaktadır. Bu etkisi, kendine özgü kariyerinin 19. yüzyıldaki başlangıcından bu yana sürmekle birlikte, kavram türlü eleştirilere de uğramış bulunmaktadır. Mamafih, bu deyimin hukuk dilindeki kullanımından vazgeçilmesi ve bunun yerine, bununla kastedilen şeyin tam olarak saptanması gibi öneriler de etkisiz kalmıştır. Bu formülün eskiliği, yerleşmişliği ve evrensel kullanımı ile kendisine yollama yapmanın rahatlığı dikkate alındığında bu öneriler naif kalmaktadır. Yalnızca son zamanlarda yapılan bu konuya yönelik birçok monografik çalışma nedeniyle de olmamak üzere, hukuk mesleğindeki temellendirmede bu kavram rast gele, eleştirisiz kullanılmamalıdır.

Literatür

Ballweg, Von einer Lehre von der natur der Sache, 2. baskı, 1963

Diesselhorst, Die Natur der Sache als außergesetzliche Rechtsquelle, verfolgt an der Rechtsprechung zur Saldotheorie, 1968

Dreier, Zum Begriff der "Natur der Sache", 1965

Garcon Valdés, La Naturaleza de la cosa en el pensienamento juridico filosofico contemparanéo aleman 1967

Kaufmann, Analogie und "Natur der Sache", 1965

Kim, "Methodentrialismus" und "Natur der Sache" im Denken Gustav Radbruchs, doktora tezi, 1966

Kalb, Der Begriff der Natur der Sache in der Höchstrichterlichen Rechtsprechung, doktora tezi, 1963

Marx, Die juristische Methode der Rechtsfindung aus der Natur der Sache bei den Göttinger Juristen J. S. Pütter und F. Runde; doktora tezi, 1967

Neusuess, Gesunde Vernunft und Natur der Sache, 1970

A. Poulantzas, Nature de choses et droit, 1965

Radbruch, Die Natur der Sache als Juristische Denkform (1948), 1960

A. Schwarz-Liebermann von Warendorf, Réflexion sur la nature de choses et la logique du droit, 1972

Sprenger, Naturrecht und Natur der Sache, 1976

Marx, Hukuk, Etik

Hilmi Yavuz

Marksizmin, kuşatıcı ve bütünsel bir Etik'i ve bir Hukuk kuramı olmadığı, olamayacağı; çünkü Ahlak'ın ve Hukuk'un birer "üstyapı" kurumu (düzlemi) olarak sınıf–bağımlı ("class–bound") bir konumda bulundukları; dolayısıyla da, olsa olsa sınıf–bağımlı bir ahlaktan ya da sınıf–bağımlı bir hukuktan söz edilebileceği öne sürülür; hukukun ve etikin bağımlı oldukları (toplumsal) sınıfa gönderme yapılarak tanımlanabileceği belirtilir! "Feodal" ahlak, "burjuva" hukuku vb. örneklerinde olduğu gibi.

Bu önesürüş doğruysa, Marksizm bağlamında bütünsel, kuşatıcı ve sınıf–bağımlı olmayan bir etikten ya da bir hukuk kuramından değil, sınıf–bağımlı olduğu için parçalı (fragmentary) bir ahlaktan (küçük harfle) ve bir hukuktan söz edilebileceği çıkarımsanabilir mi? Bir başka deyişle, Marksizm'de hukukun ve ahlakın sınıf–bağımlı oluşunun, hukuka ve ahlaka ilişkin bütünsel, kuşatıcı ve sınıf–bağımlı olmayan bir kuramı zorunlu olarak dışta bıraktığı söylenebilir mi?

Daha başından şunu söylemekte yarar var: Marksizmin kurucularının ayrı bir etik, ya da bir hukuk kuramı öne sürmek gibi bir niyetleri olmamıştır. Tersine: Marx'ın ahlaksal önkabullere dayalı normatif bir etik, ya da soyut haklara dayalı bir hukuk kuramını reddettiğini söyleyebiliriz. Marx, (ana)yasal hakların, ahlak ilkelerinin rasyonel ve ebedi "norm"lar olmadıklarını; dolayısıyla, toplumdan önce gelmediklerini; bunların, toplumun dışında oluşmuş kavramsal bir dizge olarak verilmediklerini; bu yüzden de bu hak ve ilkelerin toplumu "yukarıdan" belirlemediklerini önesürer. Ona göre, bu ilkeler, kodlar ve haklar, yaşam biçimlerinden, kısaca toplumsal pratikten çıkar; tersiyse doğru değildir.[1] İşlevlerin toplumsal bölüşümü ya da karakteri değiştikçe, yani sınıflar değiştikçe, "verili" ahlak ilkeleri, yasal haklar ve dizgeler de değişir. (Ancak, özellikle Roma Medeni Hukuku'nun, Marx'ın argümanını ne kertede örselediğini ileride göreceğiz.)

Özetle şu: İnsanlık tarihini, toplumların sınıf bazında dönüşümleriyle temellendiren bilimsel kuram, toplumsal bilincin öteki bütün formlarını belirlediği gibi, hukuk ve ahlakın da belirlendiğini öne sürer. Bu, apaçık böyle.

Ama, gene de Marksizmin, sömürüldüğü için acı çeken işçi sınıfını, dolayısıyla tüm insanlığı özgürleştirmek gibi bir erek'i *(telos)* içerdiği de yadsınamaz. Marx, bu özgürleşmenin, yabancılaşmanın ortadan kalkması ile gerçekleşebileceğini söyler. Yabancılaşmayı *(Alienation),*

Nesnelleştirmeden *(objectification)* ayırır ve Hegel'i bu iki kavramı birbirine karıştırdığı için eleştirir. Nesnelleştirme, insanın kendisini, doğada ve toplumda örneğin, alet üreterek dışsallaştırması *(exteriorisation)* sürecidir: İnsan, bu süreçte, ekonominin en basit formu üzerine kurulmuş toplumsal ilişkiler yapısı içinde, başkaları (öteki) için, zorunlu olarak bir obje (nesne) durumuna gelir. Nesnelleştirme, burada doğanın insansallaştırılması, insanın doğayı kendi dilegetirişine dönüştürmesi söz konusu olduğu için, kaçınılmazdır. Yabancılaşma ise, insanın kendi etkinliğini, kendi özünü, kendi dışında yabancı ve yıldırıcı bir iktidar olarak bulması anlamına gelir. Kapitalist toplumda nesnelleştirme, emek açısından bir yabancılaştırma süreci; sermaye açısındansa, yabancılaşmış emeğin temellükü *(appropriation)* olarak görünür.[2] Dolayısıyla yabancılaşmanın aşılması, "gerçek bir insansal toplum" *(truly human society)* kurulması için zorunlu bir önkoşul olur. Burada, yabancılaşmanın aşılmasının, bir kendinde –son, koşulsuz bir erek, ya da Kant'çı bir anlamda bir imperativi içerdiği düşünülebilir. "Yabancılaşma aşılmalıdır!" türünden bir imperativ, gene de sınıf–bağımlı kalacak, dolayısıyla da, kendinde –son olmayacaktır. Üstelik, koşullu bir imperativ olduğu, bir Kategorik–İmperativ olmadığı için, ahlak ilkesi de olamayacaktır. Burada herkesin kolaylıkla kavrayabileceği basit ve çok bilinen bir savı yineleyeceğim: Gerçek insansal toplum, bir ahlak ideali olarak, bütün sınıfların ve devletin "solduğu" sınıfsız bir toplumun idealidir. Öyleyse, kuşatıcı bir Etik, ancak, toplumun sınıf–bağımlı, yani parçalı *(fragmentary)* bir toplum olmaktan çıkmasıyla gerçekleşir. Bu durumda da ahlakın sınıfsal olmaktan çıkıp İnsan Doğası'na ilişkin bir kurama (Etik) dönüşebilmesinin önkoşulları hazırlanmış olur.

Öte yandan, hukukun İnsan Doğası'na ilişkin bir Kuram'ı temellendirmesi konusunda, Marksizm bağlamında epistemolojik bir problem var gibi görünüyor. Bu problem şudur: Marx'ta ekonomik yapı (ya da "altyapı"), mülkiyet ilişkileriyle temellendirilmiştir. Mülkiyet ilişkileriyse, insanların içinde bulundukları hukuksal *(legal)* ilişkilerin oluşturduğu alanda gerçekleşir; ya da en azından, mülkiyet ilişkilerinin bir bölümünü oluşturur. Böyle olunca da hukuk, nasıl bir üstyapı kurumu olabilir? Problem budur.

Üstelik Marx'ın *Ekonomipolitik'in Eleştirisi'ne Katkı*'ya yazdığı 1859 (ilk) önsözünde, üstyapıyı "siyasal ve hukuksal" bir kurum olarak betimlediğine bakılırsa, problem, temelli bir çelişkiyi de içeriyor. G.A. Cohen'in "legalite problemi" *(the problem of Legality)* adını verdiği[3] bu güçlük, Cohen'in dilegetirişiyle şöyledir: "Ekonomik yapı mülkiyet ilişkileriyle kuruluyorsa, bu yapı, açıkladığı varsayılan legal üstyapıdan nasıl ayrılır?" Cohen, Plekhanov'un, "tarihsel görüngeleri anlamanın anahtarı, mülkiyet ilişkilerinde aranmalıdır, demek, bu anahtar hukuk kurumlarındadır demektir" sözünün hemen arkasından "ama hak hak, ekonomi de ekonomidir; bunları birbirine karıştırmamak gerekir" dediğini aktardıktan sonra soruyor: "Ekonomik yapı hukuksal terimlerle tanımlanıyorsa *(defined)*, bu iki düzlem nasıl birbirine karışmaz? Bu tanıma göre, ekonomik yapı, mülkiyet yapısı değil midir? Ya da en azından, mülkiyet yapısını içermekte değil midir?"[4]

Kuşkusuz bu problem, ekonomik yapının kendisi ile o yapının hukuksal *(legal)* dilegetiriliş biçimlerinin farklı epistemolojik düzeyler oldukları öne sürülerek çözümlenemez. Çünkü hukuksal *(legal)* yapı, burada, ekonomik (alt) yapı üzerine (onun hakkında) bir dilegetiriş tarzı, ya da bir öte–söylem değil, (alt) yapının ta kendisidir; bir başka deyişle, Marksizmde üretim ilişkileri ile mülkiyet ilişkileri bir ve aynı şeydir.[5]

Gelgelelim Marx, sanki böyle bir problem yokmuş gibi konuşmaktadır. *Ekonomipolitik'in Eleştirisi'ne Katkı*'ya yazdığı 1859 önsözünden 10 yıl önce, 1849'da Ren Demokratları'nın yargılanmaları sırasında tanık olarak dinlendiğinde Marx, şunları söyleyecektir: "Toplum hukuk üzerine kurulamaz. Bu, hukuksal *(legal)* bir kurmaca'dır *(fiction)*; tersine, hukuk, toplumun üzerine kurulur ve toplumun ortak çıkar ve gereksinmeleri de, belirli bir tarihsel dönemdeki maddi üretim tarzının sonucudur. Şu anda elimde tuttuğum Code Napoléon, modern burjuva toplumunu yaratmış değildir; –tersine, 18. yüzyılda ortaya çıkan ve 19. yüzyılda gelişen burjuva toplumu, bu kodda, kendi hukuksal *(legal)* dilegetirilişini bulur."

Bu çelişki, belki de Marx'ın, özellikle *Grundrisse*'de, çözmekte bir hayli zorlandığı bir başka problemin de temelidir. Marx, bu metinde, Roma özel hukukunun konumuna değinir ve "burada tartışılması asıl güç olan nokta" der, "üretim ilişkilerinin hukuksal, ilişkiler biçiminde nasıl orantısız bir biçimde geliştiğidir".[6] Marx, "örneğin, Roma Medeni Hukukunun (ceza ve kamu hukukunda o kadar değil) modern üretimle ilişkisi böyle" der. Marx'ın burada "üretim ilişkilerinin hukuksal ilişkiler" (mülkiyet ilişkileri) biçiminde gelişmesinden söz edişini, özellikle vurgulamak gerekiyor.

Roma Özel Hukuku'nun Marx'ın dizgesinde istisnai bir konumda bulunması, üretim ilişkilerinin değişmesine karşın, hukuk dizgesinde (legal ilişkilerde) bir değişiklik olmamasından kaynaklanıyor. Öyleyse bu problemi şöyle koyabiliriz: Nasıl oluyor da, modern Kapitalist üretim ilişkileri, içeriği (kavramları, kuralları vb.) antik Roma yasalarına çok şey borçlu olan birtakım yasalarca düzenlenen mülkiyet ilişkilerinde, hukuksal *(legal)* dile getirilişini bulabiliyor?

Marx'ın bu problemin çözümüne ilişkin açıklamalarını yine *Grundrisse*'de buluyoruz: Marx, şöyle diyor: "Bu Hukuk (Roma Medeni Hukuku) her ne kadar mübadelenin kesinlikle gelişmemiş olduğu bir toplum aşamasına tekabül ediyorsa da, yine de sınırlı bir çerçevede mübadele gelişmiş olduğu için *hukuki kişi*'yi, yani tam deyimiyle mübadele içindeki bireyi belirleyen karakteristikleri tanımlayabilmiş ve böylece sanayi toplumunun hukukuna (ana hatlarıyla) ve özellikle yükselen burjuva toplumunun Ortaçağ'a karşı öne sürmek zorunda olduğu hukuka öncülük etmiştir. Oysa bu hukukun gelişmesi, Roma toplumunun çözülme dönemine rastlar."[7]

Demek ki, Marx'a göre, Kapitalist mülkiyet ve mübadelenin ögeleri, Kapitalist ekonomik yapının oluşmasından çok daha önce ve dar idiler ve bu ögeleri örgütleyen antik yasalar, bunların "Kapitalizm" adını verdiğimiz özgül örgütlenişi içindeki ilişkilerine *a fortiori* uygulanabiliyorlar. Ya da şöyle: Bir sosyal formasyonda *periferik* olan bir tür mülkiyet ilişkileri (hukuksal ilişkiler), bir başka sosyal formasyonda *Merkez*'e taşınabiliyor; Mülki-

yet ilişkilerinin Merkez'de ya da Periferik olmalarını ise, o sosyal formasyonda eklemlenmiş olan üretim tarzlarından hangisi başatsa *(dominant)*, o belirliyor!

Roma Özel Hukuku'nun bu konumu, hukukun, ya da hukuksal *(legal)* ilişkilerin (mülkiyet ilişkilerinin), Marx'ın dizgesinde, tıpkı ahlak gibi, ekonomik yapı tarafından dolayımlandığını *(mediated)* gösteriyor. Öyleyse, gerek hukukun gerekse ahlakın, altyapı ile dönüştüğünü, bu bağlamda kesinlemek gerekiyor.

Hukuk ve ahlakın Marx'ın dizgesinde, öteki düzlemlerle birlikte dönüşüyor olmasının bir kuramsal sınırı var; sınıfsız toplum! Marx'ın *Gotha Programının Eleştirisi*'ndeki "herkesten yeteneğine göre, herkese ihtiyacı kadar" maksimi ile dile getirilen "Adalet" kavramının hayata geçirildiği gerçek insansal toplumun ta kendisidir.

Demek ki, Marksizm'de hukuk ve ahlak, pratik ideolojiler (deyiş Althusser'indir) olarak, sınıf–bağımlılıklarını örtük bir biçimde dile getirirler ve sınıflı toplumlarda gerek bilimsel/kuramsal pratiklerle (bilim gibi), gerekse kuramsal pratiklerle (Diamat dışında felsefeler ve teoloji gibi) karşıtlaşırlar. Öte yandan Marx, "Herkesten yeteneğine göre, herkese ihtiyacı kadar" formülasyonu ile dilegetirilen distribütiv adaletin, başka türlü söylersek: gerçek bir insansal toplumda sınıf bağımlılığından zorunlu olarak kurtulmuş hukuk ve ahlakın, bu kez Sınıfa değil de İnsan Doğası'na temellenebileceğini söylemiş olabilir. Burada, gereksemeler ve yeteneklere dayalı bir Adalet anlayışının, hukuk ve ahlak için felsefi bir temel oluşturuyor olabilmesinin İnsan Doğası'na ilişkin bir söylemi içerdiğini kesinleyebiliriz. Ahlak ve Hukuk, ancak sınıfsız bir toplumda birer Kuramsal İdeolojiye dönüşebilir ve ancak bu koşullarda Marx'ın Bilimsel Kuram'ı onun felsefi antropolojisine eklemlenebilir.

NOTLAR

1) Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için Bkz. Eugene Kamenka, *The Ethical Foundations of Marxism*, Routledge Kegan and Paul, Londra 1962, s. 106–109.

2) Alan Swingewood, *Marx and Modern Social Theory*, Macmillan, Londra 1979, s. 90–91.

3) G.A. Cohen, *Karl Marx's Theory of History*, Charendon Press, Oxford 1984, s. 217.

4) *a.g.y.*

5) Ekonomik altyapının dilegetiriliş tarzının hukuksal *(legal)* terimleri bu söylemin dışında bırakarak yeniden yazılması, bu probleme bir "çözüm" olarak öne sürülmüştür. (Bkz. G.A.Cohen, Karl *Marx's Theory of History*, a.g.y.) Cohen'in bu çözümü içeren (ayrıntılı) argümanını aktarmak gereksiz. Ancak, ilk evrede, analitik olarak "F–hakkı'nı F–gücü" (iktidarı) diye yazarak işe giriştiğini belirtelim.

6) Karl Marx, *Grundrisse* (Ekonomi Politiğin Eleştirisi İçin Bir Ön Çalışma), Birikim Yayınları, İstanbul 1979, s. 183.

7) *a.g.y., s. 280.*

Immanuel Kant'ta Özgürlük, Ahlak, Hukuk ve Devlet

Ahmet Ulvi Türkbağ

1. Bölüm

"Her şerefli insan, vicdanını yitirmektense, şerefini yitirmeyi yeğ görür."

Montaigne

A) Giriş

İnsanlık varolalı beri tartışılan bazı sorunlar vardır ki, günümüze değin onlar üzerinde sonuçsal bir çözüme varmak mümkün olmamıştır. Bunun yanında bir takım sorunların fark edilip çözüm aranması, insanlığın belirli bir olgunluğa erişmesini gerektirmiştir. İşte Kant, yukarıda belirtilen her iki tip soruna da çözüm getirmek amacıyla köklü bir araştırmaya girişerek sonuçta büyük bir felsefi sistem kurmuştur.

O'nun sistemi gibi tek bir kişi tarafından kurulup geliştirilen ve pek çok sorunu kapsamına alan düşünsel çalışmalar, felsefe tarihinde parmakla gösterilecek kadar azdır.

İleride de göreceğimiz gibi, Kant'ın değeri, getirdiği çözümlerin tartışmasız doğruluğundan kaynaklanmamaktadır. O, daha çok olağanüstü disiplinli çalışmasıyla felsefeye yeni bir görüş açısıyla, yeni sorunlar getirmiş; daha doğrusu, önceleri bölük pörçük ortaya konmuş sorunları sistemli ve açık şekilde ifade etmiştir. Yani O'nun asıl değeri sisteminin içeriğinde değil yaklaşımında ve formundadır. Kant Sisteminde içeriği belirleyen bir öğe olarak formun rolü düşünülürse bu sonuca da şaşmamak gerekir.

Bu çalışmada günümüzde de tartışılmaya devam eden ve dolayısıyla belirli bir değere sahip olan Kant Sistemi **özgürlük, ahlak ve hukuk** ağırlıklı olarak incelenmeye çalışılacaktır.

B) Kant'ın Düşünce Dünyasına Getirdiği Yenilikler

1 – Kant ve Kopernik

Kant, Königsberg Üniveritesi'ne felsefe öğrencisi olarak girmekle birlikte, doğa bilimleri ve matematikle de oldukça derinden ilgilenmiştir. Sistemi de bu ilgisinden bağımsız değildir. Aksine O, Sistemini çağının doğa bilimleri ve matematik bilimlerde ulaştığı aşamada üzerine kurmuştur.

Hume'un etkisiyle dogmatik uykusundan uyandıktan sonra,[1] salt aklı eleştirel bir incelemeye tabi tutmuş ve vardığı sonuçları Kopernikus vari bir devrim olarak nitelendirmiştir.[2] Kant bunu şöyle ifade ediyor: "Kopernikus, bütün yıldızlar kümesinin, gözleyicinin çevresinde dön-

düğünü varsayan gökcisimlerinin hareketlerine ilişkin açıklaması tutmayınca, o zaman yıldızları durağan bırakan ve onların çevresinde gözlemciyi döndüren varsayımının daha başarılı olup olmadığını denedi".[3] Kopernik, "Yer küresini evrenin merkezi olmaktan çıkarıp güneş etrafında dolanan sıradan bir gezegen saymıştır".[4] Yani Güneş ve diğer gezegenleri dünya etrafında döndürme yerine; dünyayı güneş etrafında döndürmüştür.

Kant'ta çağının anlayışının tersine zihni nesnelerin çevresinde değil, nesneleri zihnin çevresinde dolaştırmıştır.[5] Yani tek bir cümle ile ifade etmek gerekirse Kant'ın devrimi: "Nesnelerin bizim bilgimize göre biçimlendiğini, bilgimizin nesnelere göre biçimlenmediğini söylemiş olmasıdır."[6]

2 – Kritisizm

Belki de Kant'ın bilim ve felsefe dünyasına en büyük armağanı kritisizmdir. O'nu kritisizme yönelten Hume'un septisizmidir.[7] Şöyle ki, belirli kavramların mutlak doğruluğunu kabullenerek yola çıkan dogmatizmden kurtulmak isteyen Kant her çeşit bilgiye kuşkuyla bakan septisizmi kullanmıştır.

Doğru bir bilgi elde edebilmek için başlangıçta şüphecilik gereklidir. Ancak onda da aşırıya kaçmamak gerekir. Nitekim Kant, her türlü bilgimizin merkezi olan saf aklı eleştirel bir yaklaşımla inceleyerek ve bilginin bilgisini sorgulayarak işe başlamıştır. O dogmatik körlükten kurtulmuş ve fakat şüpheciliğin karanlıklarına da gömülmemeyi başarmıştır. Kant'ın açık bir biçimde ortaya koyduğu bu eleştirel yaklaşım sonraları özellikle sosyal bilimlerde objektif ve değerli bir yöntem olarak benimsenmiştir.

C) *Kant Sistemi'nde Temel Sorun: Bilgi*

Salt Matematik Nasıl Mümkündür?

Salt Doğa Bilimi Nasıl Mümkündür?[8]

Kant, Saf Aklın Eleştirisi'nde kendine bu iki soruyu sorup cevap aramaktadır. O, Hume'un kuşkuculuğu ile yola çıkmıştır. Ama kesin, açık ve bilinebilir sonuçlara varabileceğine de inanmaktadır. Şimdi O'nun kendi metodunu kullanmaya çalışarak bilgi hakkındaki görüşlerini incelemeye çalışabiliriz.

1 – İki Evren ve İki Bilgi

Bilgimizin eleştirisine dayanan bu sistemde, öncelikle bütün olay, olgu ve kavramlar gözden geçirilerek bunlar hakkında nasıl bilgi edinebileceğimiz sorusu yöneltilir. Sonuçta ise iki evren için iki ayrı bilgi edinme yoluna varılır. Şöyle ki, uzay–zaman içinde geçen olay ve olgulardan oluşan algılayabildiğimiz fenomenler (görüngüler) evreni ve duyulardan ayrı algılanamayan, yalnızca aklın ulaşabildiği *Kendinde şeyler* (Ding an sich), numenler evreni olarak iki evren görünür.[9] Biz her iki evren hakkındaki bilgiye farklı yollardan erişebiliriz ve elde ettiğimiz bilginin niteliği de farklıdır.

Fenomenler evrenine ilişkin bilgiyi algı ile elde ederiz. Bu nedenle bu evrene ilişkin bilgilerimiz, cisimlerin bizatihi varlığına ilişkin değil, algının bize sunduğu şekliyledir. Bundan dolayı bir fenomen duyarlığı ve anlığı olan bir suje, yani genel olarak bilinç için geçerli olan algıların bir toplamıdır. Sonuç olarak, bizim fenomenler dünyasına ilişkin bilgilerimiz eksik ve bize algının sunduklarıyla sınırlıdır.

Ancak yine de objektiftir. Çünkü bilinç sahibi bir özne–insan için tam ve aynıdır.[10] Oysa numenler kendinde şeyler evrenine ilişkin bilgimiz çok daha kapsamlı ve geniştir. Kendinde şeye doğrudan düşünce ile ulaşabildiğimiz için onun aslını olduğu gibi kavrayabiliriz. Numenler evreninin kavramlarına içerik kazandıran da aklın kendisinden başkası değildir. Görüleceği gibi Kant, "Duyulur ve Düşünülür Dünyanın Formları ve İlkeleri" adlı yapıtında ortaya koyduğu bu düşüncelerle, Objektif İdealizmi benimsemiş olmaktadır. Daha sonra yayınladığı üç kritiğinde de bu düşüncelerini geliştirecektir.

2 – Bilginin Niteliği ve Özellikleri

Yukarıda belirtildiği gibi Kant, Saf Aklın Eleştirisi'nde bilgimizin niteliği konusunu tekrar gündeme getirir.

"İmdi deneyden ve hatta bütün duyu izlenimlerinden bağımsız, ayrı böyle bir bilgi var mıdır?... (Bu) derinliğine araştırılması gereken bir konudur. Bu tür bilgilere a priori denir ve bunlar kaynakları a posteriori olan, başka bir deyişle, deneyden gelen empirik bilgilerden ayırt edilir".[11]

Bu girişin ardından Kant a priori dediği kavramların anlamını da saptamaktadır. "a priori bilgiler deyimini yalnız, şu ya da bu deneyden çıkmayan anlamına değil de, her türlü deneyden salık olarak bağımsız meydana gelen bilgiler anlamında alacağız."[12] Ancak aynı yapıtta Kant her türlü bilginin deneyle başladığını belirtmektedir.[13] Şimdi bu çelişik gibi görünen ifade üzerinde duralım.

Bilgi deneyden gelir ama bu bilginin tüm unsurlarının deneyden çıktığı anlamına gelmez. İçeriksel bilginin deneyden geleceği açıktır. Var olan bir A olgusu hakkındaki bilgimizi deneyden elde ederiz. Ama kesinlikle bilgi olgusunun kendisi ve bilme yetisi deneyle ilgili değildir. İşte a priori kavramı bu noktada ortaya çıkmaktadır. Bu önsel biçimler bilgi elde edişimizde ve kavrayışımızda çok önemli role sahiptirler. Öyle ki, biz fenomenler evreninden gelen verileri, bu zorunlu ve tümel olan **önsel biçimlerle birlikte ve onlara göre algılayıp kavrarız.** A prior'ler, hem algı sırasında –eklenerek– hem de kavrama sırasında –düzenleyerek– bilgi edinme sürecinde önemli bir işleve sahiptirler. Örneğin belirli bir fizik olay olan Ay'ın hareketini algılarken biz O'na duyarlığımızın iki önselini –uzay ve zamanı– ekleyerek algılarız. Dolayısıyla Ay'ın hareketini bildirirken de, belirli bir zaman ve uzamda yer değiştirmeden söz ederiz.

Bilgimizin düzenlenip kavranması aşamasında da, önsel biçimler belirli işlevlere sahiptirler. Duyarlığımızın yanı sıra anlığımızın da önselleri vardır. Bunlar "Kategorilerdir".[14] Nicelik, nitelik, nedensellik vb. olup on iki tanedir. Anlık bu kategoriler sayesinde duyarlığın sunduğu verileri biçimlendirip düzenleyerek kavrar. Yukarıdaki örneğe dönecek olursak, duyarlığımız ayın hareketinin ardından, denizlerin hareketini de (gel–git) anlığa getirir. Anlıkta kendi önseli olan nedensellik bağını bu iki olaya uygulayarak onları biçimlendirip düzenler, biz sonuçta gelgit olayının nedeni olarak Ay'ın Dünya çevresindeki hareketini kavramış oluruz.[15]

Bir de bu konuda analitik ve sentetik yargılardan söz etmek gerekir. Kant, bu yargıları şöyle tanımlar.

"Ya 'B' yüklemi, 'A' konusunun içinde

örtük olarak bulunan bir şeydir; ya da 'B' yüklemi yargının konusu olan 'A' kavramına gerçekte bağlı olmakla birlikte, tamamen 'A' kavramının dışındadır. Birinci türdeki yargılara ben analitik (çözümleyici) yargılar, ikinci türdeki yargılara da sentetik (Birleşimsel) yargılar diyorum."[16]

"Bunlardan birincilere açıklayıcı, ikincilere de genişletici yargılar diyebiliriz; çünkü bu birincilerde yüklem, konu kavramına hiçbir şey katmaz, bu kavramda düşünülmüş olanı (karışık da olsa) yalnız çözümleme ile parça kavramlara ayırırlar; buna karşılık ikincilerde konu kavramında hiç de düşünülmemiş olan ve bu kavramın çözümlenmesi ile çekip çıkarılamayacak bir yüklem katarlar."[17]

Bu tanımlar çerçevesinde tüm matematiğin ve doğa bilimlerinin yargıları sentetik yargılardır. Son olarak Saf Aklın Eleştirisi'nde çözümlenmek istenen temel sorun üzerinde duralım: bu sorun, insan bilgisinin sınırı ve her çeşit deneyden bağımsız bir bilgi olup olmadığı sorunudur. Kant bu sorunu bir çeşit uzlaşımla çözerek bilgiyi, dış dünyadan gelen verilerin bilinççe değerlendirilmesi olarak kabul ederek "görüsüz kavramlar boş, kavramsız görüler kördür" formülüyle ifade etmiştir. Dolayısıyla bilgi, duyarlık ve anlığın birlikte çalışması sonucu elde edilebilir.[18]

3 – Değerlendirme

Görüldüğü gibi Kant, sistemini kurmuş ve belirli mutlak kavramlara ulaşmıştır. Bunları çağında geçerli olan Newton fiziği ve Eukleides geometrisinden almıştır. Şöyle ki, Newton fiziğine göre zaman ve mekan mutlak kavramlardır. Kant, bu mutlaklığı doğadan alıp bilincin özelliği haline getirerek açıklamış ve belki daha da katılaştırmıştır.[19] Yine O, uzay kavramını mutlak olarak gören Eukleides geometrisini kabul etmiştir ki bu geometri 2000 yıldır geçerliydi. Kant'ın böyle sağlam dayanakları sistemine temel alması uzun süre geçerli olacak bir eser yaratma isteğindendir. Fakat ne yazık ki, ölümünden kısa bir zaman sonra, 2000 yıldır geçerli olan Eukleides geometrisine karşı yeni geometri akımları doğmakta gecikmemiştir. Bunlardan ilki, Eukleides'in beşinci postulasına karşı çıkarak bir noktaya iki paralel doğru çizilebileceğini savlayan Lobaçevski Geometrisi (Hiperbolik Geometri)'dir. Ardından beşinci postulayı reddedip ikinciyi de değiştiren Riemann Geometrisi ortaya atılmıştır. Geometri konusundaki bu değişikliklerin ardından Newton fiziği de Einstein'ın izafiyet kuramı ile Planc'ın Quantum kuramı tarafından köklü değişikliklere uğratılmıştır. Gerçi Newton fiziği geçerliliğini tümüyle yitirmiş değildir. Ancak, artık evren dişli çarkları takırdayarak çalışan büyük bir mekanik düzen olmaktan çıkmıştır. İzafiyet Teorisi, zaman ve mekanın mutlaklığını ortadan kaldırırken, Quantum şaşmaz ve sarsılmaz bir ilke olarak görülen nedensellik bağını yüksek bir olasılığa indirgemiştir.

Pozitif temelin değişmesi ile ortaya çıkan bu eleştirilerin dışında Kant'a yöneltilen diğer bir eleştiri de Agnostik (Bilinemezci) bir tutum izlediği yönündedir. Özellikle kendinde şeylerin ancak inançla kavranabilmesi eleştirilmiştir.[20]

Bunun dışında çağdaş bilim ne Kant öncesinde olduğu gibi obje merkezli ve ne de Kant'ın yaptığı gibi suje merkezli bilgi edinmeyi kabul etmemektedir. Günümüzde karşılıklı bir görelilik söz konusudur. Şöyle ki: "Bu kuramlarda mutlak uzay ve mutlak zaman (ve bu arada eşzamanlılık) ortadan kaldırılmaktadır ki, böylece, gözleyen özne (süje) ile gözlenen nesne (obje) arasındaki geleneksel bağın yerine, her ikisinin bir arada çalışması ile oluşan yeni bir bağ konumlanmıştır. Atom fiziği alanında kesin nedensellik yasalarının yerini olasılık yasalarının almış olması bunu göstermektedir."[21] Son olarak O'nun bilgi anlayışının fenomenler evrenini, doğayı, tümüyle insana bağımlı kıldığı oysa doğanın varlığının insanın varlığına bağlanamayacağı eleştirisi de getirilmiştir.[22]

Görüldüğü gibi Kant'a yöneltilen eleştirilerin ana nedeni geometri ve fizikteki değişikliklerdir. Buna yol açansa O'nun teorisini tümüyle çağdaş bilimlere dayandırmış olmasıdır. Yine de Kant'ın üzerinde durduğu pek çok sorun henüz çözümlenmiş değildir. Ve getirdiği *eleştirel yaklaşım* metodu en az sunulduğu günkü kadar geçerliliğini korumaktadır.

II Bölüm

A) Saf Akıldan Pratik Akla Geçiş: Özgürlük – Ahlak

Kant'ın gerek ahlak gerekse hukuk felsefesindeki temel kavram özgürlüktür. Saf Aklın Eleştirisi'nin bir bölümü de antinomilerle ilgilidir. Antinomiler: görünüşe göre her biri ispat edilebilen karşılıklı önermelerdir.[23] Kant, 5. antinomisinde doğada varolduğuna inandığı katı nedenselliğe karşılık, özgür olan nedenselliği ele alır.[24] Özgürlüğe ulaşabilmek için, evrenin, kendi nedeni olmayan özgür bir ilk nedene sahip olduğunu ve dolayısıyla başka ilk nedenler de bulunabileceğini söyler. Böylelikle O, nedensellik zincirini başlatan bir suje olarak insanın irade özgürlüğünün varlığını kanıtlamaya çalışır. Ayrıca sisteminde, ahlaki davranışın bir ön koşulu olarak irade özgürlüğüne ihtiyaç duymaktadır. Aslında O'nun düşüncesinde bu kavramlar karşılıklı ve sürekli birbirini tamamlar niteliktedir. İleride görüleceği gibi, özgürlükle başlayan ahlakilik ideal şartlarda yine özgürlükle sona ermektedir. Yani doğa, insana bir çıkış noktası olarak özgür iradeyi sunmuştur. İnsan onu kullanarak gerçek, uygulanır özgürlüğe ulaşacaktır.

Kant, Pratik Aklın Eleştirisi'nin önsözünde özgürlüğü her iki aklında kilit taşı olarak tanımlamaktadır. Ayrıca özgürlük öyle bir İde'dir ki, diğer idelere de nesnelleşme olanağı verir. Özgürlükle ahlak yasası arasındaki ilişki Kant şöyle dile getiriyor:

"Özgürlük ahlak yasasının *ratio essendi* (varlık düzenidir)'sidir, ama ahlak yasası da özgürlüğün ratio cognescendi (bilgi düzeni)'sidir. Çünkü ahlak yasası aklımızda daha önce düşünülmüş olmasaydı, özgürlük gibi bir şeyi varsaymakta kendimizi hiçbir zaman haklı göremezdik. Ama özgürlük de olmasaydı, içimizde karşılaşabileceğimiz bir ahlak yasası hiç bulunmazdı."

Kant'ın ahlakla ilgili düşüncelerini üç temel kavram altında inceleyebiliriz. İyi irade, Kategorik Emperatif ve özgürlük. Bunlardan irade her iki evrene de ait olup merkezi bir öneme sahiptir.[25] O'na göre gerekli olan şey kendisellikle bu iradenin iyiliğidir. "Dünyada hatta dünyanın dışında iyi niyetten başka kayıtsız şartsız iyi sayılabilecek başka hiçbir şey düşünülemez.[26] Yani, ampirik ya da düşünsel başka hiç bir etki olmaksızın iyi harekete tam bir içten kararla hazır olma-

dan meydana gelen iyi irade[27], O'nun ahlak düşüncesini temellendirir.

Tek bir tümceyle bir davranışın ahlaken iyi olması, onun meydana getireceği sonuç ve etki için değil, bizzat kendisi için gerçekleştirilmesine bağlıdır.[28]

Kant'ın genel felsefesi dikkate alındığında vardığı bu sonuç pek de şaşırtıcı değildir. Nasıl ki, bilgi teorisinde hakikat, düşüncenin objesi ile uygunluğunda değil de, doğrudan kendi yasalarına uygunluğunda ise; bir eylemin ahlakiliği de, nesnel bir değere uygunluğunda değil, bizzat kendi yasalarıyla uyuşmasındadır.[29] Bu noktada karşımıza kategorik emperatif çıkmaktadır. Şöyle ki, özgür irade sahibi insan doğal zorunlulukla değil, gereklilikle hareket edebilecektir. Bu şartlar altında iradenin onu zorlaması ancak buyruk biçiminde olur ki, bütün ahlaki yasalar koşullu (hypothetik) buyruk biçiminde değil, kesin (kategorik) buyruk biçiminde görünürler.[30]

Kant kategorik emperatifi şöyle formüle etmiştir: "Ancak, aynı zamanda genel bir yasa olmasını isteyebileceğin bir ilkeye göre hareket et".[31] Bu temel formülden üç alt prensibe varılır. İlk olarak, "Öyle hareket et ki, iradenin ilkesi genel bir yasa koyucu iradenin ilkesi olarak tanınabilsin"[32]. Bu biçimde formüle edilen otonomi prensibidir. Prensip insanın her türlü dış etki ve güçten bağımsız olarak kendi kendisine empoze ettiği bir yasayı ifade eder. Yani ahlak yasası bakımından insan, hem yasa koyucu; hem de teba durumunda olduğu için kendinden başka bir varlığa itaat etmemiş olur.[33] Doğallıkla bu sonuca ancak ödev için ödev yapılırsa ulaşılabilir ki, ödev de duygulara dayanamaz, akıllı varlıkların birbirleriyle olan bağlantılarına dayanabilir.[34]

İkincisi, "Öyle hareket et ki, hareketinin ilkesi senin iradenle sanki genel bir doğa yasası haline gelebilsin".[35] Bu da evrensellik prensibini ifade eder. Bireyi küçük, dar kalıplarından çıkararak her davranışında tüm insanlığı düşündürmeyi amaçlar.

Son olarak, "İnsanlığı kendi kişiliğinde olsun, bir başkasının kişiliğinde olsun her zaman bir erek gibi görerek hiçbir zaman yalnızca bir araç olarak kullanmayacak şekilde hareket et".[36] Bu daha önce Leibniz tarafından belirtilen ve insanlar üzerinde tahakküm kurulamayacağını deyimleyen, insan kişiliğine saygı prensibidir.[37] Prensip özünde haklı olarak karşılıklı ilişkilerde insanları yalnızca araç olarak görmeyi yasaklamaktadır. Özetle, bu prensiplere uygun ve yalnızca ödev bilinciyle hareket eden insan, özgürlüğe ulaşacaktır. Çıkıştaki irade özgürlüğü birey açısından bu şekilde tamamlanmış olmaktadır. Onu toplumsal hale getirecek olansa birazdan değineceğimiz hukuktur.

B) Hukuk ve Devlet

Ahlak üzerinde böyle ciddiyetle duran Kant'ın hukuku ihmal etmesi düşünülemezdi. O, kesin ve katı olan formal ahlakının üzerine, alt yapısına uygun bir hukuk anlayışı getirmiştir. Sisteminde hukuka ahlaktan geçer ve sürekli ikisini birbirine oranlayarak belirlemeye çalışmıştır. Ancak burada hukukun şanssızlığı, Kant'ın tümüyle koyu bir determinizmin hakim sandığı dış evrene ilişkin olmasıdır. Dolayısıyla hukuk onun gözünde hiç bir zaman ahlakın yüceliğine erişemeyecektir.

Kant, hukukta temel olan iki özellik saptar.[38] Bunlar hukukun, davranışın dış görünümüyle ilgilenmesi ve zorlayıcı olmasıdır. Kant belki de hukuku ahlaktan ayırmak kaygısıyla, onun içsel olaylarla (saik, kast) ilgilenmediğini belirtmektedir.[39]

Ayrıca, hukuka temel özelliğini veren şey de zorlayıcı olmasıdır. Ancak bu zorlama hiçbir zaman meşruiyetini kaybetmemektedir. Çünkü Kant'ın yaptığı tanım gereği hukuk bu zorlamayı "bir kişinin özgürlüğünün başka birisi tarafından tehlikeye sokulmasını önlemek amacıyla" kullanmaktadır.[40] Şöyle ki, Kant'a göre hukuk: "Genel kapsamlı (evrensel) hürriyet kanununa göre, bir kişinin iradi fiillerini, diğer kişilerin iradi fiilleriyle uzlaştıran şartların bütünüdür."[41] Anlaşılacağı gibi, hukuk zorlama gücünü, insanın ahlaken sahip olduğu özgürlüğü koruması ve gerçekleştirmesi yönünde kullanacaktır. Bu anlamda hukuk, "pratik aklın konusu olan hürriyetin bir aracı olmak niteliğini kazanmaktadır."[42]

Her konuda biçimci olan Kant sistemi, hukukta da bu özelliğini göstermektedir. Şimdi O'nun hukuk hakkındaki görüşlerini özetle ve fakat daha ayrıntılı olarak incelemeye çalışalım. Özel hukuk açısından Kant sözleşmelerin kurulmasında yalnızca iradelerin uyuşmasını yeterli görmektedir. Bu uyuşmanın kapsamıysa hukuku ilgilendirmez; görüldüğü gibi, formal ahlak bizi zorunlukla formal adalete götürmektedir. Hukuki ödevler konusunda da şerefli yaşa, kimseye zarar verme, herkese ait olanı ver ilkeleriyle klasik anlayışı benimsemiş olmaktadır.

Kant'ın ceza hukuku alanındaki görüşleri de oldukça dikkat çekicidir. Şöyle ki, ona göre ceza çiğnenmiş olan ödev kuralının ahlaken zorunlu bir doğrulaması olmak dolayısıyla başlı başına bir iyiliktir.[43] Cezanın bunun dışında başka amaçlarla verilmesine gerek yoktur. Ceza bir iyilik olduğu için ceza adaleti de mutlak olmalıdır[44]. Yani devletin, af ve cezanın kapsamı konusundaki yetkilerini dikkatlice kullanması gerekir.[45] Görüldüğü gibi Kant'ın bu konudaki görüşleri oldukça tehlikeli sonuçlara ulaşabilecek niteliktedir. Çünkü, ceza bizatihi bir iyilik olduğu için, onu sınırlamaya ya da başka amaçlarla kuvvetlendirmeye gerek yoktur. Sonuç olarak ceza için ceza verilebilecektir.

Kant doğal hukukun varlığını da kabul eder. Doğal hukuk yalnızca a priori ilkeler üzerine kurulmuştur ve kanun koyucunun iradesiyle kendisini kabul ettiren pozitif hukuktan ayrıdır. Pozitif hukuk, doğal hukukun tam olmayan bir hayalidir.[46] Kant'ta doğal hukuk tümüyle aklıdan doğmuş ve var olan yasaların üzerinde düzenleyici bir role sahiptir.[47]

Devlet görüşüne gelince, bazı özellikler dışında Kant'ın çağının liberal devlet sistemini benimsediği görülür. O da devletin kökeni olarak sosyal sözleşmeyi benimser. Ancak Rousseau gibi, onu tarihsel bir olgu olarak değil, bir ilke olarak kabul eder. O'na göre insanlar haklarda ve özgürlüklerde eşittirler. Bu nedenle doğal yaşama halinde var olan sınırsız özgürlük sürekli didişmeye neden olur. Böylece bireyler, hukukun sağlanmasını emreden aklın isteğini dikkate alarak devleti kurmuşlardır.

"Devlet, bir insan toplumunun hukuk kuralları altında toplanması," ya da daha ayrıntılı olarak, "benim ve seninkinin pozitif kanunlar tarafından garanti altına alındığı, kamu güçlerine korunduğu bir medeni haldir".[48] Kant, Cumhuriyeti en iyi yönetim biçimi olarak görmüştür, kuvvetler ayrılığı ve temsili sistemi kabul etmektedir.

"Ebedi Barış Üzerine Felsefi Bir De-

neme" adlı yapıtında Kant, devletlerarası bir federasyonu ve bunun getireceği barışın ilkelerini ayrıntılı olarak düzenlemiştir. Yapıt incelendiğinde uluslararası hukuka uygulanabilecek pek çok ilkeye sahip olduğu görülür. Ayrıca, eğer O'nun 1795'te ortaya koyduğu bu ilkeler, Birinci Dünya Savaşından sonra dikkate alınsaydı belki de bir ikincisine ihtiyaç olmayacaktı.

C) Sonuç

Kant'ın bilgi teorisine ilişkin değerlendirme ilk bölümün sonunda yapılmaya çalışılmıştı burada ikinci bölümde ele alınan konulara ilişkin bir değerlendirme yapılmaya çalışılacaktır.

İlk olarak çıkış noktasında kabul edilen irade özgürlüğü her ahlak ve hukuk düşüncesinin onsuz olmaz koşulunu oluşturmaktadır. Ancak, ardından özle, içerikle ilgilenmeyen formalist (biçimci) bir ahlak anlayışı gelmektedir. Bu anlayışın sonucu bireyin davranışta bulunurken dikkat etmesi gereken, davranışının genel bir yasa niteliğine getirilip getirilemeyeceğidir.[49] Oysa ahlaki davranış her şeyden öne bazı değerlerin varlığının kabulü ile mümkündür. Kant'ın biçimsel ölçütü, bu konuda yetersiz kalmaktadır. Ayrıca, sınırlı yaşam koşulları içinde bulunan bireyden her davranışında evrenselliği gözetmesini beklemek; ona taşıyamayacağı bir sorumluluk yüklemek olur.[50] Çünkü bu sorumluluğu yerine getiremeyen bireyin ve toplumun dengesi bozulur.

İkincisi de Kant'ın ahlakı, bir Rigorizmdir (yasalara kesin bağlılık)[51]. Kant, ödev bilincinden her türlü iç ve dış etkiyi uzak tutmaya çalıştığı için, içine mutluluk karışan davranışın ahlakiliğini yadsımaktadır. Oysa, değer; ahlaki davranış ve mutluluk arasında ayrılmaz bir ilişki vardır.[52]

Bu konuda ileri sürülen bir görüşte Kant'ın bireyi aşan ahlak anlayışının toplum için uygun olduğudur. Bu görüşe göre konulan ilkeler toplum tarafından iyi birer ilke olarak benimsenip uygulanabilir. Toplumun ve dolayısıyla devletin bu ilkeleri edinmesi hem gereklidir hem de bunları gerçekleştirecek güç ve olanaklara sahiplerdir.[53]

Hukuk hakkındaki görüşlerine gelince, formalizm hukuk alanında da kendini göstermekte ve adaletsizliği birlikte getirmektedir. Çünkü özel hukuk alanında yalnızca iradelerin uyuşmasının yeterli olması, içeriğe bakılmaması ne kadar adaletsiz olursa olsun sözleşmenin geçerli sayılmasını gerektirecektir.

Cezanın bizatihi bir iyilik olmasıysa yukarıda değinildiği gibi, son derece tehlikeli sonuçlara ulaşabilmektedir. Ceza hukukunda böyle bir anlayışın kabulü totalitarizme davetiye çıkarmaktan başka bir sonuç doğurmayacaktır. İyi olan bir şeyin artırılmasında sakınca olmadığına göre ne kadar çok ceza verilirse, suçluya o kadar iyilik yapılmış olacaktır!

Uluslararası hukuk alanında ise Kant'ın çok açık bir şekilde ifade edip, ilkelerini koyduğu federasyon fikri; O'nun Hollandalı bir hancının tabelasından gördüğü "Ebedi Barış"[54] ifadesi üzerine yazdığı bu eserde dile getirilen düşünceler halen insanlık için gerçekleştirilmesi gereken bir ideal olma kimliğini korumaktadır.

Son olarak Kant'ın değeri konusunda herkesin kabul ettiği bir noktayı da belirleyelim ki, o da Kategorik Emperatif'i yani, ahlakın buyruk karakterini bulgulamış olmasıdır. O yalnızca bunu çok açık bir şekilde ortaya koymakla kalmamış, çok veciz bir şekilde ifade de edebilmiştir.

"İki şey insan ruhunu daima yeni bir hayranlık ve saygıyla doldurur: Üstümdeki yıldızlı gökyüzü ve içimdeki ahlak yasası".[55]

NOTLAR

1) Akarsu, s. 25 vd.
2) Çağıl KAH, s. 1106, 1108., Özbilgen s. 386.
3) Kant SY, s. 57.
4) Yıldırım, s. 94.
5) Özbilgen, s. 386.
6) Diemer – Heinemann, s. 175.
7) Hume'un Septizm'i hakkında Bkz. Basson s. 140 vd.
8) Kant SY, s. 85.
9) Kant SY; 59 vd., Akarsu, s. 27 vd.
10) Özbilgen, s. 384.
11) Kant SY, s. 73.
12) Kant SY, s. 74.
13) Kant SY, s. 73.
14) Akarsu, s. 38.
15) A priori'leri görme olayındaki ışığın rolüne benzetebiliriz. Görme olayında ışığın rolü ne ise bilgi olgusunda da a priori'lerin rolü odur. Her olağan görme olayında ışık vardır. Biz nesneleri ışığın onlardan yansımasıyla görüp algılarız. Burada arzu ettiğimiz bizatihi ışığın kendisini görmek değildir. Ama yine de görmek için mutlaka ışığa gereksinim duyarız ve nesneleri ışıkla birlikte algılarız. Saf ışıkta görme yoktur. Aynı şekilde, yalnızca a priori'de de bilme yoktur. Ancak duyumdan deney yoluyla ve a priori'lerin katılmasıyla bilgi elde edilir. Işıkta yansıyacak bir nesne bulunduğunda görme olayı gerçekleşir.
16) Kant SY, s. 79.
17) Kant SY, s. 79.
18) Akarsu, s. 37., Diemer – Heinemann, s. 173.
19) Kant SY, s. 36 vd.
20) Kirilenko – Korshunova, s. 130 – 131.
21) Diemer – Heinemann, s. 173.
22) Özbilgen, s. 378 vd.
23) Roussel, s. 695.
24) Akarsu, s. 40.
25) Özbilgen, s. 395 vd.
26) Güriz, s. 217.
27) Akarsu, s. 42.
28) Aral TAY, s. 107. Kant bu fikrini en iyi biçimde ifade ettiğine inandığı için Juvanalis'in iki dizesini yapıtına almıştır.

"İyi bir asker ol, iyi koruyucu, iyi yargıç tanık çağrılırsan karar verilmeyen, kesinleşmeyen bir duruşmaya, and içme yalan.

Söylemek için Phalaris bile buyursa, getirse Boğasını, inan en büyük suç olduğuna canı onura yeğlemenin, *yaşam için yaşam nedenlerini yitirmenin*" Kant PUE; s. 237.

29) Aral TAY, s. 107.
30) Aral TAY, s. 108., Akarsu, s. 43., Güriz, s. 219., Çobanoğlu, s. 70.
31) Akarsu, s. 44.
32) Akarsu, s. 45.
33) Özbilgen, s. 399 – 400.
34) Akarsu, s. 45.
35) Akarsu, s. 44.
36) Akarsu, s. 44.
37) Özbilgen, s. 404.
38) Hukuku ahlaktan ayıran özelliklerin bir listesi için, Bkz. Öktem HFDN, s. 138.
39) Hukuk – ahlak ayrımında ileri sürülen bu görüşlerin eleştirisi ve yeni bir kriter için Bkz. Aral HBU, s. 70 – 83.
40) Güriz, s. 220., Çobanoğlu, s. 73.
41) Güriz, s. 220.
42) Güriz, s. 220.
43) Çobanoğlu, s. 75.
44) Güriz, s. 233.
45) Güriz, s. 233.
46) Sena, s. 104.
47) Kant'ta doğal hukuk hakkında Bkz. Çağıl KAH.
48) Okandan, s. 604., Çobanoğlu, s. 74.
49) Aral TAY, s. 108 vd.
50) Özbilgen, s. 401 vd.
51) Aral TAY, s. 109.
52) Aral TAY, s. 109 – 110., Bu konuda Schiller'in meşhur hicviyesi için bkz. Çobanoğlu s. 72.
53) Özbilgen, s. 402 vd.
54) Kant EBUD, s. 7.
55) Kant PUE, s. 241.

BİBLİYOGRAFYA

Akarsu, Bedia. Çağdaş Felsefe, Inkilap Kitabevi, İstanbul 1987.

Akın, İlhan. F. *Kamu Hukuku,* Üçdal Yayınları, 4. basım, İstanbul.

Aral, Vecdi. *Toplum ve Adaletli Yaşam,* Filiz Kitabevi, İstanbul 1988. (Met: *Aral TAY*)

Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, Üçdal Neşriyat, İstanbul 1985. (Met: *Aral HBU*)

Arsal, Sadri Maksudi. *Umumi Hukuk Tarihi,* İ.Ü.Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1948.

Cassirer, Ernst. *Devlet Efsanesi,* Remzi Kitabevi, İstanbul 1984.

Çağıl, Orhan Münir. *Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş,* İ.Ü.Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1971.

Çobanoğlu, Rahmi. *Hukuk Felsefesi Ders Notları,* Kısım 1, Basılmamış Ders Notu İstanbul 1967–68.

Diemer, Alwin. Patzig Günter, Fritz Heinemann. *Günümüzde Felsefe Disiplinleri,* Çev. Doğan Özlem, Ara Yayıncılık, İstanbul 1990.

Duguit, Léon. *Kamu Hukuku Dersleri,* Çev. Süheyp Derbil. Ankara Üniveritesi Yayınları, Ankara 1954.

Einstein, Albert. *İzafiyet Teorisi,* Çev. Gülen Aktaş, Say Yayınları, İstanbul 1989.

Fromm, Erich, *Özgürlükten Kaçış,* Çev. Selçuk Budak, Payel Yayınları, İstanbul.

Güriz, Adnan. *Hukuk Felsefesi,* A.Ü. Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1985.

Heimsoeth, Heinz. *Immanuel Kant'ın Felsefesi,* Çev. Takiyettin Mengüşoğlu, Remzi Kitabevi, İstanbul 1986.

Janet, Paul. Gabriel Seailles. *Metalib ve Mezahib,* Çev. M. Hamdi Yazır, Eser Yayınevi, İstanbul 1978.

Kant, Immanuel. *Ebedi Barış Üzerine Felsefi Bir Deneme,* Çev. Yavuz Abadan –Seha L. Meray, A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1960. (Met: *Kant EBÜD*)

Seçilmiş Yazılar, Çev. Nejat Bozkurt, Remzi Kitabevi, İstanbul 1984. (Met: *Kant SY*)

Pratik Usun Eleştirisi, Çev. İsmet Zeki Eyüboğlu, Say Yayınları, İstanbul 1988. (Met: *Kant PUE*)

Kirilenko, Galina. Lydia Korshunova. *Felsefe Nedir?* Çev. Gül Aysu, 2. Basım Bilim ve Sanat Yayınları, İstanbul 1987.

Okandan, Recai Galip. *Umumi Amme Hukuku,* İ.Ü. Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1976.

Oizerman, Theodor. *Felsefe Tarihinin Sorunları,* Çev. Celal A. Kanat, Amaç Yayıncılık, İstanbul 1988.

Öktem, M. Niyazi. *Özgürlük Sorunu ve Hukuk,* İ.Ü. Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1977. (Metinde ÖSH)

Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Ders Notları, İ.Ü. Der. Yayınları, İstanbul 1985. (Met: *Öktem HFDN*)

Özbilgen, Tarık. *Eleştirisel Hukuk Sosyolojisi Dersleri,* İ.Ü.Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1976.

Roussel, Bertrand. *Batı Felsefesi Tarihi,* Bilgi Yayınevi, İstanbul 1971.

Sena, Cemil. *Büyük Filozoflar Ansiklopedisi,* C. 11, Remzi Kitabevi, İstanbul 1975.

Tunçay, Mete. *Batıda Siyasal Düşünceler Tarihi,* Seçilmiş Yazılar, Ankara 1969.

Yenişehirlioğlu, Şahin. *Hegel Felsefesi'nde Birey Toplum Devlet İlişkileri,* Birey ve Toplum Yayınları, Ankara 1985.

Yıldırım, Cemal. *Bilim Tarihi,* Remzi Kitabevi, İstanbul 1983.

Yörükoğlu, Ömer. *Léon Duguit'nin Hukuk Kaidesi Teorisi,* Basılmamış Doçentlik Tezi, İ.Ü. Hukuk Fakültesi 1968.

Yirminci Yüzyılın İlk Yarısında ABD'e hakim olan Hukuk Teorisi, İ.Ü.Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1982.

Zabunoğlu, *Kamu Hukukuna Giriş,* A.Ü.Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1973.

Makaleler

Aral, Vecdi. *"Hukukta İrade Özgürlüğü,"* İ.Ü. *Hukuk Fakültesi Mecmuası,* Cilt XLVIII, sayı 1–4, İstanbul 1983.

Çağıl, Orhan Münir, *"İnsaniyet İdesinin Işığında 'Goethe'nin' İnsan ve Hayat Anlayışı, 'Hegel' ve 'Kant'a Nispeti."* İ.Ü. Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt XLVIII–XLIX, Sayı. 1–4, İstanbul 1983.

Filozof Immanuel Kant'ın Sisteminde Ahlak ve Hukukun Felsefi Esasları, İ.Ü. Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt. 13 Sayı 3, İstanbul 1947. (Met: *Çağıl KAH*)

Hukukun Çağdaş Gelişme Eğilimlerinin Hukukun Kaynakları Kavramına Etkileri

Yasemin Işıktaç

İçindekiler

I. Genel Olarak
1. Yaratıcı Kaynak
2. Bilgi Kaynakları
3. Uygulama Kaynakları
4. Hukukta Kaynak ve Gelişme Eğilimi İlişkisi

II. Hukukta Çağdaş Gelişme Eğilimleri
1. Hukukun Rasyonelleşme Eğilimleri
a) Karizmatik hukuk anlayışından deneysel hukuka geçiş
b) Hukuku boşluk içermeyen bütünsel bir sisteme çevirme çabaları
c) Statü hukuku–sözleşme hukuku ayrımı açısından
d) Hukukun maddi yürürlük alanının saptanması
2. Hukukun Toplumsallaşma Eğilimleri
a) Hukuki korunmada devletin rolünün artması
b) Hukukun toplumsallaşması eğilimleri ve devletin küçülmesi arasındaki ilişkiler
3. Hukukun Konusunun Gelişme Eğilimleri
4. Hukukun Kurumlarının Uzmanlaşma ve Bürokratikleşme Eğilimleri
a) Hukukun konusunun gelişmesine bağlı olarak ortaya çıkan eğilimler
b) Uzmanlaşmanın getirdiği bürokratikleşme
5. Hukukta Bilimselleşme Eğilimleri
a) Hukukun diğer toplumsal davranış kuralları ile olan ilişkisinin belirlenmesi ve alanının saptanması
b) Yasama, yargı ve egemenliğin kullanılması açısından
c) Somut olayın hukuk alanına taşınmasında ve çözümlenmesinde

III. Çağdaş Gelişme Eğilimlerinin Hukukun Kaynakları Kavramı ile İlişkilendirilmesi
1. Yaratıcı Kaynaklar ve Çağdaş Hukuk Eğilimleri ile İlişkilendirilmesi
2. Bilgi Kaynaklarının Çağdaş Gelişme Eğilimleri ile İlişkilendirilmesi
a) Hukukun ortaya çıkma aşamasında bilgi kaynaklarının işlevleri
b) Konulmuş hukukun yorumlanmasında ve uygulanmasında gördüğü işlevler
3. Uygulama Kaynakları ve Hukukun Çağdaş Gelişme Eğilimleri ile İlişkilendirilmesi

Bibliyografya

I. Genel Olarak

Megatrends 2000'de doksanlı yıllar uygarlık tarihinin en önemli on yılları olarak tanımlanmış ve *"akıllara durgunluk veren teknolojik yenilikler, benzeri görülmemiş ekonomik olanaklar, şaşırtıcı siyasal reformlar ve kültürel bir yeniden doğuş dönemi"* olduğu belirtilmiştir.[1] Bugün içinde bulunduğumuz geçiş dönemini uygarlık tarihinin tüm diğer geçiş dönemlerinden ayrı kılan gerekçe evrensel ekonomik patlama, sanatta yeniden doğuş, evrensel yaşam tarzları ve kültürel milliyetçiliğin sağladığı geniş bakış açısı, toplumsal refahın yükselmesi, kadının toplum içindeki rolün artması, biyolojik olanakların sonuna kadar kullanılması üçüncü bin yıldaki dinsel yeniden doğuş ve tüm bunların toplamı olarak bireyin zaferi ve yükselişidir.[2]

21. yüzyılı karşılamaya hazırlanırken insanlığın önündeki en büyük sınav *"nüfus gücü"* ile baş edebilmek amacıyla *"teknolojnin gücü"*nü nasıl kullanabileceğini kestirebilmektir. Yani sorun dünya nüfusunun fukaralık içindeki dörtte üçünü kötü beslenme, açlık, kaynak tükenmesi, istikrarsızlık, zorlama göç ve silahlı çatışma tuzaklarından kurtarmak için etkin yerküresel çözümlerin nasıl bulunacağıdır. Bu meseleler, dolaylı da olsa gelişmiş ülkeler için de bir tehlike sorunudur.

Bu çok boyutlu değişimin toplumsal düzene yansımasının en büyük göstergelerinden birisi hukuk alanında ortaya çıkan değişimlerdir. Bu değişimler yukarıda sözü edilen eğilimlerin varlık kazanmasının da en temel güvencesini oluşturmaktadır.

Günümüzde toplum düzeni özellikle çoğulcu nitelikteki yapısıyla eski düzen tasarımlarının yeni sistem arayışlarıyla savaştıkları bir dalgalanma dönemine girmiştir. Hukukda bu dalgalanmalardan payına düşeni almaktadır. Biz bu makalede global olarak hukukun bu değişimlerden aldığı etkilenmelerden çok hukuka kaynak oluşturan verilerin nasıl etkilendiği ile konuyu sınırlandırmayı uygun bulduk. Böylece hukukun temel işlevi olan düzeni gerçekleştirmek, yürürlük kazanabilmek için büründüğü biçimler anlamında "hukukun kaynakları" kavramı karşımıza çıkmaktadır. Toplumsal yaşamın kaçınılmaz bir gereği olan toplumsal düzeni gerçekleştirmek için pozitif hukuk sistemleri kurulmuştur. Bu sistemler insan aklının en önemli buluşlarından biridir. Tek başına da anlamlı mantıksal bütünlüklerin ifadesi olan bu düzenler, yine de kapalı sistemler olarak anlaşılmamalıdır. Böyle bir algılama hukuku değerlendirmede bizi çok yanlış noktalara götürür. Hukuk Bilimi sadece kendi başlarına ele alınan hukuk kurallarının incelenmesi ve açıklanması üzerinde durmakla yetinemez. Bu durum en açık olarak hukukun kaynakları sorununda kendisini göstermektedir. Hukukta kaynak (Rechtsquellen, source de droit, sources of law) denildiğinde, bu çeşitli anlamlara gelebilir.

1 – Birinci olarak kaynak; hukuk kuralı koyma yetkisini ya doğrudan doğruya bu yetkiye sahip olan makamı açıklar. Kural koyma yetkisi olan otorite, aile başkanı, daha geniş topluluk başkanı, toplulukların ortak başkanı, bazen yaşlılar grubu, meclisler veya bizzat halkın kendisinden oluşabilir. Yasa koyma yetkisine sahip olan makamın kimliği siyasi rejimin modelinin ne olduğunun anlaşılmasını da sağlar. Bu makam, demokratik bir rejimde yasama organı, monarşide kraldır.

Hukuku doğrudan ortaya koyma anlamında "kaynak" söz konusu olduğunda "hukuku doğuran kaynak", "yaratıcı kaynak"tan[3] söz edebiliriz. Bazı hukuk kuralları özellikle de yazılı olmayan hukuk kuralları, bir otorite tarafından değil, fakat çalışma, işlem, ticaret ve ekonomik hayatın bir gereği olarak, bunların devamlı tekrarlanması sonucunda meydana gelmişlerdir. Bu anlam içerisinde örf ve adet hukuku da hukukun doğrudan kaynakları arasında sayılır. Hukukun yaratıcı kaynakları, kendilerinden önceki herhangi bir yasaya dayanmadan ortaya çıkabilen ve hukukun ne olduğunu söyleyen kurallardır.

2 – Kaynak kavramı; hukuk kurallarının aldıkları biçimler, yani dış görünüşler şekilleridir, kanun, tüzük, yönetmelik gibi.

3 – Başka bir anlamda kaynak; belli bir hukuk düzeni içinde bir hukuk kuralının oluşum sebeplerini (Enstehung eines Rechtssatzes) ortaya koyar. Bu anlamdaki kaynak kavramını pozitif metinlerin gerekçelerinde açıkça görebiliriz.

4 – Dördüncü bir anlamda ise kaynak, hukuk kurallarının büründüğü somut biçimleri ve bu kuralları içine alan belgeleri açıklamak için kullanılır. Örneğin; Medeni Kanun, Türk Ceza Kanunu, Yüksek Öğretim Kanunu gibi. Uluslararası belli bir topluluğa ilişkin hukuk kurallarının somut biçim ve belgeleri de buraya girer. Örneğin; Avrupa Ekonomik Topluluğu'na ilişkin 1956 tarihli Roma antlaşması, Birleşmiş Milletler Şartı, İnsan Haklarına ilişkin imzalı antlaşmalar gibi hukuku tanıtan ve gösteren şekiller söz konusu olduğu için "yürürlük kaynakları" olarak isimlendirilirler.

5 – Son olarak, kaynaktan en geniş anlamıyla herhangi bir hukuk kuralı anlaşılır. Örneğin; Medeni Kanunun uygulanmasına ilişkin olan MK 1. md. gibi.

Bizim hukukun kaynağı dediğimizde incelenmesini yapacağımızı "hukuk doğuran kaynak" ve "dış görünüş biçimi olarak kaynak" anlamları ile sınırlı kalacaktır.

Hukuk alanında değişik anlamlar taşıyan kaynak kavramı, gerek tüm hukuk kurallarının, gerek hukuk düzeninin meydana gelmesinde başka bir deyişle, hukukun hem yaratılmasında ve hem de uygulanma ve gelişmesinde önemli rol oynamaktadır. Hukuk alanında kaynaklar, genellikle oynadığı roller ve oluşturduğu etkiler yönünden değişik olmak üzere, yaratıcı kaynak, uygulayıcı kaynak ve bilgi sağlayıcı kaynak olmak üzere üçe ayrılabilir.

1. Yaratıcı Kaynak

Hukukun uygulanma sınırlarının neler olacağının en önemli göstergesi hukukun yürürlük alanıdır. Bu aynı zamanda hangi hukuk normuna uyulması gerekeceği sorusunun da cevaplandırılmasını gerektirir. Hukukun yürürlüğe biçimsel ve fiili olmak üzere iki şekilde ortaya çıkmaktadır. Biçimsel yürürlükle anlatılmak istenen, yetkili organların usulüne uygun olarak iradelerini açıklamaları sonucu ortaya çıkan uygulamalarıdır. Biçimsel yürürlüğün nasıl gerçekleşeceği Anayasalarda gösterilir. Hukuku uygulamak durumunda bulunan organlar, uygulayacakları kanunun Anayasa'da gösterilen şartları gerçekleştirip gerçekleştirmediğine bakmak durumundadırlar.

2. Bilgi Kaynakları

Hukukun düşünsel yürürlük kaynağı ola-

rak doktrin gösterilmektedir. Çıkar çatışmalarının çözüm yollarını içeren, bilim tarafından önerilmiş normlara ilişkin yürürlüğü, düşünsel yürürlük olarak değinilmesi uygun görülmektedir.

Medeni Kanunumuzun birinci maddesinde "ilmi içtihat" olarak geçen doktrin, kaynak kanunun Almanca metnine uygun olarak değeri, doğruluğu teyit edilmiş hukuk literatürü (bewarte Lehre) olarak anlamak gerekir. Hakim kararlarında sadece toplum hayatına gerçek anlamda yararlı olan çeşitli yönlerden gelişmesine yardımcı bulunan, bu yolda aydınlatıcı ve uyarıcı bir nitelik taşıyan ve daha iyi hukuksal bir düzenleme kurma çabası gösteren bilimsel görüşlerden de yararlanır.

Doktrin hukuk kurallarının kökenini, gelişimini, var olan durumları ve gelecekte almaları gereken biçimleri araştıran, yürürlükteki kuralların anlamlarını uygulamalarındaki ilkeleri ve birbirleri arasındaki ilişkileri karşılaştırmalı olarak inceleyen, tartışan eleştiren ve bunları yayınlayan hukukçuların çalışmalarıdır.

Hukukun konulması, ortaya çıkması aşamasında gerek uygulama sırasında objektif ve adalete uygun yorumların ne olabileceğini gösteren yorum çalışmalarında, gerekse verilmiş mahkeme kararlarının değerlendirilmesi yönünden doktrinin yararı tartışılamaz.

Hakimin bir sorunla karşılaşması durumunda doğrudan doğruya bağlı olmamakla birlikte, yardımcı bir hukuk kaynağı olarak doktrine başvurma yolu bizim hukuk sistemimizde açıkça kabul edilmiştir. Hakimin kararlarında doktrinin çözüm yollarına başvurması, uygulama açısından ideal olanı gösterir.

3. Uygulama Kaynakları

Toplumsal düzenin sağlanabilmesi için, toplum içinde yaşayan bireylerin davranış alanlarının hukuku ilgilendiren bölümlerinin kodlanmış olması gerekir. Böylece hangi kurallara uygun davranmanın zorunlu olduğu açıklık kazanarak yürürlükteki hukuk biçimini alır. Biçimsel kaynaklar, hukuk normlarının yetkili organların bu yolda usulüne uygun olarak iradelerini açıklamaları ile oluşur. Yetkili organların hangi organlar olduğu ve bu yetkileri nasıl kullanacakları anayasalar ile düzenlenir.[4] Biçimsel hukuk kaynakları yazılı ve yazılı olmayan kaynaklar biçiminde ortaya çıkabilir.

Hukukun en açık biçimde bulunmasını sağlayan ve çeşitli kullanım kolaylıkları taşıyan yazılı şekil, çoğu kez hukukun en temel kaynağı olarak kabul edilir.[5] Yazılı hukukun en bilinen örneği kanunlardır. Kanun kavramı içine tüzük, yönetmelik ve genelgelerden oluşan ve kanunların uygulanmasını kolaylaştıran diğer kaynaklar da girer. Tartışmalı olmakla birlikte biçimsel kaynakların içine sözleşme ve mahkeme kararlarını da alabiliriz.

Buna ek olarak hukukun biçimsel anlamda kaynakları kavramının içine yazılı olmayan kaynaklar da girer. Ancak, yazılı olmayan hukuk kaynakları denildiğinde sadece örf ve adet hukukunu anlamak doğru değildir. Yazılı olmayan hukuk kaynakları kavramı hukukun genel ilkelerini de kapsamaktadır.

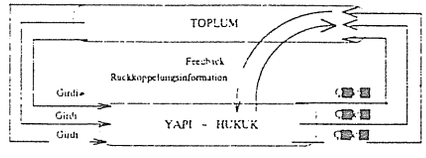
4. Hukukta Kaynak ve Gelişme Eğilimi İlişkisi

Hukukun kaynakları kavramı "kanun koyma" (Gesetzgebung) olarak alındığında bu bazı kurumların gündelik politik işlevi olarak algılanmaktadır. Ancak, bu görünüm aldatıcı olup "kanun koyma" sanıldığı kadar kolay ulaşılabilir bir alan olmayıp çok karmaşıktır. Birçok hukuk kaynağını kapsayan yığın görünümündeki hukuk normlarının girift yapısında bağlantıları gözeterek yeni normlara varlık kazandırmak oldukça güçtür. Buna bağlı olarak çağdaş devletler hukuku ayrıştırmak ve genel bir bakış elde etmek için bir kodifikasyona gitme zorunluğu içindedir. Böyle bir kodifikasyonun hukuku geliştirme yollarını kapatmadan nasıl yapılacağı konusunda önemli bir sorun olarak varlığını korumaktadır. Bu problem sadece mantık ve bilgi edinme teorileri tarafından incelenmeye uygun değil, aksine aynı zamanda örgütlenme ve yetki problemidir.[6]

Toplumsal yapının geleneksel ya da pozitif yasaların belirleyici olmasına bağlı olarak alacağı biçim hukukun kaynakları kavramını da yakından etkilemektedir. Ancak, her iki anlayışta toplumun şekillenmesinde ve adalet anlayışının saptanmasında uygulamaların ve hukukçuların asıl etken olduğunda birleşmektedir. Diğer bir deyişle, toplumsal değer yargılarının değişebileceği ve hukukun sosyal yapılanmanın bir aracı olarak kullanılabileceği kanısı geçerlidir.[7] Bu bağlamda, demokratik dünya görüşü sadece halkın oylarını kullanırken ve seçimlerdeki irade oluşumları şeklindeki formal bir katılımı yeterli görmeyip aynı zamanda toplumun kendi sorunları ve hukuku üzerinde de bir tartışmayı, fikir alış verişini zorunlu kılmaktadır. Demokratik toplum hukuk biliminden sadece sosyal gerçeklikler ve toplumdaki hukuksal ilişkiler konusundaki yargısını açıklamasını beklememektedir.[8] Aynı zamanda "de lege ferende"nin yani olması gereken hukukun ne olduğuna dair bir analiz de istemektedir. Bu analizde hiç şüphesiz hukukun kaynakları konusuna yönelik rasyonel değer tartışmaları çerçevesinde oluşacaktır.[9]

Hukukun toplumsal yaşam içindeki işlevi bize bir "kural koyucu sistem" (Regelungssystem) olarak görülüyor. Bu açıdan hukuk "bütünsel bir yapı" olarak ele alınabilir. Bu yapı içinde hukukun aldığı görünüm ve bu görünüme ilişkin algı ve değerlendirmelerimiz hukuku koyma öğretisinin de postulasını oluşturmaktadır.

Hukuk toplumsal yaşam içinde *"kural koyucu sistem"* (Rregelungssystem) ve düzenin temel aracı görünümündedir. Hukuk ana formu oluşturduğu için, diğer bir deyişle asıl tabanı oluşturduğu için "toplumsal yapı"nın hareket noktasıdır. Hukukun düzen, sosyal ihtiyaçlar ve adalet işlevleri açısından toplumsal yapıdan girdiler açısından beslendiğini, diğer yandan bu fonksiyonları ile toplumsal yaşama çıktılar olarak katıldığını görmekteyiz. Bu etkileşim basit bir şema ile şu şekilde açıklanabilir.[10]



Bu karşılıklı etkileşim çağdaş toplumun arayışlarının hukuk alanında da çeşitli biçimlerde kendisini ortaya koymasına yol açmıştır. Bu eğilimleri birer başlık biçiminde şu şekilde ifade edebiliriz;

- Öncelikle genel olarak ussallaştırma eğilimlerinin yoğunluk kazanması
- Hukukta birleştirme eğilimleri
- Hukukun toplumsallaştırma eğilimleri
- Hukukun konusunun gelişmesi eğilimleri
- Hukukun bilimselleştirilmesi

II. Hukukta Çağdaş Gelişme Eğilimleri

1. Hukukun Rasyonelleşme Eğilimleri

a) Karizmatik hukuk anlayışından deneysel hukuka geçiş

Toplumsal yaşam kuramsal gelişim kademelerine ayrıldığında, hukukun ve yargılama yöntemlerinin gelişimi, karizmatik hukuk açıklamalarından başlar. Yaşantılardan çıkarılan deneylere dayalı işlevsel bir hukukun ortaya konulması, özellikle yaşayan hukukun ve toplum bünyesine en uygun olan hukuk sistemine yönelme eğilimlerinin izlediğini görmekteyiz. Bunun en iyi göstergesi özellikle karizmatik liderlerin toplumları ileriye götürücü gayretleriyle ortaya çıkan köklü hukuk reformlarının – *örneğin ülkemizde Atatürk tarafından gerçekleştirilen hukuk devrimi* – bünyeye uyumlaştırılması yeni yasaların zaman içinde yorumlarla geliştirilmesi ve örf ve adet hukuku ilkeleri ile de bütünleşerek içselleştirilmesi, biçiminde kendisini gösterir. Max Weber Wirtshaft und Geselscahft adlı ünlü eserinde, hukukun giderek artan rasyonelleşme eğilimi üzerinde durmuştur. "Kurumsal gelişim kademelerine ayrıldığında, hukukun ve yargılama usullerinin genel gelişimi, karizmatik eğilimli hukuk koyucuların açıklamalarından, uzman hukukçuların deneysel hukuk yaratma ve yargısal inançlara dayalı hukuk bulma eğilimlerine doğru gelişmektedir."[11] Hukukun rasyonelleşmesi, ilkel yargılama yöntemlerindeki rasyonalist olmayan yaklaşımlardan teokratik ve monarşik eğilimlerden geçerek, artan bir şekilde amaçsal ussallığa dayalı uzman hukukçuluğuna doğru gelişmesidir. Bunun sonucu hukukta daha fazla mantıksal süblümasyona ve yargılama usullerinin rasyonelleşmesine doğru bir eğilimdir.

b) Hukuki boşluk içermeyen bütünsel bir sisteme çevirme çabaları

Bir hukuksal olayın çözümünde etik, duygusal ya da siyasal değerler aracılığı ile değil, somut hukuk kurallarının esas alınmasının zorunluluğu da bizi bu gelişime götürmektedir. Somut hukuk kuralları denildiğinde daha çok, yazılı hukuk kuralları anlaşılmaktadır. Bu durumda, özellikle yazılı hukuk metinlerinde bir boşluk bulunması halinde, olayı çözmekle yükümlü olan hakim (İsviçre–Türk Medeni Hukuku açısından bakıldığında) yasanın direktifleri doğrultusunda karar verecektir. Bu direktif ise ünlü 1. madde ile konulmuştur; "Kanun, lafziyle ve ruhuyla temas ettiği bütün meselelerde mer'idir. Hakkında kanuni bir hüküm bulunmayan meselelerde hakim örf ve adaletlere göre, örf ve adet yoksa kendisi vazı kanun olsaydı bu meseleye dair nasıl bir kaide vaaz edecek idiyse ona göre hükmeder."

Uzman hukukçular tarafından, bu tür bir ussal hukuk yaratma için geliştirilen tekniğin öğrenilmesi olanaklıdır. Günümüzde hukuksal bir düzenlemenin değeri, eskiden olduğu gibi onun biçimsel niteliklerine göre değil, kanıtlanmış yararına, yani onun bilinçli bir biçimde saptanan toplumsal amaçlara ulaşma yeteneğine göre ölçülmektedir.[12]

Hukuku boşluk içermeyen bir yapıya kavuşturma çabalarına bir örnek olarak örf ve adet normlarının kataloglar halinde belirlenerek yazılı hukuk normları haline getirme çalışmalarıdır. Bu çalışmalar hukukun içselleşip ve toplumsal yapıya en uygun hale gelmesini sağladığı gibi, boşlukların da doldurulmasını ve uygulamaya ilişkin yeni çözümlerin üretilmesini de sağlayacaktır. Ancak, bu tür çalışmalarda şu noktayı da daima göz önünde bulundurmak gerekir, o da örf ve adet hukukunun yazılı hale getirilmesi bir yandan bu tür yararlar sağlarken diğer yandan hukukun katılaşıp kemikleşmesine neden olacaktır. Bu sakınca örf ve adet hukukuna ilişkin yeni normların ortaya çıkması ile yasaların yeniden gözden geçirilmesini zorunlu kılar. Örf ve adet hukukunun bu boşluk doldurucu ve hukuk işlevini milletlerarası alanda ve özellikle Milletlerarası Deniz Hukuku ve Ticaret Hukukunda daha açık bir biçimde görmekteyiz.[13]

Tekniğin gelişimi ve özellikle bunun doğurduğu yeni durumlar, günümüz toplumlarının giderek yakınlaşmasına ve ilişkilerinin yoğunlaşmasına neden olmaktadır. Bu gelişme, hukukun birleştirilmesi eğilimini de ortaya çıkarmakta ve bu birleştirme yerel, kişisel ve maddi açıdan gerçekleşmektedir.

Yer itibariyle yürürlükleri açısından hukuk kurallarının birleştirilmesi, gerek mevcut ulusal hukuk düzeni içinde ve gerekse bu hukuk düzeninin sınırları dışında gerçekleşmektedir. Birleştirme hukuk düzeni içinde kendini devlet hukuk tekelinin güçlendirilmesinde ve hukuk yapma ile hukuksal korumanın birleştirilmesinde göstermektedir.

Devlet hukuk tekelinin temel savı, tüm hukukun yürürlük nedenini devlete bağlamak ve hukuk kurallarının dolaysız zor aracılığı ile yürütülmesini devlette saklı tutmaktadır. Birlikler hukukçu (örneğin; Dernekler Hukuku, Kilise Hukuku, Ücret Hukuku, genel şartnameler) gerçi devlet yasama işlevinin dışında genetik olarak oluşmaktadır. Fakat bunun hukuksal niteliği günümüzde geçmişteki-nin tersine, devletin birliklere belirli alanlarda hukuk yaratma özelliğini tanımasından çıkarılmaktadır. Böylece, devlet mahkemelerinin anılan biçimde yaratılan hukuk kurallarını gerekse birlik yargılama organlarının yargılama işlevlerini sınırlı bir alanda denetlemeleri olanaklı olmaktadır. Bu yoldan ve ayrıca yasamaya karışılması nedeni ile hukuk düzeninin tümü ile özerk ayrı düzenlemelere ayrışması önlenebilmektedir.

Özellikle İkinci Dünya Savaşı sonrası Federal Devlet biçimlerinin benimsenmesi, yazılı hukuk içinde, devletlerin yasama yetkisine sahip olmaları oranında, hukukun farklı kaynaklar arasında bölüştürülmesi sonucunu doğurmuştur. Bu arada bazı alanlarda birliğe daha fazla yasama yetkisi veren anayasa değişiklikleri ortaya çıkmıştır. Bu eğilim gelecekte de varlığını sürdürecektir. Yasama yetkisinin devlette kaldığı durumlarda da, bunlar kısmen antlaşmalar ile belirli bir birleştirmeye ulaşmaya çalışmaktadır. Devlet içinde yer alan bazı kurum ve kuruluşların, ör-

neğin Yüksek Öğretim, Ücret Hukuku, Çevre Koruma Yasaları, vb. alanlarda ortaya çıkan yeni gelişmeleri ve teknolojiyi kavrayacak yasa arayışları hukuku boşluk içermeyen bir bütüne çevirme yönündeki çabalara örnek gösterebilir.

Burada örnek olarak eski Sovyetler Birliğinin dağılarak Bağımsız Devletler Birliğine dönüşmesinde önem taşımaktadır. Kırk yıldan fazla sürdürdükleri merkezi planlamayı bırakıp, ekonomilerini pazar mekanizmalarının yönlendirdiği bir yapıya dönüştürmeye karar verdiklerinde karşılarında inanılmaz boyutlarda bir iş duruyordu. Devlet sektöründe üretimin ortalama yüzde seksenini karşıladığı, tarımdan teknolojiye her şeyin planlandığı, sosyalist olmayan dünya ile dış ticaretin ve hizmet sektörlerinin geri kaldığı, yine aynı nedenlerle firma ölçeklerinin pazar ekonomilerindeki benzerlerinden iki üç kat daha büyük olduğu bir ekonomik yapı vardı.

En önemlisi bireyler dev bir ağaca benzeyen planlama ağında konumlarını karşılıklı politik ilişkilerle korumaya çalışmakta ve giderek sistemden soyutlanmaktaydılar. Bu durum planlama sürecinin temelinde yatan bilgi akışını olanaksızlaştırmakta ve sistem etkinliğini yeniden üretememekteydi.[14] Macaristan ve Polonya 1960'lı yıllardan beri bir reform sürecine girmiş olmakla beraber sistemin çöküşünü engelleyemediler. 1980'li yılların sonunda Doğu Avrupa ülkeleri, politik ve ekonomik olarak sürekli gerileyen yapılarını kökten değiştirme yoluna gittiler.

Kısa ve orta dönemde istikrar ve liberazisyon uzun dönemde ise hukuksal alt yapıların yeniden kurulması gibi, daha zor ancak daha belirleyici reformların sonuçlanması gerekti.[15] Böylece ekonomik yapı ve çağdaş eğilimlerin zorunlu bir sonucu olan yeni sistem arayışları hukuk alanında da köklü çözümlerin bulunmasını ve aynı zamanda hukukun kurduğu sistemin bütünsel ve kavrayıcı bir yapıya kavuşarak sistemin bütününü adlandırmasını kaçınılmaz bir zorunluluk olarak ortaya çıkarttı. Kurulan yeni hukuk sistemi mozaik görünümünden gereksinimleri karşılayan bütünsel bir üst yapı sistemine dönüşerek sorunların ortadan kalkmasını sağlayacaktır.

Gereksinimler ulusal hukuk düzenlerinin sınırları dışında bile hukukun birleştirilmesine zorlamaktadır. Bazı ülkelerde, çağdaş bir teknoloji toplumuna dönüşme bir yabancı ülke hukukunun bütünü ile ya da kısmen alınması (iktibası) yolu ile sağlanmaya çalışmaktadır. Aynı zamanda, milletlerarası sözleşmeler ile değişik ulusal hukuk düzenlerinin birleştirilmesi ya da uyumlaştırılmasını sağlamaya çalışmaktadır. Özellikle, Türkiye için büyük önem taşıyan Avrupa Ekonomik Topluluğu çerçevesinde hukukun birleştirilmesi ya da hukukun uyumlaştırılması gerçekleştirmeksizin başarıya ulaşmak olanaksızdır. Yasa yapma eyleminin birleştirmesi yanında hukuksal korunmanın da yeknesaklaştırılması konusunda da giderek artan bir gereksinme kendini duyurmaktadır.

Hukuki kararlara karşı kanun yollarının giderek daha fazla tanınması salt yanlışlardan arınmış yargılara değil, fakat aynı zamanda hukuksal korunmanın da giderek artan bir birleşmesine götürmektedir.

c) Statü hukuku – Sözleşme hukuku ayrımı açısından

Hukukun birleştirilmesi konusundaki bir eğilimde hukuk kurallarının kişisel yürürlük alanı açısından kendini göstermektedir. Bu özellik daha çok statü hukuku, sözleşme hukuku ayrımı üzerine kurulmaktadır. Hukuk, kişiler için belirli statüler içinde yer almalarından dolayı değil, bir toplumun bağımsız ve eşit üyesi olarak sözleşme serbestisini sağlayarak, kendi toplumsal ilişkilerine, kendine karşı sorumlu olarak ve bağımsızca biçim vermesi olanağını yaratmaktadır. Ancak, bu eğilimin aşırıya vardırılması ekonomik yönden güçlü olanın özgürlüğü olarak ortaya çıkmaktadır. Bu eğiliminde çeşitli düzenlemelerle kontrol altına alınması gerekir.

d) Hukukun maddi yürürlük alanının saptanması

Hukukun birleştirilmesi bir başka açıdan da hukukun maddi yürürlük alanının saptanması bakımından önem taşımaktadır. Yeni hukukun oluşumunu fiili olayların genelleştirilmesi ve birleştirilmesi ve bunların hukuksal olaylara dönüştürmesi süreci olarak nitelendirilmiştir. Bu süreç, özellikle yeni sözleşme türlerinin oluşumunda ve örnek sözleşmelerin ve genel şartnamelerin gelişiminde ortaya çıkmaktadır. Leasing ya da Factoring ya da joint venture sözleşmeleri gibi bugüne değin yasada düzenlenmiş sözleşme türleri yanında belirli hukuki işlemlere ilişkin olayların amprik–normal tipleri olarak ortaya çıkan yeni sözleşme türleri, sözleşme serbestisi yolu ile bağımsız olarak ele alınan sözleşme ilişkilerinin genelleştirilmesi ve birleştirilmesi sonucunda ortalama bir türe ulaşılması ile oluşmaktadırlar. Toplu ekonomik ilişkiler günlük yaşam işlemlerin standartlaştırılması ve rasyonelleştirilmelerini zorunlu kılmaktadır.

2. Hukukun Toplumsallaşma Eğilimleri

a) Hukuki korunmada devletin rolünün artması

Özgürlükçü hukuk sistemlerinde, tüm vatandaşlara eşit olarak tanınan irade özerkliği *–liberal bir devletteki anlamı ile sınırsız olarak tanındığında–* hukukun aracılığı ile fiili eşitsizliklerin artırılması sonucunu doğurmaktadır. Çünkü, gerçek hukuk uygulamasında sözleşme serbestisi toplumsal yönden zayıf olanla oranla, toplumsal yönden güçlü olanın elinde çok değişik bir olanaktır. Salt bir şeye sahip olan sözleşme koşullarını bağımsızca tartışmak şansına sahiptir. Hukukta toplumsal gelişimin serbest akışına karışma eğilimi, bireysel hukuktan toplumsal hukuka geçiş sonucunu doğurmaktadır. Hukuk düzeninin birçok alanı insan varlığının devletçe korunmasının anlatımı olmaktadır.

Hukuk düzeninde sosyal devlet düşüncesinin yaratılması konusundaki bu eğilim biçimsel hukuk eşitliğini maddi bir hukuk eşitliğine dönüştürmeye, başlangıç koşullarının ya da eşitliğin sağlanmasına yönelmiştir. Böylece hukuk dinamik umutların saptanılması ile bir toplumsal güvenlik işlevini kazanmaktadır. Hukukun toplumsal işlevlerine göre bu ayrım aynı şekilde toplumsal işleve göre ayrım yapan korporosyonel (ayrıcalıklara yer veren) toplumun statü hukukundan hukuksal durumların taraftarı açısından ayrılmaktadır. Korporosyonel toplumda, "doğuştan" kazanıldığı ve serbestçe edinilmediği için (ayrıcalık olarak hukuk) statünün değiştirilmesinin çok ender gerçekleşmesine rağmen, üretime dayanan toplumda bireysel girişime dayanan daha bü-

yük bir toplumsal hareketlilik varlığını sürdürmektedir. Toplumsal hukuk, toplumsal yönden kademelerinden hukuksal durumlar yaratarak daha iyi hukuksal durumların kişisel çaba ile edinilmesi özgürlüğünü kaldırmaksızın, kişiye, varlığını koruması yolu ile güvenlik sağlamaya çabalamaktadır.

b) Hukukun toplumsallaşması eğilimleri ve devletin küçülmesi arasındaki ilişkiler

Hukukun toplumsallaşması bir yandan devletin yetki alanının gelişmesi ve bir yandan da müdahalelerinin artması anlamına gelirken bu çağdaş eğilimin devletin küçülmesi kavramı ile ilişkilendirilmesine gelince;

Burada bir çelişki var gibi görünmekle birlikte, özellikle devletin üretim alanlarından ve bir kısım hizmet birimlerinden özelleştirmeler yolu ile çekilmesi hukukun toplumsallaşması eğilimi ile çelişik değildir. Çünkü, büyük ve hantal bir yapı gösteren devlet mekanizmasının, çabukluk gerektiren sektörlerdeki faaliyetleri ihtiyaçları karşılayamamaktadır. Bunun en temel sebeplerinden birisi bürokratikleşmenin getirdiği işlem yavaşlığı iken, diğer bir önemli sebebi de siyasi kadrolaşma nedenleri ile gereğinden fazla şişirilmiş kadrolar ve iş için adam zihniyetinin yerine adama iş zihniyetinin hakim olunması ve uzmanlaşmaya önem verilmemesidir. Bireyi tüketim toplumu içinde koruma konusunda yetki ve denetimleri artan bir devlet ekonomik alandaki rolünün küçülmesi ile toplumsallaşma eğiliminden uzaklaşmış olamayacaktır.

3. Hukukun Konusunun Gelişme Eğilimleri

Katı liberalizmden sosyal hukuk devleti anlayışına geçildiği oranda, devlet tarafından biçimlendirilen ve güven altına alınan durumlar ortaya çıkmaktadır. Toplumsal yaşantının giderek farklılaşması ile bu tür işlevler daha çok düzenlenmeli ve güven altına alınmalıdır. Hukukun konusunun gelişmesine ilişkin bu eğilim, devletin uğraşılarının giderek artmasının bir sonucudur. Çünkü hukuk devletinde devletin topluma karışması salt hukuk kuralları aracılığı ile gerçekleşebilir. Laissez–faire devrinde devletin her şeyden önce askerlik, vergi işleri ve polis yönetimi ile sınırlı olan bir gece bekçisi işlevine itilmiş olmasına karşılık, sosyal devlette devletin görevi yaşam savaşının tüm alanlarına yayılmıştır.

Yaşamın çalışma koşullarının, toplumsal güvenliğin kısaca sosyal güvenliğin asgari bir standardını güven altına alma çabası, ekonomik hukukun birçok alanından geçerek, çevre koruması ve diğer konulara kadar taşan tümü ile yeni hukuk alanlarının oluşması sonucunu doğurmaktadır. Sosyal devletin bulunduğu her yerde kanun koyucuya yönelen çağrılar aynı zamanda daha fazla hukuk içinde de bir çağrıdır. Daha önce güçlerin serbest hareketine ve böylece hukuk dışı düzenlemelere bırakılan konular giderek "hukuklaştırılmakta"dır. Bu hukuksal gelişimi geri çevirmek, sosyal devletin geriye götürülmesi ya da büyük sanayi toplumunun farklılıklarını tanımamak anlamına gelir.

4. Hukukun Kurumlarının Uzmanlaşma ve Bürokratikleşme Eğilimleri

a) Hukukun konusunun gelişmesine bağlı olarak ortaya çıkan eğilimler

Hukukun konusunun gelişmesi ile birlikte hukuk kurumları da rasyonelleştirilmeli, yani olanaklar oranında gerçeklere uygun bir biçimde düzenlenmeliydi, ilk olarak devletin uğraşları kesinlikle birbirinden ayrılıp kuruluşları yönünden geniş ölçüde bağımsızlaşmıştır. Bugün yasama, yargılama, hükümet etme ve yönetme olarak devlet gücünü birbirinden ayırıyoruz. Bu dört güç Batı demokrasilerinde de tümü ile birbirlerinden ayrılmış değildir; ne var ki, bunlar kişi özgürlüğü yararına birbirini karşılıklı olarak frenlemeli ve denetlemelidirler; kaldı ki kuvvetler ayrılığı ilkesinin anlamı da budur.

b) Uzmanlaşmanın getirdiği bürokratikleşme

Hukuk kurallarının bu ayrışması onun profesyonelleşmesi sonucunu doğurmuştur. Hukukun uygulanması ve kabul ettirilmesi, bunu yan meslek olarak değil, ana meslek olarak ifa eden ve böylece geçimini sağlayan uzman kişilerin işi olmuştur. Değişmiş çalışma alanlarına göre, farklı çalışma tekniği geliştiren uzmanlaşmış hukuksal meslek dalları ortaya çıkmaktadır. Hukukun konularının çeşitliliği ile günümüzde artık başa çıkılmadığı için özgün meslek dallarında da uzmanlaşmalar olmaktadır. Bu aynı zamanda hukuksal kurumlarda, özellikle mahkemelerde ve idarelerde görülmektedir. Olağan yargılama içinde salt ceza yargılaması, medeni yargılama ve serbest yargılamayı değil, diğer bazı değişik bölümleri (vesayet, tapu kütüğü, miras vb.) özel daireleri ya da özel komisyonları birbirinden ayırıyoruz.

Hukukun konularının uzmanlaşmayı gerektirmesi doğal olarak bürokratikleşmeyi de doğurmaktadır. Böylesine incelmiş bir uygulama yeterli bir biçimde örgütlendiği ve denetlendiği sürece çalışabilir durumda kalabilir. Denetlenme yönünden olayların kanıtlara uygun olarak saptanması ve geniş ölçüde biçimlendirilmiş bulunması zorunludur. Bu denetleme olanağı salt yargının doğruluğu açısından değil, devlet hukuk uygulamasının bir örnek oluşu açısından da zorunludur.

5. Hukukta Bilimselleşme Eğilimleri

a) Hukukun diğer toplumsal davranış kuralları ile olan ilişkisinin belirlenmesi ve alanının saptanması açısından

Hukukun sınırlarının belirlenmesi yönündeki gelişmeler, hukuk dışı alan ve hukuk alanının netleşmesi sonucunu doğurmaktadır. Bu aynı zamanda toplumsal yaşamı düzenlemeye yönelmiş olan diğer davranış kurallarının yani ahlak, gelenek, görenek, moda vb. kuralların tanımlanıp belirlenmesine götürmektedir. Hukukun diğer davranış kuralları ile olan yakın ilişkisi ve her birinin tanımlayıp ortaya konulması hukukun gerçek alanının saptanmasını da sağlamaktadır. Bu davranış kuralları içinde özellikle ahlak hukuk ayrımına büyük önem vermek gerekmektedir. Ahlakın yönelmiş olduğu "iyi" ideali, hukukun idesi olan "adalet" ideali ile iç içe bir görünümdedir. Ancak gerek ahlakın gerekse hukukun belirlenmesinin birey hakları ve özgürlükleri açısından asıl taşıdığı önem, ahlakın emirlerinin birey için birer kategorik emparatif olmasıdır. Ahlak kurallarının bireyin seçişiyle kesin bir uygulanmayı beklemesine karşılık hukuk için dışarıdan konulmuş kuralların uygulanmasında kesin olmayan bir zorunluluk söz konusudur. Bu nedenle hukuk modern toplumlarda daha çok en asgari etik olarak algılanmaktadır. Bireyin ahlak ala-

nına en az müdahale eden hukuk en istenilen hukuk anlamına kavuşmaktadır.

Bunun yanında toplumsal yaşamı düzenleyen diğer bir norm grubu olan örf ve adetler ise daha çok gündelik yaşamı ve hukuk ilişkileri kolaylaştırıcı bir görünüm taşıdığı alanlarda hukuk ile doğrudan ilişkilenmektedir. Hukukun gerek uygulamalarıyla gerekse boşluklarının doldurulması anlamında örf ve adet hukuk ile girdiği bu yoğun ilişki hukukun toplumsal olarak içselleştirilmesinde büyük önem taşımaktadır. Yasaların hazırlanmasında bu içselleşmiş hukukun saptanması büyük önem taşımakta ve tutum belirleme çalışmaları ve alan araştırmaları gibi hukuk sosyolojisinin bilimsel önemli yöntemlerinin kullanılmasını gerektirmektedir.

Bu konuya örnek olarak özellikle aile ve evlilik hukukuna ilişkin değişiklikler ve ceza hukukundaki değişikliklere bir göz atmak yeterli olacaktır. Hukuksal bir düzenlemenin geçerlilik şartı artık ilahi açıklamalara, gelenek ya da bir yöneticinin isteğine değil, salt ortak toplumsal zorunluluklara ve bilimsel verilere dayandırılmaktadır.

b) Yasama, yargı ve egemenliğin kullanılması açısından

Devlet gücünün kullanılmasına ilişkin olarak, yasama yürütme ve yargının birbirinden ayrılması, birey özgürlüğü yararına birbirlerini karşılıklı olarak frenlemeleri ve denetlemeleri kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir sonucudur ve bu alanların her birinin saptanması hukuk alanındaki teorik çalışmaların önemli bir kısmını oluşturmaktadır. Bu farklılaşma tıpkı kamu–özel hukuk ayrımında olduğu gibi uzmanlaşmayı ve konuların bilimsel alana taşınması sonucuna götürmektedir.

c) Somut olayın hukuk alanına taşınmasında ve çözümlenmesinde

Somut olayın yargılanmasında gerek olayın kriminolojik açıdan saptanması ve delillendirilmesi, gerekse olayın çözümlenmesi aşamasına bilirkişilere düşen rolde çağdaş teknolojik imkanların kullanılması bilimin bir başka farklı açıdan daha hukuk alanına girmesi sonucuna götürmektedir. Buna karşılık sibernetiğin ve özellikle elektronik değerlendirme yöntemlerinin hukuka girmesi bazı alanlarda birey özgürlüğü ve damgalama mekanizmaları açısından kuşku ile karşılanmaktadır. Ancak, bu konunun salt bazı bilgilerin saklanması ya da idari işlerin programlanması ile sınırlı tutulması işlemler açısından büyük bir kolaylık sağlamaktadır. Bilgisayarla hukuki işlemlerin düzenlenmesi ve kayıtların düzenlenmesi, resmi dokümantasyonlara ulaşmayı ve hukuksal istatistiklerin kullanılabilirliğini sağlar. Bu bilimsel çalışmalar için önemli veri olduğu gibi, uygulamada aksayan yönlerin daha açık olarak ortaya çıkmasında ve yeni yasa yapımlarında veya yasa değişikliklerinde gerekenin saptanmasını büyük ölçüde kolaylaştırmaktadır.

III. Çağdaş Gelişme Eğilimlerinin Hukukun Kaynakları Kavramı ile İlişkilendirilmesi

1. Yaratıcı Kaynaklar ve Çağdaş Hukuk Eğilimleri ile İlişkilendirilmesi

Yaratıcı hukuk kaynağı yetkili organlar eliyle en üst norm yani anayasada bu konuya ilişkin yer alan ilkelere uygun olarak çıkarılan yasalar anlamında kullanılmaktadır. Hukukun biçimsel yürürlük kazanması yaratıcı kaynak kavramı içinde

değerlendirilir. Hukukun yaratıcı kaynakları konusu hukuk alanında genel olarak yer alan uzmanlaşma eğilimlerinden oldukça etkilenmiş görülmektedir. Yasaların gereksinimleri karşılayabilmesi açısından uzman görüşleri ön plana alınmaktadır. Bunun yanında yasa henüz tasarı aşamasında iken uzman kişiler tarafından günümüzde oldukça girift bir görünüm almış olan hukukun genel sistemi ile çelişkisiz bir biçim kazanması da büyük önem taşımaktadır. Weber'in de belirtildiği gibi hukukun genel gelişimi, karizmatik eğilimli yasa koyucuların açıklamalarından, uzmanların deneysel hukuk yaratmaları yönünde bir eğilim göstermektedir.

Bu uzmanlaşma bir yandan da hukukta rasyonelleşme eğilimleri ile yakın bağlantı içindedir. Yasaların hazırlanmasında kamuoyu araştırmalarının yapılması, anketler aracılığı ile tutum belirleme gibi çalışmalar toplumsal alandaki gereksinimlerin en açık biçimde saptanmasını sağlamakta ve toplumsal alana en uygun yasaların çıkmasının ve hukuk güvenliğinin en temel güvencesini oluşturmaktadır. Günümüzde hukuksal bir düzenlemenin değeri, biçimsel görünümünden çok gerçekleştirdiği toplumsal yarara göre ortaya çıkmaktadır.

Ancak, bir konuyu daha göz önünde tutmak gerekir, "toplumsal yarar" fonksiyonu hukukun idesi ve ideali olan "adalet" fonksiyonu ile *yarışırken –ki hukukun üç temel fonksiyonu düzen, adalet ve pratik yarar fonksiyonları sürekli olarak ilişki içindedir ve her zaman hukuk bütün fonksiyonları uyum içinde bulunmamaktadır*– özellikle siyasi tercihler ve oy kaygısının yerine hukukta adalete ağırlık verilmesinde büyük yarar vardır. Bu konu için ilginç bir örnek olmak üzere ülkemizde kira sözleşmesi ile ilgili yapılan düzenlemeleri verebiliriz. Kiracı ve kiraya veren ilişkisinde kiracıların mağdur olduğu yönündeki genel kanıya bağlı olarak iki taraflı çıkar ilişkisine dayalı bu akitte tek taraflı düzenlemeler sonuçta kira aktinin yeni statüsünün yarattığı sorunları bütün tarafların yaşadığı bir probleme dönüşmesine yol açmıştır, ve kira sözleşmesi kanserleşmiştir. Hukukun temel işlevi olan adaletin askıya alınmasına ve böylece de hukukun elini kolunu bağlayarak adaletin gecikmesine yol açmıştır.

Hukukun birleştirilmesi eğilimleri ise bir açıdan özellikle yazılı olmayan hukuk kaynaklarının, yazılı hukuk kaynaklarını destekleyip boşluklarını doldurmasının yanında yazılı hale getirilmesi yönünde gözlenmektedir. Uluslararası hukuk alanında ve ulusal hukuk alanında özellikle ticari ilişkiler ve sözleşmelerden doğan örf ve adet hukukunun bu şekilde yazılı hukuk haline getirilmekte olduğunu görmekteyiz.

2. Bilgi Kaynaklarının Çağdaş Gelişme Eğilimleri ile İlişkilendirilmesi

Hukukun bilgi kaynakları iki açıdan işlev görmektedir.

- Birincisi hukukun ortaya çıkması aşamasında,
- İkincisi konulmuş hukukun yorumlanmasında ve uygulanmasında gördüğü işlevlerdir.

a) Hukukun ortaya çıkma aşamasında bilgi kaynaklarının işlevleri

Bu aşamada toplumsal gereksinimlerin saptanması, uygulanmakta olan hukuk normlarının birbirleri ile olan ilişkileri ve çelişkileri, değiştirilmesi düşünülen uygu-

lamalara alternatif çeşitli sistemlerin saptanması, bu yeni sistemlerin global hukuk içinde gerektireceği yeniliklerle birlikte ele alınması vb. gibi işlevlerin bilgi kaynakları açısından yerine getirildiği görmekteyiz.

Doktrin ve meclis yasa komisyonları bu işlevi yerine getirmektedir. Saptanan toplumsal gereksinimlere en uygun yasaların çıkması, bilim adamlarınca ve üniversitelerce belirlenen çağdaş uygulamaların ve var olan hukukun birlikte değerlendirilmesi ile ortaya çıkmaktadır.

b) Konulmuş hukukun yorumlanmasında ve uygulanmasında gördüğü işlevler

Bizim hukuk sistemimiz içinde hakimlerin zorunlu olmamakla birlikte yardımcı kaynak olarak doktrine başvurabilmeleri kabul edilmiştir. Uygulamada bunun pek çok örneğini görmekteyiz.

Hukuk sistemimiz içinde yer alan bilirkişilik kurumu da konunun uzmanlarınca verilen görüşler aracılığıyla işler görmektedir. Bu raporlarında bilgi kaynaklarının hukuk uygulanmasında doğrudan değerlendirme olarak ele alınması uygun olacaktır.

3. Uygulama Kaynakları ve Hukukun Çağdaş Gelişme Eğilimleri ile İlişkilendirilmesi

Uygulama kaynakları açısından ilk dikkati çeken yeni tip hukuk ilişkilerine ve ekonomik yaşamın gereksinimlerine uygun hukuki düzenlemelere ilişkin ayrıntılı yasallaştırma çalışmalarıdır. Bu tür çalışmalar yerel gereksinimlerle birlikte uluslararası hukuk alanında da ortaya çıkabilecek ihtiyaçları da karşılayacak bir biçime getirilmeye çalışılmaktadır. Bunun en temel nedenlerinden birisi uluslararası ilişkilerin yoğunluk kazanması ve dünyanın küçülmesidir.

Diğer yandan milletlerarası ilişkilerin yoğunluk kazanması uluslarası bir hukuk standardı yaratılmasına yol açmıştır. İnsanın insan olmakla sahip bulunduğu hak ve özgürlüklerinin, vazgeçilmez temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması sadece devlet tekeli altında olmaktan kurtarılmış, çeşitli uluslararası denetleme mekanizmaları ve baskılar bu hak ve özgürlüklerin güvenceleri haline gelmiştir. Hatta bu güvence uluslararası yargı mercileri önünde hak ve özgürlüklerin dava yolları ile aranabilmesi olanağını da doğurmuştur. Bir devletin hukuk devleti olması yolundaki klasik beklentilere ek olarak kişi hak ve özgürlüklerini koruyucu yönde daha ayrıntılı, devlet yetkilerini kısıtlayıcı gelişimlerin yaygınlık kazandığını görmekteyiz.

NOTLAR

1) Naisbitt, Aburdene s. 11
2) Naisbitt, Aburdene s. 269
3) Özsunay s. 167, 168 ayrıca detaylı bilgi için bkz. Köprülü s. 80, 81, 82.
4) 1982 Anayasası md. 90.
5) Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Aral, s. 4; Işıktaç, s. 35 vd.
6) Weinberger s.172 vd.
7) Weinberger s. 184.
8) Weinberger s. 173.
9) Weinberger s. 174.
10) Şema için bkz. Weinberger s. 176. Hukuki yapıya katılan girdiler, oluşum süreci ve yapının çıktıkları biçiminde bir sistem görünümü alır. Çıktıkların bir kısmı tekrar Rückkoppelungsinformation olarak geri döner. Bu kavramın Türkçe karşılığı olmayıp bilimsel literatürde daha çok kullanılan İngilizce feedback kavramı ile karşılanmaktadır.
11) Weber, s. 145.
12) Rehbinder s. 3.
13) Bkz. Işıktaç s. 96 vd.
14) Özel, Soli 21. yüzyıla hazırlanmak, Görüş Dergisi s. 76–78; Paul Kennedy, *Preparing for the Twenty-First Century, Random House*, 1993 adlı kitabının tanıtım yazısından dergi Eylül 1993 sayı; 11.
15) Güne, Nezih, *Doğu Avrupa'da Özelleştirme Görüş Dergisi*, Eylül 1993 s. 54 vd.

BİBLİYOGRAFYA

Naisbitt, Abuldane, *Megatrends 2000*, İstanbul 1991.

Özsunay E., *Medeni Hukuka Giriş*, 5. Bası, İstanbul 1986.

Köprülü, B., *Medeni Hukukun Genel Prensipleri*, İstanbul 1971.

Işıktaç, Y., *Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet Hukuku*, Kazancı Yayınları, İstanbul 1991.

Weber, M., *Rehtssoziologie*, Neuwied, Berlin 1967.

Rehbinder, M., *Sosyal Devlet Yolunda Hukuk Yapısı Değişmeleri*, AÜHFD, Cilt XXVI, 1969, s 1–2.

Weinberger, O., *Rechtsphilosophie und Gesetzgebung*: "Zur Theorie der Gesetzgebung", Verlag Wien–New York 1976, s. 172–198.

Aral V., *Hukuk Felsefesinin Temel İlkeleri*, İstanbul 1991.

Özer, Ş., *21. Yüzyıla Hazırlanmak Paul Kennedy Preparing for the Twenty-first Centry*, Randon House 1993 adlı kitabının tanıtım yazısı. Görüş Dergisi, Eylül 1993, s. 11.

Güne, N., *Doğu Avrupa'da Özelleştirme*, Görüş Dergisi, Eylül 1993, Sayı 11.

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 "Rechtstherorie" isimli derginin dördüncü sayısında yayımladığı ve daha sonra, "Hukukun Farklılaşması, Hukuk Sosyolojisine ve Hukuk Kuramına Katkılar" isimli kitabına aldığı; "Modern Toplumun Hukuk Sistemlerinde Adalet" isimli yazısında[1] sunduğu, yeni adalet formülüdür.

* Yazarın 30 Kasım–1 Aralık 1990 tarihlerinde Türkiye Felsefe Kurumu'nca İstanbul'da düzenlenmiş bulunan "Hukuk ve Etik" konulu seminerde sunduğu bildirinin tam metnidir. Daha önce AÜHFD–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 başkanı 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 Haklar; Amaç Kavramı ve Sistem Rasyonelliği; Güven: Toplumsal Karmaşıklığın Bir Redüksiyon Mekanizması; Süreç Yoluyla Meşrulaşma; Sosyolojik Aydınlanma; Siyasi Planlama; Hukuk Sosyolojisi; İktidar; Dinin İşlevi; Hukuka Sosyolojik Bakış.

Luhmann, kendi Sistem Kuramını[4], *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 girişilmektedir. 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) yığınını 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–Referentialitaet) doğmakta, sınırlı sayıda elemanlar ile bu elemanlar arasındaki kombinasyonlarla (selektion) oluşuklar ortaya çıkmaktadır. Bütün bu tür sistem oluşuklarını da kapsayan sonsuz karmaşıklıktaki 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 sürece *Luhmann* onların kendi kendilerine referansiyel 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 çabalayarak kendilerini korumaktadır (karmaşıklığın 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 şunu öğrenebiliriz: Toplumsal olanın sistem rasyonelliği, bireyin edim rasyonalliğinden tamamen farklıdır. Bireyin organizmik yapısında psişik 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 rasyonalliği 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 sistemselliğini niteleyebilmek 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 karmaşıklığı, iç/dış farklılığına istikrar kazandırarak azaltan edimler arasındaki anlam ilişkileri biçiminde tanımlanan edim sistemleri olarak kavranabilir. Buna göre mevcut çevrenin değişen karmaşıklığı karşısında ayakta kalabilmek 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 sosyolojisinde 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 hukuken 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 denenmektedir.[6] *Luhmann* tezini, bir kararın 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 yöneltmek, 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 tanımlamakta[9] ve onun evrim sürecinde türlü gelişim aşamaları geçirdiğini, bu çizgide karmaşıklığının yani onda mümkün içeriklerin türlülüğünün 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 bağını olmayıp, bilakis kendini bilinçli olarak hukuka göre yönlendiren ve böylelikle kendisini günlük toplumsal yaşamdan farklılaştıran algılamanın ve eylemenin sosyal sistemidir. Adalet problemi, birçok olayın bir sistem aracılığıyla karara 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 pozitifleşmekle olağanüstü karmaşıklaşmasından 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 tespit 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 önermeleri olarak kararı kendileri bakımından etkileyen yapılarına ilişkin bulunmaktadır. Bu bakış açısı kararların elenmesine değil, sistemin eleyiciliğine 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 uyu-

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 geleneğinde olduğu gibi genelde eyleyenin ya da tekil olarak devlet memurunun seviyesiz saikleri yahut kötü niyetinde yatmamaktadır. 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 gerekirlik (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 ayrımı 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, motivasyonal 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 kılınmasıyla mümkündür. Bu nedenle adalet, tekil kararların, tek tek değerlere veya normlara olan bağlantısal bir ilişkisinde de bulunamaz. Bilakis bir bütün olarak hukuk sisteminin karar olanaklarını sınırlama tarzında yatar. Kararlar tek başına yöneldikleri anlam yoluyla değil, ancak uygun karmaşık bir hukuk sisteminin unsurları olarak adildir. Genelleştirilmiş sistem ölçütü ile instruktif karar önermeleri arasındaki "mantıki mesafe" böylelikle daha büyümekte, bu da "yeniden özgülleşme"nin (Respezifikation) kategoriyal ve kurumsal donanımını ön koşmaktadır.

5. Uygunluk ile karar olanaklarına olan ilişki sağlandığında; önerilen bu Adalet formülü disiplinlerarası tartışmaya 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 bağlantı olanakları edinebileceği, hukuk bilimini bugünkü soyutlanmışlığından çıkarılabileceği beklenebilir.

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

Yukarıda ana hatları verilen sistem kuramı anlamında adil olan, ne düzen başarısının olgusallığı uğruna bir normlar kitlesinin 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 çıkararak üretmek zorunda olan düzenlerdendir. Adalet, hukukun bu kendi eleme sürecinin ve kendince ikamesinin bir denetleme formülünü vermektedir.

Luhmann, biraz önce değindiğim gibi, 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 ölçürü 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 türlülüğü anlamında sistemin varyetesi; 3. Tekil kararlar arasında bağımlılıklar olarak sistem içinde karşılıklı bağımlılık; 4. Sistem yapısının genelleşebilme derecesi. Karar vermenin personel, örgütsel ve programatik önermelerinin genelleşebilme derecesi. Sistem içi mümkün kararların sayısı, varyetesi ve karşılıklı bağımlılığı ile sistemin kendi eleyiciliğinin 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 adalete gücü yeter!"

Buraya kadar olan sunuştan "Uygun karmaşıklık" formülünün ne olduğu yeterince açıklanmış olmaktadır. 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 uymuş 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 koşullarca 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 problemini ayraç 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. Bu nedenle de sistem kuramları ile karar kuramlarının bir işbirliğine yollama yapmaktadır.[19] *Luhmann*'ın, geleneksel adalet problemi kavrayışının başarı yeteneğine olan kuşkusunun yerinde olup olmadığını 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 deyimle, menfaatlere öncelik tanımakta bir kuralı zorunlu kılmaktadır. Bu da menfaatlerin veya değerlerin hiyerarşisi problemini ortaya çıkarmaktadır. Adalet, mutluluk, 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 etmektedir. Buradan, bugüne kadar gelmiş olan adalet idesinin işlemsel anlamını ve böylelikle de normatifliğini 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 şok etkilerini yitirmelerinden sonra türlü kuramların ufuklarında; kılgısal sorunların rasyonel veya bilimsel karara bağlanabilirliğinin, bütün zorluklarına rağmen ilkesel olarak mümkün bulunduğu eğiliminde, bu direktif lehine bir karine bulunmaktadır. Bu eğilimde ideoloji–eleştirisel, 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 postülalarının ancak yaklaşık olarak gerçekleştirilebileceği ortadadır. Bu durum, bu direktifin amaçlanmasını ve gerçekleşme 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 tasarımının söylem ya da argumentasyon–kuramsal işlenmişliğinden kopmayı gerektireceği kuşkuludur. Burada hemen hiç tartışılamayacak bir noktaya dikkat etmek gerekir. Adalet problemi hâlâ ilk önce, somut–bireysel ve soyut genel kararların, normların, norm önerilerinin ve norm düzenlerinin temellendirilmeye muhtaçlık 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 deyimiyle, normların temellendirilmeye muhtaçlığından 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" göremememektedir.[25]

Dreier, son olarak, adalet problemini, 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 yetersiz 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 diğerinde eksik bularak... *Dreier,* adaletin "yaşamdaki yeri"ni[29] 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. *Luhmann*'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 göründüğü 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, felsefi 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, Beitraege zur Rechtssoziologie und Rechttheorie*, 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 Systemrationalitaet*, Tübingen, 1988; *Vertrauen. Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexitaet*, Neuwied 1968; *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied 1969; *Soziologische Aufklaerung*, 3 Bd.e 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*; Frankurt/M 1984; *Die soziologische Beobachtung des Rechts*, Frankfurt/M 1986.
4) Luhmann'ın sistem kuramına dair bu aşağıdaki bilgiler için bkz. Messelken, Karlheinz, "Funkional–struktruelle Theorie", b.y. *Wörterbuch der Soziologie*, Bd. 3, Hrsg v. Günter Endruweit/Gisela Trommsdorf, Stuttgart 1989; Rammstedt, Otthein, "Funkional–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*, Neuwield 1969, s.7.
6) Schramm, Theodor, *Einfühung 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 Rechts systemen 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 systemheoretischer 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.

Anayasacılık ve Kuvvetler Ayrılığı Kuramı

Mehmet Turan

Gelişmekte olan ülkelerin en önemli sorunlarından birini siyasal katılmanın siyasal kurumlaşmanın üzerinde çoğalması ve katılmanın azgelişmişlik nedeniyle özümlenememesi ve kanalize edilememesi oluşturmaktadır.[1] Bir başka deyişle, bu ülkelerin sorunu siyasal kurumların ve örgütlerin yeterli ölçüde gelişmemiş olmasıdır. Eğer bir ülkede siyasal kurumlar yeteri denli gelişmemişse ve güçlü değillerse, o zaman kuvvetler ayrılığının gerçekleşebilmesi de zor olacaktır. Siyasal kurumların ve siyasal örgütlerin güçlü olmadığı yerlerde kuvvetlerin birbirinden ayrılması ve birbirlerini denetlemeleri sağlıklı olmamakta ve ortaya çıkan karmaşa içinde bu kuvvetlerden biri diğerini alt edebilmektedir.

Doğal olarak siyasal açıdan daha gelişmiş ülkelerde kuvvetler ayrılığı ile ilgili sorunlar, siyasal düzen ve düzenleme sorunlarının büyük ölçüde çözüme bağlanması nedeniyle eski canlılığını yitirmiştir.[2] Buna karşılık gelişmekte olan ülkelerde ve yeni anayasal düzenlemeler süreci içindeki eski komünist ülkelerde önemini korumaktadır.

Montesquieu'nun Kuvvetler Ayrılığı Kuramı

Kuvvetler ayrılığı kuramı yeni bir görüş sayılamaz. Aristoteles (M.Ö. 384–322) *Politika* adlı yapıtının IV. kitabının ondördüncü bölümünde şöyle yazmaktaydı: "Bütün anayasalarda üç öge vardır ve ciddi bir yasakoyucunun, bunların her biri için en iyi düzenlemeyi araması gerekir. Bu ögelerden birincisi, topluca görüşüp düşünmedir ("meşveret"), yani ulus çapında önem taşıyan herşeyin tartışılmasıdır; ikincisi, yürütmedir, yani bütün görev ve yetkiler karmaşası, bunların sayıları ve nitelikleri, yetkilerinin sınırları ve seçilme yöntemleri; üçüncüsü yargı düzenidir".[3] John Locke da 1690 yılında yayımlanan ünlü yapıtında yasama, yürütme ve federatif iktidar ayrımı yapmaktaydı. Locke yargıyı yürütme içinde düşünmekte ve federatif ve yürütme yetkilerinden söz ederken bunların uyum içinde çalışması gereğini vurgulamaktaydı.[4]

Kuvvetler ayrılığının bütün açıklığı ile çağdaş ifadesi Montesquieu tarafından gerçekleştirilmiştir. Gerçek adı Charles–Louis de Secondat olan Montesquieu *Yasaların Ruhu* adlı yapıtında "kuvvetler ayrılığı" deyimine yer vermemiştir. "İngiliz Anayasası" başlığı altındaki on birinci kitabın VI. bölümünde, "yasama kuvvetiyle yürütme kuvveti aynı kişiye ya da aynı memurlar topluluğuna verilirse, ortada özgürlük diye bir şey kalmaz" diyerek devlet içinde kuvvetlerin ayrılmasının gerekliliğini belirtmiştir. Montesquieu'ye göre, "yargı kuvveti, yasama kuvvetinden ayrılmazsa yine ortada özgürlük diye bir şey kalmaz".[5]

Montesquieu'nün kullandığı "pouvoir" sözcüğünü Türkçe'ye "kuvvet" olarak çevirmek yanlış olmuştur. "Pouvoir" hiç kuşkusuz "güç" anlamına gelir, ancak bu güç hukuksal bir güç veya yetenektir. Yani "pouvoir" sözcüğünü "iktidar olarak çevirmek gerekirdi.[6] Montesquieu bu üç iktidarı şöyle tanımlıyor: "Yasama iktidarı ile hükümdar ya da bu işe memur edilmiş kimse ya bir süre için ya da her zaman için yürürlükte olacak olan yasalar yapar veya yapılmış yasaları düzeltir ya da kaldırır. Yürütme iktidarı ile savaş ve barış yapar, elçiler gönderir, elçiler kabul eder, asayişi sağlar, ülkeyi düşmanlardan korur. Yargı iktidarı ile de, suçluları cezalandırır ve uyuşmazlıkları çözer".[7] Montesquieu bu üç iktidarın ayrı ayrı ellerde bulunmasını istemektedir; çünkü "iktidarın kötüye kullanılmaması için, olayların düzeni gereğince, iktidarın kendisinin iktidarı durdurması gerekir".[8] Bir başka deyişle; Montesquieu'nün iktidarların birbirinden ayrılmasını istemesinin nedeni bunu özgürlüklerin güvencesi olarak görmesidir. Bu çabanın temelinde "hukuk devleti" yaratma kaygısı yatmaktadır.

Montesquieu özgürlüğü yasaların izin verdiği her şeyi yapma hakkı olarak tanımlamıştır. Yazara göre, "Vatandaş yasaların yasak ettiği şeyi yapabilseydi özgür sayılamazdı; çünkü o zaman öteki vatandaşların da aynı türde bir yetki kullanma hakları olurdu".[9] Demek ki, Montesquieu özgürlüğü yasaya bağlamaktadır. Ancak hemen belirtilmelidir ki, yasa yalnızca yazılı hukuk kaynaklarından oluşmaz. Hatta gelenekler yazılı hukuk kaynaklarına eklense dahi yine yasa ortaya çıkmayabilir. Yasa bunlardan daha ötede bir şeydir. Yasa bir ilkedir; arzu edilen hükümet biçiminin ruhudur. Kısaca yasa ulaşılmak istenen uygarlığın ruhudur. Montesquieu'ye göre bu ruhun gelenekleri ve yazılı hukuku yönetmesi gerekmektedir. Özgürlük bu ruhun içindedir.

Montesquieu'de özgürlük denli önemli bir başka konu da "ölçülülük" veya "ılımlılık"tır. Özgürlük ancak ılımlı hükümetlerin olduğu ülkelerde bulunur.[10] Cemil Oktay bu konuda şunları belirtiyor: "Yurttaşlar, yasaların öngördüğünün dışında bir işlemle karşılaşamayacaklarını bilebilmeli, bundan kesin olarak emin bulunmalı, aksine bir durumun ortaya çıkabilmesi halinde yasalar tarafından tanınan haklarını savunabilmek için gerekli güvencelere ve mekanizmalara sahip olmalıdırlar. Yasaların üstünlüğü ve herkesi bağlayıcılığı, kişi güvenliğinin ve haklarının korunmasında en derinde yatan önemli bir ilke oluyor".[11] İktidarın ılımlılaştırılması aşırılıkların önlenmesi ve iktidarın iktidarla durdurulması ise bu amaca yönelik teknik sorunlardır.

Montesquieu'nün yukarıdaki düşüncesi *The Federalist*'te şöyle dile getirilmiştir: "...çeşitli yetkilerin gitgide aynı organda toplanmasına karşı gerçek güvence, her organı yönetenlere öbürlerinden gelecek müdahalelere karşı dayanabilmesi için gerekli anayasal araçları ve kişisel güdüleri vermektedir. Bütün öbür durumlarda olduğu gibi, burada da savunma araçları saldırı tehlikesiyle orantılı olmalıdır. İhtirasa karşı ihtirası koymak gerekir".[12]

İşte bu düşüncelerle birlikte çağdaş anayasacılık kavramı ortaya çıkmıştır. Anayasacılık açısından önemli olan iktida-

rın topluluk adına hareket edenlerin elinde toplanmasını önlemektir.[13] Kuvvetler ayrılığı kuramının amacı sınırlı iktidarı yaratmaktır. Bulunan yol da iktidarı iktidarla durdurmaktır. İşte Montesquieu yaşadığı çağın İngiltere'sini kuvvetler ayrılığının en tipik örneği olarak göstermesi, her ne kadar birçok yazarca İngiltere'nin ne o dönemde ne de daha sonra anlattığı anlamda bir kuvvetler ayrılığının uygulanmadığı söylenerek eleştirilmişse de, konu bu açıdan ele alındığında doğruydu. İngiltere o dönemde başka Avrupa ülkeleriyle karşılaştırılamayacak denli anayasal bir devletti. Montesquieu'nün anlatmak istediği sınırlı iktidarın nasıl yaratılabileceği idi. Ve bunda da başarılı oldu.

Montesquieu'nün kuvvetler ayrılığı kuramına son vermeden önce "iktidar" kavramı üzerinde durmak gerekir. İktidar kavramı çoğunlukla "güç" kavramıyla eş anlamlı varsayılmıştır.[14] Hiç kuşkusuz iktidarın en önemli özelliğini güç ve güç kullanma tekeli oluşturur; ama iktidar yalnızca güce dayanmaz. İktidar olgusu insanlar arasındaki ilişkilerde ortaya çıkar ve bu ilişkilerde kişiler sürekli olarak zor yoluyla hareket etmezler. İnsanlar özgürce bir araya gelip yine özgürce birlikte çalışabilirler. Bu nedenle iktidar olgusu söz konusu olduğunda iktidarın ortak amaçları ve nesneleri de içerdiği unutulmamalıdır. Ortak amaçlar ve nesneler her türlü iktidar ilişkisinde vardır. Bu anlamda iktidar yönetenlerle yönetilenleri aynı anda kapsayan insanlar arasındaki bir bağlantıdır. İktidar ilişkisinde yönetenler ve yönetilenler belirli bazı ortak amaçları gerçekleştirmek üzere kısmen *rızayla* kısmen de *zorla* bir araya gelirler.[15] İktidar beşeri ilişkilerin doğasında vardır ve her türlü toplumsal grupta iktidar olgusuna rastlanır. Kuvvetler ayrılığı kuramı iktidarı iktidarla durdurmak ister; ancak iktidar olgusunu tümüyle ortadan kaldırma gibi bir amacı yoktur. Kuvvetler ayrılığı kuramının amacı *sınırlı iktidarı* yaratmaktır.

Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Anayasacılık

Parlamenter sistemlerde kuvvetler ayrılığı gerçekte yasama ve yürütmenin meydana getirdiği bütünlük ile yargı arasındadır. Yasama ve yürütme arasındaki ayrılık her iki organca görülecek görevlerin niteliği bakımındandır. Yani bazı görevler yasama görevi niteliği taşıdığı için yasama organınca, bazıları ise yürütme niteliği taşıdıklarından ancak yürütme organınca yerine getirilebilecektir. Parlamenter sistemlerde siyasal partilerin disiplinli olmaları hükümetle parlamentoyu, bir başka deyişle parlamento içindeki çoğunluğu birbiriyle çatışan iki ayrı kuvvet olmaktan çıkarmıştır. Parlamenter sistemlerde gerçek ayrılık iktidardaki parti veya partiler karşısındaki muhalefet partileri ile yasama ve yürütmenin parti disiplini yoluyla oluşturduğu bütünlük ile yargı arasındadır. Anayasal devlette iktidarı kullanan organlar ile yargı kuruluşları arasında kuvvetler ayrılığının bulunması gerekir.

Aristoteles'ten günümüze dek yargının bağımsız olması gerektiği konusunda hemen hemen ortak bir görüş bulunmaktadır. Yargının bağımsız olması gerekliliğinin nedenleri şöyle belirtilebilir. Eğer yargıçlar kendilerini atama yetkisine sahip olanları memnun etmek için kararlar vereceklerse, yasaların doğru ve adil uygulanmasından söz edilemez. Eğer mahkemelerin kararları bir kenara itilebilecekse veya uygulanmayacaksa, o zaman oldukça uzun zaman alıcı ve yorucu yargısal süreç anlamsızlaşacaktır. Yargıçlar sürekli olarak yürütmenin veya yasamanın istediği yönde kararlar vereceklerse hukuka duyulması gereken saygı yok olacaktır. Mahkemeler yalnızca yasama ve yürütmeden bağımsız oldukları takdirde gelişebilirler. Yine bir ülkede hukukun ne olduğunu bilebilmek için mahkemelerin kararlarına bakmak gerekir. Bir başka deyişle, hukuk mahkemelerin kararlarında ortaya çıkar. Eğer yargı bağımsız değilse o ülkede hukukun ne olduğunu bilebilme olanağı da yok olur.[16] Bütün bu nedenlerden ötürü liberal demokratik ülkelerde mahkemelerin bağımsızlığı kabul edilmiştir.

Hiç kuşkusuz yargıçların bağımsızlığı kişilerin hak ve özgürlüklerinin güvencesidir. Yargıçların bağımsızlığı onların kararlarını verirken özgür olmaları, her türlü endişeden, maddi ve manevi baskı ve etkilerden uzak bulunmaları demektir. Bu ise öncelikle yargıçların yasama ve yürütme organlarına karşı bağımsızlıklarının sağlanmasını gerektirir. Yargıç bağımsızlığını korumak için anayasalar genellikle yargıç güvencesini kabul etmişlerdir. Yani yargıçların özlük işleri hakkında yasalarda yer alması gereken ilkeler anayasalarda yer almakta ve böylece yasama organının bunlara aykırı düzenlemeler yapması önlenmek istenmektedir. Yargıç bağımsızlığının sağlanmasında önemli bir husus da yargıçları mesleğe kabul etme, atama ve görevden uzaklaştırmalarının kimin elinde olacağıdır. Ülkemizde bu görev Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından yerine getirilmektedir. Bu tür kurulların üstlerine düşen görevi yerine getirebilmeleri için mahkemelerin bağımsızlığı ve yargıçlık güvencesi ilkelerine uygun kurulmaları ve görev yapmaları gerekir.[17]

Yargıçların bağımsızlığı ile yasaların genelliği arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır. Bu konuda Franz Neumann şunları belirtmektedir: "Yasanın genelliği ve yargıçların bağımsızlığı siyasal ve kişisel eşitliği gerçekleştirme amacı taşımaktadır. Bize son derece açık bir önerme olarak gelen ve bu nedenle de günümüzde sorgulanması hemen hemen hiç düşünülmeyen liberalizmin hukuksal sisteminin temel bir kavramı olarak genel yasa bütün insanların kişisel eşitliğini getirmektedir. ...Özgürlüklere müdahalenin yasa temelinde yapılması gerekir. Bu durumda da yasaya atfedilecek nitelik çok önemli olmaktadır. Yapılacak müdahale bir tek genel yasaya dayanma durumunda özgürlük güvence altına alınmış olur; çünkü eşitlik ilkesi korunur. ...Eğer yasakoyucu kişisel emirler verebiliyorsa, şu veya bu adamı tutuklayabilirse, şu veya bu mülkü kamulaştırabiliyorsa yargıçların gerçekte bağımsız olduklarından söz edebilmek olanaksızdır. Eğer yargıçlar devletin bireysel emirlerini uyguluyorlarsa sadece bir icra memuru veya polis durumuna gelmiş olurlar. Bu nedenle gerçek bağımsızlık belirsiz sayıda gelecekte ortaya çıkacak olaylara uygulanabilecek genel yasalarla devletin yönetilmesini gerektirir. Demek ki, yasaların genelliği, yargıçların bağımsızlığı ve kuvvetler ayrılığı kuramının yarışmacı kapitalizmin gereksinimlerini aşan fonksiyonları bulunmaktadır. Bunun nedeni bu ilkelerin kişisel özgürlüğü ve kişisel eşitliği gerçekleştirmeleridir."[18]

Azgelişmiş ülkelerde oldukça sık rastlanan güvenlik güçlerinin, askerlerin ve

polisin, seçimle gelen organlar karşısında mutlak bir özerkliğe sahip olmalarıdır. Bu olgu eğer anayasal düzen anti–demokratik hükümler içeriyorsa, o ülkenin çoğulcu parlamenter demokrasi ilkelerine uygun davranmasını güçleştirmektedir. Böyle bir olgu siyasal otoriteleri sürekli bir zayıflık içine sokacaktır. Bu ülkelerin halkları da bu nedenle sık sık hükümetin zayıflığından ve devletin gücünden söz ederlerken bunu amaçlamaktadırlar. Devlet aşırı güçlüdür derlerken söylemek istedikleri güvenlik güçlerinin seçimle gelen organlar karşısındaki gücü olmaktadır. Bu nedenle bu ülkelerde düzen sağlanmakta ama halkın oyuna dayanan siyasal kurumların ülkeyi yönetimi yeterli düzeyde gerçekleşememektedir. Kuşkusuz güvenlik güçlerinin seçimle gelen siyasal kurumlar karşısındaki özerkliklerinin "kuvvetler ayrılığı" ile ve bu kuramın amacıyla bir ilişkisi yoktur.

Müslüman bir ülkede kuvvetler ayrılığını gerçekleştirmek daha önemli ve daha güçtür, çünkü İslamiyet'te farklılaşma ve ayrılıktan daha çok *birlik* olgusuna yer verilmiştir. Örneğin, Tanrının tek olması, cemaatin birliği, yaşamın bir bütün olarak birliği ve din ile devlet işlerinin birliği gibi. İslamiyet'te hiçbir zaman yargının devletin diğer organları karşısında bağımsızlığı söz konusu olmamıştır. Bu nedenle Müslümanlar kuvvetler ayrılığını batılı bir kavram ve uygulama olarak görmüşlerdir.

Anayasacılık iktidarları birbirinden ayırarak ve bölerek devlet gücü üzerinde etkin bir sınırlama sistemi haline getirmektedir. Anayasacılık düşüncesi iktidara güvenmeme ve insan haklarını gerçekleştirme gibi iki temel üzerinde durur. İnsan haklarından söz etmeyen ve kuvvetler ayrılığına yer vermeyen ve bunların pratikte uygulanması için gerekli hükümler içermeyen bir belgeye anayasa denmez. Kuvvetler ayrılığı dediğimizde de esasta bu durumda yargı nasıl denetlenecektir? Bu sorunun yanıtı bizi denge ve denetim mekanizmaları sistemine götürmektedir. Denge ve denetim mekanizmaları yoluyla yasama ve yürütmeyi denetleyen yargı denetlenmektedir.

Denge ve Denetim Mekanizmaları

John Dickinson denge ve denetim mekanizmalarının tarihsel açıdan ortaya çıkışını şöyle anlatıyor: "Devletin çeşitli organları arasında denge ve denetim mekanizmalarını ilk olarak Polybius ayrıntılı bir biçimde işlemiş (Histories vi, 3-10) ve bu mekanizmalar Machiavelli'nin yeniden rağbet kazandırdığı (Discorsi... sopra la prima decade de Tito Livio) "karma yönetim" olarak adlandırılan kuramca vurgulanmıştır. Bu kurama göre, "saf" tipler –monarşi, aristokrasi veya demokrasi– kaçınılmaz bir biçimde kendi tiplerinin bozulmuş biçimlerine dönüşürler: Monarşi despotizme, aristokrasi oligarşiye ve demokrasi de avam yönetimine dönüşür. Bu soysuzlaşmadan kaçınmak için devlete başlangıçta "karma" bir biçim verilmelidir. Yani devlet her basit tipe ait organı içermelidir. O zaman aristokratik ve demokratik organlar monarşik organın soysuzlaşmasını denetleyecek, monarşik ve demokratik organlar aristokratik organın oligarşiye dönüşmesini önleyecek ve aristokratik ve monarşik organlar da avam yönetimine karşı bir garanti oluşturacaklardır. Bu biçiminde kuram monarşik unsurun aracılık ettiği iki temel sosyal sınıf arasında bir denge olmaktaydı. Kuram Calvin tarafından temel olarak kabul edilmiş (Institutes of Christian Religion, Kitap iv, bölüm xx, par, 8) ve ilk Massachusetts'li liderlerce miras olarak alınmıştır. On sekizinci yüzyılda John Adams bu kuramı yeniden canlandırıp ayrıntılı bir biçimde işlemiştir."[19]

Jon Elster'in belirttiği gibi, "denge ve denetim mekanizmaları sisteminde siyasal kurumlar, sadece her bir kurumun sınırlandırılmış bir yetki alanına sahip olması biçiminde zayıf anlamda değil, bu sınırlandırılmış alanda dahi en üstün güç olamama anlamında, güçlü anlaşılışında, bir diğeriyle sınırlandırılmıştır. Yasama yetkisi yürütme organının vetosuyla ve anayasa yargısıyla engellenebilirken, yargıç usulü hukuk yaratmada aşırıya kaçan bir mahkeme de yeni atamalar veya mahkemenin yetkilerini azaltma tehdidiyle denetlenebilir".[20] Denge ve denetim mekanizmaları kuramı, belirli yetkiler bir kişiye veya organa verildikten sonra, diğer kişi ve organların ikinci derecede bu yetkilerin kullanımına katılımını gerektirir.[21] Örneğin, Amerika Birleşik Devletleri'nde başkan Kongre'ye mesajlar yoluyla yasa çıkarılmasını önerebilir, yasa gücünde kararnameler, tüzük ve yönetmelikler çıkarır ve Kongre'den geçen yasaları veto edebilir. Ayrıca, başkan federal yargıçları atar ve Amerika Birleşik Devletleri'ne karşı işlenmiş suçları affedebilir. Kongre de yürütmeye fon sağlar, yürütme organının üyelerini suçlandırıp yargılayabilir ve başkanın vetosunu her iki meclisin ayrı ayrı üçte iki çoğunluğunu sağlama koşuluyla reddedebilir. Yine bazı başkanlık atamaları ile anlaşmalar senato tarafından onaylanır. Yargısal alanda da Kongre yargıya fon sağlar, alt düzeydeki federal mahkemeleri kurar veya kaldırabilir, yargı üyelerini suçlayıp yargılayabilir, Yüksek Mahkeme'de kaç yargıç olacağına karar verir ve Yüksek Mahkeme'nin temyiz yetkisini belirler. Yüksek Mahkeme Kongre'ce çıkarılan yasaların Anayasa'ya aykırı olup olmadığına karar verir ve başkan veya yürütme organının herhangi bir kararının Anayasa'ya aykırı olduğunu ilan edebilir.

Amerika Birleşik Devletleri'nde kuvvetler ayrılığının işleyebilmesi partilerin disiplinsiz olmaları ile başkanın parti liderliğinin özelliğine bağlanmaktadır. Parlamenter sistemlerde ise bu sistemlerin niteliğinden ötürü disiplinli partilerin ortaya çıkmasıyla birlikte kuvvetler ayrılığı ortadan kalkmadıysa da değişikliğe uğramış ve zayıflamıştır. Bazı parlamenter sistemlerde iki birbirinden farklı partinin hemen hemen sırayla denebilecek biçimde iktidara gelip gitmeleri kuvvetler ayrılığına duyulan gereksinimi azaltmaktadır. Ancak bunun tersine parlamenter sistemlerde tek bir parti uzun bir süre iktidarda kalırsa, kuvvetler ayrılığı da o ölçüde zayıflamaktadır. Bu nedenlerle çağımızda anayasa koyucuları anayasayı korumakla görevli tarafsız bir güce gereksinim duymuşlar ve bunu yaratmaya çalışmışlardır. Anayasalarda bu tarafsız güç yetkileri hemen hemen ortadan kaldırılmış devlet başkanı ve anayasa mahkemeleri olmaktadır.

Almanya'da Hitler'i iktidara taşımaktan sorumlu tutulan Weimar Anayasası tarafsız bir güç olarak başkanı düşünmüş ve başkana Anayasayı koruma görevi vermiştir. Weimar Anayasasına göre, başkanın yetkileri anayasal bir monarkın yetkileri gibi idi. Başkanın alacağı bütün kararlar "karşı–imza" kuralı nedeniyle başbakan ve ilgili bakanca imzalanmak duru-

mundaydı. Ancak bu dönemde Almanya'daki partiler karmaşası ve olağanüstü hal başkanın yürütmenin yetkilerini ele geçirmesine neden oldu. Bu ise Anayasa koruyuculuğu açısından gerekli olan başkanın tarafsızlığını yitirmesine neden oldu. Buna tepki olarak, 1949 tarihli Temel Yasa Weimar Anayasasının 48. maddesine göre başkanın olağanüstü hallerde sahip olduğu olağanüstü yetkileri kaldırmış ve Anayasayı yorumlamak ve yasaların anayasaya uygunluğunu denetlemek için bir Anayasa Mahkemesi kurmuş ve tarafsızlığı esas alarak Amerikan sisteminde olduğu gibi yüksek bir mahkemede aramıştır.

Ülkemizde de 1961 ve 1982 Anayasaları Cumhurbaşkanının tarafsız ve partiler–üstü niteliğini sağlama konusunda özel bir çaba göstermiştir. Ancak 1982 Anayasası Cumhurbaşkanının siyasal sorumsuzluğu ve tarafsızlığıyla bağdaşmayacak ölçüde önemli yetkileri bu makama vermiştir. Bu ise siyasal hayatta denge ve istikrar unsuru olması gereken tarafsız devlet başkanını günlük siyaset içine sokarak tarafsızlığını yitirmesine neden olabilmektedir. Çağımızda esas olarak tarafsız bir güç olarak yargı düşünülmekte ve anayasa mahkemelerine güvenilmektedir. Eski komünist Doğu Avrupa ülkelerinin hepsi anayasalarında anayasa mahkemelerine yer vermişlerdir. Ancak hiçbir iktidar tam anlamıyla tarafsız olamaz, aksi takdirde iktidar olma özelliğini yitirir.[22] Anayasa yargısının tarafsızlığı ve anayasalcılık bakımından içerdiği sorunlar ayrıca incelenmesi gereken önemli konulardır.

NOTLAR

1) Samuel P. Huntington, *Political Order in Changing Societies* (New Haven: Yale University Press, 1968), s. 55.

2) Cemil Oktay, "Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Yargı Açısından Anlamı ve Türkiye Örneği", *Anayasa Yargısı* (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayını, 1984), s. 215.

3) Aristoteles, *Politika,* çev. Mete Tunçay (İstanbul: Remzi Kitabevi, 1975), s. 132–133. İngilizce çeviri için bakınız: *The Politics,* çev. T.A. Sinclair (gözden geçiren: Trevor J. Saunders) (Harmondsworth: Penguin Books, 1981), s. 277.

4) John Locke, *Second Treatise of Civil Government* (Chicago: Gateway Edition, 1955), s. 109-142.

5) Montesquieu, *The Spirit of Laws,* çev. Thomas Nugent (Berkeley: University of California Press, 1977), s. 202. Türkçe çeviri için bakınız: *Kanunların Ruhu Üzerine,* çev. Fehmi Baldaş, cilt I (Ankara: Milli Eğitim Basımevi, 1963) ve cilt II (İstanbul: Milli Eğitim Basımevi, 1965).

6) Mukbil Özyörük, *İdare Hukuku Dersleri,* Teksir (Ankara: 1972–1973), s. 40.

7) Montesquieu, *The Spirit of Laws,* s. 201–202.

8) Montesquieu, *a.g.e.,* s. 200.

9) Montesquieu, *a.g.e.,* s. 200.

10) Herman Finer, *Theory and Practice of Modern Government* (New York: Henry Holt and Company, 1949), s. 95.

11) Oktay, *a.g.m.,* s. 222.

12) Alexander Hamilton, John Jay ve James Madison, *The Federalist* (New York: Modern Library College Editions, 1937), s. 337.

13) Carl J. Friedrich, *Limited Government* (Englewood: Prentice–Hall, 1974), s. 21.

14) Hobbes iktidarı insanların gelecekte bazı şeyler elde etmelerine yarayacak bugünkü araçları olarak tanımlamıştı. Thomas Hobbes, *Leviathan* (Harmondsworth: Penguin Books, 1968), s. 150. Bertrand Russel da Hobbes'un etkisiyle, iktidarı "istenilen etkilerin üretimi" olarak tanımlamıştır. Bertrand Russel, *Power* (London: Unwin Books, 1975), s. 25. Benzer bir tanım için bakınız: John Kenneth Galbraith, *The Anatomy of Power* (London: Corgi Books, 1985), s. 20.

15) Carl J. Friedrich, *Constitutional Government and Democracy* (Boston: Ginn and Company, 1950), s. 24. Harold D. Lasswell ve Abraham Kaplan iktidarı "kararların alımına katılma" olarak tanımlamaktadır. Bakınız: *Power and Society* (New Haven: Yale University Press, 1950), s. 75.

16) Max Radin, "Courts", *Encyclopaedia of the Social Sciences,* der., Edwin R.A. Seligman ve Alvin Johnson, Vol. 4 (New York: The Macmillan Company, 1932), s. 515–528; Kay Lawson, *The Human Polity* (Boston: Houghton Mifflin Company, 1985), s. 387.

17) Bu konuda Anayasa Mahkemesi'nin verdiği şu iki karara bakınız: E. 1990/13, K. 1990/30, k.t. 20.11.1990, *AMKD,* sayı: 27, s. 39–40; E. 1988/32, K. 1989/10, k.t. 28.2.1989, *AMKD,* sayı: 25, s. 115.

18) Franz Neumann, *The Rule of Law* (Leamington Spa: Berg, 1986), s. 256–257.

19) John Dickinson, "Checks and Balances", *Encyclopaedia of the Social Sciences,* der. Edwin R.A.Seligman ve Alvin Johnson (New York: The Macmillan Company, 1930), s. 363.

20) Jon Elster, "Majority Rules and Individual Rights", *On Human Rights,* der. Stephen Shute ve Susan Hurley (New York: Basic Books, 1993), s. 196.

21) Friedrich, *a.g.e.,* s. 185.

22) Friedrich, *a.g.e.,* s. 188.

Uluslararası Hukuku Vareden Tarihsel Dönüşüm Kesiti 1492–1648

Ahmet Halûk Atalay

Giriş

Temelde, uluslararası hukuka ilişkin, doğaları birbirlerinden farklı iki tür bilgi ayırdedilebilir. Birinci tür bilgiye uluslararası hukukun dogmatiği karşılık gelirken, ikinci tür bilginin konusunu uluslararası hukukun gerçekliği oluşturur. Bir gerçeklik kavramı olarak "uluslararası hukuk", onun varlık koşullarının toplumbilimsel bilgisini ifade eder. Kuşkusuz bu ayrım, hukuka ilişkin iki temel bilgi türünün; hukukun dogmatik bilgisi ile gerçeklik bilgisinin bilgikuramsal farklılığından türer. Şu kadar ki, dogmatik hukukun bizzat kendisinin bir araştırma nesnesi olduğu durumlarda bu ayrım belirli bir kırılganlığa da sahiptir. Bu durumda dogmatik hukuka dışsal kalan bir araştırma, belirli bir hukuk dogmatiğini salt bir görgül veri düzeyine indirgeyemez; iki farklı bilgi türünün işlemsellik kaygısı yararına bir tür geçişmesi kaçınılmazlaşır.

Bu anlamda bir uluslararası hukuk kuramı iki farklı düzeyin bilgisine yönelmiş demektir: Bir toplumsal denetim sistemi olarak uluslararası hukuk ve söz konusu toplumsal denetim sisteminin isterlerini ussallaştırarak yansıtan uluslararası hukuk dogmatiği...[1]

Bu yönelim, yukarıda sözü edilen türde bir geçişmeyi de kapsayacağına göre uluslararası hukukun kuramsal bilgisi onun varlık koşullarından türetilebilir. Varlık koşullarına ilişkin bilginin çekirdeğini ise, "uluslararası hukukun nasıl mümkün hale geldiği" biçimindeki bir tarih sorusuna verilecek yanıt oluşturacaktır. İşte aşağıdaki satırlar, bu imkanı var eden Avrupa Kamu Hukukunun uluslararası hukuka evrilme sürecinin iki temel boyutunun; yani denizaşırı yayılma ve bu yayılmanın öznesi olan güçlerin kendi aralarındaki çatışmalı ilişkilerin dindışılaşmasının sergilenmesi amacına özgülenmişlerdir.

Uluslararası Toplumun Oluşumu

Jacques Attali 1492'den beşyüz yıl sonra, bu tarihin dönüştürücü rolünü irdelediği yapıtının sonuç bölümünde *"Tıpkı cenaze törenlerinin yalnızca yaşayanları bir araya getirmeye yaraması gibi, her yıldönümü töreni sadece şimdiki zamandan konuşmanın fırsatı olmaktadır"* diyerek[2], 1492'yi yeniden ele alıp güncelleştiren tüm tarih çalışmalarının dayandığı saiki sergiler: Avrupa merkezli dünyanın temel karakteristiklerini, onun bugüne gelişinin etaplarından çıkarsamak.

Bu çabanın hedeflediği anlamlılık ise, Batının bugünkü kimliğinin oluşturucu unsurlarını onun şimdiki gerçekliğine yol veren tarihsel uğraklardaki eylem tarzlarının belirleyiciliğiyle açıklamaktır.

Tarihçinin ilgi odağında yüzlerce yıl önceki bir olayın yer alması sıradan bir anımsama uğraşı olarak değil; ama güncelliğiyle yeniden sorunsallaştırılması ihtiyacının karşılanması olarak anlaşılmalıdır. Bu sayede, Yeni Dünyanın keşfinin 500. yılı artık bir yıldönümü olmaktan çıkar ve örneğin Avrupa bütünleşmesinin, kapitalizmin bir dünya sistemi olarak şunca yüzyıllık egemenliğinin yeni görünümlerinin, Yeni Dünya Düzeninin ya da bir dizi başka sürecin belirleyici güncelliklerinin bağlamında anlamlandırılarak yeni ve farklı bir sorunsal halini alır.[3]

Bu yüzden, böyle bir tarih kavrayışı için 1492, önemli bir dönüm noktası olarak öne çıkarılmak zorundadır. Öyle ki, 1492 yalnızca bir kıtanın keşfi olarak değil; ama adeta bir icat olarak nitelendirilmekle bugünkü dünyanın asıl "miladi" imişçesine tanımlanabilsin. Eduardo Galeano, *"Bir keşiften çok bir icat yerine geçiyordu Amerika, tıpkı barut, baskı makinası, kağıt ve pusula gibi, Modern Zamanların çalkantılı doğuşuna katkıda bulunacak olan yeni bir icat"*[4] diye yazarken 1492'nin temsil ettiği uğrağın sonraki zamanlara etkisini özlü biçimde dile getirir.

Tekil oluşları evrensel yasallıklara zorlamak gibi apaçık bir riski içerse de, bu tür bir tarihçi tavrını "anlaşılabilir" kılan 1492'nin gerçekten hak ettiği bu özel vurgu olsa gerek.

Uluslararası Hukukun Kalkış Noktaları

Uluslararası hukukun özgül tarihi söz konusu olduğunda, özel vurgu hak eden yegane tekil oluş 1492 değildir. Bu alana ilişkin artık klasikleşmiş pek çok çalışmada 1492 ile birlikte bir dizi tarihe daha vurgu yapılması alışkanlık haline gelmiştir. Örneğin, bu eski alışkanlığın klasik temsilcilerinden biri olan *James Brown Scott,* Amerika'nın keşfinin uluslararası hukukun gelişimine etkisini, 1492'nin yanına 1532 ve 1625'i ekleyerek; bu üç tarihi birbirini koşullandıran aşamalar biçiminde sunmuştu:[5] Ona göre bu üç tarih uluslararası hukukun "kalkış noktaları" idiler.

İkinci önemli tarih olan 1532'de *Francesco de Vitoria, Salamanque* üniversitesinin resmi açılış töreninde uluslararası hukuk tanımını içeren *Relectio*'sunu okumuştu; daha doğrusu kendisinden önce bireylerarası bir hukuk olarak tanımlanmış olan *Ius Gentium*'u kavimler hukuku olarak tanımlamıştı.[6]

Vitoria, bu tanımın da yer aldığı *Relectio*'larda Yeni Dünya'nın İspanyollar tarafından sahiplenilmesini meşrulaştırmaya çalışırken, bir yandan da yerli halklarla işgalciler arasındaki savaşlara egemen olması gereken kimi kuralları temellendirmeye; göksel doğal hukuka dayalı bir 'haklı savaş kuramı' geliştirmeye çalışıyordu.

Nihayet, Scott'un uluslararası hukukun kalkış noktaları arasında belirttiği üçüncü tarih 1625'tir. Bu tarihte Hugo Grotius'un *De Iure Belli ac Pacis*'i[7] ilk kez Latince olarak yayınlandı. *De Iure Belli ac Pacis* uluslararası hukuk dogmatiği açısından anlamlı bir başlangıcı temsil ediyordu: Çünkü Grotius'un başyapıtı, üzerinde yükseldiği bağlamın dogmatiğini kurmaya çalışıyor; uluslararası hukuku bir disiplin olarak özerkleştiriyordu.

Ne Scott ne de aynı tarihlere benzer vurgular koyan bir başka hukukçunun naif bakışında, bir coğrafya buluşuyla bir kitabın ilk kez yayınlanış tarihini aynı düzeyde yan yana getirmenin herhangi bir sakıncası olamaz gibiydi. Ama artık, bir toplumsal denetim sistemi ile ona ilişkin bir dogmatiği[8] aynı tarihsel süreç içinde ilişkilendirmekten çok bunları birbirleriyle aynı şey sanmaktan kaynaklanan görüş hatasında ısrar etmek için herhangi bir neden yok.

Gerçek Kalkış Noktaları

Uluslararası hukukun tarihi, hukuki anlamda egemen ve eşit[9] devletlerin görece düzenli ilişkilerinin normatif alanını ifade eder ve doğal olarak bu koşullara elverişli bir uluslararası siyasal yapıyı ön gerektirir. Böylesi bir uluslararası siyasal ilişkiler ortamını var eden tarihsel kesit ise Ortaçağın sonları ve daha çok Yeniçağ'ın ilk iki yüzyılı; XVI. ve XVII. yüzyıllar olarak belirlenebilir.

Yeniçağın bu iki yüzyılı uluslararası ilişkilerin biçimlenme sürecini ifade ederler. Modern ve global dünyanın temel rol ve aktör kategorileri bu yüzyıllarda standartlaşmışlardır. Avrupa'nın Papalık –Kutsal İmparatorluk– Prenslikler'den oluşan hiyerarşik kutupluluğu bu süreç boyunca saltçı krallıklara ve oradan da ulusal egemen devletlere evrilmiştir.[10] Bu evrimin biçimsel dönüm noktası ise 1648 Westphalia Barışıdır. 1648 ile birlikte Papalığın ve Kutsal İmparatorluğun Avrupa Kamu Hukukunun hiyerarşik birer öznesi oluşlarına ilişkin konumlarının ortadan kaldırılışı artık nihai hukuki ifadesine de kavuşmuş oluyordu.

Avrupa Kamu Hukuku'nun bu içsel evrimine ondan ayrıştırılamaz tarzda eşlik eden dışsal evrim süreci ise geniş ölçüde sömürgeci dünya yayılmasıyla ilgilidir. İşte 1492, böyle bir yayılmayı mümkün kılan coğrafya buluşlarını temsil ettiği kadar bir sömürgeleştirme etkinliğinin de tarihi olduğu için, Avrupa Kamu Hukukunun uluslararası hukuka dönüşmesinin 1648 ile kararlılık kazanacak sürecinde adeta bir "başlangıç" rolü oynar.

Öyle ise bu iki tarih; 1492 ve 1648, uluslararası hukukun oluşumunun özgül tarihi bakımından bir "tanım aralığı" işlevi görebilirler.

Sömürgeci Dünya Yayılması

Avrupa'nın Yayılması[11] olarak da adlandırılan sömürgeci dünya yayılmasının fiziksel koşullarını büyük coğrafya buluşları sağladı.

Söz konusu yayılış, rekabete taraf olan güçlerin kendi kapitalist gelişmelerine eşlik ederken, bir yandan da uluslararası toplum ölçeğindeki kapitalist ilişki biçimlerini tahrik ediyordu. Bir yandan geniş bir pazar yayılışı, diğer yandan da ilkel birikimin kaynaklarının keşfi birbirlerini koşullandırıyorlardı. Kaynakların, Avrupa'da alabildiğine sınırlılığı, kapitalist üretimdeki bir sıçrayışı, sömürgelere bağımlı kılıyordu.[12]

Keşiflerle kapitalist gelişmenin bağlantılandırılmasında asıl sorun sömürgeci yayılmanın neyi ifade ettiğiyle ilgilidir ve burada merkezi olgu, kuşkusuz uzak mesafe ticaretidir. Gerçi kapitalist gelişmenin merkezi coğrafyasında (Akdeniz, orta ve Batı Avrupa'nın genişçe bir bölümü) uzak mesafe ticareti ilk kez 1492'nin açtığı dönemde söz konusu olmuş bir olgu değildi. Ancak söz konusu coğrafya bakımından ilk kez bu dönem, dünyanın geniş ölçekte yağmalanmasıyla feodal üstyapının kökten krizini buluşturmuştu.

Öyleyse uzak mesafe ticareti ve sömürgeci yayılma, birbiriyle koşut pek çok olgunun biraradalığıyla ayrımlanabilen özgül bir dönem; Hobsbawn'ın "yayılmanın yenilenmesi" dediği[13] dönem olarak kavrandığında ve ancak bu durumda kapitalist gelişmeyle zorunlu bağımlılık ilişkisi içerisinde değerlendirilebilir: Portekiz, İspanya, İngiltere, Fransa ve Alçak Ülkeler XVI. ve XVII. yüzyıllar boyunca uçsuz bucaksız denizaşırı topraklar ele geçirdiler.[14] Böylece Avrupa merkezli uluslararası toplumun fiziki anlamda oturacağı coğrafya ortaya çıkmış oluyordu ve bu sömürgecilik sayesinde mümkün olmuştu.

Coğrafya buluşları, 1492'den çok önce başlayan bir dizi girişimi ifade eder. Gene de 1492'yi kendinden öncekilerden ayırd eden ve dönüştürücü kılan kimi özellikler vardır ve bunlar daha çok İspanyol yayılmasının Portekiz yayılmasına oranla daha derinlemesine bir sömürgeciliği ifade etmesiyle ilgilidir. Buna daha ileride değinme fırsatım olacak.

Ancak gerek Portekiz ve İspanya'nın, gerekse yayılma sürecine daha sonra katılan İngiltere, Fransa ve bir ölçüde de Birleşik–Eyaletlerin coğrafya buluşları aracılığıyla yayılmalarının Avrupa Kamu Hukukunun içsel evrimiyle de ilgisi vardır. Bu açıdan sömürgeci yayılma, anılan güç merkezlerinin tümünün söz konusu yayılmaya birer sömürge imparatorluğu kimliğiyle katılmalarıyla da belirgindir.

Sömürge İmparatorlukları

XVI. yüzyıl Avrupası için İmparatorluktan söz edildiğinde akla ilk gelenin Kutsal Roma – Cermen İmparatorluğu olması olasılığı yüksektir. Oysa bu imparatorluk, hele bir de kutsallık sıfatıyla birlikte düşünüldüğünde, örneğin kiliseye oranla daha az kurumsal ve daha çok kurgusal bir ortaçağ unsurudur. Bu vurgu, yalnızca Kutsal Roma – Cermen İmparatorluğuyla Yeniçağ'ın asıl imparatorlukları, yani büyük sömürge imparatorlukları arasındaki farklılığı belirtmeye yönelik bir ilk adım olmaktan öte bir ağırlığa sahiptir. Eğer Yeniçağ'ın uluslararası ilişkiler ortamına bir de siyasal güç merkezleri açısından bakılırsa, Yeniçağın temel dönüşümlerinden birini de iki temel gücün, Kutsal İmparatorluk ve Papalığın başat rollerinin ortadan kalkması olduğu rahatlıkla söylenebilir. Onların yerini daha sonra modern ulus – devletlerin sancılı doğuşuna yol verecek tarzda birer nominal siyasal birim olarak saltçı krallıklar aldı. Zaten 1648 barışının görünürdeki siyasal sonuçlarından biri de budur. Fakat bir karşılaştırma söz konusu olduğunda; Kutsal İmparatorlukla büyük sömürge imparatorlukları arasındaki tipolojik[15] ayrımlar, öncelikle her iki kurumun farklı tarihsellikleri temsil etmeleri nedeniyle, Yeniçağın ilk yüzyıllarının bir bakıma geçişsel özelliğini betimlemede işlevsel olmaktadır: Büyük sömürge imparatorlukları, ulus – devlete geçiş aşamasında saltçı devletin dış siyasal görünümü olarak anlaşılabilirler ve Kutsal İmparatorluğun çözülme sürecinde ortaya çıkmışlardır. Önce Portekiz ve İspanya, daha sonra Hollanda, İngiltere ve Fransa gerek coğrafya buluşlarında gerekse sömürge fetihlerinde üstünlük yarışına birer imparatorluk kimliğiyle katıldılar.

Keşif ve Mülkiyet

Uluslararası hukukun kurucu temalarından biri olan açık denizlerde dolaşım ve ticaret özgürlüğü, özünde deniz yolları

aracılığıyla gerçekleştirilen uzak mesafe ticareti konusundaki rekabet ve dolayısıyla açık denizlerin denetimine yönelik büyük sömürgeci güçler arasındaki ilişkilerin bir yansımasıdır.

Sömürgeci fetihler konusunda büyük siyasal güçler arası rekabetin alanı ağırlıklı olarak denizlerdir. Denizlerde; yani sömürgelere ulaşan su yollarında egemenlik stratejik bir önem taşıyordu. Daha Columbus'un ilk yolculuğundan dönüşünün hemen arkasından büyük coğrafya buluşlarına yönelen iki güç arasındaki anlaşmazlıklar uluslararası ölçekte etki yaratacak bir düzeye evrildi. Portekiz ile İspanya arasında Kanarya Adalarının hakim olduğu açık deniz su yollarının denetimi konusunda 1479 *Alcoçavas Andlaşması*'nın bile çözemediği[16] uyuşmazlık, artık bu yerellikle ve uyuşmazlığın taraflarıyla sınırlı olmaktan çıkıyor; sömürgeci rekabet sürecine katılmaya başlamış ya da buna hazırlanan diğer Avrupalı güçleri de yakından ilgilendirmeye, yani doğrudan doğruya bir Avrupa kamu hukuku sorunu olmaya başlıyordu.

Coğrafya buluşları ve denizaşırı egemenlik konusunda ilk adımları Portekiz atmıştı. XV. yüzyıla kadar dünya ticaret merkezi Akdeniz havzasının dışında kalmış; limanlarını İngiltere ve Flandr'a bağlama konusunda tek umudu Atlantik Okyanusu olan Portekiz, güney eyaletlerinin Magriplilerden arındırılması sonucu birliğini yeniden oluşturunca gözlerini güneye, Afrika'nın kuzey–batı kıyılarına dikmişti. Krallığın önde gelenleri, şövalyeler ve kıyı kentlerindeki tacirlerin de desteğiyle, "denizci" lakabıyla anılan Prens Henri'nin önderliğinde girişilen düzenli çabalar, 1416 ile 1471 arasında Afrika'nın pek çok kıyısına ulaşılmasını sağladı.[17] Nihayet, 1488'de Bartholomeu Diaz Afrika'nın güneyindeki en son burnu –Portekiz Kralı II. Jean'ın sezgi dolu isimlendirmesiyle "Güzel Umut Burnu"nu– dönüp Hint Okyanusuna çıktı. Daha sonra, 1497 ile 1492 yılları arasındaki seferiyle Vasco de Gama Hindistan'a kadar ulaştı. Böylece Portekizlilerin seksen yıl kadar süren çabaları bir bakıma amacına ulaşmış oluyordu: Batı Avrupa ile Hint Okyanusu kıyıları arasında doğrudan ilişki, Portekiz'in kuzey ve güney kıyıları aracılığıyla ilk kez sağlanıyordu.

İşte yukarıda sözü edilen ilk anlaşmazlık da bu yüzden patlak vermişti. Portekiz Tacı, Hint yolu üzerindeki keşfedilmiş ya da keşfedilecek tüm deniz yolları ve karalar üzerinde doğal ve üstün bir mülkiyet iddiasındaydı.[18] Varsayılan üstün mülkiyet hakkının "hak" oluşu ve bunun "doğal"lığı, o zamana dek kanonik hukukçuların da benimsemekte sakınca görmedikleri bir tür "aslen iktisap" ilkesiyle gerekçelendiriliyordu. Daha kestirme bir anlatımla, keşfedilmiş kara parçaları ve su yolları *res nullius* (sahiplenilmemiş nesne) niteliğindeydiler ve kendilerini ilk kez bulana ait olmalarından daha doğal bir şey olamazdı. Uluslararası hukuk yazınında daha sonra birbirinden çok başka sonuçlara varacak biçimde işlenen ilke şöylece kategorize ediliyordu: "*res nullius* niteliğindeki bir kara parçasının *dominiumu* (mülkiyet anlamındaki egemenlik) ancak bu *res nullius*un keşfi ya da işgali halinde aslen iktisap olarak nitelendirilebilir". Dönemin hukukçularına göre, bu ilkenin doğal bir sonucu olarak bu "aslen iktisap", keşfedilmiş topraklar üzerindeki

servetleri ve bu arada, bu topraklar üzerinde yaşayan halkları da kapsayabiliyordu. Keşfedilecek yerler bakımından da aynı mantık geçerliydi, ancak bu kez "aslen iktisap", adeta yalnızca keşfe konu olan yerleri değil; ama aynı zamanda keşfetme eylemini de içeriyordu. Uluslararası hukukun kurucu temalarının ve bunlara ilişkin tartışmaların bir eşya hukuku tartışması görünümüne sahip oluşları şaşırtıcı gelmemelidir. Bunun iki temel nedeni olduğu söylenebilir. Birincisi kurucu tartışmaların taraflarıyla ilgilidir. Sömürgeci yayılmanın konusunu oluşturan ülkeler ve halklar hiç bir zaman bu tartışmanın doğrudan ya da dolaylı tarafı olma şansını elde edemediler; tartışma "keşfedilen" ülke ve halkı ile ilişkiler üzerine değil, "keşfedenin" bir diğer "keşfeden"e önceliği üzerine idi. İkinci neden ise, modern devletin henüz belirmeye başladığı ve devletlerarası ilişkilerin hanedanlararası bir tür özel hukuk ilişkisi kavrayışıyla yürütüldüğü bir dönemin söz konusu olmasıyla ilgilidir.

Portekiz'in söz konusu doğal ve üstün mülkiyet iddiası fiili geçerliliğini, İspanya'nın sömürgeci rekabet sürecinde elverişli konumlar elde etmesine kadar sürdürdü. Ancak bu üstünlük, iddiaların sayıca ve tarafça çoğalmalarını, aynı doğrultuda argümanların da sayıca çoğalmasını sağladı ama, temelindeki mantığı, yani eşya hukuku mantığını pek değiştirmedi. Asıl dönüşüm bu iddia ve argümanların geleneksel meşrulaştırılma biçimine yönelen ve giderek alternatif bir meşrulaştırma biçiminin zaferiyle sonuçlanan dayanak noktalarında gerçekleşti. Öyle ki yaklaşık iki yüz yıla yayılan bu sürecin bizzat kendisi uluslararası hukuk dogmatiğinin de kuruluşu anlamına geliyordu.[19]

İspanya'nın Derinlemesine Sömürgeciliği

İspanya, sömürgecilik konusunda Portekiz'den daha farklı bir yol izliyordu. Portekiz sömürge imparatorluğu daha çok bir kısmı Afrika kıtası boyunca, diğerleri Hint Okyanusu'nda Molük Adaları'na kadar uzanan berkitilmiş liman kentleri eliyle uzak mesafe ticaretini denetlerken, İspanya böylesi merkezleri değil, bizzat kıtanın kendisini keşfe yönelmişti.

İspanyollar, yarım yüzyıl gibi kısa sayılabilecek bir sürede Amerika kıtasının önemli bir bölümüne yayıldılar. *Conquisdatores* (İspanyol fatihleri) sayesinde, Karaipler denizinden Macellan Boğazına kadar olan bütün bir Güney Amerika İspanya'nın mülkü oldu.[20]

Ancak, İspanyol sömürgeciliğinin farkı yalnızca; ilk sömürge imparatorluğu Portekiz'i sömürgeci fethin yaygınlığı açısından geride bırakmasıyla sınırlı değildi. İspanyol tipi sömürgecilik *Evangelizasyon*[23] ve *Encomienda*'nın birlikte yürütülmesiyle kendinden sonraki sömürgecilikten de önemli ölçüde ayrılır. Örneğin Cizvitler, Evangelizasyon konusunda o çok etkili çabalarına rağmen, Amerika'daki performanslarını daha sonra ne Hindistan'da, ne Çin'de, ne de Japonya'da gösterebildiler. *Encomienda*'yı, İspanyol sömürgeciliğinin Amerika'ya özgü biçimi yapan da bu olsa gerek.

Encomienda

Encomienda, İspanyol dili dışında karşılığı olmayan bir "erken" uluslararası hukuk kurumu olarak belirlenebilir. *Encomienda* döneminin bir hukukçusu, *Solorzano Pereira* kavramı şöyle tanımlanmıştı:

"*(Encomienda)* Amerika'da önemli başarılar elde etmiş kimselere (genellikle conquisdatore'lara ve vekillerine), yerlilerin cismani ve ruhani hayırlarını gözetmeleri, 'encomanderos'ları oldukları eyaletlerde oturmaları ve buraları (gerektiğinde) savunmaları ve kurallara saygı ve bağlılıkla uyulmasını sağlama koşuluyla, krallık inayeti olarak verilmiş; yerlilerin kendilerine ve varislerine veraset kurallarına uygun olarak ödemekle yükümlü olacakları vergileri, bizzat kendileri için salma ve toplama hakkıdır".[21]

Gerçi *encomienda,* birkaç yüzyıllık evriminde çok daha farklı içerikler yüklenen bir kurumu ya da ilişkiler örüntüsünü ifade eder. Ancak hukuki özü az çok yukarıdaki tanımda ifadesini bulan "vergisel" ilişkiyle belirlenmiştir. *Encomienda*'nın fethedilen topraklarda feodal tarzda bir sömürüyü örgütleyen yapısı İspanya'nın sömürge yayılmasında uzun vadede karlı çıkamaması olgusu hakkında bir fikir verebilir.

Sömürgecilik konusunda İspanyol monarşisinin benimsediği bu farklı "üslup" ve bunun getirileri, sömürgeci rekabetin üzerinde yürütüldüğü statükoda da kaçınılmaz kimi değişimleri zorluyordu: Öyleyse su yolları ve bunlar aracılığıyla ulaşılabilen ya da ulaşılabilmesi muhtemel merkezler üzerindeki egemenliğin hukuki rejimi, yeni güçler dengesine uyum sağlamalıydı. Böyle bir rejim aynı zamanda keşfedilecek merkezler üzerinde ileriye yönelik bir tekel oluşturma düşüncesini içeriyordu. Söz konusu olan bu önsel tekelin hangi sömürge imparatorluğuna tanınacağıydı. Bu ayrıcalık, 1400'lerin başında coğrafya seferleri herkese sonucunda ne çıkacağı belli olmaksızın girişilmiş bir işmiş gibi göründüğünden olsa gerek, Papalıktan pek de zorlanmadan elde edilmiş bir icazete dayalı olarak Portekizindi ve İspanyol monarşisi daha başından itibaren bu durumu bertaraf etmenin fırsatlarını arıyordu. Ancak şimdi, hele de Colombus'un başarılarından sonra İspanya'nın eski statükoya katlanması için çok daha az nedeni vardı. Üstelik, az önce değindiğim gibi, İspanya Portekiz ile karşılaştırıldığında sömürgeci yayılma konusunda daha derinlemesine bir tutum izlemiş; *Evangelizasyon* ve *Encomienda* aracılığıyla fethine yöneldiği topraklarda gerçek ve teknik anlamda bir sömürgeciliğe girişmişti; öyleyse bu çabalarının karşılığını alacağı süreç daha elverişli bir hukuksal rejimce garantilenmeliydi. Bütün bunların dışında, bu konuda ikna etmek durumunda olduğu Papalık nezdinde, yeni bir rejimi hak ettiğini gösterecek önemli bir koza da sahipti: *Evangelizasyon,* yüz binlerce "barbar" yerliyi daha şimdiden kutsal dine kazandırmıştı, kazandıracağı daha bir o kadarı da çabası... Uzunca bir süreden beri nihai nitelikteki ruhani ve cismani erki erozyona uğramakta olan Papalığın herhalde bu duruma pek bir itirazı olamazdı.

İşte, iki yüzyılı aşkın bir süre boyunca hukuksal geçerliliğini yitirmeyecek ve uluslararası hukuk kuramının sekülarizasyonuna, kendisine yöneltilen itirazlar aracılığıyla hizmet edecek olan *Tordesillas Antlaşması* böyle doğdu.

Dünyanın İkiye Bölünüşü: Tordesillas Antlaşması

1700'lerin ortalarında bile, Güney Amerika'da eğer bir sınır uyuşmazlığı ortaya çıkmış ve taraflar birinci derecede başvurabilecekleri başkaca bir belge ortaya koyamamışlarsa, bu uyuşmazlığı çözebilmek için yaklaşık ikiyüzelli yıl önce akdedilen bir antlaşmaya, 1494 tarihli Tordesillas Antlaşmasına başvururlardı.[23] Antlaşmayı bu denli uzun ömürlü yapan herhalde, daha sonra bağımsız birimlere dönüşecek olan sömürge alanlarının ilk hukuksal düzenlenişini konu edinmesi olsa gerektir. Ancak, "uzun ömürlülüğün" belirli bir yerellikle, Güney Amerika ile sınırlı olduğunu vurgulamakta yarar var. Sömürgeci yayılma etkinliğinde İspanyol monarşisinin başka hiç bir yerde olmadığı kadar Güney Amerika'da derinlemesine bir etkinlik göstermesi bu durumun temel nedenidir. Ancak bu antlaşma, en azından yeni güç dengeleri onun etkinlik ve meşruiyetini örseleyene dek, hiç de belirli bir yerellikle sınırlanma kaygısı taşınarak akdedilmemişti. Tersine, Tordesillas Antlaşması ile yeryüzü Portekiz ile İspanya arasında iki egemenlik alanına bölünüyordu.

Antlaşmanın kısa öyküsü şöylece aktarılabilir:[24]

Katolik İspanyol Monarşisi, özellikle de Colombus'un başarılarının yüreklendiriciliğiyle, eğer parlak bir sömürgeci geleceğe sahip olmak istiyorsa işe, bu konudaki rakibi Portekiz'in alanının daraltılmasıyla başlaması gerektiğini anlamıştı. Bu yolda, Papa VI. Alexandr'a yapılan baskılar sonuç vermekte gecikmedi. Papalık 1493 tarihli *İnter Coetera* fermanıyla ve İspanya'nın yararı ağır basacak biçimde, keşfedilecek dünyayı Portekiz arasında bölüştürdü. Buna göre, harita üzerinde kutuplar arasına çizilen ve Yeşil Burun Adalarının yaklaşık 600 kilometre batısından geçen kurgusal bir çizginin batısında kalan tüm denizler ve karalar İspanyanın; doğusundakiler ise Portekiz'in mülkü olarak tanınıyordu. Ne var ki söz konusu Papalık fermanıyla hüküm altına alınan paylaştırma işlemi bu haliyle uzun ömürlü olamadı. Sömürgeci yayılma konusundaki kıyasıya rekabetin iki temel gücü arasında uzun çekişmeler boyunca süren müzakereler, nihayet 1494'ün Temmuzunda bir sonuca bağlanabildi ve böylece daha önceki ayrım çizgisinin 1600 kilometre daha batıya taşınmasını öngören *Tordesillas Antlaşması* akdedildi. Böylece İspanyollar Brezilya dışında bütün Amerika üzerinde hak iddia edebileceklerdi.

Tordesillas Rejiminin Aşılması

Portekiz, sömürgeci yayılmanın teknik koşullarında gösterdiği performansı, ekonomik ve siyasal getiriler alanında yineleyemedi. İspanyol monarşisinin Portekiz'le bu alandaki rekabette öne geçmesinin değiştirdiği siyasal dengenin hukuki sonucu olan Tordesillas Antlaşması, bir anlamda Portekiz'in sömürgeci yayılma yarışında geri kalışını belgeliyordu. İspanya ise Tordesillas ile elde ettiği sonucu bir yandan sömürgecilik konusunda daha derinlemesine bir tutum izlemesine, diğer yandan da kazandıklarını koruma konusundaki askeri kararlılığa; özellikle de daha sonra İngilizler ve Hollandalılarca ağır yenilgilere uğratılacak olan "Yenilmez Armada"sının o sıralardaki tehdit gücüne borçluydu. Yoksa, Tordesillas Antlaşması daha altındaki imzalar kurumadan yoğun tepkiler almıştı. Özellikle Fransa Kralı I. François, iki komşusunun papanın da onayıyla dünyayı aralarında paylaşmalarından hiç hoşnut değildi. Nitekim, denizlerde üstünlük İngiltere ve Birleşik–Eyaletlere geçince o zamana

dek ancak askeri güçle savunabilen Tordesillas rejimi de aşılmış oldu. Gerçi İspanyol ve Portekiz diplomatlar XVII. yüzyıla değin Papalık kararları ve Tordesillas Antlaşmalarına dayandılar ve Güney Amerika'da ortaya çıkan sınır uyuşmazlıkları uzunca bir süre hep bu antlaşmaya dayanılarak çözüldü ama, Tordesillas Rejimi İngiltere ve Birleşik–Eyaletlerin denizlerdeki üstünlüğüne engel olamadı.

Uluslararası dengelerdeki bu değişim, sömürgeci yayılmada elverişli konumları ilk elde eden güçlerin sömürgeciliğin tarihsel işlevlerine uyum sağlayamamalarından kaynaklanıyordu.

İngiltere, Fransa ve Birleşik–Eyaletlerin Keşifleri

XVI. yüzyılın ortalarından başlayarak sömürgeci yayılma konusundaki rekabete katılan İngiltere için bu, hem İspanya ile askeri mücadele, hem de yeni coğrafya buluşları anlamına geliyordu. İngilizler, Kuzey Amerika'da koloniler kurdular; Atlas Okyanusuna yönelip Guyan'a çıktılar; Bermuda Adalarını ele geçirdiler; 1632 ile 1635 arasında Küçük Antiller'de birçok ada ile Jamaika'yı aldılar.[25]

Sömürgeci yayılış alanındaki rekabete XVII. yüzyılın başlarında katılan Birleşik Eyaletler (Hollanda) bu konuda pek hızlı bir yol kat etti: 1642 ve 1643'te Abel Tasman Yeni Zelanda ile Fiji ve Togo adalarını bulduğunda, Hint Okyanusundaki deniz yollarının denetimi çoktan sağlanmış; Malezya takımadaları ve Molük adaları ele geçirilmiş; Yeni Dünya'da Guyan'ın bir bölümü ile Küçük Antiller'de bir kaç ada fethedilmiş; Sonda takımadalarında Batavya adıyla (Jakarta) yeni bir yerleşim bölgesi oluşturulup, etkinliğini Çin ve Japon limanlarına kadar yayacak olan Doğu Hindistan Ticaret Şirketinin merkezi haline getirilmişti bile.[28]

Okyanusların yeni efendileri, "Yenilmez Armada"sı etkisiz hale getirilen İspanya'dan üstünlüğü ele alan İngilizler ve Hollandalılardı. Uzunca sürecek bir dönem boyunca İngilizler ve Hollandalılar denizcilik ve deniz ticareti alanlarında üstün bir performans sergilediler. "Deniz kurtları" ve "deniz hamalları"... Birincisi İngiliz ikincisi Hollandalı denizcilere takılan bu lakaplar okyanuslarda sergilenen bu üstün performansın göstergelerinden yalnızca biridir. İyi yetişmiş gemi yapıması ve denizcilerden oluşan ticaret filoları kısa bir süre içerisinde hem nicelik olarak daha fazla hem de çok düşük fiyatlarla taşımacılık yaparak uzak mesafe deniz ticaretini neredeyse ellerine geçirdiler.[27] 1602 yılında Doğu Hint, 1621'de Batı Hint Ticaret Şirketleri oluşturuldu. Bu iki şirket, ya doğrudan sömürgeci ticaret merkezlerini, ya da bu merkezlere ulaşan kara ve su yollarının denetimi anlamında etkinliklerini, Avrupa'dan Yakın Doğu'ya; Asya'dan Güney Afrika ve Amerika'ya dek yaydılar. Köle ticareti bir yana tüm bu merkezlerden gelen mallar Amsterdam'da toplanıyor: çoğu kez büyük depolarda fiyatların en elverişli düzeyi oluşana dek bekletiliyor, en yüksek kârın mümkün olabileceği anda ise Avrupa piyasasına sunuluyordu. Hollandalı tacirler uzunca bir dönem Avrupa pazarına egemen oldular.

Birleşik–Eyaletlerin Avrupa ve dünya pazarlarındaki yükselişi ve düşüşü yaklaşık yüzyıllık bir zaman dilimine yayılır. Öyle ki, bu zaman diliminin genişçe bir bölümü için Hollanda merkezli bir dünya sisteminden söz etmek mümkündür. Düşüş, bir yanıyla uluslararası dengelerde özellikle İngiltere, sonra da Fransa'nın öne çıkışına bağlıdır. Hatta "ulusal" ekonomiler düzeyinde, Hollanda'nın uluslararası ilişkilerde gerileyişi, İngiltere'nin onu yakalayıp geçmesiyle ilgilidir. Bu "yakalayıp geçme", daha sonra İngiliz endüstri devrimine varoluş zemini sunacaktır.[28]

Uluslararası hukukun oluşumunda çok işlenen bir anda tema olmak bakımından önemli bir yer tutan açık deniz yollarında dolaşım ve su yollarının denetimi alanında, üstünlüğün İngiltere'ye geçmesi ve iki güç arasındaki mücadelenin savaşlara mal olan süreci Birleşik–Eyaletlerin uluslararası görece gerileyişinin temel nedenlerinden birisiyse, diğer temel neden de Fransa ile girişilen savaşın bir yandan ticarete sekte vurması, diğer yandan da getirdiği ağır mali yükün katlanılmazlığı ile belirginleşen yıpratıcılığıdır.[29]

Nihayet sömürgeci rekabete, gene XVII. yüzyılın başlarında katılan Fransızlar, bir yanda Kanada'da Saint–Laurent'e kadar ulaştılar; diğer yandan da Guyan'da Cayenne sömürgesini kurdular.[30]

Porchnev Noktası

Endüstri devriminin büyük bir tarihsel açılım olanağı sağladığı İngiltere hariç, sömürgeci yayılma sürecinin aktörlerinin yazgısı önce yükselişi, daha sonra öne çıkan diğer aktöre oranla görece bir düşüşü yaşamak olmuştur, denebilir. Eğer sömürgeci yayılma yalnızca bu sürecin aktörlerinin sömürgeci yayılmaya yönelik performanslarına indirgenirse, yükseliş ve düşüşün de bu sürece özgü çevrimsel bir hareket oluşturduğu gibi yanlış bir sonuca varılabilir. İşte bundan kaçınmak için sömürgeci yayılmanın etkilerini bu sürecin aktörlerinin birlikte neden oldukları dönüşümle anlamlandırmak gerekir. Bu noktada, tarihçi *Porchnev*'in *Otuz Yıl Savaşları* Avrupa'sı ve onu izleyen 1648 *Westphalia Barışı* sonrası *Avrupa Ahengine* yönelik çözümlemesi bir çıkış noktası oluşturabilir. Buna göre, sömürgeci yayılma sürecinin aktörleri olan ve hepsi iç toplumsal yapılarının temelinde sömürgecilik yer alacak tarzda dış yayılmaya girişen devletlerin bu eğilimleri sonuçta birbirlerini etkisizleştirecektir.[31] Burada "etkisizleştirme"den aynı doğrultuda eğilime sahip siyasal birimler arası rekabetin, rekabete taraf olanlardan biri ya da bir kaçını tümüyle yok edememesini anlamak gerekiyor. Bu çözümleme eğer 1648 sonrası *Avrupa Ahengi* sistemini tanımlıyorsa, Papalık ve Kutsal İmparatorluğun daha önceki bir süreçte Avrupa Kamu Hukukunun hiyerarşik öznesi olma konumlarının ortadan kalkışını da veri alıyor demektir. Bu sonucun ortaya çıkmasında sömürgeci yayılma sürecinin çok temel bir ekseni oluşturduğu kesin. Uluslararası hukukun oluşumu bakımından bu süreçte ana temayı oluşturanın açık denizler ve bunların eriştiği ticaret yolları olduğuna yukarıda da değinmiştim. Ancak bu, Avrupa Kamu Hukukunun uluslararası hukuka evrilmesi sürecinin dışsal boyutunu, ya da Avrupa Kamu Hukuku öznelerinin mekanı Avrupa olmayan ilişkileriyle ilgili yönünü oluşturmaktadır. Oysa bu birincisinden ayrılamaz tarzda önemli bir diğer boyutu, kıtanın kendi içsel dönüşümü ile yani *Avrupa Devletleri Sistemi*nin oluşumu ile ilgilidir. Eğer sömürgeci yayılmanın siyasal anlam-

da temel motifinin Avrupa'nın birbirleriyle karşı karşıya gelen devletlerinin deniz aşırı yayılmanın getirileri aracılığıyla gene birbirleri karşısında güçlenmek olduğu söylenebilirse bu noktanın önemi kendiliğinden kavranabilir.[32]

Otuz Yıl Savaşları

Avrupa Devletleri Sistemi, Avrupa Kamu Hukuku öznelerinin kendilerini mutlak olarak, başkalarını da ancak ve en çok böyle olarak tasarladıkları, "hukuksal anlamda egemen ve eşit" ulus–devletlerin oluşturduğu bir uluslararası ilişkiler ortamı anlamına gelmektedir. Bunun, dönemin Avrupa'sı için yalın bir anlamı olduğu söylenebilir: ne kutsal imparatorluğa ne de Papalığa, birer hiyerarşik kamu hukuku öznesi olarak, Avrupa sisteminde yer vardır artık. Bu, her ikisi de varlıklarını bir bakıma "kutsallık"larına borçlu olan güç merkezlerinin hiyerarşik açıdan üstün konumları hukuksal planda da ortadan kalkınca, dolaylı olarak Avrupa Kamu Hukuku ilişkileri de sekülarize olmuş oluyordu. Özellikle Papalık bakımından bu sonucun elde edilmesinde, 1648'e yol açan sürecin "muharriki" olan Katolik–Protestan çatışmasının rolü büyüktü.

Gerçi 1648, inanç sorununu çözmeye yönelen ilk girişim değildi. Ne var ki, 1555 tarihli *Augsburg Barışı*nca güvence altına alınması öngörülen "her devletin vatandaşlarının dinini belirleme yetkisi fiilen geçerli kılınamamıştı. Zaten *Augsburg* bu haliyle bile din özgürlüğü sorununun gerçek çözümüne değil; her prensin adeta kendi ülkesinin papası olmasına yol açacak bir düzenleme ile Kutsal İmparatorluğun Roma ve Reform arasında paylaşılması anlamına geliyordu.[33]

1608'de Protestan, 1609'da Katolik Alman devletleri kendi aralarında birlik oluşturmuşlardı ve her ikisinin de dış bağlaşıkları vardı: Protestan devletlerin oluşturduğu "İncil Birliği" Hollanda, İngiltere ve Fransa'dan destek sağlama çabasındayken; Kutsal İmparatorun desteği ve Bavyera'nın önderliğinde oluşan Katolik devletlerin "Alman Kutsal Birliği" ise İspanya'ya güvenmekteydi.[34] Her iki birliğin de varlık nedeni diğeri olduğu için, bu askeri ve siyasal bağlaşıklıklar birer kutuba dönüşmüşler ve çatışma kaçınılmaz hale gelmişti. Ne var ki, ne Katoliklerin ne de Protestanların oluşturdukları birlik, kendisini oluşturanların amaçları açısından türdeş değildi. Belki de savaş bu yüzden beklenenden geç başlayacaktı: Bir kez, Protestan birliği, Calvinist ve Lutheryen fraksiyonlara dahil prenslerin çatışan çıkarlarına rağmen varolmak durumundaydı. Sonra, Katolik Birliği için de durum pek farklı değildi; birliğin askeri güçlerini denetleyen Bavyera Prensliğinin pozisyonu, Habsburgların hiç de işine gelmiyordu. Nihayet, hem Protestan hem de Katolik prenslerin sırf prens olmaları nedeniyle birleştikleri noktalar vardı: ister Katolik isterse Protestan bütün prensler, prenslik ayrıcalıklarını yitirmek istemiyorlardı; dahası Habsburgların imparatorluk içinde güçlenmeleri gibi bir sonuca yol açmaya da hiç niyetleri yoktu.[35] Ne var ki bütün bunlar, ne savaşa yönelik kutuplaşmayı ne de savaşın kendisini engelleyemedi.

Bir savaştan çok savaşlar dizisiydi söz konusu olan. Otuz yıl boyunca pek çok yerel birim, karmaşık bir nedensellik örgüsüyle belirlenmiş bir dizi savaşa taraf oldular. Ancak kazanan –en azından ilk planda–[36] Protestanlar oldu.[37]

Otuz Yıl Savaşları Avrupa Kamu Hukukunda pek çok yapısal dönüşüme neden oldu. İşte 1648 Barışı bunu temsillemektedir.

Avrupalı Uluslar–Arası Hukuk

Yeni dönem Avrupa Kamu Hukukunun, artık uluslararası bir hukuk olarak biçimlendirilişini belgeleyen Westphalia Barışı, bir anlamda Fransa Krallığının –özellikle Richelieu diplomasisince izlenegelen– "siyasal denge" politikasının hukuksallaşması ve uzunca bir dönem boyunca Avrupa Kamu Hukukunu belirlemesi sonucunu doğurmuştu.[38]

Demek ki, Avrupa'da 1492'nin başlangıç uğrağını oluşturduğu süreç, Otuz Yıl Savaşlarının yoğun altüst oluşlarla dolu koridorundan da geçerek bir dengeye çevrilmiştir. Avrupa Kamu Hukukunun bu dengeyi yansıttığı uğrak olan 1648 Barışı da söz konusu dengenin bileşenlerini saptıyordu. Bu bileşenlerden en belirginleri şöylece öne çıkarmak mümkün:

i) Protestanların zaferi ister istemez, kurumsallaşmış dinin Avrupa Kamu Hukuku ilişkileri içerisinde hiyerarşik konumlanışına son vermekle kalmıyor, ama aynı zamanda bu hukuka din dışı bir varlık alanı da yaratmış oluyordu. Böylece Avrupa bir Hıristiyan ortak paydası olarak değil, ama bir uluslararası ilişkiler ortamı olarak beliriyor; Avrupa Kamu Hukuku bu temel üzerinde uluslararası hukuka evrilme olanağı kazanıyordu.

ii) 1648 Barışının hukuksal sonuçlarının fiili etkisi imparatorluğun ortadan kalkıp, Almanya'nın siyasal bölünüşünün kesinleşmesini sağladığına göre,[39] ulusal devletlerin, Kutsal İmparatorluk gibi bir üst siyasal otoriteye bağımlılıklarının hukuksallığı da konusuz kalmış oluyordu. Ulus–devletlerarası ilişkilerin "hukuksal anlamda eşit" öznelerarası ilişkilere dönüşmesine yol vermesi anlamında, imparatorluğun ortadan kalkışı, bir uluslar "arası" hukuka da varoluş alanı yaratmış oluyordu.

iii) 1648 Barışı, Avrupa Kamu Hukukunu bir uluslararası hukuk olarak yeniden üretirken,[40] yüzyılı aşkın bir süre sonra 1789 Fransız Devriminin sarsacağı Avrupa siyasal coğrafyasına normatif bir temel de sunmuş oluyordu: 1789'a dek, Avrupa Devletlerinin sınırlarının belirlenmesine yönelik neredeyse bütün antlaşma ve bağlaşıklıklar Westphalia Barışını temel alacaklardır.[41]

iiii) Gerek ulusal–üstü örgütlenmelerden gerekse bunların erken formlarından söz etmek için XVII. yüzyıl oldukça erken bir dönem olmakla birlikte, böylesi oluşumların biçimsel tarihine başlangıç aransaydı, olasılıkla, önce Avrupa Kongreleri bu açıdan değerlendirilir, daha sonra da bu ilginin odağına 1648 süreci yerleştirilirdi. Olası tarih araştırmalarına ilişkin yalnızca bir kurgu olmaktan öteye geçemeyecek olan bu değerlendirme bir yana, 1648 süreci bu yanıyla da belirgindir. Gerçekten de 1644 yılından başlayarak[42] Westphalia'daki Osnabruck ve Munster kentlerinde yürütülen pazarlıklar, *ad hoc* diplomatik görüşmelerden öte, bir uluslararası kongre niteliğindeydiler. Öyle ki, Westphalia Antlaşması ile Avrupa Kongreleri dönemi de başlamaktaydı.[43]

Bileşenleri böylece belirtikleştirilen Avrupa'nın evrildiği bu dengede, uluslararası hukukun oluşumu bakımından, mantıksal ve teknik bir sonuç–olgu daha söz konusu edilebilir. Eğer Westphalia Barışı, Avrupa Kongreleri dönemini başlatıyorsa, bunun olanaklı olduğu ta-

rihsel zeminde daha başka oluşumlar da o başlangıca eşlik etmelidirler: 1648 barışı kuşkusuz, tarihin tanıklık ettiği ilk devletlerarası antlaşma değildir, ancak herhalde, bir "uluslararası hukuk işlemi" olması anlamında, herhangi bir antlaşma da değildir.

1648 Barışı önemli bir uğrak oluşturduğu Avrupa Kamu Hukukunun uluslararası hukuka evrilmesi sürecinde, kendisinin normatif taşıyıcısı olan adımlara, birer uluslararası hukuk işlemi niteliği de yüklemiştir, denebilir. Gerçekten de, uluslararası hukuk, hukuken egemen ve eşit devletlerarası ilişkilerin hukuku; —tarihsel varoluş koşulları bakımından da ulus—devletlerarası ilişkilerin hukuku olduğuna göre, bir uluslararası hukuk işlemi olarak uluslararası antlaşmanın bu anlamdaki ilk örnekleri Munster Osnabrük'de bağıtlananları olmak gerekir.[44]

Sonuç olarak bu antlaşmalar Avrupa Kamu Hukuku öznelerini yeniden belirlerken, söz konusu öznelerin yeni Avrupa'yı tanımlamalarını da olanaklı kılmış ve bu yanlarıyla da uluslararası hukukun oluşumunda önemli bir uğrak oluşturmuşlardır.

NOTLAR

1) Her iki düzey arasındaki ilişkinin temel karakteristiğinin, birincisi yararına tek yönlü ve mutlak bir belirlenim olduğu sanılmamalıdır. Böyle bir sanı, hukukun toplumsal gerçeklik içerisindeki özgül doğasını, toplumsal gerçekliğin herhangi bir diğer düzeyine indirgemek ve dolayısıyla da hukuka ilişkin özgül bilgi imkanını yadsımak anlamına gelir. Oysa, "hukuk" sözcüğünün sonuna "sosyoloji", "antropoloji", "tarih" vb. adlarına eklenmesiyle elde edilen isim tamlamaları böyle bir imkana ilişkin ön kabulün göstergeleridirler ve bu ön kabule dayalı olarak çalışan hukuka değgin gerçeklik bilimlerini adlandırırlar.

2) Jacques Attali, *1492*, çev. Mehmet Ali Kılıçbay (İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 1992) s. 281.

3) Yeni Dünyanın keşfinin özellikle Avrupa Bütünleşmesi bağlamında değerlendirildiği çalışmalar için şu derleme iyi bir örnektir: *Niçin Aztekler Avrupa'yı Keşfetmedi?*, derleyen Peter Wahl, çev. Levent Kafadar (İstanbul: İletişim Yay., 1993).

4) Eduardo Galeano, *Latin Amerikanın Kesik Damarları,* Çev. Atilla Tokatlı—Roza Hakmen (Alan Yayıncılık: İstanbul, 1988) 2. baskı, s.27.

5) James Brown Scott, "La Découverte De L'Amérique et Son Influence Sur Le Droit International", *Le Progrès du Droit Des Gens* (Paris: Editions Internationales, 1934)— s. 9—45 içinde, *passim.*

6) *"Quod naturalis ratio inter omnes gentes constituit vocatur ius gentium".* (Kavimler Hukuku doğal aklın kavimler arasına yerleştirdiği kuralların bir bütünüdür). Francesco De Vitoria, *De Indis III. 1,* s. 352, *Vitoria et Suarez Contribution des Théologiens Au Droit Internationale Moderne* (Paris: Editions A.Pédone, 1939) içinde, s. 31.

7) "Savaş ve Barış Hukuku".

8) Uluslararası hukuk dogmatiğinin kuruluşu ve bu kuruluşta gerek Geç Skolastiğin Vitoria ve Suarez gibi temsilcilerinin, gerekse Hugo Grotius'un rasyonalist doğal hukukçu sentezinin işlevleri hakkında bkz. Ahmet Halûk Atalay, "Uluslararası Hukuk Dogmatiğinin Kuruluşu". *Dünü ve Bugünüyle Toplum ve Ekonomi,* sayı 5 (Eylül 1993), *passim.*

9) "Hukuki anlamda egemen ve eşit" ifadesi, egemenliğin ya da eşitliğin hukuki kavranışını değil, gerçeklikte karşılığının bulunmayışını belirtmektedir. Uluslararası hukuk varoluşunun hiç bir döneminde belirli bir eşitlik ilişkisinin pozitifleştirilmesi gibi bir işleve sahip olmuş değildir. Tersine "hukuki eşitlik", doğası gereği eşitsiz bir uluslararası ilişkiler ortamının istikrarı ile ilgili bir ideolojik referanstır. Gerçekte eşit olmayan birimlere böylece gene bir hukuki kapasite atfedilebilmektedir.

10) "Başka türlü olabilir miydi" türünden spekülatif bir soru, kapitalist toplumsal kuruluşla ulusal devlet arasındaki tekabüliyet ile ilgilidir ve bu soruya yerindelik kazandırmaya yönelik temel argüman, ulusal devletin oluşumuna belirli bir dönem eşlik ettiği düşünülen almaşık biçimlerin —Birleşik Eyaletler ve Hanse gibi— varlığıdır. Bkz. Etienne Balibar, Immanuel Wallerstein, *Irk Ulus Sınıf* (İstanbul: Metis Yayınları, 1993) s. 12—14. Oysa Birleşik —Eyaletlerin uluslararası ilişkilerdeki çalkantılı yükselişinin temel karakteristikleri— kastedilen İspanyol egemenliğine karşı verilen bağımsızlık mücadelesi, dil, Calvincilik gibi unsurların dayanıkla iç toplumsal tutunum noktaları oluşturmalarının dinamik görünümleridir— ulus—devlete almaşık bir yapılanmaya değil; tam tersine burjuva uluslaşmasının bir erken örneğini oluştururlar.

11) Antonio Truyol Y Serra, "L'Expansion de la Société Internationale Aux XIXè. et XXè. Siècles", *Receuil des Cours,* 1965—III içinde, ss. 95—128, *passim.*

12) Sömürgeci yayılma ile kapitalizme geçiş arasında kurulan bu zorunlu ilişki, tarih metodolojisinde tartışmalıdır. Gerçekte sorun çok daha karmaşık olmakla birlikte bu konuda başlıca dört bakış açısı ayırt etmek alışkanlık halini almıştır. Sosyolog Dieter Boris'i izleyerek, bunları şöylece özetlemek mümkün: Birincisine göre, sömürgeci yayılma ve bunun nesnel temelini oluşturan keşifler sermayenin ilk birikimini koşullandırdıklarından modern kapitalizmin gelişimine yol açmıştır. İkincisine göre, keşifler ve kapitalizmin gelişimi çok ayrı iki süreçtir; farklı içsel dinamiklerin sonuçlarıdırlar. Üçüncüsüne göre, keşifler kapitalist birikimi koşullamak şöyle dursun onun üzerinde ancak engelleyici olabilmişlerdir ve Avrupa'da kapitalist gelişme "keşiflere rağmen" varolabilmiştir. Nihayet dördüncü bakış açısına göre, keşifler kapitalist gelişmenin birincil nedeni olarak değil; ama Avrupa'nın diğer halklara oranla göreli üstünlüğünün bir göstergesiydi ve kapitalist gelişme bu göreli üstünlüğün bir sonucuydu. Bkz. Dieter Boris, "Niçin Kızılderililer Avrupa'yı Keşfetmedi?", *Niçin Aztekler Avrupa'yı Keşfetmedi?,* der. Peter Wahl, çev. Levent Kafadar (İstanbul: İletişim Yay., 1993) içinde, s. 15—16.

13) "15. yüzyıl ortalarından 17. yüzyıl ortalarına kadar, *ilk defa* (a.b.c.) feodal toplumun üstyapısı ve temelinde kırılma işaretleri gösteren (reformasyon, Hollanda'da burjuva devriminin ögeleri) ve Avrupalı tüccar ve fatihlerin Amerika ve Hint Okyanusuna ilk açık girişleriyle damgalanan, bir yayılmanın yenilenmesi dönemi. Bu Marx'ın kapitalist çağın başlangıcı olarak işaretlediği dönemdir." Eric Hobsbawn, "Feodalizmden Kapitalizme", *Feodalizmden Kapitalizme Geçiş,* 3. basım, (İstanbul: Metis Yayınları, 1984) içinde, s. 175. Bu türden bir dönemlendirmenin ister istemez kimi önemli ayrıntıları dışarıda bırakması kaçınılmazdır. Ayrıca, Hobsbawn'ın dönemlendirmesi doğrudan doğruya Avrupa Kamu Hukukunun dönüşümüyle ilgili de değildir. Ancak kapitalist gelişmeyle Avrupa Kamu Hukukunun yapısal dönüşümünü ilişkilendirmek söz konusu olduğunda, böyle bir dönemlendirme asgari elverişliliği sağlamaktadır. Diğer yandan keşiflerle kapitalist gelişme arasındaki zorunlu bağlantıya yönelen metodolojik itirazlar, tersine, bu elverişliliğe kapalı olmakla malüldürler. Ancak bu saptama asla, bu görüş açılarının kendi bağlamlarında ortaya çıkarttıkları zengin bulguları küçümsemek anlamına da gelmiyor.

14) Bu konuda bkz.; Server Tanilli, *Yüzyılların Gerçeği ve Mirası, İnsanlık Tarihine Giriş,* c. III, (İstanbul: Say Yayınları; 1987), s. 47.

15) "İmparatorluk", en az iki anlamda kullanılabilen bir terim: kavramsal anlamıyla bir yönetim biçimini ifade ederken, bir metafor olarak kullanıldığında "hegemonik iktidarını geniş bir alanda uygulayan büyük güç" anlamına geliyor. Terimin her iki anlamının da incelendiği ve tarihsel bakımdan imparatorlukların genel tipolojisinin ortaya konulmaya çalışıldığı bir araştırma için bkz.; John Glissen, "La Notion D'Empire Dans L'Histoire Universelle", *Les Grands Empires, Receuils De La Société Jean Bodin Pour L'Histoire Comparative Des Institutions, XXXI* (Bruxelles: Edition De La Libraire Encyclopédique, 1973) içinde, ss. 759—885, *passim.*

16) Kanarya Adaları İspanyollara, Doğu Atlantik boyunca uzanan Portekiz ticaret yolları üzerinde korsanlık yapabilme imkanı sağlıyordu. Portekizliler Gine'ye ulaşıp köle ve altın ticaretinden büyük gelirler elde

etmeye başladıklarında, bu ticaret yolunu denetleyen Kanarya takım adalarının stratejik önemi de arttı. İspanya ile Portekiz arasında şiddetli deniz savaşlarına yol açan bu uyuşmazlığı çözmesi beklenen Alcocavas Antlaşması 1479'dan itibaren, bir yandan İspanya'nın adalar üzerindeki egemenliğini, diğer yandan Portekiz'in Gine ticaret yolu üzerindeki egemenliğini düzenliyordu. Bkz. Charles Verlinden, *Les Origines De La Civilisation Atlantique De La Renaissance A L'Age Des Lumières,* (Paris: Albin Michel, 1966), ss. 22–24.

17) Portekiz'in coğrafya buluşları hakkında bkz.; Tanilli, *op. cit.,* s. 39–42.

18) Bu iddia oldukça etkili olmuştu. Büyük bir isteksizlikle de olsa, İspanya 1479'da Kanarya Adalarının güneyindeki bütün denizlerde Portekiz'in egemenlik tekelini tanımıştı. Bu konuda bkz.: Tanilli, *a.g.e.,* s. 48.

19) Bu konuda bkz. Atalay, *loc. cit.,* s. 115–121.

20) İspanyolların coğrafya buluşları hakkında bkz.; Tanilli, *a.g.e.,* s.42–46; 51–53.

21) Evangelizasyon, en kaba çizgileriyle, Hıristiyanlaştırmanın ortak adıdır. Yalnız burada dikkat edilmesi gereken, Hıristiyanlaştırmanın belirli bir kolonizasyona yönelik ve/ya da onunla birlikte yürütülmesi olgusunun ayırdedici niteliğidir.

22) César Castañon, "Les Problèmes Coloniaux et Les Classiques Espagnols Du Droit Des Gens", *Receuil des Cours,* 1954–11, içinde, s. 607.

23) Tanilli, *op. cit.,* s. 48.

24) *İbid.,* s. 48.

25) Tanilli, *op. cit.,* s. 54.

26) *İbid.,* s. 54.

27) *"1660 yılına doğru, Hollanda gemileri, Colbert'in söyleşisiyle, Avrupa ticaret donanmasının dörtte üçünü oluşturuyorlardı."* Tanilli, *İbid.,* s. 310.

28) İngiltere bakımından, endüstri devriminin bir de "Hollanda'yı yakalayıp geçme" boyutuna sahip olduğunu gösteren bir çalışmada iktisat tarihçisi E. Lipson'un şu değerlendirmesi yer alıyor: *"Ulusların örnek ülkesi Hollanda, İngiliz halkı için sürekli model oldu ve hiçbir ülke onların ekonomik gelişme hızı daha derinden etkilemedi"* Aktaran, Halçın Küçük, "İngiliz Endüstri Devrimi Öncesinde Avrupa'da Yünlü Dokuma Sanayii", *Bilim ve Edebiyat* (İstanbul: Tekin Yayınevi, 1985) içinde, s. 145.

29) Hollanda, gerek pazar payında ve buna bağlı olarak gönencinde azalmayı İngiltere ve Fransa aleyhine yaşarken, bununla eşitsiz gelişecek bir biçimde, bilim ve kültür alanında giderek Avrupa'nın çekim merkezi halini aldı. Ancak Birleşik –Eyaletlerin gerek uluslararası dengelerde gerileyişi, gerekse bilim ve kültür alanında bir çekim merkezi olarak yükselişi, en belirgin biçimiyle XVII. yüzyılın son çeyreğinin olgularıdır: Öyleyse, uluslararası hukukun oluşumu bakımından 1600–1650 koridorunun öne çıkarıldığını bir çalışmada söz konusu dönemden daha sonraki bir zaman diliminin olgularına yalnızca gönderme yapmakla yetinilebilir.

30) Tanilli, *op. cit.,* s. 56.

31) Porchnev'den aktaran Aristid R. Zolberg, "Interaction Stratégique Et Formation Des Etats Modernes En France Et En Angleterre, *Revue Internationale Des Sciences Sociales,* vol. XXXII (1980), n'4, s. 62.

32) Zolberg, *loc. cit.,* s. 67.

33) Henri Sée – Armand Rébillon, *Le XVIe Siècle,* (Paris: P.U.F., 1939), s. 114.

34) Tanilli, *op. cit.* s. 295.

35) *İbid.,* s. 297.

36) Aslında Fransa, savaştan en kazançlı çıkan siyasal güç durumundaydı. Zaten Protestan–Katolik karşıtlığında, kendi Katolik krallık kimliğine rağmen dışarıda Protestan birliğini desteklemek gibi bir politikayı benimsemesi, bizzat Otuz Yıl Savaşlarının nedenlerinden biridir. Fransa açısından bu tür bir politika çok net bir gerekçeye dayanmaktaydı; yanı başında güçlü bir Alman İmparatorluğu, Fransa'nın Avrupa dengelerinde üstünlük elde etmek istiyorsa bertaraf etmek zorunda olduğu bir güçtü; öyleyse parçalanmalıydı. Bu konuda bkz.; Vladimir Potyemkin, *Uluslararası İlişkiler Tarihi,* c. 1 (İstanbul: May Yayınları, 1977), s. 243.

37) Otuz Yıl Savaşlarının taşıdığı temel özellikler, Avrupa Kamu Hukukunda ne tür sonuçlara yol açacağının ipuçlarını da verebilir. Sander, üç temel özellik belirliyor; ona göre Otuz Yıl Savaşları: *"Bir kere, Katolik ve Protestan davası üzerinde Alman iç savaşıydı. İkinci olarak, siyasal birliği korumak isteyen Kutsal Roma İmparatoru ile bağımsızlıklarını sağlamak için üye devletler arasında bir iç savaştı. Bu iki iç savaş arasında tam bir aynılık yoktu; çünkü Protestan olduğu kadar Katolik devletler de İmparatorun denetimini istemiyorlardı. Üçüncü olarak Otuz Yıl Savaşları Fransa ile Habsburglar, İspanya ile Hollanda arasında ve işin içine Danimarka, İsveç ve Transilvanya'nın karıştığı ve Alman topraklarında sürdürülen uluslararası bir savaştı".* Oral Sander, *Siyasi Tarih, İlkçağlardan 1918*'e, (Ankara: Imge Yayınları, 1989), s. 60.

38) Siyasal denge ilkesine göre, Fransa'nın yeni doğan bir devleti tanıyıp, üçüncü devletlere karşı destekleyip gözetmesinin temel koşulu, söz konusu devletin bir ulusal devlet olması; yani dil, kültür, devlet ülkesi ve ekonomik yaşantı birliğine dayanmasıydı. "Denge'yi sağlamak bakımından bu ilkenin pratik işlevi, yalnızca Avrupa'nın geleneksel güçleri arasında varolan statükonun korunup sürdürülmesine, yani bu geleneksel güçlerden birinin diğerleri aleyhine hızla elverişli konumlar elde etmesine karşı, bir karşı ağırlık yaratmak kaygısıyla yeni doğan bir siyasal gücün desteklenmesiyle sınırlı değildi. Ama aynı zamanda, Avrupalı bir geleneksel güç tarafından girişilen ilhaklar sırasında daha güçsüz devletlere belirli olanaklar tanıyıp dengenin yeniden kurulmasını sağlamayı da içeriyordu. İşte Richelieu'yü, kendi ülkesinin Protestanlarını yok ederken, Katolik Halbsburglara karşı Otuz Yıl Savaşları boyunca Protestan prensleri desteklemeye iten bu "gerçekçi" anlayıştı. Bu konuda bkz.; Potyemkin, *op. cit.,* s. 239.

39) *İbid.,* s. 245.

40) Gerçekte burada söz konusu olan, Roma Hukukunun kimi kategorilerinin uluslararası alanda ve Avrupa Kamu Hukuku bağlamında yeniden üretilmesidir. Ne var ki bu yön, asıl uluslararası hukuk kuramının söyleminde ve tekniğinde ayırt edilebilir olma özelliğine sahiptir.

41) Bu konuda bkz., Potyemkin *op. cit.,* s. 245.

42) 1648 Westphalia Barışı, gerçekte 1644 yılından itibaren Westphalia'daki Osnabruck ve Munster kentlerinde başlatılan diplomatik görüşmeler sonucu akdedilen ve söz konusu kentlerin adını taşıyan antlaşmalar aracılığıyla gerçekleştirilmiştir: Alman Prensleri ile İsveç Kralının temsilcileri Osnabrück'de; Alman İmparatorluğu dışındaki diğer Avrupalı devlet temsilcileri Munster'de bir araya gelmişlerdir. Bu konuda bkz., *İbid.,* s. 245.

43) *İbid.,* s. 245.

44) Gerçi "uluslararası antlaşma", biçimsel bir ifade olarak ele alındığında Westphalia'da bağıtlananlar ilk değildirler. Örneğin bilinen ilk uluslararası antlaşmalardan biri Sümer site devletleri Lagas ile Umma arasında İ.Ö. 3100 yıllarında yapılmıştır. Bkz. Arthur Nussbaum, *A Concise History of the Law of Nations,* (New York: Macmilan, 1947), s. 3.

Normların Oluşumu ve Gelişimi*

Hans Haferkamp

Çeviren: Korkut Kanadoğlu

1 – Amaç

Çalışmanın amacı, sosyal normların niçin ve nasıl oluştuğuna dair bir genel açıklama modelinin gelişimi sorusunun yanıtlanmasıdır. Genel olarak bu model, örneğin rasyonel davranışın belirli taleplerinin ya da daima küçük gruplarda tespit edilen kurallaşmanın açıklanması gibi geçmişten "büyük" norm oluşumları değildir, aksine gelecekteki norm oluşumları, mümkün olduğunca çeşitli örnekler verebilmek için daha kullanışlıdır; çevre koruması için kural koyuculuğun gerçekleşmesi, cinslerarası ilişkilerin yeni kurallar oluşturması ya da siyaseti düzenleyen yeni şekillerin oluşumu gibi. İki yeni süreç, geçmişteki başarılı davranışın kurallaşması olarak norm oluşumu ve sosyal benzerliklerin norm yaratması, özellikle kolay açıklanır görünür. Bu süreçler burada kısaca ele alınacak ve bir tam model içinde düzenlenecektir. Sosyal eşitsizlikten norm oluşması ve gelecekte beklenen davranış biçimlenmesine özel ilgi gösterilmiştir.

* Çevrilen metin; Archiv für Rechts – und Sozial philosophie (ARSP), 1981 LXVII/4, Wiesbaden, s. 217 – 231'de yayımlanmıştır.

2 – Davranış Teorisi Öğretisi ve Alternatif Açıklamalar

Karşılıklı eylem ve davranış teorileriyle ilgili sonuç soruya şimdiye dek verilmiş yanıtlar şöyledir: Normlar, başarılı davranışların sonradan kurumlaşmasıyla (Berger/Luckman 1969) ya da geleneksel durum tanımlamalarının yeniden yorumlanmasıyla oluşurlar. *(Cicourel* 1973, s. 170)

Bu yanıtlar tatmin etmeyebilir. Bir toplumda yeni bir normlar sistemi oluşurken, bir kez normların açıklanan temel değişimi bu şekilde değildir. Yanıtlar, normların niçin sıklıkla dıştan, baskı olarak kavrandığının pek az anlaşıldığı için tatmin edici değildir. Ayrıca bu tecrübe, toplumun bir kısmını diğerlerinden daha kuvvetli yapacaktır. Dolayısıyla norm oluşum sürecinin ve bu sürecin dayanaklarının hangi özelliklere sahip olduğunun göz önüne alınması ve araştırılması gereklidir. Şimdiye kadar, norm oluşumunun açıklanmasına ilişkin yorumlarda insanın karşılıklı roller üstlenmesi ve yeteneği özellikle dikkate alınırken, tek taraflı gerçekleşen süreçler, hele güç ve egemenlik boyutundaki sosyal eşitsizliklere daha az itibar edilmektedir.

Bu başlangıç, son on yılın sosyolojik

tartışmalarında, *Parsons, Luhmann, Habermas* ve diğerlerinin çok dikkat çeken diğer modellerinden ayrılmaktadır (karş. *Haferkamp* 1980a, 1980b). *Vanberg* (1978) ve *Lindenberg*'in (1979) yarar teorisi; *Münch*'ün (1979, 1980) sistem teorisi açıklamalarında ileri sürdüğü gibi aynı konudaki diğer güncel tekliflerden de farklıdır.

Yarar teorisinin belirlemeleri, bir tespitle yetinir görünmektedir: Normlar daima, ne denli bireysel olursa o kadar çok yarar sağlayan, fakat sonuçta yararın gerçekleşmesinin herkes için mümkün olmadığı davranış alternatifini izlemektense, bir norma uymanın grubun tüm aktörleri için daha yararlı olduğu konusundaki uzlaşmayla doğar. Yarar teorisyenleri, bu teze "hapsolunan çıkmaz" durumunun analiziyle ulaşmaktadırlar. Bu açmazda davranış sahipleri, diğerleri gibi özellikle kendi kişisel ilgilerine yöneldiklerini bilmezler ve herkese tek tek daha az yararlar getiren, bununla beraber kimsenin tamamen avcunu yalamadığı alternatiflere girişildiğinde, sonunda her şey daha kötü olmaktadır. Daha sonra, bu durumda davranışın kurallaşması herkes için en iyi sonuç olduğu sonucuna varılmaktadır. Belirli ödemeye karşılık norma uygunluğu kontrol eden bir "siyasi görevli" (yarar teorisi terminolojisinde: yarar için kolektif mal üreten kimse (*Lindenberg* s. 17) bulunduğunda norm oluşmuştur.

Bu açıklama sık olarak gerçekleşemeyen en az üç şartla gerçekleşir. Böylece bu model sadece çok az, norm oluşum sürecinden söz eder ve sınırlanmış yararlardan oluşur. Bu şartlar şunlardır:

1. Tüm aktörler eşit güçtedirler. Kimse, başkası tarafından belirli hareketlere yöneltilemez. Herkes, diğerinin norm istemine engel olabilir. Herkes, diğerine normun ve siyasi görevlilerin aktivitelerinin onaylanmasında eşit ölçüde emredebilir.

2. Kurallaşan davranışı yapabilme olanağı tüm aktörler için eşit ölçüde mevcuttur. Sonradan, yalnızca herkesin onayı beklenebilir.

3. Siyasi görevlinin normun maddi içeriği ile hiçbir ilgisi yoktur. Kendi tercih ettiği normun yerine getirilmesine çalışmaz.

Çok sayıda norm oluşumunun "hapsolunan açmaz" ile açıklanamayacağı kabul edilmektedir.

Norm oluşunun yarar teorisiyle açıklanmasının eleştirildiği, *Münch*'ün (1980, 1979) yeni sistem teorisi analizinin açıklama modeli de benzer problemler gösterir. *Münch, Parsons*'un açıklama sorunundaki temel çözümleri benimsemiştir. Herkes, kendi kendisine fiilen oluşan sosyal düzenin nasıl mümkün olduğunu soruyor. *Parsons,* aktörlerin bir bölümünde bencil amaç – araç – davranışı ve diğer bölümünde, yaşamın sürmesindeki mutlak isteklerin "kutsal" düzenini dikkate almaktadır. Burada aktörlerin meşru amaçları uygun araçla izlediği belirli kurallara bağlı davranışların ilişkisi anlamındaki somut sosyal düzen, amaca yönelik davranışın ve kategorik yükümlülükler alt sisteminin karşılıklı nüfuzu temelinde gelişir. (*Münch* 1979, s. 400)

Münch, dört davranış alanı ve bunların içinde gerçekleşen davranış yapıları belirlenmekte ve norm oluşumunun yapının karşılıklı nüfuzundan doğduğunu görmektedir. (1980, s. 30)

Sistem teorisinin açıklama modeli esas itibariyle davranışın öznesi düzleminde odaklanmaktadır. Yapıların nasıl gerçekleştiği sorusunun bir yanıtı bulunmamaktadır. Davranış alanları bu model-

de kendi kendini üreten bir etkiye sahiptir. Geri plandaki nedeni, Münch, sonuçta varsayılan eşit güçlerin yapıya etkileri olarak açıklamaktadır. Karşılıklı nüfuzun sonuçları etkilerin dağılımı şeklinde doğar. Bu normun oluşum sürecinde, davranış öznesinin niteliği ve onun yorumu, özellikle eşitsizlik ve güç ilişkileri boyutunda anlamsız, yani etkisiz olduğu anlamına gelir. Sosyal normların belirtilen niteliklerine dayanan bu varsayımlar, böyle bir teorinin çok sınırlı açıklama gücünden söz etmek gibi görünüyor.

3 – *Norm Tanımı ve Norm Çeşitleri*

Normlar, belirli aktör grupları ya da tüm aktörler anlamında davranış öznesinin, belirli bir durumda hangi davranış biçiminin emredildiğini ya da yasaklandığını birlikte tanımlamasıdır. Çoğu normlar yazıya dökülmüşken diğerleri yalnız sözlü olarak kullanılır. Normlar, bilinçli olarak, davranış biçimlendirilirken dikkate alınır. Öncelikle bu, normu gösteren davranışın, aktör tarafından başka şekilde de davranabilecek durumlarda yerine getirilen davranış anlamına gelir. Norma uygun davranışın daima bilinçli ayrılma seçeneği vardır.

Norma uygun davranış, dış şartlara; doğadan kaynaklanan veya diğer aktörlerin planlı olarak davranışı yerine getirmesiyle gerçekleşen duruma uymak değildir. Bu durumlarda, aktörün işbirliğinden, davranış biçimlenmesine katkısından, davranış yerine getirilirken vazgeçilir.

Çocukların sosyalizasyonu perspektif ya da daha sonraki öğrenimlerinde bu eğilim, örnek, direktif, pozitif ve negatif yaptırımlarla davranışın norma uygun yürütülmesine neden olur. Bu önlemler de, davranışın diğerleriyle yerine getirilmesinden kaçınır. Tamamlanan davranıştaki aykırılıklarda sıklıkla bu diğerleri bulunur. Bununla beraber *Durkheim*'ın (1965, s. 108) daha önce gösterdiği gibi, bunlar geri plandaki neden olarak, zamanın akışıyla ortaya çıkabilir. Bunlar "iç eğilimleri" normu gerçekleştiren davranışa dönüştüler.

Problem, norm ve davranış arasındaki ilişkidedir. Normla ilgili olanın iradesi, kurallaşma yoluyla aktörleri gelecekte belirli davranış biçimlerine yöneltmektedir ve bu niyet sıkça normların aktörlerin çoğunluğu tarafından somut davranışlarda kullanılması ve normlara itaat etmenin pozitif ödüllendirilmesi fikriyle temsil edilir. Ayrık hallerde aykırılık olduğunda negatif yaptırıma uğratılır. (Karş. *König* 1972, s. 735) Burada temsil edilen pozisyon, varsayımların gerçekte sadece sözde normlar anlamındaki hükümler olarak ortaya çıkmasından –eşzamanlı, somut olarak gerçekleşen davranışlar hariç– ileri gelir. (Karş. *Zimmermann*. 1978, s. 86) Durumlar, öncelikle davranış özneleri tarafından yorumlanır. Bu demektir ki, elemanlar idrak edilir, tanımlanır ve bir bağlantı kurulur ve böylece doğru davranışın planını çizen durumun tanımlanması ortaya çıkar. Normlar, öncelikle durumun sadece bir elemanıdır. Bunun yanında, yorumlanacak mevcut aktörler, maddi çevre, bilgi ve diğerleri vardır. Aktörler, bu yorumlama sürecini, bilgi varlığının kullanılmasıyla ve durumun bir bölüm elemanı için roller üstlenmesiyle gerçekleştirir. Ayrıca, bu elemanların çoğunluğunun dikkate alınması ve her zaman kesin norm ifadesi yerine durumun verili özelliklerinin hesaba katılmasıyla oluşur. Bu, sembolik karşılıklı eylemin merkez tezidir. (krş. *Cicourel*). Bu, aktörlerin normlardan genel hatlarıyla bilgilendiği ve pozitif ve negatif yaptırımların diğer aktörlerce, norma uygunluk yorumundan önde geldiği anlamına gelir. Bilgilenme ve yorumlama süreci, normların, sadece davranışın sınırını belirlemesini sağlar.

Bir sonuç da, sosyal normun davranıştaki öneminin abartılmaması gereğidir. Başka davranış neden ve güdüleri de vardır: Örneğin, ihtiyaçlar, alışkanlıklar, belirli çevrelere uyulması gibi. Kim davranışları etkilemek isterse diğer etkileme araçlarını da kurabilir.

Normun meydana gelişiyle ilgili bir teori, genel olarak tüm içeriği özgülleştirilmeksizin norm oluşumu ile temalaştırılabilir. Diğer yandan dikkat edilmelidir ki, normlar belirli davranış alanlarına aittir ve bu normlar ek koşulların sağlanmasıyla açıklanır.

Birçok norm çeşidi vardır. Ahlaki yasaklar ve dini hükümler, hukuk ve teamül kurallarından oluşurlar. Normların ve norm içeriklerinin gelişiminin araştırılmasında başlangıçta tek bir norm çeşidini ele almamak amaca uygundur. Zira davranışın yönü farklı toplumlarda, farklı norm çeşitleriyle gerçekleşebilir. Endüstri toplumlarının kanunlarında ne yazılmışsa, tarım toplumlarındaki geleneksel düzenin içeriğidir.

İlk önce sadece kanunları incelemek, mümkün olan açıklamaların yürürlük alanını çok sıkı daraltmak ve önemli bir araştırma konusunu göz ardı etmek anlamındadır. Bu yüzden, norm araştırmasında kanunların paradigmatik niteliğindeki şüphe daima ifade edilir. Yüzeysel bir bakışla; normların özellikleri doğru olarak öğrenilemez.

Kanunların ve kanun koymanın sınırlanmasıyla, araştırma pratiği oluşacaktır.

Bunun nedenleri şunlardır:

1. Yasamanın açıklamaları belirli özel sosyolojilerde özellikle geniş incelenmiştir; kriminal sosyolojide ceza hukuku normlarının oluşumu ve gelişimiyle siyaset sosyolojisindeki derneklerin yasamaya etkilerindeki gibi.

2. Deneysel çalışma, kanunların zahmetsizce sınırlandırılmasını büyük ölçüde kolaylaştırmıştır. Meşruluk problemleri, kuralın içinden doğmaz.

4 – *Davranış Alanlan ve Norm Oluşum Süreci*

Normatif kurallara bağlanmış çeşitli davranış alanları vardır: iş ve yaşam araçlarının üretilmesi, dağıtılması ve tüketilmesi (ekonomik), iç ve dış saldırılara karşı koruma ve karşı koyma (siyasal), mutluluk ve kaderin disiplin altına alınmış ilişkisi (duygusal) ve gelecek nesillerin üremesi, eğitimi ve yetiştirilmesi (sosyalleşme).

İnsanlar davranışta bulunmak zorundadır. Pasif bir bekleyiş onlar için mümkün değildir. Yaşamı güvenceye alan davranış, yapılan bir iştir ve davranışın sonucu ile eksikliği durumlarını bir araya getirir. Davranışın sonucu, belirli maddi bir sonuçtur. *Marks, Weber* ya da *Gehlen*'in benzer içerikteki açık tezlerine yollama yapılabilir. Bu tespit sonucunda başka şey söylenemez.

Davranış sonuçlarının, yararlar oluşturduğunun tespiti totolojidir ve değersizdir. Örneğin; tüm aktörler, tüm açık yarar düşüncelerini dikkate almaz ve belirli şekilde davranarak yaşamının sona ermesine yol açarsa, bu davranışın; bulunulan durumda doğru olabilmesi, gerçek, önemli bir değerin gerçekleştirilmesi olduğuna inananlar için yarar sağladığı

şeklinde nitelendirilmesi anlaşılır bir kazanım olarak ileri sürülemez. Çünkü doğru davranış, değerin gerçekleşmesi anlamında sübjektif inançla yürütülürse, bu inanış aktörü rahatlatıyor ya da benzer şekilde etkiliyorsa, aktör için yararlı olduğu rahatlıkla söylenebilir.

Davranışın öznesinin, davranışın sonuçlanmasını istediğini söylediğimizde ortaya çıkan ilginç ve önemli soru şudur: Hangi varsayımlar altında, belirli hal ve şartlarda davranış sonuçlanır? Örneğin; ne zaman geleneklere uyulması, şehadete değin inanca itaat, ne zaman doğrudan psikolojik baskıya uyulması söz konudur? Aktörler de davranışın gerekliliğinin bilincindedirler. Aktör iradeye sahiptir, davranış planını geliştirir ve davranışı yerine getirmesinin sonuçlarını göz önünde bulundurur.

Davranışın sonuçları, istek ve etkinin paradoksunda olduğu gibi çoğunlukla iradeyle uymazlar. Saf etki ve yanıltılmamış gerçek iradeye dayanan sonuç yerine, çoğunlukla tüm bunlardan farklı bir davranış sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu sadece maddi davranış sonucuna değil, aksine gerçekleşen davranışı tamamen aşan etki ve sonuçlara da yol açar. Böylece, belirli bir aktör, gerçekleştirdiği davranışı somut davranış sonuçlarına göre değil, bireysel alışkanlıkların ve tekniğin planlanmamış oluşumuna göre de yerine getirmektedir.

Çoğu davranışlar tek başına yerine getirilemez. Birlikte davranış başarı için şarttır. Aktör, kolayca gerçekleştiremeyeceği durumlarda, diğer davranışta bulunanlarla belirli şekilde uzlaşmak zorundadır. Bu durumlarda planlanmayan sonuçlar da doğar. Söz konusu durum, objektif sonuç boyutu ve eşgüdümlü davranışın sosyal boyutu için geçerlidir. Böylece normların oluşumu sağlanır.

Birlikte davrananlar, kendi özel eylemini ve herhangi bir diğerinin eylemini kendi dış dünyasının sürmesi olarak algılarlar. Algılamalar sorumludurlar, çünkü özel eylemler ya da davranışa katılımın gerisindeki unsur olarak kendiliğinden gerçekleştirilen süreçlerin bir izi kalmaz. Ancak, bu algılamalar ne kadar çok tekrarlanırsa, o kadar güçlü iz bırakırlar. Birlikte gerçekleştirilen davranışa katılan özneler, davranışın motorundan, bu süreçte oluşan, tanınan manevi şekilleri istemeden ayırırlar. Ve birlikte davranışın zihinsel temsili sağlanır.

Bu temsil, davranış sürecinden daha uzun sürer. Temsil; davranışlar uzun süre devam ettiğinde oluşur ya da tekrar etkileyebilir. Süreklilik gösterir. (Karş. *Claessens* 1968, s. 53) Temsiller genelleştirilmiştir. Bunlar tek tek davranış bölümlerine özgülenir ve diğerinin bitimine eklenir. Genel olarak belirli davranışları temsil edebilme yeteneği, uzun bir süreçte davranışta bulunan özneleri oluşturmaktadır. Geçmişte geliştirilen düşüncelere uyan yeni durumlar oluşursa, belirli davranışın yapılması, tecrübeden doğan bu duruma bağlıdır. Aktörler, ayrılma, temsil ve genelleşme süreçlerinin diğer tüm katılanlarda da olduğunu varsayarlarsa, önce düşünürler ve daha sonra karşılıklı olarak belirli davranışların, belirli durumlara bağlanmasını ve gerçekleştirilen davranışların şekillenmesi ve yapılanmasının bu düşünceye uygun olmasını beklerler. Aktörler, biri ya da diğerinin katıldığı davranışların onaylanan düşüncelerle şekillenmeye başlayıncaya değin bakarlar. Sonra, diğer her aktör, hangi davranış şekline uyacağını ve ondan ne bekleneceğini bilir. Belirli durumlardaki düşünceler, katılan aktörler için neyi yapabildikleri ya da yapamadıkları değil, belirli şekilde bir şeyler yapmaya zorunlu olduklarıdır. Bu hak onlara yeterli olursa, kendi kendilerine karar veremezler. Bu talepler aktörler için, özel düşüncelerin dışında söz konusudur. *Durkheim*, istenen düşüncelerin bu karakterini yüzeysel bir tanımlamayla tam olarak kavramıştır.

Beklentiler gerçekleşir ve aktörler belirli durumlarda belirli düşünceleri kabul eder ve bunlara uygun davranma yükümlülüklerini yerine getirirlerse, böylece düşünceler tavsiye edilmiş olur. Bu tavsiyeye göre özel davranışlar şekillenir ve davranışın çıkış noktası diğer aktörlerce yorumlanır, kararlaştırılır ve pozitif veya negatif tepkilerle devam ettirilir. Şekillenme ve yapılanma, yorumlama ve kararlaştırma, norm ve davranışlardaki "belirsiz bağı" yürütenlerdir.

Hafızada kalma tekrara bağlıdır. Davranışlar tekrarlandığında eksik durum ve davranışın gerçekleşmesi anlamında bir köprü kurulmuş olur. Kurallaşma, temsil ile hafızada kalmaya bağlıdır, bu normların varolmanın güvenceye alınması sürecine bağlı olması anlamına da gelir. Başarılı bir davranış ilişkisinin elde edilmesi sosyal normları oluşturur.

Semboller, örneğin el–kol hareketleri ve özellikle dil, düşünceleri canlı tutabilir. Bunların yardımıyla, yeni düşünceler, daha yeni, daha doğru davranışları meydana getirebilecektir. Kurallaşma süreci tanındıktan sonra, dil ile kurallaşmanın süreci kısaltılabilir. İletişim süreçlerinde, düşünceleri, doğru birlikte davranışlarla somut davranışların önerileri tayin eder.

5 – *Eşit ya da Eşit Olmayan, Yükümlülüğü Azaltan ya da Ağırlaştıran Normların Şartları*

Normlar, sürekli karar verme baskısından kurtarma anlamında yükümlülüğü azaltırlar. (Karş. *Berger/Luckman*, 1969). Fakat bununla beraber azaltmanın ve de ağırlaştırmanın tanımı tükenilemez. Normlar, basit ya da anlamsız, geliştirici ya da köreltici davranışları gerçekleştirebilir ve bu anlamda yükümlülük azaltır ya da artırırlar. Normlar, yükümlülüğün artırılmasını ve azaltılmasını eşit ya da eşit olmaksızın ayırabilirler. Normlar, tüm aktörlere aynı davranışı emrederse, ayrışarak oluşan fiili yaşam durumunda, farklı davranışta bulunanlar için farklı sonuçları olabilir.

Aktörün onayı gerekli olduğunda, geçmişteki davranışlardan oluşan ya da gelecekteki davranışlarla oluşacak normlar yükümlülüğün azalmasını sağlar. Bu yüzden aktörlere koşul olarak eşit ağırlıkta güç verilmelidir. Katılanların büyük çoğunluğuyla davranış ilişkilerinde, davranış ilişkisi bölümlerinin devir yeteneği diğer bir şarttır. Bu durumda kural koymadan, ortaklaşa kabul edilen pratik ya da gelecekteki davranış üzerinde daha önce oluşan konsensüsün formüle edilmesi temelinde söz edilebilir. Bu norm oluşum süreci, bugün de davranış öznelerinin doğruluğuna inandıkları normları koymalarıyla gerçekleşebiliyor.

Yalnız bu oluşum sürecini araştıran ve başlangıçta sosyal eşitsizliklerle açıklama çabasına yer vermeyen çalışmalar sınırlı bir değere sahiptir, ki burada sadece eşitler arası norm oluşumu açıklanmakta ve sık sık buna uygun şartlar verilmektedir. Gerçi aynı şartlarla çalışmaya devam edildiğinde denebilir ki, bu açıklamalar olayların çok büyük çoğunluğu için toplumdan bağımsız (eşitsizlik anlamında) çalışmalardır.

Yükümlülüğü azaltan ya da ağırlaştıran normlar, aktörler arasında güç farkı

oluştuğunda ayrışmaktadır. Bunlar başarılı davranış için gerekli araçlar üzerindeki eşit olmayan karara dayanırlar. Araçlar üzerinde kim tasarrufta bulunuyorsa, güç onundur. Kim, başarılı hareket için diğerinin araçlarına muhtaçsa, boyunduruk altına alınmıştır.

6 – *Fonksiyon ve Zarar Görme Ehliyeti*

Dört davranış alanında karşılaşılan ayrım ele alındığında, davranışın gerçekleştirilmesine yönelik tipik davranış araçları belirlenir. Bunlar;

İş ve yaşam araçları,
maddi, özellikle askeri kuvvetler, silahlar,
duygulanma, sağlam bilgi,
eğitim ve kültür yeteneği ve tekniği

En azından toplumsal gelişmenin belirli aşamaları için şart koşulan askeri kuvvetlerin özel rolü burada kabul edilmiyor. Gücün kaynakları hiçbir zaman yalnızca doğrudan fiziki kuvvet ve onun cebri sonuçları değildir. (farklı; karş. *Lenski* 1973)

Bu araçlar sosyal davranışlarda diğerinin yarar ya da zararına kullanılabilir. Tekrarlanan ödüllerle, katılan aktörler belirli davranış şekillenmelerine teşvik edilebilirse, kuralsız alanda gerçekleşen davranışlar, gelecekte ödüllendirilen davranışlar olarak görünürler. Diğer yandan belirli davranış şekillenmelerinden vazgeçmeyi sağlayan reddedilen ya da yoksun bırakılan davranışlar olabilecektir. Bunun dışında diğer aktörlere, değişim etkisinde, özellikle şimdiye değin kurallandırılmamış alanlardaki sözel birlikte davranışlarda, belirli önerilerle, pozitif tepkilerin ümit edilmesiyle, davranışın gerçekleşmesinden önce, davranışın şekillenmesi ve yapılanması teşvik edilebilir. Bu araçların devredilmemesi ya da elinden alınması tehdidi diğer yönü oluşturur.

Bu süreç, hükümlerle donatılmış alanlarda da norm değişiminde kullanılabilir. Aktörler, belirli durumlar karşısında şimdiye değin şart konulan düşüncelerin ileri sürülmesi isteminin gerçekleşmediğini görünce, buna daha çok hazırdır.

Doğrudan zorlanan davranışın yapılmasının ya da güçsüz kesimlerin belirli davranışların yapılması için gerçekleşen hazırlığın kabulüne, fonksiyonlar ya da zarara uğrama temelinde, güç sahipleri sayesinde sosyal davranış alanlarında varılır.

Fonksiyonlar ya da karşı fonksiyonlarla oluşan değişim ilişkilerinde, değişim partnerlerinden birinin fonksiyonları kabul etmemesi ya da bununla diğerine zarar vermesi söz konusu değildir. Zarar görme tehlikesinin oluştuğu ve bir bölümün, diğerleri için zarardan vazgeçmesiyle bir şeylerin yapıldığı bir ilişki de söz konusu değildir. Tüm bunlar güç dengesinin gerçekleştiği ilişkilerdir. Burada, gerçekleşen fonksiyon ve zarar ilişkilerinin diğer tarafın karşılık vermediği ya da tek başına teklifte bulunamadığı, yani sadece fonksiyonun kabulü ya da zarardan vazgeçme teklifinin yapılabileceği zararlara cevap veremeyeceği durumların artması söz konusudur.

Fonksiyon ya da zarar görme ehliyeti daima doğru bulunan alanda fiilen verilmiş olmayı gerektirmez. Çoğunlukla işin elde edilmesi umudu ya da zarar korkusu, güce tabi kılınanı, istenilen davranış şekillenmesine getirmek için yeterlidir.

İş görme (fonksiyon) iktidarının, zarar görme ehliyetine her zaman üstün olduğu görülmüştür. Norm talepleri, iş

devrinde daha kolay kabul edilir, daha isteyerek uyulur. Zarar görme özellikle arttığında, zarar göreni, birlikte davranışın temelini oluşturmaktan mahrum eder. Zarar gören, değişimi etkileyen partnerlerle daha azı elde edilir. Zarar görenin, daha az aktörle birlikte davranma gereği tamamen ortaya çıkar. Küçük gruplarda, doğrudan fiziksel gücün sınırlarına daha çabuk ulaşılır. Norm koymada, aktörlerin ya da grupların fonksiyonları yerine getirmedeki uyuşmalarının varlığı kesindir. Bu olmaksızın hiçbir davranış ilişkisi sürdürülemez.

Öncelikle, normların, alışkanlıkların, eğilimlerin oluşumunu, geçmişteki gibi aynı şekilde yapılan davranışların etkilediği kabul edilmektedir. Güç, fonksiyon devri ya da karşılık şeklinde zararın verilmesi anlamında gereksiz olacaktır. Bunlar arka plandaki nedenlere girer. Sadece, özellikle tipik hareket ya da yüzeysel olmayan uzaklaşma hallerinde kullanılırlar. Sonra gücün yitirilmesi, normun sonunu getirir.

Fonksiyon yeteneği ile norma koyma gücünün ilişkisi, sadece normların yeniden oluşturulması, istikrarı ve eskiyen normların birlikte ihlali temelinde değil, aksine norm değişimi temelindedir de. Eski normların korunmasında yeni, somut eşitsizlikler oluştuğunda, eğer yeni iş araçlarının keşfi, çalışma süreci için yeni enerji kaynaklarının öğrenilmesi, yeni güvenlik sistemleri (silahlar, koruma sistemleri), yeni düşünceler, akımlar, duygular (örneğin "kurtuluşçuluk", "katılımcılık" akımları), yeni eğitim ve öğretim teknikleri gerçekleşirse, o zaman bu araçlara sahip olan aktör ve gruplar bir gün ortaya çıkar ve yeni normlar talep ederler. İstediklerini yaptırabilirler; taleplerin karşılandığı yaşam durumunu iyileştirebilirler.

Claessens, örneğin Avrupa'nın büyük devrimlerinde şimdiye değin oluşan orta sınıfların, vatandaşlık imtiyazlarından önce henüz, başarılı davranışa yönelik daha fazla olanak anlamında güçlü olmaktan uzak olduğunu göstermiştir. (Claess 1968, b, s. 132). Normatif yapımın değişimini intaç etmiştir.

Fonksiyon hazırlanmasının kurallaşması, aktarılan fonksiyon sonuçlarındaki yeterli sayıdaki problemle çatışır. Fonksiyon iktidarı, tüm davranış ilişkilerinde katılanlara yarar sağlamakta yetersizse, sadece diğerlerini belirli bir davranışa yönelten azınlık ödüllendirilebilir. Diğerlerinin kontrolü fonksiyonun devriyle artık mümkün değilse, sonuca ulaşmada en iyi ikinci araca el atılır: zarar verme iktidarı. Araçlar toplumda eşit olarak dağıtılmazsa ve azınlık kendi ihtiyacından daha çoğunda tasarruf ederse, bazıları, eşit bir bölüşümde herkes için yeterli olmayan artığı alır ve bundan birçok kişi zarar görür. Sonuçta güç sahipleri ve güce tabi olanlar yanında üçüncü bir gücün oluştuğunu görürüz: gücü, egemenliği güvenceye alan gruplar/organizasyonlar.

7 – *Norm Koymanın Kurallaşması ve Gücün Tepkisi*

Sosyal davranışların dikkat edilmeyen etkileri tanındığında, gelecekte istenen sonuçlara neden olacaktır. Daha sonra içine etkinin katıldığı davranış aşaması diğerleri tarafından bilinçli olarak ayırdedilir. Somut olarak burada, düşüncelerin hüküm karakterinde oluşum aşamasının gerçekleşmesinin saptanması, önceki davranıştan ayrılır. Bu safha, gelenek ve emir, hukuk ve kanun gibi belirli norm çeşitleri için kural koymaya yönelttiği özel bir süreç olarak düzenlenmiştir. Süreç,

hüküm koyma şekli kendiliğinden emredildiğinde, normatif kurallara bağlı norm koyma gerçekleştiğinden istikrardır. (Karş. *Luhmann* 1972)

Önce, güç sahibi aktörler ve gruplar bu özel davranış ilişkisine hükmetmeyi denerler ya da kendi elemanlarıyla temsil edilmeyi denerler. Aynı zamanda elemanları, diğerler için ulaşılmaz kılınır. Böylece, tarım toplumlarında egemenler normları koydular ya da bu hakkı çok az sayıdaki diğerlerine bölüştürdüler. İlk kez, sanayi toplumlarında çoğu gruplar norm oluşum sürecine, parlamentoda dolaylı olarak katıldılar.

Norm koyma ilişkisinin oluşumunun, bu kurum üyelerinin bütünüyle güç sahiplerinden meydana gelmediği takdirde bir mantığı vardır. Hiçbir davranış ilişkisi sadece yabancı iradeyle yürütülemez. İlişkinin üyeleri, norm taleplerini değiştirirler. Bu bağımsız olma eğilimi, sosyal grupların norm talepleriyle konulan kurallar arasında problemli bir bağ yaratır. Parlamenterin şimdiki ilişkilerinde özel bir ilgisi saptandığında, iradesinin olabildiğince tam ve detaylı ortaya çıkması istenir. (Karş. *Mayntz* 1979, s. 65) Böylelikle, davranış ilişkilerinin belirsiz ve henüz kabul edilen yapılarını kuran ve norma tabi olanların onayını sürekli daha az bulan normlar, yasalar meydana gelir.

Şüphesiz güç temeline tepkiler oluşur, bu güce tabi olanlar tarafından güç tehdidinin yeniden üretilmesi anlamına gelir. Güce tabi olanlar için daha uzun yaşamak önemli bir amaç olduğu sürece, bu genellikle bir problem değildi. Bu gün ise bu, norm oluşumuna eşit katılım talebi savunulduğunda ortaya çıkan bir problemdir. Bu talep önce herkes için eşit oy hakkı ile kabul edildi. Parlamentonun normu yalnız koymadığı, bir kısmının iç lobicilikten yoğun olarak etkilendiği görüldükten sonra, bu hak yeterli olmamıştır. Daha sonra ya bu tür dernekler kontrolü (Dernekler Kanunu) ya da henüz eşit katılımda bulunamayanların kendi organizasyonları oluşmuştur.

8 – *Kurallaşma Eğilimleri*

İlk toplum şekillerinden tarım toplumuna kadar süren gelişmede, iş ve yaşam araçlarının, silahların, düşünce akımlarının, dinlerin, eğitim ve öğretim yetkilerinin üretimi arttı. Fakat bunlar toplumların tüm üyeleri için yeterli olmadı. (Karş. *Lenski* 1973, özellikle s. 374 ve orada işaret edilen literatür). İş yeteneğinin artırılması çoğu kez, kontrol aracının üyeliği için işin kabulünün artırılması ve bununla beraber güç ve egemenliğe tabi olanların zararlarının artmasını sağlamaktadır. Normun içeriği bu gelişim süresince aşağı sınıfların artmasıyla yükümlülüğü arttıran, yüksek statülülerin artmasıyla da azaltan normları karakterize eder. Bu gelişme tarım toplumlarında en yüksek noktayı bulur.

Sanayi toplumunun oluşmasıyla bu gelişmenin tersine döndüğüne dikkat edilmelidir. Muazzam gelişme sıçrayışı, bundan kaynaklanan iş yeteneğinin artması ve egemen olanın dağıtılan kütleye eklenmesi karşısında, verimli yapılmasını sağlayan mekanizmanın baş göstermesiyle, işin, güç ve egemenliğe tabi olanlara devriyle daha çok kurallaşma gerçekleştirilmiştir.

İşin kabulü ve yükümlülük birbirine katılmaz. Zor, tehlikeli, anlamlı davranışlar özellikle ödüllendirilebilirler. Bu normların irtikap temelinde niçin, daha fazla yükümlülükle bağlı kalmadığının, tespit edilen kurallaşma eğiliminin niçin uzatılmadığının daha ayrıntılı açıklaması yapılmalıdır.

Yaşam koşullarının işin alınmasıyla iyileştirilmesi, güç ve egemenliğe tabi olanların çatışma ehliyetinin oluşmasıyla gerçekleşir. Önceden oluşan daha çok yaşama korkusunun yerine, şimdi kişisel kazançlar temelinde davranış imkanları meydana çıkmaktadır. Bununla ya güç farklılıkları azalacak ya da her şeyden önce güç ve egemenliğe tabi olanların normu kabulünü, sonucu onayını sorunlu yapacak ve normda uzlaşma sürecine katacaktır. Normda anlaşma söz konusuysa, normun içeriği de değişir. Hakları tecavüze uğrayanlar bakımından yardımcı yükümlülüğü azaltan normlar da söz konusudur; temel haklar, insan ve vatandaş hakları, bunlardan da özgürlük, özel mülkiyet, güvenlik, direnme, din ve vicdan özgürlüğü oluşur. *R. Mayntz* bugünün ilişkileri için rastlantısal olmayan çoğu toplumsal kesimlerde genişletilen ya bir kullanma görevi ya da itiraz hakkı olarak geçerli olan birlikte oy kullanma hakkının varlığına dikkat çekmişti. "Kanunkoyucu tarafından burada sonucu onaylamanın, birlikte konuşma olanağına bağlandığı ve öncekinden daha kolay bir fiili durum yaratıldı." (s. 75)

Güce tepki gibi temel haklar ve buna bağlı eşitlik hükümleri gibi yükümlülüğü azaltan normların oluşumu aynı sonuca sahiptir; bu sonuç norm konulmasında eşit olma talebinde bulunulması ve kabul edilmesidir. Norm konulması ilişkisinin bu üyeleri sonradan, daha güçlü yükümlülük azaltan normların oluşmasına taraftar olmuşlardır.

9 – *Sanayi Toplumlarında Kural Koyma Gücü*

Güçlü ve egemen grupların iş gücündeki çıkış noktası bugünkü toplumun analizinde denenmiştir. *Fraenkel*'in (1964) çoğulculuk teorisinden farklı olarak siyasal iradenin oluşumuna katılan dernekler güç ve etkileriyle norm oluşumunda fark edilir. Burada *Offe* ve *Jaeggi*'nin tezlerindeki çıkış noktasıyla karşılaşılır; ekonomik birlikler siyasi partilerden, siyasi partiler kiliselerden, kiliseler boş zamanı değerlendirme derneklerinden, bunlar da tüm genel çıkarı temsil eden birliklerden önce yasamayı etkiler. Çoğulculuk eleştirisinde bu etkileme farklılığı, yalnızca zarar verme yeteneğiyle neden olunan değişim ilişkilerinde açıklanmaktadır. Offe'nin tezinden açıkça ortaya çıkan, çatışma ehliyetine sadece fonksiyonda bulunan ve karşı fonksiyonu kabul eden olarak tanımlanan ve lokavt, grev, seçim hakkından mahrum bırakmada olduğu gibi fonksiyonlarından vazgeçebilen birlikler sahiptir. *Offe*, şantaj ve zorlama ile oluşan değişim ilişkilerinden, yasamayı etkilemenin derecelendirilmesini çıkarmaktadır.

Burada önerilen çıkış noktasının, fonksiyon ya da zarar verme yeteneğinde, yukarıda oluşan değişim ilişkilerinin yerine kullanılması kanaatimce daha çok açıklama gücüne sahiptir. Örneğin; Almanya'da değişik davranış alanlarında, geleneksel norm mevcudiyetinin tazmini, diğer zıt norm taleplerine rağmen bu temele indirgenmektedir. Eski ekonomik elitler, kaybedilen savaştan sonra, üretim tesislerinde hak sahibi olarak, öncelikle somut olarak avantajlı durumdaydılar. Yıkım üzerine onlara, sosyal pazar ekonomisi ile teklif edilen şansların farkına vardılar ve kıtlığın ortadan kaldırıldığı ve ge-

çimin sağlandığı davranış ilişkilerini harekete geçirdiler. Bu başarı, daha sonra, bu ekonomik organizasyona ilkesel onayın açıklandığı büyük çoğunluğun seçim davranışını ortaya çıkardı (karş. *Schaefers* 1979, s. 40). Benzer şekilde bürokrasi ve daha sonra ordu başarılı olabildi.

Fonksiyon ya da zarar yeteneğinin tek bir etki alanında nasıl ismarlandığının sürekli yeniden araştırılması zorunludur. Aktörler için önemli olan kültürel yorum metodu, değer değişimlerini, kural koyuculuğu, ekonomik ve siyasi alandaki egemenlik payları değişebilen gruplardan, organizasyon ve birliklerden daha güçlü etkiler. Hırsızlık yasağının gelişimi incelendiğinde görürüz ki, sosyal kontrol organizasyonlarının ceza hukukunun yumuşamasında çıkarı varken, ekonomik alanın elitleri çıkarlarını ceza hukukunun sertleşmesinde ifade ederler. Her iki grubun bu alanda hukukun konulmasında yalnızca dolaylı, basit bir etkisi vardır. En azından 60'lı 70'li yıllarda, Almanya'da ilk sırada, değer konumlarının taşıyıcıları başarılı oldular. (*Haferkamp* 1980 a)

10 – Pahalılaşma Sonucu Eğilimleri

Kurallaşmanın artan masrafları belki, bugün normların yerine daha çok davranışların sevk ve idaresinde diğer araçları geçirmektedir. Bunlar ilkin iş programları ve dış koşulların şekillendirdiği diğer dolaylı davranış kurallaşmalarıdır. Yarar sağlaması norma uygunluğa bağlı olmayan aksine çeşitli davranışların seçiminin aktörlere bırakıldığı doğrudan iş ve teşvik programları, şayet sadece belirli davranışı sonuçlarsa ve buna uyulursa artan bir değer kazanır. Böylece, daha önceleri fakir ebeveyne karşı fakirlik ve sosyal yardım kanunlarında göreceli sert geçim yükümlülükleri tanımlanmıştır. Yeni kanunlar, bu hakları sürekli azaltmaktadır. Somut olarak daha iyi sonuçların alındığı davranış alanları vardır ve hangi davranışlarla bu sonucu ulaşılacağı davranışta bulunanın kararına bırakılmıştır. Buna göre; örneğin bir sanayi işletmesinde yeni davranış keşfettiklerinde ödüllendirilirler. İş alanlarının belirli sayıda iş görme ve üretim ile bağlı üretim programlarının yürütülmesi vaatleri için sıkça sübvansiyonlar verilir. Amacın gerçekleşmesine yönelik davranış şekillenmeleri, vaatler yoğun olarak ihlal edilirse, kontrol edilemez ve işin uygulanmasının (burada sübvansiyonlar) kontrolü kendiliğinden yapılır.

İkinci olarak, normatif yönetilmeyen davranış modelleri, sadece davranışların belirli çevre şekillenmelerine uyması gereken yerlerde göz önünde bulundurulur. Örneğin; önceleri cadde kenarlarında en yüksek hızı gösteren, geçişi yasaklayan, oynayan çocuklara dikkat çeken panolar dururdu. Oralara bugün oturanlar tarafından çok büyük çiçek tartıları konulmaktadır ve caddenin bu durumu sürücüleri belirli kullanma şekillerine zorunlu kılar: yavaş, tek hatlı, sollamadan. Dükkan hırsızlığına karşı malların korunmasındaki en yeni metotlar aynen uygulanabilmelidir. Burada, durumu normlarla düzeltmekten ümit kesilir, aksine sürekli sapmalara bıkkınlık, objektif belli davranışları sağlayan durumlar doğurur.

Bu davranışların sosyal olması doğaldır. Her aktör, vergide indirim, mucide ödül, sübvansiyon ya da cadde çiçek tarhları, sinyal çözen metal etiketlerin olmasını beklemektedir. Böylece, yorumlamalar, açıklama örnekleri, bilgilerin kullanılması göz önündedir, fakat normlar değil. Bu, yarara yönelik ya da teknik sosyal davranışları sonuçlar. Daha sonra norm koyma anlamını yitirir.

Aynı zamanda, diğer taraftan sosyal ilişkilerin artan şekilde hukuksallaşmasından söz edildiği düşünülürse, bu tezin etkileri yadırgatıcıdır. Bununla beraber dikkat edilirse, hukuksallaşma ve kurallaşma birbirinden farklıdır. Eskiden ahlaka, düzene devredilen kurallar, bugün, hukuksallaşma fiilen artıp kurallaşmanın azalmasına rağmen, hukuk olabilir.

Davranışların sevk ve idaresindeki çıkarların önemli ölçüde artmasına rağmen, kurallaşmanın, hukuksallaşma gibi göreceli olarak azalması umulmaktadır. Diğer tez, bu amacın iş ve teşvik programı ya da davranışın emredilmesi araçlarıyla izlenilmesidir. Davranışların sosyal olmadığı, sosyolojik olarak çözümlenemeyeceği ifadesi tezle karıştırılmamalıdır. Tam tersi; bu davranışlar da geçmişteki davranışlardan oluşan durum tanımları, yorumlar tarafından yürütülür. O bakımdan, davranışlar doğal bir akıştır.

LİTERATÜR

Berge Peter L./Thomas Luckmann: *Die gesellschaftliche Konstruktion der Wirklichkeit. Eine Theorie der Wissenssoziologie,* Frankfurt am Main 1969.

Cicourel, Aaron: Bassisregeln und normative Regeln im Prozess des Aushandelns von Status und Rolle. In: Arbeitsgruppe Bielefelder Soziologen, *Alltagwissen, Interaktion und gesellschaftliche Wirklichkeit.* 2 Bande. Reinbek bei Hamburg 1973.

Claessens, Dieter: *Instinkt, Psyche, Geltung. Bestimmungsfaktoren menschlichen Verhaltens,* Köln und Opladen 1968a.

: *Rolle und Macht,* München 1968b.

Durkheim, Emile: *Regeln der soziologischen Methode,* Neuwied und Berlin 1965.

Fraenkel, Ernst: *Deutschland und die westlichen Demokratien,* Stuttgart 1964.

Haferkamp, Hans: *Herrschaft und Strafrecht,* Opladen 1980a.

: *Normbildung und Gesetzgebung im Theorienvergleich* KZfSS, Bd. 32, 1980b, Heft 2.

Jaeggi, Urs: *Kapital und Arbeit in der Bundesrepublik,* Frankfurt 1973.

König, Rene: Soziale Normen. In: W.Bernsdorf, *Wörterbuch der Soziologie,* Stuttgart 1969.

Lenski, Gerhard: *Macht und Privileg,* Frankfurt 1973.

Lindenberg, Siegwart: *Solidaritaetsnormen und soziale Struktur,* Manuskript, Groningen 1979.

Luhman, Niklas: *Rechssoziologie,* 2 Bd., Reinbek bei Hamburg 1972.

Mayntz, Renate: Regulative Politik in der Krise? In: J.Matthes, *Sozialer Wandel in Westeuropa.* Verhandlungen des 19. Deutschen Soziologentages, Frankfurt 1979, s. 55 – 81.

Münch, Richard: Talcott Parsons und die Theorie des Handelns I: Die Konstitution des Kantianischen Kerns, SW, Jg. 30, 1979, s. 385 – 409.

: Über Parsons zu Weber: Von der Theorie der Rationalisierung zur Theorie der Interpenetration, ZfS, Jg. 9, 1980, s. 18 – 53.

Offe, Claus: Politische Herrschaft und Klassenstrukturen. In: G. Kress und D. Senghaas, *Politikwissenschaften,* Frankfurt 1972, s. 135 – 164.

Scheafers, Bernhard: *Sozialstruktur und Wandel der Bundesrepublik Deutschland,* 2., überarbeitete und erweiterte Auflage, Stuttgart 1979.

Vanberg, Viktor: Kollektive Güter und kollektives Handeln, *KZfSS,* 30. Jg., 1978, s 652 – 679.

Zimmermann, Don H.: Normen im Alltag. In: K. Hammerich und M. Klein, Materialien zur Soziologie des Alltags, Sonderheft 20 der KZfSS, 1978, s. 86 – 99.

Hukuk Güvencesi ve Toplumsal Dinamizm*

Roland Maspetiol

Çeviren: Tuğba Ballıgil

Hukuk devleti, yani yasaların egemen olduğu yönetim biçimi, genelde hukuki gelişmenin, kamu özgürlüklerinin ve kişisel hakların güvence altına alınmasının kabul edildiği bir rejim olarak açıklanır. Anayasa öğretisi yaratıcılarının düşüncelerine uygun bulunan bu sav, kısmen yanıltıcı olmuştur. Çağdaş siyasal örgütlenme içinde, salt yasa koyucunun değişken ve keyfi iradesine bağlı bulunan çok biçimsel bir yasa anlayışı, sivil yaşamın meşru menfaatlerinin korunmasında yeterli bir ilke oluşturamazdı. Uzun bir gelişim sürecinin ardından devlet, sadece uyruklarıyla olan ilişkilerinde değil, fakat yurttaşların aralarındaki ilişkilerde de hukuk yaratma yetkisini elde etmekle, yönettiği toplumun bağımsızlığını kendi insafına bağlı kılan en korkunç silahı kazanmıştır. Bu iki kurumun kaçınılmaz düalizmi son bulmuştur; ancak bu sonuç, hukuk düzeninin etkinliğine zarar vermekten başka bir şey sağlamamıştır.

Hukuk devleti, gerçekten de ikili bir karmaşaya dayanır; bunlardan biri hukuk ve yasanın özdeşliği, diğeri de adalet ve hukuka uygunluğun özdeşliğinin yaratığı karışıklıktır. Bununla birlikte, C. Schmitt'in bulduğu iyimser çözüm yoluna göre, "hukuka uygunluk, belki meşruiyeti ortadan kaldırmaktadır"[1]. Böylece yasanın egemenliği, bazı hallerde keyfi bir egemenlik olsa da, bunun yarattığı tehlike kamu oyunca o denli uzun süre farkedilmeden varlığını sürdürebilmiştir ki, yasa, buyruğunun genelliği yüzünden soyut ve düzenlemeye çalıştığı alan dolayısıyla da sınırlı kalmıştır. Devletin, toplumsal yaşamın birliğini sağlama, daha önceleri yurttaşların özgür girişimine bırakılmış olan alanlarda kendi direktiflerini zorla kabul ettirme yönündeki yeni iradesi, yasaya, liberal devlet yanlılarının kuşkusuz düşünmedikleri nerede ise zorbaca bir yetki vermektedir.

Toplumsal gerçeklikler alanında, sınırsız yaşama yetkisi ile özel işlemlerin güvence altına alınması arasındaki karşıtlık, daha net olarak ortaya çıkmaktadır.

***

Hukuk düzeninin güvencesi, kendi değer ve etkinliği içinde, ekonomik koşulların belirli bir uyumuna bağlı olsa da, gözlenen şudur ki, bu konu, yaşamın kaygısızca sürdüğü bazı dönemlerde ihmal edilegelmiştir; böylesi dönemlerde insanlar, sözleşmelerin alışılagelmiş süresine uygun düşen bir süreç içinde, ancak belli, bizzat o koşullara benzer unsurlara bağlı olarak tahminde bulunabilmekte idiler. İşlemlerin doğruluk ve hakkaniyete uygunluğu, sözleşmelere saygılı olma koşuluna sıkıca bağlıdır; fakat bu, fiyat ve para dengesindeki bozulmaların, edimlerin karşılıklı değerini alt üst etmemeleri koşulu ile ancak menfaatlerin gerçekten korunmasını sağlar. Hukuk güvencesi bu korumanın yalnız biçimsel gücüne sahiptir; hukuki kurumlar, her tür içerikten yoksun soyut çerçevelerdir; bunun nedeni, dağıtıcı adalet ilkesinin bu kurumlarda değil, fakat bunların değiş tokuşuna olanak verdiği mal ve hizmetlerin uygunluğunda bulunmasıdır.

Bu, hukuk düzeninin temel ilkesinin özetlendiği sözleşme özgürlüğünde ve onun bağlayıcı gücündedir. Hukukta yüzyıllardır yaygın olan görüş, bireyin özerkliği anlayışıdır. Temel prensipleri derin hakikatleri içinde kavramak açısından her zaman kendilerine başvurulması gereken Romalılarda, hukukun bu büyük kurucularında kişisel hak, sadece kendi salt erki ile var olan, haklılığını bizzat kendi içinde taşıyan bir şey olarak görülmekle kalmaz, aynı zamanda öznel irade devlet kavramından önde gelir; öyle ki yasa bir sözleşme gibi görünür ve devletin özel hukuku ile ilişkisinin temel biçimi, sözleşmeye dayalı bir ilişkidir; nitekim yargılama yöntemleri ve infaz yolları buna kanıt olarak gösterilebilir.

Aynı görüşler, modern hukukta baskındırlar; Medeni Kanun, çatısını oluşturan sözleşme kuramına dayanır. Sözleşme, taraflar arasındaki hukuki yükümlülüğü, bunların geçerli rızası, o sözleşmenin içeriğini biçimlendiren bir konuda ve meşru bir koşul için beyan edilmişse, serbestçe belirler. Yine, devletin kurumlarını hukuk kuralına bağlı kılmak isteği de, oldukça keyfi bu yer değiştirmenin yol açtığı çekinceler ne olursa olsun, insanların, yurttaşlarına iktidarla olan ilişkilerini belirlemek ve onların, kendilerini baskı altına alan yasanın hazırlanmasına katılmalarını olanaklı kılmak üzere başvurdukları sözleşme fikrine aittir.

Fakat sözleşme, tarafların karşılıklı borçları ile ilgili tanımlamasında, hızlı biçimde değişen durumlar nedeniyle, karşılıklı edimlerin önceden belirlenmesine olanak bırakmayan bir toplum dinamizmine ayak uyduramaz. Sınırlı sayıdaki bazı hallerde, gabin (aşırı yararlanma) bir sözleşme kusuru oluşturuyorsa, bu ancak, iradelerin uyuşması anında değer taşıyabilir. Bununla birlikte sözleşmenin yerine getirilme sürecinde, onun yasal dayanağını biçimlendiren maddi öğeler, insan tahminini aşan boyutlarda alt üst edildikleri takdirde, psikolojik ve toplumsal gerçeklikler alanında zorunlu bağlayıcı güçten geriye ne kalır?

Psikolojik ve toplumsal gerçeklikler, yargısal içtihat yolu ile, mücbir sebep ile, bazı değişikliklerle öylesine sınırlanmış bulunan kavramla bağdaşmadıkları ölçüde, uygulanması metnin sözüne uygun olması gereken sözleşme koşullarının buyurucu niteliğini hiçbir bakımdan azaltmazlar. Fiyat ya da paradaki istikrarın bozulduğu dönemlerde, işlemlerin hakkaniyete uygunluğu konusunda güvence sağlayamayan sözleşme, artık keyfilik etmeninden başka bir şey olamadığı gibi, sivil toplum ve ticari yaşamın istikrarında bir spekülasyon unsuru durumuna gelmek için vazgeçilmez bir tahmin ölçütü de olamaz.

Bunun örnekleri, son yıllarda savaştan ve enflasyondan kaynaklanan buna-

* Bu çeviri, Roland Maspétiol'ün Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique, Paris 1938; p: 200–208'de yer alan makalesinden yapılmıştır.

lımlardan başlayarak çok sık görülür olmuştur. Kuşkusuz, benzer durumların varlığı halinde idari yargı, öngörülemeyen hallerin hakkaniyete uygun biçimde çözümlenmesi yolunu düşünmüş ve fakat bu çözüm, sadece özel hukuk alanında uygulanmaması ve en seçkin medeni hukuk uzmanlarınca hukuki bir canavarlık olarak değerlendirilmesinin dışında, ancak kuramsal açıdan kamu hizmeti fikri ve onun düzenli ve sürekli görülmesi zorunluluğu ile, yani pratik yaşamın gereksinimlerinden çıkarılmış bir kavram ile aklanabilmiştir. Aslında bu çözüm, öngörülemeyen risklerin ortak sözleşene geçmesi sonucunu doğurduğu için, kamu hizmeti alanında kendini temize çıkarabilir; zira bu, kural olarak öylesine bir toplumsal gerçekliğe uygun düşer ki, onun tatmini, maliyet fiyatından bağımsız olarak sürdürülebilir; arzu edilen sözleşme maddesinin, iradelerin uyuşmasına sıklıkla engel olduğu sivil yaşam ilişkilerinde bu çözüm, aksine daha büyük keyfiliklere yol açmış olacaktır.

Hukuki anlaşmaların yeni ekonomik gerçeklere uydurulmasındaki hatanın, toplumda ne denli çok çatışmaya neden olduğuna tarih tanıktır. Eski Yunan ve Latin'de borçlularla alacaklılar arasındaki çatışmaların şiddeti ve bu savaşımın siyasal alana kayması, onun bu soruna hukuk alanında bir çözüm getirmenin olanaksızlığına değindiği noktada anlamlı bir açıklama olarak kaydedilebilir. Artık bundan böyle Birleşik Devletler'de Rooswelt deneyiminin ilk başlarda özel borçlar sorunu dolayısıyla oynadığı rol unutulamaz.

Bununla birlikte bu, hukukun, esas özelliği değişkenlik olan yaşamın kendi koşullarını bilmeyen sabit ve değişmez nitelikte bir toplum içinde ancak söz konusu olabileceği anlamına gelmez. Tahmin unsuru, her süreli anlaşmanın içinde yer alır ve ticaretin temel özelliklerinden biri, piyasa ve fiyatların belirlenmesinde serbestlik kuralı gereği olan bu işlevi üstlenmektir. Her insani girişimde olduğu gibi, sözleşme de bir risk taşır; toplumsal yaşamın gelişmesinin, tarafları, onların serbestçe kabul etmiş oldukları rastlantılardan kurtardığı iddiası herhalde desteklenemez. Fakat yalnızca ekonomik olguların sonuçlarına bakıldığında mümkün olan, bunların uyumu keyfi müdahalelerle bozulduğu takdirde, geçersiz hale gelmesidir. Bu zararlar ikili bir mahiyet taşırlar; bunlar hem hukuk kurallarının biçimlenmesini ve hem de bunun işlevini görmesini sağlayarak sivil toplumun kuruluş biçimini amaçlarlar.

Bir yandan sözleşme özgürlüğüne saygı, öte yandan ekonomik yaşamın doğal dengesine uygun koşulların sürdürülmesi, böylece hukuk düzeninin etkinliği için gerekli iki öğeyi oluştururlar.

***

Hukuk tekniği, sözleşmeden doğan hukuku, yasal bir düzenlemeden kaynaklanan durumun karşısına çıkarır. Yasa ya da tüzük ve yönetmeliklerin her durumda hukuki muameleler oluşturup oluşturmadıkları, bu inceleme çerçevesinde araştırılacak konu değildir. Bunlar, siyasal iktidardan kaynaklandıkları için, yayınladıkları yönergelerin doğası gereği günümüzde bir ölçüde genişletilmiş bulunan siyasal iktidarın niteliğine ortak olurlar. Yasanın, konusu itibariyle onu Kant'çı anlamda ahlak yasasına yaklaştıran bir evrenselliği dile getirdiği bir zamanda, örneğin kişilerin statüsünü saptamada, hukuki pozitivizm tezi yeterli bir açıklama getirmiş görünebilir; bu da çoğu kez iktidarın, işlerin idaresinde bir yönetim değişikliğini kabul ettirmek istemesinden başka bir şey değildir.[2]

Yasa, bu görünümü düşlediği ölçüde, bir hukuk fikri değişikliğinden daha çok pratik yerindeliği ortaya çıkarır. Zaten o, gelecek adına her an değiştirilebildiği için, hiçbir zaman kazanılmış hakların yaratıcısı değildir. Salt hukuki durumlara değer ve güvenlik veren bu karşılıklı bağın gerçekleşmesine izin vermez.

Yasa ya da tüzük ve yönetmelikten başka dayanağı olmayan toplumsal ilişkiler, ancak düşük nitelikli bir korumadan yararlanırlar. Görüldüğü gibi, statüden sözleşmeye geçiş, gitgide gelişen toplumları belirlemektedir.[3] Gelişim, aksine yasal düzenlemelerin sayısını ve önemini arttırma yönünde olduğu zaman, hukuk güvencesi azalır ve bu da biçimsel açıdan, ona bağlı olan durumların hukuki olarak nitelendirilmelerinden başka bir şey değildir.

Yasa, tüzük ve yönetmeliklerin klasik alanı kamu hukukudur; zira kamu hukuku ilişkilerinin çoğu, karşı karşıya bulunan tarafların güçleri ve uyuşmazlık konusu menfaatlerin yoğunluğu içinde içeriği belirsiz adalet kuralından kaçıp kurtulur. Bu ilişkileri hukukun gerçek yükümlülük kuralına bağlı kılma yolundaki her girişim başarısızlığa mahkumdur; zira birçok risk ve rastlantı ile dolu karşılıklı bir savaşım halindeki, güçleri az çok birbirine eşit insanlar arasında yer bulmuş gibi görünen adaletin bu temel niteliği bilinemez. Kamu iktidarının bazı temel gerekleri, haklı olarak özel hukuklardan elde edilmiş bireysel savlar önünde boyun eğmeyi kabul edemez.

Kamu hukukuna ilişkin durumların sahip olduğu hukuki korumanın yetersizliğini gidermek için, bazı ülkelerde yürütülen çabaların önemi yadsınamaz; Birleşik Devletler'de yasanın anayasaya uygunluğunun denetimi ile Fransa'da yönetimin ahlaka uygunluğu ve yetki tecavüzünün kontrolü konusunu burada özellikle anımsatmak gerekir. Pratik gelişmeler, bu ustalıklı yöntemler sayesinde gerçekleştirilmiştir, fakat bunlar ancak, salt sürekli arz eden sözleşmeye ilişkin durumları önleme olanağı verebilirler. Nitekim, gerçekten sağlam güvence gerektiren hallerde, ne zaman belirli ilişkilerin korunmasını sağlama zorunluluğu görülse, başvurulacak hukuki yükümlülük biçiminin bu olduğu, bu açıdan kayda değer bir gösterge değil midir? Danıştay'ın yeni içtihadı, bu konuda özellikle karakteristik bir açıklama getirmektedir.[4]

Hukuk düzeninin etkinliği açısından kaydedilmesi gereken, bunun yasa, tüzük ve yönetmelikler alanının gitgide artan açılımı, idare hukukunun gelişmesinin olduğu kadar, sivil ve ticari yaşam ilişkileri içinde kamu yetkililerinin müdahalesinin de sonucu olduğudur. Bu gelişip büyüme, kendi içinde, sadece bireylerin ilişkilerini, bu ilişkiler arasına kamu düzeni ve sözleşme hükümlerinin gereklerini ilave etmeyi amaçladığı zaman tehlikesizdir. Bazı aslan payına dayanan koşulları engelleyerek, edimlerin eşitliğinin bozulmaması için önlemler alarak, siyasal iktidar olağan ve birincil rolü olan düzen ve adalet rolünü yerine getirir. Bu müdahalenin etki alanı, çağlara göre az çok yaygın olsa da, temel ilkesi en bireyci rejimler tarafından bile hiçbir zaman tartışılmamıştır.[5]

Fakat, yasa bugün daha ileri gitmektedir; o, kısmen de olsa, ekonomik yaşamın devletçe yönetilmesinin sağlanmasına yönelik bir araç durumundadır. Bu eğilim, kamu hukuku ve özel hukuk ara-

sındaki her tür açık ayrımın yok edilmesi ve sivil toplumun içindeki özgür ve bağımsız ilişkilere yasa hükümlerinin uygulanmasıyla, salt kamu düzenine saygı çekincesi altında, kendini göstermektedir.

Bizzat sözleşme, tarafların yasal ve zorlayıcı bir kurallar bütününe itaatini sağlamayı amaçlar; onun temel ilkesi artık onama değil buyruktur, yetkidir; sözleşme özgürlüğü, sözleşmenin sonucuna ulaştıran saiklerin denetimince kabul görmezken, yasa, bazı hallerde bir hakkın kullanılmasını belli bir saikin ispatına bağlı kılarken, sözleşme, kamu yetkililerince denetlenir. Kuşkusuz klasik öğreti, sözleşme yapanlara, aralarında iyi niyet kuralının uygulanması gereken taraflar olarak değil, daha çok hasımlar olarak bakma eğiliminde idi. İnsanın toplumsallığını yadsıyan atomcu bir anlayışın sonucu olan bu aşırı bireyciliğe çare, örneğin kargaşa dönemlerinde *rebus sic stantibus*[6] (beklenmeyen haller) koşulunun uygulanmasıyla bulunabilirdi; fakat sivil otoriteye yükümlü kılma ve yükümlülükten kurtarma yetkisini veren yasamanın müdahalesinin genişletilmesinde bulunamazdı.

Şimdiki gelişim bireysel özerkliği azaltmakta, kazanılmış hak kavramına zarar vererek sözleşmenin zorlayıcı gücünü yok etmektedir. Sözleşme, özgürlüğünü yitirmektedir; zira Proudhon'un büyük bir dürüstlükle gözlemlediği gibi, yönetim düşüncesini dışta bırakıp serbest ticaret fikrini benimsemektedir.[7] İç ve öznel hak duygusu insanların çoğunda, iradelerin uyuşmasının keyfi ve yinelenen kargaşalarla alt üst olması dolayısıyla körelmiş bulunmaktadır.

Sözleşme özgürlüğüne tecavüz, hukuk düzeninin etkinliğini azaltır; hal böyle ise, bunun nedeni sadece bizzat sözleşmenin biçiminin taşıdığı değer değil, aynı zamanda sözleşmenin ekonomik yaşamın doğal dengesine doğrudan bağlı olmasıdır.

***

Fiyatların serbestçe biçimlenmesi, sözleşmede yer alan güvenceyi sıkı sıkıya şart koşar. Bu da ancak, ekonomik olguların dengeli biçimde gelişmelerinde engelleme ile karşılaşmadıkları, sözleşmenin özerkliği ve zorlayıcı gücünün nesnel bir gerçeklik oluşturduğu toplumsal bir ortamda mümkün olur. Açıktır ki, devletin keyfi kararının fiyatların otomatik mekanizmasının yerini aldığı güdümlü ekonomiye dayalı bir rejimde, artık kazanılmış hak kavramı ile sözleşme kavramı ancak içeriğin özel çerçeveleri olabilirler.[8] Kamu erkinin ekonomik yaşamın yönetimine müdahalesi, karşılıklı koşullarda beklenmedik halin ve dahası öngörülemez olanın payının tehlikeli biçimde artmasına yol açar.[9]

Güdümlü ekonomik sistemlerin zoraki kolektif havası, sivil toplumun hukuki ilişkilerinin normal gelişimine ve onu esinleyen hakkaniyet düşüncesine karşı çıkar. Böyle bir sistemin buyurucu düzenlemeleri, sermayelerin biçimlenme kurallarını değiştirerek, ülkenin genel zenginliğinin artışına bağlı olmaksızın parasal işaretlerin sınırsız açılımını kolaylaştırarak, sermaye ile zenginlik arasındaki ilişkilerin dengesini değiştirirler. Malvarlığı kavramı ve ona bağlanan tüm borçlar böylelikle değiştirilmiş olmaktadır. Böyle bir sistemin sonuçları, modern toplumda zenginliğin, nesneler üzerindeki dolaylı haklarla, bunların zilyetliğiyle olduğundan daha çok devimlendiği ölçüde ortaya çıkarlar.

Düzensizlik, kargaşa, aynı biçimde ticari yaşam alanına da yayılır. Tahmin, ticaretin büyük düzenleyici işlevi ise de, arz ve talep yasasına bağlanabilecek iniş çıkışlar, iktidarın, ekonominin uyum sağlayan güçlerinin bozulmasına yol açan tek yanlı kararlarına eklendiği zaman, artık bu işlevini göremez.

Liberal rejim, doğrusunu söylemek gerekirse, hukuk kuralının etkinliği için gerekli koşulları sunacak tek unsur değildir. Olası tahmin hataları, ekonomik planda onaylanmış olarak kaldığına göre, devlet, sorumsuzluk ya da bürokratik yönetim formüllerini onun yerine koymadan, örneğin mesleki bir toplumsal örgütlenme de buna elverişli olabilir. Sendikanın da iradi olarak, kamu erkinin denetimi altında genel meslek yasasına dönüşmüş bulunan anlaşmalara dayandığı için, sözleşme fikrinin önceliğini kabul ettiğini gözlemlemek ilginçtir.

Böylece ticari muamele özgürlüğü, ona bağlanan karşılıklı ekonomik yaptırım ile, ticaretin ve medeni hakların korunmasının ortak temeli olarak görünmektedir. Siyasal iktidarın hukuk düzeninin yaratıcısı olmak şöyle dursun, bu hukuk düzeni, toplumun devletten ayrı olarak varlığını sürdürdüğünü, mekanizmalarının asıl kendiliğindenliklerine tabi olmaya devam ettiklerini ve içinde, salt kamu düzeninin gerekleri çekincesi dışında, insanlarca iradi olarak sonuca bağlanmış özel hükümlerin yer aldığı, karşılıklı taahhütlerinin tam eşitliğini koruyan koşullara zarar vermemiş olduğunu varsayar.

Hukuk kavramı, gerçekleşmek için kendilerinden kaçamadığı basit ama kesin toplumsal koşulların bir araya gelmesini gerekli görür. İçinde, kişi ve malların sadece yasa, tüzük ve yönetmeliklere bağlı bulunduğu kolektif bir örgütlenme, özellikle siyasal otoritenin ekonomik düzenin yönetimini sağlamak istemesine karşın, iradelerin özerkliğine ve taahhütlerin güvenliği ve güvencesinin tek yaratıcı kaynağı olan sözleşme özgürlüğüne artık yer bırakmaz. Hukuk, özgürlük ile aynı esastan kaynaklanır; her ikisi de, devletin zorlamalarına karşı sivil toplumun bağımsızlığının koruyuculuğundan ayrılamaz.

NOTLAR

1) *Légalité, Légitimité,* 1934, traduction 1936.
2) Cf. notre ouvrage, *L'Etat et son pouvoir* 1937, p. 71.
3) H. Summer MAINE, *L'ancien Droit,* trad., p. 162.
4) Danıştay, 24 Ocak 1936, BRUN, s. 106. Memur statüsü yasa, tüzük ve yönetmeliğe uygun bir durum gösteriyorsa (örneğin Danıştay, 24 Ocak 1936, *Lestideau,* emeklilik hakkının doğumuna ilişkin kurallar hakkında), Danıştay, aksine adı geçen kararla, emekli aylığı alma hakkına sahip kamu hizmetleri görevlisinin, bu haktan yararlanma süresini ya da koşullarını (kuşkusuz, yasanın salt biçimsel erki kaydı ile) tek yanlı olarak değiştiremediği bir sözleşme pozisyonunda bulunduğuna hükmetmiştir. Salt mantıki açıdan, memurların statüsünde yapılmış olan bu hukuki ilişkiler ayrımı oldukça tartışma götürür; fakat bunu yargıcın, özel bir düşünceyi toplumsal yönden haklı kılar görünen bir durumu, etkin biçimde koruma iradesinin tanığı olarak yorumlamak gerekir. Bu karar böylece, sözleşmenin yasa üzerindeki hukuki üstünlüğünü ileri sürerken apaçık öğretisel bir yarar sergilemektedir.
5) Cf. Code civil, art. 6 et 1133.
6) Bu anlamda Yeni Alman Hukukundaki eğilimler hakkında bakınız, *Bulletin des Archives mondiales de Hambourg* du 15 décembre 1936.
7) Idée générale de la Révolution, p. 115.
8) Cf. RUEFF, *La Crise du capitalisme* (Communication à l'Académie des Sciences morales et politiques, le 5 janvier 1935).
9) Cf. Rapport annuel 1937 de la Sofina (*Revue économique internationale,* avril 1937, pp. 147 sq.).

Etik Değerlendirme ve Sosyo–Etik Grup Yargısı*

Mehmet Tevfik Özcan

Muhterem Hocam
Merhum Prof. Dr. Akın Düren'in
Aziz Hatırasına

1. Giriş

"Etik" kavramı, kullananların ve değişik nüanslarda kullanılışlarının yöneldiği amaçlarla, çok geniş bir alanı kapsamına alır. Bunlar, üç temel kullanım tarzında toplanabilir: Felsefecinin, yahut sistematik bir düşünme aktıyla dünya görüşünü oluşturan aydının kullanımı; gündelik yaşamda sıradan insanın genel olarak "ahlak" sözcüğüyle karşılanan kullanım şekli; nihayet, kavramın toplumsal bilimlerdeki kullanımı. Bu kullanımlar, kavrama farklı içerik ve nüanslar yükler. Felsefenin veya praxis'ini gerçekleştiren aydının kullanımıyla, "etik", "iyi"ye yönelik davranışın gerçekleştirilmesidir. Sıradan halkın, "ahlak" kavramına ikame ederek yaptığı kullanım, mensubu bulunduğu toplumsal birleşmenin devamı için bireye dıştan dayanılarak sürdürülen ve aynı zamanda ilgili birleşmedeki insanların büyük çoğunluğunca vicdanlarınca da emredilen somut davranış modelinin izlenmesidir. Toplumsal bilimlerle uğraşan araştırmacı ise, bu kavramla bireyin toplumca kabul edilen ve ihlali eylemsel olarak yaptırımlandırılan davranış modelini kasteder. Prof. Dr. Ionna Kuçuradi'nin açılış konuşmasında koyduğu ayrımda görüldüğü üzere; kavramın "ahlak" anlamındaki kullanımı, yani toplumsal norm kimliği toplumbilimsel araştırmanın alanını oluşturur. Bu araştırma, normatif bir bilimin değil; toplum bilimcinin metotlarıyla fenomenin doğrulanma/yanlışlanma ölçütleriyle incelenmesidir.

Bu bildiride, felsefi nitelikte etik değerlendirme ve bunun pratiğe yönelik oluşuyla, toplumbilimcinin "fenomen" düzleminde incelediği ahlak normlarına ilişkin dikkate değer boyutlar ele alınacaktır. Esasen, ülkemizde genellikle, etiğe ilişkin çalışmalar, hukuk sosyolojisi için yürütülmesi gerekli –bilimsel anlamdaki– araştırmayı genellikle engellemekte veya hukuk felsefesinde böyle bir tavır güçlü gibi görünmektedir. Burada ele alınan sorun, daha geniş bir sorunun, yani felsefe ile bilim arasındaki ilişkinin mahiyetinin ne olduğu sorusunun bir parçasıdır. Ulaşılacak sonuçlar bu açıdan, hukuk felsefesi ile hukuk sosyolojisi arasındaki ilişkiye ait bazı noktaları ortaya koyacaktır, kanısındayım.

* Yazarın, 30 Kasım – 1 Aralık 1990 tarihlerinde Türkiye Felsefe Kurumu'nca İstanbul'da düzenlenmiş "Hukuk ve Etik" konulu seminerde sunduğu bildirinin tam metnidir. Metin, daha önce *Argumentum,* C: 1, No: 9 (Nisan 1991), s. 128–133'de yayımlanmıştır.

2. Etik Değerlendirmenin Mahiyeti

Bireyin dünya görüşünün (yani felsefesinin) sınırları içinde ele aldığımız etik değerlendirme, rasyonel ve bilinçli şekilde gerçekleşmesi arzulanan "olması gereken" davranışı ifade eder. Bu davranış bireyin içinde yer alan bir makam tarafından konulmuş kurala dayanır, koşulsuz ve kategoriktir. Yine, bu davranış, somut yaşam pratiğinde şekillenen, ve önsel olarak mevcut hiçbir materyal muhtevalı ilkeye tabi değildir. Bu davranış, "iyi" amacına uygun olarak verili koşulların somutluğunda belirlenir. Ancak, bu öyle bir davranıştır ki, –Kant'ın ifadesini hatırlayalım– aynı koşullarda gerçekleştirilebilecek "iyi"ye yönelik davranışların bütününün yasasını gösterir. Etik değerlendirmede ağırlık, pratiğe yönelik oluşundadır.

Bu noktada, bir parantez açarak şunu belirtmem gerekir: Etik değerlendirme, kişilerin sahip olduğu dünya görüşlerine ve yaşam felsefelerine bağlı olarak çeşitlilikler gösterir. Ben, felsefe ve toplumbilime ilişkin farkları daha kolay ortaya koyabilmek için, etik değerlendirmenin en tanınan biçimini, yani rasyonalist felsefe geleneği içinde yer alan biçimi ele alacağım. Ancak, ulaşılan sonuç, diğer yaklaşımlar için de genelde doğrudur.

Rasyonalist gelenekte özetlenen ve insanın bilmesi ve eylemde bulunması yetilerini birleştiren yaklaşım, sonul olarak bilgiyi ve iyi davranışı erdem sayarak bağlantılandırır. Bu, hem bilgi edinmenin "iyi" ile ilişkisini, hem de insanın doğru eyleminin bilgi edinmesiyle aynı kaynaktan, yani insan aklından geldiğini açık veya örtülü bir düşünce olarak içinde taşır. Platon'dan Kant'a kadar bütün rasyonalist filozoflar, birbirlerinden farklılaşan çizgilerine rağmen, bu anlayışı paylaşırlar. Bu yaklaşımın bütünü, bilgiyi ve doğru davranışı insan aklının ürünü sayar, ve analitik mahiyette çıkarsamalara büyük bir bilgisel değer atfeder.

İnsanın etik davranışının mahiyetine baktığımızda, bu davranışta vazgeçilmez birkaç temel noktanın bulunduğunu görürüz: 1 – Eylemde bulunan süje tarafından gerçekleştirilen değerlendirme aktı; 2 – Buna bağlı olarak, bireyin materyal şekilde ifade edilebilen amaçlarının gruplanması olan değerler ve 3 – İnsanın eylemde bulunabilme yetkesi, yani iradesi, daha çarpıcı bir kavramla, "eyleyebilme iktidarı". Etik değerlendirme, davranışa ilişkin "olması gereken"le gerçekleştirilecek davranışın ilişkisinin oluşturulmasıdır. "X şeklinde davranmak olması gerekendir" şeklinde düşündüğümüzde ve bunu nihai anlamda "iyi" saydığımızda, analitik nitelikte bir önerme oluştururuz. "X" davranışı tümdengelimsel şekilde "iyi"den çıkarsanmıştır. Önermenin analitik oluşu, "X"i oluştururken uslamlama dışında bir aracı kullanmayışımız ve dolayısıyla, "X"in "iyi"de içerilmiş oluşudur. Etik bir amaç anlamında "iyi" ile somut davranışın ilişkisinin tümdengelimsel şekilde kurulması, her yaklaşım biçiminde aynı mantıksal görünümle ortaya çıkmaz. Entelektüalist bir yaklaşım, bu ilişkiyi sıkı sıkıya disiplinli uygulanmış bir tümdengelimle oluşturur. Oysa; emosyonel yaklaşım bu ilişkiyi sezgiyle (intuition) oluşturur. Kurulan ilişki, her ikisinde de analitik mahiyettedir, hatta "haz" veya "mutluluk"u "iyi" mertebesine oturtan bir etik yaklaşımda dahi değerlendirmenin mahiyeti açısından bu ilişki aynı yolla kurulur.

Felsefi nitelikteki etik değerlendirmede ifade edilen "olması gereken", *buyrık* mahiyetindedir. Buyruğu veren makamı

şimdilik bir tarafa bırakarak, bunda ifade edileni bilimsel bir önermeyle karşılaştıralım. Bilimsel nitelikteki önermeler, olgusal içerikli, yani *sentetik* önermelerdir. Sentetik önerme seçilen bir paradigma veya paradigmalar ışığında incelenen olgulara ilişkin bir önermedir. Bu önerme (ve önermede içerilen yargı), en geniş sınırlarda incelenen nedensel ilişkilerde mevcut düzenliliği ifade eder (buradaki nedenselliği karmaşık mahiyetteki olgu ve süreçlerde yer alan —örneğin toplumsal olgulardaki gibi—fonksiyonel veya yapısal nedenselliği de-içine alacak şekilde kullanıyorum). Sentetik önerme, bu yüzden, gözlem ve deney yoluyla test edilebilen, daha iyi bir kavramlaştırmayla, doğrulabilen ve /veya yanlışlanabilen bir önermedir. Sentetik önermeleri bilimsel bilginin söyleminin parçaları durumuna getiren de, bu doğrulanma/yanlışlanma potansiyelidir. Oysa, en üstte yer alan etik ilke—ki tekil "olması gereken"ler bundan çıkarsanır— hiç bir zaman bu potansiyeli taşımaz. Bunları ya sezgiyle kavrayarak apaçık (self—evident) sayarız, ya daha ileri giden bir dedüktif tanımlamayı amaçladığımızda *totoloji*'ler olarak ifade ederiz. Bu son durumda, tekil "olması gereken"leri en son noktaya kadar indirgediğimizde, oluşturduğumuz söylem felsefi bilgidir, ancak bilimsel bilgi değildir. Bilimsel bilgi "olması gereken" va'zetmez, yani buyruk vermez, tam tersine "olan"ın metodik ve yapılan seçmeye bağlı olarak yaşama uygulanabilir bilgisini verir.

"Olması gereken"in buyruk mahiyeti, bunu koyan ve uygulayan süjeleri —başka deyimle aktörleri— düşündürür. Eğer yaptığımız eylem ahlaksal ise, buna ilişkin buyruğu veren makam —tekil birey olarak— içimizdedir. Ahlaksal olması gereken, yaşama geçirilemedikçe sadece bir spekülasyon veya fantezidir. Burada, insanın aklına Dostoyevski'nin *Yeraltından Notlar*'daki silik bir kişiliğe sahip kişinin hayal gücünde kendini sadece Rusya'yı değil bütün Avrupa'yı kurtaracak devrimci bir kahraman olarak canlandırması geliyor. Oysa, bu kişi yaşamın karşısına çıkardığı çok daha az tehlikeli ve çok daha sıradan durumlarda dahi düşündüğünü yapacak iradeden yoksundur. Dünya görüşüne sahip ve eylemini yaptığı seçişlerle gerçekleştirilen ahlaklı birey iradesini dış dünyanın bütün engellerine rağmen izleyebilen bireydir. İrade, bu anlamda, her türden dışsal engellerin ve amaca aykırı psikolojik motiflerin üstüne çıkabilmektir.

Etik değerlendirmeye ilişkin felsefede sürdürülen çalışmalar, ahlaksal davranışın bireyin bilincindeki konumunun belli boyutlarını açıklığa kavuşturmuştur. Ancak, bu yaklaşımlar, toplumsal ahlaka ilişkin soruları (yani ahlak normlarının toplumsal oluşum süreçlerini ve işlevlerini) yanıtsız bırakır. Zira, bu çalışmalardan çıkarılabilecek topluma ilişkin biricik sonuç, erdemin etik davranışta olduğudur. Ki bu toplumsal fenomeni açıklamada bizi bir milim dahi ileri götürmez. Bunun için, doğa bilimlerinin metotlarına benzeyen metotları kullanan bir *descriptive* araştırmaya gerek vardır. Burada, felsefenin yararsız veya gereksiz olduğunu ifade etmiyorum. İfade ettiğim şey, felsefeye altından kalkamayacağı işleri yüklememek gerektiğidir.

3. Bilimsel Açıklama

3.1. Genel Olarak

Etik hakkında yapılacak bilimsel çalışma, belli norm tipleri üzerinde sürdürülmek zorundadır. Bunlar, genel anlamda, toplumsal normlar içinde yer alır ve daha başlangıçta bunların diğer norm tiplerinden ayırt edilmesi güçlüğü baş gösterir. Zira, her türden toplumsal norm belli bir davranış tipini (yahut belli tipte davranışta bulunmayı) emreder ve ihlali toplumca yaptırımlandırılır. Bu yaptırımlar, A.R. Radcliffe—Brown'un ayırt ettiği gibi *yayılmış (diffused,* başka deyişle organize olmayan) veya daha az ölçüde —hukuk normlarında görüldüğü üzere— *örgütlü* (organized) yaptırımlardır. Ahlak kuralları, diğer toplumsal normlardakine ek olarak, bireyin vicdanında da yaptırımlandırılarak desteklenir. Bir örf ve adet, teamül, görgü veya oyun kuralı, hatta modaya ilişkin belli bir standart da yaptırımsal bir zorlayıcılıkla donatılmıştır. Fakat, bu sonuçların insanların vicdanlarınca zorlanarak desteklenmeleri zorunluluğu yoktur.

Ahlak kuralları hakkındaki bilimsel çalışma, çeşitli sosyal bilim disiplinlerinin verileriyle yürütülebilir. Bu disiplinler içinde, sosyal psikoloji, etnoloji, kültürel ve sosyal antropoloji ve genel sosyoloji hemen karşımıza çıkanlardır. Bu farklı bilim disiplinlerinin çalışmaları daha başlangıçta karşımıza bazı teknik sorunlar çıkarırlar. Bu sorunlar, ilgili bilim disiplinlerinin arasında ve hatta içlerinde bulunan paradigma farklılıklarıdır. Ancak, her bir paradigmanın gerçekliği hangi düzeyde veya hangi boyutuyla açıklamaya çalıştığı, hangi araç ve tekniklerle varsayımların test ettiği dikkate alınırsa, paradigmalar birbiriyle çelişmeden kullanılabilir. Bu bir *eklektisizm* değildir, M. Abrahamson'un sosyolojiyle ilgili işaret ettiği gibi, bütün toplumsal bilimlerin çok paradigmalı oluşudur. Bunların konumuzla ilgili olan başlıcaları şöyle sıralanabilir: Sosyal normların oluşumunu açıklayan, davranış psikolojisi kökenli öğrenme yaklaşımı; norm veya standartların toplumdan toplıma değiştiğini ifade eden ve önceki yaklaşımın uzantısı olan kültürel ve sosyal antropolojideki işlevsel ve yapısal—işlevsel yaklaşımlar; normların bilinçli temellendirilişini inceleyen yapısalcı "anlayış gücünün gelişimini" (cognitive development) yaklaşımı; nihayet, normlara uymayı açıklayan psikanalitik yaklaşım.

Şimdi, ahlak kurallarının incelenmesinde temel mahiyetteki üç ayrı paradigmayı ele alalım.

3.2. Ahlak Normlarını Oluşumu Konusunda Öğrenme Yaklaşımı

Konuyu sadece ahlak kurallarının oluşumu değil, bütün olarak toplumsal normların oluşumu açısından ele almak daha uygun olur. Zira, bu oluşum süreci her tipten normda aynı şekilde işler. Bir toplumsal birleşmede, bütün olarak veya belli bir konuda hiçbir normun bulunmadığı koşullardan davranışları düzenleyen normların bulunduğu yaşam tarzına geçiş insanların bilinçdışı alışkanlıklarından geçen öğrenme sürecinin sonucudur. Bu paradigmanın anlaşılabilmesi, insanı önsel olarak yüksek düzeyde öğrenme kapasitesine sahip bir memeli türü şeklinde algılayabilmeye bağlıdır. Bilinçdışı alışkanlık, tekil bireylerin psikolojilerinde gerçekleşen süreçtir. Bu sürecin toplumsal cephesi, tekil alışkanlıkların karşılıklı iletişimde genelleşerek ve sabitleşerek norm haline gelmesidir.

Bu süreci açıklamadan önce, bir güçlüğe işaret etmek gerekir. Yaşayan, bu itibarla bizim gözlemlerimize konu olan her toplumsal yaşam belli normlara sa-

hiptir. Bu yüzden, belli özel koşullar içinde bulgulanmadıkça veya deney koşullarında oluşturulmadıkça, bir toplumsal birleşmeyi normdan yoksun şekilde gözlemleyemeyiz. Burada, Sumner'in kullandığı fiksiyondan hareketle, hiçbir toplumsal normun bulunmadığı koşullarda insanın temel psikolojik güdü ve dürtülerin egemenliği altında yaşadığını düşünelim. İçgüdülerinden kaynaklanan güdü ve dürtülerinin egemenliğinde davranan insan, yaşam mücadelesini sürdürmek için doğa ve diğer bireyler ve insan gruplarıyla iletişim içindedir. İnsanın güdü ve dürtülerini tatmin için yaptığı rastlantısal davranış sonucunda gerçekleşen haz ve acıya göre sınıflanır. Tabiatıyla, haz ile sonuçlanan davranışlar, daha sonraki uygulanışlarında sonuçlarının yeniden denetlenmesine gerek kalmayan alışkanlıklar olarak yerleşir. Alışkanlık bireye zaman ve enerji tasarrufu sağlar, sonuçları güvenli davranış olarak sabitleşir. Bu alışkanlık, toplumsal iletişimdeki karşılıklı nüfuzda belli ortalamalarda toplanarak normu oluşturur.

Norm oluşumuna ilişkin bu kısa açıklama davranış psikolojisi verileriyle desteklenmektedir. Alışkanlık kazanma, ister bireyin dıştan yönlendirilmeyen yaşamı içinde kendiliğinden gerçekleşsin, isterse dışarıdan ayarlansın (manipule edilsin), öğrenme sürecinin en alt basamağıdır. Toplumsal grubun varlığı koşullarında gerçekleşen bu süreç tekil insanın psişik süreçlerinin şekillenebilir oluşuna dayanır. Bu şekillenmede birey üzerinde etkinlik uygulayan, kendisi de tekil bireysel standartların ortalaması durumundaki toplumsallıktır. Muzaffer Şerif'in saptadığı gibi, bireysel psikolojiyi toplumsal psikolojiden ayırma olanağı yoktur; bunların her ikisi de aynı fenomenin cepheleridir.

Davranışçı psikolojiden hareketle kurulan bu model, deney ve gözlemlerce de doğrulanmıştır. Şerif'in meşhur grup normunun oluşumu deneyi bu çalışmaların en tanınmışıdır. Keza bu konu sosyolo psikolojide grup dinamiği çalışmalarında sıklıkla ele alınmıştır. Özellikle küçük gruplarda yürütülen bu tür çalışmalar, grup–içi iktidar (liderlik), derecelenme, grup etkinliklerinde üyelerin oynadığı roller ve iletişim yapılarının bulgulanmasıyla birlikte yürütülmüştür. Bu konuda birkaç başarılı gözlemin (Western Elektrik Seri Bağlama Gözlem Odası, Norton Sokağı Çetesi gibi) analizi G. Homans'ın eserinde bulunmaktadır. Ayrıca, bu model, şempanzelerdeki gelişmemiş düzeyde mevcut normları *(protonorms)* inceleyen Stanislaw Ehrlich'in çalışmasıyla da uygunluk içindedir.

Toplumsal normlar, kuşaktan kuşağa yeni nesillerin kültürlenmesiyle aktarılır. Mevcut normlar bir yandan yeni kuşaklara aktarılır; diğer taraftan, bunlar değişime uğrar ve yenileri oluşur. Normların aktarılması, genel olarak kültürün devamlılığını sağlayan koşullarda oluşur. Başka bir şekilde ifade edilirse, bu aktarma, sözcüğün en geniş anlamıyla, eğitim sürecinde gerçekleşir. Eğitim süreci içinde büyük yer tutan, yeni kuşakların öğretilendirilmesi (indoctrination), yaşayan etik normlarla toplumdaki ideolojilerin ve ideolojik hegemonyanın ilişkisini açığa vurur. Bu konu, aşağıda yer alan Piaget'inin modeli dikkate alındığında daha iyi şekilde aydınlanır. Belli alışkanlıklar ve öğretilerin bilinçli aktarılışı dışında, kişinin başkalarının davranışlarını gözlemleyerek bunların doğrultusunda alışkanlıklar kazanması da aynı süreç içinde düşünülmelidir.

Moral normlara ilişkin bu açıklama,

ahlak standartlarının topluma ve insana göre rölatif olduğunu gözler önüne serer. Bu standartlar, verili bir toplumdaki değer–tutum sistemlerine ve davranış örüntülerine uygunluk içindedir. Her toplumun kültürü buna uygun bir temel kişilik tipiyle sonuçlanır. Kişinin ahlaklı saydığı davranışlar, verdiği tepkiler, norm ihlali biçimleri bu temel kişilik tipi dikkate alınarak incelenmelidir. Buradaki relativite, felsefi mahiyetteki etik değerlendirmede çoğu kez kabul edilmez. Zira, bu türden bir felsefi çalışmada bulunan değerler formeldir, yani birer soyutlamalıdır. Örneğin, felsefi olarak "dürüstlük" değerini ifade edebiliriz; ama bu belli bir toplumdaki "dürüstlük" standardına ilişkin bir şey ifade etmez. Etik, felsefi anlamıyla insan *pravis*'i dışta bırakılırsa; boş bir çabayı ifade eder; yani sıkı sıkıya pratiğe yöneliktir ve pratik içinde varlık kazanır. Oysa, burada belirttiğim paradigmadan kaynaklanan çalışmalar, pratik buyruğu değil, belli bir toplumda en ince ayrıntısıyla tanımlanabilen toplumsal davranışın bilgisini amaçlar. Bu bilgi toplumsal davranışın gözlenmesiyle test edilir. Etik standartların rölatifliği toplumsal birleşmelerin bütün düzeylerine özgü olarak da incelenmelidir. Bu anlamda, her türden küçük grup, grupman, özellikle kendinin bilincine sahip oldukları ölçüde toplumsal tabakalar (sınıf, kast, zümre, kölelik vb.) kendi ahlak standartlarının sahibidir.

3.3. Ahlak Normlarının Bilinçli Temellendirilişi ("Cognitive Development" Yaklaşımı)

Psikolog Jean Piaget'nin çocuk zihninin gelişmesi üzerine yaptığı çalışmalar, formel düşüncenin çocuktaki oluşumu ve gelişimi sürecine ışık tutmuştur. Kişilerin etik prensiplerini rasyonel şekilde (bilinçli) ortaya koymaları ve temellendirilmeleri, aynı formel düşünme yetisiyle gerçekleşir. İnsanın ilk kez karşılaştığı ve daha önce bu durumla ilişkili bir normun bilgisine sahip olmadığı koşullardaki etik davranışı bilinçli bir seçişin sonucudur. Bunun yanında; kişinin toplumda egemen ahlak kurallarını rasyonelleştirmesi veya bunlara karşı kişisel bir etik standardı yaratması da bu yeti içindedir. Burada, kişinin seçişleri ve rasyonelleştirmeleri benimsediği –kişisel dünya görüşü veya–toplumsal– ideoloji ile yakın ilişkidedir. Rasyonel seçici, burada, sezgisel kavrayışı da içine alacak şekilde kullanıyorum.

Jean Piaget, kullandığı yapısalcı paradigmayla, çocuk zihinin gelişmesini birkaç evrede incelemiştir: 0–2 yaşları arası ilk aşamayı, 2–7 yaşlararası *pre–operational* aşamayı; 7 ila 12 yaşlar *concrete operations* aşamasını oluşturur. Nihayet, 12 yaştan itibaren formel düşünme evresi başlar. Piaget'nin çalışmalarının ayrıntısını ele almam bu bildiri koşullarında fazlaca olanaklı değil. Burada çalışmaların sonuçlarına işaret etmek istiyorum. Bu çalışmalar, çocuğun *pre–causal* düşünüşten soyut kavramlarla düşünüşe ulaşmasını ortaya koyar. *Pre–causal* düşünüş, aynı zamanda, soyut kavramların gelişmiş olmadığı, somut ve sezgisel, tekil fenomenleri bitiştiren bir düşünüştür. 12 yaş civarında başlayan son aşama, soyut kavramlar ve formel operasyonların kullanılabildiği gelişmişlik derecesidir. Bu süreç, aynı zamanda da, çocuğun egosantrik (benmerkezci) çıkış noktasından hareketle toplumsallaşmasıdır. Çocuğun beyinsel gelişmesi ve toplumsallaşması, bu sü-

reçte elele işler. Ancak, gelişim sürecinde sonuçları tayin edici taraf (tabiatıyla bu, beyinsel gelişme olmaksızın mümkün değildir), çocuğun toplumsallaşması, yani toplumsal iletişim sürecinde soyut kavramlar ve düşünüş modellerini karşılıklı olarak mübadele etmesidir.

Piaget'nin bu süreci incelerken saptadığı bir başka önemi olgu, insanın bilinçli–rasyonel düşünme etkinliklerinin bir *şema* (schema) çevresinde oluştuğudur. Şema, bu düşünüşün çekirdeğini oluşturur. Bu şemayı normativist hukukçu Kelsen'in *grundnorm*'unun belli bir hukuk sisteminde oynadığı role benzetebiliriz. Yaşamın her bir tekil ayrıntısıyla ilişkili düşüncenin total bakış açısıyla tutarlığı bu *şema* sayesinde mümkün olur. Keza, yeni düşüncelerin oluşturulması veya dışarıdan alınmasında kişinin mevcut düşünüşüyle tutarlı bir çizginin izlenebilmesi, bütün tekil düşünce parçalarının bu şamaya göre eklemlenmesi sayesindedir. Piaget, çocuk düşüncesinin gelişmesinde, hem sosyalleşmeyi, hem de tekil düşünce, algı, uyarım vb. gibi parçacıkları yapısal şekilde eklemleyebilen beyinsel gelişmeyi dikkate almıştır.

Piaget, aynı çizgiyi izleyen bir çalışmayı, çocukta ahlak fikrinin ve adalet duygusunun gelişimini saptamada da yürütmüştür. Piaget bu çalışmada 5 ila 15 yaşlar arasındaki denekleri kullanmıştır. Bu deneyler iki doğrultuda yürütülmüştür. Birincisi çocukların misket oyununda sosyalleşmenin gözlemlenmesidir. İkincisi ise, önceden kurgulanmış ahlakla ilgili öykülere çocukların verdiği tepkilerin gruplanmasıdır. Doğallıkla, bu çalışmaların sonuçları istatistik metotlarla değerlendirilmiştir.

Ana çizgileriyle belirtilecek olursa, çocuğun ahlaksal gelişmesi anlayış gücünün gelişimine paraleldir. Küçük yaştaki deneklerde genel eğilim, Piaget'inin. *İmmanent* adalet dediği, adeta mistikleştirilmiş ve mutlaklaştırılmış normlara sahip olma durumudur (özellikle 5–7 yaşlar arasında bu çok yoğun şekilde görülmüştür). Deneklerin yaşlarının büyüklüğü ölçüsünde, soyut kavramları kullanabilen formel düşünüş yetisinin gelişmesine paralel olarak, *moral realism* görülmeye başlar. Artık, bu gelişim aşaması, işbirliği ve karşılıklı davranışa dayalı bir yükümlülük düşüncesinde toplanmıştır. Piaget'in metaforunu kullanarak, bu son aşamanın gelişmesi Durkheim'daki organik dayanışmanın mekanik dayanışmayı izleyen gelişmesine benzetilebilir. Bu son gelişim noktası geride bırakıldıktan sonra (13 yaş civarında), çocuk doğru olmayan davranışı, düşüncesindeki şema ve karşılıklı ilişkilerde verdiği zarar çerçevesinde değerlendirir. Adalet duygusu açısından, en gelişmemiş devrede, sadece norma aykırılığa verilen karşılık (retribution) mevcuttur. Bu, giderek dağıtıcı adalet ve hakkaniyetin tanındığı noktaya ulaşır. Görüldüğü gibi, Piaget'nin çalışması, yukarıda belirttiğim dar anlamdaki ahlak kurallarından daha geniş şekilde bütün toplumsal normları ve adalet duygusunu kapsamına alır. Ancak, Piaget'nin çalışmaları, ahlakın bir toplumsal fenomen olarak incelenişine yapısalcı paradigma cephesinden yapılmış bir katkıdır.

Piaget'nin modelinde, sosyalleşmenin rolü, adalet fikrinde de formel düşünmenin gelişmesindeki ölçüde önemlidir. Zira, deneylerde görüldüğü üzere, eğitim süreci, sosyalleşme açısından en temel rolü oynayandır. Nitekim, daha iyi eğitim alanların yaşıtlarından daha erken

sosyalleştiği ve aşama kaydettiği deneklerin incelenişinde de görülmüştür.

Toplumsal normların bilinçli temellendirilişinde önemli olan Piaget'in paradigması fenomenin bütününü açıklamaz. Özellikle, sosyal normun kökenindeki oluşum süreci açısından yukarıdaki "öğrenme" konusundaki davranışçı paradigmanın da kullanılması gerekir. Ayrıca, aşağıda yer alan psikanalitik model, norma uymayı açıklamada yeri doldurulamaz bir öneme sahiptir. Piaget'nin açıklaması, kişinin davranışını norma bilinçli şekilde uydurmasını (yani formel–kavramsal bir düşünüşle normu kabullenmesini) açıklığa kavuşturur. Toplumsal normları bilişsel boyutuyla ele alırsak, bazı komşu problemlere karşı karşıya geliriz. Bu norm ve standartlar, toplumda –egemen kültür veya karşı kültürle ilişkili– mevcut ideolojiler ve ahlak doktrinleriyle sıkı ilişkidedir. Bu doktrin ve ideolojiler birer söylem olarak belli şema ve şemalar çevresinde eklemlenmiştir. Bunların rasyonel kurgularının altında bilinçdışından gelen elemanlar (çıkarlar, alışkanlıklar, belli bir egemenlik sistemini sürdürme istekleri, toplumsal değişme arzuları veya değiştirmeden duyulan korkular, yeni beklentiler vb.) bulunur. Ancak bunlara dıştan baktığımızda, bize dünyayı "iyi" adına düzenlemeye aday düşünce sistemleri gibi görünürler.

3.4. Psikanalitik Açıklama

Freud'un klinik psikolojide nevrozların tedavisi amacıyla geliştirdiği model toplumsal psikolojide yeni bir açılıma kaynaklık etmiştir. Freud, insan psikolojisindeki bilinçli ve bilinçdışı düzlemleri ele almış, daha yerinde bir söyleşiyle, bilincin dışında da yer alan psişik fenomenlerin gerçek yerini saptamıştır. Bu modelin toplumsal normlarla ilgili olarak gerçekleştirdiği ilerlemeden önce bir noktaya değinilmelidir. Bu, Freud'un modelinin test edilme açısından davranışçı psikolojideki geniş olanaklara sahip olmayışıdır. Ancak, Freud'un modelinin doğruluğu klinik uygulamalarındaki başarısında açıkça ortaya çıkmıştır. Bu yönüyle, en azından, bir paradigmatik yaklaşım olarak başarıyla uygulanabilir.

Freud, insandaki psişik fenomenleri üç ayrı bölüme ayırmıştır. Bunlar, *bilinç/bilinçdışı/bilinçaltı* şeklindedir. Diğer taraftan, insan kişiliği bu modelde, *ego/süper–ego/id* olarak üçe ayrılmıştır. Ego, bireyin kişiliğinde, içinde bilinçli süreçlerin gerçekleştiği alandır. Arzulayarak, düşünerek veya muhakeme yürüterek yapılabilen eylemlerin tümü bu alandadır. Süper–ego ise, bu bilinçli kişilik üzerinde baskı uygulayan her türden zorlamayı ifade eder. Bu zorlamalar, bireye çocukluğundan itibaren dıştan (toplum veya mensubu bulunduğu toplumsal alt grupça) verilmiş normlar, standartlar veya her türlü buyruklardan oluşur. Süper–ego, büyük ölçüde insan ruhunun bilinçli alanındadır; başka bir söyleşiyle; büyük ölçüde, bireyin açıklamasını yapabildiği kurallardan oluşur. Ancak, bununla birlikte, az ölçüde olmak üzere, bilinçdışı ve bilinçaltı alanda da yer tutar. Bu sonuncular, bireye verildiği tarih unutulacak kadar geçmişte kalmış ya da açıkça formüllendirilmeden birey tarafından içselleştirilerek benimsenmiş yasaklardan oluşur. Nihayet id, insana yaşam enerjisi sağlayan veya enerjinin bizzat kendisini oluşturan içgüdüleri ifade eder. Freud, bilindiği gibi, klinik çalışmalarında, süper–ego'nun ego, dolayısıyla da id üze-

rindeki baskının cinsel kökenli nevrozlardaki rolü üzerinde durmuştur. Ancak model, psişik fenomenlerin diğer çeşitlerine, bu cümleden olmak üzere, sosyal normların insan kişiliğindeki etkinliğinin değerlendirilmesine uygulanabilir.

Freud'un modeliyle baktığımızda, toplumsal kaynaklı ahlak kurallarının süper–ego içinde bulunduğuna işaret etmiştim: Kişinin kültürlenmesi esnasında kendisine aktarılan –ki bu aktarma çeşitli yollarla gerçekleşir– ve kişilik tipinin oluşumunda etkili olan her türden etik norm ve standart bilinçli seçişleri üzerinde baskıda bulunur. Kişi, bilinç alanında –Piaget'nin işaret ettiği gibi bir şemaya bağlı olarak– norm ve standartları rasyonelleştirir; hatta bunlara uyulması gerekli evrensel ve ebedi ilkeler durumuna getirebilir. Ahlaka ilişkin olarak dinlerin koyduğu tanrısal yasalar, insanın "doğru" davranışını inceden inceye düzenleyen laik ahlak öğretileri, kişinin normlara itaatini buyuran her türden ideoloji bu yolla fiziksel bir zorlamaya dahi gerek duymaksızın etkinliğini nesiller boyunca sürdürür.

İnsan, yetilerinin tümü itibariyle ele alındığında, öğrenme kapasitesinin diğer gelişmiş hayvan türlerinden çok yüksek oluşuyla ayrılır. İnsanın öğrenme ile kazandığı bilgi, genetik olarak doğuştan sahip olduğu bilgiden kıyaslanamayacak ölçüde büyüktür. Ahlaksal buyruklar da bu öğrenme ile edinilen bilgilerin içindedir ve bileşimleri toplumdan topluma değişir. Örneğin, Freud'un belirttiği Oedipus kompleksinin başlangıçta bütün insanlarda aynı tabloyla ortaya çıktığı sanılıyordu. Oysa, Malinowski, ana soyuna dayalı, dolayısıyla ensest tabusunun (evlilik) kurallarının farklılığı nedeniyle) buna göre şekillendiği bir toplumda Oedipus kompleksindeki babanın yerini dayının aldığını gösterdi. Oedipus kompleksinin klasik şekli baba soyuna dayalı bir toplumda cinsel ahlaka ilişkin kuralların sonucuydu (keza bu konu, kadın cinsiyeti koşullarında Electra kompleksi olarak formüllendirilmiştir).

Psikanalitik model, hem kişinin norma kendiliğinden uymasının, hem de ihlal edebilmesinin koşullarını açıklığa kavuşturur. Kişinin norma uygun davranışını yönlendiren motivasyon, süper–ego'nun gücü ve etkinliğinin derecesiyle ilişkilidir. Süper–ego'nun baskının etkinliği her bireyde aynı değildir. Her toplumsallığa uygun düşen bir temel kişilik tipi vardır. Ancak, aynı toplum içinde kişilik farklılaşmaları bulunur. Süper–ego'nun güç ve etkinliği tekil kişiliklere göre dikkate değer farklar gösterir; bu da norma uyma düzeyindeki farklılaşmalarda karşımıza çıkar. Her türlü norm ihlali bir toplumsal yaptırımı davet eder. Ancak, kişiler dışsal yaptırımları düşünmeden norma uyduklarında, önemli ölçüde, süper–ego'nun vicdanlarına uyguladığı baskının altındadırlar. Bunun yanında, kişinin toplumsal normları bilerek ihlalinde süper–ego'suna bir meydan okuma ile karşı karşıyayız. Bu meydan okumanın motifi ya da bir çıkar, ya bir nevroz, ya da ihlal filini rasyonel zorunluluk durumuna getiren bir dünya görüşü ve/veya ideolojidir.

4. Sonuç

Ahlak kurallarına ilişkin bir araştırmanın toplumsal bilimler alanında yürütülebilmesi, gözlem ve deneyin kullanılabildiği test etme metotlarıyla mümkün olur. Bu

türden bir çalışma, sosyolojinin asli konularından "toplumsal kontrol" içinde yer tutar. Ayrıca, bu türden bir çalışma, hukuk sosyolojisi açısından bir ahlak kuralının hangi koşullarda hukuk kuralına dönüştüğünü ve hukuka kendiliğinden uyma fenomeninde hukuk–dışı normlarla hukukun uygunluğunu aydınlığa kavuşturur. Ahlak kuralları toplumsal grubun etik yargısıdır. Ancak, bu etik yargı bir iktidar merkezince desteklenerek organize yaptırımla donatıldığında hukuklaşır. Keza, iktidarın koyduğu bir hukuk kuralı, hukuk–dışı normlara, özellikle ahlak normlarına aykırı olmadığı ölçüde, etkinliğini en az yaptırım tehdidi veya uygulamasıyla –kendiliğinden– gerçekleştirir. Bu inceleme de yukarıda paradigmalar çerçevesinde yapılabilir.

Şimdi, buraya kadarki açıklamalardan dolayı, ahlakın felsefi temellendirilişini yararsız ya da gereksiz saydığını düşünenler çıkabilecektir. Böyle bir şeyi iddia etmiyorum. Yukarıdaki açıklamaları Aristoteles'in *düşünme erdemleri/karakter erdemleri* ayrımını göz önüne alarak değerlendirelim. Toplumsal bir fenomen olarak ahlaksallık, eğitim yoluyla aktarılan *karakter erdemi* içinde yer alır. Oysa bu, *düşünme erdemine* sahip *praxis*'ini gerçekleştiren insanın aktlarından tamamen farklıdır. Felsefi olarak değer taşıyan ahlaksallık, bireyin düşünce ve seçişlerine bağlı olan davranıştır. Bu kişinin gerçekten mevcut bir dünya görüşünün varlığını, iç iktidarını ve seçişlerini izleyebilmesini gerektirir. Felsefi olarak temellendirilebilen etik davranış her zaman bir erdemdir ve insan her gün verili varoluşunu bu yolla yeni varlık biçimlerine ulaşmada araç haline getirir. Ancak, bu erdem bilişsel değil, pratiğe ilişkindir ve kişinin seçişlerini ve amaçlarını hiçbir bilim karalayamaz. Son olarak, böyle bir erdemin varlığı ve genel olarak felsefe, toplumsal gerçekliği açıklamayı amaçlayan bilimsel çalışmanın önüne bir engel olarak konulmamalıdır.

BİBLİYOGRAFYA

Abrahamson, Mark, *İşlevselcilik*, Çev. Nilgün Çelebi, Konya, Sebat Ofset, 1990.

Adcock, C.J., *Fundamentals of Psychology*, Middlesex, Penguin, 1967 (orj. 1955).

Aral, Vecdi, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, İstanbul, Filiz–(1983).

Aristoteles, *Nikomakhos'a Etik*, Çev. Saffet Babür, Ankara, Hacettepe Üniversitesi, 1988.

Ayer, A.J., *Dil Doğruluk ve Mantık*, Çev. Vehmi Hacıkadiroğlu, İstanbul, Metis, 1984.

Benedict, Ruth, *Patterns of Culture*, Preface by Margaret Mead, Boston, Houghton Mifflin Co., 1959 (copright, 1934).

Can, Cahit, *Oluşum Süreci İçerisindeki Hukuk Sosyolojisi* Ankara, S., 1989.

Ehrlich, Stanislaw, "Protonorms, on the Biological Roots of Social Norms," *Archiv Für Rechts ünd Sozialphilosophie*, Vol. LXXVI. Heft. (1990), pp. 83–99.

Epstein, "Sanctions," *International Encylopedia of Social Sciences*, Vol. XIV.pp. 2–5.

Eysenck, H.J., *Psycholog is About People, Middelesex, Penguin, 1977 (copright, 1972).*

Freud, Sigmund, *Cinsiyet Üzerine*, Çev. Avni Öneş, 4 b., İstanbul, Say. 1983.

: *Two Short Accounts of Psycho–Analysis, Trans. by. James Strochey, Middelesex, Penguin*, 1966 (orj. 1957–1959).

Güriz, Adnan, *Hukuk Felsefesi*, Ankara, A.Ü.H.F., 1985.

Gürkan, Ülker, *"William Graham Summer," Ord. Prof. Dr. Ernst E.Hirsch'e Armağan, Ankara A.Ü.H.F., 1964, s. 277–289.*

Güvenç, Bozkurt, *İnsan ve Kültür*, 4. b., İstanbul, Remzi, 1984.

: *Kültür Konusu ve Sorunlarımız*, 2. b., İstanbul, Remzi. 1984.

Hartley, Eugen L., Ruth E. Harley, Clyde Hart, "Tutumlar ve Kanaatler", Çev. ve Der., Ünsal Oskay, *Kitle Haberleşme Teorilerine Giriş,* Ankara, A.Ü.B.Y.Y.O., 1985, s. 7–55.

Homans, George C., *İnsan Grubu,* Çev., Oğuz Onaran, Baskın Oran, Ünsal Oskay, Ankara, T.O.D.A.İ.E., 1971.

Locke, John, *An Essay Concerning Human Understanding,* Ed. by Alexander Campbell Praser, Vol. I–II, Oxford, Clarendon Press, MDCCCXCIV (1894).

Kağıtçıbaşı, Çiğdem, *İnsan ve İnsanlar,* 1 b., Ankara, Sosyal Bilimler Derneği, 1976.

Kant, Immanuel, *Pratik Aklın Eleştirisi,* Çev. Ionna Kuçuradi, Ülker Gökberk, Füsun Akatlı, Ankara, Hacettepe Üniversitesi, 1980.

Kardiner, Abram, *The Psychological Frontiers of Society,* New York, Columbia Üni., 1947.

Krober, A.L.I., *Anthropolog,* New York, Harvest Books, 1963.

Kuçuradi, Ionna, *Etik,* Ankara, Meteksan, 1988.

Kuhn, Thomas S. – *Bilimsel Devrimlerin Yapısı,* Çev. Nilüfer Kuyaş, 2. b, İstanbul, Alan, 1982.

Levi–Strauss, Claude, *Yaban Düşünce,* Çev. Tahsin Yücel, 1 b., İstanbul, Hürriyet Vakfı, 1984.

Linton, Ralph, *Cultural Background of Personality,* New York, Appleton–Century–Crofis, 1945.

Lorenz, Konrad, "Toplu Halde Yaşayan Hayvanlarda Ahlaka Benzeyen Davranışlar," Çeviri, *Felsefe Arkivi,* No: 20 (1976), s. 129–142.

Malinowski, Bronislaw, *Sex and Repression in Savage Society,* II. imp., New York, Meridian Books, 1969 (orj. 1927).

Morin, Edgar, *Kaybolmuş Paradigma,* Çev. Mehmet Ali Kılıçbay, Ankara, Birey ve Toplum, 1985.

Moscovici, –Serge, *Social Infulence and Social Change, Trans, by Carol Sherrand and Greta Heinz, London, Academi Press, 1976 (copright).*

Nowell–Smith, *P.H.Ethics,* Middlesex, Penguin, 1967 (copright, 1954).

Öktem, Niyazi, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi,* 4., b., İstanbul, Beta, 1988.

: *Fenemonoloji ve Hukuk,* İstanbul, Üçdal, 1982.

Özcan, Mehmet Tevfik, "İlkel Toplumlarda Toplumsal Kontrol: Hukuk Dışı Mekanizmalar ve İlkel Hukuk" (Doktora Tezi, İ.Ü. Sosyal Bilimler Ens.) 1989.

: ("Doktora Tez Özeti") *Argumentum,* C.J., No. 1 (1990).

: "John Locke'un Birey Anlayışının Felsefi Temelleri," *İ.Ü. Hukuk Fakültesi Mecmuası,* C.LII, No: 1–4 (1986–1987), s. 559–586.

Piaget, Jean, "Çocukta Ahlaki ve Hukuki Hükümlerin Kaynağı" Çev. Ahmet Halil, *İş Mecmuası,* C. IX (1943), s. 84–95.

: *Çocukta Hüküm ve Muhakeme,* Çev. Sabri Esat Siyavuşgil, İstanbul, Mf. Vek., 1939.

: *The Moral Judgement of The Child,* Trans by., Marjoire Gabain, London, Routledge and Kegan Paul, 1972 (1932).

: "The Stages of the Intellectual Development of the Child," *Thinking and Reasoning,* Ed. by, B.M. Foss, Middlesex. Penguin, 1968, pp. 355–373.

Radcliffe–Brown, A.R., "Social Sanctions," *Structure and Function in Primitive Society,* Ed. by E.E. Evans Pritchard and Fred Eggan, New York, Free Press, 1965, pp. 205–211.

Reich, Willhelm, *Cinsel Ahlakın Boygösterme-si,* Çev. Bertan Onaran, 1 b., İstanbul, Payel, 1976.

Reichenbach, Hans, *Bilimsel Felsefenin Doğuşu,* Çev. Cemal Yıldırım, İstanbul, Remzi, 1981.

Rich, John Martin and Joseph L.De Vitis, *Theories of Moral Devolopment,* Springfield, Charles C. Thomas Pub., 1985.

Spinoza, *Etika,* Çev. Hilmi Ziya Ülken, İstanbul, Ülken Yay., 1984.

Sumner, William Graham *Folkways,* New–York, Mentor Boaks, 1960 (orijinali, 1906).

Şerif, Muzaffer, *Sosyal Kuralların Psikolojisi,* Çev. İsmail Sandıkçıoğlu, 1 b., İstanbul, Alan, 1985.

Timasheff, N.S.: *An Introduction to the Sociology of Law; Cambridge, Harvad University Committee on Research on the Social Sciences, 1939.*

Topçuoğlu, Hamide, Hukuk Sosyolojisi (Ders Takrirleri), Ankara, 1977.

Williams, Bernard, *Morality: An Introduction to Ethics,* New York, Harper Torchbooks, 1972.

Wright, Derek, *The Psychology o Moral Behaviour,* Middlesex, Penguin, 1981 (copright, 1971).

Hâkimin Karar Verme Sürecinde Temel İlkeler

Abdullah Dinçkol

I. Karar Verme Süreci

1. Genel Olarak

Her toplumun mutlaka bir hukuk sistemine ihtiyacı vardır ve bu hukuk sisteminin asli fonksiyonlarından birisi, sorunları çözmek anlaşmazlıklara karar vermektir.[1] Bu süreçteki önemli noktalardan birisi ise, hüküm aşamasında kullanılmış olan prosedürlerin, muhakeme usulünün yeniden incelenmesi meselesidir. Bu sonraki işlem, hukukun hemen hemen en şaşırtıcı, anlaşılması güç ve tereddüde sevk edici problemlerinden birini ortaya çıkarmaktadır. Ancak bu sorunun hukuksal platformda yeterince incelendiğini söylemek oldukça zordur. Wasserstrom'un ifadesiyle, "Bir hukuk sistemi tarafından davalara karar verilmesi veya verilebilmesi ile ilgili prosedürlerin kontrol görevinin, (...) genellikle ihmal edilmiş olduğunu keşfetmek, oldukça şaşırtıcı ve hayret vericidir."[2] Çoklukla yargılama sürecinin mahiyeti sarih ve titiz analize tabii tutulur, araştırmanın açıklaması ise genellikle normatif olmaktan çok, ampirik olur. Her birinin kendine ait nüfuzu bulunan mahkemeler, kendilerine yapılan başvurularda, çalışmalarını çeşitli kriterlere göre yaparlar ve hakimin kararının yönlendirilmesinde, o farkına varmaksızın sık sık çeşitli faktörler etki eder. Fakat arzu edilen, istenen bir karar prosedürünün nasıl meydana getirileceğine ilişkin soru ortaya atıldığı zaman, sadece dolaylı olarak cevaplandırılır.[3]

Optimum karar prosedürünün nasıl meydana getirileceği sorununun doğrudan konuşulmasının eksikliği sebebiyle, arzu edilen bir karar prosedürünün uygun bir açıklama ve kıymetlendirilmesi, oldukça zordur.[4] Bu açıdan öncelikle yakın zaman hukuk felsefecilerinin bazılarının, bu konudaki çeşitli görüşlerini kısaca belirtmek ve tarihsel gelişime bakmak yerinde olacaktır.

2. Hâkimin Karar Verme Sürecine İlişkin Görüşler

Yeni hukuk bilimi ile ilgili hareketler esnasında, neye önem verildiğinin, neye itibar edildiğinin, neyin ölçü alındığının gelişiminin hikayesi, 20. yüzyıl içinde hukuk felsefesi tarihinin çoğunda genel terimlerle açıklanmıştır. Tarihçi hukuk bilimi ve analitik doğal hukukun "daha eski" ilk teşebbüslerinden memnuniyetsizlik ve her şeyden önce "mantıksal", "kavramsal" veya "mekaniksel" hukuksal karar yapma prosedürünün benimsenmesi, hukuk fel-

sefecileri ve hukuk öğreticilerinin legal düşüncede değişiklikler istemesine yol açtı. Avrupa'da "serbest karar" teorisi ve bir "yararcı hukuk bilimi" okulu şöhretini yükseltti, bir sosyolojik veya pragmatik hukuk bilimi çağrısı, oldukça yüksek ve gürültülü idi.[5]

A– Kavramsal Teori

"Mekanik",[6] "phonographic", "slot machine", "formalistic", "orthodox"[7] olarak çeşitli isimlerle anılan "kavramsal" (conceptual) teoriye göre, hakimler; doktorlar veya bilimciler gibi, ihtisaslaşmış bilgilerini, hukuksal anlaşmazlıkların cevaplarını bulmak için kullanan yetiştirilmiş teknisyenlerdir. Hüküm verme; politikadan, yasama ve yürütmeden kesinlikle ayrılmıştır. Politik güçler, kuralların ne olduğunu tayin ve tespit ederler, hakim sadece verilen, tespit edilmiş olan kuralları gerçeklere, somut olaylara tatbik eder. Eğer hakim, yeni ortaya çıkan ve hiç bir kurala uymayan bir durumla karşılaşırsa; kıyas ve mantık usulü ile nasıl bir kural uygulanması gerekeceğini keşfeder, ortaya koyar. Bu takdir biçmeye, sadece bu takdiri kullanmaya kural yaratma denilebilir. Bazı yorumcular daha bile ileri gitmektedirler. Onlara göre, yargılama süreci, kendi dinamikleri ile kendi kendine yeten bir dünyadır ve politik sistemden tamamen ayrılır. Ancak bunlar bile, legal kurallar ve yargısal kararların politik toplum ile ilişkili olduğunu kabul ederler. Yine de, hakimler ve onların uyguladıkları hukukun toplumda yarışan çıkarlar arasında tarafsız olduğunda ısrarlıdırlar. "Hâkim, toplumun değerlerinin sözcüsüdür, sadece onu (toplumu) yönetenlerin arzularının değil."[8]

B– Serbest Hukuk Okulu

Bu okulun önderleri sayılan müellifler arasında, etkisi bakımından en önde gelen kişi Rudolf von Jhering idi. 1877'de yayınladığı "Hukukta Gaye" adlı eserinde, hukukun soyut hakları sınırlandıran bir sistem değil, toplumda çarpışan çıkarları uzlaştırmaya mahsus bir sistem olduğunu belirtmiştir. Jhering'e göre, hukuk mefhumları, kendiliklerinden yaratıcı bir kudrete sahip değildirler. Bir hukuksal prensip diğerinden mantıksal çıkarsama yolu ile elde edilemez. Bu yolla yaratılmış olan hukuksal kavramlar evreni, kendi kendine asla yeterli değildir. Toplum hukukçudan kendi ihtiyaçlarını tefsir ve tayin etmesini bekleyemez.[9] Toplumu yaşatan ve işleten güç ise, beşeri irade yani toplum üyelerinin birbirine zıt gayret ve faaliyetleri, çıkarları arasındaki çatışmanın toplamı olan milyonların iradesidir.[10] Toplum bu beşeri iradeyi hukuk aracılığıyla disiplin altına alır, çarpışan çıkarları hukuk aracılığı ile uyumlu kılar. Her hak hukuken korunan bir çıkardır. İşte hakkın temelini oluşturan bu çıkar kavramı, onu hukukun gayesini aramaya yöneltir. Bu gaye de toplumun yaşam koşullarının güvencesini devlet cebri ile gerçekleştirmektir. Hukukun rolü de, bu toplum koşullarını karşılamak ve gerçekleştirmektir.[11] Böylece Jhering'in hukukun mahiyetinden ziyade, gayesi ve fonksiyonu üzerinde durması ile, hukukun yaşamla ilgisi ve temasının sağlanması hususunda yeni bir çığır açılmıştır.[12]

Serbest hukuk okulunun ilk temsilcisi sayılan ise, Avusturyalı Eugen Ehrlich'tir. Yasada boşluk bulunmadığına ilişkin gene kural ilk önce onun tarafından esaslı ve cesur bir eleştiriye tabi tutuldu. Ehrlich'e göre, yasa nerede ki bir hüküm ifade etmez ve yorum yoluyla da böyle bir hüküm bulunamazsa; orada bir boşluk vardır. Bu boşluk "hak ve nasafet"[13], "ex bono et aequo" mülâhazaları altında doldurulmak lazımdır.[14]

Daha sonraları, Gény[15] ve Lambert, Fransa'da buna benzer fikirler ileri sürdüler. Franz Adickes ise, karar vermenin akıl işinden ziyade kalp ve karakter işi olduğunu söylüyordu.[16]

Serbest hukuk okulu, çeşitli eleştirilere uğramıştır. Başlıcaları şu şekilde belirtilebilir:

Bu görüşe göre, hakim serbest takdirine yani kendi hükümranlığına ve kontrolü caiz olmayan hukuki duygusuna dayanarak hüküm verir. Bu durumda hukuk güvenliği ortadan kalkar. Her hüküm sonuçta duygu meselesi olunca, yasanın ve ilmin mevcut olmadığı ilkel zamanların bulunduğu noktaya geri döneriz. Hukuku uygulamayacak, kendiliğinden hakkın ne olduğunu söyleyecek olan hakim ile yasa arasındaki sınır silinecek, hakim kanun koyucu olacaktır. Bu da anayasa hukukunun esaslarına bir tecavüz teşkil eder. Hakimin serbest kararı, her bireyi hakimin keyfine teslim eder. Böylece bu kudret, yasanın gücü yerine, hakimliğin mutlakiyetini doğurur.[17]

C– Yararcı Hukuk Okulu

Almanya'da Jhering ile başlayan serbest hukuk veya hukukun serbest bulunuşu akımı, Kantorowicz[18], Adickes, Schlossmann, Köhler, Bülow[19] tarafından geliştirildi ve P. Heck, M. Rümelin, P. Oertman ve H. Stohl tarafından temsil edilen "Menfaatler İçtihadı Okulu"na kadar uzandı. Okulun ana gayesi, hakimleri sıkı sıkıya yasalara bağlılıktan kurtarmak, gerektiği yerlerde onlara yardımcı olmak üzere hukuk bulma metodları sağlamaktır. Okulun kurucularından Heck, kavramcı teorinin "müfrit dedüktif metodunun" ve bu metodun sonucu olan tam, mükemmel ve boşluksuz yasa anlayışının sakatlığını ortaya koymuştur.[20]

Heck'e göre, yararcı okul nazariyesi, hukukun pratik gayelerine hizmet etmek üzere meydana getirilmiş bir metodlar bütünüdür. Başlıca gayesi de hakime kazai faaliyetinde rehberlik etmektir.[21] Hakimin rolü, yasa koyucuya toplumda çarpışan çıkarların değerlendirilmesinde zeki bir yardımcı olmaktır.[22]

Okula karşı eleştiriler, yargı erkinin yetkisini aşarak yasama erkine müdahale edebileceği ve hakimin toplumda çarpışan yararları, toplum gerçeklerini kendi öngörüşü ile değerlendirmesinin tehlikeli bir sübjektivizme yol açabileceği noktalarında birleşmektedir.[23]

D– Realistlerin Görüşleri

Yargılama sürecinin kavramsal teorisi, geçen yüzyılın sonlarına doğru ve bu yüzyılın içinde büyüyen bir eleştiri ile karşılaşmıştır. Saldırı, bir çok kaynaktan ve bir çok farklı yazardan gelmiştir. Teoriye şüphe ile bakanların farklı fürdeki incelemeleri çok geniş bir çeşitlilik arz eder, çoğu birbiri ile çelişir. Bu sebeple onların görüşlerini istikrarlı ve tutarlı bir bütün olarak ortaya koymak çok zordur. Genellikle "hukuki realistler" adı altında gruplandırılırlar. Ancak bu gruplandırma içine "kural şüpheciliği–rule scepticism" olarak anılan ve hukuki realizm ile yakın ilişkileri bulunan ekstremist görüşler de dahil olmaktadır.[24] Realistler terimi, en geniş anlamında geleneksel analiz şüphecilerinin tamamını kapsamaktadır. Daha önce de ifade edildiği gibi, tüm görüşleri

etraflıca belirtme güçlüğü ve bunun da araştırmanın hacmi ve amacı bakımından gerekli olmaması sebebiyle üç temel iddiayı kısaca şöyle ortaya koyabiliriz:

a – Hukuksal kurallar, yargısal kararları tayin etmez

Bu konuda önde gelen Amerikan hukukçu yazarlarından Llewellyn şunları söylemektedir: "Kuralların davalara karar vereceği teorisinin bir yüzyıl süresince sadece kütüphane hükmü altında kalmış münzevileri değil, hakimleri de faka bastırdığı görülmektedir".[25] Kirchheimer ise, şöyle ifade etmektedir: "Hâkimin alışkanlıkla hukuka uymaya istekli olma durumunu, yarı açıklayıcı yarı savunucu referans, olsa olsa keyifli bir koruyucu önlemdir, en kötüsünde ise onun sosyal süreç içindeki rolünü anlamaktaki isteksizliğini gösterir."[26]

Bu nokta demek değildir ki, hukuk kuralı yoktur veya hukukun isteklerine karşı daima bir şüphe vardır. Onlar sadece hangi kuralların yargısal kararları tayin edeceği sahası ile ilgilidirler. Hukukun insan ilişkilerini büyük ölçüde düzenlediği açıkça ortadadır. Pek çok kişi, yaptıkları sözleşmelerin, mahkemeler nazarında geçerli, uygulanabilir ve gerektiğinde yerine getirilebilir olmasını arzu ettiklerinde ne yapmaları gerektiğini bilirler. Hukukun pek çok soruna nispeten sarih cevaplar getirmesinden beri; meselelerin hakim önüne götürülmesinin gereksizliği, pek çok hukuki çatışma ve uyuşmazlığın mahkemeye gitmesine ve dava açılmasına engel olmaktadır. Bundan başka, genellikle hakim hangi kuralın uygulanmasının gerekeceğini değil, "kimin", "kime", "ne yaptığını" tayin etmek için "ne olduğunu" sorar ve diğer örneklerde, özellikle yargılama seviyesinde, hakimin fonksiyonu, üzerinde hiç ihtilaf bulunmayan bir kuralın uygulanmasını meşru kılma işlemidir. Hâkimin böyle bir davada, tamamen yerleşmiş bir kurala aykırı karar vermesi olanaklı değildir. Eğer böyle yaparsa, onun kararı uzun yaşayamayacaktır. Bu anlamda, yani yerleşmiş bir kuralın uygulanmasında o, takdir veya seçme hakkına sahip değildir ve kural ona bir rehberlik sağlamaz.[27]

Bununla birlikte, hakimin bir uyuşmazlığı çözmesi gerektiği ve hangi kuralın uygulanacağı hususunda bir anlaşmazlık olduğu zaman, yargılama usulünün geleneksel açıklaması yanıltıcıdır. Bu açıklamaya göre, hakimler anayasalara, yasalara, nizamnamelere yani yazılı hukuka veya emsal kararlara bakarlar ve anlaşmazlığı çözecek uygun bir kural bulurlar. Fakat, birbirleri ile çatışan emsaller ve kesin olmayan örneklerin uygulanabileceği sonsuz çeşitlilikte somut olaylar mevcuttur. Anayasalar, yasalar yani yazılı hukuk bunlara kesin bir rehberlik sağlamaz.[28] Bu durum hukuk kurallarına ve eski kaziyelere karşı şüphe yaratmaktadır. Bu hususların şüpheci bir tutumla yeniden ele alınıp incelenmesi, realistlerin başlıca fonksiyonlarından biridir.[29]

Böylece realistler, dikkatlerini eski nazariye ve teorilerin eleştirisine ve kitaplardaki hukuktan çok işlemekte olan hukuka, yani kazai faaliyete çevirmişlerdir. Bunun sonucunda da, mahkemelerin ve hakimlerin incelenmesi önem kazanmıştır.[30]

b – Hâkim hukuk yapar ve yapmalıdır

Hâkimin hukuk yaratması, onun uygunsuz ve yanlış hareket ettiğini göstermez. Böyle bir hukuk yapımı, onların asıl görevlerinin, asıl fonksiyonlarının doğasında mevcuttur. Llewellyn'e göre, hakimin "doğru veya yanlış, adil veya gayri adil kararı, hukuku meydana getirecektir..."[31] Bir hakim, herhangi bir hukuk davasına taraf olanlar arasında yansız olabilir fakat, sonuç olarak bir tarafı seçmek durumundadır. Bu ayırt etmede bir hakimin seçimi ile bir diğerinin seçimi arasındaki fark, onların teknik hukuk bilgilerinden değil, fakat davada mevcut olan çatışan çıkarlara verdikleri farklı cevaplardan ileri gelir.[32] Bu arada kabul etmek gerekmektedir ki, hakimin hukuk yapması, onun arzu ettiği her hukuku yapmakta "özgür" olduğu anlamına gelmez. Belli değerler, şartlar ve sınırlamalar bu seçimi yaparken rol oynarlar.

c – Kararlar hakimin kişisel seçimi **değildir, keyfi veya tesadüfen oluşmamışlardır.**

1930'ların bazı "Amerikan Realistleri", yargısal kararların; "hukuk uzmanlarının" kişisel özellikleri tarafından belirlendiğini söylemişlerse de,[33] çoğu yazarlar, emsallere kişiselliğin eklenmesinin esas itibariyle yargısal süreci kavramamızı ilerletmeyeceği sonucuna varmışlardır. Kanuni yönlendirmeler, geleneksel usuller, yargısal rolün istekleri ve yargılama prosesüsü ile politik sistem arasındaki örgütsel ve politik bağlantılar, yargısal karar yapmaya sınırlar koyar ve ona bir yön verir.[34]

Şunu da belirtmek gerekmektedir ki, madem hakimler yarışan değerler arasında zaruri olarak seçim yapmak zorundadırlar, öyleyse bu gibi seçimleri yaparken gerçeğin farkında olmalılar, bu seçimleri istinat ettirecek bilgiyi edinmeliler ve söz konusu seçimlerin sosyal sonuçlarının arzu edilir, beğenilir olması endişesini taşımalıdırlar.[35]

3. Hâkimin Karar Verme Süreci ve Sosyal Gerçek

Hâkimin karar verme sürecine ilişkin bütün görüşler dikkate alındığında aklımıza şöyle bir soru gelmektedir. Acaba hakim, kendisinden başka bir makamın koyduğu emirleri, tâbi olanlara bildirmeye veya uygulamaya memur pasif bir araç, otomatik bir adalet dağıtıcısı mı olacaktır? Yoksa, yasa koyucunun düsturlarında ifadesini bulmuş hukuku, bazen ondan daha etraflı şekilde anlayacak, onun ihtiyarlamış ifadelerine bir gençlik ruhu aşılayacak, onun unuttuğu ve hatta tahmin edemediği problemleri onun yerine geçerek uygun çözümlere bağlayacak bir hukuk yaratıcısı mı olacaktır?[36]

Toplumsal gereksinimleri karşılamak hedefini güden her türlü düzenleyici metin, bir süre sonra toplum yaşamındaki değişme ve gelişmelerin gerisinde kalabilmektedir.[37] Bunun sonucunda da, söz konusu gelişme ve değişmelerin içinde meydana geldiği toplum dediğimiz organizmayı örgütleyen ögelerden ve bu ögeler arasındaki ilişkilerden oluşan sosyal gerçeklik[38] ile, yasalara hapsedilmiş hukuk arasında bir uçurum doğmaktadır. Hukuk, sadece yasama işlemleriyle yaratılamaz. Yasama çalışmaları, toplumda kendiliğinden çeşitli faktörlerin sonucu oluşan hukukun bir bölümünün sadece resmi ağızlardan ifadesidir. Yasama çalışmalarının sonucu ortaya çıkan metinlerde ifadesini bulmuş normları *tek başına* hukuk olarak anlamak ve kabul etmek olanaksızdır.[39]

Öte yandan, günün bütün sosyal, kültürel, ekonomik, siyasal ve diğer ilişkileri-

ni saptamak olanak içinde olsa bile, çok uzak olasılıkları önceden keşfetmek mümkün değildir. Kaldı ki, buna girişmek tehlikeler yaratır. Olayların oluşumu engellenemez, toplumsal değişim durdurulamaz. Bu toplumsal değişim metinlerle, sosyal gerçek arasında devamlı bir uzaklaşma doğurur. Bu uzaklaşma ve açıklık kapatılamazsa, sosyal sorunlar ve bunalımların çıkması önlenemez. Yasa kuralları ile sosyal gerçek arasındaki boşluğun doldurulması yasama çalışmaları ile sağlanmadığı sürece, bu sorunun çözümü hakim tarafından gerçekleştirilecektir.[40] Kaldı ki, yasal düzenlemelerdeki sözcükler zaman dışı, yaşamın gelişiminden çözülmüş, bağımsız, bizzat bir amaç değildirler. Onlar hukuksal düzenlemenin aracıdır, yoksa bizzat düzenlemenin kendisi değildir. Bu sözcükler ve kavramlar, hukuksal yaşama uygulanmalarında, sürekli olarak düzeltilmeye ve geliştirilmeye muhtaçtır. Donmuş kalıp olarak sözcükler çok kez, ne değişen yaşam koşullarına, ne de değişen yaşam değerlerine uyabilir. Bunun için kavramların üzerinde ve arkasındaki yasal düzenlemenin anlamı (ratio legis) araştırıp bulmak, tek tek hukuk kavramlarının kölesi durumuna düşmemek gerekir.[41] Bu yüzden, bir yasayı yorumlamak durumunda olan hakim, onun anlam ve amacını (telos'unu) aramak durumundadır. Yasanın, normun, bu anlam ve amacı denilen şey, onun yürürlüğünün temelidir; onu hukuk yapan, hukuk olarak onanmasını sağlayan budur; yorum sırasında, yasada hukukun aranıp bulunması gerekir. İşte bu konuda da, yasaları geniş, serbest, insani, bütün bir sosyal anlayışla uygulamasını, böylece hukuku geliştirmesini bilen hukukçulara[42] ve öncelikle de hakimlere ihtiyaç bulunduğu tartışmasızdır.

Bir hukuk kurumu durumunu almış olan olgular öncelikle bir sosyal olgudur. Bunların da bir tarihi ve bu tarih içinde bir değişimi vardır. Örneğin aile kavramının gelişim ve değişimi her toplumda aynı olmamış,[43] bu farklılık onun sosyal bir olgu olduğunu ortaya koymuştur. Değişik tarihi dönemlerde başka başka hukuki düzenlemeye tabi tutulmaları da, sosyal gerçeklikteki değişikliğin hukuka yansıdığını göstermektedir. Örneğin Türk aile yapısı, tarihsel süreç içinde çok farklı hukuksal düzenlemelere konu olmuştur. İslâm hukukunun uygulandığı dönem Cumhuriyetle sona ermiş; Türk Medeni Kanununu, aile kurumunu yeniden düzenlemiş, çok eşliliği ortadan kaldırmıştır. Nesep durumu da yeniden düzenlenmiş, başlangıçta evlilik içi birleşmeden doğan çocuklarla evlilik dışı birleşmeden doğan çocukların hukuksal statülerinin farklı olması esası benimsenmiş, ancak daha sonra bu statü farklılığı bertaraf edilmiştir.[44] Kadının toplumdaki yerinin değişimi yolundaki istemlerin yükselmesi ile de, Medeni Kanunda gerekli düzeltmelerin yapılması çalışmaları ivme kazanmıştır.

Aile yapısında oluşan değişiklik hukuk kuralları ile takip edilmelidir. Aksi takdirde sosyal gerçeğin oluşturduğu aile değerleri ile, hukuk kuralları uzlaşamaz, hatta çatışırlar. Bu ise, toplumun temelini oluşturan kurumlardan birisi olan ailenin ve buna bağlı olarak toplumsal yaşamın sarsıntıya uğraması olasılığını yaratır. Anayasanın "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" bölümünde yer alan 41. maddede, "Aile, Türk toplumunun temelidir. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar" denilmektedir. Yine Anayasanın, 42, 50/2, 61/4, 49, 50, 56, 57, 58, 59, 61. maddeleri ile ilgili esaslar, aynı zamanda ailenin korunmasına yönelen amaçları göstermektedir. Çağımız devleti bir yandan aileden önemli bazi isteklerde bulunmak, diğer yandan aileye karşı sorumluluklar yüklenmek şeklinde farklı kapsamlı iki ilkeyi benimsemiş bulunmaktadır. Bununla birlikte hemen belirtmek gerekir ki, çoğulcu demokratik devlet görüşü, aileyi tamamen devletin emrindeki bir sosyal birim saymak eğiliminden uzaktır.[45]

Hâkim tarafından bir boşanma davasında ailenin, evlilik birliğinin temelden sarsılıp sarsılmadığını ölçmek ve ona göre karar vermek, aile kurumunun günümüzde ve toplumda kazandığı şekil ve yapıyı bilmek, günümüzün sosyal ve ekonomik şartlarının sosyal ilişkileri nasıl etkilediğini incelemekle mümkün olabilir.[46]

Kiracı–kiralayan arasındaki ihtilafların çok büyük boyutlara vardığı günümüzde, bir tahliye davasında, haklı tahliye sebeplerinin bulunup bulunmadığının saptanması için, kentleşme olgusunun, günün ekonomik koşullarının, konut açığı sorununun ekonomik ve toplumsal boyutlarının hakim tarafından bilinmesi gerekmektedir.

Genellikle açıklanmaya çalışıldığı gibi, hukuksal düzenlemeler sosyal gerçeği geriden izlerler. Ancak, bunun tersi uygulamalara da rastlanmaktadır. Örneğin, önce 1945 tarihli ve 4753 sayılı Çiftçiyi Topraklandırma Kanunu ve daha sonra da 19 Temmuz 1973 tarihinde yürürlüğe giren 1757 sayılı Toprak ve Tarım Reformu Kanunu gereğince, topraksız çiftçi tarafından toprak edinilebilmesi için evli olma, yani bir aile sahibi olma şartının aranması, kırsal kesimde yıllardır tam ve sağlıklı olarak uygulanamayan resmi evlenme akdinin, bazı yörelerde daha yaygın hale gelmesine sebebiyet vermiştir. Daha önce resmi evlenme akdi bulunmayanların, arazi alabilmek için, derhal bunu sağlama cihetine gittikleri, buna bağlı olarak evlenme oranında bariz artışlar görüldüğü ve sosyal yapıda değişiklikler meydana geldiği saptanmıştır.[47] Bu örnekte de, hukuk, sosyal gerçeğin önüne geçmiş, sosyal gerçek onu izlemiştir. Öte yandan, arazi tahsisinden yararlanmak için yakın akrabalarıyla şekli evlilik yapanların, bilahare boşanma yoluna gittiklerine de rastlanmıştır. Böyle bir boşanma davasında karar oluşturabilmek için hakimin sosyal yapıyı yeterince tanıması gerekmektedir.

Bütün bu açıklama ve örnekler, bir sosyal olgu olma niteliğini de taşıyan hukukun, çok geniş bir kapsamının bulunduğunu, çağdaş hukuk anlayışının hukukçuya ve yargılama yapıp karar vermek durumunda olan hakime, hukuku bilmek yanında, hukuku oluşturmak görevini de yüklediğini göstermektedir. Erem'in dediği gibi, hakime "canlı kanun" demek hatalı olmaz.[48]

Ancak öte yandan, bir diğer sorunla karşı karşıya kalmaktayız. Hâkim, karar oluşturma aşamasında, sosyal gerçekle hukuksal düzenlemeleri yakınlaştırma çabası içine girdiğinde[49] – *ki sosyal değişimi, hukuksal düzenlemelerin (yasama çalışmalarının) geriden izlemesi bu zorunluluğu her zaman var edecektir* – göz önünde bulunduracağı genel ilkeler ne olacaktır? Bu sorunun cevabı olacak ilkeler ortaya konulmazsa, o zaman hakimlerin yasama organının yerine geçmesi, kişilerin, haklarında uygulanacak kuralları önce-

den bilememesi gibi sakıncalar ortaya çıkar. Bu sakınca sosyal gerçek ile hukuk normları arasında çatışma kadar ve hatta ondan daha çok yıkıntı ve bunalım getirir.[50]

II. Karar Verme Süreci ve Hâkimin Göz Önünde Bulunduracağı İlkeler

Bir davaya karar verirken hakim tarafından hangi hususların göz önünde tutulacağının araştırılması, hukukçuları oldukça meşgul etmiş ve bu konuda çok çeşitli araştırma ve eserler ortaya konulmuştur.

Bu husustaki ilk ve önemli araştırmalardan birisini yapan ve bu yolla modern hukuk ilmine oldukça büyük katkılarda bulunan Amerikalı hukukçu Benjamin Nathan Cardozo'nun görüşlerine kısaca bakmanın yararı olacağı açıktır.

1. Benjamin Nathan Cardozo ve Görüşleri

Amerikan hukuk düşüncesinde yargılama faaliyetinin ve mahkemelerin fonksiyonunun sosyolojik açıdan ele alınışı Cardozo ile başlamıştır denebilir.[51]

"The Nature of the Judical Process"[52] adlı kitabının giriş bölümünde şu soruları kendi kendine sormaktadır: *"Bir davaya karar verirken yaptığım nedir? Önderlik etmesi (yol göstermesi) için ne gibi bilgi kaynaklarına müracaat ederim? Onların sonuca ne ölçüde katılmalarına (ne ölçüde sonuçta pay sahibi olmalarına) izin veririm? Ne ölçüde iştirak etmeleri gerekmektedir? Eğer uygulanabilecek bir örnek varsa, ne zaman onu takip etmeyi reddedebilirim? Eğer uygulanabilecek bir örnek yok ise, gelecek için bir emsal oluşturacak bir kurala nasıl ulaşabilirim? Eğer mantıksal uygunluğu, hukuksal yapının simetrisini araştırıyorsam, onu nereye kadar arayacağım? Hangi noktada bazı çelişik örf ve adetlerden, bazı sosyal refah düşüncelerinden, kendime ait veya alışılagelmiş, toplumsal adalet ve ahlak standartlarından etkilenecek ve tereddüde düşeceğim? Mahkeme kazanlarında günlük hazırlanan bu acaip bileşimin içine bütün bu unsurlar çeşitlendirilmiş oranlarda girmektedirler (...)"*[53].

Bu sorulara cevap arayan Cardozo, önüne gelen bir ihtilâfta hakimin, önce yasa ve kurallara bakmasını ister. Ancak eğer kurallar açık değil veya yasada boşluk varsa, sosyal refah ve menfaat düşünceleri uğruna, kural ve emsallere bağlılıktan vazgeçilebilir. İşte burada hakim, toplumun hayrını ve taleplerini karşılayacak hukuku yaratıcı bir faaliyette bulunacaktır.[54] Bu konuda şöyle demektedir: "*(...) Ben, hakimin yarattığı hukuku, hayatın yaşayan gerçeklerinden birisi olarak kabul ederim(...). Hâkim sadece kürsüde oturmamakta; fakat bir yapım gücünü elinde bulundurmaktadır(...)".*[55] Aslında kanun maddeleri ve örnekler, hukukun ilk ve son kaynağı değildirler; asıl kaynak, bu örnek ve kuralların gerisinde kaynaşan çeşitli ilişkiler, alışkanlıklar ve değer ölçüleridir.[56] Hâkim, hukukun temelini oluşturan söz konusu değer ölçülerini, toplum içinden arayıp bulacak ve hükmüne dayanak yapmadan önce de onları değerlendirecektir.

Öte yandan, zamanın ihtiyaçları, değişen hayat şartları hukuku daima değişmeye zorlayacağından, hakim hukuk kaidelerini zaman zaman kontrole tabi tutup gayesine hizmet edip etmediğini, toplumda değişen ihtiyaçları karşılayıp karşılamadığını araştıracaktır.[57] Kültürlü iyi bir hakim, toplumda bulunan ve temelini oluşturan değer ölçülerini, bu değerleri yaratan menfaatleri derecelendirebildiği nispette adaleti ve dolayısıyla kararlılık ile gelişme arasındaki ahengi sağlayabilecektir.[58]

Cardozo'nun modern hukuk ilmine ve realistlere en büyük hizmetlerinden birisi de, kazai faaliyette, dolayısı ile hukukun yaratılmasında ve geliştirilmesinde şuuralta, yani psikolojik elemanların rolünü ortaya koymasıdır. Bir ihtilafın etrafında toplanan kişilerde, ister hakim, ister davalı veya davacı olsun, şuuraltında sevgi, nefret peşin hüküm, tercih gizli arzu ve insiyaklar mevcut olup, doğrudan doğruya veya dolayısıyla kazai faaliyeti etkilemektedir. Bu durum bilhassa hakim yönünden önemlidir. Şu halde hakimleri insan zihnini ve sükunetini karıştıran şuuralta eğilim ve cereyanlardan haberdar kılarak, adaleti soğukkanlı, objektif ve gayri şahsi bir şekilde gerçekleştirmelerini sağlamak gerekmektedir.[59]

2. Karar Verme Süreci İçinde Hükmün Oluşması ve Hâkimin Fonksiyonu

A– Karar Verme Süreci İçinde Hükmün Oluşması

a) Hüküm Verme Olgusu

Ruh olaylarını inceleyen ve onların bağlı oldukları yasaları bulmaya çalışan psikoloji ilmine göre hüküm, iki kavram arasında ilişki kurmak veya kurmamaktır. İki kavram arasındaki ilişki önce kavranır, sonra bu ilişkinin varlığına veya yokluğuna inanılır. Böylece bir hüküm meydana çıkar.[60] Psikolojik yönden insan zekâsının bir faaliyeti olan hüküm, esas olarak olumlu veya olumsuz bir iddiayı ifade eder. Bir düşünce içinde birbirinden ayrılabilen ne kadar iddia varsa, o kadar da hüküm vardır demektir.[61]

Hüküm kuşkudan kesinliğe doğru uzanan bir yol izler. Hükümden önce bir kuşku vardır. Düşünce kesinleşmeden evvel, "evet" ve "hayır" arasında tereddüt eder. Hüküm bu tereddüt ve kuşkuyu yener. Kuşku devam ediyorsa, henüz bir hüküm verilmemiş demektir. Kuşkunun yenilmesi, yerini inanışa terk etmesi demektir. Bu inanış, varılan hükmün doğruluğuna, hakikat oluşuna inanıştır. Gerçekten de, hakikat bir kuşkudan doğar. Yani düşünce ancak analiz vasıtası ile senteze varabilir. Hakikate ulaşmak isteniyorsa *–ki, bu kuşkunun saf dışı bırakılması değil de yenilmesi anlamına gelir–* bir tez ve anti tezin varlığı gereklidir. Hüküm de, bu ikisinin hakikati ifade eden bir sentez içinde birleşmesinden başka bir şey değildir. Öyle ise, tez, anti tez ve sentezden oluşan hüküm, kavram olarak birbirinin zıddı ya da birbirinden farklı olan düşünceleri *"birleştirici"*[62] bir özelliğe sahiptir.[63]

Bütün bunlar göstermektedir ki, "kuşku" zaten kuşku olduğu için hakikatin bir alternatifidir, yani başka ve farklı bir hakikatin mevcut olma ihtimali vardır. Hakikat ise, ancak "tek" olabileceğine göre, kuşkunun kesinliğe, yani hakikate ve tekliğe dönüşmesi olan "hüküm" de, sonuçta bir birleştirme ameliyesi olmaktadır. Kuşkunun yenilerek kesinlik haline gelmesi, yani teklik ve birliğe kavuşması, çeşitli ve farklı düşüncelerin tekrar düşünülmesi ile mümkün olabilmektedir. İşte çeşitli hipotezlerin biraraya gelmesinden ve bunların aynı, bir tek düşünce içinde birleşmelerinden "hüküm" doğmaktadır.[64]

b) Karar verme süreci çerçevesinde hüküm verme

aa) Hükmün kolektifliği

Bilindiği gibi, her muhakeme bir kuşku ile başlamaktadır. Kesin ve hakikat olduğu bilinmeyen bir iddia veya istem, muhakeme sürecini başlatmakta ve sonuçta da bu kuşku, savunmanın da katkısı ve yargılamanın koordinasyonu ile yenilmekte, elbirliği ile bir hüküm verilmektedir. O halde muhakemenin görevi hüküm verme olmaktadır diyebiliriz.[65]

Karar verme sürecinin sonunda verilen hüküm de *–ki buna hukuksal hüküm diyebiliriz* – aslında genel anlamda bir hüküm olduğu için, onun bütün özelliklerine sahip olacağı doğaldır. Yani bu da diğeri gibi kuşkuyu yenen, bir tez ve anti tezin varlığını gerektiren, bu sebeple de birleştirici olan bir kavramdır.

Ancak "genel olarak hüküm" bir tek bireyin düşünce alanı içinde var olurken ve söz konusu tez ve anti tez bir tek bireyin zihin çalışması sonucu senteze dönüşürken, yani kuşku bir tek birey tarafından yenilip hakikate ulaşılırken; karar verme süreci sonunda verilen hükümde tez ve anti tez, değişik süjeler tarafından ifade edilmektedir. Bu sebeple de birleştirici mahiyet arzeden hükme (senteze) kolektif bir çalışma sonucu varılmaktadır.[66] Yani karar verme süreci sonunda hakimin verdiği hüküm, bir anlamda tarafların da iştiraki ile gerçekleştirilmiş olmaktadır.

Hâkimin kararın oluşma sürecinde, süjelerden birinin kendi hükmünü, kanaatini tek taraflı olarak diğerlerine kabul ettirmesi söz konusu değildir. Bilakis, herkesin kendi görüşünü ortaya koyması, bunu münakaşa etmesi ve hakikatin muhakeme ile araştırılarak ortaya çıkarılması, yani hakikat konusundaki hükmün kolektif olması gerekmektedir. Nitekim bir muhakeme hukuku süjesinin düşüncelerinin, diğer süjelerin düşünceleri ile karşılaştırılma olanağı bulunmadığı takdirde karar verme sürecinin sağlıklı işlediğini söyleyemeyiz. Bu şekilde bir muhakeme yapılmış olsa bile, hakikatin ortaya çıkarılması anlamında bir muhakeme olmayıp, süjelerden birinin hakikat diye kabul ettiği kanaatin, tek taraflı olarak diğerlerine kabul ettirilmesi söz konusu olur.[67]

bb) Kolektif hükmün verilme şekli

Karar verme süreci çerçevesinde hükmün oluşmasının veya kısaca muhakeme yapmanın metodu, hükmün oluşması faaliyetine katılacakların düşüncelerini karşılıklı olarak bildirebilmelerinin sağlanmasıdır. Böylece bütün süjeler birbirlerinin fikirlerini öğrenebilecekler, hep birlikte düşüneceklerdir. Bu olanağı sağlayan sisteme "çelişme" denmektedir. Çelişme bir fikir alışverişidir, bir kolokyumdur.[68] En basit anlamı ile de, muhakeme süjelerinden her birisinin, kendi düşüncesini, tekrar düşünülmek üzere diğer süje veya süjeler önüne arz etmesi demektir. Bir düşünce alışverişine tekabül eden çelişme, süjelerden birisinin zihninde aynı zamanda anti tezin de yaşamasını, tezle bir arada bulunmasını ve sonuçta da bireysel hükümlerden kolektif hükmün doğmasını olanaklı kılmaktadır. Bu şekilde anlaşılan çelişme, muhakeme hukukunda, iddia (savcı) veya davacı; itham edilen (sanık) veya davalı ve hakim arasında yaşamakta, süjelerin karşılıklı olarak kendilerini ve birbirlerini muhakeme etmek suretiyle hakikate, yani hükme varılmaktadır.[69]

Ancak hükmün oluşması sonunda karar verme görevi sadece hakime aittir. Her uyuşmazlığın bir yerde kesin olarak çözüme kavuşturulması gereği, bunu zorunlu kılmaktadır.[70]

B– Karar Verme Sürecinde Hâkimin Fonksiyonu

a) Hâkimce Kullanılan Yargılama Yetkisi

Hâkim tarafından kullanılan yargılama yetkisinin esası, fonksiyonu onun idari ve yasama prosedüründen nasıl ayırt edileceği birçok çalışma ile ortaya konulmaya çalışılmıştır. Son birkaç yüzyılda, bu çalışma politik dağılımda özel bir önem ve normatif bir ilgi ifade etti. Kuvvetler ayrılığı doktrini gereğince; yasa yapıcılar için hukuksal karar süreci ile uğraşmak veya hakimler için yasa yapma sürecinin sınırları içinde olduğu düşünülen fonksiyonlara sahip çıkmak yersiz ve uygunsuz hale geldi.[71] Klâsik güçler ayrılığı doktrini, politik aktivite dünyasını üç bilinen, mûtad bölüme ayırdı. (Bu ayrımda; yasama, yürütme ve yargılama güçlerinin birbirlerine karşı bağımsızlıklarını sürdürebilmesi için neye ihtiyaç olduğu düşünce ve endişesi büyük rol oynamıştır). Yargılama; anayasa yapıcıların ve yasa koyucuların yarattıkları, yürütme gücünün (yerine getirdiği) zorlama gücünü kullandığı, yasaları uygulama fonksiyonuna tahsis edildi.[72]

Bugün politika analistleri, bir süreklilik (bir bütünlük) lehine, bu kategorileri tamamen terk ettiler. Bir kutupta yasa yapmaya (normları formüle etmeye) ilişkin yasama süreci ve diğer kutupta idare etmek veya hukuku uygulamaya (normları bireyselleştirmeye) ilişkin idari ve yargısal süreç bulunmaktadır. (Bu kategoriler analitiktirler ve aktivitelerin, buna tekabül eden, buna benzer isimler altındaki ajanlar tarafından temsil edilmesi zaruri değildir). İdari ve yargısal süreçler arasındaki fark hakkında bazı yazarlar *–Hans Kelsen ve Otto Kirchheimer gibi–* bu süreçlerin fonksiyonel olarak ayırt edilemeyeceğinde ve bazı anlaşmazlıkların mahkemeler olarak bilinen birimlere tahsis edileceğinin belirlenmesinin, hemen hemen bir tarihsel oluşum olduğunda ısrar ederler. Roscoe Pound gibi diğerleri ise, farkın büyük olduğunu, idarecilerin, klişeleştirilmiş prosedürleri takip ederek veya legal doktrinlere uygun olarak karar vermeye mecbur olmadıklarını iddia ederler. İdare bu yazarlar tarafından bir güç ve takdir olarak görülür, halbuki hüküm kontrol edilir ve akılcıdır.[73]

Hâkimler tarafından yerine getirilen yargılama fonksiyonu ile devletin diğer fonksiyonları arasındaki ilişki[74] doğrudan konumuzla ilgili olmamakla beraber, şunu da belirtmeliyiz ki; yargılama fonksiyonu ile ilgili tartışma ve onun yasama ve yürütme yanında ayrı bir güç olup olmamasına ilişkin sonuç ne olursa olsun, bunun hakimlerin ve mahkemelerin bağımsızlığı ile bir ilgisi yoktur. Hâkimlerin bağımsızlığı, hukuk devletinin vazgeçilmez şartı olarak bütün uygar ve demokratik ülkelerde benimsenmiş olan bir ilkedir. Bu ülkelerin bir kısmı anayasalarında yargılama fonksiyonunu ayrı bir kuvvet olarak nitelendirmişlerdir, bir kısmı ise ona bu sıfatı tanımamışlardır. Şu halde hakimlerin bağımsızlığı, kuvvetler ayrılığı teorisinin bir sonucu olmadığı gibi, bağımsız bir yargı "kuvveti"nin varlığına da bağlı değildir.[25]

b) Karar Verme Sürecinde Hakimin Fonksiyonu

Çözüme kavuşturulmak üzere, hakimin önüne gelen bir sorunda, uygulayacağı hukukun şekillenmiş görüntüleri vardır. Yani bunlar, "(...) belli bir toplumda ve

belli bir zamanda yürürlükte bulunan pozitif hukuk(...)"[76] içinde yer alan hükümlerdir. Her makul hukukçu gibi hakim önce bunlara başvuracaktır.[77] Ancak toplumsal yaşam, en güçlü yasa koyucudan daha çok yaratıcıdır. Her yasa, zamanla hissedilen ihtiyaçları karşılamak için düzenlenir. Fakat son derece açık ve genel olmasına rağmen, bir yasa maddesinin, hiçbir zaman olayların karşısına çıkarabileceği ihtimalleri önceden görmesine olanak yoktur. Bu itibarladır ki, yürürlükteki bir yasayı uygulamakla yükümlü olan hukukçu ve doğallıkla en önemli süje olan hakim, sadece dünün zaruretlerini değil, bugünün ihtiyaçlarını da hesaba katmak ve kararını ona göre vermek zorunda kalır. Yasada bir açıklık bulunmaması halinde hakimin hüküm vermekten kaçınabileceğini kabul ve destekleyen hiçbir hukuksal rejim yoktur.

Öte yandan, toplum değişip geliştikçe, sosyal ilişkiler daha girift hale girer. Çünkü her tatmin edilen ihtiyaç yeni bir ihtiyacın doğumuna neden olur ve erişilen her gaye, ufukta beliren yeni bir gayenin basamağını oluşturur ve sosyal değişim, genellikle hukuksal düzenleme tarafından geriden izlenir. Bu durumlarda, şekillenmiş hukuk çözüm getirmeyebilir. Bu boşluk ve uyumsuzluk çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir:

* Problemi çözümleyecek bir hukuk normu yoktur.
* Probleme dokunan hukuk normu vardır ancak, somut olaya bu normun uygulanması için tefsir ve yorum kurallarına göre, kanunun ruhunun anlaşılabilmesi işleminin yapılması gerekmektedir.
* Problemle ilgili görülen hukuk normu, tefsir ve yorum kuralları ile de genişletilse, çatışma ve uyuşmazlık, uyumsuzluk giderilemeyecektir.[78]

Hakimin bu üç noktada dile getirilen toplumsal hayatın gerisinde yürüyen hukuku, günündeki anlayışa göre uyumlaştırılması işlevinde uygulayacağı ilkelerle, bu uygulamanın yöntemi birbirine girmiş bir durum gösterirler. Hukukta ilkelerle yöntem arasındaki zorunlu ilişki, bu iki yön arasında tam bir sınır çizmeyi engeller. Toplumda oluşan ve yaşayan hukuk ile metinlere aktarılmış hukuk arasında bir sorun ve bunalım yaratacak uçurumun var olup olmadığının saptanması ve ondan sonra bu uçurumun kapatılmasının sağlanması gerekir. Bu işlemlerde başvurulacak ilkeler ise şöyle belirlenebilir:[79]

a) *Hukukla gerçek arasındaki diyalektik çatışmayı iyi çözümleyip dengelemek.* Bu denge sayesinde kuralı gerçeğe, gerçeği de kurala feda etmemek, böylece yasaların yeni ve özgün biçimde yorumlanmasını gerçekleştirmek.[80] Yasa koyucu, bir hukuk kuralını sevk ederken, göz önüne getirdiği muhtemel bir uyuşmazlıktan hareket eder ve bu ihtilaf için kendi görüşüne göre adalete en uygun hal çaresini bulur. Fakat bu çözüm, mutlak değildir yani her yerde ve her zaman adil sayılmayabilir; yasa koyucunun sübjektif görüşüne göre çeşitli çıkarlara verdiği değere bağlıdır. Her yasa kuralı demokrasilerde yasa koyan parlamentonun, çarpışan ve çatışan çıkarlara biçtiği değerin bir ifadesidir. Şu halde, hakimin yasaya bağlı olduğu ve ancak yasaya uygun olarak hüküm vereceği yolundaki kural, hakimin, yasanın sözüne bağlı olması demek değildir. Bunun anlamı şudur: "Hakim, çarpışan çıkarların sosyal değeri hakkında, yasa koyucununkinden farklı bir hüküm veremez". Ne var ki, hakim bu kurala, ancak yasa koyucunun ilgili madde ile düzenlemek istediği çıkarlar durumunu göz önünde tuttuğu ve çarpışan çıkarlar hakkında biçtiği değeri hatırladığı takdirde riayet etmiş olur. Demek oluyor ki yorumda, yalnız bu bakımdan yasa koyucunun iradesi; daha doğrusu, onun yasa müzakere edilirken etkisi altında kaldığı saikler göz önüne alınacaktır.[81]

b) *Toplumun kendi içinde gelişmesini ve örgütlenmesini zorunlu gördüğü amaçların ne olduğunu saptamak.*

c) *Bu amaçların içeriğine ışık tutacak gerçeklerin ne olduğunu saptamak.*

d) *Sosyal ve hukuksal kurumların oluşumunu, gelişimini, geçirdiği aşamalarını ve bugünkü yapısını inceleyip araştırmak. Böylece yasaların kaynağına inmek.* Bir yasa koyucunun iradesine etkili saikler genel kaynak olarak, başta bir ulusun geçirmiş olduğu "(...)istihale ve devrimler, kabul ve riayet ettiği umdeler(den) gelir. Bu umdelerin bir bölümü Anayasada biraraya toplanmıştır(...)". Diğerlerini ulusal kültürden çıkarmak olanaklıdır.[82]

e) *Toplumun siyasal, ekonomik, kültürel ve diğer üst yapılarını tanımak, ayrıca o ulusun yaşantısına yön veren genel olay ve eylemleri bilmek.* Bunlar aynı zamanda hukukun değişmesinde ve yeniden yapılanmasında rol oynayan etkenlerdir.[83]

f) *Grup ve sınıf çıkarlarını ölçmek, çıkarlar arasında dengeyi oluşturacak düzenlemelerin ne olduğunu saptamak.* Toplumsal yapı içinde, birbirine benzeyen toplumsal grup, toplumsal tabaka ve toplumsal sınıflar vardır.[84] Bu kurumların çıkarlarının çatışması yanında, genel güvenlik ve kişilerin sosyal güvenliği ile, genel ahlak ve adapla, sosyal kaynakların korunması ile, genel değerler ve kabul edişle, kişi hayatı ile ilgili çıkarların çatışmaları da vardır.[85] Hukuk yaratılırken veya kanundaki boşluk doldurulurken, karşı karşıya bulunan çatışan çıkarların ne olduğunu saptamak ve tartışmak gerekir. Bu çıkarlar sadece o davada taraf olanların çıkarı olarak değil, çatışan ve çarpışan genel çıkarlar olarak düşünülerek tartışılmalı ve soyut bir kural bulunmaya çalışılmalıdır.

g) *Hukukta kullanılan terim ve kavramlar, esasen başka bir disiplinin malı olabilir. Bu terim ve kavramlara anlam verirken, ilgili bilim dalında kabul edilen anlamının ne olduğunun saptanması gerekir.* Bu hususta Hart, bir tanım yaparken, kelimeler aracılığı ile, olguları daha keskin bir biçimde idrak etme çabası içine gireriz demektir.[86] Gerçekten de, bir kavramın anlamının saptanabilmesi, onun tanımlanabilmesi için, belli bir bilim dalı içinde nasıl anlaşılması gerektiğini sormak ve buna bir cevap aramak zorunluluğu vardır.[87]

h) *Toplumun kendine has, "ulusal özellik", "ulusal duygu" gibi terimlerle ifade olunan özelliklerini tanımak gerekir.* Bu ilke bilhassa başka ülkelerden alınmış yasaların boşluklarının doldurulmasında ve yorumunda göz önüne alınmalıdır.[88] Bir hukuk kuralının çıkarlar dengesine göre yorumlanması, ulusal özellikler göz önünde tutulmaksızın olanaklı değildir, ancak bu özellikler dikkate alındığında hukuk kuralı gerçek anlamını bulmuş olur.[89]

ı) *Çözümlenecek olayın temelinde yatan nedenin, o nedeni inceleyen bilim dalının hangisi olduğunu saptamak gerekir.*

i) *Kişilerin tutkularına ve davranışlan-*

na etki eden faktörleri bilmek. Gerçekten bir ihtilafı çözümlemek durumunda olan hakimin çok iyi bir psikolog gibi ve titizlikle hareket etmesi gerekmektedir. Örneğin, günümüzde yargılama aşamasında *"yalancı şahit"* bulmak oldukça yaygın bir hale gelmiştir. Tamamen şahit ifadelerine dayanan bir davada, hakimin, bireylerin bu davranışlarını saptayabilmesi için, psikolojik faktörleri iyi bilmesinin önemi ortadadır.[90]

Kaldı ki, hukuk mesleğinin bir bakımdan fonksiyonu, toplum içindeki gerilimleri, kaygıları baskıları gidermektir. Bu itibarla hukukçunun ve doğâllıkla hakimin, gerek grup yaşamı içinde, gerekse bireysel temaslarında tedavi edici bir psikolog, bir psikanalist rolünü oynaması da icap etmektedir."(...) Hakim, hukuk kurallarının, çatışan yararları dengeleştirici fonksiyonunu daima göz önünde bulundurarak, toplumsal ahengi sağlayan bütünleştirici kararlarıyla bu fonksiyonun gereği gibi yerine getirilmesinde katkı yapmalıdır(...)".[91]

j) *Bilimsellik ve objektifliğin sınırları içinde kalmak, keyfilik ve sübjektiflikten uzak durarak, bilimsel yöntemler uygulamak şarttır.* Bu unsur, hakimin karar verme süreci içinde önemli bir yer tutmakta ve başlı başına bir bölüm altında incelenmesi gerekli olmaktadır.

Bu bilgiler ışığında şunu belirtmek yerindedir ki, iyi bir yargılama yapabilmesi ve arzu edilir bir karar verebilmesi için hakimin öncelikle yeterli bilgi ile donatılması gerekmektedir.[92] Salt normatif hukuk bilgisi, kuru bir yasa uygulayıcısı yaratmaktan başka bir şey vermez. Diğer sosyal bilim dallarının yardımıyla sosyal gerçek ancak anlaşılabilir. Şu rapor, hâlâ güncelliğini kaybetmeyen güzel bir örnektir: "(...) Kaza faaliyetinin en güç ve vicdanen ve kanunen en büyük mesuliyetli işin(in), hakimlik vazifesi olduğu şüphesizdir. Adalete karşı beslenen itimadı, hakimlerin haiz olmaları lazım gelen vasıflar meydana getirir. İktisadi şartların gittikçe karışması, mevzuatın her gün yeni bir ihtiyaca cevap vermek endişesiyle çoğalması, modern hayatın ilerlemesi ile muvazi olarak artan muhataralar, adalet kapılarına yapılan müracaatları gün geçtikçe artıracaktır. Doğru bir adalet fikrine sahip olmayan; anlayış ve sezişi kuvvetli, geniş bir kavrayış ve bilgiye malik bulunmayan hakim, vatandaşlar arasındaki ihtilafları nasıl halle muktedir olabilir? Yapılmış olan hukuki bir muamelenin iktisadi ve sosyal faidesinin ne olduğunu takdir edecek olan hakimdir(...)".[93]

3. *Karar Verme Süreci İçinde Hakimce Uyulması Gereken Temel İlkeler*

A– Yasaya Uygun Davranmak Keyfi Davranış İçinde Bulunmamak

Öncelikle şunu belirtmek yerinde olacaktır ki, hakimin kararında "keyfi davranış"ın yeri yoktur. Anayasamızın 138. maddesinin birinci fıkrasındaki sıraya göre de, "(...) vicdan kanısı etkeni, en sonunda anılmıştır. Bu ilke olarak, Anayasa, yasa ve hukuk kuralları çerçevesinde edinilecek vicdan kanısının yargıya temel tutulacağını göstermektedir. İmdi, hakimin Anayasaya, yasaya ve hukuk kurallarına uymayan bir vicdan kanısından (...) söz edilemez (...)".[94] Demek oluyor ki, yasalara uygunluk ilkesi, hakimin karar verme sürecinde keyfi davranmamasını sağlayacak öğelerden birisi olacaktır. Herhangi bir kişi veya makamın, kendi kişisel görüşlerine, arzularına göre, hiçbir kayıt ve şarta bağlı olmadan hareket etmesi demek olan keyfilik, hukuk devleti prensipleri ile bağdaşamaz. Esasen, büyük küçük her gücün, her iktidarın, her yetkinin, şu veya bu şekilde kullanılması; o gücü, iktidarı, yetkiyi kullanmak durumunda olan kişinin "(...) ruh ve ahlakının yükseklik ve düşkünlüğüne, irade ve seciyesinin kuvvet ve zaafına, bir kelime ile insanlığına bağlıdır (...)".[95] İşte bu insanlık kavramının ifade ettiği yüksek meziyetleri şahsında toplayamayan bir hakim, keyfi davranışıyla ve görünmeyen suiniyetiyle, yasayı sözü ile uygular gibi görünerek, istediği tarafa çekebilir. "(...) Bu suretle, zavallı hakkaniyet ve adalet gizli maksatlarla görünmeyen şekilde belki ayaklar altına alınmış olur (...)".[96]

Keyfi davranmama ilkesi, hakimin kararını belli rasyonel ilkelere bağlayarak, hukuk devletinin özünü oluşturan hukuka bağlılık kanunla sınırlama ve güven duygusunu güçlendirici bir fonksiyon yerine getirmektedir. Bu açıdan hukuk devleti olgusunun, hakimin karar verme süreci içinde, "keyfi davranmama ilkesi" şeklinde, somutlaştığını söyleyebiliriz. Kaldı ki, karar verme süreci içinde hakimin keyfi davranıp davranmadığının denetlenmesi, üst yargı organları tarafından gerçekleştirilmektedir.

B– Önyargılardan Kurtulmak

Bizim varoluşumuzun biçimlerinden, kurucu öğelerinden biri de önyargılarımızdır. Önyargılarımızla varoluruz.[97] Hepimizin önceden verilmiş kararlarımız, bazı inançlarımız vardır. Bunlar kazanılmış veya intikal edegelmiş düşüncelerdir. Önceden hüküm verme anlamına gelen önyargı, o hükme ait objektif vakıaların meydana çıkmasından daha önce oluşmuş inançlara sahiptir ve bu inançların kuvveti, yeni düşünce ve kavramaları da önceden tayin eder. Fakat olayın mahiyeti icabı, bütün inançlarda bir dereceye kadar önyargı payı vardır. Başka türlü olmasına da imkan yoktur. Olayları yaşadığımız zaman, bunlar hemen anlamlı bir bütün içinde organize edilmiş olarak kavranılırlar. Bir defa böyle bir organizasyon meydana gelince, her yeni kavramanın özellikleri de önceden tayin edilmiş olacaktır.[98] Şu şayet doğaldır ki, konusu üzerinde herhangi bir hükme vardığımız her yeni görüşe karşı biz savunucu ve reddedici bir durum alırız. Çünkü o görüş, kanaatlerimizin tamamlanmış sistemini zorlar, bu suretle erişilmiş olan "imanı" sarsar, bizden yeni gayretler bekler ve eskinin kaybolduğunu anlatır. Doğru bir hüküm verme için de en büyük tehlike önyargıdır.[99]

Karar verme durumunda olan hakim, kişisel heveslerinin ve kendine özgü eğilimlerin etkisinden kurtulmalıdır. İnançlar, psikolojik sahalarımızın derin ve ayrılmaz birer parçası oldukları için, bunların incelenmesinde mantıksal bir başlangıç noktası bulmak güçtür. Ancak mümkünse, bunları yeniden incelemek, kaynaklarını ve varlık sebeplerini araştırmak lazımdır. Örneğin, "(...) suçlar ekseriya bir heyecan ve ihtiras tesiri altında işlendiğine göre, aynı heyecan veya ihtirası teessür hayatında hatırlayan bir yargıç, kararlarında daha az sert olacaktır. Bu olay psikolojide "sempati" kanununa dayanır. Sanığın tavır ve hareketi, ahlaki veya siyasi meseleler hakkında sarf ettiği bir söz, giyiniş tarzı, hatta bazen sesi yargıç ile sanık arasında bir ruhi tezat doğurur ve yargıcı kararlarında daha sert olmaya sevk edebilir. Bu hadise de psikolo-

jide "antipati" kanununa dayanır. Aynı psikolojik şartlar içinde bulunmaktan veya bulunmuş olmaktan doğan sempati ile yargıcın hafızasında yer almış ve onda nefrete yaklaşan bir duygu tevlit etmiş kimselere psikolojik ve şuura intikal etmeyen bir benzetmeye dayanan antipati, yargıcın ruhi sahada tarafsızlığını ihlal eden tesirlerdir. Bu tesirlerin menşeini aramak ihtiyacını duyan yargıç kendi üzerinde yapacağı tahlillerle kendini bu tesirlerden kurtarabilir(...)".[100] Zira, "(...) evvelce taharrur etmiş ve tahkik edilmeden kabul olunmuş bir fikir(...)" *boş inançtır.*[101]

Ekseri yanlış hükümler ve takdirler, hakimin önyargılarından oluşmaktadır. Hakimlik mesleğinin yıllarca süren ifası, onda ister istemez bazı önyargılar meydana getirir. Bu önyargılar da, kendisinin bile farkına varamayacağı bir şekilde kararını etkiler. "Hata" ve "otorite"nin oluşturduğu önyargılardan[102] bir hakim ancak yöntemli çalışmak sayesinde kurtulabilir. Bunun güçlüğü ortadadır ancak sağlıklı bir kararın oluşması böyle gerektirir.

C– Tarafsız Olmak

Hakimin tarafsızlığı, sadece davanın tarafları arasında yan tutmasından ileri gelmez, ön yargılarından kurtulmasının bir başka şeklidir. Hakimin taraflar arasında yan tutmaması, nötr olması zaten görevinin gereğidir. Örneğin sanığın suçunun sabit oluncaya kadar suçsuz sayılması genel hukuk prensiplerindendir. Hakimin bir davada sanığı mahkum gibi telakki ederek davranması, duruşmayı bu yolla idare etmesi ve delilleri toplaması onun tarafsızlık sıfatı ile bağdaşamaz. Yine taraflardan birisine kişisel yakınlık veya tam tersi kişisel kızgınlık, hakimin tarafsızlık sıfatını zedeleyecektir.

Ancak gerçek anlamda tarafsız olarak nitelendirebileceğimiz hakim, "duygularına, çıkarlarına, kişisel eğilimlerine kapılmayan, özgür" kişidir. Bir diğer deyişle, kararlarını çıkarlara, bağlantılara, amaçlara, düşmanlıklara, duygulara göre vermez.

Hakimin tarafsızlığının başta gelen şartı objektifliktir. O, hiç bir zaman kendi kişisel değer tasavvurlarını veya mensup olduğu sosyal grubun diğer tasavvurlarını kararına dayanak yapmamalıdır. "Objektiflik, gerçeği her türlü duygu ve ihtirastan uzak olarak incelemek isteği ve yeteneğidir(...). Ancak belirtilen nitelikte bir objektifliği uygulamanın çok güç olduğunu gözden uzak tutmamak gerekir(...)".[103]

D– Aşırıya Kaçmamak

Hakim iki şekilde ifrata düşebilir. Birincisi, çözülmesi gereken somut olaydaki hisse ilişkin bütün unsurları dikkate almamakla, ikincisi ise, hisse ilişkin unsurlara gereğinden fazla yer vermekle gerçekleşir. Uygulamada, birinci hale, ikincisinden daha fazla rastlanmaktadır. Uzun meslek yılları hakimlerde, histen fikre doğru bir eğilim ve olayları fikri çerçevelere koyma suretiyle basitleştirme temayülü ortaya çıkarmaktadır.[104]

Aşırıya kaçmama ilkesi, doğallıkla hakimin kararının ölçülü olmasını gerektirir. Yani hakim kararında soğukkanlılığı elden bırakmamalı, ne fazla sert ve ne de fazla yumuşak olmalıdır. Örneğin, bir ceza yargılaması sırasında hakim, suç ile ceza arasındaki adalet oranını göz önünde bulundurarak, suçlunun kişiliğine soyut hukuk kuralını uydurmak durumundadır. "Ölçülü olma" kuralı, hukuk düzeyinde etkisini devamlı olarak hissettiren genel bir olgu olup, yönleri ve belirtileri arasında "eşitlik talebi", "suçlunun hak ettiği cezayı görmesi" "insanlık onuru", "genel anlamdaki tahmin ve bekleyişlerin tatmin edilmesi" gibi ilkeler yer almaktadır.

E– Makul Olmak

Karar verme aşamasında olan hakimin göz önünde tutacağı ilkelerden birisi de kararının "makul olması" gerektiğidir. Makul karar, akla uygun bir karar demektir. Eğer karar akla uygun değilse, doğaldır ki geçersiz ve sağlıksız bir karardır. Çünkü, "(...) hukuk mantığına uymayan, aklı selimi ve vicdanları tatmin etmeyen bir (...) kararın adaleti yerine getirdiği iddia olunamaz".[106] Burada neyin makul, neyin makul olmadığı hususunda bir tartışma önem kazanmaktadır. Dışarıdan bir gözlemci nazarında çok defa akıl dışı olarak görünen bazı görüş ve davranışlar, bizzat bu inançları taşıyan, davranışları gösteren birey bakımından son derece makul şeylerdir.[107] Ancak bu ayrık durumlar genelleştirilecek olursa, alışılmış, yani olağan[108] görüş ve kanaatler dışındaki hareketler ve düşüncelerin kararda ve karara dayanak yapılarak kullanılabileceğini söylemek oldukça zordur. Çünkü olağan olmayan, akıl dışı görülen bazı görüş ve davranışların değerlendirilmesi, ancak hukuk dışındaki bilimsel ve teknik alanlarda bir uzmanlık getireceği için, hakim, bilirkişi deliline başvuracaktır.

Özel durumları ayrık tutarak, "olağan görüş ve kanaatler" olarak belirtmeye çalıştığımız makullüğün varlığı veya yokluğu, diğer yardımcı öğelerle, psikoloji ve biyoloji ilimleri ile diğer teknik bilimlerin yardımı olmadan da anlaşılabilir. Çünkü bir kararın makul olup olmadığı, o kararın oluşumunda bazı kurallara uyulup uyulmadığının saptanmasıyla açıkça ortaya çıkabilir. Doğru karar verme sanatının vazgeçilmez ögeleri olan bu kurallar, hukukun temel ilkeleri olduğu kadar, mantığın da savsanamayacak araçlarıdır. Tümüyle belirgin ve apaçık olan bu kurallara uyularak varılmış bir kararın makul, buna karşı olan bir kararın da gayri makul olacağı doğaldır diyebiliriz.

Makul bir kararın ilk koşulu, karar verecek kimsenin bütün önyargılarından kurtulmuş olması gerektiğidir. İleride değineceğimiz gibi, hakimin kişisel bilgisini delil olarak kullanamayacağı ilkesi ile birlikte, bütün peşin kanıları zihninden atmış olması şartı, makul bir karara erişmenin ilk koşuludur.

İkinci koşul ise, gereken araştırmaları yapmaktır.[109] Bu ise, kesin bir kanaat temin edecek delillerin tamamının toplanması[110] demektir. Descartes, bu çok önemli araştırma kuralını, "(...) hiçbir şeyi unutup ihmal etmediğinden emin olmak için, her tarafta bir çok sayışlar ve tekrarlar yapmak(...)"[111] şeklinde ifade etmektedir.

Makul bir karara ulaşmadaki son koşul ve dolayısıyla son evre, sonucun çıkarılmasında gerekli dikkat ve özenin gösterilmesidir. Karar verme süreci içinde oluşturulan ve hakimin kararına dayanak oluşturacak sonuç, yargılama evrelerine, somut olaya ilişkin bilgi ve belgelere, tarafların kişiliklerine –*özellikle ceza yargılamasında*– ve olayın gerçek niteliklerine uygun düşmelidir. Çıkarılan sonuç, toplanan delillerle, bilgi ve belgelerin "mantıki sonucu olmalı", olayın niteliği böyle bir karara varmayı zorunlu kılmalıdır. Öyle ki, çıkan sonuçlar ile bilgi ve belgeler ve

somut olayla (taraflar) arasında zorunlu bir bağ bulunmalı ve bu bağ sağduyu sahibi herkes tarafından görülebilmelidir.

Bütün bunlar da doğallıkla kararın gerekçeli olmasını gerekli kılar. Hakimin kararının gerekçeli olması, onun makul olmasını sağlama yönünden olağanüstü önem taşır. Gerekçe, kararı inceleyenleri tatmin etmesi bakımından olduğu kadar, karara varan kişinin olayı daha iyi kavramasında da yardımcı olur. Hem temel yasalarımız, hem de yöntemle ilgili yasalarımız, mahkeme kararlarının gerekçeli olmasını öngörmüştür. Bu yöndeki hükümler bir emir niteliğindedir.[112]

Gerekçe, sözcük kökeni bakımından bir "neden"dir, yani kararın nedenidir. Bir söz yığınından ibaret değildir. Suç ya da dava ögelerinin açıklanması ve suçlu ile olay veya taraflar arasındaki ilgiyi veya ilgisizliği belirtmektedir. Sağlıklı ve geçerli bir kararda hakim, karara ne şekilde ulaştığını izah etmektedir. Yoksa hakim, hiçbir gerekçe göstermeden olumlu veya olumsuz bir karar koyamaz. Adalet duygusunun yerleşmesi, verilen kararın doğruluğuna, sağlıklı ve geçerli oluşuna ne denli bağlı ise, tarafların onun nedenini benimsemelerine de o denli bağlıdır. Kararda ilgililerin düşünce alanlarına girebilecek her türlü olasılığı hesaplayıp, haklı ve haksız yönlerini tartışmak gereklidir ki; tarafların hak ve karşı hak durumunu kabullenecekleri bir ortam hakimin kararı aracılığı ile oluşsun. Kısaca, bu yönden gerekçe, kararın, yasa ve "(...)hakkaniyete uygun olup olmadığını incelemek için bütün ilgililerin yararlanabilecekleri vazgeçilmez bir kaynaktır. Kararın mantıki ve etik doğruluğu ancak gerekçeden anlaşılabilir(...)".[113] Gerekçe bir başka bakımdan da gereklidir. Bu gereklilik, hakimin kararlarının üst yargı mercileri tarafından denetlenmesi içindir.

Burada belirtilen bütün kurallar, "makul" bir kararın öğelerini açıklığa kavuşturmaya çalışmaktadır. Gerçekten de, bütün peşin kanılardan arınmış bir zihinle, hiçbir eksik bırakılmadan toplanmış delillerin, bilgi ve belgelerin bütün halinde mütalaası suretiyle ve delillerin niteliğinden doğan zorunlu sonuca ulaşılmasını ve bu sonuca varılırken ölçülü olmaktan da hiçbir zaman ayrılmamayı içeren düşünce uğraşısının, makul olmaması olanaksızdır.

F – Somut Olayın Gerçeğini Tam Olarak Kavramak

Hakim her şeyden evvel, somut olayı kavramalıdır. Hakimin olayı tam olarak anlayabilmesi, psikolojik ve idari bir olgunluğa ulaşması ile olanaklıdır.[114] Karar verebilmek için, durumu iyi bir hukuksal süzgeçten geçirmek ve hukuk mantığı ile çatışmaması için, iyi bir şekilde muhakeme edilmek suretiyle sonuca ulaşmak icap eder.[115] Örneğin bir dava dosyasının en son sayfasından değil, kaynağından başlayarak yapılacak bir inceleme, gerçeğin daha sağlıklı bir şekilde ortaya çıkmasını sağlar. Zira dava dosyasının en son sayfasından başlayarak yapılan bir inceleme bizi daima yanıltabilir ve yanlış yönlendirebilir. Olay hakkında ilk defa okunarak elde edilecek bilgi, insanı etki altında bırakabilir.

Hakimin kararının oluşabilmesi için, incelenen olayla ilgili olup da, bilinen bütün bilgilerin toplanması vazgeçilmeyecek bir kuraldır. Karara konu olan somut olayda, **"hiçbir delilin savsanmaması"**,[116] olaydaki, kişiye ilişkin hiçbir belge ve bilginin gözden ırak tutulmaması gerekir.

Bu bilgi ve belgelerin toplanması sırasında "(...) bilimsel esaslardan ve bilimsel araçlardan yararlanmak da zorunludur(...)".[117] Bütün bu bilgi edinmeler, hakimin somut olayın gerçeğini tam olarak kavramasına yardım edecektir. Gerçeği tam olarak kavrayan hakim ise arzu edilen sonuca yani, makul bir karara ulaşabilir.

Sonuca ulaşmak aynı zamanda, toplanan bütün delillerin değerlendirilmesini yapmak, incelenen olayın oluşmasında rol oynamış nedenleri bulup çıkarmak ve bunlara göre de, uygulanacak hukuk kuralının hangisi olduğunu belli etmek ve soyut hukuk kuralının somut olaya uygulanmasının yaratacağı sertliği gidermeye çalışmaktır. Bu aşamanın niteliğine göre, bütün karar verme sürecinin en önemli evrelerinden birisi olduğu açıktır. Bu evrede yapılabilecek ufak bir yanlışlık, bütün evrelerde gösterilen çabaları boşa çıkarabilir. "Hakim, öncülleri (hukuk kurallarını)(...) doğru seçmesini, öncülleri olaya uygulamasını, doğru sonuç çıkarmasını iyi bilen kişidir".[118]

Öte yandan, bu sonuca ulaşacak hakim, önemli özellik değişimleri söz konusu olmadıkça benzer olaylarda da benimsenebilecek bir uygulama yapmalıdır. Ancak temel düşüncesi diğer olaylara da uygulanabilecek ölçüde genelleştirilebilen bir karar adaletli olabilir. Böyle bir genelleştirme de, söz konusu karara olayın yalnızca tipik özelliklerinin temel yapılmasını gerektirir.[119]

G – Etki Altında Kalmamak

Hakimin tarafsızlığını sarsan, ancak kasti olmayan sebeplerin başında etki altında kalması gelir. Hatta kanunlarımızda hakimin etki altında kalmasını önleyecek hükümler mevcuttur. Örneğin, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, aleyhine kanun yollarından birine müracaat edilmiş olan bir hükme iştirak eden hakimin, üst mahkemece bu hükme dair verilecek karara katılamayacağını belirtmiştir(m. 22). Çünkü katıldığı ilk hükümle kendi kendini etkileyen hakim, son karar aşamasında, "sanığı, suçu sabit oluncaya kadar suçsuz görmesi" gerektiğine ilişkin genel hukuk kuralını ve tabii ki kendi tarafsızlığını, farkında olmaksızın ihlal edebilir.

Psikolojik bir olay olan etkilenme, üç aşamada oluşmaktadır: 1. fikrin alınışı, 2. Alınan unsurun şuurunun dışında yani şahsın iradesinin ve şuurunun hakim olmadığı bir sahada bir değişmeye maruz bırakılışı, 3. Şekil ve mahiyeti bu suretle değişmiş olan fikrin, olayın, ihsasın şuura çıkışı.[120]

İç ve dış dünyadan gelmesi mümkün olan etkilenmeyi hazırlayıcı çeşitli unsurlar vardır.

a) Dikkat

Etkilenmenin ilk şartı, belirli bir fikir, olay üzerinde dikkatin aşırı bir şekilde ve gayriiradi olarak teksif edilmesidir. Örneğin, bir yazı okunurken dikkat harflere değil, anlama verilmiştir. Eğer dikkat bir cümle içindeki bir harf üzerinde toplanırsa, bu kez anlam karanlıkta kalır. Tıpkı bunun gibi, önüne gelen bir somut olayda hakim, bir konu üzerinde gereğinden fazla bir dikkatle durursa veya bir şahit ifadesi üzerinde, gayriiradi olarak aşırı bir değerlendirmede bulunursa somut olayın bütünlüğünü kavraması güçleşebilir.[121]

Bu bakımdan yargılamaya ilişkin bütün bilgi ve belgelerin bir "kül halinde mütalaası"[122] gerekir. Gerçekten hakim,

karar verme sürecinde, somut olaya çok yönlü bakmalı ancak her olay ve her kişi için bağımsız bütünden ayrı değerlendirme yapmamalı, bilgi ve belgelerin bir kısmını diğerlerinden ayrı bir şekilde dikkate almamalıdır. Çünkü tek tek incelendiğinde bir başka sonuca hakimi götürecek olan olaylar, bir bütün içinde bambaşka bir anlam ve dolayısıyla bambaşka bir sonuç ortaya koyarlar.

b) Heyecanların Geçişi

Topluluk halindeki şahıslardan birisinin duyduğu heyecan, kolaylıkla diğerlerine intikal edebilir. Bu sebeple kamuoyunun ilgisini çeken davalarda, gazetelerdeki yazılar, mütalaalar hakim üzerinde bir etkide bulunabilir. Hatta bazen sırf bu amaçla yazılar yazıldığı da görülmüştür. İyi niyetle yazılmış olsalar dahi, okuyucunun ilgisini çekmek zorunda olan gazeteler, gerçekleri az çok değiştirirler. Eğer bir siyasi dava söz konusu ise, gazetenin de siyasi kanaati bu gibi tahrifleri artıracaktır. Bu sebeple hakimin uyanık bulunması, muayyen bir psikolojik olgunluğa ulaşması, duruşma dışındaki cereyanlardan kendini uzak tutması zorunluluğu vardır.[123] Son zamanların en fazla konuşulan davası olan İSKİ davası, buna bir örnektir.

Hakimin dış dünyadan, özellikle kitle haberleşme araçlarının çok yaygın bir hale geldiği günümüzde basından ve diğer kitle iletişim araçlarından etkilenmesini önlemek amacıyla, yasal sınırlar içinde verilecek hakim kararı ile, olaylar hakkında yayın yasağı konulabileceği Anayasamızda belirtilmiştir (m. 28/6).

Yine aynı doğrultuda Basın Kanununda, herhangi bir olaya ilişkin ceza kovuşturmasının başlamasından hükmün kesinleşmesine kadar hakim ve mahkemenin hüküm, karar ve işlemleri hakkında "mütalaa" yayınlanması yasaklanmıştır (Bas. K. m. 30/2). Bütün bunlara rağmen, medyanın günümüzdeki birçok olaydaki davranışı dikkate alındığında uygulamada halen oldukça büyük karmaşa yaşandığını söylemek olanaklıdır.

Dış evrenden hakime gelebilecek bir diğer etki ise, toplu hakimli mahkemelerde başkanın veya kıdemli bir üyenin görüşlerinin diğer üyeler üzerindeki etkisidir. Bu amaçla Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu 385/2. maddeye göre başkan, kıdemsiz üyeden başlayarak görüşlerin ve kararların tespitini sağlar, kendi görüş ve kararını en son bildirir.

H– Somut Olay Hakkındaki Kişisel Bilgisini Kullanmamak

Hakim, gerek hukuk ve gerekse ceza davalarında o somut olay hakkındaki kişisel bilgisini kararına dayanak yapamaz. Çünkü, bu durum savunma hakkını zedeler, bu bilginin serbest bir şekilde tartışılmasına imkan yoktur. Somut olay hakkında kişisel bilgisi bulunan hakim, görevinden çekilmeli ve tanıklık etmelidir. Hakimin kişisel bilgisi mahkemede, duruşma sırasında elde edilmeli,[124] duruşma kayıtları ile sınırlı olmalıdır. Yani hakim kararlarında, herkesçe bilinmeyen hususlara ait bilgileri değil, herkesçe bilinen"(...) genel halk bilgisinin bazı gerçeklerini(...)"[125] yargısal dikkate almalıdır. Ancak bunların dahi, somut olması ve üzerlerindeki tartışmanın asgariye inmiş, yerleşmiş, yayılmış bulunması gerekmektedir. Örneğin, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 238 ve 239'uncu maddelerinde, herkesçe bilinen "maruf ve meşhur" hususların ispatı için delile ihtiyaç görülmemesi de bu esastan gelmektedir.

4. Duruşma Aşamasında Hakimce Uyulması Gerekli Bazı İlkeler

A– Dikkat

Hakim karar öncesi, duruşma sırasında tarafları büyük bir ihtimam ve dikkatle dinlemeli, iddia ve savunmanın taleplerini aynı dikkatle incelemeli, her türlü hariçi işi atıp, ikame edilmiş davadan başkasını düşünmemeye çalışmalıdır. Dikkati yaymaktan sakınmak ana kural olmalıdır. Bu konudaki şu mizahi eleştiri çok güzel bir örnektir: "Mahkemeyi teşkil eden üç hakimden biri dinler fakat işitmez, diğeri işitir fakat dinlenmez, nihayet üçüncüsü hem dinler, hem işitir fakat anlamaz".[126]

Öte yandan, duruşmaya çıkmadan önce hakim duruşma dosyası ve safahatını iyice inceleyerek hazırlanmalıdır. Hazırlıksız hakim, tarafların talepleri karşısında gereken kararı hemen veremeyecek, ertelemelerle gecikmeye sebep olacaktır. Ancak günümüzde, vasıflı işgücünün azlığı ve yoğun iş yükü karşısında hakimlerin duruşma dosyalarını yeterli şekilde inceleyebileceğini ummak oldukça güçtür.[127]

B– Nezaket

Hakimin gerek duruşmada ve gerekse yargılama dışında, görev yaparken nazik bir şekilde hareket etmesi gerekir. Yargıladıklarının da sanık ve davalı olmalarının dışında, kişilik ve gurur sahibi birer insan olduğunu unutmamalıdır. İyi bir hakim, tıpkı bir hekim gibi hareket etmelidir. Hekim nasıl hastasına sert ve haşin muamele etmezse, etmemesi gerekirse, sosyal bir hekim olarak kabul edebileceğimiz hakim de, aynı şekilde davranmak zorundadır.[128] Fransız hakim Lamoignon'un işaret ettiği gibi, davacı ve davalının,"(...) davaları olmak dolayısıyla duçar oldukları talihsizliğe, hakimleri tarafından fena karşılanmak bedbahtlığını da ilave(...)" etmemek gerekir.[129]

C– Sükunet

Duruşma aşamasında hakim, tamamiyle sakin olmalı; intibalarını fikrini, jest ve mimikleriyle belli etmemelidir. Ayrıca sinirlenmemeli, tarafları sabırla dinlemelidir. Ancak ülkemizde, özellikle büyük şehirlerimizdeki hakimlerin duruşma sırasında yeteri kadar sakin olmadığından Baro Başkanları bile şikayetçi bulunmaktadır: *(...) Ama bizde, bağırıp çağıran bir tiptir yargıç. Bağırır çağırır. Dokuzda duruşma verir, geç gelir. Geldikten sonra, bir de kahve söyler. Arkadaşlarını ağırlar. Ve tutuklar. Tutuklar. Önüne geleni tutuklar(...). Bizde tanık, bir gece önceden rüyalarını görmeye başlar, filanca gün duruşmaya gideceğim, ne olacak diye. O heyecanla adliyeye gelir, adliyede yargıç bir bağırır, adam her şeyi unutur(...)"*[130]

Bu ilkelerin dışında, hakim duruşma sırasında ihtiyatlı olacak, aceleci olmayacak, inatçılık etmeyecek, şaşkınlık göstermeyecek, yorgun, hasta ve düşünceli olmayacaktır.[131] Ayrıca Mecelle'de maddeleştirdiği gibi; "Hâkim, hakîm *(:Alim, bilgin)*, fehîm *(:zeki, anlayışlı)*, müstakîm *(:doğru)* ve emîn *(:emniyetli, güvenilir)*, mekîn *(:vakarlı, temkinli)*, metîn *(:sağlam, dayanıklı)* olmalıdır".[132]

Sonuç

Yazı çerçevesi içinde belirtilen ve belirtilemeyen birçok vasıf ve özelliklerin sahibi olması gereken; toplum içinde herkesten farklı bir yeri bulunan ve adaletin uygulayıcısı olan hakimler, bulundukları çevre-

nin ekonomik, sosyal ve politik etkilerinin altındadırlar. Ayrıca, bakmak zorunda kaldığı davaların ağır yükü altında ezilen hakimlerin verdiği kararlardaki isabet derecesi de gittikçe azalmaktadır. Bu da adalete karşı duyulan hoşnutsuzluğun sebebi olmaktadır. "Ülkemizde yargılama bir sanat olmaktan çıkmış ve yargıçlık sıradan bir meslek memurluğu durumuna gelmiştir(...). Örnekleri giderek azalan ideal yargıç ve avukat tipi veya birkaç doyucu yargı kararı ayrık tutulursa Türk Yargısı, yargıcı ve avukatı ile bilimsellikten uzak, el yordamıyla çalışmakta, "adil yargılanma hakkı ve hak arama özgürlüğü" bir rastlantı sonucu gerçekleşebilmektedir(...)"[133]

Bilindiği gibi, yargılamanın amacı gerçeği bulmaktır. Ancak bu sonuca varmak için bir yargılamada ortaya çıkan olgu ve hukuk sorunlarının tarafların gözü önünde ve onların katılımıyla açıklığa kavuşturulması gerekir. Karar verme sürecinde oluşturulan hükmün kolektifliği bunu gerektirir. Bu sayede verilen hükmün mükemmelliği ve sosyal doğruluğu, inançların oluşması ve kaybeden tarafta dahi bu sonucun benimsenmesi sağlanır. Eğer hükmün oluşumunda bu kolektivite sağlanamazsa, hakimin kararı taraflarca tatmin edici bulunamaz. Bugün "Türk yargıcı, bu garantör normlar işletilemediği için güvensizlik inançlarıyla karşı karşıyadır"[134]. Dilimize yerleşmiş olan "Allah kimseyi hekime ve hakime muhtaç etmesin" sözünün de bu tür davranışlarla ilgisi bulunduğu söylenebilir.

Makul ve arzu edilen bir kararın; bütün önyargılardan arınmış bir zihinle, hiçbir eksik bırakılmadan toplanmış delillerin, bilgi ve belgelerin bütün halinde mütalaası suretiyle ve delillerin niteliğinden doğan zorunlu sonuca ulaşılması ve bu sonuca varılırken ölçülü olmaktan da ayrılmamayı içeren bir düşünce uğraşısı ile oluşabileceği açıktır. Ancak, "(...) yargılama çabasının kapsamı, niteliği, amacı *(yeterine)* bilinmediği için, yargıçlar görevlerinin önemli bir bölümünü (kanıtların değerlendirilmesini, olgular ve uygulanacak hukuk normlarının belirlenmesini ve en önemlisi olguların hukuk kurallarına uygulanması yoluyla nitelendirme yapılarak yargılamanın önemli sonuçlarının ortaya konulmasını) bilirkişilere devretmişlerdir. Avukatlar ise, yargılama çalışmalarında olabildiğince dışlanmış durumdadırlar. Bu nedenle yargı kararları, bilirkişilerin raporlarında ya da yargıçların kendi kendilerine oluşturduğu düşüncelere göre verilmektedir."[135] Bu düşüncelerin ise, hukukta araştırma ve yöntem usullerine uyduğunu, bilimsel esas ve araçlarla desteklendiğini söylemek ise çok zordur. Durum böyle olunca, el yordamıyla ve bilinçsizce yapılan araştırmalarla "somut olayın gerçeği" yeterince kavranamamakta ve doğallıkla bu olumsuzlukların çerçevelediği bir hakim kararı, doyurucu bir gerekçeden de yoksun bulunduğu için; tatmin edici ve sorunları çözüme kavuşturucu olmaktan uzak bulunmaktadır.

Bugünkü adli sistemimizin, esaslı ve tam bir reforma muhtaç olduğu kanısı herkeste mevcuttur. Günümüzde herkes, şekil ve usule değil, her gün biraz daha değişen, ilerleyen, hareketli olagelen hayata bakmakta ve günün anlayışına dayanan ilkeleri ve adaleti beklemekte kendisini haklı görmektedir. Ancak bugün için düzenlemeye muhtaç olan; insan doğasında ve muhakemesinde var olan adalet fazileti ve duygusu değil, adli yapı ve yasalardır. Doğallıkla, hakimlerin moral ve

maddi durumlarının da aynı düzenlemeye gereksinme duyduğu açık bir realitedir. Hakimlerin durumları, mevkileri; oynadıkları önemli rol ve görevle orantılı olarak düzenlenmedikçe, adaletin prestijini kurtarmak olanaklı değildir.

NOTLAR

1) Richard A. Wasserstrom, *The Judicial Decision, Toward a Theory of Legal Justification*, Standford University Press, Standford California, (first published 1961), 1978, s. 1.
2) *İbid.*, s. 1.
3) *İbid.*, s. 1–2.
4) *İbid.*, s. 2.
5) *İbid.*, s. 2.
6) Roscoe Pound, "Mechanical Jurisprudence", *Colombia Law Review*, 1908, 8, s. 605–623.
7) J.W. Peltason, "Introduction" (to the Judicial Process), *International Encyclopedia of the Social Sciences*, Macmillan, New York 1968, Vol. 8, s. 283.
8) *İbid.*, s. 283–284. Meşhur İngiliz hukukçu Sir Carleton Kemp Allen, bunu şöyle ifade etmektedir. "Bizim hukukumuzda politik değişiklikler olmuş, o, tarihinin belirli dönemlerinde bir hükümet enstrümanı seviyesine indirilmekle tehdit edilmiştir; gerçekten Sir Edward Coke gibi kişilerin direnmesi olmasaydı, bu kederli akıbete uğrayabilirdi..." Sir Carleton Kemp Allen, *Law in the Making*, seventh edition, Oxford, The Clarendon Press (first published 1927), 1964, s. 56.
9) W. Seagle, *Men of Law*, The Macmillan Comp., New York 1947, s. 324'ten nakleden; Ülker Gürkan, *Hukuki Realizm Akımı*, Ankara 1967, s. 7.
10) O. Münir Çağıl, "Jhering'in Hukuk Nazariyesinin Temel Fikirleri", *İÜHFM*, C. XI, 1945, S. 3–4, s. 244–245.
11) Jhering'e göre, "Hukukun gayesi, cemiyetin hayat şartlarını teminat altına almaktır". Bu sebeple hukuk, bu hayat şartlarındaki değişiklikleri takip ederek değişecektir. Hâmide Topçuoğlu, *Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, (Sosyoloji Açısından Hukuk), C. 1, ikinci baskı, Ankara 1963, s.33.
12) *İbid.*, s. 34. *Gürkan*, s. 7–8.
13) Kavram olarak Hak ve Nısfet için bk. Abdullah Dinçkol, "Hakimin Takdir Yetkisinin Kullanılmasında (Hak ve Nısfet)", *Yargıtay Dergisi*, c. 19, Temmuz 1993, S. 3, s. 219 vd.
14) Hans Reichel, "Kanun ve Kaza", çev.: Sabri Şakir Ansay, *AÜHFD.*, C, VIII, 1951, S. 1–2, s. 506–507.
15) Geny, "Tefsir Metodu" hakkındaki eserinde, hakimin hukuk yaratma fonksiyonunu, hukukun hayatiyetini devam ettirici bir unsur olarak almış, fakat içtihatların da ikinci bir donmuş kalıplar sistemi teşkil etmesini hiç hoş görmediğini ısrarla belirtmiştir. Topçuoğlu, s. 48. Ayrıca bk. s. 49–55.
16) Reichel., s. 507–508. *Topçuoğlu*, s. 36, dn. 70.
17) Hans Reichel, "Kanun ve Kaza", çev.: Sabri Şakir Ansay, *AÜHFD.*, C. VIII, 1951, S. 3–4, s. 236–237.
18) Kantorowicz, (Gnaeus Flavius) takma ismiyle yayınladığı "Hukuk İlmi İçin Mücadele" isimli broşüründe, Serbest Hukuk Okulu'nun genel şemasını ve belli başlı iddialarını üç nokta etrafında toplamaktaydı. a– Hukuk nedir? b– Hukuk ilmi ne olmalıdır? c– Adalet tatbikatı nasıl cereyan edecektir? Bk. Topçuoğlu, s. 38–41.
19) Gény'e göre, "Bülow, usulü noktadan hareketle hakimin vazifesinin sadece kanun ve örfü tatbikten ibaret sanılmasına rağmen, mahiyeti icabı ve zaruri olarak müşahhas halde hukuk yaratıcı olduğunu müdafaa ediyordu" *Topçuoğlu*, s. 36, dn. 72.
20) Gürkan, s. 9.
21) *İbid*, s. 9.
22) *İbid*, s. 10
23) *İbid*, s. 10–11.
24) Bu konudaki geniş ve ayrıntılı araştırmasında Yörükoğlu, realistlerden önceki dönemdeki düşünürlerden, Holmes, Gray, Dewey ve Pound'u, onlarla birlikte ele alıp, şüphecilerin bazılarını hariç tutarak, "pragmatik enstrümantalizm" adını kullanmakta ve bu genel düşünce istikametleri için "pragmatik enstüramantalizm" isminin, "hukuki realizm" ismine nazaran daha tanımlayıcı ve yerinde bir isim gibi göründüğünü belirtmektedir. Ömer Yörükoğlu, *Yirminci Yüzyılın İlk Yarısında Amerika Birleşik Devletlerinde Hakim Olan Hukuk Teorisi*, İstanbul 1982, s. 27–28.
25) Karl N. Llewellyn, "The Constitution as an Institution", *Columbia Law Review*, 1934, S. 34, s. 7.

26) Otto Kirchheimer, *Political Justice: The Use of Legal Procedure for Political Ends*, Princeton University Press, Princeton 1961, s. 187.

27) Peltason, s. 284.

28) *İbid.*, s. 284.

29) Karl N. Llewellyn, "Some Realism About Realism: Responding to Dean Pound", *Harvard Law Review*, S. 44, s. 1222–1223'ten nakleden; Gürkan, s. 28.

30) *İbid.*, s. 28.

31) Karl N. Llewellyn, "On Reading and Using Newer Jurisprudence", *Columbia Law Review*, 1940, S. 40, s. 593.

32) Peltason, s. 284.

33) Yörükoğlu bu düşünürlerin ekstremist görüşler ileri sürdüklerini ve bu görüşlerin genellikle enstüramantalist prensiplerin mübağalı ifadeleri olduğunu, örneğin Jerome Frank'ın sık sık, hakimlerin kişiliklerinin verdikleri kararları tayin ettiğini yazdığını ve gene sık sık kazai yolla hakikatı anlamada asla önceden tahmin yürütülemeyeceğini iddia ettiğini, örnek olarak da uzmanlaşmış hukuk personelinin önemini fazlalaştırarak naklettiğini ve gene hukukun işleyişindeki sınırlılığı mübalağalı şekilde aksettirerek, kazai yolla hakikatı anlamadaki zorlukları aşırı bir noktaya çıkardığını belirtmektedir. *Yörükoğlu*, s. 23–24.

34) Peltason, s. 284–285.

35) *İbid*, s. 285.

36) Topçuoğlu, s. 9.

37) Dinçkol, s. 214–215. Ayrıca bk. Abdullah Dinçkol, "Sosyolojik Verilerin Sosyal Güvenlik Politikaları ve Sistemlerine Etkileri", *Facultatis Decima Anniversaria*, 10. Yıl Armağanı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 1993, s. 216/dn. 8 ve s. 224–228.

38) Sosyal gerçeklik dediğimiz şey, "(...) insanların belli bir biçimde birleşmesini ifade eden toplumsal yaşamı ifade eder, yani insanın biyolojik özellikleriyle değil, ancak toplum halinde yaşamasının sonuçları olarak açıklanabilecek tüm olay ve olguları içeren bir kavramdır "toplumsal gerçeklik" (...). İnsan toplumunda nasıl davranılacağını insanların toplu yaşamları boyunca bulup geliştirdikleri kurallar sağlar (...). Bu kurallar doğada yoktur, insan toplumuna özgüdür; toplumla doğar, onunla gelişir. İşte bu anlamda kurallar ve dolayısıyla hukuk kuralları "olgu–kural" ikiliğini aşan "toplumsal gerçekliğin" bir parçasını oluşturur (...)". Ülker Gürkan, *Hukuk Sosyolojisine Giriş*, Ankara 1989, s. 23–24. Topçuoğlu, s. 133–135. Aral'a göre de, "(...) hukukun pratik amacını *toplumsal gerçeklik* belirler. Sosyal bir olay olarak hukuk tüm diğer sosyal olaylarla birlikte real dünyanın, real ilişkilerin yasaları altında bulunur". Vecdi Aral, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, İstanbul 1984, s. 159. Ancak Aral, hukukun oluşumunda real güçlerin, toplum gerçeğinin kaçınılmaz etkilerini görenlerin, tek yanlı olarak sadece akıl ve değer gibi ideal (düşünsel) güçleri hesaba katanlara tepki olarak gerçekçilikte aşırıya gittiklerini de ifade etmektedir. Vecdi Aral, *Toplum ve Adaletli Yaşam*, "Sorumluluk ve Kişiliğin Kazanılması", İstanbul 1988, s. 33, 34 vd.

39) Ömer Faruk Karacabey, "Yargıç ve Sosyal Gerçek", *Yargıtay Dergisi*, C. 1, Ocak 1975, S. 1, s 94. Ancak öte yandan bilindiği üzere çağımızda hukuk daha çok yasa adı altında yazılı bir biçimde görünmektedir. Yazılı bir metin olan yasalarda yasa koyucu, anlatmak istediği düşünceyi sözcük ve tümceler içerisine sokmuştur. Aral, *Hukuk Felsefesinin*, s. 177.

40) Karacabey, s. 94.

41) Aral, *Hukuk Felsefenin*, s. 177.

42) *İbid.*, s. 178.

43) Ailenin değişimi hususunda bk. Nejad Erder, et.al. *Türkiye'de Ailenin Değişimi, Toplumbilimsel İncelemeler*, Yayına Hazırlayan: Türköz Erder, Türk Sosyal Bilimler Derneği, Ankara 1984, passim. Feridun Merter, "1950–1988 Yılları Arasında Köy Ailesinde Meydana Gelen Değişmeler", (Malatya Örneği), Ankara 1990, passim. Birsen Gökçe, "Aile ve Aile Tipleri Üzerine Bir İnceleme", *Hacettepe Sosyal ve Beşeri Bilimler Dergisi*, C. 8, S. 1–2, Mart–Ekim 1976. Hikmet Y. Celkan, "Aile Kurumunda Süreklilik ve Değişme", *Türk Aile Ansiklopedisi*, T.C. Başbakanlık ve Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı Yayını, Ankara 1991, s. 28 vd. Orhan Türkdoğan, "Aile Sosyolojisi Modeli", *Türk Aile Ansiklopedisi*, T.C. Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı Yayını, Ankara 1991, s. 24 vd. Aile üzerine yapılan geniş bir alan araştırması için bk. Beşir Atalay, et. al., *Türk Aile Yapısı Araştırması*, DPT yayını, Ankara, Nisan 1992, passim.

44) Adnen Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, Ankara 1986, s. 94.

45) *İbid*, s. 96–97.

46) Karacabey, s. 94–95.

47) Abdullah Dinçkol, *Sosyal Güvenlik Açısından Toprak ve Tarım Reformu*, "Sistem Kuramı" Çerçevesinde Bir İnceleme, M.Ü.S.B.E., (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 1992, s. 264. Olayın bir başka yönüyle ele alınması bize şunu da göstermektedir ki; son yıllarda kitle haberleşme araçlarındaki gelişme, teknolojik ilerleme, köylerden kentlere olan akın, köylerin kapalı toplum olmaktan çıkıp, açık bir yapıya yönelmeleri, eğitim düzeyinin yükselmesi, Medeni Kanunun resmi evlenme aktinin uygulanmasını daha yaygın duruma getirmiştir.

48) Karacabey, s. 95, Faruk Erem, *Adalet Psikolojisi*, yedinci baskı, Ankara 1977, s. 267.

49) Bir hukuksal düzenlemenin başarısı, "(...) hukuk ile toplumsal yaşam arasındaki uyumun sağlanmasına bağlıdır. Günümüzde hukukun bir "sosyal mühendislik" aracı olarak kullanılması, ister kapitalist, ister sosyalist, rejimi ne olursa olsun tüm modern devletlerin önem verdiği bir konudur. Ancak hukuk ile toplumsal yaşam arasındaki uyumsuzluk hali her zaman gözlenmektedir (...)". Gürkan, *Hukuk Sosyolojisine Giriş*, s. 39.

50) Karacabey, s. 97.

51) 1913–1932 yılları arasında Yüksek Mahkeme Üyesi bulunan Cardozo, Avrupa'da hukukun gelişmesinde mahkemelerin ve hakimlerin rolünü kabul eden cereyanın ABD'deki temsilcisi olmuştur. Bk. *Gürkan*, s. 18.

52) Benjamin Nathan Cardozo, *The Nature of the Judical Process*, New Haven, Yale University Press, (first published 1921), 1968.

53) *İbid.*, s.10.

54) *İbid.*, s.17-18, 104.

55) *İbid.*, s.10–11.

56) *İbid.*, s.19.

57) Benjamin Nathan Cardozo, *The Growth of the Law*, New Haven, Yale University Press, 1946, s. 117'den nakleden *Gürkan*, s. 20.

58) Benjamin Nathan Cardozo, *The Paradoxes of Legal Science*, New York, Columbia University Press, 4th edition, 1947, s. 57–59'dan nakleden Gürkan, s. 20.

59) Cardozo'nun hukukun yaratılmasında ve geliştirilmesinde ortaya koyduğu psikolojik elemanların rolü, ekstremist görüşleri bulunan realistler ve bilhassa Jerome New Frank tarafından aşırı bir şekilde işlenmiştir. Gürkan, s. 20. Yörükoğlu, s. 23–24.

60) Nurullah Kunter, *Muhakeme Hukukı Dalı Olarak Ceza Muhakemesi* Hukuku, İstanbul 1986, s. 29.

61) Edmond Goblot, *Traité de logique*, Paris 1947, s. 43'ten nakleden Selahattin Keyman, *Ceza Muhakemesinde (Asıl Ceza Muhakemesinde) Savcılık*, Ankara 1970, s. 20. Ayrıca bk. M.P. Fabreguettes, *Adalet Mantığı ve Hüküm Verme Sanatı*, Ankara 1945, s. 474 vd. Erem de, hükmün bir mantık ve zihin ameliyesi olduğunu söylemektedir. Faruk Erem, *Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku*, Altıncı baskı, Ankara 1986, s 493. Kunter ise, hükümlerin sadece bir mantık ameliyesi mahsulü olmadığını, sezişlerin, hislerin ve iradenin de hükümde rolü olduğunu psikologların çoktan kabul ettiklerini, bu hususun son zamanlarda hukukçular tarafından da kabul edilmeye başlandığını belirtmektedir. Kunter, s. 30. Bk. David Fellman, "Domestic Adjudication", *International Encyclopedia of the Social Sciences*, Macmillan, New York 1967, Volume 1, s. 43–49.

62) Hüküm ile düşünce arasında sadece kendi "yalnızlığı içinde ve tek başına incelenememesi anlamında bir benzerlik kurmak mümkün olabilir. Nitekim, düşünülen şeyin dışında ve bundan tamamen bağımsız bir "düşünce" tasavvur edilemez. Hiçbir şey düşünmeyen düşünce kavram olarak "hiçlik"ten başka bir şey ifade edemez. Buna benzer olarak, sadece şekil veya hakkında muhakeme yürütülen objenin içine yerleştirildiği kaba benzeyen bir hükmün varlığına inanmak, ancak hayal mahsulü olabilir. "Hüküm" ve "hakkında muhakeme yürütülen konu", her ikisi de aynı şeylerdir. O halde hükmün, hakkında muhakeme yürütülen konunun dışında bulunamayacağını, bileşik bir kavram olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Nitekim, üzerinde muhakeme yürütülen konu ile hükmün karşılaştırılması bakımından "hüküm" bir hipotezin "hakikat" haline gelmesi sonucunu doğurmaktadır. Şöyle ki, hipotez, bir anlamda hakikattır, yani bir şeyin hakikat olduğunun düşünülmesidir. Fakat bu haliyle, yanlış olabileceği gibi doğru da olmayabilir. Çünkü hipotezin doğru olması, yanlış olduğu anlamına gelmez. Sadece hakikatten farklı olduğunu gösterir. Öyle ise hipotez, yüzlerinden biri "kuşku" olan iki yüzlü bir kavramdır. Yani hipote-

zin hakikat olduğu hakkında bir kuşku mevcuttur. Öte yandan hakikat, kendisi ile en ufak şekilde gelişen bir düşünce ile dahi bağdaşamayan bir düşüncedir ve bu hali ile de, mutlak olarak tek ve birleştiricidir. Gaetano Foschini, *Giudicare ed essere giudicati*, Milano 1960, s. 9 ve Gaetano Foschini, *Sistema del diritto processuale penale, C. I.*, Milano 1956, s. 168, 173'ten nakleden Keyman, s. 21–22.

63) Keyman, s. 19–21. Kunter, s. 29. Kuşku, Descartes'ta bilgiye yönelişin ilk ve zorunlu adımıdır. O, "kişi, doğruyu incelemek için, yaşamında bir kere her şeyden kuşkulanmalıdır" demektedir. Çünkü kuşku, doğrunun aranışında gereklidir. Kuşku bize doğru bilginin yolunu açar, varoluşumuzun kesin fikrini verir bize. Bk. Afşar Timuçin, *Descartes*, Istanbul 1976, s. 84–94. Ayrıca bk. A.J. Ayer, *The Problem of Knowledge*, Penguin Books, Great Britain, Reprinted 1974, s. 44–46. Richard H. Popkin/Avrum Stroll/A.V. Kelly, *Philosophy, Made Simple*, W.H. Allen, London 1969, s. 183–192.

64) Foschini, Giudicare., s. 10 ve *Foschini, Sistema.*, C. I, s. 176'dan nakleden *Keyman*, s. 22. Ayrıca bu konuda bk. *Kunter*, s. 32–33.

65) Bu konuda bk. *Kunter*, s. 31. *Keyman*, s. 23.

66) Bk. Y.2.HD., 29.1.1976, 1976/203 E., 1976/633 K. (YDK., 1976, S. 4, s. 451–454).

67) Oysa ki, hakikatın en önemli özelliği, dışarıdan zorla kabul ettirilememesidir. Muayyen bir süje tarafından verilip de, hakikatın kendisi olarak kabul ettirilmek istenen hüküm, farklı düşünmeye devam ettikleri müddetçe, diğer süjeler bakımından hakikatı ifade etmeyecektir. *Foschini*, Giudicare., s. 9–10 ve *Foschini*, Sistema., C. I, s. 174'ten nakleden *Keyman*, s. 25. Kunter, ancak kolektif olarak verilen hükmün ona iştirak edenler nazarında bir hakikat ifade ve tarafları tatmin edeceğini söylemektedir. *Kunter*, s. 32.

68) *Kunter*, s. 33.

69) *Keyman*, s. 26.

70) "(...) Devletin belli makamlarının, taraflara da mütalaalarını da bildirme imkanını sağlayarak ve devletin egemenliğine dayanarak, hukuk normlarına uygun bir şekilde, kesin, yerine getirebilir ve göz önünde tutabilir bir "yargı" ile müşahhas olayda uygulanacak hukuk normununu belirterek çözmesi suretiyle bir olayın hukuk normları karşısındaki durumu konusunda çıkan bir uyuşmazlığa son vermesi faaliyeti (...)" olan yargılama, iddia ve savunma ile birlikte kolektif muhakeme denilen etkinlikteki üç önemli görevden biri ve en önemlisidir. *Kunter*, s. 110 vd.

71) *Peltason*, s. 283.

72) *İbid.*, s. 283.

73) *İbid.*, s. 283.

74) Bu konuda bk. *A. Ülkü Azrak*, "Yargı ve İdare –İki Fonksiyonun Karşılaştırılması Üzerine Bir Teorik Deneme", İÜHFM., C.XXXIV, 1969, S. 1–4, s. 129–155.

75) *Ergun Özbudun*, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 1986, s. 333. *Münci Kapani*, İcra Organı Karşısında Hakimlerin İstiklali, AÜHF yayını, Ankara 1956, s. 14–23.

76) *Vecdi Aral*, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, üçüncü bası, İstanbul 1979, s. 156. Ayrıca bk. *Orhan Münir Çağıl*, Hukuk Metodolojisi Dersleri, İstanbul 1952, s. 143–144.

77) "(...) Bir olayı "hukuk" bakımından tetkik etmek gerekirse, bu hadiseyi zaman ve yer itibariyle belli bir hukuk düzenine bağlamak ve bu hukuk nizamında yürürlükte olan kurallara göre incelemek lazımdır (...). Karar vermeden, hadiseye uygulanacak hukuku zaman ve yer bakımından araştırınız!" *Ernest Hirş*, Pratik Hukukta Metod, 3. baskı, Genişletip değiştirerek işleyen: Volf Çernis, Ankara 1978, s. 13 vd.

78) *Karacabey*, s. 97.

79) *İbid.*, s. 97–98. *Ömer Faruk Karacabey*, Uygulamalı Hukukta Yöntem ve Araştırma, Ankara 1976, s. 57–58.

80) *Gerhard Leibholz*, "Anayasa Hukuku ve Anayasal Gerçek", Çev. Tuncer Karamustafaoğlu, AÜHFD., C.XXX, S. 1–4, 1973, s. 5.

81) *Hirş*, s. 106 vd.

82) *İbid.*, s. 107 vd. Hukuk olgusunun oluşumuna neden olan toplumsal olayların incelenmesi ve hukuka nedensel etkisi ile; hukuk kurallarının tarihsel akış içinde oluşum ve gelişimini incelemek hukuk sosyolojisinin konu alanı içindedir. Bk. *Niyazi Öktem*, Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi, Genişletilmiş 4. Bası, İstanbul 1988, s. 210. Hakimin, hukuk sosyolojisinin sağlayacağı bu verilerden yararlanması çok sağlıklı olacaktır.

83) Ancak bu etkenlerin tümü hukuk değişmelerinin üzerinde aynı güçte rol oynamazlar. Bazen biri, bazen bir kaçı daha etkin olabilirler. Denebilir ki, bir toplumda hangi tür sosyal olaylar ya da olgular diğerlerinden daha çabuk gelişmişse, diğerleri için "değiştirici etken" konumuna geçerler. *Gürkan*, Hukuk Sosyolojisine Giriş, s. 69.

84) *İbrahim Yasa*, Türkiye'nin Toplumsal Yapısı ve Temel Sorunları, TODAİE yayını, Ankara 1972, s. 20. Toplumsal farklılaşmanın oluşturduğu bu yapılanma için bk. *Dinçkol*, Sosyolojik Verilerin., s. 218–224.

85) Bu konuda bk. *Manfred Rehbinder*, "Menfaatler Takdirinin Prensipleri", çev. Turgut Kalpsüz, AÜHFD., 1969, C.XXVI, s. 271.

86) *Herbert L.A.Hart*, The Concept of Law, Oxford: Clarendon, 1961, s. 14.

87) *Herman Kantorowicz*, The Definition of Law, edited by: A.H.Campbell, Cambridge 1958, s. 5. Hukukçu ve tabii ki hakim, "(...) mutlaka iyi Türkçe bilmeli, kelimeler üzerinde ırkçı ayrımlar yapmadan sözcük dağarcığını sürekli genişletmelidir. İster iddia, ister savunma, ister karar, hüküm biçiminde olsun, hukuk uygulamasında yer alan metinler, dünyanın her yerinde yazıldığı dilin güzel örneklerini teşkil ederler (...)" *Sulhi Dönmezer*, "Hukukçunun Ethos'u", Hukuk Araştırmaları, MÜHF. Yayını, Eylül–Aralık 1987, C. 2, S. 3, s. 6.

88) "Yabancı hukukun alımı" ile ilgili bk. *Cahit Can*, Hukuk Sosyolojisi ve Tarih Açısından Resepsiyon, (basılı olmayan doçentlik tezi), Ankara 1982, passim.

89) *Hirş*, s. 107 vd.

90) Kaldı ki, hukuksal düzenlemeler de, "(...) toplumu meydana getiren insanın biyolojik ve psikolojik yapısını göz önünde bulundurmak zorundadır. Çünkü toplumsal yaşamın biçim ve çeşitleri en sıkı bir biçimde onu meydana getiren bireylerin bedensel ve ruhsal özellikleriyle ilgilidir (...). Bir hukuk düzeninin uzun zaman yürürlüğünü sürdürebilmesi o toplumdaki insanların psikolojik durumuyla yakından ilgilidir". *Aral*, Toplum., s. 25.

91) *Dönmezer*, s. 9.

92) "Bir kere sağlam bir hukuk bilgisi temel şarttır. Fakülteden mezun olan bir genç, bir kısım temel bilgileri elde etmiş olur ama bunların yıllar sürecek ve hiçbir zaman bitmeyecek bir çalışma ve gayret içerisinde durmadan ikmali, değiştirilmesi gerekecektir. Bu itibarla iyi bir hukukçu için yeni bilgiler elde etmek bilgisini yenilemek üzere sürekli çalışmak zorunludur. Sürekli bilgi elde etmek için çaba göstermeyen bir hukukçu, bir süre sonra hiç bir hukuki ihtilafı çözümleyemez hale ve duruma gelir". *İbid*, s. 6.

93) 2556 sayılı Hakimler Kanunu'nun 62. maddesinin tefsiri hakkındaki TBMM Adliye Encümeni Tetkik ve Müzakere Raporu Esas: 41/148, Karar: 14, 27.12.1955, Adalet Dergisi, 1956, S. 1, s. 9.

94) AMK, 12.6.1969, 1968/38 E., 1969/34 K. (AMKD, S. 7, ikinci baskı, Ankara 1978, s. 331 vd.)

95) *Kemaleddin Birsen*, "Medeni Kanunu Lafzile Tatbikte Hakimin Takdir Salahiyeti ve Hukuki Mesuliyetine Dair Düşünceler", Medeni Kanunun XV. Yıldönümü İçin, İstanbul 1944, s. 107.

96) *İbid.*, s. 107. "Hakimin ölçümü keyfiliğin at oynatacağı bir meydan (Rummelplatz) değildir". *T. Tufan Yüce*, Ceza Hukukunun Temel Kavramları, Ankara 1985, s. 142.

97) *Aydın Uğur*, "Hermeneutik: Eski Bir Yorum Yönteminin Yeniden Gündeme Gelişi ve Hukuk Alanında Uygulanması", SBFD., C.XXXVIII, 1983, N.1–4, s. 183.

98) *David Krech/Richard S. Crutchfield*, Sosyal Psikoloji, Nazariye ve Problemler, çev. Erol Güngör, İstanbul 1965, s. 185. "(...) Hakikat aramada yenilmesi gereken zorlukların en ağırı, önceden zihinde takarrür etmiş iddiaların etkisidir. Belli bir konu üzerine, ekseri ne olduğu bilinmeden, şu veya bu fikir edinilmiş bulunur; zıt kanaatler bu ilk inancı iptale kalkınca zihin içgüdüsüyle isyan eder, yönelişini değiştirmek, hatasını tanımak istemez. Halbuki Descartes'ın pek doğru olarak dediği gibi, eğer edinilmiş bilinçsiz fikirlerin hepsinden vazgeçmek için önce kesin bir karar alınmamış ise, ilmi araştırmaya yanaşmak beyhudedir". *Henri Le Châtelier*, Tecrübi İlimlerde, Metoda Dair, çev. Avni Yakalıoğlu, İstanbul 1955, s. 23.

99) Bu açıdan, hakimce kararının oluşturulması, "(...) önyargı, sempati ve antipatilerine kapılmadan, duygusal davranışlara düşmeden, objektif değer ölçülerinden ayrılmadan yerine getirilmelidir. Hakimin kendi dünya görüşü, değer yargıları, kişisel eği-

limleri ölçümünü etkileyebilir. Bu etkiler hakimi toplumun objektif ölçülerinden, rasyonel değerlendirmelerinden ayırmamalıdır". *Yüce,* s. 140.

100) *Erem,* Adalet Psikolojisi, s. 273.

101) *Fabreguettes,* s. 420.

102) *Uğur,* s. 184.

103) *Sulhi Dönmezer,* Sosyoloji, 10. bası, İstanbul 1990, s. 27.

104) *Erem.,* Adalet Psikolojisi, s. 273. "(...) Hüküm verecek kimsenin fazla hassasiyeti, hırs, bilhassa bazı idealler peşinde tecrübelere kulak tıkaması, yanlış muhakemelerle hataya düşmesinin başlıca sebebidir (...)". *Mustafa Reşit Belgesay,* "Hukukun Esası ve Mevzuat", Adalet Dergisi, 1963, S. 9–10, s. 884.

105) Hükmün "hak edilen şey"le olan ilgisi, hükmün değerliliği için bir kıstas olarak kabul edilmek gerekir. Adalet hissinin kabul edemeyeceği husus, adalet mekanizmasının suçluya hak ettiği cezayı vermemesi veya genel bir söyleşiyle ifade edecek olursak, "herkesin hak ettiğini alamaması"dır.

106) *Abdullah Üner,* "Türk Ceza Kanunundaki Aksaklıklar", Adalet Dergisi, Y. 60, Mart 1969, S. 3, s. 122.

107) *Krech/Crutchfield,* s. 183.

108) HGK., 8.10.1969, E.1968/2–168, K. 731 (ABD., 1970, N.I, s. 110–111). Bu hususa "Tecrübe Kuralları" başlığı altında Sivrihisarlı tarafından da değinilmiştir. *Ömer Sivrihisarlı,* Hukuk Yargılamasında Maddi Hukuka İlişkin Temyiz Nedenleri ve Yargıtay Denetiminin Kapsamı, İstanbul 1978, s. 85 vd., özellikle s. 98–99.

109) CGK., 9.4.1962, 2/23–23 (*M.Muhtar Çağlayan,* Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, C. II, Ankara, 1966, s. 406).

110) 2. HD., 11.1.1971, 6518/136 (Resmi Kararlar Dergisi, Mart–Nisan 1971, S. 3–4, s. 97). 2. HD., 30.3.1971, 1109/2112 (Resmi Kararlar Dergisi, Haziran–Temmuz 1971, S. 6–7, s. 200–201).

111) *Descartes,* Metod Üzerine Konuşma, çev. Mehmet Karasan, Ankara 1944, s. 24.

112) Anayasa m. 141/3, CMUK. m. 260, HUMK., m. 388/5.

113) *Yaşar Karayalçın,* Hukuka Öğretim–. Kaynaklar–Metod, (problem Çözme), 3. baskı, Ankara 1986, s. 102.

114) *Erem.,* Adalet Psikolojisi, s. 272.

115) "Ehil bir hukukçunun ana vasfı, hukuki zihniyet sahibi olması, hukuki düşünme yeteneğini elde etmiş bulunmasıdır. (...) Hukuki zihniyet, hukuki düşünme yeteneği, her şeyden önce hukuka, hukukun üstünlüğüne inanmayı, ülkede hukukun egemen olması gereğine, adaletin gerçekleştirilmesini hiçbir mülahaza ve yararın engelleyemeyeceğine, adaletin mülkün temeli olduğuna iman etmiş bulunmayı da ifade eder. (...) Hukuki zihniyetin temelinde, hukuk kurallarına saygılı olmak; itaat etmek ve ettirmek vardır; ama bu, hukuk kurallarını eleştirmemek anlamına gelmez. (...)". *Dönmezer,* s. 7.

116) İBK, 6.5.1968, 15/9 (Resmi Kararlar Dergisi, Mayıs–Haziran 1968, S. 5–6, s. 18 vd.).

117) 4. HD., 18.2.1966, 2534/2168 (İKİD., Y. 6, Temmuz 1966, S. 67, s. 4664).

118) *Karayalçın,* s. 83.

119) *Aral,* Hukuk Felsefesinin., s. 135.

120) *Erem.,* Adalet Psikolojisi, s. 274.

121) *İbid.,* s. 275. Erem, ayrıca bir diğer unsur olarak "Teessür Kabiliyeti"nden bahsetmektedir. s. 276.

122) CGK., 21.2.1966, 22/D,5/41 (*Çağlayan,* C. III, s. 385).

123) *Erem,* s. 276.

124) *Fellman,* s. 47.

125) *İbid.,* s. 47.

126) *Fabreguettes,* s. 435–436, dipnot.

127) Bir inceleme yazısında çok çarpıcı örnekler bulunmaktadır: "Ve yargıçların masalarında biz diyelim, 40, siz deyin 50 dosyadan oluşan yığınlar. Kürsünün sağ tarafına yatık bir iskambil destesi gibi serilmiş dava dosyaları... Kapıdaki günlük duruşma listesine bakıyorsunuz; saat 09.30'a beş tane duruşma konmuş alt alta, hepsi aynı saatte. 09.45'te bir o kadar daha... Yani 15 dakikada beş duruşma yapılacak... Yargıç, kürsünün sağ yanından önüne doğru uzanan yatık destenin üzerindeki bir dosyayı (...) önüne çektiği anda, (avukatlar) eğitimli ve disiplinli bir asker gibi hemen yerlerini alıyorlar. Yargıç dosyanın kapağını açıyor, bir cümle söylüyor. Avukat "evet" diyor. Zabıt katibine yargıç yazdırıyor, avukata gelecek duruşmanın gününü söylüyor. Avukatın cep ajandası zaten elinde açık, hemen "okey"i-ni bildiriyor. Yargıç önündeki dosyayı sola itip sağındaki desteden bir başka dosya çekiyor. Avukatlar yer değiştiriyor (...). Bir çark böylesine dönüp gidiyor. Otomasyona geçmiş bir fabrika düzeninde işler yürüyor. İşte böylece yargıç bir günde 30–40, hatta 50 davanın duruşmasını yapıyor (...)". *Nail Gürelli,* "Adliyemiz", Milliyet Gazetesi, 5 Şubat 1992.

128) "(...) Ama bizim yargıçlar da babalandı mı tam babalanıyor ha! Bir yargıç hanımın tiz sesiyle avazı çıktığı kadar bağrışına tanık olduk. "Pespaye işleriniz için buraya geliyorsunuz. Bunlar kendi aranızda halledilecek işler" diyordu özet olarak. Ama arada tarafların sözlerini kesiyor, sert bir öğretmen edasıyla avaz avaz azarlıyordu (...)" *İbid.*

129) *Fabreguettes,* s. 437.

130) *Gürelli,* "Adliyemiz", Milliyet Gazetesi, 13.2.1992, İstanbul Barosu Başkanı Avukat Turgut Kazan ile yapılan söyleşi.

131) *Edmond Goblot,* Traité de Logique, Paris 1929, s. 5 ve 11'den nakleden; *Kunter,* s. 29. Mecelle'nin 1812. maddesine göre de; "Hakim, gam ve gussa (: keder, tasa) ve açlık ve galebe–i nevm (:uyku basması) gibi sıhhat–ı tefekküre (:sağlam düşünme) manii olabilecek bir arıza ile zihni müşevveş (:belirsiz, düzensiz) olduğu halde hükme tesaddi (:bir işe girişme) etmemelidir". Bk. *Ali Himmet Berki,* Mecelle, 3. baskı, İstanbul 1982, s. 412.

132) Mecelle md. 1792, bk. *Berki,* s. 407.

133) *Çetin Aşçıoğlu,* "Yargıç Gözüyle Hukuk Öğretimi", Hukuk Öğretimi Sempozyumu (13–14 Mayıs 1993), Ed. Adnan Güriz, Ankara 1993, s. 92.

134) *İbid.,* s. 92.

135) *İbid.,* s. 92.

İdeoloji Olarak İlerleme*

Branimir Luksic

Çeviren: G. Engin Şimşek

Çağdaş insanın mitolojisinin bir kısmını oluşturan zımni varsayımları arasında hiçbiri, insanlığın hayatın her alanında devamlı —daha önce de olduğu gibi— ve geri döndürülemez bir biçimde ilerlediği fikri kadar evrensel olarak kabul görmemiştir. Hatta olası bir termonükleer veya ekolojik felaketin peygamberleri bile; geçiciliğine acıyarak insan mükemmelliği ile ilgili bu inanışı tasdikler görünmektedirler. Her ne kadar insan cinsinin, varlığının bazı cephelerinde ilerlediği inkar edilemezse de bu ilerleme evrensel, kesintisiz ve garantili olmaktan uzaktır. Ayrıca ilerlemek için yalnızca eylemde bulunmak ve üretmek yetmez fakat öncelikle hangi anlamda eylemde bulunulacağını da bilmek gerekir. İlerleme fikrinde, gerçek ve metafizik bakımlardan bulunan bu belirsizlikleri açıklığa kavuşturmak için fikrin orijini ve tarihsel kökenini araştırıp daha sonra da diyalektiğini yani onu oluşturan kavramsal dokuyu analiz edeceğiz. En son olarak da ilerleme fikrinin aksiyolojik boyutlarını inceleyeceğiz, bu asıl noktada da ilerlemenin insanın semboller evreninde bir değer mi teşkil ettiği yoksa zaten kabul edilmiş bir değerler skalasını mı ön varsaydığı sorusunun cevabını arayacağız.

İlerleme Fikrinin Tarihi

İlerleme fikrinin orijini ve tarihsel kökeni üzerine yazarken sık karşılaşılan bir hataya temas etmek istiyoruz ki, o da bir fenomenin veya şeyin orijinine veya kökenine indirildiğinde en iyi şekilde anlaşılacağı düşüncesidir. Bir diğer yanlış ise her fenomenin hakim nedenine indirgenebileceği varsayımıdır. İlk varsayımın altında çoğun azla tamamı ile açıklanabileceği şeklindeki düşünce biçimi yatar, yani sanki karmaşık bir fenomen toplamı oluşturan parçalarından daha fazla bir şey değilmiş gibi düşünülür. İkinci varsayım ise her şeyin nihai analizde bir veya daha fazla belirleyici nedene indirgenebileceği düşüncesinden destek alır. İlerleme fikrinin orijininden biz bu fikrin oluşumunu etkilemiş olan kavramsal ve psikolojik parçaları anlıyoruz. Diğer bir deyişle her ne kadar fikrin varlığı ve kalıcılığı açısından tam bir açıklama getirmiyorlarsa da ilerleme teorisinin biçimlendirilmesine ya da belki de ideoloji haline gelmesine yardımcı olmuş unsurları anlıyoruz.

İlerleme fikrinin tarih öncesi Ortadoğu medeniyetlerince de bir şekilde bilindiği düşünebilirse de tarihsel olarak ilk Yunan ve Romalılarca bilindiği kabul edilmektedir. Romalı şair Lucretius ilerlemek kelimesini muhtemelen ilerleme anlamında ilk kullananlardandır. Lakin ilerleme fikri insanlığın zamanın koridorlarında yaratılıştan, eskatolojik yeni cennetin ve yeni dünyanın gelişine doğru tedrici ve devamlı gelişme şeklindeki ayırıcı özelliklerini Musevi—Hıristiyan dini düzende almıştır. İlerleme bu çerçevede insanın ilk günah tarafından lekelenmiş, mevcut durumdan nihai kutsanmaya geçişini ifade eder, ve insanın kişiler arası ilişkilerinde gözlemlenebilen ruhsal bir dönüşümünü gerektirir. Binaenaleyh, bu yalnızca bireysel ve mistik bir kavram olarak kalmayıp, güçlü sosyal yananlamlar da içerir. Dahası, insanın insan olmayan dış realiteye karşı tavrında da köklü bir değişikliği içerir "Kurt kuzu ile kalacak ve leopar çocukla yatacak. Öküz ve aslan ve koyun bir arada yaşayacak ve küçük çocuk onları güdecek. Öküz ve ayı birbirlerinin çocuklarını besleyip birbirleri ile iyi geçinecekler ve aslan bir öküz gibi saman yiyecek. Ve meme emen çocuk yılanın deliği üzerinde oynayacak ve sütten kesilen çocuk ellerini ejderhanın inine sokacak. Onlar tıpkı denizin suyu gibi dünya da Tanrı'nın bilgisi ile dolduğundan benim kutsal dağlarımda ne kimseyi yaralayacak ne de öldürecekler.[1] "Bu dini görüş açısından ilerleme, insanın yaratıcısı ile uzlaşması ve sonuçta da insanın ne kendi cinsinden birine ne de doğaya karşı yabancılaştırılmamasıdır.

Bu Musevi—Hristiyan bin yıllık sulh ve saadet devri görüşü aynı zamanda tarihsel olarak biçim verici ve ayırıcı bir güç olarak da hizmet etmiştir. Hem tarihsel ilerleme fikrini getirip, ayrıca hem de tarihimize yeni ve niteliksel olarak farklı bir boyut taşıyarak bir "kriz" veya dünyevi ilerlemenin bir yargısı rolünü üstlenmiştir. Bu devir artık bizim kendi çaba ve başarılarımızın mantıki ve gerekli bir sonucu olmayacak fakat esasen bizim en vahşi umutlarımızı aşarak tarihi istila eden karşılıksız bir hediye olacaktır.[2]" "Tarihteki en parlak mesaj[3]" olan dini bin yıllık saadet devri vaadinin gerçekleşmemesi, veya en azından kısa vadeli beklentilerde ortaya çıkmaması üzerine bu düşünce, temel günah, ıslah, insan ve doğanın kurtuluşu ve hatta laikleştirilmiş bir nihai yeniden doğuş şeklindeki benzer analojilerle laik ütopyalar haline dönüştürülmüştür. Buradan da görülmektedir ki böyle bir dünyevileştirilmiş mahşerin temel motivasyonu, yani insanın ruhsal ve maddi başarılarının devamlı surette tırmanan bir spiral olduğu fikri, bu tesadüfi ve belirsiz dünyada anlam ve umuda yönelik psikolojik ihtiyaçlarda bulunmalıdır. İnsanın tarihin bu açık farklılıkları arasında bir birlik ve bu devasa yapıda bir anlam bulmaya yönelik çabaları arasındaki en etkileyici örneklerden içkinci çerçeve içinde biri Hegel'inkidir. Muazzam onto—teolojik öğretisinde Hegel, insanda canlanıp doğayı yeniden keşfi yolu ile ruhsal idea olarak kendi bilinçliğine ulaşan Kavram'ın (Concept) yayılarak ilerleyişini tanıtır. Hegel'e göre ilerleme Tin'in bilinç ve anlayış olarak kendi mutlak bilgisine varması, ve bu yolla kendi bilgisinin nesnesi olarak suje ile nesne arasındaki farklılığı silmesi şeklindeki bir devamlı süreci içerir. Tarih, bildiğimiz kadarı ile bu nihai amaca yönelik bir harekettir. Hegel için ilerleme özel, sonlu (finite) ve göreceli realitelerin varlığı sayesinde mümkündür ve bu

* *Archiv für Rechts—und Sozialphilosophie (ARSP),* Vol. 1986 LXXII

realiteler de orijinal (ve nihai) bütünün farklılaşması ve olumsuzlanmasının diyalektik sonucudur. Böyle bir ilerlemenin hareket ettirici gücü Mutlak'ın kendi birbirine bağımlı parçalarını nihai birliğe ve boyun eğmeye yönelten aşkın teleolojisidir. Hegel tarihi, onun içine basit bir hareketi bir gelişme haline dönüştüren gizli bir anlam ve sonuç yerleştirerek bir ilerleme şeklinde düşünebilmiştir. Felsefesinde tarihin diyalektik ve finalist hareketi, ilerlemesi mutlak Ruh'un varlığı ile ayrılmaz bir şekilde bağlantılıdır. Tarihin hareketi teleo–logic (abç Çn. Amaca yönelik mantığı olan)'dir çünkü bir Logos vardır.[4] Marx'ın felsefesinde tarihin ve doğanın ana ilerleme nedeni olarak Hegelyen Ruhun yerini maddi realite alır. Şayet ruhun kendisini nesnelleştirilmiş antitezine yabancılaştırabilmesini düşünmek için hayal gücünü zorlamak gerekiyorsa, ilerlemenin bir karşı terimi olarak bir "anti–madde"nin bulunduğunu zımnen kabul etmeden biz nasıl bir diyalektik maddeyi anlayabiliriz? Ancak buna rağmen denilebilir ki Marx'ın tarih ve sosyal ilerleme anlayışı diyalektik değil düalistiktir.[5]

İnsanlığın evrensel ilerlemesi fikrine diğer bir güçlü etki de evrim doktrini tarafından verilmiştir. Her ne kadar modern bilimde evrim fikri yalnızca hayatın evrimi ile sınırlı kalmayıp anorganik maddeyi ve bir bütün olarak evreni de içeriyorsa da,[6] biz bu bağlamda ilk önce biyolojik evrim hipotezinin yansımalarını düşünmekteyiz, yani sonuçta insanın ve insan düşüncesinin ortaya çıkmasını sağlayan gezegenimizdeki daha yüksek ve daha karmaşık hayat biçimlerinin ortaya çıkışını. Evrim fikrinin batı düşüncesinde oldukça eski bir entelektüel şeceresi vardır. Daha Platon'da ve bazı değişiklikler-le takipçisi Aristo'nun yazılarında varlığın daha alçaktan daha yüksek ve mükemmel biçimlere doğru devam eden ve kesintisiz bir zincir olduğu fikri yer alır. Ortaçağlarda bu özellikle Aquinas tarafından kendiliğinden meydana gelme (aseity) istidadında "ens perfectissimum"a doğru yükselen bir çizgide giden varlığın derecelenmesi veya skalanması olarak ele alınmıştır.[7] Bu fikir daha sonraları diğer filozoflar arasından Leibniz tarafından onun devamlılık yasasında ifade edilmiş ve Turgot ve Comte (sosyal dinamikler) tarafından sosyal bilimlere, Buffon, Cuvier, Erasmus Darwin ve Charles Darwin tarafından da biyolojik bilimlere uygulanmıştır. Bu sezgisel ve metafizik fikrin özü, varlığın basit biçimlerinden daha karmaşık olanlarına, evren tam varlığını alana, veyahutta daha mistik düşüncedekilerin ifade edebilecekleri gibi yazgısal *pleroma*'*ya (abç. Çn. çoğulluğa) ulaşıncaya kadar devam eden ve hemen hemen fark edilmeyen bir geçişin varsayımsal gerekliliğidir. Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere orijininde ve çok sayıdaki çağdaş versiyonlarında, mükemmele doğru ilerleyen varlık zinciri fikri, bir tanrıcı (veya panteist) yeterli ve final amaç fikri ile uyuşmakla kalmamakta fakat ayrıca böyle bir amacı varsaymaktadır da,[8] ki bu tür bir amaç materyalist görüş açısından dahi savunulmuştur. Biyoloji ve diğer ilgili bilimlerde bilince ve kişisel farkına varmaya doğru giden bu ortogenetik yükseliş bu günlerde ya genetik olarak önceden belirlenme ya da başlıca dış faktörlerce (çevre, doğal seleksiyon) etkilenme olarak temsil edilmektedir. Her iki durumda da mantıksal olarak, organizmayı dışarıdan etkilediği veya onun içinde işleyerek onun artan karmaşıklaşmasına ve

ni organize etmesine neden olduğu düşünülen bir teleolojik katsayıya (coefficent), bir sonuca (finality) ihtiyaç vardır. Böyle bir biyolojik destekli ilerleme fikrinin ilginç bir varyantı da sibernetik *feedback* (abç. Çn. geribeslenme) fikrini meseleye dahil ederek biyolojik evrimi kolayca (fool–proof) kanıtlanmış ve garanti altına alınmış sayanıdır. Personalizasyon aşamasına ulaşmış evrimde ("noosphere"), evriminin tersine döneceği ve bir dejenerasyon sürecinin başlayacağı veya hatta insanların işbirliğini reddetmeleri yüzünden gezegenimizdeki bütün biosferin tahrip olacağı şeklinde şikayet edenlere karşı, feedback kavramını savunanlarca denilmiştir ki belki de bu red ediş bile, hatta bizim genetik mühendislikteki gelecek deneylerimiz bile, genetik olarak önceden programlanmıştır ve dolayısı ile evrimsel ilerlemenin önceden belirlenmiş trendini (Platon'un deyimi ile "eidos") bozamaz. Diğer bir deyişle insanlığın evrimi durdurulamaz ve ondan değişik genotip ve fenotiplerin çıktığı bir çeşit evrimci bir rahim, bir matrix olan geri döndürülemez bir zamandan geçer. Şayet bu finalist hareket sosyal alana doğru genişletilirse sosyalin biyolojikleştirildiği ve biyolojiğin sosyalleştirildiği bilimsel lirizme ulaşırız.[9] Burada başlangıçta tamamı ile metaforik olan fakat daha sonra biyolojik ve sosyal alanı birleştiren genetik olarak kodlanmış organik değişmeden sosyal değişmeye bilgi aktarımı yapılabilir. Sosyal ve biyolojik değişikliğin birleştirilmesi sürecinde ilkönce sosyal ve biyolojik yapılar arasında bir analoji kurulur ve bu analojik yapıdan da analojik değişme çıkartılır. Bu noktada genellikle zımmen genetik mekanizmaların sosyal davranışı yalnızca temellendirmediği fakat aynı zamanda onu ürettiği ve yönettiği de varsayılır. Sosyobiyologlar tarafından tasvip olunan bu aksiyomatik indirgemeciliktir ki birçok kültürel evrim ve bunun içinde taşınan irsiyet faktörünün[10] ya da insan durumlarının karmaşıklığını hayvan davranışlarını inceleyerek analiz etmeye çalışanların çalışmalarının[11] temelinde yatar. Ancak yakın zamanlarda zoolog ve sosyobiyologlar arasında bile neden insanların bir tarihi olmasına karşı hayvanlarda bunun olmadığına yönelik ana neden olarak, insanın tamamı ile güdülerince kontrol edilmediği ve insanların eylemlerinde hayvanlarınkinde bulunmayan bir serbestlik olduğu gözlemsel gerçeğinin sıklıkla kabul edildiği görülmektedir. Bu nedenle bütün insan aktivitelerinde, genetik ve kültürel determinizm ile yenilikçilik arasındaki zıtlaşma ya da yaratıcılık ile kendini tekrar arasındaki gerilim şeklinde tanımlayabileceğimiz bir kutuplaşma vardır. Ünlü bir biyologun geçenlerde dediği üzere toplumumuzun ilerlemesi ve gelişmesi genetik olarak önceden belirlenemez yani bu birçok tesadüfi ve sübjektif faktörlere bağlıdır ve bunlar arasında bizim değer tasvirlerimizin karakteri de bulunur.[12] Eğilimin doğa bilimciler arasında bile ilerlemenin metafiziksel bir kavramlaştırılmasından, yani insanın ve tarihin daha zengin ve daha tam varlık biçimlerine doğru evrensel, objektif ve kesintisiz yükselen bir gelişmesi olduğu görüşünden tersine doğru döndüğü görülebilir. Böyle bir görüş kaçınılmaz olarak açıkça veya zımnen realitede bir teleolojik ve amaçsal unsurun bulunduğu inanışını varsayar ve bazılarının yaptığı gibi bunu realitenin ontolojik bir hususiyeti gibi değil de sistemin rasyonalitesi olarak, yani bir çeşit "sistemiçi anlaşırlık"[13]

olarak düşünmek de onu daha az metafiziksel yapmaz. Bugün için biz ilerlemeyi bir gün açan ertesi gün solan fani bir çiçek olarak düşünmeye daha hazırız. O göreceli bir kavramdır ve —yaygın bir benzetme kullanmak gerekirse— bir kıyıya vuran dalgalara benzetilebilir; kıyının bir kısmında ilerlerken diğer bir kısmında geri çekilir, daima salınır ritmik bir nabız atışı gibi gider ve gelir. Bu daha mütevazi anlamında ilerleme, teknolojik araçların, kaydedilmiş insan bilgisinin ve belki de hatta insan bilincinin bir toplamıdır. Maalesef ilerlemenin metafiziksel kavramlaştırılması istismar edilmiştir ve halen de ideologlar, her fikri doğmaya dönüştürme eğilimi olanlar ve eski şarlatan ilaçlarını sonsuz gerçeklermiş gibi ifade edenlerce suistimal edilmektedir. İlerleme böylece bir ideoloji haline gelir ve bununla biz yalnızca bozulmuş ve hatalı bir tasvir veya bilinci değil fakat öncelikle görevleri belli bir sosyal düzeni veya realiteyi meşrulaştırmak ya da gayrimeşrulaştırmak olan fikirler grubunu kastediyoruz. Sonuçta parlak bir gelecek uğruna vazgeçilen problemli bir şimdi eğilimi ortaya çıkarır. İlerlemenin yörüngesinin parlak yüksekliklere doğru tırmanmasını beklerken kolaylıkla insanlığın tarihini son global patlamaya gidebileceğini de unutabiliriz.

İlerlemenin Diyalektiği

İnsanlığın daimi ve gerekli ilerlemesini meşrulaştırma anlamına gelen gerekçelerin daima diyalektik bir doğaya sahip olmaları gerekmemektedir. Ancak Hegel'in öğretilerinden itibaren diyalektik, böyle bir amaç için en sık kullanılan bir entelektüel araç olmuştur. Bu araç yalnızca epistemolojik değil ontolojik anlamda da yani düşüncelerimizin realiteyi değerlendirmesini yönlendiren bir heuristic (problemi çözmeye yardımcı) metod olarak değil fakat varlığın yapısal bir unsuru olarak kullanılmıştır. Tarihi insancıllığa ve rasyonaliteye doğru giden daimi bir ilerleme olarak anlayan Kant, pratik aklın bu istemini, saf aklın alanı olan dış realiteye dayandırmamıştır. Kant'ta ne ilerleme, ne de ahlak empirik olarak temellendirilebilir. Onun için ilerleme fikri yapısal değil düzenleyici bir prensiptir. Hegel'le birlikte doğa ve tarihin diyalektiğinin yeni bir boyutuna gireriz. Varlığımız şu anlamda tarihseldir; gerçeklik önceden verili olan bir şey değil, önümüzde, olduğu gibi olan bir şey; suje ile nesnenin karşılıklı etkileşimlerinin bir sonucudur. Hegel'e göre "diyalektik" terimi zıtlaşan momentlerin birliğini ifade eder, yani yalnız bizim onların anlayışımızda değil realitenin kendisinde de bulunan uzlaşmaz terimlerin pozitif bir tasviridir. Mutlağın, doğa ve tarih içinde üçlü birlik içinde ilerlemesinde ne müteakip güçler bir diğerini sıra ile takip eder, ne de daha yüksek veya sonraki durumdakiler kendilerinden öncekileri tümüyle yadsır ve tasfiye ederler. Yalnız soyut ve spekülatif anlamda biz bu durumları yayılan İdea'nın bütününden ayırt edebiliriz. Şurası doğru bir gözlemdir ki Hegel'in diyalektiğinde "olumsuzlama", "geçiş" ve "uzlaşma" (mediation) terimlerinin anlamları hiçbir zaman tam anlamı ile açıklanmamıştır. Aynı şekilde bunların hangisinin nerede ve ne zaman başlayıp nerede ve ne zaman bittiği ve ötekinin başladığı ya da bir andan diğerine geçişin zımnen "hiçliğin" sayesinde mi olduğu da açıkça ifade edilmemiştir. Ancak terimlerin birleştirici bir üçlü hareket içinde bu şekilde spekülatif bir ayrılışı belli bir terimin keyfi bir şekilde seçilmesine ve bu yüzden bunun kendiliğinden mutlak haline gelmesine neden olabilirdi ki bu, Hegel'in devleti dünyada varolan kutsal idea olarak açıklamasında yani özgürlüğün nesnelliğini kazandığı ve bu nesnellik içinde yaşadığı, tarihin bir nesnesi olarak görmesine neden olmuştur.[14] Böyle bir durumda sentez kendinden önceki tez ve antitezin açık diyalektik bir süreç içinde aşılışı olarak değil, bu sürecin dondurularak önceki durumun sonrakini ortadan kaldırışı olarak ortaya çıkar. Her ne kadar Hegel için tarihin ilerlemesi özgürlüğün, bilinçli kararlılık olarak daha derin bir kendi farkına varmasını da içermekteyse de Hegel'in ilerleme diyalektiği ahlakın sübjektif anlamında ahlaksal değildir. İçsel ve bu nedenle de tarih dışı ya da tarih ötesi bir şey saydığı ahlaka, Ruh'un kendini gerçekleştirme süreci saydığı tarihten ayıran Hegel, olayları normların kutsallığına yükselten bir ilerleme kavramına kapıyı açıp, Dünyanın ilerleyen Ruhu olarak düşündüğü tarihi de kimin buna deyip kimin deymeyeceğine karar veren (geschichtswürdig) bir yargıç konumuna getirir. Yenilen ve ezilen olumsuzlardır, kuvvet de haklı olandır. Bu hususiyeti, tarih diyalektiği kavramını Hegel'den almış olan diğer filozoflarda da görmekteyiz.[15]

Hegel'in tarihin diyalektiği meselesindeki itaatsiz takipçisi Marx'da da benzer belirsizlikler görmekteyiz. Marx'ın tarih felsefesi de tarihin teleolojik hareketi kavramına ve diyalektiğin ontolojik anlaşılışına dayanmaktadır. Şimdi burada kısaca Marx'ın diyalektiği anlayışı ile bağlantılı iki problemi inceleyelim. Felsefesinde diyalektik üçleme, Ruh ya da Mutlak İdea içindeki üç katmanlı bir nabız atışı olmaktan çıkar ve Mutlak Madde içindeki üç ritimli bir sıralanma biçimine dönüşür. Daha önce de bahsolunduğu üzere diyalektik sürecin karşı durumu olarak bir "antimadde"yi düşünmenin güçlüğü yanında, burada bir de tez, antitez ve sentezi ayrılabilir maddi varlıklarmış gibi kabul etme tehlikesi de vardır, bu özellikle tarihin diyalektiği için daha tehlikelidir. Böylece diyalektik hareketin çatışmacı ve çarpışmacı hususiyeti vurgulanarak olumsuzlama sanki bu olumsuzlamanın olumsuzlanması kadar steril kalabilirmiş gibi kabul edilir.[16] Tarihsel diyalektiğin kahramanlarını sonlu ve ayrılabilir varlıklarmış gibi kabul ederek Marx, diyalektik sürece bir gerilim ve kutuplaşma getirir ki bu da önceki durumların zenginliği ve biricikliğinin sentezde korunmadığı bir fakirleştirilmiş realiteyi temsil eden diyalektik tehlikesine yol açar. Dahası, toplam olumsuzlukları temsil eden maddi bir evren fikri de metafizik bir fikirdir. Bizim reel tarihimiz olumsuzluklar ve olumluluklardan mürekkep olmadığı için hiçbir olumsuzlamanın olumsuzlaması mutlak, karışmamış ve final bir olumlamayı vermez. Bu tür kavramlar tarih felsefesinin parçaları olup görgül tarihte bulunmazlar.[17] Bugün için artık tarihin imtiyazlı diyalektik Sujesini temsil eden kapalı organik birliklerin bulunmadığını kabul etmek zorundayız. Böyle bir suje bizim eylemlerimiz ve sebatkar çabalarımız ile yaratılmalıdır. Bu bütün insanlık için bir gerçek değil bir görevdir. Tarihin yegane sujesi bundan sonraki bölümde göreceğimiz üzere daima kendiliğinden vuku bulan bir toplam olan insanlığın kendisidir.

Ancak Marx'ın tarihin diyalektiği kavramında başka bir problem daha vardır.

Bu modern düşüncenin Marx tarafından da paylaşılan derin bir feraseti olan, bildiğimiz realitenin suje ile nesnenin, hayatla bilincin, sosyal yapılarla zihinsel dünyanın diyalektik uzlaşmasının sonucu olduğudur. Aksi takdirde ya maddeci ya da idealistik çığlıklarla boğazımıza kadar metafiziksel monizme batarız. Bu yapı içinde Marx'ın sosyopolitik ve sosyoekonomik yapılar olarak tanımladığı üretim güçlerinin önemi hakkındaki iddialarını tarihin diyalektik ilerlemesi içine yerleştirmeliyiz. Bununla beraber, belli bir toplumdaki sosyo ekonomik yapı yalnızca belirleyici bir faktör değil aynı zamanda kendisi de belirlenen bir faktördür. Marx'ın doğru bir biçimde gözlemlediği gibi düşüncenin kendini gerçekleştirmeye yöneltmesi yeterli değildir zira realitinin kendisi de bu düşüncenin ortaya çıkmasını zorlamalıdır. Biz burada ne daha fazla realitenin suje ve nesne boyutları arasındaki ilişki problemine ne de bu suje–nesne referans noktasının transdantal (Kant), fenomenolojik (Husserl), ontolojik (Heidegger) ya da başka kategorilerle aşılması imkanı hakkındaki tartışmaya girmek istiyoruz, zira bu kesinlikle, suje hâlâ bizim anlayışımızın ön şartlarından biri olduğundan, kategorik olmayan ya da kategori ötesi bir dil ve düşünce biçimi bulunduğunu varsaymayı gerektirecektir. Marx'ın felsefesi ve insanla sosyal yapıların karşılıklı etkileşimi bağlamına dönersek, onun felsefesinde hâlâ birtakım belirsizliklerin bulunduğunu gözlemleyebiliriz. Son analizde tarihi ve onun ilerlemesini yapanın kim (insan mı yoksa onun ilişkilerinin objektif yapısı mı?) olduğu konusunu yeterince açıklıkla tanımlamamış gözükmektedir. Bu yüzden problem teori ile pratik arasındaki ilişkiye, insanın bilinçli eylemleri, fikirleri ve idealleri ile bunların toplumsal yapılar vasıtası ile uzlaşması ilişkisine dönüşür. Eğer Marx'ın dediği gibi zihinsel dünyamızın yabancılaştırılabileceğini, ya da daha açık bir deyişle insanın insan–olmayan sosyo ekonomik yapıların uzlaşması ile kendi gerçek doğasına yabancılaştırılabileceğini kabul edersek bu noktada iki soru daha sormamız gerekir. Bunlardan biri insanın yabancılaştırıldığı doğası ile diğeri de insanın bu yabancılaşmadan kendini kurtarması diyalektik sürecindeki rolü ile ilgilidir. Burada ideolojik sapma olasılıkları vardır. İnsanın yabancılaşmış olduğu söylenen bu ideal ve sürekli doğası nedir? Şayet böylesine içsel değerlerin taşıyıcısı bir doğa varsa bu hiç kuşkusuz tamamı ile uzlaşmamış ve metafizikseldir. Ancak diğer bir yandan insanın doğası tarihsel olarak geri alınması gereken kaybedilmiş bir mülk olmayıp, kolektif ve bireysel olarak gerçekleştirilmesi gereken bir görev ise bu takdirde yabancılaşma ne demektir? Diğer soru insanın kendisine ve topluma yabancılaşmasından kurtulmak için yaptığı bilinçli teorik ve pratik çabalarla yani sosyal ilerleme sürecindeki işbirliği ile ilgilidir. Şayet yabancılaşmış bir dünyada bizim kavramlarımız, fikirlerimiz ve ideallerimiz de yabancılaşmış ise o halde bu Marx'ın felsefesindeki temel işlemsel kavramlar (temel, üstyapı, yabancılaşma, sınıf vb.) için de söylenebilir zira bütün bunlar da teorik soyutlama ve fikirleştirmelerdir. Bu durumda iddia edildiği üzere yabancılaşmış sosyo–ekonomik yapılar tarafından uzlaştırıldığı için daima ideolojik olma şüphesi taşıyacak olan daha önceki teorik bir temeli bulunmayan bir praxis'in bulunması ihtimali var mıdır? Eğer kişi teoriyi teorik olarak ortadan kaldıramıyor, fakat bunu Marx'a göre sadece praxis ile yapabiliyor ise, böyle bir teoriden yoksun praxis var mıdır? Diğer bir deyişle, şayet bizim fikirlerimiz kaçınılmaz olarak sosyoekonomik olarak programlanmış ise kendimizi ve toplumu özgürleştirme çabalarımız ne işe yarayacaktır? Bizim teori ve praximiz arasındaki ilişki nedir? Şayet bizler yalnızca evrimin kuklaları değilsek ve şayet bizim tarihin diyalektik ilerlemesine katkımız bir anlam ifade edecekse zihinsel ve sembolik evrenimimizin sosyal ve ekonomik yapılar tarafından tamamı ile uzlaştırılmış olmaması gerekir. Her praxis teorisinin ideolojik olmaması garantisi ya da en azından olasılığı olması gerekir ki praxisle karışmış olmasın. Aksi takdirde öyle bir toplam öz–nesnelleştirme (self–objectification), insanın ve zihinsel aracının öyle bir şeyleştirilmesi (reification) olur ki tarihsel ilerlemeden, suje ile objenin karşılıklı etkileşimi, subjektif ile objektifin bir diyalektiği olarak bahsetmek anlamsız hale gelir. Böyle bir toptan determinist bir yapı içinde tarihin diyalektiği yalnızca doğanın diyalektiğinin bir parçası, ve tarih de ancak mineroloji ve biyolojinin bir uzantısı haline gelecektir. Her yabancılaşmadan ve programlamadan kurtulma sadece başka bir yeniden programlama demek olacaktır. Şayet bilincimiz "üretim güçleri" ve "üretim ilişkileri" gibi soyut ve teorik yapılar tarafından belirleniyor ise, bu takdirde yaşam değil fakat bu objektif sosyal yapıların zihinsel temsilleri bilincimizi belirleyecek ve Marx'ın meşhur sözü bilinç (Bewußstein) hayatı değil hayat bilinci belirler de bu kısır döngünün tasdiki demek olacaktır. Ancak şayet bizim zihinsel dünyamız, fikirlerimiz, ideal ve algılarımız yabancılaşmış bir dünyada bile realite ile asemptotik olarak örtüşüyor ise ve tamamı ile temele bağımlı ideolojik üst yapıların bir parçası değiller ise o halde biz suje ile obje, fikirlerle sosyal yapılar arasındaki gerçek bir diyalektik karşılıklı etkileşimden bahsedebiliriz. Bu halde teori ile praxis arasındaki ilişki yeni bir ışık altında görülebilir. Ona eşlik eden bir sembolizmin olmadığı hiçbir gönüllü insan eyleminin bulunmayacağının farkına varırız. Sembolik kodlar aynı genetik kodların insanın biyolojik varlığının temelinde olması gibi onun sosyal varlığının temelindedirler. Yaratıcı praxis'in düşmanı teori değildir zira zaten her praxis teorinin bir parçasıdır. Praxis'in olumsuzlanması, zihinsel dışsallaştırmalar, bütün evreni, onun başlangıcını ve yönünü yorumlama amacını güden ve bireyi ve yaşamını bastırarak biten bütün bu uyuşuk ideolojik toptancılıklardır. İnsanın praxis'i ideolojik iddialarından ayıklandığında artık o tarihin ilerlemesinin gerekli ve kaçınılmaz bir aracı olmaktan çıkar ve her insan çabasının tabi olduğu daha esaslı bir diyalektiğe, insanın bütün eylemlerinin gücü ile acizliğinin diyalektiğine katılır. Önceden belirlenmiş metafiziksel bir praxis olmaktan çıkarak oldukça belirsiz sonuçlara götüren bir yolculuk halini alır.[18]

İlerlemenin Aksiyolojisi

İlerleme fikrinin tarihi ve diyalektiğini analiz ettiğimiz önceki kısımdan sonra bu son bölümde de dikkatimizi ilerlemenin bir aksiyoloji olarak getirdiği problemlere, ilerlemeyi bir değer olarak analiz ederek verelim. Burada ilerlemeyi, ilerlemenin kendiliğinin bir değer mi teşkil ettiği yoksa daha önceden varolan bir de-

ğer yargısını mı varsaydığı esas sorusunu sorarak görecelik ve güvenilmezlik açılarından ele alacağız.

Önce ilerleme teriminin belirsizliğinden bahsederek başlayalım. Etimolojik anlamda ileriye doğru gidiş demek olan ilerlemenin kendiliğinden hiçbir ahlaki anlamı yoktur ve bu yüzden de ilerleme hem iyi hem kötü olabilir. Ancak ilerlemeyi terimin yalnızca olumlu anlamı yönünden düşünürsek şurası aşikardır ki anlam bizim bir insan için iyi hayatı neyin teşkil ettiğine dair olan fikrimize bağlı olacaktır. Bu anlamda da ilerlemenin bir değer olarak mutlulukçu (eudaemonistic) bir anlamı olacağı red edilemez, yani ilerleme, eylemlerimizin gerçek mutluluğu içeren bizim için en yüksek iyiye (bu en iyinin anlamı her ne ise) varmaya yöneldiği varsayımına dayanır. Değişikliğin ilerici mi gerici mi olduğu da bizim için, insanın ve tarihin amacının ne olduğu yolundaki fikrimize bağlıdır. Mesela Platon için iyi hayat fazilet olmadan düşünülemez ve bunun sırrı da zevkin kendi içinde bir amaç olmayıp iyiye tabi olduğu, iyi ile güzel arasındaki bir oran (simetri) ya da tam (exact) ölçüdür. Açıktır ki onun hayat kavramı uyuşturucu satıcıları, homoseksüel aktivistler ve çocuk pornografisi satanlar için bir çeşit otantik delilik olarak görülebilir. Şayet katı bireyci ve liberal bir felsefeye bağlı olursak da, kolektivist ya da bazı doğru dinlerinin çoktanrıcılarından farklı bir ilerleme fikrimiz olacaktır.[19] Teknolojik başarılar da Daniel Bell'e göre yalnızca teorik bilginin merkeziliği fikrinin teknolojik yeniliklerin kaynağı sayıldığı odak prensibine inanılan devirlerde bir saf kutsallaştırma olarak düşünülebilir.[20] Buraya kadar söylenilenlerden anlaşılacağı üzere ilerleme kendiliğinden bir değer değildir ve fakat daha önceden varolan bir değerler skalasının bulunduğunu varsayar. Bu açıdan da fikir ve değerlerin ideolojik ve sosyal eleştirisine ve özellikle de olaylarla değerlerin ikiliği hakkındaki daimi tartışmaya tabidir.[21]

İlerlemenin göreceliğinin bir yönü daha vardır; o hayatın her cephesinde ve her alanında oluşan bir ilerlemeyi anlatan bir terim değildir. Her ne kadar çağımızın teknolojik ve bilimsel başarılar, insan bilgisinin yüzyıllardır süren birikimi, hatta bu başarıların sonucunda insan bilinci yönünden büyük adımlar attığı inkar edilemezse de dünyamızın ahlaki ve estetik değerler yönünden de özgürlüğü güvenliğe yeğleyerek, iyi bir beyin yıkama ve dogmatik basitleştirmeleri gizlice göstermeden, kişisel ve otantik düşünceleri işleyerek ilerlediğini söyleyebilir miyiz? Teknolojik başarılarımıza rağmen bizim medeniyetimizin geçmiştekilerden daha kültürlü olduğu söylenebilir mi? Elbette ki bizim kıyaslanmayacak kadar çok gazetemiz, kitabımız ve TV şovlarımız var, fakat ümit ediyorum ki bizim önü iliklenmemiş egomuzu kazanmak için yapılan bütün bu gösterilere, bön entelektüel oyunculuğun bu ucuz kahramanlıklarına kültür demeyeceğiz. Dolayısı ile ilerleme terimi ne hayatın ve bilginin her alanındaki evrensel bir ilerlemeyi, ne de garantili ve sürekli bir mülkü ifade eder. Bazen iki farklı medeniyeti kıyaslarken bütün diyebileceğimiz onların kültürel özelliklerinin farklı ve ölçülemez olduğudur. A. Comte'un aziz rüyası yani insanın ahlaki doğasının, sosyal ve zekasal özellikleri ile birlikte tedricen fakat kaçınılmaz olarak ilerleyeceği düşü de tarihsel mutlu son havarilerini de üzüntüye boğarak gerçekleşmemiştir. Maalesef insanlık bugün tutku ve yıkıcı sadizmin akıldışı patlamalarına cahil atalarının en vahşileri kadar mütemayil görünmektedir, ve bugün bizim elimizde bulunan kıyaslama götürmez son derece sofistike tahrip araçları da bu infilakleri daha tehlikeli hale getirmektedir. İnsanın mükemmeliyete kaçınılmaz ilerleyişine olan inancımızı kaybedersek bu sefer de karşı uçtaki tevekkül ve şüpheciliğe kayabiliriz. Bu özellikle uç kültlere, sosyal altkültürlere ve bağımlılıklara kaçmaya ve yüceltilmişi basite, idealleri ideolojilere ve özgürlük programlarını psikolojik programlamalara indirgemeye meyilli gençler için böyledir.

Bu yüzden her ne kadar her insan kişi açısından zahmet verici insanlaşma görevi yeniden başlayacak ve sevgi ve nefret, korku ve zevk temel güdüleri her yeni nesil için temel kalacaksa da, milletlerin ve medeniyetlerin objektif ahlaki denen alanda insan hakları ve toplumsal özgürlüklerin, özellikle bunların yok sayıldığı ve çiğnendiği yerlerde, daha fazla kolektif bir bilincine varma anlamında ve dünya barışını güvenceye alacak daha evrensel ve sürekli bir çabanın olduğu bir yerde ilerlemeden söz edilebilir. Ancak burada bile ilerleme şayet varsa bu güvenilmezdir ve asla da "tarihi olarak gerekli" değildir.

Düşüncelerimizin bu noktasında ilerlemenin her tesadüfi olumsal (contingent) tarihsel ve zamansal gerekli bir sonucu olmadığını vurgulamak gerekiyor. Varlığın fenomenolojik biçimleri olarak tarihsellik ve zamansallık kendiliğinden değer önermeleri değillerdir ve bu bakımdan daima aksiyolojik olan ilerleme fikrinden ayrılırlar. Varlığın bu karakteristiklerinin veya biçimlerinin (Seinsweisen) adamakıllı analiz edildiği Heidegger'in düşüncesinde ilerlemenin gerekliliğinin iddia edilmemesi dikkat çekicidir. Aksine Heidegger bizim bilimsel araştırmalarımızın ve mantıki argümanlarımızın bizi hayattaki tek gerçek ilerlemeye, varlığın ortaya çıkarılmasına götüreceği olasılığı üzerinde oldukça kuşkuludur.[22] Tarihsel ve zamansal olanın tarihsel olmayan teleoloji açısından yapılacak her yorumuna da (her ne kadar varlığın tarihini olaylarınkinden, nihai ayrışı varlığı hareketsiz kılan ve ontik bir ilerleme olasılığını inkar eden başka bir aşırı uca götürebilirse de) karşı çıkmıştır. Zamansallık, ilerlemenin gerekli fakat yeterli olmayan bir şartıdır zira, ilerleme bir son ve amaca bağlıdır. Hareket yaklaştığı bir sonu var ise bir ilerlemedir. İlerleme fikrindeki bu içrek sonluluk gelişme sürecinde asli olan bir şey değil, fakat süreci böylece aşan aksiyolojik bir yargıdır. Sürece rasyonel bir açıklama, bir amaç getirir. Zaman bu yüzden asla amacın yerini tutamaz çünkü yönü belirleyen hedeftir, hedefi belirleyen yön değil.

Bütün bu söylediklerimizden sonra neden çağdaşlarımızın birçoğunun, daima düşünsel şekilde eklemlenmiş olmasalar da insanlığın evrensel ilerlemesi konusunda otantik deneyimlere sahip oldukları problemi cevapsız kalmaktadır. Bunun nedeni belki de Gabriel Marcel'in getirdiği ikna edici bir ayrımı kullanmak gerekirse, burada bir problemle değil de bütün kişiliğin bir sırrı ile karşılaşmamız olabilir. Her ne kadar bu denemedeki araştırma deneyimlerimizin fenomenolojik referans yapısı içinde değil fakat ontolojik ve aksiyolojik seviyelerinde gitmekteyse de, bu analizi ilerleme fikrinin tanımlanmış ayrıklığının psikolojik kökleri üzerinde

düşünceler ile bitirmek isteriz. İnsan kendini devamlı olarak planları, niyetleri ve dilekleri ile gelecekte tasarlayan bir varlıktır. Bu eğilim, toplu bir ortadan kalkma tehdidinin pek yakın olduğu umutsuz bir dünyada ve kişisel ölümün kesinliği karşısında bile umuda olan ihtiyacından kaynaklanır. İnsanın sonu araştırması, varlığın nihai birliği, kendisinin diğer insanlar ve doğa ile uzlaşması, varolmanın çokluğu (pleroması) için bir arzu, bir nostalji olarak gözükmektedir. Hayatın ve tarihin genel anlamına yönelik bu söndürülemeyen ateş sonuç olarak varolmanın anlamsızlığı fikrinin reddi, kaçınılmaz ölümden önce kefene girmenin reddidir. Bu umut bazı fiziksel olgunluk ve stoisizm savunucularının inanmamızı istedikleri gibi çocukça bir tavır, güvenliğe ve düzene duyduğumuz ihtiyaçtan kaynaklanan çocukça bir tasarı mı yoksa en derin duygu ve tasarılarımızın bunları gerçekleştirmeye kadir bir kapsayıcı realite tarafından istendiğinin bir işareti mi? Bu sorular empirik olarak cevaplanamaz. Ancak her ne kadar empirik olarak cevaplanamazsa da neden bir şey var da hiçbir şey yok sorusu gibi başka bir hazır metafiziğin bakış açısından yargılanmasını istemediğimiz sürece de zorunlu olarak anlamsız, faydasız ve metafiziksel diye de bir kenara bırakılamaz.[29] Fenomenolojik olarak geleceğe yönelik umut eğiliminin tarih boyunca insanın daimi ve evrensel bir hususiyeti olduğu gözükmektedir ve yüzeysel bir rasyonalizasyonla da yorumlanamaz. Entelektüel eklemlenişi bir yana, gördüğümüz üzere rasyonel içeriği de bazı durumlarda ideolojik olarak sapmış olabilir, kendisinden tarihin anlamlı hareketi, ilerlemesi, fikrinin çıktığı hayata ve realiteye dair bu temel güven bizim dünyamızı bir aşma deneyimi durumu, bizim realitemize sızan diğer boyutların bir işareti olarak düşünülebilir.[24] Yanıldığı yer de belki de sonun karakteristiklerini sondan öncekinde tasarlaması ve tarihsel olanla, tarihin tarih ötesi yargısı arasındaki temel farkı kabul etmemesi olabilir.

NOTLAR

1) Isaias, 11, 1–10.

2) Tarihin tanrısal kavramlandırılışı üzerinde daha fazla bilgi için Alban G.Widgery, *Les Grandes Doctrines de l'Histoire* (Gallimard, 1965); Herbert Butterfield, *Christianity and History* (Collins, 1964); Arnold J. Toynbee, A. *Study of History,* Abridgment of Vols. I–VI by D.C.Somervell (Oxford Univ. Press, 1947); Hans Meyerhoff (ed.), *The Philosophy of History in our Time* (Doubleday/Anchor Book, New York, 1959).

3) Robert Nisbet, *Prejudices* (Harvard Univ. Press, 1982), p. 283.

4) Cf. G.W.Hegel, *Werke* (Jubiläumsausgabe, Stuttgart 1927–39); Johann Fischl, *Geschichte der Philosophie* (Vol. 3 Aufklärung und deutscher Idealismus, Graz 1950), Frederick Copleston, *A History of Philosophy* (Vol. 7, Part I, Image Book, 1963).

5) Cf. Branimir Luksic, *Ethics and Cognition*, in: Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, No. 4, Rome; 1983; Leszek Kolakovsky, *Marxismus–Utopie und Anti–Utopie* (Stuttgart, 1974); Raymond Aaron, *Marxismes Imaginaires* (Gallimard, 1970); Richard Löwenthal, *Die Lehren von Karl Marx und ihr Schicksal*, in: Marx Heute, Hoffmann u. Campe ed., Hamburg 1983, pp. 114–133.

6) Cf. Hoimar v. Ditfurth, *Kinder des Weltalls* (DTV, München 1982); Hoimar v. Ditfurth, *Wir sind nicht nur von dieser Welt* (DTV, München 1984); George Leonard, *Der Rhythmus des Kosmos* (Scherz ed., München 1983).

7) Thomas Aquinas, *Summa Theologiae* (Vol. I, Part One, quest. 4, Image Book, New York 1969).

8) Bu problemle tanrıcı bir yolla ilgilenen bir girişim için bkz. Pierre Teilhard de Chardin, *The Phenomenon Man* (Fontana Book, 1965).

9) Cf. Fulton, J.Sheen, *Philosophy of Religion* (New York 1948), p. 75.

10) Cf. Konrad Lorenz, *Vergleichende Verhaltensforschung, Grundlagen der Ethologie* (Vienna, New York 1978).

11) Cf. Desmond Morris, *The Human Zoo* (New York 1969).

12) Cf. Konrad Lorenz'in yeni kitabı, *Der Abbau des Menschlichen* (Piper, München 1983), pp. 73 ff..

13) "Sistemiçi anlaşılabilirlik" fikrinin eleştirisi için cf. B. Luksic, *op. cit.*, p. 57 1.

14) Cf. G.W. Hegel, Philosophical History, in: *The Political Philosophers* (Pocket Libarry, 1954), p. 446.

15) Cf. Friedrich Heer, Das Wagnis der schöpferischen Vernunft (Stuttgart 1977), p. 248; ayrıca bkz, Bernard–Henri Lévy, *La Barbarie à Visage Humain* (Paris 1977), p. 89. "A supposer que l'histoire soit le tribunal devant lequel comparaissent les hommes et les peuples, elle n'a jamais jugé en équité ou en moralité. Elle a toujours rendu des verdicts ambigus dont seuls les vainqueurs saluaient sans hésitation la justice" (R. Aaron, Plidoyer pour l"Europe decadente, Paris 1977, p. 253).

16) Cf. Peter Sloterdijk, *Kritik der zynischen Vernunft* (2. tome, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1983), p. 682.

17) Cf. Walter Schulz, *Philosophie in der veranderten Welt* (Pfulingen 1980), p. 501 ve 626 ff.

18) Cf. W.Schulz, *op. cit.*, p. 603 ff.

19) Cf. Peter L.Berger, *The Heretical Imperative* (New York, Doubleday, 1980), ch. 6.

20) Cf. Daniel Bell, *The Cultural Contradictions of Capitalism* (New York, Basic Books, 1976), p. 20.

21) Cf. Jurgen Habermas, *Technik und Wissenschaft als Ideologie* (Frankfurt/Main 1968); Branimir Luksic, Fact and Value in Legal Norms, in; *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, No. 1, Milan 1980); Günther Rohrmoser, *Das Elend der kritischen Theroie* (Freiburg i. Br.1970), pp. 58 ff. ve 89 ff.

22) Cf. Heidegger'in zamansallık ve tarihselliği ele aldığı *Sein und Zeit* (Tubingen 1963), esp. ch. 5; ayrıca M. Heidegger, Was ist das–die Philosophie? (Pfullingen 1966); p. 28 ff; Johannes B. Lotz, *Martin Heidegger und Thomas von Aquin* (Pfulingen 1975), özellikle 2. ve 4. "Abhandlung".

23) Cf. Ludwig Wittgenstein, *Tractatus Logico–Philosophicus*, in: Vol. 1 Schrften, Frankfurt/Main 1963, özellikle 6.44, 6.45.

24) Peter L.Berger, *A Rumor of Angels* (Garden City, New York, Doubleday, 1969), p. 75 ff.

Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Bibliografyası

Derleyen: Zeynep Özlem Üskül

Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Literatürünü bu konularla ilgilenen araştırmacılara yardımcı olmak amacıyla biraraya getirmeyi yararlı ve zorunlu gördüm. Bu amaçtan hareketle oluşturulan bibliografya çalışmasında Türkiye Bibliografya'sından, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nden, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası'ndan, Adalet Dergisi'nden, Armağanlardan, Baro Dergilerinden ve bu alana ilişkin olan diğer dergilerden yararlandım. Bu araştırma cumhuriyetten bu yana ülkemizde yayımlanan kitap ve makaleleri kapsamaktadır. Ancak, bazı eksiklikleri vardır. Bunun nedenlerinden biri son yıllardaki Türkiye Bibliografyası'nın henüz yayımlanmamış olmasıdır. Bundan sonraki HFSA'larda bu tür derlemeler sürecek ve eksiklikler giderilmeye çalışılacaktır. Burada yer alan kaynakları önce tarih sırasına göre vermeyi ve iki ana başlıkta toplamayı uygun gördüm. Konuya ve yazara göre yapılacak sınıflandırmayı sonraki sayılarımıza bırakıyorum. Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi başlığı altında monografiler ve makaleler yer almaktadır. Tezler ise sayıca çok olmadığından tek başlık altında değerlendirilmiştir.

KISALTMALAR

A.D.:	Adalet Dergisi
A.Ü.:	Ankara Üniversitesi
A.Ü.S.B.F.D.:	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
B.İ.T.İ.A.:	Bursa İktisadi ve Ticari İlimler Akademesi
C.:	Cilt
Çev.:	Çeviren
Der.:	Derleyen
H.F.S.A.:	Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Arkivi
İ.F.D.:	İlahiyat Fakültesi Dergisi
İ.Ü.:	İstanbul Üniversitesi
İ.Ü.H.F.M.:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
M.H.D.:	Mukayeseli Hukuk Dergisi
M.Ü.:	Marmara Üniversitesi
T.D.K.:	Türk Dil Kurumu
S.:	Sayı

HUKUK FELSEFESİ

Monografiler

Ağaoğlu, Tezer: *Stuart Mill,* İstanbul, Devlet Basımevi, 1931, 103 s.

Honig, Richard: *Hukuk Felsefesi* (Çev.: Abadan, Yavuz), 2. basım, İstanbul, Burhaneddin Basımevi, 1935, 170.

Fındıkoğlu, Ziyaeddin Fahri: *Etos ve Kozmos,* İstanbul, Burhaneddin Basımevi, 1937, 28 s.

Erişirgil, Mehmet Emin: *Hukukun Muhtelif Cepheleri ve Hukuk İlmi.* Ankara, Hapishane Basımevi, 1938, 12 s.

Arsal, Orhan: *Hukukta Diyalektik Hareket,* Ankara, Recep Ulusoğlu Basımevi, 1938, 24 s.

Abadan, Yavuz: *Grotius ve Tabii Hukuk,* İstanbul, Kenan Basımevi, 1939, 44 s.

Lévy–Bruhl, L.: *Auguste Comte'un Felsefesi,* (Çev.: Fındıkoğlu, Ziyaeddin Fahri), kitap. 1, İ.Ü. Basımevi, 1940, 95 s.

Le Fur, Louis: *XVII. Asırdan Beri Tabii Hukuk Nazariyesi ve Modern Doktrin,* (Çev.: Erim, Nihat Arif), İstanbul, Kenan Basımevi, 1940, 188 s.

Del Vecchio, Giorgio: *Hukuk Felsefesi Dersleri,* (Çev.: Yetkin, Suut Kemal), İstanbul, Maarif Basımevi, 1940, 329 s.

Crozat, Charles: *Ortaçağda Dört Devlet Nazariyecisi,* (Çev.: Günyol, Vedat), İstanbul, Kenan Basımevi, 1942, 367 s.

Lévy–Bruhl, L.: *İlimlerin Felsefesi,* (Çev.: Fındıkoğlu, Ziyaeddin, Fahri), İstanbul, Kenan Basımevi, 99–160 s.

Eflatun: *Sokrates'in Müdafaası,* (Çev.: Niyazi Berkes), İstanbul, Maarif Basımevi, 1942, 49 s.

Lévy–Bruhl, L.: *Auguste Comte'un Felsefesi,* (Çev.: Fındıkoğlu, Ziyaeddin Fahri), Kitap 3, İstanbul, Burhaneddin Basımevi, 1942, 163–224 s.

Crozat, Charles: *Ortaçağda Dört Devlet Nazariyecisi,* (Çev.: Timur, Hıfzı), İstanbul, Kenan Basımevi, 1943, 61–84 s.

Von Aster, Ernst: *Hukuk Felsefesi Dersleri,* (Çev.: Çağıl, Orhan Münir), İstanbul, Kenan Basımevi, 1943, 220 s.

Hirsch: *Pratik Hukukta Metod,* (Çev.: Arslanlı, Halil), İstanbul, Burhaneddin Basımevi, 1944, VII+151 s.

Denis, J.: *Kadim Yunanda Ahlaki ve Hukuki Fikirler,* (Çev.: Fındıkoğlu, Ziyaeddin Fahri), İstanbul, Kenan Matbaası, 1945, 773–793 s, Ayrı Bası: İ.Ü.H.F.M.

Derbil, Süheyp: *Kavram Bilimleri ve Hukuk,* İstanbul, Kenan Basımevi, 1945, 18–39 s. Ayrı Bası: A.Ü.H.F.M., C. II, S.: 4.

Gurvitch, Georges: *Tabii Hukuk Mu, Yoksa Sezgiye Dayanan Müsbet Hukuk Mu?* (Çev.: Hamide Uzbark), İstanbul, Kenan Basımevi, 1945, 156–196 s, Ayrı Bası: A.Ü.H.F.M., C. II, S. 4.

Eflatun: *Sokrates'in Müdafaası,* (Çev.: Berkes, Niyazi), İstanbul, Milli Eğitim Basımevi, 1946, 2+92 s. (Okul Klasikleri: 5).

Schmidt, Heinrich: *Epikür'ün "Yaşama Sevinci" Felsefesi,* (Çev.: Köni, Yunus Kâzım), İstanbul, Remzi Kitabevi, 1946, 91 s. (Kültür Serisi: 15).

Hirsch, E.: *Kant'ın Ebedi Barış Üzerindeki Felsefi Denemesi,* İstanbul, Kenan Basımevi, 1946, 31 s, (Ayrı Bası: A.Ü.H.F.M. C. III, S. 1).

Voltaire: *Felsefe Sözlüğü,* (Çev.: Ay, Lütfi), İstanbul, Milli Eğitim Basımevi, 1946, 323 s. (Dünya Edebiyatından Tercümeler, Fransız Klasikleri: 46).

Del Vecchio, Giorgio: *Hukuk Felsefesi Dersleri,* (Çev.: Yetkin, Suut Kemal), 1946, M.E.B. Yayınları.

Denis, J.: *Kadim Yunan'da Ahlaki ve Hukuki Fikirler,* (Çev.: Fındıkoğlu, Ziyaeddin Fahri), İstanbul; Kenan Basımevi, 1946 (23,5x17), 320–339 s.

Başgil, Ali Fuad: *Hukukun Ana Mesele ve Müesseleri,* İstanbul, Hak Kitabevi, 1946, (25x17), XII+468 s.

Rousseau, Jean Jacques: *Toplum Anlaşması.* (Çev.: Günyol, Vedat), Ankara, Milli Eğitim Basımevi, 1946, VII+209 s. (Dünya Edebiyatından Tercümeler, Fransız Klasikleri: 136).

Okandan, Recai Galip: *Devletin Ahlaki Cephesi Hakkında İlkçağ Filozoflarının Teorik Görüşleri,* İstanbul, İsmail Akgün Basımevi, 1947, 419–438 s.

Çağıl, Orhan Münir: *"Stammler"in Cemiyet ve Hukuk Felsefesi,* İstanbul, İsmail Akgün Basımevi, 1947, 697–731 s. (Ayrı Bası: İ.Ü.H.F.M., 1947, S. 2.)

Hircsh, E.: *Kant'ın Ebedi Barış Üzerindeki Felsefi Denemesi II,* İstanbul, Kenan Basımevi, 1947, 268–292 s.

Karasan, Mehmet: *Eflatun'un Devlet Görüşü,* Ankara, Milli Eğitim Basımevi, 1947, 170 s.

Çağıl, Orhan Münir: *Filozof "Immanuel Kant"ın Sisteminde Ahlak ve Hukukun Felsefi Esasları.* İstanbul, İsmail Akgün Basımevi, 1947, 1106–1133 s. Ayrı Bası, İ.Ü.H.F.M., C. XII, S. 3.

Saymen, Ferit Hakkı: *Prof. Henri Capitant'ın Hukuk Telakkisi ve Eserleri,* İstanbul, İsmail Akgün Basımevi, 1947, 3–22 s. Ayrı Bası: İ.Ü.H.F.M., C. XIII, S. 3.

Özarpat, Hilmi: *Genel Hukuk Bilgisi,* İstanbul, A. Sait Basımevi, 1948, 104 s.

Çağıl, Orhan Münir: *"Stammler"in Cemiyet ve Hukuk Felsefesi II,* İstanbul, İsmail Akgün Basımevi, 1948, 29 s.

Çağıl, Orhan Münir: *"Friedrich Julius Stahl"ın (1802–1861) Hukuk Felsefesi,* İstanbul, İsmail Akgün Basımevi, 1948, 22 s.

Yörük, Abdülhak Kemal: *Hukukun Umumi Prensipleri,* İstanbul, 1949, İsmail Akgün Matbaası, XI+184 s. İ.Ü. Yayınları: 423, H.F. Yayınları: 93.

Seviğ, Vedat Raşit: *Léon Duguit'ye Göre Hukuk Kaidesi,* Sübjektif Hak ve Hakimiyet, İstanbul, 1949, İsmail Akgün Matbaası, 20 s.

Yörük, Abdülhak Kemal: *Sofistler ve Hukuk Görüşleri,* İstanbul, 1949, İsmail Akgün Basımevi, 21 s.

Hirsch, E.: *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri;* Ankara, 1949, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik T.A.O., XVI+463 s.

Yörük, Abdülhak Kemal: *Hukuk Felsefesinde Eflatun Doktrini,* İstanbul, 1949, İsmail Akgün Basımevi, 20 s.

Kirchmann, Julius Hermann: *İlim Olmak Bakımından Hukukun Değersizliği,* (Çev.: Üçok, Coşkun), Ankara, 1949, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik T.A.O., VI+32 s. A.Ü.H.F. Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Enstitüsü Yayınları: 1, Tercüme serisi: 3.

Yörük, Abdülhak Kemal: *Sokrat, Ahlak, Hukuk Felsefesi,* C. 6, S. 1–2, İstanbul, 1950, İsmail Akgün Matbaası, 12 s.

Ansay, Sabri Şakir: *Hukuk Bilimine Başlangıç.* 3. Basım, Ankara, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik T.A.O., 184 s.

Çağıl, Orhan Münir: *"Stammler"in Cemiyet ve Hukuk Felsefesi,* III Kısım. Ayrı Bası: İ.Ü.H.F.M., C. 17, S. 1–2, İstanbul, 1951, İsmail Akgün Basımevi, 34 s.

Çağıl, Orhan Münir: *Immanuel Kant'a Göre Devletin ve Devletlerarası Münasebetlerin Felsefi Esasları.* Ayrı Bası: İ.Ü.H.F.M., 1951, İsmail Akgün Basımevi, S. 3–4, 31 s.

Yörük, Abdülhak Kemal: *Hukuk Felsefesi Dersleri,* İstanbul, 1952, İsmail Akgün Basımevi, XVI+205+1 s., İ.Ü. Yayınları No: 505, H.F. Yayınları No: 108.

Del Vecchio, Giorgio: *Hukuk Felsefesi Dersleri,* (Çev.: Erman, Sahir), İstanbul, 1952, Sermet Matbaası, XVI+495 s. İ.Ü. Yayınları, 515, H.F. Yayınları: 110.

Çağıl, Orhan Münir: *Hukuk Metodoloji Dersleri,* 2. Bası, İstanbul, 1952, Nazir Akbasan Matbaası, XVIII+148 s. İ.Ü. Yayınları No: 520, H.F. Yayınları No: 112.

Abadan, Yavuz: *Hukuk Felsefesi Dersleri,* Ankara, 1954, Güzel Sanatlar Matbaası, XI+327+[1], A.Ü. Yayınları: 78.

Kant, Immanuel: *Ebedi Barış Üzerine Felsefi Deneme,* (Çev.: Abadan, Yavuz–Meray, Seha L.) Ankara, 1960, Ajans–Türk Matbaası, 56 s.; A.Ü.S.B.F. Yayınları, No: 113–95; Dış Münasebetler Enstitüsü Yayınları No: 14; S.B.F. 100. Yıl Yayınları, No: 113–95.

Çağıl, Orhan Münir: *Hukuk Başlangıcı Dersleri.* Hukukun Temelleri ve Hukuk İlminin Tarihi Tekamülü, İstanbul, 1961, Nazir Akbasan Matbaası, VI+[1]+304 s.; İ.Ü. Yayınları No: 914, H.F. Yayınları No: 187.

Yörük, Abdülhak Kemal: *Hukuk Felsefesi Dersleri.* 1. Kısım, 3. Bası, İstanbul, Sönmez Neşriyat ve Matbaacılık A.Ş., XVIII+263 s.; İ.Ü. Yayınları No: 910, H.F. Yayınları No: 160.

Çağıl, Orhan Münir: *Hukuk Metodolojisi Dersleri.* 3. Bası, İstanbul, 1962, Fakülteler Matbaası, XVI+190 s.+[1], İ.Ü. Yayınları No: 945, H.F. Yayınları No: 194.

Çağıl, Orhan Münir: *Hukuk Başlangıcı Dersleri, "Hukukun Temelleri ve Hukuk İlminin Tarihi Tekamülü",* 1. Kısım, Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul, 1963, Fakülteler Matbaası, XXVII+4025, İ.Ü. Yayınları No: 1037, H.F. Yayınları No: 217.

Güriz, Adnan: *Faydacı Teoriye Göre Ahlak ve Hukuk,* Ankara, 1963, Ajans–Türk Matbaası; IV+221 s., A.Ü.H.F. Yayınları No: 185.

Von Jhering, Rudolf: *Hukuk Uğrunda Savaş.* (Çev.: Yeğengil, Rasih), İstanbul, 1964, Sinan Matbaası, 79 s.

Çağıl, Orhan Münir: *Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş, "Hukuk Başlangıcı Dersleri"* 2. Kısım [Birleşik], Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3. Bası, İstanbul, 1966, Fakülteler Matbaası, XL+533+XLII s. İ.Ü.Yayınları No: 1170, H.F. Yayınları No: 249.

Grotius, Hugo: *Savaş ve Barış Hukuku "De Iure Belli Ac Pacis"* Seçmeler, (Çev.: Meray, Seha L.), Ankara, 1967, A.Ü. Basımevi, XI+325 s, A.Ü.S.B.F. Yayınları No: 222–204.

Çobanoğlu, Rahmi: *Hukuk Felsefesi Notları (I),* Tarihi Kısım, İstanbul, 1967/1968.

Rousseau, Jean Jacques: *Toplum Sözleşmesi,* (Çev. Günyol, Vedat), 3. Bası, İstanbul, 1969, Gün Basımevi, Çan Yayınları.

Lévy–Bruhl, Lucien: *Auguste Comte Felsefesi ve Sosyolojisi,* (Çev. ve ekleri ilave eden: Fındıkoğlu, Ziyaeddin Fahri), İstanbul, 1970, Fakülteler Matbaası, VIII+304 s; İ.Ü. Yayınları No: 1536, İktisat Fakültesi Yayınları No: 279.

Russell, Bertrand: *Batı Felsefesi Tarihi.* (Çev.: Sencer, Muammer), İstanbul, 1970, Kitapçılık Limited Şti. 582 s. Kitaş Yayınları, Kitaş Bilim Dizisi No: 45.

Jaspers, Karl: *Felsefeye Giriş,* (Çev.: Aka-

lın, Mehmet), İstanbul, 1971, Hareket Yayınları, Ahmet Sait Matbaası, 149 s.

Akgöl, Nalan: *Sokrat ve Savunması,* İstanbul, 1971, Yalçın Ofset, 31 s. Yalçın Ofset Yayınları, Genel Kültür Dizisi: 56.

Aral, Vecdi: *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine,* İstanbul, 1971, Fakülteler Matbaası, XIII+[1]+198 s. İ.Ü. Yayınları No: 1776. H.F. Yayınları No: 376.

Russell, Bertrand: *Batı Felsefesi Tarihi,* 2. Bası, (Çev.: Sencer, Muammer) Ankara, 1972, Bilgi Yayınevi, C.,1 Antikçağ, C. 2 Ortaçağ. Bilgi Yayınları, Bilgi Dizisi: 2.

Hazard, Paul: *Batı Düşüncesindeki Büyük Değişme.* (La Crise De La Conscience Européenne). (Çev.: Güngör Erol). Yayımlayan: T.C. M.E.B. Devlet Kitapları Müdürlüğü, İstanbul, 1973, Milli Eğitim Basımevi, XII+282 s, Başbakanlık Kültür Müsteşarlığı Yayınları: 2.

Herodotos'tan Hegel'e Batı Düşünüşünden Seçmeler, C. 1, Eskiçağ. (Derleyen: Tunçay, Mete), İstanbul, 1973, Murat ve Sümer Matbaaları, XVI+404 s., Sinan Yayınları Kitap No: 40/1, Siyasal Dizi: 6.

Russell, Bertrand: *Batı Felsefesi Tarihi,* (Çev.: Sencer, Muammer), 3. C., "Modern Çağ, Yeniçağ", 2. Bası, Ankara, 1973, Bilgi Yayınevi, 519+[3], Bilgi Yayınları, Bilgi Dizisi: 2.

Hançerlioğlu, Orhan: *Düşünce Tarihi,* Geliştirilmiş Yeni Bası, İstanbul, 1974, Remzi Kitabevi, 383 s. Remzi Kitabevi Yayınları, Büyük Fikir Kitapları Dizisi: 8.

Rousseau, Jean Jacques: *Toplum Sözleşmesi,* (Çev.: Günyol Vedat), 4. Bası, İstanbul, 1974, Hilal Matbaacılık Kollektif Şirketi, 187+[3]; Çan Yayınları: 36.

Hume, David: *İnsan Zihni Üzerine Bir Araştırma.* (Essay Concerning The Human Understanding), (Çev.: Evrim, Selmin), 1974, T.C. Milli Eğitim Basımevi, XXXIV+251 s, Dünya Edebiyatından Tercümeler, İngiliz Klasikleri: 41.

Gökberk, Macit: *Felsefeye Tarihi,* 3. Bası, Ankara, 1974, Bilgi Yayınevi, 503 s; Bilgi Yayınları, Özel Dizi: 1.

Aral, Vecdi: *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine,* Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İstanbul, 1975, Fakülteler Matbaası, XVI+[1]+229 s. İ.Ü. Yayınları No: 2045, H.F. Yayınları No: 253.

Gür, A. Refik: *Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle–Hukuk Sosyolojisi ve Felsefesi Üzerine Bir Kalem Denemesi,* 2. Bası, İstanbul, 1975, Sebil Yayınevi, 211+[3] s; Sebil Yayınları, No: 77.

Weyl, Monique–Roland: *Gerçekte ve Eylemde Hukuk'un Payı,* (Çev.: Yalçın Şiar), İstanbul, 1975, Konuk Yayınları.

Özbilgen, Tarık: *Eleştirel Hukuk Başlangıç Dersleri,* İstanbul, 1976, Sulhi Garan Matbaası Varisleri Koll. Şti., XXXVI+472 s. İ.Ü. Yayınları No: 2170, H.F. Yayınları No: 485.

Hançerlioğlu, Orhan: *Felsefe Sözlüğü,* Genişletilmiş Yeni Bası, İstanbul, Remzi Kitabevi, 414 s.; Remzi Kitapevi Yayınları, Büyük Kitaplar Dizisi: 17.

Voltaire, François–Marie Arouet De: *Felsefe Sözlüğü* (Dictionnaire Philosophique) (Çev.: Ay, Lütfi), C. 2, 4. Bası, İstanbul, 1977, İnkilap ve Basımevi, 576 s.

Öktem, Niyazi: *Özgürlük Sorunu ve Hukuk,* İstanbul, 1977, Sulhi Garan Matbaası Koll. Şti., XV+320 s; İ.Ü. Yayınları No: 2318, H.F. Yayınları No: 529.

Hançerlioğlu, Orhan: *Başlangıcından Bugüne Kadar Özgürlük Düşüncesi,* 3. Bası, İstanbul, 1977, Varlık Yayınevi, 285 s.; Varlık Yayınevi S. 1885–Faydalı Kitaplar: 53.

Akarsu, Bedia: *Çağdaş Felsefe Akımları,* İstanbul, 1979, Milli Eğitim Basımevi, VII+302 s. Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları, Düşün Dizisi: 3.

Aral, Vecdi: *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine,* Gözden Geçirilmiş 3. Bası, İstanbul, 1979, Fakülteler Matbaası, XX+[1]+229 s., İ.Ü. Yayınları No: 2673. H.F. Yayınları No: 599.

Engels, Friedrich: *Ludwig Feuerbach ve Klasik Alman Felsefesinin Sonu* (Ludwig Feuerbach et la Fin de la Philosophie Classique Allemande). (Çev.: Belli, Sevim), 2. Bası, Ankara, 1979, İlkyaz Basımevi, 95 s., Sol Yayınları.

Akarsu, Bedia: *Felsefe Terimleri Sözlüğü,* Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Ankara, 1979, A.Ü. Basımevi, 244 s, T.D.K. Yayınları: 408.

Russell, Bertrand: *Felsefe Sorunları.* (Çev.: Hacıkadiroğlu, Vehbi), İstanbul, 1980, Kent Basımevi, 106 s, Alaz Yayınları: 7, Bilim ve Felsefe Dizisi: 1.

Gökberk, Macit: *Felsefe Tarihi,* 4. Bası, İstanbul, 1980, Remzi Kitapevi, 490 s, Remzi Kitapevi Yayınları – Büyük Fikir Kitapları Dizisi: 38.

Rosenthal, Mario–Yudin, P.: *Materyalist Felsefe Sözlüğü,* (Çev.: Aytekin, Enver; Çalışlar, Aziz), 4. Bası, İstanbul, 1980, Özlem Kardeşler Matbaası, 578 s, Sosyal Yayınları.

Kant, Immanuel: *Pratik Aklın Eleştirisi.* (Kritik Der Praktischen Vernunft), (Çev.: Kuçuradi, Ioanna– Gökberk, Ülken – Akatlı, Füsun, Çeviriyi Orijinaliyle Karşılaştıran: Durusoy, Gertrude, Türkçe Metni Gözden Geçiren: Tunçay, Mete), Ankara, 1980, Meteksan Lmtd. Şti, 5+201 çift s, Hacettepe Üniversitesi Yayınları: B 23, Felsefe Dizisi: 2.

Bolay, Süleyman Hayri: *Felsefi Doktrinler Sözlüğü,* 2. Bası, İstanbul, Ötüken Neşriyat A.Ş., 326 s, Ötüken Yayın No: 138 – Kültür Servisi: 20.

Jaspers, Karl: *Felsefeye Giriş* 2. Bası, (Çev.: Akalın, Mehmet), İstanbul, 1981, Emek Matbaacılık Tesisleri, 146 s, Dergah Yayınları: 79, Batı Düşüncesi: 11.

Şenel, Adam: *Siyasi Düşünceler Tarihi:* Tarih Öncesinde İlkçağda ve Yeniçağda Toplum ve Siyasal Düşünüş, S.B.F. Ders Notları 2. Sınıf, Ankara, 1981, XII+452 s. (Not: Yazar "Alaeddin" adını kullanmıştır. Metin teksirdir.)

Hançerlioğlu, Orhan: *Felsefe Ansiklopedisi: Kavramlar ve Akımlar,* 7. C., İstanbul, 1981, Remzi Kitapevi, 458 s, Remzi Kitapevi, Büyük Fikir Kitapları Dizisi: 37.

Murdoch, Iris: *Sartre'ın Yazarlığı ve Felsefesi,* 2. bası, (Çev.: Hilav, Selahattin), İstanbul; 1981, Yazarlar ve Çevirmenler Yayın Üretim Kooperatifi, 133+1, Yazko: 58.

Nietzsche, Friedrich Wilhelm: *Zerdüşt Böyle Diyordu.* 2. Bası, (Çev.: Derinsu, Osman), (Önsöz: Yetkin, Suut Kemal), İstanbul, 1981, Varlık Yayınları A.Ş., 370 s., Faydalı Kitaplar: 122, Varlık Yayınları A.Ş., S. 28.

Hançerlioğlu, Orhan: *Felsefe Sözlüğü,* Geliştirilmiş 6. Bası, İstanbul, 1982, Remzi Kitapevi, 516 s, Remzi Kitapevi Yayınları; Büyük Fikir Kitapları Dizisi: 7.

Öktem, Niyazi: *Fenomenoloji ve Hukuk: Hukukun Özü Sorunu,* İstanbul, 1982, Üçdal Neşriyat, 120 s, Akademik Kitaplar Serisi: 7.

Şenel, Alaeddin: *Siyasal Düşünceler Tarihi: Tarih öncesince, İlkçağda, Ortaçağda ve Yeniçağda Toplum ve Siyasal Düşünüş,* Ankara, 1982, Sevinç Matbaası,

XXXIX+508 s., A.Ü.S.B.F. Yayınları No: 498.

Yörükoğlu, Ömer: *Hakim Olan Hukuk Teorisi,* İstanbul, 1982, İ.Ü.H.F. Yayınları. (Yirminci Yüzyılın İlk Yarısında Amerika Birleşik Devletlerinde Hakim Hukuk Teorisi).

Göze, Ayferi: *Siyasal Düşünceler Tarihi,* İstanbul, 1982, Fakülteler Matbaası, XIII+416 s, İ.Ü. Yayınları No: 2898, H.F. Yayınları No: 640.

Hançerlioğlu, Orhan: *Düşünce Tarihi (Dörtbin Yıllık Düşünce, Sanat ve Bilim Tarihinin Klasik Yapıtları Üstüne Eleştirel İnceleme),* Genişletilmiş Yenibasım, İstanbul, Derleme Tarihi: 1983, Remzi Kitapevi, 412 s, Remzi Yayınları – Büyük Fikir Kitapları Dizisi: 8.

Goldmann, Lucien: *Kant Felsefesine Giriş.* (Introduction à la Philosophie de Kant), (Çev.: Timuçin, Afşar), İstanbul, 1983, Gözlem Matbaacılık, 239 s, Metis Yayınları.

Murdoch, Iris: *Sartre'ın yazarlığı ve Felsefesi.* İnceleme, 2. Bası, (Çev.: Hilav, Selahattin), İstanbul, 1983, Yazarlar ve Çevirmenler Yayın Üretim Kooperatifi, 139+1 s. Yazko: 58.

Nietzsche, Friedrich Wilhelm: *Zerdüşt Böyle Diyordu.* 3. Bası, (Çev.: Desinsu, Osman), İstanbul, 1983, Varlık Yayınları A.Ş., 370+4 s, Varlık Yayınları S. 87, Faydalı Kitapları: 122.

Öktem, Niyazi: *Hukuk Felsefesi Ders Notları,* 2. Bası, İstanbul, 1983, Der Yayınevi, VIII+318 s, Der Yayınları Yayın No: 30.

Bolay, Süleyman Hayri: *Felsefi Doktrinler Sözlüğü,* 3. Bası, İstanbul, 1984, Ötüken Neşriyat A.Ş., 326 s. Ötüken Yayın No: 13 Kültür Serisi: 20.

Macchiavello: *Hükümdar* (Il Principe), (Çev.: Bağdatlı, Selahattin), İstanbul, 1984, Onur Matbaası, 135 s, Sosyal Yayınlar – Dünya Klasikleri Kültür Dizisi: 3.

Ağaoğulları, Mehmet Ali: *Siyasal Düşünceler Tarihi II,* Ders Notları, 1984, A.Ü.S.B.F. Yayınları, 242 s.

Burns, Edward Mc Nall: *Çağdaş Siyasal Düşünceler,* 1850–1950, (Çev.: Şenel, Alâeddin), Ankara, 1984, 555 s., Birey ve Toplum Yayıncılık Siyasal Düşünceler Dizisi: 1

Kant, Immanuel: *Seçilmiş Yazılar,* (Çev.: Bozkurt Nejat). İstanbul, 1984, Remzi Kitapevi, 271 s., Remzi Kitapevi A.Ş. Yayınları, Büyük Fikir Kitapları Dizisi: 60.

Gökberk, Macit: *Felsefe Tarihi,* 5. Bası, İstanbul, Remzi Kitapevi, 1985, 490 s., Remzi Kitapevi A.Ş. Yayınları: Büyük Fikir Kitapları Dizisi: 38.

Hançerlioğlu, Orhan: *Felsefe Ansiklopedisi: Düşünürler Bölümü,* İstanbul, 1985, Remzi Kitapevi Yayınları, Büyük Fikir Kitapları Dizisi: 64–66.

Güriz Adnan: *Hukuk Felsefesi,* Ankara, 1985, A.Ü.H.F., XV+461 s., A.Ü.H.F Yayınları No: 48.

Berkes, Niyazi: *Felsefe ve Toplumbilim Yazıları,* İstanbul, 1985, Adam, 394 s., Adam: 234.

Öktem, Niyazi: *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Ders Notları,* Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul, 1985, Der Yayınevi, XVI+303 s.

Aral, Vecdi: *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine,* 5. Bası, İstanbul; 1985, Filiz Kitapevi, XVIII+1+216 s.

Copleston, Frederich: *Felsefe Tarihi,* (Çev.: Yardımlı, Aziz), İstanbul, 1985, İdea Yayınevi.

İzveren, Adil: *Hukuk Felsefesi,* 9 Eylül Döner Sermaye İşletmesi, 1988, 179 s., Döner Sermaye İşletmesi Yayınları: 4.

Aral, Vecdi: *Toplum ve Adaletli Yaşam "Sorumluluk ve Kişiliğin Kazanılması",* İstanbul, 1988, Filiz Kitabevi, XV+253 s.

Kant, Immanuel: *Pratik Aklın Eleştirisi,* (Çev.: Eyüboğlu, İsmet Zeki), İstanbul, Say, 1989, 244 s.

Hatemi, Hüseyin: *Hukuk Devleti Öğretisi,* İşaret Yayınları, İstanbul, 1989, Gümüş Basımevi, 454 s.

Stratenwerth, Günter: *Hukuk Felsefesi [Günümüzde Felsefe Disiplinleri],* (Der.: Özlem, Doğan), İstanbul, 1990, Ara Yayınevi.

Hegel, Georg Wilhelm Friedrich: *Hukuk Felsefesinin Prensipleri,* (Çev.: Karakaya, Cenap), İstanbul, 1991, Sosyal Yayınlar, 284 s.

Öktem, Niyazi: *Fenomenoloji ve Hukuk [Hukukun Özü Sorunu],* İstanbul, 1992, Üçdal Neşriyat.

Hacıkulakoğlu, Hale: *Platon'un Devlet Kuramı,* Ara Yayıncılık, 1. Bası, İstanbul, 1991, Gülen Ofset, 68 s., Ara Yayıncılık: 57, Felsefe Dizisi: 23.

Locke, John: *İnsan Anlığı Üzerine Bir Deneme,* (Çev.: Hacıkadiroğlu, Vehbi), İstanbul, 1992, Ara Yayıncılık: 77, Felsefe Dizisi: 36

Aral Vecdi: *İnsan ve Mutlu Yaşam, Yaşamın Anlamı,* İstanbul, 1992, Der Yayınları.

Vecchio, Giorgio: *Hukuk Felsefesi Dersleri,* (Çev.: Erman, Sahir), İstanbul, 1992, İDHF Yayınları.

Öktem, Niyazi: *Sosyolojinin ve Felsefenin Verileriyle, Devlet ve Hukuk Felsefesi Akımları,* İstanbul, 1993, Der Yayınları.

Ökçesiz, Hayrettin: *Sivil İtaatsizlik,* İstanbul, 1994, AFA Yayınları, 178 s.

Makaleler

Serdengeçti, Edip: "Türk Kamusal Türesinde Özgüç Kuralı", *İ.Ü.H.F.M.,* 1935, s. 322–333.

Arsal, Orhan: "Objektif Hukuk Kaidesi İçin Yeni Bir Ölçü", *İ.Ü.H.F.M.,* 1935, s. 352–372.

Menemenci, Ethem: "Hukukta 'Intégration' Nazariyesi Üzerine Hugo Grotius'un ve Leibniz'in Tesiri", *İ.Ü.H.F.M.,* 1935, 407–414.

Allendy, René: "Tüze Kurumları", (Çev.: Arsal, Orhan), *İ.Ü.H.F.M.,* 1935, s. 458–480.

Honig, Richard: "Hukuk Felsefesi", (Çev.: Akbay, Yavuz, Tetkik Eden: Serdengeçti, Edip), *İ.Ü.H.F.M.,* 1935, s. 535–550.

Bonnard, Roger: "Tabii Hukuk ve Pozitif Hukuk", (Çev.: Aybar, Mehmet Ali), *İ.Ü.H.F.M.,* 1936, s. 34–59.

Honig, Richard: "Hukuk İdesinin Müsbet Hukuk İçin Ehemmiyeti", (Çev.: Abadan, Yavuz), *İ.Ü.H.F.M.,* 1937, s. 161–176.

Honig, Richard: "Sofistlerde Tabii Hukuk Esasları", (Çev.: Abadan, Yavuz), *İ.Ü.H.F.M.,* 1937, s. 177–214.

Crozat, Charles: "Thomas d'Aquin'in Hukuk ve Devlet Nazariyesi", (Çev.: Okandan, Recai Galip), *İ.Ü.H.F.M.,* 1938, s. 585-637.

Leibholz, G.: "Mesleki Sınıf Esasına Dayanan Devlet Fikrinin Problematiği", *İ.Ü.H.F.M.,* 1938, s. 650.

Crozat, Charles: "Defensor Pacis"de Devlet ve Hukuk Nazariyesi", Cemil Bilsel'e Armağan, 1938, s. 113–158.

Abadan, Yavuz: "Grotius ve Tabii Hukuk", Cemil Bilsel'e Armağan, 1938, s. 523–566.

Abadan, Yavuz: "Hürriyet Problemi", *İ.Ü.H.F.M.,* 1940, s. 501–516.

Abadan, Yavuz: "Hürriyet Problemi, Tabii Hürriyet ve Tasavvuru ve Tabii Hukuk", *İ.Ü.H.F.M.,* 1940, s. 812–849.

Abadan, Yavuz: "Hürriyet Problemi Tabii Hürriyet ve Hukuk Telakkisinin Rousseau ile Aldığı Yeni İstikamet", *İ.Ü.H.F.M.*, 1941, C.: VII, S.: 1, s. 269–324.

Aybar, Mehmet Ali: "Hukuk İlminin Marifet Nazariyesindeki Mevkii ve Hukukun Bünyesi ve Tekamül Seyri", *İ.Ü.H.F.M.*, 1941, C. VII, S. 1, s. 325–335.

Aybar, Mehmet Ali: "Şeniyetçi Telakkilere Karşı, Sûrî Bir Hukuk Telakkisinin Müdafaasına Teşebbüs", *İ.Ü.H.F.M.*, 1941, C. IV., S. 4, s. 943–956.

Okandan, Recai Galip: "Devletin Tarihi Menşeini Mukaveleye İstinat Ettiren Muhtelif Görüşler", *İ.Ü.H.F.M.*, 1943, C. IX, S. 1–2, s. 120–169.

Hirş, E.: "Hukuk Bir Bilim Kolu mudur?" *İ.Ü.H.F.M.*, 1944, C.: X, S.: 1, s. 19–61.

De Page, Henri: "Tabii Hukuk ve Hukuki Pozitivizm", (Çev.: Uzbark, Hâmide) *İ.Ü.H.F.M.*, 1944, C.: S.: 1, s. 96–126.

Waline, Marcel: "Törel Kişilik Kuramı", *İ.Ü.H.F.M.*, 1944, C.: X, S.: 1, s. 306–322.

Okandan, Recai Galip: "Devletin Tarihi Menşeini Kuvvet ve Mücadelede Bulan Muhtelif Görüşler", *İ.Ü.H.F.M.*, 1944, C.: IX, S.: 3–4, s. 495–515.

Crozat, Charles: "Dante Alighieri'nin Devlet Nazariyesi", *İ.Ü.H.F.M.*, 1944, C.: X, S.: 1–4, s. 3–76.

Hirş, Ernest: "Hukuk Bir Bilim Kolu Mudur?" *A.Ü.H.F.M.*, 1945, C.: II, S.: 1, s. 19–61.

Derbil, Süheyp: "Kavram Bilimleri ve Hukuk", *A.Ü.H.F.M.*, 1945, C.: II, S.: 4, s. 18–39.

Gurvitch, G.: "Tabii Hukuk mu, Yoksa Sezgiye Dayanan Müsbet Hukuk mu?" (Çev.: Uzbark, Hâmide), *A.Ü.H.F.M.*, 1945, C.: II, S.: 4, s. 156–196.

Arsebük, Esat: "Ankara Üniversitesi'nin 1943–1944 yılı Açılış Dersi: Hukuk Ne Demektir?" *A.Ü.H.F.M.*, 1945, C.: 1, S.: 2, s. 181–191.

Derbil, Süheyp: "Kavram Bilimleri ve Hukuk", *İ.Ü.H.F.M.*, 1945, C.: X, S.: 4, s. 18–40.

Gurvitch, Georges: "Tabii Hukuk Mu, Yoksa Sezgili (İntuitif) Müspet Hukuk Mu?" *İ.Ü.H.F.M.*, 1945, C.: X, S.: 4, s. 156–196.

Arsal, Sadri Maksudi: "Farabi'nin Hukuk Felsefesi", *İ.Ü.H.F.M.*, 1945, C.: X, S.: 3–4, s. 620–634.

Çağıl, Orhan Münir: "Jhering'in Hukuk Nazariyesinin Temel Fikirleri", *İ.Ü.H.F.M.*, 1945, C.: XI, S.: 3–4, s. 225–251.

Hirş, Ernest: "Kant'ın Ebedi Barış Üzerindeki Felsefi Denemesi", *A.Ü.H.F.M.*, 1946, C.: III, S.: 1, s. 3–31., *A.Ü.H.F.M.*, 1946, C.: III, S.: 3, s. 278–292.

Derbil, Süheyp: "Olay Bilimleri ve Hukuk", *A.Ü.H.F.M.*, 1946, C.: 3, S.: 1, s. 32–45.

Derbil, Süheyp: "Kural Bilimleri ve Hukuk", *A.Ü.H.F.M.*, 1946, C.: 3, S.: 1, s. 303–327.

Çağıl, Orhan Münir: "Filozof Immanuel Kant'ın Sisteminde Ahlak ve Hukukun Felsefi Esasları", *İ.Ü.H.F.M.*, 1947, C.: XIII, S.: 3, s. 1106–1133.

Çağıl, Orhan Münir: "Stammler"in Cemiyeti ve Hukuk Felsefesi", *İ.Ü.H.F.M.*, 1947, C.: XIII, S.: 2-4, s. 697–731 (I. Bölüm), s. 1550–1577 (II. Bölüm).

Fehr, Hans: "Die Tragik im Rechr", (Eseri Tahlil ve Tetkik Eden: Çağıl, Orhan Münir), *İ.Ü.H.F.M.*, 1947, C.: XIII, S.: 4, s. 1637–1674.

Akbay, Muvaffak: "Kelsen'in Hukuk ve Devlet Teorisi", *A.Ü.H.F.M.*, 1947, C.: IV, S.:. 1–4, s. 29–47.

Cuche, Paul: "Hukuk Felsefesi Konferansları", (Çev.: Topçuoğlu, Hamide), *A.Ü.H.F.M.*, 1948, C.: IV, S.: 1–4, s. 376–424.

Çağıl, Orhan Münir: "Friedrich Julius Stahl'in Hukuk Felsefesi", *İ.Ü.H.F.M.*, 1948, C.: XIV, S.: 12, s. 324–345.

Von Kirchmann, Julius Hermann: "İlim Olmak Bakımından Hukukun Değersizliği", (Çev.: Üçok, Coşkun), *A.Ü.H.F.M.*, 1949, C.: VI., S.: 1, s. 181–212.

Üçok, Coşkun: "Alman Hukukunun Gelişmesine Bir Bakış", *A.Ü.H.F.M.*, 1950, C.: VII, S.: 1–2, s. 292–321.

Bilik, Erol; "Sofistler", *A.Ü.H.F.M.*, 1950, C.: VII, S.: 1–2, s. 355–378.

Başgil, Ali Fuat: "Devlet Nizamı ve Hukuk. Devletle Hukuk Arasındaki Münasebet Üzerinde Bir İzah Denemesi", *İ.Ü.H.F.M.*, 1950, C.: XVI, S.: 1–2, s. 27–52.

Yörük, Abdülhak Kemal: "Sokrat, Ahlak, Hukuk Felsefesi", *İ.Ü.H.F.M.*, 1950, C.: XVI, S.: 1–2, s. 289–300.

Yörük, Abdülhak Kemal: "Hukukun Umumi Prensipleri", (Eseri Tahlil ve Tetkik Eden: Çağıl, Orhan Münir), *İ.Ü.H.F.M.*, 1950, C.: XVI, S.: 1–2, s. 495–505.

Abadan, Yavuz: "Tabii Hukukun Yeni Veçhesi," *A.Ü.H.F.M.*, 1950, C.: VII, S.: 3–4, s. 501–520.

Besnier, R.: "Fransa'da Fransız Hukuku Tarihi Kürsüsünün Gelişmesi", (Çev.: Üçok, Coşkun), *A.Ü.H.F.M.*, 1950, C.: VII, S.: 3–4, s. 521–533.

Çağıl, Orhan Münir: "Stammler'in Cemiyet ve Hukuk Felsefesi", *İ.Ü.H.F.M.*, 1951, C.: XVII, S.: 1–2, s. 316–349 (III. Bölüm).

Çağıl, Orhan Münir: "Immanuel Kant'a Göre Devletin ve Devletlerarası Münasebetlerin Felsefi Esasları", *İ.Ü.H.F.M*, 1951, C.: XVII, S.: 3–4, s. 816–846.

Waline: "Felsefi, Hukuki ve İçtimai Pozitivizm", (Çev.: Kapani, Münci), *A.Ü.H.F.M.*, 1951, C.: VIII, S.: 3–4, s. 170–182.

Abadan, Yavuz: "Tabii Hukukun Medeni Kanunumuz Üzerindeki Tesiri", *A.Ü.H.F.M.*, 1951, C.: VIII, S.: 3–4, s. 309–333.

Çağıl, Orhan Münir: "Hukuk Metodolojisi Dersleri", Adalet Dersleri, 1952, C.: XXXXIII, S.: 12, s. 1431–1438.

Abadan, Nermin: "B. Constant ve Tarafsız Kuvvet Nazariyesi", *A.Ü.S.B.F.* D., 1952, C.: XII, S.: 1–4, s. 195–217.

Akipek, İlhan: "John Locke'un Siyasi Fikirleri", *A.Ü.H.F.M.*, 1953, C.: X, S.: 1–4, s. 255–268.

Çağıl, Orhan Münir: "Ondokuzuncu Asrın Sonu ile Yirminci Asrın İlk Yarısında Alman Hukuk Felsefesinde Bazı Önemli Gelişmeler", *İ.Ü.H.F.M.*, 1953, C.: XIX, S.: 1–2, s. 377–399.

Würtenberger, Thomas: "Josef Giorres'e Göre Tabii Hukuk ve Tarih", (çev.: Çağıl, Orhan Münir), *İ.Ü.H.F.M.*, 1953, C.: XIX, S.: 1–2.

Birand, Kamiran: "17, 18. ve 19. Yüzyıllarda Devlet İdesi", İ.F.D., 1953, C.: 2, S.: 2/3, s. 161–166.

Herzog, Jacques Bernard: "Pozitivist Doktrinlere Göre Cezai Mesuliyetin Felsefi Hukuki Temeli", (Çev.: Gözübüyük, Abdullah Pulat), A.D., 1953, C.: 44, S.: 6, s. 623.

Akipek, İlhan: "John Locke'un Mülkiyet Hakkındaki Fikirleri", *A.Ü.H.F.M.*, 1954, C.: XI, S.: 1–2, s. 514–524.

Güriz, Adnan: "Hobbes, Şahsiyeti ve Siyasi Fikirleri", *A.Ü.H.F.M.*, 1955, C.: XII, S.: 1–2, s. 298–315.

Çağıl, Orhan Münir: "Hans Kelsen'in Hukuk Felsefesindeki Ehemmiyeti", Ordinaryus Prof. A. Samim Gönensay'a Armağan, 1955, s. 212–227.

Mardin, Şerif: "Tabii Hukukun Gelişme Safhaları Hakkında Bir Not", *A.Ü.S.B.F.D.,* 1955, C.: 10, S.: 2, s. 145–158.

Okandan, Recai Galip: "J.J. Rousseau'nun Devlet Hakkındaki Görüşleri", Ordinaryus Prof. A. Samim Gönensay'a Armağan, 1955, s. 106–126.

Kelsen, Hans: "Mahz Hukuk Nazariyesi Nedir?" (Çev.: Çağıl, Orhan Münir), *İ.Ü.H.F.M.,* 1956, C.: XXII, S.: 1–4, s. 398–417.

Levi, Alessandro: "Descartes Felsefesinin Hukuka Tesiri ve Bu Tesirin Değeri, Hududu", (Çev.: Özbilgen, Tarık), İş, 1956, C.: 22, S.: 182, s. 2–5.

Abadan, Yavuz: Hümanist Cereyan ve Hukuk, *M.H.D.* 1958, C.: 3, S.: 2, s. 69–71.

Çağıl, Orhan Münir: "Bir Eser Münasebetiyle Hukuk Mefhumu ve Hukuk İdesine Dair Bazı Düşünceler", *İ.Ü.H.F.M.,* 1958, C.: XXIV, S.: 1–4, s. 388–431.

Zabunoğlu, Yahya: "Thomas Hobbes – Hayatı, Eserleri ve Hukuki Fikirleri", *A.Ü.H.F.M.,* 1959, C.: XVI, S.: 1–4, s. 277–297.

Yüce, Turhan Tufan: "Hukuk Devleti ve Demokrasi", *Türk Yurdu,* 1959, C.: 49, S.: 8, s. 45–46.

Yüce, Turhan Tufan: "Modern Hukuk Devleti Teorisinde İnsan", *Türk Yurdu,* 1959, C.: 49, S.: 6, s. 44.

Rapoport, Anatoli: Teorinin Çeşitli Anlamları, (Çev.: Tunçay, Mete), *A.Ü.S.B.F.* Dergisi, 1959, C.: 14, S.: 4, s. 58–78.

Field, G.Lowell: "Bir Siyasi İktidar Teorisi İçin Hipotezler", (Çev.: Tunçay, Mete), *A.Ü.S.B.F.* Dergisi, 1960, C.: XV, S.: 1 s. 249–258.

Aral, Vecdi: "İhtilal Hukukuna Yardıma Tabii Hukuk Nazariyeleri, İş ve Düşünce", 1960, C.: 26, S.: 229/230, s. 12–14, C.: 26, S.: 231–232, s. 5–6.

Çağıl, Orhan Münir: "Felsefenin Işığında Hürriyet, Adalet, 'Hukuk Devleti' ve 'Hukuk Kültürü'", *İ.Ü.H.F.M.,* 1960, C.: XXVI, S.: 1–4, s. 226–293.

Okay, Sami:" Michigan Hukuk Fakültesinde Hukuk Tahsili ve Öğretim Tekniği", *İ.Ü.H.F.M.,* 1961, C.: XXVII, S.: 1–4, s. 387.

Köksal, Mehmedcan: "Milletlerarası Hukuk Düzenine Doğal Hukukun Uygulanması", *İ.Ü.H.F.M.,* 1962, C.: XXVII, S.: 1–4, s. 388–456.

Seviğ, Vasfi Raşit: "Rousseau ve Kanun, Yasama ve Yargı Dergisi", 1963, S.: 11, s. 91–106.

Özbilgen, Tarık: "Tabii Hukuk Görüşünden Sosyolojik Hukuk Görüşüne", *İ.Ü.H.F.M.,* 1964, C.: XXX, S.: 1–2, s. 281–304.

Uluç, Mehmet: "Niccolo Macchiavelli'nin Devlet Hakkındaki Düşünceleri ve Onların Diğer Yazarlar Üzerindeki Diğer Yazarlar Üzerindeki Etkilerine Genel Bakış", *İ.Ü.H.F.M.,* 1964, C.: XXX, S.: 1–2, s. 305–340.

Aral, Vecdi: "Hukuk İlmini Gerçek Bir İlim Haline Getirmek İçin Hukuka Bir Objektivite Kazandırma Gayretleri ve Bunların Değeri", *İ.Ü.H.F.M.,* 1965, C.: XXXI, S.: 1–4, s. 220–241.

Güriz, Adnan: "İrade Hürriyeti (1)", *A.Ü.H.F.M.,* 1965–66, C.: XXII–XXIII, S.: 1–4, s. 635–673.

Fındıkoğlu, Ziyaeddin Fahri: "Giorgio del Vecchio: Humanité et Unité du Droit: Essais de Philosophie Juridique", *İ.Ü. İktisat Fakültesi Mecmuası.* 1966, C.: 25, S.: 4, s. 295–298.

Çağıl, Orhan Münir: "Bugünkü Teknik Terakki Karşısında Hürriyet Kategorisi Olarak Hukuk ve Hürriyet Felsefesi Olarak Hukuk Felsefesi", *İ.Ü.H.F.M.,* 1967, C.: XXXIII, S.: 1–2, s. 183–253.

Güriz, Adnan: "İrade Hürriyeti (II)", *A.Ü.H.F.M.,* 1967, C.: XXIV, S.: 1–4, s. 183–222.

Aral, Vecdi: "Kelsen'in Hukuk Anlayışı", *İ.Ü.H.F.M.,* 1968, C.: XXXIV, S.: 1–4, s. 513–552.

Halil, Ahmet: "Vecchio, Giorgio del: Humanité et Unitéde Droit: Essais de Philosophie Juridique, İş ve Düşünce, 1968, C.: 33, S.: 263, s. 47–49.

Güriz, Adnan: "Avrupa'da Reform Hareketleri ve Mülkiyet Düzeni", *A.Ü.H.F.M.,* 1968, C.: XXV, S.: 1–2, s. 237–272.

Özbilgen, Tarık: "Louis Le Fur'ün Hukuk Görüşü", *İ.Ü.H.F.M.,* 1969, C.: XXXV, S.: 1–4, s. 352–383.

Rehbinder, Manfred: "Menfaatler Takdirinin Prensipleri", *A.Ü.H.F.M.,* 1969, C.: XXVI, S.: 3–4, s. 271–288.

Tahiroğlu, Bülent: "Platon'un Hukuk Anlayışı", *İ.Ü.H.F.M.,* 1970, İ.Ü.H.F.M., C.: XXXVI, S.: 1–4, s. 349–370.

Göze, Ayferi: "Onyedi ve Onsekizinci Yüzyıl Düşünürlerinde Baskıya Karşı Direnme", *İ.Ü.H.F.M.,* 1970, C.: 35, S.: 1–4, s. 49–73.

Kant, Immanuel: "Saf Aklın Eleştirisi İçin İkinci Giriş", (Çev.: Tuğcu, Tuncer), *Felsefe Dergisi,* 1972, S.: 1, s. 13–29.

Tuğcu, Tuncer: "Immanuel Kant", *Felsefe Dergisi,* 1972, S.: 1, s. 7–11.

Kanad, Halil Fikret: "Aristo'nun Felsefesi ve Eğitim Görüşleri", *Eğitim Hareketleri,* 1972, C.: XVIII, S.: 208/209, s. 5–6.

Aral, Vecdi: "Hukukta Felsefenin Önemi", *İ.Ü.H.F.M.,* 1973, C.: XXXVIII, S.: 1–4, s. 623–648.

Dilcher, Gerhard: "Der Rechtswissenschaftliche Positivismuswissen. Schaftliche Methode und Politische Entscheidung" (Bilimsel Metod ve Siyasi Karar Aracı Olarak Pozitivizm), (Çev.: Mumcu, Ahmet), *A.Ü.H.F.M.,* 1974, C.: XXXI, S.: 1–4, s. 467–486.

Schefold, Dian: "Geschichlichkeit und Aktualiaet von Rousseaus Staatslehre", (Rousseau'nun Devlet Öğretisinin Tarihselliği ve Güncelliği), (Çev.: Ayiter, Nuşin), *A.Ü.H.F.M.,* 1974, C.: XXXI, S.: 1–4, s. 511–532.

Aral, Vecdi: "Hukuk Felsefesinde Değer Rölativizmine Karşı, Değer Objektivizmi", *İ.Ü.H.F.M.,* 1974, C.: XL, S.: 1–4, s. 521–552.

Akad, Mehmet: "Machiavel–Bodin ve Hobbes'da Monarşi Anlayışı", *İ.Ü.H.F.M.,* 1974, C.: XL, S.:. 1–4, s. 553–587.

Öktem, Niyazi: "Stoisizm", *İ.Ü.H.F.M.,* 1974, C.: XL, S.: 1–4, s. 589–621.

Akgüner, Tayfun: "John Stuart Mill'in Felsefesi ve Hukuk Görüşü", *İ.Ü.H.F.M.,* 1974, C.: XL, S.: 1–4, s. 623–640.

Aral, Vecdi: "Hukuka İlişkin Değişik Görüşler ve Bunların Değerlendirilmesi ile Birlikte Doğru Görübilecek Bir Hukuk Anlayışı", *İ.Ü.H.F.M.,* 1974, C.: XXXIX, S.: 1–4, s. 305–351.

Öktem, Niyazi: "Antik Yunan Felsefesi", *İ.Ü.H.F.M.,* 1974, C.: XXXX, S.: 1–4, s. 353–413.

Metin, Ertuğrul: "İşkence ve Ötesi, Özgürlüğün Bedeli", *Yargıtay Dergisi* 1975, C.: 1, S.: 4, s. 119–126.

Cihan, Erol: "Bilimsel Düşünüşün Temel Nitelikleri", *İ.Ü.H.F.M.,* 1975, C.: XLI, S.: 1–4, s. 363–369.

Yasaman, Hamdi: "Sartre'da Özgürlük", *İ.Ü.H.F.M.,* 1976, C.: XLII, S.: 1–4, s. 515–540.

Er, Şükrü: "Hukuk ve Matematik", *Bayrak,* 1976, C.: 23, S.: 745, s. 12–14.

İhsan, Olgun: "Hukuk ve Adalet", Osman F. Berki'ye Armağan, 1977, s. 587–593.

"Aristoteles Felsefesi", Tanıtan: Mustafa Okan, *Felsefe Dergisi,* 1977, S.: 1, s. 118–119.

"Hegel'den Parçalar", (Çev.: Timuçin Afşar), *Felsefe Dergisi,* 1977 S.: 1, s. 60–65.

Goldmann, Lucien: "İnsan Bilimleri ve Felsefe", (Çev.: Timuçin Afşar – Aynuksa – Füsun), (Tanıtan: Okan, Mustafa), *Felsefe Dergisi,* 1977, S.: 1, s. 122–124.

Cömert, Bedrettin: "Aristoteles'te Mimesis (benzetme) Kavramı ve Yansıtma Kuramı Açısından Güncelliği", *Ulusal Kültür,* 1978, C.: 1, S.: 1, s. 37–48.

"Felsefi Doktrinler Sözlüğü". (Hazırlayan: Bolay, Süleyman Hayri), *Divan,* 1979, C.: 1, S.: 8, s. 30–31.

Öktem, Niyazi: "Nicos Ar. Poulantzas ve Hukuk Felsefesi," *Günümüzde Yargı,*; 1979, S.: 44, s. 16.

Özgökmen, Tarhan: "Kant ve Felsefesi", Mimar Sinan, S.: 28, s. 37–52.

Goldman, Lucien: "Kant Felsefesine Giriş", (Çev.: Timuçin Afşar), *Felsefe Dergisi,* 1979 S.: 8, s. 27–34.

Öktem, Niyazi: "Hukuksal Pozitivizm Akımı", *İ.Ü.H.F.M.,* Özel S., 1977, C.: 43, S.: 1/2, s. 271–299.

Keyman, S.: "Hukuki Pozitivizm", *A.Ü.H.F.M.,* 1978, C.: XXXV, S.: 1–4, s. 17–56.

Kelsen, Hans: "Nedensellik ve İsnadiyet", (Çev.: Hafizoğlu, Zeki), *A.Ü.H.F.M.,* 1978, C.: XXXV, S.: 1–4, s. 219–233.

Hafizoğulları, Zeki: "Hukuk ve Ceza Hukuku Biliminin Konusu ve Sınırları Sorunu", *A.Ü.H.F.M.,* 1978, C.: XXXV, S.: 1–4, s. 236–279.

Lukacs, György–Kofler, Leo: "Birey ve Toplum", (Çev. Timuçin, Afşar), Felsefe Dergisi, 1978, s. 4, s. 16–59.

Kant, Immanuel: "Analitik ve Sentetik Yargıların Ayrımı Üstüne", (Çev.: Soykan, Ömer Naci), *Felsefe Dergisi,* 1978, S.: 5, s. 59–61.

Öktem, Niyazi: "Hukuk Felsefesi Öğrenimi", *Günümüzde Yargı,* 1978, S.: 31, s. 23–24.

Cömert, Bedrettin: "Türkiye'de Felsefenin Yakın Alanlarla İlişkileri", *Sanat ve Toplum,* 1978, S.: 2, s. 35–56.

Öktem, Niyazi: "Felsefe Tarihinin Verileriyle 141–142", *Günümüzde Yargı,* 1979, S.: 36, s. 7–8.

Öktem, Niyazi: "Le Principe de "la Confusion Des Pouvoirs de Jean Jacques Rousseau et son Influence Sur La Constitution Turque de İ921", *İ.Ü.H.F.,* 1979," C.: 26, S.: 42, s. 375–381.

Maren–Grisebach, Manon: "Yazınbilimde Olgucu (Pozitivist) Yöntem", (Çev.: Ozil, Şeyda), *Bağlam,* 1979, s. 208–222.

Çağıl, Orhan Münir: "Metafizik Zaviyeden Yabancılaşma Problemi ve Hegel'in Panlojist "İntikal ve Teli (Terkip) Felsefesi", *İ.Ü.H.F.M.,* 1980, C.: XLIV, S.: 1–4, s. 137–223.

Koyuncuoğlu, Tennur: "Özgürlüğün Önkoşulu Olarak Yaşama Hakkı", *Günümüzde Yargı,* 1980, S.: 49, s. 13–17.

Müller, Gebhard: "Hukuk Düzeninde İnsan Hakları", (Çev.: Ballıgil, Tuğba), 1980, C.: XLIV, S.: 1–4, s. 283–294.

Larenz, Karl: "Hukuk İlminde Anlam Sorunu", (Çev.: Pulaşlı, Hasan), B.İ.T.İ.A., İktisat Fakültesi Dergisi, 1981, C.: 2, S.: 1, s. 192–206.

Kuçuradi, İoanna: "Bugünkü Türkiye'de Özgürlük Sorunu [ve Konunun Tartışması]", Klasik Düşünceler ve Türkiye Sempozyumu, (II. Ankara, 1977), 1981, s. 41–62.

Saygılı, Aydın: "Hümanist Düşünce ve Bilim [ve Konunun Tartışması]", Klasik Düşünce ve Türkiye Sempozyumu, (II, Ankara, 1977), 1981, s. 20–40.

Öktem, Niyazi: "Fenomenolojiyle Marksizm Arasında Kurulan İlişki", *Toplum ve Bilim,* 1982, S.: 17, s. 152–159.

Öner, Yılmaz, M.: "Diyalektik Materyalizm ve Matematik", *Doğa ve Bilim,* 1982, C.: 2, S.: 12, s. 21–29.

Bucher, Alexius J.: "Christen und Menschenrechte Heute Eine Diskussionsbeitrag zum Philosophischen Gespräch", The International Seminar On The Foundation of Human Rights, (Ankara, 1980), 1982, s. 139–142.

Çağıl, Orhan Münir: "İnsaniyet İdesinin Işığında: Goethe'nin İnsan ve Hayat Anlayışı, Hegel ve Kant'a Nisbeti (I)", *İ.Ü.H.F.M,* 1979–80-81, C.: XLV–XLVII, S.: 1–4, s. 585–616.

Özbilgen, Tarık: "Hukukun Fenomenolojisi", *İ.Ü.H.F.M.,* 1979–80–81, C.: XLI–XLVII, S.: 1–4, s. 617–641.

Çağıl, Orhan Münir: "İnsaniyet İdesi Işığında Goethe'nin İnsan ve Hayat Anlayışı "Hegel ve Kant'a Nispeti, (II)", *İ.Ü.H.F.M.,* 1982–1983, C.: XLVIII–XLIX, S.: 1–4, s. 223–247.

Çağıl, Orhan Münir: "Marksizm ve Hürriyet (Kollektif Topluluk, Kollektif Hürriyet ve Kollektif Mülkiyet), İzah ve Tenkit", *İ.Ü.H.F.M.,* 1982–1983, C.: XLVIII–XLIX, S.: 1–4, s. 195–222.

Aral, Vecdi: "Hukukta İrade Özgürlüğü", *İ.Ü.H.F.M.,* 1982–1983, C.: XLVIII–XLIX, S.: 1–4, s. 249–282.

Öktem, Niyazi: "Jacques Maritain, Akdeniz Kültürü, Neo–Tomizm ve Personalizm", *İ.Ü.H.F.M.,* 1982–1983, C.: XLVIII–XLIX–S.: 1–4, s. 283–293.

Llompart, José: "Hukuki ve Felsefi Düşünme", (Çev.: Ballıgil, Tuğba), İ.Ü.H.F.M., 1982–1983, C.: XLVIII–XLIX, S.: 1–4, s. 353–359.

Gardies, Jean–Lois: "Fransa'da Hukuk Felsefesinin Bugünkü Durumu", *İ.Ü.H.F.M.,* 1982–1983, C.: XLVIII–XLIX, S.: 1–4, s. 343–352.

Yörükoğlu, Ömer: "Ockham'lı Williams ve Volontarist Görüşün Yerleşmesi", *Prof.Dr. Ümit Y. Doğanay'a Armağan,* İ.Ü.S.B.F., C. I'den ayrı bası, İstanbul, 1982.

Yetkin, Çetin: "İngiltere'deki Mülkiyet İlişkileri Değişiklikleri Karşısında More, Locke ve Hobbes," *Prof.Dr. Ümit Y. Doğanay'ın Anısına Armağan* (2), İstanbul, 1982, s. 347–364.

Keyman, Selâhattin: "Hukukta Bir Toplum Denemesi", Prof. Dr. Akif Erginay'a 65'nci Yaş Armağanı, Ankara, 1981, s. 3–30.

Çağıl, Orhan Münir: "İnsan Hakları ve Hukuk", *İ.Ü.H.F.M.,* 1984, C.: L., S.: L, s. 69–115.

Özbilgen, Tarık: "Hukukun Anlamı", *İ.Ü.H.F.M.,* 1984, C.: L, S.: 1–4, s. 329–347.

Çağıl, Orhan Münir: "Faust Tragedyasının Felsefi–Kültürel, Ahlaki Mana ve Kıymet ve İhtiva Ettiği Hukuki Düşün-

celer", *İ.Ü.H.F.M.*, 1984, C.: LI, S.: 1–4, s. 375–424.

Çağıl, Orhan Münir: "Faust Tragedyası Zaviyesinden Goethe'nin Hayat ve İnsan Anlayışının Kültür Dünyası İçin Filozofik Mana ve Kıymeti", *İ.Ü.H.F.M.*, 1986–87, C.: LII, S.: 1–4, s. 389–500.

Cihan, Erol: "18 Mart 1915 Çanakkale Zaferinin Anlamı, Önemi ve Sonuçları", *İ.Ü.H.F.M.*, 1986–87, C.: LII, S.: 1–4, s. 501–508.

Öktem, Niyazi: "Maimonides ve Hukuk Felsefesi", *İ.Ü.H.F.M.*, 1986–87, C.: LII, S.:. 1–4, s. 509–518.

Öktem, Niyazi: "La Philosophie de Révolution Française et l'Empire Ottoman", *İ.Ü.H.F.M.*, 1986–1987, C.: LII, S.: 1–4, s. 519–529.

Öz, Turgut: "Cicero'nun Hukuk Görüşü", *İ.Ü.H.F.M.*, 1986–87, C.: LII, S.: 1–4, s. 531–557.

Özcan, Mehmet Tevfik: "John Locke'un Birey Anlayışının Felsefi Temelleri", *İ.Ü.H.F.M.*, 1986–87, C.: LII, S.: 1–4, s. 559–586.

Perelman, Chaim: "Hukuksal Uslamlama ve Hukuk Mantığı", (Çev.: Ballıgil, Tuğba). *İ.Ü.H.F.M.*, 1986–87, C.: LII, S.: 1–4, s. 701–709.

Batiffol, Henri: "Yasa ve Özgürlük", (Çev: Ballıgil, Tuğba), *İ.Ü.H.F.M.*, 1986–87, C.: LII, S.: 1–4, s. 711–724.

Aral, Vecdi: "Kültür ve Hukuk", *İ.Ü.H.F.M.*, 1988–90, C.: LII, S.: 1–4, s. 253–265.

Öktem, Niyazi: "Fransız Devrimi'nin Felsefesi ve Türkiye", *İ.Ü.H.F.M.*, C.: LIII, S.: 1–4, s. 267–272.

Archambault, Paul: "Yeni Bir Öğretide Değerler Problemi", (Çev.: Ballıgil, Tuğba), *İ.Ü.H.F.M.*, 1988–90, C.: LIII, S.: 1–4, s. 317–334.

Gibbs, Jack: "Hukuk Tanımları ve Ampirik Sorular", (Çev.: Özcan, M. Tevfik), *İ.Ü.H.F.M.*, 1988–90, C.: LIII, S.: 1–4, s. 301–315.

Radbruch, Gustav: "Hukuk Devleti", (Çev.: Ökçesiz, Hayrettin), *Argumentum*, 1990, C.: 1, S.: 1, s. 14–16.

Radbruch, Gustav: "Ölüm Cezası", (Çev.: Ökçesiz, Hayrettin), *Argumentum*, 1991, C.: 2, S.: 13, s. 193–195.

Ökçesiz, Hayrettin: "Hukuk ve Dil", *Argumentum*, 1991, C.: 2, S.: 14, s. 205–207.

Aral, Vecdi: "Özgürlük ve Mutluluk", *Argumentum*, 1991, C.: 2, S.: 15, s. 222–224.

Akal, Cemal Bali: "İspanya'da Açlık Grevinin Doğurduğu Sorunlar", *Argumentum*, 1992, C.: 2, S.: 19, s. 291–295.

Kaufmann, Arthur: "Hukuk Felsefesi, Hukuk Kuramı, Hukuk Doğmatiği", (Çev.: Ökçesiz, Hayrettin), *HFSA*, 1. Kitap, 1993, s. 7–26.

Villey, Michel: "Hukuk Bilimi ile Hukuk Felsefesinin İlişkileri", (Çev.: Ballıgil, Tuğba), *H.F.S.A.*, 1. Kitap, 1993 S. 33.

Amselek, Paul: "Norm ve Yasa", (Çev.: Ballıgil, Tuğba), *HFSA*, 1. kitap, 1993, s. 33–52.

Timsit, Gérard: "Matematik ve Hukuk", (Çev.: Üskül, Zeynep Özlem), *H.F.S.A.*, 1. kitap, 53–59.

Perelman, Chaim: "Yeniden Soruşturulan Adalet", (Çev.: Önderman, Murat), *H.F.S.A.*, 1. kitap, 1993, s.61–67.

Winston, Kenneth I.: "Adalet ve Kurallar: Bir Eleştiri", (Çev.: Önderman, Murat), *H.F.S.A.*, 1. kitap, 1993, s. 69–73.

Asi, İbrahim: "Ortaçağ İslam Düşüncesinde Bilginin Kaynağı ve Bilimler Üstüne Görüşler", *Doğa ve Bilim*, 1982, C.: 2, S.: 11, s. 14–37.

Gebeş, Avni H.: "Hukuk, Akıl–Mantık", *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Derneği*, 1983, S.: 40, s. 45–51.

Öktem, Niyazi: "Phénoménologie du Droit n'est Pas Normativisme". *Annales de Faculté De Droit d'İstanbul*, 1981, C.: 28, S.: 44, s. 539–547.

Chehata, Chafik: "Hukuk Mantığı ve İslam Hukuku", (Çev.: Dönmez, İbrahim Kafi), *İslam Tetkikleri Dergisi*, 1984, C.: 8, S.: 1–4, s. 71–88.

Bucher, Alexius y.. "Günümüzde Hristiyanlar ve İnsan Hakları Felsefi Tartışmaya Katkısı", (Çev.: Örnek, Yusuf), *İnsan Haklarının Felsefi Temelleri Uluslararası Semineri*, (Ankara, 1980), 1982, s. 131–134.

Aydın Uğur: "Hermeneutik: Eski Bir Yorum Yönteminin Yeniden Gündeme Gelişi ve Hukuk Alanına Uygulanması", *A.Ü.S.B.F.* Dergisi, 1983, C.: 38, S.: 1–4, s. 181–195.

Kılıoğlu, İsmail: "Hukuk Felsefesi Açısından Stoacılık", *İlim ve Sanat*, 1985, S.: 3, s. 38–44.

Özdenören, Rasim: "Pozitivizm Akla Karşı", *İlim ve Sanat*, 1985, S.: 2, s. 31–32.

Ökçesiz, Hayrettin: "İnsan ve Hukuk Devleti", *Kamu Hukuku Bülteni*, 1990, S.: 1, s. 1–3.

Aral, Vecdi: "Yaşamın Anlamı Üzerine", *Argumentum*, 1990, C.: 1, S.: 1, s. 10-11.

Disselhorst, Malte: "Hoşgörü Üzerine", (Çev.: Ökçesiz, Hayrettin) *Argumentum*, 1990, C.: 1, S.: 12, s. 173–176.

Ökçesiz, Hayrettin: "Rüşvet ve Hukuk", *Argumentum*, 1990, C.: 1, S.: 12, s. 177–180.

Önderman, Murat: "Siyasal Elitizm Kuramı", *Argumentum*, 1990, C.: 1, S.: 11, s. 157–160.

Kaboğlu, İbrahim Ömer: "Türkiye'de Hukuk Devletinin Gelişimi", İnsan Hakları Yıllığı, 1990, C.: 12, ayrı bası.

Önderman, Murat: "Çoğunluk İlkesine İlişkin Bazı Problem ve Paradokslar", *Argumentum*, 1991 C.: 2, S.: 13, s. 189–193.

Aral, Vecdi: "Hukuku Bilim Yapan Nedir?", İstanbul Barosu Dergisi, 1992, C.: 66, S.: 7–8–9, s. 597–608.

Dinçkol, Abdullah: "Hakimin Takdir Yetkisinin Kullanılmasında 'Hak ve Nisfet'", *Yargıtay Dergisi*, 1993, C.: 19, S.: 3, s. 214–230.

Aral, Vecdi: Hukuk ve Ahlâkın Değinim Noktası, *Mahmut R. Belik'e Armağan*, 1993, s. 3–12.

Atalay, Ahmet Halûk: "Uluslararası Hukuk Doğmatiğinin Kuruluşu," *Dünü ve Bugünüyle Toplum ve Ekonomi*, 1993, S.: 5, s. 111–126.

Akpınar, Ayşenur: "John Locke Felsefesinde Doğal Hukuk", *Argumentum*, 1994, C.: 4, S.: 42, s. 6–12.

Dinçkol, Abdullah: "Türkiye'de Parlemento Seçimleri", *Hukuk Araştırmaları*, M.Ü.H.F. Yayını 1992–1993, 1994, s. 97–162.

Dinçkol, Abdullah: "Sosyo–Ekonomik Değişmelerin Türk Pozitif Hukuk Sistemine Etkileri", Hukuk Araştırmaları, M.Ü.H.F. Yayını, 1994, C. 8.

Dinçkol, Abdullah: Bir Sosyal Güvenlik Alt Sistemi Olarak Toprak ve Tarım Reformu", İş Hukuku Dergisi, 1993, s. 413–427.

Dinçkol, Abdullah: "Sosyolojik Verilerin Sosyal Güvenlik Politikaları ve Sistemlerine Etkileri", *Facultatis Decima Anniversaria*, 10. Yıl Armağanı, M.Ü.H.F. Yayını, 1993, s. 215–233.

TEZLER

Aybar, Mehmet Ali: *Enternasyonal Hukuk ve Fert,* İstanbul, 1941, 68 s.

Çobanoğlu, Rahmi: *Hukukta Entüisyonizm ve Tenkidi,* İstanbul, 1952, 139 s.

Özbilgen Tarık: *Meşruiyet Meselesi Üzerine Bir Deneme,* (Ferdiyetçi Bir Hukuk Anlayışının Müdafaası). İstanbul, 1960, Anıl Matbaası.

Özbilgen, Tarık: *Hukukta Sosyolojik Görüşün Değeri,* İstanbul, 154 s.

Zabunoğlu, Yahya Kâzım: *Bir Hukuk ve Siyasal Bilim Problemi Olarak Devlet Kudretinin Sınırlanması,* Ankara 1963, Ajans–Türk Matbaası, XVI+221 s., A.Ü.H.F. Yayınları No: 185.

Aral, Vecdi: *Kelsen'in Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri,* İstanbul, 1965, 151 s.

Yörükoğlu, Ömer: *Léon Duguit'nin Hukuk Kaidesi Teorisi,* İstanbul.

Yetkin, Çetin: *Hukuk Felsefesi Açısından Kaba Kuvvet Devleti Üzerine Bir Deneme,* Ankara, 1969, 315 s.

San, Coşkun: *Max Weber'de Hukukun ve Meşru Otoritenin Sosyolojik Analizi,* Ankara, 1970, 217 s.

Aral, Vecdi: *Kelsen'in Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri,* İstanbul, 1978, Sulhi Garan Matbaasi Varisleri Koll. Şti., XXVIII+[1]+148 s., İ.Ü. Yayınları, No: 2471, H.F. Yayınları No: 553.

Öktem, Niyazi: *Fenomenoloji ve Hukuk,* İstanbul, 1981, 133 s.

Uygun, Oktay: *İbn–i Haldun'un Toplum ve Devlet Görüşü,* İstanbul, 1986, 103 s.

Kıllıoğlu, İsmail: *Ahlak ve Hukuk İlişkisi,* İstanbul, 1988, 452 s.

Dinçkol, Abdullah: *Muhakeme Hukuku Çerçevesinde, Hakimin Karar Verme Sürecinde Takdir Yetkisinin Kullanılması,* İstanbul, 1988.

Dinçkol, Abdullah: Bir Sosyal Güvenlik Kurumu Olarak Toprak ve Tarım Reformu – Sistem Kuramı Açısından Bir İnceleme, İstanbul, 1992.

Turan, Müslim: *Tarihsel Süreç İçinde Stoa Felsefesi,* İstanbul, 1989, 142 s.

Coşkun, Selçuk Serhat: *Adalet Kavramı ve Medeni Hukuka Yansıması,* İstanbul, 1990, 105 s.

Özcan Mehmet Tevfik: *John Locke'da Devlet ve Hukuk,* İstanbul, 1984, 156 s.

Işıktaç, Yasemin: *Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet Hukuku,* İstanbul, 1991, 126 s.

Öndermann, Murat: *Siyasal Elitizm Kuramı,* İstanbul, 1991.

Ökçesiz, Hayrettin: *Sivil İtaatsizlik,* İstanbul, 1994, 178 s.

Atalay, Ahmet Halûk: *Uluslararası Hukukun Oluşumu ve Hugo Grotius'un Rasyonalist Doğal Hukuk Kuramı,* İstanbul, 1992, 90 s.

HUKUK SOSYOLOJİSİ

Monografiler

Fındıkoğlu, Ziyaeddin Fahri: XI. *Asırda Bir Türk Mütefekkiri ve Ahlaki Düşünceleri,* Ankara, Recep Ulusoğlu Basımevi, 1938, 16 s.

Lambert, E.: *Sosyal İlim ve Arsıulusal İlim Olarak Hukuk,* (Çev.: Nuri, Osman), Ankara, Hapishane Baskısı, 1938, 10 s.

İstanbullu, Tahsin: *Hakimler ve Hukuku,* İstanbul Sanat Basımevi, 1939, 416 s.

Fındıkoğlu, Ziyaeddin Fahri: *İbn–i Haldun'un Hukuka Ait Fikirleri ve Tesiri,* İstanbul, Kenan Basımevi, 1939, 138–155 s. Ayrı Bası.

Fındıkoğlu, Ziyaeddin Fahri: *İbni Haldun ve Felsefesi,* C. 1, İstanbul, Burhaneddin Basımevi, 1939, 68 s.

Durkheim, Emile: *İçtimaiyat Usulünün Kaideleri.* (Çev.: Evrim, Selmin), İstanbul, Şirketi Mürettibiye Basımevi, 1943, 267 s.

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet: *Hayat, Hukuk ve Cemiyet,* İstanbul, Nebioğlu Yayınevi, 228 s.

Fabreguettes, M.P.: *Adalet Mantığı ve Hüküm Verme Sanatı,* Ankara, Yeni Cezaevi Matbaası, 1945, 539 s.

Fındıkoğlu, Ziyaeddin Fahri: *İçtimaiyat,* 3. Bası, İstanbul, İsmail Akgün Basımevi, 1947, 463 s. (İ.Ü. Yayınları: 319, H.F. Yayınları: 70).

Durkheim, Emile: *Ahlak ve Hukuk Kaideleri Hakkında Dersler,* (Çev.: Kubalı, Hüseyin Nail), İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1947, 57 s.

Fındıkoğlu, Ziyaeddin Fahri: *Alman ve Türk Hukuk Sosyolojisinde Eksogami Nazariyeleri,* İstanbul, 1949, İsmail Akgün Basımevi, 17 s.

Hirsch, E.: *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri,* Ankara, 1949, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik T.A.O., XVI+463 s.

Fındıkoğlu, Ziyaeddin Fahri: *Eksogami Meselesi Etrafında Umumi Sosyolojik Neticeler.* Ayrı Bası: İ.Ü.H.F.M., C.: 6, S.: 1–2, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 19 s.

Gurvitch, Georges: *Hukuk Sosyolojisinin Kurucuları, 1– Durkheim,* (Çev.: Topçuoğlu, Hamide), Ankara, 1950, Türkiye Matbaacılık ve Gazetecilik T.A.O., 35 s; A.Ü.H.F. ve Hukuk Sosyolojisi Enstitüsü Yayınları: 1– Tercüme serisi, S.: 6.

Gurvitch, Georges: *Hukuk Sosyolojisinin Mübeşşirleri,* (Çev.: Topçuoğlu, Hamide), Ankara, 1950, Türkiye Matbaacılık ve Gazetecilik T.A.O., 35 s; A.Ü.H.F. Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Enstitüsü Yayınları: 1– Tercüme Serisi, S.: 5.

Gurvitch, Georges: *Hukuk Sosyolojisinin Kurucuları,* (Çev.: Topçuoğlu, Hamide), 2. kısım: Duguit, Lévy ve Hauriou, Ankara, 1951, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik T.A.O., 75–97 s. A.Ü.H.F. Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Enstitüsü Yayınları: 1– Tercüme Serisi, S.: 7.

Yörük, Albülhak Kemal: *Hürriyet ve Şartları* – Ayrı Bası: Siyasi İlimler Mecmuası, İstanbul, 1952, Güven Basımevi, 13 s.

Topçuoğlu, Hamide: *Hukuk Sosyolojisi Ders Notları.* "1954–1955 yılı ders takrirlerini ihtiva eder", Ankara, 1955, Akın Matbaacılık LTDQR, 12+221 s.

Kessler, G.: *İçtimaiyata Başlangıç.* (Çev.: Fındıkoğlu, Ziyaeddin Fahri), İstanbul, Arkadaş Basımevi, 272 s.

Topçuoğlu, Hamide: *XX. Yüzyılda Tabii Hukuk Rönesansı,* Ankara, 1953, XIX+216 s.

Fındıkoğlu, Ziyaeddin Fahri: *İçtimaiyat, 3. C,* İstanbul, 1958, İsmail Akgün Matbaası, XIX+460 s. İ.Ü. Yayınları: 796, İktisat Fakültesi Yayınları: 105.

Topçuoğlu Hamide: *XIX. Yüzyıl Sosyologlarında Hukuk Anlayışı,* Ankara,

1961, Ajans–Türk Matbaası, XXIV+235 s. A.Ü.H.F. Yayınları No: 151.

Gürkan, Ülker: *Sosyolojik Hukuk İlmi* Ankara, 1961, Ajans Türk Matbaası, XI+133 s. A.Ü.H.F. Yayınları No: 160.

Topçuoğlu, Hamide: *Hukuk Sosyolojisi Dersleri "Sosyoloji Açısından Hukuk"*, C.: 1, "Konu, Problemler, Öncüler", Genişletilmiş 2. Bası, Ankara, 1963, Ajans–Türk Matbaası, XVIII+625 s. A.Ü.H.F. Yayınları No: 174.

Çobanoğlu, Rahmi: Hukukta Gaye Problemi, İstanbul, 1964.

Gürkan, Ülker: *Hukuki Realizm Akımı*, Ankara, 1967, Sevinç Matbaası, XVI+173 s. A.Ü.H.F. Yayınları s; No: 225.

Fındıkoğlu, Ziyaeddin Fahri: *İçtimaiyat Dersleri*, 1. cilt, Sosyoloji Doktrin ve Kolları, İstanbul, 1971, Fakülteler Matbaası, 355 s, İ.Ü. Yayınları No: 1562, İktisat Fakültesi Yayımlarından No. 283.

Montesquieu, Charles Louis de Secondat: *Kanunların Ruhu Üzerine I.* (De L'Esprit Des Lois). (Çev.: Fehmi Baltaş), Ankara, 1963, T.C. M.E.B., Milli Eğitim Basımevi, 603 s. Dünya Edebiyatından Tercümeler Fransız Klasikleri: 223.

Montesquieu, Charles Louis de Secondat: *Kanunların Ruhu Üzerine II.* (De L'Esprit Des Lois) (Çev.: Baltaş, Fehmi), İstanbul, 1965, Milli Eğitim Basımevi, 584 s, Dünya Edebiyatından Tercümeler, Fransız Klasikleri: 223.

Lévy–Bruhl, Lucien: *Auguste Comte Felsefesi ve Sosyolojisi.* (Çev. ve ekleri ilave eden: Fındıkoğlu, Ziyaeddin Fahri), İstanbul, 1970, Fakülteler Matbaası, VIII+304 s; İ.Ü. Yayınları No: 1536, İktisat Fakültesi Yayınları No: 279.

Özbilgen Tarık: *Eleştirel Hukuk Sosyolojisi*, İstanbul, 1971, İ.Ü.H.F. Yayınları.

Gür, A. Refik: *Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle – Hukuk Sosyolojisi ve Felsefesi Üzerine bir Kalem Denemesi*, 2. Bası, İstanbul, 1975, Sebil Yayınevi. 211+[3]s; Sebil Yayınları No: 77.

Haldun, İbn–i: *Mukaddime.* İbretler Kitabı, Arap ve Acem Dönemleri ve Bunların Çağdaşları Olan Büyük Egemenlere İlişkin, Başlangıçtan Bu Yana Gelen Haberler Divanı. (Kitabu–l–iber ve Divanı'l–Mubtedei Ve'l–Haber Fî Eyyami'l–Arabi Ve'l–Acemi Ve'l–-Berber vemen Âsarahum Minzevi's Sultani'l–Ekber). 1. C., (Çev.: Dursun, Turan). Ankara, 1977, İlkyaz Basımevi, 408 s. Onur Yayınları.

Gür, A. Refik: *Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle, Hukuk Sosyoloji ve Felsefesi Üzerine Bir Kalem Denemesi*, 3. Bası, İstanbul, 1977, Sebil Yayınevi. 224 s. "Sebil Yayınları No: 103.

Kurtkan, Âmiran: *Sosyal İlimler Metodolojisi*, İstanbul, 1978, Fakülteler Matbaası, XII+346 s, İ.Ü. Yayınları No: 2467, İktisat Fakültesi No: 423.

Çeçen, Anıl: *Adalet Kavramı, Adalet Kavramının Göreliliği Üzerine Bir Deneç*, İstanbul, 1981, May Yayınları A.Ş., 272 s. May Yayınları A.Ş., Bilim Belge İnceleme Dizisi: 82.

Haldun, İbn–i: *Mukaddime.* (Hazırlayan: Uludağ, Süleyman), 1. C., İstanbul, 1982, Emek Matbaacılık, 808 s, Dergâh Yayınları: 85/1, İslam Klasikleri: 6/1.

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet: *Toplumsal Yaşam ve Hukuk, İstanbul*, 1983, Öztürk Matbaası, 302 s, Not: 1944'te "Hayat, Hukuk ve Cemiyet" adı ile basılmıştır.

Baudon, Paul–Lazarsfeld, Paul (Felix): *Toplum Bilimleri Sözlüğü*, (Vocabulaire de Sciences Sociales), (Çev.: Sinanoğlu, Esen), Yayımlayan: United Nations Educational Scientific and Cultural Organization Türkiye Milli Komisyonu, Ankara, 1982, Ajans–Türk Matbaacılık Sanayii, XIX+333 s.

Ozankaya, Özer: *Temel Toplumbilim Terimleri Sözlüğü*, Genişletilmiş 3. Bası, Ankara, 1984, Feryal Matbaası, [1]+220 s; Savaş Yayınları, Sözlük Dizisi: 1.

Türkiye'de Ailenin Değişimi: Yasal Açıdan İncelemeler. (Yayına Hazırlayan: Ender, Türköz), Yayımlayan: Türk Sosyal Bilimler Derneği, Ankara, Derleme Tarihi. 1984, Maya Matbaacılık Yayıncılık Ltd. Şti, 1+191 s.

Öktem, Niyazi: *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Ders Notları*, Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul, 1985, Der Yayınevi, XVI+303 s.

Gurvitch, Georges: *Sosyoloji ve Felsefe.* (Derleyen: Cangızbay, Kadir), İstanbul, 1985, 261 s, Değişim Yayınları.

Durkheim, Emile: *Toplumbilimsel Yöntemin Kuralları.* (Çev.: Akal, Cemal Bali), İstanbul, 1985, BFS, 153+1 s, (Bilim Felsefe Sanat Yayınları, Bilim Dizisi: 2)

Arslan, Ahmet: *İbn–i Haldun'un İlim ve Fikir Dünyası*, Ankara Kültür ve Turizm Bakanlığı, 1987, VII+543 s, Kültür ve Turizm Bakanlığı Yayınları, 808, Kaynak Eserler Dizisi: 7

Aral, Vecdi: *Toplum ve Adaletli Yaşam: Sorumluluk ve Kişiliğin Kazanılması* İstanbul, 1988, Filiz Kitapevi, XV+264 s.

Kıllıoğlu İ.: *Ahlak ve Hukuk İlişkisi.* (Editör: Kılıç, Mehmet), M.Ü. İlahiyat Fakültesi Vakfı, 1988, XV+400 s. M.Ü. İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları No: 23, İlmi Eserleri Dizisi: 13)

Gürkan, Ülker: *Hukuk Sosyolojisine Giriş.* Ankara, 1989, A.Ü.H.F. Yayınları No: 489, A.Ü. Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 8.

Uygun, Oktay: *İbn–i Haldun'un Toplum ve Devlet Görüşü*, İstanbul, 1986, 103 s. (Teksir)

Lévy–Bruhl, Henri: *Hukuk Sosyolojisi*, (Çev.: Dilli, Hüsnü), İstanbul 1991, 1. Bası, III +118 s, İletişim Yayınları, Cep Üniversitesi, No: 36.

Işıktaç, Yasemin: *Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Âdet Hukuku*, İstanbul, 1992, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., XIV+103.

Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arkivi, (Hazırlayan: Ökçesiz, Hayrettin), İstanbul, 1993, Doyuran Matbaası, 148 s.

Kıllıoğlu, İ.: *Ahlak ve Hukuk İlişkisi.* Editör: Kılıç, Mehmet, M.Ü. İlahiyat Fakültesi Vakfı, 1988, XV+400 s. M.Ü. İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları No: 23, İlmi Eserleri Dizisi: 13)

Can, Cahit: *Oluşum Süreci İçindeki Hukuk Sosyolojisi*, Ankara, 1989.

Can, Cahit: *Hukuk Sosyolojisi ve Tarih Açısından Resepsiyon*, Ankara, 1989.

Makaleler

Nail, Hüseyin: "L'idée de l'Etat Chez Les Précurseurs de Ecole Sociologique Française" (Fransız Sosyolojisi Mektebini Hazırlayanlara Göre Devlet Fikri), (Çev.: Serdengeçti, Edip), (Tetkik Eden: Crozat, Charles), İ.Ü.H.F.M., 1936, s. 524–529.

Del Vecchio, Giorgio: "Adalet ve Hukuk", İ.Ü.H.F.M., 1937, s. 432–440.

Leibholz, Gerhard: "Hukukun Gayesi",

(Çev.: Abadan, Yavuz), i.Ü.H.F.M., 1937, s. 515, 533.

Lévy–Bruhl, L.: "Auguste Comte'un Sosyolojisi", (Çev.: Fındıkoğlu, Ziyaeddin Fahri), İ.Ü.H.F.M., 1938, s. 416–457.

Fındıkoğlu, Ziyaeddin Fahri: "İbni Haldun'un Hukuka Ait Fikirleri ve Tesiri", *İ.Ü.H.F.M.,* 1939, s. 138–155.

Erman, Peyami: "Hukuku Diğer İçtimai Vakalardan Ayıran Vasıflar", *Siyasi İlimler Mecmuası,* S.: 95, s. 6.

Yeğengil, Rasih: "Hukukun Doğuş ve Tekamülü"; *Adliye Ceridesi,* S.: 1, s. 114.

Effimianidis, Yorgaki: "Kanun Yapmak Bir Sanat Mıdır? Bir Sanatsa Bunun Metod ve Bilgileri ve Aletleri Nelerdir?" *Adliye Ceridesi,* S.: 6, s. 811.

Yeğengil, Rasih: "Kanunlar Tefsiri", *Adliye Ceridesi,* S.: 7, s. 1039.

Rümelin, Max: "Örf ve Adetin Bağlayıcı Kudreti", (Çev.: Tolga, Muammer), *İstanbul Barosu Mecmuası,* S.: 6, s. 365, S.: 7, s. 420.

Lévy–Bruhl, L.: "Hukuk ve Sosyolojinin Münasebetleri", *Adliye Ceridesi,* S.: 1, s. 132.

Bouglé, G.: "Fransa'da Hukuk Sosyolojisinin Mahiyeti ve Vaziyeti", (Çev.: Fındıkoğlu, Ziyaeddin Fahri), *İstanbul Barosu Mecmuası,* S.: 7, s. 401.

Seviğ, Vedat Raşit: "Cumhuriyet Halk Partisi ve Aile", *CHP Konferanslar Serisi,* Kitap: 10, s. 1.

Ansay, Sabri Şahir: "Bugünkü Hukukumuzda ve Cemiyetimizde Kadın", *CHP Konferanslar Serisi,* Kitap: 8, s. 43.

Güral, Muzaffer: "Kadının Ailedeki Mevkii", *İstanbul Barosu Mecmuası,* S.: 5, s. 316.

Gumplowicz, L.: "İbn–i Haldun ve İçtimaiyat", (Çev.: Fındıkoğlu, Ziyaeddin Fahri), *İ.Ü.H.F.M.,* 1940, s. 573–588.

Besim, Tevfik: "Hukuk Nizamının Mahiyeti", *Adliye Ceridesi,* S.: 12, s. 1459.

Lévy–Bruhl, L.: "Auguste Comte'un Sosyolojisi (İlimlerin Sosyolojisi)", (Çev.: Fındıkoğlu, Ziyaeddin, Fahri), *İ.Ü.H.F.M.,* 1941, C.: VII, S.: 2–3, s. 605–666.

Lévy–Bruhl, L.: "Auguste Comte'un Sosyolojisi (İlimlerin Sosyolojisi)", (Çev.: Fındıkoğlu, Ziyaeddin Fahri), *İ.Ü.H.F.M.,* 1942, C.: VIII, S.: 1–2, s. 252–313.

Fındıkoğlu, Ziyaeddin Fahri: "Hukuk ve İçtimaiyat Tariflerinin Karşılaştırılması", *İ.Ü.H.F.M.,* 1942, C.: VIII, S.: 3–4, s. 545–564.

Vali, François: "Adalet ve Kuvvet", (Çev.: Belik, Mahmut R.), *İ.Ü.H.F.M.,* 1942, C.: VIII, S.: 3–4, s. 565–572.

Lévy–Bruhl: "Auguste Comte'un Sosyolojisi (Ahlak Prensipleri)", (Çev.: Fındıkoğlu, Ziyaeddin Fahri), *İ.Ü.H.F.M.,* 1942, C.: VIII, S.: 3–4, s. 623–663.

Fındıkoğlu, Ziyaeddin Fahri: "Hukuk ve İçtimaiyat Tarifleri", *İ.Ü.H.F.M.,* 1943, C.: IX, S.: 1–2, s. 274–291.

Fındıkoğlu, Ziyaeddin Fahri: "Geştalt Sosyolojisi Bakımından Eski Roma'daki Ahlaki ve Hukuki Fikirlerin Tahlili", *İ.Ü.H.F.M.,* 1944, C.: X, S.: 1–2, s. 241–286.

Arsal, Sadri Maksudi: "Hukuk İlmi ve Sosyoloji", *A.Ü.H.F.M.,* 1944, C.: 1, S.: 1, s. 20–34.

Fındıkoğlu, Ziyaeddin Fahri: "Hukuk Sosyolojisi, Mevzuu, Gayesi", *Sosyoloji Dergisi,* 1943, S.: 2, s. 3–21.

Ülken, Hilmi Ziya: "İçtima: Üst Yapı Olarak Hukuk Tetkiklerine Giriş", *Sosyoloji Dergisi,* 1943, S.: 2, s. 22–66.

Gurvitch, G.: "Hukuk Sosyolojisinin Unsurları, Hukuk Sosyolojisinin Objesi ve Problemleri", (Çev.: Ülken, Hilmi Ziya), *Sosyoloji Dergisi,* 1943, S.: 2, s. 107–170.

Ülken, Hilmi Ziya: "Sosyolojinin Mevzuu ve Usulü", *Sosyoloji Dergisi,* S.: 1, s. 3–157.

"Cezaevleri ve İstanbul Cezaevine Dair Bir Araştırma." (Malzeme Toplayanlar: Ali Seden, Kemal Sülker, Salâh Birsel, Salâhaddin Küçük, Şerife Gülay, Naşide Ergüven, Rüveyde Günüşen, Müjgan Akalın, Lütfiye Gürsoy, Türkan Yenel, İhsan Dümer, Nazan Göknil, Ferhamet Tapkan, Nazire Güçer), (Derleyen: Fahir Onger), (Eleştiren ve İstatistikleri Hazırlayan: Ali Seden), *Sosyoloji Dergisi,* 1942, S.: 1, 299–320.

Bouglé, C.: "Fransa'da Hukuk Sosyolojisi", (Çev.: Fındıkoğlu, Ziyaeddin Fahri), *Sosyoloji Dergisi,* 1943, s. 171–189.

Malinowski: "İptidai Cemiyette Cürüm ve Adetler", *Sosyoloji Dergisi,* 1943, s. 190–224.

Fındıkoğlu, Ziyaeddin Fahri: "Aile Hukukumuzun Tedvini Meselesi", Ebül'ûla Mardin'e Armağan, 1944, s. 687–738.

Fındıkoğlu, Ziyaeddin Fahri: "Siyasi Sosyoloji ve Siyasi Fırkalar", *İ.Ü.H.F.M.,* 1945, C.: X, S.: 3–4, s.635–648.

Denis, J.: "Kadim Yunan'da Ahlaki ve Hukuki Fikirler", *İ.Ü.H.F.M.,* 1945, C.: X, S.: 3–4, s. 773-793.

Fındıkoğlu, Ziyaeddin Fahri: "Türk Aile Sosyolojisi", *İ.Ü.H.F.M.,* 1945, C.: XI, S.: 3–4, s. 252–282.

Gedik, Ali Fuat: "Hukuk ve Sosyologlar", (Eser: Tahlil ve Tetkik Eden: Erkün, Safa Ş.), *İ.Ü.H.F.,* 1945, C.: XI, S.: 3–4, s. 410–413.

Fındıkoğlu, Ziyaeddin Fahri: "Eksogomi Hakkında Sosyolojik Nazariyeler", *İ.Ü.H.F.M.,* 1947, C.: XIII, S.: 3, s. 1082–1105.

Durkheim, Emile: "Ahlak ve Hukuk Kaideleri Hakkında Dersler", (Çev.: Kubalı, Ali), *İ.Ü.H.F.M.,* 1947, C.: XIII, S.: 3, s. 1134–1189.

Fındıkoğlu, Ziyaeddin Fahri: "İngiliz Hukuk Sosyolojisinde Eksogami Nazariyeleri", *İ.Ü.H.F.M.,* 1947, C.: XIII, S.: 4, s. 1537–1549.

Arsebük, Esat: "Kanun Karşısında Hukukun Rolü", *A.Ü.H.F.M.,* 1946, C.: III, S.: 2–3–4, s. 293–307.

Topçuoğlu, Hamide: "Eski İsrail Hukukunun Menşei, Hususiyetleri ve Hamurabi Kanunu ile Olan Münasebetleri", *A.Ü.H.F.M.,* 1949, C.: VI, S.: 1, s. 284–322.

Batu, Hüseyin: "Paul Bureau Sosyolojisi Hakkında Küçük Bir Tenkit Denemesi", *Sosyoloji Dergisi,* 1945–1946, S.: 3, s. 135–140.

Lacambe, Roger: "Durkheim'ın Sosyolojik Metodu". (Kısaltan: Batu, Hüseyin), *Sosyoloji Dergisi,* 1945, S.: 3, s. 146–157.

Vierkant, A.: "Zamanımızda Devlet ve Cemiyetten", (Çev.: Ergene, Beyhan–Üçer, Nezihe), *Sosyoloji Dergisi,* 1946, S.: 3, s. 158–183.

Battalgil, Mübeccel: "Sosyal Kontrol", *Sosyoloji Dergisi,* 1946, S.: 3, s. 184–107.

Richard, Gaston: "Genel Sosyoloji ve Sosyolojinin Kanunlarından", (Çev.: Karcan, Turgut), *Sosyoloji Dergisi,* 1946, S.: 3, s. 207–222.

Kösemihal, N. Şazi: "Durkheim Sosyolojisi Üzerine Kritik Bir Deneme", *Sosyoloji Dergisi,* 1946, S.: 3, s. 255–320.

Ülken, Hilmi Ziya: "İnsani İlimler Mümkün müdür?" *Sosyoloji Dergisi,* 1947–1949, S.: 4–5, s. 1–51.

Eralp, Vehbi: "İnsan Hürriyeti ve İçtimaî Kanunlar", *Sosyoloji Dergisi,* 1947–1949, S.: 4–5, s. 52–56.

Gurvitch, Georges: "Sosyolojinin Bugünkü Temayülü", (Çev.: Kösemihal, N. Şazi), *Sosyoloji Dergisi,* 1947–1949, S.: 4–5, s. 57–71.

Burgess, Ernest. W.: "Sosyolojik Araştırmanın Metodları", (Çev.: Berker, Tomris), "Sosyoloji Dergisi", 1947–1949, S.: 4–5, s. 92–104.

Dufrenn, Mikel: "Existence Felsefesi ve Sosyoloji", (Çev.: Külürbaşı, Sıdıka), *Sosyoloji Dergisi,* 1947–1949, S.: 4–5, s. 123-133.

Ülken, Hilmi Ziya: "Sosyolojinin Dalları", *Sosyoloji Dergisi,* 1947–1949 S.: 4-5, s. 134–144.

Gurvicth, Georges: "Hukuk Sosyolojisinin Konusu ve Problemleri", (Çev.: Topçuoğlu, Hamide), *A.Ü.H.F.M.,* 1949, C.: VI, S.: 2–3–4, s. 22–245.

Gurvitch, Georges: "Hukuk Sosyolojisinin Mübeşşirleri", (Çev.: Topçuoğlu, Hamide), *A.Ü.H.F.M.,* 1950, C.: VIII, S.: 1–2, s. 322–354.

Weidner, Ernest: "Dünyanın En Eski Kanunnameleri", (Çev.: Sevimcan, Hasan), *A.Ü.H.F.M.,* 1950, C.: VII, S.:. 1–2, s. 379–383.

Fındıkoğlu, Ziyaeddin Fahri: "Devletler Hukukunda Eksogami Meselesi", *İ.Ü.H.F.M.,* 1948, C.: XIV, S.: 1–2, s. 316–323.

Fındıkoğlu, Ziyaeddin Fahri: "Alman ve Türk Hukuk Sosyolojisinde Eksogami Nazariyeleri", *İ.Ü.H.F.M.,* 1948, C.: XIV, S.: 3–4, s 871–887.

Brunner, Emil: "Gerechtigkeit, Eine Lehre Von Den Grundgesetzen Der Gesellschaftordnung", (Eseri Tahlil ve Tetkik Eden: Çağıl, Orhan Münir), *İ.Ü.H.F.M.,* 1948, C.: XIV, S.: 3–4, s. 9931018.

Fındıkoğlu, Ziyaeddin Fahri: "Eksogami Meselesi Etrafında Umumi Sosyolojik Neticeler", *İ.Ü.H.F.M.,* 1950, C.: XVI, S.: 1–2, s. 301–319.

Penchaud, A.: "Yargıçlık Mesleği Hakkında Düşünceler", (Çev.: Cansel Erol), *A.Ü.H.F.M.,* 1950, C.: VII, S.: 3–4, s. 549–557.

Gurvicth, Georges: "Hukuk Sosyolojisinin Kuruculari"; (Çev.: Topçuoğlu, Hamide), *A.Ü.H.F.M.,* 1950, C.: VII, S.: 3–4, s. 534–548.

Ülken, Hilmi, Ziya: "Sociologie et Philosophie", *Sosyoloji Dergisi,* 1950, S.: 6, s. 69–84.

Fındıkoğlu, Ziyaeddin Fahri: "Hakimiyet ve Hürriyet Prensipleri Karşısında Siyasi Fırkalar II", *İ.Ü.H.F.M.,* 1951, C.: XVII, S.: 3–4, s. 535–56.

Nef, Hans: "Gleichheit und Gerechtigkeit", (Eseri Tahlil ve Tetkik Eden: Çağıl, Orhan Münir), *İ.Ü.H.F.M.,* C.: XVII, S.: 1–2, s. 467–487.

Fındıkoğlu, Ziyaeddin Fahri: "Hakimiyet ve Hürriyet Prensipleri Karşısında Siyasi Fırkalar III", *İ.Ü.H.F.M.,* 1952, C.: XVIII, S.: 1–2, s. 3–22.

Gurvicth, Georges: "Hukuk Sosyolojisinin Kuruculari", (Çev.: Topçuoğlu Hamide), *A.Ü.H.F.M.,* 1951, C.: VIII, S.: 1–2, s. 703–725.

Gurvicth, Georges: "Hukuk Sosyolojisi (Kurucular ve Bugünkü Cereyanlar)", (Çev.: Topçuoğlu Hamide), *A.Ü.H.F.M.,* 1951, C.: VIII, S.: 3–4, s. 629–642.

Gurvitch, Georges: "Sistematik Hukuk Sosyolojisi", (Hukukun Mikrososyolojisi), (Çev.: Topçuoğlu, Hamide), *A.Ü.H.F.M.,* 1952, C. IX, S.:. 3–4, s. 262–292.

Rousso, François: "Hukuki Gerçeklik—Sosyal Gerçeklik", *A.Ü.H.F.M.,* 1952, C.: IX, S.: 3–4, s. 293–306.

Rousso, François: "Hukuki Gerçeklik—Sosyal Gerçeklik", (Çev.: Arsebük, Rasih), *A.Ü.H.F.M.,* 1953, C.: X, S.: 1–4, s. 704–721.

Fındıkoğlu, Ziyaeddin Fahri: "İzmir Hapishanesi Hakkında Bir Rapor", *İş,* 1953, C.: 19, S.: 146, s. 2–5.

Topçuoğlu, Hamide: "20. yüzyılda Tabii Hukuk Rönesansı." *Ankara Barosu Dergisi,* 1954, S.: 2, s. 199–200.

Du Pasquier, Claude: "Hukukun Tatbiki Hakkında Yeni Görüşler ve İsviçre Mahkeme İçtihatları", (Çev.: Akipek, Jale), *A.Ü.H.F.M.,* 1954, C.: XI, S.: 3–4, s. 305–346.

- Fındıkoğlu, Ziyaeddin Fahri: "Hakimiyet ve Hürriyet Prensipleri Karşısında Fransız Siyasi Fırkaları IV", *İ.Ü.H.F.M.,* 1955, C.: XXI, S.: 1–4, s. 3–20.

Del Vecchio, Giorgio: "Ceza Adaleti ve Zararın Tazminine Dair Deneme", *İ.Ü.H.F.M.,* 1955, C.: XXI, S.: 1–4, s. 394–423.

Dönmezer, Sulhi: "Hukuk ve Hayat", 1955, C.: XXI, S.: 1–4, s. 424–433.

Fındıkoğlu, Ziyaeddin Fahri: "Türk Muhacceret Sosyolojisinin Başlıca Meseleleri", *Maliye Bülteni,* 1955, C.: 21, S.: 168, s. 98–99.

Gurvicth, Greoges: "Diferansiyel ve Jenetik Hukuk Sosyolojisi", (Çev.: Topçuoğlu, Hamide), *A.Ü.H.F.M.,* 1956, C.: XIII, S.: 1–2, s. 220–286.

Topçuoğlu, Hamide: "Etibank ve Sosyal Politikası", *A.Ü.H.F.M.,* 1956, C.: XIII, S.: 1–2, s. 287–328.

Topçuoğlu, Hamide: "Hukuk Sosyolojisinin Mübeşşiri Olarak Montesquieu", *A.Ü.H.F.M.,* 1957; C.: XIV, S.: 1–4, s. 179–218.

Menemencioğlu, Ethem: "Toplum ve Hukuk", *M.H.D.,* 1958, C.: 3, S.: 2, s. 69–71.

Berki, Şakir: "Adalet ve Faydası", *Türk Yurdu,* 1960, C.: 2, S.: 2, s. 49.

Dicey, A.V.: "Amme Efkarı ile Hukuk Arasındaki Münasebet", (Çev.: Güriz, Adnan), *Adliye Dergisi,* 1960, C.: 51, S.: 1, s. 48–57.

Yüce, Turhan Tufan: "Devlet, Hukuk ve Adalet", *Türk Yurdu,* 1960, C.: 50, S.: 4, 53–54.

Fındıkoğlu, Ziyaeddin Fahri: "İbn–i Haldun: Mukaddime" (Çev: Ugan, Zakir Kadirî), *İ.Ü.İktisat Fak. Mecmuası,* 1960, C.: 21, S.: 1–4, s. 367–371.

Von Jhering, A.: "Hukukçu, Hukuk Bilmek Nedir ve Her Kanun Bilen Hukukçu Mudur?" (Çev.: Demirel Hakkı), *Ankara Barosu Dergisi,* 1956, C.: 5, S.: 6, s. 171–174.

René, David: "Kadim Çin Hukuk Anlayışı ile Muasır Garp Hukuk Zihniyeti Arasında Bir Mukayese" (Kısaltarak Çev.: Toprak, Namık), *A.D.,* 1957, C.: 48, S.: 5, s. 465–473.

Bottomore, T.B.: "Modern Cemiyette Sosyal Sınıflar", (Çev.: Güriz, Adnan), *A.Ü.H.F.M.;* 1961, C.: XVIII, S.: 1–4, s. 71–100.

Fındıkoğlu, Ziyaeddin Fahri: "Changes In Law And Technology In Turkey" (Türkiye'de Hukuk ve Teknoloji Alanında Değişiklikler), *Annales de la Faculté du Droit,* 1961, C.: 11, S.: 16/17, s. 40–53.

Fındıkoğlu, Ziyaeddin Fahri: "Tedvin Sanatı ve Soyadı Kanunu", *Türk Yurdu,* 1961, C.: III, S.: 2, s. 11–13.

Çobanoğlu, Rahmi: "François Gény ve Hadsî Hukuk", *İ.Ü.H.F.M.,* 1964, C.: XXX, S.: 1–2, s. 264–280.

Özbilgen, Tarık: "Sosyolojik Verileri Açısından Sosyalizmin Meşru Sınırları", *İ.Ü.H.F.M.,* 1966, C.: XXXII, S.: 1, s. 219–269.

Özbilgen, Tarık: "Batılılaşma Problemi

Üzerine Bir Uygulamalı Sosyoloji Denemesi", *İ.Ü.H.F.M.*, 1968, C.: XXXIV, S.: 1–4, s. 415–512.

Özbilgen, Tarık: "Hukuk ve Sosyal Hayat Bağlılığın Çeşitli Yönleri", *Sosyoloji Konferansları*, 1963–1964, s. 93–102.

Türel, Nihat: "Toplum ve Adalet", *İstanbul Barosu Dergisi*, 1965, C.: XXXVIV, S.: 7/9, s. 239–242.

Mannheim, Hermann: "Suç Hukukunun Sosyolojik Veçheleri" (Çev.: Gölcüklü, Feyyaz), *A.Ü.S.B.F. Dergisi*, 1968, C.: 23, S.: 2, s. 137–161.

Nasıroğlu, Yaşar: "Tabii Hukuk ile Sosyolojik Hukuk Arasındaki Bağlantılar", *Askeri A.D.*, 1963, C.: XII, S.: 47, s. 22–34.

Yücel, Mustafa T.: "Adalet Kavramı Üzerine Bir Deneme", *Forum* (Ankara), 1966, C.: XVIV, S.: 295, s. 9–10.

Bogardus, Emory, S.: "Word ve Gazi Sosyal Düşünce", (Çev.: Güriz, Adnan), *A.Ü.H.F.M.*, 1965–1966, C.: XXII–XXIII, S.: 1–4, s. 675–690.

Kaes, René: "Fransa'da Halk Kültürü", (Çev.: Can, Cahit), *A.Ü.H.F.M.*, 1965–1966, C.: XXII–XIII, S.: 1–4, s. 699–743.

Can, Cahit: "Zerdüştlük, Zerdüşt ve Hukuk (Avesta)", *A.Ü.H.F.M.*, 1968, C.: XXV, S.: 1–2, s. 273–288.

Olgaç, Senai: "Adaletin Gerçekleştirilmesinde Hakimlere ve Yargıtay'a Düşen Ödevler", *Ankara Barosu Dergisi*, 1968, s. 3.

– Bayraktaroğlu, Hayri: "Sosyal Düzen, Hukuk ve Orman Hukuku", *İ.Ü. Orman Fakültesi Dergisi*, 1969, seri B, C.: 19, S.: 1, s. 1–16.

Sorakin, Pitirin, A.: "Durkheim Sosyolojisi", (Çev.: Öymen, Münir Raşit), *Eğitim Hareketleri*, 1969, C.: 15, S.: 176/177, s. 28–32. *Eğitim Hareketleri*, 1970, C.: 16, S.: 178/179, s. 16–18.

Özbilgen, Tarık: "İki Aktüel Sorun Üzerine Anayasanın Sosyolojik Yorumu", *Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 1969, C.: 3, S.: 5, s. 439–442, 7–39.

Bahar, Yakim: "Hakikat ve Adalet", *İstanbul Barosu Dergisi*, 1970, C.: 44, S.: 7–8, s. 526–536.

Rehbinder, Manfred: "Hukukun Toplumsal Fonksiyonları", (Çev.: Gürkan, Ülker), *A.Ü.H.F.M.*, 1971, C.: XXVIII, S.: 1–4, s. 455–476.

Güriz, Adnan: "Türkiye'de Siyasi Partilerin Nüfus Politikası Konusundaki Görüşleri", *A.Ü.H.F.M.*, 1971, C.: XXVIII, S.: 1-4, s. 13–40.

Gürkan, Ülker: "Medeni Kanun Eleştirileri: 1– Karının İktisaden Korunması", *A.Ü.H.F.M.*, 1973, C.: XXX, S.: 1–4, s. 317–352.

Tanyol, Cahit: "Türk Sosyolojisinin Bazı Sorunları", *Cumhuriyetin 50. yılına Armağan*, İstanbul, 1973, s. 429–432.

Özbilgen, Tarık: "Hukuk Sosyolojisinin Etiko–Filozofik Temelleri", *İ.Ü.H.F.M.*, 1974, C.: XXXIX, S.: 1–4, s. 249–303.

Erman Hasan: "Del Vecchio'nun Hukuk Görüşü", *İ.Ü.H.F.M.*, 1972, C.: 37, S.: 1–4, s. 265–209.

Erman, Eyüp Sabri: "Hukukun Kaynakları ve Oluşum", Gelişim ve Değişiminde Başlıca Faktörler, *A.D.*, 1973, C.: 64, S.: 1, s. 7–15.

Tanrıöver, Hasan: "Hukuk ve Ahlak", *Fikir ve Sanatta Hareket*, 1973, C.: 8, S.: 88, s. 18–20.

Özbilgen, Tarık: "Antinatüralist Sosyoloji Anlayışının Pratik Portresi Üzerine", *İ.Ü.H.F.M.*, 1975, C.: 41, S.: 3–4, s. 319–345.

Gürkan, Ülker: "Hukukta Değişme ve Kararlılık Sorunu", *Prof. Dr. Mahmut Koloğlu'ya 70. Yaş Armağanı*, (hazırlayanlar: Zarakoğlu, A.; Ansan, T.; Çelebican, G.), Ankara, 1975, s. 305 vd.

"Ordinaryüs Prof. Dr. Ziyaeddin Fahri Fındıkoğlu Özel Sayısı", *İ.Ü. İktisat Fakültesi, İktisat ve İçtimaiyat Enstitüsü Sosyoloji Konferansları*, 1976, C.: XIII, s. 1–119.

Özbilgen, Tarık: "Hukukun Sosyolojik Oluşum Prosesüsü Açısından Bir Örnekleme Olarak Hak Arama Yolları", *İ.Ü.İktisat ve İçtimaiyat Enstitüsü Konferansları*, 1976, (İst. XIII, 1975), s. 50–72.

Domina, J.: "Cinsel, Psikolojik ve Toplumsal Açıdan Boşanma", (Çev.: Harmancı, Mehmet), (Tanıtan: Karacabey, Ö.Faruk), *Yargıtay Dergisi*, 1976, C.: 2, S.: 1, s. 143–146.

Özbilgen, Tarık: "Antinatüralist Sosyoloji Anlayışının Jüstifikasyonu Bakımından Kompreansif Sosyoloji Anlayışının Lejitimasyonu", İ.Ü.H.F.M., 19, C.:, S.:

Çeçen, Anıl: "Siyasal Rejimlerin Sosyal Yapıları", *A.Ü.H.F.M.*, 1977, C.: XXXIV, S.: 1–4, s. 87–145.

Gürkan, Ülker: "Türk Kadınının Hukuki Statüsü ve Sorunları", *A.Ü.H.F.M.*, 1978, C.: XXXV, S.: 1–4, s. 381–396.

Rehbinder Manfred: "Hukuk Sosyolojisinin Uygulamadaki Yararı Üstüne", (Çev.: Teoman, Öner), Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, 1978, s. 127–152.

Ünsal, Artun: "Hukuk ve Toplumsal Yaşam" (Türkçe Özet), *A.Ü.S.B.F.* Dergisi, 1974, C.: 29, S.: 3/4, s. 146–166.

Fındıkoğlu, Ziyaeddin Fahri: "Türk Sosyolojisinde Ziya Gökalp ve Meseleleri", *Türk Dünyası*, 1975, C.: 10, S.: 39, s. 7-11.

Artun, Ünsal: "Hukuk Sosyolojisi ve Türkiye'deki Geleceği", *A.Ü.S.B.F. Dergisi*, 1975, C.: XXX, S.: 1–4, s. 79–105.

Fındıkoğlu, Ziyaeddin Fahri: "Ziya Gökalp ve Hukuk Sosyolojisi Etrafındaki Neşriyatı", *Ziya Gökalp*, 1975–76, C.: 1, S.: 3/4, s. 448–453.

Erkün, Safa Şevket: "Ziya Gökalp'te Hukuk Sosyolojisi", *Ziya Gökalp*, 1975–76, C.: 1, S.: 3–4, s. 443–447.

Özbilgen, Tarık: "Antinatüralist Bir Sosyoloji Anlayışının Jüstifikasyonu Bakımından Fenomenolojik Sosyoloji Anlayışının Lejitimasyonu", *İ.Ü.H.F.M. Özel Sayı*, 1977, C.: XLIII, S.: 1–4, s. 221–269.

Yumuk, Recep: "İbn Haldun'da Devlet Görüşü", *Atatürk Üniversitesi İşletme Fakültesi Araştırma Enstitüsü İşletme Dergisi*, 1978, C.: III, S.: 1–2, s. 227–278.

Erem, Faruk: "Diyalektik Açıdan Ceza Yargılanması", *A.Ü.H.F.M.* 1977, C.: XXXIV, S.:. 114, s. 1–7.

Topçuoğlu, Hamide: "Toplum ve Kültür Tiplerine Göre Boşanma Nedenleri", *A.Ü.H.F. Ellinci Yıl Armağanı* (1925–1975), Ankara, 1977, C.: II, s. 47–66.

Özbilgen, Tarık: Antinatüralist Bir Sosyoloji Anlayışının Savunusu", *Onar Armağanı*, İstanbul, 1977, s. 691–719.

Karadayı, İsmet Kemal: "Hukuk, Hukukçu", *Günümüzde Yargı*, 1978, S.: 32, s. 25–26.

Tütengil, Orhan Cavit: "Ülken Üzerine Notlar", *Sosyoloji Konferansları Özel Sayı*, (XVII, İstanbul, 1979), 1979, s. 31–37.

Özbilgen, Tarık: "Hukuk, Kültür ve Sos-

yoloji", *Hıfzı Timur'un Anısına Armağan,* İstanbul, 1979, s. 599–629.

"Hilmi Ziya Ülken'in Ölümünden Sonra Gazete ve Dergilerde Yayımlanan Yazılarından", *Sosyoloji Konferansları Özel Sayı,* (XVII, İstanbul, 1979), 1979, 151–185.

Draman; Hüseyin: "Hilmi Ziya Ülken'in Drukheim'ın Sosyoloji Yönteminin Değerlendirmesi", *Sosyoloji Konferansları Özel Sayı,* (XVII, İstanbul, 1979), 1979, s. 38–49.

Mengüşoğlu, Takiyettin: "Felsefi Antropoloji Işığı Altında Sosyoloji", *Sosyoloji Konferansları Özel Sayı,* (XVII, İstanbul, 1979), 1979, s. 71–74.

Şener, Sami: "Sosyolojik Açıdan Hükümet Kavramı ve Değişme", *Sakarya Devlet Mühendislik Mimarlık Akademisi Dergisi,* 1979, C.: 4, S.: 8, s. 67–81.

Ömeroğlu, Nihat: "Toplumbilim Açısından Devlet Güvenlik Mahkemeleri ve Anayasa", *A.D.,* 1980, C.: 71, S.: 1, s. 19–29.

Terré, François: "Hukuk Sosyolojisi ile Hukuk Felsefesi Arasındaki İlişkiler Üzerine Notlar", (Çev.: Ballıgil, Tuğba), *İ.Ü.H.F.M.,* 1980, C.: XLIV, S.: 1–4, s. 225-243.

Dönmezer, Sulhi: "Trafikte Polis–Halk İlişkileri", *İ.Ü.H.F.M.,* 1979–80–81, C.: XLV–XLVII, S.: 1–4, s. 571–583.

Dönmezer, Sulhi: "Türk Toplumunda Sosyal Kontrol Aracı Olarak Ceza ve Ödüllendirme", *İ.Ü.H.F.M.,* 1982–83, C.: XLVIII–XLIX, S.: 1-4, s. 295–315.

Miedzianogora, Y.: "Yargıçlar, Boşluklar ve İdeoloji", *İ.Ü.H.F.M.,* 1984, C.: LI, S.: 1–4, s. 539–547.

Ökçesiz, Hayrettin: "Sosyal Verilerin Bir Yargıtay Kararının Gerekçesine Esas Alınması Üzerine", *Hukuk Araştırmaları, M.Ü.H.F.* Yayını, 1986, C.: 1, S.: 2, s. 64 vd.

Işıktaç, Yasemin: "Max Weber'in "Anlayış Sosyolojisi" Yönteminin Hukuka Uygulanması Üzerine Bir Deneme", *İ.Ü.H.F.M.,* 1988–90, C.: LIII, S.: 1–4, s. 273–281.

Çelebi, Hüseyin: Hukuk ve Hoşgörü, *Ankara Barosu Dergisi,* 1983, C.: 40, S.: 1, s. 16–20.

Özcan, Mehmet Tevfik: "İlkel Toplumlarda Toplumsal Kontrol: Hukuk Dışı Mekanizmalar ve Hukuk", *Argumentum,* 1990, C.: 1, S.: 1, s. 12-14.

Ökçesiz, Hayrettin: "Niklas Luhmann'ın Sistem Kuramında Adalet Kavramı", *Argumentum,* 1991, C.: 1, S.: 6, s. 77–81.

İzveren, Adil: "Bir Çağdaş Ahlak Sorunu Olarak Sosyal Adalet", *Argumentum,* 1991, C.: 1, S.: 7, s. 100–103.

Özcan, Mehmet Tevfik: "Etik Değerlendirme ve Sosyo–Etik Grup Yargısı", *Argumentum,* 1991, C.: 1, S.:9, s. 128–133.

Işıktaç, Yasemin: "Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet Hukuku", *Argumentum,* 1991, C.: 1, S.: 9, s. 133–136.

Işıktaç, Yasemin: "Max Weber'in İdeal Tıp Kuramının Hukukun Ortaya Çıkış Biçimleri ve Gelişim Sürecine Uygulanması", *Argumentum,* 1991, C.: 1, S.: 10, s. 146–149.

Işıktaç, Yasemin: "Örf ve Adet Hukukunun Tanımı ve Bu Tanımdan Çıkan Ayırd Edici Özellikler", *Argumentum,* 1992, C.: 3, S.: 27, s. 435–437.

Aşkan, Cengiz: "Hukuk Kültürü ve Avukatlık", *Karayolları Bülteni;* 1991, C.: 41, S.: 490, s. 29–30.

Tammelo, Lyndall Lorna: "Adaletin Özü Olarak Eşitlik", (Çev.: Önderman, Murat), *HFSA,* 1. Kitap, 1993, s. 75–81.

Unger, Roberto Mangabeira: "İzonomi

ve Adalet", (Çev.: Öndermann, Murat), *HFSA,* 1. kitap, 1993, s. 83–87.

Morawetz, Thomas H.: "Cezalandırmacılık ve Adalet", (Çev.: Dinçkol, Abdullah), *HFSA,* 1. Kitap 1993, s. 89–106.

Carbonnier, Jean: "Kuramsal Hukuk Sosyolojisinin Temel Varsayımları", (Atalay, Ahmet Halûk), *HFSA,* 1. Kitap, 1993, s. 107–120.

Radcliffe–Brown, A.R.: "Toplumsal Yapı", (Çev.: Özcan, M. Tevfik), *HFSA,* 1. Kitap, 1993, s. 121–134.

Radcliffe–Brown, A.R.: "Toplumsal Yaptırımlar", (Çev.: Özcan, M. Tevfik), *HFSA,* 1. Kitap, 199, s. 135–140.

Radcliffe–Brown, A.R.: "İlkel Hukuk", (Çev.: Özcan, M. Tevfik), *HFSA,* 1. Kitap, 1993, s. 141-148.

Özcan, M. Tevfik: "Hukuk Olgusunun Sosyolojik Elemanları", *Mahmut A. Belik'e Armağan,* 1993, s. 307–333.

Leon Mayhew: "Hukuk Sosyolojisi", (Çev.: Ayanoğlu, Taner), *Argumentum,* 1994, C.: 4, S.: 42, s. 20–27.

HFSA/1 İçindekiler

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

Hukuk Bilimi ile Hukuk Felsefesinin ilişkileri 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
Jean Carbonnier *(Çev: Ahmet Haluk Atalay)* 121

Toplumsal Yapı
A. R. Radcliffe – Brown *(Çev: Mehmet Tevfik Özcan)* 135

Toplumsal Yaptırımlar
A. R. Radcliffe – Brown *(Çev: Mehmet Tevfik Özcan)* 141

İlkel Hukuk
A. R. RadcliffeBrown *(Çev: Mehmet Tevfik Özcan)*