

İkinci Dünya Savaşı Sonrası Almanya'da Hukuk Felsefesi*

Altan HEPER **

I. NAZI DÖNEMİ VE SAVAŞ SONRASINA GENEL BAKIŞ

Konu başlığından anlaşılacağı üzere Almanya'daki hukuk felsefesinde 2. Dünya Savaşının etkileri büyük ölçüde görülmektedir.¹ Bununla beraber, Almanya'daki hukuk felsefesindeki temel eğilimleri ve gelişmeleri üç ana dönem içinde değerlendirebiliriz. Birinci dönem savaşın bitimi olan 1945'den başlayıp 60'ların başına kadar olan dönem olup, doğal hukuk ve diğer temel konulardaki refleksiyonlar söz konusudur. İkinci dönem, doğal hukukun önemini en azından hukuk öğretisinde yitirmesi, metod ve temel eğilimlerin başgöstermeye başladığı 60'lı ve 70'li yıllar olarak belirliyoruz. Üçüncü dönem ise değişmeler, birleşmelerin, ayrımların başgösterdiği, 80'li yıllar, hukuk felsefesini hayatın bir çok alanındaki yeni konuların beklediği 90'lı ve 2000'li yıllar olarak görüyoruz.² Şüphesiz bu dönemler arasında önemli kesişmeler bulunmaktadır.

Savaş sonrasında ortaya çıkan en önemli olaylardan biri iki Almanya'nın varlığıydı. 1989 Kasım'ında Berlin duvarının yıkılışına kadar Doğu Almanya'da farklı bir hukuk felsefesi ortaya çıkmış, batıda da soğuk savaş dönemi politikalarının sonuçları hukuk felsefesine de yansımıştır.³ 60'lı yıllardan itibaren de Almanya'da hukuk felsefesinde uluslararası değiş tokuş etkilerini gittikçe artan ölçüde görebiliriz.

Savaş sonrasında ortaya çıkan en önemli olaylardan biri iki Almanya'nın varlığıydı. 1989 Kasım'ında Berlin duvarının yıkılışına kadar Doğu Almanya'da farklı bir hukuk felsefesi ortaya çıkmış, batıda da soğuk savaş dönemi politikalarının sonuçları hukuk felsefesine de yansımıştır.³ 60'lı yıllardan itibaren de Almanya'da hukuk felsefesinde uluslararası değiş tokuş etkilerini gittikçe artan ölçüde görebiliriz.

* HFSA tarafından düzenlenen, İstanbul'da Ağustos 2008'de yapılan Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar Sempozyumunda sunulan tebliğ

** Dr., Würzburg Üniversitesi, Avukat Stuttgart- İstanbul

(1) Savaş sonrası Almanya'da hukuk felsefesi için Ralf Dreier, *Hauptströmungen gegenwärtiger Rechtsphilosophie in Deutschland, Kobe-Lectures, ARPS*, s. 155-163; aynı yazar, *Deutsche Rechtsphilosophie in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts. Ein Rückblick, in Integratives Verstehen zur Rechtsphilosophie Ralf Dreiers*, yay. Robert Alexy, 2005, Tübingen, s. 215-225; Gerhard Sprenger, *100 Jahre Rechtsphilosophie Ein Rückbesinnung entlang des 1907 gegründeten „ Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie „*, ARPS, Jubiläumausgabe, 2007

Aynı yazar, *Das Archiv für Rechts- und Sozial (Wirtschafts) philosophie als Zeit-Schrift des Rechtsdenkens 1907- 1987*, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (kısıltma ARSP)*, 1987, s.1;

Eric Hilgendorf, *Die Renaissance der Rechtslehre 1965- 1985*, Würzburg, 2005; aynı yazar, *Zur Lage der juristischen Grundlagenforschung in Deutschland heute in Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert*, yay. W. Brugger, U. Neumann . S. Kirste, 111-133

(2) Krş. Dreier, age, s. 156

(3) Demokratik Almanya Cumhuriyeti'nde hukuk felsefesi için Karl Mollnau, *Die Babelsberger Konferenz oder vom Beginn der Niedergangsjurisprudenz in der DDR*, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (kısıltma ARPS)*, 44, 1991, s. 236; Hermann Klemmer, *Rechtsphilosophisches zur ontologischen und zur gnoseologischen Dimension der Sein / Sollen- Problematik*, ARPS, 44, Stuttgart, s. 163

Altan Heper

1. Doğal Hukuk Rönesansı

Hukuk pozitivistlerinin "yasa yasadır" anlayışlarının, hukukçuları Nasyonal Sosyalizme karşı silahlılandırdığı, Nasyonal Sosyalist dönemin hukukunun hukuk olduğu yanılgısına hizmet ettiği suçlamaları yapılmıştır.⁴ Çok sayıda yazar Nazi döneminin suçlusu olarak hukuki pozitivismi görmüştür.⁵ Buna karşılık Kelsen ve Radbruch gibi hukuki pozivizmin ana temsilcilerinin son ana kadar liberal fikirleri savunduğu, bu yüzden de baskılara uğradığı da bir gerçektir.⁶ Fakat Weimar döneminin hukuki pozitivizminin nasyonal sosyalizmin hukuki kalıba dökülmüş, o zorba hukuk dışı karakterini, hukuk dışılığını öngöremediği, tanıyamadığı suçlamasının mutlaka haklı tarafları vardır. Hukuki pozitivizmin savunduğu tez, idarenin ve yargının yasalara mutlak itaat, yasa koyucunun meşruyetinin bulunması ve hukuk devleti ilkelerine göre denetimin bulunması halinde sözkonusu olur, fakat bir zorbalık sisteminde böyle bir itaat zorbalara hizmet eder.⁷

Burada Weimar döneminde aslında Nazi olmayan bir çok hukuk bilim adamının, Forsthoft,⁸ Larenz,⁹ Carl

Schmidt¹⁰, Emge¹¹ gibi önemli isimlerin de Nazi işbirlikçisi hukukçular haline geldiklerini görmekteyiz.

Nasyonal Sosyalizm belirli bir hukuki geleneğe ait, örneğin Yeni Hegelcilik gibi kendi hukuk felsefesini ortaya atmadı.¹² Nazi döneminin hukuk felsefecilerinin Alman idealizmine, özellikle de Hegel'in güçlü, iktidara sahip devlet düşüncesini esas aldıkları da yaygın bir kanaattir. Nazi rejimi "hukuk kavramından" hareketle kendini meşru kılmaya çalışmış, liberal Weimar anayasa devletine zamanını doldurduğu iddiasıyla karşı savaş açmıştır. Pozitivizm için karakteristik olan olan hukuk ve ahlakın kavramsal ayrımından vazgeçilmiş,¹³ tam tersine çevrilmiştir, Nazi rejiminde sözüm ona doğru ahlak ve hukuk ayırdır. Weimar Cumhuriyetinde ortaya çıkan irrasyonelizm akımı Nazi döneminde de sürmüştür. Bu dönemin yıldızlarından Carl Schmidt liberal pozitivismi şiddetle eleştirerek dost- düşman ayrımına dayanan düşüncesinin propagandasını, siyasilik kavramı (Der Begriff des Politischen) adlı kitabında yapmıştır.¹⁴ Nazilere yakın hukukçulardan C.A Emge'nin ifade ettiği biçimde "führerin felsefi ide-

(4) Dreier, *Der Begriff des Rechts, in Recht-Moral*; türkçe tercümesi *Hukuk Kavramı, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, kısıltma HFSA, s.2, 1994, s.9-25.

(5) Örnek olarak, James E. Hergel, *Contemporary German Legal Philosophy*, 1996, Philadelphia, s. 2.

(6) Hans Kelsen 1933'de Almanya'yı terketmek zorunda kalması, Gustav Radbruch'a Nazi döneminde 1933- 1945 yılları arasında ders verme yaşağı getirilmiştir.

(7) Krş. Eric Hilgendorf, *Atlas, Recht*, cilt 1, 2006 s. 47.

(8) Ernst Forsthoft, 1902-1974, Nazi dönemi ve savaş sonrası'nın tanınmış idare hukukçusu.

(9) Carl Larenz, 1903-1993 Nazi döneminin tanınmış hukukçusu, savaş sonrası özel hukuk ve metodoloji çalışmalarıyla tanındı. "Methodenlehre der Rechtswissenschaft", Heidelberg, 1960 bir çok baskı yaptı.

(10) Carl Schmidt, 1888- 1985, 20. yüzyılın en tanınmış kamu hukukçularından sayılır. "Verfassungslehre" 1928 ve "Der Begriff des Politischen" 1927 tarihli makalenin 1932 yılında geliştirilmiş biçimi en tanınmış eserleri arasında sayılır.

(11) C. A. Emge, 1886-1970, Nazi döneminin tek hukuk felsefesi kürsüsüne sahip hukukçusu.

(12) Sprenger, age, s. 17.

(13) Ayrım için Norbert Hooster, *Zur Verteidigung des Rechtspositivismus*, in: *Rechtspositivismus und Wertbegründung des Rechts*, yay. Ralf Dreier, 1990 ARSP özel basımı, s. 27; Altan Heper, *Alexy'nin Hukuksal Pozitivizm Eleştirisi, Hukukla Ahlak Arasındaki İlişki*, s. 12, HFSA, 2005, s. 65-74.

(14) Carl Schmidt, Hilgendorf, age, s. 47.

ali", Sauer'in ifade ettiği biçimiyle, "ahlakın ırk yasalarıyla sınırlandırılması", Carl Schmidt'in dediği gibi "somut düzen ve düzenleme düşüncesi" gibi tezler ortaya atıldı.¹⁵ Hukuksuzluğun yaratılması sırasında yeni hukuktan bahsedildi. Bu yeni hukukun yaratılmasında Nazi dönemi öncesi hukuk aşırı derecede haksız olarak uygulandı. Hubert Rottleuthner'in tespitlerine göre hukukçular Nazi sistemiyle uzlaşmakta, uyum sağlamakta, tamamen konformist bir karakter göstermekte ve ikili bir strateji izlemekteydiler. Onlar iktidarın istekleri ve amaçlarına uygunluğa göre bir yandan pozitif hukuku, diğer yandan nazilerin "yüksek prensipleri"ni uygulamaktaydılar.¹⁶

Savaş dönemine ve hukuki pozitivizme tepki olarak çeşitli akımların ortaya çıktığını, özellikle doğal hukuk rönesansından bahsedildiğini ifade etmiştik.

1948'de Hukuk Felsefesi Uluslararası Birliğinin toplanmasından sonra Hukuk Felsefesi Arşivi'nin yeniden çıkartılmasına karar verildi. 1933-1945 arası Nazi iktidarında yaşananların, korkunç olayların zamanla kavranması, ahlaki ölçütlerin, tekrar harekete geçirilmesi, ve güçlendirilmesi bilincini yarattı. Karl Jasper savaş sonrası, humanizmi ilk gündeme getiren, kusurluluk, suçluluk ve sorumluluk konusu irdeleyen felsefecidir.¹⁷

Gustav Radbruch kendisinin 70. doğum günü için çıkartılan armağanda (1947'de) yeni bir hukukun yaratıl-

masını savundu ve binlerce yıllık antik çağın ortak bilgeligi, hristiyanlığın orta çağı, ve aydınlanma çağı, yasanın üstünde daha yüksek bir hukuk olduğunu, doğal hukukun, tanrının hukuku, aklın hukuku olduğunu, kısaca yasa üstü bir hukuk olduğunu, ve bununla haksızlığın, hukuksuzluğun bir yasa biçimine dökülmesi halinde de, haksızlığın haksızlık olarak kaldığını ölçebileceğimizi ifade etti.¹⁸

Hukukçuların nazi dönemiyle hesaplaşması zor bir işti, çünkü hemen hemen hepsi Nazi dönemi işbirlikçisiydi; şimdi de yeni devletin hizmetindeydiler.¹⁹ Bu durumu Doğu Almanya için de geçerlidir.

Galip devletlerin yargı yetkisini tekrar Alman mahkemelerine bırakmaları üzerine bu dönemde daha 1946'larda bir çok Nazi dönemi yasasının hukuksuzluk karakterini, doğal hukuka aykırı olarak temellendirdiler. İlk olarak Wiesbaden Sulh mahkemesi, böyle bir karar verdi. Daha sonra istinaf ve temyiz mahkemelerinin önüne de, Nazi dönemi yasaları, tüzükleri ve talimatları geldi ve mahkemeler bunların geçersiz olduğuna karar verdiler. Mahkemelerin önünde, bu yasama tasarılarıyla verilmiş bir çok cezanın geçerliliği veya geçersizliği sorunu ortaya çıktı. Mahkemeler, örneğin Frankfurt Yüksek Eyalet mahkemesi doğal hukukun taleplerine aykırılık ortaya çıkması halinde geçersizlikten bahsetmektedir.²⁰

(15) Sprenger, age, s. 16, 17.

(18) Hubert Rottleuthner, *Substantieller Dezisionismus, Zur Funktion der Rechtsphilosophie im Nationalsozialismus*, in *Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus*, yay. Hubert Rottleuthner, 1983, s. 20 vd. 23.

(19) Sprenger, age, s. 19.

(20) Sprenger, s. 20; Gustav Radbruch, *Die Erneuerung des Rechts*, in: *Die Wandlung*, 1947, s. 8 vd.

(21) Dreier, *Deutsche Rechtsphilosophie*, s. 276

21Süddeutsche Juristenzeitung, 1946, 369 ve 622'ye atfen Sprenger, s. 19

2. Radbruch Formülü

Radbruch savaş sonrası savaş öncesi öğretisinden uzaklaşmıştır, Radbruch'a göre adalete yönelmediği ve eşitlik bilinçli bir biçimde inkar edildiği takdirde, artık sözkonusu olan hukuk değildir, hukuk karakteri olmayan, yasal haksızlıktır. (Gesetzliches Unrecht).²¹

Radbruch'un düşünceleri özlü bir biçimde topladığı "Beş Dakika Hukuk Felsefesi" adlı konuşmaları (Prof. Hayrettin Ökçesiz tarafından yapılmış çevirisi), Radbruch'un tezlerinin anlaşılması bakımından önem taşımaktadır.²² Radbruch formüllü tartışmalara yol açmış, fakat yüksek mahkemelerce de ki bunlar arasında Federal Mahkeme, Federal Anayasa Mahkemesi'ni de saymak gerekir, hala işlerliği olan bir formül olarak kullanılmaktadır.²³

Radbruch formülünün bugün için pratik önemi, haksız sistemlerin devrilmesi, iktidardan uzaklaştırmasından sonra bu dönemin (olağanüstü dönemin) sorunların çözülmesi, yasama faaliyetinin geçerliliği konusunda (Aufarbeitung der Unrechtssysteme) ortaya çıkmaktadır. Polonya, Şili, Güney Afrika bu yönde çalışma yapmaktadır.²⁴ Radbruch formülü Doğu Almanya'nın tarih sahnesinden yok olmasından sonra, Doğu Almanya hukuk uygulamalarının irdelenmesinde de ölçüt olmuş, ve

aktüelitesini 90'lı yıllarda tekrar kazanmıştır.²⁶

Radbruch formülünün uygulanması, yasaya uygun haksızlık ile ilgili tipik bir örnek olarak aşağıdaki karar verilebilir: Federal Anayasa Mahkemesi 14.12.1968 tarihli kararında göçmen yahudilerin ırkçı nedenlerle Alman vatandaşlığını kaybetmelerine temel teşkil eden İmparatorluk Vatandaşlık Yasasına ilişkin 11. Tüzüğün hukuk karakteri ve hukuki geçerliliğini incelemiştir. Bu kararda yer alan temel düşünceler (1-3) şöyledir:

1. Nasyonal Sosyalist Hukuk Kuralları adalatin temel prensipleriyle çok açık bir biçimde çelişkiye düştüğünde, hakim bunları uygulaması veya bu kuralların hukuki sonuçlarını tanımak istemesi sonucu haklılık yerine haksızlığa karar verecek olmasında, hukuk kurallarının hukuk olma geçerliliği inkar edilebilir.

2. İmparatorluk Vatandaşlık Yasası için çıkartılan 11.11.1941 tarihli 11. Tüzüğün adalette 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, uygulaması ve uyulması suretiyle hukuk haline gelmez.²⁷

(22) Gustav Radbruch, *"Gesetzliches Unrecht und ubergesetzliches Recht"* in *Gustav Radbruch, Rechtsphilosophie*, 4. baskı, Stuttgart, 1950, s. 352.

(23) Gustav Radbruch, *Beş Dakika Hukuk Felsefesi*, çev. Hayrettin Ökçesiz, s. 2, HFSA, 1994, s. 7-8.

(24) Frank Saliger, *Radbruchsche Formel und Rechtsstaat*, 1 Heidelberg, 1995; Helmut Lecheler, *Unrecht in Gesetzesform? Gedanken zur Radbruchschen Formel*, Berlin, 1994; BGI ISt. 39, 1= NJW 1993, 141; Claus Roxin, *Strafrecht, AT 1*, 4. baskı, 2006, 7. Bölüm Paragraf 7, 25; Federal Anayasa Mahkemesi Kararları, 23, 94

(25) Eckardt Buchholz Schuster, *Rechtsphilosophische Legitimation der Rechtspraxis nach Systemwechseln*, 1998, Berlin; Olivia Jazwinski, *Unrechtsaufarbeitung nach einem Regimewechsel*, 2006, Baden-Baden

(26) Robert Alexy, "Mauerschützen. Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit" *Berichte der Joachim-Jungius-Gesellschaft* 3, 1993, 28; Klaus Lüderssen, *Der Staat geht unter- das Unrecht bleibt! Regierungskriminalität in der ehemaligen DDR*, Frankfurt, 1992.

(27) Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararı, BVerfG, 23, 98 (106);

Doğu Almanya'da sınırda, ülkeyi izinsiz terketmek isteyenlere sınırda görevli askerlerce ateş edilmekteydi ve meşhur Berlin duvarında bir çok Alman askerlerce öldürülmüştü ve Doğu Alman Hudut Muhafaza Yasası'nın 27. md. sınırı izinsiz geçmek isteyenlere gerektiğinde ateş edilmesini öngörüyordu. Doğu Almanya yıkıldıktan sonra ölüme sebep olan askerler yargılandı ve yargılamada Radbruch formülü tekrar aktüellik kazandı.²⁸

3. Anayasa'nın Hazırlanması'nın Doğal Hukuk Eğilimlerini Güçlendirilmesi

Bir yandan mahkemeler doğal hukuka dayanarak adalet çağrılarını yaparken, yeni bir anayasa yapma çalışmaları başladı. Adil bir hukuk için yönlendirmeyi sağlayacak sürekliliği olan temel ilkeler arandı. Herrenchiemse ve Bonn'da sürdürülen Anayasa tartışmalarında doğal hukuk taraftarlığı açık bir şekilde yaşandı. Anayasayı doğal hukuk temellerine oturtmak isteği, yargının yorumlarda doğal hukuku her zaman gözönünde tutması zorunluluğu olarak ifade edildi. Ayrıca doğal hukuk anayasal temel haklarda kendini gösterdi, Anayasa 1, 2, 3 gibi temel hakların çekirdeğini oluşturan hükümler aynı zamanda doğal hukuk ilkeleridir. Federal Anayasasının dışında eyalet anayasalarında doğal hukuk izlerini görmekteyiz. Doğal hukuk konusunda 1945 ile 1960 arasında 750'den fazla makale, kitap vs. yayınlamıştı.²⁹ Alman Anayasa'nın 1. md. 1. fıkrasında insan onuru dokunulmazdır, bütün kamu erki insan onuruna saygı duymakla ve korumakla yükümlüdür. 2. md 'de herkesin şahsiyetini geliştirme hakkına sahip

olduğu bu hakkın ancak başkalarının hakları, ahlak yasasıyla sınırlanacağını, herkesin özgür olduğu 3. md. de eşitlik hakkı yer almaktadır.

Ayrıca Anayasanın 20.md. 3. fıkrasında bütün devlet organlarının yasa ve hukuka (Gesetz und Recht) bağlı olduğu yer almıştır. Burada sadece yasanın bulunmaması, ayrıca hukukun yer alması, devlet organlarının yasal haksızlık durumunda yasanın üstündeki hukuka dayanma imkanını sağlamak için, yani Nazi dönemi tecrübelerinin ışığında açıklanmaktadır. Anayasa koyucularına göre yasal haksızlığın önlenmesi için, devletin kendini, vatandaşlarının mutluluğunu, özgürlüğünü ve insan onurunu korumayı üstlenmekle yükümlü görmesi gerekir. Ayrıca Anayasanın 20. md. 4. fıkrasında vatandaşların Anayasada nitelikleri sayılı sistemi ortadan kaldırmaya karşı bu gayret içerisinde olan kişilere, haksız bir rejime direnme hakkı da düzenlenmiştir. Böylece pozitif hukukun üstünde bir hak anayasaya girmiştir.

4. Doğal Hukukun Önem Kazanmasının Nedenleri

Hem hukuk uygulamacılarına, hem de öğretiyecilere, nasyonal sosyalizm hukuku istismar etmişti. Bu tür bir keyfi haksız sisteme karşı çareler aranması gerekiyordu; adalet için tüketilmemiş, kullanılmamış bir ölçü (unverbrauchten Maß für Gerechtigkeit) aranıyordu.

Yön, amaç konusunda bir birlik vardı, insan keyfine bırakılmış bir hukuktan uzaklaşmak gerekiyordu. Objektif, bütün zamanlar üstünde, dışında, (überzeitlich) bir ölçü aranıyordu. Bu ölçüye insanın ulaşip

ulaşmaması önem taşıyordu. Bu yıllarda hukukun meşruiyeti için ilahi olana dayanma, temellendirmede tanrısal dayanaklardan çekinilmiyordu.³⁰ İlahi, tanrısal dayanaklar Federal Anayasa'nın dibacesinde ve birleşme öncesi eyaletlerin anayasalarında da görülmektedir. Fakat Doğu Almanya'nın dağılmasıyla oluşan yeni eyaletlerin anayasalarında bu tür göndermeler bulunmamaktadır. Alman hukukuna damgasına vuran insan onuru kısmen incille temellendirilmektedir. İnsanın tanrının sureti olduğunu ifade eden Incil'in oluşum süresindeki insanın dokunulmazlığı ve onuru temellendirmelerde, özellikle bütün kamu hukuku dallarında anahtar rolü oynar.

5. Doğal Hukukun Önemi Yitirmesi

1950'lerin sonunda yavaş yavaş aslında geleneksel anlamda doğal hukuka dönüşün sözkonusu olamayacağı tartışması başladı. Hukukun yeni temellendirmesi olarak, Maihofer'in ifadesi ile doğal hukuk ve hukuki pozitivizm ile hukukun temellendirilmesi yapılmıyordu. Soyut hukuk yerine, somut, tarihin dışında mutlak olmayan hukuk yerine, tarihsel bütünlük içinde-relatif oluşan bir doğal hukuk temellendirilmeliydi, aranmalıydı.³¹ Böyle yeni arayışlar içinde-felsefeciler arasında neo marksist Ernst Bloch Doğal Hukuk ve İnsan Onuru kitabıyla³² dikkat çekmekteydi, Bu dönemde eşyanın tabiatı (Natur der Sache) kavramına tekrar dönüldüğünü

tespit etmekteyiz. Bu kavram aydınlanmanın son döneminde ortaya çıkmıştı ve o dönemin doğal hukuk öğretileri içinde değerlendirilmişti.³³ Sprenger o dönemi değerlendirirken doğal hukukun geçici rönesansından bahseder, ve o dönem doğal hukuk olarak anlandırılan düşüncelerin çok farklı renklerde, sık sık birbiriyle çelişen değer tasavvurlarından (Wertvorstellung) oluştuğunu, bunların aslında 19.yüzyılda kökleşmeye başlayan burjuva hümanist idealler olduğunu, bu değer tasavvurlarının Alman anayasalarında temel haklarla, insan haklarıyla pozitif hukuk olarak düzenlendiğini belirtmektedir.³⁴

50'lerin ortalarından başlayarak, yeni Federal Anayasada yer alan temel hakların etkileri somut olarak kendisini gösterince, doğal hukuk hukukun geçerliliği, meşruiyeti tartışmaları azalmaya başladı. Ama adaletin tecellisi için nihai prensiplerin aranmasına devam ediliyordu. Temel haklar düşüncesinden, idesinden, temel hakların içeriğinden bu prensipler bulunmaya çalışılıyordu.³⁵ Bu dönemde hukukun üstünde adalet idesine yönelmiş bir çizgi arayışı devam etmekteydi.

Bu dönemde bilimsel metotlara ve gerçeklere yönelik olarak adalet arayışları da vardı. 45 sonrası sosyal bilimlerde sosyal bilimlerin karakterine uygun, ona ait normatifliği konu edinme için toplumsal gerçeğe yönelme eğilimi artmaktaydı. Bu eğilime örnek olarak Helmut Schelsky verilebilir. Sosyal

(30) Gerhard Sprenger, *Das "Sittengesetz" als Freiheitsschranke*, in: *Gesetz, Recht, Rechtsgeschichte*, yay. W. Baumann, H.-J. Dikthuth-Harrach, 2005, s. 402 vd; Sprenger, *age*, s. 20.

(31) Werner Maihofer in: *Naturrecht oder Rechtspositivismus*, hg. W. Maihofer, 1972, X.

(32) Ernst Bloch, *Naturrecht und Menschenwürde*, Frankfurt, 1961.

(33) Gerhard Sprenger, *Naturrecht und Natur der Sache*, 1976, s. 63 vd.; Ralf Dreier, *Natur der Sache*, çev. Hayrettin Ökçesiz, s.2, HFSA, 1994, s.63-66.

(34) Gerhard Sprenger, *100 Jahre Rechtsphilosophie*, s.22; Arthur Kaufmann, in: *ders./Wilfried Hassmer (yay.) Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtslehre der Gegenwart*, 4. baskı, 1984, s.79.

(35) Klaus Stern, *Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte*, in: Josef Isensee, Paul Kirchhof (yay.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. V, 1992, Rn. 1992, Rn. 3 zu § 109.

(28) BGHSt 39, 1, aynı karar NJW 1993, 141, aynı karar NSZ 1993, 129; BGHSt 39, 168, aynı karar NJW 1993, 1932, aynı karar NSZ 1993, 486; Federal Anayasa Mahkemesi Kararları 95, 96 (133).

(29) Werner Maihofer, *Naturrecht oder Rechtspositivismus*, 1972, s. 580-620.

gerçekliğin aranması artık bilimsel araştırmanın konusuydu.³⁶ Hukukun ortaya çıkışı, etkisi, toplumda geçerlilik şansı, sosyal bilimlerin hukukçulara sunduğu yeni ve geliştirilmiş araçlarla incelenmeliydi: Bu araçlar, empirik yöntem, usul analizleri, etkililik ölçümleri, hukuk karşılaştırmaları metodları, toplum teorileriydi. ABD'den gelen etkiler, impulslar ile 1945 sonrası sosyal araştırma yöntemlerinin üstlenilmesi ve sosyal bilimler teorisi ve sosyal bilimler düşünce tarzının etkisiyle araçlar oluştu ve bu araçlarla mevcut hukuk metodolojisi ve hukuk dogmatığı eleştirilebiliyordu.³⁷

Savaş sonrası dönemde hukuki pozitivismizden ayrılmanın dikkate değer örnekleri olarak Max Scheler, Nikolai Hartmann'ın maddi değer etiği teorisi (Materielle Wertethik) gösterilir.

Berlinli felsefeci Wilhelm Weischedel 1955'de yüksek mahkeme yargıçlarının önünde yaptığı konuşmada Max Scheler'in değer teorisinin yüksek yargı kararlarının temelini oluşturduğunu kanıtlamaya çalışmıştır.³⁸ Scheler'in tezi 1917'de Kant'a eleştiri olarak ileri sürülmüştü. Scheler, Kant'ın formal ahlak yasasını (Formales Sittengesetz) boş, içeriksiz bir yapı olarak eleştirmişti. Scheler bu boş yapıyı çok sayıda ve çok farklı değerlerle doldürmüştü. Scheler'e göre bu değerlerin objektifliği herkes için anlaşılır, geçerlidir. Scheler'in değer teorisi Augustos'un düşüncelerinin devamı, platonik-hristiyan etiğinin felsefi açılımı

olarak değerlendirilmektedir.³⁹ Scheler ve onun takipçisi Hartmann'a göre değerler varlık (seiende) olarak geçerliliğe (Geltung) sahiptir. Bu görüşler fenomenolojik değer teorisi olarak nitelendirilir.⁴⁰

Federal Mahkeme bir olayda ebeveynlerin, nişanlıların aynı evde kalmasına göz yummaları nedeniyle evlilik dışı ilişkiye yardımcı olma suçu nedeniyle cezalandırılmalarını değerler sistemine uygun bulmuştur.⁴¹ Bu karar toplumsal ahlak anlayışının nasıl değiştiğini göstermektedir.

6. Anayasa Yargısında Değer, Değerler Düzeni

Yukarıda açıklandığı gibi, Anayasaya doğal hukuk ilkelerinin alınmasıyla bu ilkeler pozitif hukuk ilkeleri haline geldi. Hukuk düzeninde hukukun meşruiyeti için değerlere ve değerler düzenine dayanmaya sıkça başvuruldu. Değerler, değerler düzeni gibi kavramlar Yeni Kantçılığın ve özellikle güneybatı (südwestdeutsche) Yeni Kantçılığının fenomenleriydi. Her kim değerlere veya değerler düzenine dayandığını iddia ediyorsa, pozisyonu çok güçlü hale geliyordu; argumentatif olarak saldırılmaz hale geliyordu. Değerlerin, yine değerlerle göreceli hale getirilmesi mümkündü ve hangi değer önce, hangi değer sonra geleceği konusunda kavramları esas alan mantiki bir sıralama sözkonusu olamazdı.⁴² Bu eleştirinin esasını değerler düzenininin objektifliği

iddiası oluşturuyordu. Böyle bir değerler düzeyi herşeyin üstünde havalarda uçuyor olmalıydı.⁴³ Yine yukarıda açıklandığı gibi doğal hukuk tartışmasının önemini yitirmesini, liberal ve sosyal devleti esas alan adalet konseptinin temel unsurları insan onuru, özgürlük, eşitlik, hukuk devleti, sosyal devlet gibi ilkelerin Anayasaya alınması ve böylece pozitif hukuk prensibi olmasına bağlamıştık. Bu prensiplerin arkasında ortak daha yüksekte yeralan bir prensip var mıdır?, Bu prensipler kendilerinin üstünde ortak bir prensip yaratırlar mı? Anayasacı Günter Düring'e göre bir anayasanın bağlayıcılığı ve yükümlülük getiren karakteri sonuç olarak sadece objektif değerlerde temellendirilebileceği için, anayasa koyucusu, herşeyin temeli, yaratıcısı, sebebi olarak tanrıya gönderme, tanrıya dayanma (referans) konusunda uzlaşma sağlanmadığı için, ahlaki bir değer olarak insan onurunu esas aldı.⁴⁴

Anayasa her kamusal işlem ve eylem için değerlerin yerine konmasını sağlayan bir ölçüyü hizmete sunmuştur. Bu ölçü devletin ve hukukun meşruiyetini bireysel etiğin değerleriyle belirler. Düring'in çizdiği yol Anayasa Mahkemesince benimsendi ve mahkeme temel hak hükümlerinde değer ihtiva eden temel normlar olarak yorumladı. Mahkeme Rudolf Smend'e atfen önce Değerler Düzeni terimini, daha sonraları, anayasal

genel değerler düzeni, temel haklar değerler düzeni, değerlere bağlı sistem, bir temel hakkın özel değer içeriği, değerler düzeni kavramının sinonimlerini kullandı. Sonuç olarak bu değerler düzenine objektiflik vasfı da biçildi ve değerler düzeni içerisinde ve değerler arasında hiyerarşik bir düzen oluşturuldu ve hiyerarşinin başına da insan oturu getirildi.⁴⁵ Böckenförde hukukun değerle, değerlerle temellendirilmesini bir yandan hukuki pozitivismizden sapma olarak görürken, bunun doğal hukuka mecburi bir dönüş olarak görülmemesi uyarısını yapmaktadır.⁴⁶ Anayasa yargısının değerlerle bu kadar meşgul olması, anayasa dogmatığının uygulamalı hukuk felsefesi olarak nitelendirilmesine bile yolaçtı.⁴⁷

(Anayasal) Değerler teorisine karşı yoğun eleştiriler karşısında⁴⁸ yavaş yavaş değerler düzeni pathosundan uzaklaşarak daha nötr terimler kullanılmaya başlandı. Artık temel hakların objektif-hukuki içeriği veya objektif düzenin unsurları gibi terimler başgösterdi.⁴⁹

Bu terminoloji değişikliğini içeriksel, nesnel bir yanı yoktu, sadece dilsel değişiklik sözkonusuydu. Niklas Luhmann, anayasanın meşruiyeti bağlamında değer kavramından vazgeçilemeyeceğini ifade etmekteydi.⁵⁰ Anayasa yargısında açıkça görüleceği gibi, bütün bu çabaların arkasında, hep, pozitif hukuk öncesi, her zaman geçerli adalet idesini bizzat

(43) Wolfgang Zeidler, zit. Nach Hofmann, der von einer "unglücklichen philosophischen Liebe" des BVerfG spricht; Hasso Hoffman, Die Aufgabe des modernen Staates und der Umweltschutz, in: Martin Kloepper (Hg), Umweltstaat, 1989, 12.

(44) Günter Dürig, Der Grundgesetzschutz der Menschenwürde, AöR, 1956, 107.

(45) Gerhard Sprenger, Legitimation des Grundgesetzes als Wertordnung, in: Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie, yay. von Winfried Brugger, 1996, 26.

(46) Ernst-Wolfgang Böckenförde, Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts, in: Rechtspositivismus und Wertbegründung des Rechts, yay. Ralf Dreier, ARSP özel yayını, Stuttgart, 1990, 33 vd.

(47) Christian Starck, Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für das positive Recht, in: Rechtsund Sozialphilosophie in Deutschland, s.386.

(48) Hermann Kleener, Marxismus und Menschenrechte, 1982, 96.

(49) Sprenger, Legitimation des Grundgesetzes, s. 228.

(50) Niklas Luhmann, Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?, 1983, s.18.

(36) Helmut Schelsky, Auf der Suche nach Wirklichkeit, 1965, s. 392.

(37) Schelsky, s.55.

(38) Wilhelm Weischedel, Recht und Ethik, 1956, s. 28; krş. Eric Hilgendorf, Atlas, Recht, cilt 1 s.47.

(39) Ethische Positionen in historischer Entwicklung, 1993, Freiburg, ss. 86 vd.

(40) Ethik, s. 111 vd.; Türkiye'de Max Scheler ve Nicolai Hartmann'ın maddi değer etiği anlayışının Vecdi Aral'ca resopsiyonu için Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları, İstanbul, 1983, s. 47 vd.

(41) Federal Mahkeme Kararları, Ceza Bölümü, BGHSI. 6 cilt, 1954, s. 40.

(42) Erhard Denninger, Freiheitsordnung-Wertordnung-Pflichtordnung, in: ders., Der gebaendigte Leviathan, 1990, 146 vd.

pozitif hukukta bulma çabası gelmektedir. Değerlerin kendi geçerliliğinin, yürürlüğüün oluş formu bu düşünce akrobasisine uymaktadır.

7. Soğuk Savaş Dönemi 1950-1960 dönemi

1950'li yıllar iki Almanya'nın rekabet içerisinde bulunduğu soğuk savaş yıllarıydı. Bu dönemde totalitarizm konsepti gündemdedi. Bu dönemin önemli ismi olarak Hannah Arent'i (Origins of Totalitarianism, 1951, almanca baskısı 1955) anmak gerekir.⁵¹ Sosyolojik çalışmalar da dikkate çekmeye başlamıştı. Yukarıda anılan Helmut Schelsky dışında Theodor Geiger⁵² ve Hans Freyer'in⁵³ eserleri hukuk felsefecileri arasında yakın disiplinler olarak tartışma yaratıyordu.

Bu dönemde önce Anayasa mahkemesinin Nazi Partisinin devamı niteliğindeki SPR'in kapatılması kararı⁵⁴ ve Komünist Partisinin (KPD) kapatılması kararı⁵⁵ memurlar kararı⁵⁶, Gestapo kararı⁵⁷ gibi kararlar soğuk savaşın izlerini, dönemin politik ruhunu yansıtıyordu.

Anayasa mahkemesi bütün bu kararlarında anayasanın bir değerler düzeni içerdiğini ileri sürüyor, kararları değerler ve değerler düzeniyle gerekçelendiriyordu.

(51) Hanna Arendt, *The Origins of Totalitarianism*, 1951, gözden geçirilmiş almanca yayını *Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft*, 1953.

(52) Theodor Geiger, 1891-1952, çok sayıda eserinden başlıcası, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, 1947; *Arbeiten zur Soziologie, Methode, Grossgesellschaft, Rechtssoziologie, Ideologiekritik*, Frankfurt, 1962.

(53) Hans Freyer, 1887- 1969, *Theorie des gegenwertigen Zeitalters*, Stuttgart, 1955.

(54) *Federal Anayasa Mahkemesi Kararları*, BVerfG, cilt 2, s.1.

(55) *Federal Anayasa Mahkemesi Kararları*, BVerfG, cilt 5, s.85.

(56) *Federal Anayasa Mahkemesi Kararları*, BVerfG, cilt 3, s.58.

(57) *Federal Anayasa Mahkemesi Kararları*, BVerfG, cilt 6, s. 32.

(58) Karl Engisch, *Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft*, 1953.

(59) Theodor Wiehweg, *Topik und Jurisprudenz*, 1953, 5. Baskı 1974, *Wiehweg jurisprudenz ile hukuk bilimi ve hukuk uygulamasını kasdetmektedir.*

(60) Josef Esser *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 1956.

(61) Heinrich Weber- Grellet, *Rechtsphilosophie*, 2002, Münster, s. 95; Norbert Horn, *Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie*, Heidelberg, 1996, s. 383.

II. DÖNEM:

60'LI VE 70'Lİ YILLARIN METOT VE TEMEL EĞİLİM TARTIŞMALARI

1. Metot Tartışmaları

50'li yıllarda Anayasa Mahkemesinin verdiği değerler teorisinin yol açtığı metot tartışmaları oldukça erken, hemen aynı yıllarda başlamıştı. Bu döneme ilişkin üç önemli eseri şu şekilde sayabiliriz: Karl Engisch'in *Hukuk Biliminde ve Hukukta Somutlaşma İdesi*⁵⁸, Theodor Wiehweg'in *Topik ve Jurisprudenz*⁵⁹, Josef Esser'in *Özel Hukukun Yargıç Tarafından Geliştirilmesinde Temel Prensipler ve Normlar*.⁶⁰

Theodor Viehweg geleneksel çıkarım (Subsumtion) yöntemini, yani hukuki kararların yasadaki çıkarım düşüncesini, metodunu eleştirmektedir. Buna karşılık bir topik hukuk uygulamasının zorunluluğunu savunmaktadır. Topik uygulamada bir olayda önemli unsurları, bakış açıları birbirleriyle titizce karşılaştırılmakta, birbirleriyle ilişkisi içerisinde değerlendirilmektedir (Topoi-yunanca topos, yer, ilçenin pazarının kurulduğu yer). Topiğin kökleri Aristo'ya, antik retoriğe kadar uzanmaktadır.⁶¹

60'lı yıllarda Alman hukuk felsefesinde bilim felsefesi ve analitik felse-

fenin resepsiyonuyla karşılaşmaktayız. Alman hukuk felsefecileri analitik felsefeyi bu akımın Nazi döneminde vatanlarından kovulan önemli temsilcilerinin kitaplarının yayınlanması veya tekrar yeniden yayınlanması ile tekrar keşfetmektedirler.⁶² Karl Popper'in (1902-1994) kritik rasyonalizmi, Wittgenstein'in dil felsefesi, Viyana çevresinin mantıksal pozitivizmi bu dönemde Almanya'da tekrar ilgi çekmeye başlamıştır. Bu dönemde orijinali İngilizce olan analitik felsefe de ilgi alanına kaymaktadır. Bu dönemde etkili önemli yapıtlar olarak, 1959'da Ludwig Wittgenstein'in *Tractatus ve Felsefi İncelemeleri* (Philosophische Untersuchungen)⁶³; Karl R. Popper'in aynı yıl önce İngilizce, sonra 2. baskısı 1966'da almanca yayınlanan *Araştırmanın Mantığı* (Logik der Forschung) (1. baskı 1934 Viyana),⁶⁴ Hans Kelsen'in 1960'da ikinci baskısı yayınlanan *Saf Hukuk Doktrini* (1. baskısı Viyana 1934)⁶⁵ ve 1961'de H.L.A. Hart'ın yayınlanan *The Concept of Law*⁶⁶ bu bağlamda anılmalıdır. Hart'ı ve analitik hukuk felsefesini Almanya'da Norbert Hoerster⁶⁷, kritik rasyonalizmi ve Popper'i Hans Albert⁶⁸ Almanya'da tanıtmışlardır. Kritik rasyonalizme yakın olarak hukuk felsefesi Reinhold Zippelius'u⁶⁹ da saymak gerekir.

Kritik rasyonalizmin taraftarları bir liberal açık toplum taraftarları olduk-

larını, bu açık topluma hukuk devleti içerisinde güvence altına alınmış, çoğulcu düşünce, düşünce özgürlüğü, demokrasi, ve bireysel temel haklar girdiğini savunmuşlardır. Bu anlayışa göre, yasalar parlamenter yasa koyucunun düzenlemeyi gerektiren alanlara, probleme cevaplarıdır. Bu problemlerin çözümünde cevap doğru olabilir veya yanlış olabilir; cevap yanlış ise, bu durumda yeni yasal normlar içinde düzeltmelerle yanlış cevap tashih edilir.⁷⁰

Hans Albert (1921 doğumlu) temellendirme ile ilgili önemli bir isimdir. Albert'e göre ahlaki veya hukuki normların nihai temellendirilmesine ilişkin her girişim başarısızlığa uğramaya mahkumdur. Bir nihai temellendirme, her temellendirme için tekrar bir neden sorulduğu için mümkün olamaz. Her kim nihai bir temellendirme ararsa, ya hep sürekli yeni temellendirmeler öne sürmelidir (sonsuz geriye dönüş), ki bu da daha önce temellendirme zincirinde öne sürülmüş bir ifadeye dayanacaktır (argümanların fasit dairesi, döngü dolaşım daire içinde hareket etme) veya temellendirme sürecine ara verecektir, kesecektir (dogmatik bitiş).⁷¹ Nihai temellendirme yapmak isteyeninin durumu masallardaki Münchhausen'lı yalancı baronun durumuna benzer (yalancı baron Münchhausen adlı hayali bir yerde yaşamaktadır, sürekli aklı-hayale sığmayacak yalanlar söyler, mesela

(62) Dreier, *Deutsche Rechtsphilosophie in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts in Integratives Verstehen*, yay. Robert Alexy, Tübingen, 2005, s. 218.

(63) Ludwig Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen*, ilk baskısı, 1953, açıklanmış yeni bir baskısı, yay. Joachim Schulte, Frankfurt, 2001.

(64) Karl Popper, *Die Logik der Forschung*, birinci baskı, 1934, Viyana, 11. baskı, Frankfurt, 2005.

(65) Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. baskı, 1960, Viyana.

(66) H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, The Clarendon Press, 1961, 2. baskı, 1997; almanca çevirisi, *Der Begriff des Rechts*, N. Hoerster, 1973, Frankfurt.

(67) Norbert Hoerster, *Utilitarismus und Verallgemeinerung*, 2. baskı, 1977; *Was ist Recht?*, Münih, 2006

(68) Hans Albert, *Traktat über rationale Praxis*, Tübingen, 1978; *Rechtswissenschaft als Realwissenschaft*, Baden-Baden, 1993.

(69) Reinhold Zippelius, *Rechtsphilosophie*, 3. baskı, 1994.

(70) Herget, age, s. 31 vd.; Hilgendorf, *Atlas, Recht*, cilt 1, s. 49.

(71) krs. Altan Heper, *Hukuki Argumentasyon Teorisi*, HFSA, 16, 2006, s. 283; Herget, age, s. 32-33.

kendi kendine saçından çekerek, sürüklenmesi veya bir topu ateşler, top mermisine binerek, roket gibi fırlar.)

Doğal hukukun önemini kaybetmesine paralel olarak 60'lı yıllarda daha çok metodolojic yönelik olarak hukuki hermeneutik etkisini artırmaya başladı. Hermeneutik objektivist bilgi kavramına karşı bir tutum alır ve anlamının aynı zamanda objektif ve subjektif olduğunu öngörür; bilgi (tanıma) objesinin tanıyan kişiye bağımlı olduğunu öne sürer. Almanya'da hukuki hermeneutiğin gelişmesini Hans-George Gadamer'in 1960 tarihli bir felsefi hermeneutik temel çalışması olan Gerçek ve Metodlar adlı kitabına borçlu olduğu düşünülür.⁷² Hukuki hermeneutik bu çalışmanın da konusunu oluşturmaktaydı. Bu nedenle de Karl Larenz, Josef Esser, Arthur Kaufmann (hukuki ontoloji ekolü) gibi isimleri hermeneutik etkilemiştir.⁷³ Hukuki hermeneutik serbest hukuk okulu geleneğinde dönemin hukuk uygulamasını eleştirmiş, etkili bir biçimde yasaya bağlılığı sorgulamıştır. Yukarıda ismi anılan Josef Esser Hukuka Ulaşmada Ön Anlayış ve Metod Seçimi (Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung) adlı ünlü çalışmasında ön anlayışın her hukuk uygulamasında rol oynadığını, hem hukuki olayın aktarılmasında, hem de normun uygulanmasında bu tür ön anlayışların etkileyici olduğunu vurgulamaktadır.⁷⁴ Esser'e göre eğitim, tecrübeler, karakter ve diğer etkiler ön anlayışı belirler, ön anlayış da hukuk uygulamasında hem olayın betimleyicilerini

etkiler, hem de normu uygulayacak insanı etkiler.

2. Eleştirisel Rasyonalizm ve Frankfurt Okulu Tartışması

1961'de Popper ve Adorno arasında pozitivism tartışması" adıyla bir tartışma başladı. Konu saf bilimsel bilginin mümkün olup olmamasıydı, Adorno gerçek kavramına, toplumun doğru yönlendirilmesi, doğru düzenlenmesini (die richtige Einrichtung der Gesellschaft) dahil ederken, Popper ve taraftarları mantığa, çelişmesizliğe (Widerspruchsfreiheit), dedüktif ve sistematik düşünceye vurgu yapmaktaydılar.⁷⁵ Bu tartışma daha sonraları Habermas ve Albert tarafından devam ettirilmiştir ve metod tartışması olmaktan çıkmış, temel felsefi yön-politik çizgi tartışması haline gelmiştir.⁷⁶ 60'lı yıllar aynı zamanda sürgünden dönen Herbert Marcuse, Adorno, Max Horkheimer gibi düşünürlerin öncülüğünü yaptığı Frankfurt okulunun eleştirisel teorisi (Kritische Theorie der Frankfurter Schule) olarak adlandırılan bir düşünce akımının doğuşu yıllarıydı.⁷⁷ Bu akımı çok kaba hatlarıyla Freudculuk, Hegelcilik (dialektik kavramı) Genç Marx'ın düşünceleri, biraz da yeni Kantçılığın karışımı olarak görmek mümkündür. Bu grup neo-mark-sist olarak adlandırılır.

1968'de Jürgen Habermas'ın yazdığı Bilgi ve Çıkar (Erkenntnis und Interesse) adlı eserde, farklılıkların bilgiye yön veren çıkarlarla açıklanabileceğini ifade edilmektedir.⁷⁸

Bu çıkarlar empirik-analitik bilimlerin teknik çıkarları, tarihi -hermeneutik bilimlerin pratik çıkarları, eleştirisel sosyal bilimlerin emansipasyonel çıkarıydı.⁷⁹ Burada emansipasyon çıkarına öncelik tanınıyordu.

Kritik rasyonalizm mevcut liberal devleti, liberal toplum teorilerini savunurken, Frankfurt okulu o dönemde sol bir çizgiyle liberal devlet anlayışını eleştiriyordu. Bu dönem 68 öğrenci hareketlerinin, Vietnam savaşının, Anti-Amerikan hareketlerin yükseldiği bir dönemdi.

Frankfurt okulunun eski sözcüsü Habermas 70'li yılların sonundan itibaren liberal fikirlere yöneldi,⁸⁰ Analitik felsefe, dil felsefesi (70'li yılların başından itibaren) düşüncelerinde hakimiyet kazanmaya başladı ve Marksist tarih felsefesini terketti, dilin ağırlıklı olduğu diskurs teorisini geliştirdi. Habermas'a göre her argüman ileri süren kişi evrensel geçerlilik taleplerini tanımak, kabul etmek zorundadır. Habermas dört geçerlilik talebi arasında ayırım yapar; 1. İfadenin (Ausdruck) anlaşılabilirliği, 2.İfadenin (Aussage) gerçekliği, 3.Niyetin dürüstlüğü (Wahrhaftigkeit der Intention) ve 4. Normun doğruluğu. Ahlak da dilin gramatiğinde temellendirilmektedir.

Temel soru hukuk nedir sorusunu Habermas Faktizität und Geltung adlı (1992) eserinde diskurs teorisi açısından cevap vermektedir.⁸¹ Buna göre sadece bütün potansiyel ilgililerin rasyonel diskursda onayladıkları fiil normları geçerli sayılabilir. Buradan demokrasi prensibi çıkartılmaktadır. Bu prensibe

göre sadece hukuken temellendirilmiş diskursiv hukuk koyma sürecinde bütün katılımcıların (Rechtsgenosse) onayını alabilen hukuki yasalar meşru geçerliliğe hak kazanır, geçerliliği olur.

Habermas'a göre ideal diskurs sadece bir ideal konuşma pozisyonunda mümkündür. Bir ideal konuşma pozisyonu, iletişim koşulları olup, geçerlilik konusunda akla uygun bulunmaya izin veren, imkan sağlayan koşullardır. Bütün fiili zorlamalar yürürlüğünü kaybeder ve daha iyi tek bir argüman kendini kabul ettirir. Bunun için rasyonel diskurun bütün katılımcıları konuşma ve dinlemek için aynı şansa sahiptir. Herkes diskuru açmak, herhangi bir iddida bulunma ve geçerlilik taleplerini irdelemek hakkına sahiptir.⁸²

Diskur aracılığıyla normlar meşruiyet kazanır. Ahlaki geçerlilik iddiasında sadece bütün ilgililerin onayını alabilen normlar bulunabilir. Bunların hangi normlar olduğunu bulabilmek için, diskur katılımcıları bir evrensel rol değiş tokuşu yaparlar. Bu değiş tokuşta herkes normun uygulanmasından etkilenebilecek bir diğer katılımcının perspektivini üstlenir (genelleştirme testi). Habermas'a göre hukukun görevi, tartışmayı sürdürme sınırlarına varıldığında (norm yaratma), ve bulunan normun fiili olarak uygulamada (normun takibi, norma uygun davranma) diskuru desteklemektir.⁸³

Habermas hukuk devletinin prensiplerini formüle etmektedir. Bu prensipler mevcut aktüel Alman anayasa dogmatikğine de zaten uymaktadır. Burada yönetsel hukuk ve anayasa devleti kon-

(72) Hans Georg Gadamer, *Wahrheit und Methode*, 1960, yeni baskı, Tübingen, 1975; karşı Hilgendorf, agy. (73) Dreier, agy, s. 219.

(74) Josef Esser, *Methodenwahl und Vorverständnis in der Rechtsfindung*, 1972, Frankfurt.

(75) Dreier, agy, s. 219, 220; Hilgendorf, agy, s. 49 vd.

(76) Herget, agy, s. 9-10; Hans-Joachim Dahms, *Positivismus Streit*, Frankfurt, 1994.

(77) Horn, agy, s. 204.

(78) Jürgen Habermas, *Erkenntnis und Interesse*, 1968, Frankfurt.

(79) Hilgendorf, *Atlas, Recht*, cilt 1, s. 49.

(80) Hilgendorf, agy.

(81) Habermas, *Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt, 1992, İngilizce tercümesi için *Between Facts and Norms*, Cambridge, 1995.

(82) diskurs teorisi için, Weber-Grellet, agy, s. 91 vd.; Herget, agy, s.45 vd.; Horn, agy, 205, 206.

(83) Jochen Senthöfer, *Rechtsphilosophie*, Kiel, s. 116.

kendi kendine saçından çekerek, sürüklemesi veya bir topu ateşler, top mermisine binerek, roket gibi fırlar.)

Doğal hukukun önemini kaybetmesine paralel olarak 60'lı yıllarda daha çok metodolojiye yönelik olarak hukuki hermeneutik etkisini artırmaya başladı. Hermeneutik objektifivist bilgi kavramına karşı bir tutum alır ve anlamın aynı zamanda objektif ve subjektif olduğunu öngörür; bilgi (tanıma) objesinin tanıyan kişiye bağımlı olduğunu öne sürer. Almanya'da hukuki hermeneutiğin gelişmesini Hans-George Gadamer'in 1960 tarihli bir felsefi hermeneutik temel çalışması olan Gerçek ve Metodlar adlı kitabına borçlu olduğu düşünülür.⁷² Hukuki hermeneutik bu çalışmanın da konusunu oluşturmaktaydı. Bu nedenle de Karl Larenz, Josef Esser, Arthur Kaufmann (hukuki ontoloji ekolü) gibi isimleri hermeneutik etkilemiştir.⁷³ Hukuki hermeneutik serbest hukuk okulu geleneğinde dönemin hukuk uygulamasını eleştirmiş, etkili bir biçimde yasaya bağlılığı sorgulamıştır. Yukarıda ismi anılan Josef Esser Hukuka Ulaşmada Ön Anlayış ve Metod Seçimi (Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung) adlı ünlü çalışmada ön anlayışın her hukuk uygulamasında rol oynadığını, hem hukuki olayın aktarılmasında, hem de normun uygulanmasında bu tür ön anlayışların etkileyici olduğunu vurgulamaktadır.⁷⁴ Esser'e göre eğitim, tecrübeler, karakter ve diğer etkiler ön anlayışı belirler, ön anlayış da hukuk uygulamasında hem olayın betimleyicilerini

etkiler, hem de normu uygulayacak insanı etkiler.

2. Eleştirel Rasyonalizm ve Frankfurt Okulu Tartışması

1961'de Popper ve Adorno arasında pozitivist tartışması" adıyla bir tartışma başladı. Konu saf bilimsel bilginin mümkün olup olmamasıydı, Adorno gerçek kavramına, toplumun doğru yönlendirilmesi, doğru düzenlenmesini (die richtige Einrichtung der Gesellschaft) dahil ederken, Popper ve taraftarları mantığa, çelişmesizliğe (Widerspruchsfreiheit), dedüktif ve sistematik düşünceye vurgu yapmaktaydılar.⁷⁵ Bu tartışma daha sonraları Habermas ve Albert tarafından devam ettirilmiştir ve metod tartışması olmaktan çıkmış, temel felsefi yön-politik çizgi tartışması haline gelmiştir.⁷⁶ 60'lı yıllar aynı zamanda sürgünden dönen Herbert Marcuse, Adorno, Max Horkheimer gibi düşünürlerin öncülüğünü yaptığı Frankfurt okulunun eleştirel teorisi (Kritische Theorie der Frankfurter Schule) olarak adlandırılan bir düşünce akımının doğuşu yıllarıydı.⁷⁷ Bu akımı çok kaba hatlarıyla Freudculuk, Hegelcilik (dialektik kavramı) Genç Marx'ın düşünceleri, biraz da yeni Kantçılığın karışımı olarak görmek mümkündür. Bu grup neo-marxist olarak adlandırılır.

1968'de Jürgen Habermas'ın yazdığı Bilgi ve Çıkar (Erkenntnis und Interesse) adlı eserde, farklılıkların bilgiye yön veren çıkarlarla açıklanabileceğini ifade edilmektedir.⁷⁸

Bu çıkarlar empirik-analitik bilimlerin teknik çıkarları, tarihi –hermeneutik bilimlerin pratik çıkarları, eleştirel sosyal bilimlerin emansipasyonel çıkarlarıydı.⁷⁹ Burada emansipasyon çıkarına öncelik tanımıyordu.

Kritik rasyonalizm mevcut liberal devleti, liberal toplum teorilerini savunurken, Frankfurt okulu o dönemde sol bir çizgiyle liberal devlet anlayışını eleştiriyordu. Bu dönem 68 öğrenci hareketlerinin, Vietnam savaşının, Anti-Amerikan hareketlerin yükseldiği bir dönemdi.

Frankfurt okulunun eski sözcüsü Habermas 70'li yılların sonundan itibaren liberal fikirlere yöneldi,⁸⁰ Analitik felsefe, dil felsefesi (70'li yılların başından itibaren) düşüncelerinde hakimiyet kazanmaya başladı ve Marksist tarih felsefesini terketti, dilin ağırlıklı olduğu diskurs teorisini geliştirdi. Habermas'a göre her argüman ileri süren kişi evrensel geçerlilik taleplerini tanımak, kabul etmek zorundadır. Habermas dört geçerlilik talebi arasında ayrım yapar; 1. İfadenin (Ausdruck) anlaşılabilirliği, 2. İfadenin (Aussage) gerçekliği, 3. Niyetin dürüstlüğü (Wahrhaftigkeit der Intention) ve 4. Normun doğruluğu. Ahlak da dilin gramatiğinde temellendirilmektedir.

Temel soru hukuk nedir sorusunu Habermas Faktizität und Geltung adlı (1992) eserinde diskurs teorisi açısından cevap vermektedir.⁸¹ Buna göre sadece bütün potansiyel ilgililerin rasyonel diskursda onayladıkları fiil normları geçerli sayılabilir. Buradan demokrasi prensibi çıkartılmaktadır. Bu prensibe

göre sadece hukuken temellendirilmiş diskursiv hukuk koyma sürecinde bütün katılımcıların (Rechtsgenosse) onayını alabilen hukuki yasalar meşru geçerliliğe hak kazanır, geçerliliği olur.

Habermas'a göre ideal diskurs sadece bir ideal konuşma pozisyonunda mümkündür. Bir ideal konuşma pozisyonu, iletişim koşulları olup, geçerlilik konusunda akla uygun bulunmaya izin veren, imkan sağlayan koşullardır. Bütün fiili zorlamalar yürürlüğünü kaybeder ve daha iyi tek bir argüman kendini kabul ettirir. Bunun için rasyonel diskursun bütün katılımcıların konuşma ve dinlemek için aynı şansa sahiptir. Herkes diskuru açmak, herhangi bir iddida bulunma ve geçerlilik taleplerini irdelemek hakkına sahiptir.⁸²

Diskur aracılığıyla normlar meşruiyet kazanır. Ahlaki geçerlilik iddiasında sadece bütün ilgililerin onayını alabilen normlar bulunabilir. Bunların hangi normlar olduğunu bulabilmek için, diskur katılımcıların bir evrensel rol değiş tokuşu yaparlar. Bu değiş tokuşta herkes normun uygulanmasından etkilenebilecek bir diğer katılımcının perspektivini üstlenir (genelleştirme testi). Habermas'a göre hukukun görevi, tartışmayı sürdürme sınırlarına varıldığında (norm yaratma), ve bulunan normun fiili olarak uygulamada (normun takibi, norma uygun davranma) diskuru desteklemektir.⁸³

Habermas hukuk devletinin prensiplerini formüle etmektedir. Bu prensipler mevcut aktüel Alman anayasa dogmatikğine de zaten uymaktadır. Burada yöntemsel hukuk ve anayasa devleti kon-

(72) Hans Georg Gadamer, *Wahrheit und Methode*, 1960, yeni baskı, Tübingen, 1975; karşı Hilgendorf, *agy.*

(73) Dreier, *agy.*, s. 219.

(74) Josef Esser, *Methodenwahl und Vorverständnis in der Rechtsfindung*, 1977, Frankfurt.

(75) Dreier, *agy.*, s. 219, 220; Hilgendorf, *agy.*, s. 49 vd.

(76) Herget, *agy.*, s. 9-10; Hans-Joachim Dahms, *Positivismus Streit*, Frankfurt, 1994.

(77) Horn, *agy.*, s. 204.

(78) Jürgen Habermas, *Erkenntnis und Interesse*, 1968, Frankfurt.

(79) Hilgendorf, *Atlas, Recht*, cilt 1, s. 49.

(80) Hilgendorf, *agy.*

(81) Habermas, *Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt, 1992, İngilizce tercümesi için *Between Facts and Norms*, Cambridge, 1995.

(82) *diskurs teorisi için*, Weber-Greller, *agy.*, s. 91 vd.; Herget, *agy.*, s. 45 vd.; Horn, *agy.*, s. 205, 206.

(83) Jochen Senthöfer, *Rechtsphilosophie*, Kiel, s. 116.

septi ortaya çıkmaktadır. Bu konseptte pozitif hukukun meşruiyeti sadece yasaların demokratik oluşumlarının usul koşullarını sağlamaya bağlıdır. Habermas'a göre bu koşullar siyasi diskurda tartışılmalı ve karar verilmelidir. Bir objektif gerçek Habermas'a göre bu nedenle mümkün değildir. Belirli ifadeler sadece, bu ifadeler herkesin bir ideal konuşma pozisyonunda tasvip ettiği ifadelerse doğrudur. Bazı düşündürler bu yüzden Habermas'ı diskursun formal koşullarını betimlediğini, fakat diskursun içeriksel değer temellendirmesinden vazgeçtiği iddiasıyla eleştirmektedir.⁸⁴

Habermas'ın önerdiği ideal konuşma durumu bir utopyadır. Bu konuşma durumu fiiliyatta hiç bir zaman gerçekleşemez. Bunun nedeni insanların buna niyetleri olmamasıdır. Ayrıca hiç bir zaman herkesin onay vereceği normlar olamaz. Diskurs süresiz, herhangi bir sonuç alınmadan sonsuza dek devam edecektir.

Habermas adaletin temellendirilmesinde şu görüşleri ileri sürer: Öncelikle bir rasyonel diskursun kuralları ve koşulları bulunmalı, çıkarılmalıdır. Bu kural ve koşullardan neyin haklı neyin haksız olduğuna ilişkin bir konsensusun, oydaşmanın bulunduğu bir diskursa ulaşılabilir. İdeal diskurs her zaman haklı, adil bir sonuca götürür. Bu anlayışla Habermas'ın adalet teorisini yöntem, prosedür üzerinden adalet olarak niteledirebiliriz.⁸⁵

3. Niklas Luhmann (1927- 1998) ve Sistem Teorisi

Hukukun toplumdaki kompleks yapısı ve kontingenz (tesadüfi) niteliği 60'li yılların sonunda Bielefeld'li Niklas Luhmann'ın sosyolojik teorisinin hareket noktasını oluşturdu. Luhmann Talcott Parsons'un sosyal eylemler teorisini geliştirdi.⁸⁶ Luhmann'ın teorisinde sosyal eylem, iletişimin kavramları içerisinde tespit edilmeye çalışılır ve bu tespit bir suyuyla her türlü ilişki, aşkın, transzendental bütün unsurlar radikal bir biçimde bir kenara bırakılır.⁸⁷ Luhmann biyolojik hücre-gen teorisinden, komputer teorisinden, sibermetikden, bilişim teorisinden alınan unsurları sistem teorisine dahil etmiş, autopotik, selbstreferensiel, kendi kendini yöneten, bir sistem kurmuştur.⁸⁸ Luhmann'a göre sosyal sistemler, iletişimlerden oluşur. Bütün sistemlerin işlevi, karmaşıklığın, kompleksin azaltılması ile insana belirli bir yaşam ve davranış güvenliğini imkanı sunmaktır. Sistemler karmaşıklık ve tesadüflüğün yarattığı problemleri yenme işlevini görür. Sosyal sistemler objektif, geçerli beklentilerin istikrarını sağlar, bu beklentilere göre insan hareketini yönlendirir.⁸⁹

Luhmann'a göre hukuk genel davranış beklentilerini normlaştıran bir sosyal sistemdir. Luhmann'ın hukuk teorisinin özü, hukukun bir autopoietik sistem olması, ve böylece işlevsel kendi içinde kapanık, kendi kendini tanımlayabilen, üreten bir iletişim sistemi olarak betimlenebilmesidir. Diğer ölçüler

(adalet, doğal hukuk, ahlak, siyaset) burada önem taşımaz.

Hukukun işlevi önceden beri var olan interaksiyon modellerin (mesela evlilik) korunmasında bitmez, toplumsal gelişmeler ve sosyal düzenleme planları da hukukun işlevleri içersindedir. Hukuk normlarının geçerliliği içerikleriyle değil, usul (örneğin yasama koyma, yargılama) ile meşruiyet kazanır. Usul'un uygulanması ile genel bir beklenti oluşur, usulun uygulanması ile bir karar nedeniyle hayal kırıklığına uğrayan protestosundan vazgeçeceğini ve uyum sağlayacağı beklenir.⁹⁰

Hukuk sistemini toplumun bağımsızlık sistemi olmak görmek gerekir. Bu bağımsızlık sistemi hataların düzeltilmesine hizmet etmez, yapısal risikoların zayıflatılmasına, azaltılmasına hizmet eder ve hatalardan öğrenir.

Temel hakların fonksiyonu, siyasi açıdan sistem olarak devletin kendi sınırlarını aşmasını, diğer kısmı sistemlere müdahalesini, engellemektir, böylelikle devletin toplumsal farklılaşmanın önüne geçmesi önlenmektedir.

Yöntem aracılığıyla hukuka meşruiyet sağlamak isteyen Luhmann ön koşul olarak şu görüşden yola çıkmaktadır: Ortaya atılan, çıkan problemle konusunda karar verilebileceğini garanti alan bir sosyal sistem, aynı zamanda bu kararların doğruluğunu garanti edemez. Maddi anlamda gerçeklik ve adalet istikrarsız değer tasavvurlarıdır. Bu değer tasavvurları karar verme sürecini etkilememeli, süreci zorlamamalı, yük olmamalıdır. Buna karşılık yargıçlar ve devlet idaresinin memurları hukuk alanında sembolik, törenselle bir çalışmayla kararlarını vermektedir. Bu çalışma sonucun meşruiyeti-

ni maddi hukuktan ve usul hukukundan değil, gerçek bir olay olarak usulden, yöntemden, hukuki düzenlemeler ölçüsünde yürütülen fiili iletişim prosedürü içerisinde beklentilerin yapısallığının değişikliğe uğramasından (Umstrukturierung) doğar.⁹¹

Luhmann'ın ifadeyle, davada, idari süreçte objektif bir gerçeğin aranmadığını, -çünkü böyle bir şey Luhmann'a göre yoktur-, bunun yerine karar ile ilgili dava sürecinin kendi formal, şekli gerçeğini ürettiğini anlatmaktadır. Bu gerçek, davanın tarafları tarafından öğrenilir, öğrenmede bu kararın ister onlara uygun gelsin, isterse gelmesin bunu gerçek olarak işleme koymaları, gelecekteki davranışlarını buna uydurma şeklinde olur. Öğrenme yerine öğrenmeme hali bu karara karşı irrasyonel protest, geçmişin kavgalarını tekrar gündeme getirmek olur.

Günümüzde usulun, sürecin kabul görmesi olağanüstü bir seviyeye varmıştır. Taraf tutmama, ön yargısız olma, doğruluk, adalete ulaşma çabası, ilgili şahıslarla ilişkide nezaket ve saygı gibi bir çok kişinin paylaştığı değerler, süreçte yer almaktadır. Haksız görülen bir dava münhasır bireysel yanlış kararlardan daha büyük bir tehdit olarak görülmektedir.

Luhmann'a göre, her kim yarım yamalak da olsa gönüllü olarak bir sürece katılmaya razı olursa, sonucu baştan kabul etmiş demektir. Luhmann burada prosedürün hünisinden bahsetmektedir; bir hünide girdikten sonra, hüniden kurtulmak nasıl mümkün değilse, hünide de terketmek mümkün değildir. Davayı kaybedenler dava bitiminde haksız oldukları kanaatine varmazlar. Davayı kaybeden dava nedeniyle

(84) Horn, age, s. 206.

(85) Weber - Crellet, age, s. 93.

(86) Weber - Crellet, age, s. 87 vd.

(87) Niklas Luhmann: Archimedes und wir, Reportajlar, yay. Dirk Baecker, Georg Stanzek, Berlin, 1987.

s. 160.

(88) Ludwig Raiser, das lebende Recht, 150.

(89) Senthöier, age, s. 113.

(90) Senthöier, age, s. 114.

(91) Senthöier, age.

kırgın, kızgın olsa dahi, davanın sonucunu kabul edeceğini, etmesi gerektiğini görür, çünkü o çevresini karara karşı harekete geçiremez. Geriye hukukçular da ve hukukçularla tatminsizlik, kırgınlık kalmaktadır. Hukukçuların oluşturduğu tipik izlenim bir fonksiyon üstlenmektedir. Bu fonksiyon önlene-meyen hayal kırıklıklarının yaygın, şahsi ressentiment formuna süreklemek, götürmektir. Yöntem, süreç eleştirisi hayal kırıklıkları için basınca karşı vana olarak hizmet görür.

Günümüzde mahkeme süreci veya idari süreç gibi süreçler maddi adaletin yerine geçmiştir, onun yedeği olmuştur, çünkü maddi anlamda haklı olanın, objektif olarak tespiti olanaksızdır. Bütün ihtimali karar ölçütleri muğlak veya çok tartışmalıdır.

Hukukun süreç içerisinde meşruiyetini kazanmasının nedeni toplumun farklılaşmasıdır. Luhmann'a göre toplum birbiriyle çeşitli kodlarla iletişimi sağlayan sistemlerden oluşur. Bu kodlara örnek olarak bilim için doğru/ yanlış, hukuk için haklı / haksız, ahlak için iyi / kötü verilebilir. Bu sistemler örneğin bilim, hukuk, ahlak kendi operatif faaliyetleriyle kendi kendilerini yaratır, devam ettirir. Örneğin hukuk, doğrunun ne olduğunu belirler. Bu kendi kendine kazanmaya (Erhaltung) Luhmann Autopoiesis demektir.

Bir sistem tam olarak nedir? Luhmann bundan "birbirlerine atıf yapan, gönderme yapan, sosyal fiillerin bir anlam bağlamını" anlar ve "bu sosyal fiiller kendileriyle ilgisi olmayan fiillerin çevresinde sınırlarını çize-bilmektedir." Bu sistemler içerisine ikili ilişkilerdeki inter aksiyonlar, örneğin evlilik, arkadaşlık, organizasyonlar,

dernekler, üniversiteler ve politika, bilim, hukuk gibi büyük sistemler girer. Bütün sistemlerin görevi karmaşıklığı azaltmaktır. Amaç insanlara belirli yaşama güvenliği ve davranış güvenirliliği sağlamaktır. Böylece karmaşık dünyanın sayısız imkanları az sayıdaki alternatiflere indirgenir. Bu alternatifler içinde insan aradığını, kendini fazla zorlamadan bulur.⁹²

Böylece sistemler beklenti tavırlarını da belirlemiş olur, Böylece anlam ifade eden yapılar ortaya çıkar, bu yapılarda gelecekte fiiller ve süreçler belirlenir. Sistemler ortak yaşamda böyle bir yönlendirmeye ve kendi davranışının bir planlamasına izin verirler. Normlar karşıt fiili, istikrara kavuşmuş davranış beklentileridir.

Luhmann hukuku şu şekilde tanımlar "hukuku..... normatif davranış beklentilerinin birbiriyle uyuşan, denk düşen, kongruent genelleştirilmesine dayanan bir toplum sistemin yapısı, strukturu olarak tanımlayabiliriz. Bir davranış beklentisi gerçekleşmeyince, tepki hayal kırıklığıdır." Hukuk buna göre bir sosyal sistemin yapısıdır ve bu sosyal sistem normatif davranış beklentilerinin genelleşmesine dayanır.⁹³

Böylece hukuk, içerik açısından çok çeşitlidir, farklıdır, "doğru hukuk" ve "maddi adalet" yoktur. Hukuktaki değişiklikler her zaman mümkündür ve kurumlaşmış usullerle ta baştan öngörül-müştür. Bu kurumsal süreç hukukun meşruiyetini garanti eder; çünkü seçimler, tarafları dinleme, delil toplama vb, ile ilgililer usule katılmış olur.

(92) Weber-Grellet, age, 88 vd.

(93) Senthofe, age, s. 115; Hergert, age, s. 75.

III. AKTUEL TARTIŞMALAR

1. Adalet Tartışmaları

John Rawls A Theory of Justice adlı 1971 tarihli eseriyle Almanya'da yeni bir adalet tartışması yarattı. Aslında siyaset felsefesi, genel felsefe çalışması olarak da görülen bu çalışma hukuk felsefesine de ilgiyi arttırdı. Rawls'ın teorisi prosedürel, yani yöntemsel bir adalet teorisi (metafiziksiz hukuk etiği, doğal hukukun ve adalet probleminin mitolojisinden arındırılmış halidir).⁹⁴ Rawls'ın düşünceleri Almanya'da yankı uyandırmıştır, ve özellikle Robert Alexy'de izlerini görmek gerekir.⁹⁵

Ronald Dworkin'in temsilcisi olduğu, Anglo-Amerikan dünyada gelişen General Principles of Law Almanya'da da yankı yaratmıştır.⁹⁶ Dworkin teorisini pozitivizme genel saldırı olarak düşünmektedir. Dworkin sadece kuralların değil, ayrıca temel değerlerin önemini vurgulamaktadır. Dworkin'e göre adalet, hakkıyet ve hukuk devleti, pozitif hukuk görüşünün aksine, hukukun bağlayıcıdır ve bağlayıcılık bütün devlet erkleri için geçerlidir. Genel ilkelerin yardımı ile her hukuki önem taşıyan olay için bir tek haklı çözüm bulunur.

2. İşkence, İnsan Onuru Tartışmaları

Almanya'daki aktuel tartışmaları açıklayabilmek için şu olayı gözönünde tutalım:

Bir terörist bir büyük Alman şehrinde saatli bomba yerleştiriyor. Polis teröristi yakalıyor, terörist polise bombanın nereye yerleştiğini ve nasıl imha edileceğini söylemiyor. Polis bombanın kesin olarak yerleştirildiğini, her hangi bir zamanda patlayacağını, ve on binlerce insanın öleceğini biliyor. Burada soru teröriste bilgi almak için işkence yapılabilir mi?⁹⁷

Bu konudaki görüşleri ve dayanaklarını özetleyelim: AİHS md. 2. yaşam hakkını, 3. md. de işkence yasağı koruma altına alınmıştır. Alman hukuku açısından devletin işkence yapmaması Anayasanın 104 md. 1. fıkrası, 2. bendinde açıkça yer almıştır, Anayasa bütün yasaların üstündedir, bu nedenle işkence yapılamaz, sonucu çelişkilidir, çünkü bombanın kurbanları da insan onuruna sahiptir. Devletin Anayasanın 1. md. de yeralan insan onuru çiğnenemez hükmü gereğince kurbanların da onurunu düşünerek, koruma yükümlüğü vardır. Teröristin onuruna karşı mağdurun, kurbanının onuru düşünmek gerekir.

Böyle bir olayda gerçekten onurun onurla karşı karşıya kaldığı tartışmalıdır. Bu tartışma tanınmış iki hukuk felsefesi tarafından dinleyiciler önünde yapılmıştır.

Brugger işkencenin belli koşullarda meşruiyetini savunmakta, buna karşılık Schlink yaşamsal tehdidin insan onurunun tehdidi olmadığını savunmaktadır. Schlink'e göre yaşam ve insan onuru ve sonuç itibarıyla hayatı koruma (Anayasa

(94) Senthofe, age, S. 110 vd. 124.

(95) Robert Alexy, Begriff und Geltung des Recht, Freiburg, 1992; Recht, Vernunft, Diskurs, Frankfurt, 1995.

(96) Ronald Dworkin, Taking Rights Seriously, Cambridge 1977; Law's Empire, Cambridge, 1998.

(97) Olay Senthofe'in Klausuren Training Rechtsphilosophie mit Allgemeiner Staatslehre, 2003, Kiel, adli kitabından, s. 66 alınmıştır. Senthofe Prof. Dr. W. Brugger'in Heidelberg Hukuk Fakültesi öğrencileri için hazırladığı bir yazılı sınavdaki olaydan yararlanmaktadır. W. Brugger de N. Luhmann'ın verdiği bir örnekten N. Luhmann, Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen, 1993, s. 1 esinlenmektedir.

2. md. 2. fıkrası ve insan onuru (Anayasa 1. md) ayırımı yapılmalıdır.⁹⁸

İşkence taraftarı görüş şu şekilde temellendirilmektedir;

a) Onurun onurla karşı karşıya kaldığı durumlarda, devletin işkence yükümlülüğü vardır. İşkence hakkı polis hukukunda bir çok kez onurun onurla karşı karşıya kaldığı prensibinden doğmaktadır;

-devletin mağdur, kurbanlar için pozitif koruma fonksiyonu vardır.

-hukuku ihlal edenler hukukun sınırlarına çekilmek zorunluluğu vardır.

-tehlikenin etkili bir biçimde defedilmesi zorunluluğu vardır.

Sonuç itibarıyla nihai öldürme amacıyla ateş hemen hemen bütün eyaletlerde yasaldır (örneğin Baden-Württemberg'de), insan onurunun insan onuruyla karşılaştığı durumlarda, hukuk düzenin toplam bir hak talebinin (Gesamtanspruch) önceliği olmalıdır: Toplam talep mağdurların, suçtan zarar görenlerin korunması, suçluların korunmamasıdır.⁹⁹

b) AİHS'de önemli bir hak olarak 3. md. de işkence yasağı bulunması bir gerçektir, fakat yaşam hakkında istisnalar tanıyan 2. md. 2.fıkrası lex specialis olarak özel hükümdür,olaya bağlı istisnalar getirmektedir. Buna göre öldürme, üçüncü kişilerin haklarını savunmak için mümkündür.Buradan da öldürme amacıyla ateş etme hakkı türetilmektedir.Sonuç olarak işkenceyi koruma amacıyla saldırganın öldürülmesine göre bir eksidir, öldürme hukuki ise, işkence haydi haydi hukukidir. Sonuç; işkence

bu tür olaylarda hukuki haktır, ahlaki bir hakkın bulunup bulunmadığı başka bir sorundur.

c) Büyük bir ihtimalle de hukuki olarak işkence yükümlülüğü de vardır, Brugger burada temel hak olarak koruma yükümlülüğüne işaret etmektedir. Bu olayda takdir hakkı sıfırdır. Kızıl Ordu Fraksiyonun kaçırdığı Schleyer olayıyla ilgili Federal Anayasa Mahkemesi belirli olaylarda polisin kullanacağı aracın seçiminde, seçim imkanı daralır ve sadece bir aracın seçimine kalır.

d) Brugger, vatandaşın polisin müdahale etmesini isteme hakkı olup olmadığını irdelemektedir. Koruma norm teorisinden bu hak türetilir.Bu teori, bir devlet organının bir subjektif hakkın korunması için hangi koşullarda yükümlülüğü olduğunu öngörmektedir. Burada takdir hakkı sifıra iner ve devletin harekete geçmesi, yani işkence yapması, vatandaşların kurban olarak korunan duruma geçirilmesi (yaşam hakkının korunması) sözkonusudur.

Brugger'e göre işkencenin koşulları;

-doğrudan tehlikenin açık seçik başgöstermesi

-suçla ilgisi olmayan bir üçüncü şahsın vucutsal bütünlüğüne saldırı

-bu saldırının kimliği belli bir saldırgan tarafından yapılması

-bu saldırganın tehlikeyi önleyebilmesi

-saldırganın bu tehlikeyi önleme yükümlülüğünün de hukuken bulunmasıdır.

Bu koşulların polis memurunun exante bakış açısıyla tespit edilmesi zorunludur.

e) İşkence hakkı toplum sözleşme teorisinden de türetilir, Toplum sözleşmesi teorisine göre, itaat edenler devlete güç kullanma tekeli terketmişlerdir. Buna karşılık devlet özgürlüğü ve yaşamı korumak zorundadır.Devlet bunu yapmazsa, yapamazsa toplum sözleşmesi artık geçerli değildir. (Hobbes, Kant, Locke'da, yaşam ilk önce gelmekte, sonra özgürlük, mülkiyet gelmekte, yani sıralama yaşam, özgürlük ve mülkiyettir). Devlet sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmek istiyorsa, yaşamı korumak için herşey yapmalıdır. Bu sadece işkence ile mümkünse, o zaman devlet işkence yapmalıdır.¹⁰⁰

f) Faydacılık neticeye yönelmeyle daha kolay bir biçimde çözüme ulaşır: En fazla insanın en büyük mutluluğuna, bomba patlamazsa ulaşılır. Bu nedenle teröriste işkence yapmak faydalıdır (Utilitüt kuralı)

İşkenceye karşı görüşler şöyle özetlenebilir: Schlink'e göre teröriste işkence yapılmamalıdır, bu olayda insan onurunun karşısında insan onurunun konulması doğru değildir.Burada karşı karşıya olan teröristin onuruna karşı mağdurların yaşamıdır. Böylece Schlink Brügger teorisinin esas dayanağını çürütmektedir. Schlink'in hukuk dogmatığı açısından getirdiği eleştiriler ise;

-Sadece Parlamentonun yetkisinde olan konular: işkence , temel haklara önemli bir müdahale olacağı için

anayasa dogmatığına göre, önemli müdahaleler için yasal dayanak gerekir.

-Polis memuru için ex-ante bakış ile koşullar ne zaman vardır?. görünüşte bir tehlike mi, yoksa tehlike şüphesi yeterlidir?

-Hangi aşamada işkence yapılacaktır? onbinlerce insanın bir bombayla tehlikeye sokulduğunda mı?, yoksa bir insanın ölüm tehlikesi işkence için yeterlidir?

Schlink, hukukçuluğun şahsi sorumluluğu her zaman düzenleyemeyeceğini düşünmektedir. Hukuken emredilen, veya sunulan ile ahlaka uygun olan veya faydalı olan veya ekonomik olan arasında fark vardır. Bu farkları hukuk bilimi her zaman çözemez. Hukuk ve ahlak arasında çatışma olur, olmalıdır.¹⁰¹

g) İşkence ortaçağda vardı, engizasyon ve cadı avları işkenceyi bize hatırlatır. Fransız Devrimi 1791'de işkenceyi kaldırdı, bu döneme kadar insanlar asılırdı, acı çekerlerdi, devrim insanlar daha az çeksin diye giyotini getirdi, bu gelişme aydınlanmanın gelişmesidir. İşkence yasağı, batı medeniyetinin bir kazancıdır, bundan vazgeçmek evrensel hukuk prensiplerinde bir geri adımdır.¹⁰²

3. Hukuk Felsefesinin Aktuel Tartışmalara Yansımaları

Son 25 yıla baktığımızda maddetik eğilimli hukuk felsefesi çalışmalarının değerler tartışmasıyla hukuk felsefesine ağırlıklarını koyduklarını tespit etmekteyiz. Aktüel problemlerde, hukuk uygulamasının ve siyasetin hukuk felsefesine sunduğu problemlere baktığı-

(98) Humbolt Üniversitesindeki 28.06. 2001 tarihli W. Brugger, Dieter Grimm, Bernhard Schlink'in katıldığı açık oturumdaki tartışma www.rewi.hu-berlin.de/HFR.

(99) Brugger'in görüşleri için aynı site ayrıca, Darf der Staat ausnahmeweise foltern in : Der Staat 35 (1996), s. 67-97; vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter , JZ 55 (2000), s. 165 vd.

(100) Brugger, aynı kaynaklar.

(101) Schlink'in görüşleri için Zenthöfer, age, s. 68.

(102) Zenthöfer, s. 69.

mızda bunların sonuç itibarıyla değer çatışmaları problemleri olduğunu söyleyebiliriz. Uygulamacıların kendilerine yön aramaları pratik felsefede alan etiği kavramını yaratmıştı, örneğin biyoetik, ekonomi etiği gibi, bu alan etikleriyle hukuk ilgilenmek zorundadır.¹⁰³ Bu sorunlar içinde tıp etiğinin problemleri, üreme tıbbının, kürtajın, ölüme yardımın, otonominin, hastanın kendi kaderini tayin hakkının, cinsiyetler farklılığının, gen etiğinin, hayvan etiğinin, ökolojik değişimin, çevre etiğinin, teknik etiğinin, dinlere, inançlara karşı toleransın, çok kültür-lülüğün, uluslararası ceza hukukunun sorunları gibi çok farklı bir dizi problem

dikkati çekmektedir. İşkence, başkalarının hayatını korumak için tehlike yaratanı yok etme, örneğin teröristlerce kaçırılan yolcu uçağını düşürme, düşman ceza hukuku gibi uç konularda potansiyel anayasal hak ve ulusalüstü hukukun ihlallerinde, Alman Anayasasının (Grundgesetz) temel aldığı değerler ışığında, özellikle bütün çalışmalara rağmen sınırları, içerdiği, özü pek de belli olmayan insan onuru kavramından yola çıkarak yargısal kararlar ve bunların hukuk felsefesi açısından gerekçelendirilmesi ve/veya eleştirilmesi öntümüzdeki dönemde de beklenmektedir.

Somut Olayın Normla Bağlantılandırılmasında Karşılaşılan Sorunlar: Örnek Olay, Destekten Yoksun Kalma Tazminatında Farazi Destek

Yasemin IŞIKTAÇ*

I. GENEL OLARAK

24 Ekim 2007 Çarşamba günü gazetelerde ilginç bir olay yer almıştı. Gazetelerden birinin başlığı "Çocuğu ölen teşekkür mü etsin?" şeklindeydi ve doğrusu bu haber özel olarak dikkatimi çekti. Konu çocuğu kazada ölen anne babaları tazminat davalarında "borçlu çıkarın" kararlarının Yargıtay'ın üyelerini bile çileden çıkarmasıydı. Çünkü 10 yaşındaki A. E.'nin ölümüne yol açan trafik kazası neticesinde talep edilen maddi ve manevi tazminattan, kaza ölenin de kusuru ile meydana geldiği için maddi tazminat talebinin reddedilmesine ve anne, baba ve kardeş belirli miktarda tazminat verilmesine karar verilmişti. Bu kararda ilginç olan bilirkişi raporuna da yansımış olan şu gerekçedir; "Çocuğunu kaybeden aile maddi bir zarara uğramamıştır. Hak sahiplerinin destekten yoksun kalma zararı, yetiştirme giderleriyle tamamen karşılanmış, eksik bakiyeye karşı karşıya kalmamıştır." Bu gerekçenin anlamı talep edilen maddi tazminat ile manevi tazminat arasındaki farkın aile için bir harç biçimini almasıdır.

Basına da yansıyan ve karar çerçevesindeki karşı oy yazısı ile pekişen bu sonucun hende yarattığı infialden yola çıkarak böyle bir somut uygulamada

hem metodolojik bir açılım hem de adaletin aslında soluk alıp veren canlı bir değer olduğunu bu vesile ile yeniden ortaya koymak istedim.

Tazminatın talep edilebilirliği sorumluluk hukukunun bir sonucudur ve hukukun oldukça gelişmiş ve uygulama kabiliyeti yüksek bir alanıdır. Bu çalışmada öncelikle teknik anlamda taraflar ve hukuki olay arasında bağlantı çerçevesinde tazminatın talep edilebilirliği için önce Hohfeld'in analizinden başlayarak daha sonra ise ortaya çıkan sorunları değerlendirme yolunu tercih edeceğim.

A. Örnek Olay

OLAY: 7 yaşındaki bir kız çocuğu olan (S)'nin ölümü ile sonuçlanan bir trafik kazasında (A) şoför, (R) de traktör sahibidir.¹

VERİLER:

• Aracın zorunlu trafik sigortası yoktur.

• Kaza raporunda şoförün kusurlu olduğu anlaşılmaktadır.

TALEPLER: Maddi ve manevi zararın tazmini istenmektedir. Destekten yoksun kalma tazminatı olarak davalı (A) ve (R)'nin sorumlu olduğunu belirterek anne baba için ayrı ayrı 300 YTL,

¹⁰³ Krş. Spenger, age, s. 31;

* Prof.Dr. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

(1) Yargıtay II. H. D. 18/12/2003, E: 2003/4910, K: 2003/12032.