

I

Yargıç önüne gelen olayda bir yargıya ulaşmak zorundadır. İleri sürülen savlar arasında adil bulduğu bir çözümle yargılamayı sonlandırmak görevindedir. Anayasaya, yasaya, hukuka bakarak ve vicdanının sesine kulak vererek bir kaniya ulaşmaya çabalar.

“Yargıç” yüksek bir bilinç ve duyuncu düzeyini bize gösteren bir bilgin, bilge bir kişidir. Hukuku yapan, hukuk yaratan bir işe kendisini vermiştir.

Tartışma bu önkabullerle başlar. Yargıç yasanın altında mı, üstünde midir? Yargıç her defasında yasayı da mı yargılar? Yasayı da haksız bulma yetkisi var mıdır, hatta bu anayasa bile olsa? Yargıç özgür olmalı mıdır? Ne uğruna evet ya da hayır?

Immanuel Kant’ın önerdiği, aklın özel ve kamusal kullanım modeli¹ onun aklının ve ruhunun parçalanması demek olmayacak mıdır? Bu minvalde iki yüksek yargıçtan iki çarpıcı söz duymuştum:

İlki, “Bağırma taş basarım, babam olsa asarım”, ikincisi, “Ölüm cezasına karşıyım, ama yasayı uygulamak zorundayım”, demişti. Oysa, bu denli bağlandığı yasa dahi o yargıca babasını asmak

gibi bir mecburiyeti yüklemiyordu. Ölüm gibi bir cezayı öngören bir normu uygulamak görevi, hiçbir yargıcın hiçbir bağlılık uğruna adalet ufkunda yer almasıydı. Bugün bu cezayı aştık, ama yargıçlar aynı şeyi benzer durumlar için söylemeyi hala sürdürüyorlarsa burada ciddi bir sorun yok mudur?

Kavramlar İçtihadı’nın ve Hukuksal Pozitivizmin yargıca söylediği bu sözler karşısında, yargıcın başka sözler de söyleyebileceğini daha yirminci yüzyılın başlarında bugün için dahi ilginç ve verimli gördüğüm “Freirechtsschule”nin, “Serbest Hukuk Okulu”nun kuramcılarından öğrenebiliyoruz. Onlar şunları söylüyor:²

Hukuk uygulamasında egemen bilimsel yöntem, kavramsal-yapısal, yani yalnızca teknik bir hukuk bulmaya götürmektedir, öyle ki, kararlar sözde pozitif hukuktan çıkarsanmakta, ancak gerçekte bilerek ya da bilmeyerek, yargıcın gerçekleştirdiği yaratıcı etkinliği örtmektedir.

Bu sözleriyle Ehrlich yasadan çok, hukuk tekniğine cephe almaktadır. Bu teknik, yasayı, kapsamadığı olaylar için de uygulanabilir kılmaya çalışmaktadır.

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin 17-18 Nisan 2009 tarihinde düzenlediği “Norm Koyma, Hüküm Verme” konulu sempozyumda sunulan bildirinin tam metnidir.

** Prof. Dr. , Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

(1) Immanuel Kant, “Aydınlanma Nedir?” Sorusuna Yanıt (1784), çeviren: Nejat Bozkurt, b.y.: I. Kant, Seçilmiş Yazılar, İstanbul 1984, s.213 vd.

(2) Buradaki açıklamalar için bk. W. Krawietz, Freirechtslehre, b.y.: Historisches Wörterbuch der Philosophie, cilt 2, Darmstadt 1972

Adickes’e göre yasada boşluk durumunda, özne akıl, yargıcı “*serbest hukuk bulmaya*” (freie Rechtsfindung) yöneltmekte, yetkin kılmaktadır.

1907 yılından beri Ernst Fuchs lafız -ya da kurgu hukukçuluğu’na (Buchstaben, Konstruktionsjurisprudenz) karşı hukuk biliminin salt normlar ya da sözler bilimi olmaktan kurtularak bir olgu-, değer bilimine (sach- und wertwissenschaft) dönüşmesini talep etmektedir.

Freirechtsschule sanıldığı gibi aksine yargıcı yasadaki boşluğu koparmak istememekte; hukuksal kararları mantığa ve kurguya sarmalamak yerine, deneyimlenebilir hukuksal olguların ve ilişkilerde duyulan gereksinimlerin olageldiğinden daha çok dikkate alınmasını beklemektedir. Buna göre yargıcın görevi olayın gereklerine uygun hakkaniyetli bir karara ulaşmasıdır.

Yine Ehrlich, Serbest hukuk akımında şu savı yinelemektedir: Hukuk soyut hukuk kurallarından oluşan yetkin, kapalı bir sistem değildir. Aksine tekil kararlardan oluşmaktadır, öyle ki, bununla yargıç, mevcut hukuk normları kendisini terk ettiğinde, özgür bir hukuk bulma yoluyla hukuku zamanın gereksinimlerine uydurmaktadır.

Kantorowicz Serbest Hukuk görüşünün hukukun yöntem kuramının tüm alanını kapsadığını düşünüyor. Hukukun, yeni bir bilgi kuramına, hukukçu etkinliğinin yeni bir psikolojisine dayandığını, bu görüşün hukuktaki uygulama ve kuram bakımından geniş çaplı sonuçlar doğuracağına inanıyor. Ona göre, arzuladıkları hukuk bilimi, yönteminde ve kuramında antidogmatik olacaktır.

Ortodoks teolojiyle bir benzerlik görerek, dogmatik jurisprudentia’nın kendi reformasyonunu kaçırmış bir

hukuk bilimi durumuna düştüğünü, teolojideki reformasyon gibi bunun da kendi yenilenmesini ve değişimini yaşaması gerektiğini de söylüyor. Komşu disiplinlere bakarak jurisprudentia’nın bir yandan psikolojiyle, öte yandan sosyal bilimlerle, özellikle iktisat ve sosyolojiyle birlikte etkileşim içerisinde bulunmalarını savunuyor.

Historisches Wörterbuch der Philosophie’ye “*Freirechtslehre*” konusunu yazan hukuk bilimcisi Werner Krawietz bu akımın iddia edildiği gibi felsefi bilinçten ve temellerden hiç de yoksun bulunmadığını söylüyor.³ Eflatun, Aristoteles, Akino’lu Thomas, Bacon ve Leibniz üzerinden kendi bakışlarını pekâlâ felsefi açılara yerleştirebildiklerini belirtiyor:

Eflatun “*Politikos*”, “*Politeia*”, “*Nomoi*” adlı diyaloglarında Adaletli olan ile yasa; yasa normu ile somut olay arasındaki ilişkiyi tartışmaktadır. Buna göre genel bir norm olarak yasa ilişkin bulunduğu her somut olayda doğru yasa olamayabilir. Bu durumda yargıç yasayı yorumlayıp, uygularken recta ratio ile kendini yönlendirecektir. Eflatun’un düşüncelerini reddeden Aristoteles ise “*Nikomakos’a Etik*” ve “*Retorik*”te insan davranışlarının koşulsuz, tekil bir kesinlikle değil, aksine genel ilkelerle düzenlenebileceğini; yasanın genele yöneldiğini, yalnızca bu genel belirleyişte yerini bulan tekil olaylara uygulanabileceğini söylüyor. Eflatun yasanın doğru çözümü içermediği olaylar karşısında onun eksik bulunduğunu söylerken, Aristoteles için bunun nedeni yaşamın öngörülemezlikten dolayı karmaşıklığında yatmaktadır. Böylelikle isteyerek ya da istemeyerek yaratılan bu boşluklar, bir yasakoyucu tasarlayarak hakkaniyetle doldurulacaktır. Eflatun ise yargı kara-

rını yasanın bu hatası nedeniyle yasaya değil hikmet sahibi kral-yargıca bırakmaktadır.

Serbest Hukuk Okulu’nun giderek unutulmaya yüz tutması, birçok görüşün bugünün hukuk biliminde ve hukuk uygulamasında karşılık bulmasına bağlanmaktadır.

Savigny’nin canones’ini geride bırakan, yasada sözlerden daha çok boşluk bulunduğunu söyleyen bu hukuk düşünürleri, Kıta Avrupası’nın memur yargıcının ve onun kullandığı hukuk tekniğinin, devletin yaptığı hukukun, tüm bunların somut olayda adaletin bulunması bakımından ciddi handikaplar oluşturduğunu bizim önümüze koymaktadır. Bu pencereden çok geniş bir ufka bakmak mümkündür: Génynin saydığı verilerle –gerçeklik verileri, hukuk tarihi verileri, hukukun rasyonel verileri, hukukun ideal verileriyle- de⁴, bir yandan tarihsel hukuk okulunun ilk çıkış noktasından, sosyolojik hukuk görüşüne, bugünün olgunlaşmış biçimiyle bir hukuk sosyolojisine ve nihayet genel bir hukuk realizmine bakışımızı yöneltmemiz olanaklıdır.

Hukuk metodolojisinde bu çizgide elbette Menfaatler İctihadı’ndan geçerek daha inceltirilmiş bir Değerler İctihadı’na dek gelinmektedir.

Bu Ayın başında (3 Nisan 2009) Maltepe Üniversitesi’nde kendisini dinlemek olanağını bulduğum Friedrich Müller de kendi “*Yapılandırıcı Hukuk Kuramı*”nın da, Serbest Hukuk Okulu’nun izlerini başlangıç noktaları olarak taşıdığını, tartışırken, ifade etmişti.

II

Serbest Hukuk, söylediklerinde ve çağrışımalarında, Max Weber’in biçimsel ussallığıyla ayakta duran biçimsel hukuk

devletinin, hukuksal pozitivizmin ve monolojik modernist hukuk yaklaşımlarının kuşkuyla karşılandığı ve çok yakın bir gelecekte bunların iflaslarını öndeyileyen bir protesto hareketiydi. Bu düşüncenin yakın ve uzak anlam alanlarında, yaşayan her ne varsa onun adına ve nihayet Ehrlich’in çok açık ve doğrudan deyişiyle “*Yaşayan Hukuk*” adına ağır bir eleştiriye tabi tutulan kavramcı ve pozitivist bir hukuksal yargı uygulaması ve onun hukuk bilimi teşhir edilmektedir.

Serbest hukukçular, yargıçların yasada ve nihayet hukukta boşluk olmaz şiarınca, bulmak istediklerini önce bunların içerisine yerleştirdikleri bir hukuksal yoruma karşı durduklarını belirtirken, bu yargıçların dahi bir biçimde hukuk yarattıklarını söylüyorlardı. Kavramlar içtihadında, hukuksal pozitivizmde boşluğun reddi böylesine bir safdillliği ya da yerine göre bir ikiyüzlülüğü örtmeye yetmiyordu. Ancak bu tutum ve durum, yargıcın Serbest Hukuk’ta özgürlük içerisinde üstlendiği sorumluluk duygusuna karşıt olarak, keyfiliğin sürüklediği bir sorumsuzluğa ve sorumsuzluğun sürüklediği bir keyfiliğe açılıyordu.

Biliyoruz ki, yasaya bağlı bu yargıcın canones’inin kendi içerisinde bir öncelik sıralaması hiç söz konusu olmamıştır. Savigny, ileri sürdüğü canones’inde dilbilimsel, mantıksal, tarihsel ve sistematik yorum öğelerini yorum yöntemleri olarak sıralamaktaydı. Bugün, serbest hukuktan da çok şey öğrenmiş bir metodolojiden sayılmak üzere; daha gelişmiş biçimiyle K. Larenz yorumun beş ölçütünü şöyle sıralıyor: Normun sözü, yasanın bağlamı, normun düzenlenme amacı, tarihsel yasakoyucunun amaçları ve kural tasarımları, objektif-teleolojik ölçütler ile anayasaya

(3) Ag.y. sütun:1100

(4) Hamide Topçuoğlu, *Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, s. 46 vd, s.52

uyumlu yorum buyruğu... H. J. Wolff’a göre ise, filolojik, mantıksal, sistematik, tarihsel, karşılaştırmalı, jenetik ve teleolojik yorumlarla bir hukuk normu somut olaya uygulanabilmektedir.⁵

Hukukla ve yasayla bağlı yargıcın yorum yöntemlerindeki bu özgürlüğü, tam da serbest hukukçuların biraz önce sözünü ettiğim saptamalarını haklı çıkarır niteliktedir. Yargıçların güya boşluk bulunmayan yasanın veya hukukun gerçekte var olan boşluklarını norm yaratan bir etkinlikte doldururken yöntem özgürlüğünü elden bırakmalarını ramazanda ağzında kayısı ıslatan bekaşının orucuna benzemektedir.

Bugün artık yasada boşluk olacağını kabul ederken bu pozitivist dogmayı hukukta boşluk olmaz biçiminde öteleyerek yargıcın özgürlük bilinciyle hukuk yaratma sorumluluğuna kapıları yeniden kilitlemiş bulunuyoruz.

Yirminci Yüzyılın başında işittiğimiz bu serbest hukuk itirazını aynı kaygılarla bugün yeniden yapıyoruz. Bunun nedenleri üzerine düşünmeliyiz. Eflatun’un yasa’ya karşı duyduğu güvensizlik geçen yüzyılın başında ve sonunda ciddi kaygılarla yeniden duyulduğunda, bakışların yargıca yeniden çevrildiğini; ondan yeni bir yargıç-kral yapılmaya çalışıldığını; onun zihninde yine bağımsız bir recta ratio arandığını; bilim ve uygulamada doğru hukukun bilgisine ulaşmakta, gerçeklik bilimlerinin kazanımlarıyla cesaretlenmiş yeni bir hukuk bilimi ve yargılaması umudunun yeşerdiğini görüyoruz.

Geçen yüzyılın başına değin hukuksal pozitivizmi destekleyen hukuk inancının ve koşullarının ardından gelen zaman aralığında serbest hukuk düşün-

cesini ve türevlerini geçerli kılacak derecede gerçekleşen bir değişimden sonra, bu son yıllara kadar egemen olan demokratik, maddi hukuk devleti inancı ve koşulları da yeniden bir hukuksal pozitivizmi ana hatlarıyla meşru göstermeye yeterli olmuştur.

Bugün bir “postdemokrasi” olgusuyla taşın yeniden aşağıya yuvarlandığı yerde, Sysiphos’un bakışlarını yeniden serbest hukukçuya ve serbest hukuk bilimine yöneltmesini anlayabilmek gerekiyor.

“Post-Democracy” (Oxford 2004) adlı yapının yazarı, Warwick Üniversitesi (İngiltere) Profesörü C.Crouch, bu olguyu şöyle betimliyor:⁶

“Çağdaş demokrasilerde iki gelişme gözlemliyoruz. Postendüstriyel toplumumuzun sosyo-ekonomik alt katmanları, önceki endüstriyel dönemin işçi sınıfının başardığının aksine, kendi menfaatlerini ifade etmek olanağından yoksun bulunuyor. Buna karşın ekonomi elitleri çok açık hedef tasarımlarına ve güçlü bir ideolojiye, yani neo-liberalizme sahipler. Ulusalüstü çalışan sinai birlikler hükümetleri birbirlerine karşı çok yönlendirici işlevi devlet makamlarının herhangi bir katılımı olmaksızın yerine getirirken, bununla büyük bir siyasi güç kullanabilme olanağını da elde ediyorlar. Tüm büyük partilerin küresel girişimlerin menfaatlerine öncelik tanımalarının nedeni budur. Nüfusun çoğunluğunu da oluştursa hiç kimse aşağı sosyal grupların sorunlarına ciddi olarak eğilmek istemiyor. Altaki bu gruplar, menfaatlerini ancak kitle iletişim araçlarının dile getirebildiği mağluplardır. Ama ilginçtir ki, bu medya zaten küresel ekonomi elitlerinin önemli bir

unsurudur. Bu nedenle hem sağ, hem sol parti liderleri sıradan yurttaştan uzaklaşırken, ancak kitle iletişiminin yöntem ve araçlarıyla onlarla bağlantıya geçiyor.(...) Partiler böylelikle üyeleri için devlet içerisinde makam, mevkii sağlamaya yönelik aygıtlara dönüşüyor.”

Crouch’a göre demokrasi yerini artık yeni bir yönetim tarzına “Postdemokrasi”ye bırakıyor. Postdemokraside iktisadi seçkinler kendi medya birlikleriyle egemenlik kurmakta, parlamentonun elinden gücü alınmakta, siyasal partiler de birbirleriyle kolaylıkla değiş tokuş edilebilmektedir.

Hukuk Devleti’nin kilit taşı olan çağdaş yasa kavramından ve insan haklarına dayalı bir hukuk devleti anlayışından ister istemez kopmak zorunda bulunan bu demokrasi sonrası dönemin kendisi için hukuksal pozitivizmi ısrarla talep edebileceğini, ancak yargıcın bu koşullarda bu yöneme sadakatinin, adalete sadakat olamayacağını söylemek gerekiyor.

Bunu çok basit bir nedenle de söylemek mümkündür: Anayasamızdaki yasama normlarıyla, bir yasanın adalete ilişkin inancımızı destekleyecek bir yasama sürecinin işlediğini inandırıcı biçimde ileri sürmek olanaksızdır. Bu normatif yapıyla, biraz önce betimlenen postdemokrasi koşulları bir arada düşünüldüğünde yargıcın işini ve kendisini niçin yasadan bağımsız düşünmesi gerektiğini, yasayı yapanlara karşı kendisinin niçin hukuk yapmak özgürlüğüne ve sorumluluğuna mahkûm edildiğini daha kolay kavrayabiliriz.

III

Tüm bu söylediklerimi suçlamanın, bu sözlerden ürkmek ne denli ve ne uğruna şiddetli ve çok kolay olduğunu biliyorum. Bir hukukçu olarak hak vermek de isterdim. Yargıca kendi kararını

özgürce vermek hakkını tanımının en doğru yol olduğunu düşünüyorum. Yargıcın bir karar otomatı olmadığını, bize vermesi gereken her şeye önce kendisinin sahip olması gerektiğini düşünüyorum.

Yasanın yazıldığı gibi değil, okunduğu gibi olduğunu biliyoruz. Yargıca yasayı kendi gözleriyle okumak hakkını vermeliyiz.

Yasanın yasakoyucudan daha akıllı olduğunu söylerler. Yargıç da yasadan daha akıllıdır. O deyişi böyle tamamlamak gerekir.

Yasaları yorumlarken iki yasakoyucunun akli kazılır. İlki tarihsel olandır. İkincisi ratio juris’i temsil eden yasakoyucudur. Bu yüzden Anayasamızda yargıcın buna uygun bir vicdanına ancak izin verilebilmiştir. Üçüncü bir yasakoyucuyu görmezlikten gelerek bu ikisini anlayabilmek hiç mümkün değildir. O, yargılama yetkisini ve yargıçlık payesini verdiğimiz yurttaştır. Ona güvenerek bu üçünü birlikte algılayabilir, tüm hukuku gerçek ve tüm gerçeklik temellerine oturabiliriz.

Korkulan şey, kendi aklınca serbestçe karar veren yargıcın yanlış karar vereceğidir. Tekil olayda yasayı yanlış uygulayan ya da hiç uygulamayan yargıcın adaletsizliği ile açık ve ağır biçimde adaletsiz bir yasanın tüm yargıçlarca harfiyen uygulanmasının adaletsizliğini adalet terazisinde tartmalıdır. Kendisini özgür kılan yargıç bu sapmayı her zaman, her davada yapmayacağı gibi, yaptığı yerde de bunun sorumluluğunu taşıyacak güce ve bilince sahip olacaktır. Burada Radbruch formülünü anımsatmak isterim. Hukuk güvenliği yargıçlara güvenmekle gelen bir güvencedir. Uğruna adaleti göz ardı ederek kazandığımız bir kalite değildir.

(5) Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt/M 1978, s. 19

(6) *Die Zeit*, 24.4.2008, s 54

Açıktır ki, yargı örgütünün yapısal özellikleriyle mesleğe kabul ve terfi sistemi bir yandan, muhakeme hukukunun yetki, görev ve denetim ilkeleri öte yandan burada söylediklerimin dikkate alınmasını epeyce zorlaştırmaktadır. Ancak her yargıç kendisini buna rağmen aktif bir konuma geçirme çabası gösterebilir, Kant’ın böldüğü aklını bir bütün olarak kullanma niyetini ve cesaretini gösterebilir.

Kantorowicz’in şu sözleriyle bildirimin sonuna geliyorum. Diyor ki: “*Hukukun bu yeni tasarımı doğal hukukun değişik bir biçimde yeniden doğuşu olmaktadır*”, “*Bizim Serbest Hukuk’umuz 20 yüzyılın doğal hukudur. Bizim hukuk felsefemizin*

Pufendorf’unkiyle, Wolff’unkiyle pek az bir ortak noktası vardır”

Biliyoruz ki, bu sözlerin söylendiği zamandan sonra iki büyük dünya savaşı yaşanmış, hukuk ve devlet adına tüm düşünülmüş olanlar yeniden gözden geçirilmişti. Hukuk felsefesinde doğal hukukun güçlü bir dönüşünden, bir “*Rönesans*”ından dahi söz edilmişti. Öyle görünüyor ki, yeni yüzyılın başında Serbest Hukuk, doğal hukukun yeniden dönüşü gibi, hukuk felsefecilerini ve hukuk dogmatikçilerini yeniden meşgul etmeye başlayacaktır.

Serbest Hukuk Kuramcıları gibi düşünmeyenlerin de hukuk üzerine serbestçe düşünmelerini, bunu sıkça yapmalarını diliyorum.

(7) Herman U. Kantorowicz (Gnaeus Flavius), *Die Neue Auffassung vom Recht*, b.y.: *Begriff und Wesen des Rechts*, yayıma hazırlayan: Werner Maihofer, Darmstadt 1973, s. 270 (*Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1906, s. 10-19’dan)