

HUKUKUN TOPLUMSAL FONKSİYONLARI

Prof. Dr. Manfred REHBINDER

Çev. Doç. Dr. Ülker GÜRKAN

I. Giriş : Mutâd Düzen ve Müeyyide Fonksiyonları Ayrımı

Hukukun toplumsal fonksiyonlarının neler olduğu sorunu, hukukun toplum için neleri sağlamakta olduğu demektir.¹ Hukuk esas itibariyle neye hizmet etmektedir? Hukukun toplum içinde yapmak istediği şey nedir? Hukuk kaideleri hangi amaçlar için konur ve uygulanır? Bu soruları cevaplandırmak hukuk sosyolojisinin —hukuk ve toplumsal hayat arasındaki karşılıklı etkileşme biliminin—² yetki alanına girer ve kaideten şöyle cevaplandırılır: Hukuk çatışan menfaatlerin uzlaştırılmasıyla topluluğun korunup geliştirilmesini sağlayan toplumsal bir iktidar aracıdır. Diğer bir deyişle hukuk, sosyolojinin toplumsal kontrol diye nitelediği, her toplumsal bütünleşme sürecinin önemli bir parçasıdır. Böylece hukukun toplumsal fonksiyonu grup bütünleşmesinde mündemiçtir. Nitekim Amerika'lı hukuk sosyologu ve Amerikan Ticaret Kanununun babası Karl N. Llewellyn bundan «topluluğun topluluk halini sağlama ve sürdürme işi»³ diye sözeder ve hukuk sosyolojisinin kurucusu Eugen Ehrlich de «Hukuk herşeyden önce örgütlenme demektir» der.⁴

¹ Aynı görüş için bkz. Werner Maihofer: Die gesellschaftliche Funktion des Rechts, in Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtslehre 1 (1970), sh. 11-36 (25); Erich Fechner: Funktionen des Rechts in der menschlichen-Gesellschaft, a.g.k. sh. 91-105 (92).

² Hukuk sosyolojisinin araştırma alanı hk. daha geniş bilgi için bkz. Manfred Rehbinder: Einführung in die Rechtssoziologie, Frankfurt 1971.

³ Karl N. Llewellyn, Jurisprudence. Realism in Theory and Practise, Chicago 1962, sh. 357.

⁴ Eugen Ehrlich: Recht und Leben, hrsg. von M. Rehbinder, Berlin 1967, sh. 73 Heinrich Henkel de günümüzde hukukun en önemli fonksiyonunun «sosyal hayata sağlam bir biçim ve şekil verme» olarak mütalâa etmektedir. (Einführung in die Rechtsphilosophie, 1964, sh. 27).

Hukukun toplumu örgütlendirmekten ibaret olan asli görevi, mutâd olarak kullanılan araçlara göre iki türe ayrılır ki, bunlardan biri toplumdaki davranışların düzenlenmesi, diğeri de ortaya çıkan anlaşmazlıkların giderilmesidir. Hukuk, hukuka tâbi olanlardan beklenen davranışları önceden belirler, bu takdirde hukukun düzenleyici fonksiyonundan sözedebiliriz. Hukuk davranış normlarına aykırılık hallerine bir tepki olarak tedbirler alırken, toplumsal hayatın normal bir durumunu değil, bilakis bir hastalık halini gözönünde bulundurduğundan, burada da hukukun bütünüleyici fonksiyonundan sözedebiliriz.⁵ Fonksiyonların bu ikiye ayrılışı ayrıca dağıtıcı ve örgütleyici⁶ veya örgütleme ve denetleme fonksiyonu⁷ diye de adlandırılabilir. Hukukî vasıtaların bu ikiye ayrılışı, birinci ve ikinci norm düzeninin temelini teşkil eder, yani Eugen Ehrlich'de gördüğümüz gibi, topluluk üyeleri için davranış normları ve hukuk görevlileri için karar normları.⁸ Davranış normları grup hayatı için örgüt normlarını teşkil eder. Karar normları ise, grup hayatının hukukun ihlâliyle bozulması halinde tezahür eden saf bir koruma hukukundan ibarettir. İsveçli hukuk nazariyecisi Karl Olivecrona'da bu bölünme asli ve tali hukuk kuralları olarak ortaya çıkar: «Asli hukuk kuralları fertler için hak ve görevleri vaz eder. Buna karşılık tali olanlar ise, asli kuralların ihlâlîni hangi müeeyyidelerin izleyeceğini hükme bağlar. Bunlar hâkime belirli bir müeeyyide uygulanmasını karar altına almasını, diğer görevlilere de bu kararı uygulamalarını emreder».⁹ Theodor Geiger de kendi hukuk sosyolojisinde asli davranış normlarını tâlî tepki normlarından ayırt eder.¹⁰ Bu ayırım hukuk malzemesinin hukuk normunun yöneldiği kişiye göre yapıldığı bir ayırımdır.¹¹ Davranış normları tek tek hukuk sùjelerine, tepki normları ise

⁵ Karş. Maihofer (d.n. 1), sh. 27.

⁶ Aynı görüş için bkz. Pitirim A. Sorokin : Organisierte Gruppe (Institution) und Rechtsnormen, in Ernst E. Hirsch-M. Rehbinder (Hrsg.) : Studien und Materielien zur Rechtssoziologie (Aynı bası II Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozial psychologie), Köln 1967, sh. 87-120 (99-101).

⁷ Rüdiger Schott : Die Funktionen des Rechts in primitiven Gesellschaften, in Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 1 (1970), sh. 107-174 (120-155).

⁸ Karş. Manfred Rehbinder : Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich, Berlin 1967, sh. 41-43.

⁹ Karl Olivecrona : Gesetz und Staat, Kopenhagen 1940, sh. 126 f.

¹⁰ Theodor Geiger : Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, Kopenhagen 1947, sh. 100.

¹¹ Yönelinen kişi sorunu için karş. Uwe Krüger : Der Adressat des Rechtsgesetzes, Berlin 1969.

davranış düzeninin ihlâli halinde harekete geçmeleri gereken hukuk görevlilerine yönelmiştir.

Yönelilenler bakımından meseleye bakış, hukukun fonksiyonlarının düzen ve müeyyide fonksiyonları olarak alışlagelmiş ayrımının genişletilmesi ve bunda hukukî gerçekliğin hesaba katılması gereğini açıkça ortaya koymaktadır. Hukuk görevlilerine yönelen normlar, bir hukuk ihlâli vakıasına karşı gösterilecek tepkiyi temsil eden karar normlarından ibaret değildir. Esasen hukuk görevlilerinin sadece bekçi rolünde kalmayıp toplumsal hayatta aktif bir şekilde faaliyet göstermeleri sosyal hukuk devletinin ayırıcı özelliklerinden değil midir? Hukuk normlarının çoğu belirli bir anlaşmazlık halini beklemeksizin, devlet cihazının harekete geçmesini emretmektedir.¹² Şüphesiz bu «sosyal hukuk», hukuk görevlileri bakımından davranış düzenleyici normlar sıfatıyla ele alınıp, düzen fonksiyonuna dahil edilebilirler. Hattâ burada bir davranışın programlaştırılması mantıkî olduğu kadar olağandır da. Ancak tek bir grup üyesinin veya hukuk görevlisinin davranışını düzenlemesine göre hukukun bu toplumsal fonksiyonu belirli bir farklılık gösterir. Bu iki halde tamamen farklı bir düzenleme sorunu ortaya çıkmaktadır. ki, bunları teker teker ele alıp gözden geçireceğiz. Şimdilik şu hususu belirtmek yeterlidir: Nihayet sosyal devletin ortaya çıkmasıyla, hukukun toplumsal fonksiyonlarının alanı genişlemiş bulunmaktadır. Böylece hukukun düzen ve müeyyide fonksiyonlarının yanında bir de hayat şartlarını biçimlendirme dediğimiz bir fonksiyonu daha ortaya çıkmıştır.

Bu yeni biçimlendirme fonksiyonu ile birlikte hukukî malzeme görülmedik bir artış göstermiştir. Asgarî hayat standardı, çalışma şartları, sosyal sigorta, konut hakkı, kısacası toplumsal güvenliği garantileme çabası modern iş hukukundan başlayarak sosyal hukuka, eğitim hakkından halk sağlığına, geniş bir iktisadî hukuk alanından (kartel hukuku, iktisadî hayatı kontrol hukuku, devlet subvansiyon hukuku, meslek hukuku, işletme hukuku v.b.) çevre sağlığına ve diğer bir sürü alana doğru uzanan tamamen yeni bir hukuk türünün ortaya çıkmasına yol açmıştır. Bunu, hukuk dünyası içinde artan bir uzmanlaşma ve bürokratlaşma izlemiştir.¹³

¹² Sosyal devletin hukuku için karşı. Manfred Rehbinder : Status - Kontrakt - Rolle. Wandlungen der Rechtsstruktur auf dem Wege zur offenen Gesellschaft, in Berliner Festschrift für Erns E. Hirsch; Berlin 1968, sh. 141 - 169.

¹³ Daha geniş bilgi için bkz. Manfred Rehbinder : Recht, in: Die moderne Gesellschaft, 1971.

Sayı gittikçe artan hukuk normları bu yeni hukuk dünyasını düzenlemede göre, yetki ve uygulama yeteneğine sahip olmaktadır. Böylece hukuk, hukuk görevlilerini bu duruma göre örgütleme ve faaliyetlerini meşru kılma görevini de yüklenmiş bulunmaktadır. Bu durum, daha sonra göreceğimiz üzere, bütün toplumsal iktidar ilişkilerine de uzanmaktadır.

Nihayet bir kısım hukuk malzemesi, hukuk normu ile hukukî gerçeklik arasındaki sürekli kopuşun, olan ile olması gereken arasındaki uyum gecikmesinin¹⁴ karşılıklı uyumunu sağlama ve denetleme fonksiyonunu üzerine almıştır. Hukuk, ayrıca, hukuk normlarının müessir kılınması, hukukî malzemenin ve hukuk görevlilerinin kendi vazifelerine intibak ettirilmesi fonksiyonuna, kısacası hukukî gözetim fonksiyonuna sahip bulunmaktadır.

Daha sonraki açıklamaların göstereceği üzere, hukukun sosyal devlet içindeki istihalesi, hukukun mutâd olan «düzen» ve «müeyyide» fonksiyonlarına ayrılışının terki ile, fonksiyon alanının genişletilmesini zorunlu kılmıştır. Bu itibarla, daha geniş mülâhazalara zemin teşkil etmek üzere önce Amerikan hukuk sosyolojisi araştırmalarının sonuçlarını ele almak gerekir. Karl N. Llewellyn¹⁵ bunları esas itibarıyla beş fonksiyon olarak incelemektedir. Anlaşmazlıkların giderilmesi, davranışların düzenlenmesi, toplumsal iktidarın örgütlenmesi ve meşrulaştırılması, hayat şartlarının biçimlendirilmesi ve kazai faaliyet.

II. Anlaşmazlıkların Giderilmesi

Llewellyn'de anlaşmazlıkların giderilmesinin hukukun fonksiyonları arasında en başta gelmesi, Anglo-Amerikan hukuk düşüncesinin tipik bir özelliğidir. Case-law sisteminde hâkim, hukuk düşüncesinin merkezinde yer alır. Kodifiye hukuka sahip ülkeler ise münhasıran hâkimden hareket etmezler. Bunlara göre yasama yollarıyla yaratılan hukuk kuralları, büyük ölçüde ve doğrudan doğ-

¹⁴ Aynı görüş için Fritz Werner : Über Tendenzen der Entwicklung von Recht und Gericht in unserer Zeit, Karlsruhe 1965, sh. 6.

¹⁵ Karl N. Llewellyn : The Normative, the Legal, and the Law-jobs : the Problem of Juristic Method, Yale L. J. 49 (1939-40), sh. 1355-1400 (1373-1395); bu çalışmaların iktibası için bkz. Roscoe Pound : Jurisprudence, Vol. II, St. Paul, Minn. 1959, sh. 195-199; özellikle bkz. Julius Stone : Social Dimensions of Law and Justice, Stanford 1966, sh. 648-651. Hukukun fonksiyonları üzerinde Alman doktrininde ne kadar az durulduğunu Georg Dahm açıkça ortaya koymaktadır : Deutsches Recht, 2. Aufl. Stuttgart 1963, sh. 15-20.

ruya hukuka tâbi olanlara yönelmiş olup, bunlar arasındaki ilişkileri kazaî müdahaleden bağımsız olarak düzenlerler. Bir sosyal devlette hukukun büyük bir kısmı devlet organlarının kendi aralarındaki ilişkilerini de düzenlemektedir. Şüphesiz bu durum hukuk devleti kavramının şekli unsurlarına, yani devlet faaliyetlerinin hukukî meşruiyetinin en sonunda mahkemelerde hükme bağlanacağı esasına da uygun düşmektedir. Bu nedenle Llewellyn'in anlaşmazlıkların giderilmesi fonksiyonu hakkında, bir anlaşmazlık halinin hangi hukuk kuramının toplumsal hayatta gerçekten uygulanıp uygulanmadığını gösterecek bir ölçüt teşkil ettiği yolundaki beyanı bizim hukukî düşüncemize de uygun düşmektedir.¹⁶ Hukuk kavramından hareket edildikçe, anlaşmazlıkların giderilmesi öncelik kazanmağa lâyıktır.

Llewellyn anlaşmazlıkların giderilmesi fonksiyonunda (adjustment of trouble-case)¹⁷ hukuk hayatının hastalık halleri demek olan suçları, haksız fiilleri, hukuka aykırı fiilleri veya aşikâr menfaat çatışmalarını teker teker hesaba katar. Ancak bu hastalık halleri çok sık tekrarlanmadıkça veya büyük bir ağırlık teşkil etmedikçe topluluğun çözülmesine her zaman yol açmazlar. Ayrıca burada grup tesanüdü, yani grubun hukuktan gayrı toplumsal düzeninin etkinliği de söz konusudur. Tek başına adam öldürme vakası, kaideten grup hayatının sürekli bir ihlâli demek değildir. Anlaşmazlıkların giderilmesi, grup hayatının korunmasından çok, takviyesine ve kolaylaştırılmasına hizmet eder. Mamafih grup içerisindeki şiddetli gerilimler patlamalara yol açabilir.

Llewellyn anlaşmazlıkları giderici vasıtaları, duruma uygun özel hukukî müesseseler ve kısmen hukukî nitelikteki diğer müesseseler olarak adlandırır ki, adalet mekanizması ve rıza beyanı yolları (seçim, kanun vaz'ı veya kazaî kararlar) yanında yer alan ikna ve müzakere, hukukî muamelelerin in'ikadı, ticarî ve iktisadî hayatta veya politikada ortaya çıkan bunalımların giderilmesini kapsar. Bütün bu faaliyetlerin süratli, sürekli, arızasız ve normal grup yaşantısını pek değiştirmeksizin ve kesintiye uğratmaksızın icra edilmesi ve vakıa tesbitlerine tam bir kesinlikle uygun düşmesi gereğini de belirtir. Ayrıca bulunan çözümleme şekli toplum-

¹⁶ Llewellyn (d.n. 15) sh. 1376 : «It is the trouble-case which tests which are the rules that prevail in lawyers' lives instead of lawyers' legend».

Hukukî ölçü için bkz. M. Rehbinden (d.n. 8), sh. 118.

¹⁷ Karş. d.n. 15, 1375-1376.

¹⁸ Karş. d.n. 3, sh. 359.

sal adalet duygusuyla uyuşmalı, genel iyiliğe hizmet etmeli ve bu iki görüş açısından süratli ve ekonomik bir şekilde gerçekleşmelidir. Öte yandan bir anlaşmazlık durumunun yarattığı sıkıntı sadece anlaşmazlık sebebinin kendisinde değil, daha çok ihlâl vakıasına karşı gösterilen ilk tepkide aranmalıdır. Bununla beraber, Llewellyn'in belirttiği üzere, her anlaşmazlık durumu aynı zamanda yeni hukukî fikirlerin gelişmesinde bir tahrik unsuru gibi rol oynamaktadır. Anlaşmazlıkların giderilmesi sadece hukuka tâbi olanların ilişkilerinde gözetmeleri gereken önceden tesbit edilmiş bir normun belirtilmesiyle değil, çok defa ilerisi için bir tedbir niteliği taşıyacak yeni bir normun vaz edilmesiyle gerçekleşir (un-patterned response).

Anlaşmazlıkların hukuk doğurucu etkisi anlaşmazlık hallerinin, tek yönlü olarak, toplumsal hayatın hastalık hali gibi mütalâa edilmemesi gereğini ortaya koymaktadır. Aksine bunlar normal ve tabii olan bir sınırdaki yer almaktadırlar : «İnsanların birlikte yaşadığı her yerde sürekli bir menfaat çatışması ve dolayısıyla sürekli bir iktidar kavgası vardır. Bu Heraklit'in çok önce gördüğü ve ünlü düsturuyla ifade eylediği üzere, baba ile kralın herşey üzerindeki kavgası, yani toplumsal hayatın yaratıcı ve hâkim faktörüdür» (Ernst E. Hirsch)¹⁹ Hukuk görevlilerinin yeni kararlarını gerektiren yeni iktidar kavgaları olmasa idi, hukukî hayat durgunlaşır ve hukuk yavaş yavaş ölürdü. Anlaşmazlıklar, aynı zamanda, hukuk düzeninin sağlamlık derecesini de gösterir. Hukukî değişimler de anlaşmazlık olmaksızın ortaya çıkamaz. Hukuk canlılığını anlaşmazlıklardan kazanmakta,²⁰ onları kontrol altına almakla da grup bütünlüğünü tehlikeye düşmekten korumaktadır. Yaşayan bir hukuk düzeni ve bu düzenin sağlamlaşması ve gelişmesi yönünden anlaşmazlıkların gerekliliği şu gerçeği ortaya koymuştur ki, hukuk düzeni ancak, nisbî bir anlamda barış düzeni demektir. Bir takım anlaşmazlıklar, meselâ sürekli olarak karşı konulan ve önlenmeğe çalışılan hukuka aykırı şekilde bir adam öldürme vakıası suçluluk ta teşkil etse, Durkheim'dan beri bildiğimiz üzere, normal bir olaydır.²¹ Diğer anlaşmazlıklar, meselâ rekabet hukuku söz konusu olduğunca, sadece kanalize edilir ve yönetilir. Burada hukuk düzeni,

¹⁹ Ernst E. Hirsch : Kontrolle wirtschaftlicher Macht, Bern 1958, sh. 3.

²⁰ Karş. Michael Barkun : Law Without Sanctions. Order in Primitive Societies and the World Community, New Haven 1968, sh. 65.

²¹ Emile Durkheim : Kriminalität als normales Phänomen, in Fritz Sack - Rene König (Hrsg.) : Kriminalsoziologie, Frankfurt/M. 1968, sh. 3-8.

mücadele kurallarının vaz'ı yoluyla çatışmayı kontrol altına alarak barış fonksiyonunu yerine getirmektedir.

Hukuk düzeninin barışı sağlayacağı veya anlaşmazlıkları sınırlayacağı vasıtalar farklı ve kademelidir. Bir davranış normu ihlâl edildikçe, hukuk camiası ya hukuk görevlileri aracılığıyla kendiliğinden ya da norm ihlâline uğrayanın talebi üzerine tepki göstermek zorundadır. Böylece norma uyulacağına inanan kişinin bekleyişinde uğradığı düş kırıklığı, onun bu normun gerçekliğine olan güvenini yitirmesine yol açmaz. Hukukun bu düzenleme fonksiyonu daha yakından (Aşağıda III de) ele alınacaktır. Burada önemli olan husus, hukuk görevlisinin tepki göstermesi, Mehofer'in ifadesiyle, Hegelyanistlerin belirttiği «nef'in nef'i» görevini yüklenmesidir.²² Bu da çeşitli yollarda olabilir. Bir norm ihlâlinin sadece tesbiti, meselâ ceza verilmeksizin suçluluğa hükmetmede veya evliliğe ilişkin meselelerde kusur tesbitinde olduğu gibi, en önemsiz tepkilerden birisidir. Ancak bunu, hukuken öngörülmüş bir müeyyideler (menfi) demeti izler. Bu müeyyideler muhtemel iki fonksiyona sahip olacaktır. Bir defa bunlar söz konusu davranış normuna gelecekte uymasını gerçekleştirmek isteyebilirler ki, bu normları ihlâl eden tek kişiye veya bütüne karşı vaki önleyici fonksiyon ifade eder. Bu takdirde özel veya genel önlemeden söz edebiliriz. Yahut ta bu müeyyideler normun ihlâliyle ortaya çıkan, hukuken himaye edilen bir şey için maddî veya manevî tazminat ödeme sonucunu öngörmüş olabilirler. Bu durumda da bir mukabele fonksiyonuna sahiptirler. Müeyyidenin her iki fonksiyonu, neticede aktif bir müdahale ile bozulan sosyal dengeyi yeniden kuracaktır.

III. Davranışların Düzenlenmesi

Başlangıç noktası itibariyle, tepki fonksiyonundan önce hukukun düzen fonksiyonu yer almaktadır. Bu fonksiyon Llewellyn'de ikinci sırayı işgal etmekte ve grup üyelerinin ilişkilerinin, tavır ve hareketlerinin ve bekleyişlerinin anlaşmazlıkları önleyecek şekilde düzenlenmesi olarak tasvir edilmektedir (chanelling of conduct and expectations).²³ Hukuk, kısaca 'davranışların düzenlenmesi' diye adlandırdığımız, menfaat çatışmalarının ortaya çıktığı veya beklendiği noktada temerküz etmektedir. Böylece hukuk, özellikle arzulan ve sayıca kıt olan şeylerden başlayarak, iktidar ve nüfuz gibi gayri maddî şeylerin dağıtımını da düzenler. Bundan başka

²² Mehofer (d.n. 1) sh. 29.

²³ d.n. 15, sh. 1376-1383.

hukuk, çoğunlukla beraberinde anlaşmazlıkları da getirebileceğinden, toplumsal hayatın akışındaki huzur bozucu durumları önlemegi de istihdaf eder (koruyucu). Az önce söylenenler yaşayan bir düzen aracılığıyla gruplar ve talî gruplardaki hayatın düzenli akışını sağlamak veya korumak için de söz konusudur. Şüphesiz bu sayede bir yandan haksızlık ve çatışma önlenirken (menfi), öte yandan da münferid kişilerin davranışları grup içerisindeki müşterek faaliyete (team-play) uydurulabilir (müsbet). Llewellyn bu alanda iki örneğin çatışma halinde bulunduğu kamusındadır, yani mümkün olan en yüksek derecedeki itaat örneği («discipline» if you like it; «regimentation» if you do not) ile serbest insiyatif alanının müsaade ettiği en geniş hareket serbestisi örneği (large leeways and creative use thereof). Davranışların düzenlenmesinde, her seferinde, hukukla düzenlenen toplumsal faaliyet alanı ile örf-âdet, ahlâk v.b. gibi diğer düzen mekanizmalarına dayanan serbest faaliyet alanı arasında bir sınır çizmek gereklidir. Ayrıca bu alandaki belirli faaliyetler en azından bir hukukî tesbite de tâbi tutulmalıdırlar. Llewellyn hukukun ilişkileri düzenleme aslî fonksiyonunu yerine getirmek için yararlanacağı malzemeyi şöyle sıralar²⁴: Tasvip edilen ve karşı konulmayan tüm normlar karmaşığı; bundan başka, aile veya piyasa gibi belli başlı hukuk dışı müesseseler. Bizimki gibi dinamik toplumlarda büyük çaptaki hareketlilik ile birlikte şu husus ta ortaya çıkar: İlişkilere yeniden yön vermek için, hukuk, grubun veya ferdin değişen hayat şartlarına uyacak yeni bekleyişlerinin ve yeni alışkanlıklarının teşekkülünü sağlama görevini de yüklenme zorunda kalmıştır. Llewellyn bu vakiayı «yeniden kanalize etme» diye nitelendirmektedir. Ayrıca hukuk muhtemel yeni anlaşmazlık sebeplerini de bertaraf edecektir. Söz konusu grup ne kadar karmaşık bir yapıda ise, bu yeni yön verme görevinin uzmanlar tarafından yüklenilmesi, uzmanların bu konuda belirli çalışma metod ve tekniklerini geliştirmeleri de o derece zorunlu olacaktır. Llewellyn'e göre bunlar: Hukuk ve hukukî muameleler uygulaması (akit, vasiyetnâme, şahıs toplulukları için yeni imkânlar, yeni güvencelerin yaratılması, endüstriyel koruyucu hukuk v.b.), ayrıca, özel yeni kanunlar veya yasama benzeri faaliyetler, grup sevk ve idaresinde değişiklikler, hukuktan arî alanda beliren uygulamalar yanında —hukuk dışı ana müesseseler olarak— tüm buluş, tartışma ve intibak vasıtaları.²⁵ Davranış düzenlemesinin müessiriyeti ise, davranış mevzuatının temelinde yatan

²⁴ d.n. 18.

²⁵ Aynı sh.

değer yargılarına bağlıdır. Değerlerin vaz'ına gelince, bu Llewellyn'e göre hukukun dördüncü, yani hayat şartlarını biçimlendirme fonksiyonuna ilişkindir.

Bir davranış düzenlemesine yol açan hukuk normları, bir anlaşmazlığın vukuundan sonra uygulanacak değer normları değil, aksine kendilerinden istenen fiilleri kendi ihtiyarlarıyla yapmayacak olan kişileri psikolojik baskı ile hukukî davranışlarda bulunmağa zorlayan karar normları demektir. Böylece bu davranış normları, onları, kendileri için tehlikeli olabilecek olan diğer davranışlardan men etmiş, hukukî kalıplar içine sokmuş olurlar.²⁶ Bunlar aynı zamanda anlaşmazlıkları önlemek veya sınırlamak için, ferdi ilişkilere ve ferdi bekleyişlere düzen ve yön vermeği de amaç edinmişlerdir.²⁷ Davranış düzenlemesinin amacı ise, hukukî güvenliği sağlamaktır. Davranış normunun hitap ettiği kişiler için hukukî güvenlik, norma uygun faaliyetlerin sağlayacağı davranış güvenliğinde yatmaktadır. Hukuka uygun hareket, tehlikeden uzak olma anlamında bir toplumsal güvenlik demektir. Hukukî muamelelerin tarafları için olan güvenlik ise, bekleyiş güvenliğinde, yani bunlardan herbirinin diğerinin belirli ve dolayısıyla tahmin edilebilir bir davranışta bulunacağına ilişkin inancında; hukuka uygun davranışlara güven duyulması gereğinde ortaya çıkmaktadır.

Hukukun düzenleyici fonksiyonu, yani hukukî güvenlik, adaletin şekli prensipleri olarak dört ana fikir etrafında toplanabilir: mütekabiliyet fikri, süreklilik fikri, rollerin tanımlanması fikri ve menfaatlerin denkleştirilmesi fikri.²⁸ Hukukî etnolojide ve özellikle burada Richard Thurnwald'ın belirttiği üzere, mütekabiliyet fikri, hukukun düzen prensibini, karşılıklı rollerin birbirine geçtiği toplumsal ilişkilerdeki mütekabiliyette görür. Bu da iki şekilde belirir: Kıyas prensibi, yani verilen zararın tazmini ve karşılık prensibi, yani edimlerin karşılıklı olması (do ut des). Karşılık prensibi sadece eşit şartlar altındaki ilişkiler için değil, aynı zamanda eşitsiz şartlardaki ilişkiler için de geçerlidir, zira eşitsizlik

²⁶ Maihofer (d.n. 1), sh. 27.

²⁷ Gerd Spittler: Probleme bei der Durchsetzung sozialer Normen, in Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 1 (1970), sh. 203-225 (210).

²⁸ Burada Schott'un (d.n. 7, sh. 122 v.d.) ilkel hukuk için geliştirdiği, Helmut Schelsky'nin ise (Systemfunktionaler, anthropologischer und personfunktionaler Ansatz der Rechtssoziologie, in Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 1 (1970), sh. 37-89 (69) haklı olarak modern hukukun temeli olarak geliştirdiği fikirlere katılıyorum.

²⁹ Karş. Schott (d.n. 7), sh. 129-131; Schelsky (d.n. 28) sh f.

ve bağımlılık ilişkilerindeki mükellefiyet doğurucu düzenlemelerin nedeni, bu karşılık ilkesinde yatmaktadır: Sadakata karşı koruma (vassallık ilişkilerinde olduğu gibi veya son zamanlarda modern iş ilişkileri için ortaya konulduğu üzere verimliliği arttırmasına karşılık beşerî varlığın korunması).³⁰

Süreklilik fikrinin hukukta ifade ettiği şey, bir faaliyet ve bekleyiş güvenliği olarak hukukî güvenliğe ulaşmanın, toplumsal temaslardaki mütekabiliyet esasının ancak gelecek için de teminata bağlanması halinde mümkün olacaktır. «Hukuk herşeyden önce, geleceği garanti altına almakla görevlidir. Kısacası, insanın toplumsal ilişkilerini biçimlendirmeğe hizmet edecek bir plânlama kudretidir» (H. Schelsky).³¹ Hukukun bu geleceğe ilişkin yönü, hukukun geçmişle —ilkel hukukla veya orta çağ hukukuyla— olan ilişkisinde mündemiçtir.³² Zira hukukun mükellefiyet yükleyici telâkki edilişi, onun eskiliğinden ötürüdür. Bu da geçmişte uzun süre uygulanmış olmanın, sadece uzun ve sürekli bir uygulamanın hukukun doğruluğuna delil teşkil edebileceğini ifade eder. Geçmişteki vakıalar, aynı zamanda geleceğin güvenliğini de pekiştirir.³³ Schelsky geleceğin güvenlik vasıtaları olarak davranış modellerinin müesseseler halinde billurlaşmasını ve üç kuvvetten en önemlisi olan «kaza kuvvetinin», kazaî faaliyet sürecinin ortaya çıkışını ileri sürer. Mamafih hukukî müesseselerin hangi anlamda pozitif hukuk müesseselerinin karşıtı olarak kabul edildiği yeterince açıklanmamıştır. Müessese, ekseriya eşyanın tabiatı veya pozitif hukukun dışında kalan hukuk yaratıcı vakıalar olarak hukuk mantığına uygun bir yapı gibi mütalâa edilmekte, çok defa metafizik spekülasyon sisine bürünmüş bulunmaktadır.³⁴ Diğer taraftan kaza mercii, şüphesiz, hukukun sürekliliğini garantileyen bir vasıta olmakla beraber, özellikle hukukun sürekliliği ana fikrine hizmet etmez; aksine, genel olarak, hukukun burada teker teker ele alınmış olan fonksiyonlarının ifasını garantileyen ve icrasını sağlayan bir vasıtan ibarettir.

³⁰ Herbert Wiedemann: *Das Arbeitsverhältnis als Austausch und Gemeinschaftsverhältnis*, Karlsruhe 1966, sh. 9-25, 35 f. Karşılık prensibi hk. ayrıntılı bilgi için bkz. Sepp: *Betrachtungen zum Remunerationprinzip und seinen Ershneinungen im deutschen Recht*, Tez FU Berlin 1968.

³¹ d. n. 28, sh. 73.

³² Bu görüşün klâsik takdimi için bkz. Fritz Kern: *Recht und Vefassung im Mittelalter* (1919), Tıpkı basım Darmstadt 1969.

³³ Schelsky (d.n. 28), sh. 73.

³⁴ Bkz. *Sammelband: Zur Theorie der Institution*, hrsg. von H. Schelsky, Düsseldorf 1970.

Sosyal devlette hukukun başta gelen bir yapı özelliği olarak kabul ettiğimiz rollerin tanımlanmasında kendisinden hareket edilen ana fikir büyük bir önem taşımaktadır.³⁵ Llewellyn bu alanda ortaya çıkan sorunu, daha önce gördüğümüz gibi, itaat ve sapma örnekleri veya disiplin ve hareket serbestisi alanı arasında bir amaç uyumsuzluğu olarak nitelendirmektedir. Şüphesiz, rollerin yalnız bir tanımlanması veya bu tanımın gerçeğe uygunluğunun yeniden gözden geçirilmesi, toplum üyelerinin karşılıklı veya müşterek faaliyetlerini düzenlemeyi öngörmekte ve bundan dolayı da her hukuk için vazgeçilmez bir unsur ortaya çıkmaktadır.³⁶ Ancak sosyal devlette hukukî malzemenin görülmedik artışı,³⁷ bize, çeşitli rollerin isnad edilmesinin, bu rolleri hamil olan kişiyi nasıl sosyalleştirdiğini ve böylece toplumsal örgütlerin tamamlayıcı bir parçası haline getirdiğini açık bir şekilde göstermiştir. İşte bu açıdan ele alındıkta, hukuk için şu sorun daima ortaya çıkmaktadır: Kişinin bütünlüğü ve otonomisi örgütün hukukî ve toplumsal zorlamalarına karşı nasıl korunacaktır?³⁸ Schelsky burada mahkemelerin aleniyetine ilişkin hukuk normunu açıklayıcı bir örnek olarak göstermektedir. Mahkemelerin aleniyetinin anlamı, kişinin iktidar baskılarına (iktidarın kaza mercilerine müdahalesine) karşı korunması demektir. Ancak, hukukta rol düşüncesi, mahkemelerin aleniyetinin gerçekleşmesini (haberleşme hukuku aracılığıyla) bir örgüte, «örgütlenmiş basına» bırakmıştır ki, bu «kişinin bütünlük ve otonomisini iktidar fillerinden daha da çok tehdit etmektedir.³⁹ Bundan dolayı mahkemelerin aleniyeti prensibinin, celse esnasında radyo yayını, sinema ve televizyon filimlerinin çekimini yasaklayan yeni GVG § 169 F. 2 ile (fakat gene de yetersiz olarak) «yeni den formüle edilmesi» mecburiyeti hasıl olmuştur. Hukukla fertlerin davranışlarına yön verilecekse, aynı zamanda —bu suretle toplumsal hayatta bir bekleyiş güvensizliği alanı yaratılmış olacak bile olsa— her türlü müdahaleye karşı korunmuş ferdî serbesti alanının kazanılmasına dikkat etmek gerekir.⁴⁰ Ferdin toplumsal (totaliter) baskı yönetiminin eline teslim edilmemesi için, sosyal devletin hukuk dünyası bu «korunmuş serbesti alanına» mutlaka sahip olmalıdır.

³⁵ d.n. 12.

³⁶ Schott (d.n. 7), sh. 129.

³⁷ Karş. M. Rehbinder (d.n. 13), sh. 4.

³⁸ Schelsky (d.n. 28), sh. 80 f.

³⁹ a.g.m. sh. 81.

⁴⁰ Schott (d.n. 7) sh. 127.

Nihayet, menfaatlerin denkleştirilmesi ana fikri «hukukun düzenleme fonksiyonunu», kuvvetlinin iradesinin bütünü veya otoriteye tâbi ferdin menfaatleriyle sınırlanmasından ve iki ferdi menfaat arasındaki uzlaşmadan ibaret görmektedir.⁴² Sübjektif hakların tanınması, sosyal veya politik yönden daha zayıf durumda bulunanlar için yeni iktidar imkânlarının yaratılması anlamına gelir. Menfaatlerin hukuk aracılığıyla denkleştirilmesi ise, şekli olarak toplumsal farklılıklarda eşitliğin sağlanması demektir.⁴³

Etdoge Rüdiger Schott, hukukun anlaşmazlıkları giderici ve davranışları düzenleyici fonksiyonların yanında, talî fonksiyonlar adını verdiği, altı ayrı fonksiyon daha ileri sürmektedir.⁴⁴ Gerçekten bunlar kısmen, biraz önce sözünü ettiğimiz iki aslî fonksiyona icra olunabilirler, kısmen de onları aşarlar. Bu fonksiyonların ilki, hukukun eğitici fonksiyonudur. Benimseme, yani hukuk normlarının bilinmesi bir sosyalizasyon vasıtasıdır. Hukuk şuurunun teşekkülü ile kişilik yaratılır ve sosyal kontrol sürecine tâbi kılınır. Böylece, hukukî davranışların öğretilmesi, toplumsal davranışların düzenlenmesinde ve anlaşmazlıkların giderilmesinde birer vasıta olarak belirirler. Görülüyor ki, bu fonksiyon, demin sözünü ettiğimiz fonksiyonlara müncer olmaktadır.

İkinci talî fonksiyonu, Schott, hukukun toplumsal terapi fonksiyonu diye adlandırmaktadır. Hukukî anlaşmazlıklar üzerinde tartışma imkânının sağlanması, hücum ve tecavüzleri azaltır ve grubun birliğini yeniden tesis eder. Bu suretle, grup tedavisi olarak hukuk, hukukun ikinci ana fonksiyonunun, yani anlaşmazlıkların giderilmesinin bir vasıtası haline gelmektedir. Üçüncü talî fonksiyon, kamu oyununun ilgisini çekme fonksiyonudur. Adli faaliyet, kamusal tecessüsü uyandırarak, kamu oyu aracılığıyla kazanın denetlenmesini sağlar. Ayrıca hukuk kuralları ile oyun kuralları arasında belirli bir ilişki kurar.⁴⁵ Hukukî sorunlara karşı duyulan ilginin arzettiği önem, anlaşmazlıkların giderilmesi veya davranışların düzenlenmesini aşmakta, bir halkın hukuk kültürünün işareti sayılır.

⁴¹ Aynı görüş için bkz. Fritz Werner : Wandelt sich die Funktion des Rechts im sozialen Rechtsstaat?, in Festschrift für Leibholz, Bd. 2, Tübingen 1966, sh. 153-166 (162).

⁴² Schott (d.n. 7), sh. 132.

⁴³ Schelsky (d.n. 28), sh. 76-80.

⁴⁴ Schott (d.n. 7), sh. 156-165.

⁴⁵ Karş. Fritz Werner : Sport und Recht, Tübingen 1968 ve Hans Ryffel : Grundprobleme der Rechts- und Staatsphilosophie, Neuwied 1969, sh. 353-355.

maktadır. Bu nedenle kamu oyunun ilgisini çekme fonksiyonu, aşağıda kaza diye nitelendirerek ele alacağımız çok geniş kapsamlı fonksiyona ilişkindir (aşağıda VI ile karşılaştırmız). Schott, bundan sonra gelene, hukukun dinî ve sihrî fonksiyonları adını vermektedir. Dava, bir barışma vakıası olarak mütalâa edilmektedir. Muhakeme usulüne ise, dinî veya sihrî temele dayanan bir «anlaşmazlıkları giderme vasıtası» olarak bırakılmaktadır. Bundan sonra Schott, hukukun iktisadî fonksiyonlarından söz eder. Hukuk iktisadî faaliyetlere bir çerçeve çizmekte, serveti garantileyip çoğaltmakta ve malların mübadelesini düzenliyerek, beşerî varlığın korunmasına belirli bir ölçüde hizmet etmektedir. Böylece, iktisadî fonksiyon, davranış düzenlemesinin amacı olarak bir temel teşkil etmektedir. İktisadî fonksiyon, ticaretin düzenlenmesini de ön görür ve hattâ, daha sonra göreceğimiz gibi, grubun hayat şartlarını da biçimlendirir (aşağıda V ile karşılaştırmız). Nihayet Schott tâli bir fonksiyon olarak hukukun politik fonksiyonunu ele alır. Ona göre hukuk siyasî iktidarın muhafazasına ve kuvvetlendirilmesine hizmet etmektedir. Ancak bu görüş açısından tâli fonksiyon olarak telâkki edilmesi asla mümkün değildir. Bilakis, Llewellyn'in 'toplumsal iktidarın örgütlenmesi ve meşru kılınması' fonksiyonu olarak adlandırdığı hukukun temel fonksiyonlarından birisini teşkil etmektedir.

IV. Toplumsal İktidarın Örgütlenmesi ve Meşru Kılınması

Llewellyn için hukukun üçüncü fonksiyonu otoriter karar verme kudretinin bölüştürülmesi ve münasip usullerin yaratılmasıdır ki, bir kararın ittihazında bu usullere riayet, böyle bir yaratmayı resmî ve bağlayıcı kılmaktadır (allocation and regulation of authority).⁶ Hukuk aynı zamanda çatışmalarda, şüpheli durumlarda veya toplumsal bir yeniliğin yarattığı gerginlik halinde karar verecek mercii de tayin eder. Bu sırada, sözü geçen merci, kararının bağlayıcı (meşru) sayılabilmesi için, iradesinin teşkil ve izharında belirli kurallara uymak zorundadır. Llewellyn buna 'sözlerin ve onların söyleyiş tarzlarının tertibi işi' der (job of arranging the say and its saying). Burada söz konusu olan sübjektif hakların bahşılması değil, yetki ve usul kurallarının, yani iktidar vasıtalarının temini ve bu vasıtaların sınırlandırılmasıdır. Hukukun özü değil, aksine iktidar cihazını kimlerin kullanacağı ve bunun usulü tayin edilecektir. Burada açıkça esas teşkilât söz konusu olmakta-

⁶ Llewellyn (d.n. 15), sh. 1383-1387.

dır. Şu kadar ki, sadece toplumun teşkilâtı değil, aksine her grubun veya talî grubun esas teşkilâtı, yani ancak belirli usuller daire-sinde istimâl edilebilecek olan iktidarın paylaşılması sorunu ele alınmaktadır. Devlet hayatının da gösterdiği veçhile, burada kişisel takdirler, gayri resmî grup ilişkileri veya bir grup içinde de-facto kumandayı belirleyen gayri resmî iktidar örgütü gibi hukuk dışı vakıalar da rol oynamaktadır.

Bazen toplumsal iktidarın örgütlenmesi ve meşrulaştırılması fonksiyonu, daha önce saydığımız fonksiyonlarla tedahül etmektedir. Nitekim Llewellyn, çatışmanın cebir cihazı aracılığıyla her giderilişinin hukuk personelinin yetki kurallarına uygun bir davranışı anlamına geldiğini söyler. Ancak esas teşkilât sorunlarının düzenlenmesinde, en geniş anlamda hukukun kendine özgü bir fonksiyonunun varlığının kabul edilmemesi, hukuk gerçekliğinin esaslı bir surette daraltılması demek olacaktır. Yetki ve usul kurallarının özel bir meşru kılma fonksiyonu vardır.⁴⁷ İktidar, işte bu yolla hukukileşir, iktidarı elinde bulunduran da meşru bir otoriteye sahibi olur. Ortaya böyle kendine özgü bir esas teşkilât hukuku çıkınca, sosyal devlette hukukî malzemenin artışıyla, gitgide ayrıntılı ve esaslı bir hukukî düzenlemeye ihtiyaç gösteren uzmanlaşma ve bürokratlaşmanın husule geldiği gözden kaçırılmamalıdır.⁴⁸ Günümüzde hukukun büyük bir kısmı, aynı zamanda, hukuk dünyasının iç yapısını düzenlemeyi ve meşru kılma aracılığıyla aynı hukuka tâbi olanlar nezdindeki fiilî müessiriyetini gerçekleştirme fonksiyonuna da sahip bulunmaktadır. Bu özel bir anlamda 'hukuk devleti'nin hukukudur. Fakat, bunun da ötesinde, hukuk genel bir şekilde toplumsal iktidarı da düzenlemektedir. Bu konuda işletmelerin esas teşkilâtını düzenleyen kurallar üzerinde biraz düşünmek yeterlidir.

V. Hayat Şartlarının Biçimlendirilmesi

Llewellyn hukukun dördüncü fonksiyonunu, grubun örgütlenmesi ve düzenlenmesi aracılığıyla olumlu ve grubu bütünleyici bir faaliyete yol açmasından ibaret görür (net organization so as to unleash incentive).⁴⁹ Yalnız cezalar ve yasaklar değil, bilakis bazı imtiyazların ve hukuken korunan hürriyetlerin bahşolunması da, ferdin ve grubun menfaatlerini gerçekleştiren bir faaliyete yol aç-

⁴⁷ Ekz. Niklas Luhmann : Legitimation durch Vervahren, Neuwied 1969.

⁴⁸ Karş. M. Rehbinder (d.n. 13).

⁴⁹ Llewellyn (d.n. 15), sh. 1387-1391.

tığı ölçüde, grup hayatının olumlu bir şekilde etkilenmesi amacıyla kullanılabilirler. Grup bütünlüğü yalnız baskıyla değil, olumlu faaliyetlerle de gerçekleştirilebilir. Bunu sağlayacak hukuk normları denetleyici değil, biçimlendirici niteliktedirler. Amaçları geleneklerin muhafazası değil, bilakis yaratıcı teşebbüsleri teşvik etmektir.⁵⁰ Demek oluyor ki, hukuk hayat şartlarını biçimlendirebilen ve böylece, şimdiye kadar açıklanan fonksiyonların olumluya yönelmiş, bütünü kapsayan ve fakat ancak dolaylı vasıtalarla kavranabilecek bir açıdan görülmesi olarak belirmektedir.

Meselâ grup bütünlüğü verimi yükseltmek ve buna bağlı olarak, kazanılmış serbest zamanı artırmak amacıyla, iş saatlerinin azaltılması ve çalışma şartlarının iyileştirilmesi yoluyla da gerçekleştirilebilir. Bu suretle grup içindeki gerilimler önlenmiş olur. Buna karşılık, vergilerin yükseltilmesi, şahsî teşebbüsleri felce uğratmak suretiyle, çözülmeye yol açabilir. Hukuk, aynı zamanda, grubu harekete geçirebilir ve —çoğunlukla duygusallığı yoğunlaştıran semboller aracılığıyla— onun gelecekteki amaçlarını da tayin edebilir (ideolojik fonksiyon). Ancak bu, hiç şüphesiz, sadece gerçekleşmesi mümkün bir fonksiyon olup, varlığı zarurî değildir. Şu kadar ki, hukuk bu fonksiyonu ifa etmez ise, hareketlilik politik programlar, ideolojiler veya ahlâk gibi diğer kültür tezahürleri tarafından sağlanır.

Llewellyn tarafından hukukun dördüncü fonksiyonu olarak açıklanan hususu, 'hayat şartlarının biçimlendirilmesi' diye ifade ediyorsam, bu her türlü tereddütten uzak olarak, adı geçen fonksiyonu terkip eden iki unsuru dile getirmek içindir: Yani muhteva itibariyle sosyal plânlama ve şekil itibariyle grup üyelerinin davranışlarına sadece dolaylı yoldan etkili olan bazı tedbirlerle grup hareketliliğinin teşviki. Daha başlangıçta işaret edilmişti ki, burjuva toplumundaki ferdiyetçi hukuk günümüzdeki sosyal hukuka dönüştüğünde, sosyal devlete geçiş ile birlikte sosyal plânlama fonksiyonu bilhassa önem kazanmıştır.⁵¹ Liberal - şekli hukuk düzenine bütün vatandaşlara eşit şekilde bahşolunmuş ferdi otonomi —bir bekçi devlette olduğu gibi sınırsız bir şekilde bahşedildi-

⁵⁰ Julius Stone (d.n. 15, sh. 469 f.) Llewellyn'i yanlış anlamış gözükmektedir, zira hayat şartlarının biçimlendirilmesi fonksiyonunu gereksiz bir şekilde, grup aktivitesini sağlayan özel bir fonksiyon olarak ayırmaktadır.

⁵¹ Karşılaştırmamız M. Rehbinder d.n. 12, sh. 153-169 ve d.n. 13; ayrıca Luis Legas y Lacambra: Die Funktion des Rechts in der modernen Gesellschaft, in ARSP 41 (1954), sh. 165-180.

ği takdirde— hukukun yardımıyla fiili eşitsizliklerin çoğalmasına sebep olur. Zira hukukî gerçeklikte akit serbestisi, toplumsal bakımdan kuvvetli olanların elinde, toplumsal bakımdan zayıf olanlara nazaran oldukça farklı bir şeyi ifade etmektedir. Akit şartların serbest bir şekilde tartışma imkânı yalnız varlıklılara ait bulunmaktadır.; hiçbir şeye sahip olmayanlara ise, bu şartların empoze edildiği görülmektedir. Demek ki, serbestçe tayin yetkisi, fiiliyatta, ancak aynı toplumsal tabakaya mensup olanlar arasında mümkündür. Bu süreçte fiili eşitsizlikler kazaî faaliyeti yürüten meslek erbabı hukukçuların sınıf şuuruna (mantalite) sahip olmaları nedeniyle daha da kuvvetlenmektedir (sınıfsal adalete yönetilen tankid.⁵² Şüphesiz iktidar ve itibarın farklı bir tarzda dağıtılmış olması, her toplumsal hayatın temel özelliklerinden birini teşkil etmektedir. Belli bir ölçüdeki toplumsal eşitsizlik —doğuştan ileri gelen eşitsizlikler bir yana bırakılacak olursa— canlı ve yaratıcı bir toplumun şartı olarak kabul edilebilir. Ancak bu fiili eşitsizliklerin toplumsal eşitlik ideali ile anlamlı bir dengeye ulaştırılması gerekmektedir. İşte bu amaçla toplumsal hayatın serbestçe akışına müdahale zorunluluğu, Gustav Radbruch'un ustalık bir şekilde tasvir ettiği üzere— hukukta ferdiyetçilikten sosyalleşmeğe geçişe yol açmıştır.⁵³ Hukukun büyük bir kısmı, artık, beşerî varlığın devletçe korunmasının bir ifadesinden ibaret olmuştur. Menşei itibarıyla burjuva toplumun varlıklı, bağımsız, aydın vatandaş örneğine ve bu yüzden belirli bir toplumsal tabakaya göre yapılmış bulunan hukuk, gittikçe bütün toplumsal tabakalar için fonksiyon ifa eder bir hale gelmektedir.

Hukuk düzeninde sosyal devlet düşüncesinin bu suretle gerçekleşmesi, şekli anlamdaki hukukî eşitliği maddî bakımdan hak eşitliğine, başlangıç şartlarında eşitliğe yahut fırsat eşitliğine dönüştürmüştür. Artık hukuk, dinamik bekleyiş fırsatlarının tesbiti aracılığıyla bir sosyal güvenlik fonksiyonu kazanmış, Martin Drath'ın belirttiği üzere, «Hukuk toplumsal barış fonksiyonu artık sadece ihkaki önlemek veya onun yerine kaim olmaktan çıkarak, herşeyden önce, başkalarının ihmale uğraması, hattâ baskı altına alınması pahasına, bir takım kimselerin ihtiyaçlarını tatmin eden toplumsal fırsat ve vasıtaların sağlanmasını ifade eder olmuş-

⁵² Aynı konuda karşı René König : Das Recht im Zusammenhang der sozialen Normensysteme, in Hirsch-Rehbinder (d.n. 6), sh. 36-53 (52).

⁵³ Gustav Radbruch : Vom individualistischen zum sozialen Recht, in Hanseatische Rechts - und Gerichts - Zeitschrift 13 (1930), sh. 458-468.

tur».⁵⁴ Hukuk düzeni artık şeklen fakirlere, köprü altında geceleyenlere ve zenginlere (Anatol France) aynı hakkı bahşetmemektedir. Aksine onlar arasında, toplumsal durumlarına göre bir ayırım yapmaktadır (meselâ sosyal hukukta ifa talepleri, kira hukukunda toplumsal amaç güden hükümler, iş hukukunda feshi ihbar müessesesi, taksitle ödemeye ilişkin mevzuat v.b. gibi). Hukukun toplumsal rollere (muhtaç durumda bulunanlar, toplumsal yönden zayıf durumdaki kiracı veya işçi gibi) göre bu farklılaşması, aynı şekilde toplumsal rollere göre hukukî durumların bahşettiği haklarla farklılaşmış sınıfsal toplumun statü hukukundan tamamen ayrılmaktadır. Sınıfsal toplumda, serbest iktisap yoluyla değil de «doğuş»la (imtiyaz hukuku) kazanıldığı için, statünün değişmesinin nadiren mümkün olmasına karşılık, üretime dayanan toplumda ferdi insiyatiflerin sonucu olan daha büyük bir toplumsal hareketlilik hüküm sürmektedir. Günümüzün sosyal hukuku ferdi edalarla daha müsait hukukî durumların iktisabı hürriyetini ortadan kaldırmaksızın, fertlerin varlığını koruyup sürdürmede belli bir toplumsal güvenlik bahşetme çarelerini aramaktadır. Böylece hukuk, sosyal planlamayı cebirle değil, maddî hürriyeti koruyarak gerçekleştirmektedir.

VI. Kaza Faaliyeti

Llewellyn hukukun beşinci ve sonuncu fonksiyonu olarak kaza fonksiyonunu ele alıp inceler (Juristic Method).⁵⁵ Fakat bu, onun hukukun bütün fonksiyonlarının bunlardan ibaret olduğunu kabul ettiği anlamına gelmez. Nitekim hukukun diğer fonksiyonlarından biri olarak, meselâ, grubun korunmasından da söz etmektedir.⁵⁶ Ancak burada incelediğimiz beş fonksiyon (law-jobs), onun için en önemli olanlardır.

Kaza faaliyetinde söz konusu olan, hukukun fonksiyonlarını ifa edebilmesi için belirli bir tekniğin inşası ve istimâli ile hukukî malzemenin ele alınışındaki meslekî beceridir (ways of handling legal tool to law-jobs ends). Llewellyn'in özel bir ağırlık verdiği hukuk san'atı, hukukun fonksiyonları sadece doğru veya kötü olarak değil, amaca uygun ve dolayısıyla estetik bakımdan güzel bir

⁵⁴ Martin Drath: Über eine kohärente sozio-kulturelle Theorie des Staats und des Rechts, in Festschrift für Leibholtz, Bd. 1, Tübingen 1966, sh. 35-80 (63).

⁵⁵ Llewellyn (d.n. 3), sh. 1392-1395.

⁵⁶ Llewellyn (d.n. 3), sh. 200 Anm. J.

şekilde ifa edildiği takdirde, uzmanlar ve hukuk görevlileri tarafından gerçek bir san'at haline getirilebilir.⁵⁷ Yani kazaî faaliyet aslında, hukukun müstakil bir fonksiyonu değildir. Aksine, hukukun diğer fonksiyonlarını ifa etmesine yardımcı olmaktadır. Bu itibarla, yalnız aslı vasıflarıyla hukuk normlarını değil, parlâmentolar, mahkemeler, resmî merciler, hapisaneler, polis teşkilâtı, üniversiteler, kütüphaneler v.b. gibi çeşitli hukukî müesseselerin de dahil olduğu, hukuken önemli kültür fenomenlerinin tamamını kapsar. Hukuk normları, hukuka düşen görevleri ifa için, hukuk görevlilerinin kullandıkları aletlerdir. Bu aletler ne kadar kötü ise, san'atçı yeni hünerlerin geliştirilmesinde o derece yaratıcı olmak ve «kazaî buluşlar» yapmak zorunda kalacaktır.⁵⁸ Bunlar genel bir kabul ve tasvip gördükleri takdirde, bir süre sonra hukuk normları alanına, hukukî teçhizata dahil olacak, böylece bu gelişme süreci yeni hukukî pratiklerin bulunması suretiyle sürüp gidecektir.

Hukuk malzemesi ne kadar karmaşık, ne kadar eskimiş veya toplumsal hayata ne kadar az uygun ise, diğer bir deyişle, toplum hukukî çerçeveyi ne kadar çabuk aşıyor, hukuk normları dünyası gerisinde ne kadar geniş bir kültür boşluğu (cultural lag) bırakıyor ise, kazaî faaliyete, yani iyi bir kaza san'atına duyulan ihtiyaç o kadar fazla olacaktır. Hukuk görevlileri, hukukî malzemeyi —reform kanunları veya hukukun geliştirilmesi yollarıyla— toplumsal ihtiyaçlara uydurmayı başaramazlarsa, hukuk çok geçmeden tehlikeli bir rekabete maruz kalacaktır. Hukukçulardan ve onların tekelerinden sıyrılıp kaçabilmek için tahkim, grev, huzur bozucu gösteriler ve diğer davranışlar, hattâ bizzat devrimler ortaya çıkacaklardır (process of keeping men from «going to law»). Böyle olunca, ferdi menfaatler bütünü aleyhine gerçekleşebileceklerinden, bu gelişme grubun bekasını tehlikeli bir şekilde etkileyebilecektir. Llewellyn, kazaî metod (juristic method) ile hukuk tekniği (legal method) arasındaki farkı işte burada görür. Hukuk tekniği, ona göre, avukatların veya geniş anlamda menfaat temsilcilerinin aleti mesabesinde. Avukat aletini ne kadar mükemmel ve ustalıkla bir şekilde kullanırsa kullansın, sadece müşterisine yardım amacına hizmet edecek ve sadece onun menfaatini göz önünde bu-

⁵⁷ Llewellyn a.g.e. sh 196 : «The foundation of any legal esthetics is service to function».

⁵⁸ Hans Döle : Juristische Entdeckungen, Tübingen 1958.

lunduracaktır.⁵⁹ Buna karşılık kazaî faaliyet daha fazla bir şeyi ifade etmekte olup, her hadiseyi toplum menfaatini sağlayacak şekilde çözümlenme ve hukukî mekanizmayı bütünün ihtiyaçlarına uydurma tekniğinden ibarettir.

Görülüyor ki, Llewellyn'e göre kazaî faaliyet hukuk normlarının, hukukun fonksiyonlarına uygun olarak müessir bir hale gelmesini sağlayacak surette, sanatkârane bir uygulanmasını bundan da ötede hukuk normları ile toplumsal ihtiyaçlar arasındaki ilişkinin tenkidî bir görüş açısından incelenmesini ve hukuk ile hayatın birbirine uydurulmasını da kapsamaktadır. Ancak bütün bunlar sosyolojik hukuk biliminin, tatbiki bir hukuk sosyolojisinin görevini teşkil etmektedir. Yani hukuk normlarının hukuk görevlileri tarafından sosyolojik, daha doğrusu hukukun toplumsal fonksiyonlarına yönelmiş surette vaz, uygulama ve gerçekleştirilmesidir.⁶⁰ Nitekim Sosyolojik Hukuk Biliminin Amerika'lı kurucusu Roscoe Pound, okulunun araştırma programına: Yasama görevi için yardımcı olacak sosyolojik araştırmaların yapılmasının, hukuk kaidelerini müessir kılacak vasıtaların araştırılmasının, hukukun toplumsal gerçekliğe uygunluğunu sistematik bir şekilde gözetecek bir Kazaî Faaliyet Bakanlığının kurulmasının dahil olduğunu açıklamıştır.⁶¹ Hukukçular arasında kanun yapma ve hukuku uygulama faaliyeti bakımından yapılan işbölümüne uygun olarak, Sosyolojik Hukuk Bilimi ve dolayısıyla kazaî faaliyet te iki kısma bölünmüştür. Hukuk normlarının mümkün olan müessiriyeti sağlayacak surette ve kanun koyucunun amaçlarına uygun olarak, yahut kazaî buluşlar aracılığıyla bir hukuk gelişmesi yaratacak tarzda sosyolojik açıdan uygulanması ve gerçekleştirilmesi, aslında hukuk dogmatığının 'sosyolojik yorum metodu'ndan ibaret olan teleolojik yorumun görevidir.⁶² Bu yorum halen, hukuk uygulamasında değilse de, hukuk bilminde açıkça tercih edilmektedir. Hukukun müessiriyetini sağlama amacıyla hukuk normlarının top-

⁵⁹ Llewellyn, avukatı «Hukukî gözetim organı» olarak görmez. Fiiliyatta § 1 Bundesrechtsanwaltordnung (Federal Avukatlık Nizamnamesi) tamamen bir hayaldir.

⁶⁰ Bilgi teorisinin hukuk sosyolojisinden ve Sosyolojik Hukuk Biliminden farkı için bkz. Manfred Rehbinder: Die Rechtstatsachenforschung im Schnittpunkt von Rechtssoziologie und soziologischer Jurisprudenz, in Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 1 (1970), sh. 333-59 (339-42).

⁶¹ M. Rehbinder: Roscoe Pound (1870-1964), in Juristenzeitung 1965, sh. 482-484 (484).

⁶² Karş. Rehbinder (d.n. 60), sh. 353.

lumsal temellere dayandırılması veya amaçlarının ve vasıtasının yeniden formüle edilmesi, günümüzde Tecrübi Hukuk Nazariyesi adı altında savunulan (Experimental Jurisprudence) hukuk politikası akımının görevini teşkil etmektedir.⁶³ Bu akımın kurucusu Frederick K. Beutel «tecrübi» deyiminden şu hareket tarzını anlamaktadır: Önce, hukuka yön verecek toplumsal olaylar araştırılmalı, sonra toplumsal sorunu çözümlenecek bir norm vaz edilmiştir. Bunu takiben, söz konusu normun toplumsal hayattaki etkisi tesbit edilmelidir. Sonra, toplumsal hayatın bu normla ilgili tepkisinin sebeplerini açıklayan bir varsayım teşkil edilmelidir. Nihayet bu varsayım, benzer sorunlara teşmil edilmek suretiyle hukukî bir kanuniyet kazanacaktır. İlgili normun tamamen veya kısmen etkisiz kalması halinde, yeni bir kanun vaz olunacak ve süreç tekrarlanacaktır. Fakat pek muhtemelen, hemen veya daha sonraki bir zamanda girişilecek müteaddit tecrübelerden sonra, ulaşılmak istenen toplumsal amaçların erişilmez olduğu ortaya çıkacak ve diğer bazı amaçlar uğruna bunlardan sarfi nazar edilecektir.⁶⁴

VII. Özet

Hukukun toplumsal fonksiyonları şöyle özetlenebilir: Hukuk kendisine tabî olanlar arasındaki toplumsal bütünlüğü

1. Anlaşmazlıkları gidererek (Tepki fonksiyonu),
2. Davranışları düzenliyerek (Düzen fonksiyonu),
3. Toplumsal iktidarı örgütleyip meşru kılarak (Esas teşkilât fonksiyonu),
4. Hayat şartlarını biçimlendirerek (Plânlama fonksiyonu) ve
5. Kazâî faaliyetle (Gözetim fonksiyonu) pekiştirir.

Bu sayım tam ve kesin olmamakla beraber kaba taslak bir tasnif için yeterlidir. Ayrıca günümüzdeki hukukun artık geleneksel «düzen ve barışı koruma» fonksiyonlarının ifasıyla yetinmediğini de göstermektedir. Hukuk toplumsal iktidarın örgütlenmesini ve meşrû kılınmasını da gerçekleştirmekte, böylece bir sosyal plânlama, toplumsal gelişmeyi sağlama ve denetleme vasıtası olmaktadır.

⁶³ Esaslı bilgi için bkz. Frederick K. Beutel: Experimentelle Rechtswissenschaft, Berlin 1971.

⁶⁴ Tecrübi Hukuk Bilimi için karşı. M. Rehbinder (d.n. 60), sh. 23.

dır. Bu durum yalnız sosyal hukuk devletinin Batı'daki örneğine özgü olmayıp, sosyalist hukuk sistemleri için de geçerlidir. Nitekim, bunu en iyi şekilde açıklayan şey, hukuk biliminin bu ülkelerde altmış-yetmiş yıldan beri 'sosyal mühendislik' diye nitelenen Sosyolojik Hukuk Bilimi düşüncesinin başarılı bir almancaştırılmasını ifade edecek surette tavsif edilmekte oluşudur. Sosyalist ülkeler için hukuk bilimi, bir «sevk ve idare» bilimidir.

Bu makale, hukukun toplumsal fonksiyonlarının nelerden ibaret olduğu sorusunu, günümüzdeki bütün modern hukuk sistemleri için geçerli olan şekli kriterlerin yardımıyla inceleyerek cevaplandırmağa çalışmıştır. Fakat muhteva kriterlerine göre bir inceleme yapılacak olursa, her hukuk sistemini, hattâ her münferit hukuk düzenini ayrı ayrı ele almak gerekir.