

HUKUKSAL USLAMLAMA VE HUKUK MANTIĞI*

Prof. Ch. PERELMAN
Brüksel Üniversitesi

Çev: Ar. Gör. Tuğba BALLIGİL

Hukuksal uslamlama ile, doğrudan ya da dolaylı, en geniş anlamda, yasa'nın uygulanmasına ilişkin her türden uslamlamayı kastediyorsak, bunlar bize en yetkin örnekleri sağlayan mahkemelerin, yargı organlarının görüşleri, kararlarıdır. Bu açıdan öğretisel yayınlar ve bir dâva sırasında tarafların savunmaları, rolleri, salt hukuka en uygun kararı araştırmasında yargıç'ı aydınlatmak ve etkilemek olan adalete yardımcı ögeler olarak düşünülmemelidirler. Bunlar gerçekten yargıca, hem bir kanıya varma ve hem de kararını gerekçelendirme olanağı veren olgu ve hukuk ögeleri sağlamak zorundadırlar.

Pek doğaldır ki, öğreti yalnızca yargıcı değil, aynı zamanda yeni bir yasa koyma ya da mevcut yasalarda bir değişiklik yapmayı telkîn etmekle yasa koyucuyu da ilgilendirebilir, ona da seslenebilir. Fakat bu halde, *de lege ferenda* uslamlama, zorunlu olarak hukuksal çerçeveyi aşacak ve siyasal nitelikteki kanıtlara başvurmak durumunda kalacaktır. Hukuksal uslamlamada, yasanın bir yorumunun seçimini

(*) Bu çeviri, Ch. PERELMAN'ın «Raisonnement juridique et Logique juridique», Archives de Philosophie du Droit, Tome: XI, 1966'daki makalesinden yapılmıştır.

haklı kılacak sonuçlar değerlendirilirken bu tür kanıtlara başvurmanın reddedilemediğine, dışta bırakılmadığına da ayrıca değinelim.

Tam anlamıyla hukuksal bir uslamamanın varlığı, hukuk öğrenimi görenlerin hiçbirince yadsınmaz; ama mantıkçıların çoğu bir hukuk mantığının varlığını yadsımaktadır. Gerçekten, bunlar şunu ileri sürerler; şayet mantık, biçimselleştirilmiş bir tümdengelim kurallarını hazırlayan ve tahlil eden biçimsel mantık ile bir tutulur, özdeşleşirse —ve bu biçimsel mantığın konusu, herhangi bir disiplin tarafından sağlanmış olabilir—, bu halde, nasıl ki bir mantıksal tasım'ın terimleri kimya ya da biyolojiden alıntılındığında kimyasal ya da biyolojik mantıktan söz edilemezse, bu tasım terimleri hukuktan alıntılındığında da hukuk mantığından söz etmenin haklı bir yanı olamaz.

Açıktır ki, hukuksal önermeler çoğunlukla «mezundur», «yasaktır», «zorunludur» gibi, yakın geçmişte Finlandiyalı mantıkçı ve filozof H. von Wright'ın öncülüğünde hazırlanmış ve «deontik mantık» denilen yeni bir biçimsel mantık dalınca biçimlendirilmiş ve çözümlenmiş olan kavramları içerirler¹. Bu konuda kaydedelim ki, deontik mantık özellikle hukuksal hiçbir şeye sahip değildir; zira onun bize sunduğu ve deontik işaretlerin bazı olabilecek kullanımları hakkında bizi aydınlatan çözümlenmeler ve biçimselleştirmeler, sadece hukuksal önermelere değil, buyurucu ögeler içeren tüm önermelere uygulanırlar.

Hukuk mantığı kavramı, bana ancak, ispatlayıcı kanıt kuramını hazırlayan biçimsel bir mantığın yanında, kanıt getirme çalışmasına özgü, yani bir tez'i desteklemeğe, ya da

1) Bkz. G.H. von WRIGHT, «Deontik Mantık», Mind, n.s., v. 60 (1951), s. 1 - 15 ve Norm and Action, Routledge and Kegan Paul, Londra, 1963. Fransızca'da Bkz. G. KALINOWSKI, «Deontik mantık ve hukuk mantığı», Etudes philosophiques, 1965, 2, s. 157 - 167, yine aynı yazarın, «Hukuk mantığına giriş», Paris, Sirey, 1965.

onunla savaşımağa gelen, bir kararı eleştirme ve haklı gösterme olanağını veren uslamlamaların bütününe irdelenmesine özgü biçimsel olmayan bir mantığın varlığı kabul edildiği takdirde, çok özel kesin bir anlamda kullanılabilir gibi gelmektedir. Hukuk mantığı, hukukta özgül kanıtlamaları, yüzyıllar boyu öğretilmiş oldukları biçimde «topique juridique (hukuksal kanıt bulma san'atı)» adı altında inceleyecekti².

Önce (apaçık sezgilere önemli bir pay ayıran) Descartes'ci, sonra (özellikle biçimselleştirilmiş hesapların incelenmesine bağlanan) Leibniz'ci, bilimci bir gelenek içinde yer alan çağdaş biçimsel mantığın gelişmeleri ispatlayıcı, yani zorlayıcı kanıt'a yabancı bütün kanıtlama yollarını mantığın dışına çıkarttırmış, uzaklaştırtmıştır. Böylece modern mantık, Aristo'nun **diyalektik** dediği ve bir fikri desteklemeye gelen veya ona karşı koyan bütün delilleri, kanıtları unutarak onun **analitik** diye nitelediği delillerin incelenmesiyle yetinir. Kanıtlamadan çıkan bu sonuncular, gerçekte güçlü ya da zayıftırlar; ama hiçbir zaman ne zorlayıcı ve ne de nesnelidirlen. Gerçekten, biçimsel olarak doğru, çıkarsama (bir önermeden başka bir önerme çıkarma) kurallarına uygun bir delil karşısında, eğer öncüllerin doğruluğu tartışma konusu değilse, yapılacak tek şey, varılan sonuç önünde saygı ile eğilmektir. Buna karşılık, kanıtlayıcı delil hiçbir zaman karşıt yönde kanıt getirmeyi dışta bırakmaz. Birine inandırıcı gözükün bir delil, bir başkasını inandıramayabilir. Şu halde bu ayırımlar karşısında, uyumsuzlukları bilmek ve çözmekte yetkili olan ve kararları kendini kabul ettiren yargıçlar atamak zorunludur, kaçınılmazdır.

Bir aritmetik probleminin çözülmesi amaçlandığında hiçkimse, doğru yanıtı vermeğe yetkili matematikçiyi saptayıp göstermeyi düşünmez; çünkü bu konuda anlaşmazlık olacağı hemen hiç düşünülmez. Şu örnek Descartes'in **Regulae'**

2) Bu geleneğin yeniden doğuşu için bakınız Th. VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*, München, Beck, 3 ncü bası, 1965.

lerde³ yazdığı matematik modelden esinlenmiştir: «Ne zaman iki insan aynı şey üzerine birbirine zıt bir yargıda bulunsa, ikisinden birinin yanıldığı kesindir. Dahası, onların hiçbirisi hakikatı bilmez, ona sahip değildir; zira, ikisinden biri açık ve seçik bir görüşe sahip olsa idi, bunu hasmına gösterebilecek, öyle ki bu tartışma, hasmın inancını, kanısını değiştirmesiyle sonuçlanacaktı». Fakat aynı şekilde, hiçbir hukukçu, tezlerinin açıklığından emin değildir ve hukuk alanında görüşler çoğunlukla karşıtlıklarını üstesinden gelinemez biçimde sürdürüp gitmektedirler. Bunun nedeni, hukuksal savların, tezlerin sadece ispatlayıcı delillere değil, aynı zamanda gücü ve doğruluğu, yerindeliği, çeşitli biçimlerde değerlendirilebilen kanıtlara da dayanmalarındadır. O halde, uyuşmazlıkları çözmek üzere yetkili bir otoriteye başvurulması kaçınılmaz biçimde ortaya çıkmaktadır.

Hukuksal uslamlama bütünü ile ispat edici tipte bir uslamlamaya indirgenebilse idi, bu durum hiçbir biçimde anlaşılmayacaktı. Oysaki, hukukda ispat denilen şey, bir kanıtlama'dan başka bir şey değildir ve hukuk mantığı, hukuksal metne özgü, biçimsel olmayanı kanıtlayıcı şemalar incelemesini içerir.

İspat'ın nesnel ve giderek mekanik biçimde denetlenebilir olmasına karşın, her kanıtlama, sözcü tarafından savunulan tezlere katılmasını sağlamak zorunda olduğu, inandırmağa ya da kandırmağa çalıştığı bir dinleyici kitlesini ilgilendirir, ona seslenir. Bu dinleyici kitlesini tanımak, onun benimsediği varsayılan ve geliştirilmesi istenen kanıtlamada öncüllerden yararlanabilecek tezlerin hangileri olduğunu bilmek çok önemlidir. Üstelik bu tezlerin tatmin edici bir yoğunlukla kabul edilmiş olmaları ve kanıtlamanın ağırlığını kayıpsız, zararsız yüklenmeleri gereklidir. Bunun dışında, bu tezler dinleyici tarafından terkedilmiş olmak tehlikesiyle karşıkarşıya bulunurlar ve onlara bağlanan her kanıtlama, duvara iyi çakılmamış bir çiviye asılmış bir tablo gibi düşüp kırılabilir.

3) DESCARTES, «Aklın yönetimi için kurallar», II, Eserleri, XI, s. 205 - 206, V. Cousin çevirisi, Paris, 1826.

İsteddiği tez'e katılmada seçme özgürlüğüne sahip bir dinleyici kitlesi söz konusu olduğunda, sözcü hem bu dinleyici kitlesinin düşünce ve inançları konusunda bilgi edinmek, hem de bunları düşünmek durumundadır. Fakat, bir hukuksal uslamlamaya katılan tüm bu kimseler, belirli bir hukuk sistemi içinde düşünüyor diye kabul edildikleri için, adetâ, bu sistemde benimsenmiş olan tezlerle bağılıdırlar. Yargıca başvuran sözcüler, sisteme mal edilmiş ve yargıcın yasanın ihlâlinden kendini sorumlu kılmaksızın reddedemediği tüm temel kurallara ve usûl kurallarına dayanabilirler. Üstelik bu kurallara bağılı olaraktır ki, yargıç kendisi, kararını, hukuka uygun bir hüküm verdiği olay hakkında, kendi akranlarının, kendi üstlerinin onayını ve hukukçuların fikrini alacak biçimde açıklamak, gerekçelendirmek durumunda kalacaktır. Ama biliyoruz ki, kimsenin ne yadsımayı ne de kendine göre yorumlamayı aklından geçirdiği hukuk kuralları yanında, her hukuk sistemi, oldukça belirsizlik ögelerini içerir, yargıca hayli özgürlük verir ve olguların saptanması konusunda yargıcın kişisel kanısına öylesine bağılıdır ki, yargıcın kişiliği, dâvanın gelişiminde ve sonucunda kimi zaman sınırlı, kimi zaman kesin her zaman bir rol oynar. Sonuçta uslamlamanın inandırması gereken yargıç olduğu, bu uslamlama nesnel bir ispat olmadığı, ancak başarısı, verimi dinleyici kitlesi üzerinde yarattığı etkiye bağılı bulunduğu için, yargıçların yan tutmasına karşı korunmak önemli ve gereklidir. Bunların hem dâvanın tarafları, hem de söz konusu dâva ile ilgili olarak kabul edilen tutuma göre seçilmiş olmamaları gerekir. Bu nedenle, sorunu hangi yargıcın çözümleyecek olduğunun önceden bilinmesine ve demokratik bir rejimde olağanüstü yarıya başvurulmasının yasaklanmağa çalışılmasına dikkat edilir. Yargıçlar iş işten geçtikten sonra atandıkları zaman, bir ağır ceza jürisindeki gibi, taraflardan herbiri, savunduğu dâva bakımından kendisine uygun gözükmeyen kişileri reddetme hakkına sahiptir.

Hukuk düzenine ilişkin her uyuşmazlıkta, uslamlama konusunda ve usûl sorunlarından bağımsız olarak, üç görünümü düşünmek uygun olur: Olguların ispatı, onların nitelen-

mesi ve yürürlükteki hukuk sistemini göz önünde bulundurarak bunlardan çıkarılan yasal sonuçlar.

Olguların ispatı, bazan serbest ve bazan da saptanmıştır. Fakat, bu konuda ciddi bir karışıklıktan, yanılgıdan kaçınalım. Olguların ispatı serbesttir dediğimiz zaman, bu sadece **yargıcın** onlar hakkındaki kanısını serbestçe oluşturabilmesini değil, aynı zamanda oturum dışında sağlayabileceği, elde edebileceği ve tartışmalı bir incelemeye tâbi tutulamayacak bilgileri göz önünde bulundurmasının yasak olduğunu da deyimler. Ancak, taraflar için delil hiçbir zaman tamamen serbest değildir.

Demek oluyor ki, bazı olguların ispatı kabul edilebilir değildir. Yargıç, «varlığı dâvanın sonucunu hiçbir bakımdan etkilemeyecek, dâva ile ilgisiz olguların ve örneğin bir iftira'nın söz konusu olduğu ve özel kişilerin onurunu korumak açısından ispatına izin verilmeyen olgulara kanıt gösterilmesini reddedebilir. Kesin bir yasal karinenin karşıt olduğu olguların ispatı da kabul edilemez, hükmedilen şeyin kıymeti gibi... Yargıç, zaman aşımına uğramış bazı olguların ispatını da kabul etmeyecektir. Bu birkaç örnek, üstün bir toplumsal yarar düşüncesinin, «objektif doğruluğun» saptanmasına nasıl karşı koyabildiğini göstermektedir⁴.

Ancak, ispatı kabul edilebilir olan ve ne apaçık ortada, ne kabul edilmiş, ne de varsayılmış olan olguları kanıtlamaktan başka yapacak bir şey yoktur.

Olguların ispatının tüm yargısal tekniği, ancak karine kavramından yola çıkarak anlaşılır. Varsayılan olguların ispatlanmış, tanıtlanmış olması gerekmez. Demek oluyor ki, hukukumuzda sanık, aksi kanıtlanıncaya değin masum sayılır ve bu ispat yükü de suçlayana aittir. Aynı şekilde, mevcut bir durumu değiştirmek, bu durumun hukuka aykırı olduğu-

4) Ch. PERELMAN, «Hukuksal uslamlama», Etudes philosophiques, 1965, 2, s. 135.

nu ispatlamak da dâvacının işidir. Dâvalı inkâr etmekle, reddetmekle yetinebilir. Ancak, savunması için birşeyi kanıt, dayanak olarak gösterirse, ileri sürdüğünü ispat ile yükümlüdür.

Kaydedelim ki, «az çok eşit sayılan bireyler arasındaki medenî ilikiler söz konusu olduğunda normal ve hakkaniyetli gibi görünen ispat yükünün bu bölüşümü, bir birey ile, çoğu kez ispatlayıcı belgelerin tek zilyedi olan bir idare arasındaki ilişkiler söz konusu olduğunda böyle görünmez. Bu nedendir ki, idare hukukunda, yargıç idareye bir mes'eleye ilişkin her türlü belgeyi sunmasını buyurabilir, hattâ kendi aleyhine olabilecek delilleri bile getirmesi gerekse durum böyledir»⁵.

Olguların ispatının serbest olduğu söylendiği ve sadece yargıcın kanısını oluşturmağa yöneldiği, bunu amaçladığı zaman, biraz önce işaret ettiğimiz koşullara uyması gereken uslamlamanın özellikle hukuksal hiçbir yanı bulunmayacaktır. Fakat, böylece yerleşik olguların nitelendirilmesi söz konusu olduğunda, yani bu olgulardan yasaca öngörülen sonuçları çıkarmak üzere, onları yasal bir kategoriye sokmak gerektiğinde, yargıç, bir takdir yetkisine sahiptir; zira nitelendirme, ancak pek ender olarak, nitelendirilmesi istenen şeyin salt objektif nitelikleriyle belirlenir. Çoğu kez, yargıç nitelendirmesini haklı göstermek için, yasa koyucunun niyetinden ve kararından doğacak yasal sonuçların değerlendirilmesinden, takdirinden esinlenir.

Eğer bir tüzük ilâçların reçetesiz satılmasının yasak olduğunu öngörüyorsa, yargısal karar ilâcı ancak farmasötik bir ürün olarak, bu ürünün serbest satışının sonuçlarının bir değerlendirilmesini göz önünde bulundurarak niteleyecektir. Hattâ bazan, istenen bir sonucu elde etmek için yargıç, bir varsayım'a yani olguların tersi olan, ancak, yasanın terimlerini değiştirmeksizin sonuca ulaşmak açısından sahip olduğu

5) Ch. PERELMAN, ibid., s. 135 - 136.

biricik teknik olan bir nitelendirmeye başvurmak zorunda kalacaktır. Böyle bir varsayımı gezgin yargıç, medeni yasa'nın başlangıçta Roma vatandaşlarıyla sınırlı uygulanışını yabancı ülkelere de yaymak üzere, Roma'da kullanmıştır. Böylece, ağır ceza dâvalarında sanığın aklanmasını isteyen jüri'nin, «sanık, bu kişinin ölümüne kasten neden olmaktan suçlu mudur?» yolundaki soruyu, olumsuz olarak ve kuşkusuz söz konusu sorunun tersine yanıtladığı olur. Hukuksal uslamamanın en belirgin özelliği olan olgu ve hukukun iç içe geçmesi, en açık biçimde nitelendirme sorunları dolayısıyla ortaya çıkar⁶. 1 Mayıs günü kortejde bir kırmızı bayrağın izlenmesi eylemi yasaya göre cezalandırılabiliriyorsa, suçun koşulları, kortejin söz konusu günde pembe ya da leylâk rengi bir bayrağı izlemiş olması halinde gerçekleşmiş olur mu? Açıkça görülmektedir ki, nitelendirme sadece tartışma konusu olmayan bir olgular betimlemesine değil, aynı zamanda yargıcın yasayı yorumlayacağı biçime de bağlı olacaktır.

Bu konuda yineleyelim ki, hukuk mantığının özgül sorunları, bir öncüller bütününden mantıksal olarak doğan sonuçların çıkarılması amaçlandığında değil, fakat bizzat bu öncüllerin, onların doğru sonucu hukuk normlarına bağlanarak düzenlenmesi söz konusu olduğunda kendilerini ortaya koyarlar. Bu tür sorunlar, geleneksel olarak, yasanın yorumuna bağlı kabul edilir. Açıkça ileri sürülebilir ki, yorum sorunlarının mantığa yabancı olduğu ve mantığın biçimsel mantık ile özdeş kılınması halinde, kuşkusuz haklı olunacaktır. Ama hukuk mantığı, hukuksal uslamamada özgül olarak var olanı incelemekle görevli ise, uslamamanın biçimsel görünümünün irdelenmesiyle yetinemez; çünkü onun asıl işlevi, kanıtlamayı bir hukuksal bağlam içinde gözler önüne serildiği gibi çözümlenektir.

Hukuk mantığının klâsik uslamama yöntemlerini **a pari** (benzer kanıt), **a contrario** (karşıtıyla), **a fortiori** (öncelikle), **ab absurdo** (saçma ile), **ab inutili sensu** (yararsız anlamdan hareketle), **a maiori ad minus** (büyükten küçüğe doğru),

6) Olgular ve Hukuk, Mantık Araştırmaları Ulusal Merkezi Çalışmaları, Brüksel, 1961.

vs. ele alalım⁷. Bunların hepsi yasanın yorumu ile ilgilidir ve yargıç da bu kanıtlardan biri ya da diğeri sayesinde yorumunu haklı gösterebilecektir. İşaret edelim ki, bu kanıtlar hiçbir zaman zıt yönde bir kanıtlamanın kendilerine karşıt olabileceği kadar zorlayıcı değildir; yargıcın kararı, tartışmayı bitirmek için kaçınılmazdır. Bu karar, hukuk mantığına ilişkin yolların hangileri olduğunu göstermesi gereken bir uslamlamanın yardımıyla haklı gösterilecek, gerekçelendirilecektir; yargı, yargıcın uyması gereken hukuk sistemine bağlıdır. Bu gerekçelendirme hem üstün gelmiş görünen kanıtları verecek, hem de böylece yargıcın savunduğu teze karşıt iddia ve itirazların çürütülmesini sağlayacaktır.

Ayrıca kaydedelim ki, hukuksal çatışkıların⁸ ve yasa boşluklarının yol açtığı sorunların incelenmesi, çağdaş bir hukuk sisteminin kapalı bir sistem olmadığını, yargıcın kararlarını gerekçelendirmek üzere, yasal hiçbir metinde açıkça bulunmayan genel prensiplere başvurabildiğini, aynı zamanda, önceden verilmiş yargısal kararlara geniş bir yer ayırırken ve kendi yargısının, gelecekte aynı nitelikteki bütün durumlar için bir örnek oluşturabileceğini bilerek, teleolojik (ereksel) uslamlamalara, analogi yolu ile uslamlamalara da gidebildiğini göstermektedir.

Bir sistem çerçevesinde bir kararın rasyonalitesini anlamağa çalışanların tümünün tahlil edecekleri mahkeme kararlarının, onları pratik bir uslamlama modeli olarak kabul etme olanağı veren bir sistem içinde yayınlandıkları ve onunla bütünleştikleri olgusu ve bir özel koşullar bütünü işte bu olmaktadır. Yargısal uslamlama ve onu tahlil eden hukuk mantığı, böylece aklın eylemdeki rolünü daha iyi kavramak için değerli modeller sağlarlar⁹.

7) Krş. GREGOROWICZ, «A maiori ad minus kanıt ve hukuk mantığı sorunu», *Logique et analyse*, 1962, s. 66 - 75.

8) Hukukta çatışkılar, Mantık Araştırmaları Ulusal Merkezi Çalışmaları, Brüksel, 1965.

9) Krş. Ch. PERELMAN, «Hukuk üzerine düşünmenin felsefeye getirebildiği şey», *Archives de Philosophie du Droit*, 1962, *Justice et Raison*'da aynı görüş zikredilmiştir, Presses Universitaires de Bruxelles, 1963. s. 244 - 255.

YASA VE ÖZGÜRLÜK*

Henri BATIFFOL

Paris Hukuk ve İktisadî Bilimler Fakültesi
Profesörü

Çev.: Ar. Gör. Tuğba Ballıgil

Paris II'nin 1978 - 1979 yılı Hukuk Felsefesi Seminer Programı'na alınmış olan yasa kavramının irdelenmesi, kuşkusuz eski bir karşıtlığın, yasa ile özgürlük arasındaki karşıtlığın incelenmesini gerektiriyordu. Gerçi geçen yüzyılda olduğu gibi, hukukî ve siyasî düşünce içinde artık ilk plânda yer almamakla bu karşıtlığın bir ölçüde aşıldığı görülebilir; ancak onun belleklerdeki yadsınmaz varlığı, sorunun sürüp gitmekte olduğuna işaretler ve yasa kavramını özgürlük gibi açıkça ortaya koyup tartışma konusu yapmaktadır¹.

Bu sorun en çok Hukuk Felsefesi'ni ilgilendirir ve siyasal öğretiler tarihi'nin tanık olduğu üzere, yüzyıllardır sürüp giden tartışmaların konusu olmuştur. Burada, yaşadığımız hukuk üzerine düşünmenin soruna katkısı önerilmekle yetinilecektir: Yakında son bulacağı benzemeyen bir fikirler çatışmasının incelenmesinde bazı ana noktaların ortaya konulması söz konusudur, zira bu çatışmanın kökleri derindedir.

(*) Bu çeviri, Henri Batiffol, «La loi et la liberté», Archives de philosophie du droit, Paris 1980, Tome: 25, p. 79 - 88'den yapılmıştır.

1) Bu kısa açıklama, 1978 Ekim'inde Montréal Mc Gill Üniversitesi'nde, (düzenleyicilerine incelikli ve uyumlu çalışmalarından ötürü burada tekrar teşekkür ediyoruz). Wainright Lectures Serisi içinde verilmiş bir konferansın özetini ele almaktadır.

Sorunun bir ölçüde aşılmış olduğu iddiası açıklığa kavuşturulmalıdır. Sorun, XIX uncu yüzyıla ait gözükebilir. Çağın büyük savaşmaları, özgürlükçüler ile «tutucular»ı karşı karşıya getirmiştir; birinciler özgürlükten yana idiler, ikinciler ise otoriteyi, yani yasaı savunuyorlardı. XX nci yüzyılda sorun, eşitlik ve özgürlük arasındaki karşıtlık sorunu haline gelir: Pekçok başkalarının izlediği büyük ülkeler, yurttaşların fiilî eşitliğini gerçekleştirmeyi düşünürler. Dünyanın bir başka bölümü, özgürlüğü araştırmayı önerir ve bunun öteki grup Devletler'de bastırıldığını, gizlendiğini öne sürer. Kuşkusuz geçen yüzyılın sorunları, bazı Devletler'de varlığını sürdürmektedir, ancak yeni sorun hem yüzyılımızın ve hem de geleceğin sorunu olarak özellik arz etmektedir: Bu da, birçoklarının araştırdığı geleceğe yönelik çabalar içinde hukukun konumu, yönelimidir.

Geçmişin derinliğinde olanı yeniden bulup ortaya çıkaran yeni sorun'a daha yakından bakmak, yasa ile özgürlüğün ilişkilerini ve karşıtlıklarını bilmek gerekir.

Sosyalist denilen ülkelerde eşitliği elde etmeğe çalışmanın yollarından, başlıcası değilse de, biri, katı bir eşitliğin kurulmasıdır. Sosyalist eşitlik düşüncesine yurttaşlar, görevli memurlar ve yargıçlar'ca tam, kesin biçimde saygı gösterilmesi, Marksist Öğreti'ye göre, Devlet'in ve hukukun «zayıflayıp çökeceği» gelecekteki komünizm için sosyalist toplum kuruluşunda vazgeçilmez bir yoldur.

Bununla birlikte sistemin istediği eşitliğin gerçekleştirilmesi o denli kolay gözükmemektedir. Yasakoyucunun ve mahkemelerin, eşitsizlikleri sürdüren ya da yeniden canlandıran birçok etmen'e karşı sürekli çabası, bireysel etkinliğin kendiliğindenliğinin yasanın savaşım verdiği eşitsizliklere yol açtığını düşündürmektedir: Bu, yasa ile özgürlük arasındaki ilişkilerin farklı bir bağlamda yeniden gündeme gelmesi demektir.

Sorun ayrıca, özgürlükçü denilen demokrasilerde de gö-

rülmektedir. Eşitsizliklerin varlığı, burada hiçbir zaman bilinmez değildir; bu demokrasilerin tümü, özgürlüğü, özellikle özel girişimciliği bastırmakla suçlanıp eleştirilen, değişik düzeylerde, «toplumcu eğilimli» denilen yasal düzenlemelere sahiptirler.

Devletin kuşkusuz, yasa yolu ile bireysel özgürlüğe müdahale etmekten başka yolları vardır, ancak burada hukukî yol ile yetinilmektedir.

Oysa ki yasa, geleneksel olarak, özgürlüğü korumaktan önce koruyucu, koruyan diye de kabul edilir, ona koruyucu gözü ile bakılır. O halde yasa ve özgürlük arasındaki bağlantılarla ilgili bir sorun vardır.

Yasa terimi - belirtelim ki - burada, hükûmet'ce, yasama ya da yargı erki'nce olsun, bu sonuncu, uygulamada yasa metinlerini belirlemek, tamamlamak, giderek uygulamak üzere, hukuk önermelerini açıklamakla görevli kılındığı ölçüde, genel olarak konulmuş kurallar anlamında anlaşılır. Yargıcın hukuk yaratma yetkisinden söz eden daha önce tartışılmış bu terminoloji sorununda ısrar etmeksizin, yalnızca onun mevcut inceleme açısından elverişliliği, uygunluğu kaydedilecektir.

Söz konusu sorun, halen de yaygın olan ve görünürde çok basit gözükken bir çözüm biçimini kabul etmiştir; bu da yasa ile özgürlüğün temel karşıtlığıdır: Yasanın buyurduğu yerde artık özgürlük yoktur, özgürlük, genelde her tür davranış kuralı olarak yasa'nın bulunmaması, yokluğudur.

Konu geçen yüzyılda geçerlidir; ancak hâlâ sıklıkla varsayılmakta ya da üstü örtülü bir biçimde dile getirilmektedir. Bu kısa açıklamanın çerçevesini aşacak tarihsel bir araştırmaya girişmeden, konunun kökleşmesindeki derinliği kaydetmek için, sadece konunun daha önce Hobbes'da ve daha sonra diğerlerinde ortaya çıktığını anımsatmakla yetinelim.

Ele alınan sorun, yasa ile özgürlük arasındaki ilişkilere ait olup, onların birlikte var oluşlarını açıklamak ve bu birlikteliği düzenlemeye girişmek olarak kabul edildiğinde takınılan tutum, savaşım hakkında nasıl bir yargıya varılacağı bilinmeksizin, öğelerinden birinin ötekini saf dışı bıraktığı bir seçme işleminden ibaret bulunmaktadır. Sorun reddedilmekte, yadsınmaktadır.

XIX uncu yüzyılın deneyimi, saf ve basit karşıtlık olgusunun başarısızlığını kaydetmeğe açıkça olanak vermiştir. Bu saptama, çağın siyasal felsefesi özellikle özgürlükçü bireyciliği övdüğü, bunu öğütlediği ölçüde açıklık kazanmıştır. Hükümet yanlıları bile totaliter değildiler; güçlü ve sözünü dinletir, fakat az müdahale edecek bir hükümet istiyorlardı; bu daha önceleri Hobbes'un düşüncesi idi; o, despotlukların önerdikleri ya da daha sonraları içerdikleri gibi, insanın tümü ile topluma yani Devlete, uygulamada, onu, insanın bizzat toplumsal bir varlık olduğu bahanesinden hareketle, dilediğince kullanan parti'ye bağlı olduğunu ileri sürmüyordu².

İnanış, geçen yüzyıldakinin tersine, toplumun insan için var olduğu, yoksa insanın toplum için değil düşüncesinde temellenmektedir. Bonnecase'in deyimiyle, «çağın başlıca ve kesin gerçekliği şudur ki, hukuk insan için var olmakla, hukukun özü, bireyin korunmasıdır»³.

Oysa ki insan, görünürde başka hiçbir canlı varlıkta rastlanmayan en yüce, en soylu özelliği olan özgürlük ile belirginleşir. Bu ayrıca, insanın tanrılaştırılmalarının genellikle izlediği yoldur. Özgürlük, kısaca anımsatmanın yeterli olduğu gibi, Rönesans'ın bireyciliğinden sonra, özgürlükçü İngiliz geleneğiyle, özellikle Rousseau'daki Aydınlanma Felsefesiyle, Amerikan ve Fransız Devrimleriyle, Kant'dan başla-

2) Tartışılan bu sorun içinde, bu tutum için bkz. R. CAPITANT, *Hobbes et l'Etat totalitaire*, A.P.D., 1936, 1-2, p. 36; krş. VERDROSS, *Abendländische Rechtsphilosophie*, 1958, p. 110.

3) *La pensée juridique française*, p. 517.

yarak Alman felsefi idealizmiyle yüceltilmiş, ülküselleştirilmiştir.

Aslında tutucular bu konuda daha kararsız olsalar da, geçen yüzyılın hukukçularına egemen olan öğretisi, toplum, dolayısıyla hukukun, ilk ve son görevinin insana, özgürlüğü içinde saygı göstertmek olduğudur. Hattâ bu görev, Anglo - Amerikan Analitik Okulu'nun birçok yorumcu ya da yandaşlarında olduğu gibi, başlangıç bildirimleri ya da genel bildirimlerin konusu değilken, yorumlar arasında altta gizlidir ve Kant'a dayanarak, giderek Hegel'e ve onun «özgür irade» nin deyişimi olan hukuk anlayışına dayanarak Almanya'da Savigny ve Pandekt hukukçular'ca açıklıkla ifade edilmiştir⁴.

Hukukçular böylece siyasal liberalizmin içgüdüsel hareketine ulaşmaktadırlar ki, bununla Devlet, özgürlüğe yer bırakmak için olabildiğince az karışacak; böylece bireysel girişimciliği, insanî niteliklerin gelişmesi ve ekonomik kalkınmanın, refahın ilk etmeni olarak destekleyip koruyacaktır. Bununla ekonomik liberalizm yeniden bulunur: Bırakınız yap-sınlar, bırakınız geçsinler; işin özü, önemli olan bireysel etkinliktir.

Şu halde herşey, yasanın özgürlüğün zıddı olduğu sonucuna götürmektedir. Bentham'dan sonra Austin, «yasa, buyruktur» kesin yargısına varır⁵. O, başlangıçta sanayi devriminden söz ediyordu; fakat 1891'de, bu devrimin etkileri hukukî sorunlar üzerinde yaygın bir biçimde kendini gösterince, Fransız Medenî Hukukçusu Beudant, «Bireysel Hak ve Devlet» adlı karakteristik kitapta, yasanın kaçınılmaz, gerekli bir zarar, bir kötülük olduğu görüşünü genel olarak dile getiriyordu⁶. Bentham, sanayi devriminden önce daha az radikal: «Bu, biraz haciz, el koyma türünden bir zarardır» di-

4) Bkz. H. BATIFFOL, Problèmes de base de philosophie du droit, 1979, p. 46 et s., 362 et s., et les références.

5) «Laws properly so called are a species of commands», The province of jurisprudence determined, I, p. 182.

6) Bkz. p. 148.

yordu⁷. Fakat XIX uncu yüzyıl ancak, salt hukuki konuda görüş belirtilen bir araç mı olacaktı?⁸

Ne olursa olsun, yasa niçin bir zarar, bir kötülüktür? Hiç kuşku yok, özgürlüğe karşı, onun zıddı olduğu için bu böyledir. Ancak bu zarar neye gereklidir? Öğreti, çıkış noktasına aykırı düşünceler olmasa bile, buna yanıt vermemektedir.

Gerçekten de o, yasanın özgürlüğe saygı göstertmeyi amaçladığı ve müdahalesinin özgürlüğün varlık olanağını ortadan kaldırdığı görüşünden yola çıkar! Çatışkı, uyuşmazlık en azından can sıkıcıdır.

Açıklama denemeleri, gerçek sorunlar ortaya koymuştur. Söz konusu olan denilmiştir, gerçek özgürlüğe yani başkasının özgürlüğüne saygılı olan özgürlüğe saygı göstertmektedir. Kant'ın hukuka göstermiş olduğu «özgürlüklerin bağdaştırılması» hedefi, genel olarak geçen yüzyılda hukuk felsefesinin son sözü olmuştur.

O zaman, özgürlük kavramı, özgürlük idesi üzerinde anlaşmak gereklidir. Onda bir doğru ve bir yanlış varsa, herhangi bir şeyi yapma erkinden ibaret değilse, bu takdirde o, artık basit bir dış zorlamanın yokluğu, özellikle daha önce Hobbes'da, sınırlı özgürlük olarak görüldüğü gibi, yasal bir dış zorlamanın yokluğunun deyimidir⁹.

Sanayi devrimi, ekonomik ve toplumsal sonuçlarıyla, benzer bir sistemin uygulanılmazlığını göstermek görevini üstlenmiştir. Özgürlükçü bireycilik, zayıf olanı güçlünün in-

7) Bkz. J. Walter JONES, Historical introduction to the theory of law, 1940. p. 94.

8) P. CATALA, «Les transformations du patrimoine dans le droit civil moderne», Revue trimestrielle de droit civil, 1966, p. 214.

9) Bkz. Leviathan, I, XIV, R. POLIN'den naklen, Politique et philosophie chez Thomas Hobbes, p. 185.

safına terk ediyordu; bunun aşırı biçimde kötüye kullanıldığı durumlar, konuya artık bir değerlendirme sorunu olarak bakılsa da, bugün ciddiyetle tartışılacak kadar çok sayıda idi. Yasamanın müdahalesi, bütün ülkelerde, özellikle iş sözleşmesinde, aynı zamanda sigorta, taşımacılık ve daha başka birçoklarında büyük oldu. Bu sözleşmelerde güçlü tarafın, genellikle üyelerinin birbirini tanıdığı ve sözleşmelerin metni üzerinde anlaştıkları bir meslek grubuna ait bulunduğunu gözden kaçırmamak gerekir; buna karşın sigortalılar, taşımacılıkta kullanılacak olanlar dağınık ve örgütsüzdürler, ücretliler ise sendikal faaliyet ile kısmen de olsa sorunlarına çözüm bulmuşlardır.

Yine de, her yasanın özgürlüğe karşı olduğu yolundaki eski yerleşik kanı, birçoklarının zihninde varlığını sürdürmektedir. Bunun nedeni, birçok yorumcunun, ünlü, Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesinin Amerikan ekonomik politikası (New Deal)'na karşı çıkması örneğini unutmamış olmasıdır: Özgürlükçü bireyciliğin aşırı ölçüde kötüye kullanılmasına bir çözüm bulmak üzere girişilen çaba, özgürlüğe karşı idi. Burada New Deal'in savunulması söz konusu değildir, fakat bazı kategori hakları, özellikle girişimcilerinkileri sınırladığı için, özgürlüğe zarar verdiği gerekçesiyle onu kınayan eleştiriye konu olabilse idi, her yeni yasaya, örneğin ücretlilerin haklarını sınırlayan yasaya karşı yararlı olabilirdi. Tepki Fransa'da da kira bedelleri, ticarî ya da kırsal kiralar hakkındaki yasalar bakımından aynı oldu: Tüm bu metinler kuşkusuz tartışmaya açıktı, ama özgürlüğe zarar verildiği yolundaki eleştiri, kiralayan ile kiracı arasındaki ilişkiler hakkında konulan yeni kurallar, birincilerin ayrıcalıklarını sınırladığı için, esasen herbirinin hak ve borçlarının sınırlarını değiştiren her yeni yasaya yöneltilebilirdi.

Bu sonuç, yasa ile özgürlüğün kesin karşıtlığı altında yatan yanlış nedenlerini ortaya çıkarmağa zorlamaktadır. Bunlar, açıkça tartışılabilir düşüncelere veya yasaya yahut özgürlük ya da her ikisine birden bağlanabilir. Kesin karşıtlık, varlığı apaçık gerekli bir birlikteliği haklı kılmağa izin

vermemekte, despotluk ve anarşizm arasında makûl bir yol arayanları belirli her gerekçeden yoksun bırakmaktadır.

Zorlamanın yokluğu, özgürlüğün kuşkusuz gerekli fakat, kavram olarak belirtmeğe çalıştığımız bu gerçek özgürlük için yeterli olmayan bir koşuludur.

Gerçek özgürlük eylemlerinden olmayan çok sayıda eylem, dış zorlama olmaksızın gerçekleştirilir. Kapris, refleksler, belki salt duygulanma ve özellikle tutkunun egemen olduğu edimler, gerçekten özgürlük edimleri midirler? Naziler, milyonlarca Yahudi'yi yok ettiklerinde, özgürlüklerini kullandıkları kanısında idiler. Böylesi bir özgürlük, orman yasa-sının geçerli olduğu bir özgürlüktür, daha da ileri giderek, insanı hayvan düzeyine düşüren zavallı bir özgürlük anlayışıdır bu.

Özgürlükten söz eden, bununla dış zorlamanın olmadığı, şunu ya da bunu yapıp yapmama, kısacası yapılabilecek iki eylem arasında seçme olanağını kasetmektedir. Birleşik Devletler'de benimsenen bir terminolojiye göre, artık... **den özgürlük** değil, ... **için özgürlük** söz konusudur. Elbette ki tam anlamıyla insanın edimi olacak bir seçme eylemi istenirse, bu, —zira özgür eylem düşüncesi daha yakından tanımlanabilir mi?— açıklanabilir, kaynaklandığı haklı nedenleri olan bir seçme olmalıdır. Bunun nedeni, irade ile akli bağlayan tüm gelenektir: İnsan, zekâsının kendisine— kuşkusuz tüm yanılğı olasılıklarıyla —iyi olarak gösterdiği şeye doğru yöneldiği zaman irade vardır. Özgürlük, makûl olanı seçme yetisidir. Haklı olanı izlemek için tutkularının üstüne çıkan, kendini, onlara boyun eğen'den daha özgür hisseder. Sarhoşlar, uyuşturucu madde kullananlar kendilerini tutsak olarak görür, ne yapmaları gerektiğini bilir ama yapamazlar; kendi içlerinde kendilerine karşı bölünmüşlerdir. Bir gün artık düşüncelerinin akışı da boğulup susunca, yitirdiklerinin ne olduğunu da bilemeyeceklerdir. Aksine, makûl seçimler yapılması, eylem, dolayısıyla özgürlüğün kullanılması olanaklarını arttırır. R. Polin'in «Çağımızın özgürlüğü» adlı yeni kitabın-

daki formüle göre, «özgürlük, seçmede keyfilik değildir, o, anlamını ancak değerlerle ilişkisinden alır»¹⁰.

Öte yandan, yasanın özü bakımından zorlayıcı olması kesin midir? Bu öncekinin sonucu olan soru, yasaya uygun eylemin makûl olup olmadığını bilme sorusudur. Yanıtımız evet ise, eylem özgür olabilecektir. Soruyu böyle koymak, kuşkusuz, yasa ile zorlamayı özdeş kılan, ikisini bir tutan zemini terk etmektir; oysa bu kimlik saptama işinin uzun bir geçmişi vardır ve hâlâ da inançlı savunurları bulunmaktadır. Yunan sofistleri, yasanın en güçlü'nün iradesinden başka bir şey olmadığını söylemişlerdir; Hobbes'un, zorlama olmaksızın yasanın ancak bir «öğüt» ya da bir ders olacağı biçimindeki formülü malûmdur¹¹. Marx'a göre, kapitalist toplumun ürünü olan hukuk, salt iktidardaki sınıfın egemenliğini sağlamayı amaçlar. Çağdaşlarımızda yasa sözcüğünün öncelikle ve çoğu kez sadece, ondan kaçılması olanağı olmayan bir buyruk fikrini çağrıştırdığını ileri sürmek olanaklıdır.

Bu böyle olmakla birlikte, o denli kökleşmemiş bir başka gelenek vardır ki, bu, hukukta zorlamanın bir rolü olduğunu yadsımasa da, yasada esas olanın zorlama değil fakat bir haklar düzeni olduğunu göz önünde bulundurmaktadır.

O, esas itibariyle yaptırımın yardımcı ve olası niteliğinden gözlemlenebilir. Norm'u, bir davranışa sonuç bağlanması olarak tanımlayan ve böylece bu sonucu yani yaptırımı normun kendi öz yapısıyla bütünleştiren (hukukî düzen, bir

10) Bkz. s. 81 ve 85. Aynı zamanda farklı bir açıdan bkz. CORVEY, *Revue philosophique de Louvain*, 1973, p. 46: Özgürlük... sonsuzluğa giden bir iradenin niteliklerinden biridir; o, özel bir iyi ile bağlantısında, kendi gücü ile, kendisine önerilen iyi'nin ölçüsünü aşar ve seçiminde bile daima bu «ölçüyü reddetme gücünü korur». Ve daha da ileri gidilerek özgürlük, zorlama olmaksızın isteme yetkisi, bir değer» olarak tanımlanır.

11) «Hukuk genel olarak öğütlemek değil, buyurmaktır». Bkz. S. GOYARD - FABRE, *Le droit et la loi dans la philosophie de Thomas Hobbes*, 1975, p. 167.

«zorlama düzeni» dir) Kelsen'in¹² tersine, hukukun cezalandırmak, baskı altına almak, hattâ gerekirse yaptırıma bağlamak için değil, toplumsal yaşamda arzu edilen davranışları sağlamak için meydana getirilmiş olduğunu belirtmek, vurgulamak gerekir.

Bir yasa, çoğunlukla ona aykırı davrananlara yaptırım yolu ile uygulandıkça daha gerçek, daha «yasa» değil, fakat daha çok genellikle, alışlageldiği biçimde ona uyulduğu ölçüde vardır, yasadır. Bay Carbonnier, fiilen mevcut olma kavramının basit olmadığını önemle belirtmiştir. Yasa ihlallerinin çok sık oluşu, bir yasanın yeterince benimsenmediği için fiilen mevcut olmadığının tam tersi anlama gelebilirdi¹³.

Evet, gerçekten de tecrübe, bir hukukî sistemin ancak, halkın yeterli bir kesiminin az çok onayını sağladığı taktirde varlığını sürdürdüğünü görkemli bir biçimde göstermektedir. Bay Polin, altını çizerek kaydetmiştir ki, «klâsik yazarların siyasal düzeni, olanak ölçüsünde onun üyelerinden herbirinin özgür ve de makûl onamasına dayandırmakta ısrar etmeleriyle alay edilebilir; ancak bu açık ya da örtülü onama olmaksızın bir siyasal düzenin çökmeye ve yıkılmaya mahkûm olduğu gözden uzak değildir»¹⁴.

Fiilen mevcut olma, salt yaptırımların sıklığı ile ölçülebiliyorsa, hukuk yaşamını açıklamak için yaptırımın basit korkutmasıyla yetinmek onun açısından olanaklı bile değildir. Korkutma kuşkusuz gerekli ama yetersizdir. Salt yaptırım korkusu ile kendisine itaat edilen bir yasa kötüdür, yetkin değildir. Herşeyden önce, insan çoğu kez ve haklı olarak yaptırımdan kaçmak istediği ve bunun yollarını bulmağa yöneldiği için bu böyledir. Öte yandan, özünde korkuya daya-

12) *Théorie pure du droit*, 2 nci bası, çev. Eisenmann, s. 46. Kuruluş, tüm anlamını «pozitif hukukun zorlayıcı bir düzen» olduğunu doğrulamaya verir (*Mélanges Dabin*, 1963, I. p. 141).

13) *Flexible droit*, 3 üncü bası, s. 99 vd.

14) *L'obligation politique*, 1971, p. 31.

nan bir itaat, yasanın ruhunu yani onun gerçek anlam ve amacını gözetmeksizin sözüne saygı gösterir; tenlike özellikle yasaları uygulamakla görevli yargıçlar ve memurlar için ciddidir; eğer bunlar bir metindeki önemli eksikliklerin bilincinde iseler, kaçınılmaz olarak, metne kabule değer sonuçlara ulaşan bir yorum getirmeğe çalışacaklardır. Yasama yetkisi karşısında yargılama yetkisinin kurulu düzene bağlılığının, yargıçlara, onların görevliler olarak bir metni yorumlama bahanesiyle hiçe indirgemelerine engel olduğu unutulmasa da, bu yorumlama yetkisinin ileri gidebildiği malûmdur¹⁵.

Bir yasanın yürürlükte ve etkin olması için, uygulanması ve onu uygulayanların büyük çoğunluğunca anlaşılmiş ya da hiç olmazsa kabul edilmiş olması gerekir. O zaman yurttaş, sağduyulu davrandığı yani eyleminin kendinden kaynaklandığı, dolayısıyla özgür olduğu duygusuna sahip olabilir. Mevcut bir hükmün yerindelğine inanmaksızın, fakat ortak bir disipline saygı göstermenin akla uygun olduğu düşünceyle o, itaat edebilecek, yasal davranabilecektir. Eylem o denli özgür değildir, ama makûl olduğu yani bir nedene dayalı bulunduğu için vardır.

Salt yaptırım korkusu, kuşkusuz özgürlüğün yitirilmesidir. Ripert, yükümlülüğü «isteyerek kabul edilmiş olmayan ve yararının anlaşılmadığı bir buyruğa zorunlu itaat» olarak tanımlamıştır¹⁶.

Bir yasanın anlaşılabilmesi için, kavranabilir olması, yani rasyonel olandan değil de sadece makûl olan'dan söz edilse bile, prensip olarak aklın ürünü olması gerekir. O zaman Stoisizm'in şu formülü anımsanacaktır: «İtaat etmek değil, fakat onamak».

15) Bay Polin'in deyişiyle kurulu düzene bağlılık, yasalılık ya da yasanın sözüne uyma iradesinin tersine, «yasa'ya, bir düzenin evrensel deyimi olarak uymak gerektiğini deyimler» (L'obligation politique, p. 21).

16) Le déclin du droit, p. 69.

Eleştirilmiş ve eleştirilebilir yasalar her zaman olacaktır, zira konu karmaşık, çıkarlar çeşitlidir ve makûl bir çözüm, terimin gösterdiği üzere, aynı ölçüde makûl, kuşkusuz rasyonel çözümün tersine başka çözümler olasılığını içerir. Zıtlasmalarına karşın, çözüm kendilerince eleştirilebilir olsa da, makûl olduğunu kabul ettiklerinde ya da ortak kurala uymak makûl geldiği için itaat edenlerin yanında, akla uygun fakat çıkarlarına aykırı buldukları yasalara boyun eğmeyenler ya da yasaya makûl olarak bakmaya karar veremedikleri için her zaman karşı çıkanlar olacaktır.

İşte o zaman yaptırım ortaya çıkar. Bu durumlarda yasanın özgürlüğe kökten karşı çıkması, kesin karşıtlığı görülüyor mu? Yasayı onaylayamayan, yaptırımında saf bir şiddet görür — ve ayrıca yasa anlaşılmiş ve onaylanmışsa, yaptırımların niçin olacağı artık düşünülmez¹⁷.

Her sorunda neyin istenilmesi ve elde edilmesinin yararlı ve olanaklı olduğunu değerlendirmek, yönetimi elinde bulunduranlara aittir: Yasa'nın, daha önce Platon'ca ortaya konulduğu üzere, eğitici bir işlevi vardır. Aynı kanıda olmayanlar, inanmayanlar, ya köle ruhluluğun itirafı ya da yönetimi elinde bulunduranların çoğunluk adına yararlı gördükleri şeye boyun eğmenin akla yatkın olduğunun kabulü arasında seçim yapmak zorunda kalacaklardır.

Kuşkusuz, son derece kötü ve adaletsiz olup, halkın kayda değer bir bölümünce kabulü olanaksız bulunan yasalar olgusunu saklı tutmak gerekir. Bu duygu, kurulu düzenin şiddetle devrilmesine değin gidebilir; ancak devrimler hukukî değildir, zira onlar, anayasanın değiştirilmesi de dahil, kendi biçim değişikliğinin (yoksa yıkımının, yok olmasının değil) yollarını öngören bir düzeni dıştan yok edip ortadan kaldırırlar. Devrimleri kışkırtanlar, savaşılan düzene, — bu düzen, L. Fuller'in üzerinde ısrarla durmuş olduğu gibi,

17) Bu ikilem hakkında bkz. BALLADORE PALLIERI, *Dottrina dello stato*, p. 86.

özünde birtakım eksiklikler, özellikle tutarlılık eksiklikleri göstermedikçe — onun artık düzen adını taşımağa lâayık bulunmadığı sonucuna varılmadıkça, dıştan gelen düşünceler adına kişisel sorumluluk alırlar¹⁸.

Bu aşırı durumların ötesinde asıl güçlük, kuşkusuz bütünü iyiliğine hizmet edecek etkin bir toplumsal yaşamı amaçlayan kuralları oluşturmaktadır; ancak yasayı bir kötülük değil, iyilik haline getiren bu amaçtır. Kuşkusuz, yasanın kötüler için yapıldığı, onlara hizmet ettiği kanısına daha önce Saint - Paul'de rastlanmıştır. Bu iddianın karmaşık bir bağlam içinde anlaşılması gerektiği göz önünde tutulduğunda, yaptırımın kötüler için olup, yasa için olmadığı fikri bugün çok daha yaygındır. Bu, iyi niyetli insanlar için gereklidir, aksi halde onlar, toplumun yaşaması ve tüm üyelerinin iyiliği için izlenmesi gereken yolların hangileri olduğunu bilemezler. Marx, komünist toplumda artık anlaşıldığı anlamda yasaların, yani sınıflar savaşımının neden olduğu baskı yasalarının var olmayacağını haber vermiştir; bununla birlikte o, «teknik» kuralların komünist toplum yaşamında gerekli olacaklarını kabul eder; fakat komünist düşünceye göre onlar salt bu yaşamın düzenlenmesini amaç edinecekleri için, zorlamaya, baskıya gerek olmaksızın izleneceklerdir.

Yasanın toplumda belli bir yaşam anlayışına yönelik olması, kimse için bir yenilik değildir; ancak, tüm halkın, yöneticilerin gösterdiklerini kendiliğinden izlediği, hiçbir kötü niyet ya da zıtlaşmanın görülmediği komünist ideal'in formüle edilmesi ve gerçekleştirilmesi ne denli kolay gözükse de, gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin görülmek isteneceği bir önsezidir.

Buradan, hukukun formüle edilmesi zor olduğu ölçüde şüpheli bir onamaya bağlı olarak ve güç kullanımını hukukun

18) 71 Harvard Law Review (1958), özellikle p. 644. Bu, The morality of law'un başlıca konularından biridir, 2 nci bası, 1969. Genel sorun hakkında bkz. ANDRE VINCENT, Les révolutions et le droit, 1974.

hizmetine vererek aslında gücün üstünlüğünü pekiştiren zorlayıcı yaptırımlarıyla temel bir güvenilmezliği içinde taşıdığı sonucuna da varılmamalıdır.

Oysa Bay Bobbio'nun düşüncesine göre¹⁹, kaypak bir konuda şaşkınlık uyandıran genel bir uzlaşmanın, bununla birlikte şu iki karşıt görüşün reddinde var olduğu ileri sürülebilir: Bir yanda kör bir itaat, öte yanda ise ilke anarşizmi karşıtlığı. Bu alanda hukukî düzen şöyle işleyebilir: Kendi sınırlarına karşı çok duyarlı olmakla o, etkin bir eylem alanını içerir; zira yöneticiler, aşmamaları gereken sınırları tecrübe ile bilir ya da bilmek zorundadırlar. Ücretler ile ilgili sınırlamaların ciddi karışıklıklara yol açması ve savaş zamanında seferberliğin kabul edilmiş olması çelişik değildir. Kazanılması beklenen ve kazanılan aynı olmaz. İyi politikalar ve iyi yasalar yapmak için genel reçete yoktur; en iyi yönergeler, her sorunu kendi olasılığı ve onu ortaya çıkaran koşullar içinde irdelemeyi hiçbir zaman bağışlamayacaklardır.

Hukuk üzerine düşünme ve hukuk felsefesi tam bir hukukî sistem oluşturamazlarsa da, bu düşünme, en azından anarşik bireycilik ya da baskıcı despotluk gibi uygulanamaz yolları belirtebilir; o, bu aşırılıklar arasında basit bir uzlaşma ya da onu haklı kılacak başka gerekçesi bulunmayan yani dayanaksız bir güçler bileşkesi olmayacak, ancak deneye dayalı somut çözümlerin araştırılması ve düzenlenmesini meşru kılıp yönlendirecek bir yöntemin belirlenebilir olduğunu da gösterebilir.

19) «Hukuksal pozitivizm üzerine», Mélanges Roubier, I, p. 65.