

ÖZEL HUKUK

HUKUKUN ANLAMI

Prof. Dr. Tarık ÖZBİLGİN

I. HUKUKSAL İÇERİĞİN KARAKTERİSTİĞİ

Şunu hemen deyimleyelim ki fenomenolojiye göre, hukukta iskeleti biçimleyen form -strüktür- yeterli olmayıp olgu ve değerlere de yerverme zorunluğu vardır. Bunlar da hukukun kurucu erkleri arasında yer almaktadırlar¹. Bir diğer deyişle, hukukun derin strüktür-esasns-ü de, bir determinanının biçimlemektedir ve fakat bunun yanısıra başka determinanları da vardır. Buna simetrikliktir ki fenomenoloji, hukuk normlarının formasyon tarzlarını deyimleyen formel hukuk kaynaklarının yanısıra, hukuka içeriğini sağlayan materyel hukuk kaynaklarının da varlığını kabullenmekten gerikalmamaktadır². Ancak, fenomenoloji bu hukukun içeriksel kaynakları konusunda, klasik anlayıştan ayrılmakta; hukuk fenomeninin, bu kaynak-olay-lardan ortaya çıktığını kabullenmekle birlikte, bunlarca belirlenmediğini savlamaktadır. Bir diğer deyişle hukuk, sadece strüktür olarak değil ve fakat öz olarak ta belirli; yani, istençsel ve tarihsel koşullardan bağımsız bir varlığa sâhip bulunmaktadır. Nevarki bütün bunlar, fenomenolojik anlayışta hukukun realite-olgu-ye ilişkinlikle öngörüldüğünü ortadan kaldırmamaktadır. Konuya biraz daha detaylı elatmamız yerinde olacaktır.

A. Hukukta olgu ve değer giriftliği

Açıklamalarımızın ortaya koyduğu gerçek, "hukukun jenealojisi"nin, hukukun ekzistansından esansına ve esansından da "esas (fon-

1) Fabre (S.), *Essai critique phénoménologique du droit*, Paris, 1972, p. 108.

2) *İb.*, p. 163.

dementel) anlam"ına geçmeyi içerdiği³. Bunun için de önce, hukukun reel kaynaklarına başvurulması gereklidir. Zira olaylar olmasalardı hukuk ta olmazdı⁴. Ancak, bu, olayların dışında bir hukukun var olmadığını içermez. Evet hukuk, -hukuksal- olaylarla vardır ve fakat olaylardan çıkmamaktadır; spesifik terminolojiyle, "olgunun transsübstansiyasyonu" değildir⁵.

Bu durumda hukuk, "olguların kalifikasyonu"nu yapmakla yükümlü bulunmaktadır⁶. Bu, kuşkusuz ki -olayların- bir değerlendirme-si-dir ve hattâ -insana göre oluşu bakımından- bir sübjektif değerlendirmedir. Fakat hiçbir biçimde bireysel görüş ayrımlarını ve dolayısıyla da keyifselliği içermez. Örneğin bir haksız yarışmada, yanlardan biri bunu normal tecimel çaba sayarken, diğeri lejitim yararlarına saldırı saymakta; bu durumda hukuka düşeni ise, bireysel ayrımlara göre değişmez bir gerçekliğin saptanımı olmaktadır. Bu bakımdandır ki hukuksal kalifikasyon, "olguların entelijibilizasyonu fenomeni"⁷, bir "ideasyon fenomeni"⁸; olgulara bağlılıkla varlık gösteren bir entelijibl gerçeklik saptanımıdır.

Bu bakımdan hukuk ile doğa bilimleri arasında, ayrıntılardaki ayrımlara karşın, bir özdeşlik sözkonusudur. Önce, hukuk kavramları, matematik kavramlardan ayrıklıkla, realiteye bağlıdırlar; esans değildirler⁹. Fakat hukuk, "olguların bir kopyası değildir" ve buna simetrik olaraktan da hukuk kavramları, "ideal"dirler. Nevarki bu, hukuk ile doğa bilimleri arasında bir temel ayırım meydana getirmektedir. Durum, abstraksiyon ve jeneralizasyon yoluyla ampirik olayların üstüne çıkan fizik yasaları ile, hukuk yasaları bakımından özdeştir. Her ikisi de, "sürekli (permanent)" ve "zorunlu (nécessaire)"¹⁰ ya vermek üzere olayları konseptüalize etmektedir¹⁰.

Ancak, gözden uzak tutulmaması gerekeni, fenomenolojinin, hiçbir biçimde natüralist metodige açık olmadığı ve dolayısıyla fizik-

3) İb., p. 42.

4) İb., pp. 54 et s.

5) İb., pp. 63 et s.

6) İb., pp. 66 et s.

7) İb., pp. 68 et s.

8) İb., pp. 70 et s.

9) İb., p. 71.

10) İb., p. 72.

doğa bilimi- ile hukuk arasındaki sözkonusu özdeşliğin de bu doğrultuda anlaşılması gerektiğidir. Bu bakımdan fizik —doğa bilimi— ile hukuk arasındaki sözkonusu özdeşliğin de bu doğrultuda anlaşılması gerektiğidir. Bu bakımdan fizik- doğa bilimi- ile hukuk arasındaki temel ayırım, fizikteki determinizm-kozalite-e karşılık, hukukta finalitenin egemen olmasıdır¹¹. Hukukta, işe değer karışmakta; reelin bilinmesi değil, beğenilme (appréciation)si ve değerlendirilme (valorisation)si sözkonusu olmaktadır. Spesifik -fenomenolojik- terminolojiyle bu, “bilimsel entelijibilite” ile “hukuksal idealite”nin ayrıklığıdır¹².

Bu durumda karşılaşılan sorun, hukuk alanında fenomenolojik açıklamanın jüstifikasyonu-olanaklığı-dur. Zira, yukarıki açıklamalarımızda görüldüğü gibi, hukukta sözkonusu olanı, fenomen değil, değer ve buna paralellikle de bilgi değil, değerlendirmedir. Bu bakımdandır ki “hukuksal ide, kavramdan çok, bir normdur”. Buy- sa, hukukta aksiyolojik görüş açısını zorunlu kılmaktadır. Şimdi acaba buna bakıp ta hukukta sâdece —pür— değer sözkonusu olduğuna yargıyabilir miyiz? İşte, hukuk alanında fenomenolojik açıklamayı olanaklı kılan —jüstifiye eden—, sorunun olumsuz yanıtıdır: Hukuksal değer, olguya sıkı sıkıya bağlı bulunmaktadır! Hukuk alanında fenomenolojiyi jüstifiye eden de, olgu ve değer bu ayrılmaz bağlılığıdır. Bu arada bir jüstifikasyon da daha yapılmış olmaktadır ki bu da, hukukun —sâdece— “olması gereken” değil ve fakat —aynı zamanda da— “olan” olduğudur.

B. Biçim - içerik ayrışmazlığının anlamsal yönü

Açıklamalarımızda deyimini bulan durumda bir konu ve sorun ortaya çıkmaktadır ki bu da, biçim-içerik düalitesinin fenomenolojik görünümüdür. Konu, strüktür ve içerik ayrımı biçiminde kendini göstermektedir¹³. Sorunsa, bu düalitenin bir antinomi ortaya çıkarmaması ya da ortaya çıkan bu antinominin aşılması biçiminde çözüme bağlanma yollarının araştırılmasıdır. Hukukta madde —içerik—, reel kaynakları ya da ampirik olayları; biçim ise “normların

11) İb., p. 74.

12) İb., p. 75.

13) İb., p. 80.

organik ve fonksiyonel hiyerarşisi”ni deyimlemektedir¹⁴. Yani hukuk, sonuçsallıkla ve aynı zamanda da kesinlikle, ampirik olayları düzenleyen normlardan oluşmaktadır. Buysa, normun ve ampirik olayın dışında hukukun bulunmamasını içerir. Yani hukuk strüktürden ibâret bulunmakta; sosyal olguların etik değerlere göre düzenlenilmesine dönüklükle belirli bulunmaktadır. Zira norm, biçimsellikle var olmayıp saltlıkla bir değer gerçekleşirken karşılaştığı direncin kırılmasına ilişkinlikle vardır. Bu bakımdan da sosyal alanda norm, —olguların hakkını namusluca tanıyan ahlâksal bir kimlik taşıma zorundadır ki, hukukun ahlaktan ayrılmazlığı bu yüzdendir. Bu durumda bize düşeni, —hukukun normu içerdiğini vurguladıktan sonra— ilk olarak hukuk—ahlâk ilişkilerini tanımlamak ve daha sonra da —dediğimiz gibi ahlâkın da kabullenme durumunda olduğu— olguların hakkını vermek sorunu ile uğraşmaktır.

Evet, hukukun bulunduğu yerde saltlıkla norm vardır. Bu da, içeriğinin zorunlu sonucu olarak ortaya çıkan hukuksal strüktür gereğidir. Yani, eğer hukuk ahlâksal karakter taşımasaydı, normatif te olmayacaktı. Bu bakımdan hukuk —hiçbir biçimde— bir saptama yapmamakta; —her hal ve kârda— sosyomoral gereklere göre belirli, norm kimliği taşımaktadır. Deyimleniş biçimleri yanılmamak; örneğin İnsan ve Yurttaş Hakları Deklarasyonu’nun “insanlar tüzece özgür ve eşit doğar ve yaşarlar” yargısını, deyimleniş biçimine karşın, bir endikatif (saptayıcı, izharî yargı) olarak kabullenmemek gerektir. Bunun gerçek deyimleniş biçimi şudur: “Hukuk, özgür ve eşit doğan insanların, bu biçimde yaşamalarını sağlamalıdır”. Ancak, bununla biz, böyle bir yargının hukuksal karakter taşıdığını değil, sadece hukukta saltlıkla normatif bir karakterin var olduğunu belirtmek istemekteyiz. Yoksa, dediğimiz üzere, normun hukuksal karakter taşıyabilmesi için, saltlıkla olguya dayalığı gereklidir. Sözkonusu norm ise, insan olgusuna gözlerini kapamakta ve bu bakımdan da, hukukun dışında kalan bir regülatif olmaktadır. Anıdan çıkarılması gerekeni, hukukta, biçim ve anlamdan soyut bir madde ve fakat aynı zamanda da maddeden soyut bir biçim ve anlamın sözkonusu olamayacağıdır¹⁵. Gerçek hukuk, etik gerekleri realitenin olanaklarına göre öngörerekten normlarını saptama durumundadır.

¹⁴) İb., p. 81.

¹⁵) İb., p. 82.

II. HUKUKUN İÇERİKSEL DETERMİNANLARI

Böylece hukukun içeriksel determinanları söylemine elatmış ol-
maktayız ki bunlar da, istenç, etik değer ve sosyal olgudur. Şimdi
bize düşeni de, hukukun şansını belirleyen bu üç determinanın rol-
ler —fonksiyonlar—ini saptamaktır.

A. İstenç

Gerek normlar kompleksi, gerek sosyal düzen ve gerekse etik
değer, eylemsel bir varlığa sâhip bulunmamakta; bu da hukuk ala-
nında istenci devreye sokmaktadır. Gerçi —şimdiye kadarki ve de
şu açıklamamızdan anlaşılacağı gibi— istenç, hukukun doğrudan-
lıkla değil de —sosyomoral gereklere bağıllıkla— dolaylı bir deter-
minanı durumundadır. Ancak, bu, hukuk fenomenin saptanımında
istencin rolünü yoksaydırmamakta; istenç olmaksızın hukuk meyda-
na gelemediği gibi, sosyomoral gereklere göre düzenleyişte istencin
rolü de pek o kadar pasif bulunmamaktadır. Kısacası, hukuk feno-
menin saptanımında özdeyişimiz şu olmak gerektir: İstence evet ve
fakat —arbitrarizmi içeren— volontarizme hayır!

Sorunu başından, alıp konumladığımızda durum şudur: Aristotel-
yen düşünceden kaynaklanan tradisyonel siyantizm, —yukarılarda
değindiğimiz üzere— hukuk fenomeninin yadsınımını içermekteydi.
Ortaçoğda Duns Scott ve Guillaume-William- d'Occam, bu natü-
ralist anlayışa karşı, hukuku yaşamının istencine indirgeyen arbitra-
rist bir yoltutmuş; daha sonraysa, özdeş yön ve fakat ayırık bir doğ-
rultuda olaraktan Fousseau ve Kant, jüridik volontarizmi savunmuş-
lardır¹⁶. İşte, yukarıda formüllendirdiğimiz anlayış, hukuk alanına
böylece girmiş olmakta; böylece hukuk insan - birey- istencine bağ-
lanmakta ve fakat —istenç gibi— arbitrer karakter taşımamaktadır.

Nevarki fenomenolojinin, volontarizm ile arbitrarizmi özdeş bi-
çimde değerlendirdiği; hukukta istence yer olmasının ne arbitra-
rizmi ve ne de volontarizmi içermediği savında olduğu gözlemlen-
mektedir. Buna göre örneğin nedensiz edinim elealındığında, bunun

16) İb., p. 164.

yasamanca in abstracto konmadığı hemen anlaşılır¹⁷. Evet, nedensiz edinim hukuk alanına bir yasaman —istenç— yanından sokulmuş bulunmaktadır. Fakat acaba istenç, özellikle ustan, otonom ve bağımsızlıkla mı yaratmaktadır? Ne hukukta ve ne de başka bir konuda, düşünce olmaksızın bir volisyon sözkonusu değildir. İnsan, zaman içinde maddesel ve anlamsal evrenini oluşturma gelmekte ve istenç te bu gelişim içinde kendini göstermektedir. İstencin çeşitli dönemlerde ayırık natürde ortaya çıkışı bu bakımdandır.

Volontarizme karşı ilk tepkinin istorisizmden gelmiş olmasının altında yatan anlam —gerekçe— da budur; istencin, tarihsel koşullara uygunlukla sonuçvergelmesidir¹⁸. Ancak, gözden kaçmaması gerekeni, tarihsel gelişimin de gelişigüzel olmadığıdır. Şunu kesinlikle deyimleyebiliriz ki hukukun meydana getirdiği şema, insanların reel davranışlarına göre kurulamaz. Durumu yukarıki örneğe indirgeyerekten deyimleyecek olursak, nedensiz edinimin, tarih ve yargınak uygulamalarınca giydirilmiş giysiden giderek sıyrıldığı gözlenmekte ve bu da hukukun, istenç gibi, tarihsel koşullarca belirlenmediğini göstermektedir¹⁹. Konumuza dönüp giderek bir kez daha vurgulayalım ki, bütün hukuksal örneklerin incelenimi —de— açıkça göstermektedir ki hukukun gerçek kaynağı, insan istenci değildir²⁰. İnsan istenci, bir takım motif ve mobillere göre ürünleme durumundadır. Her kural gibi yasanın da bir izlenecek yol olduğuna kuşku yoksa da, bu yeterli olmayıp nedensiz, motif ve mobilsiz, ereksiz bir —hukuksal— yasa düşünülemez²¹.

Hukuk alanında istencin —kendisellikle— determinasyon yetkisinin kabullenimi, hukukun yaptırım ile belirliliğini içerir. Hukuku yaptırım ile özdeş saymayı deyimleyen böyle bir tutumsa, hukuksal pozitivizm —yönetmenci volontarizm—e özgüdür²². Fakat yaptırımın hukukun natürüne girik olduğu görüşü yaygındır. Örneğin —F. Gény, J. Dabin ve L. Le Fur'e dayanarak— Paul Roubier, yaptı-

17) İb., p. 159.

18) İb., p. 165.

19) İb., p. 160.

20) İb., p. 163.

21) İb., p. 167.

22) İb., p. 251, Not 36.

rımı, "hukuk kuralının tümleyici bir kesimi" olarak öngörmektedir²³. Oysa yaptırım, hukuka saygı sağlamak üzere kullanılan bir dış araçtır²⁴. Buna göre hukuksal mecburiyet ve yaptırım, hukukun ekzekütuar karakterini belirlemekte —karşınlamakta— olup aralarındaki ayırım, birincisinin normal hallerde, ikincisininse anormal hallerin sağlatımında kendini göstermesidir²⁵.

Bütün bunların anlamı, hukukun istenç ve dolayısıyla da yaptırımdan bağımsızlıkla belirli bir varlığa sâhip olduğu ve bu varlığıyla uygulanmakta bulunduğudır. Normal olanı budur. Hukuka uyulmaması anormal halleri karşınlamakta ve yaptırım da bu hallerde devreye girmektedir. Gerçi maddesel yaptırım, hukuka özgüdür; başka herhangi bir norma —kuşkusuz ki yerindelikle— uygulanamaz. Ama gene de yaptırımın hukuk fenomenine girikliği sözkonusu değildir. Zira yaptırım hukuk fenomenini belirlememekte; zaten belirli bulunan hukuk fenomeninin uygulanmasında bir ârıza başgösterdiğinde kendisine başvurulmuş bir araç kimliği taşımaktadır. Bunun en yaşamsal sonucu, bir normu —maddesel— yaptırımla donatmanın, ona hukuksallık kazandıramayacağıdır. Kısacası, maddesel yaptırımla donatılmış olma, hukuku belirlememekte; tersine, maddesel yaptırımla donatılmıy olmayı hukuk belirlemektedir. Yani, hukuk fenomeni yaptırıma önelmektedir; yaptırımdan bağımsızlıkla, önce hukuk vardır. Sonuçsallıkla deyebiliriz ki, hukuk ve yaptırım iki ayrı fenomenidir. Zorunlukla yürürlük göstermeyen her fenomen gibi hukuk ta, gerektiğinde yaptırım fenomenine başvurma durumundadır²⁶.

İstencin hukukun determinasyonundaki bu bağımlı rolünü böylece belirtip etik determinasyona geçerken vurgulanması gereken bir nokta vardır ki bu da, istenç ile yaptırımın ayrıklığıdır. Bunun en yaşamsal sonucuysa, yaptırımın istenç karşısında —hukuk gibi— bağımsız olduğu; istencin, —sosyomoral— sorunları istediği biçimde düzenleyemediği gibi, istediği biçimde de yaptırımlandıramaya-

23) Roubier (P.), *Théorie générale du droit* 2ème éd., Paris, 1951, p. 34.

24) Fabre (S.), *loc. cit.*, p. 250.

25) *Ibidem*, p. 251.

26) Özbilgen (T.), *Eleştirel Hukuk Başlangıcı Dersleri*, İstanbul 1976, sf. 17 ve s.

çağdır. İstenç bir insansal davranışa, istediği değil ve fakat ancak onu karşılayan yaptırım biçimini uygulamakla yükümlüdür. Ne hukukta, insan duyuncuyla başbaşa bırakılabilir ve ne de ahlâkta maddesel yaptırım uygulanabilir. Yani, bağımlı olan istençtir. Hem hukuk ve hem de yaptırım karşısında! İstenç, “istediğimi yaptırım!” değil ve fakat “gerekeni yaptırım!”; “gerekeni istediğim biçimde yaptırım!” değil ve fakat “gerekeni, gerektiği biçimde yaptırım!” diyebilir —demekle yükümlüdür—.

İşte, hukuk alanında bu “gerektiği biçim”ler, hukuksal strüktür ve yaptırımlardır. İstenç, hukuku belirli strüktürlere göre saptayıp belirli yaptırımlara göre uygulama —ya zorlama— yükümü altındadır. Bu, hukukun esansına girik olup önceki bölümde incelenmiş bulunmaktadır. Burada açıklama durumunda olduğumuz ise, “gereken” —in kendisi—dir. Hukuku-un belirlenimi- açısından ilk plânda önem taşıyanı da budur. Zira bu, gereken biçimde” yaptırılacak olan “gereken”, “gerektiği biçim”in determinanıdır. Yani hukuk, aynı zamanda, kendi belirliğinin ötesinde bir belirliğe sâhip bulunmaktadır ki bu da etik ve sosyal olmak üzere iki determinana göre kendini göstermektedir. Bu durumda bunlar hukukun natür —fenomen—üne girik bulunmakta ve anlamını oluşturmaktadırlar. Durumu, fenomenolojik tutumun analizi açısından açıklamamız gerekmektedir.

B. Olgü

Hukuk fenomeninin belirlenmesinde olgunun rolü, —esasstan— daha çok şans bakımındandır. Bu bakımdan, olaylar olmaksızın hukukun şansından hiçbir biçimde sözetme olanağı yoktur. Bir diğer deyişle hukuk fenomeninin şansı, olaylara bağlı—lıkla saptanırlı—dır. Olaylarla bağlantısız ne hukuk ve ne de şans sözkonusudur. Fakat bu, hukukun ontolojikman belirliğini, olayları oldukları gibi alması gerektiğini içermemekte; hukuk, olayları, gene olaylar âlemine göre ve fakat deontolojikman belirlemektedir: Olaylara bağlı bir deontoloji! İşte hukukun “olan” ve “gereken” arasında yer aldığı görüşünün temelinde yatan budur: Hukuk, tekellikle olaylar âleminde yer almakta; fakat olaylar—dır ki- hukuka bağımlılıkla akışmaktadırlar. Bu durumda merkez hukuk olmakta; hukuk filozafisi de ağırlığını hukukun kendisi üzerinde toplamakla yükümlü bulunmaktadır. Bu da,

Kant'inkine paralellikle, bir Copernic vâri devrimdir: Hukuksal normativitenin natürünü arındırma göreviyle donatık hukuk filozofisi, hukuku dışarıdan inceleyen değil ve fakat realitesini ve gereklerini kavramak üzere onun içine sızan kimliği ile bir "Galileen devrim" geçirmiştir²⁷.

Fenomenoloji, madalyonun diğer yüzünü de —hemenlikle— özdeş görmekte; hukukun realitesiz olamaması gibi, klâsik doktrinin savı tersine, sırf maddesel, yani ajüridik karakterde herhangi bir insansal davranış bulmak, çok güç ve hattâ olanaksızdır. Örneğin bir televizyon izlemek, bir banyo kazanı yakmak..., gizillikle bir hukuksal sonuç doğurabilecek karakterdedir²⁸. Hernekadar bir hukuksal totalitarizm ve absolütizm ya da panjüridizm sözkonusu değilse de, hukukun kapsamı son derece genişir²⁹. Böylece hukukun somut fenomenlerle enterdepandansı, bu fenomenleri saltlıkla hesabakatma zorununu ortaya çıkarmakta ve bu da "reel kaynaklar"a meşruluk kazandırmaktadır³⁰. Bunun konumuz yönünden anlamıysa, olayların hukukun şansını belirlemede roloynadıklarıdır. Fakat bir kez daha vurgulayalım ki bu, hukuku olguların kendisellikte meydana getirdikleri anlamına gelmemektedir³¹.

İşte böylece "ideasyon" sorununa elatmış olmaktadır³²: Açıklamalarımızın ortaya koyduğu üzere sözkonusu olanı, ideal hukukun değil ve fakat olaylar âlemine bağlılıkla hukukun şansının saptanımıdır. Evet, hukuk normunun temelini, "eydetik akziyomlar" değil ve fakat insansal yaşamının konkret verileri oluşturmaktadır³³: "Ex facto oritur jus (Hukuk varlık nedenini olaylarda bularak doğar ve gerçekleşir)"³⁴. Ne varki bu, realite —olaylar—nin olduğu gibi kabullenimini içermemekte ve bu bakımdandır ki hukuk, "ideal" karakter göstermektedir³⁵. Olaylar, hukukun matiyerini biçimlemektedir-

27) Fabre (S.), loc. cit., p. 25.

28) İbidem, p. 57.

29) İbid., p. 53.

30) İbid., p. 53.

31) İb., p. 55.

32) İb., pp. 70 et s.

33) İb., p. 71.

34) İb., p. 54.

35) İb., p. 72.

ler³⁶; hukuksa, matiyerle tükenmemekte, matiyerinde kendini göstermektedir.

Durumun fizik ile karşılaştırımı, konunun aydınlanması yönünden yararlı olacaktır. Her ikisinin ortaklaşa ve ayırık tutumunu şöyle saptayabiliriz: Esans bakımından durum, her ikisi için de özdeş olup birincisi —fizik—, sansibli entelijibil düzeye çıkarırken; ikincisi —hukuk—, kompartmanları entelijibilize eder. Hattâ her ikisinde de bu, abstraksiyon ve jeneralizasyon yoluyla sağlanır³⁷. Ancak, her ikisi arasında bir natür ayrımı vardır ve bu da, hukukta işiniçine şasin da girmesinden ileri gelmektedir. Böyle olunca hukuk, abstraksiyon ve jeneralizasyonu, deontolojik temele göre gerçekleştirmekte; bu bakımdan da, bir yandan olaylara göre belirlenirken, öte yandan da olaylar hukuka göre belirlenmektedir.

Bir diğer bakımdan bu, “olgu ve hukukun enterpenetrasyonu” sorununa varlık kazandırmaktadır: Eğer olgudan hukuka ve hukuktan da olguya doğru bir sürekle “alışveriş”, bir sürekli “geçişim” olmaktaysa³⁸ bu, hukukun esans değil ve fakat şans itibariyle belirli oluşundan dolayıdır. Nitekim, şanstın yoksun bulunan kavram için böyle bir durum sözkonusu değildir. Bir diğer deyişle, kavramın olaylarca belirlenmesine karşılık; şans, aynı zamanda olayları belirlemektedir. Bunun anlamıysa hukukun, hem reelden bağımsız ve hem de reele bağımlı olmadığı; yani, reel ile enterdepandans hâlinde bulunduğuudur.

Evet, içeriksiz bir hukuk düşünülmezdir. Fakat bu içerik, hukukun şansına göre biçimlenmekle ki, hukukun esansında deyimini bulan hukuk damgasını yemekte, hukuk hâline gelmektedir. Örneğin bir gansgterin haraç ve bir memurun vergi almak için para istemeleri, içerik-olgu- itibariyle özdeş olup sonuçsallıkla bir para istemedir. Nevarki şans açısından iki olayın ayırık fenomenleri karşıladıkları açıktır. Hukuka düşeni de, olayları bu şansları doğrultusunda değerlendirmek ve düzenlemektir. Buysa, olgusal alan —gerçeklik—dan ayırık bir hukuksal alan —gerçeklik—in var olduğunu

36) İb., p. 53.

37) İb., p. 73.

38) İb., p. 55.

gösterir. Zaten bu, pek öyle gözden de kaçmış değildir³⁹. İster klasik Roma prosedürü, ister Alman hukuku, ister Belçika ya da İtalya Yargıtayı, isterse Fransız Danıştayının içtihatları sözkonusu olsun, hep bu aynı istek kendini empozelemektedir: Hukuk ile olguyu iki ayrı—k— evren olarak düşünmek “Sâdece soyut kavramlar ve esanslar katında düşünmek, hukuku etkisiz kılar; olgunun norm önünde eğilmesini yadsımak ise, erk ilişkilerine düşmeye götürür”⁴⁰. Burada gözden kaçırılmaması gerekeni, —hukuksal— normun, esansa göre düzenleme durumunda bulunduğudır. Yani, olguyu hukuksal norma bağlamak, kurukuruya norma değil ve fakat norm biçiminde düzenleyici kimliğine sokulmuş —ahlâksal— değere bağlamaktır. Bu bakımdan bize düşeni, fenomenolojinin, —ahlâksal— değerın hukukun determinasyonundaki rolüne değin görüşlerini saptamaktır.

C. Değer

Sorun, temelde etik-man belirlik-in, hukukun natürüne girikliliğidir. Kuşkusuz ki çözüm, açıklamaya gereksinlikle olanaklıdır. Sorunu şu biçimde konumlayabiliriz: Yaşamının istenci, —keyifsellik-le değil ve fakat— önceden belirli bir strüktüre göre hukuk meydana getirmekte; nevarki bu, strüktürün hukuk doğurma yeteneğini içermemektedir. Bu bakımdandır ki olgu ve değeri de hesaba katma zorunluğu vardır. Ancak, —yukarlarda belirttiğimiz üzere— olgunun hukuku belirleme açısından rolü salt olmayıp kendisi de esasına göre belirli bulunma durumundadır. Bu durumda sansın etik-insansal- değere indirgeniminden başka çıkar yol bulunmadığı ortadadır. Bununla birlikte, bu da sorunu —tümüyle— çözümlenmemekte; zira insansal değer—ler—in, hukuku dışardan mı, yoksa içerden —natürüne giriklikle— mi belirlediğinin de belirtilmesi gerekmektedir.

Fenomenolojinin de buna oldukça uygun bir tutum alarak şöyle bir açıklama yoluna gittiği görülmektedir⁴¹: Hukuksal strüktür

39) *Ib.*, p. 55.

40) **Rivero (J.)**, La distinction du droit et du fait dans la jurisprudence du Conseil d'Etat français, in *Le fait et le droit*, Bruxelles, 1961, p. 148.

41) **Fabre (S.)**, *loc. cit.*, p. 172.

—esans—ün hukukun belirleniminde yetersiz kalması, değeri gündeme getirmekte ve bu da hukuk fenomeninin belirleniminde adâleti de hesaba katmaya götürmektedir. Marquis de Coustine'in dediği gibi, "adâletin olmadığı bir ülkede hukukçular da yoktur". Ancak, fenomenoloji, genelindekine uygun bir tutumla, adâleti, olaylara —bağımlı değilse de— ilişkinlikle öngörmekte ve böylece de hukuka, olaylara göre belirlenen ve fakat gene de olayları belirleyen bir kimlik kazandırma yoluna gitmektedir. Buna göre gerek Thomas Aquino'daki gibi Tanrı'ya ve gerekse Grotius ve Pufendorf'taki gibi insan doğasına dayalıla öngörülen transsandan ereklere indirgenmiş bir adâlet anlayışı, hukukun determinasyonu yönünden tehlikeli bir adım biçimler.

Fenomenolojinin doğal hukuk anlayışı karşısındaki bu tutumunu biraz daha belirtmekte, konumuzun aydınlanması açısından yarar vardır. Temelde bu, ahlâkın hukuk-tan ayrık-a yabancı bulunuşu ve böylece de doğal hukuk anlayışının, hukuku kendisine yabancı kılmakta oluşudur. Her iki noktayı da ayrıklıkla saptayalım! Şunu vurgulayarak girmemiz yerinde olacaktır ki, sansa dayalı bir hukuk anlayışının, hukukun moralitesini içermesi, hukukun moralizasyonuna götürmesi kaçınılmazdır. Bu bakımdan fenomenolojinin hukuk karşısındaki tutumu bir çelişkiyi içermekte; ahlâk ve hukuk arasında kesin ayırım görmekle fenomenoloji, hukukun sansını ahlâkdış bir kimliğe büründürmekte, ahlâksız bir hukuka vize verme durumuna düşmekte ve böylece de kuşkusuz ki sansa bağ-ım-lılık tüm varlık nedeni-anlamı-ni yitirmektedir.

Gerçekten de fenomenolojinin gözünde hukuk ve ahlâk, iki ayrık mecburiyeti biçimini temsilleyen, iki ayrık disiplindir. Ahlâksal mecburiyet, insanı, duyuncunun iç yargınağı önüne çıkarır ve bu nedenle de ancak otonom açıdan anlaşılabilir. Oysa hukuksal mecburiyet eteronomi temeline dayanmakta ve dolayısıyla da ayrık bir disipline konu olma durumunda bulunmaktadır⁴².

İşte fenomenolojiyi doğal hukuk anlayışının karşısına çıkaran budur; ahlâk ile hukukun bu yabancılığıdır. Böylece doğal hukuk anlayışının kapital yanılığısı, hukuk fenomenini, kendi dışında bir

42) İbidem, p. 246.

determinana göre saptaması olmaktadır⁴³. Gerçi fenomenoloji doğal hukuku, fenomenoloji yargınağı önüne çıkarmak niyetinde değildir⁴⁴. Ama gene de ona karşıtlığını sert bir biçimde belirtmekten geri kalmamakta; örneğin doğal hukukun “yeniden gömülmekten bıkmayan bir kadavranın ezeli dirilişi” olduğunu —M. Battifol’ün ağzından— deyimlemekten kaçınmamaktadır⁴⁵.

— Fenomenolojinin adâlet karşısındaki pozitif ve fakat buna ilişkinlikle doğal hukuk karşısındaki negatif tutumunda deyimini bulan— bütün bunlar göstermektedir ki, hukuk fenomeninin ahlâka yabancılığı, fenomenal âleme yabancılıkla öngörülen bir ahlâk bakımından sözkonusu olmakta ve dolayısıyla da fenomenoloji bu anlamda ahlâkdış bir hukuk anlayışını savunmaktadır. Fenomenolojiye göre her insansal fenomen gibi hukuk ta, fenomenal âlemde varlık göstermekte ve dolayısıyla, hukukun sansını biçimleyen adâlet te, insanın varlık bütünü içindeki yeri açısından öngörülme gerekmektedir. Kısacası, hukuku belirleyen, kendisi de reel insanın —insanın reel— gereksinmelerine göre belirli bulunan bir fenomenal —etik— değer olduğunu söyleyebiliriz.

III. SANS - ESANS GİRİFTLİĞİ

Değerin olguya bağlılıkla saptanımının fenomenolojik anlamını kavramak üzere konuyu esasn ile ilişkisi açısından elealmamız yerinde olacaktır. Konuya, anımsatma kabilinden şunu vurgulayaraktan girelim ki, hukuk norm-atif strüktür- kimliğinde karşımıza çıkmakla birlikte bu, hukuk fenomenini kavramaya yetmemekte; buy- sa —özellikle değer olmak üzere— içerik sorununu gündeme getirmektedir. Konu, normativizmin refütasyonu ve bununla ilgili olarak hukuk-ahlâk ilişkisi yönünden büyük önem taşımaktadır. Evet, hukuk normativiteyi içermekte ve fakat bu, normativizmi jüstifiye etmemektedir. Nedeni de normun madde —içerik—sinden ayrılmazlığıdır. İşte bu yüzdendir ki normativiteden normativizme geçiş

43) *Ib.*, p. 173.

44) *Ib.*, p. 170.

45) *Ib.*, p. 168.

olanağı bulunmayıp Kelsen ve —yanlış anlaşılması— Kant, haklı görülemezler⁴⁶.

Kant'ın bu yanlış anlaşılmasının belirtilmesi, hukuk-ahlâk ilişkisine ve dolayısıyla da konumuza ışık tutması yönünden kapital önemdedir. Bu bakımdan Kant'taki ipotetik ve kategorik emperatifler ayırımı üzerinde durmamız gerekmektedir⁴⁷. Bunlardan —hukukun ilişkin bulunduğu— birincisi, teknik karakterde olup pratik ya da pragmatik zorunluğu; —ahlâkın ilişkin bulunduğu— ikincisiyse, pür karakterli moral zorunluğu deyimlerler⁴⁸. Buna paralellikle Kant, moral ile hukuk arasındaki ayırımı, birincisinin içsel (intérieur), ikincisinin dışsal (extérieur), oluşunda görmekte ve dolayısıyla da otonomi ve eteronomiye indirgemektedir⁴⁹. Ahlâkta insan, kendi kuralına uyarken otonom; hukukta ise, başkası —yasaman—nın koyduğuna uyarken eteronomdur⁵⁰. Buna uygun olaraktan moralite bir sajes (bilge)i, legalite ise kollektif güvenliği öngörmekte ve dolayısıyla ahlâk kişisel —bireysel—, hukuk ise sosyal bir kimlik göstermektedir⁵¹. Hukuk, kendisellikle İyilik'i aramamakta; toplumdaki koekzistans yasalarını belirlemeye —saptamaya— çalışmaktadır. Hukuk kuralı, bir kategorik emperatif değil⁵², ipotetik, kondisyone (koşulsal) bir emperatiftir. Hukuk kuralının böyle ipotetik, kondisyone oluşu, iki bakımdan sözkonusu olmaktadır ki bunlar da, hukuksal normlar kompleksinde üstteki norma uygun bulunma zorunluğu ve —maddesel— yaptırıma bağlanmışlıktır⁵³.

Bütün bunlar, hukuk konusunda sans ile esansın nasıl girişik bulunduğunu göstermeye yetmektedir sanırız. Yerinde bir sonuca varılabilmesi, hukukun bir ipotetik emperatif biçimleyip biçimlemediğinin ve dolayısıyla da teknik ve pragmatik karakterde olup olma-

46) İb., p.83.

47) **Kant (I.)**, Critique de la raison pratique, Trad. Picavet, PUF, 1943, p. 34; Fondement de la métaphysique des moeurs, Trad. Delbos, Delagrave, 1905, p. 125; Premiers principes métaphysiques de la doctrine du droit, Trad. Philonenko, Vrin, 1971, p. 88.

48) **Fabre (S.)**, loc. cit., p. 84.

49) İbidem, pp. 84-85.

50) İbid., p. 87.

51) İb., pp. 84-85.

52) İb., p. 86.

53) İb., pp. 87-88.

dığının anlaşılmasıyla olanaklıdır. Bunun için de şu ipotetik emperatif üzerinde biraz durmamız gerekmektedir. Kant'a göre ipotetik emperatif, "amacı isteyen, araçları ister"e indirgenebilecek tiptedir ki bu, kişinin belirli bir amaca varması bakımından sözkonusudur⁵⁴. Bir diğer deyişle, ipotetik emperatifte, "şunu yapmak istersen bunu yapmalısın" formülü geçerlidir⁵⁵. Ancak, bu konuda gözden kaçırılmaması gerekeni, hukukun sosyal natürüdür. Hukuk kuralı, Hegel'in çok yerindeliğiyle tanılacağı üzere, kişisel —bireysel— değil, sosyal amaçlara görelikle varlık gösterir⁵⁶. Bir kişi, hukuk kurallarına kişisel amaçlarla uymakta olabilir; Fakat bu, kuralın sosyal amaçlara dönüklüğünü ortadan kaldırmaz. Örneğin eski hânedân mensuplarının ülkeye girmelerini yasaklayan bir hukuk kuralı da, gerçekte, bir —ya da birkaç— kişi için değil ve fakat bir sosyal amaçla konmuş bulunmaktadır⁵⁷.

İşte bu sosyal natürü, hukukun, yukarıda saptanmış bulunan anlamda, bir ipotetik emperatifi biçimlemesine ve dolayısıyla da teknik ve pragmatik karakter taşımasına olanak vermese gerektir. İpotetik emperatif, olgu ya da aksiyonun materyalitesine ilişkin olduğu içindir ki Kant tarafından teknik ve pragmatik karakterde öngörülmüş ve hukuka da aynı karakter bağlanmıştı. "Oysa hukuk, deneylerin materyalitesine değil ve fakat sosyal grubun yaşamını organize eden erekler sistemi içinde deneylerin nitelendirildiği anlama bağlıdır"⁵⁸). Buysa, teknik ve pragmatik bir hukuk anlayışını dışarmakta; hukukun şansı ile belirliliğini ortayakoymaktadır. Kısacası, natür-fenomen-ü itibariyle hukuk, sosyal yaşamını, anlam-ahlâk-a göre düzenleme durumunda olan bir normatif strüktür —normlar kompleksi— olmaktadır ki, bunun da tümüyle gerçeği karşıladığına kuşku olmasa gerektir.

IV. REFLEKSİF SAPTANIM PROSEDESİ

Dediğimiz gibi hukukun şansı, tarihsel ve istençsel olaylar içinde ve fakat bunlardan bağımsızlıkla bir varlığa sâhip bulunmakta-

54) İb., pp. 88-89.

55) İb., p. 91.

56) İb., p. 89.

57) İb., p. 90.

58) İb., p. 91.

dır. Buysa, yukarıda belirttiğimiz üzere, eskripsiyonun yanında refleksiyonun da işiniçine girmesi demektir. Gerçi durum, hukukun esansı yönünden de pek ayırık değildir. Aama gene de sansı bakımından tümüyle uygun düşmekte; refleksiyon, strüktürden çok, anlamın saptanımında zorunluk göstermektedir. Bu bakımdandır ki hukukun sansı sorununun çözümü, deskriptif tutumdan refleksif tutuma geçişi zorunlu kılmaktadır⁵⁹. Artık, belirlenecek bir strüktür değil ve fakat kavranacak bir anlam sözkonusudur ki bu da, —kuşkusuz ki realiteye basan bir refleksiyon ile olanaklıdır. Bir diğer ve daha açık deyişle sözkonusu olanı, hukuksal varlığın “ultima ratio” sunu ortayakoyamak ve bunun için de hukuksal nosyon ve kuralların varlık nedenlerini ve vokasyonlarını saplayacak refleksiyonlara girişmektir.

İmdi nedir refleksiyon? Refleksiyon, süreklilikle yeniden başlayan ve gerçek ve sürekli yaratışı sağlayan düşüncedir. Bunun için önce, bir entansiyonel epistemoloji yapıp hukuku pür realitesi içinde kavramak ve böylece de onu, örten yabancı varlıklardan arındırmak gerekmektedir. Bundan sonradır ki sıra, onda gizli olan anlamı çıkarmayı amaçlayan transsandantal fenomenolojiye gelecektir⁶⁰. Durum fenomenolojinin geneldeki tutumuna tümüyle uygun düşmekte; reel varlıklardan devinilmekte ve fakat bunlarla yetinilmemektedir. Bunu, hukukun entansiyonel fenomenolojisinde açıkça gözlemlememiz olanaklıdır. Nedir hukukun entansiyonel fenomenolojisi⁶¹? En kısa tanımıyla bu, hukuk kurallarına canveren niyetin araştırılmasıdır. Bu, bir dekripta décryptage) —belirleme— çabası olup kartezyen bir espri ile tüm önyargılardan arınmakla kavranabilen apaçık sonuçların saptanımına dayalıkla yürütülür⁶². İşte tüm hukuk, böyle bir entansiyonel varlığın strüktürasyonu, enstitüsyonudur. Kısacası, hukuku temelde bir anlam belirlemekte; tüm hukuk, —kendisinden bağımsızlıkla da olsa— bu anlamın örgütlenimine dönüklükle kendini göstermektedir. Bu durumda tüm sorun da, bu temel—deki— anlamın saptanımında düğümlenmekte ve çözüm de refleksiyonu gerektirmektedir.

59) İb., pp. 197 et s.

60) İb., p. 200.

61) İb., pp. 205 et s.

62) İb., p. 206.

Buna paralellikle hukuk fenomeninin temel saptanım proseresi şöyle belirlenmektedir: İlk kez, pür spekülasyondan kaçınmamız gerektir. Zira sözkonusu olanı, hukukun, “bilimsel filozofi” açısından satanması; “hukukun bilimsel filozofisi”nin yapılmasıdır. Gerçi burada aslolan, hukuksal “zorunlu”dur. Ama hukuksal “zorunlu”, ancak hukuksal “öylesele (arızî)”lerde kendini göstermekte ve bu da, hukuksal “öylesele” —deskripsiyon—e sıkısıkıya bağlılığı içermektedir. Bu durumda sorunu Husserl’e indirgeyerek çözüme bağlayacak olursak, “bilimsel filozofi”, aynı problemlerin durmadan yeniden incelemine dayalıla işlemektedir ki, böylece, “gözlemlenebilir”den primordiyal veriler sağlanacak, “bilimin presiyantifik orijinleri”ne varılacaktır⁶³.

Açıklamalarımızı noktalamanın en uygun yeri olsa gerektir! Tüm sorun ve çözüm, hukuksal strüktürasyon ve enstitüsyonlara canveren anlamların bulunmasında düğümlenmekte; bunun içinde hukuka ilişkin verilerin —refleksiyona dayalı— filozofik analizi gerekmektedir. Hukukun sansı sorununa bugüne değin —hemen tümüyle— düşünce alışkanlıkları, saplantı ya da çıkar hesaplarıyla yaklaşılmış ve bunun için de çözümlenmezlik bağlanmış ve tüm ağırlık, hukukun esansı üzerinde toplanmıştır. Oysa, bilim —adamı— için bütün bunlardan arınmak, olanaklı ve de zorunlu bulunmaktadır. Bu durumda hukuk bilimine düşen temel görev de, bir yandan hukuk bilimini böyle koşullandırılmaldan arındırmaya çalışırken, bir yandan da ağırlığı hukukun sansları üzerine kaydırmak ve hukuksal kuralları ve kurumları, tüm düşünce alışkanlıkları, saplantı ve çıkar hesaplarından arınmışlıkla saptanacak olan hukuksal anlamların hizmetine sokmak; böyle hukuk kuralları koymak ve konmuşları da böyle yorumlamaktır.

63) İb., p. 46.

BİBLİYOGRAFI

- ARON (R.), La sociologie allemanda contemporaine, Paris, 1935.
- BACHELARD (G.), La valeur inductive de la relativité, 1929.
- CUVILLIER (A.), Où va la sociologie française? Paris, 1953.
- DARTIGUES (A.), Qu'est-ce que la phénoménologie?, Toulouse, 1972.
- DILTHEY, (W.), Idées dans le monde de l'esprit, Trad., Remy, Paris, 1947.
- DUGUIT (L.), Traité de droit constitutionnel, T. I, 3ème éd., Paris, 1927.
- FABRE (S.), Essai de critique phénoménologique du droit, Paris, 1972.
- HUSSERL (E.), Idées directrices pour une phénoménologie, Trad., P. Ricoeur, N.R.F., 1950.
- KANT (I.), Critique de la raison pure, Trad., Paris, 19...
- KANT (I.), Critique de la raison pratique, Trad. Picavet, PUF, 1943.
- KANT (I.), Fondement de la métaphysique des moeurs, Trad. Delbos, Delagrave, 1905.
- KANT (I.), Premiers principes métaphysiques de la doctrine du droit, Trad. Philonenko, Vrin, 1971.
- KELSEN (H.), Théorie pure du droit, Trad. H. Thévenaz, Neuchatel, 1953.
- KELSEN (H.), Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public, Cours de l'Académie de droit international, 1926, T. XIV.
- LYOTARD (J.-F.), La phénoménologie, Paris, 1956.
- MALBERG (C. de), Contribution à la théorie générale de l'Etat, Paris, 1920.
- ÖZBİLGİN (T.), Eleştirisel Hukuk Başlangıcı Dersleri, İstanbul, 1976.
- ÖZBİLGİN (T.), Antinatüralist bir sosyoloji anlayışının jüstifikasyonu açısından fenomenolojik sosyoloji anlayışının lejitimasyonu, İ.H.F.M. ,C. XLIII.
- PHILONENKO (A.), 140 euvre de Kant, Vrin, 1969.

ROUBIER (P.), Théorie générale du droit, 2ème éd., Paris, 1951.

RIVERO (J.), La distinction du droit et du fait dans la jurisprudence du Conseil d'Etat français, in Le fait et le droit, Bruxelles, 1961.

SCELLE (G.), Les Cours de droit, Paris, 1944-45.

VECCHIO (G. del), Hukuk Felsefesi Dersleri, çev. S. Erman, İstanbul, 1952.

VEDEL (G.), Droit administratif, Paris, 1968.

VIRALLY (M.), La pensée juridique, Paris, 1960.