

# # YASAYA SADAKATİN FARKLI BİR OKUMASI: PHILIPP HECK

Yard. Doç. Dr. Altan Heper\*

## 1. Genel Olarak

Philipp Heck (1858-1943) 20. yüzyılda hukuk biliminde önemli bir yer tutan Menfaatler Hukukçuluğu<sup>1</sup> öğretisine damgasını vuran bir hukukçudur<sup>2</sup>.

<sup>H</sup> Hakem denetiminden geçmiştir.

\* Özyeğin Üniversitesi, Tübingen, Würzburg, Passau ve Mannheim Üniversiteleri öğretim üyesi

<sup>1</sup> Türk literatüründe Almandada Interessenjurisprudenz olarak anılan bu öğreti için değişik tanımlamalar örneğin “Menfaatler İctihadı Metodu” (Adnan Güriz, Hukuk Başlangıcı, 12. baskı, Ankara, 2009, s. 69; Hukuk Felsefesi, Ankara, 1985, s.), “Menfaatler İctihadı Okulu” (Abdullah Dinçkol, Hukuka Giriş, Hukukun Temel Kavramları, 2009, İstanbul, s. 231, Cahit Can, Hukuk Sosyolojisinin Gelişim Yönü, 2. baskı, 1997, Ankara, s. 130; Ali Nazım Sözer, Hukukta Yöntembilim, 2. baskı, İstanbul, s. 29), “Menfaatler İctihadı Yöntemi” (Kemal Gözler, Hukuka Giriş, 8. Baskı, Bursa, 2011) denmektedir. Rona Serozan “Menfaat Hukukçuluğu” terminolojisini kullanmaktadır (Rona Serozan, Medeni Hukuk, Genel Bölüm, 2008, s. 108). M. Tevfik Özcan, Yasemin Işıқтаç, Yasemin Işıқтаç- Sevtap Metin “Çıkarlar Hukukçuluğu” terimini kullanmaktadır (Mehmet Tevfik Özcan, Hukuk Sosyolojisine Giriş, İstanbul, 2001, s. 40, Yasemin Işıқтаç, Hukuk Felsefesi, 2. Baskı, 2006 İstanbul, s. 465, Yasemin Işıқтаç- Sevtap Metin, Hukuk Metodolojisi, 2. Baskı, İstanbul, 2010, s. 104). Jurisprudenz terimi alman hukuk terminolojisine anglo-sakson hukukundan girmiş olup, hem hukuk uygulamasını (Rechtsanwendung) hem de hukuk bilimini (Rechtswissenschaft) kapsar, “Jurisprudence” veya Jurisprudenz i almanca ifade edecek bir karşılık bulunmamaktadır (Eric Hilgendorf, Das Problem der Wertfreiheit in: E. Hilgendorf/ L. Kuhlen, Die Wertfreiheit in der Jurisprudenz, Heidelberg, 2000, s. 1-32). Almanca konuşulan ülkelerde hukukçuların çoğunluğu “hukuk bilimi” ve “Jurisprudenz”i eş anlamlı sözcük olarak kullanmaktadır (E. Hilgendorf, Grundlagenforschung im 21. Jahrhundert in Deutschland in: Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert Hrg. W. Brugger, U. Neumann ve S. Kirste, s.111) ; Kanaatimizce aynı terminolojik sorunu Türk Hukuku da yaşamaktadır.

<sup>2</sup> Johann Edelman, Die Entwicklung der Interessenjurisprudenz, 1967, Berlin, s. 13; Franz Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., 1967, Berlin, s. 574; krş. Josef Esser, Nachwort, Heck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, Bad Homburg, 1968, s. 213. P. Heck 1858’de St. Petersburg’da doğdu, Leipzig’de matematik öğrenimini bıraktıktan sonra Berlin’de Rudolph Jhering’in “Roma Hukukunun Ruhunu” isimli eserinin etkisiyle 1879’da hukuk öğrenimine başladı, 1886’da hukuk eğitimi bitirdi. Berlin’de doktorasını ve doçentlik tezini verdi. Mütakiben doçentlik tezini tamamladı, 1889’da Greifswald Hukuk Fakültesinde profesörlüğe atandı. Akademisyenliğin yanında hakimlik de yapmıştır, böylece hukuk uygulamasını içinden izleme şansını da yakalamıştır. 1902 den 1928’e kadar Tübingen Hukuk Fakültesinde emekliliğine kadar profesör olarak görev yapmıştır. 1911’de Tübingen Üniversitesi rektörlüğüne atandı, Württemberg Kralı tarafından asilzade ilan edildi. Her ne kadar Hukuk Tarihi, Borçlar Hukuku, Eşya Hukuku, Devletler Özel Hukuku gibi özel hukuk dallarında da pek çok eser vermiş olmasına rağmen asıl hukuk felsefesi ve hukuk metodolojisi konularındaki çalışmaları ile tanınmıştır. 1943 yılında Tübingen’de ölmüştür (Die Zeit, Das Lexion, Bd. 6, 2005, Hamburg, s. 297; H. Schopmeyer, Juristische Methode als Lebensaufgabe-Leben, Werk und Wirkungsgeschichte Philipp Hecks, Tübingen, 2001). 1933’de iktidara gelen Nasyonal Sosyalist Parti döneminde bu ideolojinin önde gelen hukukçularının bulunduğu Kiel grubunun, Friedrich Schaffenstein, Carl Schmitt ve özellikle Karl Larenz’in Nazi ideolojisi temelli eleştirileri, Menfaatler Hukukçuluğunun liberal ve burjuva döneminin miadını yitirmiş hukukçuluğu olarak eleştirileri as-

Heck, Menfaatler İçtihadı ifadesini ilk kez 1905 yılında “Menfaatler Hukukçuluğu ve Yasaya Sadakat” (Interessenjurisprudenz und Gesetzestreue) başlıklı 15 Aralık 1905’de “Deutsche Juristen Zeitung”da yayınlanan bir makalede kullandı<sup>3</sup>. Bu makalede Heck hukukun varlığını, sebebini, halkın bilincinde oluşan bir düşünce olarak değil, çıkar çatışmaları konusunda karar verme olarak açıklamak gerektiği tezini savunmaktadır<sup>4</sup>. Heck’in temel tezi, hukukun toplumda kendini kabul ettirmeye çalışan ve birbirleriyle yarışan menfaatlerin ürünü olması, yorumun normların lafzına veya yasayı kaleme alanın subjektif düşüncelerine takılıp kalmaması, bunun yerine yorumda yasada rol oynayan nedenselliği olan menfaatlerin dikkate alınmasıdır. Çatışan çıkarların hukuk uygulamasında dikkate alınması Menfaatler Hukukçuluğunun bir katkısı olarak görülür. Çatışan çıkarlarda yasa koyucunun amaçları (teleolojik yorum) ve buradan hareketle Değerler Hukukçuluğu (Wertungsjurisprudenz) öğretisi hukuk metodolojisi için bugün de önem taşır<sup>5</sup>. Heck Türkiye’de geniş araştırmalara konu olmasa da, hemen hemen her hukuk başlangıcı ve medeni hukuka giriş ders kitabında menfaatler hukukçuluğu, kavramlar hukukçuluğu, menfaatler hukuku çatışması bağlamında referans gösterilen bir hukukçudur<sup>6</sup>. Hukuk metodolojisi için yorum, boşluk doldurma gibi konulardaki çalışmaları bugün de geçerliliğini korumaktadır.

Heck dışında Heinrich Stoll (1891-1937)<sup>7</sup>, Rudolf Müller-Erbach’i (1874-1959)<sup>8</sup> ve Max von Rümelin’i (1861-1931)<sup>9</sup> de menfaatler hukukçuluğunun önemli isimleri olarak belirtebiliriz.

## 2. Kavramlar Hukukçuluğu Eleştirisi

Menfaatler Hukukçuluğunun ortaya çıkışının önemli bir açıklama biçimi Kavramlar Hukukçuluğunun yarattığı hoşnutsuzlukla açıklanmaktadır<sup>10</sup>. Aslında ekol olarak Kavramlar Hukukçuluğu ifadesinin de isim babası Heck’tir.

---

ında koyu bir muhafazakâr olan Heck’i önce şaşırtmış sonra da savunma aramaya sevk etmiştir (Heck, *Rechtserneuerung und juristische Methodenlehre*, 1936, Tübingen). Heck Nazilere yaklaşmış, kendi öğretisi Menfaatler Hukukçuluğunu Nasyonal Sosyalist Hukukçuluğa yakınlaştırmaya çalışmıştır.

<sup>3</sup> Coing Interessenjurisprudenz teriminin ve bu yöndeki ilk düşüncelerin ilk kez felsefeci Eduard Benecke tarafından kullanıldığını ifade etmektedir (Helmut Coing, in: ARSP, 1968, s. 69 vd.) Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 2. Aufl, 1969, Berlin, s. 53’e atfen.

<sup>4</sup> Edelmann, A.e

<sup>5</sup> Krş. Serozan, A.e.; günümüzün değerler hukukçuluğunu menfaatler hukukçuluğunun devamı olarak gören Larenz Heck’in esas temsilciliğini yaptığı akımı ilk, erken menfaat hukukçuluğu olarak nitelendirmektedir (Larenz, A.e., s. 50). Nazım Sözer Seilir’e atıfla değerler hukukçuluğunu, menfaatler içtihadının bir diğer şekli „değerler yaklaşımı“ olarak ifade etmektedir. Sözer’e göre „menfaat yaklaşımı belirsiz nitelikli menfaatlere dayanırken, değerler yaklaşımı menfaati esas almakla birlikte adalet, kamu yararı, ferdin ve grubun yararı gibi belirli menfaatlere dayanır“ (Sözer, A.e., s. 30).

<sup>6</sup> bkz. dipnot 1’deki kaynaklar

<sup>7</sup> Önemli eserlerinden biri “Begriff und Konstruktion in der Lehre der Interessenjurisprudenz” in: *Festschrift für Heck*, 1931, s. 60 vd.

<sup>8</sup> Önemli eserlerinden bazıları „Reichsgericht und Interessensjurisprudenz, in: *RG Festschrift*, Bd. I, s. 161; *Wohin führt die Interessenjurisprudenz ?; Die Rechtswissenschaft im Umbau*, 1950

<sup>9</sup> “Zur Lehre von der juristischen Konstruktion” in: ARSP, 16, 1922/1923, s. 343-355

Kavramlar Hukukçuluğu hukukta ortaya çıkan boşlukların hukukun sistemleştirilmesi çalışmaları ile giderilebileceğini yani yasalarda ortaya çıkan boşlukların kuruma dönüşmüş hukuk kavramları aracılığıyla çözülebileceğini ileri sürmektedir. Bu yaklaşımla ortak bir hukuka ilişkin inşanın, kavramların tüm boyutları ile tanımlanıp bir araya getirildiği bir teorik çalışma olarak sunulur. Örneğin mülkiyet, sözleşme, delil vb. gibi tüm hukuk sistemlerinin ortak kavramlarının tanım ve sınıflandırmasına bir değer tanınması söz konusudur.

Bunun yanında Heck, Serbest Hukuk Okulu'nu (Freirechtsbewegung) da eleştirmektedir. Serbest Hukuk Okulu ise yasaların veya kavramlar üzerinde yapılacak çalışmalarla hukukun geliştirilmesine yönelik değerlendirmelerin yerine hakimin hukuk yaratmasını ve her bir hukuksal sorun için o soruna uygun çözüm üretilmesini önermekteydi<sup>11</sup>.

Heck, Kavramlar Hukukçuluğu ve Serbest Hukuk Okulu'na karşı görüşler geliştirirken diğer yandan Jhering'in Menfaatler Hukukçuluğu temelinde kendi konseptini ortaya koymuştur<sup>12</sup>. Heck, Jhering'in radikal değişimi öncesi ileri sürülen hukuk sistemlerinin eksiksiz bir birlik, bütünlük oluşturduğu ve bu hukuk sistemlerinin içerisinde yer alan hukuk kavramlarından yeni normların kazanılabileceği görüşünü eleştirisinin temel hareket noktası yapar<sup>13</sup>. Ona göre bu tür bir norm kavramı söz konusu değildir. Heck kendi eleştirisini Jhering'in ona yaklaşımından yola çıkarak kurduğunu belirtirken, Jhering'in teorisinde ortaya çıkan dönüşümün yol gösterici olduğunu da eklemektedir<sup>14</sup>. Jhering'in Genetik Menfaatler Teorisinde belirttiği yasaların aslında çeşitli menfaatlerin ürünü olarak biçimlendiği iddiasını Heck de kendi yaklaşımına temel almıştır. Ancak Heck, Genetik Menfaatler Teorisinin, kendi isimlendirmesiyle Produktif Menfaatler Teorisi olarak şekillenmesiyle ile yasakoyucunun menfaatlere yönelik değerlendirmesinin aynı zamanda hukuk sisteminde ortaya çıkan boşlukların doldurulması için bir imkan olarak kullanılabileceği yönünde yeni bir imkanı da sunmuştur<sup>15</sup>.

Aslında sorun çok daha köklü bir tartışma olan hukukun yorum ihtiyacının nasıl karşılanacağına ilişkin Doğal Hukuk-Pozitivist Hukuk ve giderek realist hukuk yaklaşımları açısından üretilmiş olan cevaplarla daha doğrusu tam olarak cevaplandırılan manasıyla da ilgisi vardır.

Jhering'in Roma Hukukunun Ruhunu (Geist des römischen Rechts)<sup>16</sup> başlıklı ünlü çalışmasında kullandığı yöntemi Heck, Jhering'in doğa tarihi metodu olarak isimlendirir. Bu çalışmada ilkeler (Allgemeine Gebotsbegriff) halkın ru-

<sup>10</sup> Larenz, A.e

<sup>11</sup> E. Ehrlich, Freie Rechtsfindung und freien Rechtswissenschaften, 1903, s. 3

<sup>12</sup> P.Heck, Interessensjurisprudenz und Gesetzestreue, 1905, deutsche Juristenzeitung, s. 1140-1142; Begriffsjurisprudenz in: Grundriss des Schuldrechts, Tübingen, 1929, tpki basım Aalen, 1958, s. 471-482

<sup>13</sup> Edelmann, A.e.

<sup>14</sup> R.v. Jhering, Vertrauliche Briefe über die heutige Jurisprudenz; Im juristischen Begriffshimmel, in: ders. Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, 13. Aufl, Leipzig 1924; Der Zweck im Recht, Nachdruck, Hildesheim 1970; Jhering'in düşüncelerindeki Kopernikvari dönüşüm için Ernst A. Kramer, Juristische Methodenlehre, 1998, Bern, s. 117

<sup>15</sup> Heck, Begriffsbildung und Jurisprudenz) 1932, Tübingen, s. 1, 20 vd.

<sup>16</sup> Rudolf v. Jhering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung 2. Teil, 2. Abteilung, 8. Aufl. Darmstadt, 1954

hundan doğan ve tüm hukukun temelini oluşturan şeyler olarak tanımlanmıştır<sup>17</sup>. Dedüksiyon aracılığıyla yani yasalardaki boşluklar bu ilkelere yararlanarak doldurulabilir. Ancak ilkelerin nasıl bulunacağı, karşılaştığımız kuralın gerçekten ilke olup olmadığı hususlarının nasıl belirleneceği açık değildir.

Kavram hukukçuluğunun bu tür ilkelerin aslında yasalarda hakim olan anlayıştan türetildiği görüşü ise bir dedüksiyondan çok bir endüksiyon olarak ele alınmalıdır. Yasa koyucunun yürürlüğe koyduğu normların aslında bir soyutlama aracılığıyla yeniden sistemleştirilmesi aslında kavram hukukçuluğunun yaptığı şeydir. Çünkü aslında kavram hukukçuluğuna göre yasa her ne kadar boşluklar içerse de, hukuk boşluk içermeyeceği için ihtiyaç halinde mutlaka bir çözüm bulmak gerekecektir. Kavramlar hukukçuluğu hukuk düzeninin bir boşluk içermeyen bir bütünlük, birlik içerdiği iddiasındadır. Kavramlar hukukçuluğunun bu akıl yürütme biçimi titiz bir şekilde incelendiğinde aslında katı bir pozitivizm olarak görülebilir. Bu pozitivizmde yargı sadece mantıksal bir tasım ile hareket ederek yasa üstünden bir çıkarım yapar<sup>18</sup>. Jhering aslında tüm hukuk uygulamalarını iki temel form içinde ele alabileceğimizi ve bu formları basit ve yüksek hukuk uygulamaları olarak isimlendirebileceğimizi de Roma Hukukunun Ruhunu kitabında belirtmiştir<sup>19</sup>. Basit uygulama formu sadece konulmuş hukuk normlarının yorumuyla ve sistemleştirilmesiyle uğraşır<sup>20</sup>. Buna karşın yüksek hukuk uygulaması, genel hukuk kavramlarının endüktif yolla kavranması ve bunların ortaya çıkış biçimlerinin incelenmesi, yapısal kavramlar oluşturması ve bu yapısal kavramların sistematize edilmesini de kapsar<sup>21</sup>. Jhering'e göre yüksek hukuk uygulamasının esas yararı sistemleştirme yoluyla pozitif hukukun en iyi biçimde ortaya konulmasıdır. Ayrıca bu uygulama yeni hukuk malzemesinin bitmez tükenmez kaynağına da dönüşür. Çünkü yüksek hukuk uygulamaları aslında hukuksal yapıları da (Rechtsskörper) karakterize ederler. Diğer bir ifade ile hukuk uygulamalarının yüksek formunun çıkış noktası hukuk kavramlarının hukuk yapıları olarak bağımsızlaşması, başlı başına yapılar oluşmasıdır. Yapısal inceleme kavramsal ifadeye dönüştürülür. Bu şekilde kavram belirgin hale gelir ve boşluk doldurmalar ve yorum ihtiyacında kullanılır. Kavramlar işlevsel hale gelir<sup>22</sup>.

Kavram hukukçuluğuna ilişkin bu ana şemayı Heck reddetmektedir<sup>23</sup>. Çünkü Heck'e göre ihtiyaç halinde yani boşluk ve yoruma ilişkin pozitif hukukun bir cevap sunmadığı durumlarda yargıcın bir hukuk yaratma sürecine girmesi söz konusudur. Bu durumda yargıç, tarafların ihtiyaçları ve hukuk güvenliğini esas alarak karar üretecektir<sup>24</sup>. Eğer tarafların hayati ihtiyaçları dikkate alınmadan soyut bir düzlemde bir kural yaratımına gidilirse, bu hukuksal kararı tesadüf-

<sup>17</sup> Heck, Begriffsbildung, s. 166

<sup>18</sup> Heck, Grundriss des Schulrechts, Tübingen, 1929 s. 473; Kavramlar Hukukçuluğunun mekanik mantığının ayrıntılı bir eleştirisi için Yasemin Işıktaç- Sevtap Metin, Hukuk Metodolojisi, 2003, İstanbul, S. 70, 71; Yasemin Işıktaç, Hukuk Normunun Mantıksal Analiz ve Uygulaması, 1999, İstanbul, s. 49 vd.

<sup>19</sup> Jhering, Geist des römischen Rechts, s. 358; Özcan, A.e., s. 40

<sup>20</sup> Heck, A.e., s. 474

<sup>21</sup> Jhering, A.e., s. 383 vd.

<sup>22</sup> Heck, Rechtsgewinnung, s. 11

<sup>23</sup> Heck, Grundriss, s. 475; Interessenjurisprudenz und Gesetzestreu, s. 114.

<sup>24</sup> Heck, Rechtsgewinnung, s. 6

lere terketmek olur. Ayrıca Kavramlar Hukukçuluğu bağlamında çözüm olarak sunulan sistemleştirme, hukuk güvenliğinin sağlanmasına da hizmet etmeyecektir. Çünkü farklı yapıların ortaya çıkabilmesi, sistemleştirme gayreti ile bağlamdan kopulmuş olması ve taraf hoşnutsuzlukları güvenliği bozucu etki yaratır. Kavram Hukukçuluğu ancak ve sadece objektif bir yargılama hayali hakkında bir varsayım olmak açısından yararlı görünebilir<sup>25</sup>.

Heck, Kavram Hukukçuluğunu hukukun yaşamsal açıdan taşıdığı önemi göz ardı etmesi ve kavram yaratma konusundaki abartılı tutumu nedeniyle de eleştirmektedir.

Daha farklı bir ifade ile sistem kavramı yasa koyucunun yürürlüğe soktuğu pozitif yasalardan güçlü bir soyutlama ile varlık bulacak ise, bunlardan somut olaya ilişkin kararlar nasıl üretilecektir? Çünkü soyut kavramlardan daha önce içine yerleştirdiğimizden daha fazlasını dışarıya çıkartamayacağına göre, çözüm de bulunamaz. Soyut sistem kavramından dedüksiyon aracılığı ile oluşturulacak çözüm sadece sözde bir temellendirmeye dönüştürülebilir. Çünkü hukuksal kararların sadece bir yönü mantıksal çıkarımla ilgilidir. Dedüksiyonun doğruluğu her zaman hukuksal kararın doğruluğunun da garanti edildiği anlamına gelmeyecektir.

### 3. Serbest Hukuk Okulu Eleştirileri

Serbest Hukuk Okulu Eugen Ehrlich, Herman Kantorowicz, Ernst Fuchs ve Herman Isay'ın geliştirdiği sosyolojik ağırlığı da olan önemli bir ekoldür<sup>26</sup>.

Serbest hukuk okulu başarılı bir hukuksal kararın salt yasaya bağlılıkla verilmeyeceği yargıcın serbest değerlendirmesinin kararın kalitesini arttıracığı görüşünü ileri sürmektedir. Heck serbestçe hukuk yaratmanın, hem hukuk güvenliği açısından sorun yaratacağını hem de yargıcın muhtemel sübjektif tutumu ile keyfiliğe yol açacağı yönünde eleştirir<sup>27</sup>.

Yargıç yasayı bir ders kitabı gibi göremez, yasanın ona yönelim olarak karar süreci üzerindeki etkisini reddetmek hukuktan beklenen yararı görünmez hale getirecektir. Bu gerekçelerle serbest hukuk okulunun önerdiği çözümün de Heck tarafından reddedildiğini görürüz.

Kendi teorik temellerini oluştururken Heck'in hem kavram hukukçuluğuna hem de Serbest Hukuk Okuluna ilişkin değerlendirmeleri ve yönelttiği eleştiriler üzerinden yeni teorik tutumunu ortaya koyduğunu görüyoruz. Jhering'in Menfaatler Hukukçuluğu teorisinden hareket etmekle birlikte yaşamı etkileyecek hukuksal sonuçlar açısından bazı eklemelerle kendi teorisini şekillendirmiştir.

<sup>25</sup> Heck, A.e., S.13

<sup>26</sup> E. Ehrlich, *Freie Rechtsfindung und Freie Rechtswissenschaft* (1903), yeni basım, Aalen 1987; Gnaeus Flavius takma adıyla yayınladığı eseri „Der Kampf um die Rechtswissenschaft, Heidelberg, 1906; Serbest Hukuk Okulu için, C. Can, A.e.,s. 130; E. Fuchs, *Was will die Freiheitsschule?* Rudolfstadt/Thüringen, 1929; H. Isay, *Rechtsreform und Entscheidung* (1929), yeni basım Goldbach 1995.

<sup>27</sup> Heck, *Rechtsgewinnung*, s. 24

#### 4. Heck'in Menfaatler Hukukçuluğu Teorisi

Menfaatler Hukukçuluğunun anlaşılabilmesinde bu okulun formüle ettiği amaç büyük önem taşımaktadır. Heck'e göre metodoloji bizi yolumuzun başlangıcından bilimsel çalışmanın son amacına götürür. Menfaatler Hukukçuluğu pratik hukuk bilimi için bir metod olmalıdır. Hedefi yaşamı etkilemez. Bu okul için ikinci bir teorik hedef yoktur<sup>28</sup>. Heck aynen şunu söylemektedir "biyolojik olarak hukuk ihtiyaçlarını giderecek ve hayatın dayattığı hukuku kazandıracak yolları bulmayı istiyoruz"<sup>29</sup>. Pratik hukuk bilimi "yapmanın, aktifliğin teorisi" olarak sadece amaca hizmet eden, uygun bilgiye ihtiyaç duyar. Amacın dışında bir bakışa gereksinim yoktur<sup>30</sup>.

Heck'in teorisinde felsefe ve değerler dışarıda bırakılmıştır. Menfaatler Hukukçuluğu, dünya görüşlerinden uzak saf bir hukuki metod olmalıdır, burada Kelsenci Hukuki Pozitivizmin ayak seslerini duymaktayız. Heck bu saf hukuki metodu "hukuki bağımsızlık, hukuki kendi kendine yeterlilik" (Juristische Selbständigkeit) olarak adlandırır.

Heck'e göre nihai amacı bulma çabalarında ön incelemeler yapılmalıdır. Bu incelemeler bir yasanın tarihi, düzenlenen yaşam ilişkileri, hukuk toplumunun idealleriyle ilgilidir. Bu incelemeler aracılığı ile kendine özgü bağımsız disiplinlere de yer açılır, örneğin hukuk tarihi, hukuk felsefesi ve hukuk metodolojisi gibi<sup>31</sup>.

#### Menfaat kavramı

Heck'in konseptinde menfaat kavramı kurucu kavramdır. O, menfaat kavramını özel çıkarlarla sınırlamayı reddeder. Aynı zamanda menfaat kavramı ile amaç kavramının farklılığını da vurgulamıştır. Heck menfaat kavramından başka bir kavramın kullanılmasını kendi görüşleri açısından reddetmektedir. Heck'e göre hukukun zorunlu detaylarıyla incelenmesi ancak menfaat kavramıyla mümkündür. Menfaat yerine ikame edilecek başka bir kavram metodolojik olarak uygun olmaz, çünkü amaç kavramıyla sadece verilecek kararda öncelik verilecek menfaat nitelendirilebilir. Karşı menfaat ise belirtilmemektedir. Fakat hukuk normu, her iki menfaati gözönünde tutarsa anlaşılabilir. Sonuç olarak amaç bir normun içeriğini kavramak için uygun bir çalışma kavramı olamaz.

Aynı şekilde, hukuken korunan menfaat (Rechtsgut) kavramı da reddedilmelidir, çünkü bu kavram sadece çoktan, zaten önümüzde hazır duran menfaat çelişkilerini nitelendirebilir, açıklayabilir<sup>32</sup>.

Menfaat kavramının zorunluluğu Menfaatler Hukukçuluğunun yaşamla ilişkisinden doğmaktadır. Heck'e göre bu okulun iki esas görevi vardır.

<sup>28</sup> Heck, Begriffsbildung, s. 16

<sup>29</sup> Heck, A.e., s. 3.; Larenz Heck'in formel düşünce tarzının, pozitivizmin sınırları içinde eğitilen Alman hukukçularının bu sınırları aşmasında rolüne dikkat çekmekte, aynı etkiyi Fransa'da Francois Geny'in (Methode d'Interpretation et Sources en Droit Prive Positif) gösterdiğini ifade etmektedir (Larenz, A.e., s.55 dipnotu 2). Türkiye'de Cahit Can, Hukuk Sosyolojisinin Gelişim Yönü (1996 Ankara) adlı kitabında „ Menfaatler İçtihadı yaklaşımını „ açıklarken özellikle Geny'i referans almaktadır (A.e., s. 129, 130)

<sup>30</sup> Heck, A.e., s. 18

<sup>31</sup> Heck, Begriffsbildung, s. 25

<sup>32</sup> Heck, Begriffsbildung, s. 46

a) Genetik Menfaat Teorisi: Bu teoriyle yasalar bir menfaat çatışması konusunda karar olarak açıklanır ve yasaların içerikleri saptanır.

b) Produktif Menfaat Teorisi: Menfaat çatışmaları kararları sisteminin kavranmasıyla bir boşluğun doldurulması gerçekleşir. Burada produktiflikle boşluğun doldurulması ifade edilmektedir.

Bu konseptte göre normların yaşamı kapsamaması, etkilemesi isteniyorsa, insanların yaşamsal varlıklarla, eşyalarla ilişkisi göz önünde tutulmalıdır. Heck'e göre menfaat, insanlar için önem taşıyan hayati varlıklara, mallara yönelik talepler, istekler, tasarımlar olarak tanımlanır.<sup>33</sup> Bu talepler, istekler yukarıda belirtildiği gibi en geniş bağlamda anlaşılmalıdır. Sadece güncel talep değil, bilinç altında muğlak olarak yer alan taleplerin, istemlerin tasarrufu, tanzimi, tertibi, planlanması da menfaat kavramı içinde yer alır. Talepler, istemler, fiiller ve sosyal temeller doğrultusunda anlaşılır<sup>34</sup>. İstenilen yaşamsal varlıklar, mallar materyal olabileceği gibi kamusal ve ideal de olabilir.

Heck'e göre hukuk toplumunun çıkarları, kamusal çıkarlar olarak nitelendirilir. Bu çıkarlar arasında örneğin barış ve düzen menfaati yer alır. Bu menfaatler kamusal menfaatin asgari ölçüsüdür ve her hukuk normunda gerekli olduğu için bulunur.

Heck saf maddi teorilerle arasına sınır koymak için, menfaatle ideal menfaatlerin de ifade edildiğini belirtmektedir, bu ideal menfaatler arasına dini, etik, adaletle ve hakkaniyetle ilgili menfaatler girer.<sup>35</sup> Menfaat kavramı gereksiz derecede güçlendirilmiş, bencil bir talep, istek, arzu, hırs, göz koyma anlamında kullanılmamalıdır.

Sonuç olarak Heck'e göre menfaat kavramı bütün hukuk dallarında yararlanılan bir kavram olarak en geniş bağlamda ele alınmalıdır.<sup>36</sup> Heck'in bu geniş kapsamlı menfaat yaklaşımı köklü bir biçimde eleştirilmektedir. Çünkü yasalarda yer alan normatif değerlendirmelerle menfaat ilişkilerini karıştırdığı ileri sürülmektedir. Bu eleştirilere göre bencil, bireyci veya toplumcu, her toplumda birbiriyle çatışan, rekabet eden menfaatler (örneğin köylü, şehirli, sanayici, hasta, doktor, sendikacı, girişimci, yazar) vardır. Anayasa ve yasalar tarafından korunan hukuki değerler örneğin insan onuru, hukuk devleti, sosyal devlet, kişilerin şahsiyet hakları, din ve vicdan özgürlüğü, düşünce özgürlüğü, anneliğin korunması başlıkları altında ele alınan alanlar da menfaat olarak anlaşılmaktadır. Eleştiri Heck'in yaşamımızda birbiriyle fiili olarak çatışan, yarışan menfaatlerle, yasal olarak, pozitif hukuk düzenlemelerinde normlaştırılmış değer yargıları arasında kesin bir ayırım yapmadığı noktasında toplanmaktadır<sup>37</sup>. Aynı eleştiri Heck'in değerlendirme objesi ve değerlendirme ölçüleri konusundaki görüşleri için de yapılmaktadır. Bu eleştiriye göre her hukuk normu bağlayıcı bir değerlendirmeyi ve real çıkarların kendi geçerlilik alanlarında sınıflandırılmasını içerir.

<sup>33</sup> Heck, A.e., 37; krş. Can, A.e., s. 131, 132

<sup>34</sup> Heck, Rechtsgewinnung

<sup>35</sup> Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, s. 17

<sup>36</sup> Heck, Begriffsbildung, s. 39

<sup>37</sup> Eleştiriler için Bern Rüthers, Rechtstheorie, 3. Aufl, München, 2007, s. 325

Heck'in konseptindeki bu terminolojik muğlaklığın, savaş sonrası "Menfaatler Hukukçuluğu" isimlendirilmesinin "Değerlendirme Hukukçuluğu"na dönüştürmeyle giderilmeye çalışıldığını görüyoruz.<sup>38</sup>

Ayrıca, Harry Westermann, Hans Brox, Gerhard Reinicke gibi önemli hukukçuların başını çektiği Değerlendirme Hukukçuluğu Almanya'da savaş sonrası hukuk uygulamasının merkezinde de yer almıştır.<sup>39</sup>

### a) Menfaatlerin Sınıflandırılması

Heck'e göre menfaat kavramı hukuk normunun ortaya çıkışında tayin edici bir rol oynar. Yasa koyucu cephesinden iki ana menfaat grubu sınıflandırılabilir; yaşam menfaatleri ve hukuk tekniği menfaatleri. Yaşam menfaatlerinin gerçekleşmesi maddi adalete hizmet eder. Hukuk tekniği menfaatleri içine pratiğe uygunluk ve ifade etme menfaati girer.

Bu gruptan aşağıdaki temel çatışmaları tespit edebiliriz:

- Özel çatışmalar (özel çıkarların karşılıklı olarak tartılması ve dengelenmesi)
- Yasa koyucunun içsel çatışması (farklı yasa koyma ideallerinin gerçekleşmesi durumunda, örneğin komisyondaki üyelerin kişisel menfaatleri ve genel kuruldaki üyelerin çelişen farklı menfaatleri)
- Zorunlu çatışma (kamusal menfaatlerin ve özel menfaatlerin birbiriyle çatışmaya düşmesi)<sup>40</sup>

### b) Türetilmiş Kavramlar

Menfaatler kavramı altında bilimsel bir inceleme yapıldığında menfaat çatışması, menfaatlerin tartılması, değer idesi, değer yargısı, sosyal ideal gibi yardımcı kavramlar da ortaya çıkmaktadır<sup>41</sup>.

Hukuk bilimi, yasa koyucu, yargıç kavramlarının önemi, bu kavramlar aracılığıyla hukukun yaşamı etkileyebilme kapasitesidir. Hukuk biliminin görevi, yasanın hedeflerinin yerine getirilmesine hizmet etmektir. Hukuk bilimi yargıcın olay hakkında karar vermesine hazırlık yapar, yardımcı olur, bu da hukuk normunun uygulanması ve eksikliklerinin tamamlanması için öneriler getirmekle ve normlar hakkında bir bakış getirmekle olur<sup>42</sup>. Hukuk biliminin birinci görevi normlarla ilgilidir, normlaştırma sorunudur, ikincisi normların ortaya konulması ve ifade edilmesidir. Burada menfaatler hukukçuluğunun kavramlar hukukçuluğundan farklılığını görmekteyiz, kavramlar hukukçuluğu normlaştırma sorununu hukuk biliminin sorunu olarak görmez, çünkü kavramlar hukukçuluğu için esas olan hukukun sistem kavramları formunda anlaşılması, kavranmasıdır, hukuk da bu kavramlardan türetilir. Bu üç kavramdan en önemlisi tabii yargıçtır. Hukuk sadece yargıç aracılığıyla doğrudan yaşamı etkileyeceği için yargıç özel bir öneme sahiptir. Hukuk bilimi yasayı anla-

<sup>38</sup> Rüthers, A.e

<sup>39</sup> Westermann, Intereressenkollisionen und ihre richterliche Wertung bei den Sicherungsrechten an Fahrnis und Forderungen, Karlsruhe, 1954 s. 4 vd.

<sup>40</sup> Heck, Begriffsbildung, s. 39

<sup>41</sup> Heck, Begriffsbildung, s. 39

<sup>42</sup> Heck, Begriffsbildung, s. 126



sılır bir biçimde yapısallığa kavuşturur ve boşlukları doldurur.<sup>43</sup> Yasa koymada ise nedensellik bağlantısı kurulacaktır.

### **Yasa koyucu**

Makalenin başında da belirttiğimiz gibi Kavram Hukukçuluğu ve Menfaat Hukukçuluğu arasındaki metod tartışmalarında tayin edici nokta, hukuk normlarının oluşmasının farklı açıklanmasıdır<sup>44</sup>.

Heck açısından yasa koyuculukta menfaatler nedenselliğe sahiptir. Heck'e göre "yasalar bir hukuk toplumunda birbirlerine karşı ortaya çıkan, tanınmak isteyen, kabul görmek için mücadele eden, yarışan maddi, dini ve etik yönleriyle menfaatlerin sonuçlarıdır."<sup>45</sup> Menfaatlerin etkisi hukukun ortaya çıkışının temelleri ve yaşamın taleplerine uyan formdur. Böylece Genetik Menfaat Teorisi her türlü hukuk oluşumu için temel oluşturur.<sup>46</sup> Bu bakış açısından yasa koyucu için aşağıda belirtilen aşamalar izlenmelidir;

İlk aşamada nesnel bir karar verme söz konusudur. Önce ilgili bütün menfaatlere bir göz atılır. Bundan sonra menfaatler karşılıklı bir tartılmaya tabi tutulur, yasa koyucu bir değerlendirme yapmalıdır. Buradaki problemler, yasa koyucunun her zaman bütün çatışmaları görememesi olduğu kadar toplumsal yaşamdaki durumlara ilişkin bir değerlendirme yapmanın çok da kolay olması ile ilgilidir.

İkinci aşamada kavramsal ve dilsel bir şekillendirme gerçekleşmektedir. Bu da yasa koyucunun esas sorununu oluşturmaktadır. Nihayetinde bir uygulama olarak hukukun başarılı biçimde ifade edilmiş olmasının sağlayacağı kolaylık, hukuk terminolojisi ve sistem içinde uygun bir biçimde yerleştirme gereksinimi de karşılanmalıdır<sup>51</sup>.

Yargıç her olayda karar verirken yasa koyucunun değerlendirmesini anlamaya çalışmalıdır. Heck bunu "düşünerek itaat ilkesi" (Prinzip des denkenden Gehorsams) olarak adlandırmaktadır. Burada yasa koyucudan kasıt tarihsel olarak yasayı koymuş olandır. Yargıç bu yasa koyucunun değerlendirmesini hermenötik bir faaliyetle bulacaktır.

Düşünerek itaat ilkesi orijinalliği ve yargıcın menfaatler hukuku açısından işlevi göz önünde tutulduğunda daha yakından incelenmesi gereken bir kavram olarak anlaşılmalıdır.

### **6. Düşünerek İtaat İlkesi**

Yasadan salt tasım aracılığı ile yani mantıksal indirgeme ile sonuç çıkarmak doğru değildir. Yargıç bunun yerine, yasa aracılığıyla hakkında karar verilmiş olan çıkarların durumunu anlamalıdır ve yasa koyucunun değerlendirmesini kavramalıdır. Bu da doğru bir yasa yorumunu şart koşar. Burada karar verilmiş menfaat çatışmasına ulaşmak yeterli değildir. Yasama faaliyeti sırasında gündeme gelen menfaatler, hukuk düzeninin bütün normları ve değer

<sup>43</sup> Heck, Rechtsgewinnung, s. 2

<sup>44</sup> Heck, Begriffsbildung, s. 72

<sup>45</sup> Heck, Gesetzesauslegung, s. 17

<sup>46</sup> Heck, Begriffsbildung, S. 74

<sup>51</sup> Heck, Begriffsbildung, S. 75

ideleri de dikkate alınmalıdır, Heck bu işleme Genel İzleme Maksimi demektedir (Maxime der Generalbeobachtung)<sup>52</sup>.

Düşünerek itaat ilkesi her türlü yargı kararı için geçerli olduğundan, problemsiz atlamalar (subsumtion, tasım) için de geçerlidir. Bu durum ilk bakışta yapılan işin atlama ile sınırlandırılmış izlenimini vermektedir, fakat çıkarların incelenmesi burada olmaktadır, bu genellikle sezgisel olmaktadır, bu inceleme, atlamaların sonucu çıkarların incelenmesi ile uyum içinde olduğu sürece bilinç altında kalmaktadır. Burada farklı iki sonuç alırsak, sonuçlar birbiriyle çelişirse, atlama sonucu yeni bir incelemeye tabi tutulur. Çıkarlar incelemesi mantıki atlamaların kontrolünde ele alınan bir fonksiyona sahip olmaktadır<sup>53</sup>.

Heck açısından yasanın uygulanması ve yasa boşluklarının doldurulması farklı iki faaliyet değildir, çünkü hakim hem yasanın doğrudan uygulanmasında, hem de yasa boşluklarının doldurulmasında yasa koyucunun amaçlarına yönelmelidir. Doğrudan uygulamada bu amaçlara yönelme, yasanın uygulanmasının (yorumlanmasının) daraltıcı mı, yoksa genişletici mi olmasını göstermesi açısından önem taşır. Yasa boşluklarının doldurulmasında da yasa koyucunun amaçlarından, yasa koyucunun öngörmediği olaylarda (Anschauungslücke) -örneğin teknik gelişmeler nedeniyle, ne yapılması gerektiği çıkartılabilir. Hem yasa boşluklarının doldurulması ve hem de yasanın direkt uygulanması yasa koyucunun talimatları karşısında Heck'in deyimiyile "düşünerek itaat" olarak gerçekleştirilebilir ve gerçekleştirilmelidir. Hâkim yasa uygulamasında "yasa koyucu gibi", yani yasa koyucunun istediği gibi ve "yasa koyucunun tarihi iradesi" anlamında karar vermek zorunda olduğundan, yasa boşluklarının doldurulmasında da hakim "yasa koyucu gibi" karar vermeli-dir.<sup>53a</sup>

Yasa koyucunun belirlediği değere bağlılık ile karar verilecek konuda tarafların çıkar çatışmasında tercih edilecek değer arasında bir karşılaştırma yapılmalıdır. Bunun için yargıç, önüne gelen olayda hukuk düzeni tarafından değerlendirilmiş unsurları bulup çıkarır<sup>54</sup>. Hakim, hangi çıkarın hukuk düzeni tarafından hangi ölçüde teşvik edildiği, özellikle korunmak istediğini tespit eder<sup>55</sup>. Altlama ve çıkarlar değerlendirmesi arasındaki uygunluk normal olarak beklenen sonucu gösterir<sup>56</sup>. Eğer yasa ile tercih edilen değer arasında bir farklılık ortaya çıktıysa, yasanın belirsiz kavramlar kullanması, bir boşluk içermesi veya bir yasal çelişkiyle bir çatışma boşluğu hallerinin varlığından söz edebiliriz. Bu tür olaylarda yargıç çıkarlara uygun bir tamamlama yapmak zorundadır. Bu tamamlama da yasanın değerlendirmesine uymak zorundadır<sup>57</sup>. Burada yasal unsurların üzerinden bir değerlendirme yapmak yerine, çıkarların bir karşılaştırılması yapılır<sup>58</sup>.

Özel bir problem bir kuralın yasanın tanıdığı, kabul ettiği yaşam talepleriyle çelişmesi halinde kendini gösterir. Bu tür olaylarda ilke olarak kuralın

<sup>52</sup> Heck, Begriffsbildung, s. 107

<sup>53</sup> Heck, A.e., s. 115

<sup>53a</sup> Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, s.1 vd., 160; H.P. Pawlowski, Einführung in die Juristische Methodenlehre, 1986, Heidelberg, s. 83

<sup>54</sup> Heck, Rechtsgewinnung, S. 30

<sup>55</sup> Heck, A.e., s. 30, 2 nolu dipnotu

<sup>56</sup> Heck, Begriffsbildung, s. 109

<sup>57</sup> Heck, A.e., s. 109 vd.

<sup>58</sup> Heck, Rechtsgewinnung, s. 31

düzeltilmesi yoluna gidilemez. Sadece istisnai durumlarda buna izin verilebilir, fakat yasanın tahribatına, işe yaramaz hale getirilmesine de müsaade edilemez. Belirleyici olan her halükarda uygun değerlendirme kararıdır<sup>59</sup>.

Yargıcın kendi değerlendirmesini ne zaman ve nasıl yapacağı böylece belirsiz kalmaktadır. Heck bu bağlamda toplumsal çıkarların korunmasından ve yasa koyucunun iradesine bağlılıktan bahsetmektedir. Heck toplumsal değerlendirmelerin de eleştirel yaklaşıma tabi tutulmasını kabul etmektedir. Fakat Heck yukarıda işaret edilen belirsizliğe cevap vermemektedir<sup>60</sup>.

## 7. Heck'in Kavramlar Sistemi

Heck kavramdan, sözcüklere bağlı olan bilinç içeriklerini anlar. Ama kavramların dilsel kullanımı katı bir biçimde sınırlandırılmamıştır. Bir kavram alanı içinde öncelikle kavramın çekirdeği bulunmaktadır. Bunun yanında Heck sözcüğün günlük, alışılmış kullanımı ve somut cümlede anlamı arasında da bir ayırım yapar. Heck, sözcüğün alışılmış anlamından kelimenin anlamını ve dilsel kullanımını kastetmektedir. Çünkü, somut cümle o sözcüğün belirli bir bağlamda bir tasavvurdur. Düşüncenin zorunlu bir koşulu olarak kavramlar hukuki düşünce için de zorunludur. Her norm somut bir olay için yargı kararına götürecek bir kapasitedir ve kavramlar ile ifade edilir. Günlük bağlamdan koparılan kavramlar ile hukuk kavramı ve giderek hukuk bilimi de yaratılır<sup>61</sup>.

Heck hukuksal kavramın ortaya çıkışını bu bağlamla sınırlı tutar ve daha derin metodolojik tartışmalara girmez<sup>62</sup>.

Heck hukuk bilimi kavramlarını aşağıdaki unsurlara göre ayırmaktadır:

- Düşünsel içerik
- Yasanın amacı
- Hukuk alanına göre sınırlar
- Nedensellik

Bu unsurlardan düşünce içerikleri ve yaratma amacı menfaatler hukukçuluğu için özel bir önem taşır.

Hukuk biliminin kavramı olarak normun düşünsel içeriğinin hukuk kurallarının olması gereken yanını da güçlendiren (Sollensvorstellung) hukuken normatifliği ile içeriği oluşturan korunmayı gereken hukuki menfaattir. Normatif yapı mülkiyet, borç vb. gibi kavramlarla kurulur. Normun içeriğini yapısal olarak değerlendiren Heck, bu biçimi tıptaki anatominin fonksiyonu ile karşılaştırmıştır. Norm, hukuksal içerik ve hukuksal sonuçları belirler<sup>63</sup>. Ancak her norm tam norm olmayabilir, bu durumda tanım, sadece tipiklik veya yan sonuçlar ile özel sebepleri belirleyen normlar da söz konusudur. Bu durumda normun içeriğini daha dikkatli incelemek gerekecektir. Örneğin Alman Medeni Kanununun 99. maddesi "ürün" kavramından söz etmektedir. Bu kavramın tanımının netliği, ürünle ilgili tüm kurallar açısından kurucu niteliktedir<sup>64</sup>. Ürüne ilişkin açıklama tanımlayıcı norm kategorisine işaret etmektedir.

<sup>59</sup> Heck, Gesetzesauslegung, s. 238

<sup>60</sup> Heck, A.e.

<sup>61</sup> Heck, Begriffsbildung, s. 126

<sup>62</sup> Heck, Begriffsbildung, s. 33; Grundriss des Schuldrechts, s. 472

<sup>63</sup> Heck, A.e., s. 54, Grundriss, A.e.

<sup>64</sup> Heck, Interessenjurisprudenz, s.10

Normun içeriğinin çıkar ya da menfaat açısından irdelenmesinde ise psikolojik boyut, normun işlevi sosyal, ekonomik ve hatta biyolojik boyutları göz önünde tutmayı gerektirir. Ayrıca çıkar kavramı çıkarların belirlenmesi kadar çıkar çatışmaları, değer yargıları ve değer idelerinin de işe karışacağı bir alan yaratmaktadır<sup>65</sup>.

Normun varlığı çıkar kavramı ile bağlantılıdır. Ancak bu bağlantı bazen çift yönlü olabilir. Şöyle ki, örneğin borç, aynı hak gibi kavramlar bir karşılıklık içerirler yani çift yönlüdürler<sup>66</sup>. Çünkü borç ilişkisinde taraflardan birisinin subjektif hakkı diğerinden bir şey talep etme hakkıdır. Borç aynı zamanda bir çıkar kavramıdır. Her iki taraf da borç ilişkisi nedeniyle bir edim yerine getirecektir ve farklı beklentileri vardır. Ayrıca normatif düzenleme ile borç ilişkisinin tarafları için yaratılmış olan imkan tüm toplumun çıkarları da göz önünde tutularak bir denge içinde düzenlenmelidir<sup>67</sup>.

Bu çift yönlülük yani karşılıklıkla birlikte hukuk normunun bütünlüğü üzerinde de durulmalıdır. Toplum, topluluk veya devlet gibi hukuki görünümü kavramlar Heck için “ne emir ne de çıkar olarak sınıflandırılmayan bunun yerine bütünlük” üzerinden anlamlandırılabilir üst bir nitelik gösterirler<sup>68</sup>. Bu tür kavramların sistem kavram olarak isimlendirilmesi gerekir.

Menfaatler hukukçuluğunun bir başka niteliği olarak bütünlük kavramını hukuk kurallarının içeriğine dahil etmek şeklinde tanımlayabiliriz. Eğer normun anlamını daraltma, genişletme vb. gibi hususlar üzerinden normun değerlendirilmesine gidiliyorsa burada söz konusu edilen kavram hukukçuludur. Bunu Heck’in dışladığını söyleyebiliriz.

Bütünlük şu hususun gözden kaçırılmasına yol açmalıdır; subjektif hak sadece bir kavram değil somut olayda hakları söz konusu edilen A veya B’nin subjektif haklarıdır.

Heck açısından kavramlar hukukçuluğunda metodolojik tartışmada sistem kavramı özel bir önem taşır. Heck kavramlar hukukçuluğundan farklı olarak bu kavramları normatif malzeme olarak görmez, bu kavramlar sadece ifade etmeye, açıklamaya hizmet ederler ve böylece formüle etme sorunları ortaya çıkar<sup>69</sup>. Heck’e göre Kavramlar Hukukçuluğu, ifade etme göreviyle sınırlı sistem kavramlarına bambaşka bir misyon yüklemektedir. Kavramlar Hukukçuları sistem kavramlarını norm yaratılmasında kullanmaktadır. Sistematik yapı menfaatler hukukçuluğu için formüle etme sorundur, tanıma, anlama, kavrama sorunu değildir<sup>70</sup>. Sistem kavramlarının oluşumu bilim adamların özgür takdirindedir. Yasal kavram gruplarının oluşumlarını değiştirip değiştirmeme, tamamlama ve bu işlerin ne derecede yapılacağı bilim adamlarına bırakılmıştır. Bilim adamının sınırlandırılması, sistem kavramlarının doğruluğu, unsurların gözlemlenen şeylerde var olması ve hukuken önem taşımasındadır, yani norm yaratılmasında bir şekilde söz konusu ve amaca uygun olmasındadır.<sup>71</sup>

<sup>65</sup> Heck, Begriffsbildung, s. 55; Grundriss, s.472

<sup>66</sup> Heck, A.e., s. 57

<sup>67</sup> Heck, Grundriss, s. 472

<sup>68</sup> Heck, Begriffsbildung, s. 57

<sup>69</sup> Heck, Begriffsbildung, s. 131, 171

<sup>70</sup> Heck, Begriffsbildung, s. 131, 171

<sup>71</sup> Heck, Begriffsbildung, s.173 vd.

Kavramlar Hukukçuluğunda yapı önem taşır, bunun nedeni boşlukları doldurma işlemi yapıyla gerçekleşir. Yapıyla bir kavramın diğer kavrama geri dönüşü, kavram üretilişi nitelendirilmektedir. Heck'te ise konsepti nedeniyle yapı farklı bir anlama sahiptir. Heck yapıyı bir tanım, anlam belirlemesi ve bir sınırlama olarak anlamaktadır. Yapıyı da yaratıcısına göre iki ana bölümde incelemektedir: birinci olarak normatif, yaratıcısı yasa koyucu olan ve onun tarafından yürütülen yapı, ikinci olarak sistematik, yaratıcısı hukuk bilimince sürdürülen yapıdır<sup>72</sup>. Normatif yapıyla, olması gereken kavramlar diğer olması gereken kavramlar tarafından belirlenir. Normatif yapı yasal kavramları bir çıkar çatışmasını somutlaştırmak için kullanılır ve böylece bir yasa yorumunun alt uygulaması olur. Heck bunu konstruktif hukuk uygulaması ve bilimi (Konstruktive Jurisprudenz) olarak isimlendirir. Sistematik yapı norm kazanılmasında yaramaz. Farklı üst kavramlar sözkonusu olursa, birden fazla yapı ortaya çıkar. Böylece yapı çatışmasının, Kavramlar Hukukçuluğundan farklı olarak kavramlardan norm kazanılmaması nedeniyle, Menfaatler Hukukçuluğunda önem taşımadığını görürüz. Heck'e göre yapı çatışması bir formüle etme sorunudur. Heck açısından çok net, kesin bir dilsel kullanım sözkonusu olmadığı ve olamayacağı için, bu kavram vazgeçilemeyecek bir kavram değildir.

Heck bir iç sistem ve dış sistem ayrımı yapar. Karar bağlamını gösteren iç sistem objektif olarak mevcuttur ve iç sistemin sadece tanınması, idrak edilmesi gerekir. Dış sistem ise sistem kavramlarından kazanılır, anlamlandırmaya yarar, endüktif kazanılır, yani genel kavramlar münferit varlıkların ortak özelliklerinin toparlanmasıyla oluşturulur.

### 8. Heck'e Yöneltilen Eleştiriler

Larenz Heck'in kendi yaklaşımının döneminin düşünsel akımlarından bağımsız olduğu iddiasını eleştirerek, Heck eleştirisine başlamaktadır. Larenz, aslında Genetik Menfaat Teorisinin de pozitivist hukuk yaklaşımları içinde ele alınabileceğini, ayrıca analitik tutum nedeniyle mantık ve matematik ile benzerliğini ortaya koymaktadır<sup>73</sup>. Ayrıca Heck'in naturalistik tutum olarak isimlendirilebilecek adalet idesi ile maddi değerleri eşit görme anlayışını da eleştirmektedir<sup>74</sup>.

Larenz'in bir diğer eleştirisi Genetik Menfaat Teorisinin temellendirilmesine yöneliktir. Larenz'e göre Heck'in konseptinde çıkar hem değerlendirmenin nesnesi, hem değerlendirmenin ölçüsü hem de sebebi olarak sunulmaktadır.<sup>75</sup> Bu da büyük bir çelişkidir.

Larenz'e göre Heck'in bir çıkar çatışmasının her bir değerlendirmesinin, serbest bir mütalaa olduğu anlayışı, aslında bu kriterin kökü derinlere giden toplumsal çıkarlarca oluşturulduğu düşüncesiyle gizlenmektedir<sup>76</sup>.

<sup>72</sup> Heck, A.e., s. 67

<sup>73</sup> Larenz, A.e., s. 56; buna karşılık Heck konseptinin felsefeden uzak olduğunu iddia eder (Heck, Rechtsphilosophie und Interessenjurisprudenz, AcP 143 (1937), s. 129 vd.; aynı şekilde Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, s. 25 vd., 27.

<sup>74</sup> Larenz, A.e., s. 57; aynı şekilde J. Esser, A.e., s. 224; F. Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., 1967, s. 576

<sup>75</sup> Larenz, A.e

<sup>76</sup> Larenz, A.e; karş. Heck, Gesetzesauslegung, s. 532, Anm. 357

Son olarak Larenz, Heck'in hem dış ve iç sistem ayrımında, hem de kural ve çıkar kavramların da ısrarını çelişkili bulmaktadır, çünkü soyut, genel ve sınıflandırma kavramlarıyla ifade edilen iç sistem esas itibarıyla, dış sistemle birdir,<sup>77</sup>

Esser<sup>78</sup> Heck'in mahkeme kararlarını oluşturan gerçek nedenlerin, motivasyonları araştırmasını, incelemesini Nasyonal Sosyalist Yasa anlayışının engellediği görüşündedir. Böylece dönemin yasa koyucusu ve dönemin hukuk anlayışı arasındaki gerçek farklılıklar ortaya çıkartılmamıştır<sup>79</sup>. Esser'e göre Heck'in yasa koyucuya karşı sadakati, onun ihtilaflı konularda kararların doktriner, ön yargılı, tesadüfi nedenlerle etkileceğini anlamasını engellemektedir<sup>80</sup>. Esser kendisinin de yakın olduğu savaş sonrası, değerlendirme hukukçuluğu ve Heck'in Menfaat Hukukçuluğu arasındaki esas farkın, değerlendirme Hukukçuluğunun yasa yorumunda ve boşlukların doldurulmasında pozitif üstü değerler sistemini veya hukuk bilincini dikkate alacağı noktasında toplanması olduğunu belirtmektedir<sup>81</sup>.

Wieacker Menfaat Hukukçuluğunun sınırını, analoginin bulunamayacağı, yasal sistemin gerçek kural boşluklarında çizmektedir. Wieacker'a göre burada Menfaat Hukukçuluğu, yargıca, yasa koyucunun somut çıkar çatışmasında hiç bir değerlendirme yapmadığı olaylarda içeriksel hiç bir talimat vermemesiyle işe yaramamaktadır.<sup>82</sup>

Değerler Hukukçularının önemli temsilcilerinden biri olan Westermann'a göre çatışma halinde yasa koyucu tarafından değerlendirilen çıkar çatışması ve yasadaki çıkarların değerlendirme ölçüleri arasında kesin bir sınır çizilmelidir<sup>83</sup>. Westermann'a göre çıkarların değerlendirilmesi son tahlilde bir iktidarın, gücün ifadesidir, bu da tüm insanlar için manevi olarak ne bağlayıcı ne de tatmin edici olduğu için, Menfaat Hukukçuluğu ne yorum için, ne de normun hukuk kültürü açısından değeri bakımından tayin edici bir önem taşımaktadır.

Arthur Kaufmann ise Heck'in hukuk metodolojisine katkısını Larenz'e de atıfla, katı yasal kavramların sadece şekli- mantıkı altlama yerine, karmaşık bir olayın tartılarak dengelenerek değerlendirilmesiyle ve hukuk düzeninin kendi değerlendirme kriterlerine göre sözkonusu olayda gündeme gelen çıkarların değerlendirilmesi olarak vurgulamaktadır. Böylece Menfaatler Hukukçuluğu hakimlerin vicdanlarını rahatlatmaktadır ve sıkça sözümlü ona gerekçeleri anlamsız hale getirmektedir. Fakat Kaufmann Heck'in hukuk teorisi açısından çelişkilerini de eleştirmektedir. Kaufmann'a göre Heck hukukun gerçekleşmesi sürecini temellendirmesinde sorgulamacı bir rol izlememektedir. Heck'in konseptine göre hayati ihtiyaçlar, istekler, beklentiler, roller çıkarlar olarak bir

<sup>77</sup> Larenz, A.e., s. 62

<sup>78</sup> Josef Esser (1910-1999) hukuk metodolojisi alanında çalışan hukukçulardan biridir. Yargıcın hukuku geliştirmesinde Temel Prensipl ve Norm (Grundsatz und Norm in der richterlichen Rechtsfortbildung, 1956) ve Ön Anlayış ve Hukuk Oluşturulmasında Yöntem seçimi (Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung 1970) gibi eserleri günümüzde de önem taşımaktadır.

<sup>79</sup> Esser, A.e., s. 225

<sup>80</sup> Esser, A.e., s. 224

<sup>81</sup> Esser, A.e., s. 227

<sup>82</sup> F. Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., Göttingen, 1967, s. 578

<sup>83</sup> Westermann, Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht, München, 1995, s. 15

yandan hukukun nedensellik faktörü olarak görülürken (Genetik Hukuk), diğer yandan bunların değer, olması gereken (Sollen) olarak görülmesi amprik-sos-yolojik pozitivizm açısından tamamen tutarsızdır. Heck'e göre çıkar, çıkarların değerlendirilmesinde kriterdir. Kaufmann bunu nicelikten niteliğe, olandan olması gerekene gizemli bir dialektik atılım olarak görmekte ve eleştirmektedir. Kaufmann Menfaatler Hukukçuluğunun hukuk teorisi açısından tatmin edici olmadığını belirtmektedir.<sup>84</sup>

### Sonuç

Menfaatler Hukukçuluğu iki ön koşuldan yola çıkar: Birinci olarak yargıcın yasaya bağlılığından ve ikinci olarak yasal normların yetersizliğinden ve boşluklar içermesinden kaynaklanır. Yasanın tespit edilen boşluklarının doldurulması için yasada çıkar çatışmaları için yer alan kararlar dikkate alınmalıdır.

Hakimin önünde karar vermesi gereken çıkar çatışması konusunda ilgili, uygulanacak bir norm bulunmadığı takdirde, hakim hukuk yaratıcı bir faaliyet göstermelidir. Hakimin kararı, yasanın benzer olaylarda karşı karşıya yer alan çıkarların dengelenmesini dikkate almalıdır. Hakimden yasaya sadece harfiyen itaat beklenmez, bunun yanında "çıkarlara uygun" itaat beklenir. Hukuk boşluklarının varlığı ve doldurulması gerektiği çıkarlar hukukçuluğunun ortaya çıktığı 1920'li yıllardan önce de bilinen bir meseleydi, fakat boşlukların doldurulmasında yeni olan, boşluk doldurmada çatışan tarafların çıkarlarına yönelme, yeni bir metodolojik konsept niteliği taşımasıdır. Bu da Alman Medeni Kanunu'nun 1900'de yürürlüğe girmesinden sonra, özellikle 20'li yıllardaki yoğun metodolojik tartışmalarda önem kazanmıştır.

Menfaatler Hukukçuluğu da aslında son tahlilde Değerler Hukukçuluğu ile aynı ilkeler üzerine kurulmuştur. Yasa, yasa koyucunun değerlendirmesi temelinde ortaya çıkar, yani her yasa, yasa koyucunun bir değerlendirmesini içerir. Bu değerlendirilen çıkarlar hukuk normlarının içeriğini oluşturur.

Menfaatler Hukuku öğretisine göre yasadaki bilinçli, planlı boşluklar halinde hukuki sonuçlar bakımından yargıcın takdir hakkı kullanılarak veya normun unsurları bakımından belirsiz hukuk kavramlarında yargıç yasa koyucunun rolünü üstlenmiş olsaydı, nasıl karar verecekse, o şekilde karar vermelidir. Burada yargıcın faaliyeti tarihi yasa koyucunun faaliyetini anlama, hermenötik bir çalışmadır. Yargıca yönelik böyle bir fonksiyon İsviçre Medeni Kanununun ve dolayısıyla onun bir resepsiyonu olan TMK 1. md. de norm olarak düzenlenmiş ve böylece aslında meta kurallar olan metodolojik ilkeler pozitifleştirilmiştir.

Heck'in konseptinin yasa yorumunda sistematik titizlik ve bütünlük açısından bir ustalık eseri olduğu ve yorum esaslarının bugün için yeni yorum tezlerinin özellikle özel hukukta esaslarını oluşturduğu söylenir<sup>85</sup>. Fakat Heck'in objektif yorum metodunu reddederken, objektif yorumu bir balona benzetmesini ve zamanın ruhuna uygun rüzgarların etkisinde bir yerlere

<sup>84</sup> A. Kaufmann, in: Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, (Hrg. A. Kaufmann, W. Hassemer, U. Neumann) 8. Aufl., Heidelberg, 2010, s. 120

<sup>85</sup> B.Rüthers, Rechtstheorie, 3. Aufl., München, 2010, s. 330; Kramer, A.e., S. 118

uçtuğu ifadesi<sup>86</sup> bugün kamu hukukunda ve özel hukukta bir anlam taşımamaktadır. Buna karşılık Heck tarafından vurgulanan mahkemelerin katı bir şekilde yasalara bağlılığı<sup>87</sup> yargı gücünün güçler ayrılığı, demokrasi prensibine, hukuka ve yasaya bağlılığıyla uyum içindedir.<sup>88</sup> Bugün de merkezi bir önem taşıyan teleolojik yorum Heck'in hukuk bilimine en önemli katkısıdır.

Menfaatler Hukukçuluğu Almanya sınırlarının ötesinde de etkisini göstermiştir. Örneğin İsveç'te Uppsala Okulu tüm yargısal faaliyet için geçerli belirleyici amacın "toplumsal fayda" olduğu görüşündedir<sup>89</sup>. Anglo- Amerikan Hukuku için nedensel toplumsal çıkarlar ve yasa koyucu tarafından belirlenen değerlendirme kriterleri de önem taşır. Bu seçilen değerlendirme ölçüleri bağlamında Roscoe Pound hukuk bilimini "social engineering" olarak görmektedir<sup>90</sup>. Pound'a göre sosyal süreçlerin normlar aracılığıyla hukuki yönlendirilmesi söz konusudur, bu bağlamda hukuk bilimi, yargılama faaliyeti ve siyasete iş düşmektedir.

Menfaatler Hukukçuluğu sadece Hukuk Tarihinin 20'li, 30'lu yıllardaki tartışmalar nedeniyle dönemini tamamlamış ve hukuk tarihine ait bir konu olarak ele alınmamalıdır, Değerler Hukukçuluğuyla ilişkisi bakımından ve halen metod tartışmalarındaki yeri açısından önemini koruduğu kanısındayız.

Son olarak Heck'in bazı eserlerinin konuyu derinleştirmek isteyenlere katkısı açısından yararlı olacağını düşünmekteyiz.

- Das Problem der Rechtsgewinnung (Hukuk Kazanımı Problemi), 1912, ikinci baskı, 1932, Tübingen, Roland Dubischar'ın yeni redaksiyonuyla 1968, Bad Homburg, s. 9-46.

- Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz (Yasa Yorumu ve Menfaatler İçtihadı Okulu 1914), ilk olarak Archiv für die civilistische Praxis Bd. 112, 1914, s. 1; Roland Dubischar'ın yeni redaksiyonuyla 1968, Bad Homburg, s. 46-141

- Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz (Kavramların Oluşması ve Menfaatler Hukukçuluğu) 1932, Tübingen; Roland Dubischar'ın yeni redaksiyonuyla 1968, Bad Homburg, s. 142-205

- Interessenjurisprudenz (Menfaat Hukukçuluğu), Tübingen, 1933

- Grundriss des Schuldrechts (Borçlar Hukuku), Tübingen, 1929

<sup>86</sup> Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, Archiv für civilistische Praxis, 1914, s. 62; Rüthers, A.e., s. 331; Kramer Heck'in ve takipçilerinin objektif -tarihi yorum yönteminin kurucusu olduğunu söylemektedir (Kramer, A.e., s. 118)

<sup>87</sup> Heck, A.e., s. 51

<sup>88</sup> Rüthers, A.e.

<sup>89</sup> Rüthers, A.e., s. 324

<sup>90</sup> R. Pound, An Introduction to the philosophy of law, Yale University Press, 1966, S. 47