

## SOSYAL DEVLET YOLUNDA HUKUK YAPISI DEĞİŞMELERİ

### Statü — Sözleşme — Rol

Yazan : **Dr. Manfred REHBINDER \***

Çeviren : **Dr. Hikmet Sami TÜRK \*\***

«Şüphesiz —Kant'ın deyişiyle— 'görevi mevcut kanunların herhangi bir düzeltmeye muhtaç bulunup bulunmadığını araştırmak değil, sadece onları uygulamak olan' pratik hukukçu rolü ile yetinilebilir. Her yeni kanun cümlesi veya her yeni yüksek mahkeme içtihadı ile tekrar karşın hukuk sisteminin bilmece oyununu... hatta teorici olarak biteviye yeni baştan çözmeyi denemekle yetinenlere karşı bir diyecek yok. Ama bunun ötesinde bir bilimsel ilgi duyan, görevinin sadece mevcut kanunları uygulamak değil, onların bir düzeltmeye muhtaç bulunup bulunmadığını araştırmak olduğuna inanan hukukçular için de yolu açmalı. Bu ödev ise ancak çağdaş sosyal bilimde yerleşmiş düşünme ilkeleri ve yöntemleri çerçevesinde başarılabilir.»

*Ernst E. Hirsch<sup>1</sup>*

Günlük hukuk işleri arasında zaman zaman birdenbire duraklamayan hukukçu yok gibidir. İster hukuku uygulayan pratikçi, ister «hukuk sistemi» üzerinde dogmatik çalışma yapan teorici olalım, hepimiz, sadece yürürlükteki hukukun dogmatığı ile uğraşmanın

---

\* Berlin Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Sosyolojisi, Ticaret Hukuku ve İş Hukuku Doçenti.

\*\* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Asistanı.

Çevirenin notu :

(1) Yazının aslı Berliner Festschrift für Ernst E. Hirsch, s. 141-169'da «Status-Kontrakt-Rolle, Wandlungen der Rechtsstruktur auf dem Wege zur offenen Gesellschaft» başlığıyla yayımlanmıştır. Türkçe başlıktaki ufak değişiklik, Yazarın izniyle yapılmıştır.

(2) Yabancı dilde bazı terimler veya cümleler, yazının aslına uyularak burada da öyle bırakılmış, ancak okuyucuya kolaylık olmak üzere Türkçeleri köşeli parantez [ ] içinde ayrıca verilmiştir.

<sup>1</sup>Das Recht im sozialen Ordnungsgefüge. Beiträge zur Rechtssoziologie, 1966, s. 20 vd.

bizi tam doyurmadığını fark ettiğimiz anlarda beliren boşluk ve memnuniyetsizlik duygusunu tanırız. Birden «asıl önemli ve ilginç sorunları» elimizdeki norm muhtevasının dışında görür, alıştığımız ders kitapları ve şerhler bu konularda sustuğu için kendimizi yalnız bırakılmış hissederiz. İşin içinden nasıl sıyrılırsak sıyrılalım, yabancı topraklara gezintiden bir düzey düşmesine uğramaksızın dönmediğimizi çok iyi biliriz. Böyle anları kim hatırlamaz? Emektar pratikçilerin birden «ilkeci» kesilivermelerine kim hayret etmemiştir? Hatta itibarlı dogmatikçiler bile bazan diğer zamanlardaki zor teknik hukukî tümden gelim ve tüme varımlarına kıyasla insan sağduyusu dediğimiz düzeyin üstüne çıkamayan açıklamalarıyla şaşırtırlar bizi.

Bu çabaları küçümsemekten uzağız. Böyle «ilkeci açıklamalar» için daha yüksek bir düzeyi garantileyebilecek hukukî temel araştırmalar hâlâ başlangıç noktasında kalmış, bunlara olan ihtiyaç ise her yanda artmıştır. Çünkü günlük hukukçuluktan memnuniyetsizlik ve güvensizlik duygusu, özellikle şimdiki gibi bunalım ve geçiş dönemleri olarak beliren zamanlarda yaygınlaşır. İki nedeni var bunun: Önce biz hukukçularda ancak oturmuş değerler sistemine sahip istikrarlı bir toplum yapısının verebileceği iç tutamağı kuvvetli sosyal değişmelerde yitiren otoriter kişi tipi çoğunluktadır<sup>2</sup>. Savaş sonunda «felsefenin buzu»<sup>3</sup> üstünde kayıp, «tabii hukukun ebedî tekrürü»nde<sup>4</sup> bulduklarına inandıkları zayıf tutamağa açgözlülükle sarılarak geçmişten kurtulmayı deneyenler en kötü hukukçular değil miydi? Öbür yandan sosyal değişme zamanları, olanla olması gereken, sosyal hayatın gerçek düzeyi ile hukuk sisteminin norm yapısı arasında bulunan ve dikkatli her hukukçuyu değişen toplumda hukukun görevini sormağa zorlayan safha gecikmesini<sup>5</sup> iyice açığa vurur.

Bunu sormakla hukukçu —çoğu zaman bilinçsiz de olsa— ister istemez sosyoloji alanına girer. Artık felsefede bir iç destek ara-

<sup>2</sup> Bu konuda —şüphesiz ayrıntıları üzerinde tartışılabilir— bir ortak kişilik potresi için krş. Walter O. *Weyrauch*: The Personality of Lawyers. A Comparative Study of Subjective Factors in Law, Based on Interviews with German Lawyers, 1964. Eserle ilgili eleştirmem için bk. JZ 1966, s. 622.

<sup>3</sup> *Hirsch* (dn. 1), s. 51.

<sup>4</sup> Heinrich *Rommen*'in ünlü monografisinin başlığı: Zur ewigen Wiederkehr des Naturrechts, 2. baskı, 1947. Bu doğrultuda tipik bir yazı olarak bk. Hermann *Weinkauff*; Der Naturrechtsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, NJW 1960, s. 1689-1696.

<sup>5</sup> Krş. Fritz *Werner*: Über Tendenzen der Entwicklung von Recht und Gericht in unserer Zeit, 1965, s. 6.

mamakta, ilerisini plânlamak için «gelişme eğilimleri»ni<sup>6</sup> sormaktadır. Hukukun gelişme eğilimleri sorusu ise, hukuk sosyolojisinin ana sorusudur<sup>7</sup>. Günümüzün milletlerarası literatüründe bu sorunun nasıl cevaplandırıldığına bakarsak, modern hukukun bir statü hukukuna dönüş yolunda bulunduğu ifadesine sık sık rastlarız. Bu görüş şöyle özetlenebilir: Önceki gelişmenin niteliği bireyin hukukî durumunu korporatif toplumun eski hiyerarşik bağlarından çözen ve geniş ölçüde sözleşme hürriyeti sağlayarak bireye kendi ilişkilerini serbestçe şekillendirme imkânı veren bir liberalleşme eğilimi iken, şimdi uzunca bir zamandır ortaya çıkmış bir karşı hareket tespit edilebilir. Gerek sosyalist ülkelerde, gerek Batı tipi demokrasilerde hukuk konuları yığını, bireyin otonomi alanını sosyal statüde düğümlenen hukukî bağlar lehine gitgide daha çok sınırlayan açıkça güdümcü özellikler arz etmektedir. Nasıl eskiden «statü hukukundan sözleşme hukukuna gelişme» sözü edil-diyse, şimdi de «statü hukukuna dönüş»<sup>8</sup> manzarası görülüyor.

Aşağıda *statü hukuku* ve *sözleşme hukuku* terimleriyle ne kastedildiğini (I), statü hukukuna dönüş tezinin bugünkü gelişme ile doğrulanıp doğrulanmadığını (II) ve modern hukukun yapı değişmesinden hukuk teorisi için ne gibi sonuçlar çıktığını (III) inceleyeceğiz.

<sup>6</sup> Bu doğrultuda *Werner*, age, ayrıca şu makalesi: *Wandelt sich die Funktion des Rechts im sozialen Rechtsstaat?*, *Festschrift für Leibholz*, C. 2 (1966), s. 153-166.

<sup>7</sup> Daha önce *Eugen Ehrlich*, «Grundlegung der Soziologie des Rechts» adlı eserinin muhtevasını, «*Hukuk gelişmesinin* ağırlık noktası ne mevzuatta, ne doktrin veya içtihatla değil, toplumun kendisindedir.» cümlesiyle özetlemişti (age, Önsöz).

<sup>8</sup> Krş. *H. B. Sales*: *Standard Form Contracts*, *The Modern Law Review* 16 (1953), s. 318, 342: «return to status» [statüye dönüş]; ayrıca *Nathan Isaacs*: *The Standardizing of Contracts*, *Yale Law Journal* 27 (1917/18), s. 34, 37-39; *Paul Vinogradoff*: *Collected Papers*, C. II (1928), s. 230-238; *Carleton K. Allen*: *Introduction to Henry Summer Maine: Ancient Law*, *The World's Classics* No. 362 (1931), s. XXVI; *Roscoe Pound*: *Introduction to R. H. Graveson*, *Status in the Common Law*, 1953, s. XI; *Rudolf Wiethölter*: *Die Einwirkung des Sozialstaatsgedankens auf das Vertrags- und Wirtschaftsrecht*, *Vortragsprotokoll*, *RabelsZ* 29 (1965), s. 806, 807; ayrıca dn. 80'de anılanlar. Sosyalist ülkeler için krş. *K. Grzybowski*: *From Contract to Status*, *V. Gsovski / K. Grzybowski* (yayımlayan): *Government, Law and Courts in the Soviet Union and Eastern Europe*, C. 2 (1959), s. 1392-1409, özellikle s. 1396.

## I. Geçmiş Hukuk Yapılarının İdeal Tipleri Olarak Statü Hukuku ve Sözleşme Hukuku

Eğer bugünkü hukuk gelişmesi «statü hukukuna dönüş» olarak niteleniyorsa, bununla, devrinin hukukunu «statü hukukundan sözleşme hukukuna gelişme» içinde gören 19. yüzyıl ikinci yarısı hukuk biliminin araştırma sonuçlarıyla ilişki kurulmaktadır. Bu nitelime büyük İngiliz hukukçusu Sir Henry Sumner Maine'in hukuk tarihi araştırmalarına dayanır. *Maine*, 1861'de yayımlanan *Ancient Law* adlı klâsik eserinde şu sonuca varıyordu :

«İlerleyen her toplumun hareketi *bir* bakıma aynı şekilde olmuştur. Bu hareket, bütün seyri boyunca aile bağlarının kademeli çözülüşü ve onların yerine bireysel yükümlerin artışı ile kendini belli eder. Medenî hukukun temel birimi ailenin yerini gitgide birey almıştır. Bu ilerleme farklı hız derecelerinde geçmiştir; bir de aslında durağan olmamakla beraber içlerindeki eski örgütün çöküşü ancak bazı görünüşlerin dikkatli incelenmesi ile anlaşılabilen kültürler vardır ... Fakat kaynağını ailede bulan o karşılıklı hak ve yüküm şekillerinin yerini alan insandan insana bağın ne olduğunu görmek zor değildir: Sözleşmedir bu. Tarihin bir noktasında kişiler arasındaki bütün ilişkilerin aile ilişkilerinde toplandığı bir sosyal durumdan hareket edersek, daima bütün bu ilişkilerin kişilerin serbest anlaşmasından doğduğu bir sosyal düzen safhasına doğru geldiğimizi görürüz. Batı Avrupa'da bu doğrultuda tamamlanan ilerleme önemli olmuştur. Meselâ kölelik durumu ortadan kalkmış; onun yerine uşakla efendinin, işçiyle müteşebbisin sözleşmeli ilişkisi geçmiştir. Aynı şekilde evlilik içi vesayet dışında kadının vesayet altında hulumna durumu sona ermiştir; kadının rüşt yaşından evlenmesine dek girişebileceği bütün ilişkiler sözleşmelidir. Yine baba iktidarı altındaki oğulun durumu da modern Avrupa toplumları hukukunda artık eskisi gibi değildir. Baba ile yetişkin çocuğunu herhangi bir medenî borç bağlarsa, bu, kanunî geçerliğini ancak sözleşme ile kazanmış bir borçtur. Görünürdeki istisnalar, kuralı aydınlatan türdendir... Böylece, değeri ne derece büyük olursa olsun, gördüğüm kadarıyla yeterince sağlama bağlanmış bu ilerleme kanunu için kullanılabilecek en uygun ifade kalıbı *statü* kelimesidir. Kişi hukukunda anılan bütün statü şekilleri, eskiden yerleri ailede olan iktidar ve ayrıcalıklardan çıkar, hâlâ da belirli bir ölçüde onların rengini taşır. En iyi yazarlarca benimsenen dil geleneğine uyarak *statü* kelimesini, kişisel ilişkilerin nitelenmesine inhisar ettirir ve bu ifadeyi uzaktan veya yakından bir anlaşmanın sonucu olan ilişkiler hakkında kullanmaktan kaçınırsak, diyebiliriz ki, ilerleyen toplumların hareketi, şimdiye dek *statüden sözleşmeye* bir hareket idi.»<sup>9</sup>

<sup>9</sup> Henry Sumner Maine: *Ancient Law. Its Connection with the Early History of Society and its Relation to Modern Ideas* (dn. 8), s. 139-141. Birkaç kısaltma ile yukarıya aldığımız bölüm Ferdinand Tönnies'de de bulunmaktadır: *Gemeinschaft und Gesellschaft. Grundbegriffe der reinen Soziologie*, 8. baskı 1935, s. 184-186.

Yukardaki cümleler *Maine*'de kadim hukuk şekillerinden klâsik Roma hukukuna geçişi<sup>10</sup>, özellikle Roma aile hukukunda kadim sop düzeninin tedricî dağılışını inceleyen «Primitive Society and Ancient Law» [İlkel Toplum ve Eski Hukuk] başlıklı bölümün sonundadır. Buna rağmen sonradan bu cümlelerin bütün özel hukukun yaygın ve istisnasız gelişme ilkesi şeklinde genelleştirilmesi<sup>11</sup> şaşırtıcı değildir; çünkü eğer gerçekten bir «ilerleme kanunu» var idiyse, bu, kendini ilerleme çağı gören bir yüzyıl için elbette geçerli olacaktı; kaldı ki *Maine*'in ilerleme kavramının 19. yüzyıl hukuk anlayışı bakımından yararı ortada idi: Eski sop düzeninin çöküşü ve sınırlı da olsa bir hak ehliyeti tanınmak suretiyle bireyin «baba ocağı»nın hukukî zincirlerinden kurtuluşu ile feodal düzenin çöküşü ve 19. yüzyılda geniş ölçüde birey otonomisi tanınmak suretiyle bireyin «zümre»sinin hukukî engellerinden kurtuluşu arasında açık bir paralellik göze çarpıyordu. Gerek kadim hukuktan klâsik hukuka geçiş, gerek feodal hukuktan burjuva hukukuna geçiş, bireyin hukukî durumunun artık hiyerarşik bir işbölümüne dayalı bir düzen sistemi içindeki bir sosyal statüye göre değil, aksine hukukî ilişkilerini serbestçe ve kendi sorumu altında şekillendirmesi için sözleşme aracını emrine veren kapitalist bir ekonomideki edimlerine ve yeteneklerine göre belirlenmesi ile nitelenebilir.

### 1. Statü Hukuku

Hukukun gelişmesi çıkış noktası itibariyle «statü hukuku» ve varış noktası itibariyle «sözleşme hukuku» olarak nitelense de, bu nitelermeler belli bir tarihî durumun tam tasviri olarak anlaşılacak gerekmez. Bunlar daha çok Max *Weber*'in kullandığı anlamda ideal tipler, yani sosyal gerçeği karşılaştırma yoluyla aslî unsuruna indirgeyip daha iyi analiz etmeğe yarayan ölçü birimleridir<sup>12</sup>. Böy-

<sup>10</sup> Bu nedenle Roscoe *Pound*, önceleri *Maine*'in gelişme ilkesinin geçerliğini kıta hukukuna inhisar ettiriyor ve bu ilkenin Anglo-Amerikan hukuk çevresine uygulanamayacağı görüşünü savunuyordu (The End of Law as Developed in Juristic Thought, Harvard Law Review 30 (1917), s. 219). *Pound*'a karşı özellikle Nathan *Issaacs* (dn. 8), s. 34; Karl N. *Llewellyn*: What Price Contract? An Essay in Perspective, Yale Law Journal 40 (1931/32), s. 704, 706; William *Seagle*: Weltgeschichte des Rechts (Orijinal baskının başlığı: The Quest for Law), 2. baskı, 1958, s. 377. Sonraları *Pound* bu görüşünü zımnen terk etmiştir, krş. Introduction to *Graveson* (dn. 8).

<sup>11</sup> Krş. *Sales* (dn. 8), s. 341 dn. 91; *Issaacs* (dn. 8), s. 34.

<sup>12</sup> Hukuk sosyolojisi araştırmaları bakımından ideal tiplerin değeri ile ilgili olarak bk. *Rehbinder*: Max Webers Rechtssoziologie: Eine Bestandsaufnahme, René *König/Winckelmann* (yayımlayan): Max Weber zum Gedächtnis, s. 470, 483 vd, 486 vd.

le bir tipin temel kavramı olarak ortaya konulan şey, bu tipin geliştirildiği sosyal gerçekte tek başına belirleyici unsur değil, sadece hâkim unsurdur. Tamamen sosyal statüye göre ayarlanmış bir hukuka gerçekte rastlanmaz. Gerek kadim toplum, gerek feodal toplum, hukuk düzenlerinde bireyin serbest şekillendirmesine bırakılmış alanlar tanımışlardır. Fakat bu, o hukuk yapılarının gözde bulunan karakteristik unsuru değildi. Önemli olan, daha çok, bireyin sıkı sıkıya bir birliğin hâkimiyet sistemi içine sokulmuş bulunması ve hak ve ödevlerinin bu birlikteki durumundan doğması idi.

Bireyin hukukî durumunun sosyal statüsüne bağlanması, özellikle bireye kendine özgü hiçbir hak ehliyeti tanımayan kadim hukukta açıkça görülmektedir. Eugen *Ehrlich*'in «Hak Ehliyeti» konulu incelemesinde ayrıntılarıyla ve büyük bir hukuk tarihi malzemesiyle gösterdiği gibi, hukuk, önceleri sadece tarımsal aile topluluklarının kendi aralarındaki ilişkiyi düzenlemekteydi. Yalnız aile topluluğu, bu niteliğiyle hukuk süjesi idi. Gitgide kapalı topluluk ekonomisinin yerini piyasa ekonomisi almağa başlayınca, aile topluluğunun bireysel üyesine de kendi başına hak ve ödev sahibi olma imkânı tanındı. *Ehrlich*, «kendi başına ekonomik faaliyetlere girişebilen insanın belli bir ölçüde doğrudan doğruya olayların çıplak kuvvetiyle bütün karşıt hükümlere rağmen malvarlığı ve hukukî işlem ehliyeti kazanması kanunu»ndan söz etmektedir<sup>13</sup>. Fakat burada aile birliği içindeki özel duruma göre sınırlı bir hak ehliyeti söz konusuydu. Yalnız artık hiçbir kuvvete tabi olmayan hür vatandaş tam ehliyetlidir. Sonraları Ortaçağın korporatif devletinde bile meslek gruplarındaki ortaklaşa hukuk yaratma, dışarda kalanların hak ehliyetinin sınırlandırılmasına yol açmıştı<sup>14</sup>. Birlik mensubiyetinden doğan hak ehliyeti farkları, ancak korporatif düzenin dağılmasıyla giderilmiştir; her insanda eşit ölçüde bulunan bir niteliğin ifadesi olarak hak ehliyeti kavramının ancak 19. yüzyılın başlangıcıyla beraber Alman hukuk bilimi eserlerinde ortaya çıkması bir rastlantı değildir<sup>15</sup>.

*Stati* kelimesi hukuk dilinde ilk defa kullanılınca bununla belirtilmek istenen, «hak ehliyeti dereceleri»<sup>16</sup> idi. Fakat Roma hukukuyla eski İngiltere'nin Common Law'u burada farklı bakış doğ-

<sup>13</sup> Eugen *Ehrlich* : Die Rechtsfähigkeit, 1909, s. 37 vd.

<sup>14</sup> Krs. *Ehrlich*, age, s. 44 vd.

<sup>15</sup> Kavram tarihçesi için bk. Fritz *Fabricius* : Relativität der Rechtsfähigkeit 1963, s. 37-42.

<sup>16</sup> Açıkça Ernst *Rabel* : Grundzüge des römischen Privatrechts, 2. baskı, 1955, s. 14.

rultularına yöneliyordu. Roma hukukunda statü, önceleri tam hak ehliyetinin adı idi. Caput adı da verilen tam ehliyetlinin hukukî durumu şu üç yapıcı unsurdan oluşuyordu: Hürriyet (status libertatis), vatandaşlık hakkı (status civitatis) ve aile başkanlığı durumu (status familiae)<sup>17</sup>. Sınırlı hak ehliyetinde capitis deminutio'dan [ehliyetin azalması] söz edilirdi; bu da üç yapıcı statü unsurundan birinin kaybına göre capitis deminutio maxima (hürriyetin kaybı), capitis deminutio media (vatandaşlık hakkının kaybı) ve capitis deminutio minima (aile hukuku durumunun kaybı) şeklinde derecelendirilmişti<sup>18</sup>. Buna göre önceleri hak ehliyetinin her üç unsurundan yoksun Romalı kölenin herhangi bir statüsü yoktu. Ancak azat edilmesi (manumissio) üzerine *Modestinus*, «incipit statum habere»<sup>19</sup> [statü sahibi olmağa başlar] demektedir. Öyleyse statü, tam hak ehliyetinin normal hukukî tipini ifade etmekteydi. Common Law'da başka türlüdür. Burada statü, normal tipi değil, normal tipten negatif veya pozitif bir ayrılmayı ifade etmektedir. Statü, normal insana kıyasla azalmış bir (kısmî) hak ehliyeti veya hukukî bir ayrıcalık sonucunu doğuruyordu<sup>20</sup>.

Hak ehliyeti sorunu ile bağlantısı yüzünden «statü» kelimesi, daha başlangıçtan itibaren medenî hukukun kişi hukuku ve diğer hukuk alanlarına bölümlenmesine çok uygun düşmekteydi<sup>21</sup>. Bugün hâlâ usul hukukunda bu anlamda «statü işleri»nden söz ederiz. Fakat kişi hukukunun tümüne yönelik, ilk statü kavramının genişletilmesine, bu da status civilis [medenî statü] ve status naturalis [tabiî statü] ayırımına yol açtı. Status civilis, hak ehliyetinin sosyal duruma göre derecelenmesine götüren ilk statü idi (caput). Buna karşılık status naturalis, fiil ehliyetinin insanlar arasındaki toplumsal farklılıklara göre değil, tabiî (fizikî) farklılıklara göre derecelenmesi ile ilgiliydi. Başlangıçta insanlar arasında hukuken önemli bütün farklar, aynı zamanda onların hak ehliyetini de etkiliyordu; çünkü bu farklar onların grup içindeki durumu bakımından doğrudan doğruya sonuçlar doğuruyordu ve zaten hak ehliyeti de

<sup>17</sup> Krş. *Rabel*, agy.

<sup>18</sup> *Rabel*, s. 35.

<sup>19</sup> Dig. IV 5. 4.

<sup>20</sup> Krş. R. H. *Graveson*: Status in the Common Law, 1953, s. 5, 7-32.

<sup>21</sup> Krş. *Gaius*'un kişi hukuku, eşya hukuku ve dava hukuku bölümlemesinin *Digesta*'daki başlığı : de *statu hominum* [insanın *statüsü* hakkında] : Dig. I 5. 1; ayrıca *Pandekt hukuku için Friedrich Carl von Savigny'nin görüşü* : Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1814, s. 99 : Statü kavramının temelinde «kişi hukuku ve eşya hukuku ayırımı bulunur».

ancak grup aracılığıyla sağlanıyordu. Fakat grup içi durumuna bağlı olmaksızın da bireye bazı hakların düştüğü ve bu haklarda bütün insanların eşit olduğu düşüncesi yerleştikçe<sup>22</sup>, hak ehliyeti sınırlamalarının bir kısmı fiil ehliyeti sınırlamalarına dönüşmek zorundaydı<sup>23</sup>. Gençlik yaşı, kadın cinsiyeti veya akıl zayıflığı ve hastalığı gibi bazı tabii insan özellikleri artık «hukuk kişiliğini, hak ehliyetini ortadan kaldırmıyor, ama hukuk dünyasına kendi başına katılışı güçleştiriyor veya tamamen imkânsızlaştırıyor, yani fiil ehliyetini azaltıyor veya ortadan kaldırıyor»<sup>24</sup>. Yalnız hak ehliyeti ve fiil ehliyeti ayırımının başlangıcında, yani vesayetin vasisinin kendi yararına (kendi çıkarına) kullandığı bir hâkimiyet hakkı şeklinde anlaşıldığı sürece fiil ehliyeti sınırlamaları hak ehliyetinde de bir azalmaya yol açıyordu<sup>25</sup>.

Öyleyse eski hukuk yapısını statü hukuku terimiyle nitelediğimiz zaman, bununla status naturalis değil, sadece status civilis anlamında eski statüyü kastediyoruz. Eski hukukun belirgin özelliği, hak ehliyetinin «zümre»ye göre derecelenmesidir. Fakat toplumun zümrelere göre bölünmesi aslı statüye değil, sosyal statüye, grup mensubiyetine dayanmaktaydı. Grup mensubiyeti ise eski toplum düzenlerinde tabii özelliklerle değil, sosyal bir tasarrufla kazanılırdı. Etnolojinin bize gösterdiği gibi, daha kadim toplumlar bile bireyin törenle gruba alınmasını ve böylece durumunda ortaya çıkan değişikliği, yani eski varlığın sona erip yeni bir sosyal kişiliğin başlangıcını ifade eden özel kabul ayinlerini bilmekteydiler. Doğum gibi tabii bir olay değil, çocuğun hukukî şekilde aile babası tarafından «kabulü»<sup>26</sup>; fizikî olgunluk veya belli bir yaş sınırına varış değil, silâh taşımaya ehil erkekler çevresine törenle kabul<sup>27</sup> önemliydi. Ortaçağın korporatif düzeni de, her grubun özel statü sembolleri kullandığı kabul ayinlerine sahipti. Şehir cemaatine ka-

<sup>22</sup> «Fakat 19. yüzyıldan önce vatandaşların en dar ölçüde hak eşitliği ve vatandaş olmayanların da bütün önemli noktalarda malvarlığı hakkı ilkeleri henüz hiçbir devletin ülkesinde gerçekleştirilmemişti», *Rabel* (dn. 16), s. 16. Kölelerin bu eşitlik düşüncelerinin dışında bırakılması şaşırtıcı değildir, çünkü antik ekonomi kölelere dayanıyordu. Max *Weber* haklı olarak «köleler kapitalizmi»nden söz eder (*Rechtssoziologie*, yayımlayan: *Winckelmann*, 1960, s. 149).

<sup>23</sup> Krş. *Ehrlich* (dn. 13), s. 3.

<sup>24</sup> Rudolf *Hübner*: *Grundzüge des deutschen Privatrechts*, 5. baskı, 1930, s. 51.

<sup>25</sup> *Ehrlich* (dn. 13), s. 45 vd.

<sup>26</sup> Krş. *Hübner* (dn. 24), s. 52 vd.

<sup>27</sup> Kabul ayinlerinin sistematize edilişi için krş. Adolf E. *Jensen*: *Beschne dung und Reifezeremonien bei Naturvölkern*, 1933, s. 68 vdd.

bul<sup>28</sup>, esnaf birliklerinde ve loncalarda «ustalık sınavı» ve Ortaçağ hayatında çok bol rastlanan diğer sembolik hareketlerin iki anlamı vardı: Bir yandan yeni kabul edilene o andan itibaren tamamen grup normlarına tabi olduğu bilincini kesinlikle vermek, öbür yandan dışarda kalanlara karşı grubun ayrıcalığını belirtmek ve böylece grup bütünlüğünü sağlamlaştırmak<sup>29</sup>. Bunları daha fazla belgelendirmek gerekmez; fakat burada eski kabul ayinlerinden bazı kalıntıların zamanımıza dek sürdüğüne işaret edelim. Törenle üniversiteye kayıt, memuriyete atanma, askerlerin bayrak andı: Bunlar ve diğer «şeklî tasarruflar» bize bugün de böylece kazanılan statünün tabii değil, sosyal bir ilişki olduğunu göstermektedir. Öyleyse eski hukukun, statü hukukunun «jurisprudence of personal inequalities»<sup>30</sup> [kişisel eşitsizlikler hukuku] olarak nitelenmesi, ancak sosyal bakımdan şartlı farklara inhisar etmek üzere doğrudur.

## 2. Sözleşme Hukuku

Eğer sonraki hukuk gelişmesi, bu jurisprudence of personal inequalities'den bütün vatandaşların hak eşitliği düşüncesi lehine vazgeçilmesi ve ayrıcalıklar ve hak azalmalarının yavaş yavaş her bireyin ortalama bir tam hak ehliyetinde aynı düzeye getirilmesi şeklinde olmuşsa, bu, korporatif yapıli sosyal düzenin sarsılmağa başlamasından ileri gelmiştir. Sözü fazla uzatmamak için, Roma hukukunun son zamanlarındaki paralel gelişmeyi burada bir yana bırakarak, Ortaçağın korporatif devletinden liberalizmin burjuva toplumuna geçişe dönüyoruz. Hukuk, artık bireyi Tanrı tarafından istenen bir düzen içine yerleştirmemekte, ona bütün vatandaşların katıldığı bir toplumun hür ve eşit üyesi olarak sosyal ilişkilerini kendi sorumu altında ve serbestçe şekillendirmek imkânını vermektedir. Bunun aracı sözleşme idi<sup>31</sup>. Gelişmenin dönüm noktası 1803 tarihli Code Civil'de [Fransız Medenî Kanunu] çok iyi görülebilir. Devrini doldurmuş feodal düzenin son kalıntıları da Fransız ihtilâli ile temizlendikten sonra, CC m. 8 şu ilkeyi koyuyordu: Tout

<sup>28</sup> Bu konuda krş. Wilhelm Ebel : Der Bürgereid als Geltungsgrund und Gestaltungsprinzip des deutschen mittelalterlichen Stadtrechts, 1958.

<sup>29</sup> Krş. Heinz Kluth : Sozialprestige und sozialer Status, 1957, s. 56.

<sup>30</sup> Carleton K. Allen : Legal Duties and Other Essays in Jurisprudence, 1931, s. 36.

<sup>31</sup> Dolayısıyla Llewellyn'in (dn. 10, s. 716) statü toplumu açısından sözleşmeyi bir «tool of change and of growing individual self-determination» [değişme ve bireyin kendi kaderini artan bir ölçüde kendi başına belirleme aracı] olarak nitelenmesi yerindedir.

Français jouira des droits civiles [Her Fransız medenî haklardan yararlanacaktır]; m. 1134'de ise şöyle deniyordu: Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites [Hukuka uygun şekilde yapılmış sözleşmeler, onları yapanlar arasında kanun hükmündedir]. Böylece her birey, sözleşme yardımıyla kendi hukukunu kendi başına yaratmağa çağrılıyordu. Devlet hukukunun görevi, herşeyden önce vatandaşların sözleşme hürriyetlerini kullanabilecekleri çerçeveyi çizmekti.

Bu yeni hukuk tipinin sözleşme hukuku olarak nitelenmesine karşı, eski statünün de çoğu zaman sözleşmeye dayandığı itirazı öne sürülmüştür. Bu görüş şöyle özetlenebilir: Feodal düzen vasallık sözleşmesi olmaksızın düşünülemez; zaten her hâkimiyet düzeni bir «sosyal sözleşme»ye dayanır. Devlet hukuku da, eskiden leges barbarorum'un [barbar kanunları] pactus [sözleşme] olarak nitelenmesinden anlaşılacağı gibi, iktidar sahibi ile halk arasındaki serbest anlaşmayla meydana gelmiştir. Özellikle bugün sözleşmenin önemini yitirdiği kamu hukuku, usul hukuku, aile ve miras hukuku önceleri sözleşme hâkimiyeti altında idi. Dolayısıyla gerçekte from status to contract [statüden sözleşmeye] bir hareket değil, aksine from contract to status [sözleşmeden statüye] bir hareket tespit edilebilir<sup>32</sup>.

Bu görüşe karşı sadece statü değil, sözleşme kelimesinin de *Maine*'in ilerleme tezinde özel bir anlam taşıdığını hatırlamak gerekir. Max Weber'le<sup>33</sup> beraber, statü sözleşmeleri ve amaç sözleşmeleri arasında bir ayırım yapmak zorundayız. Çocuk, baba, karı, birader, efendi, köle, soydaş, savaş arkadaşı, tımar sahibi, müvekkil, malîyet, vasal, uyruk veya dost, kısacası en geniş anlamıyla yoldaş olarak bir statü kuran sözleşme, «insanın nitelik itibariyle şimdiye kadarkinden başka türlü *olduğu*»<sup>34</sup> bir tabiiyet veya hâkimiyet sözleşmesi veya bir kardeşlik sözleşmesi idi. Buna karşılık sadece «somut, çoğu zaman ekonomik edimlerin veya başarıların gerçekleşmesini amaç edinen mübadele sözleşmeleri, katılan kişilerin 'statü'sünü hiçbir şekilde etkilemez»<sup>35</sup>. Öyleyse yeni hukuk tipi sözleşme hukuku olarak nitelenirken bununla statü ilişkileri-

<sup>32</sup> Yakın zamanlarda bu düşünce için özellikle bk. *Graveson* (dn. 20), s. 36-38

<sup>33</sup> *Rechtssoziologie* (dn. 22), s. 111. Carl Schmitt (*Verfassungslehre*, 1928, s. 67 vd.) statü sözleşmesi ile «liberal burjuva hukuk ve toplum düzeni anlamında serbest sözleşme»yi ayırmaktadır.

<sup>34</sup> Max Weber: *Rechtssoziologie*, agy.

<sup>35</sup> *Age*, s. 112.

nin amaç anlaşmasıyla bir yana itilmesi veya —*Llewellyn*'in<sup>36</sup> deyişile— toplu statü anlaşmasının yerini tekil anlaşmanın alması kastedilmektedir. Daha önce Eugen *Ehrlich*<sup>37</sup>, *Maine*'i tenkitçilerine karşı, hukukta daima «insan toplumunun varlığını sürdürebilmek için ihtiyaç duyduğu edimleri nasıl sağladığı» sorusunun sözü konusu olduğu delili ile savunmuştu. *Ehrlich*, «Ortaçağ toplumu, bu edimleri koparabilmek için tüm insanın yakasına yapışmıştı; modern toplum ise gittikçe ondan tek tek edimler istemekle yetinmekte ve geri kalan alanlarda kişiliğini imkân ölçüsünde serbest bırakmaktadır.» diyor ve dikkatsizce ekliyordu: «Herhalde yakın bir gelecekte bu durum değişmeyecektir».

Her iki yapı tipinin, yani statü hukuku ve sözleşme hukukunun şimdiye kadarki niteliklerini bir defa daha özetlersek, *Tönnies*'in *Maine*'i izleyerek geliştirdiği<sup>38</sup> «birleşik ve karşı kavramlar tablosu»nu<sup>39</sup> şöylece genişletebiliriz :

Statü	Sözleşme
Hâkimiyet ilişkisi	Hukukî işlem
Emlâk ve akar	Para
Mülk	Menkul kıymetler
Mübadele ekonomisi	Kredi ekonomisi
Malların tekelleşmesi	Piyasa ekonomisi
Lonca zorunu ve ceza hakkı	Zanaat ve ticaret hürriyeti
Ayrıcalıklar sistemi	Hak eşitliği ve birey otonomisi
Menşee ve gruba alınmaya (kabule) göre sosyal prestij	Bireysel edim ve başarıya göre sosyal prestij
Gruba bağlı kendi	Tam ehliyetli kişi
Grup	Birey
Topluluk	Toplum

Bu kavram tablosu, hangi nedenlerle statü hukukundan sözleşme hukukuna gelindiğini açıkça göstermektedir. *Ehrlich*'le<sup>40</sup> be-

<sup>36</sup> Age, (dn. 10), s. 716.

<sup>37</sup> Age, (dn. 13) s. 61.

<sup>38</sup> *Tönnies* bunu açıkça ifade etmiştir, age, 2. baskı, Önsöz, s. XXXV. Ayrıca René *König*'in geniş ve gerekçeli bir incelemeyle modern sosyoloji açısından *Tönnies*'in eseri hakkında yaptığı yıkıcı tenkit için bk. Die Begriffe Gemeinschaft und Gesellschaft bei Ferdinand *Tönnies*, KZfS 7 (1955), s. 348-420, özellikle s. 412 : «Eserinden geriye kalan bir enkaz yığını bile değil, sadece büyük bir bulanıklıktır. Bu konuda hiçbir güzelleştirme denemesinin de yararı olmayacaktır».

<sup>39</sup> *Tönnies* (dn. 9), s. 184.

<sup>40</sup> Age, (dn. 13), s. 51-61.

raber bunları ekonomik, politik ve ideel olarak ayırabiliriz. Ekonomik neden, ailenin ekonomik otarşisini yitirmesine ve sadece bir tüketim birimi durumuna düşmesine yol açan ve Max Weber<sup>41</sup> tarafından piyasa genişlemesi diye adlandırılan gelişme idi. Buna paralel olarak işbölümü artmış; esnaf birlikleri ve loncaların yerini, daha sonraları teknik gelişmeyle birlikte imalâtçılıktan endüstriye geçen ve ona göre sürüm şekilleri bulan ticaret ve zanaat erbabı vatandaşlar almıştır. Özellikle sahipliğine hukukî ayrıcalıklar bağlanan statü sembollerinin serbestçe devri ve böylece dışardakilerin eline geçmesiyle korporatif hukuk anlayışı değerini yitirmiştir<sup>42</sup>; fakat bu imkân, sonraları hak eşitliği ve sözleşme hürriyeti düşüncesinin ifade eder gözüktüğü gibi dışardaki herkese değil, gerçekte sadece ekonomik bakımdan güçlü olana açıktı<sup>43</sup>. Politik alanda devlet organlarının bürokratlaşması ve hukuk koyma yetkisinin tekelleşmesi sayesinde meslek gruplarının otonomisini gittikçe bütün vatandaşların şekli hak eşitliği lehine geriye iten devlet iktidarının kuvvetlenmesi olayı rol oynamıştır<sup>44</sup>. Bu, daha aydınlık çağı felsefesinde, dünyevî tabii hukukta (akıl hukukunda) statü doktrinini aşmayı deneyen, fakat klâsik ifadesini ancak Kant ve Hegel<sup>45</sup> gibi iki devlet ideologu tarafından geliştirilen şekliyle «burjuva toplumu» kavramında bulan hâkim düşünce akımı bireyciliğin ortaya çıkmasına yardım etti. Böylece bireycilik, genel bir vatandaş hak ehliyeti ve bireyin kendi kaderini serbestçe belirlemesi düşüncesini herkesin malı bir hukuk ilkesi durumuna getirdi<sup>46</sup>. Statü hukuku, artık yerini kesinlikle sözleşme hukukuna bırakmıştı.

<sup>41</sup> Max Weber (dn. 22), s. 107.

<sup>42</sup> Krş. Kluth (dn. 29), s. 37 vd., 53.

<sup>43</sup> Max Weber (dn. 22), s. 139, 170.

<sup>44</sup> Krş. Ehrlich (dn. 13), s. 51-53; Max Weber (dn. 22), s. 139; Julius Stone: Social Dimensions of Law and Justice, 1966, s. 126. Hukuk gelişmesinin ayrıntılı bir tasviri için bk. Justus Wilhelm Hedemann: Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX. Jahrhundert, Teil I, 1910.

<sup>45</sup> Onların eşit haklı bireysel kişiliğin tanınmasından yana olmalarının sonraki liberalizmle ilgisi yoktur. Her ikisi de vatandaşın devlete kayıtsız-şartsız itaat etmesi düşüncesinin savunucusuydu, krş. Rehbinder: Die Rechtsmässigkeit der Amtsausübung im § 113 StGB, GA, 1963, s. 33.

<sup>46</sup> Düşünce tarihindeki bu gelişmeyi daha ayrıntılı belgelerle gösteren bir eser olarak krş. Hermann Conrad: Individuum und Gemeinschaft in der Privatrechtsordnung des 18. und beginnenden 19. Jahrhunderts, 1956, s. 8, 16 vdd, 37; ayrıca Vinogradoff (dn 8), s. 231 vd; Graveson (dn. 20), s. 43; Ehrlich (dn. 13), s. 57-60.

## II. Statü Hukuku Tipi ve Bunun Şimdiki Zamanın Analizi İçin Yararı

Fakat sözleşme hukukunun hâkimiyeti uzun sürmeyecekti. Aydınlik çağı düşüncesi statü hukukunun engelleri kalkınca sağlam bir ahengin geleceğine inanmış olsa bile, şekli hak eşitliği isteği uygulama alanına geçer geçmez, sonuçları itibariyle varlıklı burjuvazinin ideolojisi olarak damgalandı. Çünkü ayrıcalıkların kalkmasından sonra bireyin kendi kaderini serbestçe belirlemesine yardım edecek olan sözleşme hürriyeti, sadece bir kolaylık değil, aynı zamanda bir yük anlamına geliyordu<sup>47</sup>. CC m. 1134'den açıkça anlaşıldığı gibi, «sözleşme kendini modern hukuk sistemlerinin aksiyomu olarak kabul ettirince, devlet geniş ölçüde hukuk yaratma görevinden çekilmişti. Kral filânca Heinrich değil, Gottlieb Schulze modern kanun koyucu idi artık»<sup>48</sup>. Böylece birey kendi hakkı için savaşa çıkmak zorundaydı. Bu savaşta ise ancak ekonomik bakımdan güçlü olan galip gelebilirdi. Sadece varlıklı kimsenin sözleşme şartlarını serbestçe kararlaştırmak şansı vardı. Varlıksız olana boyun eğmek düşüyordu. İlerleme düşüncesinin şekli hak eşitliği ve bireysel otonomi ile bağlantısı aldatıcı çıkmıştı. Bireyciliğin ulaşmak istediği birey hürriyeti, hukuk yapısı ile ilgili bir sorun değil, somut ekonomi düzeni, özellikle mal ve mülkün dağılım şekli ile ilgili bir sorundur<sup>49</sup>. Öyleyse statü hukukunu bir zorlama hukuku, dolayısıyla geri diye kestirip atmak; buna karşılık sözleşme hukukunun daha hürriyetçi ve daima bir ilerilik olduğunu düşünmek yanlıştı<sup>50</sup>.

Bu, her şeyden önce hangi sistemin gerçekte bireye daha büyük hürriyet sağladığı şüphesini kısa zamanda uyandıran ön-kapitalizmin etkilerinde görüldü. Gerçi hâkimiyet ve itibarı farklı dağıtmak, her sosyal hayatın kendine özgü temel kanunlarından. Belirli bir ölçüde sosyal eşitsizlik, canlı ve yaratıcı bir toplumun ön-şartı kabul edilmek zorundadır. Ama fiilî eşitsizlikleri sosyal

<sup>47</sup> *Pound* (dn. 8, s. IX), bunun için «burden of making law for himself» [kendisi için hukuk yapma yükü] demektedir.

<sup>48</sup> *Seagle* (dn. 10), s. 375.

<sup>49</sup> Krş. *Max Weber* (dn. 22), s. 171; ayrıca *Bettermann*: *Freiheit unter dem Gesetz*, 1962, s. 32 vd.

<sup>50</sup> Krş. *Wolfgang G. Friedmann*: *Some Reflections on Status and Freedom*, *Ralph A. Newmann* (yayımlayan): *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, 1962, s. 222, 229. Daha önce *Issaacs* (dn. 8, s. 47), bu yanlış işaret etmişti: «Freedom of contract is not synonymous with liberty, nor is status slavery» [Ne sözleşme serbestliği hürriyetle eşanımlıdır, ne de statü köleliktir]. Ayrıca krş. *Max Weber* (dn. 22), s. 170.

eşitlik ideali ile anlamlı bir dengeye oturtmak için<sup>51</sup> sosyal hayatın akışına ne derecede müdahale edilmek gerektiği sorulabilir. Bu konuda *laisser-faire* [bırakınız yapsınlar] liberalist doktrini hiç karışmama gibi aşırı bir görüşü benimsedi ve sözleşme hürriyeti ilkesinin mübalâğa edilmesine<sup>52</sup> ve devletin kanun koyuculuk görevincen çekilmesi felâketine<sup>53</sup> yol açtı. Sonuç, «sosyal sorun» denilen şeyin ortaya çıkması oldu. Burada da gelişmeyi ayrıntılarıyla belgelendirmek gerekmez. Varlıklı burjuvazinin «devlet yönetici» tabakalarının bu sorunun «toplum» içerisinde kalacak özel hayır faaliyetleri ile değil, ancak devlet müdahalesi ile çözülebileceğini anlamasına kadar uzun ve ağırlı bir süre geçti. Hukuk devletinde ancak hukuk normları ile mümkün olan bu müdahaleler, hukuk konularının —birkaç örnek verirse— işçiyi koruma mevzuatı, sosyal sigortalar veya tehlike sorumlundan başlayıp besin maddeleri hukuku, sağlık ve sosyal yardım, eğitim zorunu ve kartel hukukuna kadar genişlemesi ve yepyeni hukuk alanlarının yaratılması sonucunu doğurdu. Özel hukuk da içtihatlar ve değiştirme veya tamamlama kanunlarıyla «sosyalize edildi». Başlangıçta varlıklı, bağımsız ve aydın vatandaş örneğine göre yalnız belirli bir toplumsal tabakanın ölçülerine uygun düşen özel hukuk, yavaş yavaş bütün tabakalar için işleyebilecek şekle dönüştürüldü<sup>54</sup>. Bu gelişme sonucunda sözleşme hürriyeti alanı, bireysel otonomi git-tikçe daraldı.

### 1. Statü Hukukundan İlerici Bir Dönüş Olarak Hukukun «Sosyalize Edilişi»

Başlarken de değindiğimiz gibi, modern hukukumuzun bu güdümcü karakteri, birçok yazarın statü hukukuna dönüşten söz etmesine sebep oldu. Burada şimdiki zamanın analizinde ideal tiple-

<sup>51</sup> İnsan varlığında saklı bu «eşitlik ve eşitsizlik arasındaki ortadan kaldırılması imkânsız gerilim ilişkisi» için krş. *Dahrendorf*: Über den Ursprung der Ungleichheit unter den Menschen, 2. baskı, 1966; ayrıca *Rehbinder*: Die Diskriminierung: ihre Ursachen und ihre Bekämpfung, KZfS 15 (1963), s. 6-23, özellikle s. 8.

<sup>52</sup> *Seagle*'ın (dn. 10, s. 396), bir gazeteci havası taşıyan şu ifadesi burada biraz dirlendirici olacaktır: «Sözleşmeden başka Tanrı yoktu, Sir Henry Maine de Onun peygamberi idi».

<sup>53</sup> Burada özellikle devlet ve toplum nüfuz alanlarının karşıt anlaşılması tezi etkili olmuştur; bu konuda bk. *Theodor Geiger*: Ideologie und Wahrheit, 1953, s. 107-111.

<sup>54</sup> Bu konuda krş. *Wiethölter* (dn. 8).

ri kullanmanın tehlikesi görülmektedir<sup>55</sup>. Çünkü ideal tipler, yeterince gerçekte doldurulmak ve böylece işe yarar duruma getirilmek için, tarihî deney üzerinde geliştirilir. Tarihî deney ise, şimdiki zamanın gelişme süreci hakkında bir şey söyleyemeyecek kadar şartlıdır. Analiz edilecek sosyal durumun da bir ara döneminde, yani eski ve bilinen bir ideal tipin bu durumun tasviri bakımından yararını yitirdiği ve tarihî deney eksikliğinden ötürü yeni özellikleri kapsayan yeni bir ideal tipin henüz geliştirilemediği bir dönemde bulunması ihtimali hesaba katılmalıdır. Bu duruma şimdiye dek bilinen ideal tipler uygulanmaya kalkılırsa, ister istemez yanlış ifade ve sonuçlara varılır. Modern hukuk statü hukuku olarak nitelenince, çoğu zaman olduğu gibi bunda da bir gerçek payı vardır. Fakat statü hukukundan sözleşme hukukuna geçişte önem taşıyan, dolayısıyla bu hukuk tiplerinden birine veya öbürüne kavram özelliği olarak giren nedenlere bakarsak, bir «dönüş» sözü edilemeyeceği açıkça anlaşılır.

Yapı değişmesinin ekonomik nedenleri olarak aile otarşisinin yitişini ve piyasa genişlemesini öğrenmiştik. Görülebildiği kadarıyla bunda değişen bir şey yoktur; aksine, büyük şehir insanı her zamankinden daha az «otarşik»tir, piyasa da büyük endüstrinin etkisiyle geniş çaplı alım-satımlar şeklinde iyice yayılmıştır. Bununla beraber geniş çaplı ekonomik işlemler, hukukî işlemlerin standartlaştırılması ve rasyonelleştirilmesi sonucunu doğurmuştur. Birey tarafından kararlaştırılan sözleşme, büyük ölçüde yerini tip sözleşmelere ve genel iş şartlarına bırakmıştır. Bu sonuncu «şartları» ister sözleşme örneği (contrat d'adhésion) [iltihakî sözleşme], ister hukuk normu («elde hazır hukuk düzeni») <sup>56</sup> sayalım, herhalde bunların amacı ekonomik işlemlerin sınırlanması değil <sup>57</sup>, kolaylaştırılmasıdır. Nasıl makineli üretim perakende imalden misli eşyaya götürmüşse, sözleşmelerin standartlaştırılmasıyla da «misli eşya sistemine misli hukukî işlemler sistemi eklenmiştir» <sup>58</sup>. Öyleyse

<sup>55</sup> İdeal tiplerin bu tehlikesinden bizzat Max Weber'in de kurtulamadığını, Onun serbest hukuk okulu hakkındaki yanlış yargısı üzerinde göstermeğe çalışmıştım, bk. *Rehbinder* (dn. 12), s. 483 vd.

<sup>56</sup> RGZ 171/43, 48. Genel iş şartlarının hukukî mahiyeti hakkında yakın zamanlarda yayımlanmış geniş bir eser olarak bk. Joachim Schmidt-Salzer: *Das Recht der Allgemeinen Geschäfts- und Versicherungsbedingungen*, 1967, s. 45-110.

<sup>57</sup> Eski sözleşme örneklerinin amacı (sözleşmelerde numerus clausus) gibi.

<sup>58</sup> Haklı olarak Llewellyn (dn. 10), s. 731; ayrıca krş. Seagle (dn. 10) s. 409 vd; Graveson (dn. 20), s. 48.

tip sözleşmeler ve iş şartları eski statü hukuku ile ilgili olmayıp, yakın zamanlarda ekonomik hayatın rasyonelleşmeye zorlanmasıyla kuvvetlenen ve aslında her hukuk tipinin içinde saklı bulunan birleştirme ve genelleme eğiliminin<sup>59</sup> ifadesidir. Yine geniş çaplı ekonomik işlemler ihtiyacından hukukî işlemde borçlanma nedeni görülen irade açıklamasının gittikçe güvenin korunması düşüncesi (sosyal tipik davranıştan sorum, fiilî sözleşmeler) lehine değerini yitirmesi de anlaşılabilir. Bu gelişme daha kısa bir süre önce medenî hukukun büyük bir ustası tarafından «kemiklerin yumuşaması»<sup>60</sup> diye esefle kaydedilmişti.

Statü hukukundan sözleşme hukukuna yapı değişmesinin politik nedeni olarak, devlet organlarının bürokratlaşması ve hukuk koyma yetkisinin tekelleşmesi suretiyle devlet iktidarının kuvvetlenmesini göstermiştik. Burada da eski durumlara dönüş söz konusu değildir. Devlet cihazının bürokratlaşması daha da ileriye gitmiştir. *Ehrlich*'in<sup>61</sup> tahminleri aksine, *Adolf Wagner*'in devlet faaliyetlerinin artması kanunu, «sosyal yardım» alanındaki devlet ödevlerinin genişlemesiyle doğrulanmıştır. Bu gelişme bir yerde son bulacağına benzememektedir<sup>62</sup>. Hukuk koyma tekeli açısından ise manzara o kadar açık görülüyor. Devlet iktidarının karşı oyuncusu olarak sadece devlet mevzuatı üzerinde önemli etki yapmakla kalmayıp<sup>63</sup> kendi iç birlik düzeniyle ilgisi derecesinde hukukî otorite izlenimini uyandıran güçlü birlikler ortaya çıktı. Bu yüzden birlikler hâkimiyetinden<sup>64</sup> söz edilmiştir. Fakat sosyal devlet düşünceleriyle bu birlikler hâkimiyeti önemli sınırlamalara ve denetlemelelere uğramaktadır; hukuk koyma tekeli de —korporatif devletin aksine— hâlâ bir devlet hukuk kaynağı tekeli geriye kalmıştır.

<sup>59</sup> Şimdiye dek bu görüşte yalnız *Seagle*, agy. *Isaacs* (dn. 8, s. 39 vd.) ve *Llewellyn* (dn. 10, s. 717), «standartlaşma eğilimi»ni belirtmekle beraber bunu statü sorunu ile bir arada ele almaktadırlar. Birleştirme ve genelleştirme konusunda ayrıca bk. *Ehrlich*: *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 1913, s. 281 vdd.

<sup>60</sup> *Heinrich Lehmann*, *Enneccerus/Lehmann*: *Recht der Schuldverhältnisse*, 15. baskı, 1958, Önsöz.

<sup>61</sup> *Age*, (dn. 59), s. 111.

<sup>62</sup> Krş. *Rehbinder*: *Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich*, 1967, s. 52, 92-95.

<sup>63</sup> Bu tür olayları inceleyen eserlere bir örnek olarak krş. *Otto Stammer*: *Verbände und Gesetzgebung. Die Einflussnahme der Verbände auf die Gestaltung des Personalvertretungsgesetzes*, 1965.

<sup>64</sup> *Theodor Eschenburg*: *Herrschaft der Verbände?*, 1955. Birliklerle devlet arasındaki ilişkinin yeni bir açıdan incelenişi için krş. *Gerhard Leibholz*: *Staat und Verbände*, RdA 1966, s. 281-289.

Bu, hiç değilse normatif yürürlük iddiası bakımından doğrudur; çünkü birlik düzeninin geçerliği bugün daima devletçe verilen bir yetkiye dayanmaktadır<sup>65</sup>. Hukuk sosyolojisi açısından farklı sonuçlara varılabilir<sup>66</sup>; ama burada hukuk sosyolojisi görüş açısı önemli değildir. Birliklerin devlet dışı bir hukuk otonomisi liberalizm zamanında, yani sözleşme hukuku zamanında da vardı. Öyleyse bu, statü hukukuna dönüşün bir işareti olamaz.

Nihayet sözleşme hukukuna yapı değişmesinin ideel nedeni bireycilik de —birkaç sosyal romantik bir yana bırakılırsa— hiçbir şekilde bireyin tekrar «Tanrı tarafından istenen» eşitsizliklerle dolu bir hiyerarşik düzen sistemi içine yerleştirilmesine çalışıldığı anlamında geriye dönük sayılamaz. Tam aksine, özel hukukun sosyalize edilmesi ve sosyal hukukun yaratılması, sözleşme hukukunun hukukî işlem ideolojisiyle bireyin kendi kaderini serbestçe belirlemesinin gerçekte ancak belli bir sosyal sınıfa mensubiyete göre derecelendiğini anlamının bir ifadesidir. Sözleşme hukuku devri sadece politik alanda (seçim hakkı) bir sınıf hukuku devri değildi; ekonomik eşitsizlikler adalet alanında hukuk cihazının iç tutumu (bilinç durumu) ile ayrıca ağırlaşmıştı («sınıf adaleti» suçlaması). Öyleyse modern hukuk değişmeleri, şekli hak eşitliğini basiretle maddî hak eşitliği, yani yarışa başlama şartlarında eşitlik (fırsat eşitliği) yönünde kuvvetlendirmek suretiyle bu sınıf farklarını azaltmaktan başka bir anlam taşımamaktadır. Böylece sosyal devlet düşüncesi —*Ehrlich*'in deyişiyle— «bireyciliğin hakkaniyet düşüncesinden vazgeçmemiş, onun gereğini yapmıştır»<sup>67</sup>. Bütün bu nedenlerle günümüzün hukuk gelişmesini statü hukukuna dönüş olarak yorumlamak yanlıştır.

## 2. Kamu Hukuku Kriteri Olarak Statünün Yeniden İfade Edilişi

İncelememizin ilk sonucunu dar bir şekilde özetlersek, bu tarihin bir tekerrürden ibaret olmadığı sözünden öteye geçmez. Bugünkü hukukun gelişme eğilimleri hakkındaki soru bakımından henüz fazla bir şey kazanılmamıştır. *Maine* tarafından tutulan yo-

<sup>65</sup> Bu konuda ayrıntılı olarak Karl-Otto Nickusch: Die Normativfunktion technischer Ausschüsse und Verbände als Problem der staatlichen Rechtsquellenlehre, Diss. München 1964; Herbert Krüger: Rechtssetzung und technische Entwicklung, NJW 1966, s. 617-624. İş hukuku için krş. TVG [Alman Toplu Sözleşme Kanunu] § 3.

<sup>66</sup> Yani hukuk düzenleri plüralizminin kabulüne. Krş. *Rehbinder* (dn. 62), s. 110 vd.

<sup>67</sup> *Ehrlich* (dn. 59), s. 193.

lu izlemeğe devam edersek, hukukun modern görünüş tablosuna uygun yeni bir yapı tipi geliştirmeyi denemekten başka çare kalmıyor. Zaten Max Weber de «daima yeni ideal tipler kurmanın kaçınılmazlığı»ndan<sup>68</sup> söz etmişti. Soru şudur: Hukuk yapısının aranan yeni ideal tipinin aslî özellikleri nelerdir? Şimdiye dek yalnız olumsuz ifadeler kullanabiliyoruz. Yeni hukuk, sözleşme yapılarının sökülmesi<sup>69</sup> veya —çoğu zaman söylendiği gibi— «sözleşme hukuku bunalımı»<sup>70</sup> ile belirlemektedir. Bunalım, bireyciliğin ortaya çıkışından beri devlet hâkimiyet uygulamasının bir sözleşmeye, contrat social'e [toplumsal sözleşme] dayandırılmak istendiği kamu hukukunda başlamıştı<sup>71</sup>. Devlet hâkimiyet alanını medenî hukuk kurumlarından kurtarma çabasının yanibaşında, hiç değilse bireysel otonomi alanını özel hukuk alanı olarak korumak ve «sosyalize etme» amacıyla konulan bütün sözleşme hürriyeti sınırlamalarını «kamu hukuku» olarak dışarda bırakmak eğilimi doğdu. Bugün biliyoruz ki, özel hukukla kamu hukukunun katı bir şekilde ayrılması fazla işe yaramamaktadır; «sosyal hukuk» olarak modern hukukumuz, daha çok, kamu hukuku ile özel hukuk unsurlarının bir karışımıdır ve bu karışım, özel hukuku yapısında değiştirmiştir.

Yakın zamana dek kamu hukuku ve özel hukuk ayırımını tanımayan Anglo-Amerikan hukuk çevresinde gittikçe dikkatler sosyal hukukun kamu hukuku unsuru üzerinde toplanmağa başlamıştır. Bu yeni unsurun sınırları yakından çizilmek ve nitelenmek istenince de statü kelimesi yeniden bulunmuştur. Şimdi statü «a special condition of a continuous and institutional nature, differing from the legal position of the normal person, which is conferred by law and not purely by the act of the parties, whenever a person occupies a position of which the creation, continuance or relinquishment and the incidents are a matter of sufficient social or public concern»<sup>72</sup> [yaratılması, devamı veya sona ermesi ve olayları itiba-

<sup>68</sup> Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre, yayımlayan: *Winckelmann*, 2. baskı, 1951, s. 206.

<sup>69</sup> *Pound* (dn. 8, s. X), buna «giving up of the idea of free contract as the prime agency of social control» [Sosyal denetimin aslî aracı olarak sözleşme düşüncesinin terki] demektedir.

<sup>70</sup> Krş. Rudolf *Reinhardt*: Die Vereinigung subjektiver und objektiver Gestaltungskräfte im Vertrage, Festschrift für Schmidt-Rimpler, 1957, s. 115.

<sup>71</sup> Bu konuda krş. *Grzybowski* (dn. 8), s. 1393 ve *Seagle* (dn. 10), s. 396 vd.

<sup>72</sup> *Graveson* (dn. 20), s. 2.

riyle toplumsal veya kamusal bir ilgiyi gerektirecek bir durumda bulunan normal kişiye sadece tarafların tasarrufuyla değil, hukuk tarafından verilen hukukî durumdan ayrı, sürekli ve kurumsal nitelikte bir özel durum] olarak tanımlanmaktadır. Veya statü kısaca «legal conditions imposed upon the individual by public law» [bireye kamu hukuku tarafından yüklenen hukukî şartlar] veya «sum of public law restrictions»<sup>73</sup> [kamu hukuku sınırlamalarının toplamı] olarak anlatılmaktadır. Statü terimi kıta hukuku geleneğinde kişi hukukunu eşya ve malvarlığı hukukundan ayırmağa yararken<sup>74</sup>, *Graveson*'ın geniş incelemesine göre Common Law ülkelerinde kamu hukuku kriteri olarak görülmektedir<sup>75</sup>.

Statü kavramı üzerindeki bu yeni anlayış, ilk anda sanıldığı gibi aksine, kıta görüşünden öyle pek uzak değildir. Zaten kamu hukukunun dogmatik işlenişine ve bu alanın medenî hukuk düşüncesinden kurtuluşuna önemli katkıda bulunan Georg *Jellinek*, statü kavramını kamu hukukuna mal etmek istemişti. Kendisinin kamu hukuku istemlerini sistematize ederken statüden yararlandığı hatırlanacaktır. *Jellinek* şöyle yazar: «Her kamu hukuku istemi, doğrudan doğruya kişinin devlet karşısındaki belli bir durumundan doğar; bu, antik hukuk örneğine uyularak bir statü olarak nitelenebilir»<sup>76</sup>. Daha sonra sübjektif kamu haklarını negatif, pozitif ve aktif statüden doğuşlarına göre bölümler. Bu arada hukukî kişilik kavramını da kamu hukukuna mal ettiği daha az bilinmektedir. *Jellinek* der ki: «Hukuk süjesi, hukuk düzenini kendi yararına harekete geçirebilen kimsedir... Hukuk düzenini kendi yararına harekete geçirebilmesi için bireye devlet tarafından tanınan ehliyet ise, hukuk tarafından kabul edilen her bireysel iktidar gibi bir sübjektif haktır. *Dolayısıyla kişilik kamu hukukuna aittir. Bu, özel hukukun ve hatta bütün hukuk düzenlerinin şartıdır*»<sup>77</sup>. Bunun anlamı şudur: Hukukî kişilik sorunu, başka bir deyişle hak ehliyeti sorunu, bir kamu hukuku sorunudur. Gerçi antik hukuka atfından da anlaşılacağı gibi, *Jellinek* bu ifadeyi status civilis'e [medenî statü] inhisar ettirmiştir. Fakat status naturalis'in [tabii statü] sonuçları hesaba katılır ve kişi hukuku geniş anlamda dü-

<sup>73</sup> *Friedmann* (dn. 50), s. 226 vd.

<sup>74</sup> Krş. yuk. dn. 21.

<sup>75</sup> *Graveson* (dn. 20), s. 59, 111-141; Onu izleyerek *Pound*: Introduction to *Graveson*, s. XII vd; *Friedmann* (dn. 50), s. 226 vd.

<sup>76</sup> Georg *Jellinek*: *Allgemeine Staatslehre*, 3. baskı, 1914, s. 418.

<sup>77</sup> Agy. Daha sonra *Vinogradoff* (dn. 8, s. 230 ve 233), *Jellinek*'e atıfla statüden «conception of public law» [kamu hukuku kavramı] olarak söz etmiştir. *Graveson* da *Jellinek*'den etkilenmiştir, krş. dn. 20, s. 113.

şünülürse, gitgide bizde de kamu hukuku unsurunun ortaya çıkarıldığı tespit edilebilir. Meselâ statü hukuku olarak nitelenen aile hukuku<sup>78</sup>, artık birçokları tarafından özel hukuka değil, sosyal hukuka mal edilmektedir<sup>79</sup>; çünkü bütün aile hukuku ilişkilerine devlet de şu veya bu şekilde hukuk tasarruflarıyla katılmaktadır.

İşte statü kelimesi kamu hukuku unsurunun nitelenmesi için kullanıldığı zaman, bu terimin bugünkü hukuk yapısını tam kavrayacak durumda olmadığı anlaşılır. «Modern statü hukuku»nun bir statü seçimi hürriyeti tanıdığı ve artık veraset yoluyla geçen hukukî durumların zümrelere göre tabakalaşmasından hareket etmediği, eski statü hukukunun aksine, ekonomik baskıyı azaltmağa ve böylece hareket hürriyetini, yani sosyal hareketliliği teşvike çalıştığı belirtilse bile<sup>80</sup>. Yalnız kamu hukuku unsurunu ön plâna çıkarmak, hiçbir zaman yetmez; çünkü kamu hukuku ile özel hukuk arasındaki sınırların gittikçe silinmesi<sup>80a</sup>, şimdiki hukuk gelişmesinin özelliğidir. Sosyal hukuk bugünün hâkim hukuk tipi görülse de bu hukuku niteleyen, kamu hukuku değil, kamu hukuku ile özel hukukun bir karışımıdır. Öyleyse statü kelimesi «modern» anlamında bile, sosyal devlet hukukunu kendi yapısı içinde yeterince kavramağa elverişli değildir.

### III. Modern Bir Hukuk Teorisinde Yapı Unsuru Olarak Rol

Bugünkü hukuk yapısı için aranan ideal tipi bulmak için tutulabilecek yolu ilkin Gustav *Radbruch* çizmiştir. 1930 tarihli küçük bir hukuk sosyolojisi incelemesinde<sup>81</sup>, zamanını, bireyci hukuktan sosyal hukuka geçişle belirlenen ve «Roma hukukunun ıktibas ve tabii hukuktan daha az önemli olmayan bir hukukî dönem noktası» olarak görmektedir. Gerçi *Radbruch*, daha önce incelenen ve kendisi tarafından «kamu hukuku dönümü»<sup>82</sup> diye nitelenen sosyal hukukun şekli yapısında «kamu hukuku ile özel hu-

<sup>78</sup> Krş. Joachim *Gernhuber* : Lehrbuch des Familienrechts, 1964, s. 6.

<sup>79</sup> Krş. age, s. 5.

<sup>80</sup> Özellikle *Friedmann* (dn. 50), s. 236 vd; Geoffrey *Sawer* : Law in Society, 1965, s. 68; *Graveson* (dn. 20), s. 51 vd.

<sup>80a</sup> Krş. J. J. M. *van der Ven* : Die Überwindung der traditionellen Zweiteilung von öffentlichem und privatem Recht, besonders an Hand des Arbeitsrechts, Festschrift für Nipperdey, C. 2 (1965), s. 681-697.

<sup>81</sup> Vom individualistischen zum sozialen Recht, Hanseatische Rechts- und Gerichts-Zeitschrift 13 (1930), sütun 458-468; daha önce de Der Mensch im Recht, 1927; ayrıca krş. Hugo *Sinzheimer* : Das Problem des Menschen im Recht, 1933.

<sup>82</sup> Agy, sütun 467.

kuk arasında değişik sıra ilişkisi», «özel hukukun kamu hukuku ile karışması» ve «sübjektif özel hukuka sosyal yüküm muhtevasının girmesi» ayırımlarını yapmaktadır<sup>83</sup>. Fakat kanaatimizce hukuk konularının bölümlenmesi gibi bir yan olayı ilgilendiren bu görüş açısından başka, daha önemli bir gelişmeye dikkati çekmektedir: «Sosyal hukuk... bütün hukuk düşüncesinin bir yapı değişmesine, yeni bir insan kavramına dayanır: Sosyal hukuk, kişiliksiz, kendi özelliğinden sıyrılmış, tekil düşünülmüş, toplumlaşmasından çıkarılmış bireye göre değil, somut ve toplumlaşmış insana göre biçilmiştir»<sup>84</sup>. *Radbruch*'a göre, yönünü kişiliksiz ve tekil düşünülmüş bireyde bulan bireyci hukuk anlayışının ifadesi, onun kişi kavramıdır. Bu kişi kavramı, insanlar arasındaki bütün farkların aynı düzeye getirildiği bir eşitlik kavramıdır. Kişi kavramında hukukî eşitlik, herkes için aynı mülkiyet hürriyeti ve aynı sözleşme hürriyeti beraber düşünülmüştür. Hukuk gerçeğinde ise mülkiyet ve sözleşme hürriyeti, sosyal bakımdan güçlü olanın elinde sosyal bakımdan zayıf olanın elinden hayli farklıdır. Böylece hukuk normu ile hukuk gerçeği gitgide daha çok çelişmeye düşmektedir. Hukuk normuna göre aynı mülkiyet ve aynı sözleşme hürriyetine sahip eşit kişiler, hukuk gerçeğinde ise eşit kişiler yerine varlıklılar ve varlıksızlar, herkes için sözleşme hürriyeti yerine ekonomik bakımdan güçlü olanların dikte ettirme hürriyeti, ekonomik bakımdan güçsüz olanların dikteye boyun eğmesi... Buna karşılık sosyal hukuk, hukuk normunu ve hukuk gerçeğini tekrar ahenkleştirmektedir: «Sosyal hukuk... kişi kavramını aynı düzeye getirici soyutlaştırmanın arkasındaki bireysel özelliği, sosyal güç ve güçsüzlük durumunu göstermekte; meselâ artık sadece kişiler değil, işveren ve işalan, işçi ve müstahdem, ceza hukukunda ise sadece failer değil, tesadüfi ve ihtiyadî suçlular, ıslahı kabil ve ıslahı kabil olmayan suçlular tanımaktadır»<sup>85</sup>.

Bu görüş açısının bizim düşüncelerimiz için ne kadar önemli olduğu doğrudan doğruya statü hukukundan sözleşme hukukuna geçiş hakkındaki yorumumuza uygun düşmesinden anlaşılır. Statü hukuku, insanı sadece hiyerarşik düzenli gruplara mensubiyeti içinde görmekte, bu grupların hukukî ilişkilerini düzenlemekte, dolayısıyla —birey açısından— hak ehliyetinin derecelenmesi ile belirlenmekteydi (ayrıcalık olarak hak). Buna karşılık sözleşme hukuku, insanı tekil birey olarak görmekte, kişi kavramıyla hukukî dereceleri aynı tam hak ehliyetinde bir düzeye getirmekte ve hu-

<sup>83</sup> Agy, sütun 461.

<sup>84</sup> Agy, sütun 459.

<sup>85</sup> Agy, sütun 460.

kukî ilişkilerini şekillendirme işini geniş ölçüde bireyin kendisine bırakmaktaydı (eşitlerin hürriyeti olarak birey otonomisi). Sosyal devlet hukuku ise insanı sosyal bağlılığı içinde görmekte, onun hukukî ilişkilerini düzenlemeyi tekrar büyük ölçüde üstüne almakta, bu arada insanın sosyal sistem içindeki durumuna göre bir fark gözetmektedir. Konumuz bakımından kamu hukuku unsuru değil, sosyal duruma göre farklılaşma önemlidir. Bu şekilde insanın sosyal durumuna göre fark gözetilen bir hukuk tipi, sosyal roller içinde düşünen bir hukuktur. *Radbruch*'un modern hukukun yapı değişmesi hakkındaki ifadelerini, ancak *Hirsch*'in işaret ettiği «çağdaş sosyal bilimde yerleşmiş düşünme ilkeleri»nin<sup>86</sup> yardımıyla yeni bir ideal tipte yoğunlaştırabiliriz. Eğer insan, hukukta artık soyut kişi olarak değil de işveren ve işalan, işçi ve müstahdem veya ticarî temsilci, tesadüfî veya itiyadî suçlu olarak görülüyorsa, bu, hukukun onu her defasında sosyal ilişkilerinin somut bir kısmî görünümünde, yani belli bir sosyal rolde kavraması demektir.

«Sosyal rol» kavramı, bugün teorik sosyolojinin temel kategorileri içindedir<sup>87</sup>. Bundan belli bir sosyal durumun sahibine toplum tarafından yüklenen davranış kurallarının toplamını anlıyoruz<sup>88</sup>. Davranış kurallarının bir sosyal duruma bağlanmasıyla rol, birey ile toplum arasındaki kesişme noktasında bulunmaktadır. Birey açısından bakılınca rol, normatif bir genelleme anlamına gelir<sup>89</sup>. İnsan tekil bir varlık olarak değil, aynı duruma sahip çeşitli kimselerden biri olarak alınmaktadır. İnsanın «toplum sahnesinde bir oyuncu gibi kendisine yabancılaşması»nı<sup>90</sup> seyretmekteyiz. Rol sahibi insan, *Maihofer*'in<sup>91</sup> *Heidegger*'i izleyerek söylediği gibi,

<sup>86</sup> Krş. dn. 1.

<sup>87</sup> Almanca literatürde temel bir çalışma olarak krş. Ralf *Dahrendorf*: *Homo Sociologicus. Ein Versuch zur Geschichte, Bedeutung und Kritik der Kategorie der sozialen Rolle*, 5. baskı, 1965. Bu çalışma yetkili bir ağızdan «Savaşın sonra Almanya'da çıkan en etkili teorik-sosyolojik yayın» olarak nitelenmiştir, Heinrich *Popitz*: *Der Begriff der sozialen Rolle als Element der soziologischen Theorie*, 1967, s. 5.

<sup>88</sup> Buna yakın *Dahrendorf*, age, s. 26; *Hirsch* (dn. 1), s. 31.

<sup>89</sup> Bu normatif genelleme görüşü açısı, rol kavramının hukuk sosyolojisinde kullanılmasının çeşitli yararlarından birini göstermektedir; çünkü hukukî olaylardan hukuk normunun doğuşunu, bireysel davranıştan sosyal olarak gerekli davranışa geçiş şeklinde açıklar, krş. dn. 59.

<sup>90</sup> *Dahrendorf* (dn. 87), s. 41.

<sup>91</sup> Krş. Werner *Maihofer*: *Recht und Sein. Prolegomena zu einer Rechts-ontologie*, 1954, s. 97 vdd, 117 vdd, *Maihofer*, hukukta status naturalis [tabii statü] ve status civilis [medenî statü] anlamında insan varlığının çift yapısına götüren bir «kendi olmak (Selbstsein) ve sıfatıyla olmak (Alsein) varoluşçu diyalektiği»nden söz etmektedir, age, s. 125, 100.

«kendi olmak öz durumu»ndan («Urstand des Selbstseins») çıkarak «sıfatıyla olmak durumu»na («Stand des Alseins») girmektedir. Bireysel kişi değil, işçi, ticarî temsilci veya itiyadî suçlu<sup>92</sup> hukukî düzenlemenin konusu olarak karşımıza çıkıyor. Toplum açısından bakılınca rol, normatif bir özelleştirme anlamındadır; çünkü tüm insanı değil, her defasında onun kısmî bir görünümünü kavramaktadır<sup>93</sup>. Hukuk, bir «kişi»nin hukukî ilişkilerini değil, tacirin, müstahdemin veya kiracının hukukî ilişkilerini düzenlemektedir; roller ne kadar farklılaşırsa, genel hukuk sisteminin daha önce Max Weber<sup>94</sup> tarafından özel haklar veya ayrı haklar olarak nitelediği çeşitli alt sistemlere ayrılması da o kadar artmaktadır.

Rolün normatif alt sistem şeklinde anlaşılması, rol tablosunda fiilen cereyan eden bir davranışın değil, bir davranış bekleyişleri<sup>95</sup> kümesinin söz konusu olduğunu göstermektedir. Bu davranış bekleyişleri, her şeyden önce bir kimsenin belli bir rolü «oynayabilmesi» için hangi niteliklere sahip bulunması gerektiğinin belirlenmesi suretiyle normlaştırılmaktadır (rol dağıtımı): Tacirin nitelikleri hakkındaki HGB [Alman Ticaret Kanunu] § 1-7 gibi. Rol sahibinin kim olacağı açıklandıktan sonradır ki ondan hangi davranışın bekleneceği tespit edilebilir (rol davranışı)<sup>96</sup>: HGB § 377'ye göre ticarî satışta alıcının ihbar yükümü gibi. Rol sahibinin nitelikleri ile davranış bekleyişlerinin tespiti beraberce bir hareket modeli verir. Bu hareket modelinin amacı, uygunluk ve etkileşmedir. Normatif uygunluk birbiriyle yarışan rollerde düşünülür. Temelinde kategorik emperatif ilkesi yatmaktadır. Rolün sosyal amacına varılabilmesi için, aynı rolün diğer sahiplerinin yapmak zorunda olduğu gibi hareket et! («Ya herkes böyle yaparsa...»). Sos-

<sup>92</sup> Aşağıda ceza hukukunu incelememizin dışında bırakacağız, fakat şu kadarına işaret edelim ki, rol kavramı ceza hukukunda da kullanılabilir; çünkü saikle müeyyide davranışı arasındaki ortak oyunu orada da buluyoruz. Ayrıca biraz aşağıda metne bk.

<sup>93</sup> Ayrıca sosyal bütünün kısmî bir görünümünü. Bu İngilizcede sahne rolü için kullanılan kelimedede açıkça ortaya çıkmaktadır: part [bölüm, parça, pay, rol].

<sup>94</sup> Age, (dn. 22), s. 140 vd., 275.

<sup>95</sup> Ragnar Rommetveit: Social Norms and Roles, 1955, s. 85 «normative expectations» [normatif bekleyişler]; T. R. Sarbin: Role-Theory, Gardner Linzey (yayımlayan): Handbook of Social Psychology, C. I (1959), s. 225 vd.; Dahrendorf (dn. 87), s. 27 vd., 49 vd.; farklı olarak Popitz (dn. 87), s. 22.

<sup>96</sup> Role attributes [rol dağıtımları] ve role behaviour [rol davranışı] ayrımı için krş. Neal Gross, Ward S. Mason, Alexander W. McEachern: Explorations in Role Analysis, 1958, s. 60-64.

yal etkileşme ise karşıt rollerde düşünülür. Temelinde ilke olarak şu altın kural yatmaktadır: Aksi durumda, yani «sosyal partner» rolünde sana nasıl davranılmasını istiyorsan sen de öyle hareket et! («Sana yapılmasını istemediğin şeyi...») <sup>97</sup>. Meselâ A ve B işveren ve işalan olarak karşıt rollerin sahipleri, bir spor kulübünün üyeleri olarak da yarışan rollerin sahipleridir. Demek ki rol bekleyişleri aynı yönde veya karşıt yönde, hatta çelişik normlanmış olabilir. Fakat bunlar A ile B'nin insan olarak ilişkisini herhalde etkilemez.

Rol kavramının hukuk dogmatığı bakımından yararını belirlemek, burada konumuzun dışında kalır. Rol bir etkileşme modeli olarak alınınca geniş çaplı ekonomik işlemler çağında, yani artan etkileşme zamanlarında (birey otonomisi ilkesine dayanan) irade teorisinin hukukî işlem doktrininde niçin gittikçe güvenin korunması düşüncesi lehine zayıfladığı kolayca anlaşılır. Eğer her rol aynı zamanda «sosyal partner»in davranışına yön vermek anlamını taşıyorsa, sosyal partner kendi hareketinde ilgili rol dağıtımları ve rol davranışlarının arz ettiği dış görünüş tablosuna güvenebilmelidir. Aynı şey, birçok hata sorunu kadar fiilî sözleşme ilişkileri ve sosyal tipik («role uygun») davranış için de geçerlidir. İlgili alanı teorisi de bu anlamda bir rol teorisidir. Hep aynı düşünce ile karşılaşıyoruz: Bir rolün fiilî icrasının birinin iktidarında bulunması durumu, aynı zamanda onun karşıt rol sahibi diğer tarafın davranışından sosyal sorumlunun nedeni olmaktadır. Yalnız bu role önceden şekil veren norm yapıcısı değil, bu diğer taraf da, öngörülen davranışı rol sahibinden bekleyebilmelidir. Bundan dolayı rolün anlamı haklı olarak «edim (davranış) ve sorum çifti bir görünüm» içinde aranmıştır <sup>98</sup>.

Her rol sadece bir değil, çoğu zaman birkaç karşıt rolle ilgilidir. Alıcının karşısında yalnız satıcı varsa, meselâ profesörün karşısında öğrenciler, öğretim yardımcıları, meslektaşları ve üniversite memurları vardır. Buna göre «profesör» rolü, rol bekleyişinin türüne göre araştırma, öğretim ve yönetim kavramları ile nitelenen rol kesimlerine (role sectors) <sup>99</sup> ayrılmaktadır. Bu rol kesimleri arasında, sosyal roller içerisinde bekleyiş uyumsuzlukları (intra-

<sup>97</sup> Karşıt ve yarışan rollerin anlamı hakkında krş. Lothar *Philipps*: Zur Ontologie der sozialen Rolle, 1963, s. 25-31; ayrıca krş. Günter *Spendel*: Die goldene Regel als Rechtsprinzip, Festschrift Fritz von Hippel, 1967, s. 491-516.

<sup>98</sup> *Philipps*, age, s. 30, 26 vd. Bu görüşün hukukî yorum bakımından özel bir anlamı vardır, krş. age, s. 31-35.

<sup>99</sup> Krş. *Gross, Mason, McEachern* (dn. 96), s. 62.

role conflicts) olarak nitelenebilecek sürtüşmelerin ortaya çıkması çok kolaydır. Rol içerisinde gizli böyle bir uyumsuzluk örneği, iş hukukunda işalan tarafının ve işveren tarafının isteklerine aynı derecede uymak zorundaki yönetim kurulu üyesi işçidir. Aynı rol içindeki uyumsuzluğun (intra-role conflict) yanına farklı roller arasındaki uyumsuzluk (inter-role conflict)<sup>100</sup> gelir. Bu, ya bireyin birbiriyle çelişen rollerin sahibi olmasından (mutakit katolığın boşanma mahkemesinde hâkimlik yapması) ya da aynı sosyal durumun sahibine yöneltilen beklentilerin farklı toplumsal düzen sistemlerinde çelişik tanımlanmasından (hekim için ahlâken gerekli kürtaaj sorunu) ileri gelir. Bireyin bu rol uyumsuzluklarını çözmesi, onun hangi hareket örneğini daha meşru («daha doğru») bulduğuna veya hangisine uymama durumunda daha naoh müeyyidelerin geleceğine bağıdır<sup>101</sup>. Çünkü her rolün insan üzerindeki etkisi iki durumla ilgilidir: Birisi davranış beklentilerinin doğru ve «haklı» kabul edildiği psikolojik özümleme (internalization)<sup>102</sup>, diğeri negatif veya pozitif bir müeyyideler sistemi ile korunmuş olma<sup>103</sup>. Müeyyidelerin türüne göre rol beklentilerini —sosyal normların hukuk, örf ve âdet ve teamüle bölümlenmesine uygun olarak<sup>104</sup>— zorunlu beklentiler, gerekli beklentiler ve olabilir beklentilere ayırmak mümkündür. Plüralist bir toplumda örf ve âdet ve teamül norm yapıcısı olarak ortaya çıkan ilgi grubuna göre farklar gösterdiği halde, devlet hukukunun zorunlu beklentileri tek bir ilgi grubuna, yani devlette temsil edildiği şekliyle bütün topluma göre düzenlenmiştir<sup>105</sup>.

<sup>100</sup> Rol uyumsuzluklarının bu iki tipi hakkında krş. *Dahrendorf* (dn. 87), s. 59-61.

<sup>101</sup> Rol uyumsuzluklarının çözümü teorisi hakkında krş. *Gross, Mason, McEachern* (dn. 96), s. 281-318.

<sup>102</sup> Davranış örneklerinin birey tarafından özümlemesi suretiyle sosyalle edilme süreci hakkında krş. *Dahrendorf* (dn. 87), s. 44 vd; bunun hukuk teorisi bakımından önemi için krş. *Martin Drath: Über eine kohärente sozio-kulturelle Theorie des Staats und des Rechts, Festschrift für Leibholz I* (1966), s. 35, 66 vd.

<sup>103</sup> Sosyal etkileşme süreci içinde hareket nedeni unsurları olarak rol beklentileri ile müeyyideler arasındaki ortak oyun hakkında krş. *Julius Stone: Social Dimensions of Law and Justice*, 1966, s. 18 vd.

<sup>104</sup> Krş. *Dahrendorf* (dn. 87), s. 29-31, hukuku kasdetmekle beraber, dar bir şekilde sadece kanundan söz etmektedir.

<sup>105</sup> *Age*, s. 40. *Dahrendorf*, hukuk kavramını tekrar bütün toplumun devlet hukukuna inhisar ettirecek daraltmaktadır; oysa sosyolojik açıdan toplumsal alt gruplaşmaların kendiliğinden doğan düzenlerinde de hukuktan söz edilebilir, yeter ki bu gruplaşmalar kendilerine özgü bir müeyyide cihazı kurmuş olsunlar, bu konuda krş. *Rehbinder* (dn. 62), s. 110 vd.

Bütün bunlar, Julius Stone'un bir süre önce yayımlanan ve halen en hacimli hukuk sosyolojisi sayabileceğimiz eserinde söylediği gibi, rol kavramının gerçekten hukukun analizi için kilit kavram olarak kullanılabileceğini açıklar<sup>106</sup>. Fakat bu kadarıyla rol kavramının şimdiki hukuk yapısının tipleştirilmesine elverişli olduğu ispatlanmış değildir. Çünkü makul gerekçelerle rol düşüncesine zaten öteden beri hukukta rastlanabileceği itirazı öne sürülebilir. Satış hukuku alıcının rolünü ve satıcının rolünü eskiden de düzenlemişti; «sosyal partner»in bir rolün dış görünüş tablosuna güveni belli bir ölçüde eskiden de korunmuştu. Şüphesiz bunlar doğrudur; fakat hukukun gelişme seyri içinde rol düşüncesini özellikle bugünkü hukuk için tipik görmeyi haklı kılacak bir vurgu kaymasının olduğu da ispatlanabilir. 1936 yılında rol kavramı antropolog Ralph Linton<sup>107</sup> tarafından teorik sosyolojiye sokulduğu zaman, doğrudan doğruya eskiden de bilinen bir kavrama, yani statü terimine bağlanmıştı<sup>108</sup>. Linton için statü, bizim şimdiye dek sosyal durum olarak nitelediğimiz şey, yani bireyin bir sosyal ilişki alanındaki durumu idi: «A status, in the abstract, is a position in a particular pattern... As distinct from the individual who may occupy it, (it) is simply a collection of rights and duties»<sup>109</sup> [Soyut olarak statü, özel bir modeldeki durumdur... Bu durumda bulunan bireyin kendisinden farklı olarak, sadece hak ve ödevlerin bir toplamıdır]. «A role represents the dynamic aspect of status. The individual is socially assigned to a status and occupies it with relation to other statuses. When he puts the rights and duties which constitute the status into effect, he is performing a role. Role and status are quite inseparable, and the distinction between them is of only academic interest»<sup>110</sup> [Rol, statünün dinamik görünümünü

<sup>106</sup> Stone (dn. 103), s. 17 «key concept» [kilit kavram], s. 24 «elementary legal concept» [ana hukukî kavram]. Rol kavramının hukuk teorisindeki kullanımı hakkında ayrıca krş. Hirsch (dn. 1), s. 31-35; Drath (dn. 102), s. 47-75; Philipps (dn. 97), yer yer; Madeleine Grawitz: De l'utilisation en droit de notions sociologiques, 1966'da Evian'da yapılan 6. Dünya Sosyoloji Kongresinde verilen bildiri.

<sup>107</sup> Sosyolojik rol kavramının kurucusu olarak Linton hakkındaki görüşleri için bk. Robert K. Merton: Social Theory and Social Structure, 2. baskı, 1957, s. 368.

<sup>108</sup> Krş. Ralph Linton: The Study of Man, Bölüm VIII: Status and Role, yeni baskı, 1964, s. 113-131.

<sup>109</sup> A.g.c., s. 113.

<sup>110</sup> A.g.c., s. 114. Bu terminoloji sonradan Talcott Parsons tarafından benimsenmiştir. Parsons diyor ki: «In the formal description of institutions the position of the actor is described by saying that he occupies a status. When he acts in this status he is said to be acting out a role» [Kurumla-

temsil eder. Birey sosyal olarak bir statüye atanmıştır; buradaki yeri başka statülere göre belirlenir. Statüyü oluşturan hak ve ödevleri uygularken bir rol icra etmektedir. Rol ve statünün ayrılması hemen hemen imkânsızdır; aralarındaki fark da sadece akademik bir ilgiye değer].

*Linton* kendi statü kavramı içinde bizim konumuz için önemli bir ayırım, verilen statü ile kazanılan statü<sup>111</sup> ayırımını yapmaktadır. Verilen statü<sup>112</sup> (ascribed status), bireye belli nitelikleri dolayısıyla ayrıca kendisi herhangi bir şey yapmaksızın düşmektedir. Bu statü, *Dahrendorf*'un<sup>113</sup> söylediği gibi, âdeta topyekûn bir zorunlu işletmeye tabidir; bunda istendiği gibi tasarruf edilemez. Verilişi çoğu zaman törenli geçiş veya kabul ayinleriyle olur<sup>114</sup>. Buna karşılık, kazanılan statü (achieved status) bireyin kendi teşebbüsüyle elde edilir, yani «left open to be filled through competition and individual effort»<sup>115</sup> [rekabet ve bireysel çaba ile doldurulmaya açıktır]. Buraya giriş kriteri olarak edim ilkesi geçerlidir. Öyleyse statü için bağlantı noktası ilk durumda birey tarafından serbestçe kazanılmayan bir nitelik, ikinci durumda ise bireyin edimidir<sup>116</sup>. Bireyin yeni ve kendisine daha yararlı bir statü kazanması imkânını araştırırsak, bir kast veya zümre toplumunun esas itibarıyla, çoğu zaman irrasyonel niteliklere bağlı verilen statüye dayandığı; buna karşılık bütün sosyal tabakalarına esas itibarıyla herkesin girebileceği açık toplumun ise (rasyonel) edimlere dayalı kazanılan statü ile belirlendiği söylenebilir<sup>117</sup>. Öyleyse sosyal ha-

---

rın şekli tasvirinde aktörün durumu, kendisinin bir *statü*'de bulunduğu sözüyle nitelenmektedir. Bu statü içinde hareket ettiği zaman bir rol oynadığı söylenir] (*Parsons* ve *Edward A. Shils* (yayımlayan) : *Toward a General Theory of Action*, 1951, s. 40). Başka bir yerde de şöyle diyor: «Role is the dynamic aspect of status, the behaviour counterpart of the ideal or expected position defined by status» [Rol statünün dinamik görünümü, statü ile tanımlanmış ideal veya beklenen durumun davranış karşılığıdır] (*Parsons* : *Essays in Sociological Theory, Pure and Applied*, 1949, s. 43).

<sup>111</sup> *Age*, s. 115.

<sup>112</sup> *Dahrendorf* (dn. 87, s. 43) «ascribed» kelimesini aynen «zugeschrieben» [yazılan, yazıyla verilen] olarak çevirmektedir. Bana «zugewiesen» [verilen] kelimesi anlam bakımından daha uygun geliyor; René *König*'de de böyle : *Institution, König* (yayımlayan) : *Soziologie*, 2. baskı, 1967, s. 144.

<sup>113</sup> *Agy*.

<sup>114</sup> *König* (dn. 112), *agy*; *Kluth* (dn. 29), s. 55 vd.

<sup>115</sup> *Linton* (dn. 108), s. 115.

<sup>116</sup> Bu yüzden *Stone* (dn. 103, s. 22) ascription [verilme] ve achievement [kazanma, başarıma] karşıt kavramları yerine quality [nitelik] ve performance [edim] kelimelerini teklif etmiştir.

<sup>117</sup> Krş. *William F. Ogburn* and *Meyer F. Nimkoff* : *A Handbook of Sociology*, 5. baskı, 1964, s. 377.

reketlilik, toplumun hangi ölçüde bireyin durumunu onun edimine göre ayarladığına bağlıdır. Bu yüzden *Stone, Maine*'in ilerleme tezini sosyolojik açıdan yeniden formüle etmeğe çalışmıştır. Dikkatle bakılınca statüden sözleşmeye gelişme «a movement from 'ascriptive' status, fixed by birth and family rights, to status acquired on the basis of individual achievement»<sup>118</sup> [doğum ve aile hakları ile tespit edilmiş 'verilen' statüden bireysel başarı temeli üzerinde kazanılan statüye bir harekettir]. *Linton*'a<sup>119</sup> göre de, sosyal değişme zamanları, özellikle Avrupa sınıf toplumunun çöküşünden sonraki zaman «achievable statuses» [kazanılabilen statüler] bakımından çok zengindir. Bu arada sosyolojik terminolojide hukukî terminolojiye bir yaklaşma oldu. Bugün artık gittikçe yalnız verilen statü, statü olarak nitelenmekte; edimle kazanılan statüde ise kazanılan durumdan söz edilmektedir. Yeni görüş açısından statü, belli türde bir durum, yani hiyerarşik bir düzen sistemindeki durumdur<sup>120</sup>.

Buna göre günümüzün hukuk yapısı aslında edim durumlarının hukuku olarak nitelenmeliydi. Eğer burada rol kavramı üzerinde ısrar ediliyorsa, bu, hukukta töz düşüncesinden (Substanzdenken, Seinsdenken) görev düşüncesine geçiş şeklinde kendini duyuran dinamik görünümü belirtmek içindir. Sosyoloji bakımından daha önce Arnold *Gehlen* buna işaret etmişti. *Gehlen*, kurumsal olana karşı sürekli bir başkaldırma içinde bulunan çağımızın eksik onurundan yakınır: «Bu da yine modern kurumların, meselâ politik ve hukukî kurumların yalnız durumdan duruma vücuda gelmelerinden, devamlarının ise basılı norm sistemlerinin soyut geçerliğine bağlanmasından dolayı mümkün olmaktadır. Böylece tözel anlamda statü ortadan kalkmakta, yerini 'rol' kavramına, soyut haklar ve ödevlerle donanmış göreve bırakmaktadır; artık sadece kilise onda ısrar ediyor, bir de askerlik: İşi ciddi tutmak ve bireye karşı kurumun üstünlüğünü mutlaka duyurmak zorunda kalınan her yerde onsuz yapılamaz. Çağımızda bütün töz kavramlarının görev kavramlarına çevrilişi toplumsal alanda da söz konusudur.»<sup>121</sup> Şüphesiz *Gehlen*'in bu gözü yaşlı kültür kötümserliği pay-

<sup>118</sup> *Stone* (dn. 103), s. 639.

<sup>119</sup> *Age* (dn. 108), s. 129 vd.

<sup>120</sup> K.ş. Siegfried F. *Nadel*: *The Theory of Social Structure*, 1957, s. 29: «I would restrict 'status' to a hierarchical position» ['Statü'yü hiyerarşik duruma inhisar ettirmek isterdim]; ayrıca *Dahrendorf* (dn. 87), s. 53 vd; *Frederick L. Bates*: *Position, Role and Status: A Reformulation of Concepts*, *Social Forces* 34 (1956), s. 313-321.

<sup>121</sup> *Arnold Gehlen*: *Urmensch und Spätkultur*, 1956, s. 234.

laşılabilir<sup>122</sup>. Aksine, töze dönük statü nitelikleri içindeki bir düşünce değil, her defasında toplumsal görevle değişen roller içindeki bir düşünce, dinamik ve açık toplumumuza uygun düşebilir. Biz, bireye durağan toplumlarda kapalı olan kendini gerçekleştirme imkânını verdiği içindir ki, bu toplum şekline evet diyoruz<sup>123</sup>.

Çıkış noktamıza dönelim: Gerçi günümüzdeki gelişme birçoklarında güvensizlik ve hayal kırıklığı yaratmaktadır. Edime yönelmiş bir sosyal sistem, insandan hep yeni isteklerde bulunur. Başarısızlığını «doğuştan gelen», önlenemeyen kaderle<sup>124</sup> mazur göstermek, gittikçe zorlaşmaktadır. Hiyerarşik yapıli düzenlerde statünün bireye daha büyük güven duygusu verdiğiine şüphe yoktur<sup>125</sup>. Ama unutmamalıyız ki, sosyal devletin rol hukuku, güvenlikle hürriyet arasında pratik bir uzlaşmayı temsil eder. Çünkü sözleşme hukuku insana kendi hukukî durumunu kendi başına şekillendirmek yükünü yüklerken, rol hukuku devlet tarafından önceden şekillendirilmiş ve korunmuş belirli davranış kalıpları ve durumlarını onun seçimine bırakmaktadır. Sosyal hayatın gitgide farklılaşmasıyla daha çok rollerin önceden şekillendirilmesi ve korunması şarttır; bu da hukuk konularının çoğalmasına, *Werner* tarafından teşhis edilen «hukuk konjektürü»ne<sup>126</sup> götürür. Bu anlamda «sosyal devletin hukuklaştırılmış dünyası»<sup>127</sup>, dinamik bekleyiş şanslarının tespiti<sup>128</sup> ile artan bir sosyal güvenliğin ifadesidir. Günümüz-

<sup>122</sup> Bu ve benzeri batış felsefelerine açıkça karşı René König: *Soziologische Orientierungen*, 1965, s. 80-91.

<sup>123</sup> Daha ayrıntılı olarak krş. Karl R. Popper: *Die offene Gesellschaft und ihre Feinde* (Orijinal baskının başlığı: *The Open Society and Its Enemies*), 2 C., 1957/58.

<sup>124</sup> Bugün ise böyle bir kader «dava konusu edilebilir bir hukukî kayıp» olarak görülmektedir, krş. *Werner* (dn. 5), s. 10-12 ve BGH, NJW 1967, s. 621 vd.

<sup>125</sup> Krş. *Stone* (dn. 103), s. 639; *Kluth* (dn. 29), s. 84; *Linton* (dn. 108), s. 130 vd.

<sup>126</sup> *Werner* (dn. 6), s. 161. Sosyal durumların artan farklılaşması hakkında krş. *Dahrendorf* (dn. 87), s. 24.

<sup>127</sup> Age, s. 162.

<sup>128</sup> Bu görüşte özellikle *Drath* (dn. 102), s. 63: «Hukukun sosyal barış görevi, artık sadece kendi hakkını cebren korumayı önlemek ve onun yerini tutmak değil, her şeyden önce birilerinin çok çeşitli ihtiyaçlarını karşılayacak fırsat ve araçları, öbürlerini geriye itmek, hatta ödevlendirmek suretiyle yaratmaktır».

de bireyin hürriyeti, bir rol şekillendirme hürriyetinden çok, rol seçimi hürriyetidir. Sosyal sistemimizin «personal mobility with relational stability» [nispî istikrar ile kişisel hareketlilik] bileşimi, modern hukukun da özelliğidir. Bu, devletçe önceden şekillendirilen ve korunan, fakat sürekli değişme içinde bulunan açık rollerin hukukudur.

---

<sup>129</sup> Krş. *Sawer* (dn. 80), s. 69.