

HUKUK'TA NORM VE ADALET

Amr ÇEÇEN

SUMMUM IUS, SUMMA INIURA
CICERO, DE OFFICIIS
1, 10, 33

Aşırı hukuk, aşırı haksızlık; hakka niyetin tesiri altında bulunmayan yasa sertliği adalet değil, belki en büyük adaletsizliktir.

TÜRK HUKUK LÜGATİ
Sayfa 576

PLAN

- I. Bölüm : Giriş
- II. Bölüm : Genel olarak norm ve hukuk normu
 - A — Genel olarak norm
 - B — Hukuk normu
- III. Bölüm : Hukukun normatifliği
 - A — Genel olarak
 - B — Normativist Pozitivizm
 - C — Doğal hukuk
 - D — Varoluşculuk
 - E — Fenomenolojik hukuk
- IV. Bölüm : Genel olarak adalet
 - A — Kavram ve anlamı
 - B — Adalet ve hukuk
 - C — Adalet düşüncesinin gelişimi
 - I — Sokrat
 - II — Eflatun
 - III — Aristo
 - IV — Doğal hukuka göre adalet
 - V — Faydacı hukuka göre adalet
- V. Bölüm : Hukukta norm ve adalet beraberliği

I. BÖLÜM

GİRİŞ

Genel olarak, «nerede bir toplum varsa, orada bir hukuk vardır» denilebilir. Ne var ki, bu açıklama çok genel düzeyde kalmaktadır. Her toplumun kendine özgü koşulları ve özellikleri vardır. Bütün bunlar o toplumun yapısını olduğu kadar ilişkiler düzenini ve işleyiş biçimlerini de oluştururlar. Hukuk da temelde bir sosyal ilişkiler düzeni olarak koşullara ve özelliklere bağımlı olarak doğar ve gelişir. Hukuk bir toplumsal olgudur, bu nedenle toplum-dışı düşünülmesi veya ele alınması olanaksızdır. Başlangıç için doğru olan bu yaklaşımın yanında, hukukun tanımına ve tümel anlatımına yönelik yeni unsurlara, değer yargılarına gereksinme vardır. Karmaşık bir yapıya sahip olan hukuk kavramının anlaşılabilmesi için tek yanlı bir görüşü savunmamak zorunluluğu ortaya çıkmaktadır¹.

Hukukun ne olduğu konusunda herkesde az çok bir fikir vardır. Ancak kavramın kesin bir tanımını yapmak zordur. Bunun en açık kanıtı, bütün hukuk araştırmaları sonucunda ortaya herkesin benimsediği kesin bir hukuk tanımının çıkarılamamasıdır. Çeşitli tanımların hemen hepsinde doğru olan unsurlarla beraber, doğruluğu tartışmalı konularda yer almaktadır. Hukukun karmaşık yapısı, bütün hukuk tanımlarını ve görüşlerini nisbi düzeyde bırakmıştır. Kant'ın «Hukukçular hâlâ kendi hukuk kavramlarının tanımını arıyorlar» sözü günümüzün koşullarında da geçerliliğini korumaktadır. Hukuk'un çeşitli görünüşleri kolayca incelenebilir. Ne var ki, bütün bu görünüşleri genel düzeyde birleştirmek ve ortak bir tanım içerisinde ifade etmek günümüzde bile olanak dışıdır. Her hukuk ekolü kendi bakış açısından ayrı tanım getirince hukukun genel tanımına ulaşılammıştır. Her toplum, her dönem ve her ekol değişik hukuk kavramları ve tanımları geliştirmişlerdir. Adalet kavramı da aynı şekilde kesinliğe kavuşturulamamıştır. Bu ayrılıklar, hukukun yapısında zaten var olan çelişkileri giderek daha da artırmıştır.²

Hukuk kavramı tarihin belirli dönemlerine ve değişik toplumlarına göre değişik anlamlar taşımıştır. Toplumların ekonomik ve

¹ SCHLESINGER, Rudolf - Marksizm ve Sovyet Hukuk Teorisi,, Sinan yayını, 1974, İstanbul, Say. 8.

² DEL VECCHIO, Giorgio - Hukuk Felsefesi dersleri, İÜHF yayını, 1952 Say. 262-263.

yönetmel sistemleri ile beraber o dönemin kurumları da hukukun oluşmasında, şekillenmesinde önemli rollere sahip olmuşlardır. Tarihsel süreç açısından ele alınırsa, hukukun siyasal düzeyde organize olmuş ve örgütlenmiş bir toplumun sosyal kontrol mekanizması içine alınması şeklinde belirdiği de görülmüştür. Hukukun oluşum süreci içinde, zaman zaman belirli unsurlara önem verilmiş ve onlar hukukun tanımında ağırlık kazanmışlardır³ Hukukun çeşitli görünüşleri vardır. Hukuk bir fenomen, bir ideal, bir sosyal düzen ve de bir bilim dalı olarak ele alınabilir. Bu değişik görünüşler hukukun karmaşık yapısından ileri gelmektedir. Hukuk toplumsal olay olarak bir fenomendir. İnsanların birarada yaşamaya başlamalarından sonra bir gereksinme olarak, hukuk olgusu meydana çıkmıştır. Hukuk, sosyal yaşam ilişkisidir, toplumsal ilişkilerin koordinasyonu, sınırı ve güvencesidir. Onun kuvveti, yaşam koşullarının doğrudan etki yaratmasından ileri gelir. Yürürlükteki kuralların temeli olan insan aklı bu kuralları genişletmeğe ve yenilerini getirmeğe dönüktür. Farklı durumlarda ortaya yeni çözümler çıkar. Böylece, hukukun bir sosyal fenomen olduğu kadar insan aklı ve vicdanından doğan bir ideal olduğu anlaşılır Hukuk, fenomen olarak olandır, ideal olarak da olması gerektir. Hukukun bu çelişkili yapısını yeterince anlayabilmek için, hukuktaki değişen ve değişmeyen unsurları bilmek gerekir. Toplumsal gerçeklikle beraber hukukta değişir.⁴

Hukukun toplumsal bir fenomen olması, onun daha sonra sosyal bir düzen olarak ortaya çıkmasının başlangıcı olmuştur. Hukuk kuralları, sosyal düzeni kurmak için özgürlükleri sınırlayıcı şekilde belirlemişler ve kişilerin dış ilişkilerini kontrol altına almışlardır. Hukuku, dış gerçeklikle açıklamaya çalışan pozitivist görüşler, hukukun davranış şekillerini belirleyen ve düzenleyen normlardan meydana geldiğini ileri sürmektedirler. Hukuk, bir düzen olarak ele alınırsa, kişilerin birbirleriyle ve toplumla olan ilişkilerini düzenleyen ve uyulması, uygulanması devlet gücü ile desteklenmiş bulunan sosyal kurallar bütünü olarak belirir. Bu biçimsel tanımlamaya karşılık, hukukun amacını ve kaynağını içeren bir tanımlama getirilmek istenirse, bu tanıma bireylerin ve toplumun ortak iyiliği ile kuralları ortaya koyan yetkili makam unsurlarını da eklemek gereklidir.⁵

³ POUND, Roscoe - Justice according to law, Yale University Press, 1958. Say. 40.

⁴ ÇOBANOĞLU, Rahmi - Fenomen ve ideal olarak hukuk, İHFM, 1963, Sayı 3, Say. 65 vd.

⁵ GÜRİZ, Adnan - Hukuk Felsefesi ders notları, 1975, Ankara, Sayfa 25.

Hukuk, bu görünümünün yanısıra ayrıca bir bilim koludur. Hukuk biliminin inceleme konusu hukuk kurallarıdır. Bu anlamda hukuka bir kural bilim denilebilir. Hukuk bilimi, hukuk dogmatigi ve hukuk felsefesi, hukuk sosyolojisi diye bölümlere ayrılır Hukuk dogmatigi; iyiyi, dogruyu ve faydahı değil yalnızca kural lararası ilişkileri inceler.⁶

Hukuk, insan toplumları için adaleti, düzeni, güveni, barışı, dirliği ve birliği sağlayan en etkin araç olarak ortaya çıkmaktadır. Bu kadar çok yönlü bir kavramın karmaşık bir yapıya sahip olması doğal karşılanmalıdır. Karmaşık yapının içerisinde, bazı çeliş kiler kendiliğinden belirlemektedir. Hukukun; doğuşu, uygulanması ve olması gereken biçimi bile çelişkilidir. Bazı düşünürler, hukuku bir toplumsal fenomen olarak görürlerken bazıları da hukukun bir ideal olarak doğduğunu ileri sürerler. Burada gereken, hukukun sosyal yaşama ters düşmemesi için değişirliğine öncelik tanımaktır. Hukuk hem düzeni sağlamalı, hem de adaleti gerçekleştirmelidir. Düzenin sağlanması için normların uygulanmaları gerekir. Ne var ki, her düzen adaletli değildir. Adil olmayan düzenlerde kendi mantıkları içerisinde hukuk kuralları ile kurulabilir. Hukuk'ta adalete mi yoksa düzenin gerçekleşmesi için normların kesin uygulanmalarına mı öncelik tanınmalıdır? Hukukun çelişkililiğinden ortaya çıkan bu sorun bu incelemenin başlıca konusu olacaktır. Bu sorunun yanıtı araştırılırken, önce norm sonra adalet ve daha sonra da norm-adalet ilişkileri üzerinde durulacaktır.

II. BÖLÜM

GENEL OLARAK NORM ve HUKUK NORMU

A — Genel Olarak Norm :

Norm kavramının tarihi insan düşüncesinin düzenli bir şekle dönüşmesine kadar uzanır. Etik alanda yapılan fizyolojik analizlerde çok geçerli olmalarına karşın, norm kavramı sosyal bilimlerin alanında yeni yeni kullanılmaktadır. Ne var ki, norma çok yakın kavramlar; ahlak, hukuk ve geleneklerde eskidenberi kullanılır. Gelenek geniş kapsamlı bir sözcük olarak küçük grup veya toplumun oturmuş davranış yollarının hepsini içermektedir. Sosyal davranışlardaki negatif veya pozitif tepkiler hep gelenek

⁶ DERBİL, Süheyp - Kural bilimleri ve hukuk, AHFM, 1947, sayı 2, 3, 4. Sayfa 309-321.

şeklinde adlandırılabilir. Davranışların toplumsal çevreye uyumluluğunu ölçen standartlar geleneksel davranış normlarıdır. Aynı şekilde gelenekler gibi halk tarzları da normların doğuşunda önemli bir role sahiptir. Graham Sumner tarafından geliştirilen halk tarzları, grup huyları ve benzer sosyal gereksinmelerde aynı davranışların yinelenmelerinden kaynak alır. Halkın davranışlarının ölçüleri olarak halk tarzları, sosyal normların doğmasına yol açmışlardır. Normların ortaya çıkması, toplumsal yaşamın düzene girme gereksinmesine bağlanabilir.⁷

Norm sözcüğü, aslında somut bir durumdan çıkarılarak, sosyal yaşamın kuralı anlamına gelmek üzere soyut bir kavram şeklinde genelleştirilmiştir. Latinceye norm olarak geçen bu kavram aslında üç köşeli bir şeklin belirtilmesidir. Bu şekil, geometride doksan derecelik bir açıyı çizmek için kullanılan gönyeye benzetilmektedir. Doksan derecelik bir açının tam olarak meydana gelmesinde, gönye izlenecek yönü belirten bir ölçü hizmetini görmektedir. Marangozlarda çalışırken benzer araçlar kullanılmaktadır. İşte çizgi hakkındaki somut yön ölçüsü, soyut yapıda olan ve adına norm denilen hareket ilkesinin iki unsuru arasındaki bağlılığa dayandırılmıştır.

Aslında her norm birbirinden ayrılmaz iki unsuru taşımaktadır. Bunlardan birincisi maddi kısımdır ki, bu doğrudan doğruya yaşam gerçeğini gösterir. Normun bu maddi ve gözle görülebilen unsuruna günlük yaşamın herhangi bir anında rastlamak mümkündür. Maddi unsur tekbaşına bir normun meydana gelmesi için yeterli değildir. Normu tamamlayan, manevi unsurun birinci unsuruna bağlanmasıdır. Manevi unsur doğası gereği gözlemi olanaklı bir bağlıdır. Görülebilen bu manevi bağ değil, onun belirme ve etkileme şeklidir. Bu nedenle normun gerçekliği, onun yapısından çok göreceli fonksiyonunda belirir. Normlara uygun olan davranışları insanlar doğal karşılarlar. Davranışların sonuçları aslında normu değil, normun dış etkilerini göstermektedir. Normatif bağ manevi bir faktör olarak olay ile olaya dayanan sonucu birbirine bağlayan iç gerekliliği gösterir. Belirli bir olay karşısında, ona uygun davranış biçimini doğru olarak saptama, dış görünüşten çok iç durumla ilgili bir sorundur. Bu da toplumun kültürel yapısına bağlıdır. Her norm geçmişte şekillenmiş olayların sonuçlarından yararlanarak geleceğe dönük bir girişimin simgesidir. Toplumlar sosyal ve

⁷ Jr. Williams, M. Rabin - The concept of norms, International Encyclopedia of social sciences, Cilt II, 1968, Sayfa 204-205.

kültürel düzeylerine göre, içinden geldikleri olaylardan çıkardıkları sonuçlara dayanarak, gelecekteki yaşamlarını düzenlemek amacıyla çeşitli normlar geliştirirler.⁸

Norm, herhangi bir kural değildir. Normlar, ölçü görevini yerine getiren üst düzeydeki kurallardır. Toplumda norma uygun şeyler benimsenir, aykırı olanlar ise reddedilir. Normları ilk olarak insanlar doğa yasalarında gözlemlemişlerdir. Doğa olayları ve insanların bunlardan çıkardıkları sonuçlar, genellemeler daha sonraları normlar şeklinde belirtilmişlerdir. Normlar, doğa yasalarının çeşitli gerçekleşme şekilleri içinden toplumca kabul edilebilecek bir ayırım gereğince, kendilerine üst düzeyde yer verilen kurallardır. Temelde, bir norm koymak bir arzu belirtmek, bir emir vermektir.⁹

Sosyal normlar ise bütünüyle ilişki kurallarıdır. Normlar, toplum içinde davranışların düzene uygun olup olmadıklarını belirleyen standartlar veya ölçülerdir. Bu durumda norm, davranışların istatistik avarajı değil, fakat istenen tutumların kültürel belirleyicisidir. Önceleri oyunlarda, sonraları ise ticaret, din, ahlâk, gelenek ve daha sonra da hukuk alanlarında beliren normlar düzeni, sürekliliği ve istikrarı gerçekleştirmeğe yöneliktir. Normların amacı tekdüzeliği değil bütünlüğü sağlamaktır. Tüm sosyal olayların ve hareketlerin günümüzde normlar dışında ele alınmaları olanak dışıdır. Toplumsal gelişme süreci içerisinde ortaya bazı genellemeler ve ölçüler çıkmaktadır.

Normların bazı kaynakları bilinmektedir. Davranış için bazı kurallar belirli durumlarda doğrudan doğruya ortaya çıkabilirler. Sürtüşmeler, çatışmalar, yoksunluklar bu durumlar için örnek alınabilirler. Böylesine durumlar yeni normların ortaya çıkmasında baskı unsuru olabilirler.

Son yüzyıllarda normların kaynağını araştıranlar, monoteizm gibi karışık olmasına karşın uzun süre etkinliğini sürdürmüş akımlarla ilgilenmişlerdir. Tarihsel norm incelemelerinin çoğunluğu eksiktir. Açıklamalar spekülatif veya tek yanlı olarak kalmaktadır. Çağdaş bilimciler normların tek bir kuruma bağlı kalınarak açıklanamayacağını, daha geniş ve çok yanlı açıklamalara gerek-

⁸ ABADAN, Yavuz - Hukuk Felsefesi dersleri, AÜHF yayını, 1954, Sayfa 4

⁹ HİRŞ, E. - Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi dersleri, 1949, Ankara, Say. 222-223.

sinme bulunduğunu belirtmektedirler. Onlara göre önce ele alınan toplumun normlarını yeterli düzeyde tanımalı, daha sonra tarih incelemelerine geçilerek böyle bir toplumun neden bu tip normlara sahip bulunduğu üzerinde durulmalıdır. Çeşitli akımlar normların kaynağı sorununa değişik açılardan eğilmişlerdir. Normların elde edilmesi konusunda da çeşitli görüşler arasında ayrılıklar vardır. Sezgici okul normların vicdan aracılığı ile elde edildiğini, vicdanın ise apriori olarak sezgi aracılığı ile bilindiğini ileri sürer. Buna göre sezgici okul normların apriori olarak içinde bulunduğunu savunmaktadır. Vicdanın sesi temel olarak ele alınınca, insan en yüksek norma sezgi yolu ile kavuşabilir. Sezgi ile ulaşılan yüksek normlar matematiksel aksiyomlar kadar mutlak olup, ayrıca kanıtlanmalarına gerek yoktur. Çeşitli değerlere sahip normlar arasındaki hiyerarşi gene sezgi aracılığı ile anlaşılabilir. Normlar arasında sıralama yapılırken, normal insan tepkileri esas olarak alınmalıdır. Kişilerin fazlasıyla üstün tuttıkları değerler, diğerlerinden daha üst düzeyde bulunmalıdır. Bu değerlere sahip olan normlar önceliğe sahip olmalıdır.¹⁰

Deneyci okul ise gözlemciliğe önem vererek sezgiciliğe karşı çıkmaktadır. Mutlak değerler bu okula göre apiori olarak yoktur. En yüksek değer normları yer ve zaman açılarından birbirlerinden farklıdır. Mutlak norm yoktur, değişen ve göreceli norm vardır. Normlar doğuştan apriori olsalardı, insanların çoğunluğunun ahlâksızlığı ileri sürülebilirdi. Normlar, toplum yaşamı içerisinde çeşitli olaylar ve deneyler sonucunda varılan yargularla elde edilir. Deney ve gözlem yolu ile insanlar yeni bilgiler toplarlar, yeni bilgilerde insanları yeni normlara ulaştırır. Bu nedenle, değişmeyen yüksek normların varlığından söz etmek gerçek dışıdır.

Evrimci görüş ise, değerler arasında sürekli gelişimi ve dolayısıyla değişimi esas alır. Doğa bilimlerinde normlar, olaylardan ve deneylerden elde edilen gerçek bilgilere dayanır. Evrimci görüşe göre, toplumsal alanda norm koymak doğa yasalarının sonuçlarından bazılarını benimsemek, bazılarını ise karşı çıkmak demektir. Sosyal normların amacı, insanların iradi davranışlarını düzenlemek ve sınırlamaktır. Her insan, önce varlığını, sonra cinsini ve en son olarak da içinde yaşadığı toplumu sürdürmek ister. Bireylerin davranışları bu amaçlara göre gelişme gösterir. Hareketlerdeki değer sıralaması evrim sonucunda elde edilir. En yüksek

¹⁰ GIBBS, Jack P. - The study of norms, International Encyclopedia of social sciences, 1968, cilt II, sayfa 212.

norm varlığın ve cinsin değil, toplumun yaşamasına, gelişmesine yönelik normdur.¹¹

Devrimci hukuku savunan marksizm ise, bütün sosyal olayların ve gelişmelerin temelinde sınıf mücadelesinin yattığını savunmaktadır. Bu görüşe göre, insanlığın tarihi sınıf mücadelelerinin tarihidir. Sosyal olguları temelde sınıflararası durumlar belirler. Toplumun altyapısı ekonomiktir. Hukuk, ahlak, din, kültür hep üstyapı kurumlarıdır. Bu üstyapı kurumlarının çekirdeğini oluşturan normları toplumun sınıfsal yapısından soyutlamak olanak dışıdır. Sınıf mücadelesini kazanan, kendi düzenini kuran egemen sınıflar kendi düzenlerini yaşatacak, geliştirecek normları da kendileri koyarlar. Toplumdaki o düzen var oldukça, düzenin kendi mantığına uygun normlar da var olacaktır. Egemen sınıflar değişen koşullarda kendi düzenlerini sürdürebilmek için yeni yeni normlar getirebilirler. Toplumdaki iktidar el değiştirirse, yeni bir sınıf yönetimi ele geçirirse o sınıf da kendi düzenini kurmak için yeni normlar koyabilir. Marksist hukuk görüşü, normların kaynağında sınıf mücadelesi ve siyasal iktidar unsurlarını temel olarak görür. Sınıf mücadelesini kazanan, siyasal iktidarı eline geçiren sınıf kendi normunu getirir. Ekonomik altyapıyı elinde bulunduran sınıf toplumun üstyapısında da egemendir. Hukuk, ahlak, din, gelenek olgularındaki normlar, egemen sınıfın istediği ve çıkarlarına en uygun düşen yönde doğar ve gelişirler. Norm koyan en büyük toplumsal güç devlet bile, egemen sınıfın kesinlikle kontrolü altındadır. Devlet güçlü sınıfın, diğer anlamda yönetimi elinde bulunduran sınıfın devletidir. Devleti meydana getiren temel normu, iktidarı elinde tutan egemen sınıf saptar.¹²

En çok norm kavramı üzerinde duran ise, pozitivist okul olmuştur. Varolan, yürürlükte bulunan normları ve bu normlara bağlı düzenleri savunan pozitivist okulun görüşlerinde norm kavramı çok önemli bir yere sahiptir. Özellikle Hans Kelsen pozitivismden hareket ederek, normlara verdiği önemle normativist pozitivism diye tanımlanabilecek ayrı bir görüş geliştirmiştir. Kelsen ve görüşleri ileride daha geniş ele alınacağından burada Duguit'in görüşlerinin belirtilmesi ile yetinilecektir. Duguit'ye göre sosyal yasalar, fizik yasalarına benzemeyip, insan bilincine hitap ederek insanın hareketlerinin konu ve amaçlarını belirleyen yasalar-
dır. Bu tip yasalara sosyal norm demek daha uygundur. Sosyal ya-

¹¹ HIRŞ, E. - A.g.e. Sayfa 230-233.

¹² SCHLESİNGER, Rudolf - A.g.e. Sayfa 25-48.

salar fizik yasalara benzese idi, bu normlar sosyal yaşamı meydana getiren hareketleri düzenleyecek yerde kurumların gelişme aşamalarını bildiren birer illiyet yasaları olurlardı. Buna karşılık sosyal normun bireylere yüklediği görev fizikötesi anlamındaki özgürlükleri sınırlamağa dönük düşünülebilir. Duguit, bu durumu bilime değil de inanca dayanması nedeniyle reddederek, pozitif bir hukuk biliminin dışında saymaktadır. Gene Duguit'ye göre ekonomi ve ahlâk yasaları da norm sayılabilir.¹³

Toplumsal koşulların oluşmasına ve belirginlik kazanmasına göre ortaya çıkan normlar aynı özelliklere sahip değillerdir. Genel düzeyde olduğu gibi özel durumlar için de normlar konulabilir. Her sosyal düzenlemenin temel taşlarını normlar oluşturur. Her norm sisteminde genelden özele, soyuttan somuta doğru bir sıralama vardır. En alt derecede normlar, belirli konularda özel emirlere dönüşebilir. Özel emirlerde düzene uygun olarak veriliyorsa, norm olarak sayılabilirler. Hiçbir norm kendinden üst derecedeki normlara aykırı olamaz. Her norm üst derecedeki normlara uygun olmak zorundadır. Normlar sisteminin temelinde bu ilke yatar. Normlar arasındaki hiyerarşik uygunluk sosyal düzenlerin varlık koşuludur. Normlar arasında hiyerarşik bağlantı yoksa, bir sosyal düzenin varlığından söz edilemez.

B — Hukuk Normu :

Toplumsal yaşamı düzenleyen, uzun bir evrim sonucunda türleri birbirinden ayrılmış bulunan normları günümüzde çeşitli gruplarda toplama olanağı vardır. Bunların başlıcaları; hukuk, ahlâk, örf, adet, din ve görgü gruplarıdır. İnsan toplumlarının başlangıcında hepsi de dinsel biçimlere bürünmüş olup, daha sonraları bağımsız türlere ayrılan bu kurallar genel, sürekli ve yaptırımli normlar niteliğindedir. Geri kalmış toplumlarda bu kuralların çoğu birbiriyle karmaşık şekilde bulunurlar. Çevre koşullarına bağlı olarak bir norm yukarıda sayılan kategorilerden herhangi birisine girebilir. Uygarlığın ilerlemesi, işbölümünün giderek yaygınlık kazanması gibi gelişmeler, sosyal düzen normlarının birbirinden ayrılmasına yolaçmıştır. Bu ayırım, uzun süren bir evrim sonucunda elde edilmiştir.¹⁴

¹³ SEVİG, Vedat Raşit - Leon Duguit'ye göre hukuk kaidesi ve sübjektif hak, İHFM, 1949, Sayı I, Sayfa 345.

¹⁴ HART, H.L.A. - The Concept of Law, Oxford, 1961, Sayfa 8-9, 27-32.

Toplum düzeni içinde yaşamak zorunda bulunan insanların zorunlu saydıkları normların en önemlilerini hukuk normları meydana getirir. Hukuk normları bir yerde toplumsal yaşamın asgari koşulları olarak toplum yaşamının gerçekleşmesine ve korunmasına dönüktür. Hukuk normlarını diğer sosyal normlardan ayırmak güçtür. Aynı norm çeşitli kategorilere girebilir. Ortak amaçları sosyal yaşamı düzenlemek olmakla beraber hukuk normlarıyla diğer sosyal normlar arasında özellikle yaptırım açısından önemli ayrılıklar vardır.

Hukuk bütünüyle normlardan meydana gelmiştir. Normlar hukuk düzeninin temel taşıdır. Bu nedenle, hukukun normatif bir yapıya sahip olduğu kabul edilir. Yasalar ve hukukun getirdiği diğer kurallar temelde birer hukuk normudur. Ne var ki, yasa ve norm kavramlarını bilimsel açıdan ayrı tutmakta yarar vardır. Burada hukuk yasaları ile doğa yasaları arasındaki ayrılığı belirtmek gerekir. Doğa yasaları genellikle olanı gösterir. Doğa yasalarından kurtuluş ya da ona aykırı davranma olanağı yoktur. Determinizm doğanın yapısında vardır. Hukuk yasalarının getirdiği normlar ise olması gerekeni gösterir. Toplum içinde yaşayan insanların günlük gereksinmelerinden doğan ilişkilerini düzenleyen bazı kurallardan meydana gelmekle hukukun sahip olduğu normatif karakter, onun olması gerekenle ilgili bulunduğunu göstermektedir. Hukuk normu, doğa yasaları gibi salt nedensel bağlantıları bildirmez. Hukuk normu eylemsel olarak gerçekleşme bile, gerçekleşmesi gerekeni gösteren, pratik ve yolgösterici bir anlam taşır. Hukuk normunun görevi, istenen düzenin gerçekleşmesine yardımcı olmaktır.¹⁵

Hukuk normunun çeşitli yönleri vardır. Bunların başında düzenleme konusu gelmektedir. Hukuk normu ya insanların belirli davranışlarını, ya da toplum içinde ortaya çıkan olayları düzenler. Genel olarak, insanların iradeleriyle yaptıkları davranışları düzenlemekle beraber, bazan insanın iradesi dışında kalan konularda hukuk normunun düzenleme konusuna girebilir. Örnek olarak zamanaşımı gösterilebilir. Doğal olayların sosyal ilişkileri etkilediğini kabul etmek gerekir.

Hukuk normunun unsurlarından birisi emirdir. Her norm olumlu veya olumsuz olsun bir emiri içinde taşır. Hukuk öğüt veren, yol gösteren normlardan oluşan bir teklifler bütünü değildir.

¹⁵ VECCHIO, Del - Hukuk Felsefesi dersleri, İHF yayını, 1952, Sayfa 280.

Onun niteliğinde buyuruculuk karakteri vardır. Toplumsal yaşamın bir düzensizlik içerisinde gerçekleşebilmesi için normaların buyurucu yapıda olmaları zorunludur. Hukuk düzeninin onadıklarını yapmayı, onamadıklarını ise yapmamayı normlar emrederler. Hukukun buyurucu karakterini bütün normlarda görmek olanağı vardır. Normların buyuruculuk karakteri bazılarında açıkça, bazılarında ise dolaylı olarak belirir. Bir de bağımlı normlar vardır. Bunlar daha çok buyurucu normlara bağımlıdır. Anlamları doğrudan doğruya buyurucu normlara oran edildikleri zaman ortaya çıkar. Bağımlı normları anlayabilmek için, buyurucu normlarla beraber ele almak gerekir. Ortadan kaldırıcı, tanımlayıcı, izin verici ve tamamlayıcı normlar hep bağımlı hukuk normlarıdır. Bağımlı normların buyurucu niteliği daha hafiftir.¹⁶

Hukuk normunun önemli unsurlarından birisi de, bir yaptırma sahip bulunmasıdır. Hukuk düzeninin arkasında devlet vardır. Devlet gücü hukukun uygulanmasını sağlar. Kişiler hukuk normlarının kendilerine yükledikleri ödevi yerine getirmezlerse, yükümlere uygun hareket etmezlerse devletin gücü harekete geçer, ve kişileri hukuk normuna uygun biçimde davranmağa zorlar. Normun emri dışında hareket edenlere ise devlet gücü ile ceza verilir. Hukuk alanında yaptırım temelde zorlamadır. Bu nedenle, yaptırım pozitif hukuk kuralının kişinin aykırı düşen iradesine karşın gerçekleşmesidir. Yaptırımların amacı hukuk normuna uygun davranışların sağlanmasıdır. Normun yaptırımı içermesi, hukukun zorlayıcılık karakterini gösteren açık bir örnektir. Yaptırım korkusu, bireyleri hukuk normuna uygun davranmağa yöneltir başlıca nedendir. Yaptırımların sayısı ve şiddeti uygarlıkla ters orantılıdır. Uygarlaşmış toplumlarda yaptırımların sayısı ve şiddeti giderek azalır. Ne var ki, en uygar toplumlarda bile hukuk dışı davranışlara rastlandığından yaptırımlar zorunluluk kazanmaktadır. Yaptırım genel olarak, hukuk normunun değişken ve raslantısal nitelikteki bir unsurudur.

Hukuk normu, hukuk sahasında temellendirici bir fonksiyona sahiptir. Hukuksal olan kavramlar, hareketler, olaylar hukuksal niteliğini hep hukuk normundan alırlar. Toplumda meydana gelen olaylar ve gelişmeler hukuksal özelliğini ancak hukuk normu aracılığı ile elde edebilirler. Hukuk normu olayları doğal düzenden hukuk düzenine yükseltir, onları hukuksal biçimlere sokar ve sonuçlar yükler.

¹⁶ ARAL, Vecdi - Hukuk ve hukuk bilimine giriş, İHF yayını, 1971, Sayfa 50.

Hukuk uygulamasında hukuk normunun mantıki yapısı çok önemlidir. Bu yapı, hukuk normunun uygulanmasını olanaklı kılar. Her hukuk normu, kendi içinde hem olayı hem de sonucunu içerir. Hukuk normu genel olarak yürürlükte iken benzer durumları benzer biçimlerde düzenler. Somut bir olayı değil benzer türden tüm olayları deyimler. Hukuk normunun yasal olayı, somut olaydan ayrılır. Somut olay hukukun ele alarak değerlendireceği olaydır. Normun genelliği ona daha geniş bir etki ve yürürlük alanı kazandırır. Genelleştirme yöntemi ile hukuk, hukuk normları aracılığı ile sayısız yaşam ilişkilerini düzenleyebilmek olanağına kavuşmaktadır. Normun anlamı olabilmesi için somut olaylar kapsamı içine girebilmelidir. Hukuk normunda olay gibi sonuç da genel düzeyde belirtilir. Yasal olayın gerçekleştiği her yerde sonuç da zorunlu olarak çıkar. Yasal olmayan olaylar yasal sonuç doğurmazlar. Hukuksal sonuçlar haklar ve ödevlerle ilgilidir. Hukuk normu aracılığı ile bazı haklar kurulur ve ödevler yüklenir.

Hukuk normları, kişilere dönük olduğuna göre, normatif hukuk ilişkilerinin tarafları insanlardır. Nesnel normatif ilişkilerin doğrudan doğruya tarafı olamayacağından, normatif düzenlemenin temel amacı insanların davranışları ve insanlararası ilişkiler olmaktadır. Belirli davranışlara izin verilmesi, belirli davranışların yasaklanması yolundaki düzenleme ancak insanlarla ilgili veya insanlar dolayısı ile olabilir. Tüzel kişilerle ilgili olarak getirilen normların da tüzel kişiyi temsil eden organlara yöneldiğini kabul etmek gerekir. Hukuk normları kişilerin davranışlarını sosyal bir çevre içinde düzenlemeğe çalışırlar. İnsanın sosyalliğinden doğan bu durumun normlar düzeni açısından önemi büyüktür. Normların nitelikleri saptamırken, hukuk normlarının etkin olduğu sosyal çevrenin önemi göz önünde tutulmalıdır. Ancak bu şekilde normların toplum içindeki anlamı ve değeri anlaşılacaktır. Sosyal çevrenin yanısıra kişisel amaçların araştırılması ve bilinmesi, davranışların normatif değerlendirilmesinde önem taşır. Kişisel davranışları düzenlemeyi amaçlayan normatif hukuk düzeni, temelde bir sosyal düzen olarak toplumsal yapı, sosyo-ekonomik gelişme düzeyi, kültürel ve dinsel değerlerle doğrudan ilişkilidir.¹⁷

Hukuk normunun iki esaslı kaynağı vardır. Birincisi dayanışma esasına uygunluğunun toplum tarafından tanınmış ve ona değer verilmiş olması anlamına gelen etik unsur, diğeri de ona madde bir varlık veren ve uyulması zorunlu bir norm haline getiren

¹⁷ GÜRİZ, Adnan - A.g.e. sayfa: 490-495.

güç unsurudur. Toplumun olağan koşullarında hukuk normunda etik değeri ve güç unsuru denge içindedir. Toplumda iktidarı eline geçiren kişi veya grup, etik değere sahip olmayan kurallara eylemsel olarak hukuk normu özelliğini kazandırabilir. Bir normun etik değere sahip olup olmadığı, onun şekli görüntüsünden ve uygulanma sonuçlarından ortaya çıkarılabilir. Hukuk normunun maddi unsuru ise daha ön planda görünmektedir. Ne var ki, bu doğru bir görünüm değildir. Etik unsurdan yoksun veya zayıf olan hukuk normu, önce eleştirilere, sonra karşı çıkışlara uğrar ve bir süre sonra da yıkılır gider. Bu durum etik değerlerin en az maddi unsur kadar önem taşıdığını göstermektedir. Hukuk normunun etik değerden yoksun bulunması hukuk düzeninin sona ermesine yol açabilir. Hukuk normunun geçerliği, hukuku getiren otoritenin gücü kadar, toplumu oluşturan bireylerin inançlarına ve dolayısıyla saygı göstermelerine bağlıdır. Etik unsorda en az maddi unsur kadar hukuk normunun varlığını ve geçerliğini sağlar.¹⁸

III. BÖLÜM

HUKUKUN NORMATİFLİĞİ

A — Genel Olarak :

Hukukun normatifliğinin altında hukukun dogmatikliği yatar. Dogma sözcüğü eski Yunandan gelmektedir ve kural, prensip, tez anlamını taşımaktadır. Hukuk dogmatikliği hukuk metinlerinin incelenmesi demektir. Dogmatik hukuku oluşturan kurallar birer prensibin belirtisi olarak ortaya çıkarlar. Hukuk dogmatikliği yürürlükteki hukuk kurallarının oluşumunu eleştirici açıdan ele almaz, metinlerde var olduğu şekilde inceler. Hukuk dogmatikliği terimi, normatif anlamdaki hukuk bilimini anlatmaktadır.¹⁹

Hukuk kuralı incelendiği zaman, emrilik unsurunun ağır bastığı görülmektedir. Hukuk normu genel olarak, belirli davranışların yapılmasını veya yapılmamasını emreder. Hukuk normunun içeriği bazı şeylerin ödev olması veya olmaması anlamına geldiği, emirlerin olumlu nitelik taşıyan, yasakların ise olumsuz karakterdeki ödevleri kapsamı içine aldığı görülmektedir.

¹⁸ ONAR, Sıddık Sami - İdare hukukunun umumi esasları, 3. bası, 1966, Cilt I, Sayfa 264.

¹⁹ Göçer, Erdoğan - Hukuk Başlangıcı dersleri, AÜHF yayını, 1974, Sayfa 14

Belirli bir şekilde davranmanın ödev olması, hem bireysel hem de genel bir durum ile ilgili bulunmaktadır. Hukuk kuralları genel ve normatif önermeler niteliğini taşımakta, bu önermeler özellikle ödevle ilişkin bir içeriğe sahip bulunmaktadır. Hukuk kuralı, özel bir duruma uygulandığı zaman da, kuralın normatifliğini yitirmesi sözkonusu değildir. Genel olarak hukuk normu hiçbir şekilde gerçek ilişkiyi göstermemekte, olanı değil olması gerekeni açıklamaktadır. Normatif önermenin biçimini değiştirerek onu gerçek yaşam ilişkileri ile ilgili bir önerme şekline getirmek olanacağı yoktur. Hukuk düzeni, yalnızca bir normlar sistemi özelliğini taşımamakta, hukuk normlarının geçerliği ve yürürlüğü toplumun benimsemesine, organize devlet gücü tarafından desteklenip gerçekleştirilmelerine bağlı bulunmaktadır.²⁰

Hukuk bilimi özel bir şekilde açıklanan normlarla ilgili bulunduğundan, başka normlarla uğraşan diğer bilim kolları gibi norm bilimleri grubu içine girer. Bu açıdan hukuk bilimi, hukuk normları bilgisi veya hukuk normolojisi şeklinde adlandırılabilir. Hukuk normolojisi kavramı tek anlamlı değildir, çünkü norm bilimlerinin kapsamı çok tartışmalıdır. Konusunu normlar oluşturan her bilim kolu norm bilimleri grubuna girmemektedir. Ayrıca normlar olması gerekene dair düşünceler olarak da incelendiği zaman, bir ayırma gitmek zorunlu olmaktadır. Norm bilimleri grubuna giren bazı bilim dalları normları aramakla ilgilidir. Mantık ve etik gibi bilimler olması gereken kuralların kaynağını araştırırken akıla daha çok önem vermektedirler. Araştırma sonucunda bulunan kurallar gerçekte ortaya koyulduğundan, bu bilim dallarına, norm koyma anlamına gelen nomotetik bilimler adı verilir. Bir de var olan normları inceleyerek sistemleştirmeye çalışan bilimler vardır. Bunlara da, nomografik bilimler adı verilir. Hukukun norm bilimleri açısından ele alındığı zaman, onun yalnızca ne norm koyma ne de norm tanımlama gruplarına girmediği görülmektedir. Bilimin norm koyma yetkisi olmadığı ve hukuk normlarının sürekli değişiklikleri için bilim dalının konusu olamayacağı ileri sürülmektedir. Bu noktadaki çıkmazın farkına varan Hans Kelsen, norm bilimleri kavramına yeni bir anlam getirmeye çalışmıştır. Ona göre, norm koymak demek egemenlik sahibi sıfatıyla bağlayıcı emirler vermek, süjelerin davranışlarını kesin ve otoriter bir şekilde düzenlemek demektir. Burada düşünce değilde bir irade görevi sözkonusu olduğuna göre, hiçbir bilim kolu nomotetik bilim

²⁰ GÜRİZ, Adnan - A.g.e. Sayfa 28-29.

olarak adlandırılmaz, ve asıl anlamda normatiflik özelliğine sahip bulunamaz.²¹

Kelsen'e göre, bir bilim koluna normatif denildiği zaman iki anlam verilmek istenir. Belirli bir bilim kolu, bir sahada meydana gelen olayları nedensellik bağı açısından inceleyerek olan dünyayı kural denen genellemelerle açıklamaya çalışmaktadır. Yine normatif denilen bazı bilim kolları vardır ki, onlar da normlarla ilgilenmekle beraber, olanın açıklanmasıyla değil, olması gerekenin biçimsel yönünü kavramağa uğraşmaktadırlar. Bu bilim alanlarında konu kuralların içeriği değil, belirli bir emri şekillendirmeğe yarayan kuralların yapısıdır. Bu bilim kollarında normatif kavramı belirli düşünce biçimini anlatmaktadır.²²

Hukukun normatifliğini savunan görüşler, hukuk sistemini normların bütünleşmiş yapısı olarak görürler. Bu sistem fizik gücün hangi koşullar altında kişiler üzerinde etkili olacağını saptar. Ulusal hukuk sistemi devlet gücü mekanizmasının; kuruluş, işleyiş, ve fonksiyonları ile ilgili normlardan oluşur. Ayrıca ulusal hukuk sistemi normların geçerli sistemi olarak sayılabilir. Yargıçların kararlarında ve düşüncelerinde etkili bulunan normlara bakılarak sistemin geçerlilik derecesi anlaşılabilir. Temelde yargıçların ve hukuk adamlarının davranışları hukuk normları tarafından belirlenen çeşitli durumlar için gösterilen tepkidir. Normatif anlayış, normların mahkemeleri bağladığını savunur. Normların geçerliliği ayrıca hukukun uygulanmasına da bağlıdır. Hukukun normatifliğini savunan görüşün, hukuku yalnızca normlardan oluşan bir bütün olarak gördüğü söylenebilir.²³

B — Normativist Pozitivizm :

Bilimsel gelişmeler sonucunda zamanla apriori kavramlara karşı, aposteriori kavramlar öncelik kazanmışlardır. Ampirizmin gelişmesi pozitivizmi hazırlamıştır. Felsefede metafizik düşünceler yanında materyalist düşüncelerde önem kazanmıştır. Yasaları olması gerektiği gibi değil, yalnızca olduğu gibi görmek isteyen ve yasaları bir iktidarın, bir gücün belirtisi sayan pozitivizm materyalist araştırmalar doğrultusunda yeni bir adımdır. Pozitivizm doğal hukukun önerdiği sübjektivizmi ve keyfiliği kesinlikle reddet-

²¹ HİRŞ, E. - Hukuk bir bilim kolumudur? AHFM, Cilt 2, Sayı I, Sayfa 36-37.

²² HİRŞ, E. - A.g.e., Sayfa 44.

²³ ROSS, Alf - On law and justice, Stevens Publication, 1958, London, Say. 34-35.

mektedir. Böylece doğal hukukun etiğini benimsememektedir. Pozitivizme göre, hukuk yasaları yapan ve uygulayan gücün dışında bir hiçtir, yalnızca bu güce bağlı olarak ve bunun bir fonksiyonu biçiminde vardır. Adil hukuk teorik hukuktur, yalnızca ahlaktır. Yalnızca yazılı olarak bulunan yürürlükteki metne gerçek bir değer vermekle pozitivizm baskı hukukunu, adaletsiz hukuku eleştirmekten vazgeçmektedir. Hukuku yalnızca yasa olarak ele aldığından pozitivizm kötü yasa önünde yenilgisini kabul etmekte, onu adaletsiz veya kötü ilân etmek için herhangi bir dayanağı bulunmamaktadır.²⁴

Pozitivizm genellikle üç şekilde ortaya çıkmıştır. Felsefe, hukuk ve sosyal alanlarda pozitivizm ayrı ayrı belirmiştir. Pozitivist felsefe ile hukuku ancak pozitif şekilde kabul eden hukuksal pozitivizmi birbirinden ayırmak gerekir. Hukuksal ve sosyal pozitivizmin belirgin özelliği hukuku olaya dayandırmalarıdır. Hukuk olaylar kategorisinden oluşur. Hukuksal pozitivizm bir kuralın şekli veya maddi bakımlardan sağlamlığını araştırırken her zaman esas hukuk normunu temel olarak ele alacaktır. Kendisine bu esas normun hukuksal değerini nereden aldığı sorulmamalıdır. Tek önemli değer yazılı yasadır. Hukuksal pozitivizm belirli bir hukuk düzeninde, bir normun hukuk açısından değerini saptamak için esas hukuk normu denilen ve hukuk değerleri ölçüsü olarak ele alınan bir normla uygun olup olmaması durumunu maddi veya şekli bakımlardan tek kıstas olarak kabul eden sistemdir. Bu durumda esas normun saptanması son derece önemli bir sorundur.²⁵

Pozitivizm fizikötesi unsurlardan ve düşüncelerden kesinlikle uzaktır. Deneyler ve deneysonuçları esastır. Normlara uymanın zorunlu sayılmasında kıstas önemlidir. Ne zaman belirli bir toplumda insanların çoğunda bir sosyal norma saygının dayanışma ve adalet adına emir edildiği saygısızlık durumunun sosyal bir şekilde örgütlenmiş yaptırımını davet etmesi gerektiği duygusu doğuyorsa, o anda sosyal norm hukuksal bir yapı kazanmış olur. Bu aşamadan sonra hukukçulara düşen görev, bu normu derhal pozitif hukuk sahası içine almaktır. Pozitivizm sosyal olaylarda, gelişmelerde beliren normların hukuk metinlerine alınmalarını savunur.²⁶

²⁴ WEYL, Monique - Roland - Gerçekte ve eylemde hukukun payı, Konuk yayınları 1975, Sayfa. 25-26.

²⁵ WALINE, Marcel - Felsefi, hukuki ve içtimai pozitivizm, AHFD, 1951 Sayı 3-4, sayfa 170-175, (Çeviren Münci Kapani).

²⁶ CUCHE, Paul - Hukuki pozitivizmin metafizik postülları, Hukuk felsefesi konferansları, AHF Hukuk felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi enstitüsü yayını, 1948, sayfa 38-39.

Hukuksal pozitivizmin en önemli temsilcisi Hans Kelsen'dir. Viyana okulu ve yeni-kantçı okulun önde gelenlerinden olan Kelsen geliştirdiği saf hukuk teorisini normlar hiyerarşisi esasına dayandırarak pozitivizme normatif bir yapı kazandırmıştır. Bu nedenle Kelsen'in hukuk görüşüne, normativist pozitivizm adı verilir. Kelsen bu görüşü ile, hukukun gerekli ve sürekli unsurlarını biraraya toplamağa, hukuku değişen ve geçici unsurlardan kurtarmağa çalışmıştır.

Genellikle, normativist düşünce normların soyutlaştırılmasına ve mutlaklaştırılmasına çalışmaktadır. Bu duruma uyulunca, norm somut durumlarda belirli özelliklere göre değişen irade ve koşullar üzerinde sürekli yüksek ve egemen bir yere sahiptir. Norm her zaman ve her yerde kişiler dışında kaldığından objektif bir görünümündedir. Kararlar kişisel, düzenler ise kişilikdışı birer karakter taşırlar. Bu nedenle normculuk her dönemde kararcılığın kişisel eğilimlerine karşı bir tepki sayılmıştır. Normativizm, insanlar değil normlar hükmetlidir düşüncesini savunur. Sosyal düzen ilişkilerinde norma bağlı ilişkilerin ölçülerini veren ahlâk ve hukuk sahalarında yasalar tek egemen güçtür. Yasaların egemenliği ilkesinin pratik amacı kişisel iradeleri tasfiye etmektir. Bu ilkenin daha ileri düzeyde savunulması ortaya yasa devleti anlayışını çıkarmıştır. Çağdaş gelişmeler sonucunda ise hukuk devleti düşüncesi yasa devleti görüşünü ikinci planda bırakmıştır. Yasalar yalnızca bir şekildir. Hukuk ise hak ve adalet prensiplerini de içeren daha geniş kapsamlı bir kavramdır. Hukukun devlet düzeninde egemenliği yalnız yasaların değil, hak ve adalet prensiplerinin de egemenliği anlamına gelir. Normativist düşünce sonunda daha dar bir kavram olan yasa devletinde kalmış, fazla ileriye gidememiştir. Yasaları dolayısıyla normları kişilerden oluşan organlar çıkardığından, normativizm son aşamada yıkmak için çalıştığı kişiler ve gruplar egemenliğinin ağına düşmüştür. Katı bir normculuk norm koyan kişilerin iradesini egemen kılmıştır.²⁷

Kelsen'in devlet ve hukuk kuramı, aslında varolan düzeni savunan ve korumağa çalışan tutucu çevrelerde geçerliği fazlaca benimsenen bir anlayıştır. Hukuk ile devletin özdeşliğini savunan Kelsen'e göre hukuk, devletin çıkardığı yasalar veya diğer hukuk metinlerinden oluşur. Hukuku bilimsel olarak incelediği savında bulunurken, kullandığı bilimsel yönteminde bütün toplumsal, politik ve ideolojik unsurlardan hukuku soyutlamağa çalışmakta-

²⁷ ABADAN, Yavuz - A.g.e., sayfa 82-83.

dır.²⁸ Bu nedenle saf diye nitelendirdiği hukuk kuramında bilimi ve ideolojiyi birbirinden ayrı tutmak çabası içindedir. Ayrıca, adalet gibi kavramlara hukukun tanımında yer vermemektedir. Ona göre, hukukun saflığı sosyoloji, ekonomi, politika, ahlâk, tarih gibi diğer bilim kolları ile bozulmamalıdır. Kelsen hukuk alanında, Kant'ın bilim alanında izlediği yolu izlemek çabasındadır. Kant, nasıl insan bilgisinin sınırlarını çizmişse, Kelsen'de hukukun sınırlarını çizmekle, adalet, özgürlük ve eşitlik gibi temelde hukuksal olan kavramların bu sınır içerisinde yeri olamayacağını belirtmek savındadır.²⁹

Kelsen, hukuka kesinlik ve objektiflik kazandırabilmek amacıyla saf hukuk görüşünü ileri sürmüştür. Saf hukuk kuramında bilginin deneysel unsurlarına yer verilmemekte, deneyden bağımsız olarak aklın saf şekillerine, mantık kategorilerine önem verilmektedir. Hukukun temel kavramı normdur veya saf olması gerektirir. Hukukta olaylar arasındaki bağlar normal bir karakter gösterir. Hukuk biliminin konusu yalnızca hukuktur ve hukukta norm olarak anlaşılmalıdır. Hukuk biliminin konusu olduğu ölçüde, devlet hukuk olabilir. Hukuk, hiçbir içeriğe sahip olmayan saf formal bir kategoridir. Kelsen'e göre, bilginin önemi onun formal karakterinde sona erer ve daha ileri gidemez. Ancak formal olan objektif olabilir. Değişen içeriğinin dışında, Kelsen hukuka objektivite kazandırdığı inancındadır.³⁰

Kelsen, saf hukuk kuramını norm kavramına ve temel norm varsayımına dayandırmıştır. Ona göre, hukuk esasında kendisini norm yapısında ortaya koyar. Hukukun saf olabilmesi için norm şeklinde belirmesi zorunludur. Hukuk, toplumsal ilişkilerin normatif düzenlenmesidir. Hukuk normu hukuk sahasında temellendirici bir fonksiyona sahiptir, her hukuksal olan şey bu karakterini hukuk normundan alır. Hukuk normu, bir olayı nedensel dünyadan hukuksal dünyaya yükseltir. Hukuk normu olmadan bir olay dış dünyanın eylemsel alanında yiter gider, hukuksal bir anlam kazanamaz. Hukuk normları, bir hüküm veya tanımlama değildirler. Onlar, öğüt verici veya öğretici karaktere değil, emre-

²⁸ KELSEN, Hans - What is justice, California press, Los Angeles, 1960, Sayfa 266.

²⁹ YETKİN, Çetin - Kaba kuvvet felsefesi, Toplum yayınevi, Ankara 1969, Say. 107.

³⁰ ARAL, Vecdi - Hukuka bir objektivite kazandırma, İHFD, Cilt XXXI, Sayı 1-4, 1965, sayfa 226-229.

dici yapıya sahiptirler. Hukuk normları doğru veya yanlış olamazlar, ancak geçerli veya geçersiz olurlar. Olması gerekeni temsil ederler. Olması gereken; asla olandan gelmemek, ona dönmek ve öylece olması gereken kalarak, kendisini olandan ayırdığımız düşüncelerle ilgili, insan bilincine doğrudan doğruya verilmiş bir düşünce formudur. Olması gereken, hukuk açısından önemli olan sonucun gerçekleştirilmesi yolunda bir emri gösterir. Bu bir emri değil, aynı zamanda bir yetki ve izni de içerir. Hukuk normları temelde emir normları olarak iradeye dayanan davranışları gerektirir. Normda, belirli biçimdeki davranışla ilgili olması gereken yasa koyucunun iradesinden kopmuş olarak kendi özel varlık ve anlamına kavuşur. Kelsen, hukuk normunu yaptırım ile açıklamağa çalışmaktadır. Hukuk, baskı gücü ile donatılmış sosyal bir teknikten başka birşey değildir. Onun gerçek olması gerekeni yalnızca yaptırımı içerir.

Hukuk normu hiçbir ahlâk değeri taşımayan bir baskı normudur. Yaptırım belirli koşullara bağlanmış bir sonuç olarak ortaya çıkar. Sonuç ile beraber koşullarda hukuk normu içinde yer alır. Hukuk normunun yapısı açıkca ahlâk normundan farklılığını ortaya koymaktadır. Ahlâk normu olumsuz bir cümle yapısı içerisinde emir verirken, hukuk normu hem kesin emir verir hem uyulmama durumunda hangi yaptırımın uygulanacağını gösterir.³¹

Hukuk normları, zorunlu olarak hukuksal sorumluluklar ve yükümlülükler yüklerler. Hukuksal yükümlülükler objektif hukukun esaslı fonksiyonu olarak ortaya çıkarlar ve kesinlikle normlardan meydana gelirler. Hukuk normu, normların yöneldiği kişilere ve normları çiğneyenlere yükümlülük, zarar görenlere ise yetki tanır. Hukuk normları, genellikle hem yetkilendirici, hem de yükümlendirici fonksiyonları birarada yürütürler. Bu durum hukuk normunun ikili yapısını açıkca göstermektedir.

Her hukuk normu, geçerliliğini bir başka normdan almaktadır. Öyle ki, normlar aşamalı bir sıra içindedirler. Bütün hukuk en genelden en özele kadar normlar hiyerarşisinden oluşur. Sıralama olayı, en tepede ve en temelde anayasayı oluşturan temel normdan kaynak alır. Normların böylece en genelden en özele doğru sıralanmaları, normlar piramidini oluşturur. Kelsen'e göre hukuk tepede en genel, en soyut, en yüksek; tabanda ise en özel, en somut, en alçak normu kapsar. Yasaların taşıdığı norm temel

³¹ EBENSTEIN, William - Hans Kelsen, International Encyclopedia of social sciences, Cilt 8, 1968, sayfa: 360-361.

norma oranla daha somut ve özeldir. Bununla beraber, uygulandıkları ilişkilere oranla soyut ve genel düzeydedirler. Yasa normunu yorumlayarak karar veren yargıç, normu daha somut bir duruma getirir. Herhangi bir normun hangi norm sistemi içinde bulunduğu ancak ilgili normun hangi temel normdan kaynak aldığı araştırılması ile anlaşılabilir. Temel normun mutlak anlamda bağlayıcılığı bütün hukuk sistemince kabul edilir. Temel norm, geçerli saymazsa, bir normun anlamı kalmaz. Temel norm, fizikötesi bir kavramdır. Kelsen, pozitivist olmasına karşın temel normu tam olarak açıklayamamıştır. Temel normu yaratan olay, onu oluşturan güç hukuk ve devlet düşüncesi ile doğrudan ilişkili değildir. Organ egemenliği, lider buyrukları birer temel norm olarak sayılabilir. Hukuk normunun bu yönü hukukçuyu ilgilendirmeyecektir, o yalnızca hukuk metinlerindeki normları uygulamakla görevlidir. Temel normu yaratan olaylar birbirlerinden ne kadar değişik olurlarsa olsunlar, hukuk yalnızca hukuksal olanı incelemiş olacaktır.³²

Kelsen, kendi içinde tutarlı bir kuram geliştirmek istemesine, karşın, genede çelişkilerden kurtulamamıştır. Her türlü sosyal, politik ve tarihsel unsurları hukuk dışında bıraktıktan sonra hukukun minimum yürürlük ve etkenliğe sahip olması zorunluluğuna değinerek sosyal olayların gözlemini hukuk kuramına katmıştır. Hukukun minimum etkenliğe sahip olabilmesi için adalet unsurunu içermesi gerektiğini görememiştir.

Temel norm konusunda da, Kelsen tutarlı bir görüş geliştirememiştir. Temel normun hukukdışı, fizikötesi bir varsayım olduğunu belirtmekle gene normativist pozitivism görüşüne aykırı bir görüşü savunuyor. Böylece, Kelsen her türlü siyasal rejimin adalete uygun olduğunu kabul etmektedir. Diktatörlüklerinde demokrasiler kadar meşruluğa sahip bulunduğunu, dolayısıyla kabul etmektedir. Hukuk adına keyfi ve kişisel yönetimi benimsemektedir. İnsanın doğuştan varolan haklarına karşı çıkması da demokrasilerin önemli güvencesinin reddi sayılarak eleştirilmiştir.³³

Norm konusunda da çelişkiler vardır. Zorlamayı normun esas unsuru sayarak zorun üstün bir otorite tarafından uygulanacağını önerirken, savaş ve misillemeyi üstün otorite olmadan uluslararası hukukda yaptırım olarak saymıştır. Ayrıca devletle hukuku aynı

³² ARAL, Vecdi - Kelsen'in hukuk anlayışı, İHMF, 1969. Sayı 1-4, Say. 514 vd.

³³ ARAL, Vecdi - A.g.y.

şey görmesi de, hukuk normu konusuyla açık bir kavram geliştirmesini engellemiştir. Kamu ve özel hukuklar ayırımını reddedmesi hukuk anlayışı konusunda bazı haklı kuşkular yaratmaktadır. Çeşitli hukuk düzenleri arasında ilişkiler kurulduğu zaman normativist pozitivizmin yetersizliği görülmektedir. Normativist kurum, yasama ve gelenek hukukları, ulusal ve uluslararası hukuk, devlet ve klise hukukları, eski ve yaşayan hukuklar arasındaki problemleri çözümlenmekte yetersiz kalmaktadır.³⁴

C — Doğal Hukuk :

Hukuk felsefesi aslında düşünce tarihinin başlangıcından ondokuzuncu yüzyıla kadar doğal hukuk düşüncesinin gelişimi olarak görülmüştür. Doğal hukukun mutlak amaçları, hak ve adalet kavramlarının gerçekleştirilmesidir. İnsan haklarını mutlak düşünmek bunları kişisel iradelerin sınırlamalarına bırakmamak için gereklidir. Doğal hukuk, hak yolunda yasa koyucunun kişisel iradesini, keyfi yönelimlerini değil doğanın yapısını ve dengesini esas alır. Pozitif hukukun gerçekleştirdiğini ileri sürdüğü adaletin neden olduğu haksızlıklar, bazan daha yüksek düzeyde doğal adaletin varlığı gibi tepkilere yolaçmıştır. Hukuk kurallarının katı ve sert uygulamaları toplumsal tepkileri doğaya dönük düşüncelere dönüştürmüştür. Baskıya kayan yönetimler, toplum içinde yaratılan dengesizlikler, haksızlıklar insanlık kavramıyla beraber doğal hukuk akımında gelişmesine, günümüze kadar yaşamasına neden olmuştur.³⁵

Doğal hukuka göre doğa en büyük yasa koyucudur. İnsanın, toplumun ve herşeyin doğal yapılarından yararlanarak insan davranışları için normlar çıkarılabilir. Bu normlarla toplumsal sorunlara doğal çözümler getirilebilir. Doğal süreçler bütünüyle bir sonuca varırlar.³⁶ Doğal hukuk, insanların vicdanları ve gereksinimleri ile nedensellik bağına sahiptir. Bu açıdan doğal hukukun pozitif hukuku kontrol ettiği ileri sürülmektedir.³⁷

Doğal hukuk, zamanla felsefe ve ahlâk sahasından hukuk sahasına geçmiştir. Hukuk kurumlarını ve kavramların bir bütün olarak adalet amacına dönüş olarak düşünülmektedir. Doğal hukuk,

³⁴ ÇOBANOĞLU, Rahmi - Hukuk felsefesi notları, İÜHF, 1968, Say. 133-138.

³⁵ DEL VECCHIO - A.g.e. Sayfa 265-266.

³⁶ KELSEN, Hans - A.g.e. Sayfa 137-138.

³⁷ HART, H. L. A. - The concept of law, Clarendon law series, Oxford 1961, Sayfa 189.

hukuk normu konusunda katı değildir. Normlar akla uygun olarak dünyanın doğal yapısından meydana gelmektedir. Hukuk normunun kamu otoritesi tarafından yaratıldığını söylemek yanlıştır. İnsanlar yasaları koymadan önce de aralarında adalet ilişkileri vardı. Pozitif yasaların ve normların emrettiği şeylerin dışında adaletli veya adaletsiz hiçbir şeyin olmadığını söylemek, daireler çizmeden önce bütün yarıçapların birbirine eşit olmadıklarını ileri sürmeğe benzer. Doğanın yapısından çıkan, adaleti belirleyen, hukuk normunun içeriğini veren doğal yasalar vardır. Kamu otoritesinin görevi bu zorunlu normu benimseyip ilan etmektir. Pozitif hukuk, insanlar arası ilişkileri düzenleyen doğal normları saptayan akıl postülatları üzerine kurulmalıdır. Böyle olursa, hukuk normu bütün zamanlarda ve ülkelerde benzer olur. Pozitif hukuk arasındaki farklar ise yalnızca ulusların hukuk normu hakkında az çok bilince sahip olduklarını gösterir. Dünyanın her yerinde, her zaman geçerli olan değişmez hukuk normunun temeli insan aklıdadır. Bu rasyonel normdan toplumsal yaşamın tüm sorunlarına çözüm getirebilecek prensipler çıkarılabilir. Pozitif hukuk sistemlerine üstün, onlardan önce doğa ve akıldan çıkan sonsuz hukuk bulunduğuna göre, insanın doğuştan hak ve özgürlüklere sahip olduğu ve bunların korunmaları gerektiği savunulabilir.³⁸

Doğal hukuk akımı, insanların doğuştan gelen hak ve özgürlüklerine birinci planda yer verdiğinden pozitif hukuk normlarına fazla önem vermemektedir. Hukuk, insanların koyduğu normlardan değil, doğanın yapısından ve insan aklından doğar. Bu nedenle her bölge ve zamana göre değişen pozitif hukuk değil, değişmeyen sonsuz doğal hukuk esastır. Bu nedenle, hukuk normatif bir yapıya değil, sürekli idealist bir yapıya sahiptir. Hukukun normatifliği, hukukun amacı için yeterli değildir. Pozitif normlar, hukuk normu olabilmek için adalete uygun olmalıdırlar. Hukukda asıl olan adalettir. Her pozitif norm değişmez hukuk amacı olan adalete uygun olmak zorundadır. Adalet, mantıksal bir yapıya kavuşturulmuş ahlak olarak, hukukun hem temelidir, hem de amacıdır.

D — Varoluşculuk :

Pozitivist düşüncenin katı bir şekle dönüşmesi karşısında çeşitli tepkiler doğdu. Özellikle yirminci yüzyılın başlarında doğal hukuk yeniden doğuş yaptı. Doğal hukukun yeniden doğuşu yanında, yeni-kantçılık ve yeni-hegelcilik gibi akımlarda pozitivism

³⁸ ÇOBANOĞLU, Rahmi - A.g.e. sayfa 47-49.

tepki olarak gelişme gösterdiler. Antipozitivist doğrultuda ortaya çıkan akımlar içerisinde yirminciyüzyıl açısından önemli olan, son yüzyıla damgasını vuran akım varoluşçuluktur.³⁹

Varoluşçuluk, kavramcı düşünceye karşı bir isyan niteliğini taşır. Buna göre bir nesneyi düşünen ve anlayan insan aynı zamanda onu yaratır. Kavramcılık, varlığın bir kez varolduktan sonra sürekli var olduğunu ve bazı normlara uyruk bulunduğunu kabul eder. Varoluşçuluk ise dış nesnelerin ve bunların sübjektif algılamasının apriori olarak sözkonusu olmadığını ayrıca özgür ve sınırsız değişim içinde olduğunu varsayar. İnsan algılarını zaman, uzay ve nedensellik kategorileri içinde yapmaz. Hukuk, insana dış dünyanın uyguladığı dış yaptırım olmaktan farklı bir anlama sahip olmalıdır. Hukuk, kişinin kendisini gerçekleştirmesine yardımcı olmalıdır. İnsanı yalnızca toplumda gördüğü hizmet dolayısıyla değil, aynı zamanda evrensel misyonu olan genel anlamda insan olarak kabul etmelidir. Doğal hukuk, bir varoluş yasası olmaktadır. İnsancıl düzen varoluşçu hukuk anlayışı ile kurulabilir.⁴⁰

Varoluşçuluğa göre, gerçeklik her zaman yeni, eylemsel ve somut bir durumdadır. Bu durumun başka bir benzeri yoktur. Gerçekliği bu nedenle kavramlar aracılığı ile saptamak olanak dışıdır. Kavramlar bilinebilir ama biçimleri her zaman değişir. Gerçeklik sürekli akış ve değişme durumundadır. Kavramlar ise, düşünce, bilgi ve hukuka düzenlilik sağlamakla beraber gerçekliği yansıtmakta ve anlatmakta yeterli değildir. Dinamik gerçekliği kavramlarla anlamak olanaksızdır. Dinamik gerçeklik kendine özgüdür, sürekli olarak değişir ve gelişir, anlaşılabilir ancak yaşanır. Gerçeklik nesnelerin özünü yaratır ve değiştirir. Bu nedenle varlık özden önce gelir. Kavramlar ile varlık özdeş değildir. Gerçek ise akıldışı bir olaydır. Gerçeklik, soyut olmadığı gibi genel bir geçerliğe de sahip olamaz. Her zaman yeni, somut ve kendine özgü bir durumdur.

Hukukun gerçekliği, somut ve özel olayda, uyumsuzlukta ve onun çözümünde yaşar, Bir hukuk uyumsuzluğunda hukuk gerçekliği karşıt yorumların normun teorik anlamının, normu uygulayanın ve hakkında norm uygulananı etkileyen değişik koşulların sonucu olarak belirir. Asıl olan çözüm bulmaktır. Çözüm kişisel katılımı, riski ve sorumluluğu zorunlu kılar. Varoluşçuluk bu nok-

³⁹ÇAĞIL, Orhan Münir- Hukuka ve hukuk ilmine giriş, İHF yayını, İstanbul 1971, Sayfa 493.

⁴⁰GÜRİZ, Adnan - A.g.e. Sayfa 435-428.

tada, pozitivistimin savunduğu hukukun normatifliği görüşüne karşı çıkmaktadır. Somut duruma öncelik tanınırken, hukuk normu arka planda kalmaktadır. Somut durumlar norma uyruk değildir. aksine somut durum normu yaratır. Hukuk normlarının yorumu mantık açısından gerekli değildir. Hukuk kararları somut durumun ortaya çıkardığı çözümlerden kaçamaz. Yaşanılan sosyal gerçeklik dışında ayrı bir normlar dünyası olamaz. Normatif hukuk düzeni somut durumlara somut çözümler getiremediğinden toplumda otorite kuramaz. Hukuk, özgür bir evrim içindedir. Her özel durum, özel sorunlar yaratır. Genel hukuk normlarının keyfi yorumu tehlikesi normlar sisteminin varlığı sayesinde önlenemez. Adil ve doğru hukuk uygulaması için somut koşulların ve özel çıkarların gözönüne alınması gerekir. Yaşam sürekli değiştiğine göre, hukukta değişmelidir. Bu düşüncelerle, varoluşculuk hukukun normatifliğine karşı çıkmakta ve her an değişen bir hukuku savunmaktadır.⁴¹

E — Fenomenolojik Hukuk Anlayışı :

Bu akımda sözkonusu olan, açıklamak veya çözümlmek değil anlatmaktır. Husserl'in başından beri fenomenolojiye yüklediği anlatıcı ruhbilim olma veya şeylerin kendisine dönme görevi bir bakıma bilimin yadsınması anlamına gelmektedir.⁴² Fenomenoloji yöntemi bir bakıma idealizme yönelmektedir. Fenomenoloji olayların bilimidir. Bu nedenle birbirine tepki yapan, gerçek ve statik objelerden meydana gelen bir dünya yaratan doğa bilimlerine güvenemez. Felsefe fenomenolojik yöntem ile açıklayıcı bilim haline gelmektedir. Açıklayıcı olması karışıklık yaratmaz. Özellikle olaylara doğrudan doğruya ulaşabilmek için kavram yaratılmasından bu yöntemde kaçınılır.⁴³

Olaylara öncelik tanıyan fenomenoloji için görünenden başka hiçbir bilgi yoktur, bilgi olmayınca da anımsama yoktur. Doğal davranışların tümü kaldırılmıştır. Ortada somut görünenler vardır. Yaşanılan dünyayı daha iyi kavrayarak yeniden kurmak için fenomenolojik yöntemle çalışıldığı sürece insan yaşadığı dünyadan kendi isteği ile vazgeçmektedir. Elde edilen fenomenler de her türlü dünyalılıktan soyutlanmaktadır. İlk adımda egoloji olarak yola

⁴¹ GÜRİZ, Adnan - A.g.e. Sayfa 430-435.

⁴² PICON Gaeton - Çağdaş Felsefe, Kitap yayını, İstanbul 1966, Sayfa 40-41

⁴³ BREHIER, Emile - Bugünkü felsefe konuları, Remzi yayını, İst. 1966, Say. 39-45.

çıkan fenomenoloji son adımda sosyoloji olmaktadır. Benini kavrayan insan daha sonra başkasını ve en sonunda başkalarından oluşan toplumu da aynı şekilde kavramaktadır. İnsan tek başına hiçbir şey yapamaz ancak başkalarıyla birşeyler yapabilir.⁴⁴

Fenomenolojik yaklaşım olayları ve nesnelere herhangi bir kavramsal sistemin aracılığına başvurmadan oldukları gibi açıklamak ve tanımlamak amacını güder. Veriler oldukları gibi gösterilmeğe çalışılır. Aynı tutum hukuk alanında da geçerlidir. Hukuk ilkçağlardan beri insanın kültür dünyasında varolmuştur. Zamanla karşılıklı ilişkiler doğduğundan insanlar hukuku yalnızca bilirlenmiş kalıplar içinde kavrayabilmişlerdir. Bu kalıplar çok eski geçmişe sahiptirler, ayrıca onların dayandıkları düşünceler ise çoktan unutulmuşlardır. İnsan sürekli ilişki içinde bulunduğu hukuku objektif yaklaşımla bilememektedir.

Tarihsel kapsamdan arınarak hukuku inceleme girişimi, hukuk normu ile karşı karşıya kalmaktadır. Normlar; iyi-kötü, doğru-yanlış gibi değeryargılarını ölçme aracı olarak insan bilincinde yer eder. İnsanın karar verirken bir ölçüye dayanması zorunludur. Hukuk normları da böylesine ölçüler olarak çeşitli kavramlar içerirler. Hukuk normları, insan davranışları ile ilgili bulunan gerçekliklerin neler olduğunu olayların akışı içerisinde saptanmasına yardımcı olurlar. İnsan davranışlarının değerlendirilmesinde yararlı modelleri gösterirler. Hukukta yapılan işlem hukuk normunun temsil ettiği modele uygunluğun veya aykırılığın saptanmasıdır. Hukukun uygulanması ile ilgili değer yargısı nesnenin özünde yoktur, nesneye norm tarafından bağlanır. Normu uygulayan kişi, norm ile normun gerisindeki değer yargısı arasında ilişki kurmak durumundadır. Normun getirdiği ölçü düşünseldir. Normun uygulanabilmesi için onun düşünsel kapsamı öncelikle saptanır. Hukuk normu aslında yalnızca insan davranışlarını düzenler. Fenomenolojik yaklaşım hukuk normunun emriliğini zorunlu değil, olasılıklı özelliği saymaktadır. Her normun geçerliği kendi yapısı ve kapsamı gereğidir. Norm geçerliğini kendi dışında bulunan başka bir fizikötesi normdan almaz.⁴⁵

Fenomenolojik yaklaşım hukuk ve hukuk normu konusunda değişik düşünmektedir. Hukuk insan davranışlarının kamusal düzenlenmesidir, çünkü insanlar toplum içinde yaşarlar. Toplum ol-

⁴⁴ HANÇERLİOĞLU, Orhan - Düşünce Tarihi, Remzi yayını, İst. 1970, Say. 297-298.

⁴⁵ GÜRİZ, Adnan - A.g.e. Sayfa 485-49.

masa hukuk da olmazdı. İnsanın toplum halinde yaşayabilmesi de belirli davranış modellerini benimseyebilmesine bağlıdır. Bu modelleri hukuk normları gösterir. Hukuk normları sonsuz değişim süreci içinde bulunan insan davranışlarını otoriter şekilde düzenler diyerek fenomenolojik akım ortalama görüşü benimsemiştir.

IV. BÖLÜM

GENEL OLARAK ADALET

A — Kavram ve Anlamı :

Köken olarak, Arapça «Adl» sözcüğünden dilimize geçmiş bulunan adalet kavramı, yabancı dillerdeki karşılığının da ortaya koyduğu gibi, hak, hukuk ve haklılıkla ilgili, içiçe kenetlenmiş bir kavramdır. Bu açıdan adaleti hak ve hukukun gerçekleştirilmesi şeklinde tanımlamak sözkonusu olabilir. Adalet, bir toplum içinde barış, ahenk, uyum, eşitlik, haklılık ve düzen yaratma görevleriyle hukukun özü ve amacıdır.

Hukukun ana görev ve amacı, toplum ilişkilerini haklı bir düzene kavuşturma olduğundan, adalet kavramını herkesin anlayabileceği bir açıklık içinde belirtme, tarihsel gelişim yönünden insan düşüncesinin ana kaynağı olmuştur. Çeşitli adalet yaklaşımları aynı kaygıdan kaynak almıştır. Her düşünce akımı kendisine göre bir adalet kavramı geliştirmiştir.

Adalet kavramı, genellikle iki şekilde kullanılır. Birinci olarak, hukuk uygulamasında toplum için en yararlı sonucun gerçekleştirilmesi anlamında kullanılır. Diğerinde ise, adalet hukukun ulaşmağa çalıştığı ideal yeri belirtir. Kavram ikinci şekilde daha geniş ve kapsamlı olarak geçerlidir. Özellikle hukukun ahlak, din ve felsefe ilkelerinden uzaklaştığı durumlarda adalet ilkesinin geçerliliği ve uygulanması daha fazla önem kazanmaktadır. Adalet kavramının kullanılışı ve ele alınışı bile ne kadar geniş kapsamlı olduğunu göstermektedir.⁴⁶

Toplumdaki sosyal düzen aksamadan işliyorsa, insan ilişkileri düzene ve normlarına aykırı düşmüyorsa da adalet gene vardır, ne var ki adaletin yararları o zaman pek anlaşılabilir. Sosyal düzen herkesin mutlu olduğu ve kişisel davranışların herkesi tatmin edi-

⁴⁶ GURVITCH, Georges - Justice, Encyclopedia of social sciences, volume VII-VIII, 1932, sayfa: 509.

ci şekilde düzelendiği bir ortamdır. Adalet, temelde sosyal mutluluktur. Bu sosyal düzen tarafından güvence altına alınan bir mutluluktur. Yalnızca adaletli düzen içinde yaşayan adil insanlar mutludur, adaletsiz düzende toplumun ve kişilerin mutlu olabilmeleri olanak dışıdır. Bu nokta, adaletin ne derece toplumsal bir kavram olduğunu göstermektedir. Adalet bireysel mutluluk olursa sosyal düzenin kurulması zorluklarla karşılaşır. En adil düzen en fazla insana en üst düzeyde mutluluk sağlayan düzendir. Adaletin var olabilmesi için toplumsal mutluluğun objektif ve kollektif bir şekilde varlığı zorunludur.⁴⁷

Adalet, bir davranışın sahip olduğu veya olabileceği bir özellik değildir. Adalet daha çok bir hareket şekline objektif bir değer olarak takdir edilir. Bir davranışın objektif değeri, daha çok onun adil olmasının sonucudur. Bu sonuç özellikle adaletin değer karakterinden ayrı olarak saptanır. Bir hareketin adil olduğu hakkındaki hüküm, bunun yapılmasını gerektirmektedir. Hükümler deneylerden ortaya çıkan sonuçlara göre verilmelidir. Toplumdaki olayların gelişim çizgisi, adaletin ne olduğunu ve ne olması gerektiğini belirler.⁴⁸

Adalet kavramı, eşitlik prensibini de içerir. Adalet ile eşitlik içiçedir denilebilir. Eşitlik ve eşitsizlik adaletli düzende herkes için benzer koşullarda ve düzeyde olacaktır. Herkesin hak ve özgürlükleri eşit düzeyde gerçekleşecektir. Sosyal ve ekonomik eşitsizlikler herkes için aynı anlamı belirtirse o toplumda adalet vardır, diğer bir anlamda eşitsizlik yoktur. Herkesin yararına olmak herkese eşit koşullarda açık olmak adaletin iki temel göstergesidir. Bu ilkeler toplumun ana yapısını oluşturmaktadırlar. Toplumsal düzenin adaletli olması bu ilkelerin uyum içerisinde olmalarına bağlıdır.⁴⁹

Adalet kavramı toplumla beraber değişmektedir, bu nedenle göreceli bir kavramdır. Hukukun uygulanmasında adaletin gerçekleşmesi, zaman, yer ve düşünce farklarına, hatta bir hukuk ilişkisiyle ilgili tarafların durum ve özelliklerine göre değişik ölçülerin kullanılmasını gerektirir. Adalet hizmetinin yalnızca bir formü le bağlanmadan sosyal ilişkilerin düşünsel, ekonomik, psikolojik

⁴⁷ KELSEN, Hand - A.g.e. sayfa 2-3.

⁴⁸ WOLF, Hans - Hukuk prensibi olarak adalete dair, İHFM - 1955, Sayı 1-4, Sayfa 212-213.

⁴⁹ RAWLS, John - A theory of justice, Oxford paperbacks, London 1972, sayfa 62.

derinliklerine inmeyi gerektiren güçlüğü bu noktada toplanmaktadır. Nitekim, tarihsel ve sosyal gelişimin ürünü olan somut bir hukuk düzeninin, devrin değişmesi ile beraber beliren yeni koşullara uygunluk ve ilgi derecesinin kuşkulu bir duruma gelmesi toplumsal devrimlere, diğer bir deyimle hukuk düzeninin zorla değiştirilmesine yolaçmaktadır. Toplumsal tepkilere neden olmamak için adalet kavramının kapsamı da zamanla değişmeli ve genişlemelidir.

Adalet kavramı çeşitli ayırmalara uğramıştır. Sübjektif ve objektif adalet ayırımı en başta gelir. Sübjektif adalet, erdem anlamında kişisel bir özelliği deyimler. Kişinin bu özelliği, onun sürekli olarak haklı olana yönelmesini, hakkı yerine getirmeye uygun düşünce tutumunu gösterir. Ne var ki bu erdem aynı zamanda, zorunlu olarak adaletli bir kimsenin diğer kimselere olan somut davranışında uyacağı ilişki biçiminin adaletli olup olmadığını, adalet açısından değerini belirtmez. Sübjektif adaletin dışında ve ondan önce objektif bir adalet kavramının varlığı açıkça anlaşılmaktadır. Objektif adalet kişinin özelliğini değil, onun bu özelliğine uygun olarak somut durumlarda yerine getireceği ilişki biçiminin özelliğini gösterir.⁵⁰

Ayrıca bir de yasal adalet ile yasa dışı adalet veya yasaüstü adalet ayırımı vardır. Yasal adaletten, hukuksal kararların dayandıkları hukuk kurallarına uygunlukları anlaşılır. Anayasa, yasa ve diğer hukuk metinlerine uygun kararlar, yasal adaleti gerçekleştirme yönündedir. Yalnız adalet çok geniş kapsamlı olduğundan, yasalarla sınırlandırılmaz. Yasaların düzenleme alanı dışında kalan alanlardaki adalet yasa dışıdır. Yasalardan önce bulunması gereken adalet, yasa öncesi adalettir. Somut yasa metinlerinin üzerinde bulunan, bütün hukuk sistemine yol gösteren yöneldiği başlıca hedef olan bir de yasaüstü adalet vardır. Adaletin en yüksek anlamı budur. Bu anlamda adalet en yüksek değerdir.⁵¹

Adaletin çeşitli anlamlara gelen şekilleri vardır. Bunların başlıcaları, dağıtıcı, denkleştirici, eşitlikçi ve sosyal türleridir. Denkleştirici adalet mübadeleye dayanır. Bu adalet insanlararası sözleşmeler sonunda meydana gelen eşya ve hizmet değişmelerinde kendini gösterir. Değiştirilen şeyler arasında eşitliği gerektirir. Denkleştirici adalet yalnız sözleşmelerde değil, kişilerarası diğer ilişki-

⁵⁰ ÇAĞIL, Orhan - Hukuka ve hukuk ilmine giriş, İHF yayını, 1971, sayfa 39-40.

⁵¹ ÇAĞIL, Orhan - A.g.e., sayfa: 39-40.

lerde de kendini gösterir. Adaletin bu ilk şekli yalnızca insanın diğer insanlarla olan ilişkilerini düzenlemeğe çalışmaktadır.⁵² Dağıtıcı adalet ise, orantılı bir eşitlik düşüncesinin ürünüdür. İnsanlar arasında varolan eşitsizlik gözönünde tutulur. Toplumun nimetlerinin dağıtımında topluma en fazla hizmet etmiş olanların daha fazla almaları gerekir. Yükümlülüklerin dağıtımında ise, daha fazla gelir kaynağı olanların ortak masraflara az varlıklılarla oranla daha geniş katılmalarını gerektirir.

Eşitlikçi adalet, somut olayları, insanların özellik ve ayrılıklarını tümünün göze alınmalarını gerektirir. Adaletin bu türüne nasafet denir. Hukuk nasafetin gereğini doğrudan yerine getiremez. Yasalar ve normlar, somut durumları gözönüne almakta her zaman yetersizdirler. Nasafet, ancak somut olayların koşullarına uygun uygulamalarda gerçekleşebilir. Eşitlikçi adalet, hem genel normlara hem de özel durumlara uymak zorundadır. Adaletin bir diğer şekli de, sosyal adalettir. Ortak yarar amacına dönük olan sosyal adalet genel düzeyde herkese, kişilere ve topluma bütünüyle yön vermeğe çalışır. Ortak yarar ölçüsüne göre herkese düşen hak ve ödevler saptanır.

B — Adalet ve Hukuk

Adalet ve hukuk kavramları içiçe girebilecek kadar birbirlerine yakındırlar. Bir bakıma adaletsiz hukuk, hukuksuz adalet olmaz denilebilirse de bunun istisnalarına rastlanmaktadır. Adalet ve hukuk kavramları arkasında ilişki genel olarak üç türdür. Birincisi adaletin hukukun son amacı olarak ele alınmasıdır. Diğeri de adaletin hukukun bir fonksiyonu olarak görülmesidir. Bu görüşlerin yanında bir başka görüş de, adaleti hukuku meydana getiren başlıca unsurlardan birisi olarak ele alır. Böylece adalet hukukun hem unsuru, hem fonksiyonu, hem de son amacı olarak çok yönlü bir yapıya sahiptir. Bir de normativist görüş vardır ki, bu görüş adalet gibi sosyal-kültürel değerlere hukuk sistemi içinde yer tanımaz.

Çok yönlü yapısı ile adalet, hukukun en başta gelen prensibidir. Bu açıdan adalet hukukun temel normu olarak sayılabilir. Toplumun ahlâk anlayışından ortaya çıkan adalet bütün insan ilişkilerinin üzerinde bulunarak onlara yol gösterir. Adalet kategorik bir emir olarak, her türlü sosyal hak ve yükümlülüğün temelini

⁵² ÇOBANOĞLU, Rahmi - Hukuk felsefesi ders notları, 1968, Sayfa 183.

meydana getirir. Adalet hukukun temel normu sayılırsa, diğer hukuk normları da adalete uygun olmak zorundadır.⁵³

Jhering, hukukun amacını araştırırken, hukuku amacın yarattığını ileri sürmüştür. Ona göre, hukukun amacı toplumun yaşam koşullarını güvence altına almaktır. Hukuk toplumda düzen, güven ve barışı gerçekleştirirken temelde adaletin topluma yerleşmesine yardımcı olmaktadır. Hukuk, asıl görevi nedeniyle haklı ve haklı olanı gerçekleştirme durumundadır. Bu nedenle, hukukun izlemesi gereken yönü ancak adalet düşüncesi aydınlatabilir. Adalet düşüncesi olmadan, hak ve hukukun bulunması olanak dışıdır. Hukuk ile adalet idesi arasında, adaletli düzenin güvencesini oluşturan sıkı bağımlık sosyal yaşamı değerlendiren en esaslı faktördür. Adalet yalnızca hukuk açısından değil, daha geniş anlamıyla toplumsal bir değer olarak belirlemektedir.

Hukukun amacı konusunda çeşitli görüş ayrılıkları vardır. Bununla beraber genel eğilim adalet yönündedir. Amaç anlamında adalet öznel bir hedefi değil, kişisel düşüncelerden arınmış, bağımsız ve objektif salt bir değeri deyimler. Bu özelliği ile hukuk düzeninin, bu düzende ne ölçüde gerçekleşmiş olduğu açısından bir değerlendirme ölçüsü rolünü oynamaktadır. Nitekim tarih insan düşüncesinin hukuk karşısında hiçbir zaman hareketsiz kalmadığını onu sürekli eleştirdiğini göstermektedir. İnsan hukuka her zaman eleştirici bir gözle bakmasını bilmiş, bunda da kendisine adalet düşüncesi yön gösteren amaç olmuştur. Salt bir değer olarak, adalet hukukun amacıdır. Hukukun ve dolayısıyla yasa koyucunun da toplum içerisindeki çıkarları değerlendirmede kullandığı ve hukukun asıl örneği olmak bakımından gerçekleştirmeğe çalıştığı amacı adalettir. Bu nedenle adalet hukukun son amacıdır. Hukuk, adaleti gerçekleştirmek isteyen bir düzendir. Tarihsel gelişim süreci içerisinde hukuk genellikle adalete yönelmiş olarak görünür ve bir adalet görüşünü yansıtır.⁵⁴ Hukuk düzenlerinin amacı olduğu gibi, hukuk normlarının da amaçları vardır. Yasa koyucu bir hukuk normu getirirken belirli bir amaçla hareket eder. Bu amacın ne olduğu normun metninden, veya gerekçesinden anlaşılabilir. Bu şekilde saptanan amaç normun rasyonel amacıdır. Ne var ki, normun rasyonel amacı uygulamada koşullar ve gerçeklerle çatışabilir. Böyle durumlarda, uygulama hukuk kuralına yasa koyucunun daha önce aklına gelmeyen yeni ve başka bir amaç kazandırabilir.

⁵³ WOLF, Hans J. - A.g.y., Sayfa 221-222.

⁵⁴ HİRŞ, E. - A.g.e. Sayfa 27.

İlk ve son amaçlar birbiriyle çelişebilir. Bir normun iki amacının birden olması, asıl amacının adalet olmasını önleyemez. Adaletin gerçekleştirilmesi hukuk uygulamasında esas alınmalıdır. Hukuk normları da, bu amaca dönük olmalıdır. Normların rasyonel amaçları veya uygulamanın kazandırdığı amaçları, adalet amacının önceliğini ortadan kaldıramaz.

Adalet, hukukun son amacı olduğu gibi, başlıca fonksiyonlarından biridir. Adalet denilen değere yönelmiş olması, hukuka bir kültür görünümünü kazandırır. Bütünüyle gerçekleşmiş değerler yığını olan kültürün içinde adalet önemli bir yere sahiptir. Adalet bu açıdan, hukukun kültürel fonksiyonu denilebilir. Adalet fonksiyonu nedeniyle, hukuk da bir kültür kavramı veya değeri sayılabilir. Hukuk Düzenleri, toplum sistemlerinden soyutlanamayacağından hukuk toplumsal kültürün etkisi altındadır. Toplumdan gelen etkiler karşısında, hukukun kültürel fonksiyonu adaleti gerçekleştirmesinde görülmektedir.

Adalet ve hukuk ilişkileri konusunda çeşitli düşünceler vardır. Hangi hukukun doğru olduğu veya adaletle daha uygun bulunduğu kesin değildir. Mutlak adalet diye bir şey yoktur. Adalet kavramı yapısı ve içeriği bakımlarından görecelidir. Ayrı toplumların ayrı zamanların, ayrı görüşlerin hep değişik adalet anlayışları olmuştur. Belirli bir ülkede, belirli bir dönem de yürürlükte bulunan hukuk normları o ülke halkının büyük çoğunluğunun gereksinmelerini karşılıyor ve onları mutlu kılıyorsa, yerinde ve yeterince uygulanıyorsa o ülkede adalet vardır. Eğer durum tersine ise adalet yoktur.

Hukuka yön gösteren amaç olarak ele alındığı zaman ise, adaletin her zaman ve her yerde geçerli olan, değişmez bir yapıya sahip olduğu kabul edilmektedir. Doğal hukukun geliştirdiği bu düşünce adaletin evrensel ve salt bir kavram olduğunu savunur. Hukukun gerçekleştirilmeğe yöneldiği amaçlar aynı zamanda adalet idesinin kapsamını belirlediğine göre, bu amaçların çokluğu hem nitelik hem de nicelik yönünden farklılığı adalet konusundaki düşüncelerde etkili olmaktadır. Adaletin evrenselliği düşüncesi, adaletin insanlara özgü bir hukuk duygusu olduğu sonucuna götürür. Buna göre, adalet, kişilerin hukuka karşı takındıkları tutumdan gösterdikleri tepkilerden anlaşılabilir. Kişiler normlara uyuyorlarsa, bu onları adaletle uygun bulduklarını gösterir. Hukuka uyanların izni olmadıkça normlar hukuktan sayılmazlar. Hukuka uyruk olanların, ahlâk duygularına, insanlık anlayışlarına uymayan hükümler

hukuk normu değildir. Hukuk düzeninin asgari geçerliği, kişilerin adalet duygularının hukuk normları tarafından tatmin edilmelerine bağlıdır. Bireylerin adalet duygu ve anlayışları ile normlar bağdaşmıyorsa o zaman hukuk düzeninin gerçeklik kazanması olanak dışıdır.

Adaletin, düşünce ve sosyal olanak şekillerinde gerçekleşmesinin önkoşulu insan varlığının temel duygusu olan hak ve adalet anlayışıdır. Birbirine karşıt düşen çıkarlar yüzünden çetin çatışmalarla karşılaşan kişilerin barış ve düzen içinde gelişip ilerleyecek bir toplum yaşamına kavuşabilmeleri için herkesin kendi haklarını titizlikle koruyup savunması kadar başkalarına da saygı gösteren bir düzen anlayışına içtenlikle bağlanması gerekir. Adaletin devlet zoru olmadan, kişilerin özgür ilişkilerinde gerçekleşmelerini ileri bir toplumun özelliği olarak saymalıdır. Adaleti, hukukun kültürel fonksiyonu olarak nitelendirme bu düşünceye dayanmaktadır. Kişilerin asgari bir hak ve adalet duygusuna sahip bulunmadığı bir toplum insan toplumu sayılmaz. Adalet duygusu başkalarının hak ve özgürlüklerine saygı gösterilmesini gerektirir. Herkes kendine yapılmasını istemediği davranışları başkalarına da yapmamalıdır, aksi durumda kendisi için istediklerini başkaları için de isteyebilmelidir. Toplumda adalet duygusunun yanında bir de adalet görevi vardır. Bu görev de, herkese hakkını verme, hakları koruma, haklara olan saldırıların kaldırılması ve eski durumun yerine yeniden getirilmesidir. Kişiler arasında iş ve görev bölüşümünü, yaradılış ve karakter ayrılığını, verim ve değer ayrılıklarını, sosyal yaşamın özelliklerini gözönünde tutmayan mutlak anlamda eşit bir adalet ölçüsünün uygulanmasından yalnızca haksızlık ve adaletsizlik doğacaktır. Toplum içinde barışçı ve uzlaştırıcı bir denge kurma yolundan herkese payını sağlayan adalet düzeninin kurulması, öncelikle değişik özel durum ve ilgili tarafların özelliklerine göre ayarlanan değişik bir ölçünün kullanılmasını gerektirmektedir. Bu ölçünün yerinde kullanılması, hukukçuların sorumluluğuna ve titizliğine bağlıdır.⁵⁵

C — Adalet Düşüncesinin Gelişimi :

Adalet kavramı, kesin ve belirli değildir, toplumdaki topluma, zamandan zamana değiştiği için görecelidir. Her toplumun yapısına göre, özelliklerine, ve koşullarına göre hukuk uygulaması var-

⁵⁵ ABADAN, Yavuz - A.g.e., Sayfa 122.

dır. Dolayısıyla adalet kavramı değişkendir. Ayrıca her dönemin düşüncesi ayrı ayrı akımlar şeklinde ortaya çıkmaktadır. Her görüş veya ekol kendi düşünce yapısı içerisinde adalet kavramına yer vermiştir. Buna göre, kavrama değişik gözle ve değişik açıdan bakan düşünürler sonunda adalet değişik anlamlar vermişlerdir. Adaletin tarihi aslında insanlığın tarihi kadar eskidir. İlk insan toplumlarından beri adalet sorunu hep varolmuştur ve tartışılmıştır.

İlkel toplumlarda ortaya çıkan adalet ile, eski Yunan'da veya Roma'da beliren adalet anlayışları hep farklı olmuştur. Gelip geçen yüzyıllar boyunca adaletin değişik görünümeler içerisinde ortaya çıktığı artık kesinlikle anlaşılmıştır. Burada fazla ayrıntılara girmeden, belli başlı dönemlerin, önemli düşünürlerin ve düşünce akımlarının adalet anlayışları üzerinde durulacaktır.

1 — SOKRAT :

Sokrat temelde insanı iyi bir varlık olarak ele almış ve insanın eğitimi için çaba göstermiştir. Ona göre, hiçkimse bilerek veya isteyerek kötülük yapmaz. Kötülük ve haksızlık cehaletten başka birşey değildir. Değerler hakkında gerçek bir bilgiye sahip olan kimse ancak en doğru olanı yapabilir. Mutlak değerler vardır ve bu değerler hakkındaki doğru bilgi insanı kendiliğinden adil davranışlara yöneltir. Hukuk vatandaşların ortaklaşa yaptıkları yasalardan oluştuğuna göre, her vatandaş bu yasalara uymak görevindedir. Yapılışına katıldıkları için her vatandaş, yasaların hem efendisi hem de kölesidirler. Sokrat, burada benimseme görüşünü savunmuştur. Vatandaşlar benimsedikleri yasalara uyarlar, benimsemediklerini ise değiştirirler. Değiştirmeyi başaramazsa ya bu kötü yasaları olduğu gibi benimsemeli veya ülkeyi terketmelidir. Yasaların iyi veya kötü oluşunu erdem açısından ölçmek sözkonusudur. İyi olan şey doğrudur, iyi bir yasa yapmak için bilgi sahibi olmak gereklidir. Bilgili kişiler halka yol göstermelidirler. Erdem bilgi olduğu için bir çeşit erdem olan adalet dahi bilgi sayılabilir. Sokrat'a göre, adalet iyi olanı kötüden ayırma bilimidir. Bu bilgi ise hukuk duygusunda belirginleşmektedir. Adalet herkesin vicdânında ilahi bir ses gibi duyulmaktadır. Adaletin sesi, insana doğruyu, hayırlıyı ve adil olanı gösterir. Hukukun geçerliliği adalet duygusuna dayanır.⁵⁶

⁵⁶ HİRŞ, E. - A.g.e. Sayfa 252-253.

2 — EFLATUN

Eflatun adalet sorununa idealist açıdan yaklaşmış ve adaleti herkese hakkını vermek şeklinde anlamıştır. Filozoflar yönetimini savunarak, bilginin egemen olmasını istemiştir. Burada bilgi basit bir bilgi değil, adalettir. Devlet içinde en yüksek irade sahipleri emirlere verirken adalete göre hareket ederler. Bu da herkese hakkını, kendisine ait olanı vermektir. Bunun içinde öncelikle herkesin hakkını saptamak gerekmektedir. Her insan belirli bir gruba mensuptur. Toplumda herkes kendi işi ile ilgilenmeli, başkalarının işlerine karışmamalıdır. Bir kimsenin hangi gruba dahil olacağı gençliğinde yeteneklerine göre saptanır. Eflatun burada hak unsuru ile görev unsuru arasında çözülmez bir bağ kurmuştur. Görevsiz bir hak söz konusu olamaz. Kendine ait şey kavramı hem olumlu hem de olumsuz bir içeriğe sahiptir. Burada hem nimet hem de külfet kavramları saklıdır. Bir toplumda her insan ve her grup kendin düşen görevleri yaparsa o toplumda adalet vardır. Buna göre, adalet işine, grubuna ve görevine bağlılık demektir.

Hukuk, hukuk idesinin gerçekleşmiş şeklidir. Hukuk idesi de sonsuz mutlak ve objektiftir. Hukuk bir ide değil, bir belirme şeklidir. Toplumda herkese ait sonsuz, değişmez haklar aslında yoktur. Herkese ait olan ancak belirli haklar vardır. Toplumun yapısına göre, belirli zümrelere gerek varsa ve bunlara belirli görevler yüklenmişse bu zümrelere mensup olanlar bu görevler bakımından özgürdürler. Bu nedenle, kölelik, esirlik hukuk idesi ile uyusur. Ayrıca adalet herkesin ortak amaca varmak konusunda kendisine düşen görevi yapmasını emreder. Adalet yalnız haklar vermez, aynı zamanda görevlerde yükler. Ancak toplumun ortak amacı saptanabilirse, herkese kendine ait olanı vermektен sözedilebilir. Yasalar ve hukuk normları sonsuz ve değişmez hukuk idesinin belirme şeklidir.

Zümreleri ve grupları esas alan Eflatun, adaleti toplum içinde eşitsizlik temeline oturtmuştur. Toplumda her sınıf farklı erdemlere sahiptir ve toplum çeşitli sınıf tabakalarından oluşur. Bu düzende filozof yöneticilerin erdemi bilgeliktir. Cesaret ve yiğitlik ise savaşçıların erdemidir. Çalışan esir ve kölelere ise Eflatun hiçbir erdem tanımamaktadır. Adaleti toplumda belirli zümrelerin üzerlerine düşen görevi yerine getirmeleri şeklinde anlamaktadır. Eğer gruplar birbirlerinin işlerine karışırlarsa, bundan doğacak kargaşalık devleti yıkabilir. Birbirinin işine karışmak devlete karşı işlenen en büyük suçtur, adaletsizliktir. Adalet her sınıf insanın yalnız kendi işlerine bakıp, başkalarına karışmamasıdır.

Eflatun'un adalet ve hukuk anlayışı, tamamen eşitlikçi ve tabakalı toplum anlayışının bir parçasıdır. Herkesin görevini ve haddini bilmesi şeklinde özetlenebilecek bu anlayış eski yunan sivilizasyonunun eşitlikçi demokrasilerine ters düşen bir anlayıştır. İnsanların doğuştan eşit olmadığını ileri sürerek, eşitlikçi bir toplum yapısını ve devlet yönetimini savunmuştur. Adalet yönetici azınlığın adaletidir, en büyük suç egemen sınıfı eleştirmektir.⁵⁷

A — ARİSTO

Aristo'da, Sokrat ve Eflatun gibi adalet soruna idealist açıdan bakmıştır. Aristonun adalet hakkındaki düşünceleri genel olarak ahlak alanındadır. Fizikötesi görüşleri ile adaleti iyice soyutlamaktadır.⁵⁸ Aristo adaleti genellikle iki anlamda kullanmaktadır. Birinci anlamda geniş ve genel düzeyde adaleti erdem olarak ele almaktadır. İkinci anlamda ise, adaleti orta kararlılık ve ölçülülük şeklinde incelemektedir.

Dar anlamda adaleti, Aristo dağıtıcı ve denkleştirici olmak üzere ikiye ayırmaktadır. Bu anlamda adaletin temeli eşitliktir. Adaletin dağıtıcı ve denkleştirici çeşitlerinin amacı toplumda eşitliği gerçekleştirmektir. Aristo'nun hareket noktası gerçekliktir. En yüksek norm olan adalet ancak deney yolu ile elde edilebilir. En başta dağıtıcı adalet gelir. Adaletin bu şekli şeref ve malların vatandaşlar arasında bölüştürülmesi sırasında uygulanır. Bu bölüştürmede esas vatandaşlardan herbirinin kendi yetenek ve değerine uygun bir parça alabilmesidir. Vatandaşlar bu bakımlardan birbirlerine eşit değillerse, eşit şeylere de sahip olamayacaklardır. Böylelikle toplumda eşitlik prensibi gerçekleştirilmiş olur. Yetenek, şeref ve toplum içindeki yer bakımından eşit olmayan kimselere eşit davranıldığı zaman eşitlik ilkesi çiğnenmiş olur. Dağıtıcı adalet şeref ve malların paylaşılmasında yetenek ve değerlerle ilgili bir orantı ilişkisidir. Burada amaç kişi ile toplum veya devlet arasındaki ilişkileri düzenlemektir. Kişinin devlete karşı ödevlerinin de, yeteneklerine ve durumuna göre değişmesi dağıtıcı adaletin bir gereğidir.

Dar anlamda adaletin ikinci çeşidi denkleştirici adalettir. Buna, synallagmatik yani karşılıklı ilişkileri düzenleyici adalet denilebilir. Bu adalet bir hukuk ilişkisinde taraf olanların eşit işlem görmesini gerektirir. Özel durumların gözönüne alınmadan işlem

⁵⁷ ŞENEL, Alaattin - Eski Yunanda eşitlik ve eşitsizlik 1970, sayfa 408.

⁵⁸ KELSEN, Hans - A.g.e. Sayfa 110 vd.

yapılması zorunludur. Ancak bu şekilde, eşitlik prensibi uygulanabilmektedir. Burada sözkonusu olan tarafların kişisel özellikleri eşit sayılarak yalnızca zarar veya kazancın eşya veya hizmetlerin ölçülmesidir. Taraflara en küçük bir ayrıcalık gösterilmez. Denkleştirici adalet kavramı geniş şekilde anlaşılmalıdır. Çünkü o yalnız iradeye veya sözleşmeye dayanan ilişkilere de uygulanır. Bu sahada da belirli bir eşitlik, suçla ceza arasında uygunluk aranmaktadır. Denkleştirici adalete bir anlamda düzeltici adalette denilebilir. Zarar verenin tazminat ödemesi, haksız alınanın geri verilmesi, suç işleyenin cezasını çekmesi hep bu adaletin gereğidir.

Aristo adaletin yanında ayrıca bir de nasafet kavramına yer vermiştir. Nasafet ile adalet arasında bir ilişki kurmağa çalışılmıştır. Ona göre genel ve soyut ilkeleri kişisel ve özel durumlara uygulamak bazan büyük zararlara ve haksızlıklara neden olabilir. Böyle durumlarda mutlaka nasafet ilkesi gözönünde tutulmalıdır. Nasafet yasakoyucunun öngöremediği durumlarda yeni normlar getirme ve uygulama derecesine kadar varabilir.

Yunan filozoflarının hepsi de adaleti savunmuşlar ve öğütlemişlerdir. Ne var ki, açıklamalarında insanların hiçbir şekilde boyun eğmiyecekleri, adaletsiz yasaların veya hukuk normlarının olabileceği düşüncesine rastlanmamaktadır. Bunun başlıca nedeni, o dönemde devletin en yüksek hayrın temsilcisi olarak kutsal kavram sayılmasıdır. Adaletle idealist açıdan yaklaşırken devlete pozitif bir öncelik ve mutlaklık tanımaları, eski yunan filozoflarını doğal hukuk ve pozitif hukuk arasında bırakmış, çelişkiye sürüklemiştir. Adaletle bu kadar önem verenlerin adaletsiz girişimlere, adalet ters düşen normlara karşı direnme ve tepki gösterme haklarını da tanımaları gerekirdi.

4 — DOĞAL HUKUKA GÖRE ADALET

Doğal hukuk bir adalet arayışının ürünü olduğundan, doğal hukuk görüşünde adalet başlıca yere sahiptir. İnsanlar her zaman yürürlükteki hukuk düzeninden daha yüksek ve değerli bir hukuk düzenini ideal olarak her zaman aramıştır. Adaletli bir hukuk idesine düzenleyici ve denetleyici prensip olarak her zaman gereksinme duymuştur. Hukuk düzeninin iyi veya kötü olup olmadığı bu değer ölçüsüne göre saptanacaktır. Pozitif hukuka değer ölçüsü görevini göreceksin prensibin zaman ve yer koşullarının ötesinde, sonsuz ve değişmez şekilde geçerli olması gerekir. Çeşitli hukuk sistemleri tarihsel süreç içinde doğarlar, gelişirler ve sona ererler.

Pozitif hukukun değer ölçüsü olan prensip sürekli geçerlikte olmalıdır ki yeni ortaya çıkacak hukuk düzenlerine değer ölçüsü görevini yapabilsin. Böyle bir prensibi olan gereksinme adaleti ortaya çıkarmıştır. Pozitif hukukun ötesinde bulunan değer ölçüsü olarak adalet hakkın, doğrunun ve iyinin yol göstericisidir.

İnsanlar hem pratik hem de fizikötesi nedenlerden dolayı doğal hukuka ve adalete yönelmektedirler. Yürürlükte bulunan pozitif hukuk sistemlerinin yetersizliği ve bu yetersizliğin toplum tarafından anlaşılması insanları adalet arayışına itmiştir. Pozitif hukuk düzenleri yaşamın her safhasında veya ortaya çıkan her yeni durumda gereksinmeleri karşılamamaktadır. İnsanlar öyle olaylarla karşılaşılarkı, pozitif hukuk bunlara çözümler getirebilir, ne var ki bu çözümlerde toplumu tatmin edici değildir. İşte bu noktadan itibaren daha iyi, daha yüksek ve daha doğru bir prensip aranır. Bu adalettir. Olayların ve yaşamın ötesinde bulunan mutlak gerçeği aramak insanın karakter yapısında saklı bulunan bir yöndür. Doğal hukuk görüşü, hukukun fizikötesi yanını arayıp bulmak amacını güder. Yaşam koşullarının değişmesiyle beraber doğal hukuk ve adalet idesi de değişirler. Adalet idesi, bazan din esaslarına bazan da ahlâk prensiplerine göre gerçekleşir. Bazan da hukukun değişmeyen genel esasları adaleti gerçekleştirir. Doğal hukuk düşüncesi değişmez ama içeriği ve adalet idesinin esası koşullara göre değişir.³⁹

Doğal hukuku, hukuk idesinden pozitif hukuka giden yol olarak tanımlarlar. Pozitif hukuk iyi bir iradenin ürünü olabileceği kadar çoğunlukla rastlantıya veya kötü iradeye dayalı bir şekilde de ortaya çıkabilir. Pozitif hukuk metinleri toplumda hakları ve haklılığı tam olarak hiçbir zaman gerçekleştiremediği için her zaman pozitif hukuk sistemi dışında kalan bir adalet kavramına gereksinme duyulmuştur. Bu nedenle de doğal hukuk süreklilik kazanmıştır. Doğal hukuk hem pozitif hukukun esin kaynağı hem de kontrolcusu olarak ikili bir fonksiyonu yerine getirmiştir. Doğal hukuk her zaman yasaların ve hukuk normlarının son amacı olarak adaleti benimsemiştir.

Adaleti esas alan doğal hukuk adalete aykırı düşen yasalara ve hukuk normlarına karşı direnmeyi öngörmüştür. İnsanlar doğuştan gelen bazı temel hak ve özgürlüklere sahiptirler. Bu hak ve öz-

³⁹ YETKİN, Çetin - Siyasal iktidara karşı direnme ve devrim, Toplum ya-
yinevi, Ankara - 1970, Sayfa 47-62.

gürlükleri hiçbir kimse veya otorite çiğneyemez. Devlet bile bu sınırlama içinde kalarak hareket etmeğe zorunludur. Devletin üzerinde yüksek bir hukukun varlığı burada temel alınmıştır. Doğal hukuka göre direnme hakkı, adalet ve hukukun en büyük güvencesidir. Zamanımızda doğal hukuk, yeniden doğmaktadır. Doğa ile başlayan bu akım bir süre sonra dinsel karaktere bürünmüş ve sonra da bireyci felsefeye dönüşmüştür. Mutlak bireycilikle, doğuştan gelen haklar savunulmuş ve toplum içinde adaletin gerçekleşmesi rasyonel bir şekilde bireysel hakların korunmasına bağlanmıştır.

5 — FAYDACI HUKUKA GÖRE ADALET

Faydacı hukuk görüşü, olaylara ve deneylere bağlı olarak doğarken doğal hukuk görüşüne karşı çıkmıştır. Hukukun toplumda eşitliği, refahı güveni ve insanların geçimini sağlayabilmesi için gerekli tedbirlerin alınmasını savunmuştur. Gerekli tedbirler alınmazsa adaletin varlığından söz edilemez. Faydacı okula göre adaletin temelinde eşitlik yatar. Ne var ki, insanlar doğuştan eşit olmadıklarından mutlak anlamda eşitlik sözkonusu olamaz. Yapılabilecek olan eşitsizliğin azaltılmasıdır. Toplumun ve insanların faydasına birinci derecede önem veren bu hukuk görüşü adaleti de faydalı olduğu için ister ve savunur.

Faydacı okulun önde gelenlerinden, John Stuart Mill özellikle adalet-fayda ilişkileri üzerinde durmuştur. Mill'e göre bütün dönemlerde fayda ile mutluluğun, iyinin ve kötünün ölçütü olmasına en büyük karşı koyma adalet düşüncesinden geliyordu. Adalet görünüşteki açıklığı ile güçlü bir duygu anlattığından içgüdüye benzeyen kesinliği taşır. Bununla beraber, düşünürlerin çoğu adaleti eşyanın kendi içinde bir özelliği sanmışlardır. Adalet duygusunun ilk kökü ile onun yüküm gücü arasında zorunlu bağ yoktur. Adalet duygusu özel bir içgüdü olabilir. Bununla beraber aklın kontrolünü isteyebilir. Adalet kararları kamu yararının bir kısmını içine alır. Adalet hakkındaki ahlak duygusu yalnızca faydaya bağlı olandan farklı bulunduğu ve olağanüstü durumlar ayrı olmak üzere emirlerinde çok daha kesin olduğundan yalnız adaleti genel faydanın özel bir dalı olarak görmek zordur. Adalet duygusunun yükü ayrı bir kaynağın izi olarak doğar.⁶⁰

Tarafsızlık ve eşitlik kavramları adalet ile yakından ilgilidir. ve bir bakıma adaletin unsurları olarak sayılabilirler. Suçluların

⁶⁰ MILL, John Stuart - Faydacılık, MEB yayını, Ankara - 1946, Sayfa 71-75

örnek olması için cezalandırılmaları adalete aykırıdır. Adalet hakkında ortaya çıkan değişik görüşler üzerinde karar verebilmek ve adaletin gerçek içeriğini saptayabilmek için fayda prensibine başvurmak gerekmektedir. Vergi toplanması konusunda da çeşitli adalet ölçüleri kullanılabilir. Gelir düzeyine bakmadan, her vatandaşın aynı verginin alınması sosyal faydaya ters düşer. Satın alma gücü daha fazla olan vatandaşların daha çok vergi ödemeleri gerekir. Vergi konusunda sağlam bir çözüm yoluna ulaşabilmek için adalet ile beraber sosyal faydayı da beraberce düşünmek gerekir. Mill, ayrıca çalıştırılanlar arasında ücret ayırımı yapıp yapılmaması sorunu üzerinde de duruyor. Belirli bir işte çalışan herkese eşit ücret verilmelidir. Daha yetenekli olanlara fazla ücret verilmemelidir. Onlar zaten takdir görerek manevi açıdan mutlu olmaktadır. Yeteneklilere göre yüksek ücret veya prim vermek eşitsizliği artırmak anlamına gelmektedir. Aksini savunanlar üretimi artırmak için yeteneklilere fazla ücret isterler. Burada adaletin sağlanması için mutlaka sosyal fayda prensibi esas alınmalıdır.

Adaletin fayda unsurundan soyutlanması olanak dışıdır. Adalet duygusu adalet ve fayda kavramları arasında ilişki kuran en önemli bağıdır. Adalet duygusu insanları doğru bulmadığı hareketlere karşı çıkmaya yöneltten bir duygudur. İnsanların saldırılara karşı koymaları doğal yapıları gereğidir. Bir zararın varlığı zarar verilen kişiler hakkında bilgiye sahip olunması gibi, iki ana unsur adalet duygusunun varlığından sözedebilmek için gereklidir. Zarar veren kimseyi cezalandırma arzusu aslında nefsi koruma ve sempati duygularına dayanır. Bu duygular insanı toplum çıkarlarına uygun düşen kuralları benimsemeğe yöneltmektedir. Çatışan adalet görüşleri arasında adalet duygusu seçim yapılmasını sağlar.

Adalet yalnızca yasaların ve normlara uygunluk değildir. İlkel toplumlardaki bu anlayış daha sonraları değişmiştir. Adalet kuralları gözlem yolu ile saptanabilir. Her insanın haklarına sahip olması ve hakettiği cezayı çekmesi şeklindeki kural en açık bir adalet kuralı olarak insanların çoğunluğunca benimsenmektedir. Kişilerin topluma ve başkalarına karşı yükümlülüklerini yerine getimeleri de adaletin gereğidir. Taraf tutmak adalet ile bağdaşmaz. Sosyal yaşamın zorunlulukları nedeniyle eşitlik ve tarafsızlık bir tutulmalıdır. Sosyal faydaya her zaman kişisel faydanın önünde yer verilmesi adaletin gereğidir.⁶¹ Bütün bu düşüncelerine karşın

⁶¹ GÜRİZ, Adnan - Faydacı teoriye göre ahlâk ve hukuk, AÜHF yayını, Ankara, 1963 sayfa 138-146.

Mill adalet ve fayda arasındaki ilişkiyi tam olarak açıklayamamıştır.

V. BÖLÜM

HUKUKTA NORM VE ADALET BERABERLİĞİ

Hukuk, temelde bir sosyal fenomendir. Toplum içinde doğmuştur ve toplumsal gelişim süreci içerisinde çeşitli aşamalardan geçerek günümüze kadar gelmiştir. Bu açıdan hukukun gelişmesini toplumsal gelişimden soyutlamak olanak dışıdır. Toplumların, sosyal, kültürel ve ekonomik yapıları her dönemde hukuk düzenlerinde yansımalar göstermiştir. Hukuk temelde bir sosyal organizasyon olarak, toplumsal fenomenlerin hepsinden etkilenir.

Hukuku bir bilim kolu olarak geliştirme çabasında bulunan bazı akımlar hukuku toplumdaki soyutlayarak ele almışlardır. Özellikle pozitivist ve normativist akımlar hukukun bir bilim kolu olduğunu ve konusunu normların oluşturduğunu ileri sürmüşlerdir. Hukuk, norm bilimi veya normlar bilimi olarak ele alındığı zaman normlar arası ilişkiler ve normlar arasında bilgiler hukukta ön plana geçmektedir. Bir bilim kolu içerisinde normların doğuşu, normlar arası ilişkiler, normların küçüklüğü veya büyüklüğü, normların birbirine oranlanması, normların geçerliliği, normların yürürlüğü, normların ortadan kalkması gibi norm konuları ele alınarak sistemli bir bütüne yönelinmeğe çalışılmaktadır. Hukukun bilimleştirilmesi, hukuka şekilci ve normcu bir sistem görünümü kazandırmıştır. Ayrıca hukuku yalnızca bir teknoloji olarak ele alan görüş de, sonuçta hukukun bir normlar sistemi olduğunu kabul etmektedir.⁶²

Hukuk bir bilim kolu olmadan önce sosyal fenomendir. Toplumsal ve bilimsel gelişmeler sonucunda ortaya çıkan bilgi birikimi, hukukun bilimselliğini savunan görüşleri yaratmıştır. Ne var ki, bu görüşler hukuku kendi içinde bütünlüğe sahip, tutarlı ve sistemli bilim kolu şeklinde ileri sürerken hukukun toplumsal fenomen olduğu gerçeğini ikinci planda bırakmışlar ve unuttuklarıdır. Hukukun bilim olması, onun toplumdaki koparılması anlamına gelemez. Bilimin asgari koşullarını hukuka kazandırırken, onun kaynağını ve gelişim sürecini unutmak bilime ters düşen bir tutumdur.

⁶² KELSEN, Hans - The law as a specific social technique, What is Justice? University of California, 1960, Sayfa 231-246.

Yüzyıllar sonra ortaya çıkan bu çıkmaz, aslında hukuk kavramının çok yönlülüğü ve kavram olarak kendi yapısında saklı bulunan çelişkiler nedeniyle belirmiştir. Hukuk kavramının çok yönlülüğü, hukuk görüşlerinin fazlasıyla çeşitli olmasına ve çeşitli konularda birbirlerine ters düşmelerine yolaçmıştır. Hukuku yalnızca bir açıdan veya bir yönden ele alan hukuk görüşleri kendi içlerinde tutarlı olabilmek ve diğer görüşlerin eleştirilerini karşılayabilmek, onlardan üstün olabilmek için bazı konularda gerçeğe uymayan zorlama düşünceler geliştirmişlerdir. Düşünürlerin kendi görüşlerini benimsetebilmek için zorlamaya başvurmadan çekinmeyen katı tutumları, diğer görüşlerin eleştirilerine karşı çıkabilmek için sürdürdükleri çelişkili tutumları yirminci yüzyılın son yarısında bile hukukun kesin bir tanımının ortaya çıkmasını, herkesce benimsenmesini engellemiştir. Hukuk kavramının zamanımızda bile çok yönlülüğünü ve iççelişkilerini sürdürmesi de ortak hukuk tanımının üzerinde anlaşma olanağının belirmesini önlemiştir.

Gerçek tek yönlü olmadığı gibi, hukuk gerçeği de tek yönlü değildir. Her hukuk görüşü kendisine göre bir hukuk tanımı yapmış ve hukuk kavramını kendi görüşünün boyutları içerisinde ele almıştır. Bu tutum hukuk felsefesi akımlarında sübjektivizmin doğmasına ve gelişmesine yolaçmıştır. Her görüşün doğruluğu veya yanlışlığı, hareket noktalarına, öncelik tanınan konulara ve kavramlara göre değiştiğinden göreceli kalmaktadır. Hukuk kavramına bilimsel yaklaşım için, çeşitli hukuk görüşlerinin aynı düzeyde ele alınmaları gerekir. Hukuk kavramı bilimsel açıdan çok unsurlu bir yapı olarak ele alınca, çeşitli görüşlerin hukuk gerçeğine uyan düşüncelerinin bilimsel bir sentezini yapmak olanak içine girebilecektir. Çok unsurlu ve iççelişkili bir hukuk kavramının tümel bir tanımını yapabilmek için çeşitli görüşlerin hukuk gerçeğini dile getiren düşüncelerini bütün olarak ele almak zorunludur.

İlkçağ felsefesinden bu yana insan düşüncesinin ana konularından birisi olarak, beliren durgunluk ve hareket sorunu, hukuk alanında kararlılık ve değişme sorunu biçiminde ortaya çıkmaktadır. Hukukun içerdiği başlıca çelişkilerden birisi de budur. Hukukun ana amacı adaleti gerçekleştirmek olduğuna göre, bu sorun hukukçuları iki karşıtıktan birisini seçmeğe, ya da her ikisini uzlaştırmağa zorlamaktadır. Aslında hukukçunun bunlardan birisini seçmesi sorunun çözümlenmesi açısından yetersizdir. Hukukta sürekli bir kararlılığın seçimi, sürekli bir değişimin seçimi ka-

dar tehlikelidir.⁶³ Hukuk normlarının bir kez yetkili organ tarafından konulmakla toplumun gereksinmelerine ve adalet sorununa her zaman aynı biçimde çözüm getireceğini sanmak büyük bir hatadır. Hukuk alanında öncelikle yapılması gereken çarpışan kararlılık ve değişme eğilimlerinin uzlaştırılması ve böylece hukukun gelişmesini, ilerlemesini sağlayacak yolun bulunmasıdır. Toplum hukuktan kesinlik ve kararlılık beklerken, kişilerde hukukun haklarını savunmasını ve yerine getirmesini yani adaleti gerçekleştirmesini beklemektedirler. Hukuk, her iki gereksinmeyi de sağlamakla yükümlüdür.

Hukukta kararlılık özlemi hukuk normunu yaratmıştır. Hukukun başlıca amacının adalet olması da hukukun değişmesi zorunluluğunu ortaya çıkarmıştır. Hukukta kararlılık ve değişim karşıtlığı, bir başka şekli ile norm ve adalet karşıtlığında devam etmektedir. Toplum düzeninin sürmesi için, hukukun kararlı ve kesin olması önkoşuldur. Hukukun diğer sosyal düzenlerden ayrılan en önemli yanlarından birisi de budur. Hukukun toplumu düzenlemesi ise normlar yolu ile olmaktadır. Hukuk norm koyarak toplumsal her olguyu düzen altına alabilir, her soruna çözüm getirebilir. Böylece getirilen normlar yolu ile hukukun kesin ve kararlı bir düzen olması sağlanır.

Bilimsel araştırmalar ise dünyada her alanda varsayılanın yalnızca görünüşte bulunduğunu, her alanda değişimin evrensel ve kaçınılmaz olduğunu ortaya koymuştur. Hatta bu konuda daha da ileri giden bazı görüşler, yeryüzünde değişmeyen tek şeyin değişme yasası olduğunu bile ileri sürmüşlerdir. Hukukun düzenlediği toplumun değişmesi olumlu ya da olumsuz her türlü farklılaşma olarak tanımlanabilir. Eski alışkanlıkların, davranış biçimlerinin değişip yerine yenisinin benimsendiği durumlarda bunları da düzenleyen kurallar ve normlar değişir. Sosyal kontrolün etkin aracı olan hukuk kuralları da böyle bir değişimden kaçamaz. Değişimin yetersiz bıraktığı normların yerine zamanla yenileri gelir. Hukuk normları toplumsal değişimi izlemek zorundadır.⁶⁴

⁶³ GÜRKAN, Ülker - Hukukta değişme ve kararlılık sorunu, Koloğlu armağanı, Ankara 1975, Sayfa 375.

⁶⁴ STONE, J. - SOCIAL Dimension of law and justice, London - 1966 Sayfa 166.

Hukukun her dönemde ve her koşulda adaleti gerçekleştirebilmesi değişebilirliğine bağlıdır. Adalet temelde göreceli bir kavramdır. Değişen toplumun yapısı ile beraber adalet anlayışı da zorunlu olarak değişmektedir. Eskiden adil sayılan bazı çözümler yeni koşullarda adaleti gerçekleştirmeyebilir. Veya bu durumun tamamen tersi de olabilir. Değişebilen hukuk yeni adalet anlayışlarına ayak uydurabilir. Kararlılık sağlayabilmek için yazılı kurallara aşırı güven gösterilirse, birden norm fetişizmine sürüklenilebilir. Toplum değişmese, hukukun kesin ve kararlı olmasının herhangi bir ters sonucu doğmaz. Ne var ki, toplum sürekli değişen bir yapıda olunca, toplumu düzenlemek savındaki hukuk da değişmek zorundadır. Hukuk ister yasama, ister yargı organı tarafından yapılmış olsun, kökeni toplumda kişiler ve gruplararası ilişkilerdedir. Toplumda kendiliğinden doğup yaşayan bir hukuk vardır. Normlar, yaşayan hukukun ancak belirli bir bölümünü saptayabilmektedirler. Adalet ise her zaman yazılı hukuktan ve hukuk normlarından daha geniş bir kavramdır. Hukukun kaynağını oluşturan karmaşık yapıdaki herhangi bir değişiklik tüm yapıyı az veya çok etkiler. Bu etkileşimin sonucunda da gerek toplumda kendiliğinden doğmuş hukuk olsun, gerek yasama ve yargı organlarınca saptanmış normlarla belirtilmiş hukuk olsun zamanla değişmeğe zorlanacak ve en sonunda değişecektir. Hukukun değişimi toplumun karmaşık yapısı nedeniyle çok yönlüdür.

Hukuk normu ile adaleti beraberce ele alırken, hukuk uygulaması ile hukuk bilimini karıştırmamak gerekir. Hukuk çok yönlü bir yapıya sahiptir derken, hukukun hem bir bilim hem de bir sosyal düzen olduğu söylenebilir. Hukukun bilim olması onun yalnızca normlarla ilgilenmesini ve de yalnızca normlar bilimi olmasını gerektirmez. Uygulamada bir adalet sorunu varsa, hukuk düzeni toplumda adaleti gerçekleştirmek için kurulmuşsa hukuk bilimi adalet sorununu görmemezlikten gelemez. Hukuku kendi içinde tutarlı bir bilim dalı düzeyine getirmek isteyen görüşler bu tutarlılığı yalnızca normlar arası ilişkilerde bulabildiklerini ileri sürmüşlerdir. Bir bilim kolunun asgari düzeyde bilim olabilmesi için kendi alanındaki bütün sorunlara en azından ilgi göstermesi gerekir. Hukuk, bu nedenle normların yanında adalet sorununu da ele almalıdır.

Aynı şekilde hukuk uygulamasının da adalete dönük olması onun normlardan uzak kalmasını gerektirmez. Bir hukuk düzeninin varolabilmesi asgari düzeyde hukuk normlarının varlığına

bağlıdır. Hukuk normları, hukuk düzeninin temel taşlarıdır. Hukuk normlarının sistemli bir biçimde biraraya gelmeleri sonucunda ortaya hukuk düzenleri çıkar. Hukuk ise yalnızca normlarla saptanabilen ve yazılı metinlere geçirilen kurallar değildir. Hukuk, pozitivistlerin savunduklarının aksine normların ötesinde bazı olguları ve değer yargılarını da içerir. Nitekim yirminci yüzyılda çeşitli yazısız hukuk uygulamaları görülmektedir. Ne var ki, hukukun asgari bir düzen olabilmesi için normlarla belirlenmesi gereklidir. Adaletin gerçekleştirilmesi için ise, hukukun normlarla belirlenmesi yeterli değildir. Adalet çok geniş bir kavram olarak, hukuk normunun içinde veya dışında birçok unsuru yapısında barındırır. Doğal hukukun savunduğu adalet görüşü ise bir anlamda norm içi pozitif unsurları gözönünde tutmamaktadır. Ona göre adalet sonsuzdur ve mutlaktır. Soruna bilimsel açıdan bakıldığı zaman adalet kavramının göreceli ve değişken olduğu ortaya çıkmaktadır. Adaletin gerçekleşmesinde, hukuk normlarının payı olmaktadır, ne var ki bu yetersiz kalmaktadır. Bu yetersizlik hukukun yapısından ileri gelen bir sonuçtur.

Hukukun ne olduğu ve nereden geldiği sorunlarına yanıt verdiği zaman norm ve adalet ilişkisine daha bir açıklık getirilmiş olacaktır. Hukukun sosyal bir fenomen olması kaçınılmaz bir gerçektir. Sosyal normlar arasında farklılaşma başlayana kadar doğustaki kendiliğindenlik devam etmiştir. Hukuk normları konulmağa başlandıktan sonra, normları kimin ve hangi organın koyduğu sorunu belirlemiştir. Hukuk normlarını toplumu yöneten otoritenin, en üstün gücün koyduğu görülmektedir. Toplumda en üstün güç olarak kendini kabul ettiren kişiler veya gruplar kendi hukuk düzenlerini kurmuşlardır. Kendi hukuk düzenini kuran otorite hukukun kaynağı olmuştur. Hukukun kaynağı en üstün siyasal güce geçince, bu güce sahip olan kişiler veya gruplar kendi çıkarlarını koruyan ve savunan bir hukuk düzeni kurmuşlardır. Böylesine bir hukuk düzeni kurulurken de, hukuk normları hep üstün iradenin doğrultusunda belirlemiştir. Normların kaynağında bulunan bu sınırlılık hukukun fonksiyonları ve amaçları açısından normların tekbaşlarına yetersizliğini göstermektedir. Hukuk, herkesin ve her grubun haklarını gözönünde tutmak zorundadır. Çağdaş hukuk sistemleri normlardan oluşan pozitif hukuk sistemlerinin yetersizliğini görerek hukuk uygulayıcılarına somut koşullara göre karar verme yetkisini tanımaktadırlar. Bu durumlar da adaletin gözönünde tutulması hukukun amacını ve fonksiyonunu yerine getirmesini sağlamaktadır. Norm koyucunun önceden öngöremeyeceği durum-

ların ortaya çıkması olasılığı adalet unsurunun da en az normlar kadar gerekli olduğunu göstermektedir. Hukukda norm fetişizmine düşmemek için adalete, asgari düzeni gerçekleştirmek içinde norma önem vermek gereklidir. Hukukda norm ve adalet beraberliği, norm ve adalet dengesinin kurulması hem norm fetişizmi gibi sapmaları önler, hem de adaletli bir hukuk düzeninin kurulmasına yardımcı olur. Bu nedenle, hukukda norm ve adaletin beraberliği savunulmalıdır.