



T.C.

ANKARA YILDIRIM BEYAZIT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

HUKUKTA MADDE VE FORM DİKOTOMİSİ

DOKTORA TEZİ

Neslihan ÖZELER SEZİCİ

KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

Ankara, 2022

T.C.
ANKARA YILDIRIM BEYAZIT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

HUKUKTA MADDE VE FORM DİKOTOMİSİ

DOKTORA TEZİ

Neslihan ÖZELER SEZİCİ

KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Muharrem KILIÇ

Ankara, 2022

ONAY SAYFASI

Neslihan ÖZELER SEZİCİ tarafından hazırlanan “Hukukta Madde ve Form Dikotomisi” adlı tez çalışması aşağıdaki jüri tarafından oybirliği/oy çokluğu ile Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı’nda Doktora tezi olarak kabul edilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	Kurumu	İmza
Prof. Dr. Muharrem KILIÇ	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi	
Kabul	Red	
Prof. Dr. Seldağ GÜNEŞ PESCHKE	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi	
Kabul	Red	
Doç. Dr. Fatma Ebru GÜNDÜZ	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi	
Kabul	Red	
Dr. Öğr. Ü. Ahmet Haluk ATALAY	Başkent Üniversitesi	
Kabul	Red	
Dr. Öğr. Ü. Hatike Dilara AĞAOĞLU CANAY	Başkent Üniversitesi	
Kabul	Red	

Tez Savunma Tarihi: 25.08.2022

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı’nda Doktora tezi olması için şartları yerine getirdiğini onaylıyorum.

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

Prof. Dr. Yaşar YİĞİT

BEYAN

Bu tez çalışmasının kendi çalışmam olduğunu, tezin planlanmasından yazımına kadar bütün aşamalarda patent ve telif haklarını ihlal edici etik dışı davranışımın olmadığını, bu tezdeki bütün bilgileri akademik ve etik kurallar içinde elde ettiğimi, bu tezde kullanılmış olan tüm bilgi ve yorumlara kaynak gösterdiğimi beyan ederim. 02.09.2022

İmza

Neslihan ÖZELER SEZİCİ

TEŐEKKÖR

Bu teze başlarken beni her anlamda özgür bırakan, bilimsel düşünceyi yaşam biçimi olarak algılamamı sağlayan, her zaman beni destekleyen, takdir ve taltif eden, bir öğrencisi olarak değil meslektaşı olarak gören bana hep güvenen sayın hocam Prof. Dr. Muharrem KILIÇ' a sabrı, sevecenliği, tezimin her adımında beni yönlendirişi için sonsuz teşekkürler.



ÖZET

Çalışmamızda hukukta önemli derecede kullanım sıklığına sahip form ve madde kavramlarının belirlenmesi, bu iki kavram arasında form lehine olan hiyerarşik ilişkinin tespiti, bu üstünlüğün sebepleri ve yerindeliliğinin analizi amaçlanmıştır. İlk bölümde kavramsal bir analiz yapılarak form ve madde unsurlarının içine hangi özelliklerin girdiğini tespit edilmiştir. Bu amaç doğrultusunda belirlilik ve kesinlik; kavramsallık ve sistemsellik; yazınlık ve kodifikasyon; yöntemsellik ve bilimsellik hukukun formunu oluşturan unsurlar olarak ele alınmıştır. Hukukun maddesinin ise amaç, toplumsal olgu, anlam ve içerik unsurlarından oluştuğu belirtilmiştir.

İkinci bölümde, form unsuru olarak tespit ettiğimiz kriterler göz önünde bulundurularak, Roma Hukukunda ve *Common Law*da form analizi yapılmıştır. Bu tartışmanın akabinde modern dönemle birlikte form ve madde dikotomisinin oluşmaya başladığı, bir başka deyişle bu düâlitte, form kavramının maddeye nazaran üstün kabul edildiği gösterilmeye çalışılmıştır. İkinci bölümün sonunda, teorik tartışmaların pratik örnekler üzerinden gösterilmesi amacıyla madde yerine forma önem veren bir Yargıtay kararı ve genel olarak tebligat hukukuna ilişkin form ve madde analizi yapılarak, hukukta form unsurunun madde unsuruna üstün olduğuna ilişkin temel tezin desteklenmesi amaçlanmıştır.

Üçüncü bölümde ise hukukta form olarak kabul ettiğimiz belirlilik, kesinlik, kavramsallık ve yöntemsellik gibi niteliklerin, çağdaş bilim felsefesi görüşleri doğrultusunda eleştirel analizi konu edinmiştir. Böylece, belirliliğin, kesinliğin ve bilimselliğin sağlanması uğruna madde unsurunun ikinci plana atılmasına rağmen; belirliliğin, kesinliğin ve bilimselliğin ne kadar sağlandığı ya da sağlanamadığı gösterilemeye çalışılmıştır. Çalışmanın sonunda, 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren Amerika ve Avrupa’da ortaya çıkan, hukukun formel özelliklerini azaltmaya yönelik gelişmelere değinilmiştir. Ancak bu gelişmeler “alternatif” olma niteliği sebebiyle asıl olan hukuki çözüm mekanizmalarının formel niteliğinde bir değişim sağlamamıştır. Dolayısıyla, anti-formel hukuk hareketlerinin, modern hukukun form unsuruna öncelik veren niteliğinde önemli ölçüde bir değişim yaratmadığı ifade edilebilecektir.

Anahtar Kelimeler: Esas, form, madde, usul.

ABSTRACT

In this study, it is aimed to determine the concepts of form and substance, which have a significant frequency of use in law, to determine the hierarchical relationship between these two concepts in favor of form, to analyze the reasons for this superiority and its appropriateness. In the first part, a conceptual analysis was made, and it was determined which features were included in the form and substance elements. For this purpose, objectivity and certainty; conceptuality and systematism; scripting and codification; methodological and scientific are considered as the elements that make up the form of law. It is stated that the article of law consists of the elements of purpose, social fact, meaning and content.

In the second part, form analysis in Roman Law and Common Law has been made, taking into account the criteria that we have determined as form elements. After this discussion, it has been tried to show that the dichotomy of form and matter began to emerge with the modern period, in other words, in this duality, the concept of form is considered superior to substance. At the end of the second part, it is aimed to support the basic thesis that the form element is superior to the substance element in law, by making a Supreme Court decision that gives importance to form instead of substance, and by analyzing the form and substance related to the law of notification in general, in order to show the theoretical discussions through practical examples.

In the third chapter, the subject of critical analysis of the qualities such as objectivity, certainty, conceptuality and methodology, which we accept as forms in law, in line with the views of contemporary philosophy of science. Thus, despite the subordination of the substantial element for the sake of providing certainty, precision and scientific; it has been tried to show to what extent certainty, precision and scientific are provided or not. At the end of the study, the developments about anti formalist tendency that have emerged in America and Europe since the second half of the 20th century have been discussed. However, these developments have not provided a change in the formal nature of the legal solution mechanisms, which are the main ones, due to their "alternative" nature. Therefore, it can be stated that anti-formal law movements did not create a significant change in the quality of modern law that prioritizes the formal element.

Keywords: Basis, form, procedure, substance.

İÇİNDEKİLER

ÖZET	i
ABSTRACT	ii
İÇİNDEKİLER	iii
TABLolar DİZİNİ	vi
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

MADDE VE FORM KAVRAMLARININ ANALİZİ

I. Ontolojik Açıdan Madde ve Form Teorisi	6
II. Hukukta Madde ve Form	12
A. Ontolojik Anlamda Madde ve Form Tartışmalarının Hukuksal Yorumu	12
B. Hukuk Literatüründe Madde ve Formla İlgili Görüşler	15
1. Stammler’de “Saf Hukuk” olarak Hukukun Formu	15
2. Maddi ve Formel Gerekçeleştirme Teorilerine göre Madde ve Form	21
3. Hukuki Formalizm ve Hukukun Formu	35
4. İdeoloji Olarak Form: Meta Mübadelesi Okuluna göre Hukukta Form ve Madde	39
5. Yapısalcılık: Dil ve Anlam İlişkisi Üzerinden Hukukta Madde ve Form	47
6. Maddi Hukuk Devleti ve Formel Hukuk Devleti	53
7. Form-Madde Olarak Usul-Esas Düalitesi	56
a. Esasa İlişkin Hukuk-Usul Hukuku Ayrımının Ortaya Çıkışı	58
b. Ayrımın Varlığına İlişkin Görüşler	60
c. Ayrımın Belirlenmesi	62
C. Hukukta Usul ve Formalitelerin Önemi ve İşlevi	64
D. Hukukta Form Unsuru	69
1. Hukuki Belirlilik ve Kesinlik	70

2. Kavramsallık ve Sistemsellik	74
3. Yazılılık ve Kodifikasyon	83
4. Yöntemsellik ve Bilimsellik	86
E. Hukukun Madde Unsuru	92
1. Hukukun Maddesi Olarak Amaç	93
2. Hukukun Maddesi Olarak Toplumsal Olgı	98
3. Hukukun Maddesi Olarak Anlam ve İçerik	101

İKİNCİ BÖLÜM

TARİHSEL SÜREÇTE HUKUKTA FORMELLEŞME EĞİLİMİ

I. Başlıca Hukuk Geleneklerinde Hukukun Formu veya Hukukta Formlaşma	106
A. Roma Hukuku Geleneği	106
1. Roma Hukukunun Genel Özellikleri	106
2. Roma Hukukunda Kavramsallık ve Sistemsellik	110
3. Roma Hukukunda Yazılılık ve Kodifikasyon	117
4. Roma Hukukunda Yöntemsellik ve Bilimsellik	118
B. <i>Common Law</i> Geleneği	125
1. <i>Common Law</i> 'un Genel Özellikleri	126
2. <i>Common Law</i> 'da Kavramsallık ve Sistemsellik	130
3. <i>Common Law</i> 'da Yazılılık ve Kodifikasyon	134
4. <i>Common Law</i> 'da Yöntemsellik ve Bilimsellik	135
II. Modern Dönem Öncesi Batı Hukuk Düşüncesinde Meydana Gelen Değişimler	137
III. Kapitalizmin Gelişimi Açısından Hukukta Form ve Madde İlişkisi	142
IV. Modern Dönemde Hukukta Form ve Madde Düşüncesi	146
A. Düalizmler ve Dikotomiler Çağı Olarak Modernite	146
B. Hukuki Pozitivizm ile Hukukta Madde ve Form	153
1. Rasyonelleşme ve Formelleşme İlişkisi	153

2. Pozitivizm ve Formelleşme İlişkisi	161
V. Formun Maddeye Üstünlüğünün Örneklendirilmesi	166
1. Okuma Yazma Bilmeyen Kişinin İmzasından Sorumluluğu	166
2. Tebligat Hukukunda Form ve Madde	169
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	
HUKUKTA FORMUN ELEŞTİREL KURAMLAR ÇERÇEVESİNDE ANALİZİ	
I. Belirlilik ve Kesinlik İdeasının Yıkılışı	177
A. Doğa Bilimlerinde Belirsizliğin Keşfi	177
B. Hukuki Belirsizlik Tezi	181
C. Belirlilik İddiasının Alternatifi Olarak Tutarlılık Teorisi	185
II. Kavramsallık Eleştirisi Olarak Şeyleşme Teorisi	192
III. Yöntembilim ve Yöntem Eleştirisi	199
A. Bilimsel Yöntem Eleştirisi	199
1. Karl Popper: Doğrulabilirlikten Yanlışlanabilirliğe	200
2. Thomas Kuhn: Paradigmatik Bilim	203
3. Paul Feyerabend: Yöntem Anarşizmi	206
B. Bilimsel Yöntem Eleştirilerinin Hukuka Yansıması	210
C. Sosyal Bilimlerde Yöntem Arayışları: Hermeneutik	215
IV. Form ve Madde Dikotomisinin Yapıbozumsal Okuması	219
A. Yapıbozumculuk Teorisi	220
B. Amerikan Sözleşme Hukukunda Madde ve Formun Yapıbozumsal Okuması	229
V. Anti-Formelleşme Eğilimi (mi?)	234
SONUÇ	243
KAYNAKÇA	251

TABLÖLAR DİZİNİ

Tablo 1.	28
Tablo 2.	42
Tablo 3.	55



GİRİŞ

Madde ve form kavramları hukukta sıkça kullanılmaktadır. *Maddi* hukuk, *formel* hukuk, *biçimsel* hukuk, *formel* ve *maddi* hukuk devleti, hukuki *formalizm* gibi kavramlar ile maddi hukukun karşıtı olarak usul, muhakeme ve yargılama hukuku kavramları madde ve form tartışmasıyla ilişkili olan terimlerdir. Ancak bu kavramların bizzat kendileri çok az tartışmaya konu edilmiştir. Bunun en bilindik olanı, yabancılık unsuru içeren davalarda ya da eyalet sistemi bulunan ülkelerde, yetkili yargı yerinin tespit edilmesi amacıyla yapılan, neyin usul neyin esasa ilişkin olduğuna dair tartışmalardır. Burada da madde yerine “maddi” ya da “esas”; form yerine de “usul” kavramı kullanılmaktadır. Çalışmamız, öncelikle, hukukta önemli derecede kullanım sıklığına sahip bu kavramların analizini konu edinmektedir.

Hukukta madde ve form ile bunların yerine geçen ya da benzer anlamda kullanılan tüm kavramlar ontolojik madde ve form öğretisiyle bağlantılıdır. Çalışmamızın amacı, ontolojik madde-form tartışmaları doğrultusunda, hukukta madde ve form unsurlarının tespiti; hukukun madde ve form ilişkisinde form lehine olan üstünlüğün gösterilmesi ve bu üstünlüğün eleştirel kuramlar perspektifinde analizidir. Bu anlamda ilk olarak, varlığın form ve maddesinden yola çıkılarak hukukun form ve maddesi tespit edilmeye çalışılacaktır. Bu tespitten sonra post modern düşüncenin “tüm düalitelerde kavramlardan birinin diğerine nazaran daha değerli olduğu” savı doğrultusunda, hukukta form unsurunun maddeye nazaran ayrıcalıklı olduğu gösterilmeye çalışılacak ve akabinde de bu ayrıcalıklı konum, 20. yüzyıl eleştirel paradigması çerçevesinde kritik edilecektir.

Esas alacağımız madde ve form öğretisi Aristoteles’in dört neden kuramıdır. Burada madde ve form, varlığın ayrılmaz ve vazgeçilmez unsurları olarak görülmüştür. Madde ve formdaki bu beraberlik, modern dönemle birlikte form lehine üstünlük kurulmasıyla sonuçlanmıştır. Bu durum hukuka da yansımış ve hukukun form unsuru madde unsuruna nazaran öncelikli hale gelmiştir. Modern dönem hukukunun forma öncelik vermesi, modernitenin gerekli kıldığı objektiflik, belirlilik, kesinlik ve bilimsellik gibi ihtiyaçlarının karşılanmasına yöneliktir. Ancak 20. yüzyıl eleştirel felsefesi, ne kadar formel olursa olsun

belirlilik, kesinlik ve bilimselliğin tam olarak sağlanamayacağını göstererek bu kabullerin gerçekliğini ve geçerliliğini tartışmaya açmıştır.

Hukuk literatüründe, madde ve form tartışmasıyla alakalı olan iki temel kabulden söz edilebilir. Bunlardan ilki “usul esasa mukaddemdir” ilkesidir. Tüm hukukçuların aşına olduğu bu ilke, çalışmamızın temel tezi olan formun maddeye üstünlüğünü destekler niteliktedir. Ancak bizim hukukta form unsuru ile kastettiğimiz usulden farklıdır. Bu sebeple, usulü de içine alan çok daha kapsamlı bir kavramsal analiz yapılarak, form ve madde unsurlarının içine hangi özelliklerin girdiğini tespit etmek amaçlanmıştır. Bu amaç doğrultusunda belirlilik ve kesinlik; kavramsallık ve sistemsellik; yazınlık ve kodifikasyon; yöntemsellik ve bilimsellik hukukun formunu oluşturan unsurlar olarak ele alınmıştır. Hukukun maddesinin ise amaç, toplumsal olgu, anlam ve içerik unsurlarından oluştuğu belirtilmiştir. Bu tespitler, çalışmamızın birinci bölümünü oluşturmaktadır.

İkinci temel kabul, Roma Hukuku ve *Common Law* gibi eski dönem hukuklarının oldukça şekilci, bir diğer tabirle formel nitelikte olmasına rağmen, modern hukukun esasa daha fazla önem verdiğidir. Burada kastedilen, modern öncesi dönemin irrasyonel şekilciliğine (primitif formalizm) karşın modern dönemde esasa da önem veren rasyonel formalitenin varlığıdır. Bu temel kabulün sorgulanması, çalışmamızın ikinci bölümünün konusunu oluşturmaktadır. Burada, birinci bölümde form unsuru olarak tespit ettiğimiz kriterler göz önünde bulundurularak, Roma Hukukunda ve *Common Law*da form analizi yapılacaktır. Bu tartışmanın akabinde modern dönemle birlikte form ve madde dikotomisinin oluşmaya başladığı, bir başka deyişle bu düâlitte, form kavramının maddeye nazaran üstün kabul edildiği gösterilmeye çalışılacaktır.

İkinci bölümün sonu, o ana dek yapılan teorik tartışmaların pratik örnekler üzerinden gösterilmesine ayrılmıştır. Bu doğrultuda madde yerine forma önem veren bir Yargıtay kararı incelenmiştir. Hukukun geneli için öne sürülen iddianın, bir ya da birkaç spesifik mahkeme kararı ile desteklenmesi, yeterli kanıt teşkil etmeyecektir. Bu sebeple, genel olarak tebligat hukukuna ilişkin bir form ve madde analizi yaparak, hukukta form unsurunun madde unsuruna üstün olduğuna ilişkin temel tezin desteklenmesi amaçlanmıştır.

Buraya kadar ifade edildiği üzere, çalışmamızın birinci bölümü kavramsal-ontolojik bir analiz içermektedirken, ikinci bölümü tarihsel bir bakış açısı sunmakta ve form kavramının tarihsel süreç içerisindeki evrimini göstermeyi amaçlamaktadır. Üçüncü bölümde ise

hukukta form olarak kabul ettiğimiz belirlilik, kesinlik, kavramsallık ve yöntemsellik gibi niteliklerin, çağdaş bilim felsefesi görüşleri doğrultusunda eleştirel analizi konu edinmiştir. Böylece, belirliliğin, kesinliğin ve bilimselliğin sağlanması uğruna madde unsurunun ikinci plana atılmasına rağmen; belirliliğin, kesinliğin ve bilimselliğin ne kadar sağlandığı ya da sağlanamadığı gösterilemeye çalışılacaktır.

Çalışmamızın başlığında dikotomi tabirini neden kullandığımız ve bu kavramla neyi kastettiğimizi izah etmeye çalışalım. Thomas Main, *Procedural Foundation of Substantive Law* (Maddi Hukukun Prosedürel Temelleri) adlı makalesinde¹ hukukta usul ve esasın ne olduğuna ilişkin tartışmanın modern dönemde ortaya çıktığını, çünkü binarist (ikicikli) düşünce üretiminin aydınlanma epistemolojisinin bir ürünü olduğunu belirtmiştir. Binarist düşünce ile kastedilen, salt ikili karşıt kavram yaratımı değildir. Daha ziyade bu ikilikler arasındaki ilişkiye yönelik bir varsayımdan bahsetmektedir. Karşıt kavramlar arasındaki bu ilişki, antinomiden dikotomiye doğru evrilmiştir. Dikotomilerde, karşıt kavramların birbirini dışlaması söz konusudur. Bir kavram diğerine nazaran üstün konumdadır. Bu iddia aynı zamanda üçüncü bölümde incelenecek yapıbozumcu felsefenin de genel kabulüdür. Dolayısıyla “madde ve form dikotomisi” ifadesi ile formla madde arasında sadece zıt değil aynı zamandan hiyerarşik bir ilişkinin varlığını belirtmeyi amaçlamaktayız. Bu sebeple kavramın Türkçesi olarak kullanılabilecek çatışma ya da çatışkı tabirleri yerine dikotomi terimini tercih etmiş bulunmaktayız.

Çalışmanın sonunda, 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren Amerika ve Avrupa’da ortaya çıkan, hukukun formel özelliklerini azaltmaya yönelik gelişmelere değinilecektir. Alternatif çözüm yöntemlerinin yaygınlaşması, ulusal mahkemelerden ayrı yerel mahkemelerin kurulması, Avrupa Birliği Hukuku’nun birliğe üye tüm devletlerin uyması gereken standartlar oluşturarak formel niteliklerinden arındırılması gibi gelişmeler, hukukta form unsurunun ayrıcalıklı konumunun değiştiği algılamasına sebep olmaktadır. Ancak alternatif çözüm yolları “alternatif” olma niteliği sebebiyle asıl olan hukuki çözüm mekanizmalarının formel niteliğinde bir değişim sağlamamıştır. Dolayısıyla, anti-formel hukuk hareketlerinin, modern hukukun form unsuruna öncelik veren niteliğinde önemli ölçüde bir değişim yaratmadığı ifade edilebilecektir.

Buraya kadar genel seyrini ve savlarını açıkladığımız çalışmamızın, iddialarını ne denli hakıyla gösterdiği tartışmaya açık olmakla birlikte, bizzat çalışmanın müellifi

¹ Main, Thomas O. (2010) “Procedural Foundation of Substantive Law”, Scholarly Works. Paper 741, <http://scholars.law.unlv.edu/facpub/741>, s.e.t. 16.07.2019, s. 809.

tarafından farkında olunan bazı noksanları ve içerdği zafiyetleri peşinen dile getirmek zarureti hissedilmektedir. Buna göre;

i. Çalışmamız ontolojide temel bir tartışmayı teşkil eden madde ve form d  alitesini hukuka uyarlama amacındadır. Hukuk literatürü incelenerek, form ve madde unsuruna dahil edilebilecek nitelikler gösterilmeye çalışılmıştır. Bu doğrultuda, belirlilik ve kesinlik; kavramsallık ve sistemsellik, yazıllık ve kodifikasyon, yöntemsellik ve bilimsellik özellikleri hukukun form boyutuna; amaç, toplumsal olgu, anlam ve içerik de hukukun madde unsuruna dahil edilmiştir.   zerinde durulan esas mesele hukukta madde ve formun ne anlama geldiği ve bu ikisi arasındaki hiyerarşıyı gösteren felsefi tartışmalardır. Bu sebeple, çalışmanın savlarının sadece teorik olarak incelendiği ve somut pratiğe ilişkin sonuçlarının yeterince gösterilmediği eleştirisi yapılabilir. Ancak hem teoriğe hem de pratiğe eşıt derecede ağırlık verilmesi çalışmanın kapsamını oldukça genişleteceğinden ve kabul gören yöntemsel anlayış neticesinde, pratiğin analizi için önce teorisinin oluşturulması gerekeceğinden, sınırlarımızı teorik tartışmalar lehine çizerek pratikteki anlamını sadece ikinci bölümün sonunda, bir yüksek mahkeme kararı ve yargılamanın vazgeçilmez unsuru olan tebligat hukuku üzerinden göstermeye çalıştık.

ii. Atiyah ve Summers, 1987 tarihli *Form and Substance in Anglo-American Law* (Anglo Amerikan Hukukunda Form ve Madde/Esas) adlı çalışmalarında form ve madde analizlerini İngiliz ve Amerikan hukukunu karşılaştırarak yapmış ve İngiliz hukuk sisteminin Amerikan hukuk sistemine göre daha formel olduğu sonucuna varmışlardır. Bizim ileri sürdüğümüz, formun madde unsuruna nazaran üstün olduğu iddiası, belirli bir ülke hukuku ya da hukukun belirli bir dalı için yapılmamış, modern hukuka ait genel bir iddia olarak sunulmuştur. Dolayısıyla, bu tezi çürütebilecek pek çok spesifik örneğin bulunması muhtemeldir. Özellikle, evrensel olarak kabul gören temel hak ve özgürlükleri kriter olarak uygulayan Anayasa yargısında ve özel hukuka nazaran maddi gerçeğe daha çok önem verdiği ileri sürülen ceza hukukunda, formun maddeye öncelikli olmadığı pek çok durum bulunabilir. Bu itibarla formun maddeye üstünlüğü iddiasını, hukuka genel olarak teşmil etmek yerine, her bir hukuk dalı için ya da en azından kamu hukuku-özel hukuk ayrımı yaparak ileri sürmenin daha isabetli olacağı düşünülebilir.

Öncelikle her tür genellemenin birtakım hatalar içereceği antik dönemden beri kabul edilmektedir. Her kaide istisnasıyla mündemiçtir. Formun maddeye üstün olduğu iddiası aslında sadece hukuka özgü olmayan, modern dönem paradigmasına aittir. Çalışmamızda

sıklıkla dile getirileceği üzere maddi unsur değişir, formel unsur ise değişmez niteliklere tekabül etmektedir ve değişmez (ya da değişmesi daha nadir olan) unsurun, değişir unsura nazaran makbul görülmesi felsefi düşüncenin en temel kabulüdür. İlk olarak Platon'da gördüğümüz değişmez, yani formel olana erişme çabası, modern dönemde de varlığını sürdürmektedir. Ancak bu durum, hukukta formun maddeye üstünlüğünün moderniteden itibaren oluşmaya başladığı tezimize bir aykırılık olarak düşünülmemelidir. Çünkü ayrıntısıyla inceleyeceğimiz üzere, modern dönemdeki belirlilik, kesinlik ve bilimsellik arayışının bir gereği olan form ile Platon'daki mutlak gerçekliğe ulaşma ideası olarak form kavramları birbirinden farklılaşmıştır. Formun maddeye üstün olduğu (ya da olmadığı) savı, her bir hukuk disiplini tek tek incelenerek pratiğe yönelik bir çalışma olarak ortaya koyulabilir. Ancak bu pratik çalışmanın yapılabilmesi için evvela neyin form, neyin madde olduğu tespitinin yapılması gerekmektedir. Bu tespit çalışmamızın en önemli konularından birini oluşturmaktadır. Bu tespit sonrasında yaptığımız, modern dönemde hukukta form unsurunun madde unsuruna nazaran öncelikli olduğu iddiası da modern dönem panoramasına uygun felsefi-ontolojik bir iddiadır.

iii. İlk bakışta eksiklik olarak görülebilecek bir diğer husus, çalışmanın planına ilişkindir. İlk bölüm kavramsal, ikinci bölüm tarihsel ve son bölüm de eleştirel analiz şeklinde tasarlanmıştır. Böyle olunca da örneğin birinci bölümde hukukun form unsuru içerisinde incelediğimiz belirlilik ve kesinlik özelliğinin eleştirisi hemen akabinde değil, üçüncü bölümde yer almaktadır. Bu sebeple, çalışmanın ikinci bölümündeki tarihsel açıklamaların, çalışmanın başında olması gerektiği ileri sürülebilecektir. Ancak işbu çalışma açısından tarihsel olarak analiz edilecek kavramın, öncelikle kendisinin ne olduğunu tanımlamak ve bu tanımlamanın esas olarak modern dönemde şekillendiğini göstermek için tarihsel açıklamaların ikinci bölümde yer alması zarureti hasıl olmuştur.

Çalışmamız, münhasıran hukukun madde ve form unsurlarını konu edinmektedir. Literatürde salt bu konuya özgülenmiş çok fazla çalışma bulunmamaktadır. Konuyla doğrudan ya da dolaylı olarak bağlantılı pek çok görüşe ve felsefi akıma değinilmiş ve bu doktrinsel birikim, belli kategoriler altında sınıflandırılmaya çalışılarak madde ve form unsurları tespit edilmiştir. Literatürde değişik şekillerde sunulan modern hukuk panoraması, form ve madde süzgecinden geçirilmiştir. Modern felsefe, epistemolojik tartışmalara yoğunlaşarak, ontolojik tartışmaları ikinci plana bıraktığından bu çalışmayla hukuka - kısmen de olsa- ontolojik bir yorum sunarak literatüre katkı yapılması amaçlanmaktadır.

BİRİNCİ BÖLÜM

MADDE VE FORM KAVRAMLARININ ANALİZİ

I. Ontolojik Açıdan Madde ve Form Teorisi

İlk filozofların amacı varlığın bilgisini elde etmek, ilk varlığın ne olduğunu anlamak ve diğer tüm varlıkları ilk nedene göre yorumlayarak anlamlandırmaktır. Hukukçuların amacı da hukukun bilgisini elde etmek, hukukun gerçekte ne olduğunu anlamak, neyin hukuk neyin hukuk dışı olduğunu yorumlamaktır. Bu sebeple hukukun formu ve maddesinin ne olduğuna ilişkin yapılan bir araştırmada, bu ayrımın temellerinin ilk felsefi soruşturmalarla başlatılması gerekmektedir. İster genel anlamıyla varlığın ister tikel bir nesnenin ya da olgunun, örneğin hukukun, gerçekte ne olduğunu anlamaya çalışmak, yani ona “*nedir?*” sorusunu yöneltmek, neyin onun için asli, neyin tali olduğunu ortaya koymak demektir. Dolayısıyla hukuk nedir, hukuk bir madde ya da form mudur yahut hem madde hem form olan hukukta bu iki unsur arasındaki ilişkinin niteliği nedir soruları, varlığın form mu yoksa madde mi olduğu tartışmasıyla yakından bağlantılıdır. Varlığın ne olduğu soruşturması tüm varlıkların içinde değişmez ve mutlak olan bir öz arayışı ile başlamıştır. Bu öz ise ilk olarak doğada, fiziksel evrende varsayılmış bazı filozoflarca somut, bazılarınca da soyut bir madde olarak görülmüştür. Sonrasında varlığı oluşturan esas nedenin bir madde değil ama bir düzen, ilke ya da başka deyişle form olduğu düşünülmüş, böylece günümüze dek sürecek madde ve form düalizmi vücut bulmuştur.

Thales’e göre, her şeyi oluşturan ilk ilke sudur. Su varlığın ve nesnenin özüdür. Anaximandros’a göre, varlıkların sonsuz çeşitliliği içinde ilk özdek doğrudan doğruya algılanabilir bir özdek değildir. Bu sebeple varlığın özü sonsuz, sınırsız ve belirsiz anlamına gelen *apeiron*dur. Bir başka deyişle, her şeyin özü, sonsuz ve sınırsız bir birliktir. Bu önemli bir saptamadır çünkü esas gerçeğin görünen değil, görünenin ötesinde olduğu görüşüyle soyut düşünceye doğru bir adım atılmıştır. Sonrasında Anaximenes, ilk maddeyi nefes ve dolayısıyla nefesin kaynağı olan hava olarak tanımlayarak varlığı yeniden somut bir madde olarak görmüştür².

² **Cevizci, Ahmet** (2001) İlkçağ Felsefe Tarihi, Asa Kitabevi, Bursa, s. 11-18; **Cevizci, Ahmet** (2012) Felsefe Tarihi Thales’ten Baudrillard’a, Say Yayınları, İstanbul, s. 39-41.

Varlığın *neliğini* doğada, somut ya da soyut doğal bir varlıkta arayan bu düşünce geleneğinin karşısında Pythagorasçılar bulunmaktadır. Pythagorasçılar, Batı felsefesi içinde Platon'la güçlenip Kartezyen felsefede doruk noktasına erişecek olan matematiksel düşünme geleneğinin başlatıcısı olan filozoflardır. Nesnelerin kalıcı kavramsal düzeninde matematiksel oranlar olduğunu söyleyen Pythagorasçılar, maddi açıklamadan formel açıklamaya, formu ya da yapıyı temel alan açıklamaya doğru ani, fakat son derece önemli bir geçiş yapmışlardır. Pythagorasçılık form ve düzen kavramlarına ağırlık vermiştir. Evrendeki her şey belli bir düzen, belli bir matematiksel ilkeye dayanmaktadır. Pythagorasçılar, özdek anlayışından düzenlenişe, maddeden forma yönelmişler, bu da Platon'un ünlü idealar kuramının şekillenmesine zemin hazırlamıştır³.

Pythagoras'ın matematiksel düşünceye yönelmesi, müziğe duyduğu ilgi sonucunda gerçekleşmiştir. Müzik uyum demektir. Müzikteki uyum evrendeki genel ve yetkin uyumun küçük bir parçasıdır. Her nota, matematiksel ifadeye karşılık gelmektedir. Dolayısıyla evrendeki bu uyum da matematikseldir. Anaximandros'un her şeyin özünün sınırsız ve sonsuz olduğu görüşünü, bu sınırsıza şekil veren ve ondan bir uyum yaratan sınır, yani form fikriyle birleştirmişlerdir⁴.

Madde ve formu dikotomik olarak ilk kez karşı karşıya getiren isim Platon'dur. Platon'un düşünceleri kendisinden önceki üç büyük filozof olan Herakleitos, Sokrates ve Pythagoras'ın görüşlerinden etkilenmiştir. Görülen evrenin sürekli değiştiği, duyuların aldatıcı olduğu ve hakikati veremeyeceği fikriyle Herakleitos'tan; yanılmaz iç duygumuz sayesinde kendi kendimizi ve en yüksek iyiyi bilebileceğimizi söyleyen Sokrates'ten; duyulur gözleme ihtiyacı olmadan sadece usavurmaya dayanan matematik ve geometri bilimi ve apriori sezgilerle gerçeği kavrama fikriyle Pythagorasçı okuldan etkilenmiştir⁵. Platon'un ünlü idealar (formlar) teorisi, ilk olarak, doğru yaşayışın mutlak ölçüsü olan iyi idealine (formuna) ulaşmayı amaçlamaktadır⁶. Sokrates'in etkisinin had safhada olduğu gençlik döneminde bütün ilgisi ahlak sorunlarına yönelen Platon'un ideaları (formları) öncelikle ahlaki kavramlardır. Ahlaki ve estetik motiflerin şekil kazandırdığı idea teorisini, duyu dünyasının, yani doğanın temel formlarını bir başka deyişle, varlık felsefesini

³ Cevizci (2001) s. 21-27; Cevizci (2012) s. 42-47.

⁴ Cevizci, Ahmet (2000) Felsefe Sözlüğü, Paradigma Yayınları, İstanbul, s. 783-784.

⁵ Weber, Alfred (1991) Felsefe Tarihi, Çev: H. Vehbi Eralp, Sosyal Yayınlar, İstanbul, s. 51.

⁶ Gökberk, Macit (2013) Felsefe Tarihi, Remzi Kitapevi, İstanbul, s. 56.

açıklamak için de kullanmıştır⁷. Platon'un varlık felsefesinde uygulamış olduğu idea teorisi, Aristoteles'te daha da geliştirilecek olan madde-form diyalektiğine temel teşkil etmektedir.

Platon, *idea* ile *eidos* ve *form* kavramlarını benzer anlama gelecek şekilde kullanmıştır. Form kelimesi Platon'da gözle görülebilir şekil, doğa ya da tür olarak tanımlanmıştır⁸. *Eidos* kelimesi felsefe sözlüğünde tür kelimesinin Yunanca karşılığı olarak gösterilmiştir⁹. Dolayısıyla *idea*, *eidos* ve *form* kavramlarının Platon'da aynı şeyi ifade ettiği söylenebilir.

Platon'un idealar dünyası, renksiz, şekilsiz, sadece aklın idrak edebileceği hakikatin ve asıl bilginin yurdu olan yerdir¹⁰. İdea öğretisi, evrene ve evrendeki her şeye model olan, değişmeyen, değişmelerden etkilenmeyen, mükemmeli ve eksiksizi açıklayan bir teori kurmayı amaçlamıştır¹¹.

Platon'un idea teorisine göre, gerçekten var olan madde değil, gözle görülür nesnelerin kendilerinin soluk kopya ya da suretleri olduğu, değişmez, maddi olmayan, ezeli ve ebedi özler olan idealardır¹². Madde ile form arasındaki ilişki ise üç biçimde ortaya çıkmaktadır. İlkinde idealar (formlar), maddenin varlık sebebidir; ikincisinde madde (şey-fenomen) ideadan pay almıştır; son olarak da madde ideayı taklit etmiş ya da kopyalamıştır¹³. Platon'un idea öğretisi, karşılaşılan problemlerin zaman içerisinde cevaplanması ve gerektiğinde değiştirilmesi suretiyle şekil kazanmış bir düşünce sistemi olduğundan, duyulur nesnelerle idealar arasındaki bağlantı sorununu daha sonrasında ideaların (formların), nesnelerin ilk örneği olduğunu söyleyerek cevaplamıştır. Nesneler dünyasının gerçeklik derecesi her zaman idealar dünyasından azdır. Dolayısıyla nesneler için gerçek bilgiden değil, olasılık niteliği taşıyan bir sanıdan bahsedilir¹⁴. Bu sebeple Platon'da form, her zaman tekil varlığın dışında konumlandırılmıştır.

Varlık felsefesinde mutlak bir düalite kuran Platon, esas olarak idea ya da forma öncelik tanıyarak madde ve form ilişkisinde formdan (idea) yana bir hiyerarşi kurmuştur. Bu noktada bir hususa açıklık getirmek gerekmektedir. Felsefi anlamda bir şeyin özü, bir şeyi

⁷ Gökberk, s. 64.

⁸ Cevizci (2000) s. 384.

⁹ Cevizci (2000) s. 956.

¹⁰ Bıçak, Ayhan (2015) Felsefenin Kuruluşu, Dergah Yayınları, İstanbul, s. 135.

¹¹ Bıçak, s. 138-139.

¹² Cevizci (2001) s. 156-158; Cevizci (2012) s. 93-97.

¹³ Cevizci (2001) s. 161-162; Cevizci (2012) s. 98-99; Gökberk, s. 64.

¹⁴ Gökberk, s. 64-65.

her ne ise o şey yapan olarak tanımlanan¹⁵ form kavramını, günümüzde, İngilizcedeki kullanımıyla bağlantılı olarak çeşitli anlamlarda kullanmaktayız. Buna göre form kavramı; “1. Biçim, şekil, 2. Bir şeyin istenilen ve olması gereken durumu, 3. İstenilen şeylerin yazılması, doldurulması için hazırlanmış basılı belge” olarak tanımlanmaktadır¹⁶. Dolayısıyla yaygın olarak kullandığımız form kavramı ile ontolojik anlamda kullanılan *eidos*, *idea* anlamlarına gelen form kavramı birbirinden farklıdır. Platon’un form kavramını sadece varlığın biçimi ya da şekli olarak anlamamız mümkün değildir. Platon’da form, bir şeyi o şey yapan özelliğidir. Ancak bir varlığı tanımlarken sadece o varlığın biçimi ya da şeklinden bahsetmemiz, o varlığı eksik tanımladığımız anlamına gelmektedir. Platon’da form, şüphesiz şekil ve biçimi de içine alır ama ondan çok daha fazlasıdır. Dolayısıyla, Platon varlığı tanımlarken, onun biçimi ve şeklini diğer özsel nitelikleriyle bir arada tutmakta, ondan ayırmamaktadır. Madde ise, yani biçim ve şekle sahip somut olarak algılanan ise, gerçek anlamda bir varlık niteliğine sahip değildir.

Platon madde-form düalizminde esas gerçekliğin form olduğunu, maddenin ise formun bir görüntüsü, taklidi ya da parçası olduğunu düşünmüştür. Aristoteles, Platon’un teorisini devam ettirmekle birlikte, madde ve formu farklı bir şekilde konumlandırmıştır. Cevizci, Platon ve Aristoteles arasındaki bu farkın onların kendilerine esas uğraş alanı olarak seçmiş oldukları bilim dalından geldiğini belirtmektedir. Buna göre, Platon’un esas uğraşı matematiktir. Platon için geometrik şekillerin ilk yetkin örnekleri bu dünyada bulunmamaktadır. Bu sebeple kâğıt üzerine çizilen fiziki bir üçgen, ideal üçgene nazaran eksiklikler içeren bir kopyadan ibarettir. Aristoteles’in bilim modeli ise biyoloji olduğundan özellikle somutu incelemeye yönelmiştir. Dolayısıyla, Platon için önemsiz olan madde Aristoteles’te yeniden önemli hale gelmiştir. Bu bilim anlayışları siyaset felsefelerine de yansımıştır. Platon, ideal ama gerçekte yer almayan devleti ele alırken, Aristoteles var olan devlet modellerini analiz edip, en iyi devletin hangisi olacağını tartışmıştır¹⁷. Dolayısıyla Aristoteles’te madde, Platon’da olduğu gibi değersiz değildir. Gerçeklik ne sadece form ne de sadece maddedir. İkisini mutlak anlamda birlikte düşünmek gerekmektedir.

Aristoteles, idealar kuramının duyulur dünyaya ya da fenomene ilişkin bir şey söylemediği için Platon’u eleştirmiştir. Platon’un form ile madde arasında kurduğu asli-tali, taklit ve kopyalama ilişkisini “boş söz” ve “şiişsel benzetme” olarak nitelemiş; form ve

¹⁵ Cevizci (2000) s. 384.

¹⁶ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>, s.e.t. 19.09.2019.

¹⁷ Cevizci (2001) s. 181-182; Cevizci (2012) s. 114.

maddeyi gereğinden fazla biçimde birbirinden ayırdığını söylemiştir. Platon'da idealar değişmez ve mutlak olduğundan, her bir varlığın ayrı bir ideası olduğu belirtilmiş, bu sebeple de idealar evreni çok geniş tutulmuştur. Ayrıca bu idealar aşırı derecede sabit ve hareketsizdir. Aristoteles, ideaları, maddeye içkin olarak tanımlamış ve onlara duyusal dünyadaki oluş ve değişimi açıklama imkânı kazandırmıştır¹⁸.

Duyusal tekil varlıklar kendi aralarında ortak nitelikler taşımaktadır. Bu nitelikleriyle, örneğin, insan, hayvan ya da bitki gibi çeşitli kategorilere ait olmaktadır. Aristoteles'e göre, bu nitelikler onları taşıyan bireylerden ayrı bir varlığa sahip değildir. Tümelin, tekilden ayrı bir varlığı yoktur. Dolayısıyla özün/formun tek başına bir varlığı yoktur. Ahmet'ten, Mehmet'ten, Ayşe'den bahsetmeden, tümel bir insandan ya da insanlık formundan bahsetmek mümkün değildir. Bu sebeple Aristoteles, Platon'un anlayışı ile maddeden ayrı ve onu önceleyen bir form kavramını kabul etmemektedir¹⁹.

Aristoteles'i Platon'dan farklı bir madde anlayışına yönelten şey, değişme ve oluş hakkındaki görüşleridir. Çünkü Platon'da idea-form değişime tabi değildir. Kendisi değişime ve oluşa tabi olmayan formun, sonsuz değişime ve oluşa tabi maddenin nedeni olması Aristoteles için kabul edilmezdir. Aristoteles'in esas amacı doğayı incelemektir ve doğa sürekli bir oluş ve değişim halidir. Matematik ilkeleri ise değişmezdir, 2+2 her zaman ve her şartta 4'e eşit olmak zorundadır. İşte, esas bilimi matematik olan Platon için bu değişmezlik ilkesi ideaların temel özelliğini oluşturmuştur. Platon değişmeyenin peşindedir. Değişim reddedilmiş, bu sebeple her değişim ayrı bir varlık olarak ele alınmıştır. Aristoteles'in Platon'u eleştirme sebebi de budur. Değişim inkâr edildiği için ideaların sayısı gereksizce çoğaltılmıştır. Aristoteles için varlık, forma ulaşan maddedir. Bir ilk madde yoktur. Bu ilk maddeye form eklenerek varlık meydana gelmemiştir. Değişim potansiyeline sahip, görelî anlamda yok olan madde, form ile varlığa gelir. Varlık, bu değişim sürecidir. Aristo'da varlık madde değil, değişim potansiyelidir²⁰.

Aristoteles'e göre madde, üzerinde değişimin gerçekleştiği şey, niteliklerin taşıyıcısı olan öznedir, yani taşıyıcı ve dayanak anlamlarına gelen²¹ "*substans (substance)*" tır. Değişmeyi kabul eden ama değişir niteliklerden bağımsız, onları taşıyıcı görevi gören,

¹⁸ Arslan, Ahmet (2007) İlkçağ Felsefe Tarihi 3 Aristoteles, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, s. 127,130.

¹⁹ Arslan (2007) s. 133-134.

²⁰ Arslan (2007) s. 137-138.

²¹ Özcan, s. 61.

maddedir. Madde sahip olduğu potansiyeli gerçekleştirmek için bir başka neden olan forma ihtiyaç duyar. Form varlığı, biçimi, yapısı, özellikleri ve işlevi açısından açıklar. Form değişmeyen, maddeye dayandırılan niteliklerin tümüdür, yüklemidir²². Nasıl ki bir cümle özne ve yüklem olmadan kurulamıyorsa varlık da madde ve formsuz olamaz.

Aristoteles varlığı, yani değişim ve oluşu sadece madde ve form ile açıklamaz. Madde ve forma eklenen iki unsurdan daha söz eder. Bu görüş, dört neden kuramı olarak adlandırılmaktadır. Aristoteles'e göre varlığı bilmek için onun dört nedenini bilmemiz gerekmektedir. Bir şeyin açıklanabilmesi, onun dört nedeninin açıklanmasıyla mümkün olur. Bunlar, maddi neden, formel neden, etkin neden ve ereksel nedendir. Örneğin; bir heykelin kendisinden yapıldığı malzeme olarak tunç ya da mermer onun maddi nedenidir. Bu heykeli diğer heykellerden ayıran şekli, formel nedendir. Heykelin heykeltıraşı etken neden, yapılma amacı ise ereksel nedendir²³. Bu dört neden bir şeyin olduğu şey olmasının önkoşulları olarak düşünülmelidir. Aslında bunların her biri ayrı ayrı varlığın *neliğini* gösterir ancak tam olarak *neliğin* anlaşılması için tüm nedenlerin birlikte değerlendirilmesi gerekir²⁴.

Aristoteles, dört neden kuramıyla aslında oluş ve yok oluşa tabi duyuşsal varlıkları açıklamayı amaçlamaktadır. Ancak bu kuram, sadece varlık öğretisi değil, bilgi kuramı açısından da değerlendirilmektedir. Örneğin, varlık olarak devleti ele aldığımızda, vatandaşlar (ya da toprak parçası) maddeyi, devletin organizasyonu formu, bireylerin iyi yaşamı ereksel nedeni ve bu ereksel nedenin insanlar tarafından kabulü de etkin nedeni oluşturacaktır²⁵. Buradan yola çıkarsak, varlık olarak devletin bilgisi bu dört nedenle açıkladığında, devlet bilgisi genel bir devleti değil, belli bir devletin bilgisi olacaktır. Çünkü devletin maddesini teşkil eden vatandaşlar (ya da toprak parçası) belli bir yer ve zamandaki insanları niteleyecektir. Dolayısıyla Aristoteles'in, mümkün olduğunca çok içerikli ancak daha az tümele yani daha az genel kavrama dayanan bir bilgiyi savunduğu görülmektedir²⁶.

Aristoteles'e göre kavramların birbiriyle ilişkili birden çok anlamı vardır. Aynı şekilde form kavramını farklı anlamlarda kullanmaktadır. İlki, varlığın madde ile birlikte

²² Arslan (2007) s. 140-141.

²³ Cevizci (2001) s. 197.

²⁴ Özcan, Muttalip (2011) Aristoteles, Bilgesu Yayıncılık, Ankara, s. 115.

²⁵ Erkızan, Hatice Nur (2016) "Aristoteles: Yaşamı, Yapıtları ve Felsefesi", Özne Dergisi Aristoteles Özel Sayısı, Çizgi Kitapevi, Konya, s. 33.

²⁶ Arslan (2007) s. 171. Arslan, İbni Haldun'un siyasette bilim adamlarını güvenilmeyeceğini çünkü onların çok fazla genellemeler yaparak çok fazla genel kavrama başvurduğunu bunun da gerçek hayatla uyuşmadığını, bir başka deyişle, varlığın maddesini göz önünde bulundurmadıklarını Aristoteles'in bu görüşlerine dayanarak söylediğini ifade etmiştir.

olan kurucu ögesi olarak formdur. İkincisi, şekil ya da biçim (*morphe*) anlamındaki formdur. Belirli bir maddenin biçimi, şekli, yani onun sınırır. Biçim anlamında form, meydana getirilen bir şey değildir ve tek başına var olamaz. Form aynı zamanda ereksel nedeni de karşılar. Evrendeki her şey bir amaç için vardır ve bu amacın gerçekleşmesi varlığın kendisini tamamlaması demektir. Örneğin, bir şeyin bıçak şeklinde olması, bıçak olması için yeterli değildir. Eğer kesme işlevini yerine getirmiyorsa, kendi ereğini gerçekleştirip formunu tamamlamamıştır²⁷. Bu sebeple Aristoteles'te formun maddeye birlik kazandıran bir şey olarak, genellikle teleolojik olduğu belirtilmiştir²⁸.

Aristoteles'in dört neden kuramında nedenlerden her biri kendi başına niçin sorusunun yanıtını oluşturmaktadır. Ancak her durumda dört nedenin varlığının gerekli ve zorunlu olmadığı, örneğin matematiğin konusu olarak üçgenin etkin ve ereksel nedeninden söz edilemeyeceğinden bahsedilmiştir. Yine çoğu durumda formel, ereksel ve etkin nedenin iç içe geçtiği belirtilmiştir. Buna göre *“canlı varlıklar söz konusu olduğunda bir şeyin formu, o şeyin meydana gelişinde kazanmış olduğu form doğanın amaçladığı form olabilir. Yapay şeyler söz konusu olduğunda ise ereksel neden bir sanatçının zihnindeki form ile özdeş olabilir. Bu son durumda formel neden etkin neden de olabilir; çünkü, sanatçının zihninde bulunan formun bir objede gerçekleşmeye neden olması objedeki değişimin ilkesi olması bakımından etkin neden olarak tanımlanabilir”*²⁹. Nihayetinde, Aristoteles'te varlığa içkin (*immanent*) olan nedenler maddi ve formel nedendir. Fail ve ereksel neden ise varlığa gelen şeyin veya olayın dışındadır (*exterieur*)³⁰.

II. Hukukta Madde ve Form

A. Ontolojik Anlamda Madde ve Form Tartışmalarının Hukuksal Yorumu

Bu başlık altında önce Platon, sonrasında Aristoteles'in madde ve form görüşleri hukuka uyarlanmaya çalışılacaktır. Hukukta Platon'un madde-form düalizmi en genel biçimde, hukuk felsefesinin temel tartışma konusu olan doğal hukuk-pozitif hukuk düalizmine karşılık gelmektedir. Bu anlamda idealar evreninde, evrensel, akıl vasıtasıyla idrak edilebilen, tüm hukuk varlığına model olan, değişmeyen, değişmelerden etkilenmeyen, mükemmel ve eksiksiz olan hukuk, bir başka deyişle doğal hukuk bulunmaktadır. Bu,

²⁷ Özcan, s. 72-98.

²⁸ Russell, Bertrand (2016) Batı Felsefesi Tarihi I. Cilt, Alfa Yayın, İstanbul, s. 306; Arslan (2007) s. 179.

²⁹ Erkızan, s. 33.

³⁰ Arslan (2007) s. 174.

hukukun ideasına, formuna karşılık gelmektedir. Asıl olan hukuk, bu ideal hukuktur. Hukukun ilk ve yetkin örneği idealar evrenindeki hukuktur. Hukukun bu ideal formundan pay alan, onu taklit eden ya da kopyalan pozitif hukuk ise maddeyi oluşturmaktadır. Nesneler dünyasında yer alan bu pozitif hukukun gerçeklik derecesi her zaman ideal hukukunkinden azdır. Pozitif hukuk ideal hukukun bir parçası, kopyası ya da taklidi olduğundan onun doğal hukuka aykırı olması mümkün değildir. Literatürde bu hiyerarşik düale Sophokles'in ünlü tragedyası Antigone ile açıklanmaktadır³¹.

Platon'un idealar kuramının hukuksal yorumu, hukuk felsefesi disiplininde temel bir tartışma konusudur. Ancak Aristoteles'in madde ve form teorisi ya da dört neden kuramının hukuksal yorumu için aynı şeyin geçerli olduğunu söylemek mümkün değildir. Aristoteles'in maddeye verdiği önem, hukukta olgusalılık ya da realizm düşünceleri ile açıklanmakla beraber, hukuk kavramına ilişkin derli toplu bir dört neden değerlendirmesine rastlanılmamıştır. Aristoteles'in dört neden kuramının, yukarıda kısaca ifade edildiği şekliyle devlet kavramına uyarlandığı gibi biz de bu kuramı hukuk kavramına uyarlaya çalışalım.

Üzerinde tartışılması en az olandan başlayacak olursak, hukukun etkin (fail) nedeni, kanun koyucu olarak ifade edilebilir. Bu kanun koyucu yeri geldiğinde bir meclis, bir kral ya da bir din adamı olabilecektir. Platon'da maddeyi pozitif hukuk olarak açıklamıştık. Aynı şeyi Aristoteles için de söylenebileceğimizi düşünebiliriz. Ancak Aristoteles'te Platon'daki gibi maddi dünyadan ayrı bir ideal dünya olmadığı için, maddeyi pozitif hukuk olarak belirler isek hukukun formunu belirlerken yanılgıya düşmemiz kaçınılmaz olacaktır. Çünkü Aristoteles'te pozitif hukuktan ayrı idealar evreninde bir hukuk olmadığından ele alacağımız, yani üzerine dört nedeni uygulayacağımız hukuk zaten var olan hukuk, pozitif hukuk olacaktır. Bu sebeple Aristoteles'in dört neden kuramına göre hukukun maddesini, yani değişebilir niteliklerin taşıyıcısı olan, formla birlikte hukukun iki kurucu unsurundan birini teşkil eden şeyi, hukukun olgusal boyutu, bir başka deyişle, hukukun ortaya çıkmasının nedeni olan insan ilişkileri olarak ifade edebiliriz.

³¹ Kral Oidipus'un kızı olan Antigone, amcası kral Kreon'un, ölen erkek kardeşinin cesedinin savaş meydanında bırakarak çürümeye terk etmesi buyruğuna karşı çıkmaktadır. Antigone, amcasının bu emrine itiraz etmesinin sebebi, gömülme hakkının insanın en doğal hakkı olduğu ve Tanrının buyurduğu bu yasaya kralın dahi aykırı davranamayacağıdır. **Sophokles** (2019) Antigone, Çev: Ari Çokona, İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara.

Fail ve maddi nedeni bu şekilde belirttikten sonra geriye, formel ve ereksel neden kalmaktadır. Daha önce belirttiğimiz gibi Aristoteles, form kavramını değişik biçimlerde kullanmıştır. Şekil ya da biçim (*morphe*) anlamında hukukun formu, bir hukuk kuralının şekli olarak açıklanabilir. Bu anlamda, hukukun ifade ediliş tarzı, dili vb. nitelikler hukukun formunu oluşturacaktır. Ancak burada dilden kastımız, Yunanca ya da Latince gibi belirli bir dil değil, daha ziyade göstergebilimin anladığı tarzda bir göstergedir³². Hukuk nihayetinde bir kural olduğundan, kural ise bir cümle ile ifade edildiğinden hukukun maddesinin cümlelerin içeriği (anlamı), formunun ise bu cümleyi oluşturan harfler, kelimeler ve noktalama işaretleri gibi algılayabiliriz. Yine aynı şekilde, belirli bir ifade ediliş tarzına sahip bu cümlelerin, belirli bir yerde dile getirilmesi, bir parşömene ya da tunç bir levhaya yazılmış olması ya da teknolojinin imkanlarına göre sesli kayıt altına alınmış olması da aynı şekilde onun formunu oluşturacaktır. Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde görüleceği üzere, hukukta form ve maddeyi bu sayılanlar dahilinde tanımlayan görüşler bulunmaktadır.

Aristoteles'te formun bir diğer kullanımının, varlığın ereksel nedenini karşılayacak şekilde olduğu belirtilmişti. Buradan hareketle hukukun ereği olarak formun değişik şekillerde ifade edilmesi mümkündür. Hukukun en önemli amacı, aynı zamanda bazı hukuk felsefesi görüşlerine göre³³ hukuku hukuk yapan şey, adalete ulaşmaktır. Bunun haricinde belirli politikaların gerçekleştirilmesi ya da salt basit bir biçimde uyumsuzluk çözme kabiliyetine sahip olması, hukukun ereği olarak ifade edilebilecektir. Aristoteles, dört neden kuramını açıklamak için tunç heykel örneğini vermiştir. Buna benzer şekilde, dört neden kuramına göre bir hukuk tanımı yapmaya çalışalım:

Hukuk: insan ilişkileri neticesinde meydana gelen uyumsuzluğun (maddi neden), adil, eşit vb. şekilde çözüme kavuşturan (ereksel neden ama aynı zamanda formel neden) kanun koyucu tarafından konulmuş (fail neden) belirli tarzdaki kurallardır (formel neden).

Görüleceği üzere hukukta madde ve formdan ne anlaşılması gerektiğinin tek ve basit bir cevabı bulunmamaktadır. Hukukun ne olduğuna ilişkin kabul edilen felsefi düşünce,

³² Gösterge: “Genel olarak, kendi dışındaki bir şeyi gösteren, kendisinden bağımsız bir gerçekliği yansıtan her tür varlık, nesne, olay, olgu. Bir faaliyeti, bir oluşum ya da anlamı onu anlayan birine gösteren, bir bağının yerine duran şey.” **Cevizci** (2000) s. 415.

³³ II. Dünya Savaşı'ndan sonra Doğal Hukukun Rönesansı olarak adlandırılan akım içerisinde değerlendirilen Radbruch'a göre hukukun düzen, pratik yarar ve adalet olmak üzere üç unsuru bulunmaktadır. Savaş öncesi görüşlerinde hukukun düzen ve güvenlik unsurlarına ağırlık veren Radbruch, savaş sonrası dönemde olgunlaştırdığı fikirlerinde adalete öncelik vermiştir. Buna göre, hukuk kuralının tam bir adaletsizliğe dönüştüğü hallerde pozitif hukuka değil, doğal hukuka öncelik verilmelidir. **Işıktaç, Yasemin** (2010) Hukuk Felsefesi, Filiz Kitabevi, İstanbul, s. 305-307.

onun madde ve formunun ne olduğuna ilişkin tespitleri etkileyecektir. Bununla birlikte vurgulanması gereken diğer bir husus, hukukta madde ve form kavramlarının günümüzde yaygın kullanımlarıyla ve (formel hukuk ya da usul hukuku ve maddi hukuk gibi) teknik anlamlarıyla sınırlı olmadığıdır. Bu sebeple yapılması gereken, hukuk literatüründe madde ve form kavramlarına ilişkin olarak geliştirilen ve öne sürülen görüşlerin açıklanması ve bunlar sonucunda çalışmamız açısından kabul edilecek madde ve form kavramlarının belirlenmesidir.

B. Hukuk Literatüründe Madde ve Formla İlgili Görüşler

Hukukta madde ve form ile bunlar yerine geçen ya da benzer anlamda kullanılan kavramlara çok sık rastlanılmaktadır. *Maddi hukuk*, *formel hukuk*, *biçimsel/şekli hukuk*, *formel* ve *maddi hukuk devleti*, hukuki *formalizm* gibi kavramlar bu kullanımlara örnek olarak gösterilebilir. Yine, maddi hukuk yerine *esasa* ilişkin hukuk ya da hukukun *esası* ve bunun karşı konumunda olan *usul*, *muhakeme* ve *yargılama hukuku* gibi kavramsallaştırmalar bulunmaktadır. Formel hukuk devleti denilirken kullanılan form kavramı ile hukukun formalitesi ya da yargılama hukukunu kasteden formel hukuk ifadelerinde geçen form kavramını; aynı şekilde, maddi hukuk devleti denilirken kullanılan madde kavramı ile maddi hukuku kasteden hukukun esası ifadelerinde geçen madde kavramının hepsini kapsayacak bir form ve madde analizi yapmayı amaçlamaktayız. Bu amaç doğrultusunda Türkçe ve İngilizce hukuk literatüründe “madde” “maddi” “esas” ve “*substance*” ile “form” “formel” “şekil-şekli” “biçim” “usul” ve “*procedure-form*” terimlerini içeren tüm görüş, düşünce ve ifadeler incelenecek ve sınıflandırılmaya çalışılacaktır. Görüleceği üzere madde ve form terimleri, bazen hukuki ya da felsefi bir düşünce akımını, bazen bir hukuk dalını, bazen de hukuki akıl yürütme yöntemini belirten kavramsal bir ifadeyi belirtmek için kullanılmaktadır. Son derece dağınık ve geniş alana yayılmış bu kullanımlar teker teker incelenerek ortak bir form ve madde tanımına ulaşmaya ve her bir kullanımın ontolojik anlamda madde ve form teorisiyle ilişkisi kurulmaya çalışılacaktır.

1. Stammler’de “Saf Hukuk” olarak Hukukun Formu

Hukuk literatüründe kullanılan form ve madde kavramlarının incelemesine, Alman hukuk felsefecisi Rudolf Stammler’in (1856-1938) görüşleri ile başlanılacaktır. Bunun sebebi, Stammler’in hukuk teorisini madde ve formun ontolojik anlamıyla ilişkilendirerek

kurmuş olmasıdır. Aşağıda görüleceği üzere, hukuk literatüründe kullanılan madde ve form kavramlarının ontolojik anlamlarıyla ilişkisi her daim açık, belirgin ve anlaşılır değildir. Ancak Stammler’de bu ilişki kolaylıkla fark edilebilmektedir.

Stammler, Yeni Kantçılık olarak adlandırılan akımın en önemli temsilcilerindendir. Kant’ın saf akıl yoluyla kavranabilen fenomen alem ve pratik akıl yoluyla kavranabilen numen alem ayrımları Stammler’in bilim felsefesinin en önemli belirleyicileri olmuştur³⁴. Kant gibi Stammler de bilimi ikiye ayırmaktadır: Doğa bilimi ve sosyal bilim. Sosyal bilim ile amaç bilimini (*zweckeissenschaft-science of ends*) kastetmektedir. Her iki bilimsel alan da doğru yasa kriterine göre doğrunun ve yanlışın ayırt edilmesini hedeflemektedir. Ancak bu iki alanın yöntemleri farklıdır. Doğa bilimine sebep ve sonuç ilişkisine dayanan nedensellik ilkesi hâkimken, sosyal bilim alanına, araç ve amaç ilişkisine dayanan amaçsalılık (teleoloji) ilkesi hâkimdir³⁵. Amaçsalılık, neden ve sonuç gerektirmez, araç ve amacı araştırır. Toplumsal eylemlerin nedensellik ilkesine göre birtakım toplumsal şartlardan doğduğu ileri sürülebilir, ancak yine de bireylerin istek ve hedeflerine göre ortaya çıkmaktadır³⁶. Başka bir deyişle, tüm şartlar gerçekleşmiş olsa da bireyler o şartların sonucu olan eylemleri yerine getirmeyebilirler. Stammler felsefesinin en temel hedefi, amaçsalılık ilkesine göre sosyal bilimin doğru yasasına yani, doğru hukuka ulaşmaktır.

Stammler, sadece hukuktan yola çıkarak bir hukuk felsefesi analizi oluşturmamıştır. Sosyal bilimin nesnesi, toplumsal hayattır. Bu sebeple toplumsal hayatı başlangıç noktası olarak almıştır. “Toplum ve Hukuk (*Wirtschaft und Recht-1896*)” adlı eserini “Hukuk Teorisi (*Theorie der Rechtswissenschaft-1911*)” adlı eserinden daha önce yazması da bu bütünlükçü bakış açısını göstermektedir. Toplumsal hayat, insanları haricen bağlayan normlarla düzenlenmiş ortak hayattır. Sosyal bilim, sosyal bilimin nesnesi olan toplumsal hayatın formu ve maddesiyle birlikte bir bütün olarak anlaşılmasını gerekli kılar³⁷.

Stammler’e göre, toplumsal hayatın formu hukuk, maddesi ise ekonomidir. Ancak buradaki hukuk ve ekonomi kavramlarının açıklanması gerekmektedir. Toplumsal hayatın formunu oluşturan hukuk, tarihsel süreç içerisinde doğup gelişen ve düzenleyici niteliği haiz

³⁴ Kant’ın numen-fenomen evren, teorik-pratik akıl gibi kavramlarına çalışmamızın 2. Bölümünde “Düalizm ve Dikotomiler Çağı Olarak Modernite” başlığında daha ayrıntılı olarak değinilecektir.

³⁵ **Sabine, George H.** (1933) “Rudolf Stammler’s Critical Philosophy of Law”, *Cornell Law Review*, Volume: 18, Issue: 3, s. 333-334.

³⁶ **Çağıl, Orhan Münir** (1947-a) “Stammler’in Cemiyet ve Hukuk Felsefesi I”, *İÜHFM*, Cilt: 13, Sayı: 2, s. 706.

³⁷ **Çağıl** (1947-a) s. 702.

tüm kurallardır. Buradaki hukuk kavramı içerisinde tüm konvansiyonel kurallar (ahlak, din etik) dâhildir. Bu anlamıyla hukuk, bir form olarak, apriori, aktif ve tayin edici unsurdur. Ekonomi kavramı ile de ihtiyaçların tatminine yönelik beşerî müşterek tüm faaliyetleri kastetmektedir. Bu kullanımıyla, örneğin aile kurumu, ekonomi kavramı içerisinde düşünülmelidir. Ekonomi -toplumsal hayatın maddesi- ampirik, pasif ve tayin edilen unsurdur. Dolayısıyla madde değişime tabi iken form, değişime konu olanın karşısında değişmez (daimî, kalıcı) unsurların bütünlüğüdür. Stammler bu ayrımın mantıksal bir ayrım olduğunu, gerçekte bu unsurların her zaman ve aynı anda bir arada bulunduklarını belirtmektedir³⁸.

Stammler, her nesne ve her kavramda form ve madde olarak iki unsur bulunduğunu söylemekte, değişen ampirik unsurları tayin eden, bu unsurların kavranmasını sağlayan rasyonalist ve mantıki unsurları form; form tarafından tayin edilenleri ise madde olarak tanımlamaktadır³⁹. Stammler, bu düalizmi tüm araştırması boyunca takip etmiştir. Sosyal bilimin nesnesi olan toplumsal hayatın madde ve formunu belirledikten sonra aynı şekilde hukukun madde ve formunu belirlemeye, nihayetinde de hukukta değişmez kalıcı unsurların tespitine yani, *saf hukuk teorisini* açıklamaya çalışmıştır.

Stammler'e göre, toplumsal hayatın formu olan hukuk, toplumsal hayatın maddesinden ayrılarak başlı başına bir bilim konusu teşkil edebilir. Hukukun müstakil bir bilim olarak araştırılması, saf hukuk teorisine dayanan teknik hukukun görev alanına girmektedir. Hukuk bilimi, bir yandan tarihsel süreç içerisinde karşılaşılan hukuk kurallarının içeriğini araştırırken, diğer yandan normları bir bütün halinde kavramaya çalışır. Bu şekilde bütünsel kavrama, normların bir sistemin bütünü halinde birleştikleri formun anlaşılmasını sağlar. Ona göre, tabii hukukçuların bugüne kadarki hatası, bu değişmez nitelikteki formu kavramak yerine, değişmez içerikli bir hukuk bulma çabasıdır. Ancak tarihsel süreçte değişime uğramamış ya da evrensel olarak geçerli bir hukuk kuralının bulunması mümkün değildir. O, kendi tabii hukuk anlayışını formel tabii hukuk olarak adlandırmaktadır. Formel tabii hukuk, doğru hukuka ulaşılmasını sağlayacak bir metot

³⁸ Çağıl, Orhan Münir (1951) "Stammler'in Cemiyet ve Hukuk Felsefesi III", İÜHFM, Cilt: 17, Sayı: 1-2, s. 317.

³⁹ Çağıl, Orhan Münir (1947-b) "Stammler'in Cemiyet ve Hukuk Felsefesi II", İÜHFM, Cilt: 13, Sayı: 4, s. 1557.

hizmetini görecektir. Tabii hukuk formel bir ide, düzenleyici bir prensip, objektif doğru hukukun tespitiinde başvurulacak bir kriterdir⁴⁰.

Şu hususun vurgulanması gerekmektedir: Stammler'in hukukta değişmez niteliklere yaptığı vurgu, onun hukukun içeriği ve de hukukun ulaşmak istediği gaye ile ilgilenmediği sonucunu doğurmamaktadır. Bilakis, Stammler, hukuk kavramı ile hukuk idesinin birbirinden ayırmış ve adaleti başlı başına bir mesele olarak incelemiştir. Onun hukukun formunu tespit etmesindeki amacı, hukuka epistemik açıdan yaklaşmasının sonucudur. Burada Kant'ı izleyerek onun bilgi kritiği metodunu kullanmış, toplum ve hukuk felsefesini bu epistemik zemin üzerine inşa etmiştir⁴¹. Stammler'in saf hukuk formu olarak zikrettiği özellikler, hukuk olarak adlandırılan tüm sistemlerin değişmez özelliğidir. Stammler, bu noktada adalet kavramına vurgu yapmamaktadır. Bu form yapısı, adil olsun ya da olmasın tüm hukuk sistemleri için geçerlidir. Bu nitelikler bir hukuk sistemini adalete ulaştıran özellikler değildir. Hukukun adil olmasını gerektiren husus onun amaçsallığından kaynaklanır⁴². “Hukuk kavramına tekabül eden verili bir istem, diğer bütün hukuki istemlerle tam bir uyum içinde” düşünülmelidir. Bu hukukun idesidir. Hukukun nihai amacı hukukun idesine, yani adalete ulaşmaktır, zira tarihsel süreçte tüm yasama faaliyetlerinin amacı gelecekteki davalarda adil kararın ne olacağını önceden belirlemeye çalışmaktır⁴³.

Toplumsal hayatın formu olan hukuk içerisine, düzenleyici karakterdeki tüm kurallar dâhil edilmişti. Ancak müstakil hukuk ilmi, saf hukuk teorisi, hukukun diğer konvansiyonel kurallardan ayrılan formel özelliklerinin açıklanmasını sağlar. İşte hukukun, onu diğer kurallardan ayrılmasını sağlayan nitelikleri, yani saf hukuk formunun dört karakteri bulunmaktadır. Hukukun kategorileri olarak da adlandırdığı hukuk formunun bu özellikleri istem, bağlayıcılık, egemenlik ve ihlal edilemezliktir⁴⁴. İstem, hukuksal bir meselenin her durumda belli amaçları ve bu amaçlara ulaşmaya yönelik araçları ihtiva etmesini ifade etmektedir. Hukuk her zaman amaçsaldır (nedensel değildir). İkinci olarak, hukuk kendisine bağlı olanların rızasından bağımsızdır, diğer konvansiyonel hukuk kaideleri ise, kendilerine tabi olanların rızasına bağlıdır. Çağıl bu durumu hukukun otarşik⁴⁵, diğer kaidelerin ise

⁴⁰ Çağıl (1951) s. 321-322.

⁴¹ Çağıl (1947-a) s. 697.

⁴² Husik, Isaac (1924) “The Legal Philosophy of Rudolph Stammler”, Columbia Law Review, Volume: 24, No:4, s.378; Sabine, s. 338.

⁴³ Stammler, Rudolf (2012) “Adalet İdesi”, Çev: Ali Acar, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, No: 2(2), s. 166.

⁴⁴ Husik, s. 378; Sabine, s. 337.

⁴⁵ Otarşi, kendi kendine yetebilme anlamında kullanılmaktadır.

hipotetik geçerliliği olarak ifade etmektedir⁴⁶. Hukuk formunun üçüncü özelliği olan egemenlik ile kastedilen ise devlet egemenliği değildir. Aksine Stammler, hukukun devlet egemenliğine gereksinimi olmadığını, devletten önce de hukukun var olduğunu belirtmektedir⁴⁷. Buradaki egemenlik, hukukun ona tabi olanlar üzerindeki egemenliğidir. İhlal edilemezlik de hukukun, kendisine uyulmadığı takdirde kendiliğinden ortadan kalkmadığını, ancak diğer kuralların ona tabi olanların artık uygulamayı bırakmasıyla yok olacağını işaret etmektedir. Hukukun formu onun, bireyin öznel isteklerinden bağımsız bir düzen olarak anlaşılmasını sağlar. Hukuk bireyin üstündedir, ona egemen olarak emreder ve bireylerin bu emre itaatinden bağımsız olarak ihlal edilmezdir⁴⁸.

Belirli bir istem içermek, bağlayıcılık, egemenlik ve ihlal edilemezlik hukukun formudur. Bu özellikler onu diğer kurallardan ayırır. Ancak hukukun nihai amacı doğru hukuku bulmaktır. Stammler'in düşünce sistemini takip edersek "doğru (adil) hukukun da formlarının belirlenmesi gerekmektedir. Husik, Stammler'e göre doğru hukukun formlarını yine dört başlıkta sıralamaktadır⁴⁹:

- 1- Bir kişinin iradesinin içeriği başka birisinin keyfi iradesine bağlı olmamalıdır.
- 2- Hukuki her talep öyle bir yapılmalıdır ki yükümlü olan kişi, kendi saygıdeğer kişiliğini kaybetmemelidir.
- 3- Toplumun üyesi keyfi olarak topluluktan atılmamalıdır.
- 4- Hukuk düzeni tarafından tanınan yönetim yetkisi, yönetimden etkilenen kişinin kendine olan saygınlığını yitirmediği ölçüde haklı sayılabilmelidir.

Stammler, sosyal bilimin konusunu/nesnesini toplumsal hayat olarak belirledikten sonra toplumsal hayatın madde ve formunu belirlemiştir. Toplumsal hayatın formu hukuk, daha doğrusu regülatif niteliği sahip tüm toplumsal kurallardır. Madde ise sosyal ihtiyaçların karşılanmasına yönelik tüm eylemlerdir. Daha sonra, toplumsal hayatın formunun ayrı bir bilimsel incelemeye tabi tutulacağını söylemiş, bu noktada hukuk kurallarını diğer toplumsal kurallardan ayırmak için yeniden madde ve form düalizmine başvurmuştur. Buradan hareketle, Stammler'in bir şeyin *neliğini* belirlerken ilk çağ ontolojik tartışmalarını takip

⁴⁶ Çağıl (1947-b) s. 1566.

⁴⁷ Çağıl (1947-b) s. 1562.

⁴⁸ Stammler, s. 165.

⁴⁹ Husik, s. 380; Türkçesi için bkz. Güriz, Adnan (2014) Hukuk Felsefesi, Siyasal Kitapevi, Ankara, s. 354.

ettiği, bilhassa da Platon ve Aristoteles'in madde ve form teorilerini kullandığı ileri sürülebilir. Stammler, formu değişime konu olanın karşısında değişmez (daimî, kalıcı) unsurların bütünlüğü olarak tanımlamış, maddenin değişebilirlik özelliğine dikkat çekerek, onun form olmadan tek başına incelenemeyeceğini dile getirmiştir. Stammler, *Theory of Justice* isimli eserinde, bu kavramları Aristoteles geleneğine göre kullandığını söylemesine rağmen⁵⁰ görüşlerinde Platoncu esinlenmelerin de olduğu düşünülebilir. Madde ve formun her zaman bir arada bulunduğunu söylerken madde ve form ilişkisinde Aristotelesçi hiyerarşiyi benimsemiştir. Hukukun amaçsallığını ise Platoncu anlamda form, yani ide kavramıyla açıklamış ve amacın ya da idenin adalet olduğunu söylemiştir. Aristoteles bakış açısıyla düşünersek, amaçsal anlamdaki bu formun da hukuka içkin olması gereklidir. Bir başka deyişle, ide (form) olarak adalet, hukukun içerisinde olmalıdır. Stammler'de ve genel olarak modern hukuk düşüncesinde kabul edilen görüşlerde ise hukukun bir varlık olarak adalet olmaksızın da hukuk olduğu ileri sürülmekte, ancak her daim adalet idealini gerçekleştirmesi gerekliliği temenni edilmektedir. Stammler'in Platon'un teorisiyle uyumlu bir diğer görüşü de değişen karşısında değişmeyeceği yaptığı vurgudur. Ancak yukarıda da değinildiği gibi Stammler'in hukukun maddesini -değişebilir içeriğini- incelemeye değer bulmadığını söylemek doğru değildir. Fakat o, hukuk felsefesinin esasen değişebilir kavramlardan çok hukuki düşüncenin saf formlarıyla meşgul olması gerektiğini belirtmiştir⁵¹.

Stammler'in görüşleriyle aynı doğrultuda olarak, Türk hukuk literatüründe Işıktaç'ın madde ve form ile ilgili görüşlerini görmekteyiz. Işıktaç'a göre form, düzensiz ve belirlenmemiş olana karşılık *sınırlanmış* ve *düzenlenmiş*⁵² olanı kastetmektedir. Form bir çerçeveyi, içeriğin dışında olan ve çoğu kez tartışmasız belirlenebilir olanı göstermektedir. Hukuk, form ile işlevsel olabilmektedir. Bu açıdan hukukun toplumsal yaşamı düzenleme işlevi ancak form, bir diğer deyişle, normlar aracılığıyla gerçekleşebilmektedir. Form, hukuk normlarını biçim olarak içerikten bağımsız şekilde inceleme olanağı vermektedir⁵³. Dolayısıyla, Işıktaç için hukukta form, düzensiz ve belirlenmemiş olan toplumsal gerçekliği sınırlayan, düzenleyen ve biçim veren olarak hukuk normu, madde ise bu normun içeriği

⁵⁰ **Stammler, Rudolf** (1925) *The Theory of Justice*, Trans. Isaac Husik, The Macmillan Company, New York, s. 167-169.

⁵¹ **Husik**, s. 377.

⁵² Sınırlanma ve belirlenme kavramları, 18. yüzyıl bilim anlayışının hukuka yansımalarına bir çağrışım yapmaktadır. İleri bölümlerde değinileceği üzere Austin'in kitabı *The Province of Jurisprudence Determined* yani Hukukun "Belirlenmiş" Alanı'dır.

⁵³ **Işıktaç, Yasemin** (2004) *Hukuk Normunun Mantıksal Analiz ve Uygulaması*, Filiz Kitabevi, İstanbul, s. 19-20.

anlamına gelmektedir. Bu ikisi arasındaki ilişki hususunda da her ikisinin de önemli olduğu vurgulanmakla birlikte form lehine bir tavır takındığı söylenebilir. Buna göre, biçim ve içerik (ya da madde ve form) arasında bir çatışma olduğu takdirde hukukun kavramsallaştırılıp, kurumsallaştırılması, dolayısıyla formun ön plana çıkarılması gerekecektir. Hukukun değerlendirilmesinde maddenin göz ardı edilmesi gerçek hukuki problemlerden kaçınmak için bir bahane niteliği taşımaktadır. Ancak hukukun formu olan soyutlama, genelleştirme ve kavramsallaştırma hukukun vazgeçilmez niteliklerini teşkil etmektedir⁵⁴.

Işıқтаç'ın görüşlerinden iki sonuca ulaşmamız mümkündür. İlk olarak, maddeyi ikinci plana atan ve formu öne çıkaran bir hukuki değerlendirmenin, eksik bir değerlendirme olduğunu söylemekle birlikte bu değerlendirme yine de geçerli bir hukuki görüş olarak kabul edilmektedir. Buna karşın, form unsurunun geri planda kaldığı bir değerlendirmenin yok hükmünde olacağını belirtmiştir. İkincisi, Işıқтаç, hukukta madde ve formun, biçim ve içerik olarak anlaşıldığını göstermekle birlikte form unsurunun, kavramsallık, kurumsallık (sistemsellik), genelleme ve soyutlama ile ilişkisini ortaya koymaktadır. Hukukta formun bu belirtilen nitelikler ile ilişkisi aşağıda detaylı olarak incelenecektir.

2. Maddi ve Formel Gerekçeleştirme Teorilerine göre Madde ve Form

Hukuki gerekçeleştirme yargısal kararın rasyonel dayanağını tespiti yönelik bir çaba olarak tanımlanabilir⁵⁵. Hukukta form ve madde kavramlarının kullanımlarını incelediğimiz bu bölümde değineceğimiz ikinci başlık, hukuki gerekçeleştirme ya da hukuki akıl yürütme (*legal reasoning*) türlerini ifade eden formel gerekçeleştirme ve maddi (ya da esasa ilişkin) gerekçeleştirme teorileridir. Bu analizde kullanılan terimler “madde” ve “form” değil, “formel” gerekçeleştirme ve “maddi” gerekçeleştirmedir (ya da formel sebepler ve maddi sebepler). Bunun sebebi olarak hukuki gerekçeleştirme analizlerinin, hukukta madde ve form konusuna ontolojik değil, epistemolojik olarak yaklaşması gösterilebilir. Epistemolojik yaklaşımla “hukukta form ve madde unsuru nedir?” sorusuna değil, “hukuki bir karar nasıl verilir?” sorusuna cevap aranmaktadır. Bu önemli bir farklılıktır ve çalışmamızın ilerleyen bölümleri için akılda tutulması gereken bir tespitin yapılmasına olanak vermektedir. Modern döneme geçişle birlikte epistemolojinin ontoloji

⁵⁴ Işıқтаç, Yasemin (2001) “Dil, Yorumlama ve Hukuk İlişkisi”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 1, s. 31-32.

⁵⁵ Kılıç, Muharrem (2021) “Gerekçeli Karar Hakkı: Yargısal Kararların Rasyonalitesi”, TAAD, Yıl: 12, Sayı: 47, s. 6.

karşısındaki üstünlüğü, form ve madde unsurları arasındaki ilişkinin hiyerarşik bir ilişkiye dönüşerek, form unsuruna ağırlık verilmesi sonucunu doğurmuştur.

Niemi, “*Hukuki Gerekçelendirmede Form ve Madde*” isimli makalesinde⁵⁶, madde ve form ayrımına iki farklı bakış açısıyla yaklaşıldığını söylemektedir. İlkinde form (ya da formel) ile hukuki kavramlar, madde (ya da maddi) ile bu kavramların uygulanması kastedilmektedir. İkinci yaklaşımda ise formdan, emredici sebepler; maddeden, emredici olmayan sebepler anlaşılmaktadır. Formalist olarak adlandırdığı ilk yaklaşımı doğal hukuk, ikinci yaklaşımı da pozitivist hukukla ilişkilendirmiştir. İlkinde Aristoteles geleneğini takiben, formel olanın kavramsal ve genel olana; maddi olanın ise somut ve bireysel olan işaret ettiğini belirtmiştir. Dolayısıyla kavramsal sistem hukukun formel boyutunu, bu kavramsal sistemin uygulanışı olan hukuki kural ve kararlar da maddi boyutunu oluşturmaktadır. Kavramlar, farklı hukuki meseleleri tanımlayabilmenin, hukuki bir *şeyin* yaratılabilmesinin yegâne aracıdır. Bir başka deyişle, hukuki bir *şey* her daim bir kavrama karşılık gelmektedir. Kavram ve onun tanımı, hukuki bir meselenin özünü oluşturur, onu benzer meselelerden ayırır. Aynı zamanda hukuki sınıflandırma birimidir. Kavramlar sistemi, sınıflandırma sistemi olarak bir bütün halinde hukuksal sitemi oluşturmaktadır. Sistemler, kavramlar arasındaki ilişkilerden meydana gelmektedir. Form, hukukun bu kavramsal boyutunu oluştururken, hukukun maddi boyutu ise bu kavramların görünür hale geldiği, somut yapıya sahip kurallar ve kararlardan oluşmaktadır⁵⁷.

Kavramları form, kavramların uygulanışını ise madde olarak gören Niemi, örneğin soyut mülkiyet kavramı ve onun genel tanımını hukukun formu, mülkiyet kavramına ilişkin kural ve kararları hukukun maddesi olarak görmektedir. Mülkiyet kavramı soyuttur ve bu kavram belirli bir şeyin mülkiyetinden bahsedildiğinde somutlaşır. Mülkiyet kavramı zilyetlik kavramından farklıdır. Böylece, mülkiyet durumunun mülkiyet kavramı ile, zilyetlik durumunun zilyetlik kavramı ile adlandırılması, benzer iki hukuki meselenin birbirinden ayırt edilmesini ve sınıflandırılmasını sağlar. Bu noktada yine Aristotelyen geleneğe göre ayırım yaptığını belirten Stammler’le benzeşmektedir. Çünkü Stammler, kavramların anlamının her zaman değişebilir olduğunu, çünkü her daim bir içerik, yani bir

⁵⁶ Niemi, Matti Ilmari (2010) “Form and Substance in Legal Reasoning: Two Conceptions”, Ratio Juris, Volume: 23, No. 4, pp. 479-492.

⁵⁷ Niemi, s. 481.

maddeye ihtiyacı olduğunu belirtmiştir. Stammeler’de değişir içerik olarak belirtilen madde, Niemi’de değişebilir nitelikteki kural ve kararlar olarak anlaşılabilir.

Niemi’nin, kuralları aşağıda değinilecek görüşlerden farklı olarak form değil, madde olarak tanımlamasının sebebi, kuralların kavramlardan dedüksiyon yoluyla çıkarıldığını kabul etmesidir⁵⁸. Buradan, kavramları kuralların oluşturmadığını tersine, kuralların kavramlar dolayısıyla oluştuğu sonucuna ulaşılır. Niemi’nin bu görüşü tabii hukukçuluk olarak tanımlaması da bunun bir göstergesidir. Bu bakış açısıyla, örneğin, özgürlük kavramı dolayısıyla özgürlüğü düzenleyen kurallar oluşturulur ve bu kuralların yorumlanıp uygulanmasıyla da kurallar bireyselleşir ve somutlaşır. Kavram, kuraldan önce vardır; kural, kavramı somutlaştırır. Bu sebeple, Niemi’nin düşüncesinin tıpkı Stammeler’de olduğu gibi Platoncu esintiler taşıdığı söylenebilir. Çünkü form, ondaki anlamıyla kavram, bir çeşit idea olarak görülmekte ve maddenin kurucusu olarak algılanmaktadır.

Niemi’nin, formu Platoncu şekliyle kullandığını form ve madde ayrımındaki ikinci yaklaşıma dair açıklamalarında da görmekteyiz. Niemi, emredici ve emredici olmayan sebeplere dayanan ayrımın, ilk yaklaşımın eleştirisinden kaynaklandığını belirtmektedir. İkinci yaklaşıma göre, ilk görüşün hareket noktası, apriori şekilde bulunduğu varsayılan hukuki kavram ve ilişkilerdir. Bu düşünce, değişim olgusuna kapalıdır. Oysaki, hukuk âlemi, insan iradesi ile yapılan değişimlerin alanıdır, önceden verili ve değişmez bir sistem değildir. Kavramlar, kuralların içerisinde bulunur, bir başka deyişle, kavram kuralla yaratılır. Dolayısıyla form ve madde ayrımının çıkış noktası değişmez, evrensel, kuraldan önce olduğu varsayılan kavramlar değil, hukuku gerekçelendirmede kullanılan maddi ve formel nedenler olmalıdır. Bu yaklaşımda form, belirli türdeki hukuki kaynakları temsil eder. Eğer bir kural, bir kanunda bir cümle ile ifade ediliyorsa bu onun en yüksek statü veya pozisyona sahip olduğunu gösterir. Bu emredici pozisyon hukukun formudur. Bu cümlenin hukuki değeri, yazarının (kanun koyucu olarak düşünebiliriz) yetkin (emredici) pozisyonuna bağlıdır. Maddede ise önemli olan, gerekçenin pozisyonu değil içeriğidir. Maddi nedende emredici herhangi bir kaynağa atıfta bulunulmaz. Maddi nedende cümlenin hukuki değeri onun içeriğine bağlıdır⁵⁹. Bu yaklaşımda form, maddeye göre üstündür. Asıl olan formel gerekçelendirmedir. Maddi gerekçelendirmelere formel sınırlamalar dahilinde ya da hukuki boşluk durumlarında başvurulur.

⁵⁸ Niemi, s. 482.

⁵⁹ Niemi, s. 483-484.

Niemi, çağdaş hukuku, argümantasyon teorisi doğrultusunda açıklamakta bu sebeple hukuki akıl yürütmede hem formel hem de maddi unsurların, yani hem formel hem de maddi sebeplere dayanılarak gerekçelendirme yapıldığını söylemektedir. Başlangıç noktası, formel nedenlerdir, ancak formel nedenler hukukun genel ilkeleri, kamu düzeni, hakkaniyet gibi çeşitli maddi nedenlerle desteklenmektedir. Bunun yanında formel sebeplere dayanmadan, maddi gerekçelendirme ile hukuki sonuca ulaşılan davalar da söz konusu olabilir.

Özetle Niemi, form ve madde ayırımına iki açıdan yaklaşıldığını söylemektedir. İlkinde formu kavramlar, maddeyi kural ve kararlar oluşturur. İkincisinde form emredici sebepler, madde ise herhangi bir otoriteye başvurmaya genel ilkeler olarak açıklanır. Çağdaş hukuk düşüncesi hukuki akıl yürütmede, ikinci yaklaşımdaki form ve madde unsurlarını esas almaktadır. İlk yaklaşımdaki form ve madde, hukuki akıl yürütmede başvuru nedenleri değildir. Hukuki akıl yürütmede bir gerekçelendirme nedeni olarak bir kavrama başvurulmaz. Kavramlar, hukuki ilişkilerin sınıflandırılmasında önemli rol oynar, hukuku bir sistem haline getirir ama bir kavram, hukuki bir kararın gerekçesi olarak kullanılmaz⁶⁰.

Hukukta form ve madde kavramlarını, hukuki gerekçelendirmede başvuru nedenleri olarak değerlendiren ve bu hususta literatürde en çok atıf yapılan hukukçulardan biri Amerikan eleştirel hukuk okulu temsilcilerinden Duncan Kennedy ve onun 1976 tarihli “*Form and Substance in Private Law Adjudication*” adlı makalesidir. Kennedy’e göre, farklı belirlilik derecelerine sahip normlar hukukun formunu, toplumsal hedef ve amaçları oluşturan tüm sosyoekonomik ilişkiler ağı ise madde boyutunu oluşturmaktadır. Hukukun hem form hem de madde boyutları birbirine zıt iki retorik yaklaşımın hâkimiyeti altındadır. Bunlar, madde boyutunu oluşturan bireyci ve özgeci yaklaşımlar ile form boyutunu oluşturan kuralcı ve standartçı yaklaşımlardır. Kural kavramı ile açık bir biçimde tanımlanmış ve uygulanma kabiliyeti yüksek tüm düzenlemeler kastedilmektedir. Standart ise somut olayın özelliğine uygun hakkaniyetli karar verilmesini sağlayan, bağlayıcılığı görece az olan düzenlemelerdir. Kennedy’nin bu makalesindeki temel iddiası, maddi anlamda özgeci yaklaşımların standartlardan; maddi anlamda bireyci yaklaşımların ise kurallardan yana bir hukuk formunu tercih ettiğidir⁶¹. Dolayısıyla buradaki asıl tartışma konusu hukukta madde ve form ayırımının nasıl yapıldığından ziyade, tercih edilen formun

⁶⁰ Niemi, 487-489.

⁶¹ Kennedy, Duncan (1976) “Form and Substance in Private Law Adjudication”, Harvard Law Review, Volume: 89, No: 8, s. 1685.

işlevini, bu tercihin altında yatan sebepleri ve bunların bireyci ve özgeci sosyal ilişkilerle bağlantısını ortaya koymaktır. Neyin form neyin madde olduğu, hukuki akıl yürütmede kullanılan ve hükmü temellendiren gerekçelerin niteliğine göre anlaşılır.

Kennedy, hukukta formun üç boyutu olduğunu söylemektedir: Bunlar; biçimsel fark edilebilirlik (*formal realizability*)⁶², genellik-özellik ve formalite-kural karşıtlığıdır. Biçimsel fark edilebilirlik, bir kuralın bir standarta göre biçimsel olarak ayırt edilebilir olduğunu kastetmektedir. Standartlar doğrudan yasal düzenlemenin maddi amacına atıfta bulunmaktadır. Standartların uygulanması için hâkimin uyuşmazlıktaki olguları saptayıp bunları, o standarta içkin amaçlar ve sosyal değerler açısından değerlendirmesi gerekmektedir. Kurallar ise keyfiliğin önlenmesi ve kesinliğin gerçekleştirilmesini sağlar⁶³. Örneğin; erginlik yaşının belirli bir kuralla net olarak belirlenmesi halinde herhangi bir hukuki işlemin yapılabilmesi için gereken ehliyet, bu yaşın doldurulmasıyla kazanılacaktır. Bu yaşı henüz doldurmamış ama yapmak istediği işlemin anlamını kavrayabilecek yeteneğe sahip olma ya da bu yaşı doldurmuş olmaya rağmen yapılan işlemin ehemmiyetini tam olarak kavrayabilecek kapasitede olmama durumlarının, her olayda ayrı ayrı dikkate alınmasına gerek kalmayacaktır. Diğer form türü olan standartlarda ise durum farklıdır. Örneğin, iyiniyet, özenli davranma, hakkaniyet vb. standartların varlığı durumunda, her somut olayın kendi şartlarına göre yani, “maddi” sebepler göz önüne alınarak karar verilmesi gerekecektir. Standartların varlığı halinde form tek başına sonuca ulaşmak için yeterli olmayacak, hukukun madde unsuru ile değerlendirilmesi gerekecektir. Kennedy, Jhering’e atıfla formun bu boyutunun bir bedelinin olduğunu belirtmektedir. Örneğin, ehliyet yaşının 21 olarak belirlendiği bir hukuk sisteminde, kesinlik sağlanmış ve keyfilik önlenmiştir. Ancak bu durumda 21 yaşını doldurmamış ancak yeterli olgunluğa sahip bireyler zarara uğramış olacaktır. Ayrıca bir kuralın oluşturulması da esasında bir keyfiliktir. Kanun koyucu ehliyet yaşını 18, 20 ya da başka bir yaş olarak belirleyebilir. Ancak herhangi bir kesinliğin olmadığı ya da keyfiliğin kanun koyucu değil de her bir uygulamacının eline bırakıldığı durumlarla karşılaştırıldığında, bu bedellerin kabul edilebilir olduğunu belirtilmektedir. Bir başka deyişle, kanun koyucunun keyfiliğinin, kanunu uygulayanın keyfiliğine göre da tercih edilebilir olduğunun kabul edildiğini söylemektedir⁶⁴.

⁶² Kavramın Türkçe çevirisi için bkz. Akbaş, Kasım (2015) Hukukun Büyübozumu, Notabene Yayınları, Ankara, s. 41.

⁶³ Kennedy (1976) s. 1688; Akbaş (2015) s. 42.

⁶⁴ Kennedy (1976) s. 1689.

Hukuki formun ikinci boyutu genellik-özellik meselesidir. Erginlik yaşı örneğinden devam edilecek olursa, bu şekilde bir belirlenimle farklı türdeki işlem veya eylemler için (sözleşme imzalamak, evlenmek, sürücü ehliyeti almak, alkol tüketmek vb.) farklı düzenleme yapılmasına gerek kalmayacak ve adeta “bir taşla iki kuş” vurulmuş olacaktır. Genellik ve biçimsel fark edilebilirlik birbirine benzemekteyse de aralarında mantıksal farklılıklar bulunmaktadır. Genel bir kural, özel bir kuralla kıyaslandığında kapsayıcıdır ama aynı zamanda daha yüzeyseldir. Kural genelleştikçe, kesinlik azalmakta dolayısıyla da belirliliğini kaybetmektedir⁶⁵.

Formun üçüncü boyutundaki kural ve formalite ayrımıyla bir yanda yanlış, haksız ya da istenmeyen davranışları yasaklayan kurallar, diğer yanda formalite olarak adlandırılan, bireylerin kendi yapacakları hukuki işlemlerde uyması gereken düzenlemeler bulunmaktadır. Kuralların yaptırımı daha caydırıcı iken, formaliteler bireyleri daha bilinçli davranmaya sevk eden ve yaptırımı hükümsüzlük ya da geçersizlik olan düzenlemelerdir. Dolayısıyla kurallardan farklı olarak formaliteler öze/maddeye ilişkin bir düzenlemede bulunmazlar, amaçları bireylerin bilinçli davranışlarının teyidi ve kendilerini net bir biçimde ifade etmelerini sağlamaktır⁶⁶.

Kennedy, hukukun maddiliğini bireyci ve özgeci, formunu da kuralcı ve standartçı retoriği çerçevesinde dile getirmiş, kuralcı formu bireycilik, standartçı formu da özgecilikle ilişkilendirmiştir. Kennedy’ye özgün olan hukuksal formun kuralcı ya da standartçı olarak ayrılması değil, bir hukuk sisteminde kuralların ya da standartların tercih edilmiş olmasını diğer hukuksal kurumların anlaşılmasında bir temel olarak görmesidir. Bir başka deyişle, bir düzenleme yaparken kural ya da standartı tercih eden yasa koyucu, özgeci ya da bireyci maddi boyuta ilişkin bir tercihte bulunmaktadır⁶⁷. Hukukun formu onun maddesini belirlemektedir. Kennedy’nin hukukun form boyutunun bir türü olarak bahsettiği standart kavramı hukukun özgeciliğiyle, kural da bireyciliğiyle anlam kazanmaktadır. Çünkü madde boyutuyla ilişkilendirilmedikçe bir standardın (formun) anlaşılabilmesi, yorumlanabilmesi ve uygulanabilmesi mümkün değildir. Kennedy’nin asıl önem verdiği nokta, formla madde arasında kurduğu bu ilişkidir. Yani, hukukun formuyla maddesinin nasıl ayırt edebileceğinin değil, formla maddenin ne tür ilişki içerisinde olduğunu göstermeye çalışmaktadır. Çünkü genellikle formun, hukukun maddesinden ayrı ya da bağımsız düşünüldüğünü ancak form

⁶⁵ Kennedy (1976) s. 1689; Akbaş (2015) s. 43.

⁶⁶ Kennedy (1976) s. 1691-1692; Akbaş (2015) s. 44-45.

⁶⁷ Akbaş (2015) s. 45.

tercihinin belirli bir amaç ve hedef içerdiğini ve formun, içeriği-maddeyi-özü belirlediğini ifade etmektedir.

Kennedy'ye göre, bireycilik ve özgecilik çatışması 18. yüzyıldan sonra ortaya çıkmış ve günümüze (makalenin yazıldığı tarih olan 1970'lere) kadar üç aşamadan geçmiştir. 1800-1870 yılları arasındaki ilk aşamada bireycilik, özgecilik karşısında ahlaki bir tutumdan ziyade politik bir tercih olarak görülmüştür. Bu ilk aşamada bireycilik, ahlaki bir gereklilik değil pragmatik bir argümantasyondur (uslamlama). İkinci aşamayı oluşturan 1850-1940 yılları arası döneme damga vuran özgür irade anlayışıdır ve bireycilik ön plandadır. Her türlü etkiden bağımsız bireysel özerklik ve özgürlük alanı ile sorumluluğun ancak kusur ya da sözleşmeye dayandırılabilceği savunulmuş, bu sorumluluğun sınır ve kapsamını belirlemeye odaklanılmıştır. Çelişki duygusunun hâkim olduğu dönem olarak ifade ettiği üçüncü dönemden itibaren ise bireycilik eleştirilmeye başlanmıştır. İkinci dönemdeki bireycilik anlayışı önermelerinin doğruluğunu ve geçerliliğini göstermekte yetersiz kalmış, bireyciliğe özgü rasyonel bir form ve buna uygun özel hukuk içeriği oluşturmamıştır. Ancak özgecilik de bireyciliğe karşı keskin bir başarı elde edememiştir. Bu eğilimlerin her ikisi de insan doğasına, ekonomiye ve topluma ilişkin bir dikotomiye yansımaları sebebiyle hala geçerliliğini korumaktadır⁶⁸.

Kennedy tercih edilen hukuki formun, hukukun maddesini belirlediğini ifade etmişti. Buna göre, form tercihi ile kural ve standartlara ilişkin birtakım olumlu ve olumsuz nitelikler birlikte gelmektedir. Kennedy bunu bir tablo ile göstermiştir⁶⁹:

⁶⁸ Kennedy (1976) s. 1725 vd.; Akbaş (2015) s. 48-50.

⁶⁹ Kennedy (1976) s. 1710; Kavramların Türkçesi için bkz. Akbaş (2015) s. 47.

Tablo 1: Duncan Kennedy’de form tercihinin hukukun maddesine etkisi

KURALLAR		STANDARTLAR	
Olumlu	Olumsuz	Olumsuz	Olumlu
Tarafsızlık	Katılık	Tarafılık	Esneklik
Aynılık	Uymacılık	Kayırcılık	Bireyselleştirme
Kesinlik	Benzeşimcilik	Baştan savmacılık	Yaratıcılık
Belirlilik	Zorlayıcılık	Belirsizlik	Anındalık
Özerklik	Yabancılaşma	Totalitarizm	Katılım
Haklar	Menfaatler	Tiranlık	Topluluk
Mahremiyet	Yalıtma	Fütursuzluk	Alaka
Etkililik	Aldırmazlık	Duygusallık	Hakkaniyet
Düzen	Gericilik	Kaos	Evrım
Titizlik	Cezalandırmacılık	Müşamahakârlık	Hoşgörü
Güvenilirlik	Cimrilik	Romantiklik	Cömertlik
Sınırlılık	Duvarlar	İstila	Empati
İstikrar	Sertleşme	Parçalanma	İlerleme
Güvenlik	Gözdağı	Bağımlılık	Güven

Buna göre, kural ya da standarttan yana bir form tercihi tabloda sayılan olumlu ya da olumsuz bir değer ifade eden maddi bir tercihi yansıtmaktadır. Örneğin, hukuki bir düzenlemede kural formu tercih edildiğinde o kuralın tarafsızlığı sağlayacağı şeklinde olumlu ancak katı ve uyarlanamaz olacağı şeklinde olumsuz bir maddi unsur tercih edilmiş olunacaktır. Tersisi durumda, bir standart ile düzenleme yapıldığı takdirde ise, tarafsızlığın

tehlikeye düşmesi söz konusu olabilirken aynı zamandan esneklik sayesinde daha yaratıcı çözümlerin bulunması mümkün olabilecektir.

Kennedy, bir başka çalışmasında hukuki karara ulaşmanın temel olarak iki şekilde yapıldığını, bunlardan ilkinin kurala göre karar verme, ikincisinin ise maddi rasyonelliğe göre karar verme olduğunu dile getirmiştir. Kurala göre karar vermede, sadece kuralda öngörülen unsurların somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediği incelenir. Diğerinde ise hukuki düzenleme ile ilgili tüm amaç ve hedeflerin saptanması ve bunlarla somut olayın tüm yönlerinin birlikte değerlendirilerek karar verilmesi söz konusudur. Kennedy her iki durumun da kurala uygun karar verme olduğunu belirtmektedir. İlkinde amaç sadece kuralın mekanik bir biçimde uygulanmasıdır. İkincisinde ise kural, belirlenecek amaçlara uygun bir şekilde olayın tüm özellikleri gözetilerek uygulanır⁷⁰. Buradan da yine benzer şekilde salt kuralın hukukunun formunu, kuralın uygulanmasını sağlayacak olan somut olayın özelliklerine göre belirlenecek amaç ve hedeflerin ya da diğer deyişle sosyoekonomik ilişkilerin, hukukun maddi rasyonalitesini yani maddesini oluşturduğunu belirttiği söylenebilmektedir.

Hukuki gerekçelendirme kuramına göre yapılan madde form ayrımında bir diğer önemli çalışma ise Summers ve Atiyah tarafından gerçekleştirilmiştir. Yazarların bu çalışmadaki amacı İngiliz ve Amerikan hukuk sistemlerinin dayandıkları gerekçelendirme yöntemlerini karşılaştırmaktır. Yaptıkları analizde İngiliz hukuk sisteminin Amerikan hukuk sistemine göre daha formel olduğu sonucuna varmışlardır⁷¹.

Atiyah ve Summers, 1987 tarihli çalışmalarında, form ve madde kavramlarını hukukta gerekçelendirme ya da hukuki akıl yürütme (*legal reasoning*) perspektifinden ele almışlardır. Görüşleri Kennedey'nin görüşleri ile benzer özellikler göstermektedir. Ancak Kennedy'nin asıl amacı hukukta madde ve formun özelliklerine yahut unsurlarına ilişkin olmadığından ayrıma dair ayrıntılı analize yer vermemiştir. Atiyah ve Summers ise madde ve formun ne anlama geldiğini daha ayrıntılı bir şekilde açıklamışlardır. Maddi gerekçelendirme genel olarak ahlaki, ekonomik, politik ve diğer toplumsal faktörleri temel alan akıl yürütme yöntemi olarak tanımlanmıştır. Atiyah ve Summers, maddi gerekçelendirmenin de ikiye ayrıldığını belirtmişlerdir. İlki genel güvenlik, ailenin

⁷⁰ Kennedy, Duncan (1973) "Legal Formality", The Journal of Legal Studies, Volume: 2, No: 2, s. 355.

⁷¹ Atiyah, P.S./Summers, Robert S. (1987) Form and Substance in Anglo-American Law, Clarendon Press, Oxford.

korunması gibi belirli bir hedefin sağlanmasına yönelik (*goal reasons*) maddi gerekçelendirir. Bu tür gerekçelendirme sonucu ya da faydacı ahlak anlayışıyla⁷² ilişkilendirilir. Sosyal bir hedef olarak hukuki düzenlemenin doğrudan sonuçların değerlendirilmesi söz konusudur. İkinci tür maddi gerekçelendirme ise haklılık ve hakkaniyete göre (*rightness*) gerekçelendirir. Bu gerekçelendirmeyi daha ziyade ödevci ahlak anlayışıyla⁷³ ilişkilendirmişlerdir⁷⁴.

Summers ve Atiyah, hukukun form boyutu ya da formel gerekçelendirmenin ise çoğunlukla yazılı olma ya da mühürlü-imzalı olma gibi geçerlilik şartları yahut daha genel tabiriyle şekil şartları ile bir tutulduğunu ancak bunun hatalı olduğunu dile getirmiştir. Formel gerekçelendirmeler hukukta her yerde sayılamayacak kadar çok miktarda bulunur. Örneğin, parkta araba kullanımını yasaklayan bir kural olduğunu ve bir kişinin çok önemli bir toplantıya geç kalmamak için yolunu kısaltmak amacıyla bu kuralı ihlal ettiğini varsayalım. Hâkim, bu olayda kişinin maddi gerekçelendirmesine bakmayacaktır. Kuralın olması yeterlidir. Haksız bir sonuç doğurup doğurmadığı değerlendirme dışıdır. İşte bu olay formel gerekçelendirmenin bir örneğidir. Amerika hukuk sistemi üzerinden düşünecek olursak üst mahkeme kararının alt mahkeme için bağlayıcı olması da bir formel gerekçelendirir. Bir kanunun lafzi yorumu formel gerekçelendirir⁷⁵. Summers ve Atiyah’a göre formel gerekçelendirmeler şu şekilde ifade edilebilir⁷⁶:

- 1) Kanun ya da genel anlamıyla kural. Kurallar arasında da bir formellik derecelendirmesi yapılabilir, bazı kurallar diğerlerinde göre daha formel olabilir.
- 2) Taraflar için hak ve sorumlulukların nihai belirleyicisi olarak mahkeme kararları.
- 3) Usul hukuku kuralları.

⁷² Ahlaki eylemin değerini belirleyen şeyin eylemin ahlaki bir ilke yasa ya da kurala uygunluğu yerine, eylemin sonucu olduğunu, ahlaki eylemin ürettiği sonuçla değerlendirilmesi gerektiğini söyleyen ve bu nedenle eylemin sonuçlarını ön plana çıkaran ahlak anlayışını; ahlaki eylemin doğruluğunun, iyiliğinin, evrensel bir yasa, ilke ya da ölçüt yerine, yalnızca eylemin ürettiği sonuçlarla değerlendirilmesi gerektiğini savunan ahlak görüşünü ifade eder. **Cevizci** (2000) s. 867.

⁷³ Ahlaki bir eylemin doğruluğu ya da yanlışlığının eylemin sonuçlarından bağımsız olarak birtakım ahlaki ödev ya da davranış kurallarını yerine getirip getirmemesi tarafından belirlendiğini, ahlakta eylemin sonucundan çok eylemin temelindeki ilke ve ödevin önemli olduğunu savunan, insanın akıllı ve sorumlu bir varlık olarak yerine getirmek durumunda olduğu birtakım ödevleri olduğu düşüncesinden hareketle ahlakın temeline ödevi yerleştiren ahlak anlayışdır. **Cevizci** (2000) s. 715.

⁷⁴ **Atiyah/Summers**, s. 5-6.

⁷⁵ **Atiyah/Summers**, s. 8.

⁷⁶ **Atiyah/Summers**, s. 10-11.

4) Belirli bir statü oluşturan kurallar. Evlilik, vatandaşlık gibi statüler belli hak ve ödevler için formel gerekçelendirmelerdir. Örneğin, bir ülkede doğmak o ülkenin vatandaşlığını kazanmak için yeterli olabilir. Ailesinin nereli olduğu ya da o dili konuşup konuşmadığı gibi esasa ilişkin sebeplere bakılmaz. Şirketlerin tüzel kişilik kazanması gibi kişilik hukukunu düzenleyen kurallarda da son derece formeldir.

5) Zaman, mekân ve miktara ilişkin rastlantısal ya da nedensiz kurallar. Örneğin, jürinin 12 kişi olması, vasiyetnamenin 2 kişinin şahitliği ile olması, erginlik ya da evlilik yaşı gibi.

6) Hak ve görevleri sabitleyen, kristalleştiren kurallar. Sözleşme sorumluluğu. Mesela imza, kişinin bir sözleşmenin tarafı olması için formel gerekçelendirir. Kişinin sözleşmeyi okuyup okumadığı önemli değildir. (Buna ilişkin bir mahkeme kararı ikinci bölümün sonunda “Okuma Yazma Bilmeyen Kişinin İmzasından Sorumluluğu” başlığında incelenecektir.)

Summers, sonraki çalışmalarında formel ve maddi gerekçelendirmenin ne olduğu konusunda yapmış olduğu tanımlamaları yetersiz bulmuştur. 1987 yılında yazmış oldukları kitapta maddeyi ahlaki, ekonomik ve diğer sosyal faktörlere ilişkin olma ve formu madde haricinde kalan her şey olarak tanımlamanın form konusunda tam bir tanım vermediğini, aslında bu şekilde formun ne olduğunu değil, ne olmadığını açıkladıklarını bir başka deyişle, olumlu değil olumsuz bir tanım yaptıklarını söylemiştir⁷⁷. Summers ayrıca form ve madde arasında çoğunlukla iddia edildiği üzere bir dikotomi bulunmadığını, hukukun formel boyutu sayesinde adalet, temel hak ve özgürlükler ve diğer değerlerin kodifiye edildiğini ve dolayısıyla form ve maddenin bir arada bulunduğunu belirttikten sonra, yeni bir form tanımı yapma teşebbüsünde bulunmuştur.

Summers ilk olarak, bir hukuk sisteminde her kurumun ve bu sistemdeki temel fonksiyonel her birimin ayırt edici bir forma sahip olduğunu söylemektedir. Form sistematik olarak, kimin, neyi, ne zaman, nasıl ve hangi araçlarla yapacağını düzenler. Summers, formu en kısa tabiriyle kurumsal düzen olarak algılamaktadır. Bu kurumsal düzen, yapı, usul, metodoloji gibi alt bölümlere ayrılabilir. Daha anlaşılır olabilmesi için bir hukuki birim olan mahkeme kurumunu örnek olarak incelemektedir. Kurumsal olarak mahkemenin kendine

⁷⁷ Summers, Robert S. (2001) “The Place of Form in the Fundamentals of Law”, Ratio Juris, Volume: 14, No: 1, s. 107.

özgü formel nitelikleri bulunmaktadır. Örneğin mahkeme doğası gereği iddia, savunma ve hakemden oluşan üç bileşenli bir karaktere sahiptir. Bağımsızlık, her bir tarafın davranışının belirli kurallarla düzenlenmiş olması gibi özellikler de bu formel karakter içerisindedir. Ancak bunun haricinde personel, maddi kaynaklar, kullanılan teknoloji gibi faktörler, formel özellikler arasında sayılamaz. Summers bu ayrımı şu şekilde yapar. Bir kurumun formel olmayan özellikleri sabit tutulup, formel özellikleri değiştirilerek tamamen farklı bir kurum oluşturulabilir. Örneğin, mahkemenin personeli ve araçları sabit tutulup, kurumsal yapısı değiştirilerek farklı idari bir kuruma dönüştürülebilir. Ancak tam tersi yapıldığında, yani formel yapısı sabit tutulup personeli ve araçları değiştirildiğinde, mahkeme kurumu yine mahkeme olarak kalmaya devam edecektir⁷⁸. Summers'ın form ve madde konusundaki bu yeni görüşlerini açıklayan örneği, Saussure'ün yapısalcılığı açıklarken verdiği tren örneğiyle oldukça benzeşmektedir:

“Örneğin, yirmi dört saat arayla kalkan iki ‘20.45 Cenevre -Paris’ ekspresinin özdeş olduğunu söyleriz. Lokomotif, vagonlar, görevliler, kısacası her şey değişiktir belki, ama bize göre bu hep aynı eksprestir. Bir başka örnek verelim: Bir sokağı bozup yeniden yapsalar, bunun gene aynı sokak olduğunu söyleriz; oysa, belki de eski sokaktan özdeksel olarak en küçük bir iz bile kalmamıştır. Nasıl oluyor da yeni baştan yapılan bir sokak gene aynı sokak sayılabiliyor? Çünkü sokağın oluşturduğu kendilik salt özdeksel nitelikli değildir ve rastlantısal özdekle ilgisiz birtakım koşullara -örneğin, sokağın öbür sokaklara göre konumuna- dayanır. Aynı biçimde, ekspresin özelliği, kalkış saati, geçtiği yollar ve genel olarak onu öbür ekpreslerden ayıran tüm koşullardır. Aynı koşulların gerçekleştiği bütün durumlarda aynı kendilikler elde edilir. Bununla birlikte, kendilikler soyut değildir, çünkü bir sokak ya da ekspres özdeksel bir gerçekleşme dışında düşünülemez”⁷⁹.

Yapısalcılık ve form ilişkisi aşağıda daha detaylı inceleneceğinden burada sadece iki örnek arasındaki benzerliğe dikkat çekmek istenmiştir. Bununla birlikte, Summers'ın gerekçelendirme kuramına göre madde ve form ayrımının ontolojik madde form ayrımına dönüştüğü de söylenebilir. Bir şeyin her ne ise o olmasını sağlayan kurucu bileşen olan form ile Summers'ın bir yapının formel özellikleri olarak tanımladığı şey aynı anlama gelmektedir. Summers'a göre, bir hukuki birim olan mahkemeye uyarlanan sistematik ve kurumsal düzen olarak form kavramı hukukun her alanı için geçerlidir. Öyle ki hukukun adeta form tarafından istila edildiğini (*pervasiveness*) belirtmektedir. Mahkemelerde,

⁷⁸ Summers (2001) s. 108-110.

⁷⁹ Saussure, Ferdinand de (1998) Genel Dilbilim Dersleri, Çev: Berke Vardar, Multilingual, İstanbul, s. 163-164.

yasama organlarında, idari kurumlarda kısaca hukukun oluşturulması ve uygulanmasına ilişkin her aşamada formun bu bariz üstünlüğünün görüldüğünü söylemektedir. Ona göre bu durum, sadece devletin yaratmış olduğu hukukla da sınırlı değildir. Aynı şey bireylerin kendi aralarında yarattıkları hukukta da –sözleşme gibi- geçerlidir. Kısaca, tüm hukuk sistemi ayırt edici bir formel niteliğe sahiptir⁸⁰.

Summers, Hart ve Kelsen'in savunduğu kural merkezci yaklaşım yerine kendi tabiri ile form merkezli yaklaşımı (*form-oriented approach*) oluşturmuştur. Ona göre, kural merkezci yaklaşım sadece kurallara odaklanıp diğer işlevsel hukuki birimleri (*functional legal units*) ihmal etmektedir. Buna karşın form merkezli yaklaşım sadece kurallarla değil, tıpkı kural gibi işlevsel bir hukuki birim olan yasama organı ve mahkeme gibi hukuki kurumlar, hukuk metodolojisi ve hukuki yaptırımların her birine ayrı ayrı odaklanmaktadır⁸¹. Summers, 2006 tarihli çalışmasında sırasıyla yasamanın, hukuk kuralının, sözleşmelerin, hukuki metodolojinin, yaptırımların ve hukuki çarelerin (*legal remedies*) formlarını detaylı biçimde incelemiş, akabinde topyekûn hukuk sisteminin formunu açıklama girişiminde bulunmuştur. Bunlardan örneğin, bir hukuk kuralının sahip olması gereken minimum temel formel özellikleri şu şekilde sıralamıştır⁸²: Bir hukuk kuralı;

- 1) Linguistik olarak ifade edilmiştir,
- 2) Direkt ya da dolaylı olarak yasaklar, izin verir, gerekli kılar ya da diğer şekillerde bir davranışı/eylemi yönlendirir,
- 3) Geneldir,
- 4) Belli bir dereceye kadar kesindir,
- 5) Asgari düzeyde tamamlanmıştır,
- 6) Diğer kurallarla ilişkilidir,
- 7) Açık ya da kapalı bir biçimde siyasete ya da hukukun diğer amaçlarına hizmet eder.

⁸⁰ Summers (2001) s. 111.

⁸¹ Summers, Robert S. (2006) Form and Function in a Legal System, Cambridge University Press, s. 72 vd.

⁸² Summers (2001) s. 116.

Summers'ın hukuki gerekçelendirme temelinde yaklaştığı form kavramı ile form merkezli yaklaşım dediği ve her bir işlevsel hukuki birim olarak öngördüğü kurumların genel formel özelliklerini belirlerken kullandığı form kavramı farklıdır. Sonraki çalışmalarında, ilk çalışmasında formellik olarak saptadığı hukuki kurumların formunu belirlemeye çalışmıştır. Örneğin ilkinde bir kurala ya da mahkeme kararına göre karar vermenin forma göre karar verme olduğunu söylemiş, sonrasında kuralların ya da mahkeme kararlarının formunu belirlemeye çalışmıştır. Bir diğer önemli fark da ilkinde formel olmayan hukuk için kullandığı ve ahlak, ekonomi ve diğer toplumsal faktörlerle ilişkilendirdiği esasa ilişkin hukuk kavramına sonraki çalışmalarında farklı bir şekilde değinmiştir. Formu, hukuk politikasının, hukuk devleti ilkelerinin, temel hak ve özgürlüklerin yani, daha önce madde olarak gördüğü unsurların aracı ve gerçekleştircisi olarak ele almıştır.

Soper, Summers'ın hukukun form ve madde boyutunu mutlak bir şekilde ayırarak forma öncelik verdiğini ancak sonrasında formun, hukuk devleti ilkelerinin aracı ve gerçekleştircisi olarak maddeyi tamamladığını, iyi bir formun iyi bir maddeyi doğurabileceğini belirterek ikisi arasındaki ayrımı muğlaklaştırıp, formun maddeye önceliği tezini anlamsızlaştırdığını söylemektedir⁸³. Ayrıca, Summers form kavramına eserinde atıf yapmış olmasına rağmen felsefi anlamındaki zenginliği karşılamayacak şekilde sadece “şekil-düzen” boyutuyla değinmiştir. Bu şekliyle hukuktaki form ve esas diyalektiği ontolojik anlamda madde ve form birlikteliğini karşılamamaktadır. Aristoteles'te madde ve form bütüncül ve de tamamlayıcı olmakla birlikte bağımsızdırlar. Örneğin bir vazonun maddesini ve formunu ayrı ayrı değiştirerek aynı erekselliği yani başka bir vazoyu tanımlamak mümkündür. Ancak Summers'ın bir belirlilik olarak ifade ettiği form tanımlamasına göre, formun değiştirildiğinde ortada hala hukuk kuralı diyeceğimiz bir kuralın kalması mümkün gözükmemektedir. Örneğin hız sınırını 50 km olarak belirleyen bir kuralın belirliliği onun formunu, 50 km'lik hız sınırı içeriğini yani esasını oluşturur. Formu sabit tutarak içeriği değiştirip 55 km yapmak mümkündür ve elde edilen yeni kural da bir hukuk kuralı olarak değerlendirilecektir. Ancak formellik değiştirildiğinde hukuk kuralının varlığından söz edilemeyecektir⁸⁴. Soper ayrıca hukukta esasın formu beraberinde getirdiğini ve formun esasını takip ettiğini söylemektedir. Form mutlak surette değere ilişkin

⁸³ **Soper, Philip** (2007) “On the Relation Between Form and Substance in Law”, Ratio Juris, Volume: 20, No: 1, s. 57.

⁸⁴ **Soper**, s. 58-59.

unsurlar barındırır. Formun değerden bağımsız (*value-neutral*) bir tanımının yapılması mümkün değildir.

Sonuç olarak buraya dek yapılan açıklamalar uyarınca, maddi ve formel gerekçelendirme teorilerine göre hukukun form ve maddesine ilişkin çıkarımlarımızı özetleyelim: Bu başlık altında sırasıyla Niemi, Kennedy ve Atiyah-Summers'ın birlikte ve Summers'ın tek başına yaptığı analizlere yer verilmiştir. Niemi'nin emredici sebeple, Kennedy'nin bireycilikle, Atiyah ve Summers'ın altı maddeyle açıkladığı (kanun, kural, karar, usul kuralı, statü yaratan karar vb.) formel gerekçelendirmeye göre form, hukuki karara ulaştıran belirli, açık, sabit, somut, kesin vb. nitelikteki bir kural (ya da mahkeme kararı) olarak anlaşılmaktadır. Burada kuralın içeriğine değinilmemiş, belirli ve kesin oluşu üzerine odaklanılmıştır. Maddi gerekçelendirme ise Atiyah ve Summers için ödevci ya da sonuççu ahlak anlayışı iken, Kennedy için amaca uygunluktur. Form *belirliliği* sağlarken, madde *amaca* uygunluğu sağlamaktadır. Bununla birlikte Niemi, formu açıklarken hukukun *kavramsal* niteliğine atıfta bulunmuştur. Summers, Atiyah ile yaptığı çalışmasından sonraki monografik eserlerinde formu, yapısalcılık anlamındaki forma benzer şekilde açıklamıştır. Yapısalcılıkla ilgili değerlendirmelere aşağıda yer verilecektir. Burada belirttiğimiz belirlilik, amaç ve kavramsallık nitelikleri aşağıda hukukun madde ve formunu tespit ederken kullanacağımız unsurlardır.

3. Hukuki Formalizm ve Hukukun Formu

Hukukun formunun ne olduğu ile ilgili bir soruşturmada hukuki formalizm akımının incelenmesi kaçınılmazdır. O nedenle, bu başlık altında teknik bir kavram olarak hukuki formalizmin form anlayışının, şu ana kadar dile getirilen form tanımlamalarıyla ilişkisi üzerinde durulacaktır.

Hukuki formalizmin genel kapsayıcı bir tanımının yapılması oldukça zordur. Zira bu “izm”in hukukta bir okulu mu, bir metodolojiyi⁸⁵ mi yoksa bir gerekçelendirme kuramını⁸⁶ mı temsil ettiği tartışmalıdır. Ayrıca formalizm genel itibarıyla pejoratif bir anlam taşıdığından hukuk düşünürleri ya kendilerini formalist olarak tanımlamamakta ya da formalizme karikatürize edilmiş indirgemeci bir bakış açısıyla yaklaşıldığından bahisle onu

⁸⁵ Şahin Ceylan, Şule (2016) “Hukukun Geometrisi: Christopher Columbus Langdell”, Adnan Güriz’e Armağan, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, s. 256.

⁸⁶ Gürler, Sercan (2008) “Çağdaş Hukuki Formalizm ve Ernest Weinrib'in Yaklaşımı”, İÜHF, Cilt: LXVI, Sayı: 2, s. 95.

revize ederek açıklama yolunu seçmektedirler. Bu sebeple de formalizmin, formalistler tarafından değil, daha çok anti-formalistler tarafından tanımlanan bir hukuk düşüncesi olduğu söylenebilir.

Bir hukuk akımı olarak formalizm, 19. yüzyılda Amerika’da hâkim olan hukuk düşüncesidir. En indirgemeci tanımıyla formalizm, hukuku “forma uygun karar verme” olarak görür. Bu hukuk düşüncesini kritik eden realistler ve eleştirel hukuk akımı taraftarlarının savlarından derleyebileceğimiz temel iddiaları, hukukun rasyonel, objektif sistem olarak öngörülebilir sonuçlar doğuran bir disiplin olduğunun kabulüdür. Geleneksel formalizm, kurallar formundaki hukukun kendi uygulama alanını ve sınırını tanımladığı, hukukun öngörülebilir sonuçlar doğuran meşru bir mekanizma olduğu savındadır. Bu anlamda hukuk, rasyonel ve tutarlı bir yapıdır. Formel hukuk belirsizlik, düzenlik ve kaosu sisteme kavuşturan objektif bir hukuktur. Hâkimler, uyuşmazlıkların çözümünde kişisel ve siyasi kanaatlerinden bağımsızdır, ancak sistemin objektif kurallarıyla bağlıdır. Formalizm, rasyonellik ve evrensellik düşüncesini içinde barındırır. Dolayısıyla formalizm, objektivizm ve evrenselcilikle birlikte anılmaktadır⁸⁷.

Kennedy, bir modern dönem düşüncesi olarak algılanan hukuki formalizmin kökenlerinin çok eskiye dayandığını ifade etmiştir. “Primitif formalizm” olarak tanımladığı formalizmin ilk türü, hukuki sorunların kehanet ya da düello gibi irrasyonel yöntemler kullanılarak çözülmesidir. İkinci primitif formalizm türü ise Roma ve orta çağ İngiliz hukukunda rastlanılan, tarafların sadece belirli kalıplara uygun olarak hareket ettiği takdirde hukuki korumadan yararlandığı “*legis actio*” ve “*writ*” sistemleridir⁸⁸.

Kennedy, modern anlamdaki formalizmin betimleyici karakterinden bahsetmektedir. Formalizm, bir hukuk sistemini ya da bir kurallar topluluğunu olumlu ya da olumsuz bir değer atfetmeksizin niteleyen bir sıfattır. Sistemler, formalizmin derecelerine ya da türlerine göre nitelendirilebilir. Bir hukuk sistemi, esasa ilişkin hukuki taleplerin başarısını belirli prosedürlerin takip edilmesine bağlamışsa prosedürel formalist; hukuki işlemlerin geçerliliğini spesifik formalitelerin gerçekleştirilmesine dayandırmakta ise işlemsel formalist (*transactionally formalist*); devlet erkinin usuli ve işlemsel formalitelerle çevrelendiği ölçüde idari olarak formalisttir. Bunun yanında formalizm niceliksel olarak,

⁸⁷ Aktaş, Sururi (2011-a) Eleştirel Hukuk Çalışmaları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, s.66.

⁸⁸ Kennedy, Duncan (2001) Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences, Ed: Neil J. Smelser/Paul B. Baltes, Volume: 13, Elsevier, s. 8634.

hukuk sistemlerini formalitelere uyulmasındaki ısrarcılığı ve uyulmadığı takdirde yokluk yaptırımının mutlaklığına göre derecelendirilebilir. Ayrıca, betimleyici kategorideki formalizm yorum teknikleri ve yorum yapılırken amaç, genel politika, hukuk düzeni gibi hukuk dışı (*extra legal*) referanslara başvurulmasına göre değişik türlere ayrılabilir⁸⁹.

Troop formalizmi, doktrinel formalizm ve temsili formalizm olarak ikiye ayırmaktadır. Doktrinel formalizmi, hâkimlerin davranışlarının kurallarla temsil edilebileceğini (açıklanabileceğini) iddia eden formalizm türü olarak tanımlamaktadır. Temsili formalizm ise kural formalizmi olarak da bilinen, hâkimlerin belirli kuralları takip ederek (dedüktif metotla) bir hukuki sonuca ulaştığını savunan klasik formalist düşüncedir. Doktrinel formalizm, tek bir hâkimin değil, belirli bir zamanda belirli bir sistemde görev yapan tüm hâkimlerin davranışlarıyla ilgilenir ve doktrin kavramı da bu hâkimlerin tümünün sahip olduğu bir tür psikolojiyi ifade etmektedir. Doktrinel formalizmde hâkimlerin davranışı kurallarla tarif edilebilir, ancak temsili ya da kural formalizminde hâkimlerin davranışını belirleyen şey sadece kurallardır. Troop, farkın daha iyi anlaşılabilmesi için verili komutları takip eden bir bilgisayar ve yere bırakılan bir top örneğini verir. Buna göre, bilgisayarın yaptığı şey komutun birebir bir ya da adım adım uygulanmasıdır. Serbest bırakılan topun yere düşmesi ise yer çekimi kanunu uyarınca açıklanır ama topun kendisinin bu kanunu uyguladığı söylenemez. Yani doktrinel formalizme göre, hâkimlerin davranışlarını birebir kuralların uygulanması olarak görülmesi yanlış olsa da bu davranışların kuralları (ya da doktrin) tarafından tanımlanması ya da tahmin edilmesi mümkündür⁹⁰.

Troop'un doktrinel formalizmle, formalizme yöneltilen eleştirilere cevap verdiği diğer husus, hukukun bir bilim olduğu iddiasıdır. Troop'a göre, hukuk bilimi en iyi dilbilimi ile kıyaslanmalıdır. Dilbilim kurallarının da formüle edilmesi oldukça zordur ve hukuk gibi dil de zamanla değişen bir olgudur. Ayrıca hukuki çıkarımla bilimsel çıkarım başka yönlerden de benzerlik göstermektedir. Hiçbir bilimsel çıkarım salt tümden gelim yöntemine dayanmaz. Bilimsel bir keşif hiçbir zaman mekanik bir keşif değildir. Bilim adamları da belli tahminlere dayanarak çıkarımlarda bulunurlar. Doktrinel formalizm de tamamen dedüksiyona dayanmadığı için eleştirilmesi hatalıdır. Ayrıca formalistler de ampiristtir ancak onların deneyleri ve verilerini davalar ve onların sonucu oluşturur. Gözlemlerinin

⁸⁹ Kennedy (2001) s. 8634.

⁹⁰ Troop, Paul (2018) "Why Legal Formalism Is Not a Stupid Thing", Ratio Juris, Volume: 31, No: 4, s. 428.

konusu da aynı şekilde hâkimlerce kaydedilen olgulardır⁹¹. Bu anlamda hukuki formalizm, hukukun kayda değer bir teorisini oluşturmaktadır.

Weinrib'e göre felsefi olarak formun birbiriyle bağlantı üç anlamı bulunmaktadır. Bir şeyin formu, o şeyi o şey olarak algılamamızı sağlayan, ona özgü spesifik karakteridir. İkinci olarak, form o şeye birlik veya bütünlük katar. Son anlamıyla form, o şeyi belirli bir sınıfa ya da gruba ait bir tür olarak anlamamızı sağlar⁹². Dolayısıyla bir normu hukuk kuralı olarak vasıflandırdığımızda, kurala özgü belirli bir karakteri, o kuralın bu karaktere sahip diğer kurallarla oluşturduğu birliği ve o kuralı da bu birliğin bir üyesi olarak anlamamızı sağlayan şey hukukun formudur.

Weinrib, formalizme doğal hukukçu bir bakış açısı getirmeye çalışmıştır. Hukukun kendine özgü “içkin bir düşünme tarzı” olduğu ve bu düşünme tarzının mükemmel olmamakla birlikte ahlaki bir düzen oluşturduğunu söyleyerek aslında pozitivizmin bir uzantısı olarak kabul edilen formalizmi doğal hukuk geleneği ile ilişkilendirmiştir. Hukukun içkin bir düşünce tarzı olması “hukuku kendisinden hareketle anlamayı mümkün kılacak içeriden bir bakış açısına sahip olmasıdır”. Hukukun tutarlılığı, aklın ürünü olması ve bu sayede soyutlama yapılarak bireysel iyi anlayışının üzerine çıkabilmesi doğal hukukun da kabul edeceği özelliklerdir⁹³.

Prosedürel formalizm, işlemsel formalizm, doktrinel formalizm, temsili formalizm ya da içkin bir rasyonaliteyi haiz olan formalizm gibi farklı kavramlaştırmaların hepsi için ortak olan “forma uygun karar verme”dir. Kısaca bu şekilde ifade edebileceğimiz formalizmde hukukun formunu, hukuk kuralı ya da mahkeme içtihadı olarak anlamamız mümkündür. Yani formalizmdeki form, bize hukukun formu hakkında, hâkimin soru(n) çözümünde kullanması gereken *form*ülden (hukuki sonuç= büyük önermenin küçük önermeye uygulanması) bahseder. Bu anlamda hukuki bir sorunun çözümü, bir matematik probleminin çözümü gibidir. Hâkim, somut olaya verili formülü uygular ve bir sonuca ulaşır. Bu durum hukuki akıl yürütmenin ya da hukuki gerekçelendirmenin hukukun formülüne ya da hukukun formuna göre yapıldığını ya da yapılması gerektiğini belirtmektedir.

⁹¹ Troop, s. 431.

⁹² Weinrib, Ernest J. (1988) “Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law”, The Yale Law Journal, Volume: 97, No: 6, s. 959-960.

⁹³ Gürler, s. 99-102.

4. İdeoloji Olarak Form: Meta Mübadelesi Okuluna göre Hukukta Form ve Madde

Hukukta form ve madde tartışması, hukukla ideoloji arasında ilişki kuran Marksist düşünce tarafından da dile getirilmiştir. Bununla birlikte, Marksizmin kendine has bir hukuk teorisi bulunmadığı ifade edilmelidir. Çağdaş Marksistlerin kendine özgü teorik pozisyonlarından ilham alan çalışmalar hariç tutulduğunda, 20. yüzyıl başlarına değin, münhasıran Marksist hukuk teorisine adanmış iki eser bulunmaktadır. İlki, Karl Renner'in 1904 tarihli "Özel Hukuk Kurumları ve Onların Sosyal Fonksiyonları (*The Institutions of Private Law and Their Social Functions*)"⁹⁴, ikincisi Evgeny Paşukanis'in 1924 tarihli "Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm" adlı eserlerdir⁹⁵. Collins, bir Marksist'ten genel bir hukuk teorisi istemenin, ondan hukuk fetişizmi olarak ifade ettikleri tuzağa düşme riskini almasını istemek olduğunu belirtmiştir. Hukuki fetişizm, pek çok liberal politik teorinin kurucu unsuru olan, hukuku *toplumsal düzenin ve uygarlığın esaslı bir bileşeni* olarak kabul eden düşüncedir. Bu sebeple, Marksist teori tarafından bir yabancılaştırma alanı olarak görülen hukukun, esas araştırma konusu yapılmaması olağandır⁹⁶. Marksistler, hukukun kendine özgü iç mantıksal yapısı ya da özü hakkında tanım ve varsayım üretmekten ziyade, tarihsel süreçte yasa ve yasa benzerlerinin diğer toplumsal kurumlarla birlikte yerine getirdiği görevlere ilişkin açıklama bulmaya çalışmışlardır⁹⁷.

1917 Ekim Devrimi ile 1938 yılları arasında etkili olan, Evgeny Paşukanis'in önderi olduğu "Meta Mübadelesi Okulu" hem teorik hem de pratik yönden Marksist bir hukuk teorisi oluşturmaya en yakın düşünce sistemi olarak görülmektedir. Bu okul, Karl Marks'ın toplumsal ilişkilerin kökenini araştırırken kullandığı mübadele ilişkilerini esas alan yönteminin, hukuk analizinde de temel teşkil etmesi gerekliliğini savunmaktadır. Hukuk, meta mübadelesinden temel aldığı için sosyalist toplumda doğrudan sosyalist hukuka dönüşmeyecek, mübadele ilişkilerinin ortadan kaldırılmasıyla hukuk da yavaş yavaş sönmülenecektir. Zira sosyalist rejime geçişle devlete ihtiyaç kalmayacağı gibi hukuka da

⁹⁴ **Renner, Karl** (1949) *The Institutions of Private Law and Their Social Functions*, Ed. Karl Mannheim, Routledge & Kegan Paul Limited, London.

⁹⁵ **Pasukanis, Evgeny B.** (2002) *Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm*, Çev: Onur Karahanoğulları, Birikim Yayıncılık, İstanbul.

⁹⁶ **Collins, Hugh** (2013) *Marksizm ve Hukuk*, Çev: Umre Deniz Tuna, Dipnot Yayınları, Ankara, s. 22.

⁹⁷ **Collins**, s 26-27.

ihtiyaç kalmayacaktır. Devlet de hukuk da sönümlenmesi gereken yabancılaşma alanlarıdır⁹⁸.

Hukuk analizini meta mübadelesi üzerinden yapan bu okul, hukuk formunu da meta formu (*commodity form*) analizi üzerinden açıklamaktadır. Meta formu teorisi, farklı kullanım değerlerine sahip (*use-value*) tüm metaların(malların) soyutlama ve maskeleye ile tek bir meta formuna (para) eşitlenmesi olarak tanımlanabilir. Her malın bir kullanım bir de değişim değeri olmak üzere iki değeri bulunmaktadır. Kullanım değeri; niteliksel olarak farklı, somut bir insan ihtiyacını karşılamak için yine, niteliksel olarak farklı ve somut bir emek tarafından üretilen değerdir. Değişim değeri ise, bir malın kullanım değeri göz önüne alınmaksızın, o malın değişimi (mübadelesi) suretiyle başka bir metanın elde edilmesini sağlayan değerdir. Marks'ın meta formu tanımına göre metaların kullanım değerleri, değişim değeri karşısında ortadan kaldırılmıştır⁹⁹. Kullanım değeri ve değişim değeri kavramlarının, Litowitz'in şeyleşme (*reification*) kavramını açıklarken verdiği elmas örneği üzerinden somutlaştırılması mümkündür. Buna göre, sevgi ve bağımlılık sembolü olarak da kabul ettiğimiz elmas yüzük kendi başına bir insanın herhangi bir ihtiyacını karşılamayan bir taştır. Estetik ihtiyacını karşıladığı ileri sürülebilirse de bu ihtiyaç elmas benzeri başka bir madde ile de giderilebilecektir. Kısacası elmasın kullanım değeri düşüktür. Ancak düşük kullanım değerine nazaran elmas çok yüksek değişim değerine sahiptir¹⁰⁰. Aynı şey para için de geçerlidir. Kendi başına bir parça kâğıt ya da bir parça metal olarak çok düşük bir kullanım değerine sahip olan para, bu kullanım değerinin kat be kat üstünde bir değişim değerine sahiptir.

Meta formu, metaların kullanım değerlerinin soyutlanması ile emeğin soyutlanmasını da beraberinde getirir. Lukacs, bu durumu şu sözlerle ifade etmektedir:

“Bir insanın bir (çalışma) saatinin başka bir insanın bir (çalışma) saatine eşit olduğu artık söylenemez, tam tersine bir insanın bir saatlik değerinin başka bir insanın bir saatlik değeri kadar olduğu söylenebilir. Vakit her şey demek oluyor, insansa hiçbir şey; insan olsa olsa zamanın cisimleşmiş şekli oluyor. Artık nitelikten söz etmenin anlamı kalmıyor, her şeyi nicelik tek başına belirliyor: Saat be saat, gün be gün ... ". Zaman böylece o nitel, değişken, akarsu benzeri karakterini yitiriyor: Nicel olarak ölçülebilen "şey"lerin (işçinin, şeyleşmiş,

⁹⁸ Karahanoğlu, Onur (2018) Marksizm ve Hukuk Diyalektik Hukuk Bilimi, Yordam Kitap, İstanbul, s. 17.

⁹⁹ Balbus, Isaac D. (1977) “Commodity Form and Legal Form: An Essay on the "Relative Autonomy" of the Law”, Law & Society Review, Volume: 11, No: 3, s. 573.

¹⁰⁰ Litowitz, Douglas (2000) “Reification in Law and Legal Theory”, Southern California Interdisciplinary Law Journal, Volume: 9, s. 407.

mekanik biçimde nesneleştirilmiş, onun insana özgü olan o kişilik bütünü'nden kesin sınırlarla ayrılmış "beceri ve fiilleri"nin) içine doluştuğu, sınırları kesinkes belli ve nicel olarak da ölçülebilen bir kontinuum, kısacası bir mekân halinde donup kalıyor.¹⁰¹

Bu düşüncede hukuki form, meta formu analiziyle paraleldir. Meta formunun kullanım değeri ve somut emeği ortadan kaldırması gibi hukuk formu, farklı toplumsal özelliklere sahip insanların ihtiyaç ve taleplerini ortadan kaldırır. Meta formu, kullanım değeri ve emeğin yerine değişim değeri ve soyut işgücünü koymuştur. Hukuk formu da çeşitli somut ihtiyaç ve taleplerin yerine irade ve hak kavramlarını koyarak farklı özelliklere sahip (doğum, sosyal sınıf, eğitim, meslek vb.) insanları hukuki özne ya da hukuki kişi kavramıyla soyutlayıp eşitlemektedir¹⁰². Bu sayede hukuk, kapitalist üretim modelinin vazgeçilmez etkinliği olan meta mübadelesinin gerçekleşmesi için ihtiyaç duyulan birey, birey özerkliği ve özgürlüğünü garanti altına almaktadır.

Herhangi bir toplumsal ilişki, hukuk formu kazandığı anda kendisini doğuran somut, tekil ilişkiden bağımsızlaşır. Kendi kavram, ilke ve kurumlarıyla kendine has bir gerçeklik düzlemi yaratır. Hukuk formu tarafından kurulan ve korunan eşitlik ilkesi, sınıf farklılıklarının ve sosyal eşitsizliklerin üzerini örterek, “maddi olarak” daha eşit bir toplum yaratılmasını sağlayacak sınıf bilincini azaltır. Aynı şekilde, hukuk formu tarafından kurulan ve korunan birey, bireyi kendisi yapan sosyal özelliklerinden ayrı tutularak tanımlanır. Meta formunun, kullanım değeri ile metayı birbirinden ayırarak metayı soyut değişim değerine indirgediği gibi hukuk formu da bireyin somut sosyal varlığını kendisinden kopararak bireyi “politik mübadelenin formel nesnesine” indirger. Politik mübadelenin formel nesnesi olarak insan tanımıyla şu kastedilmektedir: Öncelikle, Marksist düşüncede meta formu mantığı ile hukuk formu mantığının aynı olduğunu, zira meta formu analizinin Marksist teorinin yöntemini oluşturduğunu ve bu yöntemin hukuk analizinde de kullanıldığını akılda tutmak gereklidir. Buna göre, kapitalist bir üretim modelinde üretilen ve aslında farklı niteliklere sahip her bir ürünün tek bir meta formuyla çevrelenmesi gibi insan da birey formu ile çevrelenmiştir. Birbirinden çok farklı niteliklere sahip ve bu farklılıkların insanın biricikliğini oluşturduğu ve aslında birbiriyle eşit olmayan insan, tek bir hukuki form olan birey kavramıyla açıklanmaktadır. İşte burada meta mübadelesi ile aynı doğrultuda olan politik mübadele kavramı devreye girer. Bununla politik olarak her bir bireyin kendisi gibi başka bir bireyi temsil ettiği ve kendisinin de başka bir birey tarafından temsil edildiği

¹⁰¹ Lukacs, György (1998) Tarih ve Sınıf Bilinci, Çev: Yılmaz Öner, Belge Yayınları, İstanbul, s. 166.

¹⁰² Balbus, s. 576.

kastedilir. Politik mübadele her vatandaşın ya da bireyin diğeriyle eşitliğinin farklı bir kavramsallaştırılmasıdır. Birey olarak eşitlenen insanların farklılıkları -farklı ihtiyaç ve talepleri- de irade ve hak kavramlarıyla açıklanır. Nihayetinde hukuk formu insan ihtiyaçlarının sistematik ve cansız (*bloodless*) bir soyutlamasından ibarettir¹⁰³.

Paşukanis de benzer şekilde, dogmatik hukuk biliminin özne kavramını, formel yönüyle kullandığını, öznenin, olayların hukuksal ilişkilere konu olup olmama yeteneği bakımından hukuken değerlendirilmesinin aracından başka bir şey olmadığını ifade etmektedir. Dogmatik hukukun, insanın, zoolojik bireyden hukuk öznesine dönüşmesinin nedenlerini sorgulamadığını, hukuksal ilişkiyi tamamlanmış bir form ve apriori bir veri olarak düşündüğünü belirtmektedir. Hukuk öznesi, yaşayan somut kişiliğinden (maddesinden) ayrılmıştır. Fiil ehliyeti hak ehliyetinden soyutlanmış; hukuk öznesi, birtakım hakların toplamı olarak matematiksel nitelik kazanmıştır¹⁰⁴.

Balbus, meta formu ve hukuk formunun paralel analizinde ilginç bir noktaya temas ederek her ikisinde de formel rasyonalitenin lingüistik olarak ifade edilebileceğinden bahsetmektedir. Formun lingüistik açıdan anlamı aşağıda ayrıntıları olarak işlenecektir. Lakin Balbus, bu ikili ilişkiye meta formunu da katarak üçlü bir analiz elde etmiştir¹⁰⁵.

Tablo 2: Isaac Balbus'un meta formu analizi ve hukuk formu ilişkisi

<u>Para</u>	<u>Hukuk</u>	<u>Gösterge</u>
Kullanım değeri ve somut emek	Farklı köken ve talepler	Gösterilen
“Metalar”	“Birey”	“Gösteren”

Tabloya göre gösterge-gösterilen¹⁰⁶ ilişkisindeki semiyotik ilişkinin benzeri, kullanım değeri ve somut emek ile para ve farklı toplumsal köken ve talepler ile hukuk

¹⁰³ Balbus, s. 575, 581.

¹⁰⁴ Paşukanis, s. 111, 116.

¹⁰⁵ Balbus, s. 584.

¹⁰⁶ Gösterge: Kendi dışındaki bir şeyi gösteren, kendisinden bağımsız bir gerçekliği yansıtan her tür varlık, nesne, olay, olgu. Bir faaliyeti, bir oluşum ya da anlamı onu anlayan birine gösteren, bir bağıntının yerine duran şey. Örneğin, kırmızı renginin trafik dilinde dur anlamına gelmesi gibi. Gösterilen: Gösterenle birlikte göstergeyi oluşturan içerik, göstergenin maddi değil, kavramsal boyutu. Gösteren: Gösterilenle birlikte göstergeyi meydana getiren ses ya da sesler bütünü. Cevizci (2000) s. 415-416

arasında da mevcuttur. Gösterge (para ve hukuk) gösterilenin (kullanım değeri ve somut emek ve farklı köken ve talepler) varlığıyla hayat bulmaktayken, her ikisinde de göstergenin soyut karakteri, asıl kaynak olan gösterileni maskeleymektedir. Meta-birey ve gösteren kodlaştırmasıyla her üçünde de soyut ve formel dil baskın gelmektedir.

Paşukanis, Marks'ın değer ilişkileri olmadığı sürece iktisadi etkinliklerin yapısal bütünlük oluşturdıkları diğer yaşamsal etkinliklerden ayırt edilemeyeceği, bu sebeple saf doğal ekonominin bağımsız bir bilimi oluşturamayacağı, siyasal iktisat biliminin meta yani, ürünlerin bireyler tarafından mübadele edilmesiyle başladığı savını yinelemektedir. Hukuk için de benzer bir değerlendirme yapılmaktadır. Paşukanis, hukuksal formun en yaklaşık tanımlarını veren temel hukuksal soyutlamaların belirgin ve karmaşık toplumsal ilişkileri yansıttığını, bu toplumsal ilişkilerdeki hukuksal kertenin bütünüyle belirmesi için gerekli olan tüm koşulların da sadece burjuva kapitalist toplumunda meydana geleceğini belirtmektedir¹⁰⁷.

“Kuralsal nitelikteki toplumsal olaylar yığınının hukuku ancak güçlülükle ayırt edebildiğimiz ilkel halkların kültürü bir yana bırakıldığında, hukuksal formların Orta çağ Avrupa'sında bile olağanüstü derecede az gelişmiş olduğu saptanabilir. Orta çağda, yukarıda sayılan karşıtlıkların tümü genel bir belirsizlik içinde kaybolmuştur. Nesnel bir kural olarak hukuk ile yetkilendirme olarak hukuk arasında sınır bulunmamaktadır. Genel kural ile kuralın somut uygulanması arasında ayırım yoktur¹⁰⁸. Bunun sonucu olarak, yargıcın faaliyeti ile yasa koyucunun faaliyeti karışmıştır. Özel hukuk ile kamu hukuku arasındaki ayırım, köy topluluğunda olduğu gibi feodal iktidarın örgütlenmesinde de tamamen silinmiştir. Genel olarak, burjuva döneminin, özel kişi olarak birey ile siyasal toplumun bir üyesi olarak birey arasındaki ayırt edici karşıtlığı bu dönemde bulunmamaktadır. Hukuksal formun bu yönlerinin bütünüyle belirginleşebilmesi için, esas sahneleri kentler olan, uzun bir süreç gerekmiştir.”¹⁰⁹

Marksizm, hukuksal formun burjuva hukukundan ödünç alındığını belirtmiştir. Marksizm'de hukukun formu, gerçekliğinden-maddesinden koparılmış ve soyutlanmış hukuktur. Hukukun formu soyut ve yapaydır. Hukuk formu başlı başına bir ideolojidir (kapitalist ideoloji). Paşukanis'in kullandığı şekliyle formun kavramlar olarak da anlaşılması mümkündür. Ancak buradaki kavram sadece kelimeler ve semboller birliği olarak

¹⁰⁷ Paşukanis, s. 52-53.

¹⁰⁸ Niemi, genel kuralı form, somut uygulamasını madde olarak tanımlamaktaydı. Bkz., s. 21.

¹⁰⁹ Paşukanis, s. 53. Biçim kelimesi form olarak değiştirilmiştir.

anlaşılmalıdır. Daha açıklayıcı olması için Paşukanis'in Renner eleştirisine bakılabilir. Karl Renner'in, form ve madde olarak ele aldığı hususlar, normlar ve onların sosyal işlevleridir. Yukarıda değinilen çalışmasının temel tezi, ekonomik koşullar ve normların temel işlevleri değişmesine rağmen hukuk kurallarının değişmeden kalabilmesidir¹¹⁰. Bunun tam tersinin olduğu durumlar da bulunmaktadır. Bir başka deyişle, işlevi değişmeyen ama uygulanan kuralların değiştiği hukuki kurumlar da söz konusudur. Poliçe (*bill of exchange*), tüm ekonomik işlevini korusa da ona uygulanan hukuki rejim değişmiştir. Örneğin, borçtan dolayı kişinin hapsedilmesi artık söz konusu değildir. Benzer şekilde, ölüm cezası kurumu sosyal işlevini korusa da bu ceza eskiden geçerli olan usullerle (baş kesme gibi) infaz edilmemektedir¹¹¹. Renner'in kuralların değişmemesinden kastı, hukuk kurallarının formunun değişmemesidir ve bu şekliyle formu, kuralların oluşturduğu kelimeler ve semboller birliği olarak gördüğü ifade edilebilir. Madde ise hukuki kurumun ya da normun toplumsal işlevidir¹¹². Renner, çalışması boyunca sosyal fonksiyonu değişmesine rağmen formunun değişmediği hukuki kurum olarak mülkiyet kavramını incelemiştir. Buna göre, patrimonial mülkiyet anlayışından kapitalist mülkiyet anlayışına geçişle kavramın sosyal fonksiyonunda devrimsel değişimler olmasına rağmen mülkiyete ilişkin kurallar aynı kalmıştır¹¹³. Örneğin, Avusturya gayrimenkul hukukunda, malikin ayrıcalıklı zilyetlik ve topraktan yararlanma haklarını soyut kavramlarla düzenleyen yasa; bağımsız köylüler ve zanaatkarlardan oluşan bir üretim tarzında, işçinin kendi üretim araçlarına sahip olduğu için emeğinin ürününe de sahip olacağı anlamına gelecektir. Bu yasa aynı zamanda, kendi üretim araçlarına sahip olan kapitalistin, kendi işçisinin emeğinin ürünlerindeki hakkını güvence altına almaktadır. Kuralı ifade etmek için kullanılan sembol ve sözcükler sabit kalırken kuralın anlamı ve toplumsal işlevi değişir. Paşukanis, Renner'ı burjuva hukuk formunu yani, burjuva hukuku kategori ve kavramlarını eleştirmeksizin doğrudan kabul ettiği için eleştirmekte ve savunduğu tezin ancak aksinin doğru olabileceğini belirtmektedir. Hukuk kurallarını oluşturan kelimeler ve semboller, bir başka deyişle, kurallar değişir ancak kuralların toplumsal işlevi değişmeden kalır¹¹⁴. Paşukanis, hukuk kavramları ile burjuva ideolojisini, yani ideoloji olarak hukuku aynı anlamda kullanmaktadır. Temel hukuksal

¹¹⁰ Renner, s. 57.

¹¹¹ Renner, s. 76.

¹¹² Manko, Rafal (2017) "Form and Substance of Legal Continuity", *Zeszyty Prawnicze*, No: 17.2, pp. 207-234.

¹¹³ Renner, s. 88-89.

¹¹⁴ Collins, s. 83-84.

kavramların, genel hukuk teorisini oluşturduğunu belirtir. Teorisi oluşturulan bu hukuk, burjuva ideolojisinden başka bir şey değildir. Ancak Paşukanis bu iddiayı reddetmektedir:

“Anlatılmış olanlardan kesinlikle, hukuksal formu ‘saf bir ideolojinin basit bir yansıması’ olarak değerlendirdiğim sonucu çıkmaz. Şu bakış açısının görüşümü yeterli açıklıkla yansıttığına inanıyorum: “form olarak hukuk, sadece beyinlerde ve uzman hukukçuların kuramlarında var olmaz; kavramsal bir sistem olarak değil fakat ilişkilerin özel bir sistemi olarak gelişen paralel ve gerçek bir tarihe sahiptir”¹¹⁵.

Paşukanis’in bu itirazı yerinde olduğunu söylemek güçtür zira bu itirazının hemen sonrasında “kölelik ve toprak köleliğine dayanan toplumların tersine, burjuva toplumunda hukuksal form mükemmel bir ideoloji halini alır ve sömüren sınıfın çıkarlarının durmaksızın artan bir başarıyla savunusu, hukuksal özelliğin soyut ilkelerinin savusu olarak görünür” ifadelerine yer vermektedir¹¹⁶.

Paşukanis, tarihsel evrimin, sadece hukuksal kuralların ve kurumların içeriğinde bir değişikliğe yol açmadığını aynı zamanda hukuk formunda da bir gelişim yarattığını belirtmiştir. Hukuksal form, uygarlığın belirli bir aşamasında ortaya çıktıktan sonra, diğer toplumsal kurallarla sınırlarını belirlemeden ve zayıf bir iç ayrımlaşma ile uzun süre gelişiminin ilk basamaklarında kalmış ancak aşamalı bir evrimle, en üst kesinlik, en derin ayrımlaşma ve doruk noktasına ulaşmıştır. Bu üst gelişme aşaması, tamamen belirlenmiş toplumsal ve iktisadi ilişkilere denk düşmekte ve bu aşama, hukuku kuramsal olarak organik bir bütünlük olarak gösteren bir genel kavramlar sisteminin ortaya çıkışıyla tanımlanmaktadır. Paşukanis, bu iki aşamanın genel hukuksal kavramların gelişiminin en üst düzeye ulaştığı iki döneme denk düştüğünü belirtmiştir. Bu dönemlerden ilki Roma hukuk dönemi, ikincisi de Roma özel hukuk sistemi ile felsefi düşüncenin, hukuksal formun evrensel anlamını, burjuva demokrasisinin hayata geçireceği bir potansiyel olarak keşfettiği 17. ve 18. yüzyıl Avrupa hukuku dönemidir¹¹⁷. Hukukun soyut nitelik kazanması ancak burjuva ilişkilerin tam anlamıyla gelişmesiyle gerçekleşmiştir. Her insan genel insana, her emek, toplumsal olarak yararlı genel emeğe, her özne, soyut hukuk öznesine dönüşmüştür¹¹⁸.

Paşukanis, toplumsal ilişkileri düzenleyen kuralların sadece hukuk kurallarından ibaret olmadığını belirtmiştir. Hukuk, belirli bir tür toplumsal ilişkinin formu, zarfı ve mistik

¹¹⁵ Paşukanis, s. 38.

¹¹⁶ Paşukanis, s. 40.

¹¹⁷ Paşukanis, s. 68.

¹¹⁸ Paşukanis, s. 121.

örtüsüdür. Bu tür ise meta mübadelesinden kaynaklanan ilişkilerdir. Dolayısıyla mal sahipleri arasındaki ilişki niteliği taşımayan toplumsal ilişkinin hukuksal form ile düzenlenme zorunluluğu bulunmamaktadır. Hukuk yazılı ya da yazısız ilke ve kurallar toplamından ibaret değildir. Kural haline gelecek içerik (madde) ve içeriğe dönüşecek form, meta mübadelesi ilişkisinden kaynaklanmaktadır¹¹⁹.

*“Burjuva toplumunda bile, posta hizmetleri, demiryolları ve ordunun örgütlenmesi gibi faaliyetlerin tümüyle hukuksal düzenleme alanı içinde görülebilmesi, ancak yasa, tüzük ve kararnamenin dış biçimleri tarafından yanıtılan çok yüzeysel bir yaklaşım benimsenirse mümkündür. Demiryolları planlaması, tren trafiğini düzenler, ama bunu, yasanın, örneğin mal göndericilerine karşı sorumluluğu düzenleyen yasanın düzenlemesinden çok farklı bir biçimde yapar. Birinci tip düzenleme öncelikle teknik, ikinci ise öncelikle hukuksaldır”*¹²⁰.

Paşukanis’e göre, hukuki fetişizm, meta fetişizminin tamamlayıcısıdır. Hukuki fetişizm, meta formu analizindeki meta fetişizminin açıklanması yöntemiyle açıklanmaktadır. Meta fetişizmi, meta mübadelesinin bir fiyat karşılığında gerçekleşmesi olgusundan hareketle malların içkin bir değere sahip olduğu inancını temel almaktadır. Ancak içkin olduğu düşünülen bu değer, mübadele aşamasında belirlenen bir değerdir. Oysaki Marks’a göre, bir malın değeri onun üretilmesinde harcanan emek miktarına bağlıdır. Serbest piyasa tarafından belirlenen bir değeri, metanın içkin değeri olarak düşünmek meta fetişizmi olarak adlandırılmaktadır. Meta fetişizmin özünde gerçekliğin çarpıtılması söz konusudur ve direkt olarak ifade etmeseler de hukukun toplumsal yaşamın ya da toplumun dönüşümünün temel nedeni olarak gösteren her düşüncenin bir tür hukuk fetişizmine yol açtığını belirtmişlerdir¹²¹.

Balbus, meta fetişizmini doğrudan hukuka uyarlamıştır. Ona göre hukuk, maddi olarak bireyi, “nesneleri yaratan ve onlar üzerinde kontrolü olan özne” olarak tanımlar. Oysaki hukuk formu birey ve hukuk arasında fetişleşmiş bir ilişki yaratarak bu düşüncüyü ters çevirmektedir. Bağımsız, özerk ve kendi içsel düzenine sahip olduğu ifade edilen hukuk olmaksızın bireylerin yaşamlarının imkânsız olacağı düşüncesi oluşturulmuştur. Toplumsal yaşamın bir ürünü olan hukuk, adeta toplumsal yaşamın yaratıcısı olarak kabul edilmektedir¹²². Paşukanis de benzer şekilde, hukukun toplumsal ilişki yaratmadığını, aksine

¹¹⁹ Karahanoğulları, s. 206-207.

¹²⁰ Paşukanis, s. 76.

¹²¹ Collins, s. 144-145.

¹²² Balbus, s. 583-584.

toplumsal ilişkinin hukuku yarattığını belirtmiştir¹²³. Bunun aksinin düşünülmesi hukuk fetişizminin bir örneğidir. Ayrıca toplumsal yaşamı düzenleyen tüm normları hukuk olarak tanımlama eğilimi hukuk fetişizminin bir başka anlamını oluşturmaktadır¹²⁴. Sonuç olarak, meta fetişizmi ve bununla paralel olan hukuk fetişizmi eleştirisinden, hukukun maddesinin formunu yarattığı sonucuna ulaşılması mümkündür.

5. Yapısalcılık: Dil ve Anlam İlişkisi Üzerinden Hukukta Madde ve Form

Yapısalcılık, öncelikle dilbilim alanında ortaya çıkan, daha sonra antropolojiye uygulanan ve bu alanlardaki analiz yöntemleri pek çok disiplinde kullanılan bir düşünce sistemidir. Yapısalcılığı bazı düşünürler bir felsefi akım olarak tanımlarken, bazıları onun bir yöntem olduğunu söylemiştir¹²⁵. Yapısalcılık, “gözlemlenen olayların ve olguların belirli bir soyutluk düzeyinde açıklanmasına ve yorumlanmasına aracılık eden kuramsal-yöntemsel bir açıklama çerçevesi” sunmaktadır¹²⁶. Kanaatimizce, yapısalcı dilbilimde gösteren-gösterilen, *langue-parole*, form-töz ayrımlarıyla oluşturulan düaliteler, hukukta madde ve form ayrımının belirlenmesinde de bir açıklama modeli teşkil etmektedir. Yine bu akımın devamı ve eleştirisi olarak ortaya çıkan post-yapısalcılık yahut yapıbozumculuk olarak adlandırılan düşünce sistemi de madde ve form arasında meydana gelen dikotomik ilişkinin açıklanmasını sağlamaktadır. Hem çalışmamızın üçüncü bölümünde ele alınacak yapıbozumculuğun anlaşılabilmesi için gerekli olan epistemik temelin sağlanması, hem de 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren tüm düşünce dünyasını etkileyen ve kişilerin kendilerini yapısalcı ya da anti-yapısalcı olarak tanımlama ihtiyacı hissettiren yapısalcılık akımı, genel hatlarıyla açıklanacak, madde ve formun yapısalcı bakış açısıyla ne anlama geldiği değerlendirilmeye çalışılacaktır.

Yapısalcılığın temeli, İsviçreli dilbilimcisi Ferdinand de Saussure tarafından 1906 yılında Cenevre Üniversitesi’nde verdiği derslerin 1916 yılında öğrencileri tarafından kitaplaştırılmasıyla atılmıştır. Peki, Saussure’ü bu kadar farklı kılan ve özellikle sosyal bilimler alanında adeta bir devrime yol açmasına neden olduğu söylenen düşünceleri nelerdir? Saussure’ün özgünlüğü, dilbilimsel açıklamaları diyakronik (artsüremli) boyuttan senkronik (eşsüremli) boyuta taşıması, dili göstergelerden oluşan bir sistem olarak ele

¹²³ Paşukanis, s. 87; Akbaş, Kasım (2018) “İdeoloji Olarak Hukuk”, Hukuk Kuramı, Cilt: 5, Sayı: 3, s. 59.

¹²⁴ Collins, s. 148; Akbaş, s. 60.

¹²⁵ Yavuz, Hilmi (1997) “Yapısalcılık Üzerine: Kuram mı? Yöntem mi?” Felsefe Yazıları, Boyut Yayıncılık, İstanbul, ss. 67-73.

¹²⁶ Can, Cahit (1997) Hukuk Sosyolojisinin Gelişim Yönü, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, s. 205.

almasıdır¹²⁷. Öncesinde dil olgusu tarihsel olarak ele alınıp, doğa bilimlerinin evrimci ilkeleri doğrultusunda doğan, büyüyen, yaşlanan ve ölen bir organizma olarak düşünülmekte idi. Saussure ile dilbilim yöntemsel bağımsızlığına kavuşmuş ve dil bağıntılarının belirlediği bir dizge olarak incelenmeye başlanmıştır¹²⁸.

Saussure, öncelikle *langue* (dil) ve *parole* (söz) ayrımı yaparak dilbiliminin alanını sadece *langue* olan dil ile sınırlamıştır. Dil bir senfoni olarak düşünüldüğünde bestenin kendisi dil (*langue*), sanatçının onu yorumlayışı/icra edişi ise (*parole*) sözdür. *Langue* ve *parole* ayrımı Saussure'ün yarattığı ilk karşıtlıktır. Diğer karşıtlıklar gibi *langue* ve *parole* de birbiri ile anlam kazanır. Sözün anlaşılabilmesi için dil zorunludur, dilin yerleşebilmesi için de söz zorunludur. Tarihsel açıdan söz, dilden öncedir. Dilin evrimini, değişimini sağlayan sözdür. Dil, sözün hem aracı hem ürünüdür. Ancak her ne kadar birlikte anlamlı bir bütün oluştursalar da dil sözden farklıdır. Dil her bireyin beyinde bulunan bir izler bütünü, tüm bireylere dağıtılmış bir sözlük gibi iken, söz bireyin iradesine bağlı olarak söylediklerinin toplamıdır. Söz, konuşulan dilin bireysel tarafıdır. *Langue* olarak dil ise varlığını bireyler arasındaki bir anlaşmadan alır ve toplumsaldır¹²⁹. *Langue* ve *parole* arasında yaratılan bu karşıtlık madde ve form düalizmini andırmaktadır. Burada *langue* form, *parole* de madde olarak düşünülebilir. Ayrıca Saussure'ün dili sözden ayırarak dilbilimin konusunu sadece dil ile sınırlandırması, hukuki pozitivistlerin hukukun formunu maddesinden ayırarak hukuk biliminin sadece hukukun formu ile ilgilenmesi gerektiği iddialarıyla benzerlik göstermektedir. Yukarıda Niemi, hukukta madde ve form ayrımının ilk yaklaşımında formu kavram, maddeyi ise bu kavramların kanun maddesi ya da mahkeme kararı şeklinde somut uygulaması olarak değerlendirmiştir. Bunun haricinde, Aristoteles geleneğinde form ve maddenin ayırıcı niteliklerinden biri değişebilirlik idi. Buna göre form (dil-*langue*) değişmeyen, madde (söz-*parole*) ise değişen niteliği temsil etmektedir. Hukuki gerekçelendirme teorilerinin form ve madde anlayışında da aynı benzerlik ileri sürülebilir. Bu teoriye göre kural formu (dili-*langue*) oluştururken, değişebilir, somut sosyoekonomik şartlar (söz-*parole*) maddeyi oluşturmaktadır.

Saussure'e göre, toplum yaşamı, geniş bir bağlantılar ağıdır. Toplum çeşitli düzeylerde anlaşma ve iletişimi sağlayan anlamlı göstergelerden oluşmuştur ve dil de bu göstergelerden en yetkindir. Dil, temelinde dizge, bir başka deyişle, yapı bulunan bir

¹²⁷ Uzun, Ertuğrul (2017) Hukuk Göstergebilimi, Nora Kitap, İstanbul, s. 35.

¹²⁸ Vardar, Berke (1982) Dilbilimin Temel Kavram ve İlkeleri, Türk Dil Kurumu Yayınları, s. 20.

¹²⁹ Saussure, s. 49-51.

sistemdir. Bu sistem gösteren ve gösterilen olmak üzere iki ögeden oluşur. Gösteren bir ses, gösterilen ise gösterenin gönderme yaptığı nesne ya da şeydir. Saussure'ün miras aldığı gelenekte tek tek nesnelerin bir araya gelmesiyle oluştuğuna inanılan bir dil ve evren anlayışı bulunmakta iken Saussure, anlam ifade edenin nesneler yığını değil, bu nesneler arasındaki ilişki olduğunu öne sürmüştür. Dil, öğeleri arası farklılıklar ya da karşıtlıklar aracılığı ile kavranabilir. Dilde her öğe, bir yapıya bağlıdır. Dildeki öğeler kendi başlarına bir gerçeklik taşımazlar. Her öğe, başka öğelerle kurdukları bağıntılar ile kavranabilen bir gösterge dizgesidir¹³⁰.

Saussure, dili bir yapı olarak incelemiştir. Bu yapı formdur ve formun ortaya çıkarılması için artsüremli değil eşsüremli bakış açısı gereklidir. Çünkü dile artsüremli olarak yaklaşılması ve dilde zamanla oluşan değişimlerin ele alınmasıyla yapı gözden kaçırılır. Saussure, dil konusundaki açıklamalarında sık sık satranç benzetmesini kullanmıştır. Yücel, satranç metaforunun artsüremlilik konusunun anlaşılmasında da yardımcı olacağını dile getirmektedir:

“(İ)şlevleri değişmediği sürece, satranç taşlarının değişmesi, şu ya da bu biçimde, şu ya da bu nesneden yapılmış olmaları oyun düzeninde bir değişikliğe yol açmadığı gibi, dildeki artsüremli değişimler de dilsel dizgeyi değiştirmez, işlevler ve bağıntılar aynı kaldığı sürece, hep aynı dizge söz konusudur. Hiç kuşkusuz, değişimler de incelenabilir, incelenmeleri gerekir, ama bu tür incelemeler doğrudan doğruya dilin kendisine yönelen incelemeler değildir her zaman, çünkü bir dilin ‘belli bir anda’ sunduğu dizge bu dilin tarihiyle özdeş değildir. Öyleyse, ‘dil kendi başına ve kendi kendisi için’ incelenmesi eşsüremsel yaklaşımı zorunlu kılar.”¹³¹

Bu açıklamadan kendi konumuz için yeni bir çıkarım yapmamız mümkündür. Hukukun formunun ortaya çıkarılması için de belirli bir hukukun tarihsel süreçte geçirdiği değişimlerin değil, hukukun her anında var olan yapıya odaklanması gerekmektedir. Değişimler tarihsel ve maddeseldir. Bu noktada bir önceki başlıkta incelediğimiz form ve madde teorisiyle de paraleldir. Paşukanis'in savı doğrultusunda hukuk, meta mübadelesinin var olduğu sistemlere özgü bir forma sahip olarak içeriği ne kadar değiştirilirse değiştirilsin her zaman aynı forma sahip olmaya devam edecektir.

¹³⁰ Yücel, Tahsin (2005) Yapısalcılık, Can Sanat Yayınları, İstanbul, s. 29.

¹³¹ Yücel, s. 31.

Saussure, yapı/öge, dil/söz, ses/anlam, özdeşlik/karşıtlık, eşsüremlilik/artsüremlilik, gibi karşıtlıklar kurarak dile ilişkin araştırmaların ileriye götürülmesini sağlayacak bir yöntemin temellerini atmış ve bu yöntem Levi-Strauss'un yapısalcı antropolojiyi oluşturmasıyla yeni bir boyut kazanmıştır. Şimdi kısaca Levi-Strauss'un dilbilimsel yapısalcılığı taşıdığı bu yeni boyuta değinilecektir. Onun yapısalcılık anlayışına geçmeden önce, yapıyı nasıl tarif ettiğine göz atalım:

“İlkin, yapı bir sistem niteliği arz eder; birinin değişmesinin diğer hepsinin değişmesine yol açacağı öğelerden oluşur. İkinci olarak, her model, bir değişimler grubuna bağlıdır ve her değişim aynı sınıftan bir modele tekabül eder, öyle ki bu değişimlerin bütünü bir modeller grubu oluşturur. Üçüncü olarak, üstte belirtilen özellikler, öğelerden birinin değişmesi durumunda modelin nasıl tepki vereceğini önceden kestirmeye olanak sağlar”¹³².

Levi-Strauss'a göre yapısalcılık değişir olanın ya da yüzeysel farklılıkların arkasındaki değişmez öğelerin araştırılmasıdır. Ampirik çokluğun içerisindeki sabiti, düzensizlik içerisindeki düzeni bulmaya çalışır. Ancak bu tarihin her aşamasında aynı kalmayı başarabilmiş bir kurum arayışı anlamına gelmemektedir. Yapı, her şey değişirken aynı kalan değil, değişikliğin düzenlenmiş bütünlüğünü ifade eder¹³³. Hatırlanacak olursa yukarıda incelenen teorilerde form ve hukukta form, değişir niteliklerin içindeki değişmezlik olarak açıklanmıştı.

Yapısalcı antropoloji, insan aklının çalışma yönteminin evrensel ilkelerinin bulunduğunu düşüncesiyle bu ilkeleri ortaya koymaya çalışır. Bilgi edinme süreci algılamayla başlar. Sonrasında bu algılar, bir karşıtlıklar ilişkisi kurularak ve kategoriler oluşturularak düzenlenir¹³⁴.

Kısaca temel savlarından bahsedilen yapısalcı düşünceden yola çıkan Levi-Strauss'un antropolojideki hareket noktası, insan zihninin her yerde ve her daim aynı şekilde işlediğidir. Levi-Strauss, Levy-Bruhl'ün uygar insan ve ilkel insana ait mantıki düşünce ile mantık öncesi düşünce arasında yapmış olduğu ayrıma karşı çıkmıştır. Bilimsel düşüncenin kavramlar formüle edip bunları birbiriyle ilişkilendirerek akıl yürüttüğünü, paralel şekilde yaban (Levi-Strauss, ilkel kavramı yerine özellikle yaban kavramını tercih etmiştir) düşüncenin soyut ve sofistike kavramlar yerine duyumsanan, somut dünyadan aldığı

¹³² **Levi-Strauss, Claude** (2012) Yapısal Antropoloji, Çev: Adnan Kahiloğulları, İmge Kitapevi, Ankara, s. 394- 395.

¹³³ **Can**, s. 216-221.

¹³⁴ **Can**, s. 239.

imgelerle akıl yürüttüğünü söylemektedir¹³⁵. Yani, modern insan ile modern olmayan insanın düşünce “yapıları/formları” aynıdır. Yapısal dilbilim antropolojiye uygulanarak Batı merkezli ilerlemeci düşünce eleştirilmiş, Batı kültürünün hiyerarşik üstünlüğü reddedilmiştir¹³⁶.

Greimas, dilbilim ve antropolojide uygulanan yapısalcılıkların tamamını kapsayan bir üst bilim olarak ifade edilen göstergebilimi kurarak, tüm bu göstergelerdeki anlamın nasıl yapılandırıldığını soruşturmuştur. Göstergebilim, “anlatılarda, metinlerde anlamların nasıl birbiriyle eklemlenerek üretildiğini araştıran, öncelikle de bu üretim sürecini ortaya koyabilecek kuramsal aygıt (düşünme modeli) geliştiren bir bilimsel tasarı” olarak tanımlanmaktadır¹³⁷. Greimas, tüm anlamsal kategorilerdeki anlam oluşumunu göstermeyi amaçlayan göstergebilim dörtgeni ile nesnelerin birbiriyle olan ilişkilerini ortaya koymuştur. Bu formülasyonla bir terimin diğer terimlerle olan karşıtlık, içerme ve çelişki ilişkileri üzerinden anlamın oluşturulması gösterilmektedir. Bunun temelini de Saussure’ün “dilde yalnızca ayrılıklar/farklılıklar vardır”, “sözcükte önemli olan sesin kendisi değildir, sözcüğü bütün öbür sözcüklerden ayırt etmemizi sağlayan ses ayrılıklarıdır” düşünceleri oluşturmaktadır¹³⁸.

Greimas’a göre de anlam, ögenin diğer öğelerden ayrılığından doğmaktadır. Greimas, Saussure’ün *langue* (dil)-*parole* (söz) ayrımını doğal dil-söylem ayrımına dönüştürmüştür. Doğal dil, kendine has bir sözlük ve gramere sahiptir. Ancak doğal diller haricinde edebi dil, hukuk dili dediğimiz kendine ait bir sistemi olan söylemler de bulunmaktadır. Greimas hukuku, kendisini üreten doğal dile ait kelimeleri, yasa koyucu tarafından ifade edilmesiyle hukuk sözlüğüne dönüştüren bir söylem olarak göstergebilimsel analize konu etmiştir. Hukuk metnini göstergebilimsel analize tabi tutarak, metindeki anlamını değil, bu anlamın nasıl kurulduğunu ortaya çıkarmayı amaçlamaktadır. Ancak bunu yaparken metne ilişkin farklı bakış açılarını ortaya çıkarması sebebiyle bu analizin esasında bir ideoloji analizi olduğu ifade edilmektedir¹³⁹.

Greimas analiz için Fransız Ticaret Kanunu’nun ticaret şirketlerine ilişkin hükümlerini ele almıştır. Yasa metni şirketin kişi ve sermaye topluluğu olmak üzere iki

¹³⁵ Demir, Gökhan Yavuz (2017) Anlamak İçin Yaşamak, Nora Kitap, İstanbul, s. 46-47; (ilk yayın) Levi-Strauss, Claude (2013) Mit ve Anlam, İthaki, İstanbul’ un içinde çevirmen önsözü olarak, s. 17-18.

¹³⁶ Uzun (2017) s. 51.

¹³⁷ Rifat, Mehmet (1999) Gösterge Eleştirisi, Kaf Yayıncılık, İstanbul, s. 18.

¹³⁸ Saussure, s. 175.

¹³⁹ Uzun (2017) s. 90-91.

kurucu ögesinden bahsetmektedir. Ancak derinlemesine analizde şirketteki kişi unsurunun tali olduğu ve kişilerin sadece getirdikleri sermaye nispetiyle var olabildikleri anlaşılmaktadır. Yasa, görünüşte bireyin teşebbüs özgürlüğünü düzenleme iddiasında olmasına rağmen, bireyin iradesinin değil sermayesinin dikkate alındığını göstermektedir. Dolayısıyla yasa, teşebbüs özgürlüğünü değil, sermaye dolaşımını düzenlerken, değer hiyerarşisinde de sermayeyi bireye tercih etmektedir¹⁴⁰.

Göstergebilimde dilin ideolojik olmasıyla göstergeler ile dünya arasındaki ilişkinin nedensiz olması, hatta dilin bir töz değil form olması düşünceleri ilişki içerisindedir. Yapısalcılık, insan düşüncesinin dünyayı nasıl kurduğunu açıklamak amacındadır. Dil dünyanın doğrudan resmedilmesi değildir. Dil, dünyayı temsil etmek suretiyle bir gerçeklik yaratmaktadır. Dil dünyaya düzen verir, form kazandırır. Dilden ayrı, dilden önce düşünce yoktur. Saussure’ün deyimiyle “tek başına düşünce hiçbir zorunlu sınıra rastlanmayan bir bulutsuyu andırır”¹⁴¹. Bu aslında Aristoteles’in maddesi olmayan form tanımına benzemektedir. Hatırlanacak olursa Aristoteles maddesiz form, formsuz madde olamayacağını iddia etmekteydi ve maddesiz formun olsa olsa Tanrı olabileceğini belirtmişti. Saussure de önceden oluşup yerleşmiş hiçbir kavram olmadığını, dilin ortaya çıkmasından önce hiçbir şeyin belirgin olmadığını söylemektedir. Dil, töz değil biçim-form yaratmaktadır. Dil, formeldir. Bu formellikte işleyişi sağlayan ögeler arasındaki ilişkidir. Dilin dünyayı şekillendirmesi gerçekliğin sadece insan zihninde var olduğunu söyleyen idealist düşünceden farklıdır. Anlatılmak istenen dünyanın var olduğu gibi, doğrudan ve nötr olarak algılanamayacağı, dil ile dünyayı bir forma sokarak algıladığımızdır.

Hukukun dilbilim ile irdelenmesinin iki önemli sebebi bulunmaktadır. İlki, hukukun dil ile varlık ve anlam kazanmasıdır. Öyle ki tek bir noktalama işaretinin değişikliği hukukta çok mühim farklılıklara yol açmaktadır. Hukuk sisteminin dilini yeterince bilmeyen bir kimsenin, bir hukuk metnini anlamasına imkân bulunmamaktadır. İkincisi ise dilbilimdeki yöntem ve yaklaşımların antropoloji ya da psikolojiye uygulanması gibi hukuk disiplinine de uygulanması mümkündür.

Dil hakkında söylenenlerin tümünü dil kavramı yerine hukuk kavramını koyarak söyleyebiliriz. Bir olayı hukuk dili vasıtasıyla algılamaktayız. Fatma’nın, Ali’nin cüzdanından para alması olayını hırsızlık olarak nitelendiririz. Hırsızlığın tanımı kanunda şu

¹⁴⁰ Uzun (2017) s. 109-114.

¹⁴¹ Saussure, s. 167.

şekilde yer almaktadır: “Zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadıyla bulunduğu yerden alan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir”. Yani Fatma, Ali’nin rızası olmadan, Ali’nin parasını, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadıyla, Ali’nin cüzdanından aldığı anda cezalandırılması gerekmektedir. Benzer şekilde günlük dilde patronun işçiyi kovması ya da işten çıkarması olarak nitelendirilen bir olay, hukuk dilinde “işverenin iş sözleşmesini haksız feshi” olarak ifade edilmektedir. Bir gerçeklik, beşerî bir insan fiili artık hukuk diliyle algılanmaktadır. Beşerî davranışlar hatta doğal olaylar nötr, olduğu gibi tasvir edilmemekte, adeta normal dilden hukuk diline tercüme edilmektedir. Buradan çıkarılan sonuç, hukukun gerçekliğin mutlak ve doğrudan yansıması olmadığı, hukukla doğal değil, “hukuki bir gerçekliğin” yaratılabileceğinin mümkün olmasıdır. Yapısalcılığın gerçekliğin dil tarafından yaratıldığı iddiası ile hukuki ya da siyasi gerçekliğin yine bizzat hukuk tarafından yaratıldığı iddiası paralellik arz etmektedir¹⁴². Bu durum hukukun düzen sağlama işlevi açısından bakıldığında hukukun gerçek bir düzen değil hukuki (varsayımsal) bir düzen sağladığı şeklinde yorumlanabilir. Aynı şekilde hukuk yoluyla gerçeğe ulaşılması, bunun için hukukun belirli ve kesin olması ön kabulleri de bu analiz çerçevesinde tehlikeye düşmektedir. Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde, amaç olarak gerçeğe ulaşma hukukun madde unsuru, hukukun belirlilik ve kesinliği ise form unsuru olarak değerlendirilecektir.

6. Maddi Hukuk Devleti ve Formel Hukuk Devleti

Hukukta madde ve form ayrımıyla ilgili tartışmada değinilmesi gereken bir diğer husus maddi hukuk devleti ve formel hukuk devleti ayrımındaki maddi ve formel kavramlarıdır. Maddi ve formel hukuk devletinin çeşitli tanımları yapılmıştır. Ökçesiz; bir devletin yapısal olarak a) güçler ayrılığı, b) mahkemelerin bağımsızlığı, c) her türlü idari eylem ve işlemlerden dolayı kişilere verilen zararın giderimi güvencesine sahip olmanın formel hukuk devletine vücut vereceğini ifade etmiştir. Bunun haricinde temel hak ve özgürlükleri hukuk devletini tamamlayan bir unsur olarak zikretmiştir¹⁴³. Craig’e göre hukuk devletinin formel boyutu, yasaların usule uygun biçimde oluşturulması, hukuk kurallarının açık-anlaşılabilir oluşu ve bu kuralların ileriye dönük olması ile ilişkilidir. Formel hukuk devleti yasanın iyi yasa ya da kötü yasa oluşuyla alakalı değildir. Maddi hukuk devleti ise, bu formel kurallara ek olarak bir yasanın iyi yasa olup olmadığıyla

¹⁴² Uzun (2017) s. 119.

¹⁴³ Ökçesiz, Hayrettin (1996) “Hukuk Devleti Olgusu”, HFSA 3. Kitap, Alkım Yayınevi, İstanbul, s. 140-141.

ilgilenmektedir¹⁴⁴. Fuller ve Raz, hukuk devletinin sahip olması gereken ilkeleri sıralamışlardır. Bu ilkelerin de formel hukuk devletine vücut verdiği belirtilmektedir¹⁴⁵. Fuller için bu ilkeler: i. kuralların genel olması; ii. kuralların ilan edilmesi; iii. yasaların geçmişe yürümemesi; iv. kuralların açık ve anlaşılabilir olması; v. birbiriyle çelişen kurallar çıkarılmaması; vi. kuralların imkansız istememesi; vii. kuralların sürekli ve istikrarlı olması; viii. kurallar ile fiili uygulamaları arasında uyum sağlanmasıdır¹⁴⁶. Raz da toplumdan topluma ağırlığı ve önemi değişebilen ve sınırlı sayıda olmayan bazı ilkelere ulaşabileceğimizi belirtmiş ve Fuller'in ilkeleriyle benzer sekiz ilkedden bahsetmiştir. Bunlar: i. kuralların geleceğe dönük, açık ve anlaşılır olması, ii. yasaların istikrarlı olması, iii. bireysel hukuki kararların istikrarlı, açık ve anlaşılır kurallara göre alınması, iv. yargı bağımsızlığı, v. doğal adalet ilkelerinin gözetilmesi, vi. yargının belirli ölçüde yasama ve yürütmeyi denetleyebilmesi, vii. mahkemelerin ulaşılabilir olması, viii. yasaları uygulamakla görevli kişilerin yasayı çiğnemesinin engellenmesi. Raz, doğal adalet ilkelerinin gözetilmesi derken adil yargılanma, tarafsızlık ve bunlar gibi kanunların doğru bir şekilde uygulanarak karar verilmesini gerekli kılan şartlardan bahsetmektedir. Bir başka deyişle, Raz burada yine usule ilişkin ilkeleri kastetmektedir¹⁴⁷. Bununla birlikte Fuller, bu ilkelerin hukukun içsel ahlakını gerçekleştirmesi için gerekli ilkeler olduğunu belirterek¹⁴⁸, formellik ile maddilik arasında bağlantı kurmakta bu formel ilkelere uygun olan hukuk sisteminin asgari ahlakilik şartını yerine getirebileceğini belirtmektedir.

Tamahana, formel ve maddi hukuk devleti ile ilgili teorilerinin, zayıf hukuk devletinden güçlü hukuk devletine doğru, altı temel kategori oluşturduğunu göstermektedir¹⁴⁹:

¹⁴⁴ **Craig, Paul** (1997) "Formal and Substantive Conception of the Rule of Law: An Analytical Framework", Public Law, s. 95.

¹⁴⁵ **Özcan, Mehmet Tevfik** (2008) Modern Toplum ve Hukuk Devleti, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, s. 207- 209.

¹⁴⁶ **Akı, E. İrem** (2015) "Hukukun İç Ahlakı: Lon L. Fuller'ın Görüşleri Çerçevesinde Bir İnceleme", AÜHFD, Sayı: 64 (1), s. 5; **Aktaş, Sururi** (2011-b) Prosedürel Doğal Hukuk: Lon L. Fuller'in Hukuk Kavramı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, s. 17-30.

¹⁴⁷ **Raz, Joseph** (1979) The Authority of Law Essays on Law and Morality, Oxford University Press, USA, s. 214 vd; **Özcan** (2008) s. 208.

¹⁴⁸ **Aktaş** (2011-b) s.14.

¹⁴⁹ **Tamahana, Brian Z.** (2004) On the Rule Of Law -History, Politics, Theory, Cambridge University Press, s. 91.

Tablo 3: Brian Tamahana'nın maddi ve formel hukuk devleti ayrımı

Zayıftan..... Güçlüye			
Formel Hukuk Devleti	1. Kurallara uygun yönetim (Yürütmenin yasal araçları kullanması)	2. Biçimsel yasallık (Genellik, ileriye dönüklük, açıklık ve anlaşılabilirlik)	3. Demokrasi ve Meşruiyet (Yasaların içeriğinin rıza ile belirlenmesi)
Maddi Hukuk Devleti	4. Bireysel haklar (Mülkiyet, sözleşme)	5. İnsan onuru ve adalet	6. Sosyal refah (Maddi eşitlik, refah, toplumun korunması)

Zayıftan güçlüye doğru sıralanan bu sınıflandırmada her bir kategori kendisinden önceki kategorilerin şartlarını kümülatif olarak taşımak zorundadır. Örneğin, dört numaradaki bireysel hakların korunduğu hukuk devleti, ilk üç kategorideki formel şartların hepsine sahip olmak durumundadır.

Raz, Fuller, Hayek, Unger gibi pek çok teorisyen tarafından savunulan formel hukuk devleti, içeriği boş ve nötrdür. Güçlü formel hukuk devleti kriteri olan demokraside yasaların içeriğinin rızaya bağlı olarak belirlenmesi söz konusudur ancak bu içeriğin ne olması gerektiğine ilişkin bir belirlenim yoktur. Bu şekilde nötr olmasının, hukuku çok sayıda amacı gerçekleştirmeye elverişli kıldığı ve siyasi olarak tarafsız bir belirlenim yapılmasını sağladığı ifade edilmektedir. Formel hukuk devleti, kurallara bağlı olması gereken hükümet faaliyetlerinin ölçüsü veya türleri hakkında hiçbir şey söylememekte, kendisini çevreleyen ekonomik veya politik sistemin doğasına bakılmaksızın, sosyal açıdan faydalı olduğu kabul edilen tüm durumlarda uygulanabilmeyi kastetmektedir¹⁵⁰.

Tamahana'ya göre, bir devletin maddi anlamda hukuk devleti olarak adlandırılabilmesi için kurallara uygun yönetim, biçimsel yasallık, demokrasi ve meşruiyet prensiplerini kümülatif olarak yerine getirmesi gerekmektedir. Bir başka deyişle, maddiliğin sağlanması için formellik adeta önkoşul olarak görülmektedir.

¹⁵⁰ Tamahana, s. 94, 97.

Görüldüğü üzere, formel hukuk devleti kavramındaki formel unsurlar, hukukun usuli niteliklerine ilişkindir. Maddi hukuk devletindeki madde unsuru ise ideal amaçlar ve ilkeler olarak görülmektedir. Bu noktada usul ve form ilişkisine değinilmesi hukukun form unsuru olarak usulün incelenmesi gerekmektedir.

7. Form-Madde Olarak Usul-Esas Düalitesi

Maddi ve formel hukuk devleti ayrımındaki prosedürel ilkeler, hukukun formu ve usulü arasındaki ilişkiyi ortaya çıkarmıştır. Bu sebeple, hukukta madde ve form ayrımı analiz edilirken bu ayrımla benzerlik gösteren hukukta usul ve esas ayrımına da değinilecektir. İlk bakışta form ile usulün, madde ile de esasın birbirini çağrıştırdıkları söylenebilir. Çoğu zaman usul hukuku için formel hukuk, esas için de maddi hukuk terimleri kullanılmaktadır. Bu sebeple, hukuk alanında en çok kullanılan ancak anlamları üzerinde teorik olarak çok az değinilen bu iki karşıt kavramın üzerinde durulmalıdır.

Esas kelimesi, Arapça *ass* kök kelimesinin çoğulu olarak temeller, kaideler anlamına gelmektedir¹⁵¹. Usul ise sözlükte “kök, esas, kaide” anlamlarına gelen *asl* kelimesinin çoğuludur¹⁵². Yani kökleri sırasıyla *ass* ve *asl* olan ve aralarındaki dikotomik ilişkiye dikkat çekmek istediğimiz esas ve usul kavramları, etimolojik olarak aynı anlamı taşımaktadır.

Her iki kavramın günümüzde sahip oldukları anlamı belirtmek için sözlük tanımlarına bakalım. Türk Dil Kurumu’nun Güncel Türkçe Sözlüğüne göre esas; 1) Bir şeyin özünü oluşturan ana öge, temel. 2) Bir iş veya sözde doğru biçim. 3) Ana, temel olarak alınan, başlıca, asal, esasi anlamlarına gelmektedir. Aynı sözlükte usul kelimesi üçe ayrılarak tanımlanmıştır. Usul (i); 1) Kökler, asıllar. 2) Bir kimsenin ana, baba, dede ve nineleri. Usul (ii); 1) Bir amaca erişmek için izlenen düzenli yol, tutulan yol, yöntem, tarz. 2) Bilimde belli bir sonuca erişmek için, belli ilke ve kurallara göre izlenen yol, metot. 3) Bir yasama veya idare işleminin hazırlanması, yapılması veya yürürlüğe konması sırasında uyulması gereken hükümler ve izlenecek yollar. 4) Klasik Türk müziğinde tempo. Usul (iii); 1) Alçak sesle. 2) Yavaş bir biçimde¹⁵³.

Doğrudan, hiçbir değişiklik yapılmaksızın aktardığımız güncel anlamlarından esas kelimesinin köken anlamıyla karşılaştırdığımızda değişikliğe uğramadığını söyleyebiliriz.

¹⁵¹ Nişanyan Sözlük, “Esas”, <https://www.nisanyansozluk.com/kelime/esas>, s.e.t. 20.07.2022.

¹⁵² Nişanyan Sözlük, “Usul”, <https://www.nisanyansozluk.com/kelime/usul>, s.e.t. 20.07.2022.

¹⁵³ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>, s.e.t. 19.09.2019.

Ancak usul kelimesi için aynı şey söz konusu değildir. Usul kelimesi ile sesteş olan ve üçüncü tanımda açıklanan anlamı konu dışı tutabiliriz. Ancak ikinci kısımdaki tanımlarla birlikte usul kelimesine köken anlamından farklı, yeni bir anlam yüklendiğini görmekteyiz. Usul kelimesine yüklenen bu yeni anlamın 19. yüzyıl, yani modern dönem ürünü olduğu iddiası mevcuttur. Yeniçağ 'da popüler hale gelen mantık ve metodoloji disiplinleri ile Osmanlı aydınlarınca metot (Yun. *methodos*- Fr. *méthode*) kelimesinin karşılığı olarak usul kelimesi kullanılmıştır. Aslında Yunanca, yürünen yol anlamına gelen metot kavramının Osmanlıcadaki karşılığının *tarik* olduğu ileri sürülse de son dönem Osmanlı düşünürleri metot yerine usulü kullanmayı tercih etmiştir. Descartes'in günümüzde çoğunlukla "Yöntem Üzerine Konuşma" olarak çevrilen "*Discours de la Méthode*" adlı eseri 1895 yılında İbrahim Ethem Mesud tarafından "Usul Hakkında Nutuk" ismiyle yayımlanmıştır¹⁵⁴.

Usul kelimesi *méthode*, kelimesi ile yine Fransızca kökenli prosedür (*procédure*) kelimesinin karşılığı olarak da kullanılmaktadır. Prosedür Fransızca *procéder* sürmek, devam etmek, ilerlemek fiilinden türemiştir ve süreç anlamına gelmektedir. *Procéder* kelimesi de Latince *cedere*, *cess*- gitmek fiilinden *pro* önekiyle türetilmiştir.

Usul kelimesinin şu ana kadar tespit edebildiğimiz anlamları kısaca esas (kök), yöntem (yol) ve süreç (ilerleme) şeklindedir. Ancak hukuk alanında usul kavramının tanımlanması kısaca bir tanımlama problemi olmaktan çok daha fazlasıdır. Hukuk alanında usul kavramından ne anladığımız hukuktan ne anladığımız ile ilgili olarak bir tanımlama problemi değil, bir hukuk teorisi konusudur. Üstelik kavramın hukuktaki kullanımları tanımlamayı daha da karmaşık hale getirmektedir. Örneğin, hukukta usul denildiğinde ilk akla gelen hukukun teknik bir dalı olan usul hukukudur. Usul hukukuna yargılama ya da muhakeme hukuku da denilebilir. Ancak bu alanda yeknesak bir kullanım mevcut değildir. Usul hukukunun temeli olan kanunun ismi eski adıyla "Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu" iken güncel adıyla "Hukuk Muhakemeleri Kanunu" dur. Ancak bu kanunun öğretildiği dersin ve ders kitaplarının ismi "Medeni Usul Hukuku" dur. Ayrıca Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun uluslararası boyutu olan kanunun isminde muhakeme değil usul kelimesi tercih edilmiş ve "Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun" adıyla yasalaşmıştır. İdare hukukuna ilgili kanun "İdari Yargılama Usulü Kanunu" dur. Ceza

¹⁵⁴ Köksal, A. Cüneyd (2008) Fıkıh Usulünün Mahiyeti ve Gayesi, İSAM, İstanbul, s. 87.

hukukunda medeni hukuktakine benzer şekilde “Ceza Muhakemesi Kanunu” tercih edilmiştir.

Usul kavramını tanımlamamız, esas kavramını tanımlamamız için de önemlidir. Aşağıda değinileceği üzere bu iki kavramın birbirinden ayrı tanımlanması mümkün gözükmemektedir. Köken itibarıyla her ne kadar aynı anlama gelse de usul ve esas dediğimizde karşıt, karşıt olmasa bile en azından farklı iki anlamsal kategori işaret edilmektedir ve bu iki anlamsal kategori arasındaki ilişkinin tespiti gerekmektedir. Hukuk sözlüğünde maddi hukuk, şekli/usul hukukuna ait olmayan şeklinde tanımlanmıştır¹⁵⁵. Hukukta usul ya da hukuk usulü denildiğinde genellikle teorik hukuk disiplinin bir dalı olan yargılama hukuku anlaşılmaktadır. Hukukçuların hukukta usul tartışmalarına felsefi ya da ontolojik yönden bakmadığı, usul kelimesinin etimolojik kökeninden farklı olarak sadece yol ya da yöntem anlamına karşılık gelecek şekilde dar kapsamlı kullanıldığı söylenebilir. Bu ayrımla ilgili teorik tartışmalara, uygulamada karşılaşılan sorunlar nedeniyle ve bu sorunlarla sınırlı olarak yer verilmektedir. Bir başka deyişle, hukukçular arasında bir kuralın esasa mı yoksa usule mi ilişkin olduğu hususu, bu belirleme ile ilgili problemli bir alan olduğunda önem kazanmaktadır. Örneğin, milletlerarası özel hukukta, yabancılık unsuru içeren bir davada, mahkeme davanın görüldüğü ülkenin usul hukukunu uygularken, esasa ilişkin meselelerde tarafların tabi olduğu hukuku uygulamak durumundadır. Bu gibi durumlarda, zamanaşımı, ispat külfeti, kanuni karineler vb. düzenlemelerin esasa ya da usule ilişkin olduğu meselesi önem kazanmaktadır. Bu sebeple aşağıda görüleceği üzere, esas ve usul kuralı tartışmaları da genellikle yetki çatışmasının olduğu durumlarla sınırlı kalmıştır.

a. Esasa İlişkin Hukuk-Usul Hukuku Ayrımının Ortaya Çıkışı

Main, hukukta usul ve esas meselesini incelediği makalesinde bu ayrımın 18. yüzyılda ortaya çıktığını ve aydınlanma epistemolojisinin binarist (ikicikli) düşünce üretimi dikkate alındığında bunun bir tesadüf olmadığını söylemektedir. Binarist düşünceyle akıl-beden(madde), özne-nesne, doğa-kültür, rasyonel-irrasyonel gibi karşıt düşünme kalıplarını kastetmekte ve hukukta usul-esas karşıtlığını da aynı şekilde değerlendirmektedir. Ancak Main’in burada vurgulamak istediği bu tarihten önce usule ilişkin hukuk kurallarından bahsedilemeyeceği değil, yaratılan bu esas ve usul kategorilerinin birbiriyle ilişkisinin niteliğinde meydana gelen değişimdir. Bu değişim antinomiden dikotomiye doğru

¹⁵⁵ Yılmaz, Ejder (2004) Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 755.

seyretmiştir. Dikotomide karşıt kavramların birbirini dışlaması ve tüketmesi söz konusudur. Örneğin, bir kural hem usule hem esasa ilişkin olamaz. Antinomide ise karşıt kavramlar daha açık uçludur, bir kural hem usul hem esasa ilişkin ya da her ikisiyle de ilişkisiz olabilir. Bir diğer önemli nokta dikotomiler nötr ya da tarafsız bir ayırım yapmazlar bir kategori diğerine nazaran hiyerarşik olarak üstün ve öncelikli kabul edilir¹⁵⁶.

Modern hukuk biliminde esas ve usul ayırımının incelendiği çalışmalar bu ayırımın ilk olarak İngiliz pozitivist hukuk okulunun ve hukuki faydacılığın kurucusu Jeremy Bentham tarafından 1782 tarihli *Of Laws in General* adlı eserinde yapıldığını söylemektedir¹⁵⁷. Bentham, usul hukukunu hukukun uygulanması sürecini ele alan kurallar olarak tanımlamış, hukukun bunun haricindeki kısmına da esasa ilişkin hukuk demiştir. Bentham bu tanımlamayı yaparken, usul anlamına gelen *procedure* kelimesine ek olarak İngilizcede sıfat anlamına gelen *adjective* kelimesini kullanmıştır. Bentham’a göre, nasıl ki dilbilim açısından önüne geçtiği bir isim olmadan sıfatın varlığından bahsedilemezse, hukuk biliminde de esasa ilişkin hukuk olmadan usul hukukunun varlığından bahsetmek imkânsızdır¹⁵⁸.

Bentham, söz konusu ayırımın detaylı tanımını yapmamış olsa da hukukun kavramsal olarak ayrıntılı analizini yaptığı bu eserinde, esas usul ayırımının bir çatı oluşturduğu belirtilmiştir. Ancak, esas usul dikotomisinin tarihçesini araştıran Main¹⁵⁹, Bentham’ın bu ayırımı yaparken bir diğer ünlü İngiliz hukukçu William Blackstone’dan (1723-1780) etkilendiğini iddia etmektedir. Blackstone, “*Commentaries on the Laws of England* (İngiltere Kanunları Üzerine Yorumlar)” adlı eserinde tüm İngiliz hukukunu esasa ilişkin

¹⁵⁶ Main, Thomas O. (2010) “Procedural Foundation of Substantive Law”, Scholarly Works. Paper 741, <http://scholars.law.unlv.edu/facpub/741>, s.e.t. 16.07.2019, s. 809.

¹⁵⁷ Kocourek, Albert (1941) “Substance and Procedure”, Fordham Law Review, Volume: 10, Issue: 2, s. 157; Risinger, D. Michael (1982) “Substance and Procedure Revisited with some Afterthoughts on the Constitutional Problems of Irrebuttable Presumptions” UCLA Law Review, Volume: 30, s. 191; Malcai, Ofer/Levine-Schnur, Ronit (2014) “Which Came First, the Procedure or the Substance? Justificational Priority and the Substance-Procedure Distinction” Oxford Journal of Legal Studies, Volume: 34, No: 1. s. 1; Main, Thomas O. (2010) “Procedural Foundation of Substantive Law”, Scholarly Works. Paper 741, <http://scholars.law.unlv.edu/facpub/741>, s.e.t. 16.07.2019; Main, Thomas O. (2003) “Traditional Equity and Contemporary Procedure”, Scholarly Works. Paper 740, <http://scholars.law.unlv.edu/facpub/740>, s.e.t. 16.07.2019.

¹⁵⁸ Kocourek, s. 157, 1 nolu dipnot.

¹⁵⁹ Main, bu araştırmasını Anglosakson hukuku temelinde yapmıştır. Kıta Avrupası hukuku açısından esasa ilişkin hukuk usul hukuku ayırımının 19. yüzyılın ikinci yarısında Windschied tarafından, talep kavramının (*anspruch*) geliştirilmesi suretiyle temellendirildiği söylenmektedir (Erdoğan, Ersin (2016) Medeni Usul Hukuku Kurallarının Yer Bakımından Uygulanması, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 37). Ancak hem hukuk sistemlerinde bu ayırımın tarihçesi aşağıdaki bölümlerde ayrı ayrı inceleneceği hem de Bentham’ın sözü edilen tarihin öncesinde konuyu ele almış olması sebebiyle Anglosakson hukuku Kıta Avrupası hukuku ayırımı yapılması tercih edilmemiştir.

kurallar formu olarak, bilimsel olduğunu iddia ettiği yöntemle yeniden şekillendirmiştir. Bu şekilde Blackstone'un, esasa ilişkin kurallarla usuli mekanizmaları farklılaştırdığını, Bentham'ın da sert bir şekilde eleştirdiği Blackstone'dan ilham aldığını belirtmektedir¹⁶⁰.

Main'in, Bentham'ın Blackstone'dan esinlendiği iddiasını bir yana bırakacak olursak, Blackstone'un dolaylı bir şekilde yaptığı ayrımın aslında, esas usul dikotomisinin Anglosakson hukukundaki kaynağını oluşturan hak-hukuki çare (*right-remedy*) ayrımına işaret ettiği söylenebilir. Dolayısıyla Bentham'ın kategorileştirmesi ile usul hukukunu kavramsal olarak ilk ortaya atan kişi olduğunu düşünmek yanlış olmayacaktır. Hak-hukuki çare ayrımının tarihçesi 13. yüzyıla kadar uzanmaktadır. Risinger, esas usul ayrımı ile hak hukuki çare ayrımının hatalı bir şekilde birbirine karıştırıldığını, hak ve hukuki çare teorilerinin daha köklü olduğunu ve özellikle kanunlar ihtilafı bağlamında Kıta Avrupası hukuk teorisyenleri tarafından tartışıldığını belirtmektedir¹⁶¹. Ayrıca geleneksel hak-hukuki çare teorilerinde, bir hak ihlal edildiğinde ortaya çıktığı için hukuki çare olarak görülen bazı kurumların, Bentham tarafından usul hukuku içerisinde değil, esasa ilişkin hukuk içerisinde değerlendirildiğini göstermiştir¹⁶². Buradan da “*hak eşittir esasa ilişkin hukuk*” ve “*hukuki çare eşittir usul hukuku*” gibi basit bir formülasyonun yapılamayacağı sonucuna ulaşılmaktadır. Zira Salmond da tazminat miktarının hesaplanmasında uygulanacak kurallar gibi hukuki çare içerisinde değerlendirilen birtakım hususların esasa ilişkin hukuka ait olduğunu iddia etmektedir¹⁶³.

b. Ayrımın Varlığına İlişkin Görüşler

Esasa ilişkin hukuk ve usul hukuku ayrımının varlığı, eğer varsa bu ayrımın hangi kriterlere göre yapılacağı ve bu ayrımın hangi amaçlara hizmet ettiği halen tartışılan meselelerdir. İlk olarak, ortaya çıkışını Bentham'la başlattığımız bu ayrıma ilişkin İngiliz hukuki pozitivistinde Bentham'ın halefi olarak tanınan, analitik hukuk okulunun kurucusu Austin tarafından gerçekleştirilen itiraza yer vermek, konunun karmaşıklığını göstermek bakımından yerinde olacaktır. Austin, Londra'da *University Collage*'da verdiği ünlü ders serisinin kırk beşincisinde Bentham'ın yapmış olduğu ayrıma eleştirilerini dile getirmiştir. Austin, hukuku haklar ve ödevler olarak kabul etmektedir. Bu hak ve ödevlerin de bir ihlal sonucu ortaya çıkıp çıkmamasına göre sınıflandırılması gerekmektedir. Buna göre, bir hak

¹⁶⁰ Main (2003) s. 453 vd; Main (2010) s. 805.

¹⁶¹ Risinger, s. 190-191.

¹⁶² Risinger, s. 191-192.

¹⁶³ Kocourek, s. 159.

ve ödev herhangi bir ihlal ya da kusurlu davranış sonucu oluşmamışsa birincil haklar; bir ihlal ya da kusurlu davranış sonucu gündeme geliyorsa ikincil haklar yani yaptırımlar arasında değerlendirilmelidir. Örnek verecek olursak, bir sözleşmeden kaynaklanan talep birincil hak, sözleşmenin ihlalinin kaynaklanan tazminat talebi ikincil hak ya da yaptırım kategorisinde değerlendirilmiştir. Austin bu noktada kendi yapmış olduğu ayrımın Bentham tarafından esas-usul ayrımı olarak yapıldığını ancak bunun hatalı olduğunu belirtmiştir. Ona göre Bentham'ın yaptığı ayrımda esasa ilişkin hukuk, hukukun varmak istediği sonuç ya da amacını belirten hak ve ödevlerle ilgili iken, usul hukuku bu ilk grup hakları korumak ve gerçekleştirmek için vardır. Austin'e göre, hem birincil hem de ikincil haklar, diğer hakları koruma ve gerçekleştirilmesini garanti etme amacını taşıyabilir. Kendi yapmış olduğu ayrım, kuralların amacına değil, başka bir hakkın türevi olup olmamasına dayanmaktadır. Bentham ise bu sınıflandırmasıyla bütün türev (ikincil) hakları usul hukuku içerisine koymaktadır¹⁶⁴.

Austin'in Bentham'a yapmış olduğu itirazı, esasa ilişkin hukuk-usul hukuku ayrımının olmadığına ilişkin bir itiraz olarak değerlendirmek yanlış olacaktır. Onun yapmış olduğu birincil ikincil haklar ayrımı esas-usul ayrımından ziyade hak-hukuki çare ayrımını çağrıştırmaktadır. Bu itirazların da Bentham'ı yanlış anlamasından kaynaklandığı ve Austin'in Bentham'ın kullanmış olduğu kavramlara itiraz ettiği şeklinde anlaşılması gerektiği dile getirilmiştir¹⁶⁵.

Chamberlayne, esas usul ayrımının yanıltıcı ve yapay olduğunu söyleyerek, aslında tüm hukukun esasa ilişkin hukuk olduğunu, dolayısıyla böyle bir ayrımın gerçekte var olmadığını söylemektedir¹⁶⁶. Cook ise birtakım usuli meselelerin esasa ilişkin olarak kabul edilebilmesinin mümkün olduğunu, ancak kanunlar ihtilafı konusunda sınırlandırmanın zorunlu olduğunu ifade etmektedir¹⁶⁷. Arnold, Cook'tan bir yıl önce aynı dergide yayımladığı makalesinde, esasa ilişkin hukukun temel ve kutsal olan ve mantıksal analizle keşfedilebilen hukuk; usul hukukunun ise tamamen pratik amaca yönelik olduğunu belirtmiştir. Ancak bu iki hukuk alanı arasında önceden belirlenmiş doğal bir sınır mevcut

¹⁶⁴ **Austin, John** (1875) Lectures on Jurisprudence, Ed. Robert Campbell, Newyork, <http://index-of.co.uk/Various/Lectures%20on%20Jurisprudence%20Austin.pdf>, s.e.t. 22.07.2018, s. 374-375.

¹⁶⁵ **Risinger**, s. 193; **Kocourek**, s. 158.

¹⁶⁶ **Kocourek**, s.160-161.

¹⁶⁷ **Cook, Walter Wheeler** (1933) "Substance and procedure in the Conflict of Laws", Yale Law Journal, Volume: 42, Issue: 3, s. 336-337.

değildir. İkisi arasındaki sınır değişkendir. Bir olaya hem esasa ilişkin hem de usule ilişkin bir mesele olarak yaklaşılması mümkündür¹⁶⁸.

Main'e göre hem bu ayrımın var olduğu hem de usul hukukunun esasa ilişkin özellikler taşıdığı hususları tartışmasıdır. Ona göre, usul bir güç ve sosyal kontrol aracıdır. Usul, kişi ve kişi gruplarının davranışlarının değişmesine sebep olur. Usul, esasa ilişkin hakların yaratılmasını, ortadan kalkmasını ya da yeniden canlanmasını sağlar. Esası etkilemeyen bir usul kuralı yoktur. Main bunun yanında, esasın da usule ilişkin bir içeriğinin olduğunu, esasa ilişkin düzenlemelerde onun nasıl uygulanacağına dair varsayımların mecburi olarak bulunduğunu savunmaktadır. Bu iki kavram birbirine zıttır, ancak bir o kadar birbirinin içindedir. Tıpkı ilk çağ felsefesinde varlığın madde ve formunun birlikteliğinde olduğu gibi, hukukun esas olmadan usulünden, usulü olmadan da esasından bahsetmek mümkün değildir.

c. Ayrımın Belirlenmesi

Bir kuralın esasa ilişkin ya da usul hukuku kuralı olarak belirlenmesi için pek çok farklı görüş ileri sürülmüştür. Örneğin Arnold, esasa ilişkin hukuk ile usul hukukunu önceden ayırabilecek objektif bir kriterin varlığını reddetmektedir¹⁶⁹. Kocourek, esas ile usul arasında mantıksal bir ayrım olduğunu ve hukuk politikasına göre uygulamada farklılıklar olacağını kabul etmektedir¹⁷⁰. Cook, ayrım yapılırken kuralın amacına değil, ayrımın yapılmasını gerektiren amaca bakılması gerektiğini belirtmiştir¹⁷¹. Genel olarak kabul edilen görüş ise, kuralın “düzenlemeyi hedeflediği alana ve aşamaya” göre sınıflandırılmasıdır. Kural, çekişmenin giderilmesi amacıyla taraflara veya mahkemeye yönelik ise usul kuralı olarak, herhangi bir çekişme olmaksızın yaşam ilişkilerini düzenliyorsa esasa ilişkin kural olarak kabul edilmelidir¹⁷².

Bu ayrımın hukuk düşüncesinde iki yüzyıldan fazla süredir olduğunu söyleyen Malcai ve Levine –Schnur, ayrımın yapılabilmesi için öncelikle kavramların felsefi ve hukuki olarak ayrı incelenmesi gerektiğini söylemiş, felsefi anlamda kavramların içerikten bağımsız (*context-independent*), hukuki anlamda ise içerikle bağımlı (*context-dependent*)

¹⁶⁸ **Arnold, Thurman W.** (1932) "The Role of Substantive Law and Procedure in the Legal Process", Yale Law Journal, Volume: 45, Issue: 4, s. 643.

¹⁶⁹ **Arnold** (2010) s. 643.

¹⁷⁰ **Kocourek**, s. 186.

¹⁷¹ **Cook**, s. 344; Erdoğan, s. 63.

¹⁷² **Erdoğan**, s. 68.

değerlendirileceğini iddia etmişlerdir. Buna göre, felsefi olarak usule ilişkin olan bir hususun hukuki olarak esasa ilişkin kabul edilmesi mümkündür. Bu belirsizlik önemli değildir, zira hukukta birçok kavramın anlamı belirsizdir.

Malcai ve Levine –Schnur, usul kurallarına iki ayrı perspektiften bakmaktadır. Bazen öngörülen adil sonuç için belirli bir usul izlenmesi gerekmekte, bazen de bir usulün izlenilmesinin doğuracağı sonucun adil olduğu kabul edilmektedir. İlk durum için Rawls'ın eşit taksim örneği verilmiştir. Buna göre, bir pastanın belirli sayıda kişiye paylaşılması istenmekte ve eşit taksimin adil sonuç olduğu varsayılmaktadır. Bu durumda istenilen spesifik sonuç için pastayı bölecek kişinin en son dilimi alması kuralı bir gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır¹⁷³. İkinci durum için de bir tenis maçında ilk servisi kimin kullanacağını belirlenmesinde yazı tura atılması örneği verilmiştir. Bu durumda da varılan sonucun meşruluğu, kullanılan usul sebebiyledir¹⁷⁴. İlkinde istenilen sonuç bellidir ve bu sonuca ulaştıran usul adil kabul edilmektedir. İkincisinde ise sonuç belli değildir. Ancak bu usul kuralı ile varılan herhangi bir sonucun adil olduğu kabul edilmektedir.

Yazarlar neyin esas neyin usul olarak kabul edileceğine ilişkin kriterlerini kısaca özetlediğimiz bu görüşlerinin üzerinde temellendirmektedirler. Bu kriteri “gerekçesel öncelik” (*justificational priority*) olarak adlandırmışlardır. Öncelikle, hukuki anlamda esas-usul ayrımı içerikle bağımlı (*context-dependent*) olduğundan her olayın özelliklerine göre ayrı değerlendirilmesi gerektiğini söylemektedirler. Bu değerlendirme sonucunda arzu edilen sonucun mu yoksa izlenilen yöntemin mi haklı önceliğe sahip olduğu hususunda bir belirlemede bulunulur. Örneğin; bir hizmetin en uygun fiyatla gördürülmesi istenmekte ve bunun için en düşük bedelli teklif aranmakta ise ve ihale yöntemi istenilen bu sonuca götürecek uygun bir yöntem olarak düşünülebilir. Yapılması gereken, sonuç ile usul arasında bir değerlendirmede bulunmaktır. Bu olayda, tıpkı yukarıdaki eşit taksim olayında olduğu gibi, arzu edilen spesifik bir sonuç vardır (en düşük bedel) ve sonucun yöneme göre gerekçesel önceliğe sahip olduğu kabul edilmelidir. Yazı-tura örneğinde olduğu gibi bunun tam tersi olan, yani yöntemin sonuç üzerinde gerekçesel önceliği sahip olduğu örnekler de bulunmaktadır. Bunun için Amerikan hukukundaki *estoppel* (önceki beyana aykırı tutum yasağı) örnek gösterilmiştir. Örneğin kiralayanın, kiracıya, kira sözleşmesini uzun bir süre sonlandırmadan devam edeceğine yönelik beyanlarına binaen kiracının taşınmaz üzerinde

¹⁷³ Rawls, John (2017) Bir Adalet Teorisi, Çev: Vedat Ahsen Coşar, Phoenix, Ankara, s. 114-115.

¹⁷⁴ Malcai/Levine-Schnur, s. 6.

masraf yapmış olduğunu düşünelim. Bu durumda kiralayan kira sözleşmesini sonlandırma hakkını kullanması yasaklanmıştır. Yasak, belirli bir sonuca yönelik değildir. Dolayısıyla burada sonuca bakılmaksızın *estoppel* kuralının gerekçesel önceliğe sahip olduğu kabul edilmelidir¹⁷⁵.

Yazarlar gerekçesel öncelik tezini kanunlar ihtilafı konusunda uygulanacak kuralın tespiti için mahkemelere yol göstermek amacıyla kullanmaktadırlar. Ancak bunun yanında, mahkemeye belli bir usulden sapma hususunda takdir hakkını kullanıp kullanmamasında da yol gösterici olduğunu söylemektedirler. Eğer sonuç gerekçesel önceliğe sahipse bu sonuca ulaşmak için usul kurallarından sapılabilir (ihale ve kek taksimi usulleri); ancak usul kuralı haklı önceliğe sahipse hâkimin o usul kuralından sapma konusunda takdir hakkı olmamalıdır. Çünkü varılacak sonuç ancak o usul kuralı uygulanırsa adil olabilecektir¹⁷⁶.

Gerek hukuk pratiğindeki görünümüyle gerek hak-hukuki çare ayrımı ya da gerekçesel öncelik tezi gibi çeşitli teoriler ışığında değerlendirildiğinde, usul hukukunun münhasıran hukuki işlemin gerçekleştirilme biçimlerini veya yargılamanın nasıl yapılacağına ilişkin kuralları düzenlediği anlaşılmaktadır. Üstelik bir kuralın esasa ilişkin mi yoksa usule ilişkin mi olduğunu net bir şekilde belirten, genel olarak kabul görmüş ayırıcı kriterler bulunmamaktadır. Usul hukukunun, hukuku işleyen bir sistem haline getirme, hukuki belirlilik ve öngörülebilirliği sağlama açısından hukukun form boyutuyla ilişkili olduğu kuşkusuzdur. Ancak usul, yöntembilim anlamında genel olarak bir hukuk yöntemini, bir başka deyişle hukuk oluşturma, hukuki düşünme, hukuku uygulama yöntemini karşılayacak daha kapsayıcı bir kavramı kastetmemektedir. Sonuç olarak, usul-form ilişkisinde, formun usulle bağlantılı ama onu aşan bir anlamı ve kullanımı olduğunu söylemek mümkündür.

C. Hukukta Usul ve Formalitelerin Önemi ve İşlevi

Bu başlık altında, formel gerekçelendirme teorilerinde bahsedilen hukuki formaliteler ile usul-esas ayrımı bağlamında usul hukukunun önemi ve işlevi hakkındaki görüşlere kısaca yer verilecektir.

Fuller, hukuki formalitelerin işlevini incelediği makalesinde birbirinden ayrı ama aynı zamanda birbiriyle ilişkili üç işlevden bahsetmektedir. Bunlardan ilki kanıtlama

¹⁷⁵ Malcai/Levine-Schnur, s. 8-9.

¹⁷⁶ Malcai/Levine-Schnur, s. 18.

işlevidir. Yazılı olma, noter onayı ya da benzeri hukuki formaliteler, bir hukuki olgunun varlığı, yokluğu ya da niteliğinin kanıtlanmasını sağlamaktadır. Formaliteler ayrıca bireyleri bir hukuki işlemin yapılması sırasında ihtiyatlı olmaya sevk eden uyarıcı bir işleve sahiptir. Yazılı bir sözleşme yükümlülüğü altına giren kişinin sözlü olarak kendisini bir sözleşmeyle bağlı kılan kişiye göre daha ihtiyatlı davranacağı aşikârdır. Fuller, hukuki formun bu bilinen iki işlevinin yanında kanal (*channelling*) işlevinden bahsetmektedir. Bununla kastedilen, formun ya da formalitelerin uygulanma ve icra edilebilirlik sağlamasıdır¹⁷⁷. Bu işleve Jhering ve Kennedy de farklı kavramsallaştırmalarla değinmişlerdir. Jhering’e göre, form “yargısal teşhisin kolaylaştırılmasını” (*the facilitation of judicial diagnosis*) sağlar. Damga madeni para için ne ise form da hukuki işlem için odur. Damga, her seferinde metal paranın içeriği (hangi madenden yapıldığı) ya da ağırlığının (değerinin) kontrol edilmesi gerekliliğini ortadan kaldırır. Bunun gibi formel tanımlamalar, karineler ve gerçeğin yapay inşası (yapısı) (*artificial construction of fact*) yargının tanı koyma görevini kolaylaştırmaktadır¹⁷⁸. Aynı hususa yine Jhering’e atıfla Kennedy tarafından da değinilmiştir. Kennedy biçimsel fark edilebilirlik (*formal realizability*) kavramını kullanmıştır. Biçimsel fark edilebilirlik, bir olgu ya da gerçekliği hukuken tanımlanmasını kolaylaştırmanın yanında, keyfiliği önleyerek kesinliğin sağlanmasına hizmet etmektedir. Kennedy, formalitenin bir bedeli olduğunu ama çoğunlukla bu bedele razı gelindiğini belirtmiştir. Örneğin, ehliyet yaşının 18 olarak belirlenmesiyle mutlak bir kesinlik sağlanır. Ancak 18 yaşına gelmemiş ama ehliyet sahibi bireylerle, 18 yaşını doldursa da tam manasıyla olgunlaşmayan bireyler bir anlamda görmezden gelinmektedir. Bu durum da bir keyfilik yaratır ancak bu keyfilik resmî kurumlarca (kanun koyucu vs.) oluşturulmuş bir keyfilik olmakla uygulamacıya (hâkim vs.) takdir yetkisi olarak devredilebilecek bir keyfiliğe göre tercihe şayan kabul edilmektedir¹⁷⁹.

Kennedy’nin formalitelerin bedeli olarak zikrettiği hususlara Fuller’de de rastlanmaktadır. Fuller formun bu işlevinin en iyi form ile dili kıyaslayarak anlaşılabilirliğini belirtmiştir. Dil ile hukuk üç açıdan benzer dezavantajları barındırır. İlk olarak düşüncelerini başka kimselerle paylaşmak isteyen bir kişi bu düşüncelerini geleneksel bir dile çevirmek durumundadır. Çeviri işlemi ise içinde her zaman bir indirgeme barındırır. Aynı durum hukuki bir işlem gerçekleştirmek isteyen kişi için de geçerlidir. Kişinin aklında

¹⁷⁷ Fuller, L. Lon (1941) “Consideration and Form”, Columbia Law Review, Volume: 41, No: 5, s. 800-801.

¹⁷⁸ Fuller, s. 801.

¹⁷⁹ Kennedy (1976) s. 1688-1699.

maddi ya da manevi bir hedef belirir ve bu hedefi gerçekleştirmek için hukuki bir işlem yapar. Kişinin dili kullanarak aslında kastetmediği bir şekilde anlaşılması tehlikesinin var olması gibi hukuki form da aynı tehlikeyi barındırır. Hukuki formlar, ancak etkilerinin sonuçlarına aşına olunduğu takdirde tehlikeli olmaktan çıkmaktadır¹⁸⁰. İkinci olarak, ideal bir dilde kelimelerin anlamları kullanıldığı bağlamdan bağımsız ve sabit olmalıdır. Ancak bilim dilinde dahi bu şekilde bir netliğe az rastlanır. Dil ve form kıyaslamasındaki son ortak nokta ise hem hukukun hem de dilin tarihi var olan düzeni (*pattern*) korumak ve de onu yeniden düzenlemek isteyenlerin karşılıklı ödünleriyle şekillenmektedir. Jhering'in "hukuk alfabesi" olarak adlandırdığı, hâkimler ve kanun koyucular düzenin var olduğu gibi sürdürülmesini kontrol ederler ancak bazı zamanlarda bir sözlük bilimci (leksikograf) gibi yenilemeler yapmak durumundadırlar. Hukuk da dil de karşıt gerilimlerin dengesini kurmaya çalışmaktadır¹⁸¹.

Gerekçelendirme teorilerine göre form ve madde ayrımı yapan Summers ve Atiyah da hukukta formun işlevlerine değinmişlerdir. Onlara göre en başta hukuk devleti ilkesi formel bir hukuku öngörür. Bu sebeple her hukuk devleti, formel bir devlettir. Çünkü form kesinlik, öngörülebilirlik ve devlet gücünün sınırlandırılmasına hizmet eder. Formel gerekçelendirme daha kesin, daha öngörülebilir ve daha etkili bir şekilde uygulanabilir olduğundan maddi gerekçelendirmeye nazaran tercih edilmektedir. Formel gerekçelendirme kullanmanın pek çok fonksiyonel ve pragmatik sebebi vardır. En öncelikli olanı, düzenli bir hukuki sonuca ulaşmak için belirli bir prosedüre ihtiyaç duyulmasıdır. Uyuşmazlığın ileri sürülebilmesi için uygun bir zaman, uygun bir yer, uygun bir kişi/kişi grubu kısaca usule ihtiyaç vardır. Bunlar olmadığında davanın taraflarından her birinin maddi gerekçelendirme olarak her zaman ileri süreceği itirazlar olabilir. Formel gerekçelendirme hâkimin bir kurala göre- ki o kural olması gereken hukuk açısından değiştirilmesi, taraflara ya da bu tip uyuşmazlıklara uygulanmaması gereken bir kural olsa da- nihai karara varmasına olanak verir¹⁸².

Formel gerekçelendirmenin diğer pragmatik sonucu usul ekonomisi sağlamasıdır. Örneğin, bir kanunu uygulayacak olan hâkim, kendisini o kanunu yorumlamakla sınırlar ama maddi gerekçelendirmede, kanun metninde geçmeyen yasama amacı da dâhil olmak üzere her türlü sorgulama ve yorumlama yapılabilir. Formel gerekçelendirmenin üçüncü faydası,

¹⁸⁰ Fuller, s. 802.

¹⁸¹ Fuller, s. 802-803.

¹⁸² Atiyah/Summers, s. 24-25.

hata payını azaltmasıdır. En nihayetinde formel gerekçelendirme kesinlik ve öngörülebilirlik sağladığından insani ilişkilerde huzur, barış ve güvenliğin korunmasına hizmet eder¹⁸³.

Lever, usul hukukunun maddi hukuka göre daha önemli olduğunu; haksız ya da adaletsiz olarak görülen durumların, maddi hukuktaki eksikliklerden ziyade, usulde oluşan eksikliklerden kaynaklandığı şeklinde bir algının bulunduğunu iddia etmektedir¹⁸⁴. Lever, usulün esastan öncelikli olduğu iddiasını temellendirmek için ABD eski başkanı Clinton’a karşı açılmış olan taciz davasını incelemiştir. Bu davanın, usul kurallarının farklı olması sebebiyle Amerika yerine İngiltere’de görülmüş olması durumunda Monica Lewinsky skandalına gidecek fitili ateşlemeyeceğini ve bu sebeple Amerika’nın en büyük politik krizlerinden birini yaşamayacağını iddia etmektedir.

Lever’in bahsettiği olay, 6 Mayıs 1994 yılında Paula Jones’un açmış olduğu dava ile başlamıştır. Bu davada Alkansas Valiliği personeli olan Jones, Başkan Clinton’ın Alkansas valiliği yaptığı dönemde kendisini taciz ettiğini iddia etmiştir. Clinton’ın avukatları görevde bulunan başkan aleyhine şahıs davası açılmayacağını öne sürerek itirazda bulunmuş ve davacının delil öne sürmesini engelleyen bir tedbir kararı aldırılmıştır. Ancak avukatların itirazı ve alınan tedbir kararı Yüksek Mahkeme tarafından reddedilmiştir. Bu ret kararı sebebiyle davacı, iddiasını ispatlamak için her türlü delile başvurma olanağı kazanmıştır. Bunun en önemli sonucu, davacının iddiasını doğrudan kanıtlamamakla birlikte, Clinton’ın cinsel geçmişi ile ilgili mahkeme nezdinde bir fikir oluşturması açısından her türlü bilgi, belge ve tanık deliline başvurabilecek olmasıdır. Yüksek Mahkeme kararının ardından ön duruşma yapılmış, ön duruşmada Clinton, avukatlarca herhangi bir zaman ve soru limiti olmayan çapraz sorguya alınmış, bu sorguda kendisine, davacının iddialarından sonraki döneme rastlayan ilişkilerine dair birçok soru sorulmuştur. Bu sorulardan biri de Monica Lewinski ile cinsel ilişki yaşayıp yaşamadığıdır. Clinton bu iddiayı reddetmiş olsa da ön duruşmada sorulara itiraz edilemediğinden bu iddianın dosyaya girmesi engellenememiştir¹⁸⁵.

Yazar, ön duruşma safhasında uygulanan usul kurallarındaki farklılıklar sebebiyle Clinton’ın *impeachment* ile sonlanan olaylar zincirinin İngiltere’de belki de hiç yaşanmayacağını iddia etmektedir. İngiltere’de ön duruşma, sözlü ifade ile değil, yazılı

¹⁸³ Atiyah/Summers, s. 26.

¹⁸⁴ Lever, Jeremy (1999) “Why Procedure Is More Important than Substantive Law”, The International and Comparative Law Quarterly, Volume: 48, No: 2, s. 285.

¹⁸⁵ Lever, s. 287-288.

usulle gerçekleştirilmekte, davalıya sorulan soruların dava konusuyla alakalı ve net sorular olması gerekmektedir. Dolayısıyla İngiltere’de görülecek davada Clinton çapraz sorguya alınmamış olacak ve kendisine davacı haricindeki başka kadınlarla ilişkisine dair soruların sorulması mümkün olmayacaktır. İngiltere’de ön duruşmada tanık dinlenmesi ancak belirli durumlar halinde mümkündür. Bunlar, tanığın esas duruşmada hazır bulunmasını engelleyen hastalık, doğum, hamilelik, şehir değişikliği gibi sebeplerle sınırlıdır. Oysa Clinton davasının oldukça uzun süren ön duruşma safhasında Monica Lewinski tanık olarak çağırılmış, Lewinski yazılı bir beyanla iddiaları reddetmiş ancak bu sefer de yalan tanıklık iddiaları ve bunun ispatlanmasına ilişkin yeni tanıklıklarla dava dallanıp budaklanmıştır. Ayrıca İngiltere usul kurullarına göre, bir kimsenin kendisine karşı açılan bir davadaki iddiaların ortadan kaldırılması için karşı dava açması mümkün ve olağan olduğundan, söz konusu davada bu yol izlenerek Clinton’ın ön duruşmada ifade verme yükümlülüğünün ortadan kaldırılması mümkün hale gelebilecektir. Nihayetinde, Jones açmış olduğu davada kendi iddiasını ispatlayamamış, dolayısıyla davayı kaybetmiş, ancak bu dava usul kuralların elverişliliği ile yeni iddiaların ortaya çıkıp buna ilişkin delillerin öne sürülmesine ve siyasi bir krizin yaşanmasına sebebiyet vermiştir¹⁸⁶.

Hukukta formalitelerin ve usul hukukunun önemi ve işlevi hakkında söylenenlerin haricinde, son olarak, hukuki formalizm akımında ele alındığı şekliyle hukukta formun fonksiyonu uygulayıcının sorumluluğu açısından ele alınabilecektir. Burada form, uygulayıcının sorumluluğunu, kuralı doğru biçimde uygulamaya indirgemektedir. Adorno, astrolojinin insanlar üzerindeki etkisini konu ettiği çalışmasında bilinmeyen ve kontrol edilemeyen gezegen hareketleri ile gündelik yaşam arasında bağ kuran okuyucunun yaşadıklarının kendi kontrolü dışında olduğu düşüncesiyle, başına gelen olayları meşrulaştırdığını ve bu şekilde kendini rahatlatıldığını belirtmişti¹⁸⁷. Buradan hareketle, oluşum aşamasında katkısı bulunmadığına inandığı kanun maddelerini uyguladığını düşünen hâkim de vermiş olduğu kararlar arasında vicdani bir bağ kurulmasını önlemekte, kendi sorumluluğunu kurala uygun karar verme olarak sınırlayarak, verdiği kararı meşrulaştırmaktadır. Hukuksal formalizmin ya da hukukta formlara uymanın açıkça dile getirilen işlevi, keyfiliğin önlenmesi ve eşitliğin sağlanmasıdır. Ancak verilen kararlar

¹⁸⁶ **Lever**, s. 288-290.

¹⁸⁷ **Adorno, Theodor W.** (1953) *The Stars Down to Earth: The Los Angeles Times Astrology Column*, <https://s3.amazonaws.com/arena-attachments/745814/e47ccf96d74aa1d7202e480e57c47667.pdf>, s.e.t. 25.01.2022.

vericinin arasında bulunan bağı koparması, hukukta formun örtük işlevi olarak değerlendirilebilir.

D. Hukukta Form Unsuru

Çalışmamızda buraya kadar form ve madde kavramlarının felsefi ve de hukuki anlam ve kullanımlarıyla ilgili görüşler açıklanmıştır. Şimdi yapılacak şey tüm bu görüşleri göz önünde bulundurarak hukukta form ve madde denildiğinde hangi özelliklerin ve unsurların kastedildiğinin teker teker belirlenmesidir.

Platon'un form teorisi ilk olarak ahlak alanına ilişkindir. Bu teorinin doğaya, görünür evrene uygulanmasında birtakım sorular ortaya çıkmaktadır. Bu teori, ideal ve reel arasındaki ilişkinin nasıl kurulduğunu başarılı şekilde açıklamamaktadır. Platon'da form ideal, görünenin ardındaki asıl gerçek ve varlığın apriori olan esas unsurudur. Aristoteles'te ise form ve madde teorisi ahlak alanına değil, görünür ve duyulur reel evrene ilişkindir. Bu sebeple form varlığın ideal görünümü değil, maddeyle birlikte kurucu unsurunu teşkil etmektedir.

Ontolojik bakımdan hukuk, iyi ve kötü davranışı belirlemesiyle ahlak alanına aittir. Bu anlamıyla soyuttur. Ancak bir o kadar da fizikidir. Çünkü hukuk, kanun, tüzük, genelge ya da sözleşme gibi belgeleri, hukuki düzenlemelerin hayata geçirildiği mekanları, bunları uygulayan görevlileri de içine alan somut, elle tutulur gözle görünür bir evren yaratmaktadır. Bir bütün olarak düşünüldüğünde hukuka Platon'un değil, Aristoteles'in madde ve form teorisinin uygulanması daha doğru olacaktır. Bu sebeple, çalışma kapsamında form, Platoncu anlamda ideali ve mükemmeli arayan *eidos* değil, Aristotelesçi manada maddeye eklenerek varlığı meydana getiren, varlığı biçimi yapısı ve nitelikleri açısından açıklayan form kavramıdır.

Hukuki gerekçelendirme teorilerinde Niemi, formu kavramlar, maddeyi bu kavramların uygulanmış hali olarak tanımlamıştır. Kennedy için form, kural ve ilkedir. Her form seçimi belirli bir hedef ve amaç içermektedir ve bu anlamda hukukun maddesini belirlemektedir. Summers, yapısal ve işlevsel nitelikleri hukukun formu olarak ifade etmiştir. Hukuki formalizmde hukuk, tümden gelim yöntemini kullanan matematiksel bir formül ("büyük önerme x küçük önerme = karar) olarak belirlilik ve kesinlik niteliğine sahiptir. Formalizm aynı zamanda hukukun belirli yöntemle sahip bir bilim olduğu düşüncesiyle ilişkilidir. Yapısalcılık teorisine göre, yapı olarak sistem varlığın formunu

oluşturmaktadır. Meta formu analizinden ulaşılan hukuk formu analizi, farklı özelliklere sahip insanların, farklı özellikteki istek ve taleplerin ve genel olarak farklı toplumsal olguların tek bir formda sabitlendiğini söylemektedir. Esasa ilişkin hukuk ve usul hukuku sınıflandırmasıyla usul, hukukun formel yönü içerisinde değerlendirilmiştir. Tüm bu görüşleri toparlayacak olursak; belirlilik ve kesinlik idealine sahip kavramsal bir sistem olması, bu anlamda çoğunlukla yazılı ve kodifiye edilmiş olması, kendisine ait belirli bir yönteme sahip olmasıyla birlikte bir bilim olarak kabul edilmesi hukukun form unsurunu oluşturan özellikleri olarak tespit edilebilecektir.

1. Hukuki Belirlilik ve Kesinlik

Formun hukuka atfettiği ilk nitelik ve işlev hukukta belirlilik ve kesinliğin sağlanmasıdır. Hukuk devletinin formel unsuru olarak gösterilen belirlilik, değerden ziyade teknik bir meseledir ve kuralların açıklığı ve anlaşılabilirliği ile birlikte düşünülmesi gerekmektedir. Hukukta belirlilik ilkesinin tarihi, ilk kodifikasyon hareketleri ile hukukun herkesçe ulaşılabilir ve bilinebilir olma gayesine dayandırılmakla birlikte, belirliliğin bir hukuk devleti ilkesi olarak apaçık bir biçimde zikredilmesi 20. yüzyılda gerçekleşmiştir¹⁸⁸. 20. yüzyıl başlarının hukuki belirlilik ilkesinin en zirvede olduğu dönemi teşkil ettiği ve belirliliğin, zaten çok fazla tehlikede olduğu düşünülmeyen adalet ve eşitlik ilkelerine göre öncelikli kabul edildiği belirtilmiştir¹⁸⁹.

Belirlilik ve kesinlik hususu modern çağın objektiflik talebiyle yakından ilişkilidir¹⁹⁰. Modern objektivizm, şeylerin mutlak ve koşulsuz olarak doğru ya da yanlış şeklinde değerlendirilebileceğini; kelimelerin sabit anlamlara sahip olduğunu, mutlak gerçeğin anlamları açık ve kesin olan bilimsel teorilerdeki teknik terimlerle tasvir edilebileceğini iddia etmektedir. Objektivizm düşüncesine göre, insanlar objektif olabilir, objektif biçimde

¹⁸⁸ Çağlar, Selda (2013) Hukuk Devletinin Hukuki Belirlilik İlkesi Üzerinden Değerlendirilmesi, Beta, İstanbul, s. 175-178.

¹⁸⁹ Neuhaus, Paul Henrich (1963) "Legal Certainty versus Equity in the Conflict of Laws", Law and Contemporary Problems, Volume: 28, No: 4, s. 797; Çağlar, s. 181.

¹⁹⁰ Objektiflikle belirliliğin birbiriyle özdeşleştirilmemesi gerektiğini söyleyen görüşler de bulunmaktadır. Belirliliğin zorunlu olarak objektifliğe bağlı olmadığı aynı şekilde belirsizliğin de subjektifliği zorunlu kılmadığı ifade edilmiştir. Bu görüşün, hukukta belirsizlik tezinin güçlü bir şekilde savunulduğu Anglosakson hukuk sisteminin, belirlilikle objektifliği ayırarak, hukukun belirsizlik niteliğine rağmen objektif olarak kabul edilmesine hizmet ettiği söylenebilir. Bu düşüncenin yer aldığı çalışmada hukukun objektif gereklilikleri, hukukun doğru şekilde saptanması ve tespit edilen kuralın doğru şekilde uygulanması şeklinde ikiye ayrılmış, her bir alan için belirsizlikler söz konusu olsa da objektifliğin mümkün olup olmadığı tartışılmıştır. Stavropoulos, Nicos (2021) "Objektiflik", Çev: Ali Acar, Hukuk Felsefesi ve Hukuk Teorisi Rehberi içinde, Martin P. Golding/William A. Edmundson, Türkçe Çev. Ed. Ertuğrul Uzun, Işık Yayınları, İzmir, ss. 545-558.

konuşabilir. Objektiflik, iyi bir değer olarak kabul edilir ve sadece objektif bilgi gerçek bilgidir. Objektif olmak rasyonel olmakla, sübjektiflik ise irrasyonel biçimde duygulara yenik düşmekle eşleştirilir¹⁹¹.

Modern hayatın objektivizme bağlı belirlilik ve kesinlik olmaksızın sürdürülemeyeceğini sosyolog George Simmel şu şekilde dile getirmiştir:

“Tipik bir metropol insanının ilişkileri ve işleri, genellikle çok çeşitli ve karmaşıktır; öyle ki, verilen sözlerde ve hizmetlerde çok sıkı bir kesinlik olmasa, bütün yapı içinden çıkılmaz bir kaosa dönüşebilir. Her şeyden önce, metropolde farklı çıkarlara sahip pek çok insan bir araya gelmiştir ve bu insanlar, ilişkilerini ve işlerini son derece karmaşık bir organizma içerisinde bütünleştirmek zorundadır. Berlin’deki bütün saatler ansızın farklı zamanları gösterecek olsa, bütün iktisadi hayat ve iletişim alt üst olur, bu durum bir saat bile sürse etkileri uzun süre atlatılamazdı...O halde, bütün etkinlikler ve ilişkiler, sabit ve gayri şahsî bir zaman çizelgesinde kesin biçimde bütünleştirilmezse, metropol hayatının tekniği düşünülemez.”¹⁹²

Form, düzensiz ve belirlenmemiş olan toplumsal gerçekliği ya da toplumsal idealleri sınırlama ve düzenleme işlevine sahiptir. Dolayısıyla formun bir unsuru olan belirlilik sınırlama ve düzenleme işleviyle ilişkilidir. Tersinden ifade edilecek olursa belirsizlik; tanımlanamaz, taraflı, tutarsız, uyumsuz, bağdaşmaz, mantıksız, irrasyonel, ikircikli, muğlak, karmaşık, öngörülmez, düzensiz, anomik, kaotik ve müphem gibi nitelendirmelere yakıştırılır¹⁹³ ve hukukta belirsizlik son derece istenilmeyen bir durumdur. Realist hukuk anlayışının doğduğu Amerikan hukuk sistemini ayrı tutarsak, hukuki belirlilik ve kesinlik ilkesinin, Kıta Avrupa hukukunun temel ilkelerinin başında geldiğini söylemek mümkündür.

Amerikan hukuk sisteminde hukuki belirlilik ile Kıta Avrupası sistemindeki hukuki belirlilik hem kavram hem de muhteviyat bakımından farklılık arz etmektedir. Hukuki kesinlik- *legal certainty* kavramı Amerikan İngilizcesinde kullanılmamakta, onun yerine *legal determinacy*- hukuki belirlilik kavramının olumsuz hali olan hukuki belirsizlik yani *legal indeterminacy* kavramı kullanılmaktadır. Ayrıca belirlilik ya da kesinlik ilkelerinin Amerika’da, Avrupa’daki kadar itibar görmediği ifade edilmektedir. Avrupa’da kesinlik

¹⁹¹ Lakoff/Johnson, s. 239-241.

¹⁹² Simmel, Georg (2003) “Metropol ve Tinsel Hayat”, Çev: Nazile Kalaycı, Modern Kültürde Çatışma içinde, İletişim Yayınları, İstanbul, s. 89-90.

¹⁹³ Demir, Gökhan Yavuz (2007) Sosyal Bir Fenomen Olarak Dilin Belirsizliği, Paradigma Yayıncılık, İstanbul, s. 39.

ilkesi ile bir hukuk devletinin iki özelliğine atıfta bulunmaktadır. Bunlardan ilki, bireylerin hukuka uygun davranmasını sağlayan rehberlik etme görevi, ikincisi de yasamanın hukuku uygulama yetkisi, yani yürütme ve yargıyı kontrol etmesidir. Bu ikinci işleviyle hukuki kesinlik, bireylerin kamu gücünü kullananların keyfi davranışlarına karşı korunmasını ifade eder. Kısaca bireyler nasıl davranacaklarını ve hangi davranışlarla karşılaşacaklarını hukuki kesinlik ilkesine borçludur¹⁹⁴.

Kıta Avrupası hukuk sisteminde hukuki kesinlik önemli bir yer işgal etmektedir. Kanun ve kararların kamuya açık olması, kesin ve net olması, geriye etkili olarak uygulanmasının sınırlanması, mahkemelerin kararlarının bağlayıcı olması ve kişilerin meşru beklentilerinin korunması kesinlik ilkesinin unsurları olarak sayılmaktadır¹⁹⁵. Amerika'daki kullanımı ile *legal indeterminacy* ilkesinin ise sadece ikinci işlevle ilgili olduğu ve hukukun uygulanmasıyla ortaya çıkabilecek sonuçların öngörülebilir olmasını ifade ettiği belirtilmektedir¹⁹⁶.

Amerikan hukuk sistemine hâkim olan realist bakış açısının içerisinde, topyekûn hukuk sisteminin kesinlik ilkesine sahip olamayacağı ama en azından hukuki süreç ya da hukuk metotları yönünden kesinliğin sağlanarak, hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü ilkelerinin yerine getirileceği öne sürülmüştür. Hukuki süreç (*lawful process*) ya da hukuk metotları ile kurallarının oluşturulması, olaya uygulanacak hukuk kuralının saptanması ve kuralın uygulanması (*law making, law finding, law applying*) kastedilmiştir. Buna göre, hukuk kuralları tasımsaldır¹⁹⁷ (*sylogistic*) ve bu kuralların kimlere uygulanabileceği ve sonuçları belirlidir. Hukuk kuralları tutarlıdır ve sistemdeki diğer kurallarla uyum içerisindedir. Kural oluşturma (hukuk yaratma) yetkisi denetlenebilir şekilde bahsedilmiştir, yani sınırsız değildir ve bu kurallar uzman kişilerce tarafsız olarak hazırlanmaktadır. Bu kabuller, hukukun oluşturulmasına ilişkin süreçteki kesinlik ilkeleridir. Uygulanacak kuralların saptanması ve uygulanmasına ilişkin olarak hâkimlerin kuralları bildiği (*iura novit curia*) ve istisna durumlar halinde dahi kendilerinin yeni bir hukuk oluşturmadığı, bir diğer deyişle var olan bir hukuk kuralını uyguladıkları varsayımlarıdır. Bunun yanında, hukuki sürecin temel hedefi önceden belirlenmiş bir kuralın olaya uygulanmasını sağlamak, bunu

¹⁹⁴ **Maxeiner, James R.** (2008) "Some Realism about Legal Certainty in the Globalization of the Rule of Law", <http://ssrn.com/abstract=1230457>, s.e.t. 10.12.2020, s. 30,36.

¹⁹⁵ Maxeiner (2008), s. 32; **Maxeiner, James R.** (2007) "Legal Certainty: A European Alternative to American Legal Indeterminacy?" *Tulane Journal of International & Comparative Law*, Volume: 15, No: 2, s. 549.

¹⁹⁶ **Maxeiner** (2008) s. 37; **Çağlar**, s. 182.

¹⁹⁷ Tasım: İki öncül ve bir sonuçtan meydana gelen tümdengelsel çıkarım. **Cevizci** (2000) s. 914.

yazılı olarak gerekçelendirerek yapmak ve yalnızca maddi ve daha önceden tartışılmış kanıtları göz önünde bulundurarak karar vermektir¹⁹⁸.

Çağlar, hukuki belirlilik ilkesinin, erişebilirlik ve kesinlik olmak üzere iki üst unsurdan oluştuğunu belirtmektedir. Buna göre erişebilirlik, “*hukukun aleniliği bağlamında yasal düzenlemelerden haberdar olmayı, normların içerik ve anlamına erişebilmeyi ifade eden kapsamıyla yasal düzenlemelerin ilan veya başka yollarla kamuya duyurulmasını, normların açık ve anlaşılır olmasını*” gerektirmektedir. Kesinlik unsuru ise yasal mevzuat ile bu mevzuata dayanarak yapılan uygulamalarla ilgili özelliklere ilişkindir. Çağlar’a göre “*idarenin işlem ve eylemlerini yasalara bağlı olarak yerine getirmesi, yazılı hukuk metinlerin ve uygulamaların kendi içlerinde birbirleri arasında uyumluluk göstermesi, sık sık değiştirilmemesi anlamında sırasıyla, yasallık, tutarlılık, süreklilik ve geçmişe yürüme yasağı*” gibi ilkeler kesinliğin alt unsurlarını oluşturmaktadır¹⁹⁹.

AİHM, hukuki kesinlik ilkesini sözleşmenin 6. maddesinde adil yargılanma hakkıyla ilişkilendirmektedir. Burada hukuki kesinlik ilkesi çeşitli açılardan ele alınmaktadır. Mahkeme kararlarının kesin olması yani, bir tarafın yeni bir karar almak amacıyla yargılamayı tekrardan açmaya girişmemesi, yüksek mahkemelerin bozma kararlarının da ancak temel hataları düzeltme amacıyla olması; mahkemelerin çelişkili kararlar vermemesi, mahkeme kararlarının nihailiği (*res judicata*) kesinlik ilkesiyle ilişkilidir. Bunun yanında AİHM, zamanaşımı olgusunu da hukuki kesinliği sağlayan bir unsur olarak değerlendirmiştir²⁰⁰.

Anayasa Mahkemesi de pek çok kararında belirlilik ilkesi ile ilgili açıklamalarda bulunmuştur. Yasal düzenlemenin hiçbir tereddüde yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması; hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın ve sonucunun bağlandığının kesin bir şekilde öngörülmesine imkân verecek şekilde olması belirlilik ilkesinin gereklerindendir²⁰¹. Anayasa Mahkemesi’nin açıklamalarından hukuki belirlilik ilkesiyle birlikte, hukuki kesinlik, hukuki öngörülebilirlik, hukuki güvenlik

¹⁹⁸ Maxeiner (2008) s. 39-42.

¹⁹⁹ Çağlar, s. 191.

²⁰⁰ Gülçür, Abdulkadir (2018) “AİHM ve Türk Anayasa Mahkemesi’nin Kararları Işığında Hukuki Kesinlik (Belirlilik) İlkesinin İncelenmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 24, Sayı: 1, s. 154-161.

²⁰¹ Anayasa Mahkemesi, Başvuru No.2012/1035 Tarih: 17.07.2014, Paragraf 45.

ilkelerinin tamamlayıcılık özelliklerine binaen birlikte değerlendirildikleri görülmektedir²⁰². Gülçür, Amerikan hukukunda hukuki belirlilik ya da belirsizlik tezi (*legal determinacy-indeterminacy*) üzerinden yürütülen tartışmanın Avrupa hukuk sisteminde hukuki kesinlik (*legal certainty*) üzerinden yapıldığını ancak aynı ilkenin Türk hukuk literatüründe hukuki belirlilik olarak kullanıldığını, belirtmiştir²⁰³. Bunun yanı sıra hukuki kesinlik ilkesi, hukukun üstünlüğü ilkesinin bir alt unsuru olarak değerlendirilmektedir. Venedik Komisyonu’nun 2016 yılında yapılan 106. Genel oturumunda, hukukun üstünlüğünün unsuru olarak hukuki kesinlik ilkesini sekiz başlıkta incelenmiştir. Bunlar; yasamaya erişim, mahkeme kararlarına erişim, kanunların öngörülebilirliği, hukukun istikrarlı ve tutarlı olması, meşru beklenti, geçmişe dönük işlem yapmama, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi ile daha önce zikredilen *res judicata* ilkeleridir²⁰⁴. Çalışmamız açısından da belirlilik ve kesinlik kavramlarının farkının üzerinde durulması gerekmemektedir. Bu ilkeler hukukun üstünlüğünden ziyade nesnellik ya da objektiflik idealiyle yakından ilişkilidir ve hukukun form unsuru, bu ideali sağlama işlevi taşımaktadır.

2. Kavramsallık ve Sistemsellik²⁰⁵

Sistem kelimesi dilimize Fransızcadan geçmiştir. Etimoloji sözlüğü kelimenin Fransızcadaki en eski kullanımının 1610’larda olduğunu ve “yaratılışın bütünü, evren” anlamına geldiğini söylemektedir. Eski Yunancadaki *sýstēma* kelimesi, *syn* ön eki ile *stēma* (kökü durmak anlamına gelen *histanai*) kelimesinin birleşimidir ve bir arada durma, bir arada bulunma anlamlarına gelmektedir²⁰⁶. Türk Dil Kurumu’na göre sistem kelimesinin anlamları şunlardır: 1. Düzen, 2. Bir sonuç elde etmeye yarayan yöntemler düzeni, 3. Yol, yöntem, 4. Bir aracı oluşturan düzen, düzenek, tertibat, 5. Model, tip, 6. Dizge²⁰⁷. Kelimenin sözlük anlamı, onun bir kavram olarak ne anlama geldiğini açıklamakta yeterli değildir. Bir şeyi sistem yapan özelliklerin ne olduğu, sistemin sistem olmayandan nasıl ayrıldığını

²⁰² Anayasa Mahkemesi, Esas No: 2011/6, Karar No: 2012/16, Tarih: 26.01.2012, “Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey, yasadan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını....bilmelidir.”

²⁰³ Gülçür, s. 150.

²⁰⁴ Gülçür, s. 152-154.

²⁰⁵ Başlıkta her ne kadar kavram ilk, sistem ikinci sırada yer alsada önce sistem açıklanacak daha sonra kavram konusuna geçilecektir. Hukuk söz konusu olduğunda kavramlar olmadan sistemin de olamayacağı düşüncesinden hareketle kavramın sisteme önceliği bulunduğundan, başlıktaki sıralama bu şekilde tercih edilmiştir. Ancak anlatım kolaylığı açısından bütünden parçaya, yani sistemden kavrama giden yol izlenecektir.

²⁰⁶ Nişanyan Sözlük, “Sistem”, <https://www.nisanyansozluk.com/kelime/sistem>, s.e.t. 20.07.2022; Online Etymology Dictionary, “System”, <https://www.etymonline.com/word/system>, s.e.t. 20.07.2022.

²⁰⁷ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>, s.e.t. 14.01.2021.

bilmemiz ve hukukun neden bir sistem olarak tanımlandığını açıklamamız gerekmektedir. Bu şekilde hukuku sistem yapan özellikleriyle hukukun formu arasında bağlantı kurmamız mümkün hale gelecektir.

Sistem kavramı birbirinden çok farklı alanlarda kullanılmaktadır. Güneş sistemi, hücre, insan, bilgisayar birer sistemdir. Bunun haricinde dil sistemi, felsefe sistemi, toplumsal sistemler, matematiksel sistemler, inanç sistemleri vb. bulunmaktadır. Birçok üniversitede mühendislik fakülteleri bünyesinde sistem mühendisliği bölümü mevcuttur. Sistem mühendisliği: *“ karmaşık sistemlerin ya da bu sistemleri oluşturan alt sistemlerin tasarımını, üretimini, bakımını ve sonlandırılmasını, özellikle ekonomik dalgalanmalar ile zaman, maliyet, kalite, verimlilik ve etik kısıtlarını da göz önünde bulundurarak, gerçekleştirilmesini sağlar ”* şeklinde tanımlanmıştır²⁰⁸. Sistem kavramının bu denli farklı kullanımlarını, bu kullanımlardaki ortaklıkları ortaya koymak amacıyla dokuz araştırmacı bir araya gelerek, Uluslararası Sistem Mühendisliği Konseyi (INCOSE) 27. Uluslararası Sempozyumunda sunulmak üzere, sistem kavramının yüzden fazla tanımını incelemişler ve hepsi için geçerli ortak bir sistem tanımı yapmışlardır²⁰⁹. INCOSE, sistemi kısaca, birbiriyle ilişkili parçaların amaçsal birlikteliği şeklinde tanımlamıştır. Sistem, insan yapımı olarak algılanmakta ve her yapay sistemin bir amacı bulunmaktadır. Çeşitli sistem tanımlamalarındaki ortak noktalar: i. birleşme-bir araya gelme, ii. bütünlük, iii. işlev, iv. oluşum, v. çevre, vi. geri bildirim, vii. özdenge olarak sınıflandırılmıştır. Oluşum (*emergence*); kendi kendine örgütlenme ve bütünün tek tek parçaların toplamından daha farklı bir oluşum yaratması anlamına gelmektedir. Çevre, sistemin sınırları belli bir kapsamı olduğunu; geri bildirim, sistemin bir düzeltme mekanizmasına sahip olduğunu; özdenge de sistemde birbirine bağımlı unsurlar arasında istikrarlı bir denge sağlama eğilimi bulunduğu anlamlarına gelmektedir. Sistemler çeşitli şekillerde sınıflandırılmaktadır. Söz konusu çalışmada bu sınıflandırmalar incelenmiş ve sonunda sistemlerin en temelde gerçek sistemler ve kavramsal sistemler olarak ayrıldığı belirtilmiştir. Gerçek sistemlerden kısaca uzay-zamanda fiziksel bir varlığı olan sistemler kastedilmektedir. Kavramsal sistemler ise

²⁰⁸ Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Mühendislik Fakültesi Endüstri Mühendisliği Bölümü, https://aybu.edu.tr/muhendislik/endustri/custom_page-380-sistem-muhendisligi.html, s.e.t. 14.01.2021.

²⁰⁹ **Sillitto, Hillary/Dori, Dov;** et al. (2017) “Defining System: a Comprehensive Approach”, Conference Paper at 27th Annual INCOSE International Symposium, Adelaide, Australia, July 15-20, 2017, https://www.researchgate.net/publication/318601827_Defining_System_a_Comprehensive_Approach, s.e.t. 15.01.2021.

birbiriyle ilişkili bir dizi bilişimsel unsurdan oluşan sistemlerdir²¹⁰. Bu sınıflandırmaya göre hukuk, kavramsal sistem kategorisi içerisine girmektedir.

Kavramsal bir sistem olarak zikredilmesinin yanında hukuk, sistem teorisi literatüründe, toplumsal sistem kategorisi içerisinde incelenmektedir. Toplumsal bir alt sistem olarak hukuk düşüncesi, Alman sosyolog ve hukukçu Niklas Luhmann'a aittir. Bu teori, hukukun kavramsal sistem olduğu iddiasına bir aykırılık teşkil etmemektedir. Zira Luhmann'ın teorisinde, hukukun bir sistem olarak evrimleşmesi ile kavramsallığı ve genel olarak form kazanması arasında sıkı bir ilişki bulunmaktadır. Luhmann'ın teorisine göre, hukuk hem kendini yenileyerek hem de aynı kalarak bazı aşamalardan geçmiş ve evrimleşmiştir²¹¹. Hukukun geçirdiği ilk evrimsel aşama yazılılıktır. Roma hukukunda başlangıçta sözlülüğün yazılılık karşısında üstünlüğü bulunmaktadır. Sonraki aşama zilyetlik ve mülkiyet kavramının birbirinden ayrılarak mülkiyetinin bir hukuk kurgusu haline gelmesidir. Üçüncü aşama muhakemenin ortaya çıkmasıdır. Muhakemenin ortaya çıkması demek, hukukun az sayıda kişinin ilişkilerinin belirlediği bir alan olmaktan çıkması, tüm benzer davalarda uygulanacağı bilinen karar vermeye ilişkin kuralların oluşması demektir. Bu da eşit davalara eşit, eşit olmayanlara farklı davranma çabası içinde genel kavramlar ve ilkeler üretilmesidir. Zamanla metinler soyutlanıp kurumsallaştırılmıştır²¹². Muhakemeden sonraki sonuncu aşamada hukuk, pozitifleşerek *autopoiesis*²¹³ yani; kendi iç mekanizmalarıyla, içerdiği iletişim olanaklarını kullanarak kendi problem ve cevaplarını üreten bir sistem haline gelmiştir²¹⁴. Luhmann'ın sistem teorisinde kavramlaşma ve de genel anlamda hukukun form kazanması ile hukukun bir sistem haline gelmesi arasındaki ilişki açıkça görülmektedir.

Hukuk kavramsal bir sistemdir. Türk Dil Kurumu'nda kavram: “1) Bir nesnenin veya düşüncenin zihindeki soyut ve genel tasarımı, *mefhum*, *fehva*, *konsept*, *nosyon*; 2) Nesnelerin veya olayların ortak özelliklerini kapsayan ve bir ortak ad altında toplayan genel tasarım, *mefhum*, *konsept*, *nosyon*” olarak tanımlanmıştır²¹⁵. Türkçedeki kavram kelimesi Arapça

²¹⁰ Sillitto/Dori; et al. s. 9-12.

²¹¹ **Işıktaç**, Yasemin/**Koloş**, Umut (2015) Hukuk Sosyolojisi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, s. 101.

²¹² **Çataloluk**, Gökçe (2012) Hukuk Sistemi ve Autopoiesis, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, s. 72-78.

²¹³ Kendini yeniden üreterek devamlılığını sağlayan sistemleri tarif eden bir terimdir.

²¹⁴ **Işıktaç/Koloş**, s. 101.

²¹⁵ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>, s.e.t. 25.01.2021

mefhum kelimesinin karşılığıdır. Nişanyan sözlüğünde mefhum, Arapça *fhm* kökünden gelen *mafhūm* "anlaşılan, fehmedilen, anlam" sözcüğünden alıntı olarak tanımlanmıştır²¹⁶.

Weber'e göre, bilimi bilim yapan şey kavram oluşturma ve geliştirme yeteneğidir²¹⁷. Örneğin; Hindistan'ın geometri, tıp, doğa bilimleri, politik ve tarihsel düşüncede oldukça gelişkin olmasına rağmen, sistematik kavram ve metodolojiden yoksun olduğunu belirtmiştir²¹⁸. Kavramsal açıdan basitleşme ve yasa maddelerinin oluşturulması anlamında hukukun rasyonel forma ulaşması en iyi biçimde Roma hukukunda görülmüştür²¹⁹.

Hirsch, kavramlar olmasaydı düşünme ve konuşmanın imkânsız olacağını ifade eder. Kavramların düşünme sırasındaki rolünü, bir değiş tokuş aracı olan ve belirli miktarda değerli madeni temsil eden kâğıt paranın ekonomide oynadığı role benzetir. Hirsch'e göre, tüm bilim tarihi, birbirini izleyen kavramların tarihidir. Çünkü kavram insanı bilgiye götüren, insan için bilgiyi mümkün kılan bir araçtır. Kavramların içlemi (muhteva) ve kaplamından (şümul, vüsat) bahseder. Kavramın içlemi, kavramın temsil ettiği nesnelerin ayırıcı niteliklerinin toplamı iken, kavramın kaplamı kavramdan anlaşılan nesne ve olayların toplamıdır. Örneğin, sözleşme kavramının içlemi, bu hukuki işlemi diğer hukuki işlemlerden farklı kılan ayırıcı niteliklerdir. Kaplamı ise bu ayırıcı niteliklere sahip bütün olaylardır. Bir kavramın kaplamı ne kadar genişlerse içlemi o kadar azalır. Sözleşme kavramının kaplamı çok geniş, içlemi yani ayırt edici özellikleri dardır²²⁰. Bu husus, sözleşme kavramını iş sözleşmesi kavramıyla kıyasladığımızda daha anlaşılır olmaktadır. İş sözleşmesi kavramının, sözleşme kavramına göre kaplamı az içlemi ise daha fazladır.

Kavramlaştırma bir bilgi depolama biçimidir. Dış dünyadan alınan uyaranlar bir kategorizasyon sürecinden geçer. Bu kategorizasyon, algı ile biliş arasındaki bağlantıdır. Algısal sistem varlıklarla ilgiyi bilgiyi toplar, bilişsel sistem de bu bilgiyi bir kategoriye sokar²²¹. Bu da kavramsallaştırma ile mümkün olmaktadır. Bunu açıklamak için kaplan

²¹⁶ Nişanyan Sözlük, "Mefhum", <https://www.nisanyansozluk.com/?k=mefhum&lnk=1>, s.e.t. 25.01.2021

²¹⁷ Arıcıoğlu, M. Atilla (2017) "Weber ve Düşünce Dünyası", Max Weber, Bürokrasi ve Otorite içinde, Çev: H. Bahadır Akın, Adres Yayınları, Ankara, s. 13.

²¹⁸ Arıcıoğlu, s. 18.

²¹⁹ Weber, Max (2017) Protestan Ahlakı ve Kapitalizmin Ruhu, Çev: Milay Köktürk, Bilgesu Yayıncılık, Ankara, s. 43.

²²⁰ Hirsch, Ernest (2001) Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, s. 102-105.

²²¹ Kategori kavramı denilince ilk akla kişi Aristoteles'tir. Nihai ve en yüksek kavrayış ve varlık tarzı olarak gördüğü kategorileri 10 başlıkta sıralamıştır: Töz, nitelik, nicelik, ilişki, yer, zaman, konum, durum, etkinlik ve edilginlik. Aristoteles'e göre var olan her şeyi bu 10 kategoriden birisine yerleştirmek mümkündür ve bir önerme dile getirmek bu 10 kategoride var olanları birbiriyle bağlantıya sokmak demektir. Özcan, s. 67. Kant'ta ise kategoriler varlık tarzlarını değil de kavrayış tarzı ve gerçekliği idrak etme biçimidir. Bu

kelimesini örnek olarak alalım. Kişi kaplan ile tehlikeyi ilişkilendirerek karşılaştığı her kaplan için tehlikeli bilgisini yeniden öğrenmek durumunda kalmaz. Kavramsallaştırma; algılama, ayırt etme, seçme, birleştirme ve yerleştirme gibi eylemleri kapsamaktadır²²².

Bir bilgi depolama türü olarak ifade edilen kavramsallaştırmanın, bu depolamayı ne şekilde yaptığına dair çeşitli açıklamalar bulunmaktadır. Bunlardan ilki klasik yaklaşımdır. Klasik yaklaşıma göre zihin, kurallara bağlı tanımlamalar yaparak bir kavrama dâhil olunması için gerekli ve yeterli özellikleri belirler. Buna göre bir varlık, bir kategoriye dahil olur ya da olmaz. Eğer bir varlık bu tanımında yer almayan bir özellik taşıyorsa, o kavramın içerisinde yer alamaz. Dolayısıyla bu yaklaşıma göre, kavramın/kategorinin sınırlarının net bir biçimde belirlenmiş olması gerekmektedir. İkinci yaklaşım, ön tip (prototip) yaklaşımı olarak adlandırılmıştır. Bu yaklaşımda kategorinin özellik ve şartlarına ideal bir tip aracılığı ile ulaşılır. Klasik yaklaşımdaki gibi gereklilik ve yeterlilik ile değil, ön tipe benzeme ile belirlenmektedir. Üçüncüsü, kuram temelli yaklaşımdır. Buna göre kavramlar, diğer kavramlarla kurulan ilişkiler aracılığıyla tanımlanır. Bu yaklaşımda kavramlar, bireysel ve sübjektif şekilde oluşturulur; bu sebeple de insanlar aynı kavramları paylaşamazlar. Sayılan her üç yaklaşım da eksikleri nedeniyle eleştirilmiştir. Klasik yaklaşım, kavramsallaştırma için kusursuz tanımlamalar gerektirmesi, ön tip yaklaşımı kültürel ve çevresel özelliklere göre sözcüklerin kullanım sıklığı ile ön tiplerin seçiminde ilişki olması ihtimali sebebiyle eleştirilmiştir. Kuram temelli yaklaşım ise kişisel deneyime ağırlık vermesinden ötürü son derece göreceli görülmüştür²²³.

Kategoriler, nesnenin en genel nitelikleridir. Varlığın kaosu, kategori ve kavramlarla düzene sokulmaktadır. Kaos halindeki evreni anlamlı kılabilmek için onu bir düzen içinde algılamak zorunda olan insan, bu eylemi kategorilerle gerçekleştirmektedir. Kategoriler, sınıflandırma zorunlu olduğu için zorunludur. Nesnelerin ve olayların ortak ya da farklı özelliklerine göre yapılan sınıflandırmanın amacı, bilginin organize edilerek hafızaya

kategoriler, anlama yetisine, deneyimde verilmiş olanı algılayıp, kavraması için gerekli yapıyı sağlayan apriori kavram ve kategorilerdir. Cevizci (2000) s. 545. Kant'ta 4 grup kategori bulunmaktadır: nicelik, nitelik, bağlantı ve tarz (modalite). Her grup da 3 kategoriye ayrılır. Çokluk, birlik ve bütünlük nicelik kategorisi; gerçeklik, olumlama ve sınırlandırma nitelik kategorisi; töz, neden-etki ve karşılıklı bağıllık bağlantı kategorileri; olanak, var olma ve zorunluluk tarz kategorileridir. **Heimsoeth, Heinz** (2012) Kant'ın Felsefesi, Çev: Takiyettin Mengüşoğlu, Doğu Batı Yayınları, Ankara, s. 86-87.

²²² **Bozkurt, B. Ümit** (2018) "Kavram, Kavramsallaştırma Yaklaşımları ve Kavram Öğretimi Modelleri: Kuramsal Bir Derleme ve Sözcük Öğretimi Açısından Bir Değerlendirme", Dil Dergisi, Sayı: 169/2, s. 11.

²²³ **Bozkurt**, s. 11-14.

yardım edilmesi; nesnelerin ve olayların yapısını ve ilişkilerini, onlar hakkında genel önermeler oluşturabilecek şekilde tanımlanmasıdır²²⁴.

Kavramların neliğine ilişkin tartışmalar, temelini antik felsefede bulmakla birlikte, 20. yüzyılda dil felsefesinde yaşanan gelişmelerle yeniden ivme kazanmıştır. Temel problem kavramların nesnelerle ilişkisinin ne olduğuna ilişkindir. Bu soruna çözüm olarak kavramların nesnelerden önce gelen kendine özgü bir gerçeklik olduğu (aşırı realizm), kavramların nesnelerde içkin ve nesnelerin özleriyle ilgili formlarını oluşturduğu (ılımlı realizm) ve kavramların nesnelerden sonra insanlar tarafından nesnelere verilen adlar olduğunu (nominalizm) savunan görüşler bulunmaktadır²²⁵. Klasik anlayışa göre kavramlar, dışsal evrendeki bir varlığın zihnimizdeki yansımasıdır. Buna göre kavram, bir şeye referans vermekte, onu tanımlamakta ya da açıklamaktadır. Bu husus kavram realizmi ile ilişkilidir. Platon'un temsil ettiği bu anlayışa göre, kavramlar insan zihninden ve bilgisinden bağımsız bir varlığa sahiptir²²⁶. Fakat pragmatik anlayış olarak adlandırılan modern linguistik düşünceye göre kavramlar, sadece bir varlığı ifade etmekle sınırlı değildir. Kavramlar aynı zamanda linguistik bir eylem aracıdır, yani kavramlarla bir eylem gerçekleştirilir. Örneğin, bir düşünce çürütülebilir ya da desteklenebilir. Dolayısıyla bir söz edimi olan kavramın anlamı, referans verdiği varlıktan değil, onun dildeki kullanımından gelmektedir²²⁷.

Kavramsallaştırma ve kavramların kullanımı 1970 yılında Giovanni Sartori'nin yazmış olduğu "Karşılaştırmalı Siyasette Kavramın Yanlış Oluşturulması"²²⁸ adlı makalesi ile başlayan ve onu geliştiren diğer çalışmalarla siyaset biliminde önemli bir konu olarak işlenmektedir. Kavram ve kuram ilişkisi ile bunların matematiksel mantığa dayalı analizleri aracılığıyla kavramların matematiksel formül haline getirilmesi ve bu sayede siyaset biliminin, bilimsel niteliğinin arttırılması amaçlanmaktadır²²⁹. Sartori, yukarıda Hirsch'e atfen değinilen kavramların içlemi ve kapsamı mantığından hareketle "soyutlama merdiveni" metaforuyla belirsiz kavramları açıklamaya girişmiştir. Soyutlama merdiveni, üç

²²⁴ **Arslan, Hüsamettin** (2007) Epistemik Cemaat Bir Bilim Sosyolojisi Denemesi, Paradigma Yayıncılık, İstanbul, s. 21, 49.

²²⁵ **Kılıç, Muharrem** (2011) Özsellik ve Olgusallık Arasında Hukuk Kavramı St. Thomas'ın Hukuk Kuramı Örneğinde Doğal Hukuksal Bir Analiz, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 62-63.

²²⁶ **Cevizci** (2000) s. 549

²²⁷ **Schedler, Andreas** (2011) "Concept Formation", Ed: Bertrand Badie/Dirk Berg-Schlosser/Leonardo Morlino, International Encyclopedia of Political Science, Sage Publications, London, s. 370-371.

²²⁸ **Giovanni, Sartori** (1970) "Concept Misformation in Comparative Politics", American Political Science Review, Volume: 64, No: 4, pp. 1033-1053.

²²⁹ **Söyler, Mehtap** (2020) "Kavram ve Kuram Analizi Yöntemi: Sartori Geleneği", Uluslararası İlişkiler, Cilt: 17, Sayı: 66, s. 94.

basamaklı bir kavram ve kategori merdivenidir. Evrensel kavramlaştırmanın olduğu yüksek düzey kategoriler, genel kavramlaştırmanın olduğu orta düzey kategoriler ve düzenleyici kavramlaştırmanın olduğu düşük düzey kategoriler bulunmaktadır²³⁰. Merdivenin alt kısmında sınırlı uygulama alanına sahip, dar menzilli kavramlar yer alır. Üste çıktıkça menzil alanı ve bununda birlikte soyutlama derecesi artmaktadır. Kavramların soyutlama dereceleriyle sahip oldukları kriter sayıları ise ters orantılıdır. Örneğin, rejim kavramı demokrasi kavramına göre daha az kritere sahip ama daha soyut bir kavramdır ve soyutlama merdiveninde daha üst basamakta yer almaktadır²³¹.

Kavram, soyutlama yolu ile elde edilir. Bir şeyi başka bir şeyden ayırmaya olanak verir. Nesnelerin ya da olayların ortak özelliklerini kapsar ve ortak bir ad altında toplar²³². Sartre’a göre insan bir şeyi başka şeylerden ayıran kategoriler formüle edebilme melekesiyle seçkinleşir ve hukuk da insanın bu kategorileştirme çabasından kaçamamıştır²³³. Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde inceleneceği üzere, ilk olarak Romalılar, tüm zamanlar için hukuksal düşüncenin kategorilerini saptamışlardır. Hukuk ancak kavramların ortaya çıkmasıyla düzenli bir bütün, bir başka deyişle sistem haline gelebilmiştir. Bu durum şu şekilde örneklendirilebilir: Hammurabi Kanunları gibi ilk yasal metinlerde şu dilde yazılmış kurallara rastlanılması mümkündür. “Bir malı satın alan onu tutma hakkına sahiptir. Mal bir başkasındaysa, onu satın alan kişiye vermek zorundadır”. Bu hususla ilgili farklı ama benzer olaylar bir arada sıralanır. Ancak bu olaylardan elde edilecek soyutlama yoluyla bir kavrama, mülkiyet kavramına ulaşılır. Bu kavramın tanımı, unsurları ve şartları bir başka deyişle kapsamı ve işlemi belirlenir. Buradan bir ayni hak kavramına ulaşılır. Daha sonra ayni haktan farklı olan sınırlı ayni haklar kategorisi yaratılır. Böylece, bir kavram yaratıldıktan sonra ondan farklı durumları gösteren başka kavramlar yaratılır. Sonrasında ortak noktaları olan kavramlar bir grup oluşturur ve bundan farklılaşan ayrı bir kavram grubu yaratılır, derken bir kavramsal sisteme ulaşılır. Bu noktadan sonra, hukuk dili basit ve olay temelli dilden kavram ve kural temelli dile doğru evrilir. Böylece pek çok benzer olay, tek bir kavram ve tek bir kurala ve dolayısıyla tek bir forma indirgenebilir.

Hukuksal kavramların çoğu soyut ve duyuusal deneyimin dışındadır. Örneğin, tapu senedi somut olmasına rağmen temsil ettiği haklar soyuttur. Ya da iki kişinin yaptığı anlaşma

²³⁰ Giovanni, s. 1044.

²³¹ Mair, Peter (2015) “Kavramlar ve Kavram Oluşumu”, Sosyal Bilimlerde Yaklaşımlar ve Metodolojiler içinde, Ed. Donatella della Porta/Michael Keating, Çev: Sabri Gürses, Küre Yayınları, İstanbul, s. 228.

²³² Cevizci (2000) s. 548.

²³³ Kütükçü, Doğan (2017) Batı Hukuk Geleneğinin Oluşumu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 115.

kişisel olarak deneyimlenebilir, tanık olunabilir ya da belgelenebilir olsa da sözleşmeye mündemiç haklar nesneler âleminde herhangi bir yer işgal etmemektedirler. Bu haklar, soyutlamalar, fikirler ve tasavvurlardan ibarettir. Metafiziksel bu öğeler, dilsel açıdan tıpkı fiziki nesnelermiş gibi algılanmaktadır. Bir kimsenin bir hakka sahip olması ile bir araba ya da eve sahip olması benzer şekilde ifade edilmektedir. Smith, hukuki cümlelerimizde fiziksel birer varlıkmışlarcasına özne ve nesne görevinde kullanılan, hak, görev, sözleşme, kiralama, şirket vb. hukuksal kavramları “hukuki kurgular” (*legal constucts*) olarak adlandırmaktadır²³⁴.

Hukuk antropolojisinin gelişimiyle, arkaik hukuk ve Batı hukuku kıyaslaması mümkün hale gelmiş, böylece batı hukukunun temelini oluşturan mülkiyet, sözleşme gibi hukuki kavramların primitif hukuklardaki karşılıkları tespit edilmeye çalışılmıştır. Ancak klasik dönem Roma hukuku hariç tutulduğunda, arkaik hukuk geleneklerindeki temel özellik, kullandıkları kavramların duysal deneyimlerden kaynaklanması, soyut ve teorik bir kavramsallaştırmanın olmamasıdır. Bu hukuk geleneklerinde silah, kıyafet, at gibi kişisel mülkiyete konu eşyalar, herhangi bir hukuki kavram sebebiyle değil, doğrudan bir kişiyle olan duysal fiziksel bağlantı sebebiyle o kişinin addedilmişlerdir. Kişinin eşyası o kişinin bir parçası olarak görülmektedir. Fiziksel sahipliğe bağlı olan bu ilişki Roma’nın erken dönemlerinde de görülmektedir. Bir ailenin üzerinde yaşadığı toprak, o ailenin bir parçasıdır, öyle ki öldükten sonra ruhları o toprakta bulunmaya devam etmektedir. Bu topraktaki köleler ve hayvanlar da -evin çocukları gibi- aynı şekilde o ailenin bir parçasıdır. Kişinin eşyası mülkiyet hakkından ötürü değil, fiziksel bağlantı sebebiyle kişinin bir parçası olarak görülmektedir. Dolayısıyla böyle bir düzende mülkiyet hakkından, bu hakkın kullanma, devretme gibi ayrılabilir unsurlarından bahsetmek mümkün değildir. Bu nedenle fiziksel bağlantının (zilyetliğin) kaybedilmesiyle mülkiyet kaybedilmekte, fiziksel bağlantı kurulmasıyla da kazanılmaktadır. Bir kişi mülkiyeti kaybettiğinde bunu dava benzeri yollarla ileri sürebilmekteyse de tam bir mülkiyet kavramı oluşmadığından, bu dava hakkı mirasçısına geçmemektedir. Burada vurgulamak istenilen, hakkın mirasçıya geçmesine olumsuz yaklaşılması değil, basit bir şekilde böyle bir kavram ve kavrayışın mevcut bulunmamasıdır²³⁵.

²³⁴ **Smith, J.C.** (1968) “The Unique Nature of the Concepts of Western Law”, The Canadian Bar Review, Volume: XLVI, No: 2, s. 191-192.

²³⁵ **Smith**, s. 199-200.

Sözleşme kavramındaki durum da mülkiyet kavramında olduğu gibidir. Arkaik hukukların hiçbirinde iki tarafın bir araya gelerek, sadece birbirlerine vermiş oldukları sözler neticesinde belirli yükümlülükler altına girmesi anlayışı mevcut değildir. Bu toplumlarda takas ya da satış gibi ticari işlemler bir sözleşme ilişkisi çerçevesinde değil, yine fiziksel sahiplik çerçevesinde yapılmaktadır. Örneğin, günümüzde satım sözleşmesi gerçekleşikten sonra gerek alıcının gerekse satıcının belli durumlarda sorumlulukları devam etmektedir. Bu soyut ve teorik sözleşme ilişkisinin bir sonucudur. Lakin arkaik hukuk geleneklerinde transferin gerçekleşmesi ile ilişki bitmektedir. Soyut sözleşme kavramının olmaması, ya da sözleşme kavramının somut karakteri, sözleşmeden doğan sorumluluk gibi durumların bulunmaması sonucunu doğurur. Bir kimsenin, örneğin malı alıp bedelini ödememesi durumu bir “hukuki sorumluluk durumu” olarak görülmekten ziyade sosyal pratik içerisinde malını satan kişinin diğeri üzerinde rehin kurması gibi bir zorlama uygulaması şeklinde gerçekleşmektedir. Bedelin ödenmemesi hukuki sorumluluğun ihlali değil, satıcının malları üzerinde (ki bu malların kişiliğin bir parçası olarak görüldüğünü hatırlayalım) yanlış bir müdahale olarak algılanmaktadır. Hukuki çareler, sözleşmeden, haksız fiilden ya da mülkiyet hakkından kaynaklı ayırımına gidilmeksizin, salt yanlış davranış olduğu için uygulanmaktadır. Dolayısıyla arkaik hukukta modern hukuktan farklı olarak soyut haklardan değil, somut ödevlerden bahsedilir. Yine aynı şekilde yanlış davranışın, mülkiyet hakkından, sözleşmeden ya da haksız fiilden kaynaklandığı şeklinde bir ayırım da bulunmamaktadır. Borç, haksız fiil, suç ve benzeri şekilde sınıflandırılan yanlış davranış kategorileri mevcut değildir. Kanunlar da belli davranışların yapılmasını yasaklama ya da emretme şeklinde bir örüntüden ve uyulmaması halinde ceza öngörülmesinden ibarettir²³⁶.

Smith, somut ve ampirik deneyime dayalı arkaik hukuku statik ve geçmiş yönelimli (*past oriented*) olarak tanımlarken, soyut kavram formlarından oluşan Klasik Roma ve modern hukuku, hukuki ilişkilerin yaratılması, aktarılması, ortadan kaldırılması ve bu gelecek hareketinin öngörülmesiyle ilgili olarak dinamik ve gelecek yönelimli olarak tanımlamaktadır. Feyerabend de kavramların sadece mantıksal içeriklerden ibaret olmadığını, çağrışım, duygu ve imgelere de bağlı olduğunu belirtmiştir. Bu çağrışım, duygu ve imgeler ilişkilerde özsel bir önem taşımaktadır. Onların yok edilerek daha nesnel kılınması mümkünse de bu şekilde önemli toplumsal kısıtlamalar ihlal edilmiş olmaktadır²³⁷.

²³⁶ Smith, s. 203-205.

²³⁷ Feyerabend, Paul (2000) Yönteme Karşı, Çev: Ertuğrul Başer, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, s. 176.

Hukukun formu, onun kavramsal bir sistem olmasıyla ilişkilidir. Kavramsal bir sistem özelliği göstermeyen hukuk, düzensiz, sınırsız ve dağınık olacaktır. Kavram yaratımı olmadan gelecekte yaşanacak benzer olaylara benzer şekilde davranma, bununla bağlantılı olarak da bir önceki başlıkta değindiğimiz hukukta objektiflik ve belirlilik mümkün olmayacaktır. Hukukta kavram oluşturma, soyut düşünme kabiliyeti olarak insanlık tarihinde ileri bir aşamaya tekabül etmekle modern hukukla sıkı bir ilişki içerisinde. Buna karşın, hukukta soyut kavram oluşturma yeteneği ile ünlenen ilk hukukçular Romalı hukukçulardır. Ancak, ikinci bölümde inceleneceği üzere, Roma hukukunda kavram oluşturma ve bu kavramsal yapıdan genel bir hukuki kurala ya da ilkeye ulaşma anlayışı, modern hukuka nazaran farklılık göstermektedir.

3. Yazılılık ve Kodifikasyon

Yazılılık, sözlü hukuki geleneğin herhangi bir yöntemle yazılı hale getirilmesidir. Bu Sümerler ya da Hammurabi zamanındaki, kil tablet üzerine yazma olabileceği gibi teknolojinin son yöntemlerinin kullanılarak yazılı hale getirilme de olabilir. Burada sözlü kültürden ya da gelenekten yazılı kültür ya da geleneğe geçmek kastedilmektedir. Çünkü bir şeyin yazılı hale gelmesi demek, onun bir kalıp kazanması, bir forma bürünmesi ve sabitlenerek kalıcılığının pekiştirilmesi demektir.

Kodların ilk olarak yazının keşfi ile, yargı elitlerinin bilgi tekellerini yıkmak amacıyla oluşturulduğu ifade edilmiştir²³⁸. Ancak sözlü gelenekten yazılı geleneğe geçiş, bir anda olmamıştır. Roma'da ilk etapta yazılı metinler sözlü yapılan işlemlere güç kazandırma amacıyla yapılmıştır. Önemli olan sözlülüktür. Antik dönemden kalan alışkanlıkla yazılı metinler üzerinde daha fazla hile yapılabileceğine inanılmaktadır. Yazının kamusal nitelik kazanması toplumun okuma yazma alışkanlığı kazanmasından sonra olmuştur²³⁹. Erken Orta Çağ'da dahi, halk nezdinde yazılı belgelere olan güvenin tam anlamıyla oluşmadığı, yazılı evrak vermek yerine toprak, taş ve dal parçası vermenin tercih edildiği belirtilmiştir. Çünkü belge sadece bir kâğıt parçasıdır ve hazırlanırken onu bir toprak parçası üzerine koyarak ondan güç ya da kutsallık alması beklenmektedir. Belgeye geçerliliğini toprak parçası kazandırmaktadır. Yine, yemin delili belgeye tercih edilmiştir²⁴⁰.

²³⁸ **Cotterel, Roger** (2018) Hukuk Biliminin Politikası Hukuk Felsefesine Eleştirel Bir Giriş, Çev: Saim Üye, Pinhan Yayıncılık, İstanbul, s. 74.

²³⁹ **Cataloluk**, s. 74

²⁴⁰ **Boçarov, Viktor V.** (2020) Hukuk Antropolojisi, Çev: Eva Gurbanova, Doğu Kütüphanesi, İstanbul, s. 251.

Bu hususu Derrida, batı düşüncesinin söz merkeziliği kavramıyla açıklamıştır. Buna göre söz, zihindeki düşüncenin ilk ve doğrudan aracıdır. Bu sebeple söz, yazıdan önce gelmektedir. Levi-Strauss'da yerli kabileler üzerinde yaptığı incelemeler sonucunda yazı ile şiddet arasında bağlantı kurmuş ve yazının ortaya çıkmasıyla sömürü düzeninin başladığını iddia ederek, sözün yazıya üstünlüğüne değinmiştir²⁴¹. Günümüzde “hukuki işlem ve eylem” olarak tanımlanan insanların günlük yaşantısındaki birçok faaliyet, modern öncesi dönemde sözlü olarak gerçekleştirilmiş olsa da tarihteki en eski yazılı belgelerin yasal metinler olduğu bir gerçektir. Dolayısıyla, yazılılık ve formellik ilişkisinde bir düzenlemenin salt yazılı hale getirilmesinin yanı sıra, kodifiye edilmiş olması da büyük bir önem arz etmektedir. Yazı ile bir cisim ve beden kazanan soyut norm, kodifikasyon ile kazandığı bu formu sağlam ve dayanıklı hale getirmektedir. En büyük kodifikasyon hareketlerinden biri olan *Corpus Iuris Civilis*'teki *corpus* ifadesi de bize bunu açıkça göstermektedir. Bu doğrultuda kodifikasyon teriminin çalışma amacımıza denk düşen en uygun tanımı onun, “dünya hukuklarının pozitif hükümlerle yalınlaştırılması, sistemleştirilmesi ve sentez haline getirilmesi çabası” olarak ifade edilmiştir²⁴².

Kodifikasyon denildiğinde, yaratmış oldukları etki sebebiyle ilk akla gelen iki büyük kodifikasyon hareketi *Corpus Iuris Civilis* ile Roma hukuku kodifikasyonu ve *Code Napoléon* olarak anılan Fransa Medeni Hukuk kodifikasyonudur. Bunlardan ilki yüzyıllar sonra keşfedilerek Batı Avrupa hukuk sistemine temel oluşturması, ikincisi de modern kanunlaştırma faaliyetlerine öncülük etmesi ve örnek olması sebebiyle önemlidir. Öyle ki, *Code Napoléon* Almanya'da tarihsel hukuk okulunun oluşumuna ve on yıllarca süren kanunlaştırma tartışmalarına neden olmuştur. Bununla birlikte, Roma hukukundan farklılığını her fırsatta dile getirmeye gayret gösteren İngiltere'de bu kanundan etkilenen Bentham'ın önerileriyle reformasyon adı altında bir kodifikasyon çalışması denemesine sebebiyet vermiştir²⁴³.

Bir hukuki düzen veya geleneğin “kural” halini alması ile bu kuralların birikerek bir kurallar yığını oluşturması ve sonrasında bu yığının sistematikleştirilerek kodifiye edilmesi ve günümüz anlamında bir kanun halini alması, oldukça uzun ve yavaş bir seyirde

²⁴¹ Bu hususlar çalışmamızın üçüncü bölümünde incelenecektir.

²⁴² **Özsunay, Ergun** (1978) Medeni Hukuka Giriş, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Fakülteler Matbaası, İstanbul, s. 103-104.

²⁴³ **Brunon-Ernst, Anne** (2014) Bentham, Common Law and Codification, Conference: Cours Magistral—DUCOMMON LAW—Grands systèmes de droit contemporainAt: Université Paris 2, https://www.researchgate.net/publication/263007800_BENTHAM_COMMON_LAW_AND_CODIFICATION, s.e.t. 12.02.2021.

gerçekleşmiştir. Bunun için tekil olayların ilineksel öğelerinin, yani olguya özgü koşullarının (*species facti*) ötesine geçilerek ilgili hukuksal problemi belirli genel ilkeler ışığında çözülmesi gereken bir hukuksal mesele (*quaestio iuris*) olarak belirleme ve tanımlama gerekmektedir. Tekil kural koleksiyonundan fazlasını vadeden hukukun yalıtım ve soyutlama eğiliminde olması kaçınılmazdır. Bununla birlikte, kuralın bir kez formüle edilmesi hukuksal yaşama uyum göstermekten ziyade hukuksal yaşama hâkim olma anlamına gelmektedir. Kodifikasyonlar da bu hâkimiyetin en büyük göstergeleridir. Zira *Corpus Iuris Civilis*, kabul edildikten sonra bağlayıcı tek hukuk metni haline gelmiş ve derleme hakkında yorum yapılması yasaklanmış²⁴⁴. Aynı durum *Code Napoléon* için de geçerlidir. Fransa’da filizlenen Yorumcu Hukuk Okulu (*Ecole de l’Exégèse*) görüşleri çerçevesinde yasa metni olağanüstü derecede yüceltilerek hukukla eşdeğer görülmüş ve hâkimin sadece “kanunun ağzı” olması gerektiği görüşleri ortaya çıkmıştır²⁴⁵.

Fransa kodifikasyonunun başlangıcı olarak gösterilen 1454 tarihli örflerin kral inisiyatifiyle resmi olarak yazıya geçirilmesi talimatnamesinde, yazıya geçirilme gerekçesi olarak hâlihazırda uygulanan örfi hükümlerin belirsizliği, istikrarsızlığı ve çeşitliliği sebebiyle davaları uzatması ve dava masraflarını artırması gösterilmiştir. Yazıya geçirilmeyle beraber davaların süresi ve masrafı azaltılacak, ayrıca hâkimler daha iyi kararlar verecek, kararlarının ne yönde olacağı kesinlik kazanacak, bütün farklılaşma ve zıtlaşma konularının önüne geçilebilecektir²⁴⁶. Kodifikasyonun hukukun formuyla ilişkisi, zamanında Almanya’da kodifikasyon karşı hareketinin temsilcisi olan Savigny tarafından da vurgulanmıştır. Savigny’e göre, hukukun temel ilkelerini sistematik bir düzenlemeyle tam olarak ifade etme girişimi olarak kodifikasyon, hukuki gelişimin son noktasına geldiği anlamına gelmektedir. Dolayısıyla kodifiye edilmiş bir hukuk, mükemmel hale getirilmiş, rasyonel olarak ayrıntılandırılmış hukuki formlarda somutlaşmış bir hukuktur²⁴⁷.

Yazılılık ve form ilişkisi sadece kodifiye edilme bağlamında değil, salt yazılma şeklinde de açığa çıkmaktadır. Her türlü hukuki işlemin belirli bir formda yazılı olması gerekmektedir. Dava dilekçesi, mahkeme kararları, bilirkişi raporları, müzekkereler, sözleşmeler ya da hukuki bir makale, mütalaa veya tez yazımlarının hepsi belirli bir formda olmaktadır. Öyle ki, bir hukukçunun yazılı bir metne birkaç saniye göz gezdirerek içeriğini

²⁴⁴ **Kütükçü**, s. 163,170.

²⁴⁵ **Can**, s. 110-114.

²⁴⁶ **Asal, Barkın** (2018) Kodlaştırma-Fransız Medeni Kanunu’nun Felsefi ve Tarihi Kökenleri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, s. 65.

²⁴⁷ **Cotterel** (2018) s. 68.

okumadan hangi tür bir hukuk metni olduğunu anlaması mümkündür. Gerek yazı olmaksızın hukuku düşünmenin ve onu uygulamanın imkansızlığı gerek anılan tarihsel gelişmeler, hukukun formu ile yazılı ve kodifiye edilmiş olması arasındaki ilişkiyi açık bir şekilde göstermektedir.

4. Yöntemsellik ve Bilimsellik

Buraya kadar hukukta belirlilik ve kesinlik, kavramsallık ve sistemsellik, yazınlık ve kodifikasyon ile hukukun form boyutu arasında ilişki bulunduğundan bahsedilmiştir. Bu noktada ise yöntem kavramıyla form kavramı arasındaki ilişkiye değinilecektir. Bunun yanında hukukun bilimselliği iddiası ile yöntem hususu da birbiriyle bağlantılıdır. Hukukun bir bilim olup olmadığı tartışmalı olmakla birlikte, literatürde kendisine has “dogmatik bir bilim” olarak kabul edilmektedir²⁴⁸. Hukukun bilim olarak kabul edilmesi, onun belirli bir yönetime sahip olduğunu göstermektedir. Bilim, incelenen bir nesneyi ve bu nesneyi inceleme yöntemini zorunlu kılar. Yöntem, bilimin garantörüdür²⁴⁹. Yöntem olmadan bilim mümkün değildir. Bilim tarihi, modern bilimin doğuşunun öncelikle yöntemin belirlenmesiyle olduğunu göstermektedir. Modern bilimin babası olarak kabul edilen Descartes’ın en önemli eserinin “Yöntem Üzerine Konuşmalar” olması, yine sosyolojinin kurucularından biri olarak kabul edilen Durkheim’ın “Sosyolojik Yöntemin Kuralları” adlı eseri buna örnek olarak gösterilebilir. Yöntem ayrıca, tekrarlayabilme ve doğrulama imkânı sağlayarak nesnellığe ulaştırması bakımından da hukukun form boyutuyla ilişkili olarak kabul edilmelidir.

²⁴⁸ **Aral, Vecdi** (2012) Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, s. 127-167; **Gürkan, Ülker** (2013) Hukuk Sosyolojisine Giriş, Siyasal Kitabevi, Ankara, s. 19-21. **Balı, Ali Şafak** (2011) Hukuk, Toplum, Siyaset, Çizgi Kitabevi, Konya, s. 11-30. Sosyal bilim kavramı modern dünyaya aittir. Modern devletin kararlarını dayandırabileceği kesin bilgiye ihtiyaç duymasıyla, sınırları belli belirsiz bir “sosyal fizik” kategorisi olarak ortaya çıkmıştır. Sosyal bilimlerin tarihsel kuruluşu, hızlı bir sosyal ve siyasal dönüşümün yaşandığı dünyada önlenemez görülen bu değişimi belirli bir çapta sınırlı tutmak örgütlemek ve rasyonelleştirmek amacını taşımaktadır. Yeni bir sosyal düzenin istikrarlı biçimde kurulması, oluşturulacak bilimin olabildiğince kesin (pozitif) olmasına bağlanmıştır. Bu düşünce kendisini, Comte’un, sosyal fiziğin sosyal sorunların çözümünü uygun eğitim almış sınırlı sayıda seçkin zekâyâ devrederek düzen ve ilerlemenin sağlanacağı öngörüsünde göstermektedir. Bu yeni disiplin, gökyüzü mekaniğinin mantığını sosyale uyarlayarak, teoloji, metafizik ve benzeri tüm unsurlardan soyutlanmasıyla oluşturulmuştur. Üzerinde uzlaşma sağlanan sosyal bilimler tarih, iktisat, sosyoloji, siyaset bilimi ve antropolojidir. Hukukun ise sosyal bilimlerin asli bir parçası olmadığı kabul edilmiştir. Bunun bir nedeni hukukun, akademik araştırmalar için gerekli olan devlet desteğine ulaşma amacıyla olan sosyal bilimlerin kuruluşundan önce üniversite eğitiminin bir parçası olmasıdır. Yani hukuk diğer sosyal bilimlere nazaran üniversitelerde varlık gösterebilmek için bilimselliğini kanıtlamak zorunda olmamıştır. Ancak asıl neden çok fazla normatif olması, ampirik araştırmaya olan uzaklığı ve yasaların bilimsel yasalar olarak kabul edilmemesidir. **Gulbenkian Komisyonu** (2014) Sosyal Bilimleri Açın, Sosyal Bilimlerin Yeniden Yapılanması Üzerine Rapor, Metis Yayınları, İstanbul, s. 12-33.

²⁴⁹ **Arslan** (2007) s. XVII.

Bilimi bilim yapan şey, sınırları belirlenmiş olgusal bir alanda, bilim otoriteleri tarafından güvenilirliği hususunda tartışma bulunmayan yöntemlerin kullanılması suretiyle elde edilen bilgilerdir. Bilim, kullandığı yöntem sebebiyle bilim olmaktadır. Arslan, yöntem sayesinde entelektüel kaosun kozmosa dönüştürülerek belirsizlik korkusunu ortadan kaldırdığını ifade etmiştir. Ona göre, ünlü yöntem kitaplarının hepsi yazıldıkları dönemde ortaya çıkan entelektüel kaosa bir tepki niteliğindedir²⁵⁰.

Descartes, her şeyin bilgisine ulaştıracak doğru yöntemi arama serüveninde mantık, matematik ve geometrinin kendisine yol göstereceğini düşündüğünü belirtmişti. Ancak sonrasında mantığın yeni bir şey öğretmediğini, sadece olanı açıkladığını, matematik ve geometrinin kesin kanıtlama yöntemlerine sahip olsa bile soyut ve sınırlı sayıdaki konuları kapsadığını söylemiştir. Mantığın çok fazla sayıdaki temel kuralı yerine, kendilerine uymaktan bir kez bile sapmayacağı dört kuralın yeterli olacağını ifade etmiştir. Birincisi, öyle olduğu açıkça bilinmeyen hiçbir şeyi kabul etmemek olan şüphe kuralıdır. Duyuların güvenilmezliği ve akıl yürütme hataları sebebiyle öncelikle her şeyin yanlış olduğu kabul edilerek işe başlanmalıdır. İkincisi, her problem daha iyi analiz için olabilecek en küçük parçaya bölünmek zorundadır. Üçüncüsü, en yalın ve bilinmesi en kolaydan başlanarak yavaş yavaş karmaşık olanın bilgisine ulaşılmaya çalışılmalıdır. Sonuncusu, her adımda hiçbir şeyin atlanmadığından emin olunacak gözden geçirilmelerin yapılmasıdır²⁵¹. Descartes'in yöntemi, karışık önermeleri adım adım daha basit önermelere götürecek, sonrasında bu basit önermelerin sezgisinden hareket ederek ve yine aynı adımlardan geçerek, diğer bütün önermelerin bilgisine varacaktır. Yani, tümdengelim aracılığıyla elde edilen bilgiler tümevarımla doğrulanarak sağlaması yapılacaktır²⁵². Bu yöntemsel kurallar da temelinde matematikseldir. Zaman ve mekândan bağımsız, kesin ve mutlak bilgiye bu kurallarla ulaşılabilecektir. Descartes'ta yöntemsel birlik düşüncesi mevcuttur. Bu yöntemsel kurallar başta felsefe olmak üzere tüm bilimler için geçerlidir. Descartes'e göre, hakikate ancak yöntem aracılığıyla ulaşılır. Hakikati yöntemsiz aramaktansa hiç aramamak yeğdir. Modern düşünce işte bu kabule dayanmaktadır²⁵³.

Hukukun bilimsel karakteri, hukuksal kural ve kararların belirli bir yönteminin olmasına bağlıdır. Hukuksal yöntem, hukuku kişilerin sübjektif ve politik görüşlerinden

²⁵⁰ **Demir** (2017) s. 71.

²⁵¹ **Descartes, Rene** (2013) *Yöntem Üzerine Konuşma*, Çev: Murat Erşen, Say Yayınları, İstanbul, s. 26-27.

²⁵² **Kahraman, Yakup** (2018) "Hakikati Keşfetmenin Yolu Olarak Yöntemli Düşünme", *Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi*, Sayı: 26, s. 86.

²⁵³ **Kahraman, Yakup**, s. 82-84.

bağımsız kılarak onu nesnel, objektif bir bilim haline getirecektir. Hukukun maddesi sübjektif, değişken ve belirsizken, hukuksal yöntemin uygulanması sonucu belirli bir şekil alır, form kazanır, nesnelleşir ve bilimselleşir. Dolayısıyla, hukukun formu ile hukuku bir bilim haline getiren hukuksal yöntemin ilişkili olduğu düşüncesi ortaya çıkmaktadır.

Peki, hukuksal yöntemle ne kastedilmektedir? Hukukta yöntem denilince ilk aklı gelen hukukun yapılması, uygulanması ve değiştirilmesine yönelik usullerdir. Yukarıda, hukukun formu ve maddesiyle ilgili görüşler açıklanırken, usul meselesine değinilmiştir. Usul hukuku hukukun yapılması, uygulanması (yargılama hukuku olarak) ve değiştirilmesi süreçlerindeki usulleri belirtilmesi itibarıyla hukukun formel yapısıyla ilişki içerisinde. Ancak literatürde “hukukta yöntem” denildiğinde usul hukukundan farklı bir alana işaret edilmektedir.

Hukukta yöntem, hukuk metodolojisi şeklinde kavramsallaşmıştır. Hukuk metodolojisi disiplini ile bir olayın sonuçlandırılması, hukuk kurallarının uygulanması, yorumlanması, argümantasyon teorileri vb. konular kastedilmektedir. Hukukta yöntem konusunun merkezinde hukuki bir sonuca ulaşma ya da hukuki bir karar alma faaliyeti bulunmakta, usul hukuku ve hukukun yapılması ise bu kapsamda değerlendirilmemektedir. Hukuk yapımı, hukuk kurallarıyla düzenlenmiş siyasi bir olgu olarak kabul edilmekte, dolayısıyla hukukta yöntemin hukukun uygulanmasına/yorumlanmasına/anlamlandırılmasına hasredildiği görülmektedir. Hukuk metodolojisi adı altında Türkçe yayımlanmış ders kitaplarında yöntem olarak en temelde iki konu ele alınmaktadır: Mantık ve yorum²⁵⁴. Doğru hukuki yargıya ulaşmak olarak tanımlanabilecek hukuk metodolojisinde, yargıya ulaşmak için temel alınan hukuk normları bir *nass* olarak kabul edilmektedir. Uzun’un Hukuk Metodolojisi kitabının ilk versiyonunda “hukuki yargılar, hukuk normlarını *nass* kabul ederek hüküm ihdas eden yargılardır” ifadesi bulunmasına rağmen bu ifade kitabın yenilenmiş baskısında yer almamıştır²⁵⁵. Ancak bu hususun açıkça belirtilmiş olup olmamasından bağımsız olarak, hukuk metodolojisinin bir

²⁵⁴ **Işıktaç, Yasemin/Metin, Sevtap** (2013) Hukuk Metodolojisi, Filiz Kitabevi, İstanbul; **Uzun, Ertuğrul** (2016) Hukuk Metodolojisinin Sorunları, Nora Kitap, İstanbul; **Serozan, Rona** (2016) Hukukta Yöntem-Mantık, Vedat Kitapçılık, İstanbul; **Sözer, Ali Nazım** (2013) Hukukta Yöntembilim, Beta, İstanbul; **Güneş, Ahmet** (2016) Hukuk Metodolojisi, Adalet Yayınevi, Ankara; **Demir, Abdullah** (2016) Hukuk Metodolojisi, Astana Yayınları, Ankara.

²⁵⁵ Uzun’un Hukuk Metodolojisinin Sorunları adlı kitabının ilk versiyonundan kastettiğimiz bu eserin Adalet Akademisi tarafından, bünyesinde yürütülen eğitim faaliyetinde ders kitabı olarak basılan versiyonudur. **Uzun, Ertuğrul** (2014) Hukuk Metodolojisi Ders Kitabı, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara, s. XI, 1.

hukuk normunun nasıl oluşturulduğu konusunu mesele olarak görmediği, asıl meselesinin hukuki yargılara nasıl ulaşıldığı olduğu söylenebilecektir²⁵⁶.

Hukuksal yöntemi, hukuki karara ulaşmadaki mantık ve yorum kurallarına ek olarak, hukukun yapım sürecini de içeren şekilde inceleyen hukukçu Friedrich Carl von Savigny'dir (1779-1861). Savigny tarihçi hukuk okulunun kurucusu olarak bilinmekte ve metodoloji kitaplarında pek fazla anılmamaktadır. Oysaki Savigny'nin mesele edindiği asıl konunun hukukta yöntem olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Zira onun hukuk düşüncesinin başlıca amaçlarından birisi, hukukun bilimsel olarak elde edilmesinin yöntemini ortaya koymaktır. Ancak Savigny'de yöntem, günümüzdeki gibi salt karar üretmeye yönelik, belirli pratik kural ve ilkelerin gözetilmesinden farklılık göstermektedir. Kararın bilimsel olarak üretilmesinden önce, yukarıda değinildiği üzere nass olarak kabul edilen ve karara dayanak teşkil eden hukuk kurallarının bilimsel olarak oluşturulması problemiyle ilgilenmiştir. Savigny bu yöntemi tarihsel yöntem olarak adlandırmış ve hukukun bu yöntem ile oluşturulması gerektiğini belirtmiştir²⁵⁷. Tarihsel yöntem, salt kronolojik bir yöntem değildir. Bu, hukukun işleyiş mantığı ve sürecini ortaya çıkaracak sistematik bir araştırma olmalıdır. Hukuk, tarihin, mantığın, felsefenin ve sosyolojinin yöntemlerini aynı anda kullanarak analiz edilmeli ve ancak bu analiz sonucu ulaşılabilecek yöntemsel erginlik ile kodifiye edilmelidir²⁵⁸. Modern çağda oldukça kurgusal ve karmaşık hale gelen hukuk, ancak bu bütüncül yöntemle oluşturulabilir. Hukukun toplumsal ve siyasal boyutunun tarihsel yöntem; teknik ve bilimsel boyutunun sistematik ve mantıksal yöntemle oluşturulması gerekmektedir. Bu yöntemle sırasıyla, hukuki bir kurum tarihsel anlamıyla ele alınmalı, güncel uygulamaları incelenmeli, bu incelemeler sonucunda o kuruma ilişkin kavramsal saptamalar yapılmalı, ilgili olduğu diğer kavramlar tespit edilip aralarındaki ilişki analiz edilmeli ve son olarak soyutlama yoluyla daha bütünsel ve sistematik bir kavrayış ortaya koyulmalıdır²⁵⁹. Dikkat edilecek olursa, bu yöntem pozitif hukuktan bir yargı çıkarılmasını değil, bizzat pozitif hukukun oluşturulmasını kastetmektedir.

Savigny'nin yaklaşımı, hukukun nasıl oluşturulması gerektiğine ilişkin bir yöntem olarak, aslında hukukun kaynağı sorusuna cevap vermektedir. Bir başka deyişle, söz konusu

²⁵⁶ **Rückert, Joachim** (2006) "Friedrich Carl von Savigny, the Legal Method, and the Modernity of Law", *Juridica International*, Volume: XI, s. 58.

²⁵⁷ **Rückert**, s. 58.

²⁵⁸ **Akbaş, Kasım** (2016) "Friedrich Carl Von Savigny: Tarihsel Hukuk Okulu Geleneği", *İÜHFM*, Cilt: LXXIV, Sayı: 1, s. 54.

²⁵⁹ **Akbaş** (2016) s. 64-65.

yöntem kullanılarak oluşturulan hukuk, hukukun kaynağına ilişkin bilgi sunmaktadır. Hukukun kaynakları konusu, yukarıda bahsettiğimiz hukuk metodolojisi ders kitapları içeriğinde yorum ve mantık konuları dışında değinilen bir konudur. Ancak çağdaş manada hukukun kaynakları, yazılı-yazısız, birincil-tali, bağlayıcı olan bağlayıcı olmayan gibi sınıflandırmalarla, ekseriyetle pozitivist bir yaklaşımla ele alınmakta, ontolojik ya da epistemolojik bir mesele haline getirilmemektedir. Dolayısıyla, ders müfredatlarında ve ders kitaplarında yer alan hukukun kaynakları probleminin bir yöntem problemi olarak görülmediğini söylemek hatalı olmayacaktır.

Savigny, hukukun oluşturulması yönteminin yanında, hukukun uygulanma yöntemini de ele almıştır. 1840 tarihli Bugünkü Roma Hukuku'nun Sistemi (*System des heutigen römischen Rechts*) adlı eserinde günümüzde de kullanılan lafzi, tarihi, sistematik ve mantıksal olmak üzere dört tip yorum yönteminden bahsetmiştir. Bu sınıflandırma, Viyana Uluslararası Sözleşmelerin Yorumuna İlişkin Antlaşma 'da bir değişikliklerle yer almaktadır. Bu antlaşmada mantıksal yorum çıkartılarak, yerine amaçsal yorum eklenmiştir. Savigny, bu dört yorum metodu arasında bir hiyerarşi görmemiş ve “eğer yasa sağlıklı bir haldeyse” yani yasadaki fikir ve ifade uyumlu ise, dördünün birden kullanıldığını belirtmiştir. Eğer yorumlanacak metin sağlıklı bir metin değilse, yani yasada bir boşluk ya da belirsizlik varsa o zaman amaçsal yorum kullanılmalıdır. Normun sistematik bütünsel bağlamı, kanun koyucunun ve normun amacı, olası sonuçlar ortaya konularak, onların içkin değerinin belirlenmesi ile hukuki bir karar varılmış olacaktır²⁶⁰.

Savigny'nin hukukun oluşturulmasına ilişkin yöntemsel düşünceleri bir yana bırakılacak olursa, çağdaş hukuk metodolojisinin temel konuları mantık ve yorumla sınırlandırılmıştır. Atalay, hukuk mantığı teriminin çoğunlukla mantık disiplininin ziyade, bir yorumlama sanatı olarak anlaşıldığından bahsetmektedir. Bu durum hukuk mantığı teriminin ilk kez, 1615 yılında Schiccardus tarafından yapıldığı öne sürülen tanımından da anlaşılmaktadır. Buna göre hukuk mantığı “yasaların yorum ve tümevarım yolu ile gerekçelendirilme tarz, ilke ve kuralları; yasaların gerek metinlerinin ötesine gerekse yasa koyucu tarafından açıkça verilmiş tanımların ötesine geçerek yorumlanmasından ibaret

²⁶⁰ Heper, Altan (2012) “Almanya’da Hukukta Yorum Üzerine Bazı Düşünceler”, Ankara Barosu Dergisi, No: 1, s. 76-78.

bulunan bir hukuk dalı” şeklinde tanımlanmıştır²⁶¹. Buradan hareketle, yorumlamanın hukuk metodolojisinin en temel meselesi olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Hukukun belirli bir yöneme sahip olması, bağımsız bir disiplin ya da bilim olarak ele alınması onun otonom (özerk) sıfatını kazanmasını sağlamıştır. Bu, bilim yapılırken kuralların içeriği çelişkili olsa da içeriğe değil, hukuk metnine ve biçimselliğe önem verilmesine sebep olmaktadır²⁶². Bilimsellikten uzak olarak görülen doğal hukukun, bütün hukuk kurallarını kendisine göre test edeceği ilkeleri bulunmakta iken, pozitif-modern hukukta hukukun kendisini test edeceği diğer hukuk kuralları (Hart’ın tabiriyle ikincil kurallar) bulunmaktadır. Bu anlamda hukuk kuralları, dairesel ve birbirini belirleyen bir ilişki içerisindedir. Hukuku hukuk yapan ya da hukukun hukuk olduğunu söyleyen yine hukukun kendisidir. Bu totolojik bir ifade olmanın ötesinde modern dönem pozitivist hukuk anlayışını betimlemekte, hukukun otonom (özerk) bir sistem olduğunu vurgulamaktadır. Bu düşüncenin karşısında hukukun ekonomi, siyaset ve toplum gibi pek çok çevre sistemden etkilendiğini söyleyen görüşler bulunsa da otonom hukuk anlayışı, hukukun çevre sistemlerle ilişkili olduğunu ama yine de kendi iç işlemleri açısından bu çevreden etkilenmediği kabul etmektedir²⁶³.

Hukukun yöntemi meselesinde değinmek istediğimiz bir diğer husus, hukuku topyekûn bir yöntem olarak gören Luhmann’ın sistem kuramıdır. Bu kurama göre, Batıda Aristoteles geleneğine dayanan amaçsal düşünce geleneği dönüşüme uğramış, hukukun amaçsal olduğu düşüncesinin maddi temeli ortadan kalkmıştır. Sadece siyasi planlama anlamında bir amaçsallık söz konusudur. Refah devleti, sosyal devlet gibi amaçlar bu açıdan değerlendirilebilir. Hukukun gelecek tasarımı amaçsal bir tasarım değil, şartların tasarlanmasıdır. Yani “A şartı gerçekleşirse B sonucuna ulaşılır” yöntemini uygulayan, şartlı bir programdır. Bu görüş, adaleti hukukun amacı olarak görmemekte, adaleti aynı konulardaki iletişimlerin aynı şekilde değerlendirilmesi olarak tanımlamaktadır. Hukuk düzeni, karmaşıklığın “hukuka uygun / hukuka aykırı” gibi ikili bir kod sistemine (algoritma) indirgenmesidir ve adalet bu kodlardan biri olarak işlememektedir²⁶⁴.

²⁶¹ Kalinowski, George (1982) "La Logique Juridique et son Histoire", APD 27’den akt. **Atalay, Ahmet Halûk** (2015) “Bir Hukuk Mantığı Var Mıdır?” Hukuk Kuramı, Cilt: 2, Sayı: 6, s. 23.

²⁶² **Tatar, Dilara Buket** (2020) Doğa Bilimlerinin Hukuk Felsefesine Etkisi: Modern ve Postmodern Paradigma Ekseninde Bir Değerlendirme, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, s. 92.

²⁶³ **Çataloluk**, s. 86-91.

²⁶⁴ **Çataloluk**, s. 142-154.

Sistem kuramına göre, hukukun esbabı mucibesi insanlar arasındaki uyuşmazlıkları çözmek değildir. Hukukun yaptığı bireyler arasında yaşanan ya da yaşanması muhtemel uyuşmazlıkları hukuk diline çevirmek, onu bir hukuk problemi haline getirmek ve sonrasında kendi usul ve yöntemleri ile bu problemi çözmektir²⁶⁵. Buna Luhmann'ın “On ikinci Devenin Geri Verilmesi” makalesi örnek olarak verilebilir. Bu hikâyeye yaşlı bir şeyhin üç oğluna vasiyet ettiği on iki devenin paylaşılması üzerinedir. Vasiyete göre paylaşım, birinci oğlun develerin yarısını, ikinci oğlun dörtte birini, üçüncü oğlun da altıda birini alması şeklindedir. Ancak baba vefat edip de develer paylaşılacakken develerden birinin ölmesi ve on bir devenin kalması üzerine oğullar paylaşımın nasıl yapılacağını bilemediklerinden kadıya gitmişlerdir. Bunun üzerine kadı, kendi develerinden birini ödünç olarak oğullara vermiş, paylaşım yapıldıktan sonra kendisine iade edebileceklerini söylemiştir. Bu hikâyeye göre paylaşım için ödünç verilen devenin hukuku temsil ettiği söylenmektedir. Babanın vasiyeti kendisinin olmayan kurgusal bir deve aracılığıyla yerine getirilmiştir. Bu şekilde gerçek bir uyuşmazlık yapay bir dile tercüme edilmiş, yapay usuli düzenlemelerle hukuki olarak yeniden kurulmuştur²⁶⁶.

Hukuk belirli bir usulü takip eden yöntemli bir disiplindir. Bu hukukun formel boyutuyla ilişkilidir. Maddeye dayalı hukuk oluşturma Weber'in ifadesiyle “kadı yargılaması”nı oluşturmaktadır. Bu tabirin pejoratif anlamda kullanıldığına kuşku yoktur. Maddeye dayalı yargılama kötücül, istenmez bir şey iken forma yani belirli bir yöntemle dayalı yargılama istenen, arzu edilen bir şeydir. Çünkü yöntem yanlış ya da kötü bir sonuca götürse bile bu sonuç herkes için geçerli olacaktır. Bu husus Kennedy'nin ifade ettiği, kanun koyucunun keyfiliğinin hâkimin keyfiliğine göre daha tercih edilebilir olması düşüncesiyle benzerdir.

E. Hukukun Madde Unsuru

Hukukun formunu oluşturan nitelikleri açıkladıktan sonra sırada hukukun madde unsurunun tespiti yer almaktadır. Gereçeklendirme teorilerine göre, maddi gerekçelendirme amaca uygun gerekçelendirilmez. Marksizm ve meta mübadelesi okulun görüşleri doğrultusunda, insan ilişkileri ve toplumsal olgu hukukun maddesi olarak değerlendirilmelidir. Renner'a göre madde, normun toplumsal işlevi ve amacıdır. Yapısalcılıkta dil ve anlam ilişkisi üzerinden bakıldığında yapı form unsuruna, anlam da

²⁶⁵ Çataloluk, s. 120.

²⁶⁶ Çataloluk, s. 179-180.

madde unsuruna aittir. Yukarıda değindiğimiz tüm bu açıklamaların haricinde üzerinde duracağımız en önemli görüş, ontolojik anlamda maddenin, üzerinde değişimin gerçekleştiği, niteliklerin taşıyıcısı olan özne olduğudur. Hukukun değişir nitelik ve türdeki maddesi, formuyla birleşerek anladığımız şekliyle hukukun varlığını meydana getirmektedir. Bu anlamda hukukun amacı, olgusal boyutu, anlam ve içeriği hukukun madde unsurunu oluşturan nitelikler olarak tespit edilmiştir.

1. Hukukun Maddesi Olarak Amaç

Çalışmamız açısından amaç, hukukun maddi unsuru içerisinde değerlendirilmektedir. Ancak bu değerlendirme hukukun amacının ne olduğuna ya da hangi amaçların hukukun maddi unsuruna dahil olduğuna ilişkin değildir. Hukuk doktrininde hukukun amaçlarına yönelik çeşitli görüşler ileri sürülmüştür ve bu görüşlere aşağıda değinilecektir.

Amaç (gaye-telos), bir süreç, eylem ya da işlemin nihai hedefini, kendisine yönelmiş olunan tamamlanmışlık halini tanımlamaktadır. Bu kavram, varlığı, evreni ve yaşamı açıklama ve temellendirmede, ereksel nedenleri temele alan teleolojinin de özünü oluşturmaktadır. Metafizikte teleolojik yaklaşım, dünyaya birtakım hedef, değer ve ereksel nedenlere göre düzen verildiğini söylemektedir. Teleolojik bilim anlayışı, ne için sorusuna cevap aramakta ve epistemolojide ise insan zihninin olgusal ve nesnel verilerden çok amaç, değer ve çıkarlar tarafından yönlendirildiğini savunmaktadır²⁶⁷.

Amaç mefhumu içerisinde her daim bir gelecek tasavvuru barındırdığından, amaç kavramı ile bünyesinde bir “olması gereken” düşüncesini ihtiva eden norm kavramı birbiriyle ilişkilidir²⁶⁸. Jhering, amacın tüm hukukun yaratıcısı olduğundan söz etmektedir. Hukukun amacının ne olduğu hususu ise sonu gelmek bilmeyen bir tartışma konusudur. Bu tartışmalarda düzen, refah, fayda, gelişme ve ilerleme, belirli siyasi ideolojilerin hayata geçirilmesi gibi pek çok şey, hukukun amacı olarak dile getirilmiştir. Bunun haricinde hukukun tek ve yegâne amacının adalet olduğu da belirtilmektedir. Bu değerlerden hangisinin hukukun amacı olarak ileri sürüleceği, kişinin hukuk anlayışına paralel olarak şekillenmektedir. Çobanoğlu, “Hukukta Gaye Problemi” adlı çalışmasında, hukukun üç

²⁶⁷ Cevizci (2000) s. 918; Kılıç, Muharrem (2010-a) “Hukukta Gaye Problemine Artsüremli Bir Yaklaşım: Şatibi ve John Finnis Karşılaştırması”, HFSA 20. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, s. 237.

²⁶⁸ Çobanoğlu, Rahmi (1964) Hukukta Gaye Problemi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, s. 3-4.

amacı olduğunu dile getirmektedir. Bunlar adalet, kamu yararı ve hukuki güvenliktir. Ancak bunlar arasında adaleti farklı bir konuma yerleştirmektedir. Adalet, hukukun özü ve cevheridir. Sosyal organizasyon (toplum düzeni) hukuk aracılığıyla rasyonel adalet idesinin reel olarak gerçekleştirilmesidir. Bunun haricinde hukuka belirli ampirik bir amaç atfetmek imkansızdır. Örneğin, fayda hukukun amacı değildir. Faydalı bir amaca sahip olan şey, şahsi fiil ve hareketlerdir. Faydalı olan her fiil, adil olup olmadığı hususunda bir değerlendirmeye muhtaçtır. Jhering'in ileri sürdüğü sosyal dayanışma bile her zaman adil olmayabilir. Toplum güvenliği, kamu yararı kavramları adalet idesinin henüz rasyonelleşmemiş birer faaliyet gayesidir²⁶⁹. Adalet, sosyal bir düzen olarak hukuku, keyfi ve beklenmedik uygulamalardan korumayı, bir başka deyişle hukuki güvenliği gerekli kılmaktadır. Bu gereklilik rasyoneldir. Kamu düzeni ve hukuki güvenlik, adaletin bu rasyonel gerekliliğini temsil eden veçhelerini oluşturmaktadır²⁷⁰.

Fuller, hukukun genel amacını, spesifik bir değer olarak zikretmemiş; bu amacın insan davranışlarına yön vermek olduğunu savunmuştur²⁷¹. Hukuk ancak bu amacı göz önünde bulundurduğu takdirde tam olarak tanımlanabilecektir. Nasıl ki yazı tahtasını bilmeyen kişiye bu nesnenin ne işe yaradığını anlatmadan, sadece biçimsel özelliklerini belirterek kişinin yazı tahtası bilgisine erişmesi mümkün değilse, hukukun da pozitivistlerin savunduğu gibi sadece biçimsel özellikleri ile açıklanması yeterli değildir. Bu Aristotelesçi ontolojide, varlığın amaçsal nedenine tekabül etmektedir. Fuller, insan davranışlarına yön vermek olarak belirttiği hukuki amaç için kuralların genelliği, yayımlanması, geriye yürümezliği, açıklığı, çelişmezliği, sürekliliği, istikrarı gibi birtakım nitelikleri haiz olması gerektiğini belirtmiştir. Ona göre, ancak bu niteliklere sahip olan bir hukuk sistemi, insan davranışlarına yön verme amacını gerçekleştirebilecektir²⁷². Anlaşıldığı üzere, Fuller'in hukuka atfettiği amaç, adaletin, eşitliğin sağlanması gibi ideal bir amaç değildir.

Aristoteles geleneğini takip eden Finnis için hukukun gayesi ise “temel iyiler”in gerçekleştirilmesidir. Yedi adet temel iyi tanımlayan Finnis, bu iyiler üzerine bir hukuk teorisi oluşturmıştır. Finnis'in dile getirdiği temel iyiler: yaşam, bilgi, oyun, estetik deneyim, sosyabilite (dostluk), pratik akıl ve dindir. Bu temel iyiler, insani gelişim ve ilerlemenin temel unsurlarıdır ve Finnis bu temel iyilerle hukuk arasında doğrudan bir ilişki

²⁶⁹ Çobanoğlu, s. 42.

²⁷⁰ Çobanoğlu, s. 47.

²⁷¹ Raz da Hayek'i takip ederek temel hukuk sezgisinin insan davranışlarına rehberlik etmek olduğunu belirtmiş ve hukuk teorisini bu belirleme üzerine inşa etmiştir. Tamahana, s. 93.

²⁷² Aktaş (2011-b) s. 62-64.

kurmaktadır. Bu değerlerle çatışma halindeki hukuk, adil olmayan hukuktur. Temel iyiler, hukuku anlama ve yorumlama sürecinde paradigmatik ve metodolojik bir çerçeve sunma işlevini yerine getirmektedir²⁷³.

Genel olarak hukukun gayesi konusundaki teleolojik yaklaşımların yanında, hukukun özel alanlarından yargılama hukukuna ilişkin spesifik amaçlardan da bahsedilmektedir. Yargılama hukukunun amacı tartışmalarında amaç-işlev ayrımı önemlidir. Amaç kelimesinin ilk olarak Divanı Lugatı Türk'te "*Er quşug amaçladı*" (adam kuşa nişan aldı), şeklinde yer aldığı, Türk Dil Kurumu Tarama Sözlüğünde bulunan ilk örneğin 13. ya da 14. yüzyıllara tarihlenen Sultan Velet Divanı'ndan alınan "*Kaşların ya'dur gözün oklar atar- Gönüm ol oklar için oldu amaç*" beyiti olduğu belirtilmektedir. Buna göre, amaç kelimesinin bu eski kullanımlarındaki ilk anlamı "hedef" veya "nişangâh"tır²⁷⁴. Günümüz kullanımlarında ise amaç kavramının sıklıkla konu ya da işlev anlamını da içerecek şekilde olduğu ifade edilmiştir. Örneğin avcı, besin bulmak ya da spor yapmak için ava çıkmış olabilir. Ancak avcının amacı, hedefi vurmaktır.

Budak, hukukta işlev ve amacı birbirinden ayırmaktadır. Ona göre, yargılamanın işlevi medeni hakların himayesi iken, amacı gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Budak'ın da değindiği amaç problemi özel hukuk literatüründe "yargılamanın amacı" kavramı altında tartışılmıştır. Bu tartışmalarda tarihsel perspektif daha ziyade, yargılama kurallarının kodifiye edilmeye başlandığı 19.yüzyıldan itibaren ele alınmıştır. Bu anlamda 19.yüzyılın politik, sosyal ve ekonomik yapısı gereği bireysel özgürlüklerin ve taraf iradesinin öncelikli, hâkimin de tam anlamıyla bir hakem pozisyonunda olduğu liberal yaklaşımın egemenliği göze çarptığı belirtilmektedir. Liberal usul hukuku anlayışının karşısında yargılamanın toplumsal bir mesele olduğunu savunan sosyal usul hukuku anlayışı bulunmaktadır²⁷⁵. Bu anlayışlar perspektifinde yargılamanın pek çok amacından bahsedilmektedir. Bunlar kesin hükme ulaşma, ihkakı hakkı engelleme, hukuk barışını gerçekleştirme ve koruma, maddi gerçeğe ulaşma, adalet, düzen, hakları koruma-tespit etme-gerçekleştirme olarak

²⁷³ Kılıç (2010-a) s. 245-250.

²⁷⁴ Budak, Ali Cem (2019) "Alangoya'ya Göre Yargılamanın Amacı ve Hâkimin Gerçeği Aramaktan Vazgeçmesi", İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, No: 6 (2), s. 38.

²⁷⁵ Taşpınar, Sema (1999) "Medeni Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu", Faruk Eren Armağanı, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, s. 776-777.

sayılmıştır²⁷⁶. Bu çeşitli amaç kategorileriyle birlikte yargılama hukukuna ilişkin en yaygın görüşün maddi hukuka ilişkin hakların himayesi olduğu belirtilmiştir²⁷⁷.

Yavuz Alangoya yargılamanın amacı konusunda sıklıkla atıf yapılan 1979 tarihli “Medenî Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler” adlı eserinde yargılamanın amacının “gerçeğe ulaşmak” olduğunu savunmaktadır²⁷⁸. Alangoya, amaç hususu ile konu ya da işlev hususunun birbirine karıştırıldığını belirtmektedir. Yukarıda sayılan ihkakı hakkı önleme, hakkın himayesini sağlama gibi durumlar yargılamanın amacı değil, konusu veya işlevi olabilir; ancak yargılamanın yegâne amacı gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Zaten amaç kelimesinin belirtilen ilk kullanımları, Alangoya’nın amaç konusundaki bu savını da desteklemektedir²⁷⁹.

*“Bugün medenî usulün amacı konusunda en sık rastlanan görüş, özel hukukun tanıdığı hakların korunmasının usulün amacını teşkil ettiğidir... Ancak medenî usul haklara kavuşmanın bir aracıdır. ‘Gerçek’ olmadan ‘Haklara kavuşma’, medenî usulün yapısını oluşturacak bir amaç niteliğinde değildir.”*²⁸⁰

Amaç ve işlev ayrımı sadece yargılama hukukunda değil, hukukun genel amacı için de tartışılmaktadır. Balı, toplumu ileri medeniyetler seviyesine taşıma, toplumsal refahı ya da sosyal güvenlik imkanlarını arttırmanın hukukun amacı olmadığını, hukukun “geleneksel olarak, kamusal vicdanı inciten ve yaralayan eylemlerin doğurduğu sonuçları ortadan kaldırmayı, toplum üyelerinin mevcut inanç sistemleri ve daha genel olarak kültürel normlar çerçevesinde hak ve adalet duygularını tatmin etmeyi” amaçladığını belirtmiştir²⁸¹. Balı, hukukun amacının ya da işlevinin ne olduğunun saptanması için tarihsel ve sosyolojik bakımdan hukuk olgusunun kavranması yönteminin yeterli olduğunu ifade etmektedir. Hukuk tarihsel olarak mevcut sosyal normlardan bağımsız bir norm sistemi kurma amacı gütmemiştir. Hukuk ilk olarak var olan bu sosyal normlara aykırılıkları yargılamak ve cezalandırmak biçimindeki uygulamalar olarak ortaya çıkmıştır. Cezalandırma ve yargılama biçiminde ortaya çıkan bu hukuk, toplumsal yaşamın düzen içerisinde sürdürülmesi işlevini

²⁷⁶ Taşpınar, s. 761-774.

²⁷⁷ Budak, s. 35.

²⁷⁸ Alangoya, Yavuz (1979) Medenî Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, Fakülteler Matbaası, İstanbul, s. 86.

²⁷⁹ Budak, s. 38-39.

²⁸⁰ Alangoya, Yavuz/ Yıldırım, M. Kamil/Deren-Yıldırım, Nevhis (2009) Medenî Usul Hukuku Esasları, Beta Yayınları, İstanbul, s. 5.

²⁸¹ Balı, s. 50-51.

görmüştür²⁸². Kısaca ifade etmek gerekirse, hukukun amacı adaletin sağlanmasıdır. Bunun haricindeki diğer tüm “amaçlar” hukukun işlevi olarak değerlendirilmiştir.

Ceza hukuku alanında da cezanın ve ceza muhakemesinin amacı hakkında çeşitli görüşlerden bahsetmek mümkündür. En eski ve bilindik teoriye göre ceza hukukunun amacı suç işleyen kişinin kefaret ödemesidir. Bu teoride ceza geçmişe yöneliktir ve geleceğe ilişkin bir tasarımı yoktur. Bunun haricinde cezanın suçtan korunmaya yani suçu önlemeye, faili topluma kazandırmaya ilişkin amaçları olduğunu belirten teoriler de bulunmaktadır²⁸³. Ceza muhakemesinin amacı olarak da maddi gerçeği bulmak, faile hak ettiği cezanın verilmesi sağlamak, adaleti gerçekleştirmek ve hukuki barışı korumak gibi amaçları olduğu ifade edilmiştir²⁸⁴.

Hem hukukun geneli hem de spesifik alanları açısından öğretilde dile getirilen bu çeşitli amaçları bir taraf bırakacak olursak, bizim çalışmamız açısından amaç, hukukun maddi unsuru olarak ele alınmaktadır. Hukukun amacının ne olduğu ya da ne olması gerektiği veya hukukun amacı doğrultusunda tanımlanması gerektiğini belirten teleolojik yaklaşımlar ise farklı bir problemdir. Hukuki gerekçelendirme teorilerine göre yapılan madde ve form ayırımında hukukun maddesi olarak görülen amaç unsuru işlev unsurunu da kapsayacak şekilde ele alınmıştır. Stammler, hukukun maddesinin hukukun değişebilir içeriği olduğunu söylemiştir. Amaçsallığını ise form olarak nitelemiştir. Ancak burada amaçsallık spesifik bir amaç değildir. Stammler’in dile getirdiği, hukukun her daim belirli bir amaç güttüğüdür. Bu unsuru formel bir özellik olarak seçmesinin sebebi amacın her hukuk sistemi için geçerli ve değişmez bir özellik olmasıdır. Zira ontolojik anlamda form, değişir olana karşın değişmez olanı işaret etmektedir. Bu anlamda meşru olsun ya da olmasın bir amaç taşıması sebebiyle hukukun amaçsallığı onun formunu, değişebilir şekildeki çeşitli amaçları ise hukukun maddesi olarak görmüştür. Bizim açımızdan ise amaçsallık hukukun ayırt edici bir unsuru değildir. Çünkü hukuku diğer toplumsal düzen kurallarından farklılaştırmamaktadır. Ahlak, gelenek, görenek, din vb. kuralların hepsinin belirli amaçları bulunmaktadır. Weber’in de ifade ettiği gibi beşerî davranışların tümü zaten amaçsaldır. Bu

²⁸² **Balı**, s. 155-157.

²⁸³ **Centel, Nur** (2001) “Cezanın Amacı ve Belirlenmesi”, Turhan Tufan Yüce’ye Armağan, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, s. 337-348.

²⁸⁴ **Karakehya, Hakan** (2016) “Dolaylı Maddi Gerçek: Ceza Muhakemesinde Yargılama Makamının Maddi Gerçeğe Deliller Aracılığıyla Ulaşma Zorunluluğu Üzerine”, TAAD, Sayı: 27, s. 62-64.

Çalışma kapsamında değer açısından nötr olan amaç mefhumu, hukuku yaratan maddi unsur olarak kabul edilmektedir.

2. Hukukun Maddesi Olarak Toplumsal Olgu

Hukukun maddi unsuru bünyesinde değerlendirebileceğimiz diğer husus toplumsal olgudur. Hukuk ve toplum ilişkisi iki yönlü incelenebilmektedir. Bu ilişki hukukun toplumu şekillendirmesi, yani hukuktan topluma doğru bir etkileşim olarak ele alınabileceği gibi toplumun hukuka vücut vermesi şeklinde, toplumdan hukuka doğru olan yönde de ele alınabilir. Bizim kastettiğimiz, hukukun maddesi, yani kurucu unsurlarından birini teşkil eden toplumsal öğelerdir. Amacımız, hukuk ve hukukun maddesi olduğunu ileri sürdüğümüz toplum arasındaki ilişkinin nasıl olması gerektiğinin açıklamak değil, bizzat bu ilişkinin tespit edilmesine yöneliktir. Toplumsal olgular hukukun maddesini oluşturmaktadır. Bu husus Stammeler'in, hukuki gerekçelendirme teorilerinde ele aldığımız hukukçuların ve bir yönüyle de Marksist görüşünün madde anlayışından çıkan ortak bir sonuçtur. Stammeler'e göre, topyekn olarak toplumsal hayat, bunun başında da ekonomi hukukun maddesini oluşturmaktadır. Hukuki gerekçelendirme teorilerine göre maddi gerekçelendirme, Kennedy'nin ifade ettiği toplumsal öğeleri içine almaktadır. Marksist teoride, bir st yapı kurumu olan hukuk, toplumsal olgu olan üretim ilişkilerini göre varlık bulmaktadır. Paşukanis'e göre, herhangi bir toplumsal ilişki, hukuk formu kazandığı anda kendisini doğuran, somut tekil ilişkiden bağımsızlaşır. Kendi kavram, ilke ve kurumlarıyla kendine has bir gerçeklik düzlemi yaratır. Temel hukuksal soyutlamalar belirgin ve karmaşık toplumsal ilişkileri yansıtmaktadır. Hatta ona göre, toplumsal ilişkilerin hukuka vücut veren madde olarak düşünülmesi gerekirken, hukuki fetişizm bu düşünceyi ters çevirerek insan ilişkilerinin hukuk sayesinde gerçekleştiğini düşündürtmektedir. Tüm bu görüşler göz önünde bulundurulduğunda, genel olarak toplumsal olguyu, hukukun maddesi olarak ele almamız için yeterli doktrinsel verinin mevcut olduğunu düşünmekteyiz.

Hukukun maddesi olarak amaç başlığında, bu amaçlardan birinin maddi gerçeğe ulaşmak olduğu belirtilmişti. İşte buradaki "maddi gerçek" olgusal bir durumdur. Bu olgu da hukukun maddesidir. Hukukun maddesi olarak toplumsal olgu, maddi gerçek kavramını kapsamakla birlikte ondan daha geniştir. En genel tabiriyle, hukuki ilişkiye varlık kazandıran tüm somut insan ilişkileri kastedilmektedir. Bu ilişkiler, sosyolojide çeşitli kavramsallaştırmalar ile teorik yönden ele alınmıştır. Burada, hukuka vücut veren toplumsal

ilişkilere örnek teşkil etmesi açısından, Fransız sosyolog Emile Durkheim'ın (1858-1917) dayanışma kavramına yer verilecektir.

Durkheim toplumu, dayanışma kavramını merkeze alarak incelemiştir. Hukuku da toplumsal dayanışmanın dışsal, objektif ve ölçülebilir göstergesi olarak ele almıştır²⁸⁵. Hukuk, maddi nitelikte olmayan toplumsal dayanışmanın görünür simgesidir²⁸⁶. Dolayısıyla, toplumsal dayanışmanın değişik görünüşleri, hukukun farklı biçimde sınıflandırılmasına karşılık gelmektedir. Durkheim bu noktada toplumun incelenmesiyle belirlediği sınıflandırmaya uygunluk teşkil eden bir hukuk sınıflandırması yapmaktadır. Çünkü hukukçuların kendi disiplinleri çerçevesinde yaptığı kavramsal ve analitik sınıflandırmalar yetersizdir. Örneğin, kamu hukuku özel hukuk ayrımında, ilkinin bireyin devletle olan ilişkisini, ikincisinin bireylerin kendi aralarındaki ilişkilerini düzenlediği kabul edilmektedir. Ancak bu ilişkiler analiz edildiğinde ayrım çizgisi silinmektedir. Öncelikle her ilişki bireyler arasında gerçekleştiğinden özel hukuk ilişkisi olmalıdır. Ancak bununla birlikte her hukuk toplumsal bir işleve sahip olduğundan kamu hukukunun alanına girmelidir. Durkheim, hukuki sınıflandırmanın, değişen toplumsal unsurlara ayak uydurabilen bir ölçüte göre yapılması gerektiğini, bu ölçütün de yaptırım kavramı olduğunu belirtmiştir. Buna göre, cezai ve medeni olmak üzere iki tür yaptırım ve buna bağlı olarak bastırıcı ve onarıcı olarak nitelendirdiği iki tür hukuk bulunmaktadır²⁸⁷. Sanayi öncesi toplumların tipik özelliğini oluşturan, yaş ve cinsiyete ilişkin geleneksel beklentilere göre ve benzeşmeye dayalı dayanışma türü olan mekanik dayanışma, genel itibariyle bastırıcı hukuk türüne vücut vermektedir. Modern toplumların tipik özelliğini oluşturan, iş bölümü ve uzmanlaşmaya dayanan organik dayanışma ise onarıcı hukuka karşılık gelmektedir²⁸⁸.

Durkheim'ın 1893 tarihli doktora tezinde ileri sürdüğü bu görüş, hukuk maddesi olarak toplum ögesi belirlememizi de desteklemektedir. Buna göre, değişir nitelikteki toplumsal olgular, bu değişime paralel hukuku da beraberinde getirmektedir. Bu noktada amacımız hangi toplumsal olguların hukukun maddesini teşkil ettiğini göstermek değildir. Zaten bu olguların tek tek sayılması mümkün değildir, ancak kategorik olarak

²⁸⁵ Yükselbaba, Ülker (2017) "Emile Durkheim'a Göre Toplum, Düzen ve Hukuk: Hukukun ve Cezanın Evrimi", İÜHFİM, Cilt: LXXV, Sayı: 1, s. 208.

²⁸⁶ Durkheim, Emile (2014) Toplumsal İşbölümü, Cem Yayınevi, İstanbul, s. 91

²⁸⁷ Durkheim, s. 95-97.

²⁸⁸ Yükselbaba, s. 209-215.

sınıflandırılabilir. Bu sınıflandırma, Durkheim’da dayanışma kavramı merkeze alınarak yapılmıştır.

Dayanışma, oluşum şekilleri ve türleri itibariyle bir hukuksal malzeme oluşturmaktadır. Bu anlamda hukukun maddesidir. Dayanışma dışında, örneğin çatışma da hukuki form kazanabilecek olgusal durum olarak hukukun maddesidir. Sosyolojide çatışmanın toplumsal işlevi, Alman sosyolog George Simmel (1858-1918) tarafından ele alınmıştır. Hem çatışmanın hukuk yaratan bir olgu olması hem de toplum analizini madde form ayrımıyla açıklaması sebepleriyle Simmel’in görüşlerine kısaca değinmek istemekteyiz.

Simmel, form ve madde ayrımına dayanan teorisini kurarken Kant felsefesinden etkilenmiştir. Kant’ta zihin kategorileri, yani zihnin apriori koşulları, duyu algılarını bir araya getirerek, düzenleyerek ve biçimlendirerek doğayı algılamayı mümkün kılmaktadır. Simmel de toplumlaşmanın apriori şartlarını, bireysel unsurlar arasında bağlantı kurup sentezleyen bütünleyici yapılar, bir başka deyişle “formlar” olarak dile getirmiştir²⁸⁹.

Simmel’e göre toplum, bireylerin nesnel olarak belirlenmiş ya da onları öznel olarak teşvik eden yaşam içeriğine sahip oldukları için değil, bu içeriklerin birbirlerini karşılıklı biçimde etki etmesi sebebiyle meydana gelmektedir. Toplumu, toplum yapan karşılıklı etkidir. Toplum, sürekli karşılıklı etkileşimde bulunma halidir. Zaten bu sebeple, toplum kavramından ziyade toplumlaşma kavramını kullanmaktadır²⁹⁰.

Simmel’de madde, bireyi diğer bireylerle ilişkiye yönlendiren, tek başına toplumsal nitelik taşımayan, psikolojik durum, motivasyon, ilgi ve eğilim gibi unsurlardır. Bu unsurlar, kendisine uygun formlarda ortaya çıkarlar. Sosyoloji, bilimsel soyutlama yoluyla etkileşim biçimlerinin (formların), içeriklerinden ayrı analiz edilmesi ve bu formların tutarlı bilimsel şekilde bir araya getirilmesi görevini üstlenmektedir²⁹¹. Simmel, sosyolojinin konusunu toplumlaşmanın formları ile sınırlamıştır. Sosyoloji, bu formlarla ilgilenmelidir. Bu sebeple Simmel’in görüşleri “formel sosyoloji” olarak adlandırılmaktadır.

²⁸⁹ **Doğan, Necmettin** (2016) “Kant ve Yeni-Kantçılık Arasında Simmel’in Toplumsal Tahayyülü”, Sosyoloji Divanı, Yıl: 4, Sayı: 8, s. 76.

²⁹⁰ **Kahraman, Fatih** (2018) “Kesitlerden Topluma Bakabilmek: Georg Simmel Sosyolojisi Üzerine Bir İnceleme Denemesi”, Sosyoloji Dergisi, Sayı: 37, s. 89

²⁹¹ **Doğan, s. 77.**

Simmel'in form ve madde ayrımı, bu çalışmada yapılan form ve madde analizi ile paraleldir. Bireyler arasındaki sayısız ilişkiler, soyutlama yöntemiyle kavramsallaştırılır. Bu kavramsal biçimler toplumsal yaşamın formunu oluşturmaktadır. Bir bilim olarak sosyoloji de toplumun formlarının araştırılmasını konu edinmektedir.

Simmel de tıpkı Stammler gibi, formu değişmez, maddeyi değişir içerik olarak tanımlamıştır. Ancak Simmel'in formu, mutlak bir değişmezliğe sahip değildir. Maddenin sürekli değişir niteliğindeki kuvvet, formun da zamanla değişmesine sebep olmaktadır. Formun, kendisine can veren dinamikten bir ölçüde bağımsız kendine özgü bir mantığa, kanuna ve dirence sahip olduğu doğrudur. İlk oluşma anında maddesiyle uyumlu olmakla birlikte maddenin değişimine karşın formun sabitlenip katılaşması, maddesine yabancı hatta düşman hale gelmesi söz konusu olabilir. Maddenin değişkenliği, formun durağanlığı ile çatıştığında madde galip gelerek formu dönüştürür²⁹².

Simmel, hayat kavramını madde anlamında kullanmış ve hayatı formun karşı-tezi olarak nitelemiştir. Bu anlamda madde ve form birbirinin karşı tezini oluşturmaktadır. Hayat kendisini form içerisinde beyan etmekte, görünür kılmaktadır. Bu anlamda birbirinden ayrılmazdır. Ancak formun sahip olduğu kendiliğindenlik, bir başka deyişle, ortaya çıktığı andan beri başka bir düzenin parçası olması, kendi meşruiyetinin, kendi kurallarının olması, onu madde ile çatışma haline sokmaktadır. Madde, her türlü formu önceleyip onu aşmasına rağmen, kendi karşıtı içinde, yani form içinde gerçekliğe dönüşmek zorundadır.

Bireyler arasındaki en küçük ilişkiler bu formlara doğru akmaktadır. Simmel, bu formlardan biri olarak çatışma kavramını ele almaktadır. Çatışma, bireylerin değişir nitelikteki amaçlarına ulaşmanın formunu oluşturmaktadır. Çatışma, istenmeyen bir durum değil, bir tür birlik sağlama yoludur²⁹³. Bu anlamıyla çatışma, tıpkı dayanışma gibi hukuk yaratan toplumsal bir olgudur.

3. Hukukun Maddesi Olarak Anlam ve İçerik

Burada ifade etmek istediğimiz, bir hukuk kuralının dilsel ifadesini form olarak düşündüğümüzde, onun anlamı ya da içeriğinin maddeye karşılık geldiğidir. Bu sav esasen,

²⁹² Simmel, s. 57-58.

²⁹³ Kahraman, Fatih, s. 91-93.

form ve madde ayrımını analiz ederken değindiğimiz yapısalcılıktaki dil ve anlam ilişkisinden kaynaklanmaktadır.

Dil ve anlam ilişkisi üzerinden madde ve formu incelediğimiz başlıkta Greimas'ın göstergebiliminde anlam analizine değinilmiştir. Bu analiz, yapıyı oluşturan öğeler arasındaki ilişkiye dayanan bir analizdir. Göstergeler sisteminde (semiyotik), gösteren-gösterilen ilişkisi şekli, formel, şematik şekilde incelenmektedir. Anlamı esas inceleme konusu yapan bir dilbilimi alanı olan ise semantiktir.

Semantiğe (anlambilim) göre anlam, bir sözcük ya da cümlemin taşıdığı ide, göndermede bulunduğu olgu durumu, karşı tarafta uyandırdığı tepki ya da içinde üretildiği koşullar ve tarafların özelliklerine göre şekillenen anlatımdır. Bu tanımlamalar, dil felsefesinin temel problemi olan anlam kavramını açıklayan dört yaklaşıma, sırasıyla ideci (zihinci), göndergeci, davranışçı ve pragmatik yaklaşıma tekabül etmektedir²⁹⁴.

İdeci yaklaşım Locke tarafından dile getirilmiştir. Ona göre, insanların iletişim ihtiyacından doğan sözcükler, düşünceleri iletme aracıdır. Sözcük, insanların zihinlerindeki idelerin yerini tutmaktadır. Mutabakata dayalı olmasından ötürü, konuşan ve dinleyen arasında ide alışverişi yapılmasını sağlamaktadır. Buna göre bir sözcüğün anlamı, o dilde temsil ettiği idedir. Bu yaklaşım -bağlaç ve edat gibi-her sözcüğün bir idesinin olmaması, anlamın söyleyen kişinin zihnindeki ideye göre belirlenmesi sebebiyle sübjektif olması gibi nedenlerle eleştirilmiştir. Buna karşı, cümlemin dış dünyada temsil ettiği gerçekliğe vurgu yapan göndergeci yaklaşım oluşturulmuştur. Göndergeci yaklaşımda anlam, cümlemin temsil ettiği olgusal durumu ifade etmektedir. Buna göre, kelimeler mevcut ya da olası durumlara gönderme yaparak anlam kazanmaktadır. Bir etikete benzetilen kelimeler, nesneleri temsil eden, isimlendiren ve onlara gönderme yapan sembollerdir. Davranışçı teoriye göre anlam, ifadenin içinde üretildiği durum ile dinleyicide uyandırdığı tepkidir. Burada tekil durumlardaki tepki değil, her durumda dinleyicide uyandıracak ortak tepki kastedilmektedir. Son olarak pragmatik yaklaşım ise anlamı, göstergeler ile onları kullanan kişiler arasındaki ilişki olarak ele almakta ve dilin edimselliği/performatifliği üzerinde durmaktadır. Buna göre söylem, bir edimde bulunmakla özdeşir. Örneğin, söz vermek,

²⁹⁴ Altınörs, Atakan (2003) Dil Felsefesine Giriş, İnkılap Kitabevi, İstanbul, s. 36-37.

onaylamak, öğütlemek gibi söylemler, kendileri aracılığıyla gerçekleştirilen eylemlerin doğasını açıkça yansıtmaktadır²⁹⁵.

Anlam konusuna farklı yönden yaklaşan ve anlamın tespitini farklı şekilde değerlendiren bu teoriler bize dilsel ifadeye bürünmüş bir normun anlamının her durumda kolaylıkla ve herkes için aynı şekilde tespit edilmesinin güçlüğünü göstermektedir.

Sausurre'e göre, sözcüğün anlamı yoktur, kullanımı vardır. Anlam, sözcüğün aynı bağlamda diğer sözcüklerle kurduğu ilişki olarak görülmektedir. Bu ilişki, dil dizgesinin yapısıyla belirlenir. Anlam, sözcüğün taşıdığı varsayımsal bir imge değildir. Kırmızı sözcüğünün anlamsal değeri, dolayısıyla kırmızı sözcüğün kullanımları, o dilde ona benzer ama ondan farklı kelimeler (turuncu, pembe gibi) olmasına bağlıdır. Bir başka ifadeyle, kırmızıyı kırmızı yapan (kırmızıya değerini veren), turuncunun vb. varlığıdır. Turuncu olmasaydı elma da portakal da aynı sözcükle nitelendirilecektir²⁹⁶.

Greimas'ın Saussure'cü dilbilimden hareketle, dilbilimi de kapsayan bir göstergebilim kurmaya çalıştığından bahsedilmişti. Göstergebilim, anlatılarda ve metinlerde anlamın nasıl yapılandırıldığını ve üretildiğini araştırmaktadır. Göstergebilimin amacı, metnin daha iyi yorumlanması ve anlaşılmasını değil, anlamsal yapının kuruluş ilke ve kurallarını incelemektedir. Burada *langue-parole* ayrımı doğal dil-söylem ayrımına dönüştürülmüştür. Buna göre hukuk dili, *parole* olarak düşünülmüştür. Dolayısıyla hukukta anlam, doğal dildeki anlam yaratımının dışında farklı bir anlam yaratım sürecidir. Hukuk kendine ait dili olan bir göstergedir. Doğal dile ait kelime ve semboller, hukuk sistemine dahil edilerek yeni bir anlam kazanmaktadır. Bu sebeple hukuk diline hâkim olmayan birinin hukuk metinlerini anlayamaması durumu ile karşılaşılmalıdır²⁹⁷.

Sözcüğün anlamı yoktur, sadece kullanımı vardır ve anlam bu kullanımların toplamıdır şeklindeki Sausurre'cü yaklaşım, gerekçelendirme teorilerine göre madde ve form ayrımını incelerken değindiğimiz Niemi'nin, maddi olanın somut ve bireysel olana karşılık geldiği açıklamasını hatırlatmaktadır. Buna göre kavram form, o kavramın somuta dönüşmüş şekli, bir başka deyişle, karar olarak uygulanmış hali maddedir. Jhering, "kanunu her bilen hukukçu mudur" sorusunu cevapladığı makalesinde, hukuk adamı ile hukukçu olmayan bir kimsenin aynı şekilde ezberlediği kanun metninden aynı anlamı

²⁹⁵ Altınörs, s. 44-59.

²⁹⁶ Guiraud, Pierre (1999) Anlambilim, Çev: Berke Vardar, Multilingual, İstanbul, s. 33-34.

²⁹⁷ Uzun (2017) s. 84-85.

çıkaramayacaklarını belirtmiştir: “Dünya adamı da hukuk adamı kadar ezbere kanun öğrenebilir. Fakat alelade ve herkesteki gibi bir düşünce, hukuku anlamak, hukuk bilmek için kâfi değildir”²⁹⁸. Çünkü hukukçu, okuduğu metnin hukuk alemindeki, Saussure’cü anlamda “farklı kullanışlarını” ve de Niemi’nin ifadesindeki “uygulanışlarını” bilmektedir. Sonuç olarak, değişir nitelikler toplamı olarak bir normun anlam ve içeriği, hukukun maddi unsurunu oluşturan öge olarak kabul edilmelidir.

²⁹⁸ **Jhering, A. Von** (1956) “Hukukçu Kimdir? Hukuk Bilmek Nedir? ve Her Kanun Bilen Hukukçu Mudur?” Çev: Hakkı Demirel, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 5, s. 16.

İKİNCİ BÖLÜM

TARİHSEL SÜREÇTE HUKUKTA FORMELLEŞME EĞİLİMİ

Bu bölümde, ilk olarak hukukun formu olarak tespit ettiğimiz özelliklerden kavramsallık ve sistemsellik; yazınlık ve kodifikasyon; yöntemsellik ve bilimselliğin iki büyük hukuk geleneği olan ve modern hukukun temelini teşkil eden Roma Hukuku ve *Common Law*'daki görünümü incelenecektir. Bu tarihsel analizin sebebi, hukukta form unsuru olarak belirlediğimiz özelliklerin modern dönem öncesi hukuk geleneğindeki durumunun gösterilmesidir. Böylece modern dönem form anlayışı ile Roma Hukuku ve *Common Law*'un form anlayışı karşılaştırılarak modern dönemde formun ayrıcalıklı hale geldiğine ilişkin iddia için bir başlangıç noktası oluşturulacaktır. Modern hukukun formel özelliklerinin, modern öncesi hukukta araştırılması anakronizme düşme tehlikesi barındırmaktadır. Ancak form unsurunun madde unsuruna göre ayrıcalıklı hale gelmesini modern dönemle ilişkilendiren bir çalışma için bu araştırmanın yapılması zorunludur. Yine de hukukun formel unsurunu oluşturan belirlilik ve kesinlik modern çağın objektiflik talebi ile doğrudan ilişkili olduğundan modern öncesi dönemde, modern döneme ait belirlilik ve kesinlik motiflerinin analizi, ayrı başlık altında değerlendirilmeyecektir.

Hukukta formun üstün unsur haline gelmesi modern dönemde gerçekleşmiştir. Roma Hukuku ve *Common Law*'un formel özelliklerinden sonra, formun üstünlüğüne zemin hazırlayan toplumsal, ekonomik ve kültürel gelişmelere değinilecektir. Formel yapının üstünlüğü Kanon hukukunun oluşması, kapitalizmin doğuşu, kartezyen felsefenin gelişmesi ve genel olarak pozitivist felsefenin egemen hale gelmesi ile ilişkilendirilecektir.

Nihayetinde form unsurunun madde unsuruna üstün olduğuna yönelik felsefi-teorik iddianın desteklenmesi ve örneklendirilmesi için bazı somut düzenlemelere ve mahkeme kararlarına yer verilecektir.

I. Başlıca Hukuk Geleneklerinde Hukukun Formu veya Hukukta Formlaşma

A. Roma Hukuku Geleneği

Roma hukuku tarihsel dönemlerde büyük farklılıklar göstermekte ve genellikle beş döneme ayrılarak incelenmektedir. Bu dönemler M.Ö. 753- M.Ö. 150 yılları arasında Eski Hukuk Dönemi, M.Ö. 150- M.Ö. 27 yılları arasında Klasik Öncesi Hukuk Dönemi, M.Ö. 27- M.S. 250 yılları arasında Klasik Hukuk Dönemi, M.S. 250- M.S. 527 yılları arasında Post-klasik Hukuk Dönemi ve son olarak M.S. 527- M.S. 565 yılları arasında Iustinianus Dönemi olarak adlandırılmıştır. Tüm bu dönemleri kapsayan karakteristik özellikler belirlemek mümkün değildir. Her bir dönemi teker teker ele almak da çalışmayla ulaşılması hedeflenen amacın kapsamı dışındadır. Bu sebeple, Roma hukuku ile kastettiğimiz, bu hukukun en parlak dönemi olan ve sonraki hukuk sistemlerine en çok tesir eden klasik hukuk dönemine denk gelmektedir.

1. Roma Hukukunun Genel Özellikleri

Öncelikle belirtilmesi gereken Roma Hukukunda maddi hukuk-usul hukuku ya da maddi hukuk-şekli hukuk gibi bir ayrımın bulunmadığı, bu kavramlaştırmanın sonradan yapıldığıdır. Roma usul hukuku ile kastedilen hakların nasıl korunacağına ilişkin kurallardır²⁹⁹. Modern dönem öncesi hukuk anlayışında, günümüzde olduğu gibi hak ve dava kavramları birbirinden ayrılmamıştır. Roma hukuku da bu durumun bir örneğini teşkil etmektedir. Roma’da hukuku harekete geçiren, başka deyişle, bir meseleyi hukuki bir mesele haline getiren şey *actio*dur. *Actio* kelimesi dilimize kısaca dava ya da dava hakkı olarak çevrilmiştir. Kelimenin kökü sevk etmek, yönlendirmek, yürütmek anlamlarına gelen *agere* fiilinden gelmektedir. *Actio*, Romalı ünlü hukukçu Celsus tarafından şu şekilde tanımlanmıştır: “*actio (dava), hakkının çiğnendiği kanısında olan kişinin adaleti sağlamakla görevli makamlara başvurarak, hak sahibi olduğunu, bu hakkı kendisine tanıyan hukuk kuralına aykırı davranıldığını ispat etmek ve dolayısıyla (bu nedenle) öngörülmüş (gerekli) müeyyidelerin uygulanmasını istemek yetkisidir*”³⁰⁰. Roma hukukunda hak ile dava kavramları iç içe geçmiş vaziyettedir. Kişilerin haklarından değil, iddia edilen hakkın yargı önünde ileri sürülebilir olmasından bahsedilebilir. Bir talep, müeyyideye bağlandığı ölçüde hak olarak değerlendirilebilir. Bu sebeple, tek bir *actio*dan değil çeşitli *actio*lardan söz

²⁹⁹ Tahiroğlu, Bülent/Erdoğan, Belgin (2016) Roma Hukuku Dersleri, Der Yayınları, İstanbul, s. 230.

³⁰⁰ Çelebicin, Özcan Karadeniz (2014) Roma Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, s. 296.

edilmektedir³⁰¹. Tüm hakların yargı önünde ileri sürülmesini sağlayacak genel bir *actionun* olmaması, yani özel bir dava öngörülmemiş olan bir haktan söz edilmemesi sebebiyle Roma hukukunda haklar değil, *actiolar* tanımlanıp sınıflandırılmıştır.

Roma usul hukuku iki döneme ayrılarak incelenmektedir: Özel Yargılama Sistemi ve Sistem Dışı Yargılama. Bu iki sistem net olarak birbirlerinin yerini almamış, belirli bir süre birlikte uygulanmışlardır. Özel Yargılama Sistemindeki genel anlayış, hakların himayesinin devlet tarafından değil ama devlet gözetiminde sağlanmasıdır. Hak arama faaliyeti özel ve kişisel bir faaliyet olarak düşünülmektedir. Bu anlayış, sadece Roma Hukuku'nda değil, aşağıda *Common Law* geleneğinde değinileceği üzere, modern dönem öncesi hukuk ve devlet ilişkisinin temel karakteristiğini yansıtmaktadır. Sistem Dışı Yargılamada ise davalar tek aşamada ve devlet memuru sıfatındaki hâkimler vasıtasıyla görülmektedir.

Özel Yargılama Sistemi iki döneme ayrılmaktadır. Birincisi, Krallık Döneminin ortalarından M.Ö. 17 yılına kadar uygulanan *legis actio* usulünden oluşmaktadır. İkincisi ise daha önceleri uygulanmaya başlamış olmakla birlikte, M.Ö. 17 yılında *legis actio* usulünün ortadan kaldırılmasından M.S. 342 yılına kadar uygulanan *formula* usulüdür. Her iki usulde de dava iki aşamalı olarak görülmektedir. İlk aşama *praetor* önünde gerçekleşmekte ve davacıya *actio* verilip verilmeyeceği değerlendirilmektedir. Bu aşamada hakkı olduğunu ileri süren kimse diğerini *praetor* önüne davet etmektedir. Daveti, *praetor* değil, davacı sıfatını alacak kişi yapmaktadır ve bu çağrının belirli bir şekli yoktur³⁰².

Praetor tarafları dinler ikrar ya da yemin teklifi yoluyla husumet çözülmez ise *actionun* verilip verilmeyeceğine karar verir. *Praetor*'un ret kararı vermesi, dava ve hak kavramlarının bütünleşik niteliği ile paralel olarak şikâyet sahibinin hakkının düştüğü ya da şikâyet edilenin beraat ettiği anlamına gelmemektedir. Kişinin isterse bir sonraki *praetor* dönemini bekleyip, yeniden dava hakkı talep etmesi mümkün olabilir. Dava hakkının kabul edilmesi halinde taraflar arasında yapılmış bir sözleşme niteliğindeki *litis contestatio* ile dava tespit edilir. *Litis contestatio*dan sonra davanın tarafları, yapılan işlemler ve söylenen sözler değiştirilemez, yeni oluşabilecek durumlar dikkate alınmaz. *Legis actio* usulünden

³⁰¹ Tahiroğlu/Erdoğan, s. 231.

³⁰² Bu çağrıyla ilgili düzenleme 12 Levha Kanunu'nda şu şekilde ifade edilmiştir: “1. Magistra önüne çağrılan gitsin. Gitmezse, onu dava etmek isteyen kişi durumu tanıklarla saptasın ve onu yakalasın; 2. Çağrılan kaçmaya yeltenirse zorla götürülsün; 3. Çağrılan hasta, yaşlı ya da vücutça sakat ise kendisine bir at verilsin. At istemezse, çağrının araba sağlamak zorunluluğu yoktur”. Celebican, s. 313.

farklı olarak *formula* usulünde *litis contestatio*, borcu sona erdirerek yeni bir borç doğuran sözleşme niteliğindedir. Örneğin, dava konusu alım satım sözleşmesi karşılığında talep edilen bir miktar para iken *litis contestationun* kabulü ile borcun kaynağı artık alım satım sözleşmesi değil, bizzat *litis contestationun* kendisidir. *Litis contestationun* kabulü ile ilk aşama sona erer ve tarafların seçtiği hakem önünde görülen ikinci aşamaya geçilir. Hakem *praetorun* belirlediği sınırlar dâhilinde hükmünü açıklar³⁰³. Söz konusu bu özellikler hem *legis actio* hem de *formula* usulü için ortaktır. Ancak bu iki usulü birbirinden ayıran çok önemli bir fark bulunmaktadır. *Legis actio* usulünde, *praetor* kanunla tespit edilmiş ve değiştirilemez dava türleri ile bağlıdır. Kendisinin yeni bir dava türü yaratması mümkün değildir. Ancak *formula* usulünde her *praetor* kendi görev süresince kabul edeceği dava türlerini bir kanuna tabi olmadan kendisi belirler. Bir başka deyişle *praetor*, bir kanuna bağlı olmadan kendisi hukuk yaratır ve *praetorların* yaratmış olduğu bu hukuk, Roma hukukunun en zengin bölümünü teşkil etmektedir.

Legis actiolar, belirli kelimelere bağlı dava kalıpları, “kanuni dava şekilleridir”. Sınırlı sayıda dava şekli bulunmaktadır ve tüm dava talepleri bu şekillerden birisine göre görülmek zorundadır. Her *legis actio*da yapılması gerekli işlemler ve kullanılması gereken sözler farklıdır. Şikâyetçi, hangi *legis actionun* kendisine uyduğunu doğru bir şekilde seçmek ve onun gereklerini tam olarak yerine getirmek zorundadır. Bu hususta dava açmak isteyenlere, ilk dönemlerde hukuka ilişkin her türlü bilgiyi ellerinde tutan rahip hukukçular, hukukun onların tekelinden çıkmasından sonra ise laik hukukçular yardımcı olmuşlardır. Bu usulün en belirgin özelliği sıkı şekilciliğidir. Talebin, 12 Levha Kanunu’nun öngördüğü ifadeden farklı bir tarzda ifade edilmesi davanın kaybedilmesi ile sonuçlanmaktadır. Sıklıkla verilen örneğe göre, bir kimsenin bağ kütüklerinin kesilmiş olmasından dolayı dava açmak isteyip *praetor* önünde “kesilmiş kütük” tabirini kullanması davayı kaybetmesine neden olmaktadır, zira kişinin kanuna göre kesilmiş kütükten değil, kesilmiş ağaçlardan söz etmesi gerekmektedir. Doktrin, bu dar şekilciliğin eski hukukların hepsinde görüldüğü hususunda hemfikirdir. *Legis actio* usulünde *praetorun* yetkisi oldukça sınırlıdır. *Praetorun* asıl görevi, uyuşmazlık konusu ile seçilen dava türünün uyumlu olup olmadığını ve de seçilen formüle uygun sözlerin söylenip söylenmediğini denetlemektir. Yeni dava hakkı tanıma ya da hakkaniyete dayanarak dava istemlerini reddetme gibi imkânları bulunmamaktadır³⁰⁴.

³⁰³ Çelebican, s. 314-316; Tahiroğlu/Erdoğan, s. 234-236.

³⁰⁴ Tahiroğlu/Erdoğan, s. 237; Çelebican, s. 319.

Legis actio usulü sadece Roma vatandaşları arasında uygulanmaktadır. Bu sebeple sınırları oldukça genişleyen Roma için bu usul, katı biçimselliği sebebiyle yetersiz kalmıştır. *Legis actio* usulündeki eksiklikler *praetorların*, *formula* usulünü yaratması ile giderilmeye çalışılmıştır. Her yıl seçilen *praetorlar* görev yılı başında hangi durumlarda hangi davaları tanıyacaklarını bir beyanname ile duyurarak yeni dava türlerini -*formulaları*- ilan etmiş, bu beyannameler bir yıllık süre için ilan edildiğinden, her *praetor* yeni ihtiyaçlar uyarınca yeni *formulalar* yaratmıştır. Teknik olarak *formula*, *praetorun* ağzından davayı görececek hâkime hitaben, davayı nasıl göreceğine ilişkin talimat veren yazılı bir belgedir. Formula usulü, yeni dava türleri ihdas ederek hukukun devamlı surette gelişmesini sağlamıştır. Dikkat edilirse burada yeni hak yaratımından değil, yeni dava türü yaratılmasından bahsedilmektedir. Bu usul M.Ö. 3. yüzyılda fiilen ortaya çıkmış, M.Ö. 2. yüzyılda çıkarılan *Lex Aebutia* ile kanunileşmiş, M.Ö. 1. yüzyılda ise yeni bir kanunla *legis actio* usulünün ortadan kaldırılmasına sebebiyet vermiştir³⁰⁵.

Roma hukukunun gelişmişlik açısından zirvede olduğu dönem *formula* usulü ile *praetorların* yeni ihtiyaçlara karşılamaya yönelik yeni hukuki kurumlar yarattığı dönemdir. Bu verimlilik *praetorların* sıkı kurallara ve şekil şartlarına bağlı olmaksızın hakkaniyeti sağlama amacından kaynaklanmaktadır. Buradan *formula* usulünün hiçbir şekle bağlı olmadığı sonucuna ulaşılmamalıdır. Hâkimin *formula* dışına çıkma imkânı yoktur. *Litis contestationun* kabul edilmesinden sonra (eski hale getirme kurumu kabul edilene kadar) yeni durumların dikkate alınması mümkün değildir. Bu sebeple, özellikle davanın hâkim önünde görüldüğü ikinci aşamada şekle ve metne aşırı bağlılık söz konusudur.

Roma hukukundaki *formula* yargılamasının yenilikçiliği İngiliz hukukundaki *equity* yargılamasına benzetilmektedir. Bununla, eskimiş ritüeller ortadan kaldırılmış, kişiler hile, tehdit, aldatma gibi iradeyi sakatlayan hallere karşı koruma altına alınmış, *bona fidei* kavramı ile yeni etik standartlar oluşturulmuş ve tarımsal kabile toplumundan ticaret toplumunda geçişte yeni hukuki ihtiyaçların karşılanmasını sağlamıştır³⁰⁶.

Roma'da *formula* usulünün hâkim olduğu dönemde devletin egemenliği altına alarak eyalet statüsü verdiği yerlerde *formuladan* farklı olarak günümüz usul hukukunun temelini teşkil eden Sistem Dışı Yargılama uygulanmıştır. Bu yargılama faaliyeti, Özel Yargılama Usulünden farklı olarak tek aşamalıdır, dava baştan sona valiler ya da görevlendirdikleri

³⁰⁵ Tahiroğlu/Erdoğan, s. 242-245.

³⁰⁶ Kütükçü, s. 43.

vekiller aracılığıyla yapılmıştır. Sistem Dışı Yargılama zamanla tüm imparatorlukta *formula* yargılamasının yerine geçmiştir. M.S. 342 yılında çıkarılan emirname ile “birtakım gereksiz kelime oyunları” olarak nitelenen *formula* usulü ortadan kaldırılarak tamamıyla Sistem Dışı Yargılamaya geçilmiştir³⁰⁷.

Roma hukukunun Roma usul hukuku vasıtasıyla geliştiği sıkça belirtilmiştir. Bunun yanında *legis actio* ve *formula* usulünden oluşan Özel Mahkemeler Sisteminde usulün esastan üstün olduğu, ancak günümüz usul hukukun temelini teşkil eden sistem dışı yargılama ile esasın usule galip geldiği ifade edilmektedir³⁰⁸. Ancak kavimsel ve bölgesel niteliği haiz *Ius Civile*’yi yeni toplumsal ve ekonomik şartlara uygun olarak tamamlayan *Ius Praetorium* yani *praetor* hukukunun oluşmasını sağlayan da *formula* usulüdür. Bu doğrultuda usulün esasın gelişimine hizmet ettiği söylenebilecektir. Aslında bu tür genel geçer tespitler her daim doğru sonuca götürmemektedir. Çünkü daha önce de belirtildiği üzere usul ve esas hususundaki tüm adlandırmalar sonraki dönemlerde yapılmıştır. Ayrıca, Roma Hukuku günümüze dek yaşamasını sağlayan mükemmelliği *praetor* hukuku ile kazanmıştır. *Praetor*ların, çalışmalarıyla Roma hukukunu geliştirilerek, ona çağının ve uygulama alanının sınırlarını aşan bir değer kazandırıldığı belirtilmektedir³⁰⁹.

2. Roma Hukukunda Kavramsallık ve Sistemsellik

Roma Devleti, uyuşmazlıkların çözümü için nitelikli nesnel bir usul geliştiren ilk siyasi yapı olması sebebiyle büyük önem teşkil etmektedir. Roma hukukunda bilinen en eski yasa M.Ö. 5. yüzyılda tamamlanan 12 Levha Kanunlarıdır. 12 Levha Kanunları, belirli ilkeleri ve genellemeleri içermekten ziyade kazuistik, olay temelli düzenlemelerden oluşmaktadır³¹⁰. Roma hukukunun gittikçe gelişen kavramsal ve sistemsel özelliğinin anlaşılması için Yunan felsefesiyle olan ilişkisinin incelenmesi gerekmektedir. Hukuk anlayışlarındaki farklılığa rağmen, Roma hukukunun çağına göre ileri düzeydeki kavram ve sistem oluşturma niteliğinin Yunan felsefesi etkisi ile gerçekleştiği kabul edilmektedir.

³⁰⁷ Çelebican, s. 352-354.

³⁰⁸ Tahiroğlu/Erdoğan, s. 276.

³⁰⁹ Çelebican, s. 40.

³¹⁰ 1. Levha, davalının davacı tarafından mahkemeye çağrılabilmesi, 2. Levha, mahkeme usulünü düzenlemektedir. 3. Levhada, alacaklının borcunu ifa etmeyen borçlu üzerindeki hakları düzenlenmiştir. 4. Levhada aile reisinin yetkileri, 5. Levhada miras ve vesayet düzenlenmiştir. 6. Levhada özel malların iktisabı ve devrine, 7. Levhada komşuluk ilişkilerine, 8. Levhada suç ve haksız fiillere yönelik hükümler bulunmaktadır. 9. Levhada kamu hukukuna ilişkin meseleler düzenlenmiştir. 10. Levha kutsal törenlere ilişkin meselelere işaret etmektedir. 11. ve 12. Levhalar ise patrici ve plep sınıfları arasındaki ilişki (evlilik yasağı) ve efendinin köle üzerindeki haklarını ihtiva etmektedir. Kütükçü, s. 47.

Yunan etkileşimi öncelikle sistem kurma ve kavramlaşmaya ilişkin bilinç oluşturularak Roma hukukunda kural kavramının ortaya çıkıp gelişmesini sağlamıştır. Gramerin yanında, geometri, retorik ve diyalektik açısından da Yunan felsefesinin Roma hukukunu etkilediği ve bu sayede bilimsel yaklaşım için gerekli olan sistem ihtiyacının ortaya çıktığı ve bunun da Cumhuriyet Döneminin ikinci yarısına tekabül ettiği ifade edilmektedir³¹¹.

Smith, Roma hukuku ile Yunan felsefesi arasındaki ilişkinin anlaşılması için öncelikle Yunan felsefesini farklı kılan özelliklerin açıklanması gerektiğini belirtmiştir. Yunan felsefesini benzersiz kılan, mantık, matematik ve Yunan bilimidir. Yunan öncesi matematik “ampirik çıkarımlar koleksiyonu” niteliğinde pratiğe dayalı bir bilgiler yığını iken Yunanlılar matematiği tümdengelimli bir düşünce sistemine dönüştürmüşlerdir. Bir başka deyişle, matematik somuttan soyuta evrilmiştir. Yunanlıların bir diğer önemli katkıları matematiği hem yeryüzü hem de gök cisimlerine uygulayarak, matematik temelli fizik bilimini kurmaları; bu sayede sınırlı sayıda mantıksal yapının yaratılmasıyla, maksimum miktarda deneysel fenomenle başa çıkabilmenin yolunu bulmalarıdır. Matematik ve bilimin keşfi ile somut fenomenlere dayalı saf gerçekçiliğin yanlış bir epistemoloji olduğunu fark etmişlerdir. Deneysel olarak bilinen özellikler yalnızca akılda var olabilir ve nesnenin gerçek nitelikleri değildir. Algılanan deneyim öznel ve yanıltıcıdır. Bu nedenle, kavramları herkes için aynı olabilen fikirler dünyasında, özellikle matematikte gerçekliğin var olduğu sonucuna varmışlardır³¹².

Northrop’a göre, Yunan felsefesi ve Roma hukukunun ortak noktası “değişken” (*variable*) kavramıdır. Bilimde kavramlar anlamlarını, sözdizimi içinde terim işlevi gören, mantıksal olarak formüle edilmiş imgesiz ilişkilerden almaktadır. Örneğin, tüzel kişi kavramı içinde bulunduğu hukuki ilişkiler setindeki değişken olması sebebiyle anlam kazanmaktadır. Bir başka deyişle, tüzel kişilik kavramı, şirket ya da vakıf gibi farklı tüzel kişiler yerine kullanılan bir “x” değişkenidir. Matematik de hukuk da bu şekilde ilişkisel kavramlara sahiptir. Bu ilişki ampirik ve maddi bir ilişki değildir, teorik ve varsayıma dayalıdır. Değişken nitelikteki matematiksel ve hukuksal yapılar anlamlarını içinde bulundukları ilişkiden alırlar. Her ikisinde de teorik yapılar, sınırlı sayıda kavram ve ilkeyle çok sayıda deneysel fenomeni ele almak için kullanılmaktadır³¹³.

³¹¹ Karagöz, Havva (2010) Hukuk Kuralı (Regula Iuris), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, s. 33-34.

³¹² Smith, s. 210.

³¹³ Smith, s. 211-213.

Berman, Yunan diyalektiğinin Roma hukuku üzerindeki etkisine değinmiştir. Sokrates'in diyalogları, ilkin karşı tarafın tezinin yine onun tezinden yararlanılarak çürütülmesi, sonrasında bir dizi doğru önermeden soru-cevap yoluyla bir genelleme çıkarılması ve nihayetinde kavramların ayırım teknikleri ile tanımlanması olmak üzere üç tür yöntem içermektedir. Bu şekilde cinsler türlerine, türler alt türlerine ayrılarak analiz edilir ve tersi yönde, türler cinslerle ve bu cinsler de daha geniş cinslerle tekrar tekrar birleştirilerek sentezlenir. Bu işlemler, Platon'un diyalektik yöntemini oluşturur. Aristoteles ise işe öncelikle, doğruluğu kesin öncüllerle yapılan akıl yürütme ile doğruluğu tartışmalı öncüllerle yapılan akıl yürütmeyi birbirinden ayırarak başlamıştır. İlki, zorunlu gerçekliği gösteren apodeiktik akıl yürütme; ikincisi kesinliğe değil ama olasılığa ulaştıran diyalektik akıl yürütme olarak adlandırılmıştır³¹⁴. Aristoteles'in diyalektik-apodeiktik ayrımını Stoacılar benimsemiştir. Ancak Stoacılar diyalektiği, sistematik yorumlama kaygısıyla genel doğrulara ulaşmak için kullanmamışlardır. Onların amacı, cins ve türleri ayırmak ve sentezlemek, argümanları analiz etmek ve kavramları tanımlamaktır. Tanımlanmak istenen türün benzer tüm örnekleri bir araya getirilerek genel bir tanıma, sonrasında bu tanımdaki en küçük temel yalın birimlere ulaşmaya çalışılmıştır. İşte, Romalıların soyut kavram yaratma etkisinin bu şekilde Yunan diyalektiğine dayandığı ifade edilmektedir³¹⁵. Bu etkileşim sonucunda Quintus Mucius Scaevola (M.Ö. 140- M.Ö. 82) tarafından ilk sistematik hukuk eseri yazılmış, kavramlar için ayırım ve tasnifler yapılmıştır. Örneğin, Scaevola bu kitabında beş tür vesayet olduğunu söylemiş, farklı zilyetlik ve hırsızlık türlerinden bahsetmiştir. Schulz, Scaevola'nın ilk kez diyalektik yöntemi kullanan Romalı hukukçu olduğunu söyleyemeyecek olsak dahi, onun bu yöntemi kullanarak bir hukuk kitabı yazan ilk hukukçu olduğunu söyleyebileceğimizi belirtmektedir.

Diyalektik yöntemin ayırım yapma basamağını, ilkelere ulaşma faaliyeti takip etmiştir. İlk yazılı hukuk metinleri, hukukun ilkeleri ve genel kurallarından ziyade, kazuistik olay çözümlerine dayanan ifadelerden oluşmaktadır. Roma hukuku da hukuki kategorilerin oluşturulmaya başlamasından önce, 12 Levha Kanunlarından anlaşıldığı üzere bu şekilde bir yapıya sahiptir. Ancak bu yöntemle hukuk biliminin oluşması mümkün değildir. Bu hukuk dili ile yaratılan kurallar örneğin: “Eğer bir şey sana bir satış sözleşmesine göre teslim edilmişse onu tutma hakkına sahiptir ve onun zilyetliğine sahip olan bir üçüncü taraf onu

³¹⁴ **Berman, Harold J.** (2020) Hukuk ve Devrim Batı Hukuk Geleneğinin Oluşumu, Çev: Kıvılcım Turanlı, Pinhan Yayıncılık, İstanbul, s. 191-192.

³¹⁵ **Berman,** s. 193; **Karagöz,** s. 33-35; **Schulz, Fritz** (1946) History of Roman Legal Science, Clarendon Press, Oxford, s. 62-63.

sana vermekle bağlıdır” şeklindedir. Hammurabi Kanunları gibi yasalarda bulunan bu hukuk dili, yerini bilimsel hukuk diline bırakmıştır. Bu şekilde ilk olarak, bir şey üzerinde fiili hâkimiyet kuran ve içeriği bakımından sınırsız bir hak olan mülkiyet kavramına ulaşılır. Mülkiyeti kazanma türleri olarak devren, aslen ve kazandırıcı zamanaşımıyla iktisap tanımlanır. Satış sözleşmesi mülkiyeti devren kazanmanın bir şekli olarak ifade edilir ve böylece hukuk kuralları dizisi yerine tümel kavramlara ulaşılır³¹⁶.

Hukukun sistemleşmesiyle insan doğal bir varlık olarak değil, belirli hak ve yükümlülöklere sahip satıcı, alıcı, rehin veren-alan, kiralayan, kiracı gibi farklı sıfatlarla ele alınır. İnsanın, hukuki bir varlık haline gelmesiyle, yapay hukuki kişilerin yaratılabileceğı fikri gelişir. Bu sebeple Scaevola’nın çalışmasının önemi, içerdiği kurallar değildir; tüm hukuki bilgiyi organize etmesi ve hukuk kategorileri tesis etmesiyle yeni bir ufuk açmasıdır. Scaevola, sadece sınıflandırma yapmamış, akıl yürütme yöntemlerini kullanarak, tanımlar oluşturmak suretiyle kuralların formüle edilmesini sağlamıştır. Bunun sonucunda bir hukuk öğrencisinden beklenen; kuralların organize edildiğı yapının bilgisini, kategori ve kavramların anlamını, kuralların kendi arasındaki ilişkileri öğrenmesidir. Modern hukukta doruğuna çıkacak olan hukuk sisteminin sınıflandırılması, Scaevola ile başlamıştır³¹⁷.

Scaevola ve onu takip eden diğör hukuk uzmanlarının, önceden var olan hukuku açıklama, hukukun tam ve doğru sınırlarını bulma amacı bulunmaktadır. Yunanlıların diyalektik yöntemi kullanılarak, hukuki sorular belirlenmiş, hukukçuların bu sorulara verdiği cevaplar derlenmiş ve yazarın kendi görüşleri ortaya konulmuştur. Bu hukuk faaliyeti, yeni kural koymayı ya da hukuk yaratmayı amaçlamamıştır. Onun yerine kavramlaştırma, kavramlardan bir kavramlar sistemi oluşturma ve bu kavramları çözümleme amacındadır. Örneğın; var olan hukukta, bir atı ödünç alanın, atı alırken kabul ettiğı yerden başka ya da daha ileri bir yere götürmesi halinde hırsızlık nedeniyle suçlu olduğı düzenlenmiş, hırsızlığın kapsamı ve ilgili muhtelif kararlar özetlenmiştir. Scaevola ise aynı ve benzer kararları da incelemiş ve sonucunda “*Bir şeyi muhafaza etmek için alan fakat onu kullanan veya onu kullanmak için alan fakat alma amacından başka bir amaç için kullanan bir kişi hırsızlık nedeniyle sorumludur*” kuralıyla daha geniş bir formüle ulaşmıştır. Bu tanımda, atın yerini “şey” almıştır. “Şey”, Northrop’un ifadesiyle “değişken” vafındadır. Hukuki olaylarda gerçekte ne olduğunu açıklamak için kesin sonuca ulaşılan dek cinsler ve

³¹⁶ Kütükçü, s. 115-116.

³¹⁷ Kütükçü, s. 136.

türler ayrılarak sınıflandırılmış, daha sonra “bu kategorilerle ilgili her şeyi kapsayan ve ilgili olmayan her şeyi dışarıda bırakan sözcüklerle” (kavramlarla) açıklanmıştır³¹⁸.

Yunanlılar diyalektiği bahsedilen şekliyle hukuk kurumuna uygulamamışlardır. Roma hukuk anlayışı ile Yunan şehir devletlerinin hukuk anlayışı karşılaştırıldığında, Yunanlılarda hukukun esas kaynağının yasama olduğu, Roma’da ise hukukun temel itibarıyla *praetor*lar tarafından verilen *responsalar*la gelişme gösterdiği görülmektedir. Roma’da yasama faaliyeti sayılabilecek düzenlemeler de mevcuttur ancak *praetor* hukukuna kıyasen oldukça sınırlı kalmaktadır³¹⁹. Yine, Romalılarda hukuki meseleler, eğitimli elit bir hukukçu sınıfı tarafından ele alınmış ve Roma hukuk bilimi bu hukukçu sınıfı elinde şekillenmiştir. Yunanlılarda ise hukuki sorular, genellikle davacıların kendileri tarafından tartışılmış ve yasal olarak eğitilmiş hakimlerden ziyade, vatandaşlardan oluşan jüriler tarafından karar verilmiştir. Sonuç olarak, gerçek bir hukuk mesleği değil, hukuk yerine adli retorik eğitimi almış, jüri üyelerinin duygu ve sempatilerine hitap eden ve bilimsel terminoloji veya teknik analizden kaçınan bir hatip mesleği gelişmiştir³²⁰.

Yunanlılarda yargılama halk meclislerinde yapılmış ve mecliste hukuki değil, ahlaki ve politik argümanlar kullanılmıştır. Ayrıca Yunanlılar, hukuk kurallarını akıl yürütmenin başlangıcı olarak görmemişlerdir. Bu sebeptendir ki Romalı hukukçulardan bahsederken Yunanlı hukukçular değil Yunanlı filozoflar zikredilmektedir. Yunanlılara göre hukuki kurallar sadece felsefi teorilerin inşasında kullanılacak verilerdir ve adaletin cisimleşmiş mercilerini oluşturmamaktadır. Dolayısıyla Yunanlılar için mutlak olan adaletin doğası ve yöneticinin iradesini hukuka mı yoksa kendi iradesine göre mi kullanacağı problemleridir. Romalılarda olduğu gibi “hukukun, maliki kendisinden hukuka aykırı olarak alınmış bir malı iyiniyetli olarak üçüncü kişiden alan kişilere karşı koruyup korumaması” sorunu tartışılmamıştır. Yunan filozofları medeni hukuka ilişkin problemleri kişisel ahlak, anayasa hukukuna ilişkin olanları ise politika meselesi olarak ele almışlardır. Anlaşılacağı üzere hukuki olarak kabul edilen her sorun Yunanlılar için en başta felsefi problemlerdir. Hatta Platoncu düşünce adalet, adaletin gerçekleştirilmesinin hukukçulara emanet edilmesini önlemeye yönelik aşkın bir gerçeklik atfetmiştir³²¹.

³¹⁸ Berman, s. 196; Kütükçü, s. 137.

³¹⁹ Schulz, s. 60.

³²⁰ Smith, s. 214.

³²¹ Berman, s. 194.

Yunan felsefesi Roma hukukunu maddi yönden değil, form ve metot yönünden etkilemiştir³²². Koschaker, karşılaştırmalı hukuk tarihinin etnoloji yöntemini kullanarak yaptığı bilimsel analizler sonucunda ilkel hukukların hemen hemen hepsinin maddi bakımdan çok benzer olduğunu dile getirmiştir. Roma hukukunun farklılık arz eden karakterini şu şekilde açıklamıştır:

*“Roma hukukçuları da böyle piyanistlerdi. Onlar Roma Hukukunu, diğer milletlerden pek farklı olmayan iptidai başlangıcından alıp bir sistem haline sokmuşlar, bu suretle ona milli karakterini vermişler, onu fevkalade bir tekamüle erdirmişler ve kullanmışlardır. Bu işte Yunan felsefesinin herhalde tesiri olmuştur. Fakat Roma hukukçuları tatbikata bağlı kaldılar ve nazariyeler içinde kendilerini kaybetmediler. Bu sebeple büyük, sistematik hukuk eserleri yazmadılar fakat mühim olan, hukuk kaidelerinin sistemini canlı olarak hissetmeleri, onu bu ruh ile kullanmaları ve bu şekilde inkişaf ettirmeleridir.”*³²³

Romalılar, hukuku teorik biçimde sentezleme ya da yargı kararlarının toplumun her kesimine hitap edecek şekilde ayrıntılı gerekçelendirilmesi amacını taşımamışlardır. Amaç ortaya çıkan ve çıkabilecek davalara çözüm bulmak, dava sonuçlarını sınamak ve gözden geçirmektir. İleride değineceğimiz üzere, kavramsal çıkarım yapanlar, belirli sözleşmelerden yola çıkarak sözleşme hukuku teorisi kuranlar, mülkiyet hakkını tanımlayanlar klasik dönem Roma hukukçuları değil 11. yüzyılda Bologna’da Roma hukuku rönesansını gerçekleştiren Roma hukuku şerhçileridir³²⁴.

Yunan dil felsefesi de Roma hukuku üzerinde etkili olmuştur. Bu etki, özellikle kural(*regulae*), kural koyma ve tanım(lama) alanlarındadır. Soyut kavram yaratma bilinci ve yeteneği gerektiren kural koyma ve tanımlama faaliyetleri Yunan felsefesi ve dilbilimi sayesinde gelişmiştir³²⁵. Kural (*regula*) kavramı, dil felsefesindeki *analogia* ve *anomalía* tartışmalarına dayanmaktadır. *Analogia* görüşü taraftarları, dilin isim ve fiil çekimi gibi belirli kurallardan oluştuğunu, doğanın bir hediyesi olarak insani konvansiyondan bağımsızlığını savunurken buna karşıt olarak *anomalía* görüşündekiler, dilde kuralın varlığını reddetmiş dilin toplumda kendiliğinden, konvansiyonel olarak geliştiğini savunmuştur. Aristoteles'in kullandığı şekliyle kural, *analogia* taraftarlarının kullandığı bir

³²² Schulz, s. 85.

³²³ Koschaker, Paul (1971) Modern ve Hususi Hukuka Giriş Olarak Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları, Ed. Kudret Ayiter, Sevinç Matbaası, Ankara, s. 25.

³²⁴ Berman, s. 186-187.

³²⁵ Karagöz, s. 36.

ifade şeklidir. Yani kural kavramının ilk olarak hukukta değil, dilbiliminden doğduğu ifade edilmiştir. Roma hukukunda kural ise kısa ve özlü söz anlamına gelmektedir³²⁶. Digesta'nın "Eski Hukukun Çeşitli Kuralları Hakkında" başlıklı son kitabının son faslında yer alan hukuk kuralına ilişkin tanım şu şekildedir:

*“Regula bir konunun kısa ve öz olarak ifade edilmesidir. Hukuk regula'dan doğmaz, fakat regula mevcut hukuktan doğar. Bu sebeple, regula ile bir meselenin kısa öyküsü nakledilir. Ve Sabinus'un da dediği üzere, o öyle hukuki sebep taslağı gibidir ki, herhangi bir şekilde ihlal edildiği takdirde, bağlayıcılığını derhal kaybeden bir şeydir.”*³²⁷

Modern hukuk düşüncesinde kural ve yargılama birbirinden ayrılamaz gözükmektedir. Ancak Maine'in en önemli eseri *Ancient Law*'da belirttiği gibi yargı fikri, kural fikrinden önce doğmuştur. Hukukun kökeninde, kral gibi insani ya da Tanrı gibi insanüstü otoritelere atfedilmiş yargılar bulunmaktadır. Yargıç yasa koyucuyu incelemektedir³²⁸.

Roma hukukçuları nadiren bütün hukuk sistemini kapsayacak denli geniş ilkeler varsaymışlardır. Örneğin; Gaius'un medeni hukuk kurallarına aykırı olan sözleşmelerin geçersiz olduğu sonucuna ulaşması bu tür ilkelere örnek gösterilmektedir. Digesta'nın yukarıda da atıfta bulunulan 50.17 nolu "Eski Hukukun Çeşitli Kuralları Hakkında" başlığında 211 geniş kurala/ilkeye yer verildiği ancak bu ilkesel ifadelerin başlangıçta öne sürdükleri davaların bağlamından alındıkları belirtilmiştir. Örneğin "bilen ve rızası olan kişinin dolandırıldığı düşünülemez" ilkesi, başında yer alan orijinal dava "hilekâr bir borçludan rızaları ile bir şey elde eden alacaklıların daha sonra dolandırıldıklarını iddia edemeyeceklerine" ilişkindir. Yani bu kurallar kodifiye edilirken tüm medeni hukuka teşmil olması amacıyla oluşturulan ilkeler özelliğinde değildir. Iustinianus'un derlemesi, eski hukuku açığa çıkarma amacıyla kuralların sonuç kısmına atıfta bulunmuştur ve esasında başta belirtilen somut davalarla ilişkilidir. Romalılar bu ifadeleri soyut ilkeler olarak düşünmemişlerdir. Yine bahsedilen bölümde yer alan "Bir kural kısaca bir meseleyle ilgili bir şey söyler...bir kural aracılığıyla meselelerin kısa bir izahı yapılır ve ...herhangi bir bakımdan kusurluysa gücünü yitirir" ve "Medeni hukukun bütün kuralları (*definitiones*) tehlikelidir. Zira hepsi neredeyse daima çarpıtılabilir" ifadeleri de bunu göstermektedir³²⁹.

³²⁶ Karagöz, s. 34-37.

³²⁷ Karagöz, s. 101.

³²⁸ Maine, Henry (1861) *Ancient Law*'dan akt. Cotterel, s. 74.

³²⁹ Berman, s. 198-199.

Hukuk kuralı sadece belirli ve sınırlı davalarda verilen kararların ortak unsurlarının genelleştirilmesidir. Yunanlılarda ise bu anlayış da bulunmamaktadır. Diyalektik akıl yürütme bu tip kurallar üzerinden değil üzerinde uzlaşılan öncüller üzerinden felsefi sonuçlara ulaşmadır. Berman'ın deyiimiyle, Romalılar Yunan diyalektiğini bir keşfetme sanatı olmaktan bir yargılama sanatı olmaya çevirmiş olsalar da, kurala dayalı hukuk anlayışı henüz modern anlamından uzaktır³³⁰.

3. Roma Hukukunda Yazılılık ve Kodifikasyon

Roma hukuku formun önemli olduğu bir hukuk sistemidir. Dolayısıyla Roma hukukunun formalist olarak nitelendirilmesi anlaşılabilir. Ancak bu formalizmin günümüz anlayışından oldukça farklıdır. Schulz'un tabiri ile Roma hukuku eylemsel (*actional*) formalisttir. Roma hukukunda, modern hukuk formunun en vazgeçilmez özelliği olan yazılı olma nadirdir ve yazılılık daha ziyade kanıtlayıcı niteliği haizdir. Schulz, arkaik dönem olarak nitelediği 12 Levha Kanunlarından Cumhuriyet rejiminin son yüzyılına kadar olan dönemde sözlü olma niteliğinin had safhada olduğunu belirtmektedir. Bunun ilk akla gelen sebebi toplumun büyük bir kesiminin okuma yazma bilmemesidir ancak okuma yazma öğretiminin klasik eğitimin bir parçası haline gelmesine rağmen sözlü geleneğin devam ettirilmesinin salt muhafazakârlıkla açıklanmasının hatalı olacağını belirtmiştir. Ona göre Romalılar tarafların taleplerini sözlü olarak bizzat dile getirmelerine büyük önem vermektedirler zira ancak bu şekilde kişilerin gerçekten ne talep ettiklerinin anlaşılacağına inanmaktadırlar³³¹. Roma hukuku arkaik dönemi takip eden dönemde de formalist karakterini korumuştur ancak *Lex Aebutia*'dan sonra *formula* sistemi ile daha esnek hale gelmiştir. Sözlü formların, yazılı formlara olan üstünlüğü devam etmiştir³³².

Schulz, Roma hukukunun gelişmesinin altında hukukçuların hukuk yaratma ve var olanı tadil etme prensibi yattığını belirtmiştir. Hukukçular bu yetkilerini hukuku “taşlaşmaktan” (*petrified*) ve verimsizleşmekten kurtarma bilinci ile kullanmışlardır. Bu sebeple sadece, devlet organlarının işlevlerinin düzenlenmesi, cezalandırma prosedürlerinin belirlenmesi, bazı sosyal ve ekonomik tedbirlerin alınması gibi spesifik durumlarda kanunlaşmaya başvurulmuştur. Sezar'ın Yunan düşüncesi etkisiyle medeni hukuku kodifiye etme fikri taraftar bulmamış ve ölümü ile birlikte de ortadan kalkmıştır. Roma hukukunun

³³⁰ Berman, s. 199.

³³¹ Schulz, s. 26.

³³² Schulz, s. 76.

önemli bir parçasını oluşturan *praetor* emirnamelerinin niteliği de statü hukukuna karşı olma düşüncesinin bir örneğidir. Zira bu emirnameler yalnızca bir yıl süreyle geçerli olmalarıyla adeta henüz bitmemiş ve tamamlanmaya müsait olma emaresini belirtmektedirler. Yine aynı şekilde, dönem hukukçularının yürürlükte olan kanunların bir derlemesini yapmamaları hatta 12 Levha Kanunlarının doğru bir versiyonunu yayımlamamaları da bu durumun bir kanıtını teşkil etmektedir³³³.

Hukukun yazılı hale gelmesi, ileride görüleceği üzere öncelikle kilise yargılamalarında gerçekleşmiştir. Genel yöntemde sözlülük esastır ve yazıya itimat edilmemektedir. “Kalem dilediği şeyi yazar” düşüncesi hakimdir³³⁴. Tigar, sadece Roma Hukukunda değil, 11. yüzyıl öncesine dek tüm Avrupa’da yazılı sözleşmelerin hak doğurucu bir hukuki belgeden ziyade basit birer makbuz olarak değerlendirildiğini ifade etmektedir³³⁵.

4. Roma Hukukunda Yöntemsellik ve Bilimsellik

Roma hukukunun özellikle ilk dönemlerinde şekilcilik ve usule bağlılıkla birlikte genel karakteristiğini oluşturan önemli bir özelliği yargılamada kullanılan sembolik ifadeler ve hareket tarzlarıdır. MacCormack, 19. ve 20. yüzyıl antropolojisinin kabulleri neticesinde şekillenen genel eğilim sonucu Roma hukuku üzerinde çalışan bilim insanlarının yargılamada kullanılan sembollerini din ve sihirsel düşünüş tarzı ile açıkladıklarını ve bu açıklamaların günümüzde de geçerli olduğunu belirtmiştir. Ancak bu usul ve sembollerin, bir diğer deyişle Roma hukuku formalizminin din ve büyü ile bağlantısının sanıldığı kadar kesin ve tartışılmaz olmadığı, sembollerin kronolojik açıdan yorumlanıp semboller öncesi dönemin (*pre-symbolic stage*) araştırılarak hukukun gelişimine farklı bir açıdan yaklaşılmasının mümkün olduğu ileri sürülmüştür³³⁶.

Formalizm ve sembolizmin, din ve büyü tarafından şekillenen düşünme tarzı olarak görülmesi ve bunun ilkel insanlarla ilişkilendirilmesi genel kabulü, yukarıda yapısalcılık ile ilgili yaptığımız açıklamalarda da belirtildiği üzere, Levi-Strauss’un öncüsü olduğu yapısal antropolojinin iddialarıyla şiddetli bir biçimde eleştirilmiştir. Yapısal antropolojinin karşı çıktığı husus özetle, insan düşünüşünün modern ve ilkel olarak ikiye ayrılmasıdır. Bilimsel

³³³ Schulz, s. 60-61.

³³⁴ Tigar, Michael E/Levy, Madeleine R. (2016) Kapitalizmin Yükselişi ve Hukuk, Çev: Onur Karahanoğulları, Epos Yayınları, Ankara, s. 51.

³³⁵ Tigar/Levy, s. 81-83.

³³⁶ MacCormack, Geoffrey (1969) “Formalism, Symbolism and Magic in Early Roman Law”, Legal History Review, No: 37(3), pp. 439-468.

düşüncenin kavramlar formüle edip bunları birbiriyle ilişkilendirerek akıl yürüttüğünü, paralel şekilde ilkel düşüncenin soyut ve sofistike kavramlar yerine duyumsanan, somut dünyadan aldığı imgelerle akıl yürüttüğünü söylemektedir. MacCormack da makalesinde Polinezyalı ve Rodoslu kabileler ile ilgili örneklerle yer vererek bu örnekleri Roma hukukundaki *legis actio per sacramentum in rem*'de kullanılan usul ve sembollerle kıyaslamıştır. Polinezya'daki Tikopia kabilesinin avlanma esnasında kullandıkları sembolik ifadelerin av miktarının artması üzerinde büyü bir gücü olduğu inanışından ziyade balıkları ikna etme amacı ve inancı ile yapıldığını belirtmiştir. Rodos'ta yaşayan Barotse kabile hukukunun ise herhangi bir usul ya da sembol ihtiva etmeksizin bir talebin hukuki olup olmadığı kararını yargıca bıraktığı anlaşılmaktadır. Bu ve bunun gibi pek çok çalışma 12 Levha Kanunlarında kullanılan formüllerin tamamen din ve büyü ile ilişkilendirilemeyeceği sonucuna ulaşılması mümkündür³³⁷.

Roma hukukun özellikle ilk dönemlerinin aşırı formalist ve sembolik olduğu belirtilmektedir. Belirli bir mal çeşidinin devri olarak bilinen ve *mancipatio* olarak adlandırılan sözleşmelerin geçerliliği spesifik söz ve davranış biçiminin sergilenmesine bağlıdır:

“Reşit en az beş Roma vatandaşının huzurunda ve aynı nitelikteki libripens olarak adlandırılan altıncı kişi bronz bir terazi tutarken, bronz bir külçe tutarak *mancipation* yapan taraf şunları söyler: ‘Bu kölenin bu bronz terazi ve külçe ile bana satıldığını ve *ex jure Quiritium* bana ait olduğunu beyan ederim.’ Daha sonra külçe ile teraziye vurur ve terazi simgesel ücret olarak *mancipation* ile alım yaptığı kişiye verir.”³³⁸

Bu işlemde bronz terazi ve bronz külçe kullanılması günümüz anlamıyla bir usul şartıdır. Bunun sebebi bronz maddelere atfedilen ulvi bir anlamdan kaynaklanmamaktadır. Buna göre önceki dönemlerde sadece bronz para kullanılması ve bu paranın miktarı ve değerinin de terazi ile belirlenmesi, *mancipation*ların yapılış usulünde bir alışkanlığa sebebiyet vermiş ve bu alışkanlık sonraki zamanlarda da devam ettirilmiştir³³⁹.

Benzer bir usul ve daha ilginç bir açıklama da *legis actio*lar için yapılmıştır. Bu sözleşmelerde de belirli jestler ve aletler kullanılmaktadır. *Legis actio per sacramentum in rem* yani aynı hakka ilişkin davalarda ihtilaf konusu mal *praetor* önüne getirilmekte, taraflar

³³⁷ MacCormack, s. 445-446.

³³⁸ Tigar/Levy, s. 29.

³³⁹ Tigar/Levy, s. 29.

sırasıyla değnek ile mala dokunmakta ve birbirlerine dönerek mal üzerindeki haklarını spesifik söz kalıpları ile beyan ederek malı bırakmaktadırlar³⁴⁰. Davada kullanılan tüm jestler ve mızrağı temsil eden değnek sembolü davayı bir fiziki mücadeleye benzetmektedir. Davada bu sembolün (değnekle ihtilaf konusu mala dokunma) kullanılma sebebinin ilkel insanların sebep sonuç ilişkisi kurma yönündeki eksikliklerinden bahisle metafizik bir gücü olduğunu inanarak kullandıkları savunulmuştur. Yine aynı şekilde mızrağı temsil eden bu değneğin aslında tarafların güçlerinin transfer edildiği bir kişilik sembolü olduğu da iddia edilmektedir. Ancak sembollerle ilişkilendirilen bu metafiziksel saptamalar önceki yüzyıl antropolojisinin çizdiği ilkel insan profiline dayanan bir yorumlamadır ve tartışmasız bir açıklama biçimi olmaktan çıkmıştır³⁴¹. MacCormack'ın savunduğu diğer açıklama biçimi, sembolü daha önce var olan ama zamanla kaybolan bir olgunun taklidi ya da kopyası olarak yorumlamaktadır. Buna göre:

“İlk başta topluluğun üyeleri aslında belirli bir şekilde davranırlar; zamanla değişebilen sebeplerle toplum bu şekilde davranmayı bırakır. Davranışın yasal bir bağlamda alakalı olduğu durumlarda, herhangi bir iz bırakmadan kaybolmasına izin verilmez; bu nedenle, önceden uygulanan davranışı takip eden yeni yasal düzenleme yöntemi, prosedürünün bir parçası olarak, şimdi yok olan davranışın bir kopyasını veya taklidini içerir”³⁴².

Bu yorum biçimi de sembol ile simgelenen arasındaki zamansal ilişkiden ötürü kronolojik yorum olarak adlandırılmıştır. (İlk açıklama biçimi sihirsel yorum *-magical interpretation* olarak ifade edilmişti.). Dolayısıyla *legis actio per sacramentum in rem*'de kullanılan bu usul ve semboller ihkakı hak döneminden kalan, ihtilaf konusu mal uğruna girişilen fiziksel mücadelenin bir nevi sahnelenişi olarak değerlendirilebilir.

Berman, 11. yüzyıl öncesi dönemde hukukun bilinçli bir iradenin belli bir amaç doğrultusunda vazettiği kurallar değil toplumun ortak bilincinin ürünü olduğunu belirtmekte ve hukuku sanat, mit ve dile benzetmektedir. Bu sebeple pek çok hukuk kuralının temelinde dini inanış ve metaforların olduğunu fakat çağımızda modern düşüncenin egemen olmasıyla din ve hukuk arasındaki bağlantının koptuğunu belirtmiştir. Buna örnek olarak cinayetle suçlanan kişinin yargılandıktan sonra akıl sağlığını yitirmesi durumunda cezanın akıl sağlığına kavuşana kadar infaz edilmemesini vermiştir. Bu infaz kuralı günümüzde de

³⁴⁰ Çelebican, s. 324; Tahiroğlu/Erdoğan, s. 239.

³⁴¹ MacCormack, s. 448-461.

³⁴² MacCormack, s. 461.

geçerlidir. Ancak kuralın sebebi, kişinin akıl sağlığı yerinde olmaksızın idam edildiğinde özgürce günah çıkaramayacağı ve bu sebeple de sonsuza dek cehennemde kalacağı düşüncesidir. Berman, başka hiçbir modern açıklamanın akıl sağlığı yerinde olmayan bir kişinin iyileşene kadar hayatta bırakılması ve iyileşmesinin hemen akabinde öldürülmesini tam ve tatmin edici şekilde açıklayamayacağını söylemektedir³⁴³. Roma döneminden ziyade Hristiyanlığın kabulü ile Cermen toplumlarının hukukundan verilen bu örnek sembolizme ilişkin verilen diğer iki örnekle beraber düşünüldüğünde günümüz modern ve bilimsel olarak nitelendirdiğimiz hukukun da pek çok sembol ve metafor barındırdığını söyleyebiliriz. Mahkeme salonlarının düzeni, sadece yargılama esnasında giyilmesi gereken hâkim ve avukat cübbeleri, yemin ederken ve hüküm açıklanırken ayağa kalkılması gibi davranış kalıplarının hepsi eski hukuk döneminden kalan ama modern gerekçeler kazanan sembolizm yüklü davranışlardır.

Maitland, aşırı şekilcilik ve sembolizmi, hukuk geleneğinin neredeyse tümüyle sözlü olmasıyla ilişkilendirmiştir. Hukukun yazılı olmadıkça tiyatral ve gösterime dayalı olmak zorunda olduğunu, eski hukuk kurallarının kolay ezberlenebilmesi için şiirsel imgelerle ifade edildiğini belirtmektedir. Bu törensellik ve sembolizm hukuki işlemlerle gündelik iş ve işlemler arasına mesafe koyulmasını sağlamıştır³⁴⁴.

Roma hukukunda usule, şekle ve 12 Levha Kanunları bakımından metne bağlılık had safhadadır. Bu şekle bağlılığın kendi şartları içerisinde başka rasyonel temellere dayandırılması da mümkündür. Modern öncesi dönemde devletin ya da yargı makamının kişiler arasındaki ilişkilere müdahale mantığının günümüzdeki anlayıştan oldukça uzak olması önemli bir sebep olarak görülmelidir. İlk zamanlarda kişiler, krala devlet otoritesinden kaynaklı olarak değil sadece itibarlı bir üçüncü kişi olarak başvurmuşlar, uyuşmazlık da bizzat kral tarafından değil onun atayacağı başka bir arabulucu tarafından çözümlenmiştir. Zaten bunun bir sonucu olarak yargılama iki aşamalı olarak gerçekleşmiştir³⁴⁵. Bu sebeple yargı organlarına başvuru ilk akla gelen uygulama olmadığından bu yola başvuran kişinin tam anlamıyla her şarta uyması beklenmiştir. Örneğin, kişi belirli bir bedel için dava açmış ancak davada daha az ya da daha çok alacağı olduğu ortaya çıkmışsa davayı kaybedecektir. Yargının doğru alacağı tespit edip ona göre hükmetmesi beklenmemektedir. Buradaki faaliyet daha ziyade bir hakemliktir. Yargı, kamu

³⁴³ Berman, s. 240.

³⁴⁴ Berman, s. 86-87.

³⁴⁵ Koschaker, s. 14-15.

gücünü kullanarak kişilerarası ilişkiye nizam veren organ değil kişilerin getirdiği delillere dayanarak doğru ve yanlış söyleyeni tespit eden bir hakem konumundadır. 1. Henry yasalarında da İngiliz hukukunun dostane çözümü dava açılmasına tercih ettiği defalarca yazılmıştır. Bir asilzadenin sevgi ve yasa gibi iki seçeneği (uzlaşma veya yargı hükmü) vardır ve o sevgiyi yani uzlaşmayı seçerse seçimi mahkeme hükmü kadar bağlayıcıdır. Mahkeme yoluna başvurarak yargı kararının alınmasının çoğunlukla taraflardan birini tatmin etmeyeceği ve bu sebeple daha fazla soruna yol açacağı düşünülmüştür. Kısacası modern öncesi dönemde dava açmak ilk akla gelen, gelmesi gereken çözüm değildir³⁴⁶.

Günümüzde de özel hukuk uyuşmazlıkları bakımından dava açıp açmama kişinin iradesine bırakılmıştır. Bunun yanı sıra dava açılmaksızın uyuşmazlıkların çözümü için arabuluculuk ve uzlaştırma gibi çeşitli mekanizmalar geliştirilmektedir. Burada anlatılmak istenen durum farklıdır. Öncelikle modern dünyada insan ilişkileri çok daha girift ve karmaşık bir hale gelmiştir. Bunun yanında hukuk düzeni bireyler arası her ilişkiyi hatta bir bireyin her anını kapsamaktadır. Hukuksallaşma (ya da hukuksallaştırma-*juridification*) olarak adlandırılan bu duruma göre toplumda pozitif hukuk giderek genişleyip yaygınlaşmış, sözlü hukuk adeta ortadan kalkmış, tüm sosyal ilişkiler hukukça düzenlenip yargılama konusu edilebilmiş ve hukuki düzenlemeler gittikçe detaylandırılarak kapsamı genişletilmiştir³⁴⁷. Öyle ki, kişinin evinden çıkıp okula ya da iş yerine gelmesi dahi kurallarla düzenlenmiştir. Kişi evindeyken apartman yönetmeliği, yoldayken trafik kanunu, okuldayken üniversite yönetmeliğinin uygulama alanı içerisindedir³⁴⁸.

Modern dönemde hukuk, meşruiyet kökleri daha derin ve net olan diğer toplumsal kontrol mekanizmalarının yerini almıştır. Hukukun bu denli yaygın ve erişebilir oluşu anlaşmazlıkların müzakere ve anlaşma yoluyla çözülmesi ihtimalini azaltmaktadır. Hukuki mesele haline getirilen ihtilafın gerçekte tam olarak çözülmeksizin teknik olarak sonlandırılması daha fazla sayıda müstakbel ihtilafların doğmasına yol açmaktadır³⁴⁹.

Sayılan sebeplerle, Romalı bir kimsenin yargıya başvurma hususundaki özgür iradesi ile modern çağ insanının yargı ile münasebetinin iradiliğinin aynı olması mümkün değildir. Bunun yanında, Roma'da hukuk, birey ilişkilerinin yegâne düzenleyicisi olmadığından

³⁴⁶ **Berman**, s. 110-111.

³⁴⁷ **Yüksel, Mehmet** (2007) “Modernleşme, Toplumsal Yaşamın Hukuksallaşması ve Etik”, HFSA 17. Kitap, Ed. Hayrettin Ökçesiz, İstanbul Barosu Yayınları, s. 97.

³⁴⁸ Örnek, Ahmet Haluk Atalay’ın 2-4 Ekim 2019 tarihleri arasında gerçekleştirilen HFSA toplantısında moderatör olarak yaptığı konuşmadan alınmıştır.

³⁴⁹ **Cotterrell, Roger** (2020) Hukuk Sosyolojisi, Çev: Saim Üye, Pinhan Yayıncılık, İstanbul, s. 384.

yargıya başvurunun da adeta istisnai bir tercih olarak aşırı katı düzenlemeler içermesi beklenilir bir durumdur. Tüm eski uygarlıklarda olduğu gibi hak arama kişisel bir mesele olarak görülmüş bu sebeple de devletin müdahalesi zamanla, belirli sınırlar ve şartlar içerisinde olmuştur³⁵⁰.

Davayı görmekle yetkili kılınan hâkimin hukuk bilgisine sahip olma şartının bulunmaması, katı şekle bağlılığın bir diğer sebebi olarak görülebilir. Hâkim, tarafların üzerinde anlaşmış olduğu, genellikle toplumda saygın bir yeri olan kişidir. Dolayısıyla hukukçu olan *praetorun* önünde görülen aşamada çizilen sınırlara uygun davranılmasının beklenmesi anlaşılabilir. Benzer durum ileride değinileceği üzere *Common Law* geleneğinde de yer almıştır. Jüri, halktan ve çoğunlukla eğitimsiz kişilerden oluştuğundan jürinin hangi delilleri nasıl değerlendireceği katı şekil şartlarına bağlanmış, jüriye sorulan sorular sadece evet ve hayır şeklinde cevap verilecek şekle indirgenmiştir³⁵¹. Öyle ki bunun neticesinde *Common Law* geleneğinde ayrı bir hukuk dalı olarak kanıt hukuku (*law of evidence*) ortaya çıkmıştır.

Bir önceki başlıkta hem Yunanlıların hem de Romalıların kural kavramının günümüz anlayışından farklı olduğuna değinilmişti. Buradan hukukun yöntemi ve bilimselliği ile ilgili şu sonuca ulaşılması mümkündür. Kural ve ilkeler, anlatılan olayları özetleyen veya ortak unsurlarını gösteren özlü ifadeler olarak görülmüştür. İleride gerçekleşecek tüm olayları kapsayan kurallar yaratma ve problemleri bu kurallardan tümden gelim yöntemiyle çıkarılacak sonuca göre çözme düşüncesi günümüzdekinden farklıdır. Hukukun, hukuki formalizm düşüncesindeki “hukuk=büyük önerme x küçük önerme” şeklinde bir yöntemi bulunmamaktadır. Yöntem anlayışında mantıktan ayrı bir “hukuk mantığı”, normal akıl yürütmeden farklı bir “hukuki akıl yürütme” yöntemi yoktur.

Hukukun, kendine has spesifik bir yöntemi olmaması, onun ayrı bir bilim dalı olarak görülmemesiyle de ilişkilidir. Bilim haline getirilmeden önce hukukun belirsiz, karışık, kullanışsız, teknik olarak hantal olduğu ifade edilebilir. Ancak bu hukukun aynı zamanda yaratıcı, ulvi ve insani ihtiyaçlara daha uygun olduğu belirtilmektedir. Modern öncesi hukuk, güçlü merkezi bir yasama ve yargı organına, seküler bir hukuk gövdesine ve sistematik bir hukuk bilimine sahip olmasa da hayatın diğer yönleri ile iç içe geçmiş, kurum ve süreçlerin

³⁵⁰ **Türkoğlu Özdemir, Gökçe** (2005) “Roma Medeni Usul Hukukunda Formula Yargılaması”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, s. 168.

³⁵¹ **Jenks, Edward** (1950) “İngiliz Hukuku Hakkında Genel Bilgiler”, Çev: Mukbil Özyörük, AÜHFD, Cilt: 7, Sayı: 1 – 2, s. 68.

olduğu kadar norm ve kararların evrenle uyum içinde bütünleşmesine ilişkin bir sağduyuya sahiptir. Bu sebeple hukuk kural koyma ve karar alma sürecinden ziyade arabuluculuk süreci olarak kabul edilmektedir³⁵².

Açıklanan bu özellikleri neticesinde Roma hukukunun form unsurunun ya da formel özelliklerinin modern hukuktan oldukça farklı olduğu görülmektedir. Roma hukukunun soyut kavram yaratma özelliği bulunmaktadır. Ancak bu soyutlama günümüzdekine kıyasla daha düşük seviyededir. Hukuk, soyut kavramlarla oluşturulan kurallar yekunu, kendine özgü mantık ve yorum kurallarıyla kodifiye edilmiş bir sistem olarak görülmemektedir. Roma hukukunun şekilci ve formel olarak adlandırılması, birtakım sözel ve şiirsel ifadelerle ve sembolik olarak nitelendirilen kural ve usullere bağlılığı sebebiyledir. Ancak tıpkı modern hukuktaki pek çok sembolik kuralın rasyonel açıklamalarının yapılması gibi, Roma hukukunda da irrasyonel olarak görülen usul ve yöntemlerin bu şekilde açıklanması mümkündür.

Son olarak, Roma hukukun irrasyonel formaliteye sahip olduğu düşüncesinin George Lakoff ve Mark Johnson'un oluşturduğu kavramsal metafor teorisiyle de eleştirilmesi mümkündür. Bu teori, metaforların sadece bir kelime oyunu ve sanatsal ifade olmadığı, aksine onların fiziksel gerçeklerle, sahip olduğumuz deneyim ve değerlerle (ahlaki, kültürel yahut ideolojik) ilişkili olduğunu savunmaktadır³⁵³. Metaforlar, fiziksel ve sosyal çevreden cisimleştirme (*embodiment*) suretiyle oluşturulmaktadır. Hukuk da bu şekilde somuttan soyuta doğru kanal işlevi gören sistematik, fiziksel, tecrübeye ve değerlere dayanan metaforik anlatımlarla doludur. Ancak modern pozitif anlayış bu tip metaforik anlatımları ilkel düşünüşe ait bir özellik olarak görmektedir. Oysa hukuk hakkında düşünmek, konuşmak ve hatta onu uygulamak için hukuk cisimleştirilir. Hukuku çiğnemek-*break the law* (yine aynı şekilde *under the law*) ya da Corpus Iurus Civilis bunun bir örneğidir. Ünlü Amerikan realizmi savunucusu hâkim Cordozo “*hukukta metaforik anlatımlar dar bir şekilde kullanılmalıdır, çünkü onlar düşünciyi özgürleştirmek için bir araç olarak başladıklarını çoğunlukla köleleştirerek sonlandırırlar*” diyerek metaforları eleştirirken dahi ironik bir biçimde özgürleştirme ve köleleştirme metaforlarını kullanmıştır³⁵⁴. Yine Hobbes, sözcükleri mecazi anlamda, yani onlar için tayin edilmiş anlamlarının dışında kullanılmasını

³⁵² Berman, s. 115.

³⁵³ Lakoff, George/Johnson, Mark (2015) Metaforlar Hayat, Anlam ve Dil, Çev: Gökhan Yavuz Demir, İthaki, İstanbul.

³⁵⁴ Larsson, Stefan (2017) Conceptions in the Codes: How Metaphors Explain Legal Challenges in Digital Times, Oxford, s. 34-35.

dilin kötüye kullanımı olarak görmüştür³⁵⁵. “Benzetmeler ve anlamsız ve belirsiz sözcükler ise ıgnes fatui (aptal ateşi) gibidir; ve onlara dayanarak düşünmek sayısız saçmalıklar arasında dolaşmaktır; bunların etkisi nifak ve ifsat veya istihfaftır”³⁵⁶. Ancak yine ironik bir şekilde toplumsal sözleşme teorisine dayandırdığı devlet kuramını ünlü Leviathan metaforuyla açıklamıştır.

Kavramsal metafor teorisiyle hukukta kullanılan temel kavramların sanıldığı kadar evrensel ve nötr olmadığı, her kavramsallaştırmanın altında kültürel kodlar ve ön kabuller bulunduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Üstelik bu sonuç hem eski dönem hukukları hem de modern dönem hukuku için geçerlidir. Bu sebeple Roma hukukunun şekilci, sembolik ve formel, buna karşın modern hukukun bu tip formalitelerden uzak, esasa (maddeye) daha fazla önem veren bir hukuk olduğu genel kabulünün yeniden gözden geçirilmesi gerekmektedir.

B. Common Law Geleneği

Common Law kavramının Türkçeye “ortak hukuk” olarak çevrilmesi mümkündür. Ancak bu kavramın tercümesinin kullanılması, onun tarihi ve teknik anlamının aşınmasına neden olacağından, ayrıca Türkçe hukuk literatüründe *Common Law* şeklinde orijinal kullanımının bulunması sebebiyle ortak hukuk kavramı yerine *Common Law* kavramı tercih edilmiştir. *Common Law* kavramına aşağıda açıklanacak olan “equity” yargılama sistemi de dahil edilmektedir. Formel niteliklerini inceleyeceğimiz hukuk, *equity* mahkemelerini de içine alan, genel anlamda İngiliz hukukunu kasteden geniş kapsamdaki *Common Law* kavramıdır. *Common law*’da *equity* mahkemelerinin dışında kalan mahkemeler için kral mahkemeleri ya da hukuk mahkemeleri gibi tabirler kullanılacaktır.

Roma hukukunda inceleme konusu ettiğimiz, yaklaşık olarak, M.Ö. 1. yüzyıl ve M.S. 3. yüzyıllara tekabül eden hukuk anlayışı iken *Common Law*’un başlangıç tarihi 11. yüzyıldır. Bu yüzyıl, aşağıda görüleceği üzere Roma hukukunun yeniden keşfedilerek formel niteliklerin belirgin hale gelmeye başladığı dönemdir. Bu sebeple, hukukta form unsurunun ayrıcalıklı konuma gelmesinin modern dönemde gerçekleştiği, eski hukuk dönemlerinde ise form ve madde unsurunun birbirinden ayrılmadığı iddiası, esas olarak Roma hukukuna tekabül eden dönem için geçerlidir. Ancak *Common Law*, modern batı

³⁵⁵ **Hobbes, Thomas** (2007) *Leviathan*, Çev: Selim Lim, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, s. 35.

³⁵⁶ **Hobbes**, s. 45.

hukukunun temelini oluşturan bir diğer hukuk geleneği olması sebebiyle incelemeye dahil edilmiştir. Böylece Roma hukuku ile *Common Law*'un karşılaştırılarak birlikte daha bütüncül bir değerlendirme yapılması amaçlanmıştır.

1. *Common Law*'un Genel Özellikleri

Common Law tarihinin başlangıcı olarak 11. yüzyıl (1066) Norman istilasını gösterilmektedir. Bu tarihten önce İngiliz hukukunun, yerel ve mistik özellikler taşıyan kabile hukuku karakterine sahip olduğu belirtilmektedir. 11. yüzyıl öncesinde hukuk; gelenek, görenek ve siyasetten ayrı bir kurum olarak görülmemekte, ayrı bir hukukçular sınıfı bulunmamaktadır. Hukuki problemler yöresel mahkemelerde ve gelenek hukukuna göre çözülmektedir. Bu hukuk yazısız ve formel olmayan bir karaktere sahiptir. Basit yağma ve yıkımdan ziyade sistemik zapt olarak ifade edilen Norman istilasını ile bu nitelik değişmeye başlamış, Normanlar bugünkü İngiltere ve İngiliz hukukunun oluşumuna ön ayak olmuşlardır. Eğitimli İngilizler, geleneklerini ağızdan ağıza aktarmayı tercih ettiklerinden ve bunları yazıya dökmeyi uygunsuz olarak değerlendirdiklerinden, Norman istilasını öncesi İngiltere hakkında bilinenler ancak Normanların tuttukları kayıtlarla mümkün hale gelmiştir³⁵⁷.

İngiltere'de hukukun yöresellikten kurtularak merkezi hale gelmesinin ilk adımı, kralın toprakları üzerindeki mülkiyetini garanti alma amacıyla oluşturulan kral mahkemelerinin kurulması ve bu mahkemelerin ülkenin dört bir yanına giderek tüm ülkede uygulanacak ortak hukukun oluşumunu sağlamalarıdır. Kral, fetihten sonra tüm ülke topraklarını fetih hakkı sebebiyle kendi toprağı ilan etmiş, pek çok kıymetli araziye kendine ayırmış, diğerlerini kendi taraftarları olan Normanlara, İngiliz toprak maliklerinin aleyhine bahşetmiştir. Toprağın asıl malikleri Normanların ve onların hepsi de adeta kralın kiracısı olmuşlardır. Bu sistemi yürütmek, vergileri toplamak, krala ifa edilmesi gereken paraların ve hizmetlerin doğru hesabını tutmak üzere kurulan *Curia Regis* veya (*King's Court* -Kral Mahkemesi) doğrudan doğruya veya şubeleri vasıtası ile *Common Law*'u formüle etmişlerdir³⁵⁸.

³⁵⁷ **Baker, John** (2019) *An Introduction to English Legal History*, Oxford University Press, s. 3-4; Jenks, s. 46; **Main** (2003) s. 437.

³⁵⁸ **King, Edward/Hawley, Joseph** (1945) "İngiliz (Common Law)'unun Gelişmesi", Çev: İlhan Lütem, AÜHFD, Cilt:16, Sayı: 1, s. 183-184.

Common Law kraliyet hukuku sisteminin temellerinin Kral I. Henry (1100-1135) döneminde atıldığı belirtilmektedir. Bu dönemden itibaren hâkimler, yerel mahkeme davalarına bakmak için tüm ülkeyi gezmek üzere görevlendirilmişlerdir. Bu mahkemelerin kurulması hukuki olduğu kadar siyasi bir anlam da taşımaktadır. Kral adaletini temsil etmenin yanında yerel yönetimin denetlemesine ve mali davalar aracılığıyla krallığın gelirinin artmasına vesile olmuşlardır. Hâkimler bu gezici görevlerinden sonra yeniden Kral Mahkemesi'nde toplanmaktaydılar. Hâlihazırda küçük bir topluluk oluşturan bu elit grubun (1180 yılı itibariyle sayıları 20 ile 30 arasında³⁵⁹) davalar hakkında fikir alışverişinde bulundukları ve birbirlerinin kararlarından haberdar oldukları dolayısıyla henüz içtihatların bağlayıcılık kazanmadığı bu dönemden başlamak üzere tüm ülkede geçerli tek bir hukuk oluşturmaya katkıda bulundukları belirtilmektedir. 12. yüzyılın sonuna dek, Kral Mahkemesi şubeleri ile memleketin en güçlü siyasî kurumu haline gelmiştir. Bu mahkemenin mücadele etmesi gereken derebeyi yargılaması ortadan kalkmış ve eski halk mahkemeleri kuvvetten düşmüş olduğundan kral hukuku bütün ülkede ortak tek hukuk halini almıştır. I. Henry'nin tahta çıkışı ile III. Henry'nin ölümü arasındaki devrede (1100-1272) bu mahkeme İngiltere'nin "ortak hukukunu" beyan etmiştir³⁶⁰.

Kral Mahkemeleri, ilk kuruldukları andan itibaren yetkilerini yerel mahkemeler ve soyluların o güne dek yürüttükleri yargılama yetkilerinin aleyhine genişletmişlerdir. Kral Mahkemeleri bu yetkisini *writ* adı verilen bir tür dava formu aracılığıyla kullanmışlardır. *Common Law*'un temelini teşkil eden *writ* ile bir mesele doğrudan kral mahkemesinin yetki alanına sokulmuş, yerel lordların yargılama yetkisi git gide azalmıştır³⁶¹.

Yazı ya da yazma (*writing*) anlamına gelen ve tarihi 12. yüzyıl öncesine dayanan *writ*, ilk olarak kral fermanı şeklinde olup, daha sonra bir nevi dava dilekçesi niteliği kazanmıştır. Berman, emir şeklinde olan *writ*i idari emir (*original writ*), dava dilekçesi benzeri olan *writ*i ise adli emir olarak adlandırmıştır³⁶². Kral tarafından yerel otoritelere

³⁵⁹ Baker, s. 19.

³⁶⁰ King/Hawley, s. 186.

³⁶¹ Main (2003) s. 442; King/Hawley, s. 193.

³⁶² "1087-1091 dönemine ait idari emir örneği: İngiltere kralı William'dan Ilger'in biraderi R[anulf]'a selamlar. Size keşiş Herbert'in, şehir amiri Ailwin'in elinde olan ama şimdi Walter Beaumais'nin zorla el koyduğu Sawtry topraklarının yarısına sahip olmasına izin vermenizi, bu emirnameyle buyuruyor ve emrediyorum. Ve hak kaybından dolayı 10 poundluk temerrüt cezası hususunda daha fazla şikâyet kabul etmeyeceğimi temin ederim. Tanık: Ranulf, kralın papazı." Adli emir örneği olarak da 1187-1889 tarihli şu örnek verilmiştir:

"Kraldan şerife selamlar. N. bana, Normandiya'ya son seyahatimden bu yana R.'nin haksız olarak ve bir yargı kararı olmaksızın kendisinin filanca köydeki gayrimenkulüne el koyduğunu söyleyerek şikayetçi oldu. Bu nedenle sana, eğer N. sana iddiasını kovuşturman için güvence verirse, gayrimenkulden alınan

hitaben yazılmış ve taraflar arasında adaleti sağlamasını belirten emirnameler şeklindedir. Bu emirler, doğrudan belirli bir şekilde karar alınmasını emreden somut ifadeler içermektedir. Bu *writ*ler hitap ettiği otoriteye (yerel mahkeme, lord ya da şerif) mutlak bir yetki sağlamamakta, ilgili otoritenin *writ* ile emrettiği davranışın ika edildiği raporlanarak tekrar krala sunulmaktadır. *Writ*lerin konusunu teşkil eden davalar da şahsi davalar değil, kralliyeti ilgilendiren (çoğunlukla toprak mülkiyeti ile ilgili) davalardır. Zamanla ihtiyaca binaen yeni *writ* formları oluşturulmuş ve *writ*lerin uygulama sahası krallığın yetkili olduğu davalardan şahsi davalara doğru genişlemiştir. 13. yüzyılın ortalarına kadar *writ*ler hatırı sayılır derecede çoğalmıştır. *Writ*ler, şansölye ve kâtipleri ile kral hâkimlerinden oluşan *Chancery* adlı kral makamında (kral sekreteryası) zaman zaman da kral meclisinin tavsiyesi ve onayı ile çıkarılmaktadır. Bu haliyle *writ*, kral otoritesinin, yasama ve yargı yetkisini de etkileyecek şekilde, hukuk aracılığıyla tüm ülkede etkin olmasını sağlayan önemli bir araç niteliğindedir. Ancak bu durum özellikle *Magna Carta*'nın ilanından sonra (1215) hoş karşılanmamış ve yeni *writ* formlarının oluşturulması engellenmiştir³⁶³. *Writ*lere dayanan *Common Law* geleneği git gide katı, sınırlı ve formalitelerle çevrili bir hale gelmiştir.

Eğer bir mesele hakkında önceden belirlenmiş bir *writ* var ise dava açılır, yok ise açılmaz³⁶⁴. Bu bize Roma hukukundaki *legis actio*'yu anımsatmaktadır. Ancak aralarında ciddi farklılıklar bulunmaktadır. İngiltere toprakları M.S. 43-400 yılları arasında yaklaşık 400 sene Roma işgali altında kalmıştır, ancak bu dönemde Roma hukukunun İngilizler üzerinde önemli bir etkisi olduğundan bahsedilmemektedir³⁶⁵. *Writ*, her dâva konusu için belirli bir formül olmak üzere önceden hazırlanmış dava formlarıdır. *Writ*lerin de *legis actionum* da kaynağı esasında gelenek hukukudur. Ancak Roma hukukundaki gelenek hukuku 12 Levha Kanunları olarak kodifiye edilmişken, İngiliz geleneğinde bu hukuku tespit eden kanun değil hâkimler, daha doğru bir ifadeyle kral hâkimleridir. Maitland'a göre *writ*, ölü kategoriler ya da önceden var olan uygulamaların basit bir sınıflandırması değildir.

menkullerin geri verilmesini sağlamayı ve gayrimenkulün ve menkullerin Paskalya'dan sonraki pazara kadar sorunsuz bir biçimde muhafaza etmeni emrediyorum. Ve bu arada gayrimenkulle o muhitteki özgür ve yasalara uyan on iki adam tarafından keşif yapılmasını sağla ve isimlerini bu emirnameye yaz. Hepsine iyi ulaklar aracılığıyla bir celp göndererek, tanıklık etmeye hazır olarak Paskalya'dan sonraki Pazar günü benim ya da yargıçlarımın huzuruna çıkmalarını bildir. R.'yi eğer onu bulamazsan kahyasını, beyanları dinlemek üzere teminatı ve güvenilir kefilleri ile birlikte orada bulunmaya davet et. Ulakları, bu emri ve kefillerin isimlerini yanında bulundur. Tanık,vs." R.C. van Caenem, Royal Writs in England from the Conquest to Glanvill, London, 1959, s. 199,444'ten aktaran **Berman**, s. 614-615.

³⁶³ **Baker**, s. 61-63.

³⁶⁴ "Where there is no remedy there is no wrong" Maitland, F. W., The Forms of Action at Common Law (Cambridge: Cambridge University Press, 1954)'den aktaran **Glenn, H. Patrick** (2004) Legal Traditions of the World, Oxford University Press, USA, s. 228.

³⁶⁵ **King/Hawley**, s. 182; **Baker**, s. 4.

Onların yaşayan şeyler olduğunu söyleyerek *writ*leri biyolojik bir metaforla tanımlamıştır³⁶⁶. Maitland, aynı şekilde *writ*lerin kayıt altına alındığı *Registrum Brevium* adlı kitabı da üç yüzyıldan fazla bir süre boyunca büyüyen organik bir kitaba benzetmiştir. Çünkü büyüme yeni *writ*lerin mekanik bir biçimde eklenmesi suretiyle olmamış, eskisi tarafından asimile edilmiş ve yeni ile eski birleşerek yeni bir tür oluşturmuştur³⁶⁷.

Roma hukukunda, *legis actio* usulünün yerini zamanla *formula* usulüne bırakması gibi İngiliz sisteminde de *write* dayanan hukuk, mevcudiyetini *equity* denen bir sistemle paylaşmak zorunda kalmıştır. Hakkaniyet ya da vicdan yargılaması olarak da adlandırılan *equity* yargılamasının tam başlangıç tarihi kesin olarak belirtilmemekle birlikte 15. yüzyılda olağan dava yöntemi haline geldiği ifade edilmektedir. *Writ*ler en başta katı bir şekilciliğe sahip dava türleri olarak ortaya çıkmayıp, başlangıçta esnek ve hukuk yaratmaya uygun bir araç niteliğinde olsa da *writ* ile dava açılması kralın dava yetkilerinin geleneksel olarak yargılama yetkisini kullanan diğer birimler aleyhine güçlenmesi anlamına gelmiştir. Bu sebeple, dinamik karakterli ve hukuk yaratma gücü olan *writ*ler diğer soylular ve lortlar açısından bir tehdit olarak algılanmış ve yeni *writ* oluşturulması engellenmiştir³⁶⁸. Yeni hukuk yaratımının kralın uhdesinde görülen *writ* oluşturma yöntemiyle değil, parlamento tarafından çıkarılan kanunlarla olması gerektiğine ilişkin görüşler tartışılmıştır. Ancak nihayetinde, kralın “merhametli bir şekilde karar verme” yeminine dayanılarak, olağan prosedürlerde bir haksızlık olması durumunda bu haksızlığı gidermek kralın görevi ve de yetkisi olarak değerlendirilmiş ve 13. yüzyılın sonlarından itibaren kralın merhametinden yararlanılması talebini içeren dilekçeler doğrudan krala sunulmaya başlanmış, böylece *equity* yargılaması ortaya çıkmıştır³⁶⁹.

Chancery makamının başı olan şansölyenin üstlendiği *equity* yargılamasında, Kral Mahkemeleri (hukuk mahkemeleri) formalitelerinin hiçbirisi gerekli değildir. Başvuru için *write* ya da yazılı bir belgeye ihtiyaç yoktur. Sözlü başvuru dahi kabul edilmektedir. “*Single issue*” şartı (davanın tek talepten oluşması) ile jüri bulunmamaktadır. Delil serbestisi vardır.

³⁶⁶ Berman, s. 19.

³⁶⁷ Maitland, Frederic William (1889) “The History of the Register of Original Writs”, Harvard Law Review, Volume: 3, No: 3, s. 97.

³⁶⁸ Jenks, s. 64-65. Glenn, 13.yy’da 50 tane bulunduğunu ve sonraki altı yüzyıl boyunca bunlara sadece 25 tane eklediğini belirtmektedir. Glenn, s. 228. David de 1227’de 56 writ bulunurken 1832 tarihinde bu sayının ancak 76’ya ulaştığını belirtmiştir. David, Rene (1985) Çağdaş Büyük Hukuk Sistemleri, Çev: Argun Köteli, Üçdal Neşriyat, İstanbul, s. 291.

³⁶⁹ Baker, s. 106.

Yazılı olmayan sözleşmeler de geçerli sayılmaktadır³⁷⁰. Kısacası, hukuk mahkemeleri sisteminin aksine *equity* yargılamasında tam bir formsuzluk bulunmaktadır.

Onyedinci yüzyılda *equity* ile hukuk mahkemeleri arasında yetki çatışmaları yaşanmıştır. Bunun sebebi, şansölyenin hukuk mahkemelerinde görülmüş davaları yeniden değerlendirmeye almasıdır. Buna karşılık olarak hukuk mahkemesi, *equity* yargılaması sonucu hapse atılmış mahkûmları salıvermiştir. Olayın krala intikal etmesi sonucu, *equity* mahkemesinin diğer mahkemelerde görülmüş davalara yeniden bakabileceğine dair emirname yayımlanmıştır. Ancak bu tarihten sonra ve özellikle hukuk eğitimi almış şansölyelerin atanmasından itibaren bu çatışmalar son bulmuştur. Hukukçu şansölyelerin görev almasının bir diğer sonucu olarak da *equity* yargılamasında kullanılmak üzere belirli ilkeler saptanmış ve bu ilkeler doğrultusunda yargılama yapılması yoluna gidilmiştir³⁷¹.

Equity yargılaması hem *Common Law*'un boşluklarını doldurmuş hem de onun aşırı formelliği neticesinde sebep olduğu haksızlıkları gidermiştir. *Common Law* hukukunda büyük yer teşkil eden *trust* hukuku *equity* yargılamalarında oluşturulmuş bir müessesedir. Belirli tür sözleşmelerin ihlali halinde hukuk mahkemeleri sadece tazminat hakkını kabul ederken, *equity* yargılaması ile aynen ifa seçeneği getirilmiştir³⁷².

Writ ile *equity* arasındaki bu ilişki, *legis actio* ve *formula* yargılamaları arasındaki ilişkiye benzemektedir. Yani *writ*lerin aşırı formalizmi neticesinde yeni bir yargılama usulü olan *equity* yargılaması ortaya çıkmıştır. Aynı şekilde Roma hukukunda *legis actio usulü* katı şekilciliği sebebiyle yerini *praetor* hukuku olan *formula* yargılamalarına bırakmıştır³⁷³.

2. *Common Law*'da Kavramsallık ve Sistemsellik

Öncelikle belirtilmesi gereken *Common Law* kavramları ile Roma hukuku kavramlarının oldukça farklı olduğudur. *Common Law* sisteminde kamu hukuku özel hukuk ayrımı bulunmamaktadır. Yine kıta Avrupası sistemine yabancı olan ve tam manasıyla tercümesi mümkün olmayan *trust*, *estoppel* (önceki beyanlara aykırı tutum yasağı), *consideration* (ivaz, bedel), *trespass* (toprağa izin girme) gibi kavramlar bulunmaktadır. Bu kavramlar Yunan felsefesinin etkisiyle gerçekleştirilen yüksek soyutlama neticesinde kapsamı ve unsurları belirlenmiş sofistike kavramlardan ziyade, gelenek içerisinde

³⁷⁰ Baker, s. 111-112.

³⁷¹ Baker, s. 117-118.

³⁷² King/Hawley, s. 206.

³⁷³ David, s. 298.

ihtiyaçlara göre oluşturulan kavramlardır. Örneğin, toprak hukukuna dayanan *Common Law*'da sözleşme hukukuna dayanan Roma hukukundaki gibi gelişmiş bir sözleşme kavramı ve teorisi bulunmadığından, sözleşmeden kaynaklanan mağduriyet, kişinin toprağına tecavüz edildiğinde uğranılan mağduriyete benzetilerek mahkeme önünde hak aranması mümkün hale getirilmiştir. Bu durumda da sadece tazminat hakkı öngöröldüğünden sözleşmenin aynen ifası seçeneğinin *Common Law*'a değil *equity*'e başvurularak kullanılması mümkün olabilmıştır. Aynı şekilde gelişmiş bir sözleşme teorisi bulunmadığından, irade bozukluğu kavramı sadece fiziki cebri (*duress*) kabul etmiş, manevi cebir (*undue influence*) yine *equity* yargılaması sayesinde dikkate alınabilmıştır³⁷⁴.

Common Law'da kavramlar genellikle tanımı ve unsurları ile değil, tarihi gelişimi içerisinde anlaşılabilmektedir. Bu kavramlardan en önemlisi *trust*'tır. Bu kurum kısaca bir malın üçüncü kişi (lehtar) yararına bir başka kişiye bırakılması olarak kıta Avrupası'ndaki vakıf kurumuna benzetilebilir ama ondan oldukça farklıdır. Kural olarak *trustee* malı idare etmekte ve belli zaman gelince de lehtara bırakmaktadır. Ancak *Common Law* -genel olarak sözleşmeden doğan haklar kategorisine sahip olmamasından da anlaşılabilceği gibi- lehtarın hak sahipliğini tanımamaktadır. *Trustee*, temsilci ya da vekil olarak kabul edilmemektedir, çünkü *Common Law*'da bu tür kavramlar bulunmamaktadır. Mülkiyet kavramı, Roma hukukundaki gibi bölünebilir bir kavram değildir. Bir başka deyişle, bir malı elinde bulundurma, ondan yararlanma ve onun üzerinde tasarruf etme hakları gibi ayrı soyutlamalar yoktur. Bu sebeple *trustee* malın maliki gibi düşünölmekte ve malda dilediği tasarrufta bulunabilmektedir. Ancak bu durumda da lehtar mağdur olmaktadır³⁷⁵.

Feodal dönemde toprak, günümüzdeki gibi alınıp satılabilen bir meta olarak görölmemektedir. Toprağa sahip olmak belirli feodal yükömlölöklere sahip olmak demektir. Çünkü İngiltere feodal düzene sahip olsa da bu düzen merkezileşmiştir ve her bir lort ve toprağı nihayetinde kralın malıdır. Yani toprak serbest piyasada istenilen şekilde el değiştiren bir değer deėildir³⁷⁶. A kişisinden toprak alan B kişisi A'nın lorduna karşı sorumluluğu devralmakta, öldüğünde bu hak ve görevler mirasçısına geçmektedir. Ancak mirasçının bu hakka sahip olması için belli ödemelerde (harç gibi) bulunması gerekmektedir ve bu ödemeler devralan için büyük bir sorun teşkil etmektedir. Bu sebeple ödemedен kaçınmak için malın miras yoluyla değil de sözleşme ya da satın alma yoluyla edinilmesi

³⁷⁴ David, s. 308, 315.

³⁷⁵ David, s. 321-323.

³⁷⁶ Tigar/Levy, s. 23.

gibi bir durum ortaya çıkarılmıştır. A, toprağı senetle yaşamı boyunca elinde tutması için B'ye (*trustee*) B'nin ölümü üzerine C'ye ve mirasçılara devrettiğı durumda C harç ödemek zorunda değildir. B, yaşam boyu intifa hakkı sahibi, C ise toprağı ileride sahip olacak maliktir. Bu husus hukuk mahkemelerinde kabul edilmemiş; mahkeme, B'yi asıl malik saymış ve B'nin toprağı satması durumunda C'nin dava hakkını tanımamıştır ya da mal C'ye intikal etmişse bu durumda C'nin harç ödemesi gerektiğine karar vermiştir³⁷⁷. İşte böyle bir tarihsel geçmişe sahip olan toprak hukukunda C'ye devredilmek üzere kendisine güven duyulan B' nin (*trustee*) malı kötü kullanması ya da satması gibi durumlarda C'nin hakkı *equity* yargısı tarafından korunmuştur.

Trust kavramının anlaşılması bir Kıta Avrupası hukukçusu için oldukça zordur. *Common Law*'da mülkiyet kavramı esasen Roma'nın arkaik dönem hukukuyla benzer özellikler taşımaktadır. Sahip (*owner*) kelimesinin İngilizcedeki ilk kullanımı 1340, sahiplik (*ownership*) kavramı ise 1583 yılında kaydedilmiş, 17. yüzyıla gelinceye kadar da yaygın olarak kullanılmamıştır. Bununla birlikte sahiplik anlamına benzer "*possession*" kavramı Littleton tarafından, taşınmaz sahipliğinden ayrı bir taşınır mal sahipliğı kavramı yerine kullanılmak üzere Roma hukukundan alınarak *Common Law* sistemine kazandırılmıştır. Öncesinde taşınır taşınmaz ayrımı yapılmaksızın bir mal ile kişisel ilişkiyi anlatılmak üzere "*seisin*" kavramı kullanılmaktaydı. Mülkiyet kavramı teorik bir kavramdan ziyade ampirik bir kavram olduğu için mülkiyetin nakli ya da devri de sadece fiziksel sahipliğın transferi yoluyla gerçekleşmekteydi. Devri yapılacak arazinin üzerinde iki taraf şahitleriyle birlikte buluşur, devri sembolize eden bir dal ya da bir parça çimen el değiştirerek devir gerçekleştirilirdi³⁷⁸.

İlk bölümde, Roma hukukunda da *praetor* önüne gelirken araziye temsil etmesi için bir toprak parçası getirildiğinden bahsedilmişti. Şu an sembolik olarak görülen tüm bu usuller aslında o dönemde soyut hukuk düşüncesinin modern dönemdeki gibi ileri düzeyde olmadığı insanların daha somut düşündüklerinin göstergesidir. Ancak bu usuller çoğunlukla o dönem insanların irrasyonel olduklarına dayandırılarak toprak parçasına büyüsel bir özellik atfettirildiğı şeklinde yorumlanmaktadır.

Onbirinci yüzyılda yeniden keşfedilen ve geliştirilen Roma hukukunun, İngiltere'yi özellikle sistematikliğı açısından diğer Avrupa ülkeleri gibi etkilememesinin nedeni,

³⁷⁷ Tigar/Levy, s. 208-209.

³⁷⁸ Smith, s. 202.

İngiltere siyaseti ve bürokrasisinde merkezileşmenin Kıta Avrupa'sına göre çok erken bir tarihte gerçekleşmiş olmasına dayandırılmaktadır. İngiltere'de de feodal sistem bulunmakla birlikte Avrupa'da olduğu gibi parçalanmış ve dağınık bir siyasi otorite yoktur. Kral mahkemeleri de kralın otoritesini pekiştiren siyasi bir işleve sahiptir ve 12. yüzyılın sonunda en güçlü siyasi kurum haline gelmiştir. Bununla birlikte *Common Law*'un, dönemin Avrupa hukukundan ayrı kalmasının diğer önemli nedeninin ise hukuk eğitimindeki farklılık olduğu söylenmektedir³⁷⁹. İngiltere'de hukuk eğitimi üniversitede değil baroda (*Inns of Court*) verilmiştir. Üniversitelerin Avrupa hukuk eğitimindeki muazzam konumu İngiltere'de çok farklıdır. İngiliz mahkemelerinde uygulanan hukuku öğreten teşkilatlanmış bir baronun mevcudiyeti Roma hukukunun İngiltere'de açıkça benimsenmemesinin sebebini teşkil etmektedir. Bu düşünceye alternatif olarak, 12. yüzyılda 1. Henry'nin görevlendirdiği gezici hakimlerin bir kısmının Roma hukuku eğitimini almış ya da Bologna'da Roma hukuku çalışmış olabileceği tahmin edilmektedir³⁸⁰. David ise Roma hukuku kavramlarının İngiltere'de yer bulmamasının nedenini *Common Law*'un katı usul kurallarına dayandırmaktadır. Ona göre, eski gelenekselliğini koruyan bu usul kuralları Roma ya da Kanonik hukuktan etkilenecek edindiği fikirleri “İngilizleşmeye” zorlamıştır. Ayrıca oldukça teknik ve karmaşık olan bu usul kurallarının ancak uygulamada öğrenilebilir olması sebebiyle de Roma hukukunu temel alan üniversite eğitimi İngiltere'de etkin olmamıştır. Öyle ki 20. yüzyıla kadar bir hukukçunun hukuk fakültesi diplomasına sahip olması son derece ender bir durum teşkil etmiştir³⁸¹. Oxford'da hukuk dersi verilmeye başlanmasının tarihinin 1785, Cambridge'de ise 1800 olduğu belirtilmiştir³⁸².

Avrupa'da entelektüel camianın birbirinden haberdar olduğu bu sebeple İngiltere'de hukukçuların Avrupa'yı 1100 ile 1500 yılları arasında etkisi altına alan Roma hukukunu bildikleri ifade edilmektedir. Ancak Roma hukukunun *Common Law*'u ilkeler ve hukuki çözümler bakımından etkilemiş ise de düşünce tekniği ve alışkanlığı açısından etkilemediği belirtilmektedir³⁸³.

Roma hukukunun *Common Law* üzerindeki etkilerinden biri Kral II. Henry (1154-1189) için yazılan ilk sistematik hukuk eseri olarak gösterilen *Tractus De Legibus*

³⁷⁹ Arthur Taylor Von Mehren, *The Civil Law System: Cases and Material*, p. 8. et. seq. copyright 1957 by Prentice-Hall, Inc. Englewood Cliffs, N.J.'den aktaran **King;Hawley**, s. 185-187.

³⁸⁰ **Berman**, s. 607.

³⁸¹ **David**, s. 297.

³⁸² **David**, s. 312.

³⁸³ **King/Hawley**, s. 185.

Consuetudinibus Anglicanis (İngiltere Krallığı Kanunları ve Gelenekleri Üzerine İnceleme) olduğu söylenmektedir. Eserin Bracton ya da Glanvill tarafından yazılmış olduğu hususunda tartışma mevcut olsa da³⁸⁴ bu incelemenin Justinianus'un *Institutes*'in den ilham aldığı ve hukuku kişilere ilişkin hukuk, şeylere ilişkin hukuk ve borçlar hukuku olarak üçe ayırarak incelediği bilinmektedir. Bu eserde yerel hukukun rasyonel inşası için Roma hukuku terimleri, özdeyişleri ve doktrinleri kullanılmıştır³⁸⁵.

Sonuç olarak, *Common Law*'da soyut kavram oluşturma ve hukuku bu kavramlarla oluşturulmuş bir sistem haline getirme düşüncesi, Roma hukukundan farklı olarak, en azından modern döneme dek, mevcut değildir. Bu anlamda *Common Law*, hukukun form unsuruna dahil olan kavramsal bir sistem olma özelliğine Roma hukukundan daha uzaktadır.

3. *Common Law*'da Yazılılık ve Kodifikasyon

Common Law kodifiye edilmemiş bir hukuktur. Kanunlaştırma hareketlerini gelenekten kopuş olarak değerlendirmişlerdir. İngiltere'de hukukun, mantıksal ve akılcılığı değil, tarihsel oluşu ön plana çıkmaktadır³⁸⁶.

Common Law'un oluşum aşamasında tıpkı Roma hukukunda olduğu gibi profesyonel bir yasama mekanizması bulunmamaktadır. Krallar, din adamları ve toplumun ileri gelenlerinin rızası üzerine nadiren yasa çıkartmıştır. 1066'dan 1154 yılına kadar dört farklı hükümdar döneminde çıkarılan tüm yasaların tek bir sayfada özetlenebileceği ifade edilmektedir³⁸⁷.

2. Henry (1154-1189) *writ*lerin belirli ortak unsurlarının bir araya getirilerek belli dava formlarının oluşturulmasını talep etmiştir. Bu şekilde *writ*ler devletin diğer resmi evrakları gibi başında şansölyenin bulunduğu ve devletin sekreteryaya kurumu olan *Chancery*'de kayıt altına alınmaya başlamıştır³⁸⁸.

İngiltere hakimleri her davada öncelikle bir kaide tespit etmiş daha sonra bunu olaya uygulamıştır. Fakat bu durum, her hâkimin birbirinden bağımsız keyfi kararlar alması sonucunu (en azından ilk zamanlarda) doğurmamıştır. Bu hukuk keyfi olmaktan uzak, katı

³⁸⁴ Wikipedia, https://en.wikipedia.org/wiki/Tractatus_de_legibus_et_consuetudinibus_regni_Anglie, s.e.t. 20.07.2022.

³⁸⁵ Smith, s. 216.

³⁸⁶ David, s. 285.

³⁸⁷ Berman, s. 607.

³⁸⁸ Main (2003) s. 438.

bir hukuktur. Hukuk yaratmak değil, hukuku beyan etmek iddiasındadır. Zaten kral hakimlerinin küçük bir gruptan oluştuğu ve Westminster’da sık sık bir araya geldiği, yani birbirlerinin kararlarından haberdar olduğu ifade edilmektedir. Bununla birlikte 13. yüzyıl sonlarından itibaren toplumun ileri gelenlerinin dahil olduğu bazı davalarda hakimlerin mütalaa ve hükümleri not edilmeye başlanmış ve diğer meslek mensupları da bu notlardan istifade etmiştir. Bu raporlara olan talebin artması neticesinde notların ciltler halinde biriktirildiği *Year Books* denilen kayıtlar ortaya çıkmaya başlamıştır. Zamanla davacılar ve vekilleri bu yıllıklara bakarak kullanacakları dava türlerini tercih etmişlerdir³⁸⁹. Bu hususun emsal karar bağlayıcılığının da temelini teşkil ettiği söylenebilir ancak günümüz anlamında bir bağlayıcılıktan söz edilebilmesi için öncelikle matbaa sisteminin gelişip yaygınlaşması gerekmektedir.

4. Common Law’da Yöntemsellik ve Bilimsellik

Common Law karmaşık ve bilimsel olarak nitelendirilemeyecek bir karaktere sahiptir. *Equity* yargılamasında usul önem arz etmemekle beraber, maddi hukukun *Common Law*’dan ziyade Roma ve Kanon hukukundan etkilendiği belirtilmektedir³⁹⁰.

İngiliz hukukunda usul-esas ayrımının ortaya çıkışına çalışmanın 1. Bölümünde “Esasa İlişkin Hukuk-Usul Hukuku Ayrımının Ortaya Çıkışı” başlığında değinilmiştir. Bu ayrım oldukça geç denebilecek bir dönemde, yaklaşık olarak 18. yüzyılda tartışma konusu edilmiştir. Bu tartışmanın esas sebebi de hukuk mahkemeleri ve *equity* olmak üzere iki farklı yargılama sisteminin bulunmasıdır. *Common Law* geleneğinde, davanın/yargılamanın usul olarak görüldüğü ayrı bir maddi hukuk anlayışının bulunmadığı belirtilmiştir³⁹¹. Örneğin; günümüzde maddi hukuk olarak görülen haksız fiil kavramı sadece *trespass* (tecavüz), *case* ve *trover* (hırsızlık) gibi eylemlerle açıklanmakta ve haksız fiilin şart ve unsurlarından oluşan tanımlamalar ve kavramsal analizler bulunmamaktadır. Ancak haksız fiile uğrayan kişinin uygulaması gereken prosedürler uzun uzun açıklanmıştır³⁹². Hukuk, çoğunlukla kişilerin davada ne yapacağını söylemekten ibarettir.

Onsekizinci yüzyılda *equity-Common Law* ayrımının kaldırılarak rasyonel bir hukuk yaratma tartışmaları başlamıştır. William Blackstone’un (1723-1780) usul ve esas ayrımını

³⁸⁹ Jenks, s. 58.

³⁹⁰ David, s. 299.

³⁹¹ “There was no substantive law to which pleading was adjective”. O.Main (2003) s. 456.

³⁹² Main (2003) s. 457.

şekillendirmesiyle *Common Law- equity* ayrımı anlamını yitirmeye başlamıştır. Blackstone, bu iki yargılama arasındaki farkın sadece usule yönelik olduğunu ikisinin de esasının aynı olduğunu söyleyerek iki yargılama sistemi arasındaki ayrımın yapay olduğunu ifade etmiştir. Bu sebeple, ona göre *equity* yargılaması gereksizdir. Blackstone'dan önce yüzyıllar boyunca İngiliz hukukunun esasının, usulle iç içe ama usul kurallarının hantallığı içerisine gömülmüş vaziyette olduğu ve bu hantallığın özellikle layiha aşamasındaki (*pleading*) kurallarından kaynaklandığı ifade edilmektedir. Bu kuralların “tek taleplilik” (*one issue pleading*) ve “dava türü” (*forms of action*) olmak üzere iki temel özelliği bulunmaktadır. Her bir *writ*, bir dava türünü ve bu davada uygulanacak prosedürleri baştan sona düzenlemektedir. Dava açmak isteyen kişi bu türlerden kendi davasına en uygun olanı seçmek zorundadır³⁹³.

Pollock ve Maitland davayı savaşa, seçilecek dava türünü de pek çok orta çağ silahını içeren cephaneliğe benzetmiştir. Dolayısıyla dava türünü seçmek adeta savaş silahını seçmektir. Seçenek sayısı fazladır ancak savaş süresince silahın değiştirilmesi mümkün değildir ve her silah öngörüldüğü usule uygun olarak kullanılmak zorundadır³⁹⁴. Blackstone, yeni bir anlayışla tüm İngiliz hukukunu bilimsel metotla ve ilkeler şeklinde açıklamaya çalışmış, hakkaniyetsiz yasa, yasadışı hakkaniyet olamayacağını söyleyerek *Common Law- equity* ayrımının suniliğini ortaya koymayı amaçlamıştır. Ancak Main, Blackstone'un usul esas ayrımına ilişkin kabulünde hatalı olduğunu çünkü usul farklı ise esasın da aynı kalamayacağını ve usuli farklılıkların esasta nitelikli değişimler yaratacağını belirtmektedir³⁹⁵.

Blackstone'un İngiliz hukuku hakkındaki görüşlerini en şiddetli şekilde eleştiren kişi hiç şüphesiz Bentham'dır. Blackstone, geleneklerine sıkıca bağlı İngiliz hukukunun önde gelen savunucularından biri olarak, bu hukuku şövalyelik zamanlarından kalma bir kaleye benzetmiş, yeni ortaya çıkan şartların eski formlar ile yoğurularak adapte edilmesini savunmuştur. Bentham için ise İngiliz hukuku “*kurgulardan, totolojiden, ve tutarsızlardan oluşan dipsiz ve sınırsız bir kaos, gecikmişliği adaletin reddini en üst düzeye çıkaran, zarifçe tasarlanmış bir hile sistemidir*”³⁹⁶. Bentham özellikle ispat hukukunun iptidailiğini, aşırı teknik prosedürler yerine daha basit ve rasyonel usul kuralları oluşturulması gerektiğini savunmuştur. *Equity* yargısının faydalı ve gerekli olduğunu ancak iki farklı yargılama

³⁹³ Main (2003) s. 454-455.

³⁹⁴ Main (2003) s. 456.

³⁹⁵ Main (2003) s. 460.

³⁹⁶ Judson, Frederick N. (1910) “A Modern View of the Law Reforms of Jeremy Bentham”, Columbia Law Review, Volume: 10, s. 41-42.

mevcudiyetinin tehlikeli bir durum olduğunu dile getirmiştir. Bentham'ın şiddetli şekilde savunduğu konulardan birisi de yargıç yapımı hukuk anlayışından vazgeçilerek hukukun kodifiye edilmesi ve mahkemelerin içtihatlarla göre değil, yasalara göre karar vermesinin sağlanmasıdır³⁹⁷. Tüm bu tartışmaların sonucunda hukuki düşünce tarihi, pozitivist akımın yükselişine ve pozitivist dünya görüşünün bir ürünü olan formel unsurların ayrıcalık kazanmasına sahne olacaktır.

Common Law'un *equity* bölümü özelinde düşünüldüğünde formel unsurların ön planda olmadığı söylenebilecektir. *Equity*'nin dışında kalan yargılamalar, modern hukukun form anlayışından farklı olmakla birlikte, Kennedy'nin ifade ettiği primitif formalizm tanımlamasına uygun olarak değerlendirilebilir. Ancak *equity* yargılamalarıyla formalitelerin törpülenmesi, şekilciliğin göz ardı edilerek hakkaniyet temelli kararların verilmesi sağlanmıştır.

II. Modern Dönem Öncesi Batı Hukuk Düşüncesinde Meydana Gelen Değişimler

Hukuk düşüncesindeki değişim dönemleri kıyaslandığında en büyük kırılmanın 16. ve 17. yüzyıllara tekabül eden modernleşme döneminde gerçekleştiği kabul edilmektedir. Ancak bu kırılmanın esas olarak 11. yüzyılda başladığı ileri sürülmektedir. Berman, ilk modern batı hukuk sisteminin Roma Katolik Kilisesinin kanonu olduğu ve bu hukuk sisteminin çağdaş hukuk teorisyenlerinin, seküler, rasyonel, materyalist, bireyselci dediği kapitalist toplumun hukuk sistemleri ile pek çok ortak yönü olduğunu, 11. yüzyıldan önce yasaların bilinçli olarak sistematize edilmiş ayrı, bütünleşik bir gövdesi olan hukuk anlayışı bulunmadığını iddia etmektedir³⁹⁸. Tigar da benzer şekilde hukuktaki modernleşmenin 11. yüzyılda başladığını savunmuştur. Tacir sınıfının 11. yüzyıldan itibaren gelişmeye başladığını, yeni gelişen bu sınıfın soyluların tehdidi altında olduğunu ve hukuk tarafından korunmadığını ifade etmiştir. Bu sebeple tacirler, sadece kendi aralarında uygulanacak kurallar, mahkemeler, serbest ticaret bölgeleri meydana getirmişlerdir. Sonrasında da usul kurallarıyla sözleşme ve mülkiyete ilişkin modern kurallar oluşturulmuştur³⁹⁹. Berman da Tigar da hukuk alanında gerçekleşen zihniyet değişiminin başlangıcı noktasında hemfikirdir.

³⁹⁷ Judson, s. 49-50.

³⁹⁸ Berman, s. 68, 73.

³⁹⁹ Tigar/Levy, s. 21-24.

Lakin Berman bunun ilk kilise hukuku ile yaşandığını savunurken Tigar, asıl sebebi değişen ekonomik ilişkilere dayandırmıştır.

Onbirinci yüzyıldan önce ne krallar ne de kilise, hukukun temelindeki kabilesel, yerel ya da feodal özelliklerini değiştirmeye çalışmışlardır. 1075 yılında gerçekleşen Gregoryen Reformu ile papalığın bütün kiliseler üzerinde politik ve hukuki üstünlüğü ilan edilmiş, ruhban sınıfının seküler otoriteden bağımsız olması gerektiği savunulmuştur. İmparator, kral ve feodal lortlardan bağımsız, bir hukuki kimlik kazanan kilise, papalığın en üstte yer aldığı hiyerarşik ve bürokratik bir yapı oluşturmuştur⁴⁰⁰. Gregoryen reformu ile özerkleşen kilise, ihtiyacı olan meşruluk kaynağını hukuk ile elde etmiştir. İddialarını destekleyecek hukuki kaynağa ulaşmak için kiliselerin yazılı kaynakları araştırılmış, dönemin alimleri hukuk araştırmaları yapılması yönünde teşvik edilmiştir⁴⁰¹.

Bu dönem sadece bir bilim olarak hukukun oluşmaya başladığı dönem değildir. Öyle ki Berman'ın iddiasına göre, kilise hukuku aslında modern batı biliminin prototipi niteliğindedir. Çünkü modern batı biliminin ölçütleri olan metodolojik ölçütleri kullanılmıştır. Bu ölçüte göre bütünleşik bir bilgi kümesine, genel ilkelere ve bu ilkeleri sistematize ederek açıklamaya ihtiyaç vardır. 12 ve 13. yüzyıl Avrupalı kanon hukukçuları bunu gerçekleştirmiştir. Hukuk kuralları sistematik biçimde alt bölümlere ayrılmış, bunların birbirleriyle olan bağlantıları ve çeşitli durumlara uygulanması üzerinde çalışmışlardır. Hukukçuların bu yöntemleri doğa bilimciler tarafından verileri keşfetmek ve sentezlemek için kullandıkları yöntemden farklı değildir⁴⁰². Berman'ın bu iddiası son derece ilginçtir. Çünkü hukuk felsefesi tarihinde genellikle kabul edilen görüşe göre hukuk, modern dönem doğa bilimlerinde meydana gelen gelişmelerden etkilenecek pozitifleşmiş ve bilimsel bir nitelik kazanmıştır⁴⁰³. Oysa Berman burada tam tersi bir durumdan bahsetmektedir. Bu durum bir çeşit kavram anakronizmi olarak görülebilir. 11. yüzyıl hukuk bilimi kavramı ile 19. yüzyıl hukuk bilimi kavramı ortak temellere sahip olsa da çok büyük farklılıklar içermektedir. Bir diğer yanılgı da egemen tarih anlayışından gelmektedir. Tarihin tek doğrultuda, pürüzsüz bir neden sonuç diyalektiği içerisinde ilerlediği düşüncesi her değişimi bir ilerleme ve her ilerlemeyi de art ve eşsüremlilik olarak algılamakta bu sebeple olgulardan biri sebep diğeri de buna bağlı sonuç olarak, doğrusal bir diyalektik ilişki içerisinde

⁴⁰⁰ Berman, s. 124, 129.

⁴⁰¹ Berman, s. 144.

⁴⁰² Berman, s. 217-220.

⁴⁰³ Tatar, Dilara Buket (2020) Doğa Bilimlerinin Hukuk Felsefesine Etkisi: Modern ve Postmodern Paradigma Ekseninde Bir Değerlendirme, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.

değerlendirilmektedir. Dolayısıyla “*hukuk biliminin oluşumu doğa bilimlerini etkilemiştir*” ya da tam tersi şekilde, “*doğa bilimleri hukuk biliminin oluşmasına temel teşkil etmiştir*” gibi mutlak önermelerin her zaman yanlışlanabileceğini akılda tutmak gerekmektedir.

Bu dönemde meydana gelen bir diğer değişim, yazıllık konusundadır. Seküler hukuktan farklı olarak kilise yargılamaları yazılı şekilde yapılmıştır⁴⁰⁴. Kilise mahkemeleri, duruşmalarını ve kararlarını yazılı olarak tutanak altına almışlardır. Kararlar ilkesel olarak yazılı öğretiye dayandırılmıştır. Bu sebeple, kilise yargılamalarının sonuçlarının daha öngörülebilir olduğu ifade edilmiştir. Bunun yanında kilise adamları ve hukukçuların aynı toplumsal sınıfa ait olduğu kabul edilmiştir. Bunun sebebi hukuk eğitiminin kilise tarafından verilmesidir. Feodal mahkemeler ve kral mahkemeleri iyi organize olmadığından bunlara nazaran iyi düzenlenmiş mahkeme yapısıyla kilise mahkemelerine başvuran sayısı giderek artmış, bu sebeple kilise yargısının yetki alanı git gide genişlemiştir. Bu durumun 1400’lü yıllardan başlayarak, ulusal mahkemeler örgütlenmesine kadar sürdüğü belirtilmektedir⁴⁰⁵.

Üzerinde tartışma bulunmayan bir diğer temel iddia da batı hukukunun ilke ve kavramlarının Roma hukukundan kaynaklandığıdır. Ancak iki düşünür de bu ilke ve kavramların 11. yüzyıl hukuk şerhçilerinin anladığı ve yorumladığı şekliyle, Roma İmparatorluğu’nda uygulandığı şeklinin birbirinden çok farklı olduğunu ifade etmektedir. Örneğin, Roma hukukunda genel bir vekalet ya da temsilci kavramı oluşturulmamıştır. Vekalet ya da temsil ilişkisi gibi görülebilecek kurum, bir kölenin sahibinin adına hareket edebileceğine ve sahibin bundan sorumlu olabileceğine dair çeşitli düzenlemelerdir⁴⁰⁶. Roma’da sözleşmeler spesifik sözlerin bizzat taraflar tarafından söylenilmesi halinde kurulabilen, son derece kişisel bir bağ niteliğindedir, bu sebeple de doğrudan temsil kabul edilmemiştir⁴⁰⁷. Benzer biçimde Roma’da bir grup insanın *societas* (ortaklık) gibi kolektif bir birlik oluşturabileceği kabul edilmektedir. Ancak buradaki birlik kavramı günümüzdekinden çok farklı olarak, özel malvarlığı bulunabilen kolektif irade şeklindedir. Bu birliğin malları esas olarak birliği oluşturan kişilerin iştirak halinde mülkiyetindedir. Kişilerden ayrı, birliğe ait bir mal bulunmamaktadır. Dolayısıyla birliğin borcundan da üyeler şahsen sorumludur. Günümüz anlamıyla sınırlı sorumluluk söz konusu değildir⁴⁰⁸. Roma hukukundan esinlenen tüzel kişilik kavramı kanon hukukçuları tarafından kilisenin

⁴⁰⁴ Tigar/Levy, s. 51.

⁴⁰⁵ Tigar/Levy, s. 122-123.

⁴⁰⁶ Berman, s. 215.

⁴⁰⁷ Tahiroğlu/Erdoğan, s. 224-225.

⁴⁰⁸ Koschaker, s. 97; Tahiroğlu/Erdoğan, s. 156-157.

tüzel kişiliği⁴⁰⁹, yine seküler hukukçular tarafından da sınırlı sorumluluğa sahip kişi toplulukları yaratacak şekilde yeniden yaratılmıştır⁴¹⁰.

Roma hukuku tüm hukuka ya da en azından tüm medeni hukuka şamil genel ilkeler yaratma amacıyla değildi. Ancak 11. ve 12. yüzyıl yorumcuları, bunun aksine genel ilkelere ulaşmayı amaçlamışlardır. Daha önce değindiğimiz Digesta'nın 50.17 nolu "Eski Hukukun Çeşitli Kuralları Hakkında" başlığındaki kurallar bu şekilde değerlendirilmiştir. Buradaki kurallar, kuralların başlangıcında verilen somut olaylarla bağlantılı bir *regulae* yani hukuki meselenin kısa izahını oluşturma amacıyla oluşturulmuş kurallardır. Ancak bu genel ifadeler, 11. ve 12. yüzyıl hukukçuları tarafından hukuki maksimler olarak ele alınmışlardır. Yine aynı şekilde Roma hukukunda çok çeşitli sözleşme türleri bulunsa da genel bir sözleşme teorisi yoktur. Bu teori sonradan, orta çağ Roma hukukçuları tarafından oluşturulmuştur⁴¹¹.

Bir sözleşme teorisi kurma girişiminde bulunan en önemli Roma hukukçusu Gaius'tur. Gaius'un bu çalışmasında Aristoteles, yani Yunan felsefesinin etkili olduğu belirtilmektedir. Gaius, sorumluluğun kaynağı olarak sözleşmeler, haksız fiiller ile sözleşme benzerleri ve haksız fiil benzerleri ayrımı yapmış, sonrasında her bir sözleşme türünün bağlayıcı olmasını sağlayan kuralları incelemiştir. Bir kısım sözleşmenin rıza temelli olduğunu söylemiş ve onları rızaya dayanan sözleşmeler olarak adlandırmıştır. Başka bir kısım sözleşmelerin bazı formalitelerin tamamlanmasıyla bağlayıcılık kazanacağını belirtmiştir. Yine taraflardan birinin, bir malı diğerine transfer etmesiyle kurulan sözleşmelerden bahsetmiştir. Değişik şekilde adlandırılan bu sözleşme türlerinden hiçbirine girmeyen ve ancak taraflardan birinin ifası ile geçerlilik kazanan (dava konusu yapılabilen) sözleşmeleri de isimsiz sözleşmeler olarak adlandırmıştır⁴¹². Dikkat edilecek olursa burada rıza, sadece belirli tür sözleşmelerin tanımlayıcı niteliği olarak kabul edilmektedir. Yani tüm sözleşme teorisine temel olacak bir rıza kavramından bahsedilmemektedir. Sözleşme teorisindeki rıza dışındaki diğer bir kavram da sebep-neden-amaç anlamlarına gelebilecek *causa* kavramıdır. Bu kısaca, kişinin rızası ancak karşılığında bir şey alıyorsa o kişiyi bağlayıcı kılabilceğini belirtmektedir. Bununla ilgili Digesta'da atıfta bulunan metin "causa yoksa anlaşma ile yükümlülük tesis edilemediği kabul edilir; bu sebeple çıplak bir

⁴⁰⁹ Berman, s. 317.

⁴¹⁰ Tigar/Levy, s. 35.

⁴¹¹ Berman, s. 355.

⁴¹² Gordley, James (2011) The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine, Oxford University Press, USA, s. 31.

anlaşma defî olarak sunulsa da davaya yol açmaz” kuralıdır. Bu metin orta çağ hukukçuları tarafından tamamıyla *causa* üzerine temellendirilerek yorumlanmış ve hangi tür olduğu fark etmeksizin tüm sözleşmelerin temeli *causa* olarak kabul edilmiştir. Halbuki bu kuralın sadece belirli bir tür sözleşme olarak kabul edilen, isimsiz sözleşmeler için geçerli olduğu genel bir sözleşme kuramı belirtmediği, bu genel kuralın orta çağ hukukçuları tarafından oluşturulduğu ifade edilmektedir⁴¹³.

Aralarında büyük farklılık olmasına rağmen ilkçağ Roma hukuk kavram ve ilkelerinin orta çağda hukukunun temeli olduğu düşüncesi hakimdir. Bu noktada kavramların aynı kalıp içeriklerinin değiştirilerek yeniden yaratılmasının, geleneğin korunduğu yönünde bir inanç geliştirdiği ifade edilmiştir. Aynı durum Roma hukukunda da Praetor Peregrinus’un, yaptığı reformları, eski formlara yeni içerik kazandırma olarak ifade etmesinde de görülebilir. Bu şekilde eski formların korunmasının, 12 Levha Kanunları ve Cumhuriyet Dönemi ilkelerinin korunduğu, yani geleneğin sürdürüldüğü inancını sağladığı belirtilmiştir⁴¹⁴. Burada içerik değişse de formun korunmasından bahsedilmektedir. Formun korunması geleneğe bağlılık olarak görülmüştür. Buna karşılık ilk bölümde değindiğimiz Renner’a göre, devrim dönemlerinde hukuk kurallarının değişmeden kalmasına rağmen bu kuralların işlevinin ya da sosyal fonksiyonlarının değişmesi mümkündür. Burada aslında bir gelenekten kopuş (devrim) söz konusudur. İlk görüşte içerikler değişse bile kavramların aynı kalması geleneğin devam etmesi olarak değerlendirilirken, Renner’ın ileri sürdüğü görüşte, kavramlar aynı kalsa da içerikleri değiştirilerek tamamen farklı bir hukuk geleneğinin oluşturulacağı söylenmektedir. Bu noktada Marksist hukuk anlayışı, Renner’ın görüşüne karşı tez oluşturmaktadır. Buna göre, hukukun madde ve formunun birbirinden ayrı olarak gelişeceği veya gelişmesi gerektiği düşüncesi yanlıştır. Hukuk bir form olarak varlığını devam ettirdiği sürece kavram ve ilkelere yeni anlamlar kazandırmak bir şey değiştirmeyecektir. Örneğin, bu kavram ve ilkelere Marksist içerikler yüklemek Marksist bir hukukun oluşumunu sağlamayacaktır. Bu sebeple, orta çağ hukukunun Roma hukuk geleneğini sürdürdüğü bir gerçektir ancak Roma hukukunun yeniden doğuşunda çok büyük ve sofistike değişimlerin yaşandığı göz önünde bulundurulmalıdır.

Çalışmamızda hukukun form unsuru ve formellik eğilimi hukuki belirlilik ve kesinlik; kavramsallık ve sistemsellik; yazıllık ve kodifikasyon; yöntemsellik ve bilimsellik

⁴¹³ Gordley, s. 49-50.

⁴¹⁴ Tigar/Levy, s. 36.

kategorileri üzerinden incelenmiştir. Berman da farklı olmakla birlikte benzer bir kategorizasyonu modernleşmenin başlangıç tarihi olarak gördüğü 11. ve 12. yüzyıldan itibaren Avrupa feodal, manoryal ve merkantalist hukukun uğradığı esaslı değişiklikleri analiz etmek için kullanmıştır. Hukukun dönüşümü incelenirken kullanılan bu kategoriler nesnellik, evrensellik, karşılıklılık, katılımcı adalet, bütünleşme ve büyüme olmak üzere altı tanedir. Nesnellik ve evrensellik görece keyfi, gevşek düzenlemeler yerine nesnel, kesin ve daha yeknesak olan genel düzenlemelere geçildiğini ifade etmektedir. Karşılıklı; feodal hukukta vassal-lord, manoryal hukukta lord-köylü, merkantalist hukukta alıcı-satıcı olmak üzere karşıt grupların haklarının korunması kastedilmektedir. Katılımcı adalette anlatılmak istenen bir çeşit yargısal plüralizmdir. Yargı mekanizmasının merkezi olmaksızın lord mahkemeleri, manor mahkemeleri ve ticaret mahkemeleri gibi değişik yargı yetkilerinin aynı anda bulunduğunu ifade etmektedir. Bütünleşme, her bir hukuk alanının belirli kavram ve usul kuralları bünyesinde sistemsel bir yapı arz ettiğini belirtmektedir. Büyüme ise bu yapının zaman içinde bilinçli olarak gelişmeye ve yüzyıllar boyunca büyümeye meyilli özerk bir sistem haline gelmesidir⁴¹⁵. Çalışmamızda ileri sürülen bakış açısından bu kategorilerin hukukun hem madde hem de form unsuruna ilişkin değişimleri kapsadığı görülmektedir. İşbu çalışma perspektifinden nesnellik, evrensellik, bütünleşme ve büyümenin hukukun formel yönüne karşılık geldiği söylenebilecektir. Dolayısıyla Berman'ın sınıflandırmasından hareketle hukukta form ve madde unsurlarının diyalektiğinde meydana gelen değişimin 11. yüzyıldan itibaren başladığı iddia edilebilir. Ancak form ve maddenin birbirinden kesin olarak ayrılarak, formun ayrıcalıklı konum kazanması, aşağıda görüleceği üzere, düalizmler ve dikotomiler çağı olan modern dönemde gerçekleşmiştir.

III. Kapitalizmin Gelişimi Açısından Hukukta Form ve Madde İlişkisi

Marksist felsefenin genel kabulü, üretim ilişkileri ve ekonomik süreçlerin hukukun oluşumu ve gelişiminde mutlak surette etkili olduğudur. Ancak günümüzde ekonomi ve hukukun etkileşimli ilişkisi salt Marksist düşünceye özgü bir sav olmaktan çıkmıştır. Bu doğrultuda kilise hukukunun oluşumu ve bunun seküler hukuka etkisi bir yana 11. yüzyıldan itibaren hukukta meydana gelen değişimlerin, dönemin değişen ekonomik anlayışı perspektifinden de açıklanması gerekmektedir.

⁴¹⁵ Berman, s. 430-499.

Kapitalizmin, hukukun oluşum ve gelişimi üzerindeki etkisi genel olarak kabul edilmektedir. Ancak kapitalizmin yükseliş zamanıyla ilgili iki görüşün varlığından bahsetmek gerekmektedir. Max Weber bu konudaki en önde gelen isimdir. Weber’le ilişkilendirilen teze göre kapitalizm esas olarak dindeki reform hareketleriyle birlikte yükselişe geçmiştir. Weber’in dindeki reformdan kastettiği, Berman’ın yukarıda bahsedilen ve 11. yüzyılda gerçekleşen Gregoryen reformu değil, 16. yüzyıla tekabül eden Lutheryan reformdur. Weber bu tezini, ileri kapitalizmin neden dünyanın başka bir yerinde değil de batıda gelişmiş olduğu sorusunu cevaplamayı amaçladığı “Protestan Ahlakı ve Kapitalizmin Ruhu” adlı eserinde açıklamaktadır. Burada kapitalizm ruhu kavramından kasıt, para kazanmanın insanın yaşama sürecindeki maddi ihtiyaçları karşılama vasıtası olmasından çıkarak, kendi başına bir yaşam amacı haline gelmesidir⁴¹⁶. Gelenekçi ekonomik düzende daha az çalışmak çok kazanmaktan daha çekicidir. İnsan doğal olarak çok para kazanmak değil, alıştığı biçimde yaşamasını sağlayacak kadar para kazanmak ister. Kapitalizm ise insan emeğinin yoğunluğunu arttırarak verimliliği arttırmaya çabalar. Bunun için insanın daha fazla çalışmasını ister. Bunu sağlamak için de ücretleri düşürür. Çünkü halkın sadece yoksul olduğu için ve yoksul olduğu sürece çalıştığı inancı geçerlidir. Bunu yanında kapitalizm, genişlemek için büyük bir nüfusa ihtiyaç duyar. Kapitalizmde “yükselmezsen düşersin” fikri geçerlidir. Kazanılan para faize değil, tekrar işletmeye yatırılır⁴¹⁷.

Weber, gelenekçi ekonomik düzende meydana gelen bu değişimlerin dindeki reform hareketleri ile ilişkisini göstermeye çalışmıştır. Klasik Hristiyanlıkta din adamları insanların kurtuluşu için yol göstericidir, tanrı bağışlayıcı bir baba gibidir. Reform hareketleri ise insanların kurtuluş için kimseye gereksinimlerinin olmadığını ve yalnız olduklarını iddia etmiştir. Bu şekilde din adamlarının ve kilisenin etkisi zayıflamıştır. Weber, bu durumu dinin büyüünün bozulması şeklinde ifade etmiştir. İnsan yalnızlaştırılmış ve tanrıyla arasına mesafe konulmuştur⁴¹⁸.

Weber’e göre, Kalvinizmle meslek kavramı ortaya çıkmıştır. Meslek için *calling* yani çağrı kavramı kullanılır. Meslek sahibi olup yaşamı boyunca bu meslek için çalışmanın bir tanrı çağrısı olduğu ifade edilmektedir. Kalvinizm çalışmayı öğütlerken harcamayı yasaklamıştır. Ayrıca malların dünyada dengesiz dağılımının da tanrının sır dolu ve bilinmez

⁴¹⁶ Weber (2017) s. 24.

⁴¹⁷ Arıcıoğlu, s. 17.

⁴¹⁸ Weber (2017) s. 98-99.

bir amaç uğruna yaptığını iddia etmiştir⁴¹⁹. Weber'e göre tüm bunlar dindeki reform hareketlerinin kapitalist söylemlerini oluşturmaktadır.

Berman'a göre 16. yüzyıl reformu öncesinde kilisenin ticarete bakışı açısından paradoksal görüşler bulunmaktadır. Weber'in başı çektiği, Katolikliğin kapitalizme karşıt olduğu düşüncesinin gerekçesi olarak faizle borç verme ve spekülasyon yasağı ile adil fiyat teorisi⁴²⁰ gösterilmiştir. Ayrıca büyük arazi sahibi olarak kendisi de feodal bir güç olan kilisenin bu sebeple ticarete karşı olduğu da ifade edilmiştir. Bunların yanı sıra, kâr amaçlı faaliyetleri yasaklayan kilisenin adeta kendisiyle çelişircesine bu yasağa çok geniş istisnalar getirdiği ve dolaylı da olsa kendisinin de ticari ilişkilerden kazanç sağladığı iddia edilmiştir. Ek olarak, Katolik kilisesinin ticaret karşıtlığı, dinin öteki dünyacı ve çileciliği öven anlayışlarına dayandırılrsa da bu anlayışların batıda değil daha ziyade doğu ortodoksluğunda geçerli olduğu ifade edilmiştir⁴²¹.

Katolik kilisesinin, açık bir şekilde ticareti desteklemese de neredeyse bir tacir gibi hareket ettiği durumlar bulunmaktadır. En başta, Roma hukukunun 11. yüzyılda yeniden canlandırılmasında büyük rolü olan kilise, gelişen ticaret için ihtiyaç olan kural ve ilkelerin kaynağını yaratmıştır⁴²². Tigar'a göre aslında kilise ticaretin kendi kurallarınca yapılmasını istemiş, bu sayede tacirlerin kendisinden bağımsız ve başıboş olmayacağını düşünmüştür. Hukuki araştırmaları da bu sebeple desteklemiştir çünkü zaten o dönemde hukuk araştırmaları kendi bünyesinde gerçekleşmektedir. Bir başka deyişle, kendi denetimindeki hukuk ile kendisinin belirlediği şartlar altında yapılan bir ticaret alanı kurgulamış ve ticareti kendi teoloji, ahlak ve hukuk sisteminin içine almak istemiştir⁴²³. Kilisenin burjuvazinin gelişiminde oynadığı dört rol bulunmaktadır. Buna göre; i. kilise gezgin tüccarı bir hacı türü olarak korumuştur, ii. ticaret hukukunu içeren Roma hukukunun öğretimine çok büyük

⁴¹⁹ Weber (2017) s. 145-148.

⁴²⁰ Başlangıcı Antik Yunan'a dek uzanan ve kilisenin de kabul ettiği skolastik adil fiyat teorisi her malın yaratılışından kaynaklanan, objektif bir değerinin olduğunu savunmaktadır. Bunun karşısında yer alan görüş de adil fiyatın piyasa koşullarında özgürce belirlenen fiyat olduğunu savunmaktadır. Bu konuda ayrıntılı analiz için bkz. **Küçükkalay, Abdullah Mesut** (2017) Adil Fiyat: Antik Yunan'dan 16. Yüzyıla, Ötüken Neşriyat, İstanbul; Hobbes da Laviathan'da bu hususa değinmiştir: "Kendileri için sözleşme yapılan şeylerin değeri, tarafların arzusu ile ölçülür: ve dolayısıyla adil değer, vermeye razı oldukları değerdir." Hobbes, s. 110.

⁴²¹ Berman, s. 472-475.

⁴²² Tigar/Levy, s. 49.

⁴²³ Tigar/Levy, s. 57.

kaynak ayırmıştır, iii. ticaretin ahlaki olup olmadığı tartışmasına girmiş ve uzun vadede tacir lehine sonuç almıştır, iv. formel bir mahkeme ve usul sistemi geliştirmiştir⁴²⁴.

Din ve ekonominin ilişkisine bu şekilde değindikten sonra, yaşanan ekonomik gelişmelerin hukuk üzerindeki etkilerine bakalım. Roma hukukunda sözleşmeler tarafların şahsiyetinin önemli olduğu, hazırlar arasında yapılan ve yazılı olması gerekmeyen bir kurumdu. Ancak ticaretin gelişip yaygınlaşması neticesinde sözleşmeler, hazırlar arasında kurulan bir anlaşma olmaktan çıkmıştır. Aynı zamanda uzun mesafeli ticaret, belli ülke sınırlarını da aşan bir hukuk gereksinimini ortaya çıkarmıştır. Bu sebeple sözleşme taraflarının kimliksiz, isimsiz soyut bir insan haline gelmesi gerekmiştir. Ülke sınırlarını aşan ticaret, sadece sözleşmenin yapıldığı yerde değil, örneğin ifa yeri olan başka bir ülke sınırları içerisinde de geçerliliğini zorunlu kılmaktadır. Bunun neticesinde sabit biçimli ve nesnel kanıtlara dayanan bir hukuk oluşturma eğilimi ortaya çıkmıştır. Böylelikle örneğin, sözleşmeyi çeşitli nedenlerle (değişen şartlar, orantısızlık, karın azalması) ihlal etmek isteyen kişi, sözleşmenin bu objektif niteliklerini bir hukukçu yardımıyla değerlendirip kusurlu yönlerini bulmaya çalışmıştır. Bu da normalde salt bir makbuz niteliğinde olan sözleşmenin formel yönünün, içeriğinin önüne geçmesine neden olmuştur⁴²⁵.

Yukarıda bahsedilen husus ekonomik ilişkinin hukuku etkilemesi olarak Marksist görüşü doğrulamaktadır. Ancak Berman, bu etkileşimin tek yönlü olmadığını göstermek amacıyla hukuktaki soyutlama mantığının ticaretin gelişimine katkıda bulunduğunu belirtmektedir. Buna göre örneğin, “*ciro edilebilir senetler ve ortakların sınırlı sorumluluğu gibi hukuki araçlar olmadan, geçmişin köhneleşmiş ticari gelenekleri yenilenmeden ve merkantilist mahkemeler ve yasama ortaya çıkmadan, değişime zorlayan diğer toplumsal ve ekonomik koşullar çıkış noktası bulamazdı*”⁴²⁶. Yani, hukuktaki soyutlaştırma ve bilimselleştirme eğilimi ciro edilebilir senet ve sınırlı sorumluluk gibi formel hukuki kavramların oluşturulmasını sağlamış, bu kavramlarla da ticaret daha kolay ve gelişebilir bir nitelik kazanmıştır. Aynı şey mülkiyetin devredilmesi işlemlerinde de görülebilir. Roma ve eski gelenek hukukunda devir işleminin gerçekleşmesi için, devredilen şeyi sembolize eden dal ya da toprak parçası gibi bir şeyin el değiştirmesi gerekmektedir. Bu sembolik devir, yerini taşıma senedi veya benzeri belgelere bırakmıştır. Kıymetli evrak, emre muharrer senet gibi ticari belgeler ile bu belgelere ilişkin soyutluk ve sebepten bağımsızlık ilkesi

⁴²⁴ Tigar/Levy, s. 117.

⁴²⁵ Tigar/Levy, s. 164-165.

⁴²⁶ Berman, s. 472.

geliştirilmiştir. Senet artık belirli bir anlaşmanın kanıtı değil, bizzat kendisi hak ve borç doğurup dava konusu edilebilen bir hukuki varlık haline gelmiştir⁴²⁷. Aslında Levi-Strauss'un yapısalcılık teorisi perspektifinden bakıldığında eskiden bir dal parçasının verilmesine atfedilen durumun şimdi bir senede atfedilen durumla aynı olduğu söylenebilir. Dal ya da toprak parçasının verilmesiyle gerçekleşen mülkiyet devri, artık bir senedin ya da belli şartları taşıyan bir kâğıt parçasının devriyle mümkün hale gelmiştir. Ancak ikincisi, ilkinin göre daha rasyonel kabul edilmektedir. Bunun en önemli sebebi ikinci yöntemin, çalışmamız kapsamında incelenen yazılılık, belirlilik sistemlilik gibi form unsurlarını taşıması yani daha formel olmasıdır.

Tacirler ve ticaret hukukunun gelişimiyle hukuk bütünleşmiş gelişen bir hukuk bütünü olarak görülmeye başlamıştır. Usul hukuku her tür ticari davanın hızlı bir şekilde çözümlenmesi için basitleştirilmiş ve şekilcilikten kurtarılmıştır. Adaletin ticaret mahkemelerinde “tacirin ayakları hala tozluyken”, “medcezirden medcezure” ya da “bir günden diğerine” derhal sağlanması gerektiği inancıyla yöntem yönünden oldukça seri ve basit yargılamalar yapılır hale gelmiştir⁴²⁸. Özetleyecek olursak, ekonomik hayatta meydana gelen değişimler hukukun soyut kurum ve kavram üretimini, biçimsel özelliklerinin yeknesaklaştırılmasını, belirli usul ve yöntemlerin oluşturularak daha hızlı kararlar alınmasını gerektirmiş, bu durum da hukukun form unsurunun ön plana çıkmasında etkili olmuştur.

IV. Modern Dönemde Hukukta Form ve Madde Düşüncesi

A. Düalizmler ve Dikotomiler Çağı Olarak Modernite

Bu başlık altında, modern dönemin düalist düşünce yapısı ve bu kavram ikilikleri arasına koyduğu net sınırlamalar gösterilmeye çalışılacaktır. Bu sınır koyan düşünme yapısı, hukukun madde ve formu arasındaki ayrımı pekiştiren ve form unsurunun ayrıcalıklı hale gelmesini sağlayan felsefi temeli oluşturmaktadır.

En genel şekliyle düalizm, bir alanda birbirinden bağımsız ve birbirine indirgenemez iki töz ya da iki ilke kabul etme tavrı olarak tanımlanmaktadır⁴²⁹. Bu düşünce tarzı en açık biçimde, Platon'un idealar evreni ve reel evren ayrımında görülür. Pisagor geleneğinden

⁴²⁷ Berman, s. 490.

⁴²⁸ Berman, s. 488.

⁴²⁹ Cevizci (2000) s. 491.

gelen Platon, evreni matematiksel olarak algılamaktadır. Onun için esas olan matematiksel ifadeler gibi soyut ve mükemmel olan idealar/formlar evrenidir. Maddi evren ise ideaların tezahürüdür. Aristoteles ise gerçekliğin ancak madde ve formun birlikteliği ile meydana geleceğini belirtir. Ona göre madde ve form iki ayrı töz değil, aynı tözün ayrılmaz iki unsurunu oluşturmaktadır. Orta çağ düşünce tarzının temel aldığı gelenek Aristocu gelenektir. Modern çağ, Aristocu paradigmadan Platoncu paradigmaya geçiştir.

Kopernik'in, dünyanın evrenin merkezinde olmadığı, Galileo'nun, dünyanın yuvarlaklığını ve kendi eksenini etrafında döndüğünü keşfetmesiyle birlikte evrenin bütünlükçü, anlamlı ve amaçsal olarak algılandığı dönem sona ermiştir. Artık evren, keşfedilmeyi bekleyen yasalarla işleyen bir makine olarak düşünölmeye başlamıştır. Kepler, Kopernik ve Galileo'nun birincil ve ikincil nitelikler doktrini Descartes'ın Kartezyen düalizmi ile birlikte bütünlükçü anlayışın yerini, düalizmi ve dikotomileri temel alan parçalı bakış açısı almıştır⁴³⁰.

Evren tasarımıındaki farklı yaklaşımlar, modern düşünceyle öncesini karşılaştırırken değinilmesi gereken önemli bir husustur. Bu kırılma noktasını yaratan değışimlerden biri ereksel neden kuramından koparak, etkin nedene yönelimdir. Bu yönelim aynı zamanda organizmacı doğa görüşünden mekanik doğa görüşüne geçiş olarak da ifade edilebilir. Aristotelesçi gelenekte doğa canlı bir organizmadır. Kendi kendine devinir- özdevinimlidir. Bir domates tohumunun ereğı domates fidesi olmaktır, bu amaç uğruna değışir. Bu doğa felsefesi teleolojiktir. Yeni anlayış olan mekanik felsefe ise ereksel nedene karşı çıkarak her çeşit doğa olayını etkin nedenlerle, yani doğa olaylarını harekete dayanan mekanik yasa ve verilerle açıklamıştır. Varlığa mündemiç olan sebep ve amaç ilkesinin yerini, varlığın dışında olan nedensellik ilkesi almıştır. Bu düşünce Aristocu gelenekten, evreni matematiksel olarak açıklayan Pisagor ve dolayısıyla Platon geleneğine kayıştır. Doğa, evren, matematiğin diliyle açıklanabilir. Değışim ya da devinim içkin bir eğilim sonucu değil, onların matematiksel yapısının sonucu olarak gerçekleşir⁴³¹.

İlkçağ evren anlayışı, tarih anlayışı ile paralel olarak döngüseldir. Yunan düşünürlerine göre değışim döngüseldir, eğer döngüsel değilse bu meydana gelen bir

⁴³⁰ **Arslan, Hüsamettin** (1995) "Pozitivizm/Bir Bilim İdeolojisinin Anatomisi", Türk Aydın ve Kimlik Sorunu, Der. Sabahattin Şen, İstanbul, s. 551; **Çoban, Funda** (2020) "Stoacı Felsefe ile Modernite Arasında Düşünsel Bağlar", İzmir Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 2, s. 105.

⁴³¹ **Collingwood, Robin George** (1999) Doğa Tasarımı, Çev: Kurtuluş Dinçer, İmge Kitabevi, s. 111-113; **Tatar, Dilara Buket** (2020) Doğa Bilimlerinin Hukuk Felsefesine Etkisi: Modern ve Postmodern Paradigma Ekseninde Bir Değerlendirme, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, s. 23.

eksiklikten kaynaklanmaktadır. Bir organizma olan evren, tüm değişimlerin kendisinden türediği bütünsel bir devinim içerisinde. Bu bütünsel devinimin ilk hareket ettiricisi ise kendisi devinimsiz olan form-tanrıdır. Modern anlayışta ise değişim ilerlemecedir, döngüsellik sadece görünüştedir, özdeş sayılan şeyler sadece benzerdir, döngüsel devinim olarak görülen şey, merkezin durmadan ileri doğru kaydığı sarmal bir devinimdir⁴³². En önemlisi de bu devinimlerin aşkın bir ilk hareket ettiricisi yoktur.

Collingwood, metafizikte cisim ile ruh arasında, evrenbilimde doğa ile Tanrı arasında epistemolojide rasyonalite ve ampirizm arasında olan “17. yüzyıldaki büyük düalizm patlamasını” Kopernik keşfinin felsefi yorumlarına dayandırmaktadır. Kopernik, devriminin felsefe için önemi, dünyanın evrenin merkezi olduğu görüşünü yadsımasıdır. Dünya evrenin merkezinde sabit bir şekilde durmamakta ve diğer gezegenlerle birlikte güneşin etrafında dönmektedir. Aristoteles felsefesine göre dünya; su, ateş ve toprak gibi farklı tözlerden oluşmakta, yer çekimi de sadece ay altı bölgelerde geçerli olmaktadır. Yıldızlar ise kendilerine ait ilahi bir töz taşımaktaydı. Ancak Kopernik keşifleriyle yer ve gök cisimleri arasında töz türdeşliği bulunduğu ortaya çıkmıştır. Bu bir dizi devrimsel keşfin başlangıcıdır. Örneğin Newton’un Ay’ı yörüngesinde tutan güç ile elmayı yere çeken gücün aynı olduğunu imgelemesi bu keşif sayesinde. Evren tek bir tözün nicelik ya da geometrik olarak farklılıklarından teşekkül etmiştir. Bununla, yer ve gök cisimleri töz olarak aynı olduğundan onların devinimlerini yöneten yasaların da aynı olduğu sonucuna ulaşılabilmektedir⁴³³.

Yunanlılarda madde ile ruh ayrıdır ama bu ilişki problemli değildir. Ruhtan yoksun bir madde dünyası ve maddeden yoksun bir ruh dünyası mevcut değildir. (Buradaki ruhtan Platoncu idea ya da Aristotelesçi tözsel form kavramını anlayabiliriz.) Tüm evren devinimi canlı ve akılla doludur. Maddenin tabi olduğu doğa yasalarını tasarlama ve onlara uyma ile Atina’daki Solon Yasalarını tasarlama ve onlara uyma biçimi arasında hiçbir fark yoktur. Ancak 17. yüzyılda bilim ruhsuz ya da cansız, salt niceliksel güçlerle devinen madde dünyasını keşfetmiştir. Madde, artık üzerine form yüklenerek her şeyin kendisinden yapıldığı biçimsiz bir şey değil, niceliksel olarak düzenlenmiş devinen şeylerin bütünüdür⁴³⁴.

Mekanik evren anlayışıyla paralel düalist paradigma açıklanırken değinilmesi gereken bir diğer husus da birincil-ikincil nitelikler ayrımıdır. Doğanın ya da evrenin

⁴³² Collingwood, s. 23-24.

⁴³³ Collingwood, s. 117.

⁴³⁴ Collingwood, s. 132.

matematiksel oluşu, gerçek olanın niceliksel ve ölçülebilir olan olduğu anlayışını beraberinde getirmiştir. Bunlar birincil niteliklerdir. Ses, renk, ısı gibi duyuların izdüşümü olan özellikler ise ikincil niteliklerdir. Bu ayrım ilk olarak modern dönemde ortaya çıkmamıştır. Ancak, Galileo, Descartes, Locke ve Berkeley gibi filozofların, ilkçağ doğa filozoflarında temel bulan bu ayrımı ele alışlarıyla evren, doğa, bilim anlayışında Kuhn deyimiyle bir paradigma değişikliğine gidilmiştir. Madde, doğa ve evren ereksel neden ve ikincil niteliklerinden ayrılmış, etken neden ve birincil niteliklerden meydana geldiği kabul edilmiştir. Bu kesinlik temelli bilgi anlayışıyla tüm gerçeklik birbirinden bağımsız ruh ve madde gibi birbirine indirgenemez özlere bölünmüştür⁴³⁵.

Modern düşünme tarzı bahsedilen bu düaliteler ve dikotomiler üzerine kuruludur. Descartes'ın zihin ve beden, Leibniz'in akıl doğruları ve olgu doğruları, Kant'ın numen-fenomen/teorik akıl-pratik akıl/analitik-sentetik/aposteriori-apriori düaliteleri üzerine kurdukları akıl yürütme yönteminin hukukta da usul ve esas/form ve madde/içerik ve şekil olarak vücut bulduğunu düşünmek akla aykırı olmayacaktır. Tüm modern düşünceye nüfuz etmiş olan bu düalizm düşüncesinin tamamının ele alınması çalışmanın sınırlarını aşacaktır. Bu sebeple sadece tüm bu fikri hareketin başlangıcı sayılabilecek Descartes'ın Kartezyen felsefesine ve Kant'ın düalist görüşlerine değinilecektir.

Descartes'ın kartezyen düalizmi, zihin ve bedenin birbirine indirgenemez iki farklı töz olarak kabul edilmesi anlamına gelmektedir. Buna göre ne zihin bedensel özelliklerden ne de beden zihinsel özelliklerden bir parça taşımaktadır. Her ikisi birbirinden tamamen farklı ama aralarında etkileşim bulunan tözlerdir. Descartes, zihin ile bedeni bu şekilde ayırarak zihni, uzamsal olmayan bir töz olarak fiziksel dünyadan ayrı ve dolayısıyla fiziksel dünyanın bir parçası olan insan bedeninden farklı bir konuma yerleştirmiştir. Zihin dışındaki her şey fiziksel dünyaya aittir. Fiziksel dünya (madde-beden) ise mekanik fizik yasalarıyla, neden-sonuç ilişkileriyle yönetilmektedir. Zihin de bu mekanik yasalarla yönetilen dünyadan üstün hatta onu yöneten bir konumdur⁴³⁶. Buradan ulaşılabilecek ilk sonuç ereksel niteliği bulunmayan bir mekanik dünya tasavvuru, diğer sonuç ise düşünen özne ile algılanan nesne arasına koyulan derin uçurumdur. Bu ayrımla doğa, artık ruhunu kaybetmiştir⁴³⁷. Descartes, bilimde ilerlemenin matematiksel akıl yürütmeyle, sadece açık seçik algılara dayanan

⁴³⁵ **Sarı, Mehmet Ali** (2011) “Birincil ve İkincil Nitelikler Üzerine Descartes, Locke ve Berkeley”, Yeditepe’de Felsefe 10, T.C Yeditepe Üniversitesi Yayınları, İstanbul, s. 153.

⁴³⁶ **Bumin, Tülin** (2014) Tartışılan Modernlik: Descartes ve Spinoza, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, s. 35.

⁴³⁷ **Bumin**, s. 37.

akılcılıkla olması gerektiğini söylemiş; bu sayede nitelik, nicelik lehine bir kenara bırakılmış; bir başka deyişle, kesin niceliksel ve matematiksel betimlemeye ağırlık verilmiştir⁴³⁸.

Dünyayı bir makine, doğayı da insan tarafından şekillendirilecek bir madde olarak görme fikrinin doğuşunun tamamen Descartes sonrası bilime atfedilmemesi gerektiği, zira bu fikir nüvelerine daha eski tarihlerde de rastlanıldığı iddiası mevcuttur. “Dünya Makinesi” tabirinin M.Ö. 500’lerde Dionysius Areopagite tarafından yazılmış bir kitapta geçtiği, 1382 yılında bir psikopoz tarafından evreni Tanrı’nın kurduğu tüm dişlileri olabildiğince uyumlu şekilde çalışan dev bir mekanik saate benzettiği belirtilmiştir. Ayrıca ağır sabanın icadı sayesinde topraktan daha fazla ürün elde edilmesiyle doğaya karşı olan tutumun değişikliğe uğradığı belirtilmiştir. Bu tutum değişikliği Şarlman Hanedanlığı (9.yüzyıl) dönemindeki takvim resimlerinden de anlaşılmaktadır. Eski Roma takvimleri, günlük hayattan alınma çeşitli manzara resimleriyle birlikte aylar, çeşitli yüklemelerin sembolleri halinde edilgen canlandırmalarla resmedilmekteyken; Şarlman takvimlerinde doğal kaynaklara karşı baskıcı bir tavır sergilenmiştir. Resimlerde çift sürme, mahsul kaldırma, odun kırma gibi faaliyetler ve domuzlara meşe palamudu fırlatan ya da domuz kesen insanlar yer almıştır. İnsan ve doğa birbirinden ayrılmış ve doğa insanın hâkimiyeti altına sokulmuştur⁴³⁹. Bununla birlikte insan ve doğanın tarihin hiçbir döneminde 17. yüzyılda olduğu kadar birbirinden uzaklaştırılmadığı ileri sürülmektedir⁴⁴⁰.

Temelini yine ilkçağ felsefesinden almakla beraber modern döneme damgasını vurmuş bir diğer düalite, epistemoloji alanındaki akılcılık ve deneycilik tartışmasıdır. Descartes ve Spinoza, Leibniz gibi muakkipleri bilginin asıl ve yanılmaz kaynağının akıl olduğunu söylerken; aklın kendiliğinden sahip olduğu hiçbir bilginin bulunmadığı, tüm bilgilerin deneyim sonucunda oluştuğu, Locke gibi ampirizm taraftarı filozoflarca savunulmuştur. Rasyonalizm ve ampirizm düalizmine birleştirici bir çözüm sunan, bu anlamıyla iki zıt kutbu sentezleyen ama aynı zamanda felsefe dünyasına yeni düaliteler armağan eden isim ise Kant’tır.

Descartes modern bilimi temellendirmek için gerçekliği metafiziksel bakımdan birbirine indirgenemez iki ayrı töze bölmüştü. Ancak Kant rasyonalistlerin, kesinliği

⁴³⁸ Collingwood, s. 52.

⁴³⁹ White, Lynn Jr. (1966) *Medieval Technology and Social Change* Oxford, s. 56-57; Feyerabend (2000) s. 335.

⁴⁴⁰ Bumin, s. 36.

karşısında büyülendikleri matematiği, bilimin ideal örneği olarak görerek algıyı küçümsemeleri sebebiyle Kartezyen felsefenin epistemolojik açıdan başarısız olduğunu düşünmüştür. Rasyonalistler, aklın gözlemlenemeyen gerçeklikler üzerinde kesin bilgi verebilme yeteneğini göz ardı etmişlerdir. Ampiristler ise bilgideki apriori unsuru görememişlerdir⁴⁴¹. Oysa Kant’a göre deneyim, duyu verilerinin yığılmasından, bir araya toplanmasından fazla bir şeydir. Duyu verileri, deneyimin sadece maddesini oluşturmaktadır. Ampirik bilginin maddesini oluşturan duyu verileri dışında, tek tek olayları aşan genellik, düzen ve yasaya ulaştıran bir yapı bulunmaktadır. Bu, ampirik bilginin formudur. Form, ampirik bilgideki apriori unsurdur. Bu şekilde duyu verileri deneyim bilgisine dönüştürülmektedir. Deneyimin bilgi sağlaması, deneyimde bütünü görme, kavrama, maddenin bilgi formlarıyla birleşmesinden kaynaklanmaktadır⁴⁴².

Kant duyular dünyası (fenomen) ile düşünce dünyasını (numen) birbirinden kesin bir şekilde ayırmıştır. Bu ayrım ilkçağdan beri bilinmekte iken Kant’ın özgünlüğü, akla eklediği saf/salt (*rein-purus*) kavramındadır. Saf/salt kavramı, öteden beri apriori öge anlamında düşünce bilgisi için kullanılmaktayken, Kant bu kavramı duyu bilgisi için de kullanmıştır. Duyu bilgisinin saf/salt ögeleri, zaman ve uzaydır. Zaman ve mekân(uzay) duyu bilgisinin oluşmasının apriori koşullarıdır⁴⁴³.

Kant, Aristoteles’te gördüğümüz yargı kategorilerini yeniden düzenleyip, zaman ve mekâna ek biçimde anlama yetisinin kategorileri olarak sunmuştur. Kategorinin kelime anlamı yargıda bulunmaktır. Kant, kategorilerin köklerinin anlama yetisinde, düşünmenin özetkinliğinde bulunduğunu söylemektedir. Aristoteles’te ise, ifadelerimizde/yargılarımızda, varlığın esası gizlidir. Ona göre, ifadelerin çözümlenmesinden elde edilen kategoriler, varlığın kategorileridir. Kant varlıktan değil, düşünen öznenen yola çıkmaktadır. Zaman ve mekân varlığın değil öznenin boyutlarıdır. Özne, her şeyi zaman ve mekân dahilinde anlamaktadır. Bir başka deyişle formlar varlıkta değil, anlama yetimizdedir⁴⁴⁴.

Kant felsefesindeki bir diğer düalete, analitik ve sentetik ayrımıdır. Analitik yargı, kavramsal açıklama yapan, mantıksal analize dayalı ve yeni bilgi vermeyen yargılardır. Örneğin “cisimler yer kaplar” ifadesi analitik bir yargıdır. Çünkü yer kaplama cisimlerin

⁴⁴¹ Cevizci (2012) s. 414-415.

⁴⁴² Heimsoeth, s. 71.

⁴⁴³ Gökberk, s. 350-351.

⁴⁴⁴ Heimsoeth, s. 85.

kavramsal gerekliliğidir (zaten yer kaplayan şeye cisim denilmektedir). Sentetik yargılar ise yeni bilgi sunan, farklı kavramlar arasında bağlantı kuran yargılardır. Örneğin “cisimler ağırdır” ifadesi sentetik bir yargıdır çünkü ağırlık, cismin kavramsal bir özelliği değildir. Burada cisim kavramı ile ağırlık kavramı arasında bir bağlantı kurulmuştur ve bu ifade yeni bir bilgi sunmaktadır. Tüm analitik yargılar aprioridir. Sentetik yargıların çoğu ise aposterioridir. Kant’ın odaklandığı nokta ise *apriori sentetik* yargılardır. Apriori sentetik yargı hem kavramsal analizin dışına çıkıp yeni bilgi veren hem de deneyime dayanmayan yargılardır. Kant, apriori sentetik yargı olarak nedensellik ilkesini göstermektedir. Nedensellik ilkesi, apriori sentetik bir bilgi olarak bilginin formunu oluşturmaktadır⁴⁴⁵.

Fenomen evrende, aklın apriori formları ile duyu verilerinin sentezi sayesinde kesin bilgiye ulaşılması mümkündür. Ancak bu sadece fenomen evrene ilişkindir. Numen evrende ise duyu verileri söz konusu olmadığından sadece, içi boş akıl kategorileri sayesinde edilen düşünceler bulunmaktadır. Aklın, duyu verileri olmaksızın kategorileri, yani formu sayesinde düşünce üretmesi mümkündür. Ancak Kant’a göre bu yanlış düşünmedir. Duyu verileri olmaksızın saf aklın kategorileriyle kesin bilgiye ulaşılması mümkün değildir. Kant buradan yani, nedensellik ilkesinin hâkim olduğu saf aklın kategorileri ve duyu verileriyle algılanan fenomen evrenden, nedensellik ilkesinin ve duyu verilerinin olmadığı numen evrene geçmektedir⁴⁴⁶.

Kant’ın fenomen ve numen evren arasında yaptığı ayrımın sebebi ahlak ve özgür irade sorunudur. Nedensellik ilkesi evrenin tümünü açıklamada yetersiz kalmaktadır. Nedenselliğin olduğu yerde özgürlükten ve özgür iradeden bahsetmek olanaksızdır. Özgür irade yoksa bireylerin davranışlarının gayri ahlaki olarak tanımlanması ve bu gayri ahlaki davranışlarından sorumlu tutulması mümkün değildir. Fenomen evrende aklın apriori formları ile kesin bilginin olanağını ortaya koyan Kant, şimdi de numen evrendeki formel yasaya ulaşmaya, bir başka deyişle metafiziğin biliminin mümkün olduğunu göstermeye çalışmış, ahlak alanındaki kesin bilgiyi aramıştır. Numen evrende nedensellik ilkesinin yerini gereklilik ilkesi almaktadır. Bu evrenin formu, zamandan ve mekândan bağımsız ahlak yasasıdır⁴⁴⁷.

⁴⁴⁵ Gökberk, s. 352; Heimsoeth, s. 71.

⁴⁴⁶ Gökberk, s. 358.

⁴⁴⁷ Gökberk, s. 359-361.

Kant, sonraki çalışmasında estetik yargı üzerinden bu iki evreni birbirine bağlamaya, bu anlamda bütüncül bir felsefe oluşturmaya çalışsa da onun düşüncelerinde bizim için önemli olan husus, incelediği her düalliteye koyduğu kesin sınırdır. Kavram çiftlerini birbirinden öylesine ayırmıştır ki buna göre insan adeta fenomen ve numen olmak üzere iki farklı evrende yaşamaktadır. Yine, fenomen evrende geçerli saf akıl, numen evrende geçerli pratik akıl olmak üzere iki farklı akla sahiptir. Her iki evrenin kendine has ve diğer evrende geçerli olmayan yasaları/formları vardır. Bu sistemsel anlamda bir bütünlük oluştursa da antik felsefenin bütüncül kavrayışından oldukça uzaktır.

Modern dönem düalliteleri, özellikle de madde ve form dikotomileri, Descartes ve Kant'ta görüldüğü üzere epistemoloji alanına aittir. Kant teorik aklın kategorileri, varlığın değil anlama yetisinin formlarıdır. Formu varlığa ait bir şey olarak incelememiştir⁴⁴⁸. Zaten ilk çağ felsefesi ontolojiden yani varlığın kendisinden yola çıkıp onun bilgisine doğru bir yol izlerken, modern felsefe için başlangıç noktası bilmedir, epistemolojidir. Bu sebeple de hukuktaki madde ve form tartışmaları hukukun *neliğine* değil, hukuki bilginin edinimine, daha spesifik söyleyişle hukuki karar vermeye odaklanmıştır. Hukukun formu ya da formel unsurlarının büyük bir çoğunluğu hatta tümü hukuk epistemolojisine ilişkindir. Ancak amaç ya da toplumsal olgu olarak madde unsurunun hukuk ontolojisi ile bağının sürdüğü söylenebilir. Burada felsefi anlamda bir daralma söz konusudur. Form, sadece bilgi alanına indirgenmiş töz ve cevher olarak bütünsel varlığı ile ilişkisi zayıflamıştır. Madde ise ontolojik alanla daha sıkı bir ilişki içerisindedir. Ancak bu durumda da modern felsefedeki epistemoloji üstünlüğü sebebiyle ikinci planda kalmıştır.

B. Hukuki Pozitivizm ile Hukukta Madde ve Form

1. Rasyonelleşme ve Formelleşme İlişkisi

Rasyonalite aklın, insanları diğer canlılardan ayıran yeti olması sebebiyle insanın ancak sağlam ve gerekli akıl yürütmeye, kanıtlamaları iyi temellendirilmiş ve apaçık inançları kabul etmesi gerektiğini ifade etmektedir⁴⁴⁹. Rasyonelleşme ve hukukta formelleşme ilişkisi, rasyonalite kavramının çalışmalarında merkezi bir yer teşkil ettiği Max Weber'in görüşleri üzerinden ele alınacaktır.

⁴⁴⁸ Heimsoeth, s. 85.

⁴⁴⁹ Cevizci (2000) s. 788.

Weber, rasyonelleşme kavramını birbiriyle ilişkili çeşitli anlamlarda kullanmıştır. İlk olarak rasyonelleşme, “*kesin bir biçimde verili pratik bir amaca, yeterli araçlar hakkında hassasiyet derecesi gittikçe artan hesaplar kullanılarak yöntemli olarak ulaşılmasıdır*”. Kavramın bir diğer kullanımı ise “*sistematik olarak ve belirsizlikten uzak bir biçimde sabit amaçlara yönelen ahlaklar’ın oluşmasıdır*”⁴⁵⁰. Bu tanımlardan rasyonelleşmenin form olarak belirttiğimiz kesinlik, belirlilik ve yöntemsellik ile ilişkili olduğu açıkça görülmektedir.

Weber’in rasyonalite kavramının temelinde üç boyutu vardır. İlk olarak, kapitalist ekonomi etkinliği, ikinci olarak burjuva özel hukuk ilişkisi ve nihayetinde bürokratik iktidarın biçimi rasyonalite ekseninde açıklanmaktadır⁴⁵¹. Toplumsal hayatın farklı alanlarında ve farklı biçimlerde gerçekleşen rasyonelleşme, her kurumda mutlak surette bir paralellik göstermemiştir⁴⁵².

Weber’e göre kapitalizm, emeğin rasyonel biçimde örgütlenmesi, iş ve ev hayatının birbirinden ayrılması, rasyonel muhasebe yöntemleri ile rasyonel hukuk ve yönetim biçimini ihtiva eden bir sistem anlamına gelmektedir⁴⁵³. Yani kapitalizm, rasyonel bir iktisadi sistemdir ve kapitalizmin gerek var oluşu gerekse bu var oluşu devam ettirmesi rasyonel bir hukuk sistemine bağlıdır. Kapitalizmin gelişimi kazanç ve kayıpların rasyonel muhasebesiyle olmuştur. Kapitalizmin temel özelliği matematiksel hesaplamalar konusunda titiz ve akılcı olarak hedeflenen ekonomik başarıya planlı şekilde ulaşmaktır⁴⁵⁴.

Weber, ekonomik eylemlerin rasyonelliğini analiz ederken, rasyonaliteyi formel ve maddi olarak ikiye ayırmıştır. Formel rasyonalite, teknik olarak mümkün ve gerçekten uygulanabilen nicel hesaplama derecesi; maddi rasyonalite ise mutlak değerlerden oluşan ölçütlere göre davranışlara yön verme derecesi olarak tanımlanmıştır. Formel rasyonalite, hesaplanabilirlik açısından açık ve kesindir. Ancak maddi rasyonalite çok fazla belirsizlik içerir. Aslında bu durum tüm “maddi” analizler için geçerlidir. Çünkü maddi rasyonalite ölçütleri aynı zamanda ahlaki, siyasi faydacı, hedonist, feodal, eşitlikçi ya da benzer hedef

⁴⁵⁰ **Giddens, Anthony** (2008) “Max Weber Düşüncesinde Siyaset ve Sosyoloji”, Siyaset Sosyoloji ve Toplumsal Teori, Çev. Tuncay Birkan, Metis Yayınları, İstanbul, s. 50.

⁴⁵¹ **Habermas, Jürgen** (2007) “İdeoloji” Olarak Teknik ve Bilim, Çev: Mustafa Tüzel, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, s. 33.

⁴⁵² **Giddens, Anthony** (2010) Kapitalizm ve Modern Sosyal Teori, Çev: Ümit Tatlıcan, İletişim Yayınları, Ankara, s. 208.

⁴⁵³ **Arıcıoğlu**, s. 17.

⁴⁵⁴ **Weber** (2017) s. 43.

ölçütleri uygular ve eylemleri “değer rasyonelliği” ya da “hedefler rasyonelliği” kriterlerine göre değerlendirirler. Maddi rasyonalite için sonsuz sayıda değer ölçüğü vardır⁴⁵⁵. Buradan maddi rasyonalitenin özü itibarıyla belirsizlik taşıdığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Ekonomik etkinlik olarak rasyonelleşme ile bağlantılı olan diğer alan hukuktur. Weber’e göre, Avrupa’nın gelişim sebeplerinden biri devlet biçimi, diğeri de rasyonel hukuktur. Ancak hukuki rasyonalizm ve kapitalizm arasındaki ilişki basit, düz bir ilişki değildir. Örneğin, kapitalizm ilk kez İngiltere’de başlamıştır ancak İngiltere Weber’in rasyonel olarak ifade ettiği Roma hukukundan en az etkilenen ülkedir. Rasyonel hukuk sistemi modern devletin oluşumunu etkileyen pek çok faktörden biridir. Modern devletin, yani maaşlı memurlar tarafından sürdürülen profesyonel bir yönetim varlığının karakterize ettiği ve yurttaşlık kavramına dayalı devletin gelişimi, tam anlamıyla ekonomik rasyonelleşmenin bir sonucu değildir ve kısmen ekonomik rasyonelleşmenin öncesine rastlamaktadır. Ancak bu durum kapitalizm ile modern devlet ilişkisinin olmadığına ilişkin bir iddia içermez⁴⁵⁶.

Weber’in kapitalist ekonomi ile rasyonel hukuk arasında kurduğu ilişki bir nedensellik ilişkisi değildir. Yani kapitalist sistemin hukuku zorunlu olarak rasyonelleştirdiğini söylemek hatalıdır. Ancak Weber, rasyonel hukuk sistemi olmaksızın kapitalist ekonomik düzenin olmayacağını da önemle vurgulamaktadır⁴⁵⁷. Weber, hukukta kavramsallaşmanın hukuk tekniği ve siyasi örgütlenme ile ilgili faktörlere dayandığını, ekonomik faktörlerin dolaylı bir etkisi olduğunu, esasında siyasi koşullar ve hukuk düşüncesinin ekonomiyi bu anlamda etkilediğini savunmaktadır⁴⁵⁸.

Weber, hukukun iki eylemsel alandan müteşekkil olduğunu belirtmiştir. Bunlardan ilki “yasa yapma” ikincisi yapılan yasaların uygulanmasına yönelik “yasa bulma”dır. Yasa yapma, rasyonel genel normların tesis edilmesi, yasa bulma ise bu genel normların somut olaylara uygulanmasıdır. Bu ayrım her hukuk sisteminde yoktur. İrrasyonel ve ilkel hukuk sistemleri ve genel olarak Roma hukukunun saf ya da değiştirilmiş biçiminin uygulanmadığı

⁴⁵⁵ Weber, Max (2018) Ekonomi ve Toplum 1. Cilt, Çev: Latif Boyacı, Yarı Yayınları, İstanbul, s. 199-200.

⁴⁵⁶ Giddens, s. 280-281.

⁴⁵⁷ Topuzkanamış, Engin (2012) “Max Weber’de Ekonomi, Hukuk ve Rasyonalite”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 14, Sayı: 2, s. 258.

⁴⁵⁸ Weber, Max (2018) Ekonomi ve Toplum 2. Cilt, Çev: Latif Boyacı, Yarı Yayınları, İstanbul, s. 26.

hukuk düzenleri bu ayırmadan yoksundur. Ancak Roma'daki *legis actio* ya da İngilizlerdeki *writ* usulü de tam olarak modern hukukun yaptığı ayırım anlamına gelmemektedir⁴⁵⁹.

Hem yasa yapma hem yasa bulma rasyonel ya da irrasyonel olabilir. Bu faaliyetler akıl dışı araçlara, örneğin büyü ya da kehanete başvuruyorsa formel olarak irrasyoneldir. Öte yandan hukuki karar, genel normlardan ziyade ahlaki, duygusal ya da siyasal sebeplere dayanarak veriliyorsa maddi olarak irrasyoneldir. Hem maddi hukuk hem usul hukuku, olayın şartlarının açık ve genel özellikleri dikkate alındığı ölçüde rasyonel olabilir. Bu şartlar somut özellikte olabilir. Örneğin, sembolik bir eylem, belirli sözcüklerin söylenmesi ya da imza gibi şartlar bu şekildedir ve formalitenin en katı biçimidir. Bu şartlar soyut kurallar biçiminde, sabit hukuki kavramların formüle edilmesi şeklinde de olabilir ki bu mantıksal rasyonelliktir ve ilk durumdaki somut şartların katılığını yumuşatır. Fakat maddi rasyonellikte soyut anlama ve yorumlama farklı değerler ya da normlar (ahlaki, amaçşsal, faydacı vb.) tarafından etkilenir. Soyut hukuk yaklaşımı, hukukun formel nitelikte olmasıyla mümkündür⁴⁶⁰.

Weber, rasyonel irrasyonel-formal ve maddi olmasına göre dört tip hukuk (yasa yapma ve yasa bulma eylemi) varsaymıştır. Bu ayrımla, aynı zamanda hukuk ve prosedürün genel gelişim çizgisini açıklamaktadır. Buna göre tarihsel olarak hukukun ahlâktan farklılaşması ve formelleşmesi, rasyonelleşmenin iki unsurudur. Bu rasyonelleşme dört ideal-tip etrafında şekillenmiştir⁴⁶¹:

- i. İlkel yani hukukun irrasyonel ve formel olduğu aşama; (amaç/formel irrasyonel davranış),
- ii. Tözsel ve irrasyonel hukukun görüldüğü geleneksel aşama; (değer/maddi irrasyonel davranış),
- iii. Tözsel ve rasyonel tabii hukuk aşaması (değer rasyonel davranış),
- iv. Formel ve rasyonel modern hukuk aşaması. (Amaç rasyonel davranış).

Bu aşamalardan ilki, hukuk kahinleri tarafından karizmatik nitelikteki hukukun vazedilmesi, ikincisi hukuk eşrafı tarafından yasaların ampirik olarak oluşturulması,

⁴⁵⁹ Weber, Ekonomi ve Toplum 2, s. 26.

⁴⁶⁰ Weber, Ekonomi ve Toplum 2, s. 28.

⁴⁶¹ Weber, Ekonomi ve Toplum 2, s. 132-133; Işıktaç/Koloş, s. 63-64.

üçüncüsü seküler ya da teoratik güçlerle yasa koyulması ve son olarak da biçimsel ve bilimsel hukuk eğitimi alan hukuk uzmanlarının hukuku sistematik olarak oluşturması ve yargının profesyonelleşmesidir⁴⁶². Weber, eğitilmiş hukuk uzmanları tarafından kesin biçimde şekillendirilmiş hukuk evresine, Batı dışında hiçbir yerde tam olarak ulaşılmadığını iddia etmekte ve bunun seyrini şu şekilde açıklamaktadır:

*“Emtia pazarında çıkarı olanlar için hukukun daha sonra belirtilecek belli çekincelerle birlikte rasyonelleşmesi ve sistematikleştirilmesi, özellikle hukuki sürecin işlemesinin gittikçe artan tahmin edilebilirliği istikrar içerisinde işlemeyi amaçlayan ekonomik gelişimin ve özellikle yasal güvence olmadan yapamayan kapitalist gelişimin varlığı için en önemli koşullardan birisini oluşturuyordu. Senet ve onun hızlı toplanması için özel prosedür gibi özel işlem biçimleri ve yasal zorlamanın garantisinin salt formel kesinliğine olan ihtiyaca hizmet eder.”*⁴⁶³

Batı hukuku, formel rasyonel hukuku temsil etmektedir. Formel rasyonel hukuka, genel prensipler ve boşluksuz kurallar sistemi rehberlik etmektedir. Hukuki düzen, özerk ve profesyonel biçimde sağlanmaktadır. Rasyonalite, etkililik ve hesaplanabilirlik değerlerini ön plana almaktadır. Bu anlamda Weber, hukukta formel rasyonalitenin şartlarının şu şekilde sıralamıştır:

- i. Her somut hukuki karar, soyut bir hukuki önermenin somut bir olaya uygulanması olmalıdır;
- ii. Her somut durumda, soyut hukuki önermelerden hukuki mantık yoluyla karar çıkarmak mümkün olmalıdır;
- iii. Hukuk gerçekte ya da fiilen hukuki önermelerden oluşan boşluksuz bir sistem oluşturmalı veya en azından boşluksuz sistemmiş gibi ele alınmalıdır;
- iv. Hukuki açıdan rasyonel olarak açıklanmayacak ne varsa o hukuki olarak da geçersizdir;
- v. İnsanlara ait her sosyal eylem her zaman hukuki önermelerin uygulanması, icrası ya da onun bir ihlali olarak görülmelidir; zira hukuk sisteminin boşluk içermemesi, bütün sosyal davranışların hukuki olarak düzenlemesiyle sonuçlanmalıdır⁴⁶⁴.

⁴⁶² Weber, Ekonomi ve Toplum 2, s. 249.

⁴⁶³ Weber, Ekonomi ve Toplum 2, s. 250.

⁴⁶⁴ Weber, Ekonomi ve Toplum 2, s. 29.

Weber'e göre, hukuki düşünüşün rasyonelleşmesi genelleştirme ve kavramsallaştırma ve nihayetinde sistematikleştirme ile ilişkilidir. Genelleştirme, somut olaya karar vermede geçerli olacak nedenlerin, bir ilkeye ya da hukuki önermeye indirgenmesi sürecidir. Bu indirgeme, olayın ön ya da eş zamanlı şartlarının analizine bağlıdır. Olayın şartlarının belirlenmesini ve sınırlandırmasını sağlar. Bu süreç hem vaka çözümlemesi yöntemine dayanır hem de onu destekler. Weber burada, analiz ve sentez eyleminden bahsetmektedir. Vaka analizi ile bir hukuki önerme ya da ilkeye indirgeme yapılmasıyla hukuki bir ilişki sentezine ulaşılır. Bu faaliyet hukuki düşünme biçimlerinin geç dönemlerinde görülen sistematikleşme faaliyetidir. Ancak asıl sistemleşme olayların yani toplumsal eylemlerin analizi ve hukuki önermelere ulaşmayla değil, Roma'da olduğu gibi eylemlerin olduğu kadar ulaşılan bu önermelerin mantıksal analizi ile oluşmaktadır⁴⁶⁵.

*“Hukuki formalizm hukuki sistemin teknik olarak rasyonel bir makine gibi çalışmasını sağlar. Bu nedenle sistem içindeki bireyler ve gruplar için görece en büyük özgürlüğü garanti eder ve onlar için eylemlerinin hukuki sonuçlarını tahmin etme olasılığını büyük ölçüde artırır. Prosedür barışçıl rekabetin, ‘oyunun sabit ve dokunulmaz kurallarına’ bağlanmış özel bir türü haline gelir.”*⁴⁶⁶

Formel adalet, formel hukuki çıkarların temsili için bireylere en geniş özgürlüğü vaat eder. Ancak aynı zamanda sistemin meşrulaştırdığı ekonomik gücün eşit olmayan dağılımı nedeniyle bu özgürlük, pek çok kez etigin ya da siyasetin maddi önermelerine ters düşer. Yargılamanın çatışan çıkarlarının, barışçıl rekabete doğru genişlemesi, ekonomik ve sosyal gücün bir yerde toplanmasına sebep olabilir. Tüm bu hallerde formel adalet, yargının maddi değerlerine tecavüz eder. Ancak formel olmayan yargı, tüm bu gruplara mutlak keyfilik ve öznel kararsızlık olasılığını temsil eder. Weber, formel olmayan yargıyı kadı adaleti olarak adlandırmıştır. Atina demokrasisinin halk yargılaması da kadı adaletinin bir biçimidir. Hatta modern hukuktaki jüri yargılamaları dahi kadı adaletinin formelleştirilmiş bir görünümünü teşkil eder. Çünkü halk adaletinin tüm biçimlerinde kararlara somut, etik ya da siyasal düşünceler veya sosyal adalete yönelik duygular temelinde ulaşılır. Aynı şekilde, İngiltere’de halkın günlük sorunlarını çözüme kavuşturan yargının, Avrupa üzerinde tamamen bilinmeyen kadı-adaletinin temsilcisi olduğunu söylemektedir⁴⁶⁷.

⁴⁶⁵ Weber, Ekonomi ve Toplum 2, s. 27-28.

⁴⁶⁶ Weber, Ekonomi ve Toplum 2, s. 177.

⁴⁶⁷ Weber, Ekonomi ve Toplum 2, s. 178-180. Banakar, yapmış olduğu ampirik çalışma neticesinde, İran hukuk sisteminin Weber’in tabiriyle, kadı adaleti ile rasyonel hukukun çarpık bir sentezini oluşturduğu sonucuna varmıştır. Hukuk fakültesinin yanında, çoğunlukla ilahiyat ve dini okullardan (howzah) mezun olan ve de müçtehid seviyesine ulaşmış kişilerden oluşan hakimler ile görece “batılı” hukuk fakültelerinden

Weber, hukukta maddi rasyonaliteye tam anlamıyla karşı gibidir. Adalet ve onur gibi salt duygusal önermelere ve ticaret ahlakının gerçek egemenliğine karşı olan sosyal bir hukuka dönük taleplerin, modern sınıf talepleriyle ortaya çıktığını ifade etmektedir. Alman Medeni Kanunu’nun 138. bölümünde yer alan “aralarındaki ilişkiyi açıkça oransız gösterecek şekilde gücünün değerini aşacak bir maddi yarar sözü vermesi ya da bunu sağlamasına neden olduğu bir anlaşma geçersizdir” hükmünü eleştirmektedir. Ona göre bu hüküm “*hukuksal bakış açısından bütünüyle biçimsiz, nitelik olarak ne hukuki, ne teamüllere uygun ve ne de geleneksel, fakat ahlaki olan ve meşruiyetleri olarak formel hukuksallıktan çok maddi adaleti öne süren normlardan kaynaklanmaktadır*”⁴⁶⁸.

Weber, Türk hukukunda da temel bir ilke olarak benimsenen, yasada açık bir hüküm bulunmaması halinde hâkime kanun koyucu gibi davranma yetkisi veren İsviçre Medeni Kanunu’nun 1. maddesini de eleştirmektedir. Bu hükmün uygulamadaki öneminin abartılmaması gerektiğini söylemektedir. Bu hükümle normalde ideallere göre karar vermemesi gereken bir yargı sistemi, değer uzlaşmazlıklarının kaçınılmazlığı sebebiyle, sıkça soyut normları unutacak somut değerlendirmelerle sadece formel değil, maddi anlamda da rasyonel olmayan yasa bulmayı kabul etmek zorunda kalacaktır. Weber, literatürde “sosyolojik isyan” olarak anılan hukuk akımını “*hukukun sistematik bağdaşıklığını kurgu olarak kabul etme kampanyası*” olarak nitelendirmiş ve bu görüşleri de eleştirmiştir. Bu görüşler hukukun, soyut normun somut olaya uygulanmasından ibaret olmadığını, hukuksal önermelerin (yasaların) ikincil yani, somut kararlardan soyutlama yoluyla çıkartılmış olduğunu hatta daha ileri boyutuyla hukukun tümüyle sosyolojik olduğu faraziyesini savunmaktadır. Bunun sonucunda da hukukun, nesnel normların rasyonel tesisinden fazlası olduğu; somut çıkarların amaca uygun şekilde dengelenmesinin, genel olarak norm oluşturmaktan daha üstün olduğu fikirlerine ulaştıklarını ve bunun bir değer irrasyonalizmi olduğunu söylemektedir⁴⁶⁹.

mezun olan kişilerden oluşan avukatlar arasında bir gerilim bulunmaktadır. Hakimlerin usuli gereklilikleri yüzeysel ve göstermelik olarak gördükleri buna karşın avukatların doğru karara ulaşmak için doğru usullerin takip edilmesini zorunlu kabul ettiklerini belirtilmiştir. Bunun sonucunda hakimler avukatları dava için gereksiz bir unsur, süreci uzatan kişiler olarak görmekte, avukatlar adeta düşmanca tavırlara maruz kalmaktadır. Ancak çalışmanın tamamı göz önünde bulundurulduğunda, hakimler ve avukatlar arasındaki gerilimin sadece usul ve esasa ilişkin bakış açılarından kaynaklanmadığı, sorunların ne esas ne de usule uygun olan ideolojik kayırmalar, yolsuzluk ve rüşvet gibi yozlaşmalardan neşet ettiği anlaşılmaktadır. **Banakar, Reza/Ziaee Keyvan** (2021) “İran: İki Hukuk Kültürünün Çatışması”, Çev: Seda Kalem, Hukuk ve Toplum Çalışmaları, İran Üzerine Yazılar içinde, Pinhan Yayıncılık, İstanbul, s. 108 vd.

⁴⁶⁸ Weber, Ekonomi ve Toplum 2, s. 253.

⁴⁶⁹ Weber, Ekonomi ve Toplum 2, s. 253-256.

Formel-maddi rasyonalite ayrımı Weber'in sosyolojik analizinin odak noktasıdır. Ancak Giddens, formel rasyonalite ile maddi rasyonalite arasındaki ilişkinin, yani hesaplamanın belirli değerler ya da hedeflerin geliştirilmesine uyarlanmasının, problemli olduğunu belirtmektedir. Şöyle ki, insanın geliştirdiği en gelişmiş ekonomik sistem olan modern rasyonel kapitalist sistem, etkililik ve üretkenliğe dayalıdır. Bunu mümkün kılan hayatın rasyonelleşmesi ise Batı toplumlarının en ayırt edici özelliklerinden olan bireysel yararcılık ve bireyin özerkliği değerleriyle çelişen sonuçlara sahiptir. Giddens, Weber'in rasyonel örgütsel biçim olarak gördüğü bürokrasinin sonucu olarak dile getirdiği kafes metaforunun da asıl anlamının bu çelişki olduğunu dile getirmektedir⁴⁷⁰. Bu anlamda Weber'de rasyonelleşmenin olumlu ve olumsuz olmak üzere iki yönü bulunmaktadır. Bir yandan “dünyanın entellektüalizasyonu”nun artması anlamına gelen rasyonelleşme, diğer yandan dünyanın büyüünün bozulması anlamına gelmektedir⁴⁷¹:

“Goethe de bize ...uzmanlaşmanın insanlığın evrensel araştırmacılıktan vazgeçmesini gerektirdiğini, sınırlandırıcı bir rol oynayan uzmanlaşmanın, bugünkü dünyada en değerli davranışın ön koşulu olduğunu, dolayısıyla ‘eylem’ ile ‘vazgeçme’nin bugün kaçınılmaz olarak birbirini gerektirdiğini öğretmek istemişti. Goethe’ye göre bu bilgi, tıpkı Antikçağ Atina’sının altın çağlarında olduğu gibi kendi kültürümüzün gelişim sürecinde de pek tekrarlanmayan, insanlığın dopdolu ve güzel bir çağına istemeyerek veda etme anlamına gelmekteydi.”⁴⁷²

Lukacs, Weber'in rasyonel örgütsel biçim anlayışını eleştirmektedir. Buna göre modern kapitalist işletme yapısı varlığını devam ettirebilmek için, ilkesel olarak makinadan beklenen etkinlik ve kalitenin hesaplama yöntemine benzer şekilde belirli ve genel normlara göre hesaplanan bir adalet ve yönetime ihtiyaç duymaktadır. Modern kapitalist sistem, yargıcın dürüstlüğü, kesinlikten yoksun yorum araçları, keyfilik, kutsallık ya da gelenekler gibi akıl dışı yöntemlere karşı aşırı duyarlıdır. Bu sistemde yargı organı, bürokratik bir devlet bünyesinde adeta bir hukuk makinası haline gelmelidir. Öyle ki bu makina, gerekli harç ve masraflarıyla birlikte yüklenen dosyaları, gerekçeleri az çok tutarlı kararlar şeklinde yeniden üretir⁴⁷³.

Weber'in rasyonelleşme kavramıyla hukukun form unsurunun belirginleşip güçlenmesi arasındaki ilişki doğru orantılıdır. Rasyonel hukuk, belirlilik ve kesinlik

⁴⁷⁰ Giddens (2010) s. 287-288.

⁴⁷¹ Giddens (2008) s. 50.

⁴⁷² Weber (2017) s. 204.

⁴⁷³ Lukacs, s. 174-175.

ilkelerine uyan, kavramlar üzerine inşa edilmiş, genel ve soyut kurallar içeren bir sistem olma özelliğini taşır. Rasyonel hukuk, hesaplanabilir hukuktur. Kapitalizm ile rasyonel hukukun her ikisi de bu hesaplanabilirlik niteliğinden kaynaklanmaktadır. Lukacs bu hususu şu şekilde ifade etmektedir:

“Egemen olan ilke bizim açımızdan en önemli konudur: Hesaplamaya, hesaplanabilirliğe göre ayarlanmış olan rasyonelleştirme ilkesi! Burada ekonomik sürecin özne ve nesnelerinde gerçekleştirilen kesin sonuçlu değişiklikler şunlardır: Birincisi, çalışma sürecinin hesaplanabilirliği (matematiksel analizi) ki, ürünün kendisindeki organik-irrasyonel olan ve daima nitel olarak koşullanan birlik veya bütünlükten kopmayı ifade etmektedir. Hedeflenen tüm sonuçların önceden giderek daha bir kesinlikle hesaplanması anlamına gelen rasyonelleştirmeye ancak her bir kompleksi öğelerine en duyarlı biçimde parçalamakla, bu parçalamanın özel kısmi yasalarını sonuna kadar araştırmakla ulaşılabilir. Buna göre rasyonelleştirme, bütün ürünlerin, empirik çalışma deneyimlerinin geleneksel amalgamı'na dayalı olan organik manifaktür veya imalatıyla arasındaki tüm bağlarını koparmak zorunda kalmaktadır; uzmanlaşma olmadan bir rasyonelleştirmeden söz etmek olanaksızdır”⁴⁷⁴.

2. Pozitivizm ve Formelleşme İlişkisi

Hukukta form unsurunun madde unsuruna nazaran öncelikli olduğunu savunan çalışmamızda bu öncelik, usul kavramı üzerinden ilk olarak pozitivizmin kurucuları Bentham ve Austin üzerinden kurulabilir. Birinci bölümde değinildiği üzere hukuk normlarının, esasa ilişkin ve usul kuralları olarak tanımlanması ilk kez Bentham ve Austin tarafından gerçekleştirilmiştir. Her iki hukukçunun da önceliği, olan hukuk ile olması gereken hukukun ayrı değerlendirilmesi gerekliliğidir. Olan hukuk, net ve tartışmasız bir şekilde belirlenebilir olmalıdır. Bununla birlikte Bentham, *Common Law* ve *equity* şeklinde bölünmüş ve dağınık bir niteliğe sahip İngiliz hukukunu, tek bir sistem altında birleştirmeyi savunmuştur. Bentham *Common Law* ve *equity* yargılamalarının maddi olarak aynı, ama sadece usulde farklı olduğunu belirtmiş, usulü yeknesaklaştırarak hukukun tek bir sistemde uygulanması için çabalamıştır. Austin de hukuku, sınırları belirlenmiş bir alan olarak tanımlamayı amaçlamış, buyruk teorisi üzerinden bu tanımlamayı gerçekleştirmiş ve buyruğun kurucu unsurlarından olan yaptırım kavramını açıklarken usul kavramına değinmiştir.

⁴⁷⁴ Lukacs, s. 164.

Bentham ve Austin'in usul kavramıyla ilgili görüşleri hukuk ve form ilişkisi için bir başlangıç noktası oluştursa da pozitivizmin form unsuruna bakışı hakkında genel bir çıkarım yapılması için yeterli değildir. Bu başlık altında sadece usul olarak form ile sınırlı kalmayarak, çağdaş pozitivist hukukçuların hukuk anlayışları üzerinden form ve pozitivizm ilişkisi incelenmeye çalışılacaktır.

Öncelikle söylenilmesi gereken çağımız hukuki pozitivizminin 18. ve 19. yüzyıl pozitivizminden farklı olduğudur. Hukukun, belirli, kesin ve mutlak kanunlardan ibaret olduğunu savunan, yoruma ve hâkimin takdir yetkisine izin vermeyen hukuk anlayışı terk edilmiştir. Günümüzde bu iki akım arasındaki ayrımın önemsiz hale geldiğini savunan görüşler de bulunmaktadır⁴⁷⁵. Ancak özellikle adil olmayan kanunların hukuk olarak kabul edilip edilmeyeceği ya da kuralların belli ahlaki ilkelerle sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı hususlarındaki tartışma varlığını sürdürmektedir.

Hukuki pozitivizm hukuku çeşitli tezler üzerinden açıklamaktadır. Bunların en önde geleni sosyal kaynak tezi ve ayrılabilirlik tezidir. Sosyal kaynak tezi, hukukun varlık ve geçerlilik şartlarının sosyal olgu ve konvansiyonelliğe bağlı olması ile ilgiliyken, ayrılabilirlik tezi hukuk ve ahlak ilişkisine yöneliktir. Bu tezlere, özellikle de ayrılabilirlik tezine göre alınan konum itibarıyla hukuku pozitivistler sert (dışlayıcı) ve yumuşak (kapsayıcı) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

Günümüzde sosyal kaynak tezi, bir başka deyişle hukuk kurallarının sosyal kaynağı meselesi Hart'ın tanıma kuralı üzerinden tartışılmaktadır. Hart'a göre hukuk, bireylerin eylemlerine yön veren birincil kurallar ile; birincil kuralların tanınması, değiştirilmesi ve uygulanmasını gösteren ikincil kurallardan müteşekkildir. Birincil kurallar hakkındaki kurallar olarak da ifade edilen ikincil kurallar üçe ayrılmaktadır: Tanıma kuralı, değiştirme kuralları ve yargılama kuralları. İşte ikinci kurallar arasında gösterilen tanıma kuralı, bir kurala hukukilik özelliğini bahşeden geçerlilik kriterini oluşturmaktadır⁴⁷⁶. Tanıma kuralının bir sosyal olgu olarak varlığının nasıl tespit edileceği konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmektedir. Ancak bizim açımızdan önemli olan tanıma kuralının neyin hukuk olarak tanınacağını belirten kriterleridir. Hart'ın da içinde bulunduğu kapsayıcı pozitivistler tanıma kuralının ahlaki kriterler içerebileceğini kabul ederken, Raz'ın başı çektiği dışlayıcı

⁴⁷⁵ **Uygur, Gülriz** (2003) "Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü mü?" AÜHFD, Cilt: 52, Sayı: 3, s. 173.

⁴⁷⁶ **Şahin Ceylan, Şule** (2012) "H.L.A. Hart'ın Yaklaşımıyla Hukuk Kavramı", HFSA 23. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, s. 83-85.

pozitivistler tanıma kuralında ahlaki ilkelere yer verilmeyeceğini savunmaktadır. Her iki görüşün kesişim kümesi tanıma kuralında ahlaki kriter içermeye zorunluluğunun bulunmadığıdır. Bu husus şu şekilde de ifade edilebilir: Tanıma kuralı, ahlaktan tamamen bağımsız olarak bir kuralı hukuk kuralı olarak tanıyabilir. Buradan kendi konumuzla alakalı şu sonuca ulaşılması mümkündür. Hukuki geçerlilik, tamamen formel unsurlarla belirlenebilir.

Pozitivizm, hukuku sadece olgusal kaynağa başvurarak, ahlaki değerlendirme yapılmaksızın tespit edilebilecek yasalardan ibaret görmektedir. Bu, hukukun ahlaka aykırı ya da ahlakla ilişkisiz olacağı anlamına gelmemektedir. Ancak hukuk, ahlaka başvurulmaksızın tespit edilebilir ve uygulanabilir olmalıdır⁴⁷⁷.

Pozitivizm çok açık bir biçimde, kuralı amacından (maddesinden) ayırmaktadır. Örneğin, hukukun temelini konvansiyonda gören Marmor, bu konvansiyonun kabul edilmesinin sebeplerini, kuralın kendisinin içinde olmadığını söylemektedir. Bunu, satranç oyunuyla kıyaslayarak, satranç oynama sebebinin, satranç oyununun kurallarıyla açıklanamayacağını ifade etmiştir⁴⁷⁸. Ancak bir oyunu oynamaya yönlendiren sebeplerin o oyunun kurallarından bağımsız olduğu fikrinin doğruluğu tartışılmalıdır. Zira oyunu “o” yapan, ya da bir şeyi o şey yapan nitelikler içerisinde amaç unsurunun bulunduğu yaklaşık 2500 yıl öncesinde Aristoteles tarafından ortaya konulmuştur. İlk bakışta atın L şeklinde ya da kalenin düz şekilde hareket etmesi gibi kuralların, satrancın değerini açıklamada alakasız olduğu düşünülebilir. Ancak satranca değerini veren onun, bu kuralların kombinasyonundan oluşmasıdır. Dolayısıyla bir kuralın hukuk kuralı olduğu yönünde konvansiyon oluşturan şeyin, o kuralın amacından bağımsız olduğu fikri mutlak bir doğru olarak kabul edilemez.

Benzer düşüncelerin çoğu pozitivist hukukçuda bulunduğu söylenebilir. Pozitivist hukuk literatüründe önemli bir yer teşkil eden Raz’ın görüşlerine bakalım. Raz, hukuku kavramsal bir analizle tanımlar. Analizinin merkezinde otorite kavramı bulunmaktadır. Buna göre ilk önce, her hukuk sisteminin otoriteye sahip olma iddiasında bulunduğunu söylemektedir. Bu kavramsal bir tespittir. Zira otoriteye sahip olduğunu düşünmeyen, bir başka deyişle kendisine uyulup uyulmaması konusunda bir iddiaya sahip olmayan bir kurallar bütünü hukuk sistemi olarak adlandırılmayacağından hareketle bu tespiti ulaşılmaktadır. Kant terminolojisiyle söylersek bu bir analitik yargıdır. İkinci olarak,

⁴⁷⁷ Arıkan, Engin (2019) Sert Pozitivizm, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, s. 77.

⁴⁷⁸ Arıkan, s. 155.

otoriteye sahip olma iddiasında bulunan bir şeyin, otoriteye sahip olma yeterliliği bulunan bir şey olduğudur. Dolayısıyla hukuk, otorite olma yetisine sahiptir. İşte bu sebeple hukuk, otorite yetisi üzerinden tanımlanmalıdır⁴⁷⁹.

Hukukun otoritesi, bir kimsenin kendi değerlendirmesini bir yana bırakarak, otorite sahibi hukukun emrini yerine getirmesi anlamına gelmektedir. Yani kişi kendi eylem sebebinin yerine hukuk kuralını koymaktadır. Raz, bu hususu üç tez ile açıklamaktadır: Bağımlılık tezi, normal gerekçelendirme tezi ve üstünlük tezi. Bağımlılık tezine göre, otorite emrinin sebepleri, emre muhatapların sebeplerine bağlı olmak zorundadır. Diğer iki tez konumuz açısından önemlidir. Normal gerekçelendirme tezinde özne, otoritenin emrine uymayı kendi eylem sebeplerine uymaya tercih eder. Bir diğer deyişle, kişi kendi sebeplerine uymaktansa kuralın emrine göre hareket ediyorsa hukukun otoriteye sahip olduğu anlaşılmaktadır. Üstünlük tezi ise otoritenin bir eylemin gerçekleştirilmesi talebi, diğer eylem sebeplerine ek bir sebep teşkil etmemesi, diğer tüm sebeplere üstün gelmesi anlamına gelmektedir⁴⁸⁰. Bu hususun da tıpkı Marmor'un iddiasında olduğu gibi hukuktan madde unsurunun soyutlanmasıdır. Kişinin bir eylemde bulunurken, eylemin sebebi olarak sadece onun hukuk tarafından öyle öngörülmüş olmasını kabul etmesidir. Bunun haricinde eylemin ahlaki ya da amaçsal değerlendirilmesi arka plana atılmıştır.

Raz' a göre bir kuralın hukuken geçerliliği, içeriğinden bağımsız olarak o kurala uyma yönünde ahlaki bir yükümlülük bulunduğu anlamına gelmektedir. Kuralın kendisinden soyutlanan ahlak, pozitivizmde kurala uyulmasının sebebi olarak gösterilmeye çalışılmıştır. Kurala ahlaka uygun olduğu için değil, hukuk olduğu için uyulmaktadır ancak kuralın kendisine uyulması başlı başına ahlaki bir yükümlülük olarak gösterilmektedir. Bu ahlaki yükümlülük direktifin içeriğinden (maddesinden) değil, kaynağından kaynaklanmaktadır. Raz'a göre, her hukuk sistemi meşru ahlaki otorite iddiası içerdiğinden ve gerekli ahlaki niteliklerden yoksun bir sistem meşru olamayacağından otorite sahibi olması da mümkün olmayacaktır⁴⁸¹.

Elbette Raz'ın görüşlerinin tüm hukuki pozitivistlere teşmil edilmesi mümkün değildir. Örneğin, Raz'ın önceliklilik tezinin, bireyin rasyonelliğine aykırı olduğu yönünde

⁴⁷⁹ Arıkan, s. 47-48.

⁴⁸⁰ Raz, Joseph (1988) *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, s. 42-62; Uyanık, Halit (2014) *Hukukun Otoritesi: Joseph Raz'da Otorite Olarak Hukuk*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, s. 163-168; Arıkan, s. 53-54.

⁴⁸¹ Himma, Kenneth (2010) *Hukukun Ahlaki Kriterleri Kapsayıcı ve Dışlayıcı Pozitivistler Arasındaki Tartışma*, Çev: Saim Üye, Bilgesu Yayıncılık, Ankara, s. 67-70.

itirazlar bulunmaktadır. Buna göre, kişinin ulaşılabilir nedenler dengesi ile uyumlu davranması rasyonalitenin bir gereğidir, eylemin diğer sebepleriyle ilgilenmeksizin itaat yükümlülüğü yüklenmesinin irrasyonel olacağı belirtilmiştir⁴⁸².

Pozitivist düşüncenin içerikten bağımsızlığı sadece hukukun tanımında değil, hukuk devleti kavramının tanımlanmasında da görülmektedir. Buna göre, hukuk devleti kavramında maddi unsurlar, hukuk devletinin değil *iyi hukuk devletinin* unsurları olarak görülmektedir. Kavram, maddi unsurları içine alacak şekilde genişletilmemelidir. Bu anlamda hukuk devleti kısaca insanların davranışlarını hukuka göre düzenlediği devlettir. Hukuk kurallarının ileriye yönelik, genel, ilan edilmiş, açık ve istikrarlı olması, yargı bağımsızlığı, usul kurallarının varlığı, mahkemelere erişim kolaylığı, keyfilğin önlenmesi amacıyla kararların gerekçeli olması gibi unsurlar da hukuk devleti için şarttır. Ancak, insan hakları, eşitlik, insan onuru kavramları ise hukuk devletinin maddi unsurları olarak görülmektedir⁴⁸³. Bir devleti hukuk devleti yapan, maddi değil formel unsurlarıdır. Önemle belirtilmesi gereken ise bu düşüncenin salt pozitivistler için geçerli olmadığıdır. Hukuk devletini formel olarak tanımlanması tabii hukukçuların bulunması da mümkündür.

Pozitivizmle formelleşmenin sıkı ilişkisinin açıklığı yanında formelleşme eğiliminin hukukun değer-amaç unsuruyla daha yakın ilişkide olan doğal hukuk akımında da etkili olduğu söylenebilecektir. Hukuku formel ilkeler üzerinden tanımlayan doğal hukukçu denildiğinde akla gelen ilk isim Fuller'dir. Fuller, kendi tabii hukuk düşüncesini klasik tabii hukuk düşüncesinden ayırmaktadır çünkü klasik düşüncenin artık kırılğan hale geldiğini söylemektedir. Yeni tabii hukuk düşüncesinin, ahlakiliğin herhangi maddi bir içerikle hukuka eklenmesi değil, hukukun yaratılma, ifade edilme, yorumlama ve uygulanma biçimleriyle ilgili olması anlamında prosedürel olduğunu vurgulamaktadır. Fuller, hukukun ahlaki otoritesi ile prosedürel özellikleri arasında bir bağ kurmaktadır. Sekiz prosedürel ilke sıralamıştır: i. kuralların genel olması; ii. kuralların ilan edilmesi; iii. yasaların geçmişe yürümemesi; iv. kuralların açık ve anlaşılabilir olması; v. birbiriyle çelişen kurallar çıkarılmaması; vi. kuralların imkansız istememesi; vii. kuralların sürekli ve istikrarlı olması; viii. kurallar ile fiili uygulamaları arasında uyum sağlanması⁴⁸⁴.

⁴⁸² Himma, s. 63.

⁴⁸³ Arıkan, s. 119-121.

⁴⁸⁴ Akı, s. 5; Aktaş (2011-b) s. 17-30.

Gerek pozitivist gerek tabii hukukçuların hukuku formel unsurlar üzerinden tanımlamaları, çalışmamızdaki temel tezi doğrular niteliktedir. Hukukun form unsuru madde unsuruna göre üstünlüğe sahiptir.

V. Formun Maddeye Üstünlüğünün Örneklendirilmesi

1. Okuma Yazma Bilmeyen Kişinin İmzasından Sorumluluğu

Çalışmamızın bu bölümünde hukukta formun maddeye üstün olduğu genel tezimize destek olacak bazı pratik örneklere yer verilecektir. Bunlardan ilki Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 2012 yılında vermiş olduğu bir karardır⁴⁸⁵. Dava işçilik alacaklarıyla ilgilidir ve davacı, yıllık izinlerini kullanmadığını öne sürerek, bu izinlere karşılık gelen ücretin ödenmesini talep etmiştir. Davalı işveren ise davacı işçi tarafından imzalanmış izin defterini mahkemeye sunmuş ve tüm izinlerini kullandığını iddia etmiştir. Ancak söz konusu olayda işçinin okuma yazması bulunmamaktadır. İlk derece mahkemesi, okuma yazma bilmeyen işçinin imzasının HMK 206. maddedeki şartları taşımaması sebebiyle geçersiz olduğunu belirterek işçinin yıllık izin ücretine hak kazanacağına karar vermiştir. Kararın verildiği dönemde söz konusu hüküm “*İmza atamayanların mühür veya bir alet ya da parmak izi kullanmak suretiyle yapacakları hukuki işlemleri içeren belgelerin senet niteliğini taşıyabilmesi, noterler tarafından düzenleme biçiminde oluşturulmasına bağlıdır.*” şeklindedir. İlk derece mahkemesi kararının temyiz edilmesi üzerine Yargıtay, bu hükmün geçerlilik değil ispat şartı olduğunu, davada işçinin bordrolardaki imzaların kendine ait olmadığını iddia etmesine rağmen, aynı itirazı izin defterine ilişkin imzalar için yapmadığından bahisle bu imzaların ikrar edilmiş sayıldığını belirterek, işçinin yıllık izin ücretine hak kazanmaması gerektiğinden, ilk derece mahkemesi hükmünün bozulmasına karar vermiştir.

Özel hukukun en temel ilkesi irade özerkliğidir. Özerk birey kendisini ancak özgür iradesi ile bir hukuki işlemle bağlı tutabilmektedir. Özgür irade ise ancak ilgili konu hakkında bilgi sahibi olduğunda söz konusu olacaktır. Okuma yazma bilmeyen bir kimsenin imzasının hangi durumlarda geçerli olacağı kanunla düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerden biri yukarıda değinilen HMK 206. maddedir. Diğer düzenleme ise Borçlar Kanunu 16. maddesidir. Buna göre “*İmza atamayanlar, imza yerine usulüne göre onaylanmış olması koşuluyla, parmak izi, el ile yapılmış bir işaret ya da mühür*

⁴⁸⁵ Yargıtay 22. HD. Esas No: 2012/3328, Karar No: 2012/8399, Tarih: 13.02.2012.

kullanabilirler.” Her iki hükümde geçen imza atamayanlar kavramı içerisine okuma yazma bilmeyen kişilerin girdiği konusunda doktrinde tartışma bulunmamaktadır⁴⁸⁶. Yargıtay kararında BK 16. madde değil, HMK 206. maddesinden bahsedilmiş ve bu madde geçerlilik şartı olarak görülmediği ve kişinin özel olarak bu imzalara ilişkin bir itirazı bulunmadığından bahisle imzanın geçerli olduğuna karar verilmiştir.

Bu kararın pozitif hukuk içinde kalınarak eleştirilmesi mümkündür. Buna göre, HMK 206. maddesinin bir belgenin senet olarak kabul edilmesi için gereken koşulları içeren bir düzenleme olduğu, söz konusu olayda izin defteri senet sayılamayacağından davaya BK 16. maddesinin uygulanması gerektiği ileri sürülebilir. Böylece, işçinin imzasının geçerli olabilmesi için “usulüne göre onaylanmış” olmasına bakılacaktır. Buradaki “usulüne göre” ifadesi özel olarak düzenlenmemişse de doktrinde bu usulün noter tasdiki ya da tanık olabileceğine ilişkin görüşler bulunmaktadır⁴⁸⁷. Söz konusu olayda usulüne göre onaylanmış bir el işareti bulunmadığından, işçinin imzasının hüküm ve sonuç doğurmaması şeklinde hüküm kurulması mümkündür. Böyle bir değerlendirme, Yargıtay’ın hukuku hatalı uyguladığı, dolayısıyla kararın formel üstünlüğü göstermeye örnek teşkil etmediği itirazına sebep olabilir. Ancak Yargıtay’ın açıklamaları, bu itirazı geçersiz kılmakta ve yüksek mahkemenin değerlendirmesinde maddenin göz ardı edildiği tespitinin yapılmasını sağlamaktadır.

“Bir belgenin okunmadan imzalanıp yada işaretlenmesi, güven ilkesi yönünden geçerli bir belge olarak kabul edilmelidir. Çünkü, içeriği hakkında hiçbir bilgi sahibi olmasa dahi bir belgeyi bu durumu bile bile, imzalayan ya da parmak izini basan kişi sonradan belgenin geçersiz olduğunu ileri süremez.”

Yargıtay, bir belgeye imza atıldığı takdirde bu belgeyle sorumlu olunması gerektiği aksi halde güven ilkesinin zedeleneyeceği ve bu şekilde okuma yazma bilmeyenlerin tüm işlemlerine şüpheyile yaklaşılacağını ifade etmektedir. Böylece, her durumda okuma yazma bilmeyen kişinin imza attığı belgenin içeriğini bildiğini ispat etmek gerekecektir. Form unsuruna öncelik verilerek, imza sahibinin belgenin içeriğini bildiği karineten kabul edilmektedir. Bu husus okuma yazma bilen bir kimse söz konusu olduğunda anlaşılabilir.

⁴⁸⁶ **Taşpınar Ayvaz, Sema** (2012) “Türk Borçlar Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun İmza Atamayanlarla İlgili Yeni Düzenlemesine Eleştirel Bir Bakış”, AÜHFD, No: 61 (1), s. 333.

⁴⁸⁷ **Taşpınar Ayvaz**, s. 337-339.

Ancak okuma yazma bilmeyen bir kimsenin imzaladığı belgenin içeriğinden haberdar olduğunun doğrudan kabul edilmesi formel üstünlüğün göstergesidir.

Belirlilik ve kesinlik açısından: Okuma yazma bilmediğinden bahisle belgenin geçersiz sayılması, günlük hayatta karşılaşılabilecek her belgedeki imzanın sorgulanmasına yol açacak, belgelerin geçerliliğinde belirsizlik yaratacaktır. İmza, değişik içeriğe sahip olan belgelere hukuken varlık kazandıran yeknesak formel bir gereksinimdir.

Kavramsallık ve sistemsellik açısından: Okuma yazma bilmeyen kişinin, imza atamayan kavramı içerisinde değerlendirilmesi kavramsal bir analizdir. “Yine imza atamayan” kavramına ilişkin olarak HMK ve Borçlar Kanunu’ndaki düzenlemeler birlikte ele almış ve bu şekilde aynı sistem içerisinde yer alan düzenlemelerden hangisinin uygulanması gerektiğine karar verilmiştir.

Yazılılık ve kodifikasyon açısından: Olaya uygulanan hukuk yazılı ve kodifiye edilmiş tek bir kaynağa aittir.

Yöntemsellik ve bilimsellik açısından: İşçi, bordrodaki imzaya itiraz etmesine rağmen bu itirazın münhasır olarak yıllık izin ücretindeki imza için ileri sürmemiştir. Yargıtay, hükme ulaşırken uygulanması gereken usul kurallarını takip etmiş ve usuli bir eksiklik sebebiyle imzanın geçersiz sayılamayacağına karar vermiştir.

Kararı madde unsuru açısından ele alalım:

Amaç unsuru açısından: Gerek HMK gerek Borçlar Kanunundaki düzenlemenin amacı, irade özerkliği ilkesinin bir uzantısı olarak imza atamayan kişinin korunmasıdır. Yargıtay, amaç unsuru değerlendirmesi yapmamış, belirlilik ve kesinlik unsurunu öncelikli olarak tercih etmiştir.

Olgu unsuru açısından: Yargıtay maddi gerçeklikte işçinin imzaladığı belgenin içeriğini bilip bilmediğine ilişkin bir soruşturma yapmamış, imzayı içeriği bildiğine yönelik bir karine olarak değerlendirmiştir.

Anlam ve içerik açısından: Olaya uygulanacak kuralların dilsel ifadesinin hangi anlamlara gelebileceğine yönelik bir değerlendirme yapılmamıştır.

Yaptığımız analize, Yargıtay’ın kararında ve gerekçesinde haklı olduğu, hukuka ve kanuna uygun değerlendirme yaptığı gerekçesiyle itiraz edilebilir. Ancak, burada Yargıtay kararının doğruluğu ya da yanlışlığı hakkında bir tartışma yapmak amaçlanmamıştır. Göstermek istediğimiz, Yargıtay’ın kararını oluştururken dikkate aldığı maddi ve formel unsurlardır. Açıkça görüleceği üzere karar, formel unsurlar temel alınarak oluşturulmuş, maddi unsurlar tartışılmamıştır. Bu tespit maddi unsurların göz önünde bulundurulması gerekip gerekmediği tartışmasından farklıdır.

Örnek olarak incelediğimiz bu karar, Duncan Kennedy’nin üç boyutunu sıraladığı formel gerekçelendirmenin ikinci boyutunu oluşturan genellik-özellik karşıtlığını da akla getirmektedir. Buna göre, formel belirlenimle her olay için farklı bir düzenleme yapılmasına ya da her olayın ayrı ayrı değerlendirilmesine gerek kalmayacaktır.

2. Tebligat Hukukunda Form ve Madde

Form ve madde unsurlarının gösterilmesi ve formun maddeye üstünlüğünü örneklemesi için tebligat hukukunu seçmemizin çeşitli sebepleri bulunmaktadır. Öncelikle, tebligat hukuku özel-kamu, hukuk-ceza, icra-vergi fark etmeksizin tüm hukuk yargılamalarında ortak ilke ve kurallara sahiptir. İkinci olarak tebligat; hukuki bir işlemin, davanın ya da yargılamanın başlaması için mutlak surette yerine getirilmesi gerekli olan bir zorunluluktur. Yargılamanın gerçekleştirilmesi, tebligatın yapılmış olmasına bağlıdır. Tebligatın muhatabına ulaşılmadığı durumlarda dahi çeşitli usullerle tebligat “yapılmış sayılarak” yargılamaya devam edilmesi ya da hukuki işlemin hüküm ve sonuç doğurması mümkündür. Üçüncü ve en önemli nedeni ise tebliğin, hak arama, bilgi edinme, savunma hakkı ile ilişkili olmasının yanında, kişi özerkliğine bir başka ifadeyle, bireyin kendisini ilgilendiren bir işlemde sorumlu olması için o işlemde haberdar olması gibi maddi, ilkesel bir amaç taşımasına rağmen, son derece formel bir karakter taşımasıdır. Tebligat: “yasal bir işlem hakkında muhatabı bilgilendirmek amacıyla hazırlanan belgenin muhataba başarıyla ulaştığının biçimsel kanıtı” şeklinde tanımlanmaktadır⁴⁸⁸. Bu tanım, tek başına tebligatın formel niteliğini açıkça göstermektedir. Ancak hukukta bu şekilde salt formel karakter taşıyan pek çok kural ve ilkenin bulunması mümkündür. Yeniden vurgulama gerekirse, form unsurunun üstün olduğu iddiasını temellendirmek için tebligat hukukunun tercih edilmiş olması, tebligatın tüm yargılamanın zorunlu şartını teşkil etmesidir. Tebligatın maddi yönü,

⁴⁸⁸ **Tüzüner, Özlem** (2011) “Elektronik Tebligatın Kalitatif Yöntemle İncelenmesi”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 4, s. 141.

formel yönünün ardından zikredilmektedir: “*Tebliğatin derhal göze çarpan amacı, bilgilendirme ve belgelendirme olsa da; dolaylı amacı, istikrar ve hukuk güvenliği ilkelerine ulaşmaktır*”⁴⁸⁹.

Tebliğin yazılı bildirim ve belgelendirme olmak üzere iki unsuru bulunmaktadır. Bildirim unsuru tebligatın maddi yönünü, belgelendirme unsuru ise formel yönünü oluşturmaktadır. Bu iki unsurdan birinde eksiklik bulunması hali “tebliğ yokluğu”, her iki unsurun da bulunması ancak tebliğin kanunda öngörülen şekilde yapılmaması “usulsüz tebliğ” olarak değerlendirilmektedir⁴⁹⁰. Tebliğ yokluğunda, tebliğ hiç yapılmamış olarak değerlendirilmekte ve işlemin tashihi mümkün olmamaktadır. Usulsüz tebliğ durumunda ise Tebligat Kanunu’nun 32. maddesine göre, beyan edilen öğrenme tarihine göre tebliğin usule uygun hale getirilmesi mümkündür⁴⁹¹.

Tebliğde formel unsur, maddi unsurdan ayrıcalıklı konumdadır. Örneğin; vekille takip edilen bir işlemde asile tebliğ yapılması durumunda tebliğ yokluğu veya usulsüz tebliğ değerlendirmesi önem taşımaktadır. Bu hususa ilişkin doktrinde farklı görüşler olmasına rağmen,⁴⁹² Yargıtay bu durumun tebliğ yokluğu olarak değerlendirileceğini hükme bağlamıştır⁴⁹³. Dolayısıyla uygulamada vekil varken, davanın asıl tarafını teşkil eden asile tebliğ yapılması, tebligatın hiç yapılmamış sayılması sonucunu doğurmaktadır. Aslında, asile tebliğ durumunda hem bilgilendirme hem de belgelendirme unsurlarının mevcut olduğu aşıkardır. Ancak hukuk sistemi sadece asilin bilgilendirilmiş olması hususunu dikkate almamaktadır. Yargıtay’ın değerlendirilmesinin rasyonel açıdan temellendirilmesi mümkündür. Üstelik uygulamada yaşanabilecek hak kayıplarının önüne geçilmesi açısından asilin tek başına bilgilendirilmiş olmasının yeterli sayılmaması doğru bir değerlendirme olarak kabul edilebilir. Söylemeye çalıştığımız bu kabulün doğru ya da yanlış olması değil, formel unsurun maddi unsurdan öncelikli olmasıdır. Bu değerlendirmemiz, formun üstünlüğünün kanıtlanmasında zayıf bir örnek olarak görülebilir. Aşağıda yer verdiğimiz düzenleme, maddi unsurun tali planda olduğunu daha açık şekilde gösterecektir.

⁴⁸⁹ **Tüzüner**, s. 143.

⁴⁹⁰ **Muşul, Timuçin** (2013) Tebligat Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 41.

⁴⁹¹ Madde 32 – Tebliğ usulüne aykırı yapılmış olsa bile, muhatabı tebliğe muttali olmuş ise muteber sayılır. Muhatabın beyan ettiği tarih, tebliğ tarihi addolunur.

⁴⁹² Doktrindeki bu görüşlerin ayrıntıları için bkz. **Dağlı, Mutlu Can** (2020) Ceza Muhakemesi Hukukunda Tebligat, Hasan Kalyoncu Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s. 42.

⁴⁹³ Yargıtay 12. HD., Esas No: 2018/15448, Karar No: 2019/4985, Tarih: 21/03/2019.

11.02.1959 tarihinde yürürlüğe giren Tebligat Kanunun 20. maddesi, geçici süre ikametini terk edenlere ilişkin bir düzenleme içermektedir. Bu düzenleme 3220 Sayılı Kanun ile 1985; 4829 Sayılı Kanun’la 2003 yıllarında değişikliğe uğramıştır. Söz konusu maddenin ilk hali şu şekildedir⁴⁹⁴:

“14, 16 ve 18. maddelerde yazılı şahıslar, kendisine tebliğ yapılacak kimsenin muvakkaten başka yere gittiğinden bahisle tebliği kabul etmezlerse, keyfiyet ve beyanda bulunanın hüviyeti tebliğ mazbatasına yazılarak altı beyanı yapan tarafından imzalanır. Beyanda bulunan imzadan imtina ederse tebliği yapan bu ciheti şerh ve imza eder ve tebliğ edilemeyen evrak, çıkaran mercie iade olunur. Bunun üzerine mercice münasip bir mehil tayin olunarak yeniden tebliğ çıkarılır. Bu tebliğ dahi 14, 16 ve 18. maddeler gereğince yapılır. Ancak ikinci defa çıkarılan tebliğ evrakını bu maddelerde yazılı şahıslar kabule mecburdurlar.”

Maddenin bu ilk düzenlemesi uyarınca, bir kişinin geçici süre başka yerde bulunduğu anlaşıldığı durumlarda tebligat yapılmayıp, tebliğe çıkaran merci tarafından tayin edilecek makul bir sürenin sonunda belgenin yeniden tebliğe çıkarılması öngörülmektedir. Bu maddenin güncel halinde ise makul bir süre beklenip yeniden tebliğe çıkarılma durumu ortadan kaldırılarak, ilk seferde tebellüğ etmeye yetkili kişi tebligatı almakla zorunlu tutulmuştur. Bu durumda ise tebliğin hangi tarihte yapılmış kabul edileceği hususunda yeni bir düzenleme öngörülmüştür:

“Kendisine tebliğ yapılacak kimsenin muvakkaten başka bir yere gittiğini belirten kimse, beyanını imzadan imtina ederse, tebliğ eden bu beyanı şerh ve imza eder. Bu durumda ve tebliğ evrakının kabulden çekinme halinde tebligat, 21 inci maddeye göre yapılır. (Değişik son cümle: 19/3/2003-4829/4 md.) Bu maddeye göre yapılacak tebligatlarda tebliğ, tebliğ evrakının 13, 14, 16, 17 ve 18 inci maddelerde yazılı kişilere verildiği tarihte veya ihbarname kapıya yapıştirilmişsa bu tarihten itibaren onbeş gün sonra yapılmış sayılır.”

Bu maddenin yorumunda Yargıtay ikili bir ayrıma gitmiştir. Buna göre, eğer muhatabın farklı bir şehirde olduğunu beyan eden kişi, yine de tebliğ almayı kabul ederse, tebligat o tarihte yapılmış sayılır. Ancak bu kişi muhatabın farklı şehirde olması sebebiyle tebellüğden imtina ederse tebligat 21. maddeye göre yapılacak ancak bu sefer tebliğin 15 gün sonra yapılmış sayılacağı kabul edilecektir⁴⁹⁵.

⁴⁹⁴ **Ekecik, Şükran/Duran, Osman** (2013) “Tebligat Kanunu’nun 20. Maddesi Üzerine Düşünceler”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 3, s. 88-89.

⁴⁹⁵ **Yılmaz, Ejder/Çağlar, Tacar** (2013) Tebligat Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 363; **Ekecik/Duran**, s. 100;

Yargıtay'ın bu yorumu çeşitli açılardan değerlendirilebilir. Tebliğ tarihinin tespitinin, muhatap dışındaki bir kişinin tebellüğden imtina keyfiyetine bağlanması, esasen düzenlemenin lafzi yorumu ile ulaşılabilecek anlamına da uygun değildir⁴⁹⁶. Ancak Yargıtay'ın bu yorumu bir tarafa bırakılacak olursa, maddenin ilk haline getirilen değişikliklerle bilgilendirme unsuruna yani maddi unsura atfedilen tali nitelik bariz bir şekilde anlaşılmaktadır. Maddenin ilk halinde olduğu gibi ilgili merciin somut olaya göre tayin edeceği bir süre sonunda yeniden muhataba ulaşmaya çalışması, bilgilendirme unsurunun sağlıklı bir şekilde gerçekleşmesi açısından daha elverişlidir. Maddenin yeni, hali tebliğin sadece şeklen gerçekleştiğinin belgelenmesi ve yargı sürecinin hızlı bir şekilde ilerlemesi amacıyla formun esasa tercih edilmesinin bir göstergesidir. Kaldı ki Ekecik ve Duran'ın belirttiği üzere, tebligattaki yegâne amaç, muhatabın tebliğ evrakının içeriğini öğrenmesi değil, bu içeriğe uygun belli bir davranış şekli oluşturmaktır. Zira teknolojik imkanlar sebebiyle tebligatın içeriğinin öğrenmesinin sağlanması kolay olmakla birlikte, tebligatın niteliğine göre gerçekleştirilecek hareket tarzında, bilgi ve belgelerin temini için muhatabın ikamet yerine dönmesi zorunlu olabilir⁴⁹⁷. Örneğin, kişinin cevap dilekçesi yazması durumunda bu dilekçenin yazılması için lüzumlu belgelerin yerleşim yerinden ve bizzat muhatabın talebiyle edinilmesi gerekebilir. Dolayısıyla tebliğden haberdar olunması yetmez; bu tebliğe karşı pozisyon alınabilmesi için ikamet adresine gelinmesi zorunlu olabilir. Dolayısıyla değişikliklerle beraber bilgi edinme hakkından ziyade savunma hakkının da zedelenmesi söz konusu olacaktır⁴⁹⁸.

Yargıtay kararlarında tebligat kanunu hükümlerinin tamamen şekli olduğunu ifade edilmiştir⁴⁹⁹. Buna göre, bir kimsenin tebligat hakkında maddi anlamda bilgilendirilmiş olmasına bir sonuç bağlanmamaktadır. Önemli olan bilgilendirmenin ispatıdır. Şekli şartların varlığı, maddi şartın yerine getirildiğinin kabulü için yeterli olmaktadır. Ancak salt maddi şartın varlığı hukuken bir sonuca bağlanmamıştır. Başka bir deyişle, pek çok durumda şekli şart tek başına yeterlidir. Hukuk sistemimizde tebligat hukukunda formel unsura verilen bu üstünlük Amerikan hukuk sisteminde dava dilekçesi ve mahkemeye çağrı

“7201 sayılı Kanunun değişik 20/son maddesi gereğince tebliğ evrakı muhatap adına tebligat yapılabilecek kimseye verildiği için, tebligatın 11.10.2003 tarihinde yapıldığının kabul edileceğine, adı geçen tebellüğden imtina etmemesi sebebiyle ihbarname kapıya yapılmadığı için tebliğ işleminin 15 gün sonra yapılmış sayılacağına yönelik hükmün burada uygulanması mümkün değildir” Yargıtay 12. HD. Esas No: 1897, Karar No: 7104, Tarih: 25.03.2004.

⁴⁹⁶ **Yılmaz/Ejder**, s. 361-362.

⁴⁹⁷ **Ekecik/Duran**, s. 96.

⁴⁹⁸ **Ekecik, Duran**, s. 98

⁴⁹⁹ Yargıtay HGK. Esas No: 2007/6-915, Karar No: 2007/946, Tarih:05.12. 2007.

belgelerinin davalıya tebliği hususunu düzenleyen hükümlerin karşılaştırılması suretiyle daha net görülecektir.

Amerikan hukukunda tebliğ ile ilgili temel düzenleme Federal Medeni Usul Kanunu'nun (*Federal Rules of Civil Procedure*)⁵⁰⁰ 4. maddesinde yer almaktadır. Buna göre tebligatın muhataba bizzat yapılması esastır. Kişiye bizzat ulaşılamaması halinde, ikametinde birlikte oturduğu ve makul yaştaki bir kişiye tebligat teslim edilebilecektir. Bunun haricinde, tebligatın, yetkili temsilciye de yapılması mümkündür. Bu durum 7201 sayılı Tebligat Kanunu ile paralellik arz etmektedir. Söz konusu kanunun 10. maddesi tebligatın şahsen yapılacağını, 11. madde vekile ve kanuni temsilciye yapılacak tebligatı, 16. madde şahsen tebligatın yapılamayacağı durumlarda aynı konutta oturan kişiye veya hizmetçiye tebligatı düzenlemektedir. Kanunun 21. maddesi ise tebliğ imkansızlığı ve tebellüğden imtina hallerine ilişkindir. Bu durumda tebligat ihbarnamesi kapıya yapıştırılıp tebliğ evrakı muhtara bırakılarak tebliğ gerçekleştirilmektedir. Madde açık bir biçimde adresin muhatabın merkezi kayıt sistemindeki adresi olması halinde kişinin orada hiç oturmaması ya da kalıcı surette taşınması hallerinde dahi, bu hükmün uygulanacağını düzenlemektedir. Normal şartlarda bir kimsenin kalıcı olarak ayrıldığı yere tebligat yapılması durumunda, o tebliğden haberdar olması düşük bir olasılıktır. Ancak kanun koyucu, maddi unsur olan bilme unsurunun gerçekleşmeme ihtimalini bilinçli bir biçimde görmezden gelmektedir. Bu şekilde, kişinin merkezi kayıt sistemindeki adresini güncel tutmamasına dolaylı yoldan müeyyide uygulandığı düşünülebilir.

Amerika'da dava belgeleri mahkemece resen tebliğe çıkarılmamaktadır. Federal Medeni Usul Kanunu'nun 4. maddesi uyarınca, davayı açan taraf, dava dilekçesini mahkeme kâtibine imzalatıp mühürlettirdikten sonra, çeşitli yöntemlerle tebliği kendisi yaptırmakta ve buna ilişkin belgeyi mahkemeye sunmaktadır. Mahkeme sadece, tebliğin uygun bir biçimde yapılıp yapılmadığını değerlendirmektedir. Uygulamada mahkeme evrakı çoğunlukla tebliği yapabilme hususunda akredite edilen özel kuryeler aracılığıyla gerçekleştirilmektedir. Federal Medeni Usul Yasasındaki düzenleme genel bir düzenleme olup, her bir eyalet tebliğin nasıl yapılacağını ayrıntılarıyla belirlemektedir. Örneğin, California Eyaleti'nde tebliğe ilişkin usul, yerel yönetime ait internet sitelerinde ayrıntısı ile açıklanmıştır⁵⁰¹. Buna

⁵⁰⁰ Cornell Law School Legal Information Institute, https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_4, s.e.t. 08.12.2021.

⁵⁰¹ California Courts-Service of Court Papers, <https://www.courts.ca.gov/selfhelp-serving.htm>, s.e.t. 08.12.2021.

göre, davanın taraflarından biri olmamak koşuluyla, 18 yaşından büyük herhangi bir kimsenin davalıya dava evraklarını tebliğ ettirmesi mümkündür. Bir başka deyişle, davacı bir arkadaşı vasıtasıyla dahi davalıya tebligat yaptırabilmektedir. Tebliğ yaptıran kişinin tebliğin nasıl, nerede, hangi şekilde gerçekleştirdiğine dair ayrıntısıyla doldurup imzaladığı belgeyi (*proof of service*) mahkemeye sunması gerekmektedir. Tebliğ alan kişinin imzadan kaçınmış olması durumunda, bu hususun da ayrıntılı şekilde tutanak altına alınması gerekmektedir.

Amerikan tebligat hukukunda üzerinde duracağımız esas farklılık, muhataba bizzat ulaşılmaması durumuna ilişkindir. Bu halde, tıpkı 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nun 16. maddesindeki gibi, aynı konutta ikamet eden kişiye tebliğ yapılması mümkündür. Ancak bunun yapılabilmesi için tebliğle yetkili kişinin muhataba bizzat ulaşmak konusunda gerekli çabayı göstermiş olması gerekmektedir. California Eyalet düzenlemesi, tebliğ yapanın muhataba en az üç kez bizzat tebliği denemesi gerektiğini belirtmektedir. Bu denemelerin sonunda muhataba ulaşılamaz ise aynı ikamette oturan bir diğer kişiye tebliğ yapılabilecektir. Ancak tebliğin bu şekilde yapılması durumunda, ayrıca tebliğ evrakının posta yoluyla da gönderilmesi gerekmektedir. Muhatap harici kimseye yapılan tebliğ (*substituted service*) durumunda görevlinin, *proof of service* haricinde gerekli ve yeterli özeni gösterdiğine ilişkin belge (*declaration of due diligence*) hazırlaması gerekmektedir. Bu halde tebliğ, evrakın aynı ikamette oturan diğer kişiye tebliğinden 10 gün sonra gerçekleştirilmiş sayılmaktadır.

Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin 1878 tarihli *Settlemer v. Sullivan*⁵⁰², kararına konu olan olayda tebligat, muhatabın adresinde kendisiyle birlikte yaşayan eşine yapılmıştır. Tebligat evrakında muhatabın bulunmadığına ya da tebligatın neden eşine yapıldığına ilişkin herhangi bir açıklama yer almamaktadır. Yüksek mahkeme bu olayda tebligatın usule uygun yapılmadığından, muhatabın gıyabında yapılan yargılamayı geçersiz saymıştır.

Amerikan tebligat hukukunda mahkeme evrakının resmi devlet görevlilerince yapılmaması, tebliğ vazifesinin davanın taraflarına ait olması eleştiri konusu yapılabilir. Ancak iki hukuk sisteminin kıyaslamamızdaki amaç, maddi unsur olan bilme unsuruna verilen ağırlığın gösterilmesidir. Amerikan sisteminde, muhataba bizzat ulaşabilmek için gerekli özenin gösterilmiş olması, en azından tebliğ adresine birden fazla kez gidilmiş olması

⁵⁰² *Settlemer v. Sullivan*, 97 U.S. 444 (1878), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/97/444/>, s.e.t. 08.12.2021.

aranmaktadır. Türk hukuk sisteminde ise böyle bir zorunluluk yoktur. Kanunun ilk halindeki geçici süre ikametini terk edenlere ilişkin düzenleme de değiştirilerek, bizzat tebliğe ilişkin amaçtan tamamen vazgeçilmiştir.

Türk hukukunda tebliğin maddi unsurunun formel unsurundan öncelikli olduğu bir düzenleme olarak arabuluculuktan bahsedilebilir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olan arabuluculukta, arabulucunun taraflara yaptığı tebligatlarda bilme unsuruna ağırlık verilmektedir. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu 18/A maddesi 7. bendine göre, arabulucu “elindeki bilgiler itibarıyla her türlü iletişim vasıtasını kullanarak görevlendirme konusunda tarafları bilgilendirir ve ilk toplantıya davet eder.” Uygulamada arabulucunun kısa mesaj yoluyla dahi tarafları toplantıya çağırması mümkündür. Dikkat edilecek husus, tarafların bilgilendirilmesi konusunda yeterli ve gerekli özenin gösterilmesi ve bu çabanın herhangi bir şekilde belgelendirilmesidir. Önemli olan tebligatın maddi unsuru olan bilgilendirmenin gerçekleştirilmesidir. Formel unsur olan belgelendirme ise herhangi şekli şart olmaksızın somut duruma en uygun şekilde yapılabilmektedir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HUKUKTA FORMUN ELEŞTİREL KURAMLAR ÇERÇEVESİNDE ANALİZİ

Çalışmamızın buraya kadar olan kısmında, form ve madde kavramlarının hukuk alanında ne ifade ettiği, hukuktaki form ve maddenin temel hukuk geleneklerindeki tarihsel görünümü ve değişimi hususları incelenmiştir. Bu bölümde ise, eleştirel paradigmanın egemen olduğu günümüz düşüncesinde, hukukun form unsurunu oluşturan niteliklerine karşı yöneltilen eleştiriler analiz edilecektir.

Genel olarak ifade edildiğinde, modern Batı hukukunun 10 temel özelliği şu şekilde belirtilebilir⁵⁰³:

- i. Hukuki kurumlar diğer kurumlardan (din, töre, ahlak vb.) keskin bir şekilde ayırdır.
- ii. Hukuki kurumların idaresi profesyonel bir hukukçu sınıfı tarafından yapılmaktadır.
- iii. Hukukçu sınıfının ayrı bir eğitimi, eğitim kurumu ve literatürü bulunmaktadır.
- iv. Hukuki eğitim kurumları ile hukuku uygulayan kuramlar arasında diyalektik bir ilişki bulunmaktadır.
- v. Hukuk, uyumlu bir bütün, bütünleşmiş bir sistem bir gövde olarak tasavvur edilmiştir. *Corpus* adlandırması, Romalılar tarafından değil, 11. yüzyıldaki Roma hukuku araştırmacıları tarafından yapılmıştır.
- vi. Bugün de hukuk gövdesi ve sistemi kavramlarının kullanılması, hukuki karakterin sürekliliğine, nesiller boyu geliştiğine dair inançla ilişkilidir. Bu inanç

⁵⁰³ Berman, s. 21-26.

Batı toplumlarına özgüdür. Gövde hayatta kalır çünkü organik değişimi mümkün kılan bir mekanizmayı barındırır.

- vii. Hukuki gelişimin bir iç mantığı vardır. Eskiye yeniye uyarlama şeklinde değildir, bir örüntünün parçasıdır. Sadece süregiden bir şey değildir. Bir tarihi vardır.
- viii. Hukukun tarihselliği, onun siyasi otoritelere üstünlüğü ile ilişkilidir.
- ix. Farklı hukuk sistemleri ve farklı mahkemeler aynı toplumda rekabet halinde bir arada bulunur.
- x. İdeal ile realite, dinamiklik ile durağanlık, aşkınlık ve içkinlik arasında sürekli bir gerilim mevcuttur. Bu gerilim belirli aralıklarla devrimlere yol açmış, gelenek devrimlerle yenilenmiştir.

Modern Batı hukukuna ilişkin sayılan on özellikten sadece ilk dördü günümüzde hala varlığını sürdürmektedir. Diğer altı özellik hakkında ise pek çok tartışma bulunmaktadır. Örneğin, hukuki kategorilerin artık batıl olduğu ve hukukun gelişeceğine dair inancın yitirildiği iddia edilmektedir. Hukukun gelişimi, iç mantığının sonucu değil, hukuk harici unsurların etkisiyle gerçekleşmektedir. Hukukun siyasete aşkın, ondan bağımsız bir kurum olmadığı ifade edilmektedir. Çoklu mahkeme sisteminin bulunduğu hukuki plüralizm neredeyse yok olmuştur. Hukuk tek bir merkezi yargılama ve uygulama idaresi altındadır. Hukuk giderek daha parçalı, daha öznel, çıkara daha fazla ama ahlaka daha az bağlı, çabuk çözümlerle daha fazla ilgili, buna karşılık tutarlılık ve devamlılıkla daha az ilgili hale gelmiştir⁵⁰⁴.

İşte hukuk düşüncesinde meydana gelen bu değişim, hukukun form ve madde unsurlarında takip edilebilir. Hukukta formun üstünlüğü çeşitli eleştirel düşünce akımlarında sekteye uğratılmıştır. Ancak bu durum, formun üstünlüğü kaybettiği anlamına gelmemektedir.

I. Belirlilik ve Kesinlik İdeasının Yıkılışı

A. Doğa Bilimlerinde Belirsizliğin Keşfi

⁵⁰⁴ Berman, s. 60-62.

Bilginin kaynağı, imkânı ve sınırları antik çağdan itibaren felsefenin ana meselesini teşkil etmektedir. Bu epistemolojik problemde, özellikle Descartes ile başlayan dönemle nesneden ziyade özne üzerinde durularak, öznenin neyi nasıl ve ne kadar bilebileceği tartışılmıştır. Hume ve Kant bu tartışmalarda önde gelen ve birbirinden farklı görüşleri savunan iki filozoftur.

Ampirizmin ünlü temsilcisi Hume, bilinebilme imkanını iki gruba ayırmaktadır: fikir bağlantıları ve olgu sorunları⁵⁰⁵. Fikir bağlantılarının içine aritmetik, geometri ve cebir girmektedir. Sezgi ve kanıtlama yöntemi kullanılarak ulaşılan bu bilgiler tanıtlayıcı bilgileridir. Hume, sadece bu bilgi türlerinin kesin ve bilinebilir olduğunu söylemektedir. Diğer grubu oluşturan olgusal meselelere ilişkin bilgilere deney ve gözlem yoluyla ulaşılır. Tanıtlayıcı değil olumsallardır. Dolayısıyla kesinlik taşımazlar. Her a olayından sonra b olayının meydana gelmesi iki olay arasında bir nedensellik bağına zorunlu kılmaz. Bu ilişkiyi mümkün kılan şey mutlak şekilde işleyen mantık ilkeleri değil, daha önceki algılarımızdan kaynaklanan bir alışkanlıktır. Aklın, deneyim olmadan bilgi yaratması mümkün değildir. Deneyimi mümkün kılan duyularla elde edilen bilgiler ise kesinlik taşımazlar. Özetle, Hume için olgusal dünyaya ilişkin kesin bir bilgiye ulaşılması mümkün değildir⁵⁰⁶.

Rasyonalizmin en ünlü temsilcilerinden olan Kant ise Hume'dan farklı olarak, akla aktif bir misyon yükleyerek akıl ve deneyi sentezlemiş, olgusal dünyayı (fenomen evren) bilinebilir bir dünya olarak tanımlamıştır. Kant, akıl ve duyunun birlikteliğinin bilgi yaratmadığı evreni (numen evren), olgusal dünyanın dışına taşımıştır. Kantta olgusal dünya bilinebilirdir⁵⁰⁷. Bu hususa ikinci bölümde “Düalizmler ve Dikotomiler Çağı Olarak Modernite” başlığında değinilmişti.

Bilim dünyasında modern dönemin başlangıcı, Newton fiziğinin oluşturduğu dünya görüşüne paralel bir biçimde Kant'ın bilinebilirlik görüşleriyle örtüşmekteydi. Newton keşifleri, “*önceden tahmin edilebilir kuvvetler tarafından yönetilen ve bu sayede açık ve anlaşılabilir olan*”⁵⁰⁸ bir dünya algısı oluşturmuştu. Ancak 20. yüzyılda yaşanan gelişmeler

⁵⁰⁵ **Hume, David** (1976) İnsanın Anlama Yetisi Üzerine Bir Soruşturma, Çev: Oruç Aruoba, Hacettepe Üniversitesi Yayınları, Ankara, s. 31.

⁵⁰⁶ **Öktem, Ülker** (2004) “David Hume ve Immanuel Kant'ın Kesin Bilgi Anlayışı”, Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Dergisi, No: 44/2, s. 31.

⁵⁰⁷ **Öktem**, s. 46-49.

⁵⁰⁸ **Crease, Robert P/Goldhaber, Alfred Scharrf** (2016) Kuantum Dönemi Planck, Bohr, Einstein ve Heisenberg Belirsizliği Sevmeyi Bize Nasıl Öğretti, Çev: Vural Arı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, s. 13.

Hume'un görüşlerini destekler hale getirmiştir. Newton fiziği ve Öklid geometrisinin dünya ve evreni açıklamadaki yetersizlikleri ortaya çıkmış, kesinlik ve açıklık algısı değişikliğe uğramıştır⁵⁰⁹.

Newton fiziğinde hareket matematiksel olarak tanımlanmakta, bir kütlenin gelecekteki hareketinin tahmin edilmesinin ve geçmişteki konumunun bulunmasının mümkün olduğu gösterilmektedir. Bu bilim anlayışı, kuralları herkes tarafından görülür ve anlaşılır, makinaya benzer bir evren düşüncesini ortaya çıkarmıştır. Bu görüş dünyayı basit, zarif ve anlaşılabilir kılmıştır. Yeryüzü ve gökyüzünün farklı olmadığını, aynı kurallara tabi olduğunu ve dünyanın mantıklı ve tutarlı bir bütünlük teşkil ettiğini göstermiştir. Ayrıca Newton'un dünyası Aristoteles'in varlığın dört nedeninden biri olarak öne sürdüğü amaçsal nedene ihtiyaç duymamaktadır. Evren yasaları, insan eylemlerine atıfta bulunmadan sadece kütle ve kuvvetler ile işlemektedir. Hatta insan hareketleri de sadece mekanik itme ve çekme kuvvetleri olarak tanımlanabilir⁵¹⁰.

Newton'un fiziksel dünyayı yöneten yasaları ortaya çıkarması, felsefeyi ve sosyal bilimlere de etkilemiştir. Kant, Newton yasalarının üzerine kurulduğu mekân, zaman, evrensellik, nedensellik kavramlarını zihnin kategorileri, yani aklın apriori koşulları olarak sunmuştur. Ona göre, algılarımızdan gelen veriler, zihnimize bu kategoriler sayesinde bilgiye dönüşmektedir. Bir başka deyişle Kant, Newton kavramlarını “*mental yazılımımızın parçası*” olarak tanımlamıştır. Yine aynı şekilde sosyal bilimlerde insanı ve toplumu yöneten yasaların araştırılmasına başlanmış, devlet ve siyaset teorisi bu yasalarla şekillenmiştir⁵¹¹.

Newton fiziği ile yaratılan bu dünyaya, kuantum fiziği önemli bir şerh düşmüştür. Işığın bazı spesifik durumlarda nasıl davranması gerektiği ile ilgili beklentilerde ortaya çıkan sapmalar, kuantum fiziğinin ortaya çıkışını oluşturmuştur. 1900-1925 ve 1925-1927 olmak üzere iki kuantum devrimi döneminden bahsedilmektedir. İlk olarak ışığın temel birimi olan fotonlarının hem dalga hem de parçacık özelliği gösterdiği, ancak bu özelliklerden hangisini göstereceğinin onun gözlemlenmesi ile ilgili olduğu ortaya çıkmıştır. Görelilik teorisinin de eşlik ettiği ilk kuantum döneminde, zaman mekân ve nedensellik kavramlarında keşfedilen yeniliklerin bir nevi terbiye edilerek yeniden Newton dünyası içerisinde bir yer edinebileceği inancı bulunmakta iken; bu umut 1927 yılında belirsizlik ilkesinin keşfi ile yok olmuştur.

⁵⁰⁹ Tatar, s. 106-107.

⁵¹⁰ Crease/Goldhaber, s. 13-17.

⁵¹¹ Crease/Goldhaber, s. 18-19.

Kuantum evreni Newton evrenini yok etmemiştir. Yalnızca Newton evreninin tek gerçeklik olmadığını, bunun yanında kuantum fiziğinin geçerli olduğu bir evren daha olduğunu ortaya çıkarmıştır. Kuantum kuralları, atom altı dünya olan mikro evrenler düzeyinde geçerlidir. Ancak Newton kuralları ile kuantum kurallarının geçerliği olduğu evrenin sınırı net olarak çizilememiştir⁵¹².

Belirsizlik ilkesi, Alman fizikçi Heisenberg tarafından 1927 yılında ortaya konulmuştur. Bu ilke birbirine bağlı iki büyüklükten birisinin ölçülmesindeki duyarlılık artırıldığında, diğerinin ölçülmesindeki duyarlılığın azaldığını, bu sebeple de tam bir ölçüm gerçekleştirilemeyeceğini söylemektedir. Buradaki iki büyüklük, konum ve momentumdur. Klasik fizik de denilen Newton fiziği uyarınca bir maddenin konum ve hızının bilinmesiyle yapılan mekanik hesaplamalarla son derece kesin sonuçlara ulaşılabilmektedir. Ancak atom altı parçacıklar söz konusu olduğunda bu belirlilik söz konusu değildir⁵¹³. Kuantum evreninde konum ve momentum değerlerinden birinin tam olarak belirlenmesi, diğerini belirsiz bırakmaktadır:

“Hızla giden bir elektronun konumunu ancak elektronu görürsek ölçebiliriz. Görelim diye onu ışıklandırmak zorundayız, yani üzerine ışık düşürmeliyiz. Ama üzerine düşen ışık ışınları elektronu dürtüyor, elektronun hızı böylece kontrol edemeyeceğimiz bir biçimde değişiyor. O bakımdan elektronun konumunu ne kadar kesin belirlemek (görmek) istiyorsak, daima daha kısa ışık dalgaları kullanmamız gerekiyor. Ama kısıdalgalı ışının enerjisi de o derecede yüksektir ve elektronu daha kuvvetli itekliyor (gerçek hızından farklı bir hız kazanıyor elektron). Gerçek hızını saptama olanağımız kalmıyor, belirsizlik burada yattıyor!”⁵¹⁴

Belirsizlik ilkesindeki belirsizlik, elektronun önce konumunun saptanıp sonra hızının ölçülmesi ile, önce hızını belirleyip sonra konumunun ölçülmesindeki sonuçların farklı olduğu anlamına gelmektedir⁵¹⁵. Belirsizlik ilkesinin bir diğer bulgusu, zaman ve enerji ikiliği hakkındadır. Buna göre, zamanla ilgili bilgi ne kadar kesin olursa, enerji ile ilgili bilgi o kadar belirsizleşmektedir⁵¹⁶.

⁵¹² Crease/Goldhaber, s. 22-23.

⁵¹³ Yıldız, Ali (2014) “Belirsizlik İlkesi ve Öğretimi”, International Periodical For The Languages, Literature and History of Turkish or Turkic, Volume: 9/11, s. 604.

⁵¹⁴ Planck, Max (1996) Modern Doğa Anlayışı ve Kuantum Teorisine Giriş, Çev: Yılmaz Öner, Spartaküs Yayınları, İstanbul, s. 173-174.

⁵¹⁵ Uçar, Semra (2020) “Heisenberg Belirsizlik İlkesindeki Belirsizlik”, Temaşa Felsefe Dergisi, No: 14, s. 74.

⁵¹⁶ Uçar, s. 75.

Bir elektronun konum ve hızının tespit edilmesi için yapılan ölçüm elektronun doğal halini değiştirmektedir. Bu da kuantum fiziğinin gösterdiği farklı bir gerçeği oluşturmaktadır. Buna göre ölçüm (gözlem), ölçülen varlıkta bir değişikliğe neden olmaktadır. Bu husus şu örnekle açıklanabilir: Suyun sıcaklığının ölçülmesi için su içine konulan termometre, ölçülen su ile etkileşime girdiğinden artık sıcaklığını ölçeceği su, ölçüm anından önceki suyla aynı olmayacaktır. Dolayısıyla burada ölçüm aracının, ölçümü etkilediği sonucuna ulaşılmaktadır⁵¹⁷.

Pek çok etkisinin yanında belirsizlik ilkesinin bizim için en önemli iki çıkarımı, kesin tespit edilemezlik ilkesi ile gözlemcinin etkisi unsurudur. Bu iki unsur, sosyal meseleler üzerinde çok büyük bir etki doğurmuştur. Nesnel gözlem yapılamayacağı durumların varlığı ortaya koyulmuş, bir olayın gözlemlenmesinin o olayın doğasını değiştirdiği kabul edilmiştir. Bunun bir nedeni, gözlemlenen olayın gözlemciye göre göreceli hale gelmesi iken, diğer nedeni gözlemlenenin gözlemlendiğinin farkında olması sebebiyle davranışını değiştirmesidir⁵¹⁸. Bahsedilen bu gelişmeler bilimin nesnelliğine büyük bir şüphe düşürmüştür. Nesnellik, bilim adamının tarafsızlığı kavramıyla paraleldir. Bilim insanının, içinde yaşadığı fiziksel ve sosyal bağlamdan tam anlamıyla soyutlanamayacağı, her kavramsallaştırmanın temelinde felsefi inançlar bulunduğu ve her ölçümün, gerçeği kaydetmeye çalışırken onu değiştirdiği ifade edilmiştir. Bilime atfedilen yapay tarafsızlık inancı, bulguların doğruluk değerinin arttırılmasını önleyen bir engel olarak görülmüştür⁵¹⁹.

B. Hukuki Belirsizlik Tezi

Pozitivist bilim anlayışı tüm bilimlerin temelinde matematik ve mantık, bir başka deyişle matematiksel mantık olduğunu kabul etmektedir. Buna göre matematiğin diliyle ifade edilmiyorsa bilim yapılmıyor demektir⁵²⁰. Yukarıda değinildiği üzere hukuk da bu şekilde matematiksel ifadelerle açıklanmaya çalışılmıştır. Örneğin; formalistler hukuku, “hukuki sonuç= büyük önermenin küçük önermeye uygulanması” ya da “kuralın (k) olaya (o) uygulanarak hükme (h) ulaşılması ($k \times o = h$)” formülleri ile ifade etmişlerdir. İlk bölümde, siyaset biliminin bilimsel niteliğinin arttırılması amacıyla kavram ve kuram ilişkisi ile bunların matematiksel mantığa dayalı analizleri aracılığıyla kavramların matematiksel formül haline getirilmesi çabalarından bahsedilmiştir. Bu da benzer şekilde matematiksel

⁵¹⁷ Yıldız, s. 605.

⁵¹⁸ Crease/Goldhaber, s. 136.

⁵¹⁹ Gulbenkian Komisyonu, s. 72.

⁵²⁰ Arslan (2007) s. XVII.

mantık ile bilim ilişkisinin bir örneğini oluşturmaktadır. Austin'in hukuk anlayışının “analitik” kavramı ile ifade edilmesi de aynı şekildedir. Analitik hukuk bilimi, pek çok hukuki kavram, kendisi analiz edilebilir olmayan ancak diğer terimlerin kendileri sayesinde tanımlanabilir olacağı temel kavramlara indirgenmesi sebebiyle analitiktir. Hukukun ne olduğuna ilişkin araştırma da içeriğinden bağımsız olarak kesinliği ya da dakiklığı ile sadece matematikle rekabet edebilecek kavramsal ve formel bir araştırmadır⁵²¹.

Hukuk, belirli bir yöntemle oluşturulmuş, anlamı açık ya da açıklanabilir olduğu düşünülen hukuki kavramları içeren, ait olduğu sistem içerisinde uygun yerde konumlanmış, resmi şekil ve usule sahip bir kural, karar ya da uygulamadır. Bu şekilde, tıpkı Newton fiziğinin Aristoteles'in dört neden kuramındaki amaçsallığa ihtiyaç duymaksızın, evreni insan eylemlerinden bağımsız mekanik yasalarla tanımlaması gibi hukuk da maddesi olarak ifade ettiğimiz amaç ve de olgu boyutu ikinci planda kalarak, formel unsurlarla işleyen bir mekanizma olarak tanımlanabilmektedir. Bu doğrultuda Bentham, Austin, Weber, Jhering ve Kelsen gibi pozitivistler hukuku doğa bilimlerine öykünerek kesin bir bilim yapmayı amaçlamışlardır. Ancak 20. yüzyılın son yarısından itibaren sosyal bilimleri doğa bilimleri gibi kesinliğe ulaştırma çabası değil, doğa bilimlerinin sanıldığı kadar kesin olmadığı ve bilimin sosyal bir nitelik taşıdığı düşüncesi önem kazanmaya başlamıştır.

Hukukun belirsizliği, ilk olarak hukuki realist akım içerisinde tartışılmış, sonrasında eleştirel hukuk çalışmaları bünyesinde geliştirilmiş ve radikalleştirilmiştir. Hukuki belirsizlik iki şekilde ortaya çıkmaktadır: Hukuk metninin belirsizliği ve uygulama sırasında norma verilecek anlamın belirsizliği. Dolayısıyla yargı kararları ile hukuk kuralları arasında bir ilişkinin bulunup bulunmadığı ya da ne tür bir ilişkinin bulunduğu hususunu irdeleyen hukuki belirsizlik tezi en kısa şekliyle bir hukuki probleme verilecek birbirinden farklı birden çok cevap olması şeklinde tanımlanabilir⁵²².

Hukuki realistler öncelikle, hukuki formalizm anlayışındaki kuralın (k) olaya (o) uygulanarak hükme (h) ulaşılması ($k \times o = h$) formülasyonuna karşı çıkmışlar ve ulaşılan kararın kuralın mantıksal sonucu olmadığını belirtmişlerdir⁵²³. Kuralın uygulanacağı olguların tespitinde gerçeğe ne oranda ulaşılabileceği, hâkimin kişiliği ve tutumunun yargılamaya ne kadar etki edeceği, tanık ifadelerine ne kadar güvenilebileceği, somut olayın

⁵²¹ Kılıç, Muharrem (2003) Felsefe Ansiklopedisi Cilt 1, Ed. Ahmet Cevizci, Etik Yayınları, s. 343.

⁵²² Özkök, Gülriz (2002) “Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine”, AÜHFD, No: 51/2, s. 1-2.

⁵²³ Gürkan, Ülker (1967) Hukuki Realizm Akımı, Sevinç Matbaası, Ankara, s. 67.

aslıının bilinmesinin güçlüğü gibi meseleleri değerlendirmedeki kesinlikten mahrumiyeti tartışmışlardır⁵²⁴.

Eleştirel hukuk çalışmalarının belirsizlik tezi, hukuki realizm kuramındaki savların devamı şeklindedir. Bu akım çerçevesinde belirsizlik tezi, doğal hukuk ya da pozitivist hukuk eleştirisi olarak değil, daha bütüncül şekilde liberal hukuk devleti anlayışına karşı ideolojik bir eleştiri aracı olarak kullanılmıştır. Genel olarak, hukukun belirsiz ve tutarsız olduğunu, hukukun ilkeler içeren bir teoriden ziyade güç ilişkilerinin yansıması olduğunu iddia etmişlerdir⁵²⁵.

Yukarıda ifade edilen ($k \times o = h$) formülü Jerome Frank'e aittir. Hukukun bu formülle çözümlenmediğini 1931 tarihli makalesinde dile getirmiştir⁵²⁶. Bu tarihte fizikteki konum ve momentuma ilişkin formülün de geçersizliği ortaya koyulmuştur. Burada Frank'in Heisenberg'ten etkilenmiş olduğu iddia edilmemektedir çünkü bu iddia için elimizde zamansal uyuma haricinde bir veri bulunmamaktadır. Ancak, doğa bilimlerinin en önemli dalını teşkil eden fizikte belirsizliğin keşfinin sosyal bir bilim olarak zikredilen hukuk alanında, hukukun belirsizliği şeklinde formüle edilmesinin, daha büyük bir cesaret ve ikna edicilikle iddia edildiğini ileri sürmek mantıksız olmayacaktır.

Belirsizlik tezindeki konum ve hız ilişkisi, hukuki belirsizlik tezinde kural karar ilişkisi şeklinde ortaya koyulmuştur. Heisenberg tezinin hukuk uygulanmasını konu edinen bir çalışmada belirsizlik, doğruluk (*accuracy*) ve kesinlik (*precision*) düalitesi şeklinde ele alınmıştır. Buna göre, hukuki belirsizlik ilkesi “belirli bir zamanda koyulan kuralın kesinliğinin artması, belirsiz gelecekteki davanın doğruluğunu azaltır” şeklinde formüle edilmiştir⁵²⁷. Bu düşünceye adalet ve adil olan kavramlarının kesin tanımlamalarının yapılamaması, kavramların statik, kalıcı ve durağan değil, aksine açık uçlu ve süreçle değişen karakterlerinden yola çıkılarak ulaşılmıştır. Buna göre bir kanunun hem belli bir meseleyi kesin ve tam olarak çözümlemesi hem de bu kanunun ileride gerçekleşmesi muhtemel tüm olaylar için aynı derecede geçerli olması mümkün değildir. Konum ve hız niteliklerinden yalnızca birinin tam olarak ölçülmesi gibi doğruluk ve kesinlik niteliklerinden de ancak biri tam olarak gerçekleştirilebilmektedir.

⁵²⁴ Türkbağ, Ahmet Ulvi (2002) “Amerikan Hukuki Realizm Akımı”, İÜHFİM, Cilt: LVIII, Sayı: 1-2, s. 89.

⁵²⁵ Aktaş (2011-a) s. 83-84.

⁵²⁶ Frank, Jerome (1931-1932) “What Courts Do in Fact -Part One”, Illinois Law Review, No: 26(6), s. 649.

⁵²⁷ Stoeva, Yana (2016) “The Uncertainty Hypothesis in International Economic Law”, The Chinese Journal of Global Governance, No: 2, s. 53.

Doğa bilimlerindeki gözlemcinin etkisi faktörünün hukuka uygulanması da mümkündür. Adaletin ve adilin ne olduğunun yorumcudan (gözlemciden) soyutlanarak tartışılması mümkün değildir. Doğa bilimlerindeki gözlemci etkisi, hukuka, yorumcunun ya da uygulayıcının etkisi olarak yansımaktadır. Fotonların hem parçacık hem dalga özelliği göstermesi ve bunun seçilen deneye göre değişmesi gibi hukukta da bir eylemin aynı anda hem adil hem adaletsiz olarak nitelendirilmesi ve bunun yorumcuya göre değişmesi söz konusudur⁵²⁸.

Stoeva'nın gözlemci etkisini hukuka uyarladığı nokta dikkat çekicidir. Gözlemci etkisi, hukuki belirlilik ile ilişkili olan tarafsızlık ilkesi bünyesinde düşünülebilir. Hukukta gerek olayın değerlendirilmesinde gerekse kanunun uygulanmasında hâkimin tarafsız olması gerekmektedir. Buradaki tarafsızlık Amerikan hukuki realizm akımında, kural şüpheciliği ve olay şüpheciliği adı altında sorgulanmıştır. Ancak bu meselenin fizikteki gözlemci etkisine atıfla tartışılması da mümkündür. Gözlemci etkisi kısaca, ölçüm aracının gözlemlediği olayla etkileşime girerek nesnel gözlem yapmanın önünde bir engel oluşturmasıdır. Buna göre, hukukta ölçümü yapacak kişi olarak nitelendirebileceğimiz hukuk uygulayıcısının, analiz ettiği vakayla, yorumladığı kuralla, gerekçe oluşturmaya çalıştığı hukuki problemle etkileşime girerek nesnel değerlendirme yapmasının güç hatta imkânsız olacağı ileri sürülebilecektir.

Doğa bilimlerinde belirsizliğin keşfi nedensel, objektif ve nötr evren kavrayışına aykırı olduğundan büyük tepkiyle karşılaşmıştır. Liberal hukuk anlayışı da evren anlayışına benzer şekilde hukukun nesnel ve tarafsız olduğunu iddia etmektedir. Hukukun belirsizliği en başta hukuk devleti ilkesinin altını oymaktadır. Hukuk devleti ilkesi, kişilerin eylemlerinin hukuka göre düzenlendiğini, alınan kararların hukuk kurallarına uygun olarak verildiğini varsaymaktadır, dolayısıyla hukuki güvenliği ve öngörülebilirliği gerektirmektedir. Oysa hukukun belirsizliği iddiası kararların kurallara göre verilmiyorsa neye göre verildiği sorusunu ortaya çıkarmaktadır. Belirli bir kurala göre verilmeyen karar, keyfî karar olarak değerlendirilmektedir. Bu sebeple hukukun belirsizliği iddiası pek çok itirazla karşılaşmıştır. Bunların en başında, hukuktaki belirsizliğin genele şamil edilemeyeceği, sadece belli durum ve koşullarda belirsizliğin söz konusu olduğu itirazıdır. Singer, bu itirazların belirlilik ve öngörülebilirliğin aynı şey olarak değerlendirilmesinden kaynaklandığını söylemektedir. Belirsizlik, keyfilikle eşdeğer görülmektedir oysa bu doğru

⁵²⁸ Stoeva, s. 51.

değildir. Hukukun bu belirsiz karakterine rağmen yine de öngörülebilir olduğunu iddia etmek mümkündür⁵²⁹.

Coleman ve Leiter da belirlilik ile öngörülebilirliğin aynı şey olmadığını ifade etmektedir. Zaten Amerikan hukuki realizm akımı da hukukun belirsizliğini savunmakla birlikte öngörülebilir olmadığını iddia etmemekte, aksine mahkeme kararlarının tahmin edilebilirliğinin sağlanabilmesi için ekonomi, psikoloji, sosyoloji, davranışçılık gibi farklı sosyal bilimlerden faydalanılmasının gerektiğini savunmaktadırlar⁵³⁰. Coleman ve Leiter, hukukun belirsizliğini, hukuk devletini ve hukukun üstünlüğünü imkânsız kılan bir olgu olarak görmemektedir⁵³¹. Belirsizlik, bir uyuşmazlığa uygulanacak hukuki kuralların sadece tek bir hükmün verilmesini zorunlu kılmadığı ve bu hukuki kuralların hakimlerin kararlarını neden o şekilde verdiklerini açıklamakta yetersiz olduğunu söylemektedir⁵³². Bu da hukukun tamamen keyfî, tahmin edilmez ve sübjektif olduğunun iddia edildiği anlamına gelmemektedir. Sadece hukuki bir kararın formalist bir şekilde, salt kurallar tarafından belirlendiği kabulüne karşı çıkmaktadır. Yani bir hukuki sorunun çözümü belirsiz (*indetermined*-kuralın birden fazla cevaba olanak sunması) ama öngörülebilir (*predictable*) olabilir. Önemli olan bir kararın nasıl meşru kılınabileceğidir. Meşru bir öngörülebilirlik, hukuk devleti ilkesinin ve de liberal normatif idealitenin karşılanması için yeterlidir⁵³³.

C. Belirlilik İddiasının Alternatifi Olarak Tutarlılık Teorisi

Hukukun belirli ve kesin olmadığı iddiası onun bilinemez, keyfî ve rastgele olduğu anlamına gelmemektedir. Bu sorun belirlilik ve kesinlik ilkesi yerine epistemik gerekçelendirme teorileri arasında sayılan tutarlılık teorisinin konulmasıyla aşılabılır. Belirlilik ve kesinlik bilgi teorileri içerisinde temalcilik ile bağlantılı görülebilir. Temalcilik eleştirisine dayanan tutarlılık teorisi, hukukun belirsizliği problemine tutarlılığın ikamesiyle bir çözüm sunmaktadır.

⁵²⁹ Aktaş (2011-a) s. 99.

⁵³⁰ Coleman, Jules L./ Leiter, Brian (1993) “Determinacy, Objectivity, and Authority”, University of Pennsylvania Law Review, Volume: 142, s. 582-583.

⁵³¹ Coleman/Leiter, s. 594.

⁵³² Leiter, Brian (2021) “Amerikan Hukuki Realizmi”, Çev: Engin Arıkan, Hukuk Felsefesi ve Hukuk Teorisi Rehberi içinde, Martin P. Golding/William A. Edmundson, Türkçe Çev. Ed. Ertuğrul Uzun, Isık Yayınları, İzmir, s. 105.

⁵³³ Coleman/Leiter, s. 587-588.

Geleneksel epistemolojiye göre bilgi “gerekçelendirilmiş doğru inanç” olarak tanımlanmaktadır. Bu tanıma göre gerekçelendirme (haklılaştırma-*justification*), doğruluk ve inançla birlikte, bilginin üç unsurundan birini teşkil etmektedir. Gerekçelendirmenin nasıl olması gerektiğine ilişkin pek çok teori bulunmaktadır. Bunlardan en önemlileri ve bizim konumuzla da alakalı olanı temelcilik (*foundationalism*) ve tutarlılık (bağdaşımcılık-*coherence*) teorileridir. Temelcilik teorisi, gerekçelendirilme ihtiyacı olmayan birtakım inançların bulunduğunu ve diğer tüm inançların bu temel inançlardan kaynaklandığını savunmaktadır. Temelciliğin gerekçelendirme modeli, doğrusal ve hiyerarşik bir yapıdadır. Temelcilik teorisi, epistemolojideki sonsuz geri gidiş problemine çözüm olarak sunulmuştur. Her inancın bir önceki inançla gerekçelendirilmesi gerektiğinde, sonsuz bir geri gidişle karşı karşıya kalınmaktadır. Kendini gerekçelendiren inançların kabul edilmesi bu geri gidişi bir yerde durdurmaktadır. Kendi kendisini gerekçelendiren inançlar şüpheyi bırakmayacak şekilde doğru ve yanlış olarak kabul edilen inançlardır. Descartes, Hume, Locke gibi filozoflar temelcilik teorisinin savunucuları arasında gösterilebilir. Descartes’in “Yöntem Üzerine Konuşmalar” adlı eserinde, her şeyden şüphe ederek bilgiyi en güvenilir temele dayandırma yöntemi ve sonunda ulaştığı “*cogito ergo sum*” ilkesi temelcilik teorisini yansıtmaktadır⁵³⁴.

Tutarlılık teorisi, bir inancın kendi kendisini gerekçelendirdiği iddiasına karşı çıkmaktadır. Bu teoriyi savunanlar, inancın ancak bir inanç sistemi içerisinde, bu inanç sistemini oluşturan öğelerle uygunluğu sayesinde gerekçelendirilebileceğini düşünmektedirler. Bu sebeple tutarlılık, temelcilik gibi hiyerarşik değil, bütüncül bir kavramdır. İnançlar arasında öncelik-sonralık ya da bir ayrıcalık olmadığını söylemektedirler⁵³⁵.

Tutarlılık teorisi, mantık disiplindeki çelişmezlik ilkesinden farklıdır. Tutarlılık teorisindeki anlamıyla bilgilerin tutarlılığı, bilgiler arasında birbirini destekleyen bir ilişki olduğunu, bilgilerin birbirleri ile gerekçelendirildiğini söylemektedir. Dolayısıyla tutarlılık için çelişmezlik gerekli olmakla birlikte tek başına yeterli değildir. Başka bir deyişle, çelişmezlik ilkesinin geçerli olduğu iki bilginin, mutlak surette birbirini destekler biçimde

⁵³⁴ **Özen Baykent, Ufuk** (2018) “Epistemik Haklılandırma Kavramı Üzerine Bir İnceleme”, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, No: 1 (2), s. 200-201.

⁵³⁵ **Özen Baykent**, s. 201-202.

gerekçelendirme fonksiyonunu üstlenmesi gerekmemektedir⁵³⁶. Ancak tutarlılık için bu gereklidir.

Epistemolojideki gerekçelendirmiş doğru inanç, hukukta gerekçelendirmiş doğru karardır. Bu doğrultuda temelcilik teorisine göre gerekçelendirmiş doğru hukuki karara ulaşmak için bu kararın gerekçelendirme ihtiyacı olmayan temel bir hukuki kurala dayandırılması gerekmektedir. Bu modern hukuku oluşturan normlar sistemiyle sağlanmaktadır. Normlar hiyerarşisine uygun olarak altta olan her hukuki düzenleme geçerliliğini ve aynı zamanda gerekçesini kendisinden önceki düzenlemelerden almaktadır. Hiyerarşinin en üst basamağında bulunan kural ise gerekçelendirilmesine ihtiyaç olmayan temeli sağlamaktadır. Bu durum, temelcilik teorisindeki doğrusal ve hiyerarşik modellerle paralellik göstermektedir. Benzer şekilde bir kararın, tümevarım yöntemine uygun şekilde bir kuralla gerekçelendirilmesi de temelci epistemolojinin bir örneğidir.

Temelci gerekçelendirme teorisi, hukukun belirliliği varsayımına uygun formel bir gerekçelendirmedir. Hiyerarşik ve doğrusal geri gidiş yöntemiyle, her hukuki düzenleme kendisinden önceki düzenlemeye göre belirlenir. Bu şekilde, en azından teorik düzeyde, bir belirsizlik problemiyle karşılaşmaz. Hukuki belirsizlik tezinde ise göz önüne alınması gereken epistemolojik model tutarlılık teorisidir. Her hukuki probleme verilecek birden çok cevap olması anlamına gelen hukuki belirsizlik tezi, maddi unsurları göz önünde bulunduran bütüncül yaklaşımla değer tutarlılığını amaçlayan tutarlılık teorisiyle yumuşatılmış olur. Bu şekilde hukukun belirli ve kesin olmasa da öngörülebilir olması sağlanır.

Tutarlılık teorisi, hukuk alanında argümantasyon teorileri kapsamında pek çok hukukçu tarafından ele alınmıştır. Bu teorisyenlerin başında gelen MacCormick'in gerekçelendirme teorisi iki aşamalıdır. İlk düzeyde karar, hukuk kuralı ve davadaki olgular ile gerekçelendirilir. Bu düzeyde olaya uygulanacak ve anlamı açık olan bir hukuk kuralı vardır. Tam ifadesiyle, hukuki formalizm akımındaki formül olan, kuralın (k) olaya (o) uygulanarak hükme (h) ulaşılması ($k \times o = h$) söz konusudur. Birinci düzeydeki bu gerekçelendirmeyi dedüktif gerekçelendirme olarak adlandırmıştır. Olaya uygulanacak bir kuralın olmadığı ya da kuralın anlamının açık olmadığı davalar olan zor davalarda birinci düzey gerekçelendirme yetersiz kalacaktır. Bu davalarda kuralın yorumlanması, bu

⁵³⁶ **Tepeli, Emine** (2017) “Bağdaşıcılık Teorisini Destekleyen ve Bağdaşıcılık Teorisine Karşı Argümanlar”, 21. Yüzyılda Eğitim ve Toplum Eğitim Bilimleri ve Sosyal Araştırmalar Dergisi, No: 6 (17), s. 492.

yorumun sonucunun kabul edilebilir olduğunun ve bu sonucun hukuk sistemiyle uyumlu ve tutarlı olduğunun gösterilmesi gerekmektedir⁵³⁷. İşte MacCormick’de tutarlılık bu noktada ortaya çıkmaktadır. Kısaca ifade etmek gerekirse, argümantasyon teorisindeki tutarlılık, zor bir dava söz konusu olduğunda hâkimin seçmiş olduğu yorumun kabul edilebilir sonucunun, o hukuk sistemindeki diğer ilke ve kurallarla uyumluluğunun gösterilmesidir.

Pozitivizm, hukuku kurallardan ibaret görmekte, hukuki akıl yürütmeyi kuralın olaya uygulanması ve hukukun salt kurallarla gerekçelendirilmesi olarak kabul etmektedir. Normatif tutarlılık teorisi, temelinde hukuki pozitivizm eleştirisinden kaynaklanmaktadır. Bu teori zayıf ve güçlü olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Zayıf tutarlılık teorisi, hukuki gerekçelendirme için tutarlılığı gerekli görmekle birlikte yeterli görmemektedir. Yani bir şeyin sadece tutarlı olması onu gerekçelendirmek için yeterli değildir. Güçlü tutarlılık teorisi ise tutarlılığın gerekçelendirme için yeterli olduğunu belirtmektedir⁵³⁸. MacCormick, zayıf tutarlılık teorisini desteklemektedir. Çünkü ona göre tutarlılık, formla ilişkilidir. Tutarlılık, evrensellik ve genellik sağlamakta bu sayede kararların keyfilikten uzak ve öngörülebilir olmasına hizmet etmektedir. Ancak bunların hepsi formel adalete ilişkin olup maddi adalete ilişkin bir şey söylememektedir. Bu sebeple MacCormick için tutarlılık gerekli ancak yeterli bir şart değildir. Tutarlılık hâkimin takdir yetkisini sınırlandıran bir şey olmakla birlikte, hâkime ne yönde karar vereceğini söylememektedir⁵³⁹.

Argümantasyon teorileri kapsamında Peczenick ve Alexy de tutarlılık hususuna değinmişleridir. Peczenick’in hem tek başına hem de Alexy ile ortak çalışmalarında oluşturduğu tutarlılık teorisi, tutarlılığı, destekleyici bir yapı olarak görmektedir. Buna göre, bir beyan, karar ya da yorum ne kadar destekleyici yapıya sahipse o kadar tutarlıdır. Tutarlılık derecesini belirleyen çeşitli kriterler ortaya koymuşlardır. Amaya bu kriterleri üç grupta toplamaktadır:

(i) Bir teoriye ait ifadeler arasındaki destekleyici ilişkilerin sayısı ve gücü; bu ifadeleri destekleyen gerekçelendirme zincirlerinin uzunluğu ve bağlantıları; teorinin oluşturduğu destekleyici yapının özelliklerini belirleyen kriterler; ilkeler arasındaki öncelik sıraları ve

⁵³⁷ **Feteris, Eveline T.** (2019) Hukuki Argümantasyonun Temelleri Yargı Kararlarının Gerekçelendirilmesi Teorileri Hakkında Bir Araştırma, Çev: Ertuğrul Uzun, Pinhan Yayıncılık, İstanbul, s. 145-157.

⁵³⁸ **Amaya, Amalia** (2015) The Tapestry of Reason An Inquiry into the Nature of Coherence and its Role in Legal Argument, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, s. 11.

⁵³⁹ **Amaya**, s. 19.

teoriye ait ifadeler arasındaki karşılıklı ilişkilerin sayısı; (ii) bir teori tarafından kullanılan kavramların genelliği ve bu kavramlar ile diğer teori tarafından kullanılanlar arasındaki kavramsal çapraz bağlantılar ... (iii) teorinin kapsamının özelliklerini belirleyen kriterler, yani bir teorinin kapsadığı durumların sayısı ve bir teorinin uygulandığı yaşam alanlarının çeşitliliği⁵⁴⁰.

Bu belirtilen kriterlerle tutarlılık, bir tartma ve dengeleme meselesi olarak nicel boyutuyla ele alınmıştır. Bu teori, MacCormick'in teorisinden farklı olarak güçlü tutarlık örneği olarak değerlendirilse de⁵⁴¹ sunulan ölçütler, normatif sistemlerin muhtevasıyla ilgili bir şey söylememektedir⁵⁴².

MacCormick'in argümantasyon teorisi hem temelcilik hem de tutarlılık teorisini birlikte uygulamaktadır. Çünkü ona göre, zor dava dediği dava türleri dışında gerekçelendirme birinci düzeyde kalacaktır. Birinci düzey gerekçelendirme dedüktif gerekçelendirmedir ve bu da epistemolojideki temelcilik teorisine karşılık gelmektedir. Hukukun belirli olduğu iddiası bu gerekçelendirmeye uyum içerisindedir. Bu düzeyde, tutarlılığın ayrıca incelenmesine ya da bütünsel analize ihtiyaç yoktur. Zaten MacCormick'in argümantasyon teorisi hukukun açık dokulu oluşu iddiası ile hukukun üstünlüğü ilkesinin uzlaştırılması amacına dayanmaktadır⁵⁴³. Bu sebeple amacı, zor davalarda hukuk boşluğunu doldurmak ya da belirsiz durumdaki kuralı yorumlamak suretiyle yeniden yaratmak durumunda olan hâkimin takdir yetkisini sınırlamaktır. Dolayısıyla, MacCormick'in teorisinde ileri sürdüğü tutarlılık argümanı hukukun genel niteliğine ilişkin değil, sınırlı bir alanda hâkimin karar verme yöntemine ilişkindir.

Aynı durum Peczenick ya da diğer argümantasyon teorisyenleri için de geçerlidir. Çünkü, geleneksel hukuk teorisinde tutarlılık, zor-kolay dava ayrımı yapıldıktan sonra zor davaların argümantasyonu içerisinde değerlendirilmektedir. Üstelik argümantasyon teorileri, sadece hâkimin önündeki bu zor davaların çözümlenmesi ile ilgilenmekte, ancak genel olarak hukukun niteliği ile ilgili bir tutarlılık iddiası sunmamaktadır⁵⁴⁴. Argümantasyon teorileri, epistemolojideki “gerekçelendirilmiş doğru inancın”, hukuk alanındaki yansıması olan “gerekçelendirilmiş doğru karardaki” gerekçelendirme kısmına

⁵⁴⁰ Amaya, s. 24.

⁵⁴¹ Amaya, s. 35.

⁵⁴² Feteris, s. 267.

⁵⁴³ Feteris, s. 145.

⁵⁴⁴ Amaya, s. 25.

odaklanmakta ancak doğru karar için pek fazla şey söylememektedir. Bu anlamda Dworkin bir istisna teşkil etmektedir. Zor-kolay dava ayrımı Dworkin’de de mevcut olsa da o, tutarlılığı bütünsellik kavramıyla birlikte ele alarak, sadece formel gerekçelendirmeyle sınırlı kalmayan maddi anlamda ahlaki ve politik doğruluk problemini de içine alan daha geniş bir tutarlılık söylemi meydana getirmiştir⁵⁴⁵.

Güçlü tutarlılık teorisini destekleyen Dworkin, tutarlılığa sadece formel bir işlev yüklememektedir⁵⁴⁶. Tutarlılığı bütünlük (*integrity*) olarak ele almaktadır. Bütünlük ilkesini hem bir erdem hem yorum ilkesi hem de meşruiyet aracı olarak tasarlamıştır⁵⁴⁷. Dworkin bütünlük ilkesinin adalet ve hakkaniyet ilkesini birbirine bağlayan bir ilke olarak görmüştür. Öyle ki adil sonuç ve hakkaniyetli sonuç bazen birbirinden ayrı karar vermeye neden olabilir ancak bütünlük ilkesiyle birlikte bu çelişki giderilir. Bütünlüğü, adalet ve hakkaniyet ihtilafını çözen üçüncü bağımsız bir ideal olarak tanımlamaktadır⁵⁴⁸.

Dworkin bütünlük olarak ele aldığı tutarlılığı “zincir roman” örneği üzerinden açıklamaktadır⁵⁴⁹. Hukuki kararı birden fazla kişinin ortaklaşa yazdığı bir romana benzetmektedir. İlk yazar, romanın ilk bölümünü yazıp, bu kısmı ikinci yazara verecektir. İkinci yazar da bu bölümü okuyup, hikâyeyi devam ettirip bir sonraki yazara tevdi edecektir. Bu şekilde her yazar, kendinden önce yazılmış bölümleri okuyup bu yazılanlarla uyumlu tek bir roman yazacaktır. Dworkin, hakimlerin görevini yazarların bu şekilde roman yazmasına benzetmektedir. Her bir hâkim karşılaştığı yeni problemin çözümünü daha önce verilen kararlara uygun şekilde yeniden oluşturmalıdır. Bu şekilde hukuku tutarlık içinde uygulayacaktır⁵⁵⁰.

Dworkin’e göre yorumun iki boyutu bulunmaktadır. İlki uygunluk (*fit*) ikincisi de en iyi aydınlatma (*best light*) ölçütleridir. Uygunluk, yorumun geçmiş yorumlara uygun olmasıdır. Ancak sadece geçmişe doğrudan bir bağlılık değil, geçmiş dikkate alan ama geleceğe de açılım yapan bir uygunluktan söz etmektedir. Bu formel uygunluktur. İkinci kısımda ise biçimsel uygunluktan öteye geçilerek içerik meselelerine girilmesi

⁵⁴⁵ Amaya, s. 55-56.

⁵⁴⁶ Amaya, s. 42.

⁵⁴⁷ Türkbağ, Ahmet Ulvi (2012) Kanıtlanamayanı Kanıtlamak: Ronald Dworkin’in Hukuk Kuramı, Derin Yayınları, İstanbul, s. 134.

⁵⁴⁸ Dworkin, Ronald (2018) Hukukun Hükümranlığı, Çev: Ertuğrul Uzun, Nora Kitap, İstanbul, s. 225-226.

⁵⁴⁹ Dworkin, s. 286-287.

⁵⁵⁰ Metin, Sevtap (2003) “Ronald Dworkin’in Hukuk Teorisinde Yorum Yaklaşımı”, İÜHFİM. Cilt: LXL, Sayı: 1-2, s. 42-43.

gerekmektedir. Yorumlananı en iyi hale ya da en aydınlık duruma getirecek, en iyi şekilde açıklayacak yorum seçilmelidir⁵⁵¹. Bu ölçüte göre, insan hakları ve yükümlülükleriyle tutarlı ilkeler kümesi içinde toplumun siyasi yapısının ve hukuk doktrininin en iyi kurucu yorumunu bulma amaçlanmalıdır⁵⁵².

Dworkin, hukuku başlı başına bir yorum faaliyeti olarak gördüğü için⁵⁵³ bütünlük ilkesi olarak tutarlılığı, hukuki yorum ilkesi olarak teorileştirmiştir. Bu yorumu da diğer argümantasyon teorisyenleri gibi zor davalara özgü kılmıştır. Ancak bununla birlikte bütünlüğü, hukuku oluştururken takip edilmesi gereken bir erdem ve hukuka meşruluk kazandıran bir ilke olarak da açıklamıştır. Bu yukarıda bahsedilen argümantasyon teorilerindeki tutarlılığı aşan bir tutarlılıktır. Türkbağ'ın verdiği örnek, Dworkin'in bütünlükçü bakış açısını zincir roman örneğinden daha iyi açıklamaktadır. Buna göre, vergi toplama yetkisinin yerel yönetimlere ait olduğu ve belli miktar verginin merkezi yönetime aktarıldığı bir yasal düzenleme yorumlandığında uygunluk (*fit*) ve en iyi açıklama (*best light*) ölçütleri takip edilecektir. Bunun için düzenlemedeki amaç ve değer göz önünde bulundurulmalıdır. Böyle bir düzenlemede vergi toplama işindeki asıl yetkinin yerel yönetimde, sınırlı yetkinin de merkezi yönetimde olduğu açıktır. Bu amacın arkasındaki değer, demokrasi kavramındaki değerler kümesiyle ilişkilidir. Dolayısıyla ilgili yasanın maddeleri bu bağlamda yorumlanmalıdır. Buna göre vergi toplama ve dağıtımında bir suiistimal ile karşılaşıldığında, vergi toplama yetkisinin belli bir süre merkeze alınacağına ilişkin bir düzenleme getirilmek istendiğinde bu yeni düzenlemenin yasanın ruhuna aykırı olduğu söylenebilecektir. Böyle bir durumda yapılması gereken suiistimali önleyecek denetim mekanizmaların öngörülmesidir⁵⁵⁴. Bu yorumlama, formel yorumu aşan, değerleri ve ilkeleri gözetten bir yorumlamadır.

Argümantasyon teorilerinin formel yönden ele aldığı tutarlılık, hukukun belirli olduğunu savunan pozitivist hukukçuların karşı çıkacağı bir iddia değildir. Birinci bölümde hukukun systemselliğini açıklarken değindiğimiz Luhmann'ın hukuk anlayışına göre de hukukun görevi, insan davranışlarını düzenlemek ya da bireyler arasındaki uyuşmazlıkları çözmek değildir. Hukukun asıl görevi, normatif davranış beklentilerini istikrarlaştırmaktır. Hatta bu hukuk düşüncesi istikrar = tutarlılık = adalet formulasyonu ile anlatılmaktadır⁵⁵⁵.

⁵⁵¹ Dworkin, s. 287-288; Türkbağ (2012) s. 138; Metin, s. 52.

⁵⁵² Dworkin, s. 318.

⁵⁵³ Dworkin, s. 11.

⁵⁵⁴ Türkbağ (2012) s. 136.

⁵⁵⁵ Çataloluk, s. 163.

Fakat bu teori, değerleri ve amacı hukukun dışında hatta hukuku rahatsız eden bir şey olarak görür. Hukuk 0 ve 1 rakamlarıyla kodlanmış bir sistemdir. Hukuktaki 0 hukuka aykırı, 1 de hukuka uygun anlamına gelmektedir. Hukuki tutarlılıktan kasıt tutarlı şekilde yinelenen uygulamalar, tutarlı biçimde uygulanan normlar ve aynı durumda aynı şekilde sonuç veren mahkeme kararlarıdır⁵⁵⁶. Bizim kastettiğimiz tutarlılık ile Luhmann'ın sistem teorisinde öne sürdüğü tutarlılık aynı anlama gelmemektedir. Luhmann'ın tutarlılıktan kastı, hukukun belirliliği iddiasıyla aynı doğrultudadır. Bizim kastettiğimiz ise belirlilik ve kesinlik söylemi yerine geçebilecek, formel tutarlılığın yanında amaç, değer ve ilke tutarlılığına da içine alan bir tutarlılık söylemidir.

Tutarlılık ilkesi, belirlilik ilkesi yerine geçecek şekilde kabul edilmediği takdirde, hukukun çoğu durumda belirli ancak bazı durumlarda belirsiz olduğu ve bu belirsiz durumlarda tutarlılığın gözetilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Hukukun belirli olduğu iddiasına alternatif olan tutarlılık ise sadece zor davalarda hâkime yol gösterecek bir ilke olmayacaktır. Kolay ya da zor ayırt etmeksizin genel olarak hukukun birbiriyle uyumlu kural, ilke ve kararlardan oluştuğunun kabul edilmesidir. Bu şekilde, epistemolojik gerekçelendirmedeki temelcilik teorisine öncelik veren, ancak temelciliğin eksik kaldığı durumda tutarlılığı uygulayan bir teoriden bahsedilmemektedir. Bu da her kararda formel gerekçelendirmeye yetinilmemesini ve maddi gerekçelendirmeye de başvurulmasını sağlayacaktır. Aşağıda değinileceği üzere, yorum meselesi, hermeneutik disiplini ile epistemolojik sınırlamasından kurtularak ontolojik bir kimlik kazanmıştır. Ontolojik yorum, metnin okuyucusuyla anlam kazandığını, her okuyucunun metni yeniden yarattığını söylemektedir. Bu bakış açısıyla her dava zor davadır, çünkü her davada anlam yeniden yaratılmaktadır. Bu sebeple kararın sebebi olarak bir hukuk metnini gösteren temelci gerekçelendirme yeterli olmayacaktır. Tutarlılık, zor davalarla sınırlı olmaksızın anlamın yeniden yaratıldığı tüm hukuki uygulama ve kararlarda göz önüne alınması gereken bir nitelik olarak kabul edilmelidir.

II. Kavramsallık Eleştirisi Olarak Şeyleşme Teorisi

Çalışmamızın birinci bölümünde hukukta kavramsallaşmaya değinilmiş, bir nevi soyutlama olan kavramsallaştırmanın arkaik hukukta mevcut olmadığı, hukukta kavramlaşma ile hukukun sistematik ve formel bir bilim haline gelmesinin paralel şeyler

⁵⁵⁶ Çataloluk, s. 207.

olduğu belirtilmiştir. Bu başlık altında ise arkaik yapıdan bilimsel yapıya geçişinin bir göstergesi olan kavramsal formaliteye farklı bir yönden, şeyleşme teorisi üzerinden bakılacaktır.

Şeyleşme, bir sürecin ya da ilişkinin genelleme yoluyla bir soyutlamaya dönüştürülüp bir “şey”- “nesne” haline getirmek şeklinde tanımlanabilir. İlk olarak Marks tarafından ele alınmış ve Lukacs tarafından geliştirilmiştir. Yabancılaşma, nesneleşme ve meta fetişizmi kavramlarıyla birlikte insanların kendi aralarındaki belirli toplumsal ilişkilerin, şeyler arasındaki bir ilişkiye dönüşümünü kastetmektedir. Şeyleşme ile hayali bir nesnellik oluşturulmakta ve insan yaratımı bu kurgu, insanları kontrol eden bir güç niteliği kazanmaktadır⁵⁵⁷.

Marks, meta fetişizmi ile insanların aslında kendiliğinden, yani fiziksel varlıkları nedeniyle hiçbir değeri olmayan ve de kendi başına insanlığın hiçbir ihtiyacını karşılayamayacak kâğıt para, altın ya da elmas gibi varlıklara bir değişim değeri atfetmelerini kastetmektedir. Öyle ki değişim aracı olarak pirinç tanesini kullanan bir toplumda para ya da altın gibi maddelerin hiçbir değeri olmayacaktır. Meta fetişizmini oluşturan, varlıkların doğal değeri ile sosyal değerinin karıştırılması ya da başka bir deyişle sosyal değer bu varlıkların doğal ve içkin bir değeri olarak görülmesidir⁵⁵⁸.

Lukacs’ın deyimiyle insanlar arasındaki belirli toplumsal ilişkiler, şeyler arasında *fantazmagorik* ilişkiler şekline bürünmüştür. Bunun temel özelliği, insanın kendi faaliyetini, kendi karşısında nesnel bir “şey”, insana yabancı yasalarca işleyen bir “şey” gibi algılamasıdır. Bu şekilde insan faaliyetinin nesnelleşmesi hem nesnel hem öznel düzeyde olmaktadır. Şeyler ve şeyler arası ilişkilerden meydana gelen bir dünya algısı yaratması bakımından nesnel; insanın kendisini bir şeye dönüştürmesi bakımından öznel⁵⁵⁹.

Rasyonelleşmeyle, insan faaliyeti (emeği) soyut-rasyonel-parça işlemlere bölünerek emek ile ürün arasındaki ilişki kopmaktadır. Emek (insan-özne), mekanik şekilde tekrarlanan özgül bir işleme indirgenmekte, bireysel nitel özellikler dışlanmaktadır. Rasyonelleşme bir anlamda bireysel niteliklerin dışarda bırakılmasıdır. Bu aynı zamanda insanın psikolojik niteliklerinden soyutlanması, kişiliğin bütünden koparılması, bütün

⁵⁵⁷ **Bewes, Timothy** (2017) Şeyleşme Geç Kapitalizmde Endişe, Çev: Deniz Soysal, Metis Yayınları, İstanbul, s. 24.

⁵⁵⁸ **Litowitz, Douglas** (2000) “Reification in Law and Legal Theory”, Southern California Interdisciplinary Law Journal, Volume: 9, s. 406.

⁵⁵⁹ **Lukacs**, s. 161-162.

karşısında nesne haline gelmesi, böylece rasyonel sistemin içerisinde bir muhasebe ya da istatistik kavramına dönüşmesidir. İnsan, kurduğu ilişkinin öznesi olmaktan çıkmaktadır. Kendisinden tamamiyle bağımsız yasalara, iradesi dışında uymak zorunda kaldığı mekanik bir sistemin içinde mekanikleştirilmiş bir parça rolüne bürünmüştür⁵⁶⁰.

Lukacs, *meta ilişkisinin hayaletimsi nesnelliği* olarak ifade ettiği şeyleşmenin, insan ihtiyaçlarının tatmininin konusu olan tüm nesnelerin meta haline gelmesiyle sınırlı kalmayıp, insanın tüm bilincine damgasını vurduğunu söylemektedir. Zaten meta formu modern dönemden çok önce keşfedilmiş olmasına rağmen onun modern döneme damgasını vurması sadece ekonomik alanla sınırlı kalmayıp toplumsal yaşamın tüm alanlarına nüfuz eden adeta bir “ikinci doğa” haline gelmesiyle olmuştur. İnsanın özellikleri ve yetenekleri artık kişiliğinin organik bütünlüğünün bir parçası olmaktan çıkmıştır. Bu özellik ve yetenekler dış dünyada “sahip” olunan ya da “feragat edilen” nesnelere benzer hale gelmiştir. İnsanların birbirleriyle ilişki kurabilecekleri doğal bir biçim, fiziksel ve psişik özelliklerini şeyleştirme sürecinden bağımsız şekilde gerçekleştirme olanağı kalmamıştır⁵⁶¹.

Literatürde şeyleşme kavramıyla beraber nesneleşme kavramı da kullanılmaktadır. Nesne-özne kavramları, madde ve form gibi temel felsefi kavram düalitelerinden birini teşkil etmektedir. Nesne epistemolojik olarak, öznenin karşısındakini, özneye sunulanı, etkin öznenin bilincindeki manipülasyona açık ve edilgen olanı kastetmektedir. Nesneleşme ile kısaca bir öznenin etkinliğinin ya da amacının aracı olmak kastedilmektedir. Nesneleşme, özgürleşme kavramıyla beraber ele alınarak, insanın kendini doğaya bağımlı bir varlık olmaktan kurtarıp özgürleştirilmesi ama aynı zamanda kendi özgürlüklerinin koşullarını ortadan kaldırıp nesneleştirilmesi paradoksal sürecini sorunsallaştırmaktadır. Horkheimer, sorunun aydınlanma ve aklın biçimleştirilmesinden kaynaklandığını belirtmektedir. Akıl, Antik felsefedeki logos-evrensel akıl olmaktan çıkıp öznel akıl haline gelmiştir ve öznel akıl da sadece amaçlara ilişkin araçları sağlayan biçimler olarak algılanmaktadır. Bütün rasyonel kavramlar biçimsel kabuklara dönüşmüş, genel bir insanlık hedefi, hakikat, doğru, iyi gibi kavramların anlamsız olduğu düşüncesi egemen olmuştur⁵⁶².

Hegel, “şey”i “nesne”ye göre daha edilgen görmekte ve şey ile nesne arasında bir farklılık bulmaktadır. Horkheimer ise nesneleşme-araçlaşma-şeyleşme kavramlarını aynı

⁵⁶⁰ Lukacs, s. 163-165.

⁵⁶¹ Lukacs, s. 179.

⁵⁶² Veysal, Çetin (2010) Nesneleşme ve Özgürleşme Sorunu Üzerine, Etik Yayınları, İstanbul, s. 17-23.

anlamda kullanılmaktadır⁵⁶³. Biz çalışmamızda şeyleşme ile nesneleşme arasında anlamsal bir farklılık görmemekte ancak literatürde, insanın öznenen nesneye dönüşümü iddiasıyla temellenen belirli bir felsefî tartışmaya göndermede bulunan nesneleşme kavramı yerine şeyleşme kavramını tercih etmekteyiz.

Lukacs, meta formunun şeyleşmesiyle oluşan düzeni ikinci doğa olarak adlandırmaktadır⁵⁶⁴. Şeyleştirme doğa ile toplumsal yaşam arasında gerçekleştirilen bir “karışıklıktır (*confusion*)”. Yani, toplum tarafından yaratılan olgulara doğal, vazgeçilmez ya da aksi düşünölemeyecek kadar mutlak bir anlam yüklenerek, doğal olanla toplumsal olanın karıştırılmasıdır. Litowitz, hukukta şeyleştirmenin hata, aldatma ve mistifikasyon olduğunu savunmakta; özel mülkiyetin doğal bir zorunluluk olarak görölmesini ya da iş gücünün alınıp satılabilen bir “şey” olarak hukuki işlemlere konu olmasını bunun örnekleri arasında göstermektedir.

Lukacs’ın şeyleştirme teorisi objektif ve sübjektif olmak üzere iki yönlüdür. Objektif şeyleştirmeyi, kendi ürünümüz olan ekonomik hayatın doğallığının ve zorunluluğunun kabulü algısı oluşturmaktadır. Litowitz, haber kanallarında ekonomik veri tahminleri ile hava durumu tahminlerinin aynı tarzda sunulmasının bunun bariz göstergelerinden biri olduğunu ifade etmiştir. Sübjektif yani bireyle bağlantılı şeyleştirme ise kişinin kendisini özgür ve yaratıcı doğal bir varlık olarak görmektense alış-verişe konu olabilen bir nesne olarak görmesidir. Daha açık bir deyişle bireyin emeğinin alınıp satılabilen bir şey olarak kabul edilmesidir. Kişinin özellikleri ve yetenekleri artık kendi kişiliğinin doğal bir parçası değil, *sahip olduğu* ve *satabileceği* bir nesnedir⁵⁶⁵. Bu konuyla alakalı olarak ilk bölümdeki “Kavramsallık ve Sistemsellik” başlığında erken hukuk dönemlerinde mülkiyet kavramının soyut ve teorik bir kavram olmadığına değinilmişti. Buna göre, toprak, toprak üzerindeki hayvanlar ve eşyalar ile birey arasında mülkiyetten farklı olarak kişisel bir ilişki olduğu varsayılmakta, bu sebeple eşyalar kişiliğin bir parçası olarak görölmekteydi. Burada ise tam tersi bir durumdan bahsedilmektedir. Kişiliğin bir parçası olan bireysel özellikler ve yetenekler, alıp satılabilen, kişinin üzerinde adeta mülkiyet hakkı olan bir “şey”, meta ya da nesne olarak kabul edilmektedir.

⁵⁶³ Veysal, s. 24.

⁵⁶⁴ Lukacs, s. 161.

⁵⁶⁵ Litowitz, s. 408.

Litowitz, bu teoriyi hukuk alanına uygulamıştır. İlk olarak evlilik kurumunu ele almıştır. Evlilik, önceleri erkek ve kadın arasında yapılan çeşitli sebeplerle rasyonelleştirebileceğimiz bir kurum olarak görülmekteyken, eşcinsel hareketler neticesinde evliliğin bu *doğal* karakteri sorgulanmaya başlanmış ve sosyal bir kabul olduğunun farkına varılmıştır. Litowitz şeyleştirmenin fark edilmesinin özgürleştirici etkisinden bahsetmektedir. Suçun cezasının hapis cezası olarak *ödenmesinin* de bir başka şeyleştirme örneği olduğunu ifade etmiştir. Litowitz'in konuyu işleme biçimi ve verdiği örnekler her ne kadar tartışılabilir olsa da ifade edilmek istenen hukukta kendi yaratım ürünümüz olan kavram ve kuralların doğal ve zorunlu olarak kabul edilmesidir.

Lukacs, şeyleşmeyi, hukuk alanında, hukukun maddesinin formu karşısında görünmez hale gelmesi şeklinde yorumlamıştır. Şeyleşme, bir anlamda nitel içeriğin rasyonel ve hesaplamacı biçim ve yaklaşımlar yoluyla kavranamaz hale gelmesidir. Doğal hukuk düşüncesinin, özellikle de burjuva devrimi dönemindeki tartışmaların çoğunun yasaların biçimsel eşitliği ve evrenselliğinin yani rasyonelliğinin, aynı zamanda yasaların içeriğini de belirlediği görüşünden kaynaklandığını ifade etmiştir⁵⁶⁶. Devrimci burjuva sınıfının hak ve hukuk ilişkisinin, sadece fiili olarak bulunması sebebiyle geçerli bir temele dayanmayacağını söylemişler, biçimsel hukuk sistemi anlayışıyla eksiksiz ve kesintisiz bir hukuki örgütlenme kurulmasını istemişlerdir. Öyle ki hukukun düzenlemediği konular için fizik biliminden ödünç aldıkları boş uzay “boşluk” kavramını kullanmışlardır. Eleştirel olarak adlandırılan hukukçular da dahil olmak üzere hukuki kurumlar içerdiği hakkın niteliğinden ziyade ekonomik ve siyasi bir mesele olarak görülmektedir. Jellinek hukuk ve yasaların içeriği için hukuk ötesine; eleştirel hukukçular da tarih, sosyoloji ve siyaset bilimine bakılmasını önermişlerdir. Yani hukukun maddesi, hukuk dışı addedilmiştir. Dolayısıyla hukuk; bir sistem olarak mantıkçı yollarla temellendirilen, içeriğinin rasyonelleştirilmesinden feragat edilen, yasaların belirli eylemlerin hukuksal sonuçlarını (“*rebus sic stantibus*” benzer koşullar altında –ki bu söylem de fizik bilimlerinde kullanılmaktadır-) olabildiğince kesin hesaplamaya yarayan biçimsel hesaplama sisteminden ibaret bir form olarak görülmektedir⁵⁶⁷.

Lukacs, tasvir ettiği hukuk algısının, hukuk ve yasaların oluş ve yok oluşunun bir hukukçu için kavranamaz hale getirdiğini belirtmektedir. Yasanın oluşma koşullarının

⁵⁶⁶ Lukacs, s. 188.

⁵⁶⁷ Lukacs, s. 189.

hukuk kavramında yer almamasının normal görülmesi sebebiyle hukuk, devletin yasa koyma eyleminde ifadesini bulan bir sırda dönüşmüştür. Lukacs’a göre, bu algılama bazı şartlarla epistemolojik bir değere sahip olabilir. İlk şart, hukukun oluşma sorununu başka disiplinlere kaydırarak orada çözüme ulaşmasını sağlamasıdır. İkincisi ise hukukun salt eylem sonuçlarını hesaplayan ve belli bir sınıfa özgü eylem türlerini rasyonelleştirerek kabul ettirmeye yarayan doğasının da açığa çıkarılmasıdır. Bu şekilde hukukun maddesi görünür ve kavranır hale gelecektir. Ancak bunun yapılması mümkün değildir. Hukuk hala ebedi değerlerle bağlarını korumaktadır. Şöyle ki hukukun “biçimsel ve sulandırılmış yeni versiyonu”- burada Stammler’in hukuk anlayışı kastedilmektedir- bu sefer hukuk felsefesi olarak çıkmakta ve sonucunda hukukun oluşup gelişmesi altında yatan gerçek temeller bunları inceleyen bilimlerin içinde birbirine karışarak gözden kaybolmaktadır⁵⁶⁸.

Tüm hukuksal statülerin rasyonel şekilde sistemleştiği ve böylece toplumsal yaşamda karşılaşılabilecek tüm durumlara uygulamaya elverişli hukuk, modern dönemde ortaya çıkmıştır. Çünkü Roma hukuku dahi ampirik ve somuttur ayrıca geleneksel çerçevenin dışına çıkamamıştır. Ancak maddesellikten kesin hesaplama ihtiyacı sebebiyle kopuş, tüm toplumsal yaşamı önceden tahmin etme amacıyla en ince ayrıntısına kadar belirlenmiş ve dolayısıyla sabitlenmiş bir hukuk biçimi ortaya çıkarmıştır. Yani hesaplanabilirlik adına dondurulmuş bir hukuk formu yaratılmıştır. Kapitalist sistemin sürekli gelişen ve değişen maddesi karşısında bu dondurulmuş hukuk formu bir paradoks oluşturmaktadır. Bu paradoks sürekli olarak çıkarılan yeni yasalarla giderilmeye çalışılmaktadır. Esasında bu çaba, paradoksu yaratan hukuksal formu sürekli olarak yenilemekte ve pekiştirmektedir⁵⁶⁹.

Nesneleşme tartışmalarından ayrı olarak hukukun giderek soyut ve mekanik bir araç olarak görülmesine karşı çıkanlardan birinin de Savigny olduğu söylenebilir. Savigny, devleti de hukuku da yapay bir makine olarak görmemekte, devleti doğayla hukuku da insanla bütünleşmiş organik bir yapı olarak algılamaktadır. Hukuk organik bir oluşumdur. İnsan da aynı şekilde politik bir özne değil, organik bir varlıktır. İktidar, yasama, yargı, kanun koyucu gibi kurumlar hukuku oluşturmayan ama tanıyan ve ilan eden somut varlıklardır⁵⁷⁰.

⁵⁶⁸ Lukacs, s. 188-190.

⁵⁶⁹ Lukacs, s. 175-176.

⁵⁷⁰ Rückert, s. 65-67.

Hukukta soyuttan somuta geçiş bir yönüyle şeyleşmeye diğeri bir yönüyle yabancılaşmaya neden olmuştur. Hegel’de insanın doğaya yabancılaşması, Marks’ta işçinin emeğine yabancılaşması olarak ele alınan yabancılaşma kavramı 20. yüzyıl eleştirel paradigmasının da temel meselelerinden biri olagelmıştır. Yabancılaşma kavramı, 1960’lı yıllardan itibaren toplum ve birey yaşamına ilişkin pek çok sorunun incelenmesinde temel çerçeve görevi üstlenmiştir. Marksist düşünürlerin haricinde liberal düşünürler de insanın kendisine, diğeri insanlara ve yaşadığı dünyaya yabancılaşmasını modern yaşamdan kaynaklanan bir olgu olarak ele almıştır. Modern hukuk düzeninin de nesnel ve formel olarak kabul ettirdiğı yapısıyla toplumsal düzenin tartışmasız tek sağlayıcısı olarak bireyi içinde bulunduğu toplumsal, siyasal ve ekonomik gerçekler dünyasına yabancılaştırdığı ifade edilmiştir⁵⁷¹.

Soyutlamanın had safhaya ulaştığı günümüzde, yaratılan kavramların somut temelini yok olduğu ya da daha ılımlı tabirle görünemez hale geldiğı söylenebilecektir. Bir insan hiç görmediğı, dokunmadığı bir şeye sahip olabilmektedir. Arkaik dönemin aksine kişi ile malı arasında kurulan hiçbir fiziksel somut ilişki bulunmamaktadır. Kişi ile malı arasında tamamen soyut, yapay, kurgusal yani “hukuki” bir ilişki kurulmaktadır. Öyle ki artık insan ve mal ilişkisini kuran para ile bile bir fiziksel ilişki kalmamıştır. Hatta paranın da maddi varlığı ortadan kalkmış, yine soyut olan banka hesaplarında kayıtlı soyut rakamsal ifadeler haline gelmiştir.

Şeyleşme teorisi, insanlığın ileri aşaması olarak kabul edilen soyutlama becerisinin kazandığı bu zaferi çelişkiye düşüren bir iddiada bulunmaktadır. Buna göre, bir süreç ya da ilişki, yapay soyutlamanın akabinde yeniden şey ya da nesne haline dönüştürülmüştür. Üstelik bu dönüştürmeyle birlikte süreç ya da ilişkiye atfedilen yapay sosyal değerler, onun doğal ve içkin bir özelliğı olarak görülmektedir.

Çağdaş rasyonel hukuk, toplumsal yaşamda karşılaşılan her problemi çözebileceğı iddiasına sahiptir. Çünkü tüm problemler kendi kavram ve kategorilerini içerecek şekilde sınıflandırılmış ve soyutlaştırılmıştır. Bundan sonra yapılacak şey ortaya çıkan problemin bu soyut kategorilerden birinin içine dahil edilmesidir. Ancak bu kavram ve kategoriler yerleştikçe adeta somutlaşmakta (şeyleşmekte) ve hukukçunun düşünme sınırını tayin etmektedir. Hukuk, yerleşik kategorilere girmeyen yeni bir problemle karşılaştığında formel

⁵⁷¹ Akman, Şefik Taylan (2012) Yabancılaşma ve Hukuk, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, No: 2(2), ss.108–115.

sınırlarını aşıp işin maddesini değerlendirmekte zorluk yaşamaktadır. Sosyal medya, dijital mülkiyet, dijital miras, metaverse, yapay zekâ ve benzeri birçok alandaki hukuki tartışmalar bu duruma örnek olarak gösterilebilir. İnsanın ileri düşünme için edindiği soyutlama becerisi olan kavramlar, daha ilerisini düşünebilmesini engelleyen yapay sınırlara dönüşmüş ve adeta bir kavram fetişizmi yaratılmıştır.

III. Yöntembilim ve Yöntem Eleştirisi

A. Bilimsel Yöntem Eleştirisi

Doğa bilimlerinde belirsizlik iddiaları, bilimin en ayırt edici özelliği olan objektifliği ve nesnelliğiyle birlikte yöntemselliğinin de sorgulanmasının yolunu açmıştır. Pozitivist, tümevarımcı, birikimci ve ilerlemeci bilim anlayışına karşı tepkiler yükselmiştir. Bu tepkiler modern dönemin önde gelen eleştirel bilim felsefecileri olan Karl Popper (1902-1994), Thomas Kuhn (1922-1996) ve Paul Feyerabend'in (1924-1994) görüşleri üzerinden incelenecektir.

Bilimsel ya da felsefi dünya görüşünün nesnelliğine karşı çıkan bu üç filozofun iddiaları şu üç başlıkta toplanabilir: i. Gözlemin kurama bağımlılığı, ii. bilimsel değişim anlayışının bir algı kalıbı (geştalt) kayması içeren paradigma kayması olarak anlaşılması, iii. Farklı kuramların eş ölçülemezliği. Gözlemin kurama bağımlılığı, kuramların olgularla sınanması gerekliliğini öngören bilim anlayışına karşı çıkmaktadır. Buna göre, kuram ve gözlem sonuçları birbirinden kesin olarak ayrılamaz, gözlem sonuçları kuramlarla yüklüdür. Yani bir gözlemin yorumlanması kuramdan tam anlamıyla soyutlanarak yapılmaz. Gözlemin kurama bağımlılığı savı, ikinci savla da sıkı ilişki içerisindedir. Kuhn'a göre bir kuramın yerini başka bir kuramın alması yeni kuramın daha doğru sonuçlar vermesi sonucu değil, algı kalıbı (geştalt) kayması yani dünyanın yeni kavramsal gözlüklerle algılanmaya başlamasıdır. Yeni paradigma ve ona bağlı yeni kuram, yeni veriler ortaya çıkarmaktadırlar. Farklı kuramların eş ölçülemezliği ise gözlemin kurama bağımlılığının bir sonucudur. Yani iki ayrı kuram gözlemlerin farklı şekilde okunmasına neden oluyorsa, bu iki kuram arasından hangisinin doğru kabul edileceğine ilişkin akılcı ve nesnel bir kriter bulunmamaktadır⁵⁷².

Bilimsel yönteme getirdiği eleştiriler yukarıda şekilde özetlenen düşünürlerin görüşleri aşağıda ayrıntısıyla işlenecektir. Bu görüşlere teker teker değinmemizin sebebi,

⁵⁷² Cottingham, John (2003) Akılcılık, Çev: Bülent Gözkan, Doruk Yayıncılık, İstanbul, s. 161-162.

bilimin medarı iftiharı olan sarsılmaz yöntemsel niteliğinin sorgulanışını göstermektir. Sonrasında bu bilimsel yöntem eleştirileri ışığında, ilk bölümde hukukun yöntemi olarak ele aldığımız ama aslında hukuki karar alma yöntemi olarak epistemolojik bir kapsamı olan hukuk mantığı ve hukuki yorum eleştirisine değinilecek, yorumun hermeneutik (yorumsamacılık) disiplini ile kazandığı ontolojik anlam gösterilmeye çalışılacaktır.

1. Karl Popper: Doğrulabilirlikten Yanlışlanabilirliğe

Popper, bilimin olgulardan yola çıkarak ulaşılan genel doğruların birikmesi şeklinde gelişmediğini, bilimin ölçütünün yanlışlamacılık olduğunu ve bilimin yanlışların ayıklanması suretiyle ilerlediğini söylemektedir. Bununla birlikte, kuramdan bağımsız gözlem olamayacağı, tikel bilgilerin genellemesiyle elde edilen tümel bilginin mutlak surette bir kesinlik taşıyamayacağını iddia etmektedir⁵⁷³. Aşağıda göreceğimiz üzere, özellikle gözlemin kurama bağlılığı noktasında Kuhn ve Feyerabend ile ortak fikri paylaşmaktadır.

Bilim felsefesine radikal bir bakış açısı değişikliği sunan Popper, “Bilimsel Araştırmaların Mantığı” adlı eserinde öncelikle biliminin geleneksel kabul görmüş yöntemi olan tümevarım yöntemine karşı çıkmaktadır. Ona göre, doğa yasalarının geçerliliği problemi ile tümevarım yönteminin geçerliliği paralel sorunlardır⁵⁷⁴. Doğa yasalarını açıklama amacındaki bilimsel kuramlar, genel olarak kabul edildiği şekliyle doğrulanabilir ya da sağlaması yapılabilir önermeler değildir. Bilginin kesinliği ve mutlaklığını reddeden Popper’a göre bilimsel önerme sınanabilir, bir başka deyişle yanlışlanabilir olmalıdır. Ancak bilginin kesinliğinin reddi ile mutlak bir şüphecilik kastedilmemektedir. Bilginin kesin olmaması, onun her daim eleştiriye açık olması ve sınanarak yanlışın elenmesi suretiyle doğruya ulaşma ihtimalini anlatmaktadır. Popper, bilimin nesnelliğini bilim adamının tarafsızlığı olarak değil, bilginin eleştirel olması şeklinde anlamaktadır. Bilimsel önermelerin nesnelliğinden kasıt, onların öznelerarası sınanabilirliğidir⁵⁷⁵.

Popper’a kadar bilimsel faaliyet, önermelerin nasıl doğrulanabileceği üzerinde akıl yürütmüştür. Doğrulanabilen anlamlı ifadeler, bilimsel olarak kabul edilmiş, bilim olan ile olmayan arasındaki sınır, ampirik önermelerin deney ve gözlem yoluyla doğrulanmasına

⁵⁷³ Demir, Ömer (1991) Bilim Felsefesi, Ağaç Yayıncılık, İstanbul, s. 29-30.

⁵⁷⁴ Popper, Karl R. (1998) Bilimsel Araştırmanın Mantığı, Çev: İlknur Aka, İbrahim Turan, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, s. 52.

⁵⁷⁵ Popper, s. 68.

göre çizilmiştir⁵⁷⁶. Bilimsel faaliyetin en temel yöntemi kabul edilen tümevarıma ilk eleştiri Hume tarafından getirilmiştir. Yukarıda değinildiği üzere Hume, neden ve sonuç arasında kurulan ilişkiye farklı şekilde yaklaşmıştır. Nedensellik bağının, yani a olayının neden, b olayının sonuç olarak değerlendirilmesinin sebebinin deneyim olduğunu, ampirik çıkarımların deneyim sahibi olduğumuz olaylardan deneyim sahibi olmadığımız durumlara ilişkin tahmin olduğunu belirtmiştir. Hume'un bu düşüncesinden etkilenen Popper, bilimsel yöntemin mantıksal bir süreç değil, psikolojik bir süreç olduğunu ifade etmiştir⁵⁷⁷. Örneğin suyun sıcaklığının 100 santigrat dereceye gelmesi ve kaynaması arasında kurulan bağ, aslında daha önceki deneyimlere dayanmaktadır. Ve bunun sonucunda geleceğe yönelik bir *tahmin* ile suyun ileride de 100 santigrat dereceye geldiğinde kaynayacağına yönelik çıkarımda bulunulmuştur. Ancak gerçekte bu iki olay arasındaki ilişkinin mutlaklığından emin olunamaz. İşte bilimsel faaliyet, hangi durum ve şartlarda bu kuralın sağlanmayacağını yani yanlışlanacağını keşfetmekle gerçekleştirilir. Buna göre, bilimsel önermedeki atmosfer basıncına, deniz seviyesinden yüksekliğe ya da suyun saflık derecesine göre yanlışlanan durumlar elenmek suretiyle ilerleme kaydedilecektir.

Geleneksel bilimin kabul ettiği yöntem aşamaları şu şekildedir:

- i. gözlem ve deney,
- ii. tümevarımsal genelleme,
- iii. varsayım (hipotez),
- iv. hipotezinin doğrulanması girişimi,
- v. hipotezin doğruluğunun ya da yanlışlığının kanıtlanması,
- vi. bilgiye ulaşılması.

Popper'in anlayışına göre yöntem aşamaları ise:

- i. problem,
- ii. önerilen çözüm,

⁵⁷⁶ Çetinkaya, Özün (2014) "Karl Popper'in Yönteminde Hipotetik-Dedüktif Formun Bilimsel İnşası", Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Sayı: 19, s. 104.

⁵⁷⁷ Çetinkaya, s. 108.

- iii. yeni kuramdan sınanabilir önermelerin tümdengelim yöntemiyle çıkarılması,
- iv. sına (deney ve gözlem yoluyla yanlışlayabilme),
- v. rakip kuramlar arasından birinin tercih edilmesi şeklinde ilerlemektedir⁵⁷⁸.

Popper’a göre bilimsel bilginin gelişim süreci her daim bir problem ile başlayıp, sınanabilecek başka bir problem ile devam etmektedir:

Problem 1 - Geçici Teori- Yanlış Eleme- Problem 2

Problem beklentilerde meydana gelen bir rahatsızlıktır. Bu probleme yönelik çözüm önerilerinde bulunulur, başarısız çözüm  nerileri elenir, elde kalan ve henüz   r t lmeyen çözüm önerisinin, aynı problemle karşılaşıldığında çözüm sunacağı beklentisi oluşur. Bu beklenti bilimsel hipotez ve kuramların karşılığını oluřurmaktadır⁵⁷⁹.

Popper’a göre bilgi, objektif, varsayımsal ve tahminidir. Bilgi, tartışmaya sunulmuş kuramlar b t n d r⁵⁸⁰. Yöntembilim kurallarının, gerekirci mantık kurallarından ziyade bir oyun kuralı gibi örneğin satranç kuralı gibi düşünülmesi gerekmektedir. Hatta yöntembilim kurallarına, kuraldan ziyade karar denilmesinin daha uygun olduğu ifade edilmektedir:

“Yöntembilimsel kuralları kararlar olarak ele alıyoruz. Bunları, deyim yerindeyse, ‘görgül-bilim’ oyununun kuralları olarak da tanımlayabiliriz. Bu kurallar aynı satranç kuralları gibi -bu kuralları zaten mantığın bir dalı olarak göremeyiz- mantık kurallarından farklıdır: Mantığın kuralları, formüllerin d n şt r mlerine ilişkin saptamalar olduğundan, belki de satranç kurallarının incelenmesi, ‘satrancın mantığı’ olarak betimlenebilir, ama tamamıyla ‘mantık’ olduğu söylenemez, işte benzer şekilde, bilim oyununun -yani bilimsel araştırmanın- kurallarının irdelenmesi, bilimsel araştırmama mantığı olarak tanımlanır.”⁵⁸¹

Popper, bilimsel yöntem üzerine düşüncelerini döneminin popüler kuramları olan Marks’ın tarihsel materyalizmi, Freud’un psikanalizi ve Adler’in bireysel psikoloji teorileri ile Einstein’ın rölativite teorisini karşılaştırarak oluşturmuştur. İlk üç kuram, yeni olguların belirlenip açıklanması da dahil ilişkili olduğu her türlü durumu doğrulama (sağlama) olanağına sahiptir. Örneğin Marksist toplumsal kuramın, tarihsel süreçte doğrulandığı pek

⁵⁷⁸ **Magee, Bryan** (1993) Karl Popper’in Bilim Felsefesi ve Siyaset Kuramı,  ev: Mete Tunçay, Remzi Kitapevi, İstanbul, s. 51.

⁵⁷⁹ ** etinkaya**, s. 111-112.

⁵⁸⁰ ** etinkaya**, s. 110.

⁵⁸¹ **Popper**, s. 77.

çok örnek bulunmaktadır. Ancak bunun yanında Sovyetler Birliği örneği üzerinden bu kuram yanlışlanmıştır. Bu duruma kıyasen Einstein, teorilerini kanıtlamak için önerilerini doğrulayan örneklerle başvurmamış, aksine, hangi durumlarda yanlışlanmaz ise doğru kabul edilebileceği üzerine akıl yürütmüştür⁵⁸².

Bilimsel yöntemin tek tek gözlemlenen olgulardan tümevarım yöntemi ile teoriye ulaşılması şeklinde gerçekleştiği genel kabulüne karşın Popper tümevarım yöntemini eleştirerek bilimsel yöntemin tündengelim olduğunu iddia etmiştir. Dolayısıyla, eleştirdiği yöntem yerine başka bir yöntem koymuştur. Bu yöntemsellik eleştirisi değil, yöntem eleştirisidir. Ancak aşağıda görüleceği üzere yöntem anarşisti olarak anılan Feyerabend bilimin bizzat belli yöntemlerin izlenerek yapıldığı konusundaki anlayışı, yani yöntemsellliği eleştirmektedir. Bununla birlikte Kuhn da Feyerabend de Popper'ın, gözlem ve kuram arasındaki ilişkiye dair görüşlerinde hemfikirdir. Buna göre sanıldığı gibi aksine olguların gözlemlenmesi suretiyle teorilere ulaşılmamakta, aksine her gözlem belli teorilerin ışığı altında yapılmaktadır. Bir başka deyişle gözlemde kurama gidilmemektedir. Gözlem her zaman seçicidir. Betimleyici bir dil, benzerlik ve sınıflandırmanın varlığını gerektirir. Gözlem kuram ışığında olguların yorumlanmasından ibarettir⁵⁸³.

Popper'ı genel pozitivist bilim anlayışından ayıran diğer düşüncesi ise bilim kabul edilmeyen düşünce sistemlerine örneğin, metafiziğe ilişkin görüşleridir. Popper, bilimsel kuramların temelinde mitlerin bulunduğunu söylemektedir. Günümüz atom biliminin kaynağını, antik dönemdeki metafizik atomcuların görüşlerinin oluşturduğunu belirtmektedir. Mit, bilimin başlangıç noktasıdır. Bilgiye ulaşmada deney ve gözlem kadar, rasyonel tutum, mitler ve yaratıcı sezgi belirleyici bir role sahiptir. Bu durumu, her yeni buluşun, us dışı bir öge ya da yaratıcı bir sezgiden kaynaklandığı şeklinde belirtmektedir⁵⁸⁴. Bu noktada Levi-Strauss'a atıf yapmak gerekmektedir. Levi-Strauss'a göre de bilim ve mit aynı şey olmasa da her ikisi de gösterge kullanmaları, analogiler ve karşıtlıklar üzerinden işlemleri bakımından benzerdir. Bilim, soyut kategoriler ve matematik sembolleri geliştirirken, mistik düşünce somut ve metaforik bir mantık kullanmaktadır⁵⁸⁵.

2. Thomas Kuhn: Paradigmatik Bilim

⁵⁸² Magee, s. 40-41; Çetinkaya, s. 109.

⁵⁸³ Magee, s. 29-30.

⁵⁸⁴ Magee, s. 29; Çetinkaya, s. 114.

⁵⁸⁵ Demir, Mit ve Anlam, Çevirmen Önsözü'nde, s. 18, 24.

Bilimin yöntemselliği konusundaki tartışmaya Kuhn paradigma kavramıyla katılmıştır. Buna göre, bilim sürekli üst üste eklenilen buluşlarla değil, aksine devrim niteliği taşıyan paradigma değişimleri sayesinde meydana gelmektedir. Bilimsel gelişmeyi mümkün kılan şey, dahil olduğu paradigmalardan kaynaklanmaktadır. Paradigma kavramı dogma, stil, kuram, sosyolojik ya da metodolojik açıdan genel kabul gören model, belli bir alanda çalışan herkesin kabul ettiği doktrinler bütünü gibi anlamlara gelmektedir. Tüm bu kullanımlarda ortak olan ise bilginin içinde üretildiği topluluğa ya da bilim toplumuna göre tanımlanmasıdır⁵⁸⁶. Belirli bir gerçekliğin paylaşılan ortak terimlerle algılanması ve anlaşılması paradigmalara mümkün olmaktadır⁵⁸⁷.

Kuhn'a göre, bilimde bir olağan dönem bir de devrim dönemleri bulunmaktadır. Olağan bilim, belirli bir paradigma çerçevesinde kazanılan bilimsel başarılar üzerine oturtulmuş araştırma demektir. Kuramsal yapı yorumlanmakta, bütün başarılı uygulamalar örneklenmekte, bu uygulamalar gözlem ve deneyle karşılaştırılmaktadır. Olağan bilim döneminin iki özelliği bulunmaktadır. İlki kazanılan başarının, rakip bilimsel etkinlik tarzlarını kendisine doğru çekmesidir. Olağan bilim döneminde tüm sorunlar çözülmemiştir ve ilerideki çalışmalar için açık uçlu önermeler barındırmaktadır. İkinci olarak, birlikte çalışanlar araştırmalarının temelini somut modellere dayandırdıklarından aralarında anlaşmazlık çıkma ihtimali düşüktür. Çünkü araştırma ortak paradigma üzerine kuruludur. Devrim dönemi ise bu paradigmanın yetersiz kalması, çözümleyemediği soruların çoğalması sonucunda gelmektedir. Bilimsel devrimle eski paradigma yerini yenisine bırakmaktadır⁵⁸⁸.

Paradigma bilim adamını sınırlamakta, yönlendirmekte ama aynı zamanda bilimin ilerlemesine olanak vermektedir. Paradigma kurulmadan da bilimsel çalışma yapılması mümkündür. Ancak paradigma oluşturduktan sonra araştırmacılar kendilerine bir temel kurmak ve bu temeli açıklamak zorunda kalmayacak, kurulmuş temel üzerine daha detaylarda kalmış konularla ilgilenebileceklerdir⁵⁸⁹.

Paradigma yokken yöntem, sorun ve çözüm kıstasları konusunda daha çok tartışma vardır ve bunlar anlaşma ile sonuçlanmaksızın çeşitli fikir okullarının oluşmasına neden olmuştur. Olağan bilim dönemlerinde bu tartışmalar daha azdır. Bu dönemlerde alışılmış

⁵⁸⁶ **Demir** (1991) s. 50.

⁵⁸⁷ **Demir** (1991) s. 49.

⁵⁸⁸ **Kuhn, Thomas S.** (1995) Bilimsel Devrimlerin Yapısı, Çev: Nilüfer Kuyaş, Alan Yayıncılık, İstanbul, s. 53-54.

⁵⁸⁹ **Kuhn**, s. 54.

deney araçları seçilmekte ve bu araçlar alışılmış belli bir tarzda kullanılmaktadır. Bilimsel devrim öncesi ve sonrasına gelen dönemlerde ise yöntem tartışmaları artmaktadır⁵⁹⁰.

Paradigmalar kurulamadan önce, örneğin, Newton'un optik bilimindeki keşiflerine değin birbiri ile yarışan birtakım okullar bulunmaktaydı. Bu okulların her biri kendi metafizik görüşüyle alakalı gözlemleri arasından kendi kuramı hangi optik görüngüler kümesini en iyi açıklıyorsa onu ön plana çıkarıyordu. Böyle bir ortamda ortak inanç bütünlüğü varsayılamadığından, optik konusunu inceleyen her bilim insanı işe en baştan başlayıp çalışma alanını yeniden inşa etmek zorundadır. Paradigmanın olmadığı yerde hangi etkenin daha önemli olduğuna ve olguların seçimi ile yorumlanmasına kılavuzluk edecek kuramsal ve de yöntemsel inanç yapısı olmadığından, görüş aykırılıkları fazladır. Bu sebeple bilimin ilerlemesi için daha uzun süre gereklidir. Paradigmalar oluşturulduktan sonra hem olguların toplanması hem de bu olguların geliştirilmesi, amacı ve yönü belli bir faaliyet haline gelir. Araştırmanın başlangıcında alanın baştan aşağı yeniden kurulması ve başlangıç ilkelerinin tespiti gerekmez. Artık her bilim insanı kendisinden önce bulunan veriler üzerinden hareket ederek, boşlukları doldurmaya çalışmaktadır. Kuhn, bu faaliyeti bir tür bulmaca çözme olarak tanımlar. Bu durumun aynı zamanda, bilimi herkesin anlayacağı bir halden çıkararak sadece o meslekten olanların anlayabileceği bir hale getirir. Örneğin Darwin'in "Türlerin Kökeni" kitabı herkese hitap etmekte iken bu temele dayanan ileriki dönemlerde yapılmış çalışmalar sadece meslektekilerin anlayabileceği bir dili ve bilgileri ihtiva etmektedir⁵⁹¹.

Kuhn'a göre, bilimsel devrim birikimci olmayan ama gelişimci sürecin parçalarıdır⁵⁹². Ancak bilim tarihini, doğrusal ya da birikime dayalı göstermek yönünde ısrarlı bir eğilim bulunmaktadır⁵⁹³. Kuhn, bilimsel gelişmenin biyolojik evrim gibi olduğunu söylemektedir. Evrim, tek yönlüdür ve geri döndürülmezdir⁵⁹⁴. Bu noktada Popper ile benzer görüştedir. Popper da bilimsel sistemin kümülatif değil, devinimsel bir süreç olduğunu belirtmektedir⁵⁹⁵.

⁵⁹⁰ Kuhn, s. 83,92.

⁵⁹¹ Kuhn, s. 54-61

⁵⁹² Kuhn, s. 118.

⁵⁹³ Kuhn, s. 152.

⁵⁹⁴ Kuhn, s. 202.

⁵⁹⁵ Çetinkaya, s. 112.

Nihayetinde Kuhn, rakip paradigma ile aynı şeye bakan iki bilim insanının farklı dünyalarda olduğunu söylemektedir. Örneğin, biri uzayı eğri olarak görmekte iken, öteki için uzay düzdür⁵⁹⁶ .

3. Paul Feyerabend: Yöntem Anarşizmi

Feyerabend, bilimde yöntem karşıtlığını epistemolojik ve etik-politik olmak üzere iki farklı sebebe dayandırmaktadır. İlki, bilimdeki keşif ve ilerlemenin yöntem kurallarına uyulması sonucu değil aksine onları reddederek gerçekleştiği, ikincisi iddia edildiğinin aksine irrasyonel olarak üretilen bilimin bir ideoloji haline geldiği ve bu bilimsel ideolojinin birey özgürlüğünü engellediğidir⁵⁹⁷. Etik-politik anlamdaki modern bilim eleştirisi “Özgür Toplumda Bilim”⁵⁹⁸ adlı eserinde ele alınmıştır. Bizim üzerinde duracağımız egemen bilimsel yöntem anlayışını eleştirdiği epistemoloji temelli görüşleridir.

Feyerabend, bilim tarihinin dikkatli bir analizinin sonunda hala egemen yöntembilim ve rasyonalite algısının savunulmasını “içgüdüsel tatmin ya da entelektüel güvenlik nöbetlerinin açıklık, kesinlik, nesnellik gibi kavramlaştırmalarla dindirilmesi” olarak görmektedir. Antik Çağda atomculuğun, Kopernik ve Galileo keşiflerinin, modern atomculuğun yükselişi olarak ifade edilen kinetik kuramı, dağılım kuramı, stereo kimya, kuantum kuramı ile ışığın dalga kuramı gibi birçok bilimsel buluşun yöntem bilimsel kurallarla sınırlı kalmayıp aksine bu kuralların ihlal edilmesiyle gerçekleştiğini belirtmektedir⁵⁹⁹.

Geleneksel bilimsel yöntem, yeni hipotez oluştururken bu hipotezlerin mevcut kuramlarla çelişmemesi ve çelişen hipotezlerin görmezden gelinmesi gerektiğini söylemektedir. Feyerabend, kendisine özgü olan karşı-tümevarım olarak adlandırdığı yöntemiyle, modern bilimsel yöntemin bu savına karşı çıkmakta ve bu savın aksine bilimin ancak çelişen hipotezler aracılığıyla geliştiğini ve gelişeceğini öngörmektedir. Burada ileri sürdüğü çelişen hipotezin, mutlaka Kuhncu anlamda bir bilimsel devrim ya da paradigma değişikliğine yol açacak nitelikte olması gerekmez. Aksi durum yani, sadece var olan

⁵⁹⁶ Kuhn, s. 160.

⁵⁹⁷ Hülür, Himmet (2006) “Bilimde Yöntemciliğin Reddi ve Çoğulculuk: Feyerabend’in Epistemolojik Dadaizmi”, Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 2, ss. 199-218.

⁵⁹⁸ Feyerabend, Paul (2017) Özgür Bir Toplumda Bilim, Çev: Ahmet Kardam, Ayrıntı Yayınları, İstanbul.

⁵⁹⁹ Feyerabend (2000) s. 42; Hülür, s. 204.

kuramla çelişmeyen hipotezlerin ileri sürülmesi yeni kuram yaratmaz, salt eski kuramı koruyarak onun otoritesini pekiştirir ve bilimde tek tipleşmeye sebep olur.

Egemen bilim felsefesine göre bilim, ampirizme, deneyimle elde edilen bilgilerin sağlam biçimde temellendirilmesine, yani kuramlaştırılmasına dayanır. Bilimin amacı gözlemlenebilir olguların betimlenmesi ve önceden tahmin edilmesidir. Bu husus Viyana evresinin⁶⁰⁰ dünyanın bilimsel kavranışı olarak nitelendirdikleri görüşlerinde açıkça ortaya konulmuştur. Buna göre bilim sadece doğrudan elde edilen verilere dayanan deneyimden gelir. Kuramların temelini, nötr gözlemler oluřturur⁶⁰¹. Feyerabend de tıpkı Popper ve Kuhn gibi bilimin, gözlemden kuram oluşturmaya giden doğrusal ve pürüzsüz bir yöntemle yapılmadığını savunmaktadır. Kuram olmadan olguların anlamlandırılmasının mümkün olmayacağını söyleyerek deneyciliğe, daha doğrusu deneyciliğin efsaneleştirilmesine karşı çıkmıştır. Kuramların doğruluğu, olgularla uyumluluğu ile değil, alternatif kuramlarla ilişkisiyle ölçülür. Bu sebeple de yukarıda belirtildiği üzere karşı tümevarım yöntemi ile her kuramın değerlendirilmesi gerekmektedir. Zaten en başta gözlem ve kuram ayrımı hatalıdır. Deney kuramdan önce ya da sonra değil, onunla ortaya çıkar. Kuramsız deney de deneysiz kuram da anlaşılmaz şeylerdir. Bunun yanında bilimsel gelişmeyi, yöntem bilimsel görüntüsünün aksine sakar ve akıldışı olarak tanımlamaktadır. Sapmalar ve hatalar ilerleme için sadece normal değil aynı zamanda bir gerekliliktir. Feyerabend kaossuz bilgi olmayacağını, aklı sık sık kapı dışarı etmeden ilerleme kat edilmeyeceğini, bugün bilimin temeli sayılan düşüncelerin bir zamanlar önyargı, fantezi ve tutku olarak grldğiğini belirtmektedir⁶⁰². Rönesans döneminde yıldız falı ve simya kitaplarının rolünü, Newton'un da bu kitapları dikkatle incelediği gerçeği ile köklü bir geleneğe sahip olan in'in Batı etkisiyle reddettiği geleneksel tıbbın yeniden canlanmasını buna örnek olarak göstermiştir.

Gözlem ve kuram arasındaki Feyerabend'in işaret ettiği bu ilişkiye Kuhn ve Popper da değinmişti. Ampirist şemayı altüst eden görüşe göre gözlemler kuramları değil, aksine kuramlar gözlemleri belirlemektedir. Dünya farklı kuramlarla birlikte farklı görülmekte, bir paradigma açısından geçerli olan diğer paradigmada geçersiz hale gelmektedir⁶⁰³.

⁶⁰⁰ Viyana evresi: 1923 yılında felsefe sohbet ve toplantılarında bir araya gelen, bilimsel bakışa ve analitik düşünüşe sahip pozitivist düşünür ve bilim adamlarının meydana getirdiği okuldur. Viyana evresi, bilimsel bilgi iddialarını tartışılmaz, kuşkuya açık olmayan gözlem kayıtlarına sıkı bir biçimde bağlamayı, metafiziksel ve spelatif unsurları bilimin imtiyazlı alanının dışına atmayı veya tümden reddetmeyi ve böylelikle de bilimsel bir dünya görüşüne ulaşmayı amaçlamışlardır. Cevizci (2000) s. 985.

⁶⁰¹ **Trigg, Roger** (2005) Sosyal Bilimleri Anlamak, ev: Beyza Sümer/Filiz lgt, Babil Yayınları, İstanbul, s. 12-19.

⁶⁰² **Hülür**, s. 206-207; **Feyerabend** (2000) s. 207, 218.

⁶⁰³ **Trigg**, s. 24.

Feyerabend, gözlemlerin nesnel gerçeklik sunmadığı, gözlem yorumlarının kuram yüklü olduğu, olgularla birebir uyuşan kuramlara da nadiren rastlanıldığı düşüncesine, Sapir-Whorf hipotezi ile farklı bir argüman daha eklemektedir. Bu hipotez kısaca, dillerin olguları ve olgu durumlarını sadece betimlemekle kalmayıp, aynı zamanda onların şekillendiricisi olduğu savunmaktadır. Gramerleri belirgin bir farklılık gösteren dillerin kullanıcıları, bu gramerin etkisiyle farklı tür gözlemlere ya da dışsal olarak benzer gözlemlerde farklı değerlendirmelere ulaşırlar. Feyerabend de bu iddiaya kendini yakın bulduğunu ancak dilin Whorf ve takipçilerinin iddia ettiği gibi olaylara şekil veren ana hatta yegâne unsur olarak kabul edilmesine katılmadığını belirtmektedir⁶⁰⁴.

Feyerabend, modern bilimin sanıldığı aksine sayısal uyumsuzluk ve nitel başarısızlıklarla dolu olduğunu Newton'dan kuantum fiziğine kadar pek çok örnekle açıklamış, modern matematiksel fizikte *ad hoc* hipotezlere⁶⁰⁵ sıklıkla başvurulduğunu belirtmiştir. Böylece nitel güçlükler gizlenmiş ve bilimin mükemmel olduğu izlenimi yaratılmıştır. Bu sebeple, bilimi dünyanın birebir resmi olarak gören düşünürlerin modern bilime daha dikkatli bakması gerektiğini, çoğu durumda modern bilimin 16. ve 17. yüzyıldaki atalarının dahi olmadığı kadar yanıltıcı ve anlaşılmaz olduğunu belirtmektedir⁶⁰⁶.

Feyerabend, Descartes ile Galileo'nun yöntem bilimine bakış açılarının gösterilmesi için şu pasajlarını alıntılamaştır⁶⁰⁷. Her ikisi de bilim çağının kurucuları arasında gösterilen, yöntem biliminin kurucusu olarak Descartes, ama bir yöntemsizlik örneği olarak Galileo.

Descartes: "Bence (Galileo'nun) sürekli konu dışına çıkmak gibi bir alışkanlığı var ve belli bir noktada konuyla ilgili her şeyi açıklamak için durmak lüzumunu hissetmiyor. Bu da onları sırasıyla incelemediğini ve ilk nedenleri... değerlendirmeden... yalnızca özel etkilerin/sonuçların sebeplerini aradığını ve böylece temelsiz bir yapı kurduğunu gösteriyor."

Galileo: "(Gerçekten de) Felsefi doktrinleri iki satıra sıkıştırmak ve şu katı, yoğun ve zarafetten yoksun bir üslup benimsemek, şu safgeometricilerin istediği tipte her türlü süs ve fazlalıktan arınmış, mutlak gerekli olmadıkça ilave tek bir kelime bile

⁶⁰⁴ Feyerabend (2000) s. 226,285.

⁶⁰⁵ Bilimde ve felsefede, bir teoriyi yanlışlanmaktan kurtarmak için teoriye eklenen hipoteze *ad hoc* hipotez adı verilir. *Ad hoc* hipotezler genellikle bir teorinin modifiye edilmemiş hali tarafından beklenmeyen anomalilerin yerini doldurmak için kullanılır.

⁶⁰⁶ Feyerabend, Paul (2000) Yönteme Karşı, Çev: Ertuğrul Başer, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, s. 85.

⁶⁰⁷ Feyerabend (2000) s. 91-92.

sarf etmeyen bir tarza kapılanmak içimden gelmiyor...sadece tek bir konuyu ele alan incelemelerde bile birçok farklı şey hakkında konuşmanın bir hata olduğunu sanmıyorum...çünkü hareketlerimize ve icatlarımıza büyüklük, soyluluk ve seçkinlik kazandıran şeyin zorunlu olanda değil (kuşkusuz onun eksikliği büyük bir hata olurdu) zorunlu olmayanda yattığına inanıyorum...⁶⁰⁸”

Alıntılanan bu pasajlardan Feyerabend’in Galileo’yu kendisi gibi bir yöntem karşıtı olarak gördüğünü anlamaktayız. Descartes’a göre Galileo, değindiği meseleleri sınırlı bir kapsam gözetmeden, ilk nedenlere göre ve sırasıyla açıklama hassasiyeti göstermeden, bir başka deyişle Austinci anlamda analitik yöntemi kullanmaksızın ele almaktadır. Zira Galileo Descartes’ın istediği bilimsel yöntemi, zarafetten yoksun, tek tip ve farklı bakış açılarına yer vermeyen şeklinde tanımlamaktadır. Bu anlamda Bacon’ın da Galileo ile benzer düşüncede olduğu ileri sürülmektedir. Bacon, bilimin belirli yöntemlere indirgenerek ilerletilmesini genç adamların gövdeleri ve organları şekillendikten sonraki büyümelerine benzetmiştir. Çeşitli ilke, düstur ve gözlemler altında büyümesini sürdüren bilimin, yöntembilim kalıbına vurulmasıyla hacim ve içerik olarak büyümesinin sona erdiğini, sadece daha cilalı bol açıklamalı ve kullanışlı hale geldiğini belirtmiştir⁶⁰⁹.

Gözlemin kurama bağıllığı meselesi, modern bilimsel yöntemin kabul ettiği, rasyonalizm (akıl) ve ampirizm (pratik) senteziyle⁶¹⁰ ilişkilidir. Rasyonalizm ve ampirizm ya da akıl ve pratik arasındaki ilişkide üç görüş bulunmaktadır. İdealist yorum olarak adlandırılan ilk görüş, aklın pratiğe rehberlik ettiği, pratiği şekillendirdiği görüşüdür. Doğalcılık olarak adlandırılan ikinci görüş, aklın içeriğini ve otoritesini pratikten aldığını söylemektedir. Buna göre akıl, pratiğin işleyişini betimler ve temel ilkelerini formüle eder. Etkileşimci görüş olan son görüşe göre de akıl ve pratiğin her biri, bir diğerini etkiler. Feyerabend, akıldan ya da pratikten yana tek yönlü bir etki yerine çift yönlü etkileşimi koyan üçüncü görüşü tercih eder. Ancak bağdaştırıcı nitelikteki bu görüşün de akıl ve pratiği birbirine indirgenemez iki düalete olarak kabul ettiğine dikkat çeker. Daha önce ifade edildiği gibi bu Kantçı düalizmdir. Feyerabend’e göre akıl ve pratik iki ayrı tür değil, tek bir diyalektik sürecin bölümleridir. En mükemmel standartlar ya da kurallar etkilendikleri malzemedan bağımsız olamazlar. Yine en düzensiz pratikler dahi kendilerine içkin belirli düzenlilikler barındırırlar. Feyerabend, akıl ve pratiğin, sadece iki farklı pratikten başka bir

⁶⁰⁸ Feyerabend (2000) s. 91-92.

⁶⁰⁹ Feyerabend (2000) s. 168.

⁶¹⁰ Arslan (2007) s. XVII.

şey olmadığını söylemektedir. İlki belirgin bir şekilde yalın ve kolayca üretilen formel bir görüntü sergilerken diğeri, tesadüfi özellikler çeşitliliğini oluşturur⁶¹¹.

Feyerabend ve Kuhn için bilimsel kuram ya da daha genel ifadesiyle bilimsel bilgi bir kültür/toplum/gelenek formunun parçasıdır ve diğer bilgi türleri ile arasında herhangi bir hiyerarşi yoktur. Bilimsel kuramlar arasındaki eş ölçülemezlik ilkesi bilim ile diğer bilgi türleri arasında da mevcuttur. Fizik diğer bilimlerin indirgenebileceği bir temel değil, diğerleri arasında bir gelenek olarak görülmelidir⁶¹². Ancak bu iddia ile Popper'ın metafizik hakkındaki görüşü arasında önemli bir fark bulunmaktadır. Popper metafiziği reddetmemekte ve onu bilim için gerekli görmekle birlikte hiyerarşik olarak bilimi daha üstün tutmaktadır. Metafizik görüşler ve mitler bilimsel bilgiye ulaşmada yanlışlanması gereken önermeler bütünü olarak görülmektedir. Feyerabend için ise mit, metafizik ve bilim kendi içerisinde eş ölçülemezdir. Bir başka deyişle, bilimsel düşüncenin diğer düşünce sistemlerine nazaran hiyerarşik bir üstünlüğü bulunmamaktadır.

Feyerabend, tüm kural, standart, ilke ya da teorilere karşı çıkıp yerine Popper'ın yaptığı gibi yeni bir kural, standart ilke koymamaktadır. Nesnelliğe karşı çıkışının da daha az çalışılması gerektiği anlamına gelmediği hatta bu durumun aksine bilim insanlarının sadece karakteristik bir şekilde bilimsel addedilen bileşenleri değil akla gelebilecek tüm bileşenleri incelemek zorunda oldukları anlamına geldiğini belirtmektedir⁶¹³.

Feyerabend'de açıkça reddedilen, genel geçer bir bilim ve bilgi teorisi olduğu inancıdır. Ona göre, bilimi anlamak ve geliştirmek için ihtiyaç duyulan bilgi, teorilerle değil bilim pratiğine katılarak elde edilebilir. Standartlar sadece olay ve süreçleri değerlendirmeye ya da nitelendirmeye yaramaz, bizzat onlar tarafından oluşturulur. Zaten başka türlü araştırmanın başlaması mümkün değildir. Yani mevcut düzende kabul edilen yöntem, teori ya da standartlarla düşünüldüğü sürece yeni bir araştırmaya başlanması mümkün değildir⁶¹⁴.

B. Bilimsel Yöntem Eleştirilerinin Hukuka Yansıması

Popper, Kuhn ve Feyerabend'in bütüncül olarak değerlendirilmesinde hukuk disiplini için bazı sonuçlara ulaşmamız mümkündür. Örneğin, Popper'ın yanlışlanabilirlik

⁶¹¹ Feyerabend (2000) s. 301-304.

⁶¹² Trigg, s. 32.

⁶¹³ Feyerabend, Paul (2012) Akla Veda, Çev: Ertuğrul Başer, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, s. 326.

⁶¹⁴ Feyerabend (2012) s. 324-325.

ilkesi doğrultusunda mutlak bilgiye ulaşılmamasının mümkün olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Bu sebeple geçmişte yaşanmış hukuki bir olayın bilgisinden mutlak surette emin olunması mümkün olmayacaktır. Deliller aracılığıyla ulaşılan gerçekliğin, her daim yanlışlanabilir nitelikte olduğu kabul edilmelidir⁶¹⁵. Bu durum Amerikan hukuki realizm akımında olay şüpheciliği kavramıyla ifade edilmiştir⁶¹⁶.

Bilimsel yöntem eleştirilerinin hukuk disiplinine ilişkin diğer sonucu, mutlak bilgiye ulaşmanın imkansızlığıyla genel kabul gören hukuk teorilerinin geçerliliğinin değişebilirliğidir. Örneğin, ceza hukukunda pozitivist düşüncenin ortaya koyduğu doğuştan suçluluk teorisi günümüzde geçerliliğini yitirmiştir. Aynı şekilde, delillerin elde edilmesi ve değerlendirilmesi o günkü bilimsel gelişmişlik derecesiyle sınırlıdır. Dolayısıyla bilirkişi görüşüne çok sık başvurulmuş ve büyük çoğunlukla bu görüşe uygun olarak yapılan günümüz yargılama sisteminde gerçeklik tespitine ilişkin bu çekincelerin göz önünde bulundurulması gerekmektedir⁶¹⁷. Ayrıca Kuhn’cu bakış açısıyla, doğal hukuk ve pozitivist hukuk düşüncesi hukuk için iki ayrı paradigmayı oluşturmaktadır. Hangi paradigma içinden bakıldığına bağlı olarak hukuku tanımlama ve algılama tarzı ile kullanılan yöntem değişiklik gösterecektir.

İlk bölümde hukukun yöntemselliği bahsinde, hukuksal yöntemin, hukukun oluşturulma yöntemini mesele etmediğinden, yöntem problemlerinin yorum ve mantık olarak hukuki karara ulaşma yöntemleri şeklinde ele alındığından bahsedilmiştir. Bu sebeple, bilimsel yöneme karşı geliştirilen eleştirel analizlerin hukuk alanında hukuk mantığı ve hukuki yorum yöntemlerine getirdiği farklı bakış açılarından bahsedilebilir.

Hukuksal yöntem anlayışının eleştirel yansımaları için, Siches’in hukuk mantığının genel kabulleri ve bu kabullerin içerdiği hataları gösteren görüşleri genel bir çerçevede sunabilir. Hukuk mantığının genel kabulleri şu şekildedir:

- i. Pozitif hukuk kuralları mantıksal ifadelerdir.
- ii. Hukukta nedensellik ilkesiyle ilişkili mantık kuralları, doğa bilimlerinde olduğu gibi birincil niteliktedir.

⁶¹⁵ **Karakehya, Hakan** (2020) “Popper ve Kuhn’un Görüşleri Bağlamında, Modern Bilgi Teorilerinin Eleştirisi ve Bu Eleştirilerin Geniş Anlamda Ceza Hukuku Alanındaki Yansımaları”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 1, s. 1932.

⁶¹⁶ **Türkbağ** (2002) s. 88.

⁶¹⁷ **Karakehya**, s. 1934.

- iii. Hukuk düzenini, genel hukuki normlar ve bunların uygulanışlarının toplamıdır.
- iv. Yargı kararları tasımsaldır⁶¹⁸.
- v. Birden fazla yorum metodu bulunmaktadır.

Hukuk mantığının bu kabullerinin içerdiği hatalar Siches tarafından özetlenmiştir. İlk olarak pozitif hukuk kuralları mantıksal doğruluk değeri taşıyan ifadeler değil; tarihsel, ideolojik, sosyolojik vb. amaç ve değer ihtiva eden kurallardır. İkincisi, yasama ve yargı pratiği nedensellikle değil, anlama ve anlaşılma bekleyen unsurlarca şekillenmektedir. Üçüncüsü, hukuk düzeninde çok sayıda bireyselleştirilmiş, özel nitelikteki uygulamalar da bulunmaktadır. Dördüncüsü bir yargı kararı ne nedensel ne de psikolojik açıdan bir tasım niteliğini taşımamaktadır; karar, üniter karakterde karmaşık zihinsel bir edim niteliğindedir. Son olarak yorumlama, tarihsel, lafzi ya da ne şekilde adlandırılırsa adlandırılısın, kurala somut olay için akla en yatkın anlamın verilmesiyle yapılmaktadır⁶¹⁹.

Hukuk kuralıyla bu kuraldan ulaşılan karar arasında mekanik bir bağlantı olduğu düşüncesinin reddedilmesi yöntemsellik eleştirisi ile ilişkilidir. Buna göre, hükmün altlama yöntemi olarak adlandırılan tümdengelimsel çıkarımla oluşmadığı; hâkimin vicdani kanaat, adalet sezgisi, hakkaniyet duygusu ve takdir yetkisi gibi değerlendirme ilkeleri ile karar verdiği kabulü⁶²⁰ Feyerabend'in farklı kültür/gelenek/toplum formunun eş ölçülmezliği savıyla uyusmaktadır.

Kuralla karar arasında dedüktif bir ilişki olmadığı düşüncesi üzerine temellendirilmiş büyük bir argümantasyon teorisi külliyatı bulunmaktadır. Ancak argümantasyon teorisyenleri Feyerabend gibi yöntem anarşisti değildirler. Popper'in doğrulanabilirlik yönteminin ikamesi olarak yanlışlanabilirlik yöntemini sunması gibi, argümantasyon teorisyenleri de dedüktif yöntemlerin eksik olması sebebiyle bu yöntemi tamamlayan başka yöntemler oluşturmuştur. Bu yöntemler de aslında antik felsefeden beri bilinen retorik ve diyalektik yöntemlerin yeniden yorumlanmış versiyonlarıdır⁶²¹.

⁶¹⁸ Tasım: İki öncül ve bir sonuçtan meydana gelen tümdengelimsel çıkarım. Cevizci (2000) s. 914.

⁶¹⁹ Atalay, s. 25-26.

⁶²⁰ Kılıç (2021) s. 4.

⁶²¹ **Atienza**, Manuel (2020) "What is The Theory Legal Argumentation For?" International Journal for the Semiotics of Law - Revue internationale de Sémiotique juridique ,Volume: 33, s. 148.

Hukuki argümantasyonda, dedüktif mantığın yetersizliği ve onu tamamlamaya yönelik teorilerin ayrıntısıyla incelenmesi çalışmanın amacını aşmaktadır. Ancak kararlar kural arasındaki mekanik bağlantıyı reddeden argümantasyon teorisyenlerinden Peczenick'in görüşlerine kısaca değinilebilir. Peczenick, kuraldan sonuca varılmasını "çıkarım" değil, "sıçrama (*jump*)"⁶²² olarak adlandırmıştır. Zor davalarda kuraldan sonuca ulaşmak için araya ayrı bir öncül eklenmektedir. Örneğin;

Öncül 1: Her kim şiddet kullanarak yahut fiili bir tehlikeyle tehdit ederek hırsızlık yaparsa gasptan mahkûm edilmelidir.

Öncül 2: A, mağdurun (yanlışlıkla) fiili tehlike olarak yorumladığı tehditle para almıştır.

Sonuç: A, gasptan mahkûm edilmelidir.

Bu örneğe göre, sonuca ulaşmak için öncül 1 ile öncül 2 arasına, değer yargılarının da bulunduğu genişletilmiş öncüller kümesinden üçüncü bir öncül daha eklenmektedir. Bu üçüncü öncül: "Mağdurun yanlışlıkla tehlike olarak yorumladığı tehdit gerçek bir tehditle aynı şekilde değerlendirilmez" ifadesidir⁶²³.

Geleneksel dedüktif mantığın hukuki akıl yürütme yöntemini tam olarak açıklayamaması üzerine 20. yüzyılda keşfedilen yeni mantık türlerinin hukukta uygulanması tartışmaları ortaya çıkmıştır. Bu yeni mantık türleri, tutarlı ötesi mantık (*postconsistent logic*) ve bulanık mantık (*fuzzy logic*) olarak adlandırılmaktadır.

İlk kez 1910 yılında Łukasiewicz tarafından ortaya konulan tutarlı ötesi mantık, geleneksel mantıktaki çelişmezlik ilkesinin uygulanmadığı mantıktır. Çelişmezlik ilkesine göre zıt ya da birbiriyle çelişen iki önermenin aynı anda doğru olması mümkün değildir. Bunun sebebi olarak da patlama ilkesi (*principle of explosion*) gösterilmektedir. Patlama ilkesi, çelişen iki önermenin aynı anda doğruluğunun kabul edildiği durumlarda her çeşit üçüncü önermenin ortaya çıkacağını söylemektedir. Tutarlı ötesi mantık, patlama ilkesi olmaksızın, çelişkiler aracılığıyla bilgi aktarımının mümkün olduğunu göstermektedir⁶²⁴.

⁶²² Peczenick, Aleksander (1989) On Law and Reason, Springer Science + Business Media B.V. s. 115.

⁶²³ Peczenick, s. 20-21; Feteris, s. 245; Uzun, Ertuğrul (2010) Akıl Tutkunu Hukuk, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, s. 33.

⁶²⁴ Priest, Graham / Koji Tanaka / Zach Weber (2022) "Paraconsistent Logic", The Stanford Encyclopedia of Philosophy, Edward N. Zalta (ed.), <https://plato.stanford.edu/entries/logic-paraconsistent/> s.e.t. 05.07.2022.

Tutarlı ötesi mantık, hukuktaki çelişkili durumlar ve birbirine zıt önermelerden (örneğin Yargıtay'ın iki farklı dairesinin aynı konuda iki farklı karar vermesi) sadece birinin doğru ve diğerinin yanlış olmayabileceğini, doğru ve yanlışın arasında da bir değer (*interregnum*) olduğunu göstermektedir⁶²⁵.

Bulanık mantık ise ilk kez 1964 yılında Zadeh tarafından geliştirilmiştir. Bulanık mantık, nesneleri sayısal değerlerle değil kelimelerle nitelemektedir. Örneğin çok pişmiş et nitelemesi 0,75 oranında pişmiş gibi bir sayısal veriyle ifade edilemez. Yine kırmızıyı, koyu kırmızıdan ya da kırmızımsıdan ayıran belirli bir değer bulunmamaktadır. Uzun ya da kısa boylu denildiğinde uzunluğu ya da kısalığı belirleyen net bir ölçü yoktur. Zadeh'e göre gerçek dünya bu şekilde 0 ile 1 arasındaki sonsuz ara değerlerden müteşekkildir. İnsan zihni kesin hesaplamalarla değil, yaklaşık değer hesaplamalarıyla çalışmaktadır. Yapay zekâ teknolojileri bulanık mantığın uygulandığı temel alandır⁶²⁶.

Hukukun çalışma prensibi de bulanık mantığa uygundur. Hukukta mutlak surette belirliliğin olduğu durumlardan çok bulanık durumlar bulunmaktadır. Ceza hukukunun en temel ilkesi olan şüpheden sanık yararlanır ilkesi bulanıklığa bir örnektir. Şüphe kişinin suçluluğuyla ilgili 0'le 1 arası bir yerdedir. Şüphenin olduğu durumda kişinin suçluluğu ne 0 ne de 1 değeri ile gösterilebilir. Suçluluk değeri 0 ile 1 arasında bir yerdedir ve bu ara değerlerin örneğin 0,2 mi yoksa 0,9 mu olduğu belirlenemezdir. İşte bu sebeple bulanık mantık sayılarla değil, kelimelerle çalışmaktadır. Hukuk bu tip bir bulanık durumda kişinin 0 yani suçsuz olarak kabul edeceğini söyleyerek soruna bir çözüm sunmaktadır. Bu durumun doğal ya da fiziksel gerçeklikle ne kadar örtüştüğü önemsizdir. Hukukun kendisi kabul edilmesi gereken gerçekliği yaratmaktadır.

Benzer bir durumun ispat hukuku için de düşünülmesi mümkündür. Özel hukukun temel bir ilkesi olarak herkes iddiasını ispatlamak durumundadır. Ancak bu ispatın nasıl olacağını bazı durumlarda hukuk düzeni kendisi belirlemektedir. Senetle ispat zorunluluğu buna örnek olarak gösterilebilir. Senetle ispatın zorunlu olduğu olayda kişi iddiasını tanıkla ispatlamak isterse, tanıkların güvenilirliği, şüpheden uzak ifadeleri değerlendirilmeksizin

⁶²⁵ **Carneiro, Maria Francisca** (2011) Notes on a Way of Thinking in Paraconsistent Logic in Law, <https://ssrn.com/abstract=1860334> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1860334>, s.e.t. 25.06.2022, s. 2.

⁶²⁶ **İşikli, Şevki** (2008) "Bulanık Mantık ve Bulanık Teknolojileri", Araştırma Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Felsefe Bölümü Dergisi, Cilt: 19, s. 3-4.

iddia ispatlanmamış sayılacaktır. Hukuk, bulanık alanı senet zorunluluğu ile çözmektedir. Senet varsa borç değeri 1'dir. Senet yoksa borç değeri 0'dır, yani borç yoktur.

Görüldüğü üzere bulanık mantık hali hazırda hukukta kullanılan bir mantıktır. Ancak genel anlayış sanki hukukta sadece klasik mantık ve akıl yürütme yöntemlerinin kullanıldığıdır. Costa, hukuk mantığı ve hukuki akıl yürütmeye postmodern bir meta-teorik yöntemle yaklaşılması gerektiğini savunmaktadır. Meta-teorik yöntem; mantık, analiz, argümantasyon ve hermeneutik yöntemlerinin birbirlerini tamamlayan yöntemler olması sebebiyle birlikte kullanılmalıdır. Buna göre gerekçelendirme fazlara bölünerek her bir fazda bir gerekçelendirme yöntemi kullanılmalıdır. Bu yöntemler arasında hiyerarşi bulunmamaktadır⁶²⁷. Costa'nın mantık safhasında kullanımını önerdiği mantık tutarlı ötesi mantıktır. Bunun yanında bulanık mantığın da tutarlı ötesi mantıkla birlikte değerlendirilebileceği söylenebilir. Hermeneutiği de hukuki akıl yürütmeyi tamamlayan bir yorum yöntemi olarak sunmuştur. Bu noktada post modern dönemde sosyal bilimlerinde yöntem arayışlarının bir ürünü olan hermeneutik disiplinine değinilmesi icap etmektedir. Hermeneutik ile hukukun yöntemi olan yorum konusuna farklı bir anlayış getirilmiştir.

C. Sosyal Bilimlerde Yöntem Arayışları: Hermeneutik

20. yüzyıl eleştirel düşünüş paradigması içerisinde pozitivist yaklaşımların gözden geçirilmesi neticesinde doğa bilimlerinde yaşanan değişimler sosyal bilimlere de sirayet etmiştir. Sosyal bilimlerin Durkheimci bakış açısıyla doğa bilimleri gibi ele alınması gerektiği düşüncesinden uzaklaşmaya başlanmıştır. Ancak bu sefer de doğa bilimlerinin yöntemi kullanılmayacaksa sosyal bilimlerin yönteminin ne olacağı sorunu ortaya çıkmaktadır.

Yorum, özelde hukukun genelde de tüm sosyal bilimlerin yöntemi olarak görülmüştür. Wilhelm Dilthey'in, yorumu doğa bilim yöntemlerine alternatif olarak sosyal bilimler alanına sokan ilk kişi olduğu söylenmektedir. Dilthey'e göre sosyal bilimlerin sağlam zemine oturtulabilmesi için yeni bir bilgi kuramına ihtiyaç vardır ve Kant'ın akıl eleştirileri bu konuda yol göstericisi olsa da yetersiz kalmaktadır. Kant da tıpkı Descartes, Locke ve Hume gibi kartezyen felsefenin özne-nesne ayrımı ile doğa ile karşı karşıya getirilmiş insanı, bütünsel olarak değil, sadece bilen bir özne olarak ele almıştır. Oysa insan

⁶²⁷ Costa, Rafael de Oliveira (2021) Towards a Metatheoretical Postmodern Approach to Legal Reasoning, Athens Journal of Law, Volume: 7, Issue: 1, ss. 91-104.

bilmenin yanında, isteyen, bilinçli bir amaca yönelen, diğer insanlarla ilişki içerisinde olan tarihsel bir varlıktır. Yani insanın, tarafsız ve nesnel bir şekilde bilen bir özne olduğu pozitivist ve ampirik görüşe karşı çıkılmakta ve sosyal bilimlerin yönteminin de bu sebeple anlama ve yorumlama üzerine kurulması gerektiği söylenmektedir⁶²⁸.

Dilthey'in bir yöntem, dolayısıyla epistemolojik bir mesele olarak gördüğü yorum, Heidegger ve Gadamer ile ontolojik bir nitelik kazanmıştır. Doğa bilimlerindeki yöntem karşıtı olan Feyerabend'in yerini sosyal bilimlerde Gadamer almaktadır. Gadamer'in en temel iddiası hakikatin yöntemle sınırlanamayacağıdır. Yöntem vasıtasıyla başarılabilen şeyin, sorgulama ve araştırma disiplini aracılığıyla yapılması mümkündür. Gadamer, yöntem ile Descartes ve Bacon'ın eserlerinde ortaya koyduğu bilimsel araştırmaya eşlik eden epistemolojik tavrı reddetmektedir. Modern çağın kesinlik düşüncesi, özne ile nesne arasında belli bir mesafenin bulunduğu ve yöntemle bu mesafenin zedelemekten aşılabileceği inancı üzerine temellenmiştir. Modern düşünceye göre, nesnel olguların önyargısız ve tarafsız bir özne tarafından gözlenmesi olanaklıdır (Kuhn ve Feyerabend buna karşı çıkmıştır). Fakat bu öznenin tarihselliğini reddeden modern öznelciliktir. İnsan bilinci tarih tarafından etkilenmekte ve ancak bu etki altında dünyayı anlamaktadır. Sorun tarihsel öznenin evrensel ve soyut yöntem kullanma iddiasındadır. Anlayan ile anlaşılan şey arasındaki yapılan ayrım hakikat tecrübesini engellemektedir. Hem öznenin hem de nesnenin kendi tarihselliği bulunmaktadır. Bu iki tarihselliğin zamandaş kılınması ya da aradaki tarihsel mesafenin ortadan kaldırılması mümkün değildir. Daima bir gelenek içinde olduğumuzdan tarih bize ait değil, biz tarihe aitizdir. Bilinç her zaman tarihsel olarak etkilenmiş bilinçtir. Yönteme dayalı araştırmada tarih göz ardı edilmektedir⁶²⁹.

Gadamer, Dilthey'in yaptığı gibi sosyal bilimlere özgü bir yöntem bulma çabasını doğru bulmamaktadır. Doğru anlaşılma bir yöntem sorunu değildir. Modern bilim, yönteme indirgenmiştir ancak anlama, önceden verili metodik şartların uygulanması değil, bir diyalog sürecidir. Bilimsel düşünme sürecinde önce kabul edilen sonrasında reddedilen ya da revize edilen fikirler kesintisiz bir olaylar zinciri oluşturmaktadır. Dolayısıyla bilimsel düşünce de aslında günlük olağan düşünce gibidir⁶³⁰. Bilim her zaman bir soruyla başlar. Bu sorulara verilen cevaplar ile diyalog gerçekleşir. Sosyal bilimler de aynı şekildedir. Bir metne her

⁶²⁸ Göka, Erol/Topçuoğlu, Abdullah/Aktay, Yasin (1996) Önce Söz Vardı, Vadi Yayınları, Konya, s. 30-31.

⁶²⁹ Tatar, Burhanettin (2001) "Hans-Georg Gadamer ve "Hakikat ve Yöntem" (Wahrheit Und Methode) Adlı Eseri", Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Sayı: 12 / 12-13, ss. 277-306.

⁶³⁰ Göka/Topçuoğlu/Aktay, s. 52.

zaman bir soruyla yaklaşılr ve metinle diyalog kurulur. Anlam bu diyalog sonucunda ortaya çıkar⁶³¹.

Gadamer'in yöntem karşıtlığının bir yöntem anarşisti olarak algılanmaması gerekmektedir. Onun düşüncesi daha ziyade mevcut yöntem anlayışının ya da modern epistemolojinin bir revizyonu ya da tamamlayıcısı olarak anlaşılmalıdır⁶³². Zira Gadamer hermeneutiği bir yöntem ya da yöntemsizlik olarak değil, varoluşsal bir problem olarak görmektedir. Amacı hermeneutik aracılığıyla bir anti bilim anlayışı kurgulamak değil, bilimin karanlıkta kalan bilme ve yapma olasılıklarının muhtemel kötü sonuçlarının ortaya çıkarılıp tartışılmasına zemin hazırlamaktır⁶³³.

Gadamer'e göre, her şey bir anlam ufkuna batmış vaziyettedir. Anlam ufku denilen şey aslında özne ve nesnenin tarihselliğidir. Bunun gelenek, görenek, ideoloji kısaca tüm yaşantı olarak düşünülmesi mümkündür⁶³⁴. Dolayısıyla tüm okumalarımız belirli bir önyargı ve peşin hüküm taşımakta ve aşkın beklentiler tarafından yönlendirilmektedir. Bu durum anlamın yaratıcı bir üretkenlik içerisinde inşası olarak hem özneyi hem de nesneyi kuşatan asli bir unsurdur⁶³⁵.

Özne ve nesnenin tarihselliği kavramını Kuhn'un paradigma kavramı ile benzer düşünebiliriz. Kuhn'a göre de hiçbir bilimsel varsayım ya da teori dönemin hâkim bilimsel paradigmasından bağımsız olamaz. Önemli olan meşru ve meşru olmayan önyargıların, kör önyargılarla aydınlatıcı ön yargıların hangileri olduğunun tespit edilmesidir. Anlama, kendi ufkumuzu daima hesaba katarak, karşısındakinde ortaya çıkartılacak ufukların kaynaştırılmasıdır. Yani diyalojik bir süreçtir. Sosyal bilimlere has bir yöntemin bulunması ile içerisinde bulunduğumuz önyargılardan kurtulmamız mümkün değildir. Ancak açık bir diyalog ile doğru bilgiye yaklaşılmaması mümkün hale gelmektedir. Açık diyalog ya da açık sorgulama ise nesneye tarafsız nesnel gözlemlerle yaklaşmak değil, öncelikle, ön yargılara

⁶³¹ Aydın, Melike Belkıs (2019) Hukuka Hermeneutik Yaklaşım: Hans-Georg Gadamer'in Felsefi Hermeneutiği, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, s. 66.

⁶³² Kılıç, Muharrem (2005) "Hukuksal ve Teolojik Metinleri Anlama Sorunu Felsefi Hermenötik Bağlamında Bir Analiz", HFSA 12. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, s. 97.

⁶³³ Göka/Topçuoğlu/Aktay, s. 115-116.

⁶³⁴ Habermas'a göre ise bu anlam ufkunun asıl yaratıcısı ideolojilerdir. Gadamer'i ideolojiye gereken vurguyu yapmaması ve bu şekilde var olan düzeni meşrulaştırdığı gerekçesiyle eleştirmektedir. Gadamer ise, ideolojiyi geleneği oluşturan tek yapı değil bu yapılardan biri olarak gördüğünü üstelik bu geleneğin pasif bir şekilde kabul edilmesini değil eleştirel analize tabi tutulması gerektiğini ifade etmektedir. Göka/Topçuoğlu/Aktay, s. 146-147.

⁶³⁵ Kılıç, Muharrem (2010-b) "Anlamın İnşası ve Anlama Etkinliği Bağlamında Geleneğin Sorunsallaştırılması", SDÜ Fen Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi, Sayı: 22, s. 118.

sahip olduğumuzu kabul etmekle mümkün olabilir. Anlaşılabileceği üzere Gadamer, önyargıya olumsuz bir anlam yüklememekte ancak, onun kaçınılmaz olduğunu ve bu kaçınılmazlığın bilincinde olmamız gerektiğini vurgulamaktadır. Önyargıdan kurtulmaya çalışmak, önyargının sadece üstünü örtecek ve gizlenmesine neden olacaktır⁶³⁶.

Klasik hermeneutik, anlam ve yorum arasına bir çizgi koyar. Anlamada her zaman aynı kalan tümel anlama ulaşılması, yorumlamada ise bu anlamın yorumcu dünyasında yeniden inşası söz konusudur. Dikkat edilecek olursa, burada karşı çıkılan kartezyen düşünce, özne-nesnenin mutlak ayrımı ve anlamın değişmezliği olarak objektivizim düşüncesinin sürdürülmesi ve hatta pekiştirilmesidir. Dilthey ve Schleiermacher'ın görüşlerini yansıtan klasik hermenutikten farklı olarak Gadamer'in savunduğu modern hermeneutikte ise anlam ve yorumlama arasında keskin bir çizgi değil, bu ikisinin buluşması ve kaynaşması söz konusudur. Ufukların kaynaşması olarak ifade edilen bu kavramsallaştırma ile klasik hermeneutiğin pekiştirdiği kartezyen düalizmden ayrılma gerçekleşmiştir⁶³⁷. Gadamer için anlama ve yorumlama aynı anda gerçekleştiğinden her anlama aynı zamanda yorumlamadır. Dolayısıyla metnin kendinde, öznesinden bağımsız bir anlamı bulunmamaktadır⁶³⁸.

Gadamer'in yöntem olarak yoruma epistemolojik değil, ontolojik bir nitelik kazandırdığı ifade edilmişti. Buna göre, metnin yorumlanmadan önce ve yorumdan bağımsız bir varlığı bulunmamaktadır. Varlığını ancak tam olarak yorumlandığında kazanmaktadır. Nasıl ki icra edilmediği müddetçe kâğıt üzerindeki notaların bir beste olarak varlığı bulunmamakta ise bir metin ya da bir yasa yorumlanmadığı sürece bir varlığa sahip değildir. İcra ya da yorumlama ile müzikal metnin işaretlerine hayat verilir. Metin adeta uykusundan uyandırılır⁶³⁹.

Gadamer'in anlama problemindeki önemli kavramlarından biri de tarihsel mesafe kavramıdır. Bu, en yalın anlamıyla metnin yazarı ile yorumcusu arasındaki zamansal farklılığa işaret etmekte ve bilhassa yasal metinlerin yorumlanması hususunda önemli sonuçlara ulaştırmaktadır. Metin bir kez ortaya çıktıktan sonra yazarından ayrılmış ve yazarın iradesi ölmüştür. Metnin yeniden yazara bağlanması tarihsel mesafe sebebiyle

⁶³⁶ Göka/Topçuoğlu/Aktay, s. 52-54.

⁶³⁷ Kılıç (2005) s. 97.

⁶³⁸ Aydın, Melike Belkis (2020) "Gadamer'in Felsefi Hermeneutik Disiplininin İmkanları Olarak Yasa Yorumunun Kurucu İşlevleri", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, No: 11/2, s. 543.

⁶³⁹ Gadamer, Hans-Georg (2009) Hakikat ve Yöntem İkinci Cilt, Çev: Hüsamettin Arslan, Paradigma Yayıncılık, İstanbul, s.191; Aydın (2019) s. 138; Aydın (2020) s. 544.

mümkün değildir. Anlam geçmişte değil, her zaman şimdide ve güncel olanda aranmalıdır. Dolayısıyla yazarın ne anlatmak istediğinin anlaşılmasına çalışılması boş bir uğraştır. Anlama, anlaşılan şeyin varlığına katılma sürecidir. Dikkat edilecek olursa katılma kavramı ile nesneyi gözleyen tarafsız özne anlayışına da karşı bir duruş sergilenmektedir. Bu aynı zamanda yorumlamanın yaratıcı bir faaliyet olduğunu göstermektedir. Her yorumlama farklı bir anlama biçimidir ve biri diğerinden üstün değildir. Hatta yazarın kendi metni hakkındaki yorumu dahi herhangi bir okurun yorumundan farklı değildir⁶⁴⁰. Ancak bundan yorumlamanın keyfi olduğu sonucu çıkarılmamalıdır. Yorumcu, tarihin, geleneğin ve kültürün bir parçası olduğundan, yasa yorumcusu da içerisinde bulunduğu hukuk kültürünün bir parçası olarak anlamını kurmak zorundadır⁶⁴¹. Geçmişten intikal eden yasa güncel şartlara adapte edilerek geçerli anlam oluşturulur. Bu bir uzlaşım niteliğindedir. Hâkim, yasanın yürürlüğe konulduğu tarihsel anlamı değil, geçerli hukuki anlamını bulmayı amaçlamaktadır⁶⁴².

Metnin yorumcusundan bağımsız bir varlığı olmaması, her okuyucuyla metnin yeniden kurulduğu sonucuna götürecektir. Çünkü yasa gelecekte yaşanması muhtemel tüm olayları içerecek şekilde kurulamaz. Yasa, henüz gerçekleşmemiş olaylara uygulanması için hazırlanmaktadır. Bu eksiklik hukukun doğal bir özelliğidir ve yorumlama yoluyla giderilmektedir. Somut olay ve yasa arasında kurulan diyolojik ilişki ile ikisi zamandaş kılınmakta, anlam ufukları kaynaştırılmaktadır. Yasa ve olay karşılıklı ilişki içerisinde ve bu ilişkide yasa somut olayla biçimlendirildiği gibi, olay da yasaya göre vasıflandırılarak hukuk sistemine dahil edilmektedir. Bu durum her somut olayda ayrı ayrı ve yeniden tekrarlanmaktadır. Yani, her yeni hüküm ölü durumdaki yasa metnini hayata getirmektedir⁶⁴³.

IV. Form ve Madde Dikotomisinin Yapıbozumsal Okuması

Çalışmamızda hukukun formu içerisinde ele aldığımız belirlilik, kavramsallık ve yöntemsellik, çağdaş bilim felsefesine egemen olan eleştirel düşünce çerçevesinde analiz edilmiştir. Bu doğrultuda ilk olarak, hukuk formunun sanıldığı kadar belirlilik yaratmadığı ifade edilmiştir. İkinci olarak, hukukun gelişmişlik seviyesini gösteren soyut kavram yaratma ve kavramsal düşünme becerisinin şeyleşme ve yabancılaşmaya yol açarak hukuki

⁶⁴⁰ Aydın (2019) s. 77-78.

⁶⁴¹ Aydın (2020) s. 548.

⁶⁴² Gadamer, s. 93.

⁶⁴³ Aydın (2020) s. 545.

muhakeme yeteneğimizi farklı açılardan sınırladığı açıklanmıştır. Son olarak, kendine has bir yöntemi olduğu düşünülen hukukun, sorunlarını matematik problemi çözer gibi belirli mantık kurallarının adım adım takibi olarak ele almadığı, hukukun yöntemi olan yorumda da hermeneutik disiplini iddiaları uyarınca, bir metnin okuyucudan bağımsız bir anlamı bulunmadığı ve birden fazla yorumu bulunduğu gösterilmeye çalışılmıştır. Böylece, hukukun maddesi karşısında formun üstün tutulması sebeplerinin kabul gören temellerinin sanıldığı kadar sarsılmaz olmadığı anlaşılmaktadır.

Şimdi de form ve madde kavramları arasındaki ilişki, başka bir eleştirel yöntem olan yapıbozumcu analizle ele alınacaktır. Yapıbozumculuk teorisine bu çalışma kapsamında değinilmemesi büyük bir eksiklik teşkil edecektir. Zira yapıbozumculuğun esas amacı bu şekildeki kavram ikiliklerinin arasındaki ilişkiyi açığa çıkararak ters düz etmek, bir başka deyişle, karşıt kavramlardan üstün olarak görülenin bu üstünlüğünü yıkmaktır. Yapıbozumculuk düşüncesi, 20. yüzyılın ikinci yarısında batı düşünce dünyası üzerinde büyük bir etki yaratmış ve bir yöntem olarak pek çok disipline uygulanmıştır. Hukuk da bunlardan birini teşkil etmektedir.

A. Yapıbozumculuk Teorisi

Yapıbozum, *deconstruction* kelimesinin karşılığı olarak kullanılmaktadır. Bu kavram ilk kez Derrida tarafından Gramatoloji (*De la Grammatologie*-1967) adlı eserinde dile getirilmiştir. Derrida, yıkmak anlamındaki *destruction* kelimesinin olumsuz çağrışım yapması sebebiyle bu kavramı kullanmaktan kaçınmış, bir bütünlüğün nasıl yapılandırıldığını anlamak için onu bozup yeniden yapılandırmak olarak değerlendirilebilecek *deconstruction* kavramını oluşturmuştur⁶⁴⁴.

Derrida'nın yapıbozum felsefesi en genel şekliyle “*Batı felsefesinin genetiğinde yer alan ve gelenek oluşturmuş hâkim düşünme mantığının işleyişindeki keyfiliği ve temelsizliği göstermeye odaklanan bir metin okuma stratejisi*” olarak tanımlanabilir⁶⁴⁵. Yapıbozum, yapay söylem çiftleri ile sarmalandığımızı söyler ve bu yapaylığı doğal bir gerçeklik olarak sunan metin ve kurumların söylemlerine karşı direnmek ve bu söylemlerini bozmak amacını taşır. Yapıbozum tek başına analiz, eleştiri yahut bir yöntem değildir. Sağlam'ın tanımıyla

⁶⁴⁴ Sağlam, Rabia (2013) Yapıbozumsal Adalet, Tekin Yayınevi, İstanbul, s. 15-16.

⁶⁴⁵ Rutli, Evren Erman (2016) “Derrida'nın Yapisökümü”, TEMÂŞÂ, Sayı: 5, s. 51.

yapıbozum “felsefî, hukukî, ahlakî ve politik anlamda yapılandırılmış ve doğallaştırılmış her türlü yasanın sınırlarını aşan bir dil yaratım uğraşısıdır”⁶⁴⁶.

Yapıbozumculuk, post yapısalcı bir felsefedir. Diğer post- eki alan düşünce sistemleri gibi (örneğin post modernizm) üzerine inşa edildiği düşünce sisteminin eleştirel analizlerini sunmaktadır. Derrida’nın en önemli eleştirisi, öznenin merkezdeki başat konumunu sonlandıran yapısalcılığın özne yerine bu sefer “yapı”yı yerleştirmiş olmasıdır. Yapısalcılık, zihnin evrensel yapılarını sorgulamıştır. Yapısal antropolojinin kurucusu olan Levi-Strauss, uygar Batıyı merkezi konumundan koparıırken yerine bu sefer de yeni idealite olarak yabancı koymuştur. Post yapısalcılıkta ise özne, yapıyı kendinden ayrı bir şeymiş gibi incelememektedir⁶⁴⁷.

Yapıbozumculuk, birbirine zıt çift kavramsal yapıların ilişkilerini incelemektedir. Zıt terimlerden birisi (genel-özel, normal-istisna, yaygın-marjinal ve asıl türev gibi), diğeri üzerinde bir ayrıcalığı olacak şekilde yapılanmıştır. Yapıbozumculuk, bu kavramlar arasındaki ayrıcalıklı yapılanmayı kırarak yeni bir ilişki biçimini ortaya koymaya çalışan düşünce sistemidir. Hukuk da bu tip kavram çiftleriyle oluşturulmuş bir yapı olduğundan hukuksal ayrımlar, kavramsal zıtlıkların gizlenmiş formlarını teşkil etmektedir⁶⁴⁸. Derrida felsefesini yorumlayan Balkin de kavram çiftlerinde bir tarafın her zaman ayrıcalıklı olduğuna değinmiştir. Ona göre her bir hukukî kavram, birinin diğeri aleyhine ayrıcalıklı kılınmasından ibarettir⁶⁴⁹. Bizim çalışmamız açısından da form, madde aleyhine ayrıcalıklı kılınmıştır.

Foucault, normal ile anormal, akıl ile delilik, sağlık ile patoloji gibi kavramlar arasında doğası gereği kesin sınırlar olmadığını, bu sınırlara iktidarın karar verdiğini söylemektedir. Bu sebeple iktidarın dili, zorunluluğun kesinliğin ve mutlak hakikatin dilidir. Kesinlik, güven ve istikrar adına tek dil, tek kontekst ve tek anlam sunulur. Bunun yanında, kesinlik arzusunun barbarlığa yol açabileceği, yakın politik tarihin verdiği tecrübeyle insanlığın başına gelen büyük felaketlerin sebebinin belirsizlikten ziyade belirsizliği yok etme amacındaki kesinlik arayışları olduğu ifade edilmektedir⁶⁵⁰.

⁶⁴⁶ Sağlam, s. 38-40.

⁶⁴⁷ Keskin, İbrahim (2020) “Yapısalcılıktan Post Yapısalcılığa: Derrida’nın Yapı-Bozum Olarak Yapısalcılığı Eleştirisi”, Beytulhikme An International Journal of Philosophy, Sayı: 10(4), s. 1437.

⁶⁴⁸ Aktaş (2011-a) s. 39-40.

⁶⁴⁹ Cotterel (2018) s. 367.

⁶⁵⁰ Demir (2007) s. 46-48.

Derrida'ya has kavram yaratımı, sadece yapıbozum kelimesi ile sınırlı değildir ve yapıbozumculuk adı verilen düşünce sisteminin anlaşılabilmesi için birkaç kavramın daha tanımlanması gerekmektedir. Derrida, bir metni yapıbozuma uğrattırken mevcudiyet metafiziği, akıl merkezilik ve söz merkezilik kavramlarını kullanmaktadır.

Mevcudiyet metafiziği, Derrida'nın karşı çıktığı batı metafizik anlayışına ve düşünme mantığına verdiği isimdir. Mevcudiyet metafiziğine özdeşlik metafiziği de denilmektedir. Temeli her türlü mevcudiyetin yönlendirici ve belirleyici bir merkeze dayandığı düşüncesidir. Mevcudiyet metafiziği “gerçekten var olanın bir, kendi kendisiyle özdeş ve değişmez olduğu inancıyla karakterize” olmaktadır. Bu anlayışta kendi kendisiyle özdeş olan mutlak bir başlangıç, her şeyin kendisinden neşet ettiği bir Arşimet noktası bulunmaktadır. Saf, basit, kendine yeten bu başlangıç noktası diğer unsurları kendisine göre belirlenen hiyerarşik bir değer sistemi oluşturmaktadır. Platon'un ideası, Aristoteles'in birincil tözleri, Descartes'ın düşünen tözü ya da ampirist epistemolojinin duyu verileri mevcudiyet metafiziğini oluşturmaktadır⁶⁵¹. Buna göre, Batı düşüncesinin ortak özelliği öz, hakikat, doğru, doğal vb. varsayımlar ile gösteren gösterilen, doğa-kültür, yazı-söz, uygar-ikel gibi karşıtlıklara dayandırılarak oluşturulmaktadır⁶⁵².

Yapıbozumsal okuma, metinde öne çıkarılan kurucu merkez yerine kenarda kalmış kavram ve ifadeleri ortaya çıkararak bunların da kurucu merkez olabileceğini göstermeye çalışmaktır. Mevcudiyet metafiziği düalist yapıdadır, kavramsal karşıtlıklar kurmaktadır. Merkez, bu hiyerarşiyi yöneten doğal, saf ve kendine yeten kökendir. Bu hiyerarşik yapıyı kurma amacı var olduğu en baştan kabul edilen mevcudiyeti temsil etmektir. Mevcudiyetle doğrudan ilişkili olmayan ikinci öge değersiz olarak görülmektedir. İkincil öge, birincil öğeden türemiştir. Bu tali unsur, araştırmacıyı ya da okuyucu yoldan saptıran, oyalayan bir öge olarak değersiz olduğu kadar zararlı olarak da kabul edilmektedir⁶⁵³.

Akılmerkezilik ve sözmerkezilik (*logocentrism*) Batı düşüncesine aklın geleneksel önceliğine, irrasyonel olanın marjinal ve önemsiz görülmesine ve aynı zamanda yazı karşısında konuşmaya (söze) öncelik verilmesine karşılık gelmektedir⁶⁵⁴. Sözün zihindeki düşüncenin ilk, dolayimsız aracı olduğu bu sebeple sözün yazıdan önce geldiğini vurgulamaktadır. Yani söz mevcudiyetin imkanına (anlama) daha yakın kabul edilmektedir.

⁶⁵¹ Cevizci (2012) s. 1245-1246; Rutli, s. 52.

⁶⁵² Sağlam, s. 41.

⁶⁵³ Rutli, s. 54.

⁶⁵⁴ Cevizci (2012) s. 1246-1247.

Derrida'ya göre bu karşıtlık batı metafiziğindeki diğer dikotomilerin temelini oluşturmaktadır⁶⁵⁵.

Derrida'ya özgü olan bir diğer kavram da *différance*'tır. *Différance*, sonraya bırakma-erteleme ve aynı olmama-farklı olma olarak iki anlama gelmektedir. *Différence*, sözcüğünün üçüncü sesli harfi olan e harfinin a olarak değiştirilmesiyle sesteş olan bu kavram elde edilmiştir. Bu yeni kavramla hem ayıran hem de erteleyen anlamlarına gelen bir sözcüğe ulaşılmıştır. Bu şekilde ikili karşıtlıkların basitçe ayrılması ve bu karşıtlıkların kapalı bir kategori oluşturması engellenmiştir⁶⁵⁶. Aşağıda verilecek örneklerde bu husus açıklık kazanacaktır.

Derrida, hukukun kurulmuş, yorumlanan ve değiştirilebilir özellikleri olan ve nihayetinde tanımlanamaz bir kurum olarak yapıbozuma tabi tutulabileceğini belirtmiştir⁶⁵⁷. Derrida, adalet ve kurucu yasa üzerinden hukuku yapıbozuma uğratmıştır. Austin'in saptayıcı ve performatif söylem ayrımı üzerinden kurucu edim olarak kurucu yasayı ele almıştır. Buna göre kurucu yasa performatiftir. Örnek olarak da 1776 Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi'ni göstermiştir. Bildirgeyi incelerken, belgenin altında imzası bulunan temsilcilerin bu temsil yetkisini aslında imzayı attıktan sonra kazandığını söylemektedir. Yani bildirge oluşturulmadan önce Bağımsız Amerikan halkı tarafından kendilerine bir yetki verilmesi söz konusu değildir. Bu sebeple belge beyan edici değil, kurucu bir eylemdir ve söyleyeni yani belgeyi imzalayan önemlidir. İmza, imza atanı adeta icat etmiştir⁶⁵⁸. Burada Derrida'nın Gadamer'den farkı yeniden ortaya çıkmaktadır. Çünkü Gadamer metni yazarından koparmıştır. Metin ve imzacı arasındaki bu ilişki her metinde geçerli değildir. Örneğin bir fizik yasasını keşfeden fizikçi ile yasa arasında böyle bir bağ bulunmamaktadır. Dolayısıyla Derrida'nın bakış açısından sonuç (imza) nedeni (temsilci) yaratmıştır. Derrida burada neden ve sonuç karşıtlığının nasıl iç içe geçmiş olduğunu göstermektedir. *Différance* kavramı ile anlatmak istediği tam olarak budur. Birbirinin zıttı olarak görülen kavram ikiliklerinin arasında sanıldığı gibi bir sınır-fark bulunmamaktadır.

⁶⁵⁵ **Aydınalp, Esra Başak** (2017) "Jacques Derrida'da Yazı ve Anlam Oyunu", Selçuk Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi, Sayı: 38, s. 154.

⁶⁵⁶ **Cevizci** (2012) s. 1243; Sağlam, s. 46-47.

⁶⁵⁷ **Derrida, Jacques** (2010) "Yasanın Gücü, Otoritenin Mistik Temeli", Şiddetin Eleştirisi Üzerine'nin içinde, Hazırlayan ve Sunuş: Aykut Çelebi, Metis Yayınları, İstanbul, s. 59.

⁶⁵⁸ **Direk, Zeynep** (2010) "Yasa, Adalet, Siyaset, Otoritenin Mistik Temeli", Şiddetin Eleştirisi Üzerine'nin içinde, Hazırlayan ve Sunuş: Aykut Çelebi, Metis Yayınları, İstanbul, s. 220-223.

Sausurre'ün, gösteren ile gösterilen arasında zorunlu ve doğal bir ilişki bulunmadığı, bu ilişkinin uzlaşım sal olduğu tespiti Derrida'nın yapıbozum düşüncesinin temelini teşkil eden önemli noktalardan biridir. Çünkü, gösteren ile gösterilen arasındaki bağın nedensizliği, göstergenin gösterilenle ilişkisinin bu ikisi arasındaki aynılıktan değil, farklılıktan kaynaklanması, mevcudiyet metafiziğinin işleyişi olan sabit bir noktadan söz etmeyi imkansızlaştırmaktadır. Dil, sabit bir noktadan başlayarak ilerleyen bir süreç değil, dinamik farklılaşma sürecinin oluşturduğu bir dizgedir. Sausurre'ün dilin artsüremli değil eşsüremli olduğu saptaması da bununla ilişkilidir. Buradan yola çıkan Derrida, merkez ya da köken kabulüne dayanan Batı düşünce mantığının temelsizliğini göstermeye çalışmıştır⁶⁵⁹.

Derrida, çıkış noktası olarak aldığı gösteren-gösterilen ayrımını, aynı zamanda eleştirmektedir. Çünkü bu ayrım, eleştirdiği Batı felsefesinin özdeşlik niteliğini pekiştirmektedir. Özdeşlik belirli bir gruba toplayan, aynılık yaratan ve kalanı dışlayan anlamına gelmektedir. Gösteren-gösterilen ayrımı da bunu sağlamaktadır. Bu sebeple de Derrida ayrım- fark anlamına gelen *différence* kelimesini kullanmak yerine *différance* kavramını yaratmıştır. Çünkü ayrım-fark kavramları da bir anlamda özdeşlik kurmaktadır. Derrida'ya göre gösteren ile gösterilenin belirli bir ayrımı bulunmamaktadır. Her biri kendi arasında özdeş olmayıp birbirine karışabilir durumdadır. Bir yazının sembolleri ile anlamı arasında mutlak bir ayrım yoktur, her ikisi de birbirini etkilemektedir. Derrida bu şekilde sözün yazıya üstünlüğüne karşı çıkmaktadır. Sözle ifade edilemeyen, yazı ile yapılabileceğini söylemekte ve *différance* kavramını da buna örnek olarak göstermektedir. Çünkü *différence* ve *différance* kavramlarının okunuşu arasında hiçbir fark bulunmamaktadır⁶⁶⁰.

Derrida, Sausurre'ü sadece yaptığı ayrımla bir özdeşlik kurmasından ötürü değil, gösterilene verdiği ayrıcalıklı konumdan ötürü de eleştirmektedir. Gösterilene atfedilen üstünlük, söze verilen hiyerarşik üstünlükle bağlantılıdır. Sausurre, Platoncu anlayışla gösterilene öz olarak kabul etmiştir. Dilden (sözden) ayrı bir gelenek olarak ele aldığı yazıyı, dilin görünüşünü örten, gizleyen sahte bir maske olarak gördüğünü belirtmiştir⁶⁶¹.

⁶⁵⁹ Rutli, s. 56-57.

⁶⁶⁰ Lechte, John (2006) Elli Çağdaş Düşünür, Çev: Barış Yıldırım, Açılım Kitap, İstanbul, s. 195-201.

⁶⁶¹ Keskin, s. 1440.

Derrida, Heidegger'in de Batı söz merkezçiliğini kıramadığını ve hala anlam ve hakikati sanki dışarıda ve keşfedilecek bir şeymiş gibi düşündüğünü belirtmiştir. Yani anlamı, var olan (mevcut bulunan) bir anlamın keşfi gibi görmüştür⁶⁶². Aynı şekilde Gadamer de metni her zaman bir diyalog olarak görmüş ve sözün üstünlüğünü kabul etmiştir⁶⁶³.

Yazılılığı, formelliğin bir unsur olarak gören çalışmamız açısından önem arz ettiğinden sözün yazı karşısındaki ayrıcalıklı konumu hususundan ne anlamamız gerektiğinin irdelenmesi yerinde olacaktır. Hiyerarşik kavram ikilikleriyle işleyen mevcudiyet metafiziğinde söz mevcudiyete, yazı ise mevcut olmayana karşılık gelmektedir. Yani yazı, sözden türeyen ve asıl gerçekle bağlantısı kopuk olarak düşünülmektedir⁶⁶⁴. İlk bölümde yazılılık başlığında dile getirilen, erken Orta Çağ'da halk nezdinde yazılı belgelere olan güvenin tam anlamıyla oluşmadığı, yazılı evrak vermek yerine toprak, taş ve dal parçası vermenin ya da yemin delilinin yazılı belgeye tercih edildiği bilgisi de Derrida'nın dile getirdiği söz yazı dikotomisi eşliğinde düşünülmelidir. Ancak çalışmamızda ileri sürdüğümüz üzere, modern hukukta bunun değiştiği, yazının söze ve dolayısıyla formun maddeye nazaran ayrıcalıklı hale geldiğini görmekteyiz.

Derrida'ya göre sözmerkezçilik noktasında Rousseau'nun dil hakkındaki görüşleri gerek Sausurre gerek Levi-Strauss olmak üzere Fransız yapısalcılarının esin kaynağı olmuştur. Zira, Rousseau'ya göre diller arasındaki farklılığın esas sebebi, dilden (sözden) yazıya geçiştir. Bu doğal ve zorunlu bir süreçtir, lakin dili ahenginden uzaklaştırmıştır⁶⁶⁵.

“Dili saptaması gerekirmiş gibi görünen yazı ise onu kesinlikle değiştiren bir şeydir; dilin sözcüklerini değil, düşünme biçimini değiştirir; anlatımın yerine kesinliği koyar. Duygularımızı konuşarak, düşüncelerimizi de yazarak anlatırız. Yazarken bütün sözcükleri genel kabul gören anlamlarıyla kullanmak zorundayızdır; oysa konuşurken farklı tonlarla anlamları çeşitlendiririz, keyfimize göre belirleriz; açık olmak için kendimizi sıkmadan güce önem veririz, ve yazılan bir dilin, sadece konuşulan bir dilin canlılığını uzun süre koruyabilmesi olanaksızdır. Eklemler sesleri yazarız, tek tek sesleri değil: oysa, çok vurgulu bir dilde, dilin enerjisinin büyük bir bölümünü sesler, vurgular, her türden ton değişimleri

⁶⁶² **Yavuz, Bulut** (2019) “Gadamer-Derrida Karşılaşması: İçeriden Sınır”, FLSF (Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi), Sayı: 28, s. 59.

⁶⁶³ **Yavuz**, s. 63.

⁶⁶⁴ **Rutli**, s. 55.

⁶⁶⁵ **Rousseau, Jean-Jacques** (2007) Dillerin Kökeni Üstüne Deneme, Çev: Ömer Albayrak, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, s. 17; Sağlam, s. 57.

sağlar ve sıradan bir tümceyi sadece bulunduğu yere özgü kılar. Bunların yerine kullandığımız araçlar da yazılı dili yayar, uzatır, kitaplardan söyleme geçerek sözün kendisini zayıflatır. Her şeyi yazıyormuş gibi söyleyerek, aslında konuşurken okumaktan başka bir şey yapmıyoruz.”⁶⁶⁶

Derrida’nın Batı geleneksel düşüncesindeki sözün yazı karşısındaki üstünlüğü kabulünün eleştirisi modern düşünce eleştirisinin yanında yapısal düşünceye yönelttiği itirazları da içermektedir. Zira yapısal antropolojinin kurucusu Levi-Strauss da çözümlemesini ikili karşıtlıklar üzerine kurmuş ayrıca yazının konuşma karşısındaki “aşağı” konumunu kabullenmiştir. Levi-Strauss’un bu husustaki temel iddiası bir toplumda yazının ortaya çıkması ile şiddetin ortaya çıkması arasında doğru orantı olduğudur⁶⁶⁷.

Levi-Strauss, Hüzünlü Dönenceler kitabında yazmayı bilmeyen, yazı ile ilişkisi su kabakları üzerine yapılan çizgilerden ibaret olan Nambikwara yerlileri ile yaşadığı bir olayı anlatır. Levi-Strauss, bazı malların değiş tokuşu için bir arada bulunduğu Nambikwaka’lara kâğıt ve kalem dağıtır. Yerliler, ilkin kendilerine dağıtılan kâğıt ve kaleme kayıtsız kalsalar da sonrasında Strauss’u taklit ederek birtakım çizgiler çizerler. Grubun reisi ise Levi-Strauss’tan kendisinininki gibi bir defter ister, bazı çizgiler çizer ve bunları bir anlam ifade ediyormuşçasına ona gösterir. Levi-Strauss, kabile reisinin hareketlerini adeta takas işleminde neyin neye karşılığı verildiğini yazıya geçirdiği şeklinde yorumlamaktadır. Yani kabile reisi diğer grup üyelerini etkilemek için, takasın kendi yazdığı belgeye uygun olarak gerçekleştiğini göstermeye çalışmaktadır. Buradan Levi-Strauss, kabilenin yazıdan haberdar olduğu ancak onların yazının simgesini alarak özüne yabancı kaldığı sonucunu çıkarmıştır. Yazıyı bilme ve anlama aracı olarak değil, bireyin statüsünü artırma aracı olarak görmüşlerdir⁶⁶⁸. Bu açıdan yazının nihai amacı siyasal ve sosyolojiktir. Yazı ile iktidar arasında bir ilişki kurulmuştur. Buradan okuma yazma seferberlikleri iktidarın bireyler üzerindeki denetimini arttırması şeklinde okunabilir. Yine “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” ilkesi de yazının (okumanın) iktidarla ilişkisi açısından değerlendirilmelidir⁶⁶⁹.

Levi-Strauss’un, yazının kötücüllüğüne ilişkin örneklediği diğer gözlemi söze dayalı dilde özel isimlerin kullanılmasıyla ilgilidir:

⁶⁶⁶ Rousseau, s. 22-23.

⁶⁶⁷ Keskin, s. 1448.

⁶⁶⁸ Levi-Strauss, Claude (1994) Hüzünlü Dönenceler, Çev: Ömer Bozkurt, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, s. 311-312.

⁶⁶⁹ Sağlam, s. 68-69.

“Bir gün bir grup çocukla oynuyordum, kızlardan birine bir arkadaşı vurdu; kız yanıma gelip bana sığındı ve büyük bir gizlilikle kulağıma bir şeyler fısıldamaya başladı. Söylediğini anlamadım ve birkaç kez tekrar etmesini istemek zorunda kaldım. Sonunda, arkadaşı kendisine oynanan oyunu fark etti ve belirgin bir öfke içinde gelip, önemli bir giz niteliğindeki bilgiyi verdi. Kısa bir duraksama ve birkaç sorudan sonra olay hiçbir şüpheye yer vermeyecek şekilde aydınlığa kavuştu. Birinci kız intikam almak için bana düşmanın adını söylemişti; diğeri de durumu fark edince misilleme yaparak onun adını bana vermişti. O andan sonra çocukları, pek doğru olmasa bile birbirlerine karşı kışkırtarak hepsinin adını öğrenmek çok kolaylaştı. Ardından aramızda böylece küçük bir suç ortaklığı kurulunca, fazla güçlük çıkarmadan yetişkinlerin de adlarını verdiler. Yetişkinler, aramızdaki bu gizli uzlaşmanın farkına varınca çocuklar cezalandırıldı ve benim bilgi kaynağım kurudu.”⁶⁷⁰

Bu olayda, ilkel topluluklarda özel isimlerin kişileri birbirinden ayırarak onlara farklı aidiyetler vermesi, toplumsal ayrışmaya neden olması bu sebeple özel isimleri ifşa etme yasasının bu tür toplulukların genel bir kuralı olduğu kabulünden hareket edilmiştir. Derrida bu olayda Levi-Strauss’un ilkel toplumu doğal iyiliğin bir modeli olarak kurguladığını, yazıyı icat eden Batıyı ise bu iyiliğe leke bulaştıran bir suçlu olarak gördüğünü belirtmiştir. Bu noktada yapıbozumsal okuma, yapısalcılığın uygar Batı ve ilkel toplum karşıtlığını ortadan kaldırmayıp, ilkel lehine yeniden kurduğunu söylemektedir. Ayrıca Levi-Strauss’un verdiği örneklerden genel ve evrensel bir yasaya ulaşmasını eleştirmektedir. Derrida’ya göre ne dil yazıdan bağımsız ve saf bir durumda mevcuttur, ne de şiddet yazı ile ortaya çıkmıştır⁶⁷¹.

Bir metin okuma stratejisi olarak yapıbozumsal okuma birtakım süreçler ve amaçlar etrafında şekillenmektedir. Buna göre öncelikle metne egemen olan karşıtlığın ve bu karşıtlığın ayrıcalıklı ögesinin tespiti gerekmektedir. Bu karşıtlığın metafizik ve ideolojik temelleri açığa çıkarılmalıdır. Sonrasında ayrıcalıklı ögesi belirtilen bu karşıtlığın aslında aynı metin içerisinde bozulup dağıldığı ve tam tersi durumun ortaya çıktığı gösterilmelidir. Bu şekilde karşıtlık ters düz edilir, sarsılır ve yerinden oynatılarak yeni bir görünüm kazanmasına olanak sağlanır⁶⁷².

Çalışmamızda, yapıbozumculuğun ilk adımı olan, hukukta önemli bir konuma sahip madde ve form karşıtlığı tespit edilmiş, sonrasında bu düalitenin metafizik ve felsefi

⁶⁷⁰ Levi-Strauss (1994) s. 292.

⁶⁷¹ Sağlam, s. 60-63.

⁶⁷² Sağlam, s. 42.

temelleri gösterilmeye çalışılmıştır. Son adımda da ayrıcalıklı ögenin konumunun sarsılması amaçlanmıştır. Yapıbozumcu yöntem, ayrıcalıklı ögenin ters düz edilmesiyle nihayetlenmektedir. Bu doğrultuda asıl önemli unsurun madde olduğu, esasında formun tali planda kaldığı gösterilmelidir. Biz, maddenin üstün olduğu spesifik örneklerin bulunabileceğini kabul etsek de hukukta genel ve ontolojik anlamda form unsurunun baskın olduğunu düşünmekteyiz. Bu sebeple çalışmamız, hukukta madde ve formun yapıbozumsal bir analizi şeklinde tanımlanamayacaktır.

Postmodern hukuk anlayışına geçiş ile hukuka daha özcü, maddi ya da esasi yönden yaklaşılmasının önü açılmıştır. Ancak bu, maddenin forma üstün geldiği anlamına gelmemektedir. Hukukunun esasının forma üstün tutulup formel eksikliklerin göz ardı edilmesi ile nadiren karşılaşılmaktaysa da formun esasa üstün tutulması daha olağandır. Esasa (maddeye) öncelik tanıyan anlayışın çoğunlukla insan hakları ya da kısmen ceza hukuku gibi alanlarda söz konusu olduğu söylenebilir. Bu itibarla, çalışmanın tamamında geçerli yöntem olarak tercih etmesek de yapıbozumculuğun bazı temel iddialarını kabul ettiğimizi belirtmeliyiz. Bu iddialardan ilki, düalitelerle kurulan her ilişkide hiyerarşi bulunduğudur. Bu doğrultuda, madde-form düalitesi de hiyerarşiktir ve bu hiyerarşide form üstün konumdadır.

İkincisi, *différance* kavramı ile ifade edilen karşıt kavramların birbirine karışabilirliğidir. İlk bölümde usul esas ayrımının varlığına ilişkin görüşler açıklanırken, Arnold'ın iki hukuk alanı arasında önceden belirlenmiş doğal bir sınır olmadığı, bu sınırın değişken olduğu, bir olayın hem esas hem de usul içerisinde değerlendirilebileceği görüşüne değinilmiştir⁶⁷³. Aynı durum form ve madde için de geçerlidir. Derrida Sausurre'ü, gösterenle gösterilen arasında zorunlu ve doğal bir ilişki bulmadığını iddia etmesi sebebiyle eleştirmekteydi. Buna göre form ve madde arasında zorunlu ve doğal bir ilişkinin bulunmadığı ileri sürülemez. Düalizm ve dikotomiler çağı olarak modern dönemde bu bağlantıların koparılması sebebiyle bütüncül olan ilişkinin parçalı ve hiyerarşik bir ilişkiye dönüştüğünü söyleyebiliriz.

Yapıbozumculuğun bu iki iddiasını kabul etmekle birlikte çalışmamızın tamamının yapıbozum yöntemini tercih etmediğini belirtmiştik. Ancak, madde ve form düalitesinin yapıbozumsal okuması, doktrinde Amerikan sözleşme hukuku çerçevesinde yapılmıştır. Bu

⁶⁷³ Arnold, s. 643.

okumanın konumuzla ilişkisi bulunduğundan ve madde form hiyerarşisinin nasıl ters çevrildiğini örneklendirilmesi açısından bu tartışmalara yer verilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

B. Amerikan Sözleşme Hukukunda Madde ve Formun Yapıbozumsal Okuması

Amerikan sözleşme doktrini Kıta Avrupası sözleşme hukukundan farklıdır. Olağan haline yabancı olduğu bir teorinin yapıbozumsal okumasını yapmak pek çok zorluk ve risk içermektedir. Yine de yapıbozum kavramının anlaşılması açısından Anglosakson hukuk teorisinde önemli bir yer teşkil eden sözleşme doktrinin post modern analizine ana hatlarıyla değinilecektir.

Bir teorinin yapıbozumsal okuması için öncelikle yapıbozuma uğratılacak belli başlı dikotomilerin tespit edilmesi gerekmektedir. Burada değinilecek olanlar Amerikan sözleşme hukuku teorilerindeki birey-kamu, objektif-subjektif; form-madde dikotomileridir. Bu karşıtlıkların hepsine temel olan düşünce, sözleşme özgürlüğü ve irade özerkliği ilkeleridir. Bu ilkeler uyarınca birey, objektif ve form kavramları karşıtları olan kamu, subjektif ve madde kavramlarına göre daha makbul kabul edilmektedir. Ancak yapıbozumsal okumalar bu ayrımların oldukça muğlak olduğunu ve daha az makbul görülen kavramların da ayrıcalıklı görülenler kadar geçerli ve uygulanır olduğunu göstermeyi amaçlamaktadır.

Birey-kamu karşıtlığı, taraflar arasında bir sözleşme bulunup bulunmadığı hususunun mahkemece saptanmasına ilişkindir. Sözleşme özgürlüğü ve irade özerkliği ilkelerince, tarafların arasında bir sözleşmenin bulunup bulunmadığı ancak taraflarca kararlaştırılabilir. Mahkemenin yani kamunun, davalı tarafın iradesi yerine geçip ortada bir sözleşme ilişkisinin bulunduğunu beyan etmesi, sözleşme hukukunun dayandığı bireysel özerkliğe aykırı kabul edilmektedir. Taraflardan birinin arada sözleşme ilişkisi olmasına rağmen olmadığını iddia etmesi; haksız fiil ya da sebepsiz zenginleşme gibi farklı davalar olarak değerlendirilmekte ve sözleşme sorumluluğu kapsamında ele alınmamaktadır⁶⁷⁴. İki taraf arasındaki ilişkinin sözleşme ilişkisi olup olmadığı tespit edilirken, sadece tarafların kendi iradelerine bakılmakta, tarafların iradelerini değerlendirirken hiçbir kamusal-toplumsal referansa başvurulmaması temel alınmaktadır. Böylelikle birey-kamu dikotomisinde birey lehine üstünlük olduğu kabul edilmektedir. Ancak mahkemenin

⁶⁷⁴ Spann, Girardeau A. (1989) “A Critical Legal Studies Perspective on Contract Law and Practice”, Annual Survey of American Law, pp. 223-257, <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1932>, s.e.t. 18.06.2021.

istisnayan aksi şekilde karar verdiği durumlarda, taraflar arasında bir sözleşme değil ama *quasi contract* yani sözleşme benzeri var sayılmaktadır⁶⁷⁵.

Dalton, birey-kamu karşıtlığındaki muğlaklığı göstermek için “birlikte yaşama sözleşmesini (*cohabitation contract*)” konu edinen iki davayı incelemiştir. İlk dava, aralarında resmi evlilik bulunmaksızın yedi yıl birlikte yaşayan bir çiftle ilişkindir. Davacı kadın davalı ile birlikte geçirilen yedi yıl süresince, toplumda birbirlerinin eşi (partneri) olarak tanındıklarını, bütçelerinin ortak olduğunu, birlikteliği sebebiyle kariyerinden vazgeçip ev işleriyle meşgul olduğunu söylemiş ve eşinin onu terk etmesi sebebiyle edindikleri malların kendisinin de yararlanacağı şekilde paylaşılmasını istemiştir. İkinci davada, davacı kadın, davalıyla aynı okulda öğrenci iken tanıştıklarını, kendisinin hamile kalması üzerine resmi evlilik olmaksızın birlikte yaşamaya başladıklarını, bu süreçte kadının ailesinin davalının eğitim masraflarını karşıladığını, toplamda üç çocuk sahibi olup on beş yıl boyunca birlikte tam bir aile hayatı yaşadıklarını belirtmiş ama sonrasında davalının kendisini terk etmesi sebebiyle birlikte edilen malların paylaşımını talep etmiştir. Farklı eyalet mahkemelerinde görülen her iki davada da davacılar bir nevi zarara uğradıklarını ve bunun tazmin edilmesini istemişlerdir. Mahkeme, karşılıklı yapılan edimlerin (erkek için ev geçindirmek, kadın için ev işleri, çocuk bakımı vs.) bir sözleşme dahilinde yapıldığına kanaat getirirse, ortada bir zarar olduğu ve bu zararın tazmin edilmesi gerektiğine hükmedecek, tersi durumda ise davayı reddedecektir. İlk olayda dava reddedilmiş yani ortada bir sözleşme ilişkisi olmadığına kanaat getirilmiş, ikincisi ise bu ilişkinin kamu yararı gerekçesiyle “sözleşme benzeri” (*quasi contract*) sayılması gerektiği kabul edilmiştir⁶⁷⁶.

Dalton, karşılaştırdığı bu iki davada birey-kamu ayrımının anlamsızlaştığını ve belirsizleştğini göstermeye çalışmıştır. İlk olarak, her iki davada da gerekçelendirme birey-kamu dikotomisi üzerine oluşturulmuştur İlk davada, eşler arasındaki ilişkinin bir sözleşmeye değil, karı-koca ya da ebeveyn-çocuk ilişkisi gibi bir bağlılığa (*commitment*) benzetilebileceği, tarafların edimlerini özgürce ve bu bağlılık dolayısıyla yaptıkları belirtilmiştir. Buna göre, kişilerin gerçek niyetlerinin birlikteliklerini hukuki bir sonuca bağlamak olmadığı, erkeğin maddi kazancı ile kadının yaptığı ev işlerinin arasında bir karşılıklılık ilişkisinin bulunmadığı ifade edilmiştir. Bir başka deyişle, kadının edimi ile erkeğin edimi arasında sözleşmesel bir illiyet bağı bulunmamaktadır. Bu ilişkinin fazlasıyla

⁶⁷⁵ Dalton, Clare (1985) “An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine”, The Yale Law Journal, Volume: 94, No: 5, s. 1010-1011.

⁶⁷⁶ Dalton, s. 1096-1097.

kişisel bir ilişki olması sebebiyle mahkemenin, yani kamunun müdahale etmemesi gerektiği ifade edilmiştir. İkinci davada ise bu kişisel ilişkinin evlilik olarak görülmesi sebebiyle evliliğin kamusal karakteri üzerinde durulmuş ve kamusal fayda gereği davacının zararının tazmin edilmesine hükmedilmiştir. İlk davada kamusal müdahale ile “sözleşme benzeri” (*quasi contract*) sayılması için “aşırı bireysel” olduğu söylenen olay, diğer davada kamusal değer ve normlar üzerinden değerlendirilmiştir⁶⁷⁷.

Sözleşme teorisindeki bir diğer ayrım olan objektif-subjektif dikotomisi, tarafların gerçek iradelerinin belirlenmesine ilişkindir. Kabul gören anlayışa göre mahkeme, tarafların niyetini objektif olarak değerlendirecek, subjektif irade (saik) göz önünde bulundurulmayacaktır. Sözleşme teorisine göre sorumluluk, karşılıklı tarafların bu sorumluluğu kabul ettiklerini gösteren irade beyanından (*manifestation*) kaynaklanmaktadır. Bu irade beyanının açık olması gerekir ama hukuk zımni beyanı da bağlayıcılığın gerekçesi olarak görmektedir. Örneğin; otobüse binen kişinin bilet ücretini ya da yemek siparişi veren kişinin yemek bedelini ödemeye dair zımni beyanının olduğu kabul edilmektedir. Açık irade beyanında kişi niyetini (saik-*intent*) belirli sözlerle ifade etmektedir. Zımni irade beyanında ise kişinin niyeti onun davranışının yorumundan çıkarılmaktadır (otobüse binme ya da sipariş verme davranışı). Bu noktada, geleneksel teorinin bazı aksaklıklar taşıdığı ifade edilmiştir. Zımni irade beyanında kişinin davranışı, her daim onun iradesini temsil etmeyebilir yahut açık bir beyan bulunsa dahi bu beyan, kişinin gerçek saikini göstermeyebilir. Örneğin, kişi sipariş vermesine rağmen ücreti ödemek istemeyebilir. Hatta açık bir şekilde ücret ödeyeceğini beyan etse dahi gerçek saiki bu olmayabilir. Dolayısıyla, açık irade beyanı ve bununla uyumlu niyet; davranışın yorumlanması suretiyle anlaşılabilen zımni irade beyanı ve bu beyanın tersi olan niyet; son olarak da açık irade beyanı olmasına rağmen onunla uyumsuz niyet olmak üzere üç farklı durum söz konusudur. Ancak hukuk, objektif bakış açısıyla bu üç durumda da sorumluluğunun aynı şekilde ve aynı sebepten kaynaklandığını kabul etmektedir⁶⁷⁸.

Balkin, Atiyah’a atıfla yukarıdaki analizi, Derrida terminolojisine tercüme etmektedir. Geleneksel teori, açık irade beyanını zımni irade beyanına göre daha ayrıcalıklı görmektedir çünkü açık beyan, kapalı beyana göre “mevcut” durumdadır (mevcudiyet metafiziği). Başka bir deyişle, açık irade beyanın kapalı irade beyanına göre daha makbul

⁶⁷⁷ Dalton, s. 1097-1100.

⁶⁷⁸ Balkin, Jack M. (1987) “Deconstructive Practice and Legal Theory”, The Yale Law Journal, Volume: 96, s. 767- 769.

olmasının sebebi, “mevcut” bir iradeyi (saiki) temsil ettiği düşüncesidir. Burada temel alınan “mevcudiyet”, kişinin gerçek/subjektif niyetidir. Zımni irade beyanı, açık irade beyanının tamamlayıcısı gibi düşünülmektedir. Tamamlayıcı olan zımni beyan, açık irade beyanının mevcudiyetinin “ertelenmesi-farklılaşması” (*différance*) durumunda söz konusu olmaktadır. Zımni beyanda mevcudiyet gizlenmiştir ve olayın özelliğine göre-objektif olarak yorumlanmaktadır. Oysaki her durumda kişinin subjektif ve “mevcut” niyetine bakılmamakta, sadece açık olarak gösterdiği objektif irade beyanına bakılmaktadır. Yani, subjektif niyet ile objektif niyet arasındaki ilişki önemsizdir. Subjektif niyetin “mevcudiyeti”, herhangi bir ahlaki yükümlülük doğurmamaktadır⁶⁷⁹. Sonuç olarak, iradenin objektif olarak değerlendirilmesi “mevcudiyet” üzerine kurulduğunu iddia eden sözleşme teorisinin gerçekte bu iddiasından farklı bir temele dayandığını göstermektedir. Böylece, karşılıklı kavramlardan biri lehine kurulan hiyerarşik ilişkinin ters çevrilmesi söz konusu olmaktadır.

Atiyah yaptığı analizle, özel hukuka karakterini veren temel bağlayıcı sorumluluğun, karşılıklı irade beyanına dayalı sözleşmelere dayanmadığını, onun yerine sorumluluğun sebepsiz zenginleşme ya da meşru beklentiden kaynaklandığını düşünmektedir. Sebepsiz zenginleşme ve meşru beklenti kuramları, irade teorisinin açıklanmasında da kullanılan ahlaki gerekçelendirmelerdir. Buna göre, kişinin kendini hiçbir ifa edimi altına sokmaksızın bir ilişkiden fayda elde etmesi hem ahlaki değildir -ki hukuk bunu sebepsiz zenginleşme olarak adlandırmaktadır- hem de karşı tarafta borcun ödenmesine ilişkin meşru bir talep hakkı doğurmaktadır. Balkin, Atiyah’ın irade teorisi yerine sebepsiz zenginleşme ya da haklı beklenti teorilerini koymasına katılmamaktadır. Çünkü yapıbozumsal analiz, yapıbozuma uğrattığı hiyerarşik ilişki yerine, yeni bir hiyerarşi kurmaya karşı çıkmaktadır. Ancak Atiyah’ın bir yapıbozumcu olmadığını fakat analizinin yapıbozumsal okumaya güzel bir örnek teşkil ettiğini ifade etmiştir⁶⁸⁰.

Amerikan sözleşme hukuku doktrininde yapıbozuma uğratılan üçüncü dikotomi form ve madde karşıtlığına ilişkindir. Amerikan hukukunda, sözleşmenin kurucu unsuru sayılan ivazın (*consideration*)⁶⁸¹ forma mı yoksa maddeye mi ait olduğu tartışması

⁶⁷⁹ Balkin, s. 769.

⁶⁸⁰ Balkin, s. 770-772.

⁶⁸¹ *Consideration* “bir tarafın taahhüdünü yerine getirmesi karşılığında karşı tarafın sağladığı menfaat, çıkar veya fayda ya da sözleşmenin karşı tarafınca maruz kalınan zarar, kayıp veya sorumluluk şeklinde tanımlanabilir. bir taahhüdün yerine getirilmesinin talep edilebilmesi için, karşılığı olan *consideration*’ın sunulmuş olması gerekir.” *Consideration* kavramının Roma Hukukunda temelini bulan *causa*-hukuki sebep kavramıyla işlevsel olarak denk olduğu belirtilmiştir. Ergün, Çağdaş Evrim (2004) “Sözleşmeler

mevcuttur. Genel kabule göre ivaz forma aittir. Dalton, form ve madde ayırımına itirazlarını sunmaktadır. Ona göre, ivazlar form kabul edildiğinde “neyin formu” sorusu sorulacak ve bu soru ancak maddi olarak cevaplanabilecek, aynı şekilde ivazlar maddi olarak değerlendirildiğinde onun temsil edildiği formlara ihtiyaç duyulacaktır⁶⁸².

Dalton, ivaz doktrini değerlendirmesini, Michigan Railway v. Powers davasındaki tartışmalar üzerinden göstermiştir. Vergi muafiyeti husumetinden kaynaklanan davada, demiryolu şirketi ile eyalet arasında geçerli bir sözleşmenin olup olmadığı incelenmektedir. Mevzuata göre, demiryolu inşa eden taşıma şirketleri vergiden muaf sayılmaktadır. Davacı şirket bu düzenlemeye binaen demiryolu inşa etmiş ve muafiyetten yararlanmıştır. Ancak birkaç yıl sonra mevzuat değiştirilmiş ve şirkete vergi borcu tahakkuk ettirilmiştir. Şirketin iddiasına göre, eyalet muafiyete ilişkin hükümlerde değişiklik yaparak aralarında zımni olarak var olan sözleşmeyi ihlal etmiştir. Mahkeme davada, eyalet hükümeti ile şirket arasında sözleşmesel bir ilişkinin mevcut olup olmadığını incelemiştir. Sözleşmenin mevcudiyeti için ortada bir ivaz takasının (*bargainnig of consideration*) bulunması gerekmektedir. Davacının edimi olan demiryolu inşası ile davalının edimi olan vergi muafiyetinin, ivaz (*consideration*) sayılıp sayılmayacağı tartışılmıştır. Sonuçta, edimlerin birbirine karşılık gelen bir taahhüde ilişkin olmaması, dolayısıyla ivaz yokluğu sebebiyle mevcut bir sözleşmenin olmadığına karar verilmiştir. Mahkemeye göre, taahhüt edilenin demiryolu inşa etmesi, kendisi açısından bir külfet, yani edim niteliği taşımaktadır. Ancak eyaletin “taahhüt edilene karşı kendi durumunda bir değişiklik yapacağına dair gerçek irade beyanı” bulunmamaktadır. Mahkeme, formel bir gerekçelendirme olarak beyanı (*manifestation*) esas almakta ancak olayda yeterli bir beyanın bulunmadığını belirtmektedir. Bir başka deyişle, eyaletin yayımlamış olduğu mevzuattaki düzenlemeyi bir beyan olarak kabul etmemektedir. Dalton’a göre mahkeme burada formu aşp, maddeye dayanmakta, tarafın saikine odaklanmaktadır⁶⁸³.

Dalton, yukarıda bahsettiğimiz birlikte yaşam sözleşmesine ilişkin davalarda da form-madde ayırımının muğlaklığını göstermeye çalışmıştır. Bu davalarda erkeğin sağladığı maddi kazanımın karşılığında kadının ev işleriyle ilgilenmesinin bir ivaz olarak kabul edilmesi hususu tartışılmıştı. Objektif, formel değerlendirme gereğince, kadının yaptığı ev

Hukukunda Consideration/Sözleşmeyle Bağlanma Niyeti Kavramı ve Causa/Hukuki Neden ile İşlevsel Denkliği Meselesi”, AÜHFD, Cilt: 53, Sayı: 4, ss. 85-100.

⁶⁸² Dalton, s. 1066-1067.

⁶⁸³ Dalton, s. 1069-1070

işlerinin para karşılığında yapılan bir ivaz olmadığı, çünkü duygusal ilişkide bulunan tarafların yaptığı bu fiillere hukuki bir anlam yüklediği belirtilmiştir. İkinci davada ise mahkeme, bu tip işlerin (ev temizliği, yemek, çocuk bakımı vb.) bir piyasası olmasından bahisle, para karşılığı yapılan edimler olduğunu, bu sebeple ivaz olarak kabul edileceğini ifade etmiştir. Bu davada da mahkeme, formel değerlendirmeye dayanmıştır. Dalton bu noktada form ve maddenin birbirinden ayrılmasının mümkün olmadığını, mahkemelerin her ne kadar formel değerlendirme yaptıklarını söylese de argümanlarının subjektif niyetlerle ilişkili olduğunu iddia etmektedir⁶⁸⁴. Sonuç olarak, bu tip ayrımlar ve bu ayrımların belirlenmesi için ölçüt olarak sunulan argümanların gerçek bir sınıflandırma yaratmadığını, sadece onları gerekçelendirmeye yaradığını ifade etmektedir.

V. Anti-Formelleşme Eğilimi (mi?)

Amerika’da ortaya çıkan eleştirel hukuk çalışmalarıyla birlikte hukukun formel yönüne ilişkin yoğun bir modern hukuk eleştirisi meydana gelmiştir. Eleştirel hukuk çalışmaları, çalışmamızda hukukun belirliliği, kesinliği, kavramsallığı ve yöntemselligi üzerinden ele aldığımız formel unsurlar haricinde genel bir liberal hukuk eleştirisi yapmış, özellikle hukuk ve politika ilişkisi üzerinde yoğunlaşmıştır. Bu düşünce temeli ekseninde 1970 sonrası Amerikan hukuk doktrininde formalizm kelimesinin olumsuz olan enformasyon (*informalism*) tartışmaları baş göstermiştir. Bu anti formalist tepki, “enformel adalet” sağlayan yeni hukuki kurumlar oluşturma ya da eski kurumları elden geçirme şeklinde olmuştur. Enformel adalet kavramına iki şekilde yaklaşılmıştır. İlkinde, formel sisteme ek olarak getirilen enformel yöntemler, formel sistemin bir parçasını teşkil ettiğinden, bu formaliteyi genişleten bir girişim olarak algılanmıştır. İkinci yaklaşım ise ilkinin aksine bu genişlemeyi formaliteden değil enformaliteden yana görerek bir tür “gayri hukukileşme (*delegalisation*)” olarak nitelendirilmiştir⁶⁸⁵.

Harrington, enformalist hareketleri üçe ayırmaktadır. İlki, yargısal hiyerarşi içerisindeki enformalist gelişmelerdir. Yargısal hiyerarşi ile hukuki kurum ve usuller arasındaki hiyerarşiyi kastetmektedir. Örneğin, temyiz mahkemesinin en yüksek mahkeme oluşu, ilk derece yargı yolları tüketilmeksizin üst derece yargı mekanizmasına başvurulamaması yargısal hiyerarşidir. Enformalizm bu hiyerarşide ilk derece yargılamasında ortaya çıkmaktadır. Amerikan yargı sisteminde, mahkemenin yargılama

⁶⁸⁴ Dalton, s. 1105-1106.

⁶⁸⁵ Cotterrell (2020) s. 388.

aşamasına başlamadan önce kişilerin çeşitli rehabilitasyon merkezlerinde tedavi edilmesine karar verebilmektedir. Örneğin kişinin alkolizmle mücadele ya da sinir yönetim merkezlerine sevk edilmesi gibi. Bunlar resmi prosedürü geciktiren, askıya alan yöntemler olarak gösterilmiştir⁶⁸⁶. Alternatif çözüm yollarının Türkiye’de uygulanma şekli olan dava şartı arabuluculuğun da bu kapsamda değerlendirilmesi mümkündür.

Enformel yöntemlerden ikincisi, aralarında sürekli ya da yakın ilişki bulunan taraflar arasındaki uyuşmazlıklarla ilgili arabuluculuk yöntemidir. Komşuluk hukuku, aile hukuku, kira sözleşmeleri gibi alanlardaki uyuşmazlıkların formel yargı sistemiyle çözülmesinin tarafları tatmin etmemesi ve de yeni uyuşmazlıklar oluşturabileceği düşünülerek bu ilişkilerden kaynaklanan sorunların gönüllü arabuluculuk yöntemi ile halledilmesi öngörülmüştür. Üçüncü enformel yöntem de enformel adalet- *informal justice* denilen devlet dışı yargılama mekanizmalarını kastetmektedir⁶⁸⁷.

Enformel adalet; yerel ve geleneksel mahkemeler (*indigenous courts*) gibi ulusal ve resmi mahkemelerin dışında ama onlara bir şekilde bağımlı olan çözüm mekanizmaları için kullanılmaktadır. Devlet dışı yargı organları ve hukuki plüralizm gibi kavramları enformel adalet kavramıyla ilişkilidir. Enformel adalet, formel yargı mekanizmasındaki formaliteleri azaltma amacına değil, bu formel mekanizmanın izin ve yetki verdiği ölçüde belli uyuşmazlık alanlarının enformel şekilde çözülmesine yöneliktir⁶⁸⁸.

Fitzpatrick, enformel adalet kavramı yerine popüler adalet kavramını kullanmıştır⁶⁸⁹. Fitzpatrick bu şekilde, yabancılaşmış formel hukuk yerine adaletin daha spontane, doğal ve içkin insani karakteristiklere sahip yönüne vurgu yapmak istemiştir⁶⁹⁰.

Enformel adalet mekanizması, devletin formel yargı ağından bağışık ya da bağımsız değildir. Bu adalet anlayışı, Afrika, Latin Amerika ve Güney Asya ülkelerinde, yargıyı daha ucuz ve herkese erişebilir kılmak amacıyla tartışılmıştır. Enformel prosedürler soyut

⁶⁸⁶ **Harrington, Christine B.** (2008) “Informalism as a Form of Legal Ordering”, The Oxford Handbooks of Political Science, Ed. Keith E. Whittington, R. Daniel Kelemen/Gregory A. Caldeira, Oxford University Press, s. 380-381.

⁶⁸⁷ **Harrington**, s. 382-383.

⁶⁸⁸ **Röder, Tilmann J.** “Informal Justice Systems: Challenges and Perspectives”, https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/informal_justice_systems_roder.pdf, s.e.t. 19.06.2022.

⁶⁸⁹ **Fitzpatrick, Peter** (1992) “The Impossibility of Popular Justice”, Social & Legal Studies, No: 1(2), pp. 199–215.

⁶⁹⁰ **Krieken, van Robert** (2001) “Legal Informalism, Power and Liberal Governance”, Social & Legal Studies, March, s. 2, https://www.academia.edu/4416706/Legal_informalism_power_and_liberal_governance, s.e.t. 20.06.2022, s. 3. Burada popüler kelimesi, “halka ait olan adalet” anlamına gelecek şekilde kullanılmaktadır.

yasaların uygulanmasını değil, sosyal barışın teminini sağlamayı amaçlamaktadır. Genelde emperyalist güçlerin formel yargı sistemi kuramadığı bölgelerde yaygındır. Bir başka deyişle, formalitelerin azaltılmasını amaçlamamış aksine formel sistemin geliştirilemediği yerlerde kurulmak zorunda kalmıştır. Ancak bu sistemler, Tamahana'ya göre, hukukun üstünlüğü ilkesini gerçekleştirmese de meşruiyeti ve kamu vicdanını tatmin ediciliği sayesinde hukuk devleti ilkesinin işlevlerini yerine getirmiştir⁶⁹¹.

1970'ten itibaren meydana gelen enformel adalet hareketinin üç şekilde gerçekleştiğini söyleyen bir diğer isim de Krieken'dir. Onun sınıflandırmasına göre bu hareketlerden ilki, mahkeme yoğunluğunun azaltılması, maliyetlerin düşürülmesi ve adalete erişimin kolaylaştırılması gibi pragmatik çabalar. İkincisi, alternatif çözüm yöntemleri denen tahkim, arabuluculuk, uzlaştırmacılık gibi yeni kurumların oluşturulmasıdır. Üçüncüsü de taraf iradelerine ağırlık kazandırma bağlamında bireylerin güçlendirilmesidir. Üçü de rıza ve tarafsız arabulucu önünde uzlaştırma ortak noktalarına sahiptir⁶⁹².

Sözü edilen anti formel hareketlerin hiçbiri, genel olarak hukuk kavramının formunu oluşturan unsurlarda değişim yapılmasını amaçlamamaktadır. Bir başka deyişle, enformel hukuk, hukukun belirliliği ve kesinliği, kavramsal bir sistem oluşu, bilimselliği düşüncesindeki bir değişimi ifade etmemektedir. Neoliberal devlet politikasına ait “deregülasyon” ve “delegalizasyon” anlayışına paralel şekilde oluşan enformel hukuk, alternatif çözüm mekanizmaları yaratmıştır ancak bu alternatif “asıl” olanın yerini almamıştır⁶⁹³.

Enformel hukukun, yeni kavram ve kurumlar ve prosedürler öngörerek formel yapı ve süreçlerin arttırılmasına neden olduğu da ifade edilmektedir. Harrington, Kansan City’de cürüm olarak ifade edebileceğimiz küçük suçlar ve bazı özel hukuk davalarına enformel olarak bakan mahalli adalet merkezleri (*neighbourhood justice centre-NJC*) üzerine yaptığı çalışmasında, bu sistemin etkililiğinin formel hukuk sistemi ile ilişkisine bağlı olduğunu belirtmiştir⁶⁹⁴. İlk olarak gönüllülük esasına bağlı olan bu merkezler daha sonrasında başvurulması zorunlu yerler haline gelmiştir⁶⁹⁵. Yine, 1950-1980 yılları arası enformel

⁶⁹¹ Röder, Tilmann J. “Informal Justice Systems: Challenges and Perspectives”, https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/informal_justice_systems_roder.pdf, s.e.t. 19.06.2022.

⁶⁹² Krieken, s. 2.

⁶⁹³ Harrington, s. 384-385.

⁶⁹⁴ Harrington, Christine B. (1985) *Shadow Justice: The Ideology and Institutionalization of Alternatives to Court*, Greenwood Press, s. 170; Cotterrell (2020) s. 389.

⁶⁹⁵ Harrington (2008) s. 385.

hukuk sürecinin yaşandığı dönemde hukukçuların sayısının iki katına çıkması, hukukun insan hayatına daha fazla müdahale ederek “*delegalizasyon*” sürecinin aksine “*relegitimation*” sürecinin yaşanması, anti formel eğilimlerin hukuku daha formel hale getirdiği şeklinde yorumlanmıştır⁶⁹⁶.

Buraya kadar ele alınan Amerikan menşeli bu anti formel eğilim sosyolojik bakış açısına sahiptir. Bu sosyolojik değişimin, modern hukuki düşüncede aynı yönde bir eğilim yarattığı tartışmalıdır. Amerikan literatüründeki anti formel hukuki eğilim genel hukuk anlayışında bu çalışmanın form unsuruna dahil ettiği özelliklerdeki değişimi kastetmemektedir. Hukuk, kabul gören formel niteliğini sürdürmekte ancak bu formel niteliğin yumuşatılması için ek bir sistem olarak anti formel nitelikte mekanizmalar devreye sokulmaktadır.

Hesselink’in yaklaşımı ise Amerikan’ın sosyolojik perspektifinden farklı olarak, hukukun formel niteliklerindeki değişimi, Kıta Avrupası felsefesine göre değerlendirmiştir. 2001 tarihinde yapmış olduğu çalışmada, klasik Avrupa hukuk kültürünün form ve formalitenin üstünlüğünü kabul ettiğini ancak bu düşüncenin özellikle Avrupa Birliği hukuk kültürünün oluşmasıyla değiştiğini ifade etmiştir. Aşağıda değineceğimiz üzere Hesselink bu çalışmasını yayımladıktan 10 yıl sonra fikrini değiştirip formel hukuk kültürünün yeniden yükselişe geçtiğini belirtecektir.

Hesselink öncelikle Klasik Avrupa hukukunun formel niteliklerini özetlemiştir: Bu hukukun genel karakteristiği ulusal, iç perspektifli, sistematik, soyut kural ve kavram kullanan, dedüksiyon düşüncesine dayanan, objektiflik arayışında ve metin merkezli olmasıdır. Hukuki akıl yürütmenin hareket noktası medeni kanundur ve bu kanunun kapsayıcı ve bütünlüklü olduğu varsayılmaktadır. 19. yüzyıl kodifikasyonları ve kuvvetler ayrılığı ilkesiyle mahkemelerin görevi, sadece kanunun uygulanması olarak düşünülmektedir. Yani mahkemeler hukukun yaratıcısı olarak kabul edilmemektedir⁶⁹⁷. 20. yüzyıl başından itibaren toplumsal gelişmelerin hukuk üzerinde çok güçlü etkileri olmasına ve formalizmin zayıflamasına rağmen hukuki realizm akımı Avrupa’da Amerika’daki etkiyi göstermemiş ve Avrupa’da hukukun objektif, nesnel ve bütünlükçü olduğu savından hiç vazgeçilmemiştir. Avrupa’daki dogmatik-sistematik metot, realizm devriminin hep

⁶⁹⁶ Krieken, s. 3.

⁶⁹⁷ Hesselink, Martijn W. (2001) “The New European Legal Culture”, https://www.researchgate.net/publication/228218833_The_New_European_Legal_Culture, s.e.t. 04.06.2020, s. 9.

uzağında kalmış, reformlar sistem içi ve önceki metotlar dâhilinde gerçekleşmiştir. 19. yüzyıl medeni hukukunun temel formları olan sözleşme özgürlüğü, mülkiyetin mutlaklığı, kusurlu sorumluluk ilkesi gibi kurumlar varlığını korumuş ancak bunların sert etkileri gerek yeni kurum ve kavramların ortaya çıkarılması gerek hakkın kötüye kullanımı, iyiniyet, kusursuz sorumluluk ve sebepsiz zenginleşme gibi kurumların alanının genişletilmesi suretiyle yumuşatılmaya çalışılmıştır. Benzer şekilde sistematik ve lafzi yorum metotlarının yanına amaçsal yorum metodu eklenmiştir. Tüm bu değişimler bir devrim şeklinde değil, barışçıl ve yasa koyucu tarafından sistem içerisinde kalınarak yapılmıştır. Mahkemelerin kesinlikle hukuk yaratamayacağı algısından, mahkeme kararlarının yardımcı hukuk kaynağı olduğu düşüncesine geçilmiştir⁶⁹⁸.

Hesselink, Avrupa’da formalizme, hangi sebeple Amerika’daki gibi şiddetle karşı çıkılmadığı sorusunu cevaplamaya çalışmıştır. Bunun için ilk bölümde değindiğimiz, Atiyah ve Summers’ın Amerikan ve İngiliz hukuk sistemlerini karşılaştırdığı çalışmasını incelemiştir. Bu çalışmada Atiyah ve Summers, İngiliz hukuk sisteminin Amerikan hukuk sistemine nazaran daha formalist olduğunu belirtmişti. Bunun sebebinin, İngiliz mahkemelerin, diğer kurumların görevlerini layıkıyla -olması gerektiği gibi- yaptıklarına dair sahip oldukları güvenden kaynaklandığını iddia etmişlerdir. Zira forma uygun karar verme bazı (ya da birçok) durumda maddi sebepleri göz önünde bulundurmama demektir. Bu da hâkimin, sistemin diğer fonksiyonlarının düzgün çalıştığına yönelik bir düşünceye sahip olmasını gerekli kılmaktadır. Atiyah ve Summers, İngiltere’de hâkimlerin bu güvene sahip olduklarını belirtmişlerdir. Amerika’da bu güven bulunmadığından İngiltere’ye göre daha az formeldir⁶⁹⁹. Hesselink bu iddiayı Avrupa ve Anglosakson hukuku kıyaslamasına uyarlamıştır. Buna göre, Avrupa hukukunun daha az formel olması için sistemin, diğer kurumlarına güvensiz olması gerektiğini söylemektedir. Hesselink, Birliğin üye devletlere karşı daha az güven sahibi olduğunu bu sebeple de Avrupa Birliği hukukunun formaliteden uzak olduğunu belirtmektedir⁷⁰⁰.

Kennedy aynı soruyu farklı bir şekilde cevaplamaktadır. Kennedy’e göre, 20. yüzyılda Avrupa’nın yüz yüze kaldığı totaliter tehdit, onun formaliteden yana tavır almasına neden olmuştur. Avrupa’daki ideolojik farklılık ve çatışmalar Amerika’ya göre daha kuvvetlidir. Merkezde bulunan liberal ve muhafazakâr düşünceye karşı komünist ve faşist

⁶⁹⁸ Hesselink, s. 29-30.

⁶⁹⁹ Atiyah/Summers, s. 36-37.

⁷⁰⁰ Hesselink, s. 33-34.

ideolojiler gücü ele geçirme konusunda yarış halindedirler. Merkez ideoloji seçime dayalı temsili demokrasi ve insan haklarıyla birlikte hukuk devleti ilkesine sıkı sıkıya sahip çıkmıştır. Bu da siyaset-hukuk, objektif hukuk-sübjektif hukuk dikotomisini doğurmuştur. Kennedy, Avrupalı hukukçuların Amerikan eleştirel hukuk akımının hukuk devleti eleştirilerine Amerika'nın tarihinde faşist ya da komünist bir tecrübe yaşamamış olmalarıyla cevap verme eğiliminde olduklarını belirtmiştir⁷⁰¹. Gerçekten de daha az formalitenin olması gerektiği hususundaki her itiraz daha az formaliteyle belirsizliğin oluşacağı, bunun hâkimlere geniş takdir yetkisi vereceği ve bu durumda da eşitliğin bozulup adaletin sağlanamayacağı itirazıyla karşılaşacaktır. Bu da formalite ile güven arasında yakın bir ilişki olduğunu göstermektedir.

Hesselink'in klasik Avrupa hukukunun neden formel olduğu ya da realizmin neden Avrupa'da değil de Amerika'da etkili olduğu sorusunu son olarak Avrupa'nın formalizmin sonuçlarından rahatsız olmadığı, formel hukukla ulaşılan sonuçların tatmin edici ve adil olduğu düşüncesinin bulunduğunu belirterek cevaplamaktadır. Onun temel iddiası, Avrupa hukukunun entegrasyonu neticesinde radikal bir değişiklik geçirdiğidir. Avrupa'nın yeni özel hukuku ve yeni hukuk kültürünün formel-dogmatik yaklaşımdan maddi-pragmatik yaklaşıma doğru evrildiğini söylemektedir. Buradan Hesselink'in formeli dogmatik, maddiyi de pragmatik olarak algıladığı anlaşılmaktadır. Hukukun maddi yönü ile hukukla ulaşılması gereken amacı, kuralın sonuçlarını kastetmektedir. Hesselink çalışmasının bir yerinde maddi (*substantive*) hukuk için normatif, formel hukuk için kavramsal (*conceptual*) terimlerini kullanmıştır⁷⁰². Bu kullanımlar ilk bölümde hukukta form ve maddenin ne anlama geldiği hususundaki açıklamalarımızla da paraleldir.

Avrupa'nın yeni hukuk kültürünün formellikten uzaklaştığı bir dava ile örneklendirilmiştir. Barcelona'da geçen olay, bir satım sözleşmesine ilişkindir. Alıcı, satıcıdan taksitle ansiklopedi almıştır. Sözleşmede Barcelona Mahkemelerinin münhasıran yetkili olduğu belirtilmiştir. Taksitlerin ödenmemesi üzerine satıcı, alıcıya Barcelona'da dava açmış, alıcı İspanya'nın başka şehrinde yaşadığından dava evrakları tebliğ edilememiştir. Yerel mahkeme 93/13/EEC sayılı Avrupa Birliği Direktifine göre⁷⁰³, iki tarafça müzakere edilmemiş (tek taraflı hazırlanarak imzaya sunulmuş) tüketici

⁷⁰¹ Kennedy, Duncan (1997) A Critique Of Adjudication (fin de siècle) Harvard University Press, s. 73-74; Hesselink, s. 34-35.

⁷⁰² Hesselink, s. 46.

⁷⁰³ Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31993L0013&from=EN>, s.e.t. 25.01.2022.

sözleşmesinde, münhasır yetki kuralının davacının (satıcının) yerleşim yeri olmasını haksız bir şart olarak değerlendirilebileceğini öngörmüş, ayrıca Yüksek Mahkemenin de bu şekildeki yetki kurallarını haksız şart olarak değerlendirdiğini belirtmiştir. Ancak bu hususun mahkeme tarafından re'sen dikkate alınıp alınmaması noktasında tereddüt yaşamış ve Avrupa Adalet Divanı'ndan görüş talep etmiştir⁷⁰⁴. Direktifin 6. maddesinin 1. fıkrasına göre bir satıcı veya tedarik edici ile tüketici arasında yapılan sözleşmedeki haksız şartlar tüketici açısından bağlayıcı olmayacaktır⁷⁰⁵. Divan, önüne gelen dosyada, doğrudan direktifle ulaşılmak istenen amaca odaklanmıştır. Divan'a göre direktif, tüketici ve satıcı arasındaki sözleşmede tüketici tarafın satıcıya nazaran güçsüz pozisyonda olmasından hareketle tüketiciyi korumayı amaçlamaktadır⁷⁰⁶. Bu sebeple, haksız şartın varlığı halinde tüketiciye buna ilişkin itirazda bulunma yükümlülüğünün yüklenmesi halinde direktifin koruma amacının gerçekleşmeyeceğini ifade etmiştir. Bu tip tüketici sözleşmelerinde itiraz davası giderlerinin, uyuşmazlık konusu bedelden daha fazla olacağını bu sebeple çoğu tüketicinin haksız şarta karşı dava açma yolunu tercih etmeyeceğini, üstelik tüketicinin bu şartın kendisine uygulanmasının haksız olduğunu dahi bilemeyebileceğini belirtmiştir. Böyle bir durumda tüketicinin etkin korunması için mahkemelerin resen hareket etme yetkisi bulunması gerektiğini hükme bağlamıştır⁷⁰⁷. Hesselink, Divanın bu davada direktifte kullanılan ifadelerin anlamlarıyla uğraşmadan, sözleşme hukukuna özgü iptal, geçersizlik, butlan gibi spesifik kavram ayrımlarına değinmeden ya da İspanya hukukunda bu kuralın sözleşme, tüketici ya da usul hukukunun mu bir parçası olduğuna bakmaksızın, sadece direktifin amacına ulaşıp ulaşılmayacağını değerlendirerek karara ulaştığını belirtmektedir⁷⁰⁸. Üstelik bu kararda, özel hukukta geçerli temel bir usul prensibi olan taraflarca ileri sürülme ilkesi göz ardı edilmiş, borçlu taraf herhangi bir itirazda bulunmasa dahi mahkemenin, sözleşmenin ilgili maddesinin geçersizliğine hükmetmesi istenmiştir.

Avrupa'nın anti-formel yeni hukuk kültüründe üçüncü etken olarak karşılaştırmalı hukukun önemine vurgu yapılmıştır. Karşılaştırmalı hukuk, benzer sosyoekonomik şartlara sahip *uygar* ülkelerin bir problemi farklı yollarla çözüme kavuşturulabileceğini göstererek

⁷⁰⁴ Hesselink, s. 50.

⁷⁰⁵ Member States shall lay down those unfair terms used in a contract concluded with a consumer by a seller or supplier shall, as provided for under their national law, not be binding on the consumer and that the contract shall continue to bind the parties upon those terms if it is capable of continuing in existence without the unfair terms.

⁷⁰⁶ Océano Grupo Editorial v. Murciano Quintero, Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD), No. C-240/98, Tarih: 27.07.2000, <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-240/98>, s.e.t. 20.07.2022.

⁷⁰⁷ Océano Grupo Editorial v. Murciano Quintero, 25. ve 26. paragraflar.

⁷⁰⁸ Hesselink, s. 51.

tek bir doğru olmayacağı düşüncesinin kazanılmasına hizmet etmiştir. Bu sayede ulusal pozitivizm azalmıştır. Ayrıca karşılaştırmalı hukuk, maddi açıdan benzer durumların farklı kavram ve usul yani farklı formlara sahip olabileceğini göstererek hukukun formel yönünden ziyade maddi yönüne odaklanmasında etkili olmuştur. *Deformalizasyon* hareketinin sadece Avrupa entegrasyonu ile ilgili olmadığı, birçok Avrupa ülkesinin hukuk usulünde bu yaklaşımı uyguladığı, alternatif çözüm yollarının gelişmesinin de buna örnek olduğu belirtilmiştir. Kısaca, entegrasyon, çok kültürlülük, interdisiplinerlik ve hukukun küreselleşmesi hukukun formel yönüne ağırlık verilmesini engelleyen faktörler olarak zikredilmiştir.

Benzer bir iddia, François Ost ve Michel van de Kerchove tarafından da dile getirilmiştir. Yazarlar “*De la pyramide au reseau? (Piramitten Ağ’a)*” adlı eserlerinde hukukun hiyerarşiden eşitliğe ya da bir başka deyişle piramidal yapıdan ağ yapısına geçtiği tezini ileri sürmüşlerdir. Buna göre, egemenin iradesinin tezahürü olan (egemen, hükümdar ya da halk olarak düşünülebilir), temel norma ya da modern ve bireysenci tabii hukuk düşüncesine dayanan hiyerarşik ve piramidal hukuk anlayışı bir paradigma değişikliğine uğramıştır. Devletin hiyerarşik egemenliğinin artık bölgesel, ulus üstü ya da diğer kamusal otoritelerle birlikte kullanması, kanunların bir dogma olmaktan çıkıp hem aşağı hem de yukarı yönlü değerlendirme ve müzakerelere tabi olması gibi durumlar bu değişikliğin belirtilerindendir. Egemen dikey hiyerarşik modelden yatay ağ modeline geçmiştir. Ağ paradigması modern değerlerden ziyade esneklik, çoğulculuk, ilişkisellik, öznelararasılık gibi post modern değerleri öncelemektedir⁷⁰⁹. Bu katı hiyerarşik yapının dönüşümü tezi Hesselink’in anti formel Avrupa hukuk kültürünün oluşumuna benzer bir iddiayı içermektedir.

Hukuktaki tüm bu anti formel dönüşüm iddialarının yanında Hesselink, çalışmasını yayınladıktan 10 yıl sonra yazmış olduğu yeni makalesinde öngörülerinde yanıldığını ve hukukta formelliğin yeniden yükselişe geçtiğini belirtmektedir⁷¹⁰. Yazar, 10 yıla yakın sürede yaşanan gelişmelerin neoformalizm akımını yarattığını söylemiştir. Bu yaşananları kısaca, 11 Eylül olayları ile postmodern çağın sona ermesi, Avrupa Anayasasının reddi ve

⁷⁰⁹ **Haarscher, Guy** (2021) “Kıta Avrupası Hukuk Felsefesinde Bazı Çağdaş Eğilimler”, Çev: D. Celaeddin Kavas, Hukuk Felsefesi ve Hukuk Teorisi Rehberi içinde, Martin P. Golding/William A. Edmundson, Türkçe Çev. Ed. Ertuğrul Uzun, Isık Yayınları, İzmir, ss. 523-542.

⁷¹⁰ **Hesselink, Martijn W.** (2009) “The new European legal culture: ten years on” Rochester, NY: Social Science Electronic Publishing, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1519939, s.e.t. 08.06.2020.

neonasyonalizm, Avrupa Birliği'nin yeni üyelerle artan üye sayısı olarak sıralamıştır. Özellikle, 11 Eylül olaylarının objektivite, kesinlik ve istikrar arayışını yeniden canlandırdığını ifade etmiştir. Hesselink, ulusalcılık, milliyetçilik ve de muhafazakârlık ile formalizm arasında bağlantı kurmaktadır. Bu düşünce, Kennedy'nin yukarıda değindiğimiz, form ve esasa ilişkin gerekçelendirme ile bireycilik ve alturizm (özgecilik) arasında kurduğu bağlantı ile ilişkili görülebilir.

Nihayetinde, enformel adalet, alternatif çözüm yolları, devlet dışı ve devlet üstü yargı mekanizmalarının oluşturulması olarak ifade edilen anti formelleşme eğilimleri, bu çalışmanın hukukun form unsuru olarak kabul ettiği anlam üzerinden bakıldığında, madde ve form dikotomisinde, form lehine olan ayrıcalıklı konumu değıştirmedeği sonucuna ulaşılmaktadır.

SONUÇ

Bu çalışmanın çıkış noktasını “hukukta usul neden bu kadar önemli?” sorusunun bir problem haline getirilmesi oluşturmuştur. Hukukun usul ve esası üzerine yürütülen fikri faaliyet neticesinde, usul ve esas probleminin hukuktaki teknik ayrımın sınırlarını aşıp temel bir felsefi probleme dayandığı, bu problemin de ontolojideki madde ve form düalitesiyle ilgili olduğu görülmüştür. Bununla birlikte, başta belirttiğimiz problemin nedeninin, hukukun form boyutunun maddesinden üstün kabul edilmesiyle alakalı olduğu düşünülmüştür. Formun maddeye üstünlüğü ise modern dönem düşüncesine ait felsefi-ontolojik bir genel kabul ile ilişkilendirilmiştir. Çalışmamızda temel olarak hukukun form ve maddesi arasındaki bu ilişki konu edilmiş, formun üstünlüğünün sebepleri ve bu sebeplerin yerindeliğinin analizi amaçlanmıştır.

Ontolojik madde form öğretisi ilkçağ felsefesinde Platon ve Aristoteles’in düşüncelerine dayanmaktadır. Aristoteles’in madde ve formu, onun dört neden kuramıyla ilişkilidir. Dört neden teorisini hukuka uyarladığımızda, insan ilişkileri neticesinde meydana gelen uyumsuzluğun (maddi neden), adil, eşit vb. şekilde çözüme kavuşturan (ereksel neden ama aynı zamanda formel neden) kanun koyucu tarafından konulmuş (fail neden) belirli tarzdaki kurallardır (formel neden) şeklinde bir hukuk tanımına ulaşılması mümkündür. Ancak buradaki maddi neden ve formel neden hukukun madde ve formunu yeterince açıklamamaktadır. Bunun için literatürdeki madde ve form kavramları yerine kullanılan görüşler incelenerek madde ve form içerisine hangi özelliklerin dahil edildiği saptanmaya çalışılmıştır.

Hukukta madde ve form unsurlarının tespiti için ilk olarak Stammler’in görüşlerine değinilmiştir. Bunun sebebi Stammler’in formu, apriori, aktif ve tayin edici unsur; maddeyi ise ampirik, pasif ve tayin edilen unsur olarak ilkçağ madde-form teorilerine dayanan şekilde ele almasıdır. Buna göre hukukta madde ve formu belirlerken bu “tayin edici ve tayin edilen” ya da başka bir ifadeyle “değişir ve değişmez nitelikler” dikkate alınacaktır. Stammler’e göre, hukuk ilmi, hukukun formu üzerinde çalışır. Hukukun formunu da değişir özelliklerinden ya da değişir içeriğinden ziyade onu bir sistem olarak bütüncül şekilde kavranmasını sağlayan özellikleri oluşturur. Bu şekilde hukukun formu, onun diğer toplumsal kurallardan ayrılmasını sağlar. Stammler hukukun formunun “istem, bağlayıcılık, egemenlik ve ihlal edilemezlik” olmak üzere dört nitelikten oluştuğunu söylemektedir.

Bizim için önemli olan bu dört özellikten ziyade hukukun formunun ve maddesinin tespiti için kullanacağımız değişmezlik, tayin edicilik gibi temel kriterleri açıklamış olmasıdır.

İkinci olarak, ontolojik tartışmalara değinmeksizin, hukuk epistemolojisinde yani, hukuki karara ulaşmada formel ve maddi gerekçelendirme olarak madde ve formu hukuki akıl yürütme süreci içerisinde değerlendiren görüşler incelenmiştir. Burada sırasıyla Niemi, Kennedy ve Summers'ın görüşlerine yer verilmiştir. Niemi, form ve madde ayrımına ilişkin yaklaşımları ikiye ayırmıştır. İlki ontolojik yaklaşımdır. Buna göre kavramlar hukukun formunu, bu kavramlardan teşekkül eden kurallar ve kuralların uygulanışı ise maddeyi oluşturmaktadır. Ancak Niemi bu yaklaşımı benimsememekte ve çağdaş hukuk epistemolojisinin formu emredici sebepler, maddeyi ise herhangi bir otoriteye başvurmaya genel ilkeler olarak kabul ettiğini söylemektedir. Kennedy'nin amacı form ve madde ayrımının nasıl yapılacağına ilişkin değildir. Ona göre form farklı belirlilik derecesine sahip kurallar ya da ilkelerdir. Tercih edilen formel gerekçelendirme bireyci ve özgeci sosyal ilişkiler olarak adlandırdığı maddeyi etkileyecektir. Yüksek belirlilik derecesine sahip formel gerekçelendirme bireyci bir maddi anlayışla, düşük belirlilik derecesine sahip formel gerekçelendirme ise özgeci bir maddi anlayışla ilişkilidir. Kennedy'nin açıklamalarından formun tespitinde önemli olan kriterin belirlilik ya da kesinlik olduğu anlaşılmaktadır.

Bu noktada bir parantez açıp Kennedy'nin görüşlerinin çalışmamızın diğer bölümleriyle alakalı olan sonuçlarına değinelim. Eleştirel hukuk akımı içerisinde yer alan Kennedy'nin form ve maddeyi konu aldığı çalışması esasında hukukun formunun, maddesinden ayrı ya da bağımsız düşünüldüğünü ancak bu durumun aksine, form tercihinin belirli bir amaç ve hedef içerdiğini ve formun, içeriği-maddeyi belirlediğini iddia etmektedir. Bu iddia, üçüncü bölümde incelenen yapıbozumculuk düşüncesiyle ilişkilidir. Yapıbozumculuk düşüncesine göre düaliteler arasındaki net ayrımlar yapay, keyfi ve belirsizdir. Modern dönemin kartezyen geleneği düaliteler arasında net ve kesin ayrımlar yapılabileceğini öngörmüş bununla ilişkili olarak hukukun form ve madde boyutunun birbirinden bağımsız olarak değerlendirilebileceği kabul edilmiştir. Stammler'in hukuk biliminin konusunu hukukun formuyla sınırlaması ve değişir içerik niteliğinde olan maddeyi dışarıda tutması da bu kartezyen geleneğin bir sonucu olarak değerlendirilmelidir.

Gerekçelendirme sebepleri olarak görülen form ve madde ayrımıyla ilgili son olarak, Summers'ın Atiyah'la birlikte ve sonrasında bireysel olarak yaptığı analizlere yer verilmiştir. Summers, Atiyah ile yaptığı çalışmada formel gerekçelendirmeyi kanuna,

mahkeme kararına, usul hukuku kuralına, belirli statü oluşturan, hak ve görevleri kristalleştiren ya da zaman-mekân-miktara ilişkin raslantısal kurallara dayanan gerekçelendirme olarak tanımlamıştır. Ayrıca sadece lafzi yoruma dayanan gerekçelendirme de formel gerekçelendirmedir. Bunun dışında ödevci (deontolojik) ya da sonuççu (pragmatik) ahlak anlayışına bağlı olarak yapılan akıl yürütme ise maddi gerekçelendirme olarak tanımlanmıştır. Ancak Summers, sonrasında bu açıklamaları yetersiz bulmuştur. Maddeyi ahlaki, ekonomik ve diğer sosyal faktörlere ilişkin olma ve formu madde haricinde kalan her şey olarak tanımlamanın form konusunda tam bir tanım vermediğini, aslında bu şekilde formun ne olduğunu değil ne olmadığını açıkladıklarını bir başka deyişle, olumlu değil olumsuz bir tanım yaptıklarını ifade etmiştir. Daha sonra “form merkezli yaklaşım (*form-oriented approach*)” olarak adlandırdığı teorisiyle hukukta her bir işlevsel birimin formel unsurlarını açıklama girişiminde bulunmuştur. Summers’ın burada formu yapısalcılık teorisi ile açıkladığı, formu sistematik ve kurumsal düzen olarak gördüğü söylenebilecektir.

Maddi ve formel gerekçelendirme görüşlerinin analizinden sonra hukukun formu, hukuki formalizm akımına göre tanımlanmaya çalışılmıştır. Hukuki formalizm esas olarak, hukuki kararın, hukuk kuralının dedüktif sonucu olduğunu söyleyen bu amaçla hukukun belirli, kesin ve bilimsel olduğu iddiasına dayanan bir hukuk düşüncesidir. Bu itibarla hukuk, hukukun formülüne yani “hukuki sonuç= büyük önermenin x küçük önerme” formülüne uygun olmalıdır.

Marksist görüş, hukukun kendisinin form ve bu formun da başlı başına bir ideoloji olduğunu belirtmektedir. Hukuki analiz, eşyanın kullanım değerinin değişim değeri lehine ortadan kalktığını söyleyen meta formu analizi üzerinden yapılmıştır. Hukuk formunun, maddeyi teşkil eden çeşitli somut ihtiyaç ve taleplerin yerine irade ve hak gibi kavramları koyarak farklı özelliklere sahip insanları hukuki özne ya da hukuki kişi kavramıyla soyutlayıp eşitlediğini söylemektedir. Herhangi bir toplumsal ilişki, hukuk formu kazandığı anda kendisini doğuran somut, tekil ilişkiden bağımsızlaşmakta, kendi kavram, ilke ve kurumlarıyla kendine has bir gerçeklik düzlemi yaratmaktadır. Hukuksal form, uygarlığın belirli bir aşamasında ortaya çıktıktan sonra, diğer toplumsal kurallarla sınırlarını belirlemeden ve zayıf bir iç ayrışma ile uzun süre gelişiminin ilk basamaklarında kalmış ancak aşamalı bir evrimle, en üst kesinlik, en derin ayrışma ve doruk noktasına ulaşmıştır. Bu üst gelişme aşaması, tamamen belirlenmiş toplumsal ve iktisadi ilişkilere denk

düşmekte ve bu aşama, hukuku kuramsal olarak organik bir bütünlük olarak gösteren bir genel kavramlar sisteminin ortaya çıkışıyla tanımlanmaktadır.

Marksist görüşün akabinde, hukukta form ve madde ile yapısalcılık teorisindeki dil (*langue*)-söz (*parole*) düalizmi arasında ilişki kurulmuştur. Dili bir yapı olarak gören yapısalcılık teorisine göre, her ne kadar birlikte anlamlı bir bütün oluştursalar da dil sözden farklıdır. Sözün anlaşılabilmesi için dil zorunludur, dilin yerleşebilmesi için de söz zorunludur. Söz tarihsel açıdan dilden önce gelmekte ve dilin evrimi söz ile sağlanmaktadır. Dil ile söz arasında yaratılan bu ilişki madde ve form düalizmine karşılık gelmektedir. Burada dil form, söz de madde olarak düşünülebilir. Modern pozitivist düşüncenin hukuk biliminin konusunu hukukun formu ile sınırlandırdığı gibi, yapısalcı dilbilim de dili sözden ayırmış ve dilbilimin konusunu sadece dil (*langue*) ile sınırlamıştır. Form (dil-*langue*) değişmeyen, madde (söz-*parole*) ise değişen niteliği temsil etmektedir. Hukuki gerekçelendirme teorilerinin form ve madde anlayışında da aynı benzerlik ileri sürülmüştür. Buna göre, kural formu (dili-*langue*) oluştururken, değişebilir, somut sosyoekonomik şartlar (söz-*parole*) maddeyi oluşturmaktadır. Hukuk, dil vasıtasıyla algılanmakta, beşerî hatta doğal olaylar nötr, olduğu gibi tasvir edilmemekte, adeta normal dilden hukuk diline tercüme edilmektedir. Bu sebeple, yapısalcılığın dil ve dilin yapısı ile ilgili görüşlerinin hukuk yapısına uyarlanabildiği görülmektedir.

Hukukun form ve maddesinin tespiti için son olarak, maddi hukuk devleti ve formel hukuk devleti ayrımı ile hukukun biçimsel, şekli yönünü oluşturan hukukta usul ve esas kavramlarına, bu düalizmin ortaya çıkışına ve işlevine değinilmiştir. Bu incelemelerin neticesinde çalışmamızın anladığı şekliyle hukukta formu oluşturan nitelikler ve maddeyi oluşturan unsurlar sıralanmıştır. Belirlilik ve kesinlik; kavramsallık ve sistemsellik; yazılılık ve kodifikasyon; yöntemsellik ve bilimsellik nitelikleri hukukun formunu oluşturmaktadır. Hukukun maddesinin ise amaç, toplumsal olgu, anlam ve içerik unsurlarından oluştuğu belirtilmiştir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde hukukta form unsurunun madde unsuruna göre ayrıcalıklı olduğu ve bu ayrıcalığını modern dönemde kazandığı gösterilmeye çalışılmıştır. İlk olarak form ve madde unsuru olarak belirlediğimiz özelliklerin, modern Batı hukukunun temelini teşkil eden Roma hukuku ve *Common Law* sistemindeki görünümüne yer verilmiştir. Roma Devleti, uyuşmazlıkların çözümü için nitelikli nesnel bir usul geliştiren ilk siyasi yapıdır. Yunan felsefesi etkisi ile çağına göre ileri düzeydeki kavram ve sistem

oluşturma niteliğini haizdir. Ancak Romalılar, hukuku teorik biçimde sentezleme ya da yargı kararlarının toplumun her kesimine hitap edecek şekilde ayrıntılı gerekçelendirilmesi amacını taşımamışlardır. Kavramsal çıkarım yapanlar, belirli sözleşmelerden yola çıkarak sözleşme hukuku teorisi kuranlar, mülkiyet hakkını tanımlayanlar klasik dönem Roma hukukçuları değil 11. yüzyılda Bologna’da Roma hukuku rönesansını gerçekleştiren Roma hukuku şerhçileridir.

Roma hukukunda kural ve ilkeler, anlatılan olayları özetleyen veya ortak unsurlarını gösteren özlü ifadeler olarak görülmüştür. İleride gerçekleşecek tüm olayları kapsayan kurallar yaratma ve problemleri bu kurallardan tümden gelim yöntemiyle çıkarılacak sonuca göre çözme düşüncesi günümüzdekinden farklıdır. Hukukun, hukuki formalizm düşüncesindeki “hukuk=büyük önerme x küçük önerme” şeklinde bir yöntemi bulunmamaktadır. Yöntem anlayışında, mantıktan ayrı bir “hukuk mantığı”, normal akıl yürütmeden farklı bir “hukuki akıl yürütme” yöntemi yoktur. Hukuk, kural koyma ve karar alma sürecinden ziyade arabuluculuk süreci olarak kabul edilmektedir

Roma hukukunun soyut kavram yaratma özelliği bulunmaktadır. Ancak bu soyutlama günümüzdekine kıyasla daha düşük seviyededir. Hukuk, soyut kavramlarla oluşturulan kurallar yekunu, kendine özgü mantık ve yorum kurallarıyla kodifiye edilmiş bir sistem olarak görülmemektedir. Roma hukukunun şekilci ve formel olarak adlandırılması, birtakım sözel ve şiirsel ifadelere ve sembolik olarak nitelendirilen kural ve usullere bağlılığı sebebiyledir. Benzer şekilde, sözleşmeler belirli jestlerin ve aletlerin kullanılmasıyla bağlayıcılık kazanmaktadır. Yapısal antropoloji, arkaik döneme ait bu tür alışkanlıkların sihre ait, büyüsel inanışlardan ziyade kronolojik yorum olarak adlandırılan yöntemle daha önceki davranışların, kaybolan bir olgunun taklidi ya da kopyası olarak yorumlamaktadır. Sembolik ve simgesel ifade tarzı, sadece arkaik hukuk dönemine özgülenmemelidir. Bu tür davranış kalıplarına modern dönem hukukunda da rastlanması (duruşma salonunda cüppe giyilmesi, hüküm açıklanırken ayağa kalkılması gibi) mümkündür.

Common Law, form boyutu olarak nitelendirdiğimiz kavramsal sistem olma özelliği açısından Roma hukukundan ciddi ölçüde farklıdır. Kavramlar genellikle tanımı ve unsurları ile değil, tarihi gelişimi içerisinde anlaşılabilir. Kanunlaştırma hareketlerini gelenekten kopuş olarak değerlendiren sözlülüğe önem veren bir hukuktur. Hukukun, mantıksal ve akılcılığı değil, tarihsel oluşu ön plana çıkmaktadır. *Common Law* geleneğinde, yargılamanın usul olarak görüldüğü ayrı bir maddi hukuk anlayışı bulunmamaktadır.

Common Law, *equity* yargılaması ile düşünüldüğünde formel unsurların ön planda olmadığı söylenebilecektir. *Equity*'nin dışında kalan yargılamalar, modern hukukun form anlayışından farklı olmakla birlikte, primitif formalizm tanımlamasına uygun olarak değerlendirilebilir. Ancak *equity* yargılamalarıyla formalitelerin törpülenmesi, şekilciliğin göz ardı edilerek hakkaniyet temelli kararların verilmesi sağlanmıştır. *Equity-Common Law* ayrımının kaldırılarak rasyonel bir hukuk yaratma tartışmaları ancak 18. yüzyılda başlamıştır.

Modern dönemde ise, form unsuru belirginleşerek madde unsuruna göre ayrıcalıklı konuma sahip olmuştur. Böylece, varlığın madde ve form unsurları arasındaki ilişki hiyerarşik bir nitelik kazanmıştır. Bu değişim, 11. yüzyıldan itibaren Avrupa'da yaşanan gelişmeler, kapitalizmin doğuşu, modern bilimin düalist düşünce yapısı üzerinden işleyişi, formel rasyonalitenin ve pozitivistizmin yükselişi gibi durumlarla ilişkilendirilerek incelenmiştir.

11. yüzyılda gerçekleşen Gregoryen Reformu ile özerkleşen kilise, ihtiyacı olan meşruluk kaynağını hukuk ile elde etmiştir. İddialarını destekleyecek hukuki kaynağa ulaşmak için kiliselerin yazılı kaynakları araştırılmış, dönemin alimleri hukuk araştırmaları yapılması yönünde teşvik edilmiştir. Roma hukuku yeniden keşfedilmiş, bu hukukun ilke ve kavramları dönemin şartlarına uygun olarak yorumlanmıştır. Roma hukukunda tüm hukuka ya da en azından tüm medeni hukuka şamil genel ilkeler bulunmasa da 11. ve 12. yüzyıl yorumcuları, bu durumun aksine genel ilkelere ulaşmayı amaçlamışlardır. Ticaretin gelişip yaygınlaşması ile hukuki işlemler hazırlar arası yapılan işlemler olmaktan çıkmış, sözleşme taraflarının kimliksiz, isimsiz soyut bir insan haline gelmesi gerekmiştir. Ülke sınırlarını aşan ticaret, sadece sözleşmenin yapıldığı yerde değil, örneğin ifa yeri olan başka bir ülke sınırları içerisinde de geçerliliğini zorunlu kılmaktadır. Bunun neticesinde sabit biçimli ve nesnel kanıtlara dayanan bir hukuk oluşturma eğilimi ortaya çıkmıştır.

Modern dönemin kartezyen felsefesi, madde ve formu birbirinden bağımsız ve birbirine indirgenemez iki töz olarak algılamıştır. Mekanik doğa görüşü, evreni matematiksel ilkelerle açıklama çabası, birincil ve ikincil nitelikler ayrımı insanın düşünme tarzının düaliteler ve dikotomiler üzerine kurulmasına neden olmuştur. Kant'ın her düaliteye koyduğu kesin sınır ile insan adeta fenomen ve numen olmak üzere iki farklı evrende yaşayan ve yine fenomen evrende geçerli saf aklı, numen evrende geçerli pratik akıl olmak üzere iki farklı akla sahip biri haline gelmiştir. Her iki evrenin kendine has ve diğer evrende

geçerli olmayan yasaları/formları olduğu kabul edilmiştir. Bu düşünce tarzı antik felsefenin bütüncül kavrayışından uzaktır.

Weber modernitenin, değer ya da hedefe bağlı maddi rasyonaliteye yerine, hesaplamaya, kesinliğe ve öngörülebilirliğe dayanan formel rasyonalite temelli hukuk yaratma ihtiyacını dile getirmiştir. Batı hukuku, formel rasyonel hukuku temsil etmektedir. Formel rasyonel hukuka, genel prensipler ve boşluksuz kurallar sistemi rehberlik etmektedir. Formel rasyonalite, etkililik ve hesaplanabilirlik değerlerini ön plana almaktadır. Formel adaletin, formel hukuki çıkarların temsili için bireylere en geniş özgürlüğü vaat ettiği düşünülmüştür.

Modern dönemde formun maddeye üstünlüğü en nihayetinde hukuki pozitivizm akımı düşünürlerinin hukuk tanımları üzerinden gösterilmiştir. Pozitivist hukukçular, hukuku sadece olgusal kaynağa başvurarak, ahlaki değerlendirme yapılmaksızın tespit edilebilecek yasalardan ibaret görmektedir. Hukuk çoğunlukla kavramsal olarak formel unsurları üzerinden incelenerek analitik felsefe sınırı içerisinde değer ve amaçtan azade biçimde tanımlanmaya çalışılmıştır.

İkinci bölümün sonunda, hukukta form unsurunun madde unsuruna göre ayrıcalıklı olduğuna yönelik teorik analizlerimizi örneklendiren kanuni düzenlemelere ve mahkeme kararlarına yer verilmiştir.

Üçüncü bölümde, post modern paradigmayla beraber, form unsuruna öncelik verilmesine temel teşkil eden kabullerin eleştirileri ele alınmıştır. Bu anlamda hukukun belirliliğinin, ileri düşünme kabiliyeti olan soyut kavramsallığının ve yöntemselliliğinin eleştirileri, çağdaş bilim felsefesi eleştirileriyle birlikte gösterilmeye çalışılmıştır.

İlk olarak, doğa bilimlerindeki belirsizlik ilkesinin kesin tespit edilemezlik ve gözlemcinin etkisi gibi iddialarıyla hukuki belirsizlik tezi arasında ilişki kurulmuş, hukukun belirli olduğu kabulü yerine, tutarlı olduğu kabulünün geçmesi gerekliliğine değinilmiştir.

Belirlilik eleştirisi akabinde, modern hukukun bir diğer formel özelliği olan ve yüksek soyutlamaya dayanan kavramsal niteliği, şeyleşme teorisi üzerinden ele alınmıştır. Bu teori, insanlığın ileri aşaması olarak kabul edilen soyutlama becerisinin kazandığı bu zaferi çelişkiye düşüren bir iddiada bulunmaktadır. Buna göre, bir süreç ya da ilişki, yapay soyutlamanın akabinde yeniden şey ya da nesne haline dönüştürülmektedir. Üstelik bu

dönüştürmeyle birlikte süreç ya da ilişkiye atfedilen yapay sosyal değerler, onun doğal ve içkin bir özelliği olarak görülmektedir. Hukukta da bu kavram ve kategoriler yerleştikçe adeta somutlaşmış (şeyleşmiş) ve hukukçunun düşünme sınırını tayin eder hale gelmiştir. Kavram fetişizmi ile insanın ileri düşünme için edindiği soyutlama becerisi olan kavramlar, daha ilerisini düşünebilmesini engelleyen yapay sınırlara dönüşmüştür.

Yöntem eleştirisi kısmında, doğa bilimlerindeki yöntem eleştirileri ile hukukun yöntemi olarak kabul edilen hukuk mantığı ve yorumlama konularındaki temel kabullere yapılan itirazlara yer verilmiştir. Burada, hukuk kuralıyla bu kuraldan ulaşılan karar arasında olduğu öne sürülen mekanik ilişkinin varlığı sorgulanmıştır. Hermeneutik disiplini ile de hukuki yorumun, yorumcudan bağımsız nesnel bir yorumlama olmadığı ifade edilmiştir. Metnin her yorumcu ile yeniden oluşturulduğu, bir metnin birden fazla yorumu olabileceği, yorumcunun ise tarihin, geleneğin ve kültürün bir parçası olduğu belirtilmiştir. Bu eleştirel analizler neticesinde hukukun maddesi karşısında ayrıcalıklı konumda olan formel niteliklerin kabul gören temellerinin sarsıldığı gösterilmeye çalışılmıştır. Akabinde, kavram ikilikleri arasındaki ilişkiyi açığa çıkarmaya odaklanan post modern bir düşünme tarzı olan yapıbozumculuğa değinilmiştir. Yapıbozumculuk, ikinci bölümde ele alınan, birbirinden kesin bir şekilde ayrılarak dikotomik ilişkiye bürünen modern dönem düaliteleri arasındaki uçurumun yapaylığını, keyfiliğini ve belirsizliğini gösteren bir okuma stratejisidir. Amerikan sözleşme hukuku doktrini özelinde, madde ve form düalitesinin de benzer yapıbozumcu okumaya konu edildiği gösterilmiştir.

Çalışmanın sonunda, 1970'lerden itibaren hukuk düşüncesinde meydana gelen anti formel eğilimlere değinilmiştir. Enformel adalet kavramı ve buna ilişkin çözüm mekanizmalarının oluşturulması, alternatif çözüm yöntemlerinin yaygın hale gelmesi gibi gelişmeler hukukta formel unsurların etkisinin azaldığı düşüncesinin oluşmasını sağlamıştır. Ancak bu anti formel hareketler, hukukun formunun pekiştirilmesine hizmet etmekle sonuçlanmıştır. Nihayetinde modern dönem felsefi anlayışı ile madde form dikotomisinde form lehine kurulan üstünlüğün, post modern felsefeyle temelleri sarsılmış olmasına rağmen hala geçerliliğini koruduğu söylenebilecektir.

KAYNAKÇA

- **Adorno, Theodor W.** (1953) The Stars Down to Earth: The Los Angeles Times Astrology Column, <https://s3.amazonaws.com/arena-attachments/745814/e47ccf96d74aa1d7202e480e57c47667.pdf>, s.e.t. 25.01.2022.
- **Akbaş, Kasım** (2018) “İdeoloji Olarak Hukuk”, Hukuk Kuramı, C: 5, S: 3, s. 50-71.
- **Akbaş, Kasım** (2016) “Friedrich Carl Von Savigny: Tarihsel Hukuk Okulu Geleneği”, İÜHFM, C: LXXIV, S: 1, s. 53-72.
- **Akbaş, Kasım** (2015) Hukukun Büyübozumu, Notabene Yayınları, Ankara.
- **Akı, E. İrem** (2015) “Hukukun İç Ahlâkı: Lon L. Fuller’ın Görüşleri Çerçevesinde Bir İnceleme”, AÜHFD, S: 64 (1), s. 1-35.
- **Akman, Şefik Taylan** (2012) “Yabancılaşma ve Hukuk”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, No. 2(2), s.108–115.
- **Aktaş, Sururi** (2011-a) Eleştirel Hukuk Çalışmaları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- **Aktaş, Sururi** (2011-b) Prosedürel Doğal Hukuk: Lon L. Fuller’in Hukuk Kavramı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- **Altınörs, Atakan** (2003) Dil Felsefesine Giriş, İnkılap Kitabevi, İstanbul.
- **Alangoya, Yavuz / Yıldırım, M. Kamil / Deren-Yıldırım, Nevhis** (2009) Medenî Usul Hukuku Esasları, Beta Yayınları, İstanbul.
- **Alangoya, Yavuz** (1979) Medenî Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, Fakülteler Matbaası, İstanbul.
- **Amaya, Amalia** (2015) The Tapestry of Reason An Inquiry into the Nature of Coherence and its Role in Legal Argument, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon.
- **Aral, Vecdi** (2012) Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- **Arıkan, Engin** (2019) Sert Pozitivizm, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- **Arslan, Hüsamettin** (1995) “Pozitivizm/Bir Bilim İdeolojisinin Anatomisi, Türk Aydını ve Kimlik Sorunu”, Der: Sabahattin Şen, İstanbul, s. 541-583.
- **Arslan, Hüsamettin** (2007) Epistemik Cemaat Bir Bilim Sosyolojisi Denemesi, Paradigma Yayıncılık, İstanbul.
- **Arslan, Ahmet** (2007) İlkçağ Felsefe Tarihi 3 Aristoteles, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul.

- **Arıcıoğlu, M. Atilla** (2017) “Weber ve Düşünce Dünyası”, Max Weber, Bürokrasi ve Otorite içinde, Çev: H. Bahadır Akın, Adres Yayınları, Ankara, s. 9-28.
- **Arnold, Thurman W.** (1932) "The Role of Substantive Law and Procedure in the Legal Process", Yale Law Journal, Volume: 45, Issue: 4, pp. 617-647.
- **Asal, Barkın** (2018) Kodlaştırma-Fransız Medeni Kanunu'nun Felsefi ve Tarihi Kökenleri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- **Atalay, Ahmet Halûk** (2015) “Bir Hukuk Mantığı Var Mıdır?” Hukuk Kuramı, C: 2, S: 6, s. 22-40.
- **Atiyah, P.S. / Summers, Robert S.** (1987) Form and Substance in Anglo-American Law, Clarendon Press, Oxford.
- **Atienza, Manuel** (2020) “What is The Theory Legal Argumentation For?” International Journal for the Semiotics of Law- Revue internationale de Sémiotique juridique, Volume: 33, pp. 147–153.
- **Austin, John** (1875) Lectures on Jurisprudence, Ed. Robert Campbell, Newyork, <http://index-of.co.uk/Various/Lectures%20on%20Jurisprudence%20Austin.pdf>, s.e.t. 22.07.2018.
- **Aydın, Melike Belkıs** (2019) Hukuka Hermeneutik Yaklaşım: Hans-Georg Gadamer'in Felsefi Hermeneutiği, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı.
- **Aydın, Melike Belkıs** (2020) “Gadamer'in Felsefi Hermeneutik Disiplininin İmkanları Olarak Yasa Yorumunun Kurucu İşlevleri”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, No. 11/2, s. 542-549.
- **Aydımalp, Esra Başak** (2017) “Jacques Derrida'da Yazı ve Anlam Oyunu”, Selçuk Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi, S: 38, s. 151-160.
- **Baker, John** (2019) An Introduction to English Legal History, Oxford University Press.
- **Balbus, Isaac D.** (1977) “Commodity Form and Legal Form: An Essay on the "Relative Autonomy" of the Law”, Law & Society Review Volume: 11, No: 3, pp. 571-588.
- **Balı, Ali Şafak** (2011) Hukuk, Toplum, Siyaset, Çizgi Kitabevi, Konya.
- **Balkin, Jack M.** (1987) “Deconstructive Practice and Legal Theory”, The Yale Law Journal, Volume: 96, No: 4, pp.743-86.

- **Banakar, Reza / Ziaee Keyvan** (2021) “İran: İki Hukuk Kültürünün Çatışması”, Çev: Seda Kalem, Hukuk ve Toplum Çalışmaları, İran Üzerine Yazılar içinde, Pinhan Yayıncılık, İstanbul, s. 97-127.
- **Berman, Harold J.** (2020) Hukuk ve Devrim Batı Hukuk Geleneğinin Oluşumu, Çev: Kırılcım Turanlı, Pinhan Yayıncılık, İstanbul.
- **Bewes, Timothy** (2017) Şeyleşme Geç Kapitalizmde Endişe, Çev: Deniz Soysal, Metis Yayınları, İstanbul.
- **Bıçak, Ayhan** (2015) Felsefenin Kuruluşu, Dergah Yayınları, İstanbul.
- **Boçarov, Viktor V.** (2020) Hukuk Antropolojisi, Çev: Eva Gurbanova, Doğu Kütüphanesi, İstanbul.
- **Bozkurt, B. Ümit** (2018) “Kavram, Kavramsallaştırma Yaklaşımları ve Kavram Öğretimi Modelleri: Kuramsal Bir Derleme ve Sözcük Öğretimi Açısından Bir Değerlendirme”, Dil Dergisi, Sayı: 169/2, s. 5-23.
- **Budak, Ali Cem** (2019) “Alangoya’ya Göre Yargılamanın Amacı ve Hâkimin Gerçeği Aramaktan Vazgeçmesi”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 6 (2), s. 33-43.
- **Bumin, Tülin** (2014) Tartışılan Modernlik: Descartes ve Spinoza, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul.
- **Can, Cahit** (1997) Hukuk Sosyolojisinin Gelişim Yönü, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara.
- **Carneiro, Maria Francisca** (2011) Notes on a Way of Thinking in Paraconsistent Logic in Law, <https://ssrn.com/abstract=1860334> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1860334>, s.e.t. 25.06.2022.
- **Centel, Nur** (2001) “Cezanın Amacı ve Belirlenmesi”, Turhan Tufan Yüce’ye Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, s. 337-372.
- **Cevizci, Ahmet** (2000) Felsefe Sözlüğü, Paradigma Yayınları, İstanbul.
- **Cevizci, Ahmet** (2001) İlkçağ Felsefe Tarihi, Asa Kitabevi, Bursa.
- **Cevizci, Ahmet** (2012) Felsefe Tarihi Thales’ten Baudrillard’a, Say Yayınları, İstanbul.
- **Coleman, Jules L./Leiter, Brian** (1993) “Determinacy, Objectivity, and Authority”, University of Pennsylvania Law Review, Volume: 142, pp. 549-637.
- **Collingwood, Robin George** (1999) Doğa Tasarımı, Çev: Kurtuluş Dinçer, İmge Kitabevi, Ankara.

- **Collins, Hugh** (2013) Marksizm ve Hukuk, Çev: Umre Deniz Tuna, Dipnot Yayınları, Ankara.
- **Cook, Walter Wheeler** (1933) “Substance and Procedure in the Conflict of Laws”, Yale Law Journal, Volume: 42, Issue: 3, s.e.t. 25.02.2020.
- **Costa, Rafael de Oliveira** (2021) “Towards a Metatheoretical Postmodern Approach to Legal Reasoning”, Athens Journal of Law, Volume: 7, Issue: 1, pp. 91-104.
- **Cottingham, John** (2003) Akılcılık, Çev: Bülent Gözkan, Doruk Yayıncılık, İstanbul.
- **Cotterel, Roger** (2018) Hukuk Biliminin Politikası Hukuk Felsefesine Eleştirel Bir Giriş, Çev: Saim Üye, Pinhan Yayıncılık, İstanbul.
- **Cotterrell, Roger** (2020) Hukuk Sosyolojisi, Çev: Saim Üye, Pinhan Yayıncılık, İstanbul.
- **Craig, Paul** (1997) “Formal and Substantive Conception of the Rule of Law: An Analytical Framework”, Public Law, pp. 467-487.
- **Crease, Robert P / Goldhaber, Alfred Scharrf** (2016) Kuantum Dönemi Planck, Bohr, Einstein ve Heisenberg Belirsizliği Sevmeyi Bize Nasıl Öğretti, Çev: Vural Arı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul.
- **Çağlar, Selda** (2013) Hukuk Devletin Hukuki Belirlilik İlkesi Üzerinden Değerlendirilmesi, Beta, İstanbul.
- **Çağıl, Orhan Münir** (1947-a) “Stammler’in Cemiyet ve Hukuk Felsefesi I”, İÜHFM, C: 13, S: 2, s.697-731.
- **Çağıl, Orhan Münir** (1951) “Stammler’in Cemiyet ve Hukuk Felsefesi III”, İÜHFM, C: 17, S: 1-2, s. 316-349.
- **Çağıl, Orhan Münir** (1947-b) “Stammler’in Cemiyet ve Hukuk Felsefesi II”, İÜHFM, C: 13, S: 4, s. 1550-1577.
- **Çataloluk, Gökçe** (2012) Hukuk Sistemi ve Autopoiesis, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- **Çelebican, Özcan Karadeniz** (2014) Roma Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara.
- **Çetinkaya, Özün** (2014) “Karl Popper’ın Yönteminde Hipotetik-Dedüktif Formun Bilimsel İnşası”, Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, S: 19, s. 103-119.

- **Çoban, Funda** (2020) “Stoacı Felsefe ile Modernite Arasında Düşünsel Bağlar”, İzmir Sosyal Bilimler Dergisi, C: 2, S: 2, s. 98-109.
- **Çobanoğlu, Rahmi** (1964) Hukukta Gaye Problemi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul.
- **Dağlı, Mutlu Can** (2020) Ceza Muhakemesi Hukukunda Tebligat, Hasan Kalyoncu Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.
- **Dalton, Clare** (1985) “An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine”, The Yale Law Journal, Volume: 94, No: 5, pp. 997- 1114.
- **David, Rene** (1985) Çağdaş Büyük Hukuk Sistemleri, Çev: Argun Köteli, Üçdal Neşriyat, İstanbul.
- **Demir, Abdullah** (2016) Hukuk Metodolojisi, Astana Yayınları, Ankara.
- **Demir, Gökhan Yavuz** (2017) Anlamak İçin Yaşamak, Nora Kitap, İstanbul.
- **Demir, Gökhan Yavuz** (2007) Sosyal Bir Fenomen Olarak Dilin Belirsizliği, Paradigma Yayıncılık, İstanbul.
- **Demir, Ömer** (1991) Bilim Felsefesi, Ağaç Yayıncılık, İstanbul.
- **Derrida, Jacques** (2010) “Yasanın Gücü, Otoritenin Mistik Temeli”, Şiddetin Eleştirisi Üzerine’nin içinde, Hazırlayan ve Sunuş: Aykut Çelebi, Metis Yayınları, İstanbul, s. 43-126.
- **Descartes, Rene** (2013) Yöntem Üzerine Konuşma, Çev: Murat Erşen, Say Yayınları, İstanbul.
- **Direk, Zeynep** (2010) “Yasa, Adalet, Siyaset, Otoritenin Mistik Temeli”, Şiddetin Eleştirisi Üzerine’nin içinde, Hazırlayan ve Sunuş: Aykut Çelebi, Metis Yayınları, İstanbul, s. 214-254.
- **Doğan, Necmettin** (2016) “Kant ve Yeni-Kantçılık Arasında Simmel’in Toplumsal Tahayyülü”, Sosyoloji Divanı, Yıl: 4, S: 8, s. 73-83.
- **Durkheim, Emile** (2014) Toplumsal İşbölümü, Cem Yayınevi, İstanbul.
- **Dworkin, Ronald** (2018) Hukukun Hükümranlığı, Çev: Ertuğrul Uzun, Nora Kitap, İstanbul.
- **Ekecik, Şükran / Duran, Osman** (2013) “Tebligat Kanunu’nun 20. Maddesi Üzerine Düşünceler”, Ankara Barosu Dergisi, S: 3, s. 87-102.
- **Erdoğan, Ersin** (2016) Medeni Usul Hukuku Kurallarının Yer Bakımından Uygulanması, Yetkin Yayınları, Ankara.

- **Erkızan, Hatice Nur** (2016) “Aristoteles: Yaşamı, Yapıtları ve Felsefesi”, Özne Dergisi Aristoteles Özel Sayısı, Çizgi Kitapevi, Konya.
- **Ergün, Çağdaş Evrim** (2004) “Sözleşmeler Hukukunda Consideration/Sözleşmeyle Bağlanma Niyeti Kavramı ve Causa/Hukuki Neden ile İşlevsel Denkliği Meselesi”, AÜHFD, C: 53 S: 4, s. 85-100.
- **Feteris, Eveline T.** (2019) Hukuki Argümantasyonun Temelleri Yargı Kararlarının Gerekçelendirilmesi Teorileri Hakkında Bir Araştırma, Çev: Ertuğrul Uzun, Pinhan Yayıncılık, İstanbul.
- **Feyerabend, Paul** (2000) Yönteme Karşı, Çev: Ertuğrul Başer, Ayrıntı Yayınları, İstanbul.
- **Feyerabend, Paul** (2012) Akla Veda, Çev: Ertuğrul Başer, Ayrıntı Yayınları, İstanbul.
- **Feyerabend, Paul** (2017) Özgür Bir Toplumda Bilim, Çev: Ahmet Kardam, Ayrıntı Yayınları, İstanbul.
- **Fitzpatrick, Peter** (1992) “The Impossibility of Popular Justice”, Social & Legal Studies, No: 1(2), pp. 199–215.
- **Frank, Jerome** (1931-1932) “What Courts Do in Fact -Part One”, Illinois Law Review, No: 26(6), pp. 645-666.
- **Fuller, L. Lon** (1941) “Consideration and Form”, Columbia Law Review, Volume: 41, No: 5, pp. 799-824.
- **Gadamer, Hans-Georg** (2009) Hakikat ve Yöntem İkinci Cilt, Çev: Hüsametdin Arslan, Paradigma Yayıncılık, İstanbul.
- **Glenn, H. Patrick** (2004) Legal Traditions of the World, Oxford University Press, USA.
- **Giddens, Anthony** (2010) Kapitalizm ve Modern Sosyal Teori, Çev: Ümit Tatlıcan, İletişim Yayınları, Ankara.
- **Giddens, Anthony** (2008) “Max Weber Düşüncesinde Siyaset ve Sosyoloji”, Siyaset Sosyoloji ve Toplumsal Teori, Çev: Tuncay Birkan, Metis Yayınları, İstanbul, s. 23-62.
- **Giovanni, Sartori** (1970) “Concept Misformation in Comparative Politics”, American Political Science Review, Volume: 64, No: 4, pp. 1033-1053.

- **Goodrich, Peter** (1995) *Oedipus Lex Psychoanalysis, History, Law*, Berkeley: University of California Press, <http://ark.cdlib.org/ark:/13030/ft8g5008pt/>, s.e.t. 11.01.2021.
- **Gordley, James** (2011) *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford University Press, USA.
- **Göka, Erol / Topçuoğlu, Abdullah / Aktay, Yasin** (1996) *Önce Söz Vardı*, Vadi Yayınları, Konya.
- **Gökberk, Macit** (1999) *Felsefe Tarihi*, Remzi Kitapevi, İstanbul.
- **Guiraud, Pierre** (1999) *Anlambilim*, Çev: Berke Vardar, Multilingual, İstanbul.
- **Gulbenkian Komisyonu** (2014), *Sosyal Bilimleri Açın, Sosyal Bilimlerin Yeniden Yapılanması Üzerine Rapor*, Metis Yayınları, İstanbul.
- **Gülçür, Abdulkadir** (2018) “AİHM ve Türk Anayasa Mahkemesi’nin Kararları Işığında Hukuki Kesinlik (Belirlilik) İlkesinin İncelenmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C: 24, S: 1, s. 149-175.
- **Güneş, Ahmet** (2016) *Hukuk Metodolojisi*, Adalet Yayınevi, Ankara.
- **Güriz, Adnan** (2014) *Hukuk Felsefesi*, Siyasal Kitapevi, Ankara.
- **Gürkan, Ülker** (2013) *Hukuk Sosyolojisine Giriş*, Siyasal Kitabevi, Ankara.
- **Gürkan, Ülker** (1967) *Hukuki Realizm Akımı*, Sevinç Matbaası, Ankara.
- **Gürler, Sercan** (2008) “Çağdaş Hukuki Formalizm ve Ernest Weinrib’in Yaklaşımı”, *İÜHFM*, Cilt: LXVI, S: 2, s. 91-128.
- **Habermas, Jurgen** (2007) “İdeoloji” Olarak Teknik ve Bilim, Çev: Mustafa Tüzel, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul.
- **Haarscher, Guy** (2021) “Kıta Avrupası Hukuk Felsefesinde Bazı Çağdaş Eğilimler”, Çev: D. Celaleddin Kavas, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Teorisi Rehberi* içinde, Martin P. Golding/William A. Edmundson, Türkçe Çev. Ed. Ertuğrul Uzun, Işık Yayınları, İzmir, s. 523-542.
- **Harrington, Christine B.** (2008) “Informalism as a Form of Legal Ordering”, *The Oxford Handbooks of Political Science*, Ed: Keith E. Whittington/R. Daniel Kelemen/ Gregory A. Caldeira, Oxford University Press, pp.378-396.
- **Harrington, Christine B.** (1985) *Shadow Justice: The Ideology and Institutionalization of Alternatives to Court*, Greenwood Press.
- **Heimsoeth, Heinz** (2012) *Kant’ın Felsefesi*, Çev: Takiyettin Mengüşoğlu, Doğu Batı Yayınları, Ankara.

- **Heper, Altan** (2012) “Almanya’da Hukukta Yorum Üzerine Bazı Düşünceler”, Ankara Barosu Dergisi, No: 1, s. 73-85.
- **Hesselink, Martijn W.** (2001) The New European Legal Culture, https://www.researchgate.net/publication/228218833_The_New_European_Legal_Culture, s.e.t. 04.06.2020.
- **Hesselink, Martijn W.** (2009) “The new European legal culture: ten years on” Rochester, NY: Social Science Electronic Publishing, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1519939, s.e.t. 08.06.2020.
- **Hobbes, Thomas** (2007) Leviathan, Çev: Selim Lim, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul.
- **Himma, Kenneth** (2010) Hukukun Ahlaki Kriterleri Kapsayıcı ve Dışlayıcı Pozitivistler Arasındaki Tartışma, Çev: Saim Üye, Bilgesu Yayıncılık, Ankara.
- **Hirsch, Ernest** (2001) Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara.
- **Husik, Isaac** (1924) “The Legal Philosophy of Rudolph Stammler”, Columbia Law Review, Volume: 24, No:4, pp. 373-389.
- **Hume, David** (1976) İnsanın Anlama Yetisi Üzerine Bir Soruşturma, Çev: Oruç Aruoba, Hacettepe Üniversitesi Yayınları, Ankara.
- **Hülür, Himmet** (2006) “Bilimde Yöntemciliğin Reddi ve Çoğulculuk: Feyerabend’in Epistemolojik Dadaizmi”, Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C: 8, S: 2, s. 199-218.
- **Işıқтаç, Yasemin** (2004) Hukuk Normunun Mantıksal Analiz ve Uygulaması, Filiz Kitabevi, İstanbul.
- **Işıқтаç, Yasemin** (2001) “Dil, Yorumlama ve Hukuk İlişkisi”, Ankara Barosu Dergisi, S: 1, s. 23-35.
- **Işıқтаç, Yasemin / Koloş, Umut** (2015) Hukuk Sosyolojisi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul.
- **Işıқтаç, Yasemin/Metin, Sevtap** (2013) Hukuk Metodolojisi, Filiz Kitabevi, İstanbul.
- **Işıқтаç, Yasemin** (2010) Hukuk Felsefesi, Filiz Kitabevi, İstanbul.
- **Işıklı, Şevki** (2008) “Bulanık Mantık ve Bulanık Teknolojileri”, Araştırma Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Felsefe Bölümü Dergisi, C: 19, s. 105-126.

- **Jenks, Edward** (1950) “İngiliz Hukuku Hakkında Genel Bilgiler”, Çev: Mukbil Özyörük, AÜHFD, C: 7, S:1 - 2, s. 40-79.
- **Jhering, A. Von** (1956) “Hukukçu Kimdir? Hukuk Bilmek Nedir? ve Her Kanun Bilen Hukukçu Mudur?” Çev: Hakkı Demirel, Ankara Barosu Dergisi, S: 5, s. 315-321.
- **Judson, Frederick N.** (1910) “A Modern View of the Law Reforms of Jeremy Bentham”, Columbia Law Review, Volume: 10, pp. 41-54.
- **Kahraman, Yakup** (2018) “Hakikati Keşfetmenin Yolu Olarak Yöntemli Düşünme”, Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi, S: 26, s. 79-93.
- **Kahraman, Fatih** (2018) “Kesitlerden Topluma Bakabilmek: Georg Simmel Sosyolojisi Üzerine Bir İnceleme Denemesi”, Sosyoloji Dergisi, S: 37, s. 81-99.
- **Karahanoğlu, Onur** (2018) Marksizm ve Hukuk Diyalektik Hukuk Bilimi, Yordam Kitap, İstanbul.
- **Karagöz, Havva** (2010) Hukuk Kuralı (Regula Iuris), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- **Karakehya, Hakan** (2016) “Dolaylı Maddi Gerçek: Ceza Muhakemesinde Yargılama Makamının Maddi Gerçeğe Deliller Aracılığıyla Ulaşma Zorunluluğu Üzerine”, TAAD, S: 27, s. 59-82.
- **Karakehya, Hakan** (2020) “Popper ve Kuhn’un Görüşleri Bağlamında, Modern Bilgi Teorilerinin Eleştirisi ve Bu Eleştirilerin Geniş Anlamda Ceza Hukuku Alanındaki Yansımaları”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 5, S: 1, s. 1921-1939.
- **Kennedy, Duncan** (1973) “Legal Formality”, The Journal of Legal Studies, Volume: 2, No: 2, pp. 351–398.
- **Kennedy, Duncan** (1976) “Form and Substance in Private Law Adjudication”, Harvard Law Review, Volume: 89, No: 8, pp. 1685-1778.
- **Kennedy, Duncan** (1997) A Critique Of Adjudication, Harvard University Press.
- **Kennedy, Duncan** (2001) Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences, Ed: Neil J. Smelser/Paul B. Baltes, Volume: 13, Elsevier, pp. 8634-8638.
- **Keskin, İbrahim** (2020) “Yapısalcılıktan Post Yapısalcılığa: Derrida’nın Yapı-Bozum Olarak Yapısalcılığı Eleştirisi”, Beytulhikme An International Journal of Philosophy, S: 10(4), s. 1433-1452.

- **Kılıç, Muharrem** (2005) “Hukuksal ve Teolojik Metinleri Anlama Sorunu Felsefi Hermenötik Bağlamında Bir Analiz”, HFSA 12. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, s. 90-101.
- **Kılıç, Muharrem** (2010-a) “Hukukta Gaye Problemine Artsüremli Bir Yaklaşım: Şatibi ve John Finnis Karşılaştırması”, HFSA 20. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, s. 235-252.
- **Kılıç, Muharrem** (2010-b) “Anlamanın İnşası ve Anlama Etkinliği Bağlamında Geleneğin Sorunsallaştırılması”, SDÜ Fen Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi, S: 22, s. 117-126.
- **Kılıç, Muharrem** (2003) Felsefe Ansiklopedisi, C: 1, Ed. Ahmet Cevizci, Etik Yayınları, s. 342-347.
- **Kılıç, Muharrem** (2011) Özsellik ve Olgusalılık Arasında Hukuk Kavramı St. Thomas’ın Hukuk Kuramı Örneğinde Doğal Hukuksal Bir Analiz, Yetkin Yayınları, Ankara.
- **Kılıç, Muharrem** (2021) “Gerekçeli Karar Hakkı: Yargısal Kararların Rasyonalitesi”, TAAD, Yıl: 12, S: 47, s. 1-46.
- **King, Edward / Hawley, Joseph** (1945) “İngiliz (Common Law)’unun Gelişmesi”, Çev: İlhan Lütem, AÜHFD, C:16, S: 1, s. 178-233.
- **Kocourek, Albert** (1941) “Substance and Procedure”, Fordham Law Review, Volume: 10, Issue: 2, pp. 157-186.
- **Koschaker, Paul** (1971) Modern ve Hususi Hukuka Giriş Olarak Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları, Ed. Kudret Ayiter, Sevinç Matbaası, Ankara.
- **Köksal, A. Cüneyd** (2008) Fıkıh Usulünün Mahiyeti ve Gayesi, İSAM, İstanbul.
- **Kuhn, Thomas S.** (1995) Bilimsel Devrimlerin Yapısı, Çev: Nilüfer Kuyaş, Alan Yayıncılık, İstanbul.
- **Küçükcalay, Abdullah Mesut** (2017) Adil Fiyat: Antik Yunan’dan 16.Yüzyıla, Ötüken Neşriyat, İstanbul.
- **Kütükçü, Doğan** (2017) Batı Hukuk Geleneğinin Oluşumu, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- **Lakoff, George/Johnson, Mark** (2015) Metaforlar Hayat, Anlam ve Dil, Çev: Gökhan Yavuz Demir, İthaki, İstanbul.
- **Larsson, Stefan** (2017) Conceptions in the Codes: How Metaphors Explain Legal Challenges in Digital Times, Oxford.

- **Lechte, John** (2006) Elli Çağdaş Düşünür, Çev: Barış Yıldırım, Açılım Kitap, İstanbul.
- **Leiter, Brian** (2021) “Amerikan Hukuki Realizmi”, Çev: Engin Arıkan, Hukuk Felsefesi ve Hukuk Teorisi Rehberi içinde, Martin P. Golding/William A. Edmundson, Türkçe Çev. Ed. Ertuğrul Uzun, Işık Yayınları, İzmir, s. 103-134.
- **Lever, Jeremy** (1999) “Why Procedure Is More Important than Substantive Law”, The International and Comparative Law Quarterly, Volume: 48, No. 2, pp. 285-301.
- **Levi-Strauss, Claude** (2012) Yapısal Antropoloji, Çev: Adnan Kahiloğulları, İmge Kitapevi, Ankara.
- **Levi-Strauss, Claude** (2013) Mit ve Anlam, Çev: Gökhan Yavuz Demir, İthaki, İstanbul.
- **Levi-Strauss, Claude** (1994) Hüzünlü Dönenceler, Çev: Ömer Bozkurt, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul.
- **Litowitz, Douglas** (2000) “Reification in Law and Legal Theory”, Southern California Interdisciplinary Law Journal, Volume: 9, pp. 401-428.
- **Lukacs, György** (1998) Tarih ve Sınıf Bilinci, Çev: Yılmaz Öner, Belge Yayınları, İstanbul.
- **MacCormack, Geoffrey** (1969) “Formalism, Symbolism and Magic in Early Roman Law”, Legal History Review, No: 37(3), pp. 439-468.
- **Magee, Bryan** (1993) Karl Popper'in Bilim Felsefesi ve Siyaset Kuramı, Çev: Mete Tunçay, Remzi Kitapevi, İstanbul.
- **Main, Thomas O.** (2003) "Traditional Equity and Contemporary Procedure", Scholarly Works. Paper 740, <http://scholars.law.unlv.edu/facpub/740>, s.e.t. 16.07.2019.
- **Main, Thomas O.** (2010) “Procedural Foundation of Substantive Law”, Scholarly Works. Paper 741, <http://scholars.law.unlv.edu/facpub/741>, s.e.t. 16.07.2019.
- **Mair, Peter** (2015) “Kavramlar ve Kavram Oluşumu”, Sosyal Bilimlerde Yaklaşımlar ve Metodolojiler içinde, Ed: Donatella della Porta/Michael Keating, Çev: Sabri Gürses, Küre Yayınları, İstanbul, s. 217-240.
- **Maitland, Frederic William** (1889) “The History of the Register of Original Writs, Harvard Law Review”, Volume: 3, No: 3, pp. 97-115.

- **Malcai, Ofer / Levine-Schnur, Ronit** (2014) “Which Came First, the Procedure or the Substance? Justificational Priority and the Substance-Procedure Distinction” Oxford Journal of Legal Studies, Volume: 34, No: 1, pp. 1-19.
- **Manko, Rafal** (2017) “Form and Substance of Legal Continuity”, Zeszyty Prawnicze, No: 17.2, pp. 207-234.
- **Manko, Rafal** (2020) Legal Form, Ideology and the Political, Ed: Adam Sulikowski, Rafał Mańko and Jakub Łakomy, H.C. Beck.
- **Maxeiner, James R.** (2008) “Some Realism about Legal Certainty in the Globalization of the Rule of Law”, <http://ssrn.com/abstract=1230457>, s.e.t. 10.12.2020.
- **Maxeiner, James R.** (2007) “Legal Certainty: A European Alternative to American Legal Indeterminacy?”, Tulane Journal of International & Comparative Law, Volume: 15, No: 2, pp. 541-607.
- **Metin, Sevtap** (2003) Ronald Dworkin’in Hukuk Teorisinde Yorum Yaklaşımı, İÜHFM, C: LXL, S: 1-2, s. 35-83.
- **Muşul, Timuçin** (2013) Tebligat Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara.
- **Neuhaus, Paul Henrich** (1963) “Legal Certainty versus Equity in the Conflict of Laws”, Law and Contemporary Problems, Volume: 28, No: 4, pp. 795-807.
- **Niemi, Matti Ilmari** (2010) “Form and Substance in Legal Reasoning: Two Conceptions”, Ratio Juris, Volume: 23, No: 4, pp. 479-492.
- **Ökçesiz, Hayrettin** (1996) “Hukuk Devleti Olgusu”, HFSA 3. Kitap, Alkım Yayınevi, İstanbul, s. 140-153.
- **Öktem, Ülker** (2004) “David Hume ve Immanuel Kant’ın Kesin Bilgi Anlayışı”, Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Dergisi, No: 44/2, s. 29-55.
- **Özcan, Muttalip** (2011) Aristoteles, Bilgesu Yayıncılık, Ankara.
- **Özcan, Mehmet Tevfik** (2008) Modern Toplum ve Hukuk Devleti, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- **Özen Baykent, Ufuk** (2018) “Epistemik Haklılandırma Kavramı Üzerine Bir İnceleme”, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, No: 1 (2), s. 198-206.
- **Özkök, Gülriz** (2002) “Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine”, AÜHFD, No: 51/2, s. 1-19.

- **Özsunay, Ergun** (1978) Medeni Hukuka Giriş, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Fakülteler Matbaası, İstanbul.
- **Pasukanis, Evgeny B.** (2002) Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm, Çev: Onur Karahanoğulları, Birikim Yayıncılık, İstanbul.
- **Peczenick, Aleksander** (1989) On Law and Reason, Springer Science + Business Media B.V.
- **Popper, Karl R.** (1998) Bilimsel Araştırmanın Mantığı, Çev: İlknur Aka/İbrahim Turan, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul.
- **Priest, Graham / Koji Tanaka / Zach Weber** (2022) "Paraconsistent Logic", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2022 Edition), Edward N. Zalta (ed.), <https://plato.stanford.edu/entries/logic-paraconsistent/>, s.e.t. 05.07.2022.
- **Rawls, John** (2017) Bir Adalet Teorisi, Çev: Vedat Ahsen Coşar, Phoenix, Ankara.
- **Raz, Joseph** (1988) The Morality of Freedom, Clarendon Press, Oxford.
- **Raz, Joseph** (1979) The Authority of Law Essays on Law and Morality, Oxford University Press, USA.
- **Renner, Karl** (1949) The Institutions of Private Law and Their Social Functions, Ed: Karl Mannheim, Routledge & Kegan Paul Limited, London.
- **Rifat, Mehmet** (1999) Gösterge Eleştirisi, Kaf Yayıncılık, İstanbul.
- **Risinger, D. Michael** (1982) "Substance and Procedure Revisited with some Afterthoughts on the Constitutional Problems of Irrebuttable Presumptions" UCLA Law Review, Volume: 30, pp. 189-216.
- **Rousseau, Jean-Jacques** (2007) Dillerin Kökeni Üstüne Deneme, Çev: Ömer Albayrak, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul.
- **Röder, Tilmann J.** "Informal Justice Systems: Challenges and Perspectives", https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/informal_justice_systems_roder.pdf, s.e.t. 19.06.2022.
- **Rutli, Evren Erman** (2016) "Derrida'nın Yapısökümü", TEMÂŞÂ, S: 5, s. 49-68.
- **Rückert, Joachim** (2006) "Friedrich Carl von Savigny, the Legal Method, and the Modernity of Law", *Juridica International*, Volume: XI, pp. 55-67.
- **Sabine, George H.** (1933) "Rudolf Stammler's Critical Philosophy of Law", *Cornell Law Review*, Volume: 18, Issue: 3, pp. 321-350.
- **Sağlam, Rabia** (2013) Yapıbozumsal Adalet, Tekin Yayınevi, İstanbul.

- **Sarı, Mehmet Ali** (2011) “Birincil ve İkincil Nitelikler Üzerine Descartes, Locke ve Berkeley”, Yeditepe’de Felsefe 10, T.C Yeditepe Üniversitesi Yayınları, İstanbul, s. 150-189.
- **Saussure, Ferdinand de** (1998) Genel Dilbilim Dersleri, Çev: Berke Vardar, Multilingual, İstanbul.
- **Schedler, Andreas** (2011) “Concept Formation”, Ed: Bertrand Badie/Dirk Berg-Schlosser/Leonardo Morlino, International Encyclopedia of Political Science, Sage Publications, London, pp. 370-382.
- **Schulz, Fritz** (1946) History of Roman Legal Science, Clarendon Press, Oxford.
- **Serozan, Rona** (2016) Hukukta Yöntem-Mantık, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- **Simmel, Georg** (2003) “Metropol ve Tinsel Hayat”, Çev: Nazile Kalaycı, Modern Kültürde Çatışma içinde, İletişim Yayınları, İstanbul, s. 85-102.
- **Sillitto, Hillary / Dori, Dov**/et al. (2017) “Defining System: a Comprehensive Approach”, Conference Paper at 27th Annual INCOSE International Symposium, Adelaide, Australia, July 15-20, 2017, https://www.researchgate.net/publication/318601827_Defining_System_a_Comprehensive_Approach, s.e.t. 15.01.2021.
- **Smith, J.C.** (1968) “The Unique Nature of the Concepts of Western Law”, The Canadian Bar Review, Volume: XLVI, No: 2, pp. 191-225.
- **Soper, Philip** (2007) “On the Relation Between Form and Substance in Law”, Ratio Juris, Volume: 20, No: 1, pp. 56-65.
- **Sophokles** (2019) Antigone, Çev: Ari Çokona, İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara.
- **Söyler, Mehtap** (2020) “Kavram ve Kuram Analizi Yöntemi: Sartori Geleneği”, Uluslararası İlişkiler, C: 17, S: 66, s. 93-115.
- **Sözer, Ali Nazım** (2013) Hukukta Yöntembilim, Beta, İstanbul.
- **Spann, Girardeau A.** (1989) “A Critical Legal Studies Perspective on Contract Law and Practice”, Annual Survey of American Law, pp. 223-257, <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1932>, s.e.t. 18.06.2021.
- **Stammler, Rudolf** (2012) “Adalet İdesi”, Çev: Ali Acar, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, No: 2(2), s. 165–171.
- **Stammler, Rudolf** (1925) The Theory of Justice, Trans. Isaac Husik, The Macmillan Company, New York.

- **Stavropoulos, Nicos** (2021) “Objektiflik”, Çev: D. Celaleddin Kavas, Hukuk Felsefesi ve Hukuk Teorisi Rehberi içinde, Ed. Martin P. Golding/William A. Edmundson, Türkçe Çev. Ed. Ertuğrul Uzun, Isık Yayınları, İzmir, s. 545-558.
- **Stoeva, Yana** (2016) “The ‘Uncertainty Hypothesis’ in International Economic Law”, The Chinese Journal of Global Governance, No: 2, pp. 44–62.
- **Summers, Robert S.** (2001) “The Place of Form in the Fundamentals of Law”, Ratio Juris, Volume: 14, No: 1, pp. 106-129.
- **Summers, Robert S.** (2006) Form and Function in a Legal System, Cambridge University Press.
- **Şahin Ceylan, Şule** (2016) “Hukukun Geometrisi: Christopher Columbus Langdell”, Adnan Güriz’e Armağan, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, s. 255-274.
- **Şahin Ceylan, Şule** (2012) “H.L.A. Hart'ın Yaklaşımıyla Hukuk Kavramı”, HFSA 23. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, s. 79-86.
- **Russell, Bertrand** (2016) Batı Felsefesi Tarihi I. Cilt, Çev: Ahmet Fethi, Alfa Yayın, İstanbul.
- **Tahiroğlu, Bülent/Erdoğan, Belgin** (2016) Roma Hukuku Dersleri, Der Yayınları, İstanbul.
- **Tamahana, Brian Z.** (2004) On the Rule Of Law History, Politics, Theory, Cambridge University Press.
- **Taşpınar, Sema** (1999) “Medeni Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu”, Faruk Eren Armağanı, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, s. 759-787.
- **Taşpınar Ayvaz, Sema** (2012) “Türk Borçlar Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun İmza Atamayanlarla İlgili Yeni Düzenlemesine Eleştirel Bir Bakış”, AÜHFD, No: 61 (1), s. 321-349.
- **Tatar, Burhanettin** (2001) “Hans-Georg Gadamer ve "Hakikat ve Yöntem" (Wahrheit Und Methode) Adlı Eseri” Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, S: 12 / 12-13, s. 277-306.
- **Tatar, Dilara Buket** (2020) Doğa Bilimlerinin Hukuk Felsefesine Etkisi: Modern ve Postmodern Paradigma Ekseninde Bir Değerlendirme, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.

- **Tepeli, Emine** (2017) “Bağdaşıcılık Teorisini Destekleyen ve Bağdaşıcılık Teorisine Karşı Argümanlar”, 21. Yüzyılda Eğitim ve Toplum Eğitim Bilimleri ve Sosyal Araştırmalar Dergisi, S: 6 (17), s. 489-501.
- **Tigar, Michael E. / Levy, Madeleine R.** (2016) Kapitalizmin Yükseliş ve Hukuk, Çev: Onur Karahanoğulları, Epos Yayınları, Ankara.
- **Topuzkanamış, Engin** (2012) “Max Weber’de Ekonomi, Hukuk ve Rasyonalite”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C: 14, S: 2, s. 253-274.
- **Trigg, Roger** (2005) Sosyal Bilimleri Anlamak, Çev: Beyza Sümer/Filiz Ülgüt, Babil Yayınları, İstanbul.
- **Troop, Paul** (2018) “Why Legal Formalism Is Not a Stupid Thing”, Ratio Juris, Volume: 31, No: 4, pp. 428–443.
- **Türkbağ, Ahmet Ulvi** (2002) Amerikan Hukuki Realizm Akımı, İÜHFM, Cilt: LVIII, S: 1-2, s. 79-95.
- **Türkbağ, Ahmet Ulvi** (2012) Kanıtlanamayanı Kanıtlamak: Ronald Dworkin’in Hukuk Kuramı, Derin Yayınları, İstanbul.
- **Türkoğlu Özdemir, Gökçe** (2005) “Roma Medeni Usul Hukukunda Formula Yargılaması”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 7, S: 1, s. 167-212.
- **Tüzüner, Özlem** (2011) “Elektronik Tebligatın Kalitatif Yöntemle İncelenmesi”, Ankara Barosu Dergisi, S: 4, s. 139-159.
- **Uçar, Semra** (2020) “Heisenberg Belirsizlik İlkesindeki 'Belirsizlik’”, Temaşa Felsefe Dergisi, No: 14, s. 72-82.
- **Uyanık, Halit** (2014) Hukukun Otoritesi: Joseph Raz’da Otorite Olarak Hukuk, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- **Uygur, Gülriz** (2003) “Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü mü?”, AÜHFD, C: 52, S: 3, s. 145-176.
- **Uzun, Ertuğrul** (2016) Hukuk Metodolojisinin Sorunları, Nora Kitap, İstanbul.
- **Uzun, Ertuğrul** (2014) Hukuk Metodolojisi Ders Kitabı, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara.
- **Uzun, Ertuğrul** (2017) Hukuk Göstergibilimi, Nora Kitap, İstanbul.
- **Uzun, Ertuğrul** (2010) Akıl Tutkunu Hukuk, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- **Vardar, Berke** (1982) Dilbilimin Temel Kavram ve İlkeleri, Türk Dil Kurumu Yayınları.

- **Veysal, Çetin** (2010) Nesneleşme ve Özgürleşme Sorunu Üzerine, Etik Yayınları, İstanbul.
- **Weber, Alfred** (1991) Felsefe Tarihi, Çev: H. Vehbi Eralp, Sosyal Yayınlar, İstanbul.
- **Weber, Max** (2018) Ekonomi ve Toplum 1. Cilt, Çev: Latif Boyacı, Yarın Yayınları, İstanbul.
- **Weber, Max** (2018) Ekonomi ve Toplum 2. Cilt, Çev: Latif Boyacı, Yarın Yayınları, İstanbul.
- **Weber, Max** (2017) Protestan Ahlakı ve Kapitalizmin Ruhu, Çev: Milay Köktürk, Bilgesu Yayıncılık, Ankara.
- **Weinrib, Ernest J.** (1988) “Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law”, The Yale Law Journal, Volume: 97, No: 6, pp. 949-1016.
- **White, Lynn Jr.** (1966) Medieval Technology and Social Change, Oxford.
- **Yavuz, Bulut** (2019) “Gadamer-Derrida Karşılaşması: İçeriden Sınıra”, FLSF (Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi), S: 28, s. 55-72.
- **Yavuz, Hilmi** (1997) “Yapısalcılık Üzerine: Kuram mı? Yöntem mi?”, Felsefe Yazıları, Boyut Yayıncılık, İstanbul, ss. 67-73.
- **Yıldız, Ali** (2014) “Belirsizlik İlkesi ve Öğretimi”, International Periodical For The Languages, Literature and History of Turkish or Turkic, Volume: 9/11, pp. 603-612.
- **Yılmaz, Ejder** (2004) Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, Ankara.
- **Yılmaz, Ejder / Çağlar, Tacar** (2013) Tebligat Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara.
- **Yücel, Tahsin** (2005) Yapısalcılık, Can Sanat Yayınları, İstanbul.
- **Yüksel, Mehmet** (2007) Modernleşme, Toplumsal Yaşamın Hukuksallaşması ve Etik, HFSA 17. Kitap, Ed: Hayrettin Ökçesiz, İstanbul Barosu Yayınları, s. 97-109.
- **Yükselbaba, Ülker** (2017) “Emile Durkheim’a Göre Toplum, Düzen ve Hukuk: Hukukun ve Cezanın Evrimi”, ÜHFM, C: LXXV, S: 1, s. 191-226.

Elektronik Kaynaklar

- Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Mühendislik Fakültesi Endüstri Mühendisliği Bölümü, https://aybu.edu.tr/muhendislik/endustri/custom_page-380-sistem-muhendisligi.html, s.e.t. 14.01.2021.
- Nişanyan Sözlük, “Esas”, <https://www.nisanyansozluk.com/kelime/esas>, s.e.t. 20.07.2022.

- Nişanyan Sözlük, “Usul”, <https://www.nisanyansozluk.com/kelime/usul>, s.e.t. 20.07.2022.
- Nişanyan Sözlük, “Mefhum”, <https://www.nisanyansozluk.com/?k=mefhum&lnk=1>, s.e.t. 25.01.2021.
- Nişanyan Sözlük, “Sistem”, <https://www.nisanyansozluk.com/kelime/sistem>, s.e.t. 20.07.2022.
- Online Etymology Dictionary, “System”, <https://www.etymonline.com/word/system>, s.e.t. 20.07.2022.
- Türk Dil Kurumu Sözlükleri, Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>, s.e.t. 20.07.2022.
- Settlemier v. Sullivan, 97 U.S. 444 (1878), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/97/444/>, s.e.t. 08.12.2021.
- Océano Grupo Editorial v. Murciano Quintero, Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD), No. C-240/98, Tarih: 27.07.2000, <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-240/98>, s.e.t. 20.07.2022.
- Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31993L0013&from=EN>, s.e.t. 25.01.2022.
- Cornell Law School Legal Information Institute, https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_4, s.e.t. 08.12.2021.
- California Courts-Service of Court Papers, <https://www.courts.ca.gov/selfhelp-serving.htm>, s.e.t. 08.12.2021.
- Wikipedia, https://en.wikipedia.org/wiki/Tractatus_de_legibus_et_consuetudinibus_regni_Anglie, s.e.t. 20.07.2022.

Mahkeme Kararları

- Anayasa Mahkemesi, Başvuru No.2012/1035 Tarih: 17.07.2014.
- Anayasa Mahkemesi, Esas No: 2011/6, Karar No: 2012/16, Tarih: 26.01.2012
- Yargıtay 22. HD. Esas No: 2012/3328, Karar No: 2012/8399, Tarih: 13.02.2012.
- Yargıtay 12. HD. Esas No: 2018/15448, Karar No: 2019/4985, Tarih: 21/03/2019.
- Yargıtay 12. HD. Esas No: 1897, Karar No: 7104, Tarih: 25.03.2004.
- Yargıtay HGK. Esas No: 2007/6-915, Karar No: 2007/946, Tarih:05.12. 2007.