

# ARGUMENTUM

OCAK 1991

CİLT: 1 SAYI: 6

## İÇİNDEKİLER

*Niklas Luhmann'ın Sistem Kuramında Adalet Kavramı*  
**Yard.Doç.Dr. Hayrettin Ökçesiz** - *Kanun Hükümünde Kararnameler, Doç.Dr. Doğan Soyaslan* - *Şartla Salıverilmede Kanunun Açık Metni Karşısında Uygulama Yanlılığı ve Bir Yargıtay Kararı*, **Av. Murat Başman** - *Yargıtay HGK'nın T.13.6.1990, E.90/13-3 K.90/347 S.lı Kararı ve Mütekelilik Şartı*, **Arş. Gör. Sibel Özel** - *Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları*, **Arş. Gör. Abdullah Dinçkol**

## SİSTEM KURAMINDA HUKUK- ETİK İLİŞKİSİ (\*)

Yard. Doç. Dr. Hayrettin ÖKÇESİZ (\*\*)

### I.

Seminer programında bildirimim adı "Sistem Kuramında Hukuk- Etik İlişkisi" olarak duyurulmuştur. Ben burada bu ana başlığın altında konuyu "Niklas Luhmann'ın Sistem Kuramında Adalet Kavramı" olarak sınırlamak istiyorum. Konu, görüleceği üzere, hukuk sistemine içkin değil aşkın yönüyle, yani hukuk- etik ilişkisinde eleştirilmekle bir kez daha sınırlanmış olacaktır.

Konunun kaynağı, Niklas Luhmann'ın 1973 tarihinde "Rechtstheorie" isimli derginin dördüncü sayısında yayınladığı ve daha sonra "Hukukun Farklılaşması, Hukuk Sosyolojisine ve Hukuk Kuramına Katkıları" isimli kitabına aldığı, "Modern Toplumun Hukuk Sistemlerinde Adalet" isimli yazısında (1) sunduğu, yeni adalet formülüdür.

### II.

Niklas Luhmann, Hukuk Sosyoloğu ve Hukuk Kuramcısı olarak da, ülkesinde özellikle yetmişli yıllardan bu yana görmezlikten gelinemeyecek derecede bilimsel ilginin ve tartışmanın alanında yer almaktadır. Türkiye'deki Hukuk Felsefesi- Hukuk Kuramı- Hukuk Sosyolojisi tartışmasına Niklas Luhmann'ın Sistem Kuramını dahil etmekle dikkate değer bir renk katmış olabileceğimize inanıyorum.

Bu düşünürün ülkemizde çok az tanındığı sanısıyla kişiliği ve kuramı hakkında genel bir açıklamanın yerinde olacağını düşünüyorum. (2) Luhmann 1927 yılında Almanya'nın Lüneburg kentinde doğmuştur. Hukuk bilimi öğreniminden sonra Aşağı Saksonya Eya-

letinde idari görevde bulunmuştur. Speyer'de İdare Bilimleri Yüksek Okulunun araştırma Enstitüsünde raportör olarak çalışmıştır. Münster Üniversitesinde doktora ve habilitasyon çalışması yaparak Bielefeld Üniversitesi Sosyoloji kürsüsünün başkanı olmuştur. Düsseldorf, Ren- Vestfalya Bilimler Akademisi üyesidir. Ayrıca Cenevre Üniversitesince Fahri Doktor ünvanı verilmiştir. Başlıca eserleri şunlardır: Formal Organizasyonun sonuçları ve İşlevleri; Kurum Olarak Temel Haklar; Amaç Kavramı ve Sistem Rasyoneliği; Güven: Toplumsal Karmaşıklığın Bir Redüksiyon Mekanizması; Süreç Yoluyla Meşrulaşma; Sosyolojik Aydınlanma; Siyasi Planlama; Hukuk Sosyolojisi; İktidar; Dinin İşlevi; Hukukun Farklılaşması; Pasyon Olarak Sevgi; Toplumsal Sistemler; Hukuka Sosyolojik Bakış.

Luhmann, kendi Sistem Kuramını (4), Parsons'ın yapısal İşlevsel sistem Kuramının aksine, işlevsel - yapısal olarak nitelemektedir. Niteleyici kavramların yer değiştirmesiyle şu ilkesel fark belirtilmektedir: Luhmann'ın kuramında sistem kurma sürecinde önce İşlev araştırılmakta ve bundan hareketle yapı analizine girilmektedir. Halbuki Parsons, yapı çözümlenince yolla ortaya konulan olgulardan çıkarak işleve ilişkin soruları ortaya atmaktadır.

Luhmann'a göre Sistem kuramının genel işlevi olarak, iç dolaşımı bakımından kendi dışında bulunan ve rastlantusal - plansız biçimde oluşan olanaklar (Kontingenz) yığınına geçici olarak etkisiz bırakan düzenlerin kurulması görülebilir, öyle ki farksızlıktan, bir Auto-poiesis (kendi kendini yaratma) olarak anlaşılacak bir hareket yardımıyla hem kendine hem de kendinden farklı bulunana ilişki kurmak anlamında iç- dış farkı (Selbst- Referentialiteat) doğmakta, sınırlı sayıda elemanlar ile bu elemanlar arasındaki kombinasyonlarla (Selektion) oluşuklar ortaya çıkmaktadır. Bütün bu tür sistem oluşuklarını da kapsayan sonsuz karmaşıklıktaki başka bir oluşuk ise, kendi çevresi bulunmayan ve bu nedenle sistem olarak görülemeyecek olan evren- (die Welt) dir.

Sistem oluşturma ile ortaya çıkan düzenler edim sistemlerini (kişilik sistemleri, sosyal sistemler) ifade ettikleri sürece Luhmann onların kendi kendilerine referansiyel oluşlarını, anlam olarak nitelemektedir. Bu düzenler bu anlamları aracılığıyla bir yandan, dışa dönük sınırlar koyarak tanıyabilmeyi ve tanıyarak bu sınırları koyabilmeyi ve iç kuruluşu algılayarak organize etmeyi, organize ederek algılamayı, diğer yandan ise çevrelerinin içerisinde yer aldıklarını ve onlara bağımlılıklarını görmeyi başarmaktadır. Çevrelerinin hesaplanamazlığına karşı anlam sistemleri, bu belirsizliği karmaşıklık olarak kavrayarak, hesaplayarak ve olasılıkları dikkate alan bir tecrübeyle işlemeye çabalarak kendilerini korumaktadır (Karmaşıklığın redüksiyonu). Sistemler kendilerini sınırladıktan sonra zorunlu hale gelen madde alışverişinin kendi dışlarındaki olay süreçlerine, bunları kendilerine uyarlamak için, manipülatif bir müdahale ile güvenceye almamakta, daha çok kendi sınır düzeltmeleriyle, iç organize olmayla ve her şeyden önce alt sistemlerin farklılaşması biçiminde yoklamalarla, evrimsel gelişimle yapmaktadır. Luhmann'a göre buradan şunu öğrenebiliriz: Toplumsal olanın sistem rasyoneliği, bireyin edim rasyonelliğinden tamamen farklıdır. Bireyin organizmik yapısında psişik bir sistem olarak organik biçimde bağımlı bir stüje bulunmak-

(\*) *Yazarın, 30 Kasım-1 Aralık 1990 tarihlerinde Türkiye Felsefe Kurumunca İstanbul'da düzenlenmiş olan "Hukuk ve Etik" konulu seminerde sunduğu bildirim tam metnidir.*

(\*\*) *Hayrettin ÖKÇESİZ M.U. Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Anabilim Dalı Öğretim Üyesidir.*

tadır. Bu, dış ilişkilerini önemli oranda kendisince amaç-ussal (Zweckrational) olarak kavranan bir davranış ile gerçekleştirmek ve kit araçların iktisadileştirilmesiyle başarıyı hedeflemektedir. Halbuki buna karşı sosyal sitemin rasyonelliği alt sistemlerin bir birliği temelinde oluşmaktadır. Bu alt sistemler dayanışmalarını kesin, belirli bir merkez veya açık bir denetim hiyerarşisi olmaksızın Interpenetration (karşılıklı nüfuz) ile kazanmaktadır. Bu temelde ne alt sistemlerin karşılıklı iç-dış farklılaşması ne de bunların kurduğu toplam sistemin iç-dış farklılaşması edim modeli ölçütünde bir amaçsal davranış ile ortay çıkabilir. Bu nedenle toplumsal olanın sistemelliğini niteleyebilmek için edim taşıyıcılığını ifade eden "subjekt" ifadesini tamamıyla bırakmak yerinde olacaktır.

Özetle, Luhmann'ın fonksiyonel- yapısal sistem kuramı, Parsons'ın yapısal-fonksiyonel sistem kuramının aksine toplumsal olana dair ifadelerin ve varsayımların dış karmaşıklık karşısında işlevselleştirilmeleri gerektiğinden hareket eder (4a). Problem alanları; iç karmaşıklık, iç/dış farklılığına istikrar kazandırarak azaltan edimler arasındaki anlam ilişkileri biçiminde tanımlanan edim sistemleri olarak kavranabilir. Buna göre mevcut çevrenin değişen karmaşıklığı karşısında ayakta kalabilmek için sistemler, kendilerini koruyan reaksiyonları mümkün kılacak değişken bir öz karmaşıklık geliştirmek zorundadır.

### III.

Ana hatlarıyla değindiğim işlevsel- yapısal sistem kuramında Luhmann, çalışmalarının önemli bir kısmını Hukuk Sosyolojisinde yapmıştır. Bu genel girişten sonra ayrıca, Çağdaş Hukuk Sosyolojisi kuramları arasında ön planda yer alan bu sistem kuramsal hukuk açıklamasının genel çerçevesini vermek istiyorum. Bu kuramın çıkış noktası: "hukuki olarak düzenlenmiş prosedürlerin hukuken bağlayıcı kararlar oluşumuna katkıda bulunduğu, hatta bu kararları bizzat oluşturduğu" tezidir (5). Böylelikle hukuk kaynaklarının ve materyallerinin hiyerarşik düzenini temsil eden eski Avrupa modelinden dönüş denemektedir (6). Luhmann tezini, bir kararın meşruiyetinin "karmaşıklığın redüksiyonu" ile kazanıldığına dayanarak temellendirmektedir. Toplumsal zemin ya da geri plan belirleyici değildir. Hukuki olarak yönlendirilmiş bir prosedür ile problemler, bakış açıları vs. farklılaştırılmakta ve ancak böylece bir hüküm mümkün kılınabilmektedir. Luhmann, Max Weber ve Carl Schmitt tarafından görülen bir siyasi problemin; yani insanları formal bakımdan doğru olarak yapılmış kurallara uymaya yöneltmek, meşruiyete salt yasallık temelinde ulaşmak probleminin parlak bir çözümünü sunmaktadır (7) Adli, idari ve yasakoyucu prosedürler bir kararın, motiflerden bağımsız bir benimsenmesini güvence altına almaktadır (8).

Son olarak, Luhmann Hukuku, normatif davranış beklentilerinin mutabık genelleştirilmesine dayanan bir sosyal sistem yapısı olarak tanımlamakta (9) ve onun evrim süresince türlü gelişim aşamaları geçirdiğini, bu çizgide karmaşıklığının yani onda mümkün içericilerin türlü türlü olduğunun ve sayısının giderek arttığını söylemektedir (10)

### IV.

Niklas Luhmann'ın Sistem kuramına bu genel bakıştan sonra O'nun "Modern Toplumun Hukuk Sistemlerinde Adalet"i nasıl kavrayıp açıkladığını düşünmek istiyorum. Luhmann'a göre adalet hukuk sisteminin uygun karmaşıklığıdır (11). Hukuk sistemi ise yal-

nızca hukuk normları arasındaki bağıntı olmayıp, bilakis kendini bilinçli olarak hukuka göre yönlendiren ve böylelikle kendisini günlük toplumsal yaşamdan farklılaştıran algılamının ve eylemin sosyal sistemidir. Adalet problemi, birçok olayın bir sistem aracılığıyla karara bağlanmasında, yani bir sistem koşulu altında ortaya çıkmaktadır. "Uygun Karmaşıklık" formülü ne etik adalet kavramı, ne bir edim normu, ne de doğal hukuk anlamında tekil normların eleştirisi ya da meşrulaştırılması olarak anlaşılabilir. O bütün hukuka ilişkindir ve sisteme yollama yapmaktadır.

Luhmann uygun karmaşıklık kavramının açıklanmasına ve temellendirilmesine giriş anlamında argümanlarını aşağıdaki altı noktada toplamaktadır (12)

1. Karmaşıklık probleminin ele alınması ve temalaştırılması hukuk kuramını, bugünkü toplum sisteminin merkezi bir problemine bağlamaktadır. Buna göre hukuk kuramı, hukuk biliminin toplum politikası bakımından refleksiyon potansiyelinin yeniden aktifleştirilmesine yardımcı olabilir. O, aynı zamanda evrim kuramı açısından, dogmatik- exejetik yöntemle çalışan hukuk biliminin, hukukun pozitifleşmeyle olağanüstü karmaşıklığından sonra zorluklarla karşılaştığı noktayı da kavramaktadır. Ortaya çıkan zorluklar hukukun adalet problemi olarak ifade edilebilir.

2. Adalet ölçütünün yeni formülü, adalet düşüncesinin yazgısına yani onu hem yeterince somut olarak hem de bir edim kalitesi (erdem) yahut en azından yaklaşık biçimde gerçekleştirilebilir bir ide veya kararlar için bir norm olarak tespit etmek imkanının kaybına yanıt vermektedir. Bugünkü salt "değer" biçimindeki kavramıyla adalet idesi birçok değere teşmil edilebilir bir karar ölçütü olmak işlevini kaybetmiştir. Burada önerilen yeni formül, başka tür bir soyutlama yönünün seçilmesiyle, buna karşılık vermektedir. Uygun karmaşıklık bakış açısı, doğrudan edimlere ve kararlara değil, aksine hukuk sisteminin kendisine ve onun, karar önermeleri olarak kararı kendileri bakımından etkileyen yapılarına ilişkin bulunmaktadır. Bu bakış açısı kararların elenmesine değil, sistemin eleyiciliğine ilişkindir. Böylelikle, yapıyı yargılamada hukuk kuramına ilave bir soyutlama düzeyi getirilmektedir. Bu düzeyde adalet ölçütü artık doğrudan uygulanabilir bir karar normu olmayıp yapı analizi ve kritiği bakımından bir düzenleyici olarak hazır bulunmaktadır. Bununla, düzeylere özgü kesinlik kazanımlarını gerçekleştirme umudu belirlemektedir. Ancak bu kazanımlar hukuk uygulayıcısına bir yorum yardımı olarak muhakkak yarayacak demek değildir.

3. Adalet ölçütünün bu yeni formülü, değişik gerekleri içeren bir rekonstrüksiyon olmakla birlikte, bir problem kaybı demek olmamalıdır. Eski içerikler, hukuk sisteminin karmaşıklığının uygun olması gereğine dahil edilmektedir. Böylelikle klasik adalet kavramının yüksek belirsizliği korunmakta fakat karmaşık bir kavramlar ağının unsuru olmaktan daha başka bir konumsal değer kazanmaktadır. "Uygun karmaşıklık" ile kibernetik sistem kuramının, sistemin dayanıklılık yeteneğini amaçlayan "gerekli karmaşıklık" ölçütü kastedilmemektedir. Hukuk sisteminin kendi toplumsal çevresine uyumu demek olan bu konuyu hukuk sosyolojisi başka bir biçimde ele alabilir. Hukuk sisteminin karmaşıklığı daha çok, sistem içi tutarlı karar verme ile bağdaştırılabildiği zaman ve sürece uygun nitelenmektedir. Bu kavram hukuk sisteminde karar vermenin tutarlılığı için ileri sürülen talepleri içeren konformiteye bir çatı formül olarak hizmet etmelidir. Tutarlı karar verildiği ölçüde ve ancak bu ölçüde aynı olaylara eşit ve farklı olaylara farklı hükmedilmesi güvence altına alınabilir. Bu ilkenin işlev yönü, hukuk sisteminin sadece çevreye uyumunu değil, bilakis sistem içinde saptanması gereken taleplere

yeten kararların tamamıyla mümkün kılınmasını hedeflemektedir.

Luhmann'ın deyimiyle, bu çok belirsiz fakat şimdilik yeterli açıklamadan sonra bu adalet ölçütünün problem içeriğini daha kesin olarak belirleyebiliriz. Luhmann'a göre bu, Batının politik- etik geleneğinde olduğu gibi genelde eyleyenin yada tekil olarak devlet memurunun seviyesiz saikleri yahut kötü niyetinde yatmamaktadır. Hukuk sistemini, karmaşıklığının artmasına zorlayan toplumsal baskı, onun karar verme mekanizmalarını aşırı zorlamakta ve doğasında bozulmaya yol açmaktadır. Hukuk sisteminden toplumca beklenen karmaşıklık, sistemce taşınabilir, uygun ve karar vermeyi mümkün kılan karmaşıklıktan daha yüksektir. Çünkü sistem içerisinde hangi gereklilik düzeyleri (Aspirations-veya Anspruchs-niveau) ve eleme standartları kullanılırsa kullanılsın hukuk sistemine enformasyon ve karar önermeleri olarak alınanlardan, toplum yaşantısında muhtemelen hukuki önemi bulunan olaylar ve norm talepleri daha karmaşıktır. Sistemin karmaşıklığının karar vermeye etkili derecede yükseltilmesinin sistem içi sınırları vardır. Bu sınırlar örneğin, karşılaştırmalı analizlerin güncelleştirilebilirliğinde, karar için ayrılan zamanda ve iktidarda yatmaktadır. Bu mevcut sınırlılık nedeniyle hukuk sisteminin karmaşıklığının daha yükseltilmesi talepleri, sınırsız biçimde hesaba katılamamaktadır. Karar vermenin tutarlılığı bakımından gereklilik (talep) düzeyleri düşürülebilir. "Kavramlar içtiha-dı"ndan alelacele ayrıldıktan sonra pozitif hukukun bugüne kadar yürüdüğü yol da budur. Kapsanabilir karar yığınlarının karmaşıklığı hesabına, tamamen dogmatikleştirilmiş bir kavramlar ağı yardımıyla, aynı ve farklı olayların ayrımı genel bir bakış altında tutulabilir, tutarlılık talepleri yükseltilebilir. Nihayet hukuk kuramı bakımından bu türlü değişkenlerin daha iyi bir biçimde yani daha yüksek bir karmaşıklık ve daha yüksek bir tutarlılık düzeyinde entegre edilip edilemeyecekleri denetlenebilir. Bu da sistemin adaletini "uygun karmaşıklık" anlamında yükseltmektedir.

4. "Uygun Karmaşıklık" formülü tekil kararlara ilişkin değildir. Aksine hukuk sistemini bir bütün olarak kapsar. Klasik bakışlara kıyasla tekil kararların (hukuki edimler, hükümler, kural koymalar) artık adilane ya da haksız olarak nitelenemeyeceği, insanı ürkütebilir. Bu bakımdan Adalet Kavramı apel işlevini, motivasyonal ve ah-laki anlamını yitirmektedir. Bir ölçütün her tekil kararı sınırladığı bir genelleştirme düzeyi kazanılmaktadır. Bu ise ancak bu ölçütün sistem içerisinde değerler veya normlar aracılığıyla oluşan her türlü farklılaşmadan bağımsız kılınmasıyla mümkündür. Bu nedenle adalet, tekil kararların, tek tek değerlere veya normlara olan bağlantısal bir ilişkisinde de bulunamaz. Bilakis bir bütün olarak hukuk sisteminin karar olanaklarını sınırlama tarzında yatar. Kararlar tek başına yöneltilen anlam yoluyla değil, ancak uygun karmaşık bir hukuk sisteminin unsurları olarak adildir. Genelleştirilmiş sistem ölçütü ile instruktif karar önermeleri arasındaki "mantıki mesafe" böylelikle daha büyümekte, bu da "yeniden özgülleşme"nin (Respezifikation) kategoriyel ve kurumsal donanımını önkoşmaktadır.

5. Uygunluk ile karar olanaklarına olan ilişki sağlandığında, önerilen bir Adalet formülü disiplinler arası tartışmaya aynı zamanda önemli bir katkıda bulunabilir. Bugün en önemli disiplinler arası araştırma eğilimleri, sistem - ve karar- kuramlarında görülmektedir. Uygun karmaşıklık kavramı ile sistem karmaşıklığı ve karar olanakları arasında bir tavassuta çabalayan hukuk kuramının, disiplinler arası bağlantı olanakları edinebileceği, hukuk bilimini bugünkü soyutlanışlığından çıkarılabileceği beklenebilir.

6. Adalet, uygun karmaşıklık olarak tanımlandığında; eski tartışmanın dışında, yani adil olanın, mevcut hukuki materyal kitlesin-

de mi yoksa bütün hukuk normlarını aşan, onları temellendiren (veya eleştirerek bir kenara bırakan) bir idealde mi yattığı tartışmasının dışında, bir sistem formülü elde edilmektedir.

Yukarıda ana hatları verilen sistem kuramı anlamında adil olan, ne düzen başarısının olgusalılığı uğruna bir normlar kitlesinin gerçekliği ne de tek başına bir idedir. Sistem kuramı, karmaşıklık kavramında her ikisini aynı zamanda ve zorunlu olarak temsil etmekle bu iki pozisyonu birbirleriyle bütünleştirmektedir.

Mevcut hukuki materyal, belirli bir karmaşıklığı ile toplumsal işlevini yerine getirmektedir. Hukuk, "adilane davran!" gibi tek bir norm olarak düşünülemez. O, Karmaşıklığı aracılığıyla, rastgele düzenlenebilir bir düzen değil, aksine, negasyonların, olanak projeksiyonlarının ve kendi kendini sınırlamaların bir iç dinamiğini üreten bir düzen olmaktadır. Hukuk, hakikat ve para kodları gibi "kendi kendini ikame eden" yani kendi özdeğişimini kendisinden çıkararak üretmek zorunda olan düzenlerdendir. Adalet, hukukun bu kendi eleme sürecinin ve kendini ikamesinin bir denetleme formülünü vermektedir.

Luhmann, biraz önce değindiğim gibi, adaleti hukuk sisteminin uygun karmaşıklığı olarak tanımlamaktadır. Hukuk sisteminin uygun karmaşıklığı ise; bu karmaşıklık, sistem içinde tutarlı karar verme ile bağdaştırılabilir olduğu sürece sözkonusudur. Bağdaştırılabilir olmanın ölçütü de sistemin değişkenlerinin, tutarlı karar vermenin mümkün kılınmasına ayarlanabilmesinde yatmaktadır. Hukuk sisteminin karmaşıklığını belirleyen en önemli değişkenler olarak Luhmann şunları saymaktadır (13): 1. Verilmiş ve verilecek kararların sayısı anlamında sistemin büyüklüğü; 2. Verilmiş ve verilecek kararların türü anlamında sistemin varyetesi; 3. Tekil kararlar arasında bağımlılıklar olarak sistem içinde karşılıklı bağımlılık; 4. Sistem yapısının genelleşbilme derecesi. Karar vermenin personel, örgütsel ve programatik önermelerinin genelleşbilme derecesi. Sistem içi mümkün kararların sayısı, varyetesi ve karşılıklı bağımlılığı ile sistemin kendi eleyiciliğinin ölçüsü buna bağlıdır; 5. Karar önermelerinin değişme temposu ve sıklığı.. Bu değişkenlerin hepsi birden maksimum düzeye çıkarılamayacaktır. Luhmann'a göre bunların ve belki diğer başka değişkenlerin de bulunduğu bağlantı alanında, buradaki adalet kavramı anlamında, herbirinin gereklilik düzeyinin saptanması gerekecektir. Bu demektir ki, adaletin sistem içinde pazarlığı yapılacaktır ve başka değişkenlerin yükseltilmesinden feragatle ödenmiş olacaktır. Luhmann burada şu soruyu sormaktadır: "Bir toplum ne kadar adaleti kaldırabilir?" (14).

Buraya kadar olan sunuştan "Uygun karmaşıklık" formülünün ne olduğu yeterince açıklanmış olmaktadır. Bu formülün ilişkin bulunduğu sorun şudur: Hukuk sistemi, modern toplumların aşırı karmaşıklığıyla zorlanmaktadır. Buna uygun reaksiyon o zaman; hukuk sisteminin kendi karmaşıklığının da, örneğin; iç farklılaşmasının büyüklüğünün ve bilgi işleme kapasitesinin artırılmasıyla yükseltilmesidir. Çünkü, Luhmann'a göre bir karar sistemi, çevresine en iyi biçimde, dış karmaşıklığı kendi içerisinde kopya edebildiği ve karar durumuna getirebildiği, yani nesnel karar verebildiği ölçüde yararlı olmaktadır (15). Fakat bununda sınırları vardır. Hukuk sisteminin iç karmaşıklığını belirleyen değişkenler sınırsız biçimde yükseltilmemektedir. Bunlar birbirlerine uyumlu kalmak ve çelişkisiz karar buyruğuna yetmek zorundadır. Bu bakımdan "uygun karmaşıklık", çevreye istenen uygunluk ile değişkenlerin işlevleri gereği birbirleriyle uyumlulukları arasındaki denge olmaktadır. Nihayet, bir hukuk sistemi, çevresinin karmaşıklığını, mümkün olduğu ölçüde kendi içinde yansıtabilir işleyebildiği zaman uygun karmaşık ol-

maktadır. Mümkün olanın ölçüsü elbette iç işlevsel koşullarla belirlenmektedir.

## V.

Luhmann'ın adalet tasarımı, adaletin geleneksel sorunsalı olan, hukukun içeriksel doğruluk sorunsalından köktenci bir ayrılışı ifade etmektedir (16). Bu tasarıma göre tekil hukuki kararların normatif önermeleri adalet yeteneği bulunmayan yasa programlarıdır. Yasa programlarının normatif önermeleri ise hakikilik yeteneği bulunmayan ideolojilerden ve değerlerden oluşmaktadır. Dreier Paradoks bir ifadeyle Luhmann'ın, adalet problemini ayrıç içine alan bir "adalet problemi" formüle ettiğini söylemektedir (17). Dreier'in bunun karşısında ilk sorusu şudur: Adalet problemini bu denli kökünden kavrayan bir yeniden ifade biçimi yerinde midir? O'na göre bunun yanıtı, bu yeni formülün neyi başaracağına ve bu yeteneğin geleneksel problem formülleriyle ilişkisinin nasıl olacağına bağlıdır. Dreier'e göre bugün adalet problemi bir bakıma aşırı derecede büyüyen enformasyon problemidir (18). Bu ise kuramsal çerçevesi henüz eksik bulunan çözüm tekniklerini gerektirmektedir. Luhmann'ın kuramı böyle bir çerçevenin kurulması denemesidir. Bu nedenle de sistem kuramları ile karar kuramlarının bir işbirliğine yollama yapmaktadır (19). Luhmann'ın, geleneksel adalet problemi kavrayışının başarı yeteneğine olan kuşkusunun yerinde olup olmadığı gelecekteki tartışmalar gösterecektir (20).

Aşağıda bir süre, Dreier'in Luhmann eleştirisine yer vermek istiyorum. Bu eleştiri Luhmann'ın yeni adalet tanımı önerisine dıştan bir bakışla, geleneksel adalet kavramının bu yeni formül karşısında taşıdığı anlamı, gerekli ve etkili bulunduğu alanı ortaya koymaktadır (21).

Adalet, geleneksel olarak eşitlik ile tanımlanmaktadır. eşitlik ilkesi özünde eşit olana eşit, farklı olana farklı işlemi gerektirmektedir. Başka bir deyimle, menfaatlere öncelik tanımakta bir kuralı zorunlu kılmaktadır. bu da menfaatlerin veya değerlerin hiyerarşisi problemini ortaya çıkarmaktadır. Adalet, mutluluk, kamu yararı gibi en yüksek değerler bakımından bir konsensüs nisbeten çabuk yaratılabilmektedir. Ancak bunlar soyutlukları nedeniyle intersubjektif olarak zorunlu bir amaç-araç çıkarsamasına imkan vermemektedir. Daha çok, ideolojiler üzerinden somutlaştırılmaları mümkün olmaktadır. İşte bu olguyla Luhmann, değerlerin hakikilik yeteneğinin kaybı tezini ifade etmektedir. Buradan, bugüne kadar gelmiş olan adalet idesinin işlevsel anlamını ve böylelikle de normatifliğini yitirdiği sonucunu çıkarmaktadır. Ancak bu sonuç, adalet ilkesinden her şeye, yani her yönüyle ideoloji kuşkusuna rağmen pratik bir direktifin elde edilmemesi durumunda doğru olabilir (22). Rölativizmin ve historizmin çok etkilerini yitirmelerinden sonra türlü kuramların ufuklarında, kılışal sorunların rasyonel veya bilimsel karara bağlanabilirliğinin, bütün zorluklarına rağmen ilkesel olarak mümkün bulunduğu eğiliminde, bu direktif lehine bir karine bulunmaktadır. Bu eğilimde ideoloji-eliştirisel, ütilitörist-pragmatik, dil-kuramsal, bilim-kuramsal, argumentasyon-kuramsal, kommünikasyon-kuramsal başlangıçlar bulunmaktadır. Bunlardan çıkarılacak pratik direktif şöyle formüle edilebilir (23): Adaleti amaçlayan bir karar, dilsel-kavramsal açıklık ve nesnel bilgilenmişlik bakımından en yüksek, önyargıyla koşullu tutukluk bakımından en düşük düzeyde bulunmalıdır. Bu direktifin kısmi postülalarının ancak yaklaşık olarak gerçekleştirilebileceği ortadadır. Bu durum, bu direktifin amaçlanmasını ve gerçekleşme koşullarının iyileştirilmesini dışlamaktadır.

Habermas'ın söylem-kuramı, yukarıda sözü edilen başlangıçları temsil edici bir özellik taşımaktadır. Luhmann bu kurama karşı, tartışmaların veya diskurların verimlilik yeteneğinin, bireysel bilgi işleme kapasitesinin sınırlılıklarını ileri sürmektedir. Bunlar doğru olabilir. Ancak, bu itirazların, geleneksel adalet tasarımının söylem ya da argumentasyon-kuramsal işlenmişliğinden kopmayı gerektireceği kuşkuludur. Burada hemen hiç tartışılmayacak bir noktaya dikkat etmek gerekir. Adalet problemi hala ilk önce, somut-bireysel ve soyut genel kararların, normların, norm önerilerinin ve norm düzenlerinin temellendirilmeye muhtaçlık alanında yerleşik bulunmaktadır (24).

Temellendirme ilkesi olarak eşitlik ilkesi modern (ama aynı zamanda geleneksel) toplumların hukuk sisteminde adaletin aldığı yamsal yerini belirtmektedir. Luhmann'ın bu yeni formülüne getirilecek temel eleştiri şudur: Habermas'ın deyimleriyle, normların temellendirilmeye muhtaçlığından kurtulmuş bir yeni sosyalizasyon modusu doğmadıkça adalet problemi, daima bir meşruiyet ve temellendirme problemi, bu nedenle de ahlaki ve motivasyonel bir sorun olarak hep bulunacaktır. Luhmann, adaletin bu anlamda "yaşamdaki yerini" görememektedir (25).

Dreier, son olarak, adalet probleminin, hukuk sisteminin uygun karmaşıklık problemi olarak konmasının anlamsız olmayacağını, ancak adaletin salt bu tür bir problem kavrayışına indirgenemeyeceğini söylemektedir (26). Adalet, eşitsizliğin "makul" biçimde temellendirilmesi anlamında bir eşitliği gerektirir. Böyle bir gereklilik, bütün toplumun gittikçe artan karmaşıklığında, ancak hukuk sistemi düzeyinde alınacak kurumsal önlemleri zorunlu kılacaktır. Bu, hukuk sisteminin organizasyonu için olduğu kadar hukukçu eğitimi ve hukuki enformasyon sisteminin kurulması bakımından da söz konusudur. "Uygun karmaşık" formülü, adilane karar vermenin bu ve buna benzer koşullarına yönelmektedir (27). Hangi anlamda olursa olsun bu formül adaletin kesin ve yeterli bir ölçütünü vermemektedir. Adilane karar vermenin zorunlu fakat yetersiz bir koşulunun ifade etmektedir (28).

Dreier, Luhmann'ın hukukun sistem özelliğinde kavradığı ve sistem rasyonelliği bakımından tanımladığı adalete, sistem içindeki yerinden ve anlamından koparmadan, bireysel ve ahlaki bir yetenek tanımak eğilimindedir. Bu bakımdan da Luhmann'ın getirdiği "uygun karmaşıklık" formülünü, adaletin temellendirilme ihtiyacını göz ardı ettiği için yetersiz bulmaktadır. Oysa ki burada, birbirinden oldukça farklı ve her biri kendi içerisinde tutarlı iki bağlam söz konusudur. Dreier eleştirisini bu iki açıklama tarzı arasında ikisiyle ilişkili bir alanda yapmayı denemektedir. Dreier, her ikisini de taleplerinde ve tezlerinde kendi bakış açısından ilişkilendirip bağdaştırmaktadır. Elbette birini diğerinde eksik bularak... Dreier, adaletin "yaşamdaki yeri"ni (29) vurgulayarak, Luhmann'ın kendi sistem kuramında dışladığı edim rasyonelliğinin taşıyıcısı olan "subjektif"i onun karşısına koymaktadır. Ancak bunu, hemen bütün hukukçuların hukuki düşünce yapılarında egemen bulunan akılcı-iradeci, ontolojik tabii hukuk yaklaşımıyla değil epistemolojik eğilimli intersubjektif toplum felsefesi tarzında yapmaktadır (30).

Luhmann'ın sunduğu adalet problemi, Dreier'in ortasında bulunduğu doğrunun diğer ucunda bulunmaktadır. Doğal hukuk felsefesinde hakikat içerikleri olarak getirilen adalet tanımları sosyoloji açısından fenomenler, işlevler ve yapı unsurları olarak anlam taşımaktadır. Ancak Luhmann'ın tutumu bundan biraz daha farklıdır. O, adaletin ahlaki, motivasyonel değerini, böylelikle apel işlevini reddetmekle sosyoloji-felsefe arasında birinden diğerine geçen bir

hukuk kuramı bağlamı kurmaktadır: Bu bağlamda adalet hem felsefi anlamda bir "değer", hem de sosyolojik anlamda bir sistem ölçütüdür. Tartışma, "adaletsiz" bir hukuk sisteminin olamayacağı fakat bunun nasıl bir "adalet" olduğu tartışmasıdır. Luhmann'ın getirdiği adalet tasarımı, adaletin belirli bir etik anlayışının dışlandığı fakat, hukuk kuramına ve hukukçulara açtığı ufuklar, gösterdiği yollar ile de belirli bir adaletin anlaşılabilir geliştirileceği tasarımıdır. O'nun çizdiği çerçeve, sınırların olanaklar olarak görüldüğü bir alandır. Nitekim adaletin, hukuk sisteminin uygun karmaşıklığı olarak tanımlanmasında; bu karmaşıklık sistem içinde çelişkisiz karar verme ile bağdaştırılabilir bulunduğu sürece sözkonusu olurken, bağdaştırılabilir olmanın ölçütü sistemin değişkenlerinin çelişkisiz karar vermenin mümkün kılınmasına ayarlanmasında görülmektedir. Burada adalet, bir hukuk politikası sorunu olarak, bir değer ve aktif eylemin amacı olmak niteliğini de taşımaktadır. Dreier'in adaletin "yaşamdaki yeri" olarak nitelediği temellendirme gereği yanında, "uygun karmaşıklık" da gerçekleşme koşulu olarak onun yaşamdaki yeridir.

Pozitif bilim olarak hukuk sosyolojisinin görüp, tanıdığı bu gerçeklik, geleneksel hukukçuya ve hukuk kuramına, yeni direktifler bulabilecekleri ilginç bakış açıları sunmaktadır.

Biraz önce ima edilen şu noktaya daha açık bir biçimde tekrar dönmekte yarar görüyorum: Hukuk-Etik ilişkisinde sosyolojik-sistemkuramsal bir "adalet" açıklamasının yeri ve anlamı nedir? Bu bana herşeyden önce, Comte'un metafizik karşısındaki tutumunu anımsatmaktadır. Fakat yaşamın bir parçası olarak metafizik de, ne kadar yerinde olursa olsun, böyle bir yadsımayla düşünce tarzımızdan silinmemiştir. Etik yönlü adaletin yeri, nisbeten daha sağlam görülmektedir. Burada şu ana kadar söylemeyi ihmal ettiğim bilimsel bir farka değinmeliyim: Luhmann'ın sosyolojik-hukuk kuramsal adalet formülü, hukuk-etik ilişkisinde, felsefi bilgi karşısında bilimsel bilginin ilgisi çerçevesinde kalmaktadır. Tartışma bilimsel bilginin, felsefi bilginin yerine geçmekle onu bertaraf ettiği iddiasıyla alevlenebilir. Nitekim düşünce tarihinde bunun tipik örnekleri mevcuttur. Yukarıdaki bilgiler çerçevesinde sistem kuramının böylesine bir ikame formül niteliğinde bir adalet tanımı getirmediğini görüyoruz. Genel olarak, insanlara nasıl olduklarını söylemekle ne oldukları sorusunu, öyle görünse de, hiç bir zaman yanıtlamıyoruz.

#### DİPNOTLAR:

1) Luhmann, Niklas; *Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft*, in: ders., *Ausdifferenzierung des Rechts, Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtslehre*, Frankfurt/M 1981, s. 374-419.

2) Luhmann, *die soziologische Beobachtung des Rechts*, Frankfurt/M 1986, s.48.

3) Luhmann'ın eserlerinin orijinal isimleri sırasıyla şunlardır: *Funktionen und Formen formaler Organisation*, Berlin 1964; *Grundrechte als Institution*, Berlin 1965; *Zweckbegriff und Systemrationalität*, Tübingen 1988; *Vertrauen. Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*, Neuwied 1968; *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied 1969; *Soziologische Aufklärung*, 3 Bde Köln/Opladen 1970, 1975, 1981; *Politische Planung*, Opladen 1971; *Rechtssoziologie*, Reinbeck 1972; *Ausdifferenzierung des Rechts*, Frankfurt/M 1981; *Liebe als Passion*, Frankfurt/M 1982; *Soziale Systeme*, Frankfurt/M 1984; *die soziologische Beobachtung des Rechts*, Frankfurt/M 1986.

4) Luhmann'ın sistem kuramına dair bu aşağıdaki bilgiler için bkz. Messelken, Karlheinz; *funktional-strukturelle Theorie*, in: *Wörterbuch der Soziologie*, Bd. 3, Hrsg V.Günter Endruweit/Gisela Trommsdorf, Stuttgart 1989; Rammstedt, Otthein; *funktional-strukturelle Theorie*, in: *Lexikon zur Soziologie*, 2. verbesserte und erweiterte Auflage, hrsg. v. W. Fuchs/R.Klima/R.Lautmann/ D.Rammstedt/ H.Wienold, Opladen 1978.

4) Rammstedt, *funktional-strukturelle Theorie*, in: *Lexikon zur Soziologie*.

5) Luhmann, *Legitimation durch verfahren*, Neuwied 1969, s.7.

6) Schramm, Theodor; *Einführung in die Rechtsphilosophie*, Köln, Berlin, Bonn, München 1976, s. 74.

7) Lautmann, Rüdiger; *Rechtssoziologie*, in: *Wörterbuch der Soziologie*, Bd.2, hrsg. v. Günter Endruweit/Gisela Trommsdorf, Stuttgart 1989.

8) A.g.e.

9) Lautmann, *Recht*, in: *Lexikon zur Soziologie*.

10) Lautmann, *Rechtssoziologie*, in: *Wörterbuch der Soziologie*, Bd.2.

11) Luhmann, *Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft*, a.g.e., s.388.

12) A.g.e., s.389 vd.

13) A.g.e., s.404.

14) A.g.e., s.417.

15) A.g.e., s.405.

16) Dreier, Ralf; *Zu Luhmanns systemtheoretischer Neuformulierung der Gerechtigkeitsprobleme*, in: ders., *Recht-Moral-Ideologie, Studien zur Rechtssoziologie*, Frankfurt/M 1981, s.276.

17) A.g.e., s.276.

18) A.g.e., s.277.

19) A.g.e., s.277.

20) A.g.e., s.277.

21) Dreier bu eleştirisinin yer aldığı makalesinde Luhmann'ı üç temel açıdan tartışmaktadır. Bunlardan ilk ikisi, önerinin için eleştirisi anlamında olup "uygun karmaşıklık" formülünün sistem referansına ve hukuk sisteminin yapısal genelleşebilme açısına ilişkindir. Sonuncusu ise burada sunulmaktadır. Bkz. a.g.e., s.272 ve 276-284.

22) A.g.e., s.278.

23) A.g.e., s.279.

24) A.g.e., s.279.

25) A.g.e., s.280.

26) A.g.e., s.280.

27) A.g.e., s.280.

28) A.g.e., s.280.

29) A.g.e., s.279 vd.

30) Luhmann Dreier'in bu eleştirisini akılcı pratik felsefenin karşı pozisyonuna yerleştirmektedir. Bkz. Luhmann, *die Soziologische Beobachtung des Rechts*, s. 43, dn.78.