

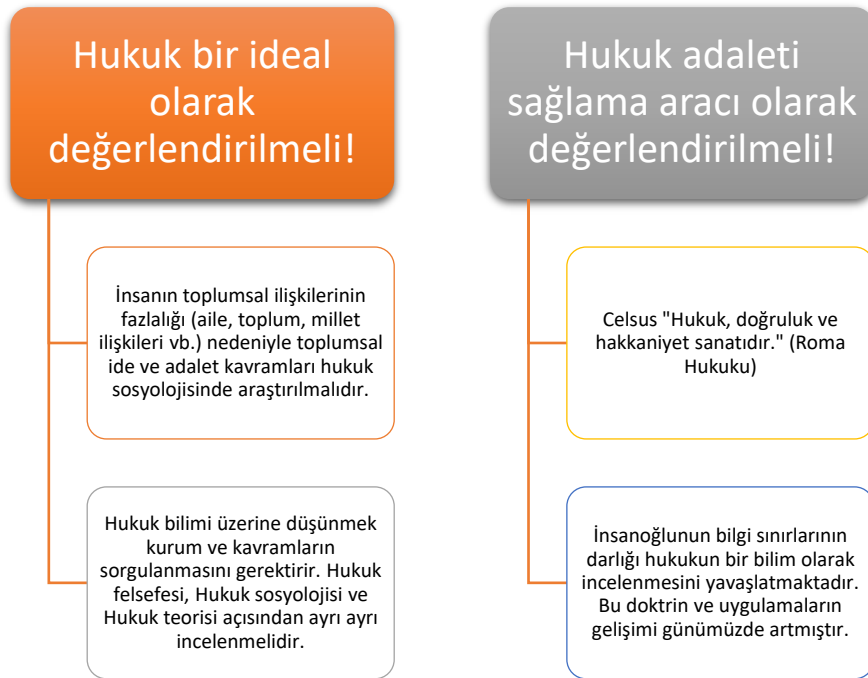
TEMEL SORUNLARIN TESPİTİ

1. GİRİŞ

Aristoteles'in dediği gibi "İnsan toplumsal bir canlıdır" yani kendi sosyal niteliğine uygun aile, mahalle vb. gibi sosyal ortamlarda belirli sosyal kurallarla ancak adalet arayışıyla var olur. (Ibi societas ibi ius / Toplumun olduğu her yerde hukuk vardır.)

Hukuk <-> Toplumsal yaşam (Bu iki kavram birbirinin varlık sebebidir.)

Hukuk ise bir bilim olarak, kanun koyucunun kural koyma yetkisinde, yargı uygulamalarının düzenlenmesinde ve adalet isteklerinin yerine getirilerek teminat altına alınması noktasında gelişmiştir. Alman idealizminde bu durum Hegel tarafından "Devlet, ahlaki idealin gerçekleşmesine hizmet eder" şeklinde belirtilmiştir.



Hukukun anlam kazanması dogmatik yönünden daha çok; devlet gücü ile desteklenmiş hukuki etki olarak ortaya çıktığından bu anlamlandırma sürecinde büyük önem taşımaktadır. Hukuk bir yandan bilim, diğer yandan ise yaptırım anlamı kazanmaktadır. Diğer bir tartışma konusu ise hangi eylemlerin hukuka aykırı olup olmadığı sorunsalıdır. Hangi davranış kalıplarının aykırı olduğuna dair insanlarca yetkili kılınan organların belirlediği kurallar çerçevesindeki toplumsal düzenin sağlanması sorunu ayrıca tartışılmaktadır.

- Hukuki kuralları kim koymuştur? Bunların kökenleri nelerdir?
- Hukuki kurallar hangi toplumlarda hangi zamanlarda bulunur?
- Hukuk kurallarının içerikleri değişken midir?
- Hukuk kuralları iyi midir, kötü müdür? Bunların değerleri nasıl ölçülür? Vb. gibi sorularla hukuk bilimi, bilimsel gerçeğe ulaşmaya çalışır.

Schoth “ hukukun ne olduğu ve ne olması gerektiği” konusunu tartıştığı kitabından yola çıkılarak hukuk teorisinin gelişimi için cevaplanması gereken birtakım sorular (Hukuk bilim midir, hukuk neye hizmet eder, hukuk dil yapısı nasıldır vb.) kitapta incelenecektir.

İnsanoğlu bu arayışta hukukun kendisine yararını, fonksiyonlarını ve amacını öğrenmek ister. İnsan hareketleri + bilinç → Amaca yönelik hareket → Hedeflenen değer yargısı

İlgili soruları multidisipliner cevaplar verilmesi gerekmektedir. Soruların arayışında bulunan asıl disiplin hukuk teorisi olmasına karşılık hukuk sosyolojisi, hukuk felsefesi, hukuk etiği ve hukuk metodolojisi açasından da cevaplar birleştirilmelidir. Bu cevaplar tarih süreçlerinde değişmekle beraber temelde hukuk kuralları, sosyal egemenlik gücünün toplumu düzenleme aracıdır. Avrupa Birliği müktesebatı gibi toplumsal politik sistemlerin değişmesi onu tanıyan topluluklarının hak ve özgürlük denetim alanını genişleterek tekrar düzenlenmesine sebep olmuştur.

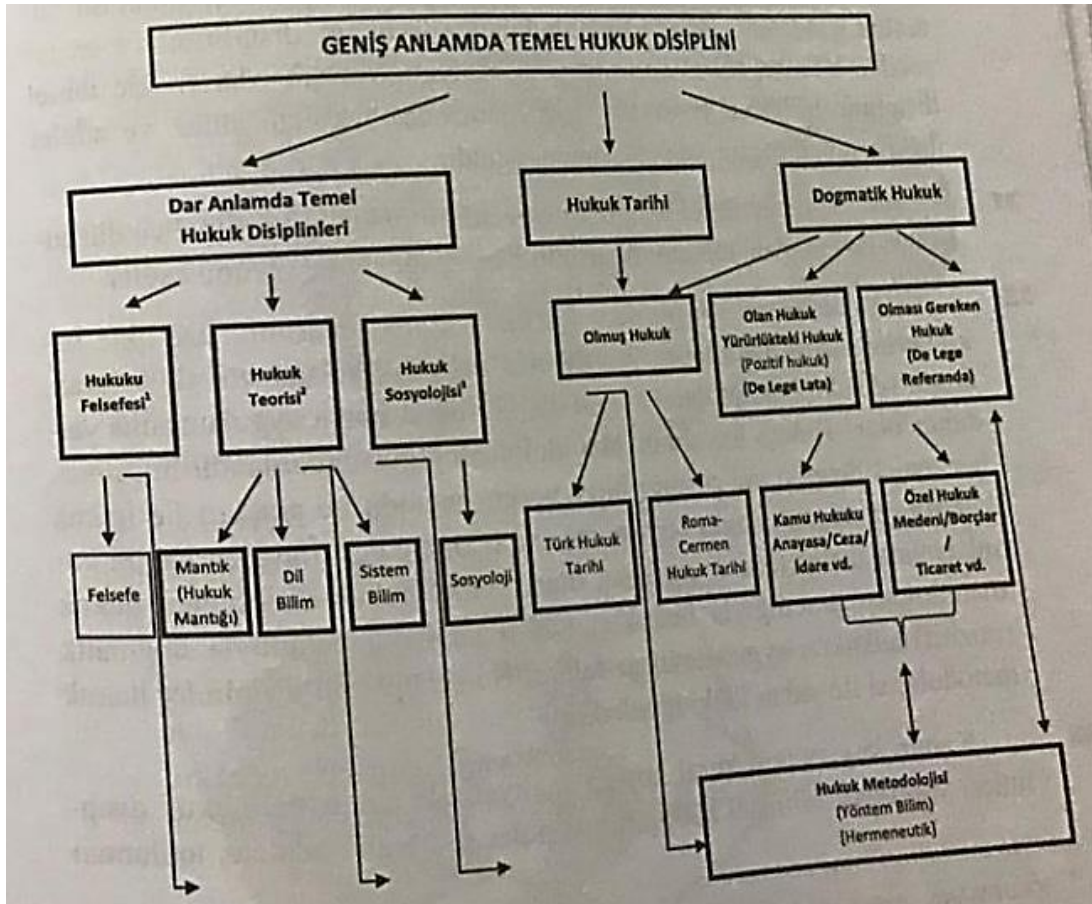
2. HUKUK TEORİSİ ve DİĞER HUKUK DİSİPLİNLERİ İLE İLİşKİSİ

A. GENEL OLARAK

Hukuku bilimsel temelde incelemek için iki yöntem uygulanabilir;

Tarihsel bakış açısı: Hukuk tarihi ve özellikle Roma hukuku yönünden incelemektir. Var olmuş hukuk konuları hakkında bilgi verirken olmuş hukukun gerçeğliğini açıklar.

Teorik ve sistematik bakış açısı: Dar anlamda temel hukuk disiplinlerinin de işin iğerisine katılarak incelenmesidir.



Kısaca hukuk teorisinde, hukuk soruları sorar, cevabı biçimsel hukuk ve hukuk kuralları içinde mantık, dil bilim ve sistem bilim verir.

B. TEMEL HUKUK DİSİPLİNLERİNİN BİRBİRİNE YANSIMASI

Bütün disiplinler birbirleriyle ilişkili olarak bütünlük içerisindedir. 3 temel prensip ile toplumsal kontrol ve düzenleme ile hukukun vicdani gerçekliğe uygunluğunu sağlar.

Hukukun temel disiplinleri özellikle hukuku uygulayan hakimlerin somut olaya olan yaklaşımlarını desteklerken aynı zamanda hukukun doğru ve haklı anlamıyla dogmatik (pozitif) hukukun uygulanmasını sağlar. Kanun koyucular bilimsel altyapıyla kuralların adalete ve gerçekliğe uygun olup olmadığını belirlemesine yardımcı olur. Hukuk teorisini kurmak için yola çıkan Buchart, bilimsel yaklaşımın bütünselliğine dikkat çekerek, hukukun hukuk felsefesine bağlı olduğunu vurgulamıştır.

C. HUKUKUN TEMEL DİSİPLİNLERİNE POZİTİF (BİÇİMCİ) ve POZİTİF OLMAYAN (Maddi/Özcü) BİLİMSEL YAKLAŞIMLAR

Hukuk felsefesi → Hukukun adalet gerçekliğini (adalet merkezli olarak)

Hukuk sosyolojisi → Hukukun sosyal gerçekliğini

Hukuk teorisi → Hukukun biçimsel varlığını tanımaya ve açıklamaya çalışır.

Pozitif (biçimci) bilimsel yaklaşım; Hukuku yalnızca biçimsel olarak ele alır. Hukuk, hukuk kuralıdır yaklaşımını sergiler. İçerikten bağımsız olarak şekli özelliği ile bir form olarak inceler. Ör: Kelsen, von Blackstone. Devletin egemenlik gücüne dayanan kural koyma veya devletin yaptırım gücü benimsemesiyle açıklamaktadır. Bilimin konusunu objektif olarak, mevcut kurala göre pozitif olarak değerlendirir.

Pozitif olmayan (özcü/maddi) bilimsel yaklaşım; Özellikle ruhsal ve sosyal bilimin bilimsel gerçekliklerinden hareket eder. Bu yaklaşım, hukuku, adalet akla uygun doğruluk veya haklılık ve insanlık değerlerini ilgili konular olarak ele alır. Hukukun geçerliliği, adil ve doğru olmasıyla ve herkesin özgürlüğünü aynı şekilde eşit olarak sınırlandırmasıyla açıklanmaktadır. Ör: von Ulpian, Hooker, Kant gibi.

✚ Hukukun gerçekliğini incelerken Pozitivist (biçimci) yaklaşım konuya doğa bilimlerindeki gözlemci gibi objektif yaklaşımı esas alırlar. Klasik yaklaşım pozitivist hukuk okulu olarak karşımıza çıkar. Hukuk sosyolojisinde bu durum emredici (egemenlik) pozitivizm olarak kendini gösterir. Pozitif olmayan yaklaşım ise, klasik görüş doğal hukuk okulu olarak karşımıza çıkar.

D. HUKUK FELSEFESİ

Felsefe → sevgi (Philo) + bilgi (sophia) yunanca kelimelerinin bir araya gelmesiyle oluşur. Hukuk felsefesi, temel hukuki, sorun ve problemlerin cevabını arar. Felsefe “bütünün içinde olan nedir?” cevabını ararken, hukuk felsefesi “bütünün içinde hukuk nedir?” sorusuna cevap arar. Hukuk felsefesi, hukuk kurallarını adalet kapsamında değerlendirir. Amacı ise kanunlarda düzenlenen gerçeklik ve doğruluk kriterini adalete uygun oluşturmaktır. Özellikle hukuk kurallarının uygulanmasında, kuralın,

hukuk devleti ve demokratik esaslara uygunluğunu denetler. Antik Yunanda adaleti dinsel ve mitolojik temellerle açıklanmaktaydı. Günümüze süreç ahlakla ilişkilidir.

Felsefe; 1. Ontoloji (Varlık Felsefesi), 2. Epistemoloji (Bilgi Felsefesi) ve 3. Aksiyon (Değerler Felsefesi) olarak üç alt ayırmda incelenir. Descartes'in ağaç örneğinde olduğu gibi; metafizik ağacın kökleri, fizik ağacın gövdesidir. Ağacın dalları ise uygulamalı olarak felsefedir.

HUKUK FELSEFESİ ve HUKUK TEORİSİNİN AYRIMI

Bugün için net bir cevap olmamakla beraber daha çok dışsal yönüyle diğerlerinden ayrılır. Hukuk teorisinin hukuk felsefesi içerisinde oluştuğunu düşündüğümüzde ayrım iyice belirsizleşmektedir. Bütün bilimlerin felsefeden doğduğunu düşündüğümüzde hukuk teorisinin hukuk felsefesinden ayrılmasının doğru olup olmadığı sorunsalı ortaya çıkmaktadır. Bu noktada birtakım yazarlar hukuk kuramının araştırma alanının zaten hukuk felsefesi olmasından dolayı ayrımın yapılması felsefenin ortadan kaldırılmasına eşit olacağını düşünmektedir. Günümüzde bu görüş, hukuk teorisinin biçimsel olarak ayrı incelenmeye alınması ve diğer disiplinlerle arasındaki ilişki ayrı bir disiplin olarak incelenmesini öngörmektedir.

- ✚ Hukuk teorisi, hukukun ne olması gerektiğini değil ne olduğunu inceler yani hukuktan hareket eder. Hukuk Felsefesi ise hukuktan değil, felsefeden hareket eder.
- ✚ Hukuk felsefesi içsel konuları ele alırken, hukuk teorisi dışsal konuları ele alır.
- ✚ Hukuk teorisi, biçimsel normatif yönü ele alarak onu felsefe boyutundan sıyrıp bilimsellik katar.
- ✚ Hukuk teorisinin ayrı olarak incelenmesi son otuz yıllık bir süreçtir. Hukuk felsefesi, hukuk teorisinin başlangıcını oluşturur.
- ✚ Hukuk felsefesi adaleti konu edinirken, hukuk teorisi pozitif hukuk kurallarını inceler.
- ✚ Hukuk nedir? Sorusuna iki disiplinin de yaklaşımı iki şekilde olur; birincisi hukuk ne değildir sorusunun cevabı aranır. İkincisinde doğru/haklı hukuk nedir, nasıl tanımlarız sorusu yanıtlanır. İki sorunun cevabı da adalettir.

E. HUKUK SOSYOLOJİSİ

Karl Marx ve Emile Durkheim ile birlikte sözleşme ve sosyal çalışma alnını hukuksal incelemeye tabi tutan yaklaşımla 19. Yüzyılda ayrı bir disiplin olarak ortaya çıkmıştır. Hukukun hem toplumsal yaşamın ürünü olması (denetleme ve düzenleme aracı) hem de toplumsal yaşamı etkileyen bir faktör olması hukuku aynı zamanda sosyolojinin de konusu yapmaktadır. Max Weber bu noktada olanla olması gereken ayrımını vurgulayarak sosyolojik olarak hukuk bilimini toplumsal olgu olan işletmelerden hareketle açıklamaya çalışmıştır.

Eugen Ehrlich, "Hukuk Sosyolojisi" kitabında hukukun, birlikte yaşamın sonucu olan sosyal olguların düzenleyen bir araç olduğunu vurgulamıştır. Toplumsal gelişimin sebebine kanunlaştırma ne de hukuk uygulamasıdır, toplumun kendisidir. Hukuk kurallarının meydana gelişine etki eden toplumsal ve sosyal faktörler, özel hakimiyet ilişkileri, arkasındaki menfaat ilişkilerini inceler. Hukukun temel işlevini yerine getirip getirmediğini, yani toplumda huzuru ve düzeni tesis edip etmediğinin tespitini sağlar.

HUKUK SOSYOLOJİSİ ve HUKUK TEORİSİNİN AYRIMI

Hukuk sosyolojisi hukuku sosyal olgular üzerinden incelerken hukuk teorisi normatif olarak biçime odaklanır. Hukuk teorisi olması gerekeni incelerken, hukuk sosyolojisi olanla ilgilenir.

Hukukun sistem olarak şekli yönü hukuk teorisini, maddi yönü ise hukuk sosyolojisinin konusudur.

F. HUKUK TEORİSİ

1. HUKUK TEORİSİNİN GELİŞİMİ

Hukukun kavramsal ve ilkesel olarak anlaşılması, sadece onun yürürlükte olduğu andaki kanun hükümleri ile sınırlı değildir. Hans Kelsen'in "Saf Hukuk Teorisi" adlı eseriyle iradi pozitivistleri eleştirerek temel norm teorisi kapsamında disiplini incelemiştir. Kelsen'e göre en üst norm olan Anayasa dahi birbirlerine sebep-sonuç ilişkisiyle bağlıyken, Hart hukuk düzenini, davranış kurallarını belirleyen birincil normlar ve yardımcı nitelikteki ikincil normlar olarak düzenlemiştir. Birincil normlar yükümlülük içerirken, ikincil normlar ise yetki içermektedir.

2. ANALİTİK HUKUK TEORİSİ

Hukuk teorisi = hukukun dil analizi + mantıksal analiz = analitik hukuk teorisi. Egemenlik teorisini benimseyen Jeremy Bentham ve John Austin tarafından geliştirildi. Hukukun yorumlanması sürecinde kullanılan bir metod olarak anılmıştır. Hukuk teorisinin konusunun merkezi olarak, objektif bilimsel gerçekliği, dilsel işaret sistemi içinde anlamamızı sağlamıştır. Kelsenci bir yaklaşımla, hukuki gerçeklik veya adalet olgularına bakmaksızın yalnızca sosyal gerçekliği dil formu olarak incelemiştir.

Bentham bu süreçte, en fazla mutluluk ilkesi olarak ifade ettiği fayda ilkesinden hareketle hukuku en fazla mutluluğu sağlayacak araç olarak göstermektedir. Hukuki kavramlar doğru tanımlanarak etkili çıkış noktaları oluşturulabilir ve amaç için açıklayıcı ve denetleyici hukuk teorisi oluşturulabilir. Dönüştürücü hukuk teorisi özellik bu yaklaşımların tek bir açıdan konuyu ele almasını eleştirmiştir.

3. YENİ YAKLAŞIMLAR

- a. Riziko Teorisi: Alman sosyolog Beck Ulrich, riziko toplumu analizi ile kurumsal yapı kanun koyucu tarafından tanınmış olur.
- b. Hukukun Analizi Teorisi: Ekonomik analiz hukukun ve kurallarının farklı algılanmasına yardımcı olmaktadır.
- c. Kültür Teorisi: Kültür ve iletişim unsurlarının hukuka yansımalarıdır. Jan Assmann tarafından geliştirilen "kültürel metinler" kavramı ile hukuksal metin ve şekli metin ayrımı geliştirildi.
- d. Sistem Teorisi: Talcott Parson tarafından normatif sosyoloji ile oluşturulmuştur.

4. TÜRK HUKUKUNDA HUKUK TEORİSİNİN GELİŞİMİ VE TERİMİ

- İlk defa Arsal "Hukukun umumi esası" terimini kullanmıştır. Ayrıca Hafızoğlu ilgili kitabında "hukukun genel teorisi" terimini kullanmıştır.
- Alman tarihsel gelişimine paralel olarak bizler de sadece "hukuk teorisi" terimini tercih ettik.

5. HUKUK TEORİSİNİN KAVRAMI VE FONKSİYONU

Hukukun temeli, oluşumu ve geçerlilik sebepleri ile hukuk kurallarının dil, mantık ve sistemsel yapısını, şekli yönünden inceleyen temel hukuk disiplini. Hukuk teorisi, hukuku bir sistem içerisinde değerlendirir.

6. HUKUK TEORİSİNE POZİTİF ve POZİTİF OLMAYAN YAKLAŞIMLAR

Her iki yaklaşım da Hukukun veya Kararların akli, mantıki ve sistemsel varlığının gerçekliğini ölçer. Pozitif yani biçimsel yaklaşımı savunan yazarlar hukuki olguyu, benimsemeyenler ise duyarak ve bilerek anlamayı esas alırlar. Emirlerin içeriğinin insan haklarına uygunluğunu ölçümleyen taraf ise pozitif olmayan özlü veya işlevsel yaklaşımlardır.

Hafızoğulları, “kalıp yapma sanatı başka bir şey, kalıbı doldurma sanatı başka bir şeydir. Kalıbı dolu veya boş bıraktı diye eleştirilmez”.

Kısaca hukuk teorisi, hukukun formal, sistemsel ve akli gerçekliğini inceler. Hukuk teorisi hukuk idesini, adalet ve diğer değerleri inceleyen hukuk felsefesinden ve hukuku sosyal olgular üzerinden inceleyen hukuk sosyolojisinden farklıdır. Gözler’in örnek açıklamasında söylediği gibi; Bardak hukuk ise, hukuk teorisi onun camdan mı yoksa kağıttan mı yapıldığına ve şekline dikkat eder. İçinde ne bulunduğuyla ilgilenmez.

7. HUKUK TEORİSİNİN KONUSU

Hukuk teorisi hukukun formal,sistemsel nakli (ussal) geçerliliğini (varlığını) inceler.

8. UYGULANACAK HUKUKUN BELİRLENMESİ VE HUKUKUN UYGULANMASI (HUKUK METODOLOJİSİ) İLE İLGİSİ

a. Genel Olarak

Hukuk teorisi,yorum ve gerekçelendirme teorisi ile yakın ilişki içindedir.

b. Gerekçelendirme (Argümantasyon) Teorisi

Temel sorunların çözümü olarak açık sistemin gerekçelendirilmesi gerekliliğini ortaya koyar.

Feteris’ten hareketle,hukuki yargının gerekçelendirilmesini mantıkçı,retorik ve diyalojik yaklaşım olmak üzere üç temel başlıkla inceleyebiliriz.

Mantıkçı Yaklaşım: Kararın hukuk kuralı ve olgulardan çıkması argümanın yalnızca mantıken geçerli olmasıyla mümkündür.

Retorik Yaklaşım: Argümanların içeriğinin ve kabul edilebilirliğinin normun muhatabında yaptığı etkiyi değerlendirir.

Diyalojik Yaklaşım: Hukuki argümantasyonu,hukuki görüşün kabul edilebilirliği hakkındaki diyalogun parçası olarak görmektedir.

3. TEMEL SORUNLAR

A. Hukuk Bilimi Ne Anlama Gelir?

Hukuk Bilimi nedir ve ne olmalıdır sorularına iki aşamada cevap aranacaktır:

1. Teori nedir?
2. Hukuk Teorisi nedir?

B. Teori nedir?

1. Kavram

Teori, birbirinden farklı ve bağımsız birçok gözlem ve deneyle sınıanarak, yanlışlanmış şekilde belirli bir bilgi konusunu açıklayabilen ve aynı şartlarda yapılan benzer deney ve gözlemlerde de doğrulanmaya devam edeceğini beklediğimiz, henüz yapılmamış gözlem ve deneyler için öngörüler veren, birbirine bağlı önermeler sistemidir. Teorinin iki yönü vardır.

Deneyysel Yönü: Dış dünyadaki tespitlere ve tespitlerle alakalı belirlemelere dayanır.

Düşünsel Yönü: Salt düşünceye dayanır.

2. Bilimsel Teori

a. Genel Olarak

aa. Bilgi

Dış dünya hakkındaki düşünceyi yansıtan zihinsel durumdur.

- İnançla bilgiyi ayıran temel özellikler
 - Nesnellik
 - Kanıtlanabilirlik
 - Doğrulanabilirlik

Bilgi: Kanıtlanabilir, objektif, nesnel, doğru inançtır.

- Bilginin Unsurları
 - aaa. Nesnellik
 - bbb. Kanıtlanabilirlik
 - ccc. Doğrulanabilirlik

Doğrulanabilirlik sadece dış dünyadaki alan ile ilgili değil, olması gerekenlerde de söz konusudur. Doğrulanabilirlik ile ilgili farklı görüşler ileri sürülmektedir.

Uygunluk Teorisi: Dış dünya hakkındaki bir iddia ile olgunun yeni gerçekliğinin (hakikatin) birbirine uygun olması gerekir.

Tutarlılık Teorisi: Doğruluğu diğer önermelerle uygunlukta aramaktadır. Tutarlılık aynı zamanda önermenin bulunduğu sisteme uygunluğudur.

Özneler Arası Doğruluk: Doğruluğu önermenin özneleriyle uyuşmasında arar.

bb. Konu-Gözlem-Genel İlke-Teori

Teorinin temel hareket noktası,dış dünya ile ilgili belirli konulardaki gözlemleridir.Birden fazla gözleme dayalı bireysel tespit ve sonuçlardaki benzer özellik ve sonuçlar genelleştirilmektedir.Genel ilke haline dönüştürülmektedir.Genel ilkeler doğaya ilişkin gözlemi konu ediyorsa doğa kanunu olarak adlandırılır.Birden fazla doğa kanunu aynı yeknesak ilke içinde yer alırsa teori söz konusudur.

Örn:Tüm pelikanlar beyazdır.

b. Teorilerin Fonksiyonu

İki fonksiyon vardır.Teorinin ilk fonksiyonu,açıklama(izah)fonksiyonudur:Araştırma konusu olan hukuk kuralları ile ilgili açıklama yapar.

Öngörümseme fonksiyonu: Tüm teorilerin öngörülmez biçimde başka bir fonksiyon icra etmelerine denir.

c.Teorinin Temel Yapısı

Belirlenirken üç unsur olmalıdır.

aa)Teori çelişkili olmamalı,tutarlı olmalı,genel sis. diğer teorilerle uyumlu olmalı

bb)Teori bilgi vermeli

cc)Teori bilimsel olarak denenmiş olmalı ve çürütülebilir veya yanlışlanabilir olmalı

Alman Hukukçu Popper: Bilginin mutlak olmadığını,mutlak olmayan bilginin de doğru olmayan yanlışlanabilir bilgi olduğunu yanlışlanmadığı veya çürütülmediği sürece evrensel geçerliliğin geçici bir süre olduğunu örneğin evrenin bir yerinde 'siyah tek bir kuğunun' olduğu kuşkusunun bulunması gerektiğini ifade eder.

Popper,bilgi teorisini 4 aşama olarak ifade eder:

-Eski problem

-Deneme amaçlı teorilerin oluşturulması

-Yanlışlanabilirliğini denemek

-Kuramların eleştirel tartışmadan çıkan yeni problemler

3. Habermas'ın Eleştirel Teorisi

a) Frankfurt Okulu

aa.Genel Olarak

Frankfurt Ekolü(Eleştirel Teori Okulu) doğa bilimlerinde geçerli olan deneysel yaklaşıma karşı çıkan bir görüş sergilemektedir.Frankfurt Okulu doğru insan davranışının değer yargısı içinde ve bu değer yargılarını taşıyan olması gereken normlarla birlikte değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır.Frankfurt Ekolü,doğa bilimlerinin ve akıl yürütme yöntem ve amaçlarının gizli olduğunu,bilimin sadece insanın temel ihtiyaçlarını bastırmaya ve çevreyi kontrol eden yardımcıdır,sanayi ve teknoloji de bunun uzantısıdır.

bb.Bilimsel Teori ile Eleştirel Teori Ayrımı

aaa.Genel Olarak

- Bilimsel teorinin amacı,dünyayı araçsal olarak kullanımıdır.Eleştirel teori ise kişiyi aydınlatmayı amaçlar.
- Bilimsel teoriler,teorisel yapıyı nesnelleştirir.Eleştirel teoride ise her zaman nesne alanın parçasıdır,kısmi olarak kendilerini konu alırlar.
- Bilimsel teori gözlem ve deneysel olarak empirik doğrulama yapar;eleştirel teori ise karmaşık olarak bir değerlendirme sonrası süreci başarıya tamamlarsa bilimsel olarak kabul edilir.

Eleştirel teorinin dayandığı deneyim sadece gözlem değil kendi üzerinde düşünüm deneyimini içerir.

b) Habermas'ın Eleştirel Teorisi: İletişimsel Eylem Teorisi

aa)Genel Olarak

Habermas toplumsal yapının geleneksel toplumdan,geleneksel sonrası toplum olan modern topluma geçmek şeklinde geliştiğini söylemektedir.

bb)Yaşam Alanı ve Sistem

Habermas,iletişim ve eylemi yaşam alanı ve sistem olarak ikiye ayırır.Yaşam Alanı:Diğer kişilerle paylaşılan yerler(ev,mahalle...)

Sistem:Araçsal eylemlerin oluşmuş kalıp ve yapılarını belirler.(devlet idaresi,kurumlar...)Sistem yaşam alanına bağımlı olduğu halde,sistemin yaşama alanını sömürgeleştirmek istediğini söyler.

cc)Toplumsal Yaşama Alanı İçinde Ahlaki ve Hukuki Değer Alanı

Habermas,yaşam alanını üçe ayırır:

- Bilimsel ve teknik değer alanı
- Ahlaki ve hukuki değer alanı
- Estetik ve açıklayıcı değer alanı

Bu alanlarda geçerli üç ayrı geçerlilik ölçütü vardır:

- Doğruluk
- Normatif Doğruluk
- Dürüstlük

ee) İletişimsel Eylem Teorisi

Habermas iletişimsel eylemi, simgelerle sağlanan bir etkileşim olarak tanımlamaktadır. İletişimsel eylemler, karşılıklı davranış beklentilerini tanımlayan ve en azından iki süje tarafından anlaşılmış ve kabul edilmiş olması gereken üzerinde uzlaşmış olan zorunlu geçerlilik normlara uyar.

Kişilerin sosyal ortamdaki davranışlarını stratejik eylemler ve iletişimsel eylemler olarak ikiye ayırır.

Sosyal Eylem Teorisi

Sosyal eylem üç şekilde incelenebilir:

Deneysel Yaklaşım: Gündelik yaşam pratiğinin gözlem ve deneyle duygusal olarak incelenmesi

Yorumsal Yaklaşım: Sosyal olayların nesnel olarak aklen kavranarak incelenmesi

Dilbilgisel Yaklaşım: Dil aracılığıyla sistemin sosyal olgularının ortaya konularak incelenmesi

Ahlaklılık Söylem Kuramı

Habermas, ahlaki söylem teorisinde ahlaki normların davranışa özgü kurallar olduğunu, iyi veya haklı normların yaşama evreninde eylemlerimizi koordine ettiğini ve diğer kişilerin eylemlerinin tahmin edilebilir hale getirdiğini, davranışlarımızı ondan beklentimize göre dengeleyerek, böylelikle çatışmadan yoksun yaşama evreni oluşturduğunu söylemektedir.

Habermas'ın ahlaki söylem teorisi, "nasıl iyi yaparım"ın koşullarını ortaya koyar. Geçerli ve doğru ahlaki kural, ilgili herkesin çıkarı için eşit saygı gösterdiği ve akılsal olarak herkes tarafından özgürce kabul edilen kurallarda ahlaki ilke "evrenselleştirilebilir" çıkar olduğu takdirde geçerli olur.

ff) Kanun Teorisi

Kanunların Meşruluğu ve Meşrutiyeti

Meşru kanunlar, vatandaşların gönüllü akılsal uyumunu gerekli kılar. Habermas, meşruluk kavramını demokratik ilke ile açıklar. Habermas'a göre meşru kanun, ahlaki ve etik değerlere uyumlu olmalıdır.

Geçerli kanun normları, herkes için eşit ölçüde iyi olmalıdır.,

gg) Hukuk Kuralının Özellikleri

Kanun;

-Toplum tarafından benimsenebilir olmalıdır.

-Tatmin edici amaca yönelik olmalıdır. Kanun ahlak ve etik değerlerin değerlendirildiği bir bileşkendir.

-Toplumca tanınan otorite tarafından yürürlüğe sokulmalı ve resmen ifade edilmelidir.

-Hukuk kurallarının normatif içeriği, sonuç emreden stratejik eylemleri/davranışları konu alır.

hh) İletişimsel Söz Eylem

İletişimsel söz eylemleri,kısaca beyanın/önermenin açıklamasıdır.

(örn:konuşmak,sormak,cevaplamak...)

- Habermas,iletişimsel söz eylem tiplerini aşağıdaki temel başlıklarda toplar
Belirleyici Söz Eylemleri: Tümcelerın uygulamalarının anlamını ifade etmesidir.(iddia etmek,ifade etmek...)
İfade Edici Söz Eylemleri: Dinleyicinin muhababa karşı kendisini savunmasını ifade etmektedir.(kastetmek,yadsımak,bilmek,sevmek...)
Düzenleyici Söz Eylemleri: Kural koyucu söz eylemleridir.(emretmek,yetki vermek,söz vermek,yasaklamak...)

Habermas,doğruluk ve gerçeğin söz eylemlerinde neyin ve nelerin özelliğı olarak ele alarak,doğru ve gerçek olduğunu söylediğimiz söz eylemlerinin neler olduğunu belirlemek ister.

Geçerlilik Talebi

Habermas'a göre ,doğruluk ve geçerlilik önermelerde ifade ettiğimiz,böylelikle iddia ettiğimiz geçerlilik talebidir.

Geçerlilik Talebi ile Hak Talebi Arasındaki İlişki

Hak Geçerlilik Talebinin Nitelikleri

Habermas'a göre hukukta geçerlilik talebinin nitelikleri

-Anlaşılabilirlik

-Doğruluk

-Gerçeklik

- Doğruluk normlarının gerçekliğı

- Doğruluğunun içtenliğı

-Akılcılık

Bu nitelikler her sözsel eylemde talep edilir.Eğer önermenin geçerliliğı sağlanamazsa önermeye ilişkin geöerlilik savlarına konu edinir.

ıı) Hakimin Uyuşmazlığı Çözmesi(Yargılama Süreci)

Hakimler önüne gelen uyuşmazlığı çözerken ,önce olgular sürecinin ortaya çıkışı biçimini geçerli kılmak istediğı konusunda birleşmeyi belirlemesi gerekir.Araştırma süreci yorumsal bilgi ile sağlanır.Hukuksal soruşturma sonucunda yargı kararı ortaya çıkar.Bu karar hipotez gibi kabul edilebilir veya yanlışlanabilir.Yargılama süreci iki aşamalıdır ; 1)Olgusal Soruşturma 2)Hukuksal Soruşturma

4. Hukuk biliminin bilimselliği

a. Hukuk Bilimi,Hukuk Dogmatiği Ve Hukuk Doktrini

Hukuk Doktrini;Hukukun kaynağı olarak,yerleşmiş yargı kararları ile birlikte yarsımcı kaynaktır.Hukuk Sisteminin analizinde iki temel yaklaşım vardır.DOGMATİK VE NORMATİF YAKLAŞIM.

DOGMATİK YAKLAŞIM:Hukukun ne olduğu,nedenini ve sonuçlarını açıklamayı amaçlar.

NORMATİF YAKLAŞIM:Hukuk normlarının ne olması gerektiği üzerinde durur.Hukuk normlarının değerlerini açıklamaya çalışır.

Bu iki sistemi birleştiren KARMA SİSTEM ise 'Bütün olarak hukuk anlayışındadır'

Hukuk alanında dogmatik kavramı ,yürürlükteki hukukun kaynağını kurucu ölçütlerle açıklayan ve çözüm önerisi sunan hukuk teorileri ile hukuk ilke ve kurallarını ifade eder.Dogmatik hukuk kuralları,hukuk sistemiyle uyumlu,adalete ve korunan hukuk değerlerine uygun ve ilgili davranış model yarar dengesine uygun teoriler,ilke ve kurallardır.

Dogmatik kuralların Normun Geçerliğine Katkısı:

Hukuk Teorileri hukukun uygulanmasında pusula rolü görür.Hakim önüne gelen hukuki uyumsuzluğu çözerken,kanun hükümlerinin anlamını hukuk dogmatiğine uygun olarak yorumlar ve bu anlamıyla hükmü olaya uygular.Yerleşmiş yargı kararları genellikle hukuk dogmatiğine uygun kararlardır.Hakim farklı karar vermek istiyorsa yine hukuk dogmatiği ilke ve kurallarına göre hareket etmelidir.Kanun boşlukları da yine bu ilkere göre doldurulmalıdır.

b. Genel Olarak Hukuk Biliminin Bilimselliği

Hukuk bilimini hukuk değildir,ama hukukiliğin ve hukukun tanımı hukuk yapar.Doğa bilimleri,hukuk dışındaki sosyal bilimler,mevcut olan olguya ve nedenselliğe dayalı gözlem ve deneye dayanır.Hukuk bilimi ise normatif bir bilim olarak,olması gerekene ilişkin değer yargısına nedensellik yerine amaçsallığa,ısınat edilebilirliğine dayanır.

c. Doğa Konularından Farklılığı

Doğa bilimleri olanı konu alırken hukuk bilimi ise olması gerekeni konu edinir.Ayrıca doğa olaylarında nedensellik hakim ilke iken hukuk sisteminde atfetme olgusu önemli rol oynar.Bir disiplinin bilimselliği,onun konusu,metodu ve beyanının doğrulanabilirliği yönünden değerlendirilmelidir.

Hukuk Bilimi Konusu:Sadece devletin düzenlediği kanun kurlarını değil,hukuk kuralları toplumsal yaşam ve ekonomi üzerindeki etkilerini inceler.Hukukta değişkenlerin çokluğu sebebiyle genellikle deney yapmak olanaksız olsa da hukuk sosyolojisinde bu sorun gözlemle aşılabilmektedir.

d. Bilim Disiplinleri Yönünden Hukuk Biliminin Bilimsel Konusu

Uygulanacak olan 'hukuk neden haklıdır'sorusuna cevap arar.Hukuk teorisi ve hukuk sosyolojisi ile hukukun ne olduğunu ortaya koymaya çalışır.HUKUK TEORİSİ;bir yandan hukukun fonksiyonlarını belirleyerek.hukukun yerini belirlemeye ve tanımlamaya çalışırken diğer yandan hukuku sebep ve fonksiyonları yönünden neden vardır noktasında değerlendirir.

e. Hukukun Bilimsel Metodu

Hukuk biliminin kurucu önermeleri olmalı.Bu önermeler deneylenebilmelidir.Bu deneyleme doğa bilimlerinden,matematikten farklıdır.Bu farklılık hukukun fonksiyonunu sağlayan normatif amacı gerçekleştirmek istemesinden kaynaklanmaktadır.Hukuk hem varlığını hem de metodolojisini kendisi oluşturur.Bu düalist yapı onu doğa bilimlerinden ve sosyal bililerden ayırır.

Normatif Yapı;Hukuk bilimini karakterize eden nitelik normatif yapıda olmasıdır.Normatiflik denilince anlamamız gereken kuralın tanımlanıp yapısının belirlenmesidir.Katı pozitivist yaklaşım(KELSEN) normatifliğin kaynağını sorgulamaz.Nitelik yeterlidir.Günümüzde ise normatifliğin kaynağı sorgulanmaktadır.

Hukuk,**TEKNİK,ÖNSEL(DENEYSEL OLAMAYAN),AMPİRİK bir SOSYAL** bilimdir.

Hukuk bilimi bilimsel olarak kuralı koyma ve kuralın uygulanmasını inceler.Hukuk kuralının konusu da insanın dış dünyaya yansıyan yapma ya da yapmama biçimindeki davranışlardır.Genellikle iradi davranışlardır.İrade dışı ve psişik davranışlarla ilgilenmez;bu yönüyle din ve ahlak kurlarından ayrılır.Normun konusunu beşeri davranış oluşturur.

Hukukun METODU;Her bilim disiplinin gerçekliği aramadaki farkı ve değer yargısı farklılığı metot farklılığını da beraberinde getirir.Örnek davranış modelinin oluşması zorluğu söz konusudur.Ortak model davranış için iki görüş söz konusudur.İlk görüş topluluğun ruhuna uygun genel model insan davranışını belirler.Sosyal normların yansması önemlidir.İkinci görüş metodik bireysellik görüşüdür.MODEL DAVRANIŞ devlet ve diğer sosyal topluluk davranışlar düzenlenir.

Sosyal Bilimler ile ekonomiyi birlikte değerlendiren yaklaşımlar da bulunmaktadır.Ayrıca insanı sosyal inceleme konusu olarak ele almadan sadece mantıksal yapısıyla objektif olarak değerlendiren yaklaşımlar da vardır.

Hukuk Bilimi Eleştireldir;Hukuk doktrinin uygulanacak kanun hükmüne veya yargı uygulamasına eleştirel yaklaşımlarda bulunması yeni kural ve yargı kararının oluşmasına sebep olur.Ayrıca yargı uygulamaları özellikle kanun boşluğunu doldurması ve yeni hukuk kurallarının oluşmasına sebep olur.

Hukuk ANALİTİK METİN BİLİMİdir.Hukuk kuralları kanun metninde sözleşme hükmünde hakim in kararında bir form içinde yer alır.Genellikle metin yazılıdır.

Hukuk kuralı düzenlediği maddi olgulardan hareketle değil diğer hukuk kuralları ve değer yargıları ile ilişkilenebilir.AHLAK VE ETİK kuralları yanlışlama değerlendirmesine katkıda bulunmaktadır.Bu konuda HABERMAS sosyal bilimlerde araştırmacının,araştırma konusunun hem öznesi hem de nesnesi olmasını çıkmaz olarak görmektedir.

Yargı kararı yanlışlanabilir bir temel önermenin kabul edilmesine benzer.

4. HUKUKUN MUHATAPLARI YÖNÜNDEN DÖRTLÜ İLİŞKİ MODELİ

1)Kural koyucu olan kanun koyucu ve onun faaliyeti **KANUN**

2)Kuralı uygulayan hakim ve onun yarattığı kurallar **HAKİM HUKUKU ve İÇTİHAD**

3)Hukuk doktrini oluşturan bilim adamları ve eserleri **HUKUK DOKTRİNİ**

4) Kamu, toplumun hukuk hakkındaki **TOPLUMUN DÜŞÜNCESİ**

Hukukla ilgili bu dört muhatap birbiri ile olan ilişkisi ve etkileşim içinde hukuk bilimini oluşturur. TMK m.1 hükmüne göre kanun hukukun asli kaynağı olsa da hakim hukuku tamamlayıcı kaynaktır. HUKUK DOKTRİNİ ve YARGI KARARLARI yeni hukuk kurallarının oluşumunda kanun koyucuya yardımcı olur. Hukuk Doktrini hakim tarafından hukuk kuralının ne şekilde anlaşılması gerektiği konusunda bilgi verir.

5. HUKUKUN ÜÇLÜ TEMEL YAPISI

A. Genel Olarak

B. Temel Nitelikleri

1) DENEYSEL NİTELİK: Hukuk biliminin konusu olan kuralların etkisi toplumda ve ekonomide karşılığını bulmaktadır. Bu karşılık ise deneysel bir sosyal bilim olmasını sağlamıştır. Özellikle hukuk sosyolojisi ve son zamanlarda ekonomi bu yönüyle katkı vermektedir.

2) ANALİTİK NİTELİK: Hak ve onun temel yapısının analitik değerlendirilmesi gerekir. Bu alan Hukuk teorisini ilgilendirir. HUKUK psikolojisi ve hukuk mantığının konusunu teşkil eder.

3) NORMATİF NİTELİK: Hukuk kurallarının emir yönü hukukun normatifliğini ifade eder.

HUKUKUN POZİTİFLİĞİ: Normatif nitelik hukukun pozitif (yürürlükteki) hukuk olması anlamına gelir. Doğal hukuk okulları da normatifik üzerinde durmaktaysa da bu iki kavram karşıt kavramlardır. Doğal hukuk pozitif hukukun üzerinde yer alır. Hukukun pozitif ve doğal hukuk ekolü yönünden anlaşılması hukuk felsefesinin konusunu oluşturur. Modern HUKUK pozitif hukuktur. Burada pozitiflikten anlamamız gereken devletin karar verici yasal kanun koyucu tarafından egemenlik yetkisine dayanarak usulüne uygun olarak yürürlüğe sokulan davranış kurallarıdır.

HUKUKUN RASYONELLİĞİ: Hukukun gerçekliği için hukuki olgu ve gerekçelerin gerçekçi olması gerekmektedir. Hukuk var olan gerçekliğin üstüne kurulmalı ve anlaşılmalıdır. Bu gerçekliğin anlaşılması için 3 temel yaklaşım vardır.

1) FORMAL RASYONELLİK: Mantıki sistemsel gerçeklik anlayışını ifade eder. Çelişkisiz ve boşluk olmayan bir hukuk düzeni yaratmayı amaçlar.

2) REALİST RASYONELLİK: Hukuki kurumların fonksiyonelliği üzerinde durur. Kanunun sözleşmelerin idari sözleşmelerin v.b amaçlarında düzenlenen fonksiyonun toplumsal yapıya etkisini ve verimliliğini değerlendirir.

3) ÜTÖPİK RASYONELLİK: Hukukun optimal demokratik kurallarına, onun esas ve ilkelerine özellikle özgürlüklere uygunluğunun değerlendirilmesini konu alır.

C. Hukukun Temel Yapısı

1. Genel Olarak

Hukuk olgusu en genel anlamıyla NORM,SOSYAL OLGU ve ETİK DEĞER olmak üzere üç değerden oluşmaktadır.Her hukuk normu da Geçerli mi değil mi?Etkin mi değil mi?Adil mi değil mi? Açıklarından değerlendirmeye tabi tutulabilir.

Bir hukuk normu kölelik kanunları gibi geçerli olmaksızın adil olabilir.Etkin olmaksızın geçerli olabilir.ABD'deki içki yasağı.NORM geçerli olmaksızın etkin olabilir,özel hukukta örf ve adet hukuku kuralları.Etkin olmaksızın adil de olabilir.

2. Hukukun Ontolojik Sorunu

Hukukun özü normdur.Fakat saf hukuksal pozitivistlerden farklı olarak sadece ondan ibaret değildir.Hukuk kurallarının toplumsal buyutu unutulmamalıdır.Toplumsal ilişkilerin nasıl var olması gerektiğini ifade eder.

Hukukun dış dünyaya vurumu,uygulandığıdevletin yani toplumun dili ile gerçekleşir.HUKUK DİLİ ,toplumun ifadesinin hukuk kuralına yansıma şeklidir.Tanımlayıcı değil değerlendirci,varlık dışı değil varlıksal olarak düzenler.

Hukuk normatif ifadelerin toplamı olarak hukuki kavramları ve genel ilkelerle birlikte akla uygun MANTIKİ bir sistemdir.

Pozitif Hukuk teorisi hukukun emredilen insan davranışını konu aldığını insan davranışını yönlendirmeyen birkuralın normatif niteliğe sahip olmadığını iddia etmektedir.İnsan iradesi ile konulan kurallardır.İrade yokda norm da yoktur.

Hukuk kuralını diğer sosyal davranışlardan ayıran özellik hukuki normatif özelliğe sahip olmasıdır.Norma hukuki normatifliği veren egemen güç,müeyyide,belirli hukuk sistemine ait olmasıdır

Ülkemizdeki Kanun koymaya yetkili meşru otorite TBMM dir.Geçerlilikten anlaşılması gereken meşru bir otorite tarafından genellikle bir anayasaya dayanarak doğrudan doğruya belirli bir hukuk düzenine dahil edilmek üzere kurallaştırılmasıdır.

Meşru otoritenin koyduğu geçerli hukuk normunun hukuk sisteminde halen yürürlükte olup olmadığının saptanması gerekir.Hukuk normlarının sistemsal yapısı içinde temel normdan aşağıya doğru,üst norma uygun olması,aynı seviyede de birbiri ile çelişip çatışmaması gerekir.

Hukuk Kuralının Temel Özellikleri

1)GENELLİK,EŞİTLİK,SÜREKLİLİK;Hukuk kuralları tüm vatandaşlara kamu kurum ve kuruluşlarına ayırım gözetmeksizin(genellik) eşit olarak ve yürürlükte olduğu sürece uygulanır.

2)BAĞLAYICILIK VE BUYURUCULUK;Hukuk kuralları muhtapları için bağlayıcıdır.Ahlak kurallarından böyle bir zorlama unsuru yoktur.

Hukuk kuralları birbiri ile çatışan değil birbirini tamamlayan kurallardır.hukuk uygulaması ve teorisi arasındaki ilişki esinleme ve düzeltme olarak gerçekleşir.

3. Hukukun Fenomolojik Sorunu

Normun etkinliği norm ile muhatabının yeterince benimsenip benimsenmediğidir.Sosyal olgu olarak toplumda tanınip tanınmadığı sorundur.Diğer yönüyle kural ihlali halinde otoritenin cebri icra ile kuralın etkiniliğini sağlayip sağlamadığı sorundur.

Üzerinde durulması gereken bir konu da hukukun ve hukuk kurallarının toplumsal yaşam ve ekonomi üzerindeki etkisi ve karşılıklı ilişkileridir.

Hukuk halkın bilinci,diğer unsurlarla birlikte olan canlı varlıktır.SAVİGNY'e göre hukuk kanun koyucunun iradesinin görünümü değil,halkın ruhundan çıkan yazılı olmayan örf ve adet biçiminde somutlaşan kanun koyucunun koyduğu kurallardır.Halkın ruhundan kaynaklanır.HUKUK NASILSA ÖYLE OLMALIDIR.ilkesini kabul etmektedir.Hukukun düzenlediği sosyal ve toplumsal yaşam ile ekonomik yapının dinamik olması sebebiyle hukuk kurallarının değişimi gündeme gelir.Özellikle günümüzde endüstri toplumu,ilişkilerimizi yönlendiren teknik ve ekonomik gelişmeler ile yaşam ilişkilerimiz hukuk kuralları üzerinde çoköa etkilidir.

Hukuk ile toplumsam değişim etkileşim içindedir.Örneğin hukuk yeni elektronik ve teknolojik gelişmelere,yeni ekonomi ve finans araçlarına ve kurumlarına uyumlu bir sistem olmalıdır.

c. Hukuk ile Politik Sistem Arasındaki İlişki

Politik ve siyasal yaklaşımların hukuk kurallarını makyajlayarak örttüğu örnekler insanlık tarihinde mevcuttur.Hukuksuz/haksız kanunlar bu dönemlerde görünürler.1945-49 Führer Devleti kanunları buna örnektir.Führer Emirleri yaklaşımı vardır,kanuna dayalı ancak haksız/hukuksuz bir hukuk sistemi vardır.Nasyonal sosyalizm ideolojisi,hakimlerin Führer emirlerinin hizmetkarı oluşları politik tercihlerin hukuka yansıtılmasının bir örneğidir.Bu açıdan hukukun yalnızca kanunlardan oluşmadığı düşünceesi önem kazanmalıdır.Hukukçular yorumlarında ekonomik ve değer yargılarına,devlette bulunan baskın düşünceye göre karar vermekten kaçınmalıdırlar.Hukukçulara bu merkezlerden etki ve baskı artııkça onların yorum papağanlarına dönüştüklerini görmekteyiz.Adaletin ışığı ve evrensel insan hakları temelli yorumlar yapılmalıdır.

4. Hukukun Deontoloji Sorunu Etik Değerler Yönü Adalet

Adalet nesnel ve öznel olmak üzere iki değerik anlamda kullanılabilmektedir.Öznel adalet,adaleti gerçekeştirmeye yönelik bir tutumdur,adaletseverliktir.Nesnel adalet ise kişilerin somut bir durumda gerçekeştirebileceği ilişki biçimidir.

Evrensel ve kanuni adalet şeklinde bir ayırım daha vardır.Tüm hukuk sistemine karşı adalet ve yasalarca uygun görülen adalet karşılaştırmasıdır bu.

Hukukun etik yönünü savunan hukukçular,hukuk düzeniyle hak ve özgürlükleri hukukun özü olan adalet düşünceesine bağlılar.

Hukuk kuralların anlamını,hakkın temel yapısını ve onun toplum üzerindeki etkisini ortaya koymak durumundadır ve felsefeyle,sosyolojiyle iç içedir.

HUKUK NEDİR?

1. GİRİŞ

Bilgi;bilen kişinin var olan bilgiyi tanınması.

Kavram;bir şeyin zihindeki tasavvuru.

Algının bilgiye dönüşmesi zihindeki algının kavramsallaştırılmasıyla olur.

Kavramsallaştırma;düşünme şeklindeki zihinsel faaliyettir.Bilginin işlevini yapabilmesi için kavramın anlamlandırılması ya da terime çevrilmesi gerekir.

Terim;kavramın yazı ya da sözle ifadesi,aktarılması.

Hukuk nedir sorusuna hukuka ilişkin bilginin nasıl ve hangi kanallarla oluştuğu ya da hangi ölçüte göre değerlendirileceği bakış açılarıyla cevap verilir.Değerlendirme ölçütleri:Hukuksal ontoloji,epistemoloji ve aksiyoloji.

Hukuk tanımı yapılması zordur,hukukun konusu değişkendir ve sabit bir bakış açısına sahip değildir.

Hukuk Tanımı Denemeleri

A priori özelliği üzerine hukuku inşa edenler vardır.En genel anlamdaysa hukuk,devlet tarafından korunan ve uygulanan müeyyide ile desteklenen kurallar topluluğudur.

Farklı tanım denemeleri vardır.Gerçeklik yaklaşımıyla anlam verenler gözlemle,kanun koyma olarak anlam verevler hakim yönünden hukuk olarak düşünmektedir.

Hukukun üç temel fonksiyonu:Etik,sosyal olgu ve normatiflik.

Kitabın Tanımının Önemli Unsurları:Toplumsal ilişkileri düzenler ve bireylerin toplumsal davranışlarını kontrol eder,devlet tarafından yürürlüğe sokulur ve bireylerin uyması maddi olarak zorunludur.Geçerli normlar sistemidir bu yönüyle doğa kurallarından ayrılır.Adaleti sağlamayı amaçlar.

Hukukun Üç Anlamı(Tarihsel-Pozitif-İdeal) hukukun temellerini oluşturan esas kuralların doğadan mı insan aklından mı kaynaklandığı konusunda ayrım gösterirler.

2. TEMEL YAKLAŞIMLAR

Pozitif(biçimsel,şekli) ve pozitif olmayan(maddi/özcü)şeklindedir.

Doğal hukuk ekolü maddi/özcü yaklaşımdadır.İnsan davranışlarına yön veren,objektif ve geçerli değerlerden bahsetmektedir.İnsan iradesi,doğal niteliğiyle açıklanan hukuk bu yaklaşımının yerini dinsel yaratanın iradesi açıklamasına bırakmıştır.Orta Çağ'da ise sosyal toplumun sosyal yaşamda yer alan sosyal norm özelliğiyle pozitif hukuk yönüyle açıklanmaya çalışılmıştır. Pozitif yaklaşım ise hukuku devletin koyduğu,uygulanmasını zorunlu kıldığı biçimsel normlar olarak ele almaktadır.

Genel Olarak Hukuk Ekollerinin Yaklaşımı

Realist bakanlar hukukun özünü;normun kendi varlığında arayarak veya insanın somut varlığına ya da sosyal-ekonomik ilişkilerine bakarak bulabilmişlerdir.

İdealist bakanlar için hukuk olgusu adalet sistemine bağlıdır.Adalet idesi ise akılla,sezgi aracılığıyla değer olarak ya da tanrısal adalet olarak ortaya çıkmaktadır.

Genel Olarak Hukuk Ekollerinin Yaklaşımı

Aşkın iradeye dayanan,dünyevi iradeye dayanan,hukuk sınıflı toplumlarda başlatan,sosyallikle hukukiliği özdeşleştiren tanımlar mevcuttur.

Hukukun norm,sosyal olgu ve etik değer görünüşlerinden hareketle farklı hukuk görüşleri geliştirilmiştir.

Hukukun Norm Olgusundan Bakanlar:hukuksal pozitivizm(Austin,Dugiut,Kant) ve saf hukuk teorisi ile Kelsen.

Sosyal Olgu Olarak İnceleyenler:Dayanışmacı okul,tarihçi hukuk ekolü(von Savigny),Marksist okul(Hegel,Marx) ve faydacı hukuk.(Bentham)

Etik Değer Olarak Bakanlar:Doğa Hukuk Ekolü,Antropojik Doğal Hukuk(İnsanın doğası:Platon),Dinsel Doğal Hukuk(Tanrının İradesi:Sofokles,Cicero,Thomas,Augustin,T.Von Aquin,J.D.Scotus,W.Von Ocham)

Gerçekçi Doğal Hukuk(J.Locke,J.J.Rousse,Immanuel Kant)

Doğal Hukukun Rönesansı(Özellikle yeni Kantçılık):Fizyoloji Okulu,Metafizik Okulu,Gerçekçi Okul,Göreceli Okul,Ruh Bilimsel Okul.

Katı Kantçı Okullardan,Marburg Okulu(Rradbruch,Stammer,Hartman,Cohen,Natorp,Cassirer,Liebert)

Ve Aksiyon Bale Okulu(Windelband,Rickert,Lask)

Hukuka Modern Yaklaşımlar

Pragmatizm ve hukuki realizm yaklaşımı ile fenomenolojik ve varoluşçu akımların da hukuka yaklaşımları söz konusudur.

3. DOĞAL HUKUK TEORİSİNİN HUKUKA YAKLAŞIMI

A. Genel Olarak

Doğal hukuk yorum yoluyla içi doldurulabilen bir kavramdır,değişime uygundur.Özgünlük,gerçeklik veya canlılık olarak anlaşılabilir.Temel yaklaşımını ise akıl ve öz oluşturur.Akıl,idenin hukukudur.Barındırdığı doğru,gerçek,haklı ve adil unsurları devletlerde farklı görünümde bulunmuştur.Doğal hukuk düşüncesi bu bağlamda temel bölümlere ayrılır :

B. Antik Dönem Doğal Hukuku

Yunan Döneminde doğal hukuk insan kanunlarına hükmeder. Platon doğal hukuka objektif değer vererek onu bağımsızlaştırma, ona içerik verme isteğindeydi. Cicero ise gerçek hukuk doğa ile mutabık olan haklı aklıdır demiş ve doğal hukuk felsefesinin ana unsurlarının evrensellik, değişmezlik ve ebedilik olduğunu söylemiştir.

C. Dini Dönem Doğal Hukuku

Din kaynaklı hukuk kuralları, hukuk ile ahlak ayrılmaz bir bütündür. Devlete dini kaynaklara dayanarak toplumu düzenleme görevi. Ulpianus doğal hukuk sadece insana özgü değil, havada, karada ve denizdeki canlılara da ait demiştir. Augustin tanrısal kanunun etkisi vardır ama direkt değildir. İnsan etkili ve onun özüne uygun olarak yansıttığı yerler vardır demiştir.

Thomas Aquino ölümsüz ve kutsal kanunlar doğa hukuku ile insan yapımı hukuku ayırır demiştir. Böylece doğal veya ilahi hukuka uygun olmayan hukukun, hukuk olmayacağını söylemiştir. Luther ise Aydınlanma Dönemine geçişte önemli bir isim olarak tanrının dünyası ile insan dünyasının ayrıldığını, günahkar olan insanın tanrının emirlerini tanımadığını söylemiştir.

D. Aydınlanma Dönemi

Luther etkisiyle başlayan hukukun kaynağının akıl olduğu düşüncesi hakimdir. Hugo de Grotius tanrının var olmasa bile doğal hukukun aynı içeriğe sahip olacağını söyleyerek hukuk kurallarını aslında evren bir gözle ele aldığını açıklamıştır. Akıl emri olan, değişmez ve evrensel kurallarla laik bir bakış getirmiştir. Hobbes düzenli bir toplum için toplum sözleşmesinin gerekliliğini vurgular. Doğal kanunlarını, egemenin ortaya koyduğu ve toplumun uyması gerektiği kanunlar olarak belirler. Doğal hakların önce geldiğini vurgular. (devletin vereceği güvenlik hizmeti kapsamında adalet devlettir) Locke ise sözleşmeye uymasının temelini mülkiyetin korunmasına bağlar. Doğal kanunları yine evrensel, üstün, akıl hakimiyetinde ve devletin koyduğu pozitif yasadan üstün. Kant da yine bu özelliklerde fakat ispatı gerekmeyen, doğruları açık değerler olarak doğal hukuku ele almaktadır.

Serbest Hukuk Okulu

Sosyoloji temelli katı pozitivizm karşıtı Oskart Bülow kuruculuğundaki okuldur. Hakimin kralı özgürlüğü ilkesi vardır, hakim kanunun üstünde yer almalı der.

Tarihi Hukuk Okulu

Hukuk normları o toplumun milli tarihi ve milli kültür gelişiminin sonucu olarak çıkar. Hukukun üç temel kaynağı vardır: Toplumun ruhu (bağlayıcı hukuk normu), konulmuş kanun, hukuk bilimi. K. koyucu iradesi ve hukuk dogmatikinin akli toplumun ruhunu belirler.

Puchta tüm hukukun varlığının ve geçerliliğinin toplumsal ruhla vücut bulacağını, hukukun geçerlilik şartlarının ise hukukçular tarafından tespit edilip, tanınip, yasalaştırılacağını söylemiştir. Puchta'nın görüşü kavram hukukçuluğu olarak adlandırılmaktadır. (K. koyucu birincil hukuk kaynağı, hukuk piramidinde felsefi mantık yapısı) Mantıksal ve çelişkisiz özgürlüğe hizmet ederler. Kavramların kendisinin hukuk emri olduklarını söylerler.

Von Jhering ise güçlü bir kavramsal sınıflama yapılması zorunludur, tüm hukukun kaynağında sadece amaç vardır demiştir.

Sınıf İlişkilerine Göre Hukuk Anlayışı

aaa. Genel Olarak

Bu anlayışın temel hareket noktası Sanayi Devrimidir.

Marks devrimci düşüncelerini ve prensiplerini bu bağlamda aktarmıştır. Sermayenin tarihi mantığını ortaya koymuştur.

bbb. Diyalektik Tarihi Metaryalist Felsefe

Marksizm varlığın sürekli değişim içinde olduğunu iddia eder. Her varlığın (tezin) kendi içinde antitezini taşıdığını ve tez ile antitezin çatışması ile varlığın yeni ve üst bir senteze ulaşacağını kabul eder. Bu sebeple Marks, Hegel'in "idealist diyalektiğini" değiştirerek "diyalektik tarihi metaryalist felsefeye" dönüştürmüştür.

ccc. Üretim İlişkisi- Üretin Gücü

Üretim güçleri teknik imkanlar belirler. Bu imkanlarla insan ekonomik değeri olan mallar üretir. Ör: Tarımda çiftçilerin tahıl üretmesi.

Üretim ilişkisi ise ekonomik yaşamın sosyal kurallarından oluşur. Ör: Efendinin köle üstündeki hakimiyeti, kapitalist toplumda sömürü ilişkisinde kapitalistin işçinin üzerinde özel mülkiyet ve sözleşme özgürlüğü ile kurduğu hakimiyet.

Üretim ilişkisi kendi içindeki devrimlerle gelişim gösterirken üretim güçlerini de geliştirir.

Üretim ilişkileri sonucu :

İlkel toplumdan => köleci toplum => feodal toplum (feodalizm) => kapitalist toplum => komünist topluma (komünizme) zorunlu olarak dönüşür.

ddd. Artık Değer Teorisi

Emek değer teorisi : Üretilenin üretim değeri ile değişim değerini ayırt eder.

Artık değer teorisi : İşçinin ürettiği değere işveren ödemede bulunur. Sürüm değeri ile üretim değeri arasındaki farkı kapitalistler sermayelerine artık değer olarak katması

eee. Toplumsal Dönüşüm

Marksist teoriye göre ilkel toplumda ortak mülkiyetin hakim olduğu sınıfsız ve devletsiz toplum değerleri ve toplumun diğer değerleri çatışarak köleci topluma köleci toplumda oluşan özel mülkiyet feodal topluma bu da kapitalist toplumda sömürüye neden olur.

- Kapitalizmde mülkiyet işçi sınıfının ortak ürünüdür ama ondan pay alamazlar.
- Kapitalist üretim modelinde üretim araçlarının mülkiyetini elde bulunduranlar işçi sınıfı ile çatışma içindedir. Bu durumda kapitalist toplum kendi içinde karşıtını oluşturur.

İşçi sınıfı (proletarya) üretim araçlarını bu çatışma ile ele geçirerek kendi proletarya diktatörlüğünü oluşturur.

Ploterya diktatörlüğü; sanayi, tarım ve sistemden kapitalist unsurların ayıklandığı, kapitalist sömürünün kaldırıldığı ve toplumdaki büyük eşitsizliğin kaldırıldığı bir dönemdir.

Proleterya diktatörlüğü sonrası toplum sosyalizme geçecek ve en sonunda komünizm aşamasına ulaşır.

Sosyalist toplum aşamasında toplum

- Devlet planlı ekonomi ile üretim araçlarını yaygınlaştırır.
- Gerçek eşitliğin temelleri atılır ama tam sağlanamaz.
- İşçilerle köylülerin kendi içinde kısmen de olsa eşitsiz olduğu dönemdir.

Komünizm aşamasında toplum

- Hukukun işlevsiz hale gelip ve sona ereceği sınıfsız, devletsiz toplum oluşur.

Marksist teorinin çelişi yanı diyalektik kuralı gereği anti tez noktası olmaması ve komünist toplumda kalınmasıdır.

bb. Marksist Hukuk Teorisi

aaa. Genel Olarak

Marksist teori ; hukuku başlı başına incelemeye değer bir olgu olarak sistematik ve kapsayıcı bir açıklamayla ele almamıştır. Hukuku bir toplum kuralı olarak hukuk ve ekonomik ilişki kapsamında açıklamıştır.

- Marks ve Engels'in hukuk teorisine özgü çalışması bulunmamaktadır. Sonraki Marksist yazarlar da böyle bir çalışmadan kaçınmışlardır.
Buna rağmen Marks, Marksizim anlayışında 1989 yılına kadar hukuk felsefesinin ustası sayılmaktaydı.

Marks'ın hukukla ilgili söylemleri az, genel ve yoruma muhtaçtır. Marksist-Leninist ideolojiyi benimseyen ülkelerde bu sebeple hukuk teorisi anlayışları farklılık göstermiştir.

bbb. Hukukun Sınıfsal Karakteri

Marks'a göre hukuk toplumda sınıflar arası kavganın bir sonucudur. Hukukun sınıfsal bir karakteri vardır. Bu sınıflar kavgasında hakim sınıf ; hukuku, kanun koyma ve hukuk uygulamaları ile araç olarak kullanır.

Devlet, egemen sınıfın egemenliği altındaki sınıflar üzerindeki baskı aracıdır. Bu baskı mekanizmalarından biri hukuktur.

Marks ve Engel kanunun toplumun ortak iradesinden oluşan yarar olarak ifade ederler. Hukuk hakim olan sınıfın egemenlik enstrümanı ve ürünüdür.

Marksizmin hukuku sınıfsal yapı olarak görmesinin sebebi olan nitelik ve özellikler :

- Hukuk, hakim sınıfın kendi yararına haklar sağladığı bir üst yapı kurumudur. Bu sebeple maddidir. Hakim sınıfın politik ve ideolojik amaçlarına hizmet eder. Bu ideolojik amaç hakim

sınıfın ortak bilincini oluşturmak ve geliştirmektedir. Ayrıca hakim ideolojiye karşı yapılan düşmanca saldırıya karşı hakim ilişkiyi korur.

- Hukuk düzeni kapitalist özel mülkiyeti korur. Bu koruma kapitalistlerin işçi sınıfını bastırmasına ve boyun eğdirmesine hizmet eder.
- Toplumsal değişim devrimle ve proletarya diktatörlüğü ile gerçekleşecektir. Sosyalist hukukta; hukuk sadece kapitalizmden komünizme geçişte devletin egemenlik kurumu olarak Marksist-Leninist partinin işçi sınıfı adına kullandığı egemenlik enstrümanı (aracı) olmalıdır.
- Sosyalist hukukun ödevi; Marksizmin kanunlarına uygun olarak parti tarafından yorumlanmış şekliyle, sosyalist-komünist gelirine ve toplumsal değişime hizmet etmektir.

Marksist ve Leninist partinin egemenliğindeki sosyalist toplumun görevi hukukun aracılığıyla Dünya’da komünist toplum inşa etmektir.

Komünist toplumun inşası içte;

- Toplumun kapitalist üretim ilişkileri ve değerlerinden arınmasıyla
- Düşmanca tavırlara karşı proletarya (işçi sınıfının) korunmasıyla
- Yanlış yönlendirilmiş sosyalist çalışan ve köylüleri tekrar kazanmasıyla olur.

Komünist toplumun inşası için dışta;

- Kapitalist devletlerin emperyalist saldırılarına karşı korunmasıyla
- Onlara proletarya devrimi ihracının gerçekleşmesiyle

ccc. Hukukun Fetisizm Formunu İnkarı

Hukuk fetisizmi ; hukuku yaşamın varlık koşulu olarak algılar. Hukukun özelliğinden hareket eder. Hukukun üstünlüğü ilkesini kabul eder.

Marksist-Leninist doktrin hukuk fetisizmini reddeder. Ayrıca maddi koşullara bağlı evrensel adalet kavramını da reddeder.

ddd. Hukukun İdeolojik ve Kurumsal Yapıya İlişkin Üst Yapı Kurumu Olması

Marksist-Leninist görüş hukuku tek başına incelemeyi. Hukuk, moral, din ve sanatı alt yapının ürünü olarak görür. Bundan dolayı hukukun kendine özgü tarihi yoktur. Hukukun varlığı toplumsal ilişkilerinin gelişimine bağlıdır.

Marksist doktrine göre hukuk toplumun maddi yapısını değiştirmez.

Üretim ilişkilerinin bütünü toplumun ekonomik yapısını oluşturur. Bu temel üzerine hukuki ve politik yapı yükselir.

Marksist teori, devlet ve hukukun bütünlüğünü ve bununla bağlantılı olarak devlet teorisi ve hukuk teorisinin bütünlüğünü kabul etmez. Engel’s sonraları hukukun ekonomiyle değişimi konusunda hukukun “arka etkisi “ nin olduğunu kabul eden izahlar yapmıştır.

Lenin’e göre hukuk maddi ekonomik temelden “relatif otonomlar “ ama bu maddi temel son yetkili merci olarak hukukun içeriğini belirler.

Hukukun marksist bakış açısıyla alt yapı ve üst yapı kurumları arasında ilişki kapsamında iki bakış açısıyla izahı yapılmaktadır.

Kaba Materyalizm; alt yapıyı oluşturan hukukun ekonomik ilişkisinin üst yapıya yansımalarıdır. Hukuk dahil tüm toplumsal ilişkileri sanat ahlak ve dini ekonomik alt yapı ile izah etmeye çalışır. Bu sebeple hukuk Marksist eserlerde toplumdaki üretim modelinde sömürüye yol açan rolüyle değerlendirilir. Bu sebeple hukuk kuralları şekli ve içeriği ile egemen gücün üretim modelini ifade eder. Bu bakış açısı basit ve tutarsız olması sebebiyle eleştirilmiştir

Sınıf araçsallığı => Bu bakış açısı hukuku, egemen sınıfın iradesinin doğrudan bir ifadesi olarak kabul eder.

eee. Sosyalist Hukukun Proletarya Devrimi ile Gerçekleşmesi

Marks, bireysel kapitalist devletin sosyal Proletarya devrimi ile gerçekleşeceğini ve bunun gerçek özgürlüğe ve eşitliğe giden tek yol olduğunu savunur. Reformlarla sosyalist toplumun oluşmasına devletin ve hukukun imkan vermeyeceğini iddia eder.

fff. Sosyalist Hukukta “ Olan”la “Olması Gereken”in Bütünlüğü

Sosyalist hukukta, hukuk devrimsel niteliği gereği, objektif kanun ölçütlerini gerekli kılar; bu ölçütlerde sadece maddi yaşam şartları ile açıklanabilir.

Sosyalist hukuk herhangi bir şeyi normatifleştiremez; Marksist doktrinine uygun ve bu doktrinin diyalektik materyalizm bilimine göre içeriğini entegre eder.

Hukuk, sadece öngörülen üretim ilişkilerinin tarihi süreçteki çatışmalarıyla bilimsel olarak oluşur.

Sosyalist hukuk doktrinine göre, hukuk ahlakla durumu gereği bütünlük arz etmektedir. Hukuk kuralları ile moral etki, sınıfın ekonomik yararına ve sınıfsal üretim ilişkileri ve durumuna etkili olmaktadır

Proleter komünist ahlakın moral değişiminin en son aşaması olduğu iddiasındadır.

ggg. Bireysel Hakları, Özellikle Mülkiyet Hakkını Reddi

Marksist-Leninist hukuk doktrini, bireysel hakları (özellikle mülkiyet hakkını) kapitalist ekonominin ifadesi olduğunu ve sınıfsız komünist toplumda gerekmeceğinden ret etmişlerdir.

Bireysel hakların reddinin gerekçeleri:

- Bireysel hakların kanunlara aşırı riayeti sağlayıp, insan davranışlarını kuralların idaresine tabi kılması
- Bireysel hakların sermayenin çıkarlarını koruduğu ve ona tabi kılması
- Çıkarıcı bireylere hizmet ederek kişileri bireyselleştirmesi
- Bireysel hakların ekonomik alt yapıyla ilgisi olmadığından daha çok ahlaki ve ütöpik nitelikte olması

hhh.Komünizm Aşamasında Devlet ve Hukukun Sonlanması

- Kapitalist toplumdan komünist topluma geçiş ahlaki bir ilke değil,ekonomik zorunluluktur.

- Marksist hukuk teorisi, kuvvetli olarak komünist toplumda hukukun sona ereceğini ve devletin sonlanacağını söyler.
- Marksist-Leninist doktrin, komünist toplumda devletsiz ve sınıfsız toplum olduğu ve tüm insanlar arasında geçek eşitliğin sağlandığı düzenin olduğu düşüncesindedir. Gerçek eşitlik "herkesten yeteneğine göre, herkesin ihtiyacına göre" kuralında ifade edilmektedir.

cc.Marksist-Leninist Teorinin Gelişimi

- Lenin hukukun sosyalizmde insanlar arasındaki yeni ilişkileri düzenlendiğini ifade etmiştir.
- Lenin, Engels'in hukuk ve devletin sonlanacağı tezinden uzaklaşmıştır.
- Sosyalist dönemde, sınıfsız toplum olan ütopyik komünist topluma ulaşma yolunda hukuk sosyalist kanuna dönüşmüştür.

c.Evrimci Sınıf Teorisinin Hukuk Teorisi:Lorenz von Stein'in Teorisi

aa.Genel Olarak

- Alman düşünür hukukçu von Stein, Marks ve Engels'in dönemdaşı olarak onlar gibi Hegel'in birey ve devlet kuramlarından yola çıkarak yeni bir toplum kuramı oluşturmuş v tüm sosyal bilimlere uygulanabilecek metod geliştirmiştir.
- Von Stein'in sosyal toplum görüşünde 19.yy'ın özgürlük ve sosyal sorunlarına çözümler üretir.

Getirdiği sosyal analizler ve çözümler onu sosyolojinin kurucusu hâline getirmiştir.

bb.Katmansal(sınıfsal) Yapının Toplumun Temelini Oluşturması

- Von Stein'in toplum kuramının temel düşüncesi, devlet ve toplum arasındaki karşılıktır.
- Von Stein'e göre toplum insan yaşamının organik birliğidir. Sanayi toplumu özünde sınıf çelişkileri barındıran toplumsal ilişkilerdir. Toplumun sınıfları da egemen sınıf (sermaye sahibi) ve bağımlı sınıftır. Toplumda bu ilişkileri sahiplik formu belirler. Sahiplik formu:Toplum düzenini, hukuk kurallarını ve malî ilişkileri düzenler.
- Toplumdaki farklı mal değerlerinin ve egemenliğin dağılımının toplumun ruhunda ve sosyal yapıya uygun olması halinde sınıflar arasında çatışmanın kalkacağını iddia eder.Kapitalizmin toplumun katmanlaşmasına neden olduğunu söyler.
- Proletarya sınıfının,hakim sınıftan özgürlük, eşitlik, refah talebi ile çatışma içinde olduğunu ifade eder.Bu taleplere karşı egemen sınıfın hukuksal düzenlemelerle sınıfsal sınırlamalar getirmesi veya sosyal katmanlar arasındaki geçirgenliğin azaltmasını "sosyal sorun" olarak görür.

cc.Proletarya Devrimi Yerine Devletin Reformu

- Von Stein Marsisizmden farklı olarak, devletin yapacağı reformlarla sınıflar arasındaki karşıtlığın çözümleneceğini savunur.Bu sorunları çözmek devletin görevidir.
- Proletarya devrimi reddeden von Stein her devrimin yeni, tam tersi sorunlar getirdiğini ve sorunları çözmediğini ifade eder.
- İdeal bir devlet , tüm bireyleri özgür ve eşit kabul ederek, onların gelişmesini, refahını ve eğitilmesini ilke edinir. Böylece von Stein, özgürlük ve eşitliği devlete, sömürü ve eşitsizliği

topluma ait kılarak toplumun iç çelişkisini devlet ve toplum arasındaki bir karşılığa dönüştürür.

- Von Stein, devletin sınıf devletine dönüşmesinin tehlikesine işaret ederek devletin egemenliğinin az sayıdaki sermaye sahibinden alınarak diğerlerine özellikle büyük sayıdaki proletaryaya verilmesi gerekliliğini ifade eder.
- Von Stein, liberal vatandaş toplumunun kendi içinde evrimle gelişeceğini ve insan özgürlüğünü gerçekleştireceğini kabul eder.
- Von Stein, komünizmin kabul ettiği şekilde özel mülkiyetin sonlanacağı iddiasını reddeder; özel mülkiyetin maddi özgürlüğün topluma yansıyan formu ve edimleri özendirici rolü olduğunu kabul eder.

dd.Hukukun Toplumun Ürünü Olması

- Von Stein, hukuku toplumun ürünü olarak kabul eder. Ona göre “Her toplumsal düzen kendi prensiplerine sahiptir ve bu prensiplerin belirlediği hukuk sistemi içinde kişilerin toplum için yaşamı düzenlenir.” Bu sözlerinden toplumsal gücün hukukun koyulmasında başta rol oynadığı anlaşılır.

9.Menfaat Hukukçuluğu

a.Genel Olarak

- 19.yy ortalarında sanayi devrimi ile ekonomi düzeni- toplum düzeni ve hukuk düzeni arasındaki ilişki hukuk disiplinleri tarafından irdelenmeye devam etmiştir. Bu kapsamda menfaat kavramı da değerlendirilmeye başlamıştır. Örneğin; Marksist teori: Marx ve Engels, menfaatin vatandaş toplumlarını bir arada tuttuğunu, Lenin menfaatin belirli bir sınıfın o toplumsal yapıda varlık sebebi olduğunu, Von Stein yarar toplumun genel prensibi olduğunu ifade etmişlerdir.
- Aynı dönemde ilk olarak Ernst Rudolf von Jhering, aynı dönemde hakim görüş olan kavram hukukçuluğunu değerlendirerek geleneksel hukuk bilminde, tüm hukukun amaç ve menfaat şartı olduğunu ifade etmiştir.
- Von Jhering, hakkı “irade gücü” olarak anlamış ve onun hukuken korunan menfaat olduğunu söylemiştir.

b.Rudolf Von Jhering:Amaç ve Menfaat

* Von Jhering’in hukuk tanımı: Hukuk, kelimenin en geniş anlamında devlet gücü tarafından dış zorlama ile güvence altına alınan sosyal hayat şartlarının bütünüdür.

- Von Jhering’e göre günümüzdeki hukuk normuna ulaşıncaya kadar normun tarihsel süreci aşağıdaki aşamaları geçirmiştir:
 1. Bireysel emir olarak norm: Mutlaka belirli bir bireye yönelmesi gerekli değildir. Örneğin erkek vatandaşları askerlik şubesine başvurmaya çağırma da emirdir.
 2. Tek taraflı bağlayıcı hukuk normu: Hukuk normunu uygulamakla görev ve yükümlülüğü devlete aittir.
 3. İki taraflı bağlayıcı hukuk normu: Bu aşamada hukuk, devlet tarafından oluşturulan normlar bütünlüğü özelliğini kazanmakta ve devlet kuvvetini kendine bağlamaktadır.
- Von Jhering, tüm hukuk uygulamalarının temel iki form üzerinden yürüdüğünü söyler:

1. İlk form olan basit uygulama formu:Konulmuş hukuk normlarının yorumlanması ve sistemleştirilmesinin söz konusu olduğunu söyler.
2. Yüksek formda hukuk uygulaması :Genel hukuk kavramlarının mantıksal endüksiyon yolla kavramsallaştırılması ve bunların sisteme edilerek hukuksal yapıları oluşturduğunu söylemektedir.

c.Philipp Heck: Menfaat Hukukçuluğunun Yeniden Değerlendirilmesi

aa.Genel Olarak

- Matematik ve doğal bilimler eğitimi gören Heck, menfaat teorisini, hukukun kaynakları, kanunun yorumu ve hukukun gelişmesinde temel değerlendirme ölçütü ve metodu haline getirmeye çalışmıştır.
- Heck, Hukuki Kazanımda Sorun adlı eserinde, hukuk normlarında toplumun değişik gruplarının maddi, manevi ve dinsel değer yargılarına somutlaşmış şekliyle normun kendine özgü "sebebinin" izlerini belirlemiş; bunların hepsini menfaat olarak isimlendirilmiştir ve "menfaat hukukçuluğu" teorisini kurmuştur .
- "Değer hukukçuluğu"nın temel yapısını oluşturan "menfaat hukukçuluğu" ülkemizde olduğu gibi Kıta Avrupası hukukunda da, özellikle hukuk metodolojisinde temel görüşlerden biridir.

bbb.Hukukun Metodu Olması

- Heck, menfaat hukukçuluğunu uygulamalı hukuk bilimin bir metodu olarak ele almaktadır.
- Heck, bu metodun pratik olarak hukukun ihtiyaçlarını karşılayabileceğini ve hayatın dayattığı hukuku belirleyebileceği görüşündedir.

ccc. Menfaat Kavramı

aaaa. Genel Olarak

- Von Jhering tarafından incelenen "menfaat" kavramı, Heck tarafından bilimsel anlama kavuşturulmuştur.
- Heck ,her toplumda birbiriyle çatışma ya da uzlaşma içinde olan menfaatlerin bulunduğunu, bu menfaatlerin kanun ve anayasa tarafından korunan değer olarak kavramlaştırıldığını söyler (insan hakları, dürüstlük ilkesi, inanç özgürlüğü...)
- Heck'e göre menfaat insanın yaşam ve toplumsal ilişkilerinde diğer varlıklara, malvarlığı değerlerine yönelik maddesel (özel ya da kamusal menfaat) veya ideal (dini ya da etik değerler, adalet) nitelikteki istek, talep ve tasarımıdır.
- Heck'e göre Van Jhering'in amaç kavramı sadece verilecek yargı kararından öncelik verilen menfaat olarak kabul eder. Heck ise hukuk normunda karşı tarafın menfaati olduğunu, hukuk normunun ise ancak karşılıklı menfaatin değerlendirilerek anlaşılabilceğini kabul eder.

bbb. Menfaat Çeşitleri

- Heck öncelikle yaşam menfaatleri ve hukuk tekniği menfaatleri ayrımı yapmaktadır.
- Yaşam menfaatlerinin gerçekleşmesi maddi adalet hizmet eder. Hukuk tekniği menfaati ise hukukun pratik uygunluğuna ve ifade etme menfaatine hizmet eder.

ccc. Menfaat Çatışmaları

1. **Özel Çatışma =)** Özel çıkar ilişkilerinde, özel menfaatlerin tartılması ve bu menfaatlerin dengelenmesi
2. **Zorunlu Çatışma =)** Kamusal menfaatle özel menfaatin çatışması
3. **Kanun Koyucunun İçsel Çatışması =)** Yasama faaliyetlerinde bulunan temsilcilerin çatışan menfaatleri

Hukuk, bu menfaat dengesine bir menfaat yargısı ile varır.

dddd. Menfaat Nedenselliği İlkesi

- Heck'e göre kanun, diğer toplumlarla etkileşim içinde olan bir hukuki toplumda ortaya çıkan maddi, milli, dini ve etik eğilimlerin menfaat mücadelesinin tanınmasıdır. Heck, kanun koyucunun kanunlaştırmada menfaat nedenselliğinden hareket edeceğini ifade eder.

ddd. Hukukun İşlevi

1. **Genetik Menfaat Yaklaşımı =)** Yaşam ilişkisi olarak düzenlenmiş pozitif kurallardaki menfaat çatışmasında hangi menfaati koruduğunu belirler. (Normlaştırma sorunu)
2. **Produktif (Pratik) Menfaat Yaklaşımı =)** Menfaat çatışmasında karar verilen sistemin kavranmasıyla kanun boşluklarının doldurulmasına hizmet eder.(Normu ortaya koyma ve ifade etme sorunu çözme)

Heck'e göre hukukun temel görevi, kanunların amacına uygun olarak kanunlaşması ve uygulanmasını sağlamaktır.

eee. Hukuk Normu Ve Hukuk

aaaa. Hukuk Normu

Heck hukuk normundan menfaat değerlendirmesi sonucu normatif ve bağlayıcı olarak düzenlenmesinde gerek duyulan yaşam ilişkilerini ve bu ilişkilerdeki menfaat çatışmalarının kanunlaştırılmasını anlamaktadır.

bbbb. Hukuk Sistemi Anlayışı

- **İçsel Sistem =)** Karar bağlamını gösteren sistemdir.
- **Dışsal Sistem =)** Sistem kavramlarından endüktatif kazanılır.

Heck sistemi bir tanımlama,anlam belirleme ve onun içsel ve dışsal sınırlandırılması olarak görmektedir.

Sistemi yaratıcısından hareketle;

- **Normatif Sistem =)** Kanun koyucu yaşam ilişkilerinde menfaatleri değerlendirerek,menfaat çatışmalarında menfaatleri dengeler veya bir menfaati tercih ederek onu hukuk normunda ifade eder. Onun alt uygulaması kanun yorumuyla hakim tarafından gerçekleştirilir.
- **Biçimsel Sistem =)** Normatif sistemin oluşmasına ve anlaşılmasına yardımcı olur.

fff. Yasama Faaliyetinde Menfaatin İşlevi

Heck'e göre kanunlaştırmamanın iki aşaması vardır;

1. **Aşama =)** Kanun koyucu toplumun tüm menfaatlerine bakarak çatışan ve uyuşan menfaat değerini temel alır.
2. **Aşama =)** 1. Aşamada vardığı menfaat dengelenmesini ve tercih ettiği menfaati kavramsal ve dilsel olarak ifade etme aşamasıdır.

ggg. Yargı Uygulamasında Menfaatin İşlevi

Heck'e göre hakim her somut olayda karar verirken kanun koyucunun uygun menfaat dengelenmesine veya menfaat değerine uygun olarak karar verir.

bbbb. Hakimin Kanun Koyucunun Yardımcı Olduğu Görüşü

- Heck hakimi kanun koyucuya hizmet eden eş olarak görmüştür.
- Heck hakimin, kanun boşluğunda değerlere dayalı ilkeler yaratacağını ve kanunda değer yargısının tamamen belirlenmediği, olaylarda da hakimin kendi değerlerin ebaşvuracağını ve buna yükümlü olduğunu ifade etmiştir.

cccc. Düşünerek İtaat İlkesi

- Heck, hakimin hukuk normunu sadece mantıksal süreçlerle uygulayarak doğru sonuca varamayacağını; hakimin doğru karara, hukuk normundaki amaca uygun olarak dengelenmiş menfaat ya da menfaat tercihinin değerlendirilerek varabileceğini savunmuştur.

hhh. Değerlendirmesi

- Kaufmann, Heck'in metodunun hakimlerin vicdanını rahatlattığını onların gerekçelerini anlamsız hale getirdiğinden eleştirmiştir.
- Heck 'in görüşleri, hukukun metodunun değere bağlı mı yoksa değerden bağımsız mı olması gerektiği bağlamına da tartışmıştır.
- Heck'in ölümü sonrası karşıt görüşü savunanlar onun görüşlerinin hitler kanunlarının Nasyonal-Sosyalist amaç doğrultusunda yorumlanmasının gerekçesini oluşturduğu için eleştirilmiştir.

10. Değer Hukukçuluğu

Değer hukukçuları, hukukun uygulanmasında kanunun düzenlediği menfaatin değerlendirilmesini temel almıştır. Bu temeldeki görüşler hukuk doktrininde "Değer hukukçuluğu" okulu olarak anılmaktadır.

11. Topik Hukukçuluğu

Theodor Viehweg bu düşüncenin temellerini atmıştır. Viehweg hukuki görüşlerini hukuki topik üzerine inşa etmiştir. Topik ilke hukukçuluğu, hakimin kanun boşluğunu doldurmada serbestçe hareket edebileceğini, hukuk biliminin amacının neyin ve şimdiki haklılığın ne olduğunu araştırmak olduğunu ve bunun ise dedüktif-sistemik olarak değil topik olarak sağlandığını kabul eder. Topik akılsal süreçlerle sorun çözme olarak tanımlanmaktadır. Topik düşünme bir tartışmada varlıkların tüm öğelerini çok yönlü olarak değerlendirilerek ve mantıksal gerekçelerle bazılarında uzlaşabileceğimiz

tartışma için geçerli düşüncel olarak ifade edilir. Bu düşünce huku bilimine uyarlanınca mantıksal gerekçeler sunar, fakat “hangi kural haklıdır, adildir veya amaca uygundur şeklindeki soruların hangilerinin cevapları kuraldaki toplumsal ilişkileri açıklayacaktır veya kuralın bağlayıcılığını gerektirecektir” konusunda tartışılmalıdır. Topik hukukçuları bu tartışmalardaki görüşleri ve farklı çeşitli gerekçeleri ile retorik hukukçuluğunu kurmuşlardır. Serbest hukuk ekolü gibi Topik hukukçuluğu da hukuk biliminin hukukçunun kanunla katı bağlayıcılığını haklı bularak eleştirmektedirler zira her zaman kanunun getirdiği çözüm haklı veya adil olmayabilir. Her iki hukuk okulu da değişen şartlardan hareketle kanunda ifade edilen adaletten daha fazlasını hakim in formüle ettiği adalette aramaktadır. Her iki teori de parlamenter demokrasi ve egemenliğin devletin organları arasında ayrılması ilkesiyle çatışmaktadır.

12. Çağdaş Doğal Hukukun Yeniden Gelişimi

Yüzyılımızda çağdaş düşünürler, doğal hukuk kuramını farklı yaklaşımlarla ileriye götürmüşlerdir. John Finnis'in Hukuk Görüşü: Aquinalı Thomas'ın doğal hukuk görüşünden hareketle doğal hukuk teorisini analitik hukuk felsefesi yönünden yeniden değerlendirmiş Hume'in Pratik akıl anlayışını Aklın insanın neyi arzulaması gerektiğini söylemediğini sadece insanın nasıl en iyi şekilde arzularına ulaşabileceği konusunda bilgilendirdiğini söyler. Finnis Aristotelesçi bir yaklaşımla ideal hayatı oluşturmaya yönelik insan gelişiminin yedi iyi temel yaşam biçimini verir. Bunlar; yaşam, bilgi, oyun, estetik tecrübe, sosyallik, pratik makullük, din (örgütlü dini değil manevi denetim ihtiyacını ifade eder)

Bu yedi iyi temel yaşam biçimi toplumsal yaşama etkili, evrensel ve asliye niteliktedir. Ahlaki düşünce iyi yaşam biçiminin etik yapısını oluştururken, ahlak ilkeleri yaşam biçimleri içinde iyi biçimi, iyiler arasına doğru seçim yapmamızı sağlar. Finnis yedi iyi temel yaşam biçimi ilkelerini insanın dokuz pratik makullüğün temel gereksinimleriyle birleştirir. Pratik makulünün dokuz temel gereksinimi şunlardır etkin olarak iynin takip edilmesi, tutarlı bir yaşam planı, değerler arasında keyfi tercih yapmama, kişiler arasında keyfi tercih yapmama, önyargısız olma ve sadakat, sonuçları sınırlı olarak dikkate alma, her yargıda temel değerlere saygı, genel iynin gereksinimleri, vicdanın takip edilmesi. Bunlar doğal hukuk ilkelerine bünyesinde bulundurur ve onu oluştururlar.

4. POZİTİVİST HUKUK EKOLÜNÜN HUKUKA YAKLAŞIMI

A. Pozitivist Hukuk Ekolünün Okulları

Pozitivist hukuk ekolü hukuku aşağıdaki temel unsurlardan birine veya her ikisine dayandırmıştır.

a) *Doğal hukuk pozitivizmi*: İlk defa Auguste Comte tarafından dile getirilmiştir. Doğa biliminin emrediciliğini dogma olarak kabul eden, hakim bilimsel idealin tüm disiplinlerde geçerli olduğunu savunan felsefi pozitivizmdir. Pozitif olarak belirlenebilirlikle yani emredici kuralda yer alan ve dünyada var olan maddi olgularla sınırlandırılmıştır. İdealist hukuk felsefecileri olan Fische, Schelling, ve Hegel tarafından savunulmuştur. Comte kurduğu ‘Sosyal fizik’ disiplini ile toplumsal yaşamın ve birliğin mekânini açıklamaya çalışmıştır. 1848 yılında yayınladığı ‘Societe Pozitiviste’de yeni bir dünya anlayışı olarak sosyoloji teorisi ile bilimsel sosyolojiyi ortaya koymuştur ve bunun kurucusu olmuştur.

b) *Bilimsel Pozitivizm*: Bu görüşe göre hukuku hukuk doktrini oluşturur ve hukuk bilminde bilime inanç normun muhatabının zihnindeki inançtır. Tarihi hukuk ekolü ve kavram hukukçuluğu ekolü

hukuku bilimsel ve bilimsel doktrin aracılığıyla anlamaya çalışmış bunu yaparken de von Savigny gibi tarihin ürünü veya Puchta gibi mantıksal olarak inşa edilmiş kavramla açıklamaya çalışmıştır.

c) Kanun Pozitivizmi: Hukuki pozitivizm ismi de verilmektedir. Devletin zorunlu ahlakına olan inanç olarak uyulan kuraldır. Methodik olarak tam ve katı şekli Kelsen’de ‘saf hukuk teorisi’ ile ifade edilmiştir. Özellikle hukuk felsefesi etkili olmuştur ve devlet teorisi hakim olmuştur. Bu görüşe göre kanun hukuktur. Almanya’ da tarihi hukuk ekolünün ve kavram hukukçuluğunun alt yapısını hazırladığı yeknesak bir Alman özel hukuk kodifikasyonu talebi diğer okullarla kanun pozitivizm okulunun yarışmasına neden olmuştur. Sadece Almanya ile sınırlı kalmamıştır. Kanun pozitivizminin hareket ettiği tezler;

- . Kanun koyucu ‘kim ki egemendir, o hukuka hakimdir’ kuralını benimser, bir kanunu yürürlüğe sokarken maddi hukuk ilkelerine veya etik ve ahlaki değerlere bağlı olmaz.
- . Kanun koyucu kural koyarken her şeye egemendir, bu egemenliği herhangi bir sınırlamaya tabi değildir.
- . Kanun koyucu anayasaya uygun kural koymaya ehil ve yetkili kişidir. Anayasa uygun olarak konulan her kanun maddi anlamda bağlayıcı hukuk kuralıdır.
- . Hukukun kaynağı sadece devletin kural koyan iradesidir.

d) Hakim Pozitivizmi: Hukuk yargının uygulamasının izlerini taşır. Anglo Amerikan sisteminde hukuk sisteminin temel kaynaklarından birini oluştururken günümüzde özellikle Kıta Avrupa hukuk sisteminde kanunun çözüm üretmediği hukuki sorunlardaki boşluğu doldurmak üzere son çare hakim yarattığı hukuktan yararlanılır. Hakimin pozitivizmi söz konusudur. Amerikan hakimi Holmes bununla ilgili ‘hukuk, son kaynak olarak bizim söylediğimize ilişkin olarak öngöründen başka bir şey değildir’ demiştir. Alman hukukunda bilimsel pozitivizm ile başlayan gelişim 20. Yüzyılda yerini kanun pozitivizmine bırakmıştır. Günümüzde ise kanun pozitivizmi yanında hakim hukuka katkısı daha belirgin hale gelmektedir. Yani Alman hukukunda da , sadece kanunun değil kanun ve mahkemenin hukuk yarattığı kabul edilir. Türk ve İsviçre hukukunda ise kanunun sözü ve özünün asıl kaynak olduğu, örf ve adet daha sonrasında da tamamlayıcı olarak hakim yarattığı hukuk olduğu söylenmiştir.

Hukuki Pozitivizm - Sosyolojik Pozitivizm: Pozitivist hukuk ekolü temel olarak ikiye ayrılmaktadır. Hukuksal pozitivizm, onun katı biçimci şekli olan saf hukuk teorisinin sahil olduğu normativist pozitivizm ve sosyolojik pozitivizm ekolleri.

*Hukuki pozitivizm anlayışına göre hukuk ya gerçeklik temeline ya hukuk kuralı koyma temeline ya da her ikisine birden dayandırılmaktadır. Bu yaklaşımlara göre,pozitivist hukuk yaklaşımı, farklı teorilere sebep olmuştur. Örneğin emretme, tanıma, Kanuni pozitivizm, saf hukuk teorisi.

Hukukun Geçerliliği Sorunu: Hukuk kuralı neden ve hangi durumda geçerlidir sorusuna tüm hukukçular farklı cevap verebilir. Hukukçular tek bir yaklaşımı, karma yaklaşımı veya bileşimini benimseyebilirler.

a) Hukuki, Fiili ve Ahlaki Gerçeklik: Geçerlilik bu şekilde üç başlıkta değerlendirilir.

aa) Hukuki geçerlilik:Hukuk kurallarının devlet tarafından normun kanunlaştırılarak uyulması için yürürlüğe sokulmasıdır. Hukuk kurallarının olması gereken geçerliliğidir, kuralın muhatabının nasıl davranması gerektiğini düzenler.

bb)Fiili geçerlilik:Hukuki geçerlilikten farklı olarak hukukun olan geçerliliğidir. Hukuk, fiili geçerliliğe ölçülebilir şekilde uyuyorsa hukuk kuralıdır. Hukukun etkililiğine veya verimliliğine ilişkindir ve bu etkililik ve verimlilik kuralı koyanın beklentisinden bağımsızdır.

cc) Ahlaki geçerlilik:Hukuki geçerliliği kuvvetlendirir. Hukuk kuralının uygulandığı toplumda toplumun, bunların tam ve sürekli etkisini tanıması bu etkiye inanmasıdır. Kuralın uygulandığı toplumun kültürüne uygunluğudur.

b)Dışsal geçerlilik ve İçsel geçerlilik: Geçerlilik bu iki ayrıma göre farklılık arz eder. Dışsal bakış açısını benimseyen yazarlar, hukuku şekli yönü ile yani norma uyma ve/veya uygulama yönü içinde gerçekliğini ele almaktadırlar. Dışsal bakış açısında aksiyolojik ve sosyal geçerlilik görüşü olarak iki temel yaklaşım söz konusudur. Aksiyolojik geçerlilik görüşü normun hukuki geçerliliğini etik değere ait kriterlerle değerlendirmektedir. Bu görüş hukuku deontolojik olarak incelemektedir. Sosyal geçerlilik görüşü ise normun hukuki geçerliliğini sosyal olgu kriterleri ile değerlendirmektedir, hukuku fenomenolojik olarak incelemektedir.

İçsel bakış açısında ise maddi yönü ile yani norma uyma ve/veya uygulamaya hazırlama veya zorlama olarak ele almaktadırlar. Normun hukuki geçerliliğini normun özgün varlığı ve formalist anlayışla değerlendirmişlerdir. İçsel bakış açısında biçimsel ve sistemsal olarak iki yaklaşım söz konusudur. Biz karma yaklaşımı benimsemekteyiz.

Pozitif Hukuk Ekolünün Ortak Noktaları

a) Ahlakla Hukukun Ayrılması Tezi

Hukuku kendi özgünlüğü içinde sadece şekli olarak incelemek ve özellikle ahlak olmak üzere diğer sosyal kurallardan kesin olarak ayırmak tüm hukuk pozitivistlerinin ortak noktasıdır. Pozitif hukuk ekolünün ayrılma tezi yani hukukun ahlaktan ayrılması tezi hukukun doğru ve yanlış gibi temel değerlerden bağımsız olarak incelenmesidir. Bu ayrım hukukun yapı, ödev ve fonksiyonunun belirlenmesini sağlar.

b) Hukukun Açıklanmasına Temel Yaklaşımlar

Pozitif hukuk, hukuku yürürlükteki kurallarla açıklayarak gerçekte ne olduğunu ve ne olması gerektiğini ortaya koyar. Pozitif hukukçuların bu konuda yaklaşımı; hukukun kanun koyma yetkisi, hukukun sosyal geçerliliği veya etkilileri ve hukukun toplum bakımından benimsenmesi yönünden değerlendirilmesi olarak üç temel başlıkta toplanır. Bazıları ise hukuk normlarının geçerliliğini, düzenlediği olgulardan hareketle sosyal gerçeklik üzerinden sosyal olgu olarak inceler.

Pozitivist hukuk ekolü, haksızlık gerekçesi ve ahlaktan ayrılma kuralı gerekçesi olmak üzere iki temel noktadan eleştirilir.

-Hukuka farklı yaklaşımlara sahip olan teorileri savunan bilim adamları

B) John Austin'in Hukuk Görüşü

-Austin'in egemenlik teorisi: Bu görüşün temsilcisidir. Pozitif hukukun analizini yaparak İngiliz hukukunun dağınık yapısını sistemleştirmeye çalışmıştır ve hukukun ahlaktan ayrılmasının bu sistemleşme ve bağımsızlaşmaya katkıda bulunacağını ifade etmiştir. Davranış kurallarına ilişkin buyrukların iki türünü birbirinden ayırt etmeye çalışmıştır. Bunlar Tanrı'nın insan için yaptığı ve insanın inancına ilişkin olan ilahi kanun ile insanların insan için yaptığı insan kanunlarıdır. Hobbes'un buyruk yaklaşımından hareket ederek Tanrısal olan ile insana ait olanı ayırmış ve insanın gücünün karşılıklılık ilişkisi içinde belirleneceğini ifade etmiştir. Bu yaklaşıma göre en geniş anlamıyla hukuk akıl sahibi varlık tarafından üzerinde yetki sahibi olduğu başka akıl sahibini idare etmek için konulmuş kurallardır. Bunları doğal hukuk ifade etmiştir. Doğal hukuk, kanunları koyuluşu bakımından politik otorite tarafından konulmayan pozitif ahlak kanunları ile politik otorite tarafından konulan pozitif hukuk kanunları olarak ikiye ayırmıştır.

-Austin'in hukuk anlayışı: Austin pozitif hukuk kurallarını kuralı koyan egemen iradenin herkes üzerindeki yaptırımını içeren emirlerinin tümü olarak tanımlamış, kanun nedir sorusuna "Kanun, emirden farklı bir şey değildir" şeklinde cevap vermiştir. Kanunun genel bir emir olduğunu ve özel davranışı değil sınıf davranışını düzenlediğini söylemiştir. Austin'in hukuk anlayışı üç temel ölçüye dayanır. Aidiyet ölçüsü, bir hukuk sistemine bağlı olarak, aynı egemen tarafından yetki sahibi olduğu kişileri yönetmek için çıkarılan emir şeklindeki kurallardır. Egemen emretme gücüne sahiptir. Emre aykırılık halinde egemen zor kullanır ve bu emir ile zor kullanma arasında ilişki vardır. Her emir yönelmiş olduğu kişi açısından ödev doğurur. Ödev ile emir arasında karşılıklılık ilişkisi vardır. Üyelik ölçütü, kanun koyucunun iradesine bağlı olarak çıkarılmış, kanun sistemine ait olan, onun parçası olan kurallardır. Varlık ölçütü, kanunu koyan iradenin egemen güç olduğunu ve varlığını ancak bu şekilde sürdüreceğini söyler.

Austin, devletin iradesi olmayan örf ve adet ile hakimın kararlarının hukuk kuralı olup olmadığını araştırmış, örf ve adetin doğrudan kanun hükmü olarak düzenlenmesi ve mahkeme kararlarında kullanılmasıyla hukuka dahil olduğunu kabul etmiştir.

Austin emir nedir sorusunu "emir akıl sahibi egemen gücün diğerlerinin ne yapması, ne yapmaması konusundaki arzusudur" şeklinde cevaplamıştır. Emir bunu yaparken de bir kötülük ve acı tehdidini öne süren bir dilektir ve diğer dileklerden ihlali durumunda bir acı ve kötülüğün izleyeceğini garanti eden güçle ayrılır. Ödev ise, ihlalini bir kötülüğün izleyeceği Emre uyma yükümlülüğüdür. Hukukun Kaynağı: Austin'e göre her pozitif kanun egemen bir kişi veya kişiler tarafından egemen oldukları veya üstün oldukları siyasal toplumun üyeleri için konulmuştur.

Egemen güç bağımlı değildir, yetkisini kanundan almaz, kanun tarafından geri alınmaz. Sınırsızdır. Bu gücün kullanılması bir yükümlülük sebebi olmaz. Bu güç tektir, bölünmez ve başkasıyla paylaşılmaz. Egemen gücün arzusu, egemenliğine tabi kişiler için hak ya da ödev ve yükümlülük doğurucu bağlayıcı emir şeklinde olabilir. Her yükümlülük ya da ödev pozitif ya da negatif niteliktedir. Kanun yükümlü tarafın bir davranışı yapması ya da yapmaması ya da bir davranıştan kaçınmasını emreder. Emir kavramının içinde yaptırım da bulunur. Austin, yaptırımla desteklenmeyen bir kanunu gerçek bir kanun olarak nitelememektedir. Austin'e göre her emir egemenlik gücüne sahip emir veren ile emredilen kişi arasında hiyerarşik bir hukuk düzenini gerekli kılar. Austin'e göre en geniş şekliyle

hukuk kurallarının toplamı olarak, akıl sahibi yüksek egemen otorite tarafından koyulan ve bu otoritenin üzerinde, egemenliği olduğu akıl sahibi diğer kişilerin davranışlarını yönlendiren, toplumun genel iradesinden bağımsız kurallardır.

Austin faydacı hukuk ekolünü oluşturan Bentham'ın öğrencisidir. Emir veren hükümdar fikri ikisinin teorisinin temel bakış açısını oluşturur. Egemenin gücünün insanların kanunlara itaat etme alışkanlığı göstermesiyle oluştuğunu kabul ederler. Faydacı ahlaka bağlama ve hukukun emretme ve zorlama noktasında ortak fikirde olsalar da aralarında önemli farklar vardır.

Austin tam bir hukuk sistemi arayışı içinde değildir, kendi hukuk sistemini haklar sistemi üzerine inşa eder. Bentham ise yasamanın iradesini yansıtan tek ve tam bir hukuk kavramı üzerinde durur.

Bentham, karmaşık bir irade mantığı ortaya koyar, kapsayıcı bir kanunlar bütünü içinde yasama unsurlarını sunma arayışındadır. Austin ise yaşama sanatı yerine hukuk bilimi inşa etmeye çalışır.

Austin'in hukuk bilimine ilişkin görüşü egemenin emridir. Örf ve adeti, uluslararası hukuku vs tespit edemediğinden dışlamıştır. Bentham'a göre ise emir, egemenin kanun çıkarırken kullandığı yöntemlerden sadece biridir. Bentham emredici ve izin verici kanunları birbirinden ayırır.

Bentham, federalizm görüşü ile yasama gücünün sınırlanabileceğini ve bölünebileceğini kabul eder. Austin egemenliğin bölünmeyeceği ve sınırlanamayacağı konusunda karardır.

Austin'in Hukuka Katkısı

- *Tanrı'nın koyduğu insan davranış kuralı ile insanın koyduğu kuralları ayırmıştır
- *Hukuksal olanla hukuksal olmayan alanları birbirinden ayırmıştır
- *Hukuksal kavramların ve temel terimlerin tanımlanması, diğerleriyle olan karşılıklı ilişkilerinin analizi ile modern analitik teoriye katkıda bulunmuştur.
- *Kanun kuralını genel emir ve normun zorlama unsuru ile açıklamıştır
- *Hukukun yeknesaklığını, hukuk kurallarının hukuk sistemi içinde emreden politik gücü ile açıklamıştır.
- *Hukukun geçerliliğinin egemen güçlü koyduğu emirlerle sağlandığını ifade etmiştir.

C)Hans Kelsen'in Hukuk Görüşü

Teknik ve katı bir hukuki pozitivist anlayışla, normativizm olarak da isimlendirilen "saf hukuk teorisini" kurmuştur. Kelsen bunu "radikal, gerçekçi bir hukuk teorisi" olarak isimlendirmiştir. Kelsen'in saf hukuk teorisi hukuki pozitivist görüştür. Hukuk ve hukuk bilimini özellikle de onun geçerlilik problemini analiz etmiş ve ortaya koymuştur. Kelsen'e göre hukuk, toplumsal ilişkileri düzenleyen kurallardan devletin yaptırımı noktasıyla ayrılan ve bu ayrımın onun varlık sebebini oluşturduğu sistemdir. Kelsen olması gereken hukuku, olanı konu alan doğa bilimlerinden, diğer sosyal kurallardan ayırmış; doğa bilimlerinde sebep sonuç arasında nedensellik ilişkisi, hukuk kuralında olay ile yaptırım arasında isnat ilişkisi olduğunu ifade etmiştir. Hukuki nedenin sonuca bağlanması nedensel değil, normatif anlam taşır. Kelsen saf hukuk teorisi ile hukukun ahlaktan teorik ve radikal olarak ayrılmasını sağlamıştır. Kelsen'e göre ikisi de olması gerekeni düzenler fakat hukuk dışsal olarak devletin yaptırımı ile uyulması zorunlu kurallardır. Kelsen hukukun saflaşması için hukuk ve hukuk bilimini değer ölçütlerinden soyutlamış bununla devletin egemenlik kullanımında hukukun

kontrolünü ve kontrolsüz kullanımının da hukuksuz devlet düzenlemelerine yol açacağını ihmal etmiştir.

Kelsen, olması gereken kuralların niteliğini objektif sübjektif olarak ayırmış, hukukun objektif niteliğinin olduğunu belirtmiştir.

Temel Norm: Sadece hukuki bilinçte vardır. Kelsen'e göre çok sayıda farklı norm eksiksiz sistematik bir bütünlük içinde birlik oluşturup temel norm olarak ifade edilen ilk kanun koyucunun iradesi ile biçimlendirilen hiyerarşik yapı içinde yer alırlar. Çünkü tüm normların geçerliliği aynı sebebe dayanır. Temel normun iki amacı vardır. Hukuk normunu ve emrini bir soyguncunun taleplerinden ayırt etmemizi sağlamak ve hukuk sisteminin bütünlüğünü ve birliğini açıklamak.

Normlar Sistemi: Kelsen statik norm ile dinamik norm sistemini ayırmıştır. Statik sistemin temel normu dinamik normların aksine diğer normların içeriğini belirler. Statik normlar hiyerarşideki en üst normlardır ve tüm insanlar için geçerlidir. Hukuk sistemleri dinamik sistemlerdir. Yasama yetkisi Anayasadan norm koyma yetkisini alır. Kelsen'e göre her Anayasanın fiktif geçerlilik sebebi temel normdur. Buna dayanarak tüm anayasal devletler kendi anayasalarının geçerli olduğunu söylerler. Devlet merkezileşmiş hukuk düzeni içinde normları ortaya koyar ve uygulama organlarıyla normların etkinliğini sağlar.

Kelsen'in temel normu öncesinde Kant'ın normatif temel norm,sonrasında Kant'ın ampirik temel norm kavramı ile ilişkilidir.

Kelsen hukuku, normatifliğin temel kuralına dayanan, insan davranışlarını düzenleyen normatif nitelikli zorunlu kurallar sistemi olarak;hukuk normunu ise hukuk sistemine dahil insan iradesinin arzusu olarak tanımlamıştır. Kelsen'e göre hukuk normdur ve hukuk normu olması gerekeni düzenler. Hukuk norma buna uyma konusunda muhatabına yükümlülük yükler. Yaptırım devreye girer ve Kelsen ceza ve icra olarak iki temel yaptırımdan bahsetmektedir. Hukuk normu bu niteliği ile ahlak normlarından ayrılır.

Kelsen saf hukuk teorisini doğal hukuku reddederek oluşturur. Hukuki pozitivist yaklaşımla değer alanını hukuk dışına iter ve hukukun objektif kesinliğini sağlayarak hukuku gerçek bilim düzeyine çıkarmayı, hukukun sistemsel bütünlüğünü sağlamayı amaçlar. Hukuk biliminin amacı hukuku tanıtmaktır, tanımlamaktır.

Kelsen için önemli olan norma uyulup uyulmaması değil, onun bütünün içinde geçerli olup olmamasıdır.

D) Modern Pozitivist Hukuk Yaklaşımları

Hart'ın Hukuk Anlayışı

Hart hukuku tanımlamak yerine hukuk sisteminin karakteristik yapısını; hukuk, zorlama ve ahlak arasındaki fark ve benzerlikleri analiz etmeyi ve onu bütün yapısal unsurlarıyla açıklamayı tercih etmiştir. Hukuku topluluğun sosyal pratiklerinin tanımlanmasıyla anlaşılabilir toplumsal fenomen

olarak ele alır, hukukun geçerliliğini hukuk sisteminin normatif karakterinin benimsenmesine dayandırır Toplumsal temel kuralları doğal hukukun asgari içeriği olarak tanımlar.

Hukukun doğru tanımlanamamasını;

1-hukukla ahlak arasındaki ilişki

2-hukukla bağlayıcılık arasındaki ilişki

3-hukuk kuralları ve diğer kurallar arasındaki ilişki, birbirinden nasıl farklılaşır ve birbiriyle nasıl ilişki içindedir sorusuna doğru cevap verilememesine bağlar.

Hart hukukun pozitivizminin verdiği beş anlamını açıklamıştır.

Bu iddialar;

1.kanunların insan buyruğu olduğu

2.hukuk ile ahlak ya da olan ile olması gereken arasında zorunlu bir bağ olmadığı

3.hukuksal kavramların analizinin a)gerçekleştirmeye değer olmadığı b)tarihsel çalışmalardan, bilimsel araştırmalardan, hukukun eleştirilmesi ve değerlendirilmesinden ayrı tutulması

4.hukuk sisteminin gönderme yapmaksızın önceden belirlenmiş hukuksal kurallardan mantıksal araçlarla çıkarsanabileceği anlamında kapalı mantıksal sistem olduğu

5.ahlaksal yargıların rasyonel tartışma, delil ya da kanıtlarla saptanamayacağı ya da savunulamayacağı

Hart doğal hukuk ile hukuki pozitivizmin karşıtlığını değerlendirir ve doğal hukukun etekselci yaklaşımını red ederken insanın doğal çevresi ile evrensel olarak kabul edilmiş davranış ilkeleri olduğunu kabul eder. Zafiyet teşkil eden bu ilkeler;

İnsanın kırılğan ve saldırıya açık olması onun korunmasını gerektirir->İnsani savunmasızlık
İnsanlar eşit olmasa da aralarında oluşan yakınlık onların normatif bir sisteme ihtiyaç duymalarını sağlar -> Yaklaşık eşitlik

İnsanlar hayatta kalma içgüdüleri yanında kötü davranış içinde oldukları için sosyal hayatta kontrol altında olmalıdırlar->Sınırlı Özgecilik

Kıt kaynaklar içinde sınırsız üretim mülkiyetin kontrolünü gerekli kılar, bu normatif sistemin varlık sebebidir -> Sınırlı kaynaklar

İnsan idraki kıt, iradesi zayıf olduğundan zorunlu ama uzun ve zor projeler örgütlenmiş toplumu ve toplumun zorlayıcı sistemini gerekli kılar ->Sınırlı uzlaş ve irade gücü

Hart, toplumun düzenini sağlayan kanunlaştırılan kuralların doğal hukukun asgari içeriğini taşıması gerektiğini söyler.

Hart'ın hukuk yaklaşımı Kelsen ile ortak noktaları ihtiva etse de ondan hukukun sadece davranışı düzenlemesi, zorla yerine getirilmesini ifade etmemesi ve yetkili otorite tarafından kabulünü hukuk sisteminin temel özelliği olarak kabul etmesi yönünden ayrılır.

C-) Hukuk Kurallarının Yapısı ve Geçerliliği

a.a-)Birincil hukuk kuralı ve ikincil hukuk kuralı ayrımı:

Hart bu ayrımı şu şekilde açıklamaktadır; birincil tipteki kurallar ödev yükler, ikincil tipteki kurallar ise kamusal ya da özel yetkiler verir. Birinci tipteki kurallar fiziksel hareket ya da değişimlerle ilgili eylemleri dikkate alır, ikincil tipteki kurallar sadece fiziksel hareket ya da değişimleri değil ödevlerin ya da yükümlülüklerin yaratılması sonucunu doğuran işlemleri olanaklı kılar. Diğer tipteki kurallar bir bakıma birincil kurallardan beslenmektedir.

a.a.a-)Birincil kurallar: Yükümlülük kuralı

Yükümlülük kuralı kişi istesin veya istemesin ona belirli bir şeyin yapılmasını emreder.

b.b.b-)İkincil kurallar:yükümlendirme kuralı

Yükümlendirme kuralları kişiye belirli bir durumu düzenlemeye ilişkin bireysel, kamusal veya özel ödev ve yetki verir. İkincil kurallar kendi içlerinde üçe ayrılır.

1-) Tanıma kuralı: Tanıma kuralları birincil kurallar düzeninin belirsizliğini giderir. Modern toplumlarda belirli bir organ tarafından konulmuş olma veya yerleşmiş yargısal uygulama olarak karşımıza çıkabilir.

2-) Hak yetkisi verenler ve ödev yükleyenler: Özel kişilere özel hukuk yetkisi vermeye ve ödev yüklemeye yönelir.

2-) Yargılama kuralı: Kamu görevlilerini yetkilendirerek yasama yürütme ve yargı gücünün kullanılmasını düzenler.

b.b.b-)Tanıma kuralının hukukun geçerliliğini belirlemesi:

Tanıma kuralı, bir kuralın hukuk sistemine dahil olup olmadığını belirler. Modern hukuk sisteminde içeriği farklı hukuk kaynakları, karmaşık tanıma kuralı olarak belirlenmiştir. Hart, her hukuk sisteminin bir tanıma kuralı olduğunu, bu tanıma kuralının getirdiği kriterin sisteme dahil kuralların geçerliliğini tanıdığını ve kaynağını teşkil ettiğini ifade etmekte; bu şekilde tanınan kurala son kural ismini vermektedir.

c.c-)Hukukun bağlayıcılığının içsel ve dışsal yönü:

Hart, emir esasından hareket eden emredici teoriler hukukun dışsal zorlama sistemi olarak ele almaktadır. Bu zorlama sebebiyle kurala uyma yükümlülüğünün veya bir ödevin varlığını kabul eder. Austin hukuku emirlerin toplamı olarak ele aldığından emir, zorlama ve yükümlülükle bütünlük arz eder. Kelsen ise hukukun özünde zorlamanın değil normatifliğin bulunduğunu ve bunun da onu kaba kuvvetten ayırdığını ifade eder. Hart hukukun bağlayıcılığının yaptırım ve zorlamaya ilaveten üç etkenin de sağladığını ifade eder. Sosyal baskı, birincil kuralların içsel yönü, subjektif bağlılık arzusu.

Hukukun bağlayıcılığının bir içsel yönü bir de dışsal yönü söz konusudur. İçsel bakış açısı insanların hukuka itaat etmek için yükümlülük duygusu hissetmeleridir. Hukuk kurallarının yaptırımını ile kişileri zorlaması hukukun bağlayıcılığının dışsal yönünü oluşturur. Kişi,

1-Kuralları tanımakta

2-Kuralların topluluğun diğer üyelerine uygulandığını ayırt etmekte

3-Kuralları diğerlerinin davranışlarını değerlendirmede kullanmada

4-Kurallardan diğerlerinin ayrılmalarında göstereceği sert tepkileri gerekçelendirmede yararlanmakta

5-Kuralları gönüllü olarak kabul etmektedir.

Zorlama (emir), meşru otoritenin gücünden kaynaklı yaptırımla vatandaş kuraldaki davranışta bulunmaya zorlamayı sağlamasıdır. Bu hukukun bağlayıcılığının dışsal yönünü oluşturur. Sorumluluk, toplumdaki vatandaşın kuraldaki belirli bir şekilde davranma yükümlülüğüdür. Bu hukukun bağlayıcılığının dışsal yönünü oluşturur.

d.)Hukuk ve Ahlak Ayrımı

a.a.-)Hart'ın görüşleri

Bir hukuk sistemi ahlaka ya da adalete uygunluk göstermeli ya da yaygın bir şekilde inanılan ahlaki bir yükümlülüğe dayanmalıdır. Fakat yasaların hukukilik ölçütünün ahlaka ya da adalete açık ya da örtülü bir gönderme yapmak zorunda olduğu söylenemez. Hart'ın ayrımına göre ahlak kuralları sadece birincil hukuk kuralı niteliğindedir.

b.b-)Lon L. Fuller'ın görüşleri

Hukuku bir iç ahlak olarak niteler. Bu bağlamda kabul ettiği sekiz temel ilke vardır: Kurallar genel olmalıdır. Kurallar yayımlanmış olmalıdır. Kurallar geçmişe yönelik olmamalıdır. Kurallar açık olmalıdır. Kurallar çelişmemelidir. Kurallar imkansız talep etmemelidir. Kurallar zaman içinde sürekli olmalıdır. Yetkililerin eylemi ve yayımlanmış kurallar arasında uyum olmalıdır.

Hart'ın Hukuka Katkıları

Birincil-ikincil hukuk kurallarını belirlemesi

Hukukun geçerliliğini tanıma kurallarına dayandırması

Hukukun dinamiğinin ikincil kurallarla tamamlandığını açıklaması

Hukukun geçerliliğinin yetki kuralına göre yasama organı tarafından tanınmasına bağlı olduğunu söylemesi

Ronald Dworkin'in Hukuk Görüşleri

En önemli eseri "Taking Rights Seriously" olan kitabında siyasal liberalizme dayalı yaklaşımı politik hukuk olarak teorsî olarak değerlendirmiştir. Dworkin pozitivizmi eleştirir. Hakları devletin ciddiye alması gerektiğini, vatandaşın devletin bu hakları ciddiye alması için her türlü aracı kullanabileceğini

ifade eder. Pozitif ve doğal hukuku eleştirerek ortak noktalarıyla yeniden yorumlayarak karma bir bakış açısıyla birbirine yaklaştırmıştır. Hukuki pozitivizmin üç temel önerme üzerine inşa edildiğini söyler: Kaynak tezi, Takdir(hukuk yaratma) tezi, Yükümlülük tezi.

Kaynak tezi hukuku hukuk olmayandan ayırmak için üstün bir temel kural varlığı ve bu temel kuralın sadece sosyal gerçeklere bakarak koyduğu bir hukuki geçerlilik kriteridir.

İkinci önermesi takdir tezi, hakim sadece soyut olaya uygulanacak hukuk kuralı bulunmaması durumunda etkili olduğu tezidir.

Son önerme yükümlülük tezi, yükümlülüklerin sadece hukuk kuralıyla yaratıldığı tezidir.

Hukuk Kuralı ve Hukuk İlkesi Arasındaki Fark ve İlişkiler

Dworkin'e göre hukuk sadece kurallardan oluşmaz. İlkeler de bulunur. Hakim kanunun yetersiz kaldığı durumlarda ilkelerden de faydalanabilir. Hukuk kuralı ile ilkeler arasındaki mantıksal ve yapısal farklılıkları şu şekilde ortaya koyar:

Kurallar kanun koyucu tarafından konulurken hukuk ilkeleri kendiliğinden toplumsal süreç içinde oluşur.

Siyasal düşünceler ve ilkeler hukuk kurallarının oluşumunda etkili olurlar. Bunların hepsi ahlak fabrikası oluştururlar. Ahlak fabrikasının kural ve değerleri de o topluma özgü kural ve ilkeler şeklinde oluşur.

Kuralın uygulanması ya da uygulanmaması açısından kesinlik söz konusudur. İlkelerin uygulanmasında kesinlikle söz konusu değildir.

İlkeler birbiriyle kendi içinde zıtlık veya çelişki içinde olabilirler. Hakim çelişkili ve zıt ilkeleri dengeleyerek ilkenin niteliğine ve ağırlığına bakar. Bu noktada kurallar ilkelerden ayrılır. Bir kural ya hep ya hiç ilkesi gereği ya uygulanır ya da uygulanmaz.

Adaletin Hukuktaki Belirleyici Rolü

Dworkin adaleti hukuka dayalı devlet sisteminin temeli olarak görür. Adaleti iki modele ayırarak inceler. İlki doğal hukukçu yaklaşımıdır. Ahlaki değerler insan ürünü değildir sadece keşfedilmeyi bekler. Kurucu model ise adaletin nesnel bir varlığı olmadığını, yargı kararlarındaki yorumla somutlaştığını ifade eder.

Hukukta birlik ilkesi

Hakim hukuksal uyumsuzluğu yerine göre kanun metnini aşan ama tek doğru olarak hukukta birlik ilkesi kapsamında ilkelerle çözmelidir. Hukuk kurallarının uygulanması hem hakime hem diğer otoritelere yönelir.

Hakimin Hukuktaki Rolü: Yorum ve Takdir Yetkisi

Hakimin yorum yetkisi: "Herkül" ismini verdiği ideal hakimle hakimin hukuktaki yerini açıklar. Herkül, toplumdaki örf, gelenek ve statüleri inceler. Bunu uygunluk ve bütünlük ölçütüyle yapar. Doğal

hukuktan farklı olarak hakimin yargılamada karar verilen mutlak serbestiye sahip olmadığını; hakimin yorumunu doğruluk ve bütünlük çerçevesinde yapması gerektiğini söyler.

Hakimin takdir yetkisi: Dworkin hakim karar verirken uygulayabileceği ilkelerin olduğunu söyler.

Hakimin takdir yetkisini kullanacağı durumları çetin ve basit davalar olarak ayırır. Çetin davalarda hakimin yasama yetkisini kullanmasının doğru olmadığını savunur.

Hak Kavramı

Dworkin'e göre hak belirli kişilerin her zaman sahip olduğu hukuki taleptir.

Hak çeşitleri

Arka plan temel hakları ve kurumsal haklar olarak ikiye ayırır. Başka bir ayrımı isye soyut-somut haklardır.

Dworkin'in hukuka katkısı

Hukuk sadece hukuk kurallarından değil ilkelerden de oluşur.

Hukuk ahlakla yakın ilişki içerisinde olup kesinlikle ondan ayrı değildir.

Hukuk kurallarının yeknesanlığı ilkeler aracılığıyla saptanır.

Hukukun dinamik yapısı hakim ve hukukçuların hukuku yorumlama faaliyeti sonucunda oluşur.

Hukukun geçerliliğinin bir yönü hukuk kurumlarınca geçerli olarak yürürlüğe sokulmasıdır.

3-) Faydacı Hukuk Ekolünün Yaklaşımı

Faydacı hukuk ekolü akıl yoluyla değil deney ve gözlem yoluyla buldukları ilkeleri iyi ve yararlı olabileceğinden hareket ederek açıklamaya çalışmışlardır.

Bentham'ın Hukuk Görüşü

Bentham hukuku kısaca egemenin yaptırımlarla desteklenmiş emri olarak ifade eder. Bentham'ın hukuk anlayışı;

Egemen güç hukuk kuralı koyarken toplumun ve gücünün etkisi altındaki bireylerin mutluluğunu arttırmayı, barış içinde güvenli yaşamalarını sağlamayı, bireyler arasındaki eşitsizliği azaltmayı amaç edinir. Egemen güç fayda ilkesini dikkate almalı yani en fazla kişinin en fazla ölçüde mutluluğunu sağlamayı amaçlamalıdır.

Mill'in Hukuk Anlayışı

Faydacılığı daha az hesaba dayandırmayı, birey hak ve özgürlüklerini kuvvetlendirmeyi amaçlamıştır. Mill, toplum içinde yaşayan bireylerin sorumlulukları kapsamında iki temel yükümlülükleri olduğunu belirler. İlki birey yararına (hak) zarar vermemek, ikincisi üyelerin çalışma ve fedakarlıklarına her bireyin adalet ve hak ölçünde eşit olarak katlanmasıdır. Mill liberalizmin temel olgusu olarak özgürlüğü konu almaktadır. Bireyin hak ve özgürlüğünün teminat altına alınması sosyal faydayı temsil eder.

Her insanın kendini mutlu eden iyiyi diğerlerinden, özellikle devletten daha iyi bileceğinden, birey hangi eylemin kendini mutlu edeceğine kendisi karar verebilmesi konusunda tam bir özgürlüğe sahip olmasını gerekli kılar.

Luhmann'ın Hukuk Anlayışı

a-) Luhmann'ın sistem teorisi

Luhmann hukuk sosyolojik bakış açısıyla kendi sistemini yeniden üreten hukuk teorisini oluşturmuştur. Sistem teorisi sosyolojinin toplumsal ilişkilere bakış açısının hukuka yansımasıdır. Evrensel toplum teorisidir. Kişi ve onun davranışını değil, toplumsal yaşamı iletişimin merkezine alıp teorisini bunun üzerine inşa eder. Neden modern bir toplum otonom ve dönüşümlü hukuk sistemine ihtiyaç duyar sorusuna cevap arar. Sistem teorisi ile klasik teori arasındaki temel düşünce farkı dinamik ilişkilerin sistemi değiştirmesidir. Sistem teorisi hukuka ilişkin ekonomik gözlemlerde hep sosyal olgulardan hareket eder. Luhmann'a göre toplumsal olan sistem rasyonelliği bireyin edim rasyonelliğinden farklıdır. Luhmann geleneksel sistemin kapalılığını açık hale getiren modern bir sistem kurmuştur.

Sosyal sistem kendini yeniden üreten, öz üretim sistemidir. Hukuk da sistemin içinde diğerlerinden ayrı ve bağımsız bir alt sistemdir. Her sistemin ve alt sistemin kodları ve programları söz konusudur. Bir sistemi diğer sistemlerden ayıran ölçü onun temel kodlarıdır. Sistemin yeniden dönüşmesinin temel birimi iletişimdir. Toplumun temel unsuru, onun tarafından üretilen iletişimdir. Toplumun sistemindeki sorunlar deneme yanılma yoluyla yeniden üretilir, seçilir. Seçilme dönüşümün devam ettiği anlamına gelmektedir.

b. Yeniden Üretim-Öz Sistemli Hukuk Teorisi

aa. Genel Olarak

Nikolas Luhmann'ın ortaya koyduğu sistem içerisinde sosyal sistemler içindeki hukukta kendini yeniden üreten sistemdir.

Luhmann'ın kendini üreten toplumsal sistemi:

- + Kendisini üreten tüm sistemleri oluşturur.
- + Kendisini koruyarak kendi kodlarıyla ve programıyla birbirinden ayırır.
- + Kendisini tanımlayarak sistemi düzenler.

bb. Hukukun sistemi içindeki yeri

Luhmann sistemleri 3'e ayrılır.

-Yaşayan sistemler

-Psikolojik sistemler

-Sosyal sistemler: 3 e ayrılır

--etkileşim sistemleri

--örgüt sistemleri

--fonksiyon sistemleri

Fonksiyon sistemleri ; bilim, hukuk, siyaset, ekonomi, eğitim ve sanattan oluşur. Bütün sistemlerin hukukun bir ortak çerçevesi ve birde kendilerine özgü iç çerçeveleri söz konusudur.

Sosyal sistemler bu kapsamda hukukukendisinden farklılaştırarak kendi sınırlarını çizmekle kalmaz kendisinde yaratır:

Farklılaşma; bir sistem içinde sistmeleve çevresi arasındaki farklılığı tekrarlamaktır farklılaşmayla sistemi diğer sosyal sistemlerle ilişki kurarak onları gözlemler ve bilgilenir. Her sistemin kendi içinde farklılaşması sosyal çevredeki evrime cevap verme şeklidir.

Üç temel fonksiyonel farklılaşma söz konusudur.

Bölümlenmiş farklılaşma

Tabakalaşma esasına göre farklılaşma

Modern toplumda fonksiyonel farklılaşma

Öz üretim sistemleri sürekli içindeki fonksiyonel sistemler , kendi kodları sistem dili ve fonksiyonlarıyla birbirinden ayrışır. Fonksiyonel sistemler toplumla iletişim kurar,bu iletişim toplumda bir etkinliği yerine getirmeye yönelir. İletişim aracılığı ile sağlanan onun toplumsal fonksiyonlarının yerine getirilmesini sağlar. Her sistemin kod ve programları toplumdaki barışıklığı azaltmaya hizmet eder sosya sistemi düzenleyen en iyi etkileşim güvendir

Hukuk da yargı yetkisinin kullanımıyla toplumda iletişim kurar. Hukuk oluşan kargaşayı yargı yetkisini kullanarak gerçekleştirir. Hukuk kodları içeren programlarıyla, toplumsal yargı yetkisi ile iletişim kurarak sağladığı etkinlikle, toplumun güvenliğini sağlamaya ve toplumun normdan beklentilerini yöneltmeye hizmet eder.

Luhmann sosyal olarak isimlendirilmiş bir sistem koyar. Bu sistem toplumu sistem olarak düzenler hukuk da onun bir alt sistemidir. Hukuk sistemi teknik ve biyolojik sistemlerden farklı olarak anlamsal ortak bağımlılık ve etkileşim içindedir.

c. Luhmann'ın Hukuk Kavramı

Hukuk, normatif davranış beklediklerini mutabık genelleştirmesine dayanan bir sistemdir.Luhmann' a göre hukuk sistem olarak:

-Adil / adil olmayan ya da yasal/yasal olmayan kodları ihtiva eden

-Hukuki bağlayıcılığı olan hukuk normları şeklindeki programlarıyla

-Toplumla yargı yetkisi aracılığıyla iletişim kurarak

-Toplumsal çatışmaları ve uyuşmazlıkları ortadan kaldırma etkinliği ile

-Toplumsal güvenliği sağlama ve toplumu memnun beklentilerine yöneltme fonksiyonunu sağlar

Luhmann'ın hukuk sistemi bütün olarak geçerlilik ve adalet ilkesi üzerine kurulmuş bir sistemdir.

S. Stammer'in Hukuk Anlayışı

Hukuku kavramsal olarak ampirik ve tarihsel olarak değil kendisinin oluşturduğu doğru hukuk teorisi kapsamında değerlendirir. Hukuk ve ahlakın aynı zeminde olduğunu belirtmesine rağmen biçimsel ve oluşum bakımından farklı söyler

Stammer, hukuku, insan toplumunun zorlayıcı düzeni olarak anladığından yürürlükteki hukukun geçerliliğinin dayandığı amacında yatan öze açıklamaya çalışmıştır. Stammere göre hukukun özü adaletin kendisidir.

Adalet yer ve zaman koşullarında toplumsal uyumu en üst seviyede sağlamalıdır. Bunun içinde hukukun bağlayıcılığının genel olması, hukukun yöneltceği emirin insancıl olması ve kişilerin uğrayacağı her türlü baskıya karşı hukuksal güvencelerle donatılması olması gerektirdiğini savunur.

b. Radbruch'un Hukuk Anlayışı

a. Genel olarak

Radbruch pozitivist bakış açısıyla dopal hukuk anlayışını hukuk felsefesine getiren paradikma değişikliği ile hukuk felsefesinde üçüncü yol olarak rönesansı gerçekleştirmiştir. Radbruch değer teorisine dayalı gerçeklik yaklaşımını sergilemiştir.

Radbruch yeni hukuku esas almasına karşın doğal hukukun sonuncu olarak kabul edilmekte daha çok değerler teorisi yönünden relativist bir yaklaşım sergilemektedir.

Radbruch yeni kant'çı olarak Kant'ın özgürlük ilkesi hukuk ve ahlak anlayışı ile Hegel in ruh/öz olarak tanımladığı devlet anlayışını birleştirmek istemişti hukuk ve devlet anlayışını toplumsal, objektif değerler hiyerarşisi içinde hukuk kuralşlarının içinde olması gereken değerlerle izah etmeye çalışmıştır. Bu kapsamda hakkı kanunla konularak kapsamı belirlenmiş; üzerinde tasarruf edilemez, tarihsel köklerini temel insan hakkı olarak ele almaktadır.

Radbruch neyin yanlış, haksız , adil olmayan olduğunu araştırmıştır. Ona göre kanun salt kanun olduğu için geçerli olduğu söylemi hukuk ile gücün eşit olduğu anlamı gelir. Bu da egemenin çıkarlarını pozitif hukuk içinde kamusal yarar olarak dayatmasına neden olur. Hukuk bir haksız hukukçular devletine dönüşebilir.

Radbrucha eğer adaletin özü olan eşitlik pozitif hukukta ortaya konmuşsa bu hukuk kuralı sadece yanlış hukuk olmakta kalmaz; ayrıca hukukun özünü de taşımaz. Aksi takdirde hukuk pozitif hukuk anlamı adalet olan sistem olarak tanımlanamaz.

Radbruch hukuk bağlayıcılığı ile hukuk aracılığı koruma kavramlarını ayırmış, hukuk kavramını iki farklı anlamına vurgu yapmıştır. Hukuksal kritik olarak hukuk kavramı ise hukuksal kavramlara anlam yüklenmiş hukuktur.

Radbruch'un yardımıyla ahlak ile hukuk düzeni olarak belli kısımlar birleşmiş ve kapsayıcı hukuksal pozitivist yaklaşım söz konusu olmuştur.

b. Radbruch'un Hukuk Kavramı

Bunu anlamak için Radbruch'un felsefesini bilmek gerekir. Onun felsefe teorisi değer teorisi ve olan ile olması gereken ilişkisini temel alan yeni kantçılıktır.

Olan ve olması gereken arasındaki ilişki hukuk felsefesinin temel sorunu olarak görmektedir.

Radbruch'un Olan ve Olması Gereken İlişkisi Bağlamında Hukuk Teorisi

+ Olan ile olması gereken aynıdır

+ Olan ile olması gereken farklıdır(kant, yeni kantçılar, pozitivistler, analitik hukuk)

+ Olan ile olması gereken realitif karşılıklı içindedir.

Kant ve yeni kantçılar pozitivistler ve analitik teorikler ise olan ve olması gerekeni ayırarak metot ikiliğini ifade etmektedir.

Radbruch, değerden bağımsız doğal hukuka uygun olaylar ile değere dayanan ahlak ve etik ve bunların arasında yer alan değerler yüklü kültür bilimlerini ve yi değerler üstü şeyle yüklü dinleri birbirinden ayırmaktadır. Ona göre hukuk değerlerle yüklü olduğundan kültür alanına dahildir. Bu değerlerle yüklülük gerçekliğin kendi özünde vardır adalet hizmet eder.

Radbruch'un Hukuk Kavramı

Doğa kanunu	kültür kanunu	ideal kanun
Değerden serbest	değer yüklü	yakın değer
Geçerlilik fiili maddi	geçerliliği gerçek	geçerliliği ideal
-meli -malı	olması gereken	ütopik
Zorunluluk	özgürlük	mutlaklık
Sebeblilik	sonuçluk	görünürlük
Açıklanabilirlik	anlaşılabilir	kendini yansıtır
Bilim----gerçek	ahlak----örf ve adete uygun iyilik	
Estetik----güzellik	hukuk----adalet	

Radbruch'un Hukuk Anlayışı İki Yönlüdür:

1144- ilk olarak hukuk pozitivist hukuktan farklıdır, hukukun idesini yani en geniş anlamda adaleti esas alır. Geniş anlamda adalet içinde hukuk güvenliği ve hukuk amacını birlikte barındırır.

1145- diğer radbruch'un hukuk anlayışı doğal hukuka uygun değildir;(haklı, adil hukuk), soyut hukuk değeri olan adaletle aynı şey değildir, onun değerlere dayanan teorisi sadece ideal değil, gerçek dünyaya da yansır.

1146- radbruch, yukarıdaki anlayışa uygun olarak, kelsen ve hart'tan farklı olarak, hukuku ahlaki temelden yoksun, şekli kanun olarak ele almamaktadır.

1147-radbruch hukuku şu şekilde tanımlamaktadır: Hukuk, adaleti gerçekleştirmeye hizmet eden, sosyal gerçekliğe dayanan, ihö uygun, kuralları yasal bir otorite tarafından yürürlüğe sokulan bir normlar sistemidir.

1148-radbruch,asker için emir emirdir, hukukçu içinde kanun kanundur şeklindeki pozitif yaklaşıma göre kanunun kanun olduğu için geçerli olduğunu ve kanunun, kural olarak güç sahibi otorite tarafından yürürlüğe konulduğundan kanun olduğunu ve iktidarı salt kanun ile bir tutar iktidar nerdeyse kanun ordadır yaklaşımı sergilediğini; bu yaklaşımın kanun halkın yararındadır ve hukuk adalet talebidir şeklinde tanımlanması gerektiğini ifade etmektedir.

1149-radbruch temel düşüncesini, hukuk gerçekliğin özünde yatan adalet hizmet eder üzerine kurmuştur. Geniş anlamda, hukuk idesi üç temel değer üzerine kurulmuştur.

-Adalet dar anlamda eşitlik

-Amaca uygunluk

-Hukuk güvenliği

1150- bu üç değer aynı zamanda hukukun üç yönünü oluşturur.

1151-hukukun üç temel ölçütü ve bunun değerleri birbiriyle çatışık (antinomik) ilişki içindedir; bu çatışma tümüyle giderilmesi de, kamu güvenliği adaletli bir düzen içinde sağlanmaya çalışır.

1152-haklı bir kanunun, hukuk güvenliği tehlikeye düşürülmemelidir. Ve içeriğinde adaletsizliği ve kamu zararını ihtiva etmemesi gerekir; etmesi halinde geçerliliğin yadsınıp yadsınmayacağı tartışması gündeme gelir.

1153-yazar hukuk kavramı üzerinde önemli tespit yapmaktadır; hukuk idealisttir ve pozitif değildir. Ziro pozitif hukuk kavramı, sadece kuraldaki normlar kavramı içeriğini haklı ve doğru olarak belirtmektedir. Halbuki kuralın kalitesi, hukuk idealini gerçekleştiren adaletle değerlendirilmelidir. Bu değerlendirmeye göre adaletsiz ve hukuk idesine aykırı kural haksız.

1154-radbruch'a göre ... emir emirdir ilkesi sınırsızca geçerli değildir. Suç niteliğindeki amaçlara uymayı hedefleyen emirlere ise itaat yükümlülüğü bulunmaz (yasa yasadır) ilkesi buna karşın sınır taşımaz... pztivist düşüncenin bir vurgusudur, yasal haksızlık bu nedenle yasa üstü hukuk gibi kendi içinde çelişkilidir... hiçbir yargıç sadece haksız olmakla kalmayıp, aynı zamanda canice de olan yasalara dayanarak vereceği kararı uygulamaz. Bizler, tiranların canice emirlerini yadsıyan, ezelden beri varolan bu görmezden gelinemeyen tüm yazılı kuralların üstündeki insan hakları düşüncesi tarafından görevlendirilmişizdir.

1155-radbruch'a göre hukuk kavramı doğal hukuk değildir. Yazar, doğru ve haklı hukuku sadece adaletle değil, soyut hukuki değerler ile değerlendirilmektedir. Radbruch, doğa kanunlarına, kültür kanunları ile ideal kanunlardan ayırt etmektedir.

1156-kültür kanunları bilim, hukuk, ahlak ve estetikten oluşur. Kültür kanunları ile ideal kanunlar karşılıklı değer ilişkisi içerisindedir. Kültür kanunları, ideal bir kanun gibi,ideal,ütopik,soyut,görülebilin kendisini dönüştürebilen yalın değerlere sahiptir. Bilim gerçekliğe, ahlak iyiliğe, estetik güzelliğe, hukuk ise hukuk idealine yani adaletle ulaşmaya çalışır.

1157-radbruch'a göre kültür kanunu olarak hukuk, hukuk güvenliğini sağlamak üzere pozitif kuraldır; devlet tarafından kanun olarak konulur; hukuk idealini; bu kapsamda adaleti gerçekleştirmek ister. Geniş anlamda hukukun idesi formal olarak adalettir; adaletin varlığında dağıtıcı adalettir. Dağıtıcı adalet aynılara aynı davranmakta, farklı insanlara farklı davranmaktadır.

1158-yazarlara göre, adalet neyin eşit, neyin farklı olduğunu söylemez işte bu noktada sorunun cevabını amaca uygunluk cevaplar, işte hukukun idesi ve idenin amaca uygunluğunda, soruya doğru cevabı vermeyebilir. Zira farklı hukuk ve devlet sistemlerine hatta farklı parti programlarına göre cevaplar görelidir. İşte bu noktada hukuk güvenliği devreye girerek, hukuk güvenliği, hukukun pozitifliğini talep eder. Böylelikle neyin adil olması gerektiği, onu belirleyen ve uygulama yetkisi olan makam tarafından düzenlenmelidir.

1159-hukuk geniş anlamda idesi olarak adalet bir yönüyle geneldir. Hukukun genellik niteliği eşitliği ve sürekliliği gerekli kılar; diğer yönüyle dayanışmalıdır, insanlar arasında sosyal ilişkiyi gerçekleştirir.

1160-radbruch'a göre geniş anlamda hukuk idesi dar anlamda hukuk idesini yani eşitlik ve amaca uygunluk ve hukuk güvenliğini kapsar.

C. Hukukun Üç Yönü

Amaca uygunluk hukukun relatif içeriğini oluşturur. Amaca uygunluk asıl olarak adaletin amaca uygunluğudur. Hukukun amaca uygunluğu ise, hukukun pratik yararidir. Adalet ve pratik yarar, sistemin yeni ve ekonomik koşullarına sürekli olarak uymasını sağlar. Hukukun amacı, toplumsal adalet, sosyal adalet yönüyle, hukukun içinde ne düzenlenmelidir şeklindedir. Buradaki kişinin yararı, beklentisi, yetkisi dikkate alınır. hukukun amaçsal relatifliği insan hak ve özgürlüklerini sınırlandırabilir.

cc. Hukukun Fonksiyonel Yönü: Hukukun Güvenliği

Fonksiyonel otoriteyi oluşturur. Adalet, hukukun sürekliliği ve devamlılığı içinde, hukuk barışını ve huzurunu sağlar. Hukuk, kişi yönünden uymak zorunda olduğu kurallardır.

Hukuk güvenliği, kamu yararı olarak, hukukun kesinliğini sağlar. hukuki kesinlik, pozitif hukukun devlet tarafından gerçekleştirilmesi ve belirlenmesidir.

d. Radbruch formülü

aa. Radbruch formülü: Kanunun Haksızlığı

radbruch, nazi hukukunun pozitif kurallarının, yahudilere uygulanan soykırımda haksızlığın, doğal hukukta güvenin korunması ve kuralın geriye yürümezliği problemi olarak değerlendirmiştir.

Radbruch, putforken davasını yasal adaletsizlik ve yasa üstü hukuk isimli makalesinde inceleme konusu yapmıştır.

Nazi döneminde ki hukukun geçmişe etkili kanunlarına ropheme temizliği olarak adlandırılmıştır. Katliam örnek verilebilir. Hitler bu katliamları meşrulaştırmak için meclisten geriye dönük kanun çıkarmıştır.

İnsanların toplama kamplarına gösterilmesi önceden idari işlem iken sonradan geriye dönük çıkarılan bir kararnameyle yasalaşmış oldu.

İkinci dünya savaşı sonrasında kurulan nurnberg davalarında, Wiemar cumhuriyeti almanyasına hakim olan nasyonel sosyalizm anlayışına nazi kanunlarının uygulamaları tartışılmıştır.

Alman federal mahkemesi bazı kararlarında radbruch formülüne dayanmıştır. Ayrıca 1968 alman anayasa mahkemesi radbruch formülünü şu şekilde ifade etmiştir.

Nasyonel sosyalist hukuk kurallarının hukuki geçerliliği, bunları uygulamak isteyen yargıcın, hukuk yerine bir haksızlık hükmü vermiş olacağı derecesinde adalatın temel ilkelerine ters düşmesi durumunda reddedilmelidir.

Radbruch , hukuk kuralının temelinde yatan hukukun minimal maddi gerçekliğe uygunluğunun sağlanması gerçekliğini adalet ve haksızlık yönüyle ortaya koymuştur. Hukuk kurallarının pozitif geçerliliği ile değerlerin geçerliliğinin doğruluğunu değerlendirmiştir.

Radbrucha göre, pozitif hukuk gerçek anlamda hukuka hizmet eden kurala da hukuk kuralı haksız kanun ötesine giderek, adaletin çekirdeği olan eşitliği kasıtlı olarak yadsındığında artık kural hukuki doğasını getirmiştir. Radbruch hukuk kurallarını bu ölçekte ölçtüğünde nazi hukukunun hiçbir zaman geçerli bir hukuk olmadığını ifade etmiştir.

Radbruch nazi hukukunu uygulayan hakimlerinin ne pahasına olursa olsun hukuku uygulamak olduğundan, yok hükmündeki kanunları uyguladıkları için suçlu olduklarını söylemiştir.

Radbruch'un formülünde, adalet ile hukuk güvenliği arasında çatışmada çözüm, pozitif kanun hükmünde düzenlenen ve egemenin dikte ettirdiği hukuk kuralları haksız ve amaçsızlık ölçütleri ile kural içeriğinin değerlendirmesini gerekli kılar. kanun hükmünün içeriği haksız ise kanun da haksızdır.

Radbrucha göre usulüne uygun olarak düzenlenmiş ve zor kullanmayla güvence altına alınmış hukuk, içeriği adaletsiz ve amaca elverişli olmasa bile, bu kuralın adalet ile çatışması onu haksız hukuk boyutuna ulaşıncaya kadar uyulmasını gerektirir. Radbruch formülünde pozitif hukuk düzenlenmesinde adalet amaçlanmıyor ve eşitlik ilkesi yadsınıyorsa, o kanun artık haksız bir kanun değil, aynı zamanda hukuki doğasını yitirmiş bir kanundur.

bb.Radbruch formülü: Yadsınamaz formül ve Dayanılmaz formül

Dayanılmaz formülde, hukuk kuralındaki adaletten ve insan haklarından uzaklaşma tahammül edilmiş seviyedir. Yadsınamaz formülde ise bu nitelikteki bir kural hukukun adaleti sağlamak için bir girişim olmak özelliğinden yoksun olması yani adaletin kendisinden beklenen hukuk düşüncesinin geçerliliğini yitirmesi söz konusudur.

Bu formüllerin birincisinde, hukuk kurallarının yanlış olması sebebiyle onu adaletle uygun hale gereği doğmuştur. İkincisinde ise hukuk sadece adil veya yanlış hukuk olmaktan öte, hukuk özünden bütünüyle yoksun kalmıştır.

Aaa. Dayanılmaz formül

Dayanılmaz formül biri olumlu, biri olumsuz iki şekliyle karşımıza çıkmaktadır. Olumlu şekli değerlendiren kanun hükmünün kanun haksızlığı, kanun hükümsüzlüğü oluşturup oluşturmadığı; olumsuz şekli ise kanun hükmünün kanun üstü hak hukuk oluşturup oluşturmadığıdır. eğer kanun hükmünün içeriği haksız hukuksuz ve amaç dışıysa kanun hükmü geçersizdir.

Dayanılmazlık formülü olgunun bilerek değiştirilmesidir. Kanunun haklılığı bu formüle uygunlukla belirlenir. Dayanağı da olumsuz ilkedir. Bu ilkenin dayanağı hukukta yorumla ulaşılan olumsuz hukuki anlamdır.

Hangi kanunun haklı ya da kanun üstü olduğu sorusuna radbruch formülü cevap vermez. bu konuda cevabı ilk olarak neyin adalete uygun olduğu ve buna paralel olarak da eşitlik ilkesiyle verebiliriz. Sonrasında ise hükmün haklılığını, hukuk sisteminin maddi yönü olan insan hak ve özgürlüğü ölçütü ile değerlendirilebilir.

Bbb. Yadsınmaz formül

Hangi hukukun haksız kanun hükmü olduğunu kanun üstü hukuk belirler. Hukuk haksızlığına dayanarak onun geçersizliğini belirleyen ölçüt ise kanun pozitif kural üstü hukuk ya da kanun pozitif kural öncesi hukuk, hukukun genel ilkeleridir.

Özetle pozitif hukuk kuralı ile bu kuralın düzenlediği içsel amacının ve adaletin uyum içinde olması gerektiğini; adalete uygun olmayan kuralın haksız olduğunu ve hakim in bu kurala uyma yükümlülüğünün olmadığını; hukuk güvenliğini sağlamak yönünden kanun koyucu kuralda adaleti öngörse bile, kuralın yine haksız olabileceğine; haksız kuralın geçerli olmadığını ve hakim in uyma yükünün olmadığını savunmuştur.

C. Hukuka Katkısı

1- kanun geçerlidir çünkü kanundur. Kanunda çoğunlukla kendisini uygulatma gücü varsa kanundur.

2- hukuk olan her şey halka yararlıdır. Egemenlerin çıkarlarıyla halkın çıkarları çatışmamalıdır. Aksi takdirde hukuk devleti haksız devlete dönüşebilir.

3- hukuk adalet istemektedir. Kişiyi sıfatına bakmadan, herkesi aynı ölçüde ölçmektir. kanunlar adalet istencini bilinçli olarak yadsıyorsa, insan haklarını sağlamakta keyfilik içeriyor ve yetersiz kalıyorsa, kanunların geçerliliği yoktur.

4- adalet ile birlikte hukuk güvenliği hukukun gayesidir. Hukukun 3 temel ölçütü ve bu ölçütlere ilişkin 3 değeri söz konusudur.

+ Yerindelik ölçütü: adalet hukukun maddi kapsamını belirlemek için kullanılır.

+ Kesinlik ölçütü: hukuk güvenliği

+ Uygunluk ölçütü: hukukun pratik yararı

Radbruch yerindelik ölçütünü uygunluk ve kesinlik ölçütleriyle tamamlar.

5 konulan bir kural, kendisinin geçerliliğinin yitirmesine sebep olabilecek derecede aklın hukukuna veya doğal hukuktan kaynaklanan hukuk ilkelerine uygun olmalıdır.

V. Hukukun tanımında adaletin yeri

A. Hukuk ve adalet ilişkisi

1. Genel olarak

Adalet hukuki ölçüt anlamına gelmektedir.hukuk nedir? Sorunun cevabında adalet kavramının yerinin aranıp bulunması gerekmektedir. Kanunla adalet arasındaki ilişki, hukukla ahlak arasındaki sınır belirler. Bu iki ilişki hukuk kuralının diğer toplumsal kurallardan farkını ortaya koyar.

Hukuk ile adalet arasındaki ayırmda ilk zorluk, hukuku davranış kuralı olarak gören yaklaşımda, davranışın adaletli olup olmadığının değerlendirilmesinde yatmaktadır.

Austin tarafından ifade edilen egemenlik teorisine göre, hukuk uyulması gereken zorunlu davranış kurallarıdır. Bu görüş Kelsenin hukuk tanımının temel taşı olacaktır. Hukuku, toplumsal örfü egemenin emretmesi ile uyulması zorunlu kural niteliğinde dönüştüğünü kabul edenlerde vardır.

Kant' göre hukuk, eylemlerimizin diğerlerinin eylem özgürlüğü üzerindeki sonuçlarıyla ilgilenir. Kant'ın akıl adalet yasasında eylem özgürlüğünün evrensel biçimsel yasasıdır. Ahlak yasası içsel özgürlüğümüzü kendisiyle uyum içine sokarsa,adalet yasasında dışsal özgürlüğümüzü kendisiyle uyumlu hale sokar. Adalet yasası, evrensel yasalar gereği herkesin özgürlüğü ile uzlaşan ve tümüyle karşılıklı baskıdan ibaret olan bir evrensel baskı ilkesi olarak tanımlanmaktadır.

Hukuk kavramını çoklu kavram olarak kabul eden başka bir yaklaşımda, resmi olarak yürürlüğe sokulan kurallar dahil,tüm davranış kurallarını, o toplumun tüm üyelerini devlet hukuk kuralları gibi tüm toplumsal kuralları dikkate almaktadır. Hukuk kavramının çokluğunu esas almaktadır. Kuralların devlet tarafından yürürlüğe sokulması ve tanınması, hukuk kurallarının ayırıcı niteliğidir.

Adalet kavramının belirlenmesi hükmeden egemenin siyasal ve politik göre farklılık arz etmektedir.

2. Adalet Kavramının Relatifliği

Adalet kavramının adil olanla olmayan arasındaki ölçüt sebebiyle relatiftir. Tarih boyunca düşünürler adalet anlayışına uygun ölçütlerle insan davranışına uygulanabilecek açık ve yeknesak ölçütler sunmaya çalışmışlardır.

3. Eşitlik paradoksu: Eşitlerin eşitliği – Eşitsizlerin eşitliği

Basit anlatım olarak eşitlik ilkesi kolay anlaşılır görünce de kendi içinde zorlu sorunları da beraberinde getirmektedir, bu konudaki temel sorunlardan birisi eşitlik paradoksudur. Eşitlik paradoksu, haklı nedenlerle bazı grupların yararına olarak ifade edilebiliri

Bu eşitlik paradoksunun temelinde,maddi eşitlikle hukuki eşitlik arasındaki ilişkide farklılıklar yatmaktadır. Anayasa mahkemesi 01.07.1997 tarih k. 1998/45 sayılı kararında anayasanın 10. Maddesinde belirtilen eşitlik, eylemli değil hukuksal eşitliktir olduğunu vurgulamıştı. Gerçekten kim ki maddi eşitlik sağlamak işler aslında vatandaşlarına eşit davranmamış olur. Bunun tam tersi de söz konusu olabilir. Hukuki eşitlik, fili olarak eşitsizlik yaratabilir.

Bu noktada maddi eşitsizliğin sosyal hukuk devletinin temel ilkesinin olduğunda hatırlayalım.

Eşitlik paradoksu maddi eşitlik uygun davranış, belirli bir huzur sağlamaktan uzak olabilir. Zira maddi eşit paylaşım adil olmayabilir; eşit olmayan paylaşım adil olabilir. Sosyal eşitlik bu yönüyle devletin temel ilkesi iken diğer yandan adaletin de özünü teşkil eder.

Bu konuda temel sorun eşitliğin veya eşitsizliğin yorumudur. Eşitliklerinde temel soru: ne eşittir? Ve ne eşit değildir? Sorularının cevabıdır.neyin eşitlik ilkesine uygun ayrımcıl teşkil ettiği noktasında,

kuralın yorumundan hareketle paylaşma ilişkin kuralına amaca veya adalete uygunluğundan hareket etmek gerekir.

Bu konuda farklı çözümler söz konusu ise yapılacak değerlendirmede çözümler içinde nitelik ve ağırlığı ile itibarı ile adalet en uygunu ve demokratik sosyal hukuk devletine uygun en iyi değerler taşıyan paylaşırma kuralı alternatifi tercih edilmelidir eşitlik kuralını koyanlar eşitliği uygulayanlar eşitliğe uygun olmayan dünya görüşlerinden özellikle siyasi ideolejisinden ve kendi sübjektif tercihlerinden kaçınmalıdır. Sunum cuique, herkes hak ettiğini bulur ifadesinde hak ettiğini bulma hak kazanılmada, gelirin dağıtımında ihtiyaçların dağılımında, yetki ve yöntemlerin paylaşımında, farklı anlamlara gelebilir. Her alana özgü farklı paylaşırma kuralları söz konusu olabilir

Eşitlik ilkesinden anlaşılması fereken şey, aynı durumda bulunan kişilerin aynı işlere tabi tutulması yanında, kanun öngörölüyorsa ve farklı bir sebep varsa, farklı durumda bulunan kişilerin farklı işlemlere tabi tutulmasıdır

Nispi eşitlik ilkesine, kanun hakları ve ödevleri, yetkileri ve sorumlulukları, durumunu, niteliğini yaptığı işe göre değişmektedir.

Anayasa mahkemesi de farklı tarihlerde verdiği kararlarında bu nispi eşitlik anlayışını benimsemiştir. Anayasa mahkemesi 27.1988 tarih ve k. 1988/27 sayılı kararında eşitliğin iki yanını şu şekilde açıklamıştır:

Anayasada öngörülen eşitlik ilkesi yasa önünde eşitlik olup herkesin aynı hak ve yükümlülöklere sahip anlamında değildir. Eşitlikler yönüyle aynı hukuki durumlar arasındaki söz konusudur. Hukuk felsefesine girmiş bir deyimle eşitliğin eşitliği anlamındadır, farklı durumlarda olanlara yani eşit olmayanlara farklı kurallar uygulanması yani eşit olmayanları eşitsizliği eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz.

Aynı hukuksal durumlar aynı ayrı hukuksal durumlar için ayrı kurallar konulursa anayasanın öngördüğü eşitlik ilkesi çığnenmiş olmaz kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanlar için aynı yasalar uygulanabilir.

4- Adalet ve Hakkaniyet İlişkisi

Adalet objektif olarak Adalet, subjeaktif olarak hakkaniyet terimleriyle ifade edilir. Adalet bir davranış yada hukuk kuralının ahlaken iyi ve toplumda onaylanan bir değer taşımasıdır. Örneğinin; Adil ceza, adil paylaşım.

Antik yunandan bu yana neyin adil olduğu tartışılmıştır ve Aristoteles ilk olarak adaleti devletle irtibatlandırır çünkü hukuku devletin düzeni olarak görür ve hukukun da neyin adil olduğunu belirlediğini ifade eder.

Adaletin temeli tüm hukuka uygun egemenliktir, böylelikle adalet hukuk devletinin hukuk kurallarının ölçülmesi değeri olup kanunun ölçütüdür. Bu nedenle " Hakkaniyet hiç bir zaman kanuna karşı yürümez" denilmiş.

Adalet sosyal ilişkilerde yer alan karşı tarafların çalıştığında insanların işbirliği ve uyuma içinde bulunduğuyarara uygun davranıştır. Bu nedenle adalet barışı sağlar. Adalet insani davranışa veyay hukuk kuralına ilişkin özellikle verimlilik için bir değerlendirme ölçütüdür.

Hakkaniyet ise bilgelik, cesaret ve sağduyuya ilave dördüncü erdemdir. Kişisel bir erdemdir.

Platon hakkaniyeti diğer üç erdemle ilişkili ortaya koymuş. Hakkaniyeti latince "Herkes hak ettiğini bulur" ile ifade etmiş.

B) Adalet Anlayışı

1-Genel Olarak

Adalet anlayışı ve bunun eşitlik ilkesi ile olan ilişkisi hukuk felsefesinin inceleme alanıdır. Adalet kavramı üzerine olan tartışma Platon ve sonrası stoacı, okulun metafizik temele dayanan yaklaşımı ile başlamış.

Aristoteles öncesi soyut adaleti politik adaletten ayırmış, soyut adaleti de kendi içinde değişim adaleti ile dağıtıcı adaleti birbirinden ayırmıştır.

Platon adaleti şu şekilde tanımlamıştır."Herkes hak ettiğinin verilmesidir." ve "Herkes üzerine düşeni yapması ve kendi payısa sahip olmasıdır."

Doğal hukuk görüşü içinde eşyanın ve insanın niceliğine dayandırılmış. Cicero ve seneca adalet kavramı üzerinde tartışmış. Eskiden beri "Hukukun hedefi adalettir." deniliyor.

Augitinus ve Aquin doğal hukukun kaynağını tanrısal düzenleme iredesine dayandırmış, yeni zamanda da insan niteliği ve varlığı ile açıklayan yaklaşımlar var. Fransız matematikçi ve felsefeci B. Pascal adaletin kendi benzetmesiyle dağlar ile ırmaklar arasında politik çağrafi sınırları belirlemiş.

Pozitif hukukun adalet yaklaşımı yanında faydacı okulun ve onun savunucuları olan Benthom ve Mill'in adalet ve hukuk yaklaşımını belirtmek gerek.

Aritoteles sonrası ise Rovıls öncesi ve sonrası onun fikirleri ile tartışılmaya başlanmış.

Hukuk gibi adaletin tanımını da yapmak güç iş buna rağmen her yeni tanım onu belirleyici ve geliştirici bir deneme.

1- Eşitlere eşit (eşitsizlere eşitsiz) davranması ilkesi (Ayrımcılık yasağı)

Eşitlik ilkesi genel olarak tüm olaylara aynen uygulanmaz hakkın eşitsiz olmayanlara paylaşımında birincil ayrımcılık ve ikincil ayrımcılık ayrımı yapılmakta.

Birincil ayrımcılık insan tarihi boyunca insan hak ve özgürlüklerin gelişimi ile oluşmuş. Herkesin din, dil, ırk, mezhep, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi düşünce ve benzeri sebepleri ayırım gözetmeksizin kanun önünde eşitliğini ifade eder. 20. yüzyılın başından itibaren erkek eşitsizliği de bu kapsamda ayrı bir önem taşır.

İkincil ayrımcılık (iki görüş şekli) özellikle vergi hukuku, çalışma hukuku, idari hukuk, meslek ve ekonomi hukukunda uygulanması söz konusu.

C. Adalet Kavramı

1-Genel olarak

Adalet aslında insanlar arasındaki toplumsal ilişkilerde sosyal davranışa ilişkin ahlaki bir gereksinimdir.

"Hukuk adil ve iyi olanı gerçekleştirme sanatıdır."

Adalet kavramı en geniş anlamıyla karşılıklı istek ve bağlılık başka bir deyişle bir kişinin diğer kişiye olan ahlaki hak ve yükümlülüğüdür. Adalet halkın bir parçası olarak ahlaki bir sosyal yükümlülüktür.

Adalet dar anlamıyla ise kişilerin toplumsal yaşamda moral kaynaklı hak ve yükümlülüklerin bir kısmını teşkil eden mal dahi değerlerin ve hükümlerin dağıtılması ve paylaşılmasıdır. "Adalet herkese hakkı olanı vermektir."

2. Adalet Teorisi

Farklı olan ve yerlerde bu konu uygun Farklı paylaşım ilkerleri geliştirilmiştir. Örneğin mal varlığı değerleri, hizmet edimi, sosyal durum hakları ve benzerlerinde bu farklılıklar gözlenmektedir.

İnsanlar çok farklı adalet teorileri geliştirmiş geliştirmeye de devam ediyor.

Adalet paylaşılmasında ve değerlendirme ölçütlerinde hareket noktası yine "herkese hak ettiğini ver" ilkesidir. Bu noktada kişinin hak ettiği nedir sorusuna cevap arayan üç temel yaklaşım ve bu yaklaşımlar içinde farklı teoriler var.

-Değerlendirme adaleti yaklaşımı

-Usulü adalet yaklaşımı

-Maddi adalet yaklaşımı

a-) Değerlendirme adaleti yaklaşımı teorileri

Değerlendirme adaleti yaklaşımı meto-etik olarak da ifade edilen dil analizinden hareketle veya emredici sosyal araştırma metotları aracılığıyla adalet düşüncesini sosyal bir inceleme konusu olarak analiz eder ve değerlendirir.

Dil analizine dayanan adalet teorileri eski dilden günümüze gelen ve kullanılan kültürel ve etik kelime ve cümleleri bunlara dayanan önermeleri temel yapı ve mantık yönünden analiz ederek adalet düşüncesine ilişkin teoriler üretir. Bunların temelini etik yapılar oluşturur.

Emredici sosyal adalet teorisi adaletin tezlerini felsefe ve kısmen de hukuk sosyolojisinde ararlar. Son yıllarda sosyal ekonomik araştırma sonuçlarından hareketle farklı teoriler üretilmiştir.

B- Usulu Adalet Yaklaşım Teorileri

Adaletin içeriği ve sonuçları üzerinde inceleme yapmaksızın onun varlığı, varlığın olduğu biçim ve gelişimi ile ilgilenir. Usulu adalet görüşü adil yargılama ile bağlayıcı oadaletli hükme varmayı amaçlar. Yargılama adil olmalı görünür, izlenilebilir, açık olmalı, adil sonuçlara varmalı. Sonunda verilen hükmün adil yargılama kurallarına uygun olmalı ve haklı gerekçeleri ifade etmeli.

C- Maddi Adalet Yaklaşımı Teorileri

Değerlendirmede adaletçi görüşü savunurlar. İnsan neyi hangi değerlere dayanan paylaşma adil olarak kabul etmelidir sorusunun cevabını usulu adalet görüşünü savunanla uargılama kuralları adil olduğunda kararın adil olup olmadığı sorusuyla yetinirler. Bunların cevabı kadar hatta onlardan daha önemlisi paylaşımın maddi olarak adil olup olmadığı sorunudur, diğer adalet yaklaşımları aslında maddi adaleti tamamlar.

3 başlıkta toplanabilir.

Aa. Faydacı Adalet Teorileri

Yarar ve verimlilikten hareket ederler belirli bir mal paylaşımında veya davranışta onun faydasına mutluluğa katkısına bakar.

Faydacı hukuk ekolü 18 ve 19. yy. İngilterede kurulmuş. Savunanlara Mill ve Bentham örnektir.

bb. Bu sözleşmeyi temel alan adalet teorileri

Sözleşmeyi esas alan görüş onu özgürlükle ve bu özgürlüklere ilişkin toplumsal sözleşmeye dayandırır. Hobbes, Locke, Rousseau tarafından temellendirilmiştir. İşte bu "toplumsal sözleşmesi görüşü" Kant'ın "birlikte yaşam modeli" ile tamamlanmakta insanlar kendi özgürlüklerinden vazgeçerek veya sınırlandırarak kendi güvenlik ve huzurlarını sağlamakta.

cc. Eşitliği esas alan adalet teorileri

Eşit ve adalet ilişkisi temelinde adaleti temellendirir. Hukuku adalet ve eşitliğin sadece bir parçası olarak siyasal bir tercih olarak değil aynı zamanda mal varlığı değerleri ile hizmet edimlerinin paylaşımında adil olanı belirlediğini kabul eder. Aristoteles sonrası Rawls'ın "adalet teorisi" eşitlik ilkesini temel alır aynı zamanda toplumsal teoridir.

3. Adaletin Fonksiyonları

Adaleti insanlar arasında toplumsal ilişkileri düzenleyen kurallarda, politik sosyal ve hukuki düzenleme formu olarak beklenen paylaşma kurallarını belirler. Adalet öncelikli olarak hukuk kurallarının oluşmasında adil değer olarak adil paylaşma tercihinin belirlenerek ve onun hukuk kuralı olarak kanunlaşmasına hizmet eder.

Adalet yargı uygulamasında sistemsel birliğin sağlanmasına hizmet eden en genel hukuk ilkesi ve aynı zamanda hukukun nihai amacı olarak hukuk kurallarının hizmet ettiği adalet amacına ve hukuk ilkesine göre yorumların anlamlandırılmasına ve uygulamasına hizmet eder. Yargı kararında ölçüt olarak alınması gereken adalet ilkesinin (.....) şunlardır.

- İnsan hak ve özgürlüğü olarak irade muhtariyeti

- Etik ve yaşama uygunluk

- Davranışta ölçülülük ve dürüstlük

- Asgari ölçüt olarak hukuk güvenliği

-Devletin kamu hizmetlerinde sosyal sonuçları dikkate alınması

Hukuk doktrini bakımında kuralın kanunlaşmasına ilişkin oyların alternatiflerini ve bu alternatifler içinde en adil olanın seçilmesine yardımcı olmak zere hukuk tarihi mukayeseli hukuk ve diğer temel disiplinler a bilimsel incelemeler yazılır, hukuk kuralının tercih ettiği adalet ve adalet değerin ne olduğu belirleyerek kuralın anlamını belirlemesi konusunda yargı uygulamasına yol gösterir.

D-Adalet Özü: Eşitlik ilkesi (Herkese, kendine ait olan verme ilkesi)

1. Eşitlik ilkesi

Aristoteles "nikomomackos'un etiği adlı kitabında oluşturduğu adalet teorisinin merkezine adaletin eşitlik olduğunu koymuş ve ondan hareketle açıklamalar getirmiş. Fakat çok sonraları da kant eşitliği formal veya sayısal eşitlik olarak anlayacaktır.

Aristoteles eşitliği dar anlamda eşit davranma ilkesi olarak kabul etmekte ve en azından paylaştırıcı adaleti doğru şekilde yapılan geometrik, analitik, orantılı olarak anlamakta.

Aristoteles orantılılık ilkesini "hukuk bu nedenle biraz orantılılıktır; hukuk orantılılık ortalamadır ve adalet ortalamadır." ekinde ifade etmekte ve bu şekilde örneklemektedir.

Katil: hırsız= boyu : bir yıl hapis yerine katilin infaz veya hırsızın parmağının kesilmesinin adalet olduğu anlamına gelmez, adalet orantılılıktır. Orantılılık üçüncül bir karşılaştırmaya ilişkin bir t ve kıyastır. Aristoteles bunu layığına uygunluk olarak ifade etmekte.

Aristoteles eşit davranma ilkesinden hareketle adaleti; denkleştirici adalet/değişim adaleti veya paylaştırıcı adalet/dağıtıcı adalet olmak üzere ikiye ayırır.

Denkleştirici adalet / Değişim adaleti

Aristoteles'e göre adaletsizlikte eşitsizliğin doğal niteliğinin bir sonucu söz konusudur. Konunun bu eşitliği sağlaması gereklidir, kendi ifadesiyle düzeltmesi gerekir. Bu da edim ile kar edimin hukuk ilişkisinde karşılıklı değişim ilişkisin de karşılığını oluşturduğunu kanun de aynı eşit durumu söz konusudur. Aristoteles bunu de 鳥記 m adaleti olarak ifade etmiş. Değişim adaleti tarihsel süreçte "kuas" köklü eşit davranılmasını ifade eder.

Baka deyişle kişiye verilenle onun değış-tokuşa karşılık olarak verildiğinin eşitliğe zarar görenin haksız fiil sonucu zararları ile bu sebeple elde ettiğı yaralarının denkleştirilmesinde eşitlik anlamına gelir.

Paylaştırıcı adalet/ Dağıtıcı adalet;

Değişim adaletini tem tersine birden fazla kişi arasındaki ilişkide hak ve yükümlölüklerin dağılımının adil olarak paylaştırılmasındaki ölçüt, liyakat ehliyet ve ihtiyaçlar olması gerekir; örneğın kişilerin farklı vergilendirilmesi onların gelirlerin farklılığına veya bir bürokratin yükselmesi ise görev süresine ve görevde gösterdiği niteliğine bağılı. Dağıtıcı adalet ulpionus ve sonrasında cicera tarafında " haklıya hakkını vermek " şeklinde ifade edilmiştir.Dağıtıcı adalet hem verilen nesnenin değerin hem de bu nesnenin verileceğı kişinin niteliğini dikkate alır. Başka bir deyişle adalet hem verilenin alınana uygunluğu olarak eşitlik ve hem de kişinin niteliğinin dikkate alındığı orantılı olmasına dayanan eşitlik anlamına gelir.

Adalet

Dar anlamda adalet: Eşit davranma ilkesi

Topluluk

+Dağıtıcı adalet

+Paylaşıcı adalet

+Katılım adaleti

+Yasal adalet

Bu durumda yer aldığı üzere paylaşıcı adalet platon tarafından katılımcı adalet Thomas van Aquin tarafından ise yasal adalet olarak ifade edilmiştir.

Aristotelesin adalet çeşitlerine ilişkin yaklaşımı, kamu ve özel hukuk anlamından farklı adalet yaklaşı ortaya koymaktadır. Bunun anlayışını şu şekilde şematize edebiliriz.

Adalet

1. Yasal adalet
2. Dağıtıcı adalet
3. Sosyal adalet

1ve2 sosyal adalet (kamu hukuku)

2ve3 özel adalet (özel hukuk)

Sosyal adalet ve özel adalet: iş hukuku, sgk hukuku

Bu şemadan anlaşılacağı üzere hukukun idesi olarak adaletin, özel ve kamu hukukunda sert biçimde ayrılmadığı; aksine günümüz modern toplumunda bu iki temel disiplinde adaletin iki çeşidinin birbirine yaklaştığı birbirlerini tamamladığı görülür.

Nesneye göre eşit ve kişiye eşit olanın özelliğine eşit verilmesini öngören dağıtıcı ve denkleştirici adalet düşüncesine ilaveten herkes kendisine ait olanı verme temel ilkesine dahil olmak üzere günümüzde herkese yeteneğine, çalışmasına göre ilkesi ve herkese elinden geldiği kadar, herkese ihtiyacına göre eşitlikten hareket edilir. Adaletin özü eşitlik düşüncesidir.

Perelman, adaletin 6 temel ilkesinden bahsetmektedir:

- Herkese aynı şey
- Herkese liyakete göre
- Herkese ortaya koyduğuna göre
- Herkese ihtiyacına göre
- Herkese sosyal konumuna göre
- Herkese yasal hakkına göre

2.Kanun Önünde Eşitlik İlkesi

Kanun önünde eşitlik ilkesi ilk kez Kuzey Amerika koloni Devletleri hak bildirgesinde “Bütün insanlar doğuştan eşittirler.” şeklinde ifade edilmiştir. Sonrasında da Fransa dahil birçok demokratik devlet anayasasında ifade bulmuştur. Yasal düzenleme bulunmayan yerlerde bile eşitlik ilkesi gizli bir genel hukuk ilkesi olarak varlığını kabul ettirmiştir.

Ülkemizde eşitlik ilkesi 1924 Anayasası m.69; 1961 Anayasası m.12 ve son olarak T.C. Anayasası m.10 içerisinde yer almıştır. Ayrıca eşitlik ilkesi ayrımcılık yasağını da kapsadığından 6701 sayılı kanunun 3.maddesinde ayrımcılık yasağına yer verilmiştir. Aynı kanunun 4.maddesinde ayrımcılık türleri sayılmaktadır.

E. Adalet Çeşitleri

1.Şekli (Formel) Adalet

“Eşitlere eşit davranılması” istemi şekli adalet ilkesi olarak nitelendirilir. Hukuk devletinde, devletin vatandaşta uygulamalarının hukuka uygunluğu, şekli adalet ilkesi ile belirlenir.

2.Maddi Adalet

a. Genel Olarak

Eşit uygulama emreden kurallar içeriğinde adaletsiz hatta keyfi uygulamalar olabilir. Adaletin şekli yönü maddi yönüyle tamamlanmalıdır. Maddi adalet kuralda ve kurumdaki adalettir.

b. Maddi Adalet Türleri

4 çeşittir.

aa. Denkleştirici Adalet (Değişim-Takas-Adaleti) (iustitia commutativa)

Vatandaş-vatandaş yani iki kişi arasındaki ilişkideki adalettir. Değişim ilişkisi içinde olan karşılıklı birden fazla kişinin karşılıklı yarar ve yükümlerini dikkate alır. (örn: iki tarafa borç yükleyen sözleşme)

Özgür irade adaleti ve özgür irade dışı adalet olarak ikiye ayrılır. Özgür iradenin oluşturduğu denkleştirici adaleti sözleşme ve haksız fiil hukukunda görebiliriz. Haksız fiil hukukunda *denkleştirme ilkesi* hakimdir. Özel hukukta ise *irade muhtariyeti* yani *sözleşme özgürlüğü* hâkim ilkedir.

Sözleşme özgürlüğünde eşit değerlilik ve karşılıklı eşit dönüşüm kuralıdır. Kuralın bozulması halinde istisna olarak hakime sözleşmeye müdahale imkanı tanınmıştır. (aşırı yararlanmada iptal veya oransızlığın giderilmesi, aşırı ifa güçlüğünde uyarılma) eşit paylaşımında mal değerinin veya ücretin adil olup olmadığı “kim ki istediğini alır, bu adildir” sözüne göre belirlenir. Modern toplumlarda ise tüketicinin zarar görmesini engellemek ve korumak için haksız rekabet hükümleri getirilmiştir.

bb. Dağıtıcı Adalet (Paylaşıcı Adalet) (iustitia distributiva)

Alt-üst arasındaki ilişkideki düzene ilişkindir. Toplum ilişkilerine ilişkin düzende, yaşamda, gelişmede ve gelirden düzeltme fonksiyonunu icra eder. Ayrımcılığı engellemede, rekabet hukukunda ve kira, iş ve tüketici hukukunda zayıfın korunmasına hizmet eder. Evlilik ilişkisi, velayet ve vesayet ilişkileri, tüzel kişiyle ilişkiler, birlikte zilyetlik, birlikte mülkiyet gibi ilişkileri düzenler. Toplumsal birliktelik

ilişkisinden doğan yarar, değer, yüküm ve yüklerin katılanlar arasında paylaşılmasını ve dağıtılmasını öngörür.

Paylaştırıcı adalet birisi devlet olmak üzere en az üç kişiden oluşan katılanlar arasındaki ilişkidir. Katılanlar devletten yargılama adaleti de bekleyebilir. Mahkemeler de farklı temel ilkelere dayanarak adaletin adil dağılımını sağlarlar:

- Mal ve hak kazanımına esas temel ilke olarak eşitlik
- Gelir ve yükümlülüğün paylaştırılmasında temel ilke olarak eşitlik
- İradi paylaşım temel olan eşitlik

cc. Siyasal (Politik) Adalet

Hakimiyet ilişkisi bir kişi veya bir kişi birliği ile hakimiyete veya yetkiye dayanan bir ilişkidir ve bu ilişkide egemen olan diğerlerinin davranışlarını belirler. (devlet-vatandaş, devlet-yabancı, veli-çocuk, vasi-sınırlı ilişkisi) Egemen taraf, hakimiyet gücünü diğerleri üzerinde adalete uygun olarak kullanmalıdır. Bu adalet şekline siyasal adalet denir. Egemen, keyfi hareket etmemeli sadece herkes tarafından kabul edilen amaca uygun ve herkesin yararına hareket etmelidir.

dd. Düzeltici Adalet

Sosyal yaşamda belirlenen kurala uygun davranılmaması halinde hakkı ihlal edilenin diğerine müdahalesi veya ihlal edenin durumunun eski haline getirilmesi gerektiğinde, haksız durumun tatmin veya telafisi şeklinde düzeltilmesi için uygulanacak olan adalet çeşididir.

Düzeltici adaletin iki önemli ölçütü vardır:

- Hak ya da yükümlülük ihlalinin ağırlığı
- Yükümlülük ihlalinin derecesi

Örneğin manevi tazminatın ilk aşamasında ihlal edilen kişilik hakkının ihlal şiddeti, ikinci aşamasında elem ve ıstırapın ağırlığı ve ihlaldeki kusur esas alınır.

ee. Sosyal Adalet

Tüm toplumsal ilişkilerdeki sosyal ilişkilerde geçerli olan sosyal adalet, maddi adaletin tüm görünümünde söz konusu olabilir. Sosyal eşitliğin söz konusu olduğu hallerin neler olduğu o toplumun anayasasında ifade edilir ve evrensel ilkelerle kapsamı belirlenir. Temel haklarda hukuki eşitlik talebi, bireysel hak ve özgürlüklerde demokrasi ve demokrasiye katılım talebi, sosyal durum ve şansa sosyal şans eşitliği talebi, ekonomik alanda ekonomik denkleştirme talebi sosyal eşitliğin alanlara göre uygulandığı durumlardır.

F. Radbruch'un Adalet Anlayışı

1. Genel Olarak

Radbruch'un düşüncesine göre hukuk adalet hizmet eder ve iadesi olan üç temel değer üzerine kurulmuştur:

- Adalet, dar anlamda eşitlik

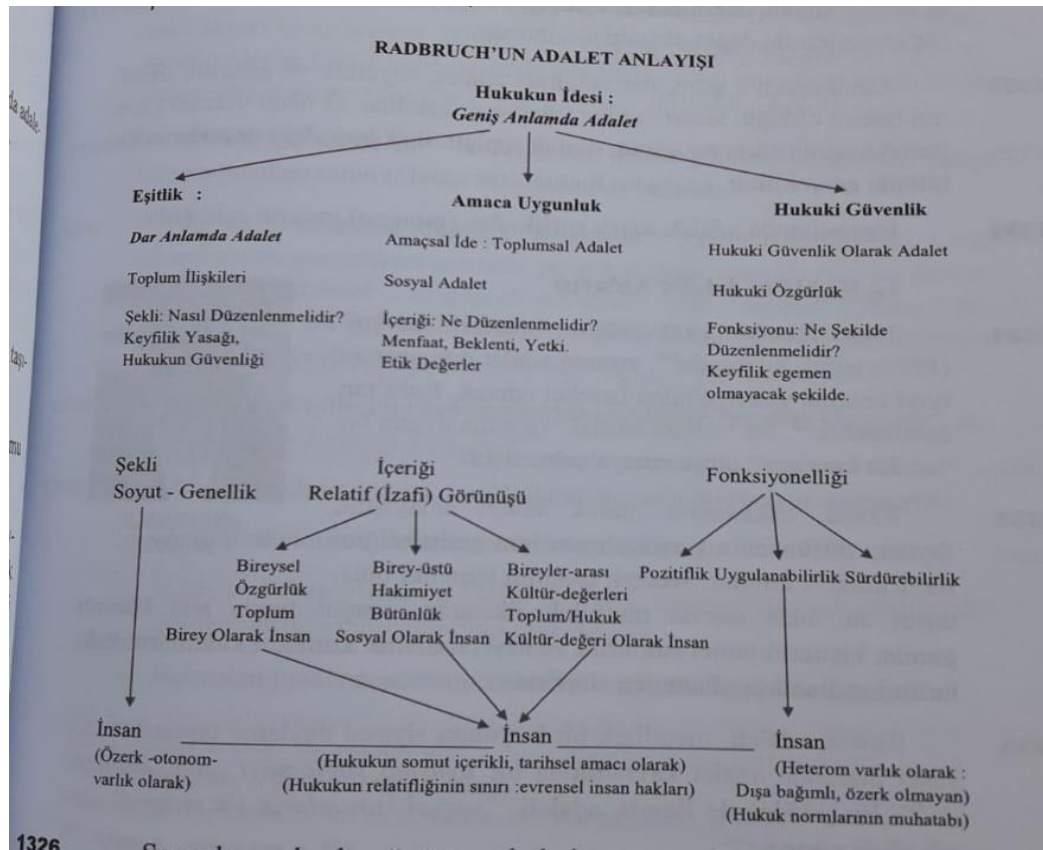
- Amaca uygunluk
- Hukuk güvenliği

Eşitlik, hukukun formel (biçimsel) yönünü oluşturur. Radbruch'a göre en geniş anlamıyla adalet:

- Şerefli yaşa (honeste vive)
- Başkalarına zarar verme (neminem laede)
- Herkese hak ettiğini ver (suum cuique tribüne) anlamını taşır. Dar anlamda ise eşitlik ile örtüşür.

2. Adalet Anlayışı

Radbruch hukuku olan ve olması gereken şeklinde düalist (ikili) metodla değerlendirir.



Dar anlamda adalet özerk varlık olan insanın eşitliğidir, amaca uygunluk ve hukuki güvenlikle tamamlanmalıdır.

G. Rawls'ın Adalet Anlayışı

Rawls, adalet anlayışını faydacı düşüncenin yerini alması için geliştirdiğini ifade eder. Faydacı teoriyi azınlığın haklarını korumadığı için eleştirir. Adaleti, *sosyal kurumların ilk erdemi* olarak ifade eder. Adalet kuramını adil dağılımın sağlanması ve toplum sözleşmesi tezine dayandırır. Üç temel savda bulunur:

- Her akılcı bireyin kendi iyi anlayışını gerçekleştirmesinde yararlı olduğu savı
- Her iyi kavramını gerçekleştirmek için geçerli yöntemler olan birincil iyilerin bir kataloğunu

- Bu kaynakların olası en geniş miktarından yararlanmanın daha iyi olacağı düşüncesi

Birincil iyileri de özgürlük, fırsat, gelir, refah, özsaygı ve iktidar olmak üzere beş kategoride belirler. Rawls'ın adalet teorisi üç soru ile ilgilenir:

- Adalet ilkelerinin bulunması ve yorumlanması
- Anayasal kurumların bunları gerçekleştirecek şekilde düzenlenmesinin mümkün olup olmadığı
- Belirtilen payların adalet kavramına uygun olup olmadığı

Hakkaniyetin biri *özgürlük* diğeri *eşitlik* olmak üzere iki adalet ilkesi ile gerçekleştirilebileceğini ifade eder. Özgürlük ilkesi tüm vatandaşların temel hak ve özgürlüklerden eşit olarak yararlanmasını teminat altına alır. (düşünce özgürlüğü, mülkiyet özgürlüğü, konuşma ve toplanma özgürlüğü) Eşitlik ilkesi hiçbir makam ve konuma bağlı olmayarak herkese açık sosyal ve ekonomik eşitliğin sağlanmasını ve düzenlenmesini ifade eder.

Rawls sosyal ve ekonomik yararların dağıtılmasına temel teşkil edebilecek “*doğal özgürlük, liberal eşitlik ve demokratik eşitlik*” ilkelerini değerlendirir. Demokratik eşitliğin *fark ilkesine* dayandığını ifade eder. Fark ilkesini iki şekliyle inceler:

- Fırsat eşitliği (kişilerin kendilerini yetenekleri doğrultusunda geliştirmeleri)
- Fark eşitliği (yetenek bakımından talihsiz kişilerin -engelli, 140 IQ düzeyine sahip, belirli bir ırk mensubu- asgari yaşam standartlarının yükseltilmesi)

Liberal eşitlik ilkesinin doğal yetenek farklılığını dikkate almadığını belirterek bu farklılığın fırsat eşitliği ile giderilmesini ister. Özgürlük ilkesi eşitlik ilkesinden önce gelir. Rawls'ın temel yaklaşımı şu şekilde özetlenebilir: “Adil bir toplum hiçbir özel tasarı gerçekleştirmeye çalışmaz ama vatandaşlarına herkes için eşit özgürlük ile bağdaştıkları ölçüde kendi amaçları ardına düşme fırsatını verir; sonuç olarak bu toplum iyiye dair hiçbir fikri önceden kabullenmeyen ilkelere göre yönünü saptamalıdır.

H. Luhmann'ın Adalet Anlayışı

Adalet, bir sistem koşulu altında ortaya çıkan, birçok olayın sistem içinde ve onun aracılığıyla çözümünü sağlayan “uygun karmaşık formüldür”. Uygun karmaşıklık ise sistem içinde tutarlı karar verme ile bağdaşabilen karmaşıklıktır. Luhmann'a göre hukuk sisteminin karmaşıklığını belirleyen en önemli değişkenler şunlardır:

- Verilmiş ve verilecek kararların türü ve anlamında sistemin varyetesi
- Tekil kararlar arasında bağımlılıklar olarak, sistem içinde karşılıklı bağımlılık
- Sistem yapısını genelleştirme becerisi
- Karar önermelerinin değişme süre ve sıklığı

Luhmann'ın adalet teorisi doktrinde eleştiri konusu olacak derecede “geleneksel adalet teorisinden” sapmıştır.

VI. HUKUKUN TANIMININ HUKUK POLİTİKASI VE HUKUK SİSTEMLERİ İLE İLİŞKİSİ

Hukukun oluşumu tarihi gelişimlere paraleldir. Hukuk kuralı mahkeme kararından oluşan kurallar ile genel ilkeleri ve kanun koyucu tarafından düzenlenen kuralları ifade eder. Peki hukuk bir amaçsal

adalet düşüncesi ihtiva etmeli midir? Pozitivist yaklaşım hukukta adalet kavramı aramaz. Kıta Avrupası bakış açısı devlet ve kanun koyucu tarafından koyulan kurallara hukuk der. Devletin yetki verdiği kurumlar da hukuk kuralı koyabilir. (kilise tarafından konulan kilise hukuku, toplu iş sözleşmesi düzenlemeleri)

VII. HUKUKUN YÜRÜRLÜKTE OLAN HUKUK KURALLARININ SİSTEMLEŞTİRİLMİŞ TÜMÜ OLMASI

A.Genel Olarak

TMK md.1 hukukun kaynakları içinde kanun kuralının örf ve adet hukuk kuralı ile hakim yarattığı hukuk kuralından öncelikli kaynak olduğunu düzenlemiştir. TCK md.2 tek hukuk kaynağının kanun olduğunu öngörmüştür. Kanunların hepsi alt mevzuatla birlikte hukuku oluşturur. Hukuk biliminin temel görevi kanunun vücut bulduğu dilde açık ve anlaşılır biçimde yazılmasıdır. Hukuk kanun koyucu tarafından konulmuş, belirli bir zamanda belirli bir yerde geçerli olan hukuk kurallarıdır.

B. Hukuk ve Kanun Kuralı İlişkisi

1. Kanun Kuralının Asli Kaynak Olması

Montesquei'den bu yana halk hukuku kanun veya hukuk kuralları olarak anlamaktadır.

2.Kanunun Hukukun Tek Kaynağı Olmaması

TMK md.1 dar anlamda kanunu -geniş anlamda yazılı hukuk kurallarını- hukukun asli kaynağı olarak görmüştür ve hakim kanunu özü ve sözü ile uygulamakla yükümlü olduğunu ifade etmiştir. Olaya uygulanacak kanun kuralı yoksa önce örf ve adet hukuku; örf ve adet hukuku kuralı da yoksa hakim hukuk kuralı yaratması söz konusudur.

C. Hukukun Normatif (Yasal) Geçerliliği

1. Genel Olarak

Normun dışsal bakış açısını benimseyen yazarlar hukukun şekli yönünü, içsel bakış açısıyla bakan yazarlar maddi yönünü ele alırlar.

2.Dışsal Bakış Açısıyla Hukuki Geçerlilik (İki temel yaklaşım söz konusudur.)

a. Aksiyolojik (Deontik) Geçerlilik Görüşü

Normun hukuki geçerliliğini adillik, hak ve adalet, ortak iyi, sosyal dayanışma ve refahın artması gibi kriterlere göre değerlendirmektir. Objektif ve evrensel temel etik değeri ve buna ilişkin kriteri iktidarı elinde bulunduran kişi veya kişiler ve tüm vatandaşlar belirler. Doğal hukuk teorisine temel olan yaklaşımdır, hukuk felsefesinin konusuna girer.

b. Sosyal Geçerlilik Görüşü

Etkililik gibi sosyal olgu kriterlerine göre değerlendirmektir. Maddi geçerlilik, ampirik geçerlilik, olgusal geçerlilik, efektif geçerlilik olarak da ifade edilebilir. Özellikle Amerikan ve İskandinav Hukuki Realizm akımları tarafından savunulur, hukuk sosyolojisi ve hukuk psikolojisinin konusuna girer.

2. İçsel Bakış Açısı (Biçimsel ve Sistemsel Geçerlilik Görüşü)

Normun yürürlüğe konulması ya da uygulanmasının sağlanması veya belirli bir düzene bağlı olması ile belirlemektedir. Bu görüş normativist görüşün temel yaklaşımıdır. İçsel bakış açısında iki yaklaşım söz konusudur, **biz karma yaklaşımı benimsemekteyiz.**

a.Biçimsel Geçerlilik

Devlet tarafından yürürlüğe sokularak maddi yaptırımla uyulması sağlanan kuralları norm kabul eder.

b.Sistemsal Geçerlilik

Normu belirli bir hukuk sistemine dahil olması halinde geçerli kabul eder.

3. Hukukun Normatif (Yasal) Geçerliliği Konusundaki Görüşler

a. Fiili Uyma Teorisi

Bir norm toplumun genelindeki çoğu kişiye verdiği emirle maddi bir davranışta bulunmasını emreder, norma uygun olmayan davranışa yaptırım uygular.

b.İrade teorisi

Bir normun geçerliliğini egemenliği kullanan otoritenin iradesi olarak görür. Karar teorisine göre toplumun temel kuralı egemenin temel kuralıdır. Erk teorisi normun kurucu idesini reddeder. Geçerliliği metafizik, tarihi vs.esaslara dayandıranlar da vardır.

c.Tanım Teorisi

Norm konusunun toplum tarafından benimsenmesi veya bir otorite tarafından kanunlaştırılarak yürürlüğe sokulması geçerliliği ifade eder. Habermas tarafından kurulan iletişimsel eylem teorisi şekli gerçekliği eleştiren, gerçekliği temel alan toplumsal teoridir. İletişimsel eylem dil ve eylem yeteneği olan kişilerin anlaşma ve ikna yoluyla uzlaştıkları simgesel anlatımlardır. Hukukun yasallığı kendisini eylemsel toplumsal iletişimde ortaya koyar.

d.Geçerlilik Teorisi

Katıldığımız teori yasal geçerliliğin yanında adalete uygunluğu adillik yönünden, maddi hukuk sistemiyle bütünlük yönünden, genel hukuk ilkelerine uygunluğunu haklılığı yönünden değerlendirmektedir. Hukukun yasal şekli geçerliliği hukuk teorisinin, maddi normatif geçerlilik yönü hukuk felsefesinin, sosyal normatif geçerlilik hukuk sosyolojisinin konusunu oluşturur.

D. Hukukun Devlet Tarafından Yürürlüğe Sokulması

1. Genel Olarak

Hukuk devlet tarafından yetki verdiği, organlarca yürürlüğe sokulan veya tanınan kurallardır. Otoriteye itaat eden kişi bunu ilgili kurumun üyesi olduğu için yapar ve sadece kanuna itaat eder. Toplu iş sözleşmesi, AB yönergelerinin anayasal hüküm marifetiyle iç hukuk tarafından benimsenmesi devlet tarafından tanınmaya örnektir.

Kıta Avrupası sisteminde, anglo-amerikan sisteminin aksine kural koyma yetkisi sadece yasama meclisine aittir ancak hakim kuralın hukuk olup olmadığına karar verebilir. Demokratik

cumhuriyetlerde kural koyma yetkisi devletin egemenlik kapsamındadır. Yasama yetkisi Türk Milleti adına devredilemez şekilde TBMM'nindir. Mahkemeler sadece kural uygulayıcılardır ve mahkeme kararları sadece yardımcı kaynaktır. Örtülü boşluk hallerinde hakim kendi koyduğu kuralı uygular.

2. Anayasa Kurallarının Uygulanması

Anayasa hukuku ile kanun hukuku çatışırsa bir boşluk -örtülü boşluk- doğmaktadır. Bu durumda hakim anayasaya uygun yeni bir kural yazacaktır.

E. Devlet Tarafından Hukuka Uyulma Zorunluluğunun Sağlanması

Hukuk, muhatabına yönelik zorunlu olarak uyulma konusunda yetkiyi ihtiva etmelidir. Devlet hukukun normunu mahkemeler veya cebri icra yoluyla gerçekleştirmesine imkan vermektedir. Hukuk devleti hukuk kuralının sürekli olarak istikrarlı bir şekilde uygulanacağı hususunda güven vermelidir, kural uygulanırken eşitlik ilkesinden ayrılmadan kurala uyma zorunluluğunu sağlamalıdır.

F. Değerlendirme

Pozitif hukuk doktrininde aşağıdaki hususlar tartışmalıdır:

- Uluslararası mahkemenin kararına uyulma zorunluluğu
- Mahkemece konulan ve uygulanan kuralların hukuk kurallarına uygunluğu
- Adalet kavramının hukuku oluşturan iki unsurla birlikte değerlendirilip değerlendirilemeyeceği
- Normun geçerliliğinin yöneldiği kişi tarafından benimsenebilirliği

10. BÖLÜM (323-354)

VIII. HUKUKUN KURUMSAL VE KACRAMSAL YAPISI: HUKUK ve HAK İLİŞKİSİ

A. Hukuk ve Hak İlişkisi

Hukuk kavramı, Kıta Avrupası Hukuku'nda, objektif hukuk ve sübjektif hukuk ayrımı ile incelenmektedir. Von Jhering bu iki kavramı şöyle açıklar:

Objektif hukuk, toplumsal yaşamı düzenlemek için devlet tarafından yürürlüğe sokulan hukuk kurallarını; **sübjektif hukuk** ise, soyut hukuk kurallarının kişilere sağladığı somut hukuki hakları ifade eder.

Von Jhering'e göre, hukuk ve hak arasındaki ilişki, kalpten pompalanan kanın vücudu dolaşp, yeniden kalbe geri dönerek onu beslemesi gibidir. Hak varlığını hukuktan alır, diğer yandan hukuka hayat verir.

Türk hukukunda objektif hukuk, hukuku ifade eder; sübjektif hukuk, hakkı ifade eder.

B. Hukukun Kurumsal ve Kavramsal Yapısı

Hukuk, devletin kurumsal yapısını oluşturur. Ancak kural koymaya yetkili tek kurumun devlet olduğunu söylemek doğru değildir. Devlet dışında, dernekler, vakıflar ve ticaret şirketleri bu kapsamda değerlendirilebilir.

Hukuk, kavramsal yapıları içerisinde barındırır. Bazı hukuk kurumları ve bunlara ilişkin düzenlemeler de hukuk içerisinde yer almaktadır. Örneğin, kavramsal olarak bakıldığında mülkiyet, evlilik vb. yapısal açıdan objektif hukuk kavramının içerisinde dahildir ve onun kurallar bütünü içerisinde yer almaktadır. Bu yönüyle objektif ve sübjektif hukuk kavramlarının nasıl birleştirileceği önemlidir. Hukuk, kavramsal kurumların yarattığı yapıları da ihtiva edecektir.

C. Hak Kavramı

Hak, tüm hukuk sisteminin merkezindeki temel kavramdır. Hak kavramı yalnızca özel hukuk ile sınırlı değildir. Dava edilebilir kamu kökenli özel hukuk ilişkilerinden doğan haklar da söz konusudur.

Kant'a göre, hak, kişinin zorlama kullanmak üzere yetkilendirilmesidir. Hak kavramı, hem yapabilmeyi, hem de engel olunmamayı kapsamaktadır.

Hak kavramı açısından irade teorisini savunan Tarihçi Hukuk Okulunun görüşlerinden etkilenen **Savigny açısından hak**, iradi yetki, iradi güçtür. Bu kavram Windscheid tarafından, hukuk tarafından bahsedilen bir irade gücü veya hakimiyet olarak ifade edilmiştir.

Klasik çıkar teorisini savunan **Jhering yönünden**, hak, hukuken korunan menfaat olarak da talep ve düzenleme yetkisidir.

Bizim de benimsemiş olduğumuz karma teori açısından ise: Hak hukuken korunan yarara ilişkin dava edilebilen yetkilidir. Kişiye özgü, objektif hukuka dayanılarak verilen, onun yararına ilişkin pozisyonlar, yetkilidir.

Her hakkın sahibi, yükümlüsü (borçlusu) olmak üzere iki taraf bulunmaktadır. Alacaklı, hakkın konusu edimi talep yetkisine; borçlu da edimi yerine getirme yükümlülüğü altındadır.

Doktrinde haklar kendi aralarında sınıflara ayrılmaktadır: Kişisel haklar, mutlak haklar, nispi haklar, düzenleme hakları, hakimiyet hakları gibi.

D. Hakkın Fonksiyonu: Kişi özgürlüğü

Hakkın korunması fonksiyonu, hak sahibinin, hakkına uyulmasını hak yükümlüsünden talep etmesini ve bu hakkının devlet tarafından hukuken korunmasını istemesini sağlar. Hakkın korunması fonksiyonu, hakkın temel fonksiyonunun gerçekleşmesine hizmet eder. Hakkın temel fonksiyonu: **Kişinin ve kişiliğin özgür kalmasını amaçlar, kişinin irade muhtariyetini gerçekleştirmesine** hizmet eder.

Hak, yani sübjektif hukuk, tamamen insanların kişilik haklarına hizmet ederek, onun hukuki olarak mahkemeler aracılığı ile durumunun korunmasına hizmet eder. Böylelikle kişinin borçlar hukukuna dayanan bir talepte bulunmasına veya bir hukuki alanın düzenlenmesine imkan verir.

Toplumsal olarak ve hukuk politikası konusunda da etkili olmaktadır. Kişinin özgürlüğünün ve iradesinin korunmasına hizmet eder.

E. Hakkın Sınırlandırılması

Kişinin özgürlüğüne hizmet eden hakkın başka bir hak ile sınırlanıp sınırlanamayacağı tartışmalıdır. Özellikle toplumsal yarar ve kamusal yarar açısından ele alınmalıdır.

Otoriter sistemlerin ideolojik gerekçelerle kişi özgürlüklerini, dolayısıyla hakkı ortadan kaldırdıkları/sınırladıkları görülmektedir. Bu, toplumsal yapıya hakim genel düşünceye dayanır. Toplumun genel düşüncesi yasal amaç olarak esas alınmakta ve hakkın temel sınırı olarak kabul edilmektedir. (Sosyalist hukuk sistemde, sosyalist insan topluluğu; Nasyonel-Sosyalist ya da Faşist hukuk sistemlerinde toplumun ruhu düşüncesi)

Toplumun yararı veya kamu yararı düşüncesi altında ideolojiyi amaçlayan ve bu amaçla kuralların konulduğu / yorumlandığı sistemlerde kişi özgürlüğünden bahsetmek söz konusu olamaz. Temel olan kişi özgürlüğüdür. Toplumsal yararın görünüşleri olan genel ahlak ve kamu düzeni değildir. İstisnai olan, kişi özgürlüğünün sınırlanmasıdır. Bu sebeple kamu yararı ve toplumsal yarar, dar yorumlanmalı ve ideolojik amacı gerçekleştirme aracı olarak kullanılmamalıdır.

F. Hakkın Temel Yapısı

1. Temel Unsurları

Hak farklı kişiler arasında aşağıdaki özellikleri taşıyan normatif ilişkiyi düzenler:

1. **Hakkın sahibi olan taraf**, normatif ilişkiye taraf olan/olabilecek yükümlüye karşı, hakkın konusu olan davranışta bulunmasını isteme yetkisi verir. (Hak sahibine, muhatabının davranışına müdahale yetkisi verir.)
2. Normatif ilişkide **yükümlü taraf**, hak sahibine karşı, onun hakkının konusu olan davranışta bulunmayı veya onu ihlal etmemeyi yükümlenir. Onun davranış özgürlüğünü sınırlar.

Hakkın ikili ilişkiyi düzenleyen üç temel unsuru vardır: Hak sahibi (hakkın taşıyıcısı), hak yükümlüsü (hakkın muhatabı) ve hakkın konusu

Hakkın temel yapısı “kimin, kime karşı, ne hakkı vardır?” veya “kim, kime ne yükümlüdür?” şeklindedir.

“x kişisi, y kişisine karşı, Davranışında bulunmasını isteme yetkisi veren Hakkın sahibidir.”

2. Hak Sahibi: “Hakkın sahibi kimdir?” sorusunun cevabı, hakkın muhatabı olan süje, hak sahibini ifade eder.

3. Hakkın Muhatabı: “Hak kime karşı ileri sürülebilir?” sorusunun cevabı olan hakkın muhatabı olan süje hak yükümlüsünü ifade eder. Hak herkese karşı ileri sürülebileceği gibi, sadece belirli bir kişiye karşı da ileri sürülebilir. İlkinde “mutlak hak” ikincisinde “nispi hak” söz konusudur.

Hakkın sahibi ve hakkın muhatabı çeşitleri:

	Genel	Belirli (Özel) Kişi
Evrensel	Her kişi, herkese karşı Örneğin, yaşam hakkı	Her kişi, belirli bir kişiye karşı Örneğin, savunma hakkı
Bireysel	Birey, herkese karşı Örneğin, mülkiyet hakkı	Birey, belirli kişiye karşı Örneğin, sözleşmeden doğan alacak hakkı

4. Hakkın Konusu

Hohfeld, sekiz temel hukuk kavramından hukuki ilişkileri analiz etmektedir. Bu kavramlar: talep, ödev/yükümlülük, serbestlik (ayrıcalık), talep (hak) yokluğu, yetki, tabi olma, bağışıklık (dokunulmazlık), yetkisizlik (yetersizlik). Yazar, analiz sonrasında hakkın dört temel çeşidi olduğu sonucuna varır:

- Talep hakkı
- Özgürlük hakkı
- Yetki hakkı
- Bağışıklık hakkı

- a. **Talep:** Herhangi bir kişi diğer kişiye karşı, o kişinin yükümlendiği belirli bir davranışın yerine getirilmesini talep edebilir. Talebin yapısı şu şekilde formüle edilebilir: “**x** kişisi **y** kişisine karşı, **y** nin **Yükümlendiği Davranışı** yerine getirmesini **Talep** edebilir”

Talep Hakkı : Talep hakkı, bir hak olarak hak sahibine, hakkın muhatabından belirli bir davranışta bulunmasını isteme yetkisi verir. Böylelikle hak sahibine **yetki** verirken, hakkın muhatabına **yükümlülük** yüklemektedir. Bu yükümlülük belirli bir davranış yerine getirmeye ilişkindir.

Talep Hakkı Çeşitleri: Talep edilen davranış, katlanma ve kaçınma şeklinde olabileceği gibi, aktif bir davranış şeklinde de gerçekleşebilir. Davranış şekillerine göre talep hakkı ikiye ayrılır:

- Olumlu talep hakkı, edim hakları
- Olumsuz talep hakkı, koruyucu haklar

Talep hakları, **evrensel ve bireysel** ya da **genel ve belirli (özel)** olarak karşımıza çıkabilir.

Evrensel- genel talep hakkının olumlu şekli, insan hakları; olumsuz şekli yaşam hakkı ve beden bütünlüğü hakkı örnek verilebilir.

Evrensel- belirli (özel) kişi ve grupların talep hakkının olumlu şekline, sosyal güvenlik hakkı ve politik katılım hakkı örnek olabilir.

Bireysel- genel talep hakkının temel örneği, aynı haklardır. (mülkiyet hakkı)

Bireysel-belirli (özel) kişi ve grupların talep haklarına alacak hakkı örnek olabilir.

- b. **Özgürlük:** Herhangi bir kişi diğer kişiye karşı, diğer bir kişiye belirli bir şeyi yapma davranışını, ona kaçınmayı yükümlenmediği veya yetkili olduğu takdirde, gerçekleştirmekte özgürdür. Özgürlüğün yapısı: “**x** kişisi **y** kişisine karşı, ileri sürmeye Yetkili olduğu veya **x**’in **y**’ye Kaçınmayı Yükümlenmediği Davranışını

Özgürlük Hakkı: Özgürlük hakkı iki temel unsurdan oluşur: Birincisi hak sahibine, hakkın muhatabına karşı, bir şeyi yapmasını veya kaçınma yetkisini verir. İkincisi, hak sahibine hakkın muhatabına karşı, hakkın konusu olan özgürlüğüne müdahale etmemesini talep hakkı imkanı verir.

Özgürlük Hakkının Çeşitleri: Özgürlük hakları her zaman olumsuz hak niteliğinde olduğundan, olumlu özgürlük çeşidi söz konusu değildir. Çünkü talep yetkisi, sadece katlanma ve kaçınma yükümlülüğüne ilişkindir.

Örneğin:

- Evrensel- genel özgürlük hakkına, fikir ve inanç özgürlüğü.
- Evrensel- belirli özgürlük hakkına, seyahat etme ve yerleşme özgürlüğü.
- Bireysel- özel özgürlük hakkı, sözleşme özgürlüğü.
- c. **Yetki:** Yetki, bir güç ya da hakimiyet olarak, herhangi bir kişiye, bir hakka ya da yükümlülüğe etki yapması, yani belirli bir davranışı konu alan hak ve yükümlülüğün yaratılması ya da sona erdirilmesidir. Bu yetki hak sahibine yetki hakkı verir. En çok karşılaşılan şekli, diğer kişide belirli bir davranış yükümlülüğü yaratandır.

Yetkinin yapısı: “X kişisi y kişisine karşı Yetkiye sahip olmasıyla, y kişisi bir Davranışı yerine getirme Yükümlülüğü altına girdiğinde, x, y’nin yükümlenerek söz verdiği Fiili istediğinde, Davranışı gerçekleşmiş olur”

- d. **Bağışıklık:** Bağışıklığa sahip olmak demek, diğer kişinin yetkisini kullanmaması demektir, yetkisinin olumsuz olduğu anlamına gelir. Bağışıklık hak sahibine bağışıklık hakkı verir.

3. HUKUKUN FONKSİYONLARI NELERDİR? HUKUK NEYE HİZMET EDER?

I. GİRİŞ

A. Sosyal normların Genel Ödevi ve Fonksiyonu

Her hukuk kuralı, temel yapısında sosyal norm niteliği barındırır. Sosyal normlar nitelikleri gereği doğal kurallardan farklı olarak insanın arzu ve davranışlarının ürünüdür. Sosyal normlar, toplumsal huzur ve barışı sağlayarak yarattığı güven ortamında, bireylerin sosyal birlikteliğini oluşturarak toplumun ve bireylerin yararına hizmet eden, sosyal yaşama ilişkin davranış kurallarıdır. Sosyal yaşamın sosyal kurallar ile düzenlenmemesi, toplumsal yaşamı “kaos yaşama” dönüştürür.

İnsanın niteliklerinden kaynaklanan düşünce yeteneği sosyal kuralları zorunlu kılmaktadır. Bunun üç temel sebebe dayanır:

- İnsan davranışlarının programlanmış değil, özgür olması
- İnsani yaşamın diğerleriyle uzlaşmayı gerektirmesi
- İnsanların kendi aralarında öz benlikçi (egoist) olması.

Sosyal Normların Ödev ve Fonksiyonları:

- Sosyal yaşamı düzenlemek ve kontrol etmek
- Davranış güvenliğini sağlamak
- Sosyal huzur ve barışı temin etmek
- Sosyal uzlaşma ve dayanışma ile birlikte çalışma ortamı yaratarak, toplumun bireylerine yarar sağlamak.

Sosyal Normların Nitelik ve Özellikleri:

- Sosyal normların geçerliliği, organize zorlama ile gerçekleştirilir.
- Sosyal normların yaratılması ve uygulanması, uyulması konusunda yetkilendirmeyi gerekli kılar.
- Sosyal normun bağlılık talebi, onun meşruluğuna olan inandırıcılığıyla gerçekleşir.

B. Hukuk Normlarının Fonksiyonu

Hukukun fonksiyonları: Etik yani adaletin gerçekleşmesi; sosyal olgu, yani pratik yararın gerçekleşmesi; norm, yani hukukun düzen fonksiyonu. Hukukun belli başlı üç amacı: düzenin sağlanması, toplum gereksinimlerinin karşılanması ve adaletin gerçekleşmesidir.

Radburch,

- Hukuk güvenliğinden, hukuk kuralının sürekli olması ve öngörülebilir olmasını
- Amaca uygunluktan, bireysel malvarlığı ve özgürlüğü teminat altına alması ve bu teminatı kolektif amaç olarak gerçekleştirilmesi
- Adalet sağlamasından, “eşite eşit, eşitsize eşitsiz” davranarak, kişisel davranışları kişiye özel düzenlenmemesini anlamaktadır.

Hukukun Fonksiyonları:

- Hukuk normlarının geçerliliği, zorlama yani yaptırım tehdidi ile gerçekleştirilir. Hukuk normlarının diğer sosyal normlardan farkı zorlamanın niteliğidir. Bu, hukukun toplumsal barışı ve huzuru sağlama fonksiyonu / **özgürlükleri teminat altına alma ve koruma fonksiyonu**.
- Tüm sosyal normların yaratılması ve uygulanması ona uyulma konusunda yetkilendirmeyi gerekli kılar. Hukuk normları iki noktada bu yetkilendirmeden farklı nitelik taşır: hukuk kuralı koyma yetkisi ve hukuku uygulama yetkisi. Bu hukukun **düzenleme ve kontrol fonksiyonudur**.
- Hukuk, toplumsal yaşama katılan kişilerin karşılıklı yarar ve risklerini denkleştirerek toplumsal birlikteliğin sürekliliğini sağlar. Bu **barış ve denkleştirme fonksiyonudur**.

Hukukun Fonksiyonlarını Gösterdiği Alanlar: Üç temel alan vardır. Bunlar, politik alan, toplumsal alan ve hakkın garanti fonksiyonu adını verdiğimiz bireysel koruma alanı.

Hukukun Farklı Alanlara Göre Fonksiyonları

Politik alanda:

1. Davranış düzenleme ve kontrol fonksiyonu:
 - Şekli (Formal) Düzenleme Fonksiyonu
 - Tasarımlama ve Denetim (Koruma) Fonksiyonu
 - Sosyal Barış ve Huzur Fonksiyonu
2. Organizasyon (Yönetme) ve Sosyal Egemenliğin Hukuk Kurallarına Uygunluğu Fonksiyonu
 - Maddi Düzenleme ve Koruma Fonksiyonu
 - Bütünleştirme Fonksiyonu
 - Yasallaştırma Fonksiyonu
 - Baskı ve Yönlendirme Fonksiyonu

Toplumsal alanda:

1. Beklentileri Güvence Altına Alma Fonksiyonu
2. Uyuşmazlıkları Giderme ve Çözme Fonksiyonu

Kişileri Koruma Fonksiyonu: Hakkın Garanti Fonksiyonu

II. POLİTİK ALANDA

1. Davranış Düzenleme ve Kontrol Fonksiyonu

- **Şekli (Formal) Düzenleme Fonksiyonu:** Politik alanda sosyal davranışları düzenlemesi ve kontrolünün sağlanmasıdır.
- **Tasarımlama ve Denetim (Koruma) Fonksiyonu:** Politik değer yargılarına göre düzenleme fonksiyonudur. Örneğin, aile hukuku reformu içerisinde yaygın olarak evlilik dışı birlikteliklerin tescili ya da kaydı hakkında kanunlar veya vesayet kurumunun geliştirilmesi, yeni gözetim kurumlarının getirilmesi gibi. Bu daha çok politik programla ilgilidir.
- **Sosyal Barış ve Huzur Fonksiyonu:** Hukuk daha çok, toplumdaki kişilerin düşünce ve inanç farklılığındaki ayrımcılığı ortadan kaldırarak, huzurlu bir ortam içinde barış içerisinde yaşamalarına hizmet eder.

2. Organizasyon (Yönetme) ve Sosyal Egemenliğin Hukuk Kurallarına Uygunluğu Fonksiyonu

- **Maddi Düzenleme ve Koruma Fonksiyonu:** Hukuk, devlet ve toplum kurallarının istikrarlı ve sürekli olarak uygulanmasını sağlar. Devletin egemenlik anlayışına uygun olarak, hukuk kuralları toplumsal ilişkileri organize ederek yönetir ve onları maddi olarak düzenler. Her hukuk kuralı bir yönüyle korumacıdır. Korumacılık ile, devlet ve toplumsal yapıdaki sistem değişikliği yasal olmayan müdahalelerle engellenmek istenmektedir. Hukuka aykırı müdahalelere karşı koruma sağlar; bu koruma ile devlet ve toplumu da korur.
- **Bütünleştirme Fonksiyonu:** Hukuk tüm yaşam alanındaki toplumsal ve sosyal ilişkilerde uyulması gerekli kuralları bir bütün olarak düzenler. Politik devlet yapısında, kişi ilişkilerinde ve kurumlarında hukuki yeknesaklığın sağlanması hukuki bütünleşmeyi sağlar.
- **Yasallaştırma Fonksiyonu:** Hukuk, devlet yaptırımı ile uygulanır. Yaptırım hukukun sosyal düzenleme ve kontrolünü sağlayan efektif bir araçtır. Bu fonksiyona yasallaştırma fonksiyonu denir. Yasallaştırma unsuru iki farklı yönden incelenebilir: Şekli yönden ve maddi yönden.

Şekli yönden yasalaştırmada hukuk kuralları belirli usul ve esasa göre yasalaşmalı ve hukuka uygunluk denetimine açık olmalıdır. Maddi yönden yasalaştırmada ise, kural, toplumda adaletin sağlandığı inancını vermelidir.

- **Baskı ve Yönlendirme Fonksiyonu:** Toplumda kişilerin kuralı önceden bilmesinin sonucu olarak, ona uyulması için baskı yaratır, kişi davranışının hukuk kuralına uygun olması için onu yönlendirir.

III. TOPLUMSAL ALANDA

1. **Beklentileri Güvence Altına Alma Fonksiyonu: Hukuk Güvenliği ve Güvenin Korunması:** Kişilerin kendi aralarında veya devletle olan ilişkilerinde, hukuk güvenliği ve güvenin korunması konusundaki beklentilerinin güvence altına alınmasını sağlar.

2. **Uyuşmazlıkları Giderme ve Çözme Fonksiyonu:** Mahkemeler, hukuk kuralı ihlallerine ilgili kuralın yaptırımını uygulamakla ve tarafların yarar ihtilaflarını hukuk kurallarına göre değerlendirerek karar vermekle görevlidirler.

IV. KİŞİLERİ VE KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜNÜ KORUMA FONKSİYONU: HAKKI GARANTİ FONKSİYONU

Hukuk, kişilere tanınan hakların teminatını teşkil eder. Hakkın kişiye tanınmasıyla hak sahibi, korunan ve dava edilebilir bir hukuki durum kazanır. Hukuk, haktan doğan yetkilerin hakkın borçlusuna karşı ileri sürülmesini, hakkın elde edilmesini sağlar.

4. HUKUK NORMU (KURALI) NEDİR?

Hukuk kuralı bulunduğu yere göre dört başlık altında toplanabilir:

- **Sözleşme şartları (kayıtları):** Hukuki işlem normudur.
- **Hukukçuların kuralları (Hukuk Doktrinin kuralları):** Bilimsel çalışmalarla belirlenen hukuk normudur.
- **Hakim kararları (Hakim hukukunun kuralları):** Kanun boşluğunun hakim tarafından doldurulmasıyla oluşan kuraldır.
- **Kanun hükmü:** Temel hukuk normu çeşididir.

Hukuk kuralları kuralın yaratıcı kaynağına göre de, sözleşme hükmü, yargı kararı kuralı, kanun koyucunun kuralı ve bilimsel kural olarak ayrılabilir.

NORM VE HUKUK KURALI KAVRAMI

Norm, yargılama ve değerlendirmenin kendisine göre yapıldığı ölçüt, uyulması gereken kural anlamına gelir. Ölçü anlamına gelse de günümüzde “Normierung” terimini karşılayan “ölçüye uygun tazmin etmek” anlamına gelmektedir.

Hukuk teorisinde, hukuk normu, soyut normatif hukuk anlayışına bağlı olarak açıklanmaktadır. Von Larenz, norm ve kural kavramını, “davranış kuralı” olarak iki anlamıyla izah etmektedir: İlk olarak, aynı ve düzenli şekilde tekrarlanabilen, **belirli fiili davranış tarzı**; ikinci olarak, bağlayıcı biçimde yönlendirilen **gerekli davranış**. Bunlardan ilkinde **belirli fiili etkinlik**; ikincisinde **normatif bir içerik ve bağlılıkla** irtibatlı bir talep söz konusudur.

Hukuk normu/kuralı, hukuk düzenine ilişkin sistemini oluşturan elemanlardan oluşan tüm hukuk kurallarıdır.

Hukuk normu kavramının çeşitleri:

- Her hukuk kuralı, özellikle kanun hükmü, hukuk normudur.
- Hukuk normları, diğer normlardan, hukuki bağlayıcılığından kaynaklanan zorlayıcı unsuru ile ayrılır.
- Maddi olgular/olaylar “olandır”, hukuk normları ise “olması gerektirir”.
- Maddi olgular/ olaylar doğru ya da yanlış olabilir; hukuk kuralları ise geçerli ya da geçersiz ve de haklı ya da haksız olabilir.
- Hukuk normu dogmatik olarak doğa bilimlerinin gerçeklik değerleri ile değerlendirilemez; hukukun kendi kuralında yatan amacındaki gerçeklik değerleri ile değerlendirilir.

Hukuk Normu ve Hukuk Kuralı Arasındaki İlişki

Hukuk normu bazen hukuk kuralını karşılar, bazen de ondan daha geniş bir kavramdır. Kıta Avrupası sisteminde hukuk normu kendini daha çok kanun hükmü olarak gösterir. Yazılı olmayan hukuk kuralı niteliğindeki hukuk kuralları (örf adet, hakimın yarattıkları gibi) ise hukuk kuralları kavramına dahildir. Hukuk normları, hukuk ilkeleri, hukuk kuralına dahil olan diğer hukuki olguların tümünü ifade eder.

HUKUK NORMU ÇEŞİTLERİ

A. Sosyal Davranış Kuralları: Olması Gereken Normlar ve Doğa Bilimleri Kuralları : Olan Normlar

1. Olan Norm ve Olması Gereken Norm

a. Temel Yaklaşımlar

Olan ile olması gereken arasındaki ilişki üç farklı yaklaşımla değerlendirilebilir:

- Klasik doğal hukuk okulu, örneğin Thomas von Quin, Neuthomisten, Hegel vb. olan ve olması gerekeni aynı olarak **-metot tekniği-** kabul etmektedirler.
- Kant ve Yeni-Kantçılar (Kelsen, Radburch), pozitivistler (Bergbohm, Somlo) ve analitik hukuk teorikiler (Hart, Ross) ise olan ve olması gerekeni ayırt etmekte, **metot ikiliğini** ifade etmektedir.
- Olan ve olması gereken arasındaki karşılıklı izafi/ relatif ilişki olduğunu savunan **metotta çokluk** yaklaşımı da söz konusudur. Bu yaklaşımı sergileyenler arasında, Schönfeld, Binder, Larenz gibi **Hegelsiler**, Bloch, Klenner gibi **Marksistler**, Arthur Kaufmann ve Winfried Hassemer gibi hukuku olan ve olması gereken karşıtlığı olarak kabul eden **analistler**; Maihogfer gibi eşyanın niteliğinin, hukukun idealini belirlediğini savunan **yeni dönem doğa hukukçuları** yer almaktadır.

b. Olan norm ve olması gereken norm yaklaşımı

Her hukuk kuralı, olması gereken şeklindeki hukuk normu olarak yazılır veya söylenir.

Beyan, yalın *tanımlama içeriğinde* bir tanımlama cümlesi şeklinde ifade edilir. Bu durumda hukuk normu, genellikle davranışa ilişkin emir formundan *değerlendirme içeriğinde* değerlendirme cümlesi şeklindedir. Emir şeklindeki bu ifade doğrudan veya dolaylı olarak kişinin davranışını yönlendirme ve düzenlemektedir.

Kişinin belirli davranışını düzenleyen gereklilik kuralları, Kant'ın yaklaşımıyla dışsal zorunluluk kuralları, "olması gereken norm" şeklindedir; bu kuralları düzenleyen kanunlara ise "olması gereken kanunlar" ismi verilmektedir.

Bunların haricinde kalan normlar ise "olan normlar" ve bu kuralları düzenleyen kanunlar da "olan kanun" olarak adlandırılmaktadır. Olan normlar, maddi ve fiili olarak var olan şeyler ve olaylar arasındaki genel ilişkiyi düzenler.

Olan normlar, doğa bilimleri kurallarını düzenler. doğa bilimlerine ilişkin olay gerçekleştiğinde, kanun, doğa bilimlerine ilişkin kuralı hipotez olarak kabul ettiğinden, kanun gerçekleşen olaya hukuki sonuç bağlar. Olma kuralı, yani doğa kanunu değiştirilemez; yanlışlanabilir.

2. Norm ve Doğruluk (Gerçeklik)

Olayların doğruluğu veya gerçekliği, olumlu değer yargısı olan “doğru” ve olumsuz değer yargısı olan “yanlış” ile ifade edilir. Doğa bilimlerinde doğruluk değer yargısı kesindir. Halbuki hukuk normlarında bu mümkün değildir.

Bu konuda temel yaklaşım şu şekildedir: Doğa bilimlerindeki olaylara ilişkin normlar doğru veya yanlıştır; hukuk normları ise geçerli ya da geçersizdir.

B. SOSYAL NORMATLAR

1. Sosyal norm Kavramı ve Yapısı

Her insani topluluk, belirlediği değerlere uygun normlar inşa ederek sosyal kuralları düzenler. Bu kurallar sosyal normlar başlığı altında toplanabilir. Sosyal normlar, hukuk, ahlak, etik ve din normlarından oluşur. Normlar insan davranışlarını belirli ölçütlere uygun olarak düzenler. Ölçüt olarak gruba dahil olan bir kişinin bir durumdaki örnek davranışı normal kabul edilir. Sosyal normlar bir toplumda izlenen ve iletişim yardımıyla toplum için uyulması emredici hale gelen kurallardır. Bu kurallar toplumların gelişmesiyle *kolektif sosyal bilinci* oluşturur.

2. Yaptırım

Sosyal normun ihlaline sosyal yapı tarafından gösterilen tepki ve ihlal edene uygulanan zorlamadır. Hukuk normu da yaptırıma bağlanmış bir normdur. Ancak sosyal yaptırımlardan farklı olarak devlet tarafından konulan kurallara aykırılık halinde de, yine onun tarafından zorla uygulanan normlardır.

3. Yaptırım Şekilleri

Sosyal normlar, hukuk normlarında olduğu üzere genelde kişiye uygulandığında onu özgürlüğünden yoksun bırakır. Bu sebeple yaptırım genelde olumsuz niteliktedir. Normlar olumlu yaptırım olarak da karşımıza çıkabilir. Örneğin velilerin, çocukları üzerindeki bakım ve gözetim yükümlülüğü. Yaptırım farklı amaçlara hizmet edebilir: Baskı ve cezalandırma fonksiyonu, tazmin fonksiyonu, önleme ve caydırma fonksiyonu.

4. Hukuk normunun Diğer Sosyal normlardan Ayırt Edilmesi

a. Genel Olarak

Bazı durumlarda hukuk normu, çözümünde ahlaka, örf veya adete atıfta bulunmaktadır. Bu durumda devlet organı tarafından yürürlüğe sokulan bir hukuk normu, yaptığı gönderme ile sosyal normu hukuk normu haline getirmektedir.

b. Hukuk normunun Ahlak ve Etik Normlarından Ayırt Edilmesi

AA. Ahlak ve Etik Normu

aaa. Genel Olarak

Sosyal normlar içinde toplumsal değere sahip olanlar ahlak ve etik normlarıdır. Ahlak normu, tüm toplum tarafından belirli değere dayanan, haklı ve doğru ya da yanlış olarak değerlendirilen

kurallardır. Etik ise ahlakın felsefe yönünü e o alandaki yansıma ve etkilerini inceler. Ahlakın kişi üzerindeki kontrolü *sübjektif ahlak*; dış dünyasını üzerindeki kontrollü *objektif ahlaktır*.

bbb. Ahlak ve Ahlak-Etik Normlarının Hukuk Normları ile İlişkisi

Ahlak kuralları veya etik sosyal norm biçiminde davranışları düzenler. Hukuk ve ahlak insan davranışlarını düzenlemek bakımından ortak konuya sahiptir. Hukuk kuralları ve hukuk ilkeleri belirli grupların gelenekleri ve sosyal geleneklere ilişkin kurallarla, geleneksel ahlak kurallarıyla karşılıklı etkileşim içindedir.

Hart, geleneksel ahlak ile hukuk birlikteliğini şu şekilde ortaya koymuştur:

- Her ikisi de aynı terimleri kullanmaktadır. Bu sebeple ortak dil söz konusudur.
- Hukuk ve ilgili ahlak kuralının her ikisinde de yasakla getirilen davranış aynı davranıştır.
- İki alanda da normun yerine getirmek istediği husus, normun kendisinden anlaşılabilir yükümlülüğe uygun davranıştır.

Hukuk ve ahlakın ilişkisi iki temel noktada ortaya çıkar.:

aaaa. Ahlakın Hukukun Bir Olgusu Olması

Her hukuk kuralının içinde az da olsa *sosyal moral* olarak ahlaki bir yön olduğu söylenebilir. Bu ahlaki değer kişiye yaptığı ahlaki baskı kişinin vicdanında “*içsel suçluluk duygusu*” yaratarak hukuka uymasını sağlar.

bbbb. Ahlakın Hukukun Hedefi Olması

Ahlak, sadece hukukun bir olgusu değildir; aynı zamanda hukukun hedefidir. Sosyal hukuk devletinde, sosyal etik kuralları hukuk tarafından korunmalıdır.

ccc. Hukuk ve Ahlak Kuralının Nitelik ve Özelliklerinin Benzerliği

Ahlak normları kişiye içsel etki yapar. Ahlak kuralının ihlali halinde toplumsal bir yaptırım devreye girer. Ahlak kuralları, genel ve evrensel olarak geçerli olan, toplumdaki kişilere uyulması konusunda baskı uygulayan ve uyulmadığında etkin yaptırımları olan kurallardır. Hukuk normları genellikle ilkesi gereği, bireysel veya yöresel dünya görüşünün etkisindeki ahlak veya inanç sisteminin kurallarından bağımsız olarak, herkes için geçerli olmalıdır.

Kant, hukuku ahlaktan kesin olarak ayırır. Hukuk, insanın dış dünyasını, ahlak ise iç dünyasını düzenler.

c. Hukuk normunun Ahlak ve Etik Normlarından Ayırt Edilmesi

aa. Kant’ın Yaklaşımı

Kant’ın insan davranışlarına ilişkin ikili ayrımında, davranışı etkileyen etkenler ahlak alanına, davranışın dışa yansıyan görünümü ise hukuk alanına aittir. *Kant’ın* belirlediği üzere ahlak alanında otonomi geçerli iken, hukuk alanında heteronomi söz konusudur. Ahlak alanında, yaptırımı uygulayan bizzat kişinin kendisi iken, hukuk alanında devletti. Hukuk zorlama gücünü, insanın ahlaken sahip olduğu özgürlüğünü korumak için kullanmaktadır *Kant’a* göre, zorlama, “özgürlüğün engellenmesinin

engellenmesi" olarak tanımlanmakta; hak kavramını da zorlama kullanmak üzere yetkilendirilmiş olmak şeklinde anlamlandırmaktadır. *Kant'ın* benimsediği üzere, ideal örgütlenme biçimi olan cumhuriyet, ahlak ve hukukun birlikteliğine dayanan bir örgütlenme olmamalıdır. Kanun, sadece dışsal eylemlerle ilgilidir. Dışsal eylemler insanın amaçlarına ve içsel motivasyonuna kayıtsız, sadece yaşamaya ve dışsal baskıya tabi olan eylemlerdir. Devlet de ahlaktan soyutlanmış olmak zorundadır.

bb. Austin'in Yaklaşımı

Austin, egemenlik teorisiyle, insanların insanlar için yaptığı yasalar kapsamında, egemen gücün yaptırımıyla desteklenen emirler olarak belirlediği pozitif kanunları, insan topluluğunun duygularını yansıtan diğerlerinden, örneğin şeref kanunlarını teamül kurallarından ayırt etmeye çalışmıştır.

cc. Kelsen'in Yaklaşımı

Hukuk ve ahlak arasındaki ilişkisinde doğal hukuk doktrini tarafından hukukun ahlakiliğinden hareketle, birbirinden ayrılmaz olduğunu ifade eder.

Saf hukuk teorisiyle *Kelsen*, hukuk bilimini ahlak ve etikten ayırarak onu saflaştırmaya çalışmıştır. Bu sebeple hukuk zorlayıcı bir düzendir; ahlak düzeni ise, hukuk gibi normatiftir ama zorlayıcı değildir.

Kelsen, hukuk ile ahlak arasındaki farkı, neyi emrederek yasakladığından hareketle değil, nasıl emrettiğine ve nasıl konulduğuna bakarak ayırmaktadır.

Kelsen, bir hukuk düzeninin ahlaka dayanmayabileceğini, kuralın geçerli olduğu toplumdaki belirli grupların ahlaki düzen anlayışına aykırı olabileceğini ifade etmektedir.

Kelsen'e göre, hukuk biliminin görevi, hukuk normunu değerlendirip oynayıp onaylamamak değil, onun ne olduğunu ortaya koymaktır.

dd. Hukukun Ahlaktan Ayrılması

aaa. Amacı Bakımından

Ahlak, tek tek insanla ve onun yetkinliğiyle ilgili bir değer olmasına karşın, hukukun amacı olan "adalet" toplumsal bir değerdir.

- Hukuk dışı, ahlak içe dönüktür.
- Hukuk dış eylemlere, ahlak iç eylemlere yöneliktir.

bbb. Konu Bakımından

Ahlak kuralları "iyi" davranışın, hukuk kuralları ise "haklı" ve "adil" davranışın ne olduğu sorusuna cevap verir. Hukuk normlarının konusu, insanın dış dünyaya yansıyan yapma ya da yapmama şeklindeki dil ve davranışlarıdır. Din ve ahlak ise, insan davranışı dış dünyaya yansınsın ya da yansımasın, onun psikik nedenlerini konu alır.

ccc. Yaptırım ve Örgütlenme Bakımından

Hukuk kurallarına uyulması, diğer hukuk kurallarından farklı olarak, devletin zorlama gücü ile gerçekleşir. Ahlak kurallarının yaptırımı ise vicdanidir. Sosyal zorlamayla ayıplama, dışlama, ahlak kuralına uyulmasını sağlar.

ddd. Kuralların Kaynağı

Hukuk kuralları genellikle önceden yetkili kılınmış kişi veya makam tarafından konur, ahlak kuralları ise toplum hayatının akışı içinde ortaya kendiliğinden çıkar.

eee. Fonksiyonu Bakımından

Hukukun geçerlilik ve yürürlüğü ölçütü yanında, uygulanabilirliği ölçütü, onu din ve ahlak kurallarından ayırır.

fff. Şekli Bakımından

Ahlak kuralları toplumun vicdanında zaman içinde oluştuğundan yazılı değildir. Hukuk kuralları ise devlet otoritesi tarafından usul ve esaslara uygun olarak yazılı olarak meydana getirilir.

4. HUKUK NORMUNUN YAPISAL UNSURLARI

A. Hukuk Kuralının Koşul Şeması

Yazılı hukuk kuralı, koşullu şema olarak ifade edilmektedir; bu sebeple de norm teorisinde hukuk kuralları “*belirleme cümlesi*” niteliğindedir. Hukuk cümlesi içinde yer alan şartlı olguyu oluşturan maddi olay, hukuk normunda *hukuki olgu*; şartlı olgunun gerçekleşmesi halinde uygulanacak *hukuki sonuç* ise yaptırım olarak isimlendirilir. Koşullu şema, emir teorisi ile irtibatlıdır. Emir teorisine göre hukuk cümlesi, doğrudan ya da dolaylı düzenlediği hukuki sonucu emreder, bağlar, zorlar.

B. Normun Cümle Yapısı İle İlişkisi: Hukuk Cümlesi

1. Genel Olarak

Cümlenin özü, normun sözünü oluşturur. Sosyal normların dilsel dışı vurumu sadece sözel değil, diğer dışı cürüm formlarıyla da ifade edilebilir. Örneğin tehdit, soru, gülme, baş sallama. Hukuk kurallarına hukuk cümleleri adı verilir.

2. Hukuk Cümlesinin Temel Yapısı ve Mantıksal Kurgusu

a. Normların Cümle Yapısına Göre Çeşitleri

İki alt gruba ayrılır:

- Tanımlayıcı cümleler
- Analitik cümleler

aa. Tanımlayıcı Cümlesi (Norm)

Bu cümleler belirli bir maddi olayı içeriğinde barındıran cümlelerdir. Tanımlayıcı ifade tarzı, etkisi ile ilgili olarak sadece hukuk sosyolojisinin değil, kanunlaştırma doktrinin de konusunu oluşturur. Bu cümleler iki bileşenli olarak karşımıza çıkar.

1. *Tanımlayıcı bileşende*, bir olgunun fiili durumunu tanımlayarak ifade eder
2. *Normatif bileşende*, hangi olguya ilişkin davranışın yapılması veya yapılmamasının yasak olduğunu ya da izinli olduğunu ifade eder.

bb. Analitik Cümlesi (Normu)

Analitik cümleler, kavramlarla cümleler arasındaki ilişkiyi ifade eden cümlelerdir. Bunlar genelde matematik ve formal mantık cümleleridir.

b. Metafizik Hukuk Cümleleri

Var olan her şey için geçerli olan ilkeleri, görünüşün ardındaki gerçekliği ifade eden cümlelerdir. Metafizik cümlelerin doğruluğu ya da yanlışlığı kural olarak ispatlanamaz. Bu sebeple bu cümlelere inanç cümlesi de denir.

c. Değerlendirme Cümlesi

Değerlendirme cümlesinin kendini yalın, belirli ve analitik karaktere ve davranış yönlendirici içeriğe sahiptir. Hukuk kuralları, değer yargısı ihtiva eden değerlendirme cümlesi şeklinde kurulur. Hukuk değer yargısı cümlesi zorlayıcıdır, belirli yaptırımlarla düzenleyici niteliğe sahiptir. Değer yargısı cümlesi *tanımlayıcı ve düzenleyici* değer yargısı şeklinde karşımıza çıkar.

aa. Tanımlayıcı Değer Yargısı Cümlesi

Bir kişiyi, fiilini ya da bir şeyi belirli kriterlere göre değerlendirerek iyi ya da kötü şeklinde bir yargıyla değerlendirdiğimiz cümlelerdir.

bb. Düzenleyici Değer Yargısı Cümlesi

aaa. Genel Olarak

Bu cümleler, kişinin toplumsal davranışındaki yapması veya yapmaması gerekeni düzenler. *Olması gereken* ya da *izin* şeklinde muhatabını bağlayarak, o cümlelerde gerekli görülen davranışı yapmasını ya da yapmamasını veya buna ilişkin arzuyu ifade eder.

Normun içeriğinde yer alan olması gereken, üç şekilde karşımıza çıkar

1. *Emir Normları*
2. *Yasak Normları*
3. *Yetki Normları*

‘Emir normlarının’ muhatabı kişiye, cümledeki şeyin yapılması gerekliliği ve mecburiyetini ifade ederek bir yükümlülük yükler. ‘Yasak normlarının’ muhatabı kişiye, cümlesi şeyi yapması gerekmediğini ve yapmasının mümkün olmadığını ifade ederek yetki vermemektedir. ‘Yetki normlarının’ muhatabı kişiye, o şeyi yapmasının serbest olduğunu ifade eder.

bbb. Emir Cümlesi ve Norm

Emir cümlesi, buyruk ve talimat içeriğine sahiptir. Emir cümleleri maddi bir durumu düzenlemezler; ne yapılacağını ve yapılmayacağını düzenlerler. Emir cümlesinin iki temel yapı üzerine kurulduğu görülmektedir:

1. Emir şeklinde ortaya çıkan, zorunluluk şeklindeki olması gerekeni düzenlemesi
2. Yapma ya da yapmama şeklinde belirli bir davranışın istenmesi

Düzenleyici değer yargısı cümlesinin temel yapısı incelendiğinde,

- Olması gerekeni düzenlemesi olarak,
- Davranış
- Davranışın değer yargısı sahibi olan kişi,
- Muhatap,
- Durum açıklanması

olarak beş temel yapıdan oluştuğu görülür.

Hukuk kuralı cümlesi, düzenleyici yargı kuralını emir şeklinde karşımıza çıkarır. Normların muhatap çerçevesi belirli değil, herkese yönelik olup, aynı durumda olan tüm olaylara genel olarak uygulanır. Karşıt görüş olarak *Zitelmann*, hukuk normlarının emir olmadığını, öneri şeklindeki beyanlar olduğunu iddia etmiştir.

ccc. Değerlendirme Normunun Mantıksal İfadesi ve Mantiki Uygunluk

aaaa. Değerlendirme Cümlesinin Mantıksal İfadesi

Değerlendirme normu olan bir cümlenin üç çeşidini şöyle ifade edebiliriz:

Norm, belirli bir davranışın **(D)** yapılmasını emretmekte **(E)** / yasaklamakta **(Y)** / yetki vermektedir. **(V)**

bbbb. Değerlendirme Cümlesindeki Değerlendirmede Mantiki İlişki ve Mantıksal Çelişki

Değerlendirme Normunun üç çeşidi birbirinden bağımsız olmakla birlikte mantıksal ilişki içindedir. Bir norm emrettiğinde, onun zıttı yasaktır. Aynı şekilde tam tersi de söz konusudur. Değerlendirme normları, *mantıksal çelişki* ile zıtlıklarla uyum içindedir. Aynı mantıksal çelişki, diğer değerlendirme norm çeşitleri içinde de geçerlidir.

- **Mantıksal çelişki, normun anlamının değerlendirilmesinde, zıt anlamın da değerlendirmesine imkan verir**

d. Normların Cümle Yapısının Temel Uygulama Çeşitleri

aa. Muhatapları yönünden

Normun muhatabı yönünden *genel* ve *bireysel norm* ayrımı yapılır.

aaa. Bireysel norm

Bireysel normun muhatabı olan süje, somut olarak tanımlanmış belirli bir kişiyi (x1) konu alır. Norm x1 kişisi için bir davranışın yapılması emretmekte, yasaklamakta ya da yetki vermektedir.

bbb. Genel norm

Genel normun muhatabı olan süje, bireysel kişi değil herkeştir. Norm, **her x kişisi için** belirli bir davranışın yapılması emretmekte, yasaklamakta ya da yetki vermektedir.

bb. Sonuçlarına Etkisi Yönünden

aaa. Şartsız norm

Norm, doğrudan sonuçlarını ve etkisini gerçekleştiriyorsa şartsız normdur. Örneğin “pencereyi kapa, sigara içilmez” Şartsız norm, genel (x) ve bireysel (x1) norm şeklinde olabilir.

bbb. Şartlı norm

- Eğer bir norm, şartın gerçekleşmesi halinde sonuçlarını ve etkilerini doğuruyorsa, şartlı normdur. Örneğin “hava soğuduğunda pencereyi kapa”
- Şartlı normlarda şartlı olgu, şartlı norma kayıtlı bağlanır. Buradaki şart erteleyici ya da bozucu olabilir. Genellikle erteleyici olarak etki ve sonuçlarını doğuracak şekilde yer alır ancak sonuç ve etkiyi ortadan kaldıran bozucu şekilde de söz konusudur.
- Şartlı norm, genel (x) ve bireysel (x1) norm şeklinde gerçekleşebilir.

Şartlı genel norm her x kişisi için geçerli olmak üzere, eğer x kişisi (Sx) şartlarını yerine getirmişse, o zaman x kişinin normda belirlenen davranışı yapması /yapmaması gerekir. Örneğin, “eğer söz vermişsen, o zaman sözünü tutmalısın”

Şartlı bireysel norm, belirli x1 kişisi eğer (S¹, S², S³) şartlarını yerine getirirse o zaman x1 kişisi normda belirtilen davranışı yapması /yapmaması gerekir. Örneğin “eğer Tayfun amcan görürsen, o zaman ona selam söyle”

C. Hukuk Kuralının Nitelikleri

1. Hukuk Kurallarının Nitelikleri

Hukuk kuralları, devlet tarafından belirli usul ve esaslara uygun olarak yazılı şekilde yürürlüğe konulmuş kurallardır. Hukuk kuralları bilinebilir ve öngörülebilir belirliliğe sahip olduğundan, muhatabı hukuk kurallarına uygun davranmak zorunda kalır.

2. Hukuk Kurallarının Genelliği

a. Genel Nitelikte Hukuk Normları

aa. Şartlı Genel Nitelikteki Hukuk Normları: Kanun Hükümleri

Kanun hükmü herkese yöneliktir yani genel niteliklidir.

Her(x) kişisi için, x eğer Ş1, Ş2, Ş3 şartların gerçekleşirse, x'in belirli davranışı yapması /yapmaması gerekir.

bb. Şartsız Genel Nitelikte Hukuk Normları

Bu konuda hukukun genel ilke ve kuralları, örneğin dürüstlük kuralı örnek verilebilir.

b. Bireysel Nitelikte Hukuk Normları

aa. Şartlı Bireysel Nitelikteki Hukuk Normları

Mahkemenin verdiği hüküm, kamu idaresinin verdiği bireysel idari işlem kararları ile sözleşme kuralları bireysel niteliktedir.

Mantiki temel yapısı:

Eğer Ş2, Ş1 şartları gerçekleşirse o zaman x1 kişisi için HS hukuki sonucu gerçekleşir.

bb. Şartsız Bireysel Nitelikteki Hukuk Normu

Bu durumda hüküm, doğrudan hüküm ve sonuçlarını doğurur.

Mantiki temel yapısı:

X1 kişisi için, HS hukuki sonucu gerçekleşir.

3.Hukuk Kuralının Objektifliği

Hukuk kuralının genelliği onun objektif olmasını zorunlu kılar.

4.Hukuk Kuralının Soyutluğu

Hukuk kuralının sadece belli bir olay için değil, benzer nitelikteki her olaya uygulanmak için koyulmuş olmasıdır.

5.Hukuk Kuralının Sürekliliği

Hukuk kuralının sürekli olarak yürürlüğe sokulması onun belirliliğinin bir sonucu olup, diğer temel özelliklerinden genellikle ve soyutluğu da tamamlar.

D. Hukuk Kurallarının Çeşitlerinin Temel Yapısı

a. Davranış Normları

Davranış normları, belirli bir davranışın yapılmasını, yapılmamasını ya da kaçınılmasına ilişkin bir emir, yasak ya da yetki veren hukuk kurallardır. Örneğin: "... kapalı mekanlarda tütün ve mamullerinin içilmesi yasaktır"

Mantiki temel yapısı: Davranış normu her (x) kişisi için HO gerçekleşmesi halinde (x) kişisine belirli bir davranışın (D) yapılmasını, emretmekte (E), yasaklamakta (Y) ya da yetki vermektedir (V)

b. Yaptırım Kuralları

Belirli bir davranışın yapılması, yapılmaması ya da bir davranıştan kaçınılması, yaptırıma bağlanmaktadır. Örneğin: "bir insanı kasten öldüren kişi müebbet hapis cezası ile cezalandırılır"

aa. Emir Normu

Mantiki temel yapısı: Yaptırım kuralı, her (x) kişisi için, x kişinin kuralda belirlenen şekilde davranmasını (D) emrettiğinde, x kişinin D davranışı ile kuraldaki hukuki olguların (HO:Y) : kuraldaki şartların (S) gerçekleşmesi halinde, kural (x) davranışını hukuka aykırı bulduğundan, x kişisine HS/Y yaptırımı uygulanır.

bb. Yasak Normu

Mantiki temel yapısı: Yaptırım kuralı her (x) kişisi için x kişinin kuralda belirlenen şekilde davranması (D) yasakladığından, x kişinin D davranışı ile kuraldaki hukuki olguların (HO:Y) : kuraldaki şartların (S) gerçekleşmesi halinde, kural (x) davranışını hukuka aykırı bulduğundan x kişisine HS:Y yaptırımı uygulanır.

c Ödev Kuralları

Final normu veya amaç programı olarak da ifade edilen ödev normları, kuralda hukuki olgu olarak belirlenen şartların gerçekleşmesi halinde, kişiye, kuraldaki ödevin yerine getirilmesi yükümlülüğü yüklemekte veya kuraldaki belirli bir amacın gerçekleşmesini istemektedir. Bu davranış veya ödevle ilişkin davranışın gerçekleşmesi veya gerçekleştirme araçları kişinin kendi seçimine bırakılmıştır.

Mantiki temel yapısı: Ödev kuralı her (x) kişisi için geçerli olmak üzere, (x) kişisi için kuraldaki hukuki olguları (HO:Y) : kuraldaki şartları gerçekleştirmesi halinde, x kişisi kuraldaki ödevi veya amacı gerçekleştirmeye uygun araçlar (A) kullanarak gerekli önlemleri almalıdır.

5. Yetki kuralları: Yetki kuralında kuralda yetki verilen kişinin hukuki bir fiiliyle geçerli bir hukuk normu yaratılmakta veya yerine getirilmektedir.

Ör: Anayasa m7/1: yasama yetkisi türk milleti adına türkiye büyük millet meclisine aittir.

Yetki kuralları ikiye ayrılır:

- 1) Birine yasama yetkisi veren yetki kuralları
- 2) Birine yerine getirme yetkisi veren yetki kuralları

6. Kıyas kuralları/normları (takdir normları, ölçüm normları): Hukuk kurallarının düzenlediği hukuki olguların takdirinde ve değerlendirilmesinde veya bu olguların gerçekleşmesi halinde uygulanacak yaptırımın çeşit ve kapsamını belirlemede uygulanacak esas ve şartları düzenler.

E. Genel Hukuk Kuralları ve Hukuk Prensiplerinin Temel Yapısı

Genel hukuk kuralına TMK m2 de düzenlenen dürüstlük kuralı örnek verilebilir. “Herkes... dürüstlük kuralına uymak zorundadır.”

- Hukuk kuralı ile genel hukuk kuralları arasında bir uygunluk vardır
- Genel hukuk kuralları yasama organına ve mahkemelere yardımcı olur
- Kuralların çatışması halinde boşluğu doldurmaya yarar

F. Tam Hukuk Kuralının Temel Olguları

1. Bentham’ın hukuk kuralı analizi: Hukuku kısaca “egemenliğin yaptırımlarla desteklenmiş emri” olarak tanımlar. Bentham’a göre hukuk kuralı iki kısımdır:

a) yönlendirici kısım: Egemen gücün, kanunla, ilgiliden davranış talebini ifade eder. 4’e ayrılır:

- Emir
- Yasak

- İzin
- Serbestlik

b) yaptırım kısmı: Kanuna uygun davranılmaması halinde uygulanacak kısımdır.

2. Güzir'in hukuk kuralı analizi: Hukuk kuralı şu şekilde olmalıdır der:

- Hukuk düzeni içinde geçerli bir yöntemle çıkarılmalı.
- Bir davranışın yapılmasını belirtir, emreder. Bazen de yapılmasına yetki verir.
- Yaptırımlarını içerir.
- Düzenlediği ilişkinin niteliği ve tarafları anlaşılacak biçimdedir.

3. Hukuk kuralının hukuki olguları: Hukuk kuralının temel olgularını şu şekilde belirleyebiliriz:

1) Muhatabın genel olarak belirlendiği normdur. Muhattap insandır. Kişi kuralda borçlu veya alacaklı veya her iki konumda yer alabilir ve alır.

2) Şartlı hukuk kuralıdır. Şartlı olgular gerçekleştiğinde yaptırım yürürlüğe girer. Şart= doğum, ölüm, haksız fiil, yaş(nitelik olarak), nişanlanma...

3) Kural olarak olması gerektirir. Olanla olması gereken farklı kavramlardır. Olay, olanla ilgilidir; norm, olması gerekenle ilgilidir.

4) Belli bir insani davranışı yaptırımla buyurur. Yaptırım geneldir, soyuttur ve sürekli. Objektif yani herkese uygulanabilir olmalıdır. Hukuk disiplinlerine göre yaptırım çeşitleri: 1.özel hukuk yaptırımlar (tazminat, geçersizlik) 2. Kamu hukuku yaptırımları.

Hukuki sonuçları yönünden yaptırım çeşitleri: hukuk normunu sonuçları yönünden üçe ayırıyoruz:

- Yaptırım kişiyi belirli bir davranışa yönlendiriyorsa şartlı norm(kimdığında şeklinde formüle edilir)
- Arzulanan amaca yönlendiriyorsa sonuç norm. (Özellikle kamu hukukunda rastlanır ör: anayasa m.26)
- Hukuki olarak düzen içinde davranış imkanı kuruyorsa, kurucu norm olarak isimlendirilir.

V. HUKUK NORMUNUN YAPISI: HUKUK KURALI VE ÇEŞİTLERİ

A. Hukuk Normu/Kuralı

Hukuk normu farklı yapılarla karşımıza çıkar. Doktrinde tam hukuk kuralı ve eksik hukuk kuralı karşımıza çıkar.

B. Hukuk Kuralı Çeşitleri

1. Tam hukuk kuralı- yardımcı hukuk kuralı- eksik hukuk kuralı

TAM HUKUK KURALI

aa) Talep esaslı kurallar: Talep sahibine talep muhatabından bir hakkını talep etme hakkını verir. Talep çeşitleri ikiye ayrılır. Mutlak talepler ve nisbi talepler.

Mutlak talepler: Aynı talep, kişilik hakkından doğan talep, fikri ve sinai talepler, diğer mutlak talepler.

Nisbi talepler: Sözleşmesek talepler, sözleşme dışı talepler, bir birliğe katılmadan doğan talepler (dernek, sendika...)

bb) Bağımlı eksin/ yardımcı kurallar: Talep esaslı hukuk kuralının hukuki olgularını tanımlayarak, yorumlayarak veya tamamlayarak ona yardımcı olan hukuk kurallarıdır. Tek başlarına talep yetkisi vermezler. Tam haklara bağımlı eksik kurallardır.

- Tanımlayıcı hukuk kuralları.
- Tamamlayıcı hukuk kuralları (örneğin tarafların sözleşmesinde eksik varsa tamamlar)
- Yorumlayıcı hukuk kuralları (özellikle sözleşmeler hukukunda görülür)
- Atıf (yollama) kuralları

İspat kuralları: Kanun aksini belirlemediği sürece herkes dayandığı hakkın olgularının varlığını ispatla yükümlüdür.

- Kanuni düzenlemeyle ispat yükünün belirlendiği haller (özel ispat kuralları): Kanun koyucu bazen ispat yükünün kime ait olduğunu, ispat edilmemenin hukuki sonucunun ne olduğuna ilişkin olarak özel sonuç öngörür.
- Kanuni (adi ve kesin) karineler: Karine kuralı, bilinen bir olaydan diğer bir olayın veya hukuksal durumun varlığı veya yokluğu sonucunun çıkarılmasıdır.
- Kanuni faraziye (fiksiyon): Kanunun belirli bir olaya kesin olarak bağladığı belli bir sonucun, onunla özdeş olmayan başka olaya uygulanmasıdır.
- Hayatın olağan akışına uygun olgular (maddi karineler).

cc) Sınırlı hukuki kurallar: İtiraz ve def'iler olarak iki başlıkta incelenir.

İtiraz: Bir hakkın doğumunu engelleyen veya bir hakkı sona erdiren olayların ileri sürülmesidir.

Def'i: Davalıya, borçlu olduğunu kabul etmekle birlikte özel bir sebebe dayanarak, borcun konusunu oluşturan edimi yerine getirmekten kaçınma olanağı veren bir savunma çeşididir.

Bu ikisinin farkı= Hakim def'i yi resen gözönüne almaz. Davalı defisini ileri sürmeli.

2. Hukuk kuralının farklı ayrımları

a) Değer yargısı kuralları-kurucu (yetki) kuralları: Değer yargısı kuralları, emredici nitelikte yasak ve emir normlarından oluşur.

Yetki normları, kişinin hukuki davranışları üzerinde etkilidir. Örneğin sözleşme kuralları.

- Genel yetki normları: ör. Sözleşmenin kurulması, hak ehliyeti, fiil ehliyeti..
- İçsel yetki normları: ör. Kanunlaştırmada yasamanın tabi olduğu normlar..

b) Birincil kurallar-ikincil kurallar

aa)

Birincil norm: Temel davranışın modelini belirleyerek nelerin yapıp yapılmayacağını gösteren normlardır.

İkincil norm: Birincil normun ihlali sonrası uygulanacak yaptırımı düzenler.

bb)

Kelsenin ayrımı: Olması gereken kuralını objektif ve subjektif öz niteliğine göre ayırıyor. Subjektif öz nitelik kişinin norma yüklediği anlamdır. Objektif öz nitelik ise kuralın kendisinde bulunan anlamıdır. Hukuk kuralı objektif öz anlamlı olmalıdır.

Kelsen, hukuk sistemine dahil olan normların tek tip olduğunu ve hepsinin ikincil norm olduğunu kabul eder.

Temel norm kavramı vardır. Normlar hiyerarşisinde temel norm, ikincil normların üstünde yer alır. Anayasa ve kanunlar temel normun altında düzenlenir.

cc)

Hart'ın ayrımı:

aaa) genel olarak: Analitik uygulamalarıyla analitik genel hukuk doktrinine katkıda bulunmuştur. Deskriptif sosyoloji yaklaşımını savunmaktadır. Bu yaklaşımıyla Hart hangi davranışların hukuki hangilerinin ahlaki olduğunu ayırmıştır. Kural ike örfü ayırmaktadır.

Bazı kanunların düzenleyici bazılarının yetki verici bazılarının da tanıma kuralı olduğunu ifade eder. Tanıma kuralı kurucu niteliktedir.

bbb) birincil kurallar- ikincil kurallar: Hart bu ayrımı yapmaktadır. Birincil kural ödev yükleyici kuraldır. Yani insanların yapmasını veya yapmamasını düzenleyen kuraldır. İkincil kural birincil kuralın yaratılmasına ve işletilmesine hizmet eder.

Hart bir hukuk sistemi için iki koşulun varlığını arar.

1. Birincil kurallara vatandaşların uyması
2. Birincil ve ikincil kuralların davranış standartı olarak benimsenmesi.

İkincil kurallar üçe ayrılır:

- Tanıma kuralları: Diğer hukuk kurallarının varlığını belirleyen kurallardır.
- Değiştirme kuralı
- Karar verme kuralı(yargılama kuralı)

dd)

Burchart'ın ayrımı:

Hukuk kuralını organizasyon kuralları ve davranış kuralları olarak ikiye ayırır. Organizasyon kuralları yetki verici kurallardır. Yasama-yürütme-yargı faaliyetlerine ilişkin kurallardır. Davranış kuralları ise kişinin uymakla yükümlü olduğu kurallardır.

ee)

Hohfeld'in ayrımı:

Sekiz temel hukuki kavramdan hareketle hukuki ilişkileri analiz eder: talep, ödev, serbestlik, talep yokluğu, yetki, tabi olma, bağışıklık(dokunulmazlık), yetkisizlik.

Birincil ilişkiler: talep, serbestlik, ödev, talep yokluğu

İkincil ilişkiler: yetki, tabi olma, bağışıklık, dokunulmazlık, yetkisizlik

ff)

Corbin'in ayrımı:

Hohfeldin temel hukuki kavramlarını farklı alt başlıklarda düzenler.

Olasılık= izin ve serbestlik

Gereklilik= zorlama ve talep

Muktedir olma: yetki, tabi olma

Muktedir olmamak: bağışıklık ve yetersizlik

gg)

Bentham'ın ayrımı: İkiye ayrılır.

Temel kanun normları: Egemen gücün etkisinde olan kişilere yöneliktir.

İkincil kanun normları: Temel kuralları uygulayacak kamu görevlilerine yöneliktir.

C. Normun/ Hukuk Kuralının Amacı

1. Normun amacı:

Normun amacı "neden" "niçin" sorularının cevabını teşkil eder. Uygulanacak normun belirlenmesinde ve yorumlanmasında önemli rol oynar. Kuralın uygulama alanının genişletilmesi ve daraltılmasında(amaçsal daraltma ve amaçsal genişletme) hatta düzeltilmesinde rol oynar.

2. Normun /Hukuk Kuralının Amacının Fonksiyonu

Normun amacı belirli bir fonksiyonu gerçekleştirmektir.Bu fonksiyon hakime , normun amacının ne olduğu konusundaki değerlendirmesinde yol gösterecektir.

Hakim kuralı uygularken ,kanun koyucunun gerçekleştirmek istediği amaçtan hareketle , her somut olayı ayrı ayrı değerlendirerek kuralı uygulayacaktır.

5. HUKUK DÜZENİNİ OLUŞTURAN HUKUK KURALLARININ

BÜTÜNLÜĞÜ VE YEKSENLİĞİ :Hukuk Sistemi

A)Hukuk kurallarının sistemsel bütünlüğü:

a-Genel Olarak

Her bir hukuk kuralı bütün hukuk sistemi içinde , kendi değer yargısına ilaveten ,dahil olduğu hukuki kurum,sonra kanun ve daha sonra da hukuk sistemi değer yargısı içinde bütünlük konsepti çerçevesinde değerlendirilir.

Her hukuk kuralı genel hukuk amacının sistematik bir parçası olarak onunla birlikte ,bütünlük içinde yerini ve anlamını bulur .

Her bireysel hukuk kuralı ,genel hukuk sistemine sistematik olarak şekli ve maddi olarak bağlanmıştır.

b-Hukuk sisteminin felsefi gelişimi

Aristoteles'in metafizik yaklaşımı sonrasında da ,Hobbes ile doğal hukuk okulunun sistematik kavramı sosyal felsefi kavramla tamamlanmıştır.

Kant ve Hegel Alman hukukunda sistem düşüncesini 1800 lü yıllarda tartışmışlardır.

19.yy 'ın ortalarında yapısal sistematik bir hukuk sisteminin kurulması konusunda alman hukuk bilginleri çalışmıştır . O dönemlerin temel prensip hedefi , Alman birliğinin tek bir ulus devlette toplayarak ortak,yeknesak ve birleşik hukuk ulus hukuku oluşturmaktır.hukuk bilim adamlılarında bu amaçları ortak hukuk değerlerinden hareketle , kavram ve ilke inşası yolu ile yeni sistematik hukuk düşüncesi ile çalışmışlardır .

c-Şekli sistem:

hukuk kuralları şekli bakış açısıyla dış sistemle uyumlu olmalı ,şekli olarak onunla bütünleşmelidir.

Her kural ait olduğu disipline alt kanun metni içinde yer almalı :aynı kanun içinde farklı disiplinleri ilgilendiren hususlar varsa da bunlar sistematik olarak ayrılmalı ve her biri kendini ilgilendiren bölümde yer almalıdır .

Genel kanun/özel kanun ve de genel kural/özel kural ayrımı ve bunların genel kurallarla olan , hatta genel ilkelerle olan ilişkisi değerlendirilmelidir.

d-Maddi sistem:

Her kanun kanun koyucunun kurallaştırmak istediği amaç ve buna ilişkin hukuki düşüncesini taşır.

Hukuk uygulayıcıları da –hakimler ve idare- kanun hükümlerini kanun koyucunun amacına uygun olarak yorumlayıp anlamaya çalışırlar.

Sadece açık olmayan veya çelişkili olan hukuk kuralları değil ,tüm hukuk kuralları yoruma muhtaç olduğundan kanun hükümlerinde yer alan norm amacını ve yarar değerlendirmesi hukukun bütünlüğünün maddi sistemini ifade eder .

Her bir hukuk kuralı , hukuk sistemiyle bütünleşerek ve yeknesakanlaşarak ,planlı bir şekilde büyük ve genel hukuk düzeni içinde yer alır.

Hukuk sisteminin ideal olarak arzuladığı ve düzenlediği bireysel kurallar ,birbiriyle bir düşünce bütünlüğü çerçevesinde ,hiyerarşik bir yapı içerisinde sistemleştirilmiştir.Alt mevzuatın temel mevzuata uyguladığı söz konusudur.

Hukuk biliminin alt ayrımlarında da kurallar kendi içinde uyumlu olup birbiriyle çatışmamalıdır.birbiriyle irtibatlandırılmalıdır.(TBK ve TMK arasındaki ilişki şekli olarak ,TBK Md.646 ile TMK Md.5 ile kurulmuştur)

Hukuk kurallarının kendi içinde genel ilkelere uygunluk ve kavramsal olarak mantıklı bütünlüğü söz konusudur.(TBK’da eşya hukunda düzenlenen tasarruf işlemi ile TBK’da düzenlenen borçlandırıcı işlem arasında sebebe bağlılık/soyutluk ilişkisi kapsamında bir ilişki söz konusudur.

B-Hukuk Kurallarının Yeksanlığı Ve Hiyearşisi

a)Değerler ve değerlendirme sisteminin yeknesaklığı:

Hukuk sistem, sistemin değerler düşüncesini kamuya açık bir şekilde değer çatışması olmaksızın yansıtılmalıdır.Kısaca hukuk sistemei ve değerler sistemi yeknesak olarak bir bütün teşkil etmelidir.

Kanun koyucunun sistematik değerlendirme planı,subjektif değil objektif olarak değerlendirilmelidir.

Hukukun değerler sistemi hukuk kuralının temel değer olan adalet olgusun uygun olmalıdır.

b)Hukuk sisteminin Hiyearşisi :Norm pramidi

1-Genel olarak hukuk sistemi kavramının tarihsel gelişimi:

Hukuk sistemi içindeki hukuk kurallarının ,maddi hiyerarşik yapı içerisinde bir yeknesaklık arz etmesi gerekliliği bir gerçekliğin hangi aşama ve kademede ve nasıl olması gerektiği 19.yy ‘daki kanunlaştırma hareketlerinde kanunlaştırmanın temel düşüncesini oluşturmuştur.

İlk defa 1789 fransız devrimi sonrasında modern Fransız devlet sisteminin temlelerini oluşturan temel kanunların kanunlaştırılmasında ,normlar pramidinin öncül izleri görülmektedir.

Kanunlaştırmanın olması düşüncesi ve bununla ilişkili olarak kuralların birbiriyle çelişkili olmaması ve boşluk ihtiva etmemesi yaklaşımı, Alman imparatorluğu zamanında alman birliğin kurulmasına yönelik tüm alman hukuku kanunlaşmasında etkili olmuştur.

1923 Cumhuriyetin kurulmasıyla , cumhuriyetin anayasa da belirtilen temel değerlerine uygun kanunlaştırma hareketleri kapsamında (TBK TMK TTK Vb.) değerler sistemine uygun yeknesak bir hukuk sisteminin hiyerarşik olarak kurulduğunu söyleyebiliriz.

2-Norm Pramidi:

Hukuk sistemi ,hukuk kurum ve kurallarının değerler sistemi içerisinde hiyerarşik birbiriyle yeknesak olarak bütünlük ilişkisi içinde olmasını ifade eder.

Bu hiyerarşik model “Norm Pramidi” olarak ifade edilmektedir.

C)Hukuk disiplinlerinin Yeknesaklığı

1-Genel Olarak : Roma hukukundan günümüze kadar gelen temel ayrım ,özel ve kamu hukuku ayrımıdır.

Özel hukukun alt ayrımları farklı konularda düzenleselerde (TMK TBK Vb.),maddi hukuk bakımından bütünlük arz ederler.(özel hukukun yeknesaklığı)

Özel hukukun tek yargılama hukuku (HMK) ve infaz (icra ve iflas)hukuku ve bu hukuku düzenleyen kanunu söz konusudur.

2-Anayasal Sistem içinde Hiyerarşi ve yeknasaklık: Anaysa sahip olduğu değerler sistemini yansıtmalı,hiyerarşik olarak ona uyası gereken hukuk kurallarıda anayasal değerler sistemine uygun olmalıdır.hukuk kurallarının anaysal değerler sistemine uygunluğuanaysal yargı denetimine tabidir.

Diğer yandan kurallarıda anayasaya uygun yorumlamalıdır.(anaysaya uygun yorum ilkesi .)

3-Avrupa Birliği içinde hiyerarşi ve yeknesaklık:Hukuk sisteminin gnel ilkelerindeki bütünlük

Üye aday olduğumuz AB içinde geçerlidir.

Üye ve aday devletler,kural koyma yetkisini anlaşma kapsamında birliğin yetkili organına devretmiştir.birlik yetkisinin yetkilendirme sınırı içerisinde kalarak katmanlık yetki ve orantılılık ilkesine göre kullanmaktadır.

AB'nin hukuk düzenlemeleri; topluluk tüzükleri ,yönergeler ve kurallardır.

Topluluk tüzükleri,yürürlüğe girdikleri andan itibaren birliğe üye tüm ülkelerinde ,uygulama için ön süre tanımdan derhal yürürlüğe giren ve bağlayıcı olan yürürlüğe girdikten sonra da üye devletlerin önceki kurallarını geçersiz kılan kurallardır .(Birincil Kurallar)

Topluluk yönergeleri ,ana kural ve ilkeleri belirleyen ama bu kuralların hangi yöntem ve şekille düzenlenmesi gerektiği hususunda üye devletlerin taktirine bırakılan ,ancak üyelerden belirli süre içinde yönergeye uygun kural çatışması beklenen ve ulaşılması arzu edilen soruları itibar ile bağlı olan kurallardır.(Birincil Kurallar).

Hukuk kuralları dahil olduğu hukuk sistemine ,bu kapsamda temel norm olan AB yönerglerine uygun yorumlanmalıdır.

6-HUKUK VE DİL

1-Genel olarak

a)kavram

b)terim

c)önerme : 1-Genel olarak 2-Önerme ve cümle ilişkisi 3- Önerme çeşitleri

d)Hukuk normu önermesi:Hukuk adli bir davranış kuralı olduğundan ,yaptırmalı(normatif önerme) şeklindedir.

Yaptırmalı önermeler , bağlayıcılıkları bakımından öğüt ,dilek ve emir kipi şeklinde karşımıza çıkar.

Hukuk normu yaptırma fonksiyonu gerçekleştirmek için daha çok emir şeklindeki yaptırmalı önerme kalıbını kullanır.

Hukuk kuralı dil bilgisi bakımında emir kipi şeklinde değil ,bildirme kipi ile düzenlense de mantık bakımından birer emir önermesidir.(TMK Md.1 =hakim karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yargılanır .olarak bildirme kipi şeklinde düzenlenmiş olsa da “yararlanılır” şeklinde ki cümle “yararlan” anlamındadır.

2-Kullanılan dildeki anlam belirsizliği :

a)Genel olarak : Dile ait işaretlerin kullanılması yöneten krallar tek biçimli ve büsbütün belirli olmadığından veya bir dil iyi ve doğru öğrenilip.bilinip ve kullanılmadığında dilbildirme fonksiyonu gereği gibi yerine getirmez.

b)Kanun Metninin (veya terimin) yanıltıcılığı ve anlam kayması :

Kanun metninde ki kelimenin ,günlük kullanımındaki anlamı belirsiz olabilir.

Kelimenin zaman içinde içeriğin de anlam kayması söz konusu olabilir .Anlam kayması farklı sebeplerden dolayı iletişim anında meydana gelebilir.Anlam kayması ,akli anlam iile duygusal anlam ikiliğinden de kaynaklanabilir .

c-Terimin kavramsal anlamı :Semantik üçlü tanımlaması

Menfaat hukuk okulunun kurucusu Heclle,bir hukuk teriminin ise yönüyle tanımlanması gerektiğini belirtir.

Öncelikle terimin dahil olduğu merkez alandaki anlamıyla kavramsal olarak tanımlanması gerekir.

Daha sonra terimin ,yakın çevre ilişkisini anlamlarıyla tanımlanması gerekir.

En son olarakta terimin yakın çevre dışındaki dışsal çevredeki anlamından farklılaştırıcı anlamı belirlenir.

Bir terimin anlamını tanımlama doktorinde “Sematik Üçlü”olarak ifade edilmektedir.

d-Hukukun ilgililerine göre anlam farklılığı

1)Genel olarak :her yorumcunun metni yorumu ,okurun bilgi ve anlama düzeyine göre farklılaşır .Bunun sonucunda farklı yorumculara göre farklı anlamlar karşımıza çıkar.

Eco , bir metni üç yaklaşımla anlamlandırmanın söz konusu olabileceğini ileri sürmüştür;yazarın,yapıtın ve okurun anlamları.

Hukuk metinleri için yazar olarak kanun koyucu,yapıt olarak kanun hükmü,okur olarakta dar anlamda hakim veya idarenin (geniş anlamda hak sahibi ve yükümlüyüde dahil edebiliriz) kanun hükmüne verdiği anlam farklı olabilir.Bu farklılık , kanun hükmünün yorumunda farklılık oluşturmaktadır: Kanun koyucunun hakikati ve hakimin oluşturduğu hakikat.

Bu farklılığı ortadan kaldırmak için kanun metnini okuyan hakimin, objektif zamana göre yorum ile kanun koyucunun anlaması gerekir.

2. Yorumu Yapan Organa Göre Anlam Farklılığı

Yorumu yapan kaynağa veya makama göre, yasama yorumu, yargı yorumu ve bilimsel yorum ayrımı yapılmaktadır.

a. Yasama Yorumu(Amaç Kuralı)

Yasama yorumu(teşrii yorum), yasama organının belli bir kuralı koyarken o kuralın hangi anlama geldiğini açıklamasıdır. Yasama yorumu, Roma hukukundan beri “kanunu koyan yorumlamada yetkili” olarak görülmüş bunun sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Yasayı yapan bu yasayı neden düzenlediğini amaç maddesinde ifade edebilir bu nitelikteki kanun hükümlerine “amaç kuralı” ismini vermekteyiz. Ancak bu kurallar emredici anlamda bağlayıcı değildir. Kanun yorumu amaç kuralları dikkate alınarak objektif ve zamanı uygun olarak yapılmalıdır. Amaç kuralı kanunun genel gerekçesi ve kanun hükmüne ilişkin madde gerekçesi ile birlikte değerlendirilmelidir. Yasama yorumu yeni bir kanun hükmü meydana getirilmesi anlamına gelmez. Kanun koyucunun yorumu tarihi metodun konusudur. Yasama yorumu kuralı diğer yorum elemanları ile birlikte değerlendirilmesi gerekir.

b. Yargısal Yorum

Hakimlerin yaptıkları yorumdur. En fazla önem taşıyan yorum budur. Çünkü somut olayda adaletin gerçekleşmesi isabetli bir yorum sayesinde mümkün olur. İçtihadı Birleştirme Kararları ile Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararları bir kenara bırakılırsa, yargısal yorum da hakim için bağlayıcı nitelik taşımaz.

c. Bilimsel Yorum

Hukuk bilimi ile uğraşanlar tarafından yapılan yorumdur.

III. Hukuk Kaynağı Olarak Hukuk Dili(Hukuk Cümlesi Ve Hukuk Terimi)

A. Hukuk Dili(Hukuk Metni ve Hukuk Terimi)

Dilin, nesne-dil ilişkisi ve Meta(işlev)-dil ilişkisi hukukçuların kendilerine özgü anlama tabi, söz ve gramerden oluşan hukuk dilini zorunlu kılar. Doğal dil ile hukuk dili her zaman aynı sözcükte aynı anlamı taşımaz.

B. Mevzuat Dili

1. Kanun Dili

Hukuk dille sembolize edilmiştir. Bu noktada diğer bir sorun da, mevzuat dilleri arasındaki dil (terim) karmaşasıdır. Bu karmaşa her alt disiplinde kendi dil kodunu yaratmış olabilir. Bu konuda kanun koyucu temel olan Anayasa’yı esas almalı ve kanun hükmünü yeterli sayıda ve gerekli sözcüklerden oluşacak şekilde düzenlenmelidir. Düzenlemelerinde Türk dili, akıcı, net ve anlaşılır şekilde kullanılmalıdır. Kanun dili halkın doğal dili olmalıdır. Kanunun muhatabı uzmanlar ise uzmanlık dili esas alınmalıdır. Hukuk doktrininin, hukuk dili öğretisi, hukuki mantı öğretisi ve hukukçular için hukuk bilimi öğretisi esaslarını dikkate alması gerekir. Günlük dil ile hukuk dili arasındaki ilişki konusunda aşağıdaki tespitler esas alınmalıdır:

-Hukuk dili doğal dilin özel bir bölümü olduğundan, hukuk diline anlam verirken, daha genel ve yaygın uygulama alanı olan doğal dilin anlamı göz ardı edilmemelidir.

-Ancak hukuk dilinin doğal dilden farklı bir anlamda kullanıldığı, kuralın yorumundan, özellikle kuralın amacından anlaşılıyorsa, hukuk dilindeki anlam tercih edilmelidir.

-Hukuk kuralı kullandığı sözcüğü, hukuk kuralına tanımlamışsa, tanımda anlaşılan hukuk dilindeki anlamı ile anlaşılır.

2. Kanun Dilinin Özellikleri

Sözer:

- Kural muhatapları tarafından anlaşılabilir şekilde açık olmalıdır.
- Anlamı ifade edecek kapsamda kelime ve cümlelerden oluşmalıdır.
- Temel kelime yıkılmasından kaçınılmalıdır.
- Yabancı dile ait gereksiz buluntu kelimeler tercih edilmemelidir.
- Pasif cümle yapısı ile cümle kurulmalıdır.
- Çok sayıda yan cümle kurmaktan kaçınılmalıdır.
- Konuşma değil, yazı dili kullanılmalıdır.
- Aşırı resimsel olmamalıdır.

Antalya eki:

- Düzenlemenin muhatabı genel anlamda herkes ise, metinde doğal halk dili kullanılmalı, özel bir uzman grubu ise meslek dili kullanılmalıdır.

3. Kanun Koyma Öğretisi

Kanun koyma öğretisi bilim dalı olarak gelişmektedir. Yasa yapma öğretisinin konusu, kanun koyma teknikleri dahil olmak üzere, yasama faaliyetlerinin tüm süreçlerini oluşturmak, incelemek ve analiz etmektir. Karayalçın'ın belirttiği üzere, hukuk düzenini kurma ve koruma, bir nevi "toplum hekimliği" ve "toplum mühendisliği" görevlidir. Kanun metni hazırlanırken tipik norm hatalarından da kaçınılması gerekir. Bülow, kural getirmede yapılan temel norm hatalarını: füzuli norm, etkisiz norm, aksine etkili norm, belirsiz norm, fazla yüklü norm, anlaşılmaz norm, hatalı norm, çalışma yüklü norm, güzel günler normu ve sinsi norm olarak tasnif etmiştir.

IV. Tanımlatıcı Terim ve Normatif/Hukuki Terim

A. Genel Olarak

B. Tanımlayıcı Terimler

Genellikle bir gerçekliğe ilişkin bir olayı ya da olguyu ifade eder. Tanımlayıcı terimdeki gerçeklik dışsal gerçeklik şeklinde ya da içsel gerçeklik şeklinde olabilir.

C. Normatif/Hukuki Terimler

1. Genel Olarak

Normatif yani hukuki nitelikteki terimlerdir. Normatif terimler başvurulması gereken kavram ve açık kavram şeklinde olabilir.

2. Takdir Yetkisini Veren Terimler

Takdir yetkisi veren hükümler de normatif hukuki terimler içinde değerlendirilmelidir.

3. Yollama(Atıf) Yapan Terimler

Yollama Atıf yapan terimler yollama boşluğu yaratırlar. Atıf, hakimın gönderme yapılan başka bir tamamlayıcı hukuk kuralını uygulanması durumudur. Atıf, kuruma, kanuna veya onun bazı maddelerine yapılabilir. Terimin atfıyla değişik iki alan arasında bir bağlantı kurulur. Olaylar arasında benzerlik aranmaz; benzetmeyi kanun koyucunun kendisi yapar.

4. Açık Hukuki Terimler

Kanun koyucu hukuk(kanun) kuralını, anlamı açık olacak şekilde bilinçli olarak düzenleyebilir. Açık hukuki terimler, hüküm içi boşluk teşkil eder; hakime değerlendirme yetkisi veren boşluklardır. Böylelikle hukuk kurallarının anlamlarının, dinamik -yaşamın gelişmesine uygun- olarak, yeni maddi içeriğe ve yeni değerlendirme ölçütlerine göre uygulanması sağlanır.

V. Hukuk Meslek(Bilim) Dili

A. Genel Olarak

Hakkını arayan kişi için hukuk dili, onun hakkına ulaşmasında zorluk teşkil eder. Zira hukuk dilindeki kuralı anlamada zorluk çeker.

B. Kanun Dilinin Karmaşık Yapısı

1. Genel Olarak

Hukukçunun ve hukuk disiplininin kullandığı hukuk dili, basit, yalın, açık ve anlaşılabilir olmalıdır.

2. Sosyal ve Politik Sistem Bakış Açısıyla Hukuk Kurallarının Karmaşık Yapısı

Kanun koyucu, statik değil, dinamik kurallar tercih etmelidir.

VI. Hukuk Göstergebilimi

A. Göstergebilim

1. Kavram

19. yüzyılda dil bilimi, ses bilgisi ve biçim bilim iken, 20. yüzyılda dilbilimine ilave olarak söz dizim ve anlambilimi gelişmiştir. Kavram alanlarının belirlenmesini ve çözümlenmesini amaçlayan anlambilim, söyleminin süreci, iki anlatımsal düzeyde gerçekleşir: Soyut mantıksal bir tasımsal donatılmış temel anlam dizgisi ve edindiği anlamsal yükler yüzeysel anlatı kalıpları içinde yer alan anlatımsal anlam

düzeı. Dil üzerine yapılan araştırmalar göstergebilimin(semantik, semiyotik veya semiyoloji) konusunu oluştırmaktadır. Peirce, Charles Sanders, gösterge kavramını şu şekilde açıklamaktadır:”Bir gösterge ya da representamen, bir kişi için, herhangi bir şeyin yerini, herhangi bakımdan ya da herhangi bir sıfatla tutan şeydir.” Göstergebilim, göstergelerin doğa ve işlevlerini, anlamlarını ifade ve temsil etmenin altında yatan sistem ve süreçleri ortaya çıkarmayı amaçlayan “bilim dalıdır”. Bir bilimsel dil, incelenen konu dil düzeyinde yöneldiği ve alanına uyguladığı üstdil birbirini içeren ve tamamlayan ve de denetleyen üç ayrı düzeyin eklenmesinden meydana gelmiş mantıksal aşamalar düzeyidir. bu üç düzey:

- Betimsel düzey: konu dili betimlemeye çalışan kavramların ve işlemlerin kullanıldığı düzey
- Yöntembilimsel düzey: kavram ve işlemlerin arasındaki iç tutarlılık kurulmasını sağlayan düzey
- Bilim kurumsal düzey: yöntembilimsel ve betimsel düzeylerinin temellendirilmesi düzeyidir.

Göstergebilim konu dilin yapısını ve bu yapıyı oluştıran öğelerini karşıtlık içirme ve çelişki ilişkileri ve bağlantıları kapsamında mantıksal olarak inceler. Göstergebilim konu dilin geniş anlamda metni çözerken onun söylediği şeyi anlamlar evreninde tespit etmeye çalışırken aynı zamanda söylenenlerin biçimini kavramaya ve yeniden yapılandırmaya çalışır. Bu üretim süreci de üç aşamada gerçekleşir: gösterge dizilerinin oluşumunun temellendiği mantıksal-anlamsal aşama, işlevsel birimlere yani eylemlere dönüştü anlatısal aşama ve son olarak söylemsel aşama. Bu üç düzey çözüm sürecinde, söylem çözümü, anlatı çözümü ve temel yapı yani mantıksal-anlamsal yapı çözümlemesi olarak karşımıza çıkar. Pottier, anlam bilimlerin ve anlamsal bilimsel dizgilerin sınıflamasını aşağıdaki şekilde yapmıştır:

- Göstergesel anlambilim: Dünya, kavramlar ve doğal dil dizgileri arasındaki ilişkiyi, nesnelerin belirlenmesini ve bu kapsamda dünyadaki şeylere gönderme olgusunu konu alır.
- Yapısal anlambilim: Belirli bir doğal dile özgü göstergelerin seğimindeki gerekçeleri, göstergelerin ayırıcı özellikleri çözümleyerek aydınlatmaya çalışır.
- Söylemsel anlambilim: Birbirini tamamlayan eylemlerdeki dilin söyleme ve söylemden ile geçiş düzenlerini betimler.
- Edimsel anlambilim: Konuşucular arasındaki iletme ve isteme eylemlerine ilişkin bildirimlerin içerik ve biçimlerini konu alır.

2. Göstergebilim Okulları

Avrupa'da Saoussure

ABD'de Peirce

1960'lı yıllarda Fransa'da Jakopson ve H. Jeltslev etkisiyle

Rusya'da Jakopson ile bağlantılı

Göstergebilim okulları temel iki koldan kurulmuş ve gelişmiştir:

İlki, doğa bilimci ve felsefeci Amerikalı Charles Sanders Peirce tarafından kurulan, matematik ve mantık kökenli göstergebilim okuludur.

Diğeri ise, dilbilimci İsveçli Mongin-Ferdinand de Daussure'nin kurucusu olduğu göstergebilimi doğa göstergelerinden ayrı olarak, göstergeleri sadece ulaşım işlevi gören sistemler olarak ele alan bildirim göstergebilimi ekolüdür.

B. Hukuk Göstergebilim Okulları

Göstergebilim, hukuku, geçerli normlar sistemi olarak değil, göstergelerden oluşan bir bildirim sistemi olarak görmektedir. Dilbilimciler, felsefi açıdan, dilin gösterim işlevine iki yönden yaklaşmışlardır: Descartes, Chomsky ve diğer yazarlar, söylemin düşünceyi anlatımsallaştırdığını iddia etmektedir. Bu yaklaşım dilin, düşüncenin oluşumunu sağlamadığını, dilsel anlatımın rastlantı olduğunu kabul etmektedir. Buna karşın, Condillac, Saussure ve diğer yazarlar ise, söylemin düşünceye eklemelendiği görüşündedir. Bu görüş, düşünme sanatının, ancak dili ekleme ile mümkün olduğunu kabul etmektedir. Anglo-amerikan hukuk sisteminde, hukuk göstergebilimi iki temel okul içinde gelişmiştir: Yapısal hukuk göstergebilimi okulu ve mantıkçı hukuk göstergebilimi okulu.

C. Yapısalcı Hukuk Göstergebilimi Okulu

1. Genel Olarak

Yapısalcı gösterge bilimine göre, dilbilim tarihsel sürecinde iki devrimle belirlenmiştir: Bunlardan ilki yazının bulunmasıdır, dil felsefesi böylelikle başlamıştır. Diğeri ise, karşılaştırmalı dil biliminin oluşması sonrasında, yapısal dil kuramının bilim dalı olarak kurulmasıdır. Yapısal dilbilimi, mantıktan şu özelliği ile ayırır. Yapısal dilbiliminin üstlendiği kendi başına amaç değildir. Bir üst dil, anlatsal, dilsel biçimden olan doğal dilleri betimlemeye yarar. Okulun kurucusu Algirdas Julien Greimas'dır. Gösterge kuramı anlamlama kuramıdır; dil bilimini, anlamı ve üretme koşullarını kavrama koşulu olarak ele almaktadır. Greimas, söylemler olarak adlandırılan göstergebilim konularının çokluğu ve karmaşıklığı sebebiyle, bunların incelenebilmesi için çözümlenme düzeylerinin ayırt edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Yazara göre sözkonusu düzey üç yönden incelenebilir:

-Bir metni kavramayı yaratan soyut yapıları ve bu metindeki dönüşümleri içeren mantıksal-anlamsal işlemlerin belirlendiği derin yüzey

-Metinlerin sözdülemsel düzenlenişini ortaya koyan biçimsel-sözdizimsel düzey

-Sözdizimin dünyadaki figürlerle algılanabilir özellikteki nesnelerle somutlaştırıldığı figüratif düzeydir.

Figüratif düzeyinde, çeşitli yapısal görünümünün herhangi bir doğal dilde gerçekleşmesini sağlayan metinsel düzeyden ayırt edilmesi gerekir. Saussure, dilin gösteren ve gösterilen olmak üzere iki öğeden oluştuğunu; gösteren bir ses, gösterilen ise sesin gönderme yaptığı kavram olduğunu ortaya koymaktadır. Göstergelerinde dil içinde tek başına anlamı olmadığını, anlam almaları için sisteme dahil olmaları gerektiğini ifade etmiştir. Lévi-Strauss, dil ile kültür ilişkisini, toplumların iletişim içinde dilsel bir modelle incelemiştir. Yazar, yapısal dil biliminin kurucusu olarak gördüğü Troubetzkoy'un yapısalcı temel ilkelerini benimsemiştir:

-Bilinçli dilsel olguların incelenmesinden bilinçdışı alt yapının incelenmesi

-Uysurları bağımsız kendilikler olarak ele almamak, unsurlar arası ilişkileri, analizin temel olarak kabul etmek

-Sistem kavramı ile çalışmak

-İster tümevarım, ister tümdengelim olsun genel yasaları bulmak.

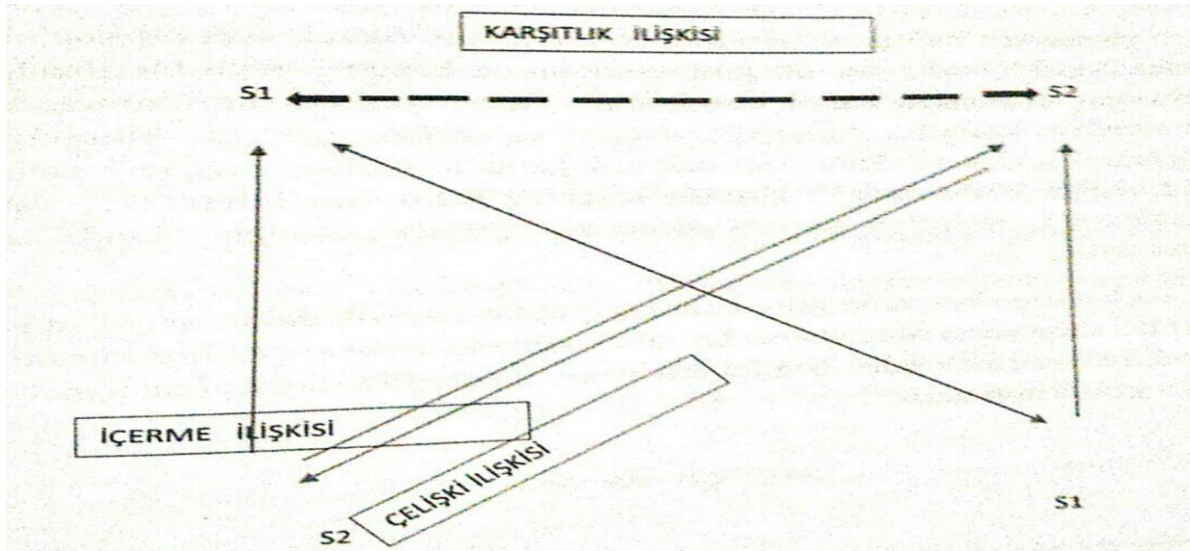
2. Greimas'ın Göstergebilim Görüşü

a. Genel Olarak

Yapısalcı gösterge okulunun kurucusu olan Greimas, sözcüklerin özneye ilişkin bir durum bildirdiğini; bu durumun bildirilmesinin ise kipler marifeti ile gerçekleştiğini belirtir. Yazar kipleri, yüklemi değiştiren durum olarak kabul eder. Kiplerin dört kip kategorisine ayrıldığını ifade eder: istemek, yapmak zorunda olmak, yapmaya muktedir olmak ve bilmek.

b. Greimas'ın Göstergebilimsel Dörtgeni

Greimas, bilinen bir nesnenin göstergebilimin de sistem ya da süreç olarak algılanabileceğini ve Saussure ile takipçileri tarafından geliştirilen dizimsel/karşıtlık(syntagmatique) yani "hem...hem" tipi ilişkiler ve dizisel(paradigmatique) yani "ya...ya" şeklindeki ilişkiler ağıyla nitelendirilebileceğinden hareket etmekte ve bunu geliştirmektedir. Nesnelerin birbiriyle olan ilişkisini göstergebilimsel dörtgen içinde üçlü ilişki: çelişki ilişkisi, karşıtlık ilişkisi ve içlerme ilişkisi içinde açıklamaktadır.



c. Greimas'ın Anlatı Analizi

aa. Genel Olarak

Hukuku anlatı olarak ele alan yazarların(Binder ve Weisberg), temel önermeleri şunlardır: Yapısalcı dil analizi tümcelerin anlamının tümce içinde yaratılacağını, tümcelerin tek tek sahip oldukları doğal anlamın yanında, tümcelerin bir araya gelmesiyle ortaya çıkan bileşiminin, özellikle başka bir kod ile yeni ve farklı bir anlama sahip olabileceğini, ikincil bir göstergesel sistemin kurulmasının olanaklı olduğunu kabul etmektedir.

bb. Üretici Yörünge

Greimas, göstergebiliminin asıl ilgisinin içerik düzlemi üzerinde olduğunu ve üretiliş tarzı ile tanımlanabileceğini ifade eder. Üretiliş sürecine dahil tüm bileşenleri, basitten karmaşığa, soyuttan somuta giden bir “üretici yörünge” içinde açıklamaktadır. Göstergebilimine göre anlatısal yapılar, hukuk dahil, derin ve yüzeysel iki düzeyden oluşmakta, her düzey de söz dizimsel ve anlatımsal bileşenlere ayrılmaktadır. Bunlardan temel sözdizimi, anlatımın temel yapısını göstermektedir.

ÜRETİCİ YÖRÜNGE			
	Sözdizimsel Bileşen		Anlatımsal Bileşen
Göstergebilimsel ve Anlatısal Yapılar	Derin Düzey	TEMEL SÖZDİZİMİ	TEMEL ANLAM
	Yüzeysel Düzey	YÜZEYSEL ANLATI SÖZDİZİMİ	ANLATI ANLAM
Söylemsel Yapılar	SÖYLEMSEL SÖZDİZİM Söylemselleşme Oyunculaşma Zamansallaşma Uzamsallaşma		SÖYLEMSEL ANLAM İzlekselleşme Betiselleşme

cc. Anlatı Sözcisinin Yapısı

Greimas, eylem gösterge bilimini üçe ayırmaktadır:

- Özne ile nesne arasındaki ilişkiyi kapsayan eylem göstergebilimi
- Gönderici ile alıcı arasındaki ilişkiyi gösteren eyletim göstergebilimi
- Gönderici ile özne arasındaki ilişkiyi kapsayan yaptırım göstergebilimi.

Tipik bir anlatı sözcüsü de şu şekilde formüle edilmektedir:

AS: anlatı sözcüsü = İ: işlev (E: eyleyen)

AS (Adem bir elma yedi) : İşlev(elma yemek) (E: Adem)

dd. Anlatım Şeması

Bir işin yapılması da dört aşamada gerçekleşir;

-Sözleşme(Eyletim), özne önce bir konuda bilgilendirilir; daha sonra özne, bu konuya ilişkin olarak ikna edilir ve son olarak da bu eylemi yapması konusunda zorlanır.Üç alt alt kipe ayrılır: bilmesini istemek, inanmasını istemek, yapmasını istemek.

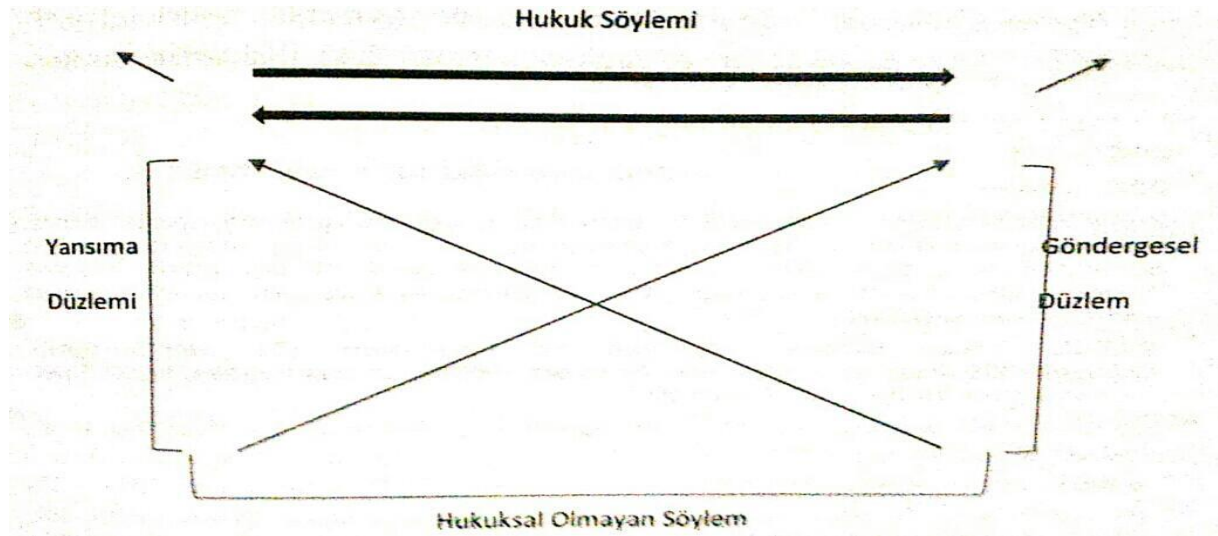
-Edinç(Yetkinlik), öznenin belirli bir işi yapabilmesi için işin gerektirdiği yetkinliği kazanmasıdır. Dört alt kipe ayrılır: yapmak zorunda olmak, yapmayı istemek, yapabilmek, yapmayı bilmek.

-Edim(İcra/Yerine Getirme), öznenin sahip olduğu yetkinlikle, eylemin yerine getirilmesidir. Buradaki kip, yapmaktır.

-Tanınma(Yaptırım), özne tarafından yerine getirilen eylemin, gönderici tarafından değerlendirmesi sonucunda, öznenin ödüllendirilmesi veya cezalandırılmasıdır.

d. Hukuk Söyleminin Analizi

Hukuk sözlüğüne giren sözcüklerin, hukuk söylemi içinde ayrı bir anlam kazanacağını kabul etmektedir. Hukuk gramerini diğer gramerlerden ayıran özellik, hukuk gramerinin açıkça kendisini ortaya koymasıdır. Hukuk sözlüğü, doğal dile ait sözcüklerin, özgün ve özerk bir alt dilin parçası haline gelmesini sağlayan süreç; onların kanun koyucu tarafından yerine gerçekleştirilen “hukukun üretilmesi”dir. Hukuk içerisinde ifade edilmemiş bir şey, hukuksal bir durumu ifade etmez. Greimas, kanun koyucu tarafından üretilen söylemlerin hakim tarafından uygulanmasına “hukuksal doğrulama” adını vermektedir.



3. Semantik Doğal Hukuk Okulu (Moore'nun Kuramı)

Bu başlık altında Moore, Brink ve Stravropoulos gibi yazarlar sayılabilir. Bu kuram Saul A. Kippe ve Hilary Putman'ın “nedensel gösterge kuramı”na dayanmaktadır.

D. Mantıkçı Hukuk Göstergebilimi Okulu

1. Genel Olarak

Charles Sanders Peirce, (1839-1914), mantıkçı hukuk göstergebilimi okulunun kurucusudur. Daha çok pragmatizmin kurucusu olarak bilinir. Charles Morris tarafından geliştirilmiştir(okul). Morris, göstergebilimin konusunu üç ayrımla belirlemiştir:

-Edimbilim, gösterge ile yorumlayıcı arasındaki ilişkilerin incelenmesi

-Anlambilim, gösterge ile bunların uygulanabildiği nesneler arasındaki ilişkiler

--Sözdizim, göstergelerin kendi aralarındaki biçimsel ilişkileri

Pierce, Kant'ın oniki kategorisini nitelik ilişki ve dde temsil olarak üçe indirir; daha sonra “Sembol nedir?” sorusuna, his, tepki ve düşünce olarak verdiği cevap doğrultusunda, kategorileri birincilik, ikincilik ve üçüncülük olarak ifade etmiştir.

2. Pierce'nin Üçlü Gösterge Modeli

1. ayrım: Göstergenin yalın nitelik, gerçek bir varlık ya da genel kural olmasına göre yapılan ayrımdır. Birinci ayrımın alt ayrımları:

-Nitel gösterge, gösterge ile olan niteliklidir.

-Tek(il) gösterge, gösterge olan bir şey ya da var olan gerçek olgudur.

-Kural gösterge, gösterge olan bir kuraldır.

2. ayrım: Gösterge ile nesne arasındaki ilişkiden hareketle, kendi başına taşıdığı özelliği ya da nesnenin varoluşsal ilişki kurmasına veyahut yorumlayıcıyla kurduğu ilişkiye göre yapılan ayrımdır. Alt ayrımı ise:

-Görüntüsel gösterge, belirttiği nesne var olmasa bile, kendisini anlamlı kılan özelliği taşıyan göstergedir.

-Belirti gösterge, gösterge ortadan kalktığında, kendisini gösterge yapacak özelliği hemen yitirebilecek, yorumlayan bulunmadığında bu özelliği yitirmeyecek bir göstergedir.

-Simge gösterge, yorumlayan olmasaydı kendisini gösterge yapan özelliği yitirecek bir göstergedir.

3. ayrım: Yorumlayanın göstergeyi canlandırış biçimi esas alınarak, ya bir olasılık göstergesi ya da bir gerçeklik göstergesi veyahut mantık göstergesi ayrımına göre yapılmaktadır. Alt ayrımları:

-Terim, yorumlayıcı açısından nitel bir olasılık gösteren göstergedir.

-Önerme, yorumlayıcı açısından bir gerçek varoluş göstergesi olan göstergedir.

-Kanıt, yorumlayıcı açısından bir kural göstergedir.

Pierce, nesne ile yorumlayan arasındaki yorum sürecini, "gösterge süreci" olarak isimlendirmektedir.

3. Searle'nin Söz Edim Kuramı

a. Söz edim Kuramı

aa. Genel Olarak

1940'lardan sonra John L. Austin tarafından geliştirilen ve öğrencisi John R. Searle tarafından 1960 sonrasında yeniden açıklanan söz edimleri kuramıyla, söz edimlerin mantıksal yapısı ortaya konmaktadır. Bu söz edim kuralları:

-Düzsöz edimi, belli bir dilde, bir önermeyi dile getirmek yoluyla, bir nesneye göndermede bulunup, ona bir özellik yüklemeyi anlatır.

-Edimsöz edimi, düzsöz edimiyle yerine getirilen dil edimini anlatır. Bildirmek, söz vermek veya emir vermek.

-Etkisöz edimi, yerine getirilen edimsöz edimiyle ilgili muhataba bir duyguyu, bir düşünceyi ya da bir davranışa yol açmayı anlatır.

bb. Edimsöz Edimlerin Sınıflanması

J. L. Austin beş temel sınıfta inceler:

1. Hüküm-belirleyiciler: Farklı nedenlerle, hakkında emin olması zor olan bir şeyle ilgili bir karar vermeyi içerir.
2. Erk-belirleyiciler: Bir gücün veya nüfusun ya da hakkın kullanılması
3. Sorumluluk-belirleyiciler: Söz vermek, taahhüt etmek şeklinde yapma ya da yapmama sorumluluğu yükler.
4. Davranış-belirleyiciler: Tutum ve toplumsal davranışlardır.
5. Serimleyiciler: Açıklayıcı işlev gören sözdizimleridir.

Searle, J. L. Austin'in edimsöz sınıflandırmasındaki sınıflama sorunlarını dile getirerek, kendi sınıflandırmasını yaptıtır.

1. Kesinleyiciler: Bir şeyin söylendiği gibi olduğu
2. Yöneltiler: Bir değişiklik yaratılmasına yönelik, bir şeyi yapmaya yönelten söz edimleridir.
3. Yükleyiciler: Kişiyi bir şeyi yapma konusunda, gelecekte bir yükümlülük altına sokan edimlerdir.
4. Dışavurucular: Konuşanın ruhsal durumunun dışı vurumunu sağlayan sözedimleridir.
5. Beyanlar: Dış dünyada yeni bir olgu ya da durum yaratır. Beyanın bulunması için dört unsurun bulunması gerekir:
 - 5.1. Dil-dışı bir kurumun varlığı
 - 5.2. Edimde bulunan kişinin ve muhtabının, bu dil-dışı kurum içinde yerinin olması
 - 5.3. Doğal dile ait belli tümcelerin düz anlamlarıyla söylenmesini, ilgili dil-dışı kurum çerçevesinde, belli bir takım beyan edimlerinde bulunmak sayan özel bir uyuşu
 - 5.4. Edimde bulunan kişinin, kendisi tarafından söylenmesi halinde beyan gücü taşıyan ilgili tümceleri, tümcede dile getirilene karşılık gelen durumu yaratma niyetiyle söylemesi

cc. Bir Sözedim Olarak Yargı Edimi: "Palmer Davası"

Austin ve Searle, iki temel tespit yapmıştır: Birinci tespitlerine göre, söyleyerek ya da yazarak bir yargı edimini dile getiren her hakim, aslında tek bir edime değil, bir dizi edimde bulunmaktadır. Diğer tespiti göre ise, hakim verdiği kararın bir yargı kararı olabilmesi için, dil-dışı kurumca yetkilendirilmiş ve yetkisi muhataplarınca tanınmış kanunu uygulayacak kurum tarafından, dil-dışı kurumun belirlediği sözlerle ifade edilen duruma uygun, yeni bir dil-dışı olguyu meydana getirilme niyetiyle verilmiş bir karar olması gerekir.

Yargı edimi, bir şey söyleme suretiyle yerine getirilen bir dil edimi olarak, edimsöz edimdir.

Başarılı ve kusursuz bir yargı ediminde bulunmak isteyen kişi, aşağıdaki üç şeyi dile getirir:

1. “X” gibi herhangi birinin yapıp-etmiş olduğu şeyin, terazisinde tartılacağı, “K” koşullarını karşılayan bir şey yapıp-ettiği o şeyle ilgili olarak “S” sonucuna hükmedilmesi gerektiğini söyleyen “Gİ” gibi bir genel ilkeyi,
2. “A” gibi belirli birinin, “Gİ” genel ilkesinde sözü edilen “K” koşullarını karşılayan bir şey yapıp-etmiş olduğunu;
3. “A” gibi o belli birinin, “Gİ” genel ilkesinde sözü edilen “K” koşullarını karşılayan bir şey yapıp-etmiş olmasının bir neticesi olarak, “S” sonucuna hükmetmiş oldunu.
4. Bu yaklaşımdan hareket eden Carlos L. Bernal, New York Temyiz Mahkemesi’nin Palmer-Davasında verilen yargı kararını çözümlemeye çalışmıştır.

Davaya konu olan olayın özeti şu şekildedir:

Davaya konu olayın özeti şu şekildedir: Francis B. Palmer (F) hazırladığı vasiyetnamesinde, malvarlığının küçük bir kısmını iki kızına, büyük bir bölümünü torunu Elmer E. Palmer (P)’e bırakmıştır. Dedesinin düzenlediği vasiyetnamede, malvarlığının çoğunluğunu kendisine bıraktığını bilen (P), dedesi (F)’nin vasiyetnameyi değiştirmek istediğini bilmektedir. Malvarlığının kendisine kalmasını isteyen (P), bir plan yaparak, büyükbabasını kasden zehirleyerek öldürür. İkinci dereceden cinayetten suçlanarak, hapse mahkum edilir. Daha sonra (P), vasiyetnameden kendisine tereke malları üzerinde miras haklarının tanınması için Mahkemeye başvurur.

Mahkeme yaptığı yargılama sonucunda Palmer’in, kendisine vasiyet edilen mülklerden hiçbirine varis olamayacağına karar verir.

7. Hukuk Mantığı

I. Genel Olarak

A) GİRİŞ

Mantık Yunanca “logos” kelimesinden gelir. Arapça “söylemek, demek, dile getirmek” demektir.

→ Mantık düzgün, doğru düşünme ve çnerme formlarına ilişkin ilk ve kurallar bilgisini içeren bilimdir.

Klasik mantık;

- 1) Kavramlar Mantığı
- 2) Önergeler Mantığı
- 3) Dedüktatif (çıkarım) Mantık olarak üçe ayrılır.

→ Diğer bir taraftan mantığın hukuktaki yeri tartışmalıdır. Hukuk mantığının hukuka yeterli katkısı yapıp yapmadığı konusunda tartışma vardır.

Çünkü;

Hukuk terimlerinin mantıkta olduğu gibi kavramsal olarak nitelik ve özelliklerinin soyutlamaya ve genellemeye uygun olmadığı, her somut olayı genelleme dışında ayrı ayrı değerlendirmemiz gerektiğini belirtmeliyiz.

Bu anlamda yapılan genellemeler, insanlığın yarattığı dil ve onun kültürünün bir parçası olan hukukun düşmanlarıdır. Ancak diğer taraftan;

★ **Hukukun analizinde ve hukuki gerekçelendirmede hukuk mantığının rolü söz konusudur.**

B) Hukuk ve Mantık İlişkisi

Akıl; düşünme ve anlama, hüküm vermede çıkarım ve olaylar arasında bağlantı kurmaya hizmet eder. Akıl, fonsiyonlarını yerine getirirken mantık ilkelerine uygun hareket etmek durumundadır.

→ İşte hukuki önermeleri düşünme ve anlama, hukuki önermelerden hüküm çıkarma ve hukuki önermelerle diğer önermeler arasında ilişkilerin doğru kurulması, yani haklı ile haksızın ayrımı mantık ilkelerine uyulmada gerçekleşir.

→ Haklı ile haksız ayrımın güç hukuk ilkeleridir.

→ Hukuki olguların doğru saptanmasında, hukukun doğru olarak uygulanmasında mantıksal metot ve süreçler ayrı bir önem taşır.

→ Hukuk mantığının, hukuk kurallarının düzenlenip formüle edilmesinde, sistemin maddi ve şekli yönüyle yeknesaklaşmasında ve sistemdeki hukuk kurallarının anlamının belirlenmesinde rolü vardır.

C) Kavram

İlk kez Schiccordus'un 1615 yılında yayımlanan 'Logica Juridica' sıyla kullanılmaya başlanmıştır.

Leipniz, hukuk mantığını, hukuksal metinleri yargılama sürecinin ilgililerini ikna edici tarzda yorumlama ve tartışma sanatı gibi hermenotik bir alan olarak tanımlamaktadır.

→ Hukuk mantığını, hukukun temel yapısını açıklayan ve hukuksal akıl yürütmelerle hukukun uygulanmasını ve anlamını belirleyen mantık olarak tanımlayabiliriz.

D) Dar Anlamıyla - Geniş Anlamıyla Hukuk Mantığı

Geniş anlamıyla hukuk mantığı, hukuki yorumu da kapsayıcı anlama sahiptir. Sosyal Bilimler mantığı veya kültür (toplum) bilimleri mantığına gelir.

Dar anlamıyla hukuk mantığı ise, sadece belirli bir hukuki uygulamayı, formal (şekli) normu konu alır.

→ Hukuk mantığına farklı iki yaklaşım söz konusudur; **Formal (şekli) mantık ve maddi (material) mantık.**

1- Formal / Şekli Mantık

Formal mantık, hukukun değerlere ve adalete ve de sosyal gerçekliğe veya maddi sisteme uygunluğunu konu edinmez. Bu anlamda doğru akıl yürütme formlarının ortaya konulması yeterlidir.

→ Hukuku, hangi hukuk kurallarıyla, hangi şekilde düzenlersek, adil ve haklı veya adil olmayan ve haksız sonuçlar doğurur sorusu hukuk teorisi ve mantığının sorusudur.

→ Sadece mantık kurallarıyla hukukun belirlenmesine ve uygulanmasına hizmet eder.

2- Maddi / Materyal Mantık

Maddi (materyal) mantık ise, karar verilmesi sürecinde genellikle (çokçu) bir yaklaşımı benimser.

İlgili bilim konusunu mantık formu incelerken hangi yöntemi kullanman gerektiğini ilgili bilim dallarına ait metotları ek olarak belirler.



Hukuk metodolojisi bunun için vardır.



★Bir tartışmanın temelini oluşturacak, yürürlükte olan hukuka ölçü oluşturacak bir hukukun varlığını tartış. Bunu hukukun salt yasa koyucunun iradesi olmayıp üst bir değerın sınır olarak gerekli olup olmadığını tartışmasını beslemek için yapar.

→ Kaynağın açıkladığı içeriği değerlendirme ölçütü, doğal hukuktan mı çıkmaktadır yoksa pozitif hukukun kendisi haklı ve adil hukukun ölçütünü vermektedir sorusu tartışılmaktadır.

Retorik Hukuk Mantığı – Perelman



Hukuk kurallarını öngördüğü soyut hukuki sonuç, ilgili somut olaya uygulanarak geçerli olmaktadır. Bu tümden gelim (dedüksiyon) yöntemiyle ilgilidir.

II.Deontik Mantık

→ Deontik Mantık, yasak, emir, izin ve benzeri temel kavramları içeren kurallar arasındaki mantıksal bağları ve formel sistemi inceleyen mantık bilimidir.

→ Hukuk kuralı, dilek, rica ya da öğüt değil emredici nitelikte haber cümlesidir. Yani yaptırıma tabiidir.

→ Deontik hukuk kuralları, emir, yasak ve izin cümlelerini inceler. Örneğin;

*Kim ki birini öldürür, x yıl ceza alır.

* A, B' yi öldürmüştür.

* A x yıl hapis cezası alır.

-Kurucu Mantık ve Kaza Mantığı

Kurucu mantık → Hukuk hakkındaki önermeler (kurallar)

Kaza mantığı → Hukuku oluşturan düşünce kalıplarının mantığı

Hukuk normunun genel ve soyut niteliklerini kurallarının, somut olaya doğru ve uygun olarak uygulaması, mantıksal analize ilişkin hukuk mantığıyla gerçekleşir.

III. Klasik (Formel) Mantık

→ Hukukta, somut hukuki sonucun elde edilmesine kadar, bir hukuk kuralının mantıksal değerlendirmesi norm analizini gerekli kılar. Bunu sağlamak üzere somut hukuki olayı soyut hukuk kurallarına uydurmak için mantıksal metodların kullanılması, mantıksal metodların kullanılması, mantıksal akıl yürütmenin yapılması gerekir.

→ Akıl yürütme faaliyeti üç şekilde gerçekleşir;

1) Dedüksiyon (Tümünden Gelim)

2) Endüksiyon (Tüme Varım)

3) Anoloji (Kıyas)

B. Dedüksiyon (Tümünden Gelim)

1-Genel Olarak

Öncüllerin doğru Kabul edildiğinde, sonucun bu öncüllerden zorunlu olarak çıktığı tek akıl yürütme çeşidi dedüksiyondur.

“-Tüm insular ölümlüdür

-Sokrates bir insandır.

-Sokrates ölümlüdür.”

2- Akıl yürütmenin Temel Mantık İlkeleri

Akıl yürütmenin mantığın konusu olabilmesi için önermelerim

- 1) Kanıtlayan (öncül)
- 2) Kanıtlanan (sonuç) sırasını izlemesi gerekir.

Öncül veya öncüllerden akıl yürüterek sonucun çıkmasına geçerlilik denmektedir.

3- Dedüksiyonun Temel Formu

Dedüksiyon form şekli “tümü ... , dır” şeklindedir.

M sınıfının bütün üyeleri, P sınıfının belli bir özelliğine sahip (veya sahip değil) ise

→ Olumlu dedüksiyonu (tümünden gelimi) örneklersek

- Tüm katiller cezalandırılmalıdır.
- B bir katildir.
- B cezalandırılmalıdır.

→ Olumsuz dedüksiyon ise yapılmamalıdır şeklinde olanıdır.,

Hukukta Dedüksiyon Sorunları

→ İlk olarak, kanuni olgular, kanun hükmünde belirsiz, çok anlamlı veya eksik ya da hatalı düzenlenmiş olursa

Örneğin;

Sigara içmek ve köpekle dolaşmak yasaktır, cümlesinden ne anlaşılacak? Ayrı ayrı içmek ve dolaşmak mı yasak yoksa sigara içerken köpek gezdirmek mi yasaktır?

Normun doğru yazımlanması ile bu sorun aşılr. Yanlış, eksik ve hatalı yazım halinde dedüksiyon sonuç vermez.

→ İkinci olarak, kanun koyucunun özensiz ve dikkatsiz olarak, kanun hükmünün olgusunu oluşturmak için kullandığı terimler, kavramsal anlamlarına uygun olmayabilir. Bu kavramlar içi boş kavramlar olabilir. Kavram hakim tarafından doğru doldurulmaması halinde dedüksiyon sonuç vermez.

→ Son olarak, kanunun Kabul edildiği tarih ile uygulandığı tarih arasında düzenlenen yaşam ilişkilerinde olguların doğru okunamaması sorunu bulunabilir.

7. Hukuk Dedüksiyon Metodları

a) Genel Olarak

→ Kanun koyucu kural koyarken veya bir hukukçu sözleşme hazırlarken, tekil ve özel somutu genel kurala dönüştürme şeklinde dedüksiyon (tümünden gelim) metodunu uygular. Bilimsel ya da uzman

hukuk görüşü hazırlayan ve yargılamada karar verecek hakim ise, dedüksiyon metodunu kullanır; genel ve soyuttan özel ve tikel somuta iner.

b) Çeşitleri

aa) Kesin (Kategorik) Dedüksiyon Metodu

** Hukuk kuralı → Büyük önerme = Hukuki olgu + Hukuki yaptırım

→ Küçük önerme = Hukuki uyumsuzlığa dair unsurlar

★ Hukuk kuralının sosyal hukuki olguları ile somut olayın maddi olguları birbiri ile örtüşürse, somut olaya, huk kurallarının yaptırımını uygulanabilir.

Büyük önerme: Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren (hukuki olgu) bu zararı gidermekle yükümlüdür.

Küçük önerme: A, B'ye zarar vermiştir (somut olay)

Sonuç; A, B'ye tazminat ödemekle yükümlüdür.

bb) Zincirleme Dedüksiyon Metodu

→ İleri giden zincirleme dedüksiyon

→ Geriye giden zincirleme dedüksiyon

cc) Eksik Önermeli Dedüksiyon Metodu

- Tüm hakimler, hukuka uygun karar verir.
- A, hakimdir.
- A, hukuka uygun karar verir.

C. Endüksiyon (Tüme varım)

Tüme varım şeklinde, tüketilen tümele, özelden genele, parçadan bütüne doğru akıl yürütme şeklidir.

IV. Sembolik Mantık

Sembolik mantık, tek başına matematik hesabı gibi, hukukun uygulanmasında kesin sonuçlar sunmaz. Sunsa idi, hakime kalmaz, hakim yerini bilgisayarlar alırdı. Bu anlamda her somut olaya ilişkin olarak kanun metninin yapısı, hukuk bilimi bakış açısıyla analiz edilmeli, yorumlanmalı gerekçesi ve dayanağı hukuki kurum ve kavramlarla açıklanmalıdır.

C. Doğruluk Çizelgeleri ve Denetlenmesi

Önermelerin, doğruluk değerlerinin belirlenmesine ilişkin olarak denetleme çeşitleri ve kuralları geliştirilmiştir. 3 şekilde yapılabilir. Tutarlılık denetimi, geçerlilik denetimi, eş değerlilik. *Tutarlılık denetiminde* iki kural söz konusudur.

- Bir önermenin doğru olabilmesi için en az birinin doğru olması gerekir. (Bir önermenin tutarlılığı kuralı) bu tikel ve tümel evetleme eklemine çözümleme kuralına tabiidir.

- *Tümel evetleme eklemine çözümleme kuralı*, tümel evetlemeyle yapılan birleşik önermenin tutarlılığı denetiminde, ana bileşenler alt alta yazılarak önermeler açılır, çözülmüş önermenin en az birinde karışıklık varsa önerme tutarsız; karışıklık yoksa önerme tutarlıdır.
- *Tikel evetleme eklemine çözümleme kuralı*, tikel evetleme eklemiyle oluşturulan önermenin tutarlılığı için ana bileşen kadar ayırım yapılır, her ayırımın altına ana bileşen yazılır. Tikel eklemeye yapılan önermeler her koşulda kural olarak tutarsızdır.

- Doğruluk çizelgesinde, önermelerin en az bir kere birlikte doğru değeri alması gerekir. (Önermenin birlikte tutarlılığı kuralı)

Geçerlilik denetimi, tek bir önermenin geçerliliği ve çıkarımının geçerliliği olarak iki alt denetimi ifade eder.

- Tek bir önermenin geçerliliği, doğruluk çizelgesinde tüm yorum değeri D olan önerme geçerli olmasıdır.
- Çıkarımın geçerliliği doğru önermelerden yanlış sonucun çıkmamasıdır.

Önermenin eşdeğerliği, doğruluk çizelgesinde bütün yorumların doğruluk değeri aynı olan önermelerin eşdeğerde yani denk olmasını ifade eder.

V.ÖNERMELER MANTIĞI VE NİCELEME/YÜKLEM MANTIĞI

A. Önermeler Mantığı

Beyan cümlelerinin birbiriyle olan ilişkisini ve etkilerini konu alır. Söz konusu cümleler arasındaki bağ, “ve”, “veya”, “o zaman” vb. Kelimelerle kurulur. Beyan/önermeler mantığı basit önermeler arasındaki ve birleşik önerme içindeki mantıki bağ ifade eder. Sembolik mantıkta, önermeler p,q,r... şeklinde sembolize edilir. Bunun dışında önermeleri irtibatlayan -örneğin ve, veya- kelimelerin karşılığında yine sembolle ifade edilen bağlaçlar ve kişiler söz konusudur.

Önerme mantığı sözel dizilim (Syntax) üzerine kuruludur. Atomlardan oluşan bir formülün yapısını ve yapılanmasını ifade eder. Her önerme farklı atomlardan oluşur. Her önerme cümlesi doğru ya da yanlış olabilir.

-Olumsuzluk (değil): -F $\wedge$ Birleşim(ve) v Ayrışma(veya)

Tüm katiller cezalandırılmalıdır. (p) B bir katildir. (q) O halde(/) B cezalandırılmalıdır. **p.q/r**

B. Yüklem/Niceleme Mantığı

Cümlenin diğer elemanlarından Quantoren ismi verilen kelimelerden hareketle cümleler arası bağ konu alır. “her biri, herkes, her zaman” vb. ve “vardır bir...” cümle ilişkilerini konu almaktadır. Genel önerme cümlesi “v”; özel önerme cümlesi $\wedge$ sembolüyle gösterilirse;

$v x (Px \rightarrow Sx) =$ tüm x’ler için geçerliyse tüm P’ler S’dir. x P2’nin niteliğini/özelliğini gerçekleştirdiğinde x, S2’nin nitelik/özelliğini de gerçekleştirir.

$\Lambda x (Px \rightarrow Sx) = x'$ 'in en azından varlığı söz konusuysa x P'nin niceliğini/özelliğini gerçekleştirmekte veya x , S 'nin niceliğini/özelliğini gerçekleştirmektedir.

Hukuki dedüksiyon, yüklem/niceleme kalkülündeki temel formu şöyledir: $Ax(T_1x \rightarrow R_1x)$ = tüm x'ler için geçerlidir. Ne zaman x olgusu T_1 gerçekleşirse o zaman x için R_1 gerçekleşir.

VI. NORMUN DÖRTLÜ KARESİNE GÖRE NORMUN GERÇEKLİĞİ

A. Önermenin Dörtlü Standart Karesiyle Analizi

1. Önermenin Dörtlü Standart Karesi Formu

a.Genel Olarak: önermenin niceliğinden onun tümel ve tikel önerme olmasını, niteliğindense olumlu ya da olumsuz olduğunu anlarız. Nicelik bakımından tümellik ifade eden sözcükler “bütün, tüm, hiçbir” vb; tikellik ifade eden sözcükler, “bazı”vb.dir.Nitelik bakımından olumluluk bildiren sözcük “-dır.” olumsuzluk bildirense “değildir”.

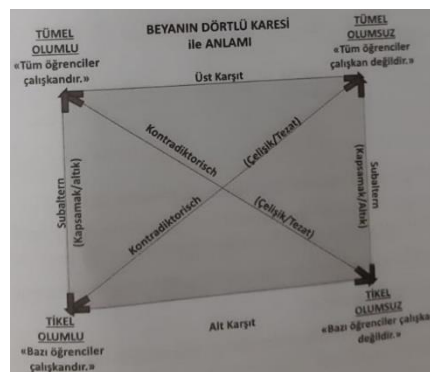
Aristoteles'in dörtlü standart önerme karesi formunda önermeler nitelik ve nicelik yönünden dörde ayrılır. Tümel olumlu(i), tümel olumsuz(ii), tikel olumlu(iii), tikel olumsuz(iv).

- i. Bütün insanlar ölümlüdür. ii. Hiçbir insan ölümlü değildir.
- iii. Bazı insanlar ölümlüdür. iv. Bazı insanlar ölümlü değildir.

b. Şematik Olarak: Mantık bilim adamları bu formu kısaca şöyle özetlemişlerdir: Latince “evetliyorum, onaylıyorum” anlamına gelen AFIRMO sözcüğünün ilk iki sesli harfi A- tümel olumlu I- tikel olumlu, Latince “olumsuzlama” anlamına gelen NEGÖ sözcüğünün de ilk iki sesli harfi E-tümel olumsuz O-tikel olumsuzu ifade eder. Özne- S yüklem- P

Tümel olumlu: SaP Tümel olumsuz: SeP Tikel olumlu: SiP Tikel olumsuz: SoP

c. Önermenin Karşılıklı İlişkileri [Aristoteles (Mantık) Karesi]: Bir basit kategorik önermenin dört standart formunda önermelerin karşılıklı ilişkileri Aristoteles Karesi adı altında gösterilir.



aa. Karşıtlık (contrary): Özlem ve yüklemi aynı olan, nitelik bakımından farklı olmasıdır. Karşıtlık tümeller arasındaysa üst karşıtlık, tikeller arasındaysa alt karşıtlık söz konusu olur.

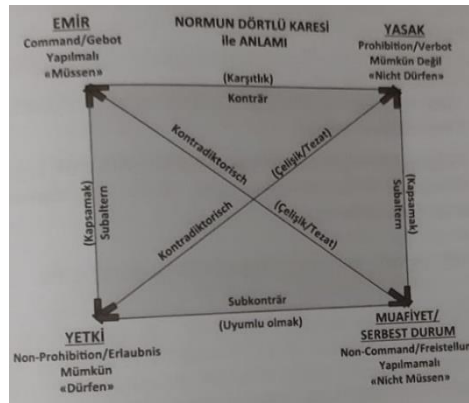
bb. Kapsamak/Altıklık(subalternation): Özlem ve yüklemleri aynı olan iki önermenin nitelikleri aynı, nicelikleri farklı olduğu ilişkidir.

cc. Çelişiklik/Tezatlık(contradictory): Özlem ve yüklemeleri aynı olan iki önermenin hem nitelik hem de nicelik olarak farklı olduğu ilişkidir.

B. Normun Aristoteles'in Karesiyle Analizi

Normlar arasındaki ilişki ve bu ilişkiye ilişkin metot, koşul (emredici) normdan hareketle normun dörtlü karesiyle izah edilmelidir. Olumlu olması gereken emir cümlesindeki yasağa örnek: "sen öldürmemelisin." Tam tersi, emir cümlesindeki izin: "sen öldürebilirsin." Bu iki cümle birbiriyle zıtlık içindedir. Ne izinli değilse o yasaktır, ne yasak değilse o izinlidir.

İlk defa J.Bentman tarafından ortaya konan ve sistematize edilmiş şekliyle normlar yasak, izin, emir, serbest durum olmak üzere ayrılır. Bunu Aristoteles'in Karesi'ne uygulamıştır.



VII.DAVRANIŞ NORMUNUN MANTIKSAL YAPISI

Davranış kuralı niteliğindeki normun yapısal özellikleri için şu tespitlerde bulunulur.

- Davranış normlarının dört tipinden bahsedilebilir: emir, izin, yasak, yetki ve muafiyet (serbest durum).
- Emir ve yasak, aksi karşılıklı cümlelerdir.
- Emirle muafiyet (serbest durum); yasakla yetki karşıtlık ilişkisi içindedir.
- Emir, yetkiyi içerir. Yasak, muafiyet (serbest durumu) içerir.
- Yetki ve muafiyet normları, teknik anlamda davranış normu anlamına gelmez.
- Yasak, bir şeyin mümkün olmaması olarak emir şeklinde yapılmama anlamına gelir. Yine tam tersine emir, bir şeyin yapılmaması şeklindeyse yasak anlamına gelir.

VIII.TEMEL MANTIK İLKELERİNİN HUKUKTA UYGULANMASI

Düşünme(zihin) ilkeleri midir? Ya da gerçeklik ilkeleri mi? Gibi görüşler tartışmalıdır. Aristo'nun ortaya koyduğu biçimsel mantık düşüncesinin üç temel ilkesi özdeşlik, çekilmezlik ve üçüncü durumun olanaksızlığı ilkesidir. Leibniz pozitif bilimlere "özü nedensiz olgu olmaz" şeklinde nedensellik/isnat ilkesi ilave etmiştir.

a. Özdeşlik ilkesi

Bir önermenin doğruluk değerinin anlamı değişmediği sürece hep aynı olduğunu ifade eder. Bir başka deyişle "bir şeyin kendisi olması" da denebilir. Her var olanın aynı zamanda tek ve biricik bir

şey olduğunu kabul eder. Akıl için değişmez hatta zorunlu nitelikte olan özdeşlik ilkesi varlığa uygulandığında farklı görüşlerin çıkmasına sebep olmuştur.

Parmenides “var olan vardır, var olamayan var değildir.”, Leibniz “bir şey ne ise odur.” diyerek varlıkta özdeşlik ilkesini kabul ederken Hegel “bir nehirde iki kez yıkanılmaz.” diyerek reddetmiştir.

Özdeşlik ilkesiyle eşitliğin ayrılması gerekir. Eşitlik, en az iki şey arasındaki benzerliğe ilişkin sınırlı bir durumu ifade eder. Özdeşlikteyse ilişki bir şeyin kendisiyle olan ilişkisidir.

Mantıkta özdeşlik ilkesi “X, X’tir” der ve X’in X olduğunu belirler. Mantıkta sembol olarak $p=p$ olarak ifade edilir. Hem iki değerli hem de çok değerli mantık sistemlerinin çoğunda kullanılır.

b. Çelişmezlik ilkesi

Bir önermenin aynı zamanda hem doğru hem de yanlış olamayacağını, yani bir önermenin aynı zaman ve yerde, aynı koşullarla birden fazla doğruluk değeri taşımayacağını ifade eder. “X, X olmayandır” şeklinde ifade edilir.

Modern mantıkta tüm ilkelerin özdeşlik ilkesine indirgeneceği ve çelişmezlik ilkesinin bir alt çeşidi olduğu iddia edilmiştir. Çelişmezlik ilkesi aynı zamanda özdeşlik ilkesinin onaylanması işlevini görür. Çelişmezlik ilkesi iki değerli mantıkta geçerlidir, çok değerli mantıkta geçersizdir.

Hukukun terim ve kurumları da birbiriyle bir bütünlük ve yeknesaklık içinde olmalı, hukuk sistemi içinde birbiriyle çelişmemelidir. Kanun koyucu çelişkiyi yaratmaktan kaçınmalı, hakim çelişki olmaksızın kurallı anlamlandırarak uygulamalıdır. Çeliştiğindeyse daha üstün yararı sağlayan değer korunmalı, korunan değerler birbiriyle yaşıyorsa hak sahibinin seçimine üstünlük tanınmalıdır.

c. Üçüncü Durumun Olanaksızlığı ilkesi

Bir durumun doğru ya da yanlış olabileceğini, bunun dışında veya ortasında üçüncü bir durumun söz konusu olamayacağını, aynı zamanda bir durumun ya yanlış ya da doğru olması gerektiğini ifade eder. Bu ilke her X ya A veya A olmayan olmak zorundadır, üçüncü bir hal düşünülemez. İki değerli mantık için geçerli, çok değerli mantık için geçersizdir.

Hukuka uygularsak bir durum ya adil olur ya da olmaz. Yine bu durum hukuk sistemi ve ilkeleri bakımından hem haklı hem haksız olamaz.

d. Nedensellik/İstinad ilkesi

İlke tüm şeyin, var olanların bir sebebi olması gerektiğini ifade eder. Leibniz’in ifadesiyle “hiçbir şey kendiliğinden var ya da yok olmuş değildir. Var olan her şeyin bir varoluş sebebi vardır.” Leibniz akıl yürütmeyi iki büyük ilkeye dayandırmıştır. Çelişmezlik ilkesi ve nedensellik ilkesi.

Nedensellik ilkesi diğer üç ilkeden bağımsızken diğer üçü birbirine bağlıdır. Nedeni ararken var olanlar dünyasında her şeyi bir sebebin sonucu olarak görür ve sebebin hangisinin doğru olduğunu tespit eder. Bu sebeple önden gelen etken nedenle, sonradan gelen amaçsal neden nedensellik ilkesi kapsamında değerlendirilir.

IX. MANTIK KURALLARINDAN HUKUK KURALI YARATMA

A. Genel Olarak

Hukuk kuralı yaratma yöntemi, kanun boşluğu doldurma yöntemidir. Somut olaya sözü, özüyle uygulanacak bir kanun hükmünün ve sonrasında örf ve adet kuralının bulunmaması halinde hakim kural koyarken kendi hukuk kuralını yaratabileceği gibi mantık kurallarından da yararlanabilir.

B. Kanun Hükümlerinin Kıyasıyla Hukuk Kıyası

1. Genel Olarak Kıyas

Kıyas kanunun görünen ve tartışmasız başka bir hukuk kuralını, aynı yasal amaç ve değer yargısıyla çözümlenmesi gereken başka olaya uygulanmasıdır. Boşluk doldurmada, özellikle açık boşluk doldurma, kıyas yöntemi kullanılır. TMK kıyas kurumunu açıkça düzenlememiştir.

Bugün için hakim olan yaklaşım, kıyasa amaçsal yorumun aracı olması yanında hukuku bulmada tamamlayıcı araç olarak çifte fonksiyon yüklemektedir. Aynı durum değerlendirmesi ihtiva eden olaya, başka bir hükümde düzenlenmiş olsa da aynı kuralın uygulanması söz konusudur.

Kıyasın söz konusu olabilmesi için bazı unsurlar gerekir.

1. Bilinçli susmanın kıyasa imkan vermesi
2. Kıyas kuralı kanuna karşı hile oluşturmamalı
3. Kıyas kuralı somut olaya uygun değer yargısı içermelidir.

2. Kanun Kıyası Yöntemleri

a. Kıyasla Kural Yaratma (Kıyasla Sonuç Çıkarma)

Temel yapı şu şekildedir: bir kanun hükmü, A maddi olgularına kanunda belirlenmiş hukuki sonucu uygulanacağı düzenlenmiştir. Uyuşmazlık konusu B maddi olgularınaysa uygulanacak bir hukuk kuralı bulunmamaktadır. Bu olguları dedüksiyona tabi tutabilecek başka bir hukuk kuralı bulunmamaktadır. Ancak A maddi olgularıyla B maddi olguları karşılaştırıldığında eşit ya da benzer ya da yükümleri düzenlenmektedir.

b. Karşıt Anlamından Sonuç Çıkarma

Yine bir kanun hükmü A maddi olgularına, kanunda belirlenmiş hukuki sonucu uygulayacağını düzenlemiştir. Uyuşmazlık konusu B maddi olgularınaysa uygulanacak bir hukuk kuralı bulunmamakta, B olguları, A maddi olgularının tümünü karşılamaktadır ancak B maddi olgularına kanun koyucunun amacı yönünden yapılan yorum değerlendirmesi sonucunda yaptırımın uygulanmayacağı sonucuna varılır.

c. Büyükten Kıyas (Sonuç Çıkarma)

aa. Küçükten Büyükte Kıyas: Kanunun bir kuralı daha azını yasaklıyorsa hukuk düzeni düzenlemese de kıyasen daha fazlasını da yasaklıyordur kuralıdır.

bb. Büyükten Küçükte Kıyas: Kanunun bir kuralı daha fazlasına izin veriyorsa hukuk düzeni düzenlememiş olsa da kıyasen daha azına da izin veriyordur kuralıdır. Fazlasını yapabilen azını da yapabilir demektir.

Bazı hallerde kıyas yoluyla hukuk yaratmak mümkün değildir. Karşıt kavram kanıtının bulunduğu yani kanun koyucunun kasıtlı susarak menfi çözüm yolunu benimsediği durumlarda kıyas yoluyla hukuk yaratılmalıdır. Diğer taraftan evleviyetle uygulamanın söz konusu olduğu durumlarda da hakimnin hukuk yaratma yoluna gitmemesi gerekir.

3. Hukukun Genel İlkelerinin Kıyasıyla Hukuk Kuralı Koyma

- a. Kanuni Kıyas:** Tekli kıyasta bir hukuk kuralının hukuk kuralıyla düzenlenmemiş benzer başka bir olaya uygulanması söz konusudur. Burada belirli tek bir kanunun sözü ve özüyle benzer olaya uygulanması söz konusudur.
- b. Toplu Kıyas:** Hukukun genel düşüncesini belirleyen genel ilkelerin hukuk kuralıyla düzenlenmeyen fakat genel ilkenin amacına uygun benzer olaya uygulanmasını ifade eder. Toplu kıyastan boşluk doldurmada yararlanabileceği genellikle kabul edilir. Buna karşın hukukun temel kuralı olarak uygulanması tartışmalıdır.