

HUKUKUN FENOMENOLOJİSİ

Prof. Dr. Tarık ÖZBİLGİN

Bölüm I

HUKUKSAL YAPININ FENOMENOLOJİK TEMELLERİ

I. GENEL BİLGİLER

Yüzyılımızın ünlü Alman düşünürü Edmond Husserl (1859-1938) yanından kurulmuş bulunan fenomenoloji, —tüm karmaşıklığına karşın— hukukun bilimsel temellendirimi açısından önemli bir rol oynayabilecek karakterde görünmektedir. Ancak bu, bir lejitimasyonu zorunlu kılmakta; fenomenoloji, ancak lejitime edilmiş biçimiyledir ki sözkonusu fonksiyonunu görme olanağına sahip bulunmaktadır. Bu bakımdandır ki biz, fenomenolojinin hukuk bilimi yönünde açtığı ufukları, daha önceki bir etüdümüzde yaptığımız böyle bir lejitimasyona dayalıla belirteceğiz. Ancak, gene de burada, tümleyici nitelikte bir açıklama yapmayı gerekli görmekteyiz.

A. Fenomenolojinin varlığı ve anlamı

Şunu vurgulayarak girelim ki, bir tek değil ve fakat, hemenlikle fenomenolojist sayısı tutarında, çeşitli fenomenolojilerin varlığı sözkonusudur. Nevarki gene de bütün bunların, bir takım enaz ortaklaşaların varlığını engellemeyecekleri açıktır. Zira tersi halde bir fenomenolojinin varlığından sözedilemeyecekti¹.

1) Özbilgen (T.), Antinatüralist bir sosyoloji anlayışının jüstifikasyonu açısından fenomenolojik sosyoloji anlayışının lejitimasyonu, in İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. xLIII, S. 1-4.

Cermen patentli bu düşün akımının Fransız temsilcisi Merleau-Ponty², bu konuya ilişkinlikle, “fenomenolojinin birliğini ve gerçek anlamını, ancak bizzat kendimizde bulabiliriz” demektedir. Açıklık ve kesinlikten yoksun bu deyimleyişin, bir sübjektivizmi ve negasyonu içerdiği ortadadır. Bunun açık anlamı, herkesin fenomenolojiye değgin görüşünün, kendisine ait olduğu ve dolayısıyla da fenomenolojinin objektiflikle belirlenemeyeceğidir.

Oysa, ulusdaşı Jean - F. Lyotard'ın bu kanıyı paylaşmadığını görmekteyiz. Özellikle —fenomenolojinin objektif bir tanımını vermenin saçmalık olacağını bildiren— Jeanson'ın görüşüne karşı çıkan Lyotard, bu görüşlerin yerindesiz olduklarını; bir “devinim”, bir “stil” olan fenomenoloji yönünden öngörülen bütün bu savların, örneğin kartezyanizm ya da marksizm için de önesürülebileceğini bildirmektedir. Fakat ona göre bütün bunlar, Jeanson'un savladığı gibi fenomenolojinin, tarihçinin belirli olayları açıklayan görüşüne kendi görüşünü soktuğunu içermesi anlamına gelmez. Bunun böyle olduğunu anlamak için, fenomenolojinin ortaya çıktığı istorik koşullara bir gözetmek yeterlidir. Husserl'in fenomenolojisi, XIX ve XX. yüzyıl başındaki sübjektivizm ve irrasyonelizm krizi içinde yeşermiştir. Bu bakımdandır ki, psikolojizme ve pragmatizme karşı bir reaksiyonu temsillemektedir³. Sübjektivizme karşı reaksiyon biçiminde ortaya çıkan bir görüşü, sübjektivist bir kimlikte öngörmenin yerinde-sizligiyse açıktır.

B. Eydetik

Tüm sorun, gerçekliğin saptanımında, deneyin —abartılmış—rolünde düğümlenmektedir. Gerçi fenomenoloji de bu rolü —bir bakıma— kabullenmekte olup adını da bundan almaktadır. Ne varki bu kabulleniş sözde kalmakta; fenomenoloji, apayrı bir olgu anlayışıyla karşımıza çıkmakta ve böylece de olguculuk karşıtı bir anlayışı, olgunun da hakkını verir görünerekten savunma yolunu tutmaktadır. Fenomenolojinin olguya önem verişinin anlam ve değerine değgin açıklamalarımızın kavranabilmesi için önce, bu anlayışın karşıladığı eydetik kavramı üzerinde durmamız yerinde olacaktır.

2) M. Ponty'nin görüşleri üzerine özet bilgi için bk. Cuvillier (A.), *Où va la sociologie française?* Paris, 1953, pp. 88 et s.

3) Lyotard (Jean - F.), *La phénoménologie*, Paris, 1956, p. 5.

Eydetik, fenomenoloji ile başlamamakla birlikte, gene de fenomenolojiye özgü bulunmakta; fenomenolojinin temelinde yer almaktadır. Fenomenolojinin, hem olgucu ve hem de olgucu karşıtı kimliği de bununla ilgilidir: Evet, herşey olguyla vardır ve fakat olgu, ampirik varlığı —olaylar— ile tükenmemektedir. İşte fenomenoloji, istorik misyonu itibariyle, tersi görüşteki —gerçek— olgucu görüşe, böylece bir reaksiyonu temsillemekte; kurucu Husserl, olgunun sâdece bireyin olgusu olduğu yollu İngiliz ampirizmine karşıdır ki, bir çeşit lojisizmi deyimleyen eydetiği öngörmektedir⁴.

Bu demektir ki gerçek—lik—, olayın kendi —ampirik— varlığında değil ve fakat temsillediği esans (töz) ve sans (anlam)ta aranmak gerektir! Buysa, doğallıkla, deneyi art plana atmakta; zira esans ve sans, olaylarda ortaya çıkmakla birlikte, bilinç—in verilerin—e göre saptanmaktadır. Bu saptanımın yoluysa, ancak entüvisyon olabilir. Lyotard şöyle demektedir: Gerçekliğin ancak deneyle kanıtlanabileceği savı, bu savın da ancak deneyle kanıtlanabileceğini içerir ki, deneyin natürü buna elvermez. İşte esansın varlığının ve kanıtlanımının etüvisyona dayanırlığının temelinde yatan —gerekçe— de budur⁵.

Anlaşılmıştır ki eydetik; entüvitif, deneyden gelmeyen, esansa ilişkin demektir⁶. Eydetik bilim de, ampirik bilgiyi yönelten eydetik yasaların bilinmesidir ki, bundan dolayı buna doğanın ontolojisi de denmektedir⁷. İşte eydetiğe dayalı olaraktan fenomenoloji de, böylece, bilgi üzerinde düşünme, bilginin bilgisi olmaktadır⁸.

Görüldüğü üzere fenomenoloji, doğa ve doğa bilimi alanında da geçerli olarak öngörülmektedir. Eydetik temelleri saptanmaksızın hiçbir bilim yapılamayacağını fizik alanında Galileo örneği, açıkça göstermektedir⁹. Fakat gene de fenomenoloji, doğa bilimi ile noolojik bilim arasındaki ayrımı benimsemekte; natüralist metodüğün sosyomoral alana uygulanımını kabullenmemekte ve ağırlık merkezini de bu ikinci alana vermektedir. Buysa onu, bir yandan pozitif

4) İbidem, p. 17.

5) İbid., p. 13.

6) İb., p. 15.

7) İb., pp. 15 et s.

8) İb., pp. 5-6.

bilim kimliğinde öngörülen sosyoloji anlayışına; öte yandan da objektivist psikoloji anlayışına karşı çıkarmaktadır. Bu nedenle bizim de işe buradan, fenomenolojinin, sosyomoral —dolayısıyla da hukusal— metodoloji yönünden kapital önem taşıyan, sosyoloji ve psikoloji anlayışından başlamamız yerinde olacaktır.

II. HUKUK FİLOZOFİSİ VE HUKUK SOSYOLOJİSİ

Bu konuda ilk vurgulanması gerekeni, fenomenolojinin, olayların olaylara dayalıkla aşılmasını içeren, bir siyantifik filozofiyi temsillemekte oluşudur. Konumuz adına bundan hemenlikle çıkaracağımız sonuç, bu durumda hukuk filozofisi ile hukuk sosyolojisi arasında bir ayrımın sözkonusu olamayacağıdır. Bu durumda sözkonusu olanı, bir sosyolojik hukuk filozofisidir. Aslolan hukuk filozofisidir. Fakat bu, hukuk sosyolojisini dışaran değil, içeren bir hukuk filozofisidir.

Burada sözkonusu olanı, “hukukun jüridisitesi”nin saptanımıdır. Bir diğer deyişle bu, çeşitli hukuk disiplinlerinden, “hukukun bilimsel filozofisi”ne geçiştir. Zira çeşitli hukuk disiplinleri, hukukun reelleşmiş biçimleri ile uğraşmakla yetinmekte; ‘hukuk’un jüridisitesi”yse, “syantifik hukuk filozofisi”nin uğraş konusunu biçimlemektedir.

Bu noktada, olayların fenomenolojik açıdan yerini belirlemede kapital yarar vardır. Kısacası bu, olgunun, asallığı temsillemekte birlikte gene de vazgeçilmezliğidir. Asal olan sans ve esans olmakla birlikte gene de olayların incelenimine gerek vardır. İşte fenomenolojinin özellikle vurguladığı “siyantifik filozofi”nin anlamı budur.

Durumu Husserl’in açısından şöyle saptayabiliriz: Biri olgu-olaylar-yu, diğeri esans-lar-ı karşılamak üzere iki çeşit bilim vardır. Olgu-lar- bilimi ve esans-lar- bilimi! Bunlar birbirinden tüm bağımsız değillerse de; birincisi aksidantel, ikincisi ise zorunsal-zorunlu ile uğraşan, ampirik bilgi ve esansiyel bilgi arasındaki ayrımı karşılamaktadırlar. Herlekkadar aksidantel zorunluyu maskelemekteyse de, gene de bunun saptanımı —yani ampirik bilgi— da zorunlu bulunmaktadır. Zira esans ve sansa, ancak aksidanteli aşmakla varılabil-

9) İb., p. 75.

mektedir. Şimdi bütün bunları hukuk alanına aktaracak olursak, hukukun siyantifik filozofisini şöyle saptayabiliriz: Önce, hukuktaki aksidanteli temsilleyen hukukun ekzistansı üzerinde durulacak; burdan devinerektense esansı ve sansına gidilecektir¹⁰.

Demek oluyor ki hukukta aksidanteli ve ampirik bilgiyi, hukuk tarihi ve dogmatik hukuk disiplinleri temsillemekte; hukuk filozofisi ise, bunlardan devinerekten hukukun jüridisitesini elde etmektedir. Hernekadar bu durumda hukuk sosyolojisine yerolmadığı izlenimi belirlemekteyse de, sözkonusu olanın, "hukukun siyantifik filozofisi" olduğu düşünülürse, bunun —kuşkusuz ki antipozitivist ve antinatüralist karakterdeki— bir hukuk sosyolojisi ile girişik (memzuç) bulunduğu da ortaya çıkar.

A. Pozitivist sosyoloji ve psikoloji anlayışlarının negasyonu

Açıklamalarımız, fenomenolojiye göre, doğa bilimleri ile noolojik bilimler arasında bir temel ayrımın varlığını ortaya koymaktadır. Buysa pozitivist metodüğün sosyomoral alanda geçersizliği ve dolayısıyla da buna dayalı sosyomoral bilimlerin negasyonunu içerir. Durumu sosyoloji ve psikoloji açısından konumlayalım!

Fenomenolojinin, natüralist bir sosyoloji anlayışına karşıtlığı kaçınılmazdır. Zira, bu, doğa alanının eksplikasyon; insansal alanınsa kompreansiyona dayalığı ile tersleşir ve fenomenoloji, temelde kompreansif sosyoloji anlayışına özgü bu gerçekliği kabullenmekten gerikalmamaktadır. Buna göre, ister nedehe ve isterse yasaya dayanır olsun, pozitif bilimin amacı, eksplikasyondur. İmdi sosyomoral alanda olaylar özdeş bir biçimde akışmamakta ve bu da —herzaman ve her yerde geçerli— salt şemaların bir yana bırakılarak ceteris paribus (koşulsal özdeşlik) a dayalı açıklamalara yolaçmaktadır¹¹. Ancak, şunu gözden kaçırmamak gerektir ki, açıklama için, —ampirik— realiteye saplanıp kalmanın anlamı yoktur. Zira yasaya varma, deneylerin çokluğundan değil ve fakat us için sağladıkları açıklıktan gelmekte; bu nedenledir ki bazan tek deney bile buna yetebilmektedir. Oysa insan, olaylarca oluşturulan ve fakat aynı zamanda da

10) Fabre (Simone), *Essai de critique phénoménologique du droit*, Paris, 1972, pp. 45 et.

11) Lyotard (J.F.), *op. cit.*, pp. 73 et s.

clayların kendilerine göre oluştuğu bir takım salt varlıkların da ayırımına varmaktadır. İşte bu bakımdan, Comte ve izlemeni Durkheim'in tutumlarında bir yerindesizlik vardır. Comte'dan esinlenen bir tutumla Durkheim, sosyolojiyi, bir kurumun belirli bir gruptaki durumu, tarihi, fonksiyonu ile uğraşmaya indirgemıştır. Oysa bir kurumun, eydetiği dışında kavranmasına olanak yoktur. Böylelikle bir sübjektivizme düşülmüş te olunmamaktadır. Zira eydetik, objektiviteyi dışarmak şöyle dursun, —tersine— içermektedir; zira gerçek objektivite, bir şeyin sansı ve esansıdır¹².

Fenomenolojinin psikolojiye karşı çıkışında da durum budur; pozitivist metodüğün egemenliğinde psikolojinin salt insansal gerçekliklerin saptanımına kapalı hale gelişidir. Bir diğer deyişle, bu doğrudalıkla psikolojiye değil ve fakat, entrospeksiyonu yadsıyan, deskriptif, objektivist psikoloji anlayışına bir karşı çıkıştır¹³. Şunu da hemen belirtmeliyiz ki, objektivist psikolojiye karşı çıkışın, fenomenolojinin objektiviteye karşıt olmadığı görüşü ile çelişkisi sözkonusu değildir. Gerçek şudur ki fenomenoloji, ne psikolojiye ve ne de objektiviteye değil ve fakat evanmantalizme, olaylara bağımlılığa karşıdır. Hattâ deyebiliriz ki fenomenoloji, objektivist ve psikolojist bir metodüğe sâhip bulunmaktadır: Gerçeklikler, olaylara ilişkinlikle ve fakat bilince göre belirlenmekte; buysa gerçekliğin saptanımında entrospeksiyona götürmektedir. Ancak bu, bir sübjektivizmi içiriyor değildir. Önce, Kant'a simetriklikle, ampirik süje-insan- değil ve fakat entelijibl süje-insan- sözkonusudur. Sonra da, gene Kant'a ters düşmeyecek biçimde, olaylara bağlılık vardır. Kısacası, fenomenolojik entrospeksiyon, objektiviteyi dışarmamakta ve bu bakımdandır ki bir siyantifik filozofi olanaklı bulunmaktadır.

E. Siyantifik filozofi

Fenomenolojinin siyantifik filozofi anlayışı, kantiyen gnozeoloji ile sıkı bir yakınlık göstermekte ve bunda da temel yeri fenomen tutmaktadır. Gerçi ikisinin fenomen anlayışı tümüyle ayrık olup bu bakımdan bir karşılaştırma yapmamız kaçınılmazdır. Burada sırası düşmüşken şu kadarını belirtelim ki Kant'ın gnozeolojisinde olaylar,

12) İbidem, pp. 75 et s.

13) İbid., pp. 51 et s.

usa göre bilgiye konu biçimlerlerken; fenomenolojide us, olaylara ilişkinlikle var ve fakat gene de onlardan ayırık olan gerçeklikleri kavramaktadır. Fenomenolojinin platonizm ve kantizmden —savlanan— ayrıklığı da buradadır. Bu bakımdandır ki fenomenoloji, bir tüm anlamıyla (strictement) bilimsel filozofi sayılmakta; fenomenolojik analiz, bir katı (rigoureux) bilim olarak anlaşılan bir filozofinin hizmetine sunulmaktadır¹⁴.

İşte psikolojik yaklaşım ve entrospeksiyon böyle bir premise göre anlamlandırılmak ve böylece, bilimselliğe —temelde— ters düşülmeyeceği vurgulanmak gerekmektedir. Sosyal bilim anlayışının fenomenolojik temellendirimi açısından kapital önemdeki bu nokta, fenomenolojinin olaylara bağlı ve fakat bağımlı bulunmadığıdır. Noolojik bilimin temelinde yatan mantalite de budur, bu olmalıdır: Olaylara bağlı olmak; fakat bağımlı olmamak! Bu, aynı zamanda entrospeksiyonu da jüstifiye etmektedir: Fenomenoloji, olayların esans ve sanslarını kavramayı amaçlamakta; buysa onu, olaylara bağlamakta ve fakat bağımlamamaktadır. Bu durumda uygulanacak metod da, zorunlukla, observasyon değil ve fakat entüvisyon —ve dolayısıyla da entrospeksiyon—dur. Yineleyelim ki bu, sosyomoral bilim bakımından kapital önemde olup değer bilime yabancılığı saplantısından kurtulmaya götürmektedir. Sorunu tarih yönünden konumladığımızda durum daha bir aydınlığa kavuşacaktır.

C. Tarih anlayışı

Fenomenolojinin tarih anlayışı, yukarıki açıklamalarımıza uygun düşmekte; fenomenoloji, tarih karşısında olumsuz bir tutum göstermektedir¹⁵. Buna göre istorisite ,ancak esans ve sansların oluşum aşamalarını saptama yönünden önem taşımaktadır¹⁶. Bunların kavranması içinse artık, işiniçine insanın kendisi de karışmakta ve böylece de, geçerli metod olarak karşımıza, yaşanmış deney (Erlebnisse, expérience vecue) çıkmaktadır¹⁷.

Bu durumda artık, tarih değil ve fakat tarih filozofisi karşısında kalınacağı açıktır. Gerçekten de fenomenolojiye göre tarih, ancak

14) Fabre (S.), op. cit., p. 30, dip not 67.

15) Lyotard (J.-F.), op. cit., pp. 93 et s.

16) İbidem., pp. 97 et s., 105 et s.

17) İbid., p. 95.

tarih filozofisi ile olanaklıdır: Aslolan her zaman ve her yerde özdeş olan insanın saptamalarıdır. Yineleyelim ki bu durumda sözkonusu, olanı, sansibl değil ve fakat entelijibl insandır ve bu da fenomenolojiyi, pozitif psikoloji bilimine karşı ve fakat gene de bir objektivist psikoloji anlayışına götürmektedir. Bu noktanın kapital önemiye, böylece tarih ve psikoloji anlayışları arasında bir ilişkinin kurulmakta oluşudur: Tarih te, psikoloji de, gerçeklikleri, “olan”ın dışında ve fakat gene de objektiflikle saptama durumundadırlar! Oysa, gerek istorisizm ve gerekse objektivist-pozitivist- psikoloji, tüm tersine bir tutumla gerçeklikleri, “olan”dan çıkarma yoluna gitmektedirler. İstorisizmin kaynağında objektivist-pozitivist- psikoloji yer almaktadır. Objektivist-pozitivist- psikolojinin bu konudaki yanlıtkısı, insanı —olmuş ve olmakta— “olan” insandan ibâret görmesidir ki; gerçekte insan, sâdece olmuş ve olmakta bulunan değil ve fakat, olacak olan da içinde, bunların tümüdür¹⁸. Olacak olan insan ise, “olan”a değil ve fakat bunun dışındaki determinanlara bağımlı olarak belirli bulunmaktadır. Bu bakımdan insanı, bir tarihsel prosesüs içinde öngören marksizm de, yerinde bir anlayışı temsillememektedir¹⁹. İşte bütün bunlar bizi, —“olan” ve— “olması gereken” sorununa götürmektedirler.

D. Deontoloji sorunu

Açıklamalarımız, fenomenolojide “olan” ile yetinmenin sözkonusu olmadığı ve fakat “olması gereken”in de “olan” içinde öngörüldüğü; “harfi harfine siyantifik filozofi”nin temsilcilerinin, filozofik sorunlara, insanın varlık bütünü içinde çözüm aradıklarını göstermektedir. Sorunun hukuk açısından konumu, hem hukuk ve hem de fenomenolojinin kendisi için son derece enteresan analizlere yol açacak karakterdedir.

Fenomenolojik deontoloji anlayışının hukuk açısından taşıdığı yaşamsal önem, önce hukukun lejitim varlık hakkına değginlikle sözkonusudur. Açıktır ki hukuk, bir deontolojiyi içermekte; bir takım “olan”ları beğenmemekte; bunların yerine başka bir takım davranış modelleri öngörmek —önermek—tedir. Oysa fenomenoloji, hukuku bir “olması geerken” değil ve fakat —“olan” ile “olması gereken”

18) İb., pp. 101 et s.

19) İb., pp. 110 et s.

arasında ve hattâ sâdece— bir “olan” olarak öngörmekte ve bu bakımdan da, bir yandan hukukun varlık hakkı ile, öte yandan da kendikendisi ile tersleştiği izlenimini vermektedir. Açıkça deyimleyelim ki bu, sırf bir izlenimden ibâret olup gerçekte her iki bakımdan da bir tersleşme sözkonusu değildir. Duruma daha yakından eğilmenin gerektiği açıktır.

Önce, şu “olması gereken”in “olan” ile tersleşmezliğini saptayalım! Bunun —hayli paradoksal ve fakat gerçeği karşınlayan lâkonik— deyimi, hukukun bir “olan” “olması gereken”i temsillediğidir. Fenomenolojik bir espri ve terminoloji ileyse bu, hukukun bir regülâtif fenomen olduğudur. Durumu aydınlığa çıkarmanın yolu, fenomenin fenomenolojideki anlamından geçmektedir. Zira fenomenin bu spesifik anlamını bilmeksizin sözkonusu deyimlemeden durumu kavramaya olanak yoktur. Bir diğer deyişle, eğer biz, —fenomenolojik anlamda— fenomenin ne olduğunu bilmeksizin, fenomenolojiye göre hukukun bir “olan” —fenomen— olduğunu deyimlersek, son derece yanlış, ters sonuçlara varılması kaçınılmazdır. Şunu hemen bildirelim ki fenomenolojik terminolojide fenomen, yaygın anlamının dışında bir anlam taşımaktadır. Durumu tüm açıklığa kavuşturmak üzere, terimi alışılmış anlamında kullanan Kant ile fenomenolojinin bu konudaki görüşleri arasında bir karşılaştırma yapmamız büyük yarar sağlayacaktır.

III. KANTİYEN VE FENOMENOLOJİK AÇIDAN FENOMEN

Biz sözügeçen etüdümüzde, Kant'ın fenomenoloji üzerindeki etkisini belirtirken, fenomenolojinin Kant ile başladığını bile söylemenin olanak içinde olduğunu deyimlemiştik. Ancak, bu bir istorik durumu karşınlamakta ve sorun, ancak analitik bir yaklaşımla çözüme kavuşmakta; bu da bizi böyle bir analize zorlamaktadır. Şunu deyimleyelim ki, —sosyomoral alanda— realitenin veriteyi temsilmezliği doğrultusundaki —noolojik bilimin temellendiriminde kapital rol oynayan— erek birlikteliğine karşın, bu iki anlayış arasında kapital ayrımlar yer almaktadır. İşte bu ayrımların en önemlilerinden biri de, iki görüşün fenomen anlayışları arasındakiidir. Ancak, şunu da ekleyelim ki bu ayrım, bir bakıma sözde —terminolojik— kal-

makta ve bu bakımdan iki görüş arasında —anlayış çatışması varsa da— bir kontradiksiyon bulunmamaktadır. Tutarsız görünen savımızın açıklığa kavuşabilmesi, karşılaştırmayı derinliğine ele almamızla olanaklılaşacaktır.

Öyle görünüyor ki fenomenoloji, kantizmin bir temel rektifikasyonunu temsillemektedir. Daha açık bir deyişle fenomenoloji, Kant'ın yapmak istediğinin yerindeliliğine ve fakat bunun yanlış temeller üzerine oturtulduğuna inanmaktadır. Biraz çekinceyle şunu deyimleyebiliriz ki fenomenoloji, bir ampirik-reel-transsandantalizmdir; transsandantalizmce öngörülen gerçekliklerin, reel temele oturtulmuşlukla açıklanımıdır. Kant, insan olmaksızın —ampirik—realitenin, gnozeolojik alanda bir fonksiyon görmeyeceğini ve fakat gene de insan yanından işlenenin realite olduğunu anlamış ve bu bakımdan da sistemini, rasyonalizm ile ampirizm arasında —birincisinin açıkça ağır bastığı— bir sentez meydana getirme yolunu tutmuştur. Evet bilgi, fenomenler olmaksızın meydana gelememekte; ancak, fenomenlere değil de, usa göre belirlenmektedir. Bunun anlamıysa, bilgide aslolanın, fenomenler değil ve fakat, bunları transsanded eden ussal kategoriler olduğudur.

Görünüşte fenomenoloji bu kantist açıklamayı benimsememekte; gnozeolojide ağırlığı, iç âlemden dış âleme kaydırmakta; bilginin fenomenlere göre belirlendiğini ve dolayısıyla da saptanmak gerekliliğini vurgulamaktadır. İşin tuhafı da şudur ki, Kant, fenomeni gerçekliği içinde öngörmesine karşılık, ağırlığı iç âleme verirken; fenomenoloji, gerçekliğin dışında bir fenomen öngörmesine karşın —bir siyantifik jestle— dış âlemde kararkılmıştır. Daha açık bir deyişle Kant'ta olayların asıllığı vardır ve fakat bilgi —olaylardan bağımsız— iç âleme göre; fenomenoloji'de olayların asıllığı yoktur ve fakat bilgi —gene de— dış âleme göre belirlenmektedir. Ancak, dediğimiz gibi, bütün bunlar sözde-terminolojik-kalmakta; gerçekteyse fenomenoloji transsandantalizmden pek ayırık bir temele oturmamaktadır. Özellikle aksiyoloji alanında durum, çok daha belirgin bir hal almakta; Kant'ın tüm determinasyonu süjeye veren tutumuna karşılık objektivite üzerinde direnen fenomenoloji, gerçekte özdeş bir anlayışa sâhip bulunmaktadır.

A. Fenomen ve transsandantal lojik

Kantizm ve fenomenolojinin sübjektivizmdeki bu özdeşliği, daha kurucu Husserl'in fenomenolojiyi tanımlamasında açıkça ortaya çıkmaktadır. Buna göre fenomenoloji, "bilinç ve aktlerinin deskriptif bilimidir"²⁰. Buysa, —rahatlıkla— "bir transsandantal lojiktir" biçiminde deyimlenebilir. Husserl'in 70 yaşındayken, filozofinin dönüp dolaşıp aynı yere geldiğini bildirmesi de²¹, bu durum-lar-un ayırımına vardığını gösterse gerektir. Ayırım, dediğimiz gibi, deyimde kendini göstermekte; Kant'ın ampirik olaylar karşılığında kullandığı fenomen deyimini fenomenoloji, bir çeşit kategori anlamında öngörmektedir. Gerçi fenomenoloji, fenomeni ampirik-reel- alana bağlılıkla saptamaya çalışmakta, esans ve sansların olaylarla birlikte oluşup geliştiklerini savlamaktadır; ama bu, sâdece realiteye bağlılığın korunduğuna değgin bir "bilimsellik" jestinden öteye anlam taşımayıp insan-us- dışında esans ve sansların varlığından sözaçılamayacağı açıktır.

Anlaşıyor ki esans ve sanslara dayalılık, fenomenolojiyi zorunlukla sübjektivist bir temele oturtmakta ve bu da bizi, fenomenolojinin psikoloji karşısındaki tutumuna bir kez daha eğilme zorunda bırakmaktadır. Konumuz açısından bu, —kritisizme paralellikle ve, ekzistansiyalist ramifikasyon içinde gösterilmesine karşın²², ekzistansiyalizmle temelde tersleşecek biçimde— bir entelijibl —paradoksal ve fakat yerinde bir deyimle objektif— sübjektivizmdir. Gerek gnozeolojide ve gerekse aksiyolojide, entelijibl —objektif— insana dayalı bir prosede! İşi başından almak yerinde olacaktır.

Psikolog Franz Brentano ile dokunumu, Husserl'e yeni ufuklar açmış; böylece Husserl, bir şeyin algılanımı ile algılanım prosedesi arasındaki ayırma yerverme düşüncesiyle, deskriptif psikolojiyi aşarak ki fenomenolojik görüşe ulaşmıştır. Varılan bu noktada benimseneni, ampirizm ile spekülâtif filozofi arasında bağdaşıma dayalı bir metodiktir. Kısacası, fenomenolojinin karşı çıktığı, —bir ba-

20) Dartigues (A.), *Qu'est-ce que la phénoménologie?*, Toulouse, 1972, p. 25.

21) *İbidem.*, p. 13.

22) Mounier (E.), *Introduction aux existentialismes*, Paris, 1962, p. 12

kıma filozofinin yadsınımını içeren— psikolojiyi bir pozitif bilim kimliğinde önören deskriptif psikoloji anlayışıdır²³. Öylesine ki, fenomenolojinin psikoloji karşıtlığı, deneysel psikolojinin sağladığı yararların yadsınımını da içermemektedir^{23a}.

Bütün bunlara bakarak şunu deyimleyebiliriz ki fenomenoloji, psikoloji karşıtlığını değil ve fakat —özellikle filozofiyi dışarmayan— ayırık bir psikoloji anlayışını temsillemektedir. Bu bakımdan, yerleşik —siyantifik— psikolojiye karşı çıkışı, onun sübjektivizm —psikolojizm—ine engel biçimlememekte; zira esans ve sans, insana göre bir anlam deyimleyebilmektedir. Tüm sorun, esans ve sansın algılanım prosedesi üzerinde düğümlenmektedir ki; bu da, dediğimiz gibi, transsandantal lojiğe götürmektedir. Sorunun çözümünde Kant'tan ayrılan temel, determinanın süjeden objeye aktarımı —savı—dır. Oysa bu da sözde kalmakta; temelin —folozofiko—psikolojik karakterini ortadan kaldırmamaktadır: Esans ve sansların ampirik fenomen —realite—lere göre belirlenmesi demek, ampirik fenomenlere göre anlık yanından belirlenerek saptanması demektir. Yani usa düşeni, sâdece bir saptamadan ibâret olmayıp aynı zamanda bir belirlemedir de!

B. Sosyomoral bilimler metodolojisi

Etiğin pratik usa bağmlanması, bu alanda kantizmi —kendi deyişimiyle— fenomenlerin tüm nötralizasyonuna götürmekteyse de; gene de kategorik emperatiflerin dinlemeninin ampirik insan olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Kategorik emperatik —etik—, numenal alandan fenomenal alan —ampirik insan—a bir bildiri karakterindedir. Bu bakımdansa buna karşı çıkışlar, fenomenal olanın hakkını vermekten çok, ahlâksallığın nötralizasyonunu amaçlama durumundadırlar. İşte fenomenoloji de bu meyanda kendini göstermekte; sosyal yaşamın tüm moralizasyonuna karşıdır ki determinanı, insandan realiteye indirgemektedir.

Bu durumda sorun, —sosyal— realitenin doğrudanlıkla algılanımı olmaktadır. Buysa, insan —süje—a görelikle öngörülen —bir çeşit— dolaylı algılanımın da yadsınımını içerir. Bu bakımdandır

23) Dartigues (A.), op. cit., p. 16.

23a) İb., pp. 17 et s.

ki neokantistlerin "süje"si yerine Almanya'da W. Dilthey "yaşam duygusu"nu koymuş; U.S.A. da W. James ve Fransa'da H. Bergson ise, "bilinç akımı" ya da "bilincin doğrudan verileri" üzerinde durmuşlardır²⁴.

1) Doğal ve sosyomoral alanlar ayrıklığı

Bu konuda kurucu Husserl üzerinde W. Dilthey'in etkisi üzerinde özellikle durmalıyız. Temelde bu, natüralist sosyoloji anlayışının yerindesizliği sorunudur. Çözüm de gayet yalın olup insansal alanın doğa alanından ayrıklığı dolayısıyla natüralist metodüğün sosyomoral alanda uygulanımsızlığıdır. Doğa bilimleri metodüğünün sosyomoral alana uygulanımından doğan yerindesizliği, Dilthey yerin-delikle tanılamış ve —ilerde Max Weber'ce kompreansif sosyolojiye temel biçimleyecek olan²⁵— şu esası koymuştur: Biz, doğayı açıklamakta, psişik yaşamı ise anlamaktayız²⁶. İşte Dilthey'in bu görüşü, kendisini okumuş bulunan, kurucu Husserl'i de etkilemiş ve dolayısıyla da fenomenolojinin biçimlenişinde rol oynamış bulunmaktadır²⁷.

Ancak bu, fenomenolojinin böyle diltayen bir ayrımı benimse-diği anlamına gelmemekte olup iki görüş arasındaki temel ayrımı gös-den kaçırmamak gerektir. Dilthey'da sosyal fenomendeki anlamı kavrayan —Kant'dan da ayrıklıkla bir bakıma sofizme götüreceğ biçimde— ampirik insan —bireyler—dir. Görüş Cermen mantali-tesine uygun düşmekte; özdeş fenomenlerin —Cermen olan ve olma-yanın— ayırık değerlendirimine olanak vermekte ve de götürmektedir. Oysa fenomenolojinin —yukarıda belirttiğimiz karakterdeki— sübjektivizmi, hiç te bu karakterde değildir. Yani fenomenoloji, dil-tayen bir biçimde doğa-insan ayrıklığını kabullenmekte ve fakat aynı zamanda da bu anlamı saptamaya elverişli bir anlayışı yansıtmak-tır.

Buna göre sosyomoral alanın özelliği, olayların esans ve sans-larca belirlenmekte oluşu ve bunun da insan yanından kavranırlı bu-

24) İb., p. 15.

25) Aron (R.), La sociologie allemande contemporaine, Paris 1935.

26) Dilthey (W.), Idées dans le monde de l'esprit, Trad. Remy, Pa-
ris, 1947, T. I, p. 150.

27) Dartigues (A.), loc. cit., p. 17.

lunuşudur. İşte fenomenolojinin —kuşkusuz ki sosyomoral alan için anlam deyimlemek üzere— fenomen dediği budur; olayların, esans ve sanslarına göre belirli biçimi —kimliği—dir. Görüldüğü üzere Kant'ın fenomen dediğine fenomenoloji olay demektedir; fenomenolojinin fenomen dediği ise, olayların teorik ve pratik usun verilerince belirlenmiş biçimleri —esans ve sansı—ni temsillemektedir. Ancak, dediğimiz gibi —görünüşte— sorun realiteye dönüklükle konumlanıp çözüme bağlanmakta; süje aradan çıkarılarak determinan, realite—ye bağlılıkla—de aranmaktadır.

Bu görünüşteliliğin bir kanıtını da fenomenolojinin antipsikolojizmindeki tutumunda bulmak olanaklıdır. Şunu deyimleyebiliriz ki antipsikolojizmin —temel— gerekçesi, —sosyal— realitenin, esans ve sanslara göre doğrudan kavranımının, klâsik —siyantifik— psikolojice olanaksız görülmesinde aranmak gerektir. Durumu Dartigues'in görüş açısından şöyle açıklayabiliriz: Fenomenolojiye göre duyularla algılananı sadece olaylardır ve gerçeklik ise olaylarla tükenmemektedir. Dartigues şöyle diyor: Olayların duyular aracılığıyla algılandığı doğruysa da, bu algılanışın esans ve sanstan yoksunluğu da o denli doğrudur. Bu durumda —esans ve sanstan yoksunlukla saptanan— olaylarınsa insanı bir sonuca götüremeyeceği açıktır. Örneğin insan “bu nedir?” sorusunun yanıtını olaylarda bulamaz. Bunun için olaylarda gerçekleşen esansın bilinmesi gereklidir. Kısacası esans “bu nedir?” sorusunu karşılamakta ve sorunun yanıtı da olaylarda bulunmamaktadır²⁸. Ancak, eklemeliyiz ki fenomenolojiye göre esans, gene de olaylara bağlı bulunmakta; reel varlıklara göre algılan—kavran—maktadır. Örneğin birçok yerlerde birçok orkestralar yanından çalınanların dışında bir IX. Senfoni'nin var olması gibi!²⁹.

2) *Realiteye yabancılaşmamak*

Bütün bunlar bize fenomenolojinin dayandığı temelini, —iç ve dış âlemlerin orijiner özdeşlikleri nedeniyle tüm bilginin olanaklılığını içeren tomizme simetrik olaraktan— insanın olaylara egemen olan geometri ve mantığı doğrudanlıkla kavrayabileceğini göstermektedir: İnsan, olgu-esans-yu, öyle uzun uzadıya abstraksi-

28) Lyotard (J.-F.), loc. cit., p. 20.

29) İbidem., pp. 21 et s.

yon ve jeneralizasyon işlemlerine kalkışmaksızın saptamakta; gene bunun gibi —sosyomoral alandaki— değeri de, istorik inceleme ve sosyolojik analizlere gereksinme olmaksızın kavramaktadır. Bütün bunların fonksiyonu, gerçekliklerin saptanımında tek yetkili olan bilince, yeteneklerini geliştirme yönünden ekzersiz biçimlemeleridir³⁰. Kısacası, gerçeklik realitededir; ama insan, gerçekliği bundan bağımsızlıkla bilebilmektedir.

Şunu söyleyebiliriz ki fenomenoloji, Kant'a simetrik bir tutumla, rasyonalizm ve ampirizm arasındaki bir senkretizme dayanmakta; fakat —belki de özgünlüğünü kanıtlamak üzere kantizmden ayırık görünme isteğiyle— ağırlığı ampirizme doğru kaydırmaktadır. Ancak bu, fenomenolojinin rasyonalist yönünü gölgeleme (hasfetme) ye götürmez. Fenomenoloji, temelde kartezyanizm ile karşılaştırmalı olup³¹, lojikten gelenler de içinde, her çeşit ensertitüd (apaçiksizlik, yakînsizlik)e karşı matezis universalis, —Descartes ve Leibniz'in izleni olan— Husserl'de yeniden doğmuş bulunmaktadır³². Ama bu kez dışa dönüklükle! Bunu anlamıysa, reel alanın, matematik gerçeklikler örneği, kesinkes (une fois pour toutes) meydana gelmediğidir.

Bu bakımdan, kesinkeslikle saptanmış —dondurulmuş— açıklama şemaları ve metafizik sistemler bir yana bırakılacak ve gözler olaylar —da oluşan sertitüd (apaçıklık yakîn)—a çevrilecektir. Fenomenolojinin tüm anlamıyla (stirictement) bilimsel bir filozofi oluşunun anlamı budur. Daha başka bir deyişle, fenomenoloji, bir filozofik akımdır; postkantiyen oluşuyla metafizik sistematizasyona karşıt, XX. üzyıla âit oluşuyla siyantifik bir kimlik taşımaktadır.

Bu noktada Kant ile aralarında belirlenen ayrımın vurgulanması, sosyomoral bilimlerin metodüğü açısından kapital önemdedir: Bilginin immediyat (doğrudan) verilerini arayan Kant, bunları saltlıkla saptarken; fenomenoloji, tümlenimsizlik (inachèvement) görüşünü benimsemektedir. Usun değişmez verilerine göre determinasyon yetmemekte; başlangıçtan bu —ve öte— yanaki evolüsyonu hesaba katan bir saptama prosedesi gerekmektedir. Buysa, olaylardan vaz-

30) Cuvillier (A.), loc. cit., pp. 96 et s.

31) Özbilgen (T.), a.g.y., s. 11.

32) Lyotard (J.-F.), loc. cit., pp. 6, 16.

geçilmezliği içerir. Fenomenolojinin ünlü antrparanteze alma düşüncesinin fonksiyonu da burada kendi göstermektedir³³: Bir kültürün, bir tarihin, radikal bilgisizliğe kadar giderek tüm bilinir hale getirilmesi! Yani, tarihteki her olan gerçek değildir; ama her gerçek olan tarihte biçimlenmektedir. Yoksa, Husserl'in de ayırımında olduğu üzere, tarihe sırtçeviren fenomenolojinin kendisi de tarih-sel koşullar-in ürünüdür³⁴.

Bölüm II

HUKUKSAL YAPININ FENOMENOLOJİK TEMELLERE OTURTULMASI

I. SORUNUN KONUMU

Baştan bu yanaki açıklamalarımız, fenomenolojinin genel anlamını ortaya koymuş bulunmaktadır. Bu II. BÖLÜM'de bize düşeni, fenomenolojinin hukuk anlayışını saptamak; yani hukuku bu temeller üzerine oturtmaya çalışmaktır. Buysa, en kısa deyişle, hukuk fenomeninin kavranması; hukukun karşınladığı esans ve sansın ortaya konmasıdır. İşe, bu açıdan hukukun bir tanımını vermekle başlamamız çok yerinde olacaktır da, fenomenolojiye göre bu, —olanaksız değilse bile— çok güçtür³⁵. Bu durumdaysa bize düşeni, “fenomenolojik açıdan hukuk, sosyal realitede ortaya çıkan sansların, belirli esanslara göre belirlenmesinden oluşturulan bir fenomendir” gibisinden bir belirsiz tanım vermek ve sonra da bunu belirleyici açıklamalara girişmektir.

A. Hukuk fenomeninin sosyal karakteri

Anlaşılmıştır ki fenomenoloji, olayları olaylarda aşmakta; yani, doğrudanlıkla olaylarla değil de, olayların filozofik öz—temeller—ü ile uğraşmaktadır. Bu bakımdan fenomenolojinin hukuka bakışı da filozofik karakterde olacak ve fakat bu, olaylara —bağımlı değilse

33) Cuvillier (A.), lo. cit., pp. 91, 95.

34) Lyotard (J.-F.), lo. cit., p. 6.

35) Fabre (S.), loc. cit., p. 107.

de— bağlı kalacaktır. Fenomenolojik anlamda hukuk filozofisi, kuşkusuz ki pozitif —ampirik— bilginin içinde erimeyerek insan ve varlığa ilişkin metafizik görüşlere kayıtsız kalmayacak, ancak pozitif bilginin de dışında yeralmayacaktır. Bu, hukuka dışardan uygulanan bir preetabli filozofi olmayacak; “hukuktaki temel esinlenimi ve immanan lojiği bulmak üzere onun kalbine giren” bir demarş olacaktır³⁶.

Şunu deyimleyebiliriz ki fenomenoloji, genelindekine simetrik bir tutumla, hukuk olayları ile değil ve fakat —kendi terminolojisiyle— hukuk fenomeni ile uğraşmakta; değişen hukukların yanısıra, değişmeyen hukuk-lar-u araştırmaktadır. Ona göre hukuk alanında birtakım transformasyon ve mütasyonlar varsa da, aslolan kuşkusuz ki bunlar olmayıp bütün bunlarda değişmeden kalan şeylerdir³⁷. Ne varki anıdan çıkarılmaması gerekeni, bu değişmeden kalan şeylerin de, değişenler ile kaaim olduklarıdır: Sözkonusu olanı, hukuk idesi değil; hukuk fenomenidir! Bu bakımdan konu-sorun-, önceden belirli olmasa da, gene de zaman ve yer kontinumunda yeralmaktadır. Fenomenolojiyi hukukun sosyal realitesi lie uğraşmaya götüren de budur.

Sosyal yaşamının bir geometrisi ve lojiği olan hukuk, genel geometri ve lojikten ayrıklıkla, saltlıkla zaman ve yer kontinumunda karşımıza çıkmakta; bu bakımdan da sosyal realite içinde ele alınma durumunda bulunmaktadır: Ubi societas ibi Ius; ubi Ius, ibi societas! M. Virally'nin dediği gibi “bir toplumdun önce bir hukuk, bir pür anlamsızlıktır”³⁸. Demek oluyor ki hukuk, bir yanı ile topluma bağımlı durumdadır ve bu da pozitif hukuku biçimlemektedir. Del Vecchio'nun tanısıyla hukuk, belirli esaslar doğrultusunda ve fakat reel yaşam koşullarına göre oluşup gelişmektedir³⁹.

Evet, hukuk ile toplum birbirine karıştırılmamalıdır⁴⁰. Hukukun deyimlediği ve somutladığı (concrétise) sosyal düzen, “doğanın rasyonel düzeni”nden ayırık olup ikincisinde kozalite, birincisindeyse

36) İbidem, p. 30.

37) İbid., p. 31.

38) Virally (M.), *La pensée juridique*, Paris, 1960, p. 62.

39) Vecchio (G. del), *Hukuk felsefesi dersleri*, çev. S. Erman, İstanbul, 1952, s. 428 v.i.

40) Fabre (S.), loc. cit., p. 32.

daha çok finalite egemendir⁴¹. Bununla birlikte pür finalite ancak ahlâk için sözkonusudur. Hukuk ise, toplumda var olan İyilik, Barış, Adâlet gibi etik değerlerin gerçekleştirimini sağlamak üzere bir araç durumunda ve fakat aynı zamanda da toplumdaki koekzistans yasalarını belirleme yükümü altındadır⁴². Bu bakımdandır ki, etik değerlere dönük olmakla birlikte, toplumun ampirik koşullarına da bağımlıdır. İşte, hukukun bir “olması gereken” değil de, “olan” olmasının —ya da “gereken” ile “olan” arasında yeralır biçimde öngörülmesinin— anlamı budur. Zaten bu, hukukun fenomen oluşundan da çıkmaktadır. Ancak, yanlış anlamalara yolaçmamak ve konuya açıklık getirmek üzere sorunun çözümüne, fenomenin tanılanımını bir kez daha vurgulayarak girmekte yarar görmekteyiz.

B. Hukuk fenomeninin var oluşu

Fenomenoloj de fenomeni, bir bakıma, klâsik anlayışla ortaklaşa bir tutum içinde almakta ve var olan (être) biçiminde kavramaktadır. Ancak, ona göre, var olan, görünen değildir ki, fenomenolojinin özelliği de buradan gelmektedir. Buna göre, bir görünen ve bir de bu görünende kendini gösteren —ortaya çıkan— vardır. Var olan, görünen ile özdeş değildir. Bu bakımdan fenomenalite, görünme (apparaître) tarzı biçiminde düşünülmemeli, fenomenizme saplanılmamalıdır. Fenomenolojik terminoloji ile fenomen, görünüşü (apparence) den çok, görünme (apparition)dir.

Böyle bir anlayışın, natüralizm —ampirizm— kadar, idealizmden de ayrık olacağı açıktır. Zira natüralizm, gerçekliği görünüşe tekellemele sözkonusu düaliteye ters düşmekte; bu düalitenin yolaçtığı idealizm ise, var olana hakkını vermemektedir. Bu durumda tutulacak yolsa açıkça ortada olup görünüşten ayrık bir var olanın kabullemeden geçmektedir ki, işte fenomenolojik anlamda fenomenin karşınladığı anlam budur. İşte fenomenoloji, sözkonusu düalitenin zorunlukla gündeme getirdiği kapital sorun karşısında böyle, her iki ayağın da hakkını veren bir yol tutmuş; sorunun çözümünü, Kant'tan esinlendiği açıkça belli bir tutumla, fenomen nosyonunun yenilenmesinde bulmuştur.

41) İbidem, p. 33.

42) İbid., p. 34.

Bu açıklamalarımızı hukuka uyguladığımızda sorun, hukuk olaylarında kendini gösteren —ortaya çıkan— görünmenin, yani hukuk fenomeninin saptanımı olmaktadır. Bu konuda ilk benimsenmesi gerekeni, hukukun, doğa fenomenlerinden ayrılıkla, “anlam taşıyan —ve fakat gene de— bir realite” olduğudur. Bu bakımdandır ki hukuk, “gereken” değil, “olan”dır ve bu nedenle de hukuk bilimi, hukuk idesi ile uğraşan hukuk doktrininden ayırık bulunmaktadır⁴³.

Demek oluyor ki hukuk fenomeni, önce bir anlam olarak belirlidir. Ancak bu, hukukun içeriği bakımından bir belirliktir: Hukuk, doğa fenomenlerinden ayrılıkla, anlama göre belirli bir realitedir. Fakat hukuk fenomenin belirliği, sadece içerik bakımından sözkonusu olmamakta; hukuk fenomeni, strüktürü bakımından da belirli bulunmaktadır. Öylesine ki, bu —ikinci— belirlik, birincisine önelme durumundadır. Çünkü hukukun içeriği, strüktürünü belirlememekte; kendisinden bağımsızlıkla belirli bir strüktür içinde varlık göstermektedir. Bir diğer deyişle hukuk, belirli anlamların, —bunlardan bağımsızlıkla— belirli strüktürler içinde varlık gösterdikleri bir fenomendir. Fenomenolojik terminoloji ileyse, hukukun sansı esansını —ve kuşkusuz ki esansı da sansını— belirlememekte ve fakat sansı esansının içinde varlık göstermekte ve bu da, esansının sansına öneliminden sözedilebilmesine olanak vermektedir⁴⁴. Zaten hukuk karşımıza bir strüktür olarak çıkmakta olduğu için de işe, hukukun esansı ile başlamamız yerinde olacaktır. Başlamadan şunu da eklememiz yerinde olacaktır ki fenomenoloji —genel tutumuna simetrik düşen bir biçimde— ağırlık merkezini hukukun esansı üzerinde toplamış, sansı üzerinde pek durmamıştır. Bu bakımdan da Kelsen, fenomenolojinin hukuka değgin açıklamalarında büyük bir yer tutmaktadır. Bu durumda bize düşeni, önce hukukun esansına değgin tanıtıcı açıklamalarda bulunmak ve sonra da bunun kelzenyen ve dolayısıyla da kantiyen görüşlere oranlılığını açısından sorunu konumlayıp çözüme bağlamaktır.

43) İb., p. 37. Hukuk doktrininin dogmatik hukuka ilişkinliği karşısında bunu, hukuk filozofisi biçiminde anlamak gerektir.

44) Esans - sans düalitesi için bk. Fabre (S.), loc. cit., pp. 109-110.

II. HUKUKUN ESANSI

Önce esansı tanılamamız ve fakat konumuza uygunlukla bunu, hukuka ilişkinlikle yapmamız yerinde olacaktır.

A. Hukuk fenomenindeki yeri

Fenomenolojik terminolojide esans, eydosu karşılamakta ve böylece de hukukun esansı, hukukun eydetik görünümü olmaktadır⁴⁵. Bu bakımdan ilk vurgulanması gerekeni, hukuk fenomeninin eterojen aspektler ile, “indirgenmez erdemler”i birleştiren bir iki yanlı (bifide) fenomen oluşudur. İşte hukukun esansı, bu eterojeneytenin hem var ve hem de yok olduğu bir varlığı karşılamaktadır. Şöyle deyebiliriz: Esans, “realitenin açıkça görünümü olan şeydir”. Realiteyi esansa bağlayan bağın saptanımı ise, hukuk âlemi ile dokunumla olanaklıdır⁴⁶. Konuya biraz daha eğilinmesi gereği açıkça ortadadır.

Açıklamalarımız doğrultusunda olaraktan, esansın sâdece bir form olduğu sanılmamalıdır. İşi kurucusundan alalım! Husserl’in deyişiyle” esans (eidos), yeni tipte bir obje (gegenstad)dir”⁴⁷. Açıkçası, reel —realitede var olan— bir şeydir. Bu, fenomenolojinin genel tutumuna da uygun düşmekte; fenomenoloji, statik ve strüktürel olandan çok, dinamik ve fonksiyonel olanın üzerinde durmaktadır⁴⁸. Bu bakımdandır ki fenomenoloji hukuksalı, sosyal yaşamının —soyut, statik— bir organizasyon tipi değil de, —somut, dinamik— toplumun bir spesifik fonksiyonman tarzı olarak kavramayı amaçlamaktadır. Buysa, platonizan tutumdan ayrıklıkla, hukukun, tüm bitmiş, sonsuz (ebedî) esansını gözleme peşinde koşmamak demektir⁴⁹.

Aranılan, hukukun iç (intime) yaşamı olup buna varmak için de, kendisel şeye götüren yolları aşmak, yani hukukun tarihine ve oluşumuna başvurmak gerekmektedir. “Zira hukuksalın esansı, onun entansiyonel tarihi içinde yoğunlaşmaktadır”. Bu bakımdandır ki huku-

45) İbidem, pp. 133 et s.

46) İbid., p. 135.

47) Husserl (E.), *Idées directrices pour une phénoménologie*, Trad. P. Ricoeur, N.R.F., 1950, p. 21.

48) Fabre (S.), loc. cit., p. 152.

49) İbidem, p. 153.

ku substratına ya da ereğine indirgemek —tekelleme—, ölümüne götüren bir sakatlığa itelemektir. İşte hukuk biliminin sübjektivizmden olduğu kadar, objektivizmden de tiksimesinin nedeni budur; hukukun, yasamanın niyetine olduğu gibi, strüktür ve içeriğine de indirgenmez —tekellenmez— liğidir⁵⁰. Bunun bir diğer yönden anlamıysa, hukuk fenomeninin, yürürlü hukuka bir kritik espri ile yaklaşma yolundan saptanabileceğidir. Fakat bu durumda dikkatten kaçmaması gerekeni, esansın gündemden çıkmadığıdır. Hukuksal realite de gündemde kalmaktadır, o kadar! Konuyu ayırık bir söylemde elealmamız yararlı olacaktır.

B. Hukuksal esansın evolütivitesi

Hukuksal esansın gerçek portesiyle saptanımı için, önce, hukukun insana göreliğini vurgulamamız gerektir. “Ben”lerin plüralitesi içinde “jüridik ben” ihmallenmemelidir⁵¹. Hukukun sübjektivitesini biçimleyen de budur. Fakat hukuk, “jüridik ben”in doğrudanlıkla değil, ilişkileri dolayısıyla ürünüdür. Hukuk, bir fonksiyona ve dolayısıyla da fonksiyonel varlığa sâhiptir’. Öyleyse, fonksiyonu bulunduğu ilişkiler ve kendisellelikle fonksiyon olmak üzere iki bakımdan incelenme durumundadır.

Gerçi hukuk, öncelikle değersel ilişkilerin bir fonksiyonudur. Ama iş burada bitmemekte; işin içine realite de girmektedir. Buna göre “her hukuk kavramı, fonksiyonu bulunduğu bir takım değerlere başvurmayı içermektedir”⁵². Oysa değerler, çağın koşullarına göre reelleşmektedirler. Bu durumda ortaya iki sorun çıkmaktadır. Birincisi değerlerin, hiç değilse hukuk yönünden, realiteye —bağımlılığı değilse de, bağıllığı— ilişkinliğidir. İkincisiyse bunun, hukukun metamorfozunu nedenlemesidir. Örneğin mülkiyet hakkının, endividüalist anlayıştan sosyal anlayışa metamorfozu⁵³! Gene bunun gibi, rüşt yaşı, daha konservatör ya da progresist akımların iktidarda oluşlarına göre alçalıp yükselmektedir.

Hernekadar hukuk sözkonusu bu rölativizmi, olanak ölçüsünde yoketmeye çalışırsa da, bu konuda fiks bir kural meydana getirme

50) İbid., p. 154.

51) İb., p. 110.

52) İb., p. 125.

53) İb., pp. 123 et s.

olanağı yoktur. Zira hukuk, değer değil ve fakat —değerin fonksiyonu olan— olgudur. Bir diğer deyişle, kendisellelikle değerden ayrık olarak, “hukuksalın bir istorisitesi vardır”. Ancak, bu olgunun, —hukuksal— değerın bir fonksiyonu olduğu ve bu bakımdan da insansal yaşamın —sosyal realite—ı değer doğrultusunda devindirme durumunda bulunduğu; fenomenolojik terminolojiyle, hukuk fenomeninin, esans ve sansı yönünde bir ileri gidişi temsillediği gözden kaçırılmamalıdır. Geleneğin devinsizliği ya da geçmişe hayranlık içinde dondurulmuş bir hukuk, gerçek —fenomen— bir hukuk değildir⁵⁴.

İşte bütün bu değişimler, hukukun “evenmansiyel biçim altındaki kronolojik emerjansı”nı açıklamayı olanaklı kılmaktadırlar. Ancak, yeniden vurgulayalım ki bundan, “hukukun bir yansınım fenomeni ya da bir epifenomen olduğu çıkarılamamalıdır”⁵⁵. Bütün bu kronolojik değişimler, diğer bilimlerde de olduğu gibi; alanında gerçekliklerin yavaş yavaş bulgulanımını karşılamaktadırlar⁵⁶. Hukuk yönünden bu, “kendisini transsande eden bir değerler ufkuna doğru bir çağırmadır”. Fakat hukuk, bunu gerçekleştirmek için bir materye gereksinme gösterir; yani, ancak reel koşulların elverdiği ölçüde bu çağrıya yollanabilir, bu fonksiyonunu gerçekleştirebilir.

Bu bakımdan “değerlere çağırma, tıpkı insan varlığının son derece değişik ve devingen oluşu gibi, ne kadar rölâtif ve değişken ise, hukuk da daima hem kendisi ve hem de kendisinden başka bir şeydir”. Bunun anlamıysa, hukukun aynı zamanda bir olgu ve bir değer; ya da bir değere yönelik olgu olduğu; bir diğer deyişle, bir kaba olgu olmadığıdır. Bu durumda karşımıza çıkan iki sorun, hukuksal realitenin fenomenal görünümü ve hukuk fenomeninin saptanım prosedesidir. Şimdi bunları ayrı ayrı ele alalım!

C. Hukuk realitesinin fenomenal görünümü

Önce, şu “jüridik realitenin fenomenal görünümü”nün ne anlama geldiğini saptayalım! “Hukuksal realitenin deskripsiyonu bize şunu göstermektedir ki, hukukun içeriği, bilimsel alandaki kaba olguyu karşılayan, yaşanmış deneydir”. Bu nedenle de hukuksal

54) İb., p. 126.

55) İb., p. 127.

56) İb., p. 129.

realizm anlayışı ihtiyatla karşılanmak gerekir. G. Bachelard'ın bilimsel kavramlar üzerine yazdıkları, hukuk kavramları yönünden bir gerçekliğin deyimidirler: "Düşüncemiz, reele gider; ondan devinmez"⁵⁷. Yani biz —hukuksal— kavramları, doğrudanlıkla kavrar —saptar—; sonra realite —ye göre— de verifiye ederiz. Bunun —daha açık deyişle— anlamıysa, hukukun olgulardan doğmadığıdır. Ne varki, hukuk olgulardan doğmazsa da, bunlara göre —bunlarla birleşerekten— sonuç doğurur ki, hukuk alanında bilimsel bir yaklaşıma olanak veren de budur⁵⁸. Kuşkusuz ki bu, bilimin değeri de —hiç değilse olayları değerlere göre— inceleyebileceğini içeren noolojik bilimin bir yana bırakılarak klâsik anlayıştaki bilim yanlılarını kanırtmak üzere öngörülen bir tutumun deyimi olmaktadır. Biz, noolojik bilimin varlığına böylece bir çekince olarak değindikten sonra, gene açıklamalarımızı, fenomenolojinin sözkonusu tutumu doğrultusunda sürdürme durumundayız.

Şunu söyleyebiliriz ki hukuk; olgu, biçim ve değer trinitesine dayalı bütünleşimden oluşmaktadır. Bir kere "hukuk, asla reelin saptanımı ile sınırlanamaz olup onu, kendi tarzında biçimlendirerek örgütler; ona kendi ağırlığını koyar. Bu nedenle de normatiftir". Bu, hukukun biçimi ve değere dönüklüğü —değere dönük biçimi—dür. Fakat unutulmaması gerekeni, bütün bunların realiteye bağlılıkla hukuku oluşturduklarıdır. "Hukukun biçimini, onu dolduran şeyden soyutlamak, tümüyle olanaksızdır". "Hukuk, ne bir yaşamım sentaksı ya da insansal varlığın evrensel grameri ve ne de somutlaşmamış değerlerin bir ideal düzenidir". Evet, hukuk, "bir bilgi düzeni değil ve fakat bir değerlendirme düzenidir"; "hukuksal makine", bir mekanik değildir. Nevarki bütün bunlar, somuta gereksinimi dışarmaktadırlar⁵⁹.

Buysa, gene, zorunlukla hukukun esansına götürür. Şöyle ki: Pozitif hukukun bir olgu biçimlediği kuşkusuzsa da, bu konuda önemli olan, onun bir realite ya da olanak olup olmadığı değil ve fakat nasıl olanaklı olduğudur⁵⁹. İmdi "olanak, esans demektir... Esans ise, reeli olanaklı kılan, realiteye temel biçimleyendir"⁶⁰; tek bir deyimle.

57) Bachelard (G.), *La valeur inductive de la relativité*, 1929, p. 241.

58) Fabre (S.), *loc. cit.*, p. 130.

59) *Ibidem*, p. 149.

60) Philonenko (A.), *L'Oeuvre de Kant*, Vrin, 1969, T. I., p. 109.

strüktürdür. Bu —esans ya da strüktür— ise, ontolojik —metafizik— ve transsandantal —gnozeolojik— olmak üzere iki bakımdan ele alınabilir: “Esans üstüne araştırma iki yönlü olup... esansın ya da strüktürün saptanımı öngörüldüğü ölçüde metafizik, strüktürün anlamına yöneldiği zaman ise transsandantaldır”⁶¹. Şimdi sorun, hukukun bu metafizik ve transsandantal bütününün nasıl bir metodikle kavranabileceğidir. Açıkça görüleni, bunun kritisit —kantiyen— bir metodik olduğudur. Ne var ki biz soruna fenomenolojik açıdan yaklaşma durumunda olduğumuzdan önce işe bununla başlayıp sonunda bunun kantiyen temelini —bir kez daha— vurgulayacağız.

D. Hukuk fenomeninin saptanım prosedesi

Açıklamalarımız göstermektedir ki hukuk, “hem deneye ve hem de değerler ufkuna yöneliktir”; deneyle —deneyde— var olan şeydir. “Bunlardan birini, soyutlukla, pür durumda kavramak olanaksızdır”⁶². Bu —sözkonusu düalite— ise, olguyu içermekte ve fakat olguculuğu dışarmaktadır. Bu bakımdandır ki pozitif hukukun, realist ya da idealist şemalar ışığında incelenimi başarısızlığa yargındır⁶³. Duguit’in temsillediği Bordeaux ve Hauriou’nun temsillediği Toulouse arasındaki realist ve idealist hukuk anlayışları çatışmaları, bunun en açık kanıtını biçimlemektedir⁶⁴.

Evet hukuk, reel —e ilişkin— bir fenomendir. Fakat insansal reel, ideali dışarmaz. Öylesine ki, “ideal, reelin kendisinden daha reeldir”. Bu nedenle de “hukuk konusunda strikt realizm olanaksızdır”. Nitekim bu karakterde öngörülen hukuksal teoriler bile, ayırımında olmaksızın, bunu kanıtlayan bir yol izlemektedirler. Örneğin realist hukuk teorilerinin dayandıkları solidaritenin, olgu olduğu çok kuşkuncu olup olgudan çok bir erdemi temsillediği kabullenilmek gerekir⁶⁵.

Kısacası hukuk, ne pür olgucu ve ne de pür idealist metodolojilere dayalıkla kavranamaz. Zira bunlardan birincisi, pür dıstanlık;

61) Fabre (S.), loc. cit., p. 150.

62) İbidem, p. 131.

63) İbid., p. 137.

64) İb., pp. 138 et s.

65) İb., p. 140.

ikincisiyse, pür içtenlik içinde yitmektedir. Hukuksal gerçek —fenomen—in kavranması, bunlarla birlikte tüm anitonomilerin giderildiği bir şemaya göre olanaklıdır⁶⁶. Gerçeğe giden yol, “filozofik ve metodolojik antinomilerin ötesinde” bir analizden geçmektedir⁶⁷. Bu durumda bize düşeniyse, hukuk fenomeninin saptanımını olanaklı kılan böyle bir analizin esas —kural—larını saptamak olmak gerektir.

Hukuk fenomeninin saptanımını olanaklı kılacak analiz konusunda birinci esas —kural— şudur: “Analitik demarşımız, hukuksal kompozeyi, her çeşit metafizik rehinden bağımsızlıkla dekompoze eden, gerçekten bir röşerş prosedesi olmalıdır”⁶⁸. İkinci kural da şudur: “Analiz, bulguladığı elemanların birbirleriyle birleşme ve entegrasyonlarına elverişli olmalıdır”⁶⁹. Bütün bu durumların ortaya koyduğu ve hukuksal analizlerde hiçbir biçimde gözden kaçırılmaması gerekeniyse, hukuksal alanda veri ile yetinmenin olanaksızlığıdır.

Bu açıklamalarımız bakımından hukuksal lojiğin analitik oluşu, şu anlamdadır: Spasyo-tamporel karakterli pozitif hukukun biçimlediği veriden devinerek onu koşullandıran prensip ve mantıksal isterlere değin yükselen bir kritik analiz! Bu kritik analiz, Kant’ın transdantal lojiği ile özdeş anlamdadır⁷⁰. Buna göre “hukuku, kritiğin mahkemesine bağlamak zorunludur”⁷¹. Yani, dönüp dolaşıp iş, insan —iç âlem— a dayanmaktadır. İnsana ilişkin konularda insana dayanırlığın doğallığı karşısında fenomenolojinin hukuk alanındaki değeri apaçık ortadadır.

66) İb., p. 144.

67) İb., p. 143.

68) İb., p. 145.

69) İb., p. 146.

70) İb., p. 148.

71) İb., p. 149.