

TANÖR, Bülent -YÜZBAŞIOĞLU, Necmi 2002. Türk Anayasa Hukuku, YKY, İstanbul.

TÜRKİYE BİLİMLER AKADEMİSİ, "Türkiye Bilimler Akademisi Düşünce Hürriyeti Hakkında Rapor", İnsan Hakları Merkez Dergisi, C.III, sy.1, Ocak 1995.

WHEARE, Kenneth C. 1985. Modern Anayasalar, Çev.Mehmet Turhan, İkinci Baskı, Değişim Yay., Ankara.

YÜZBAŞIOĞLU, Necmi 1993. Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku, İÜHF yay., İstanbul.

Hukuki Pozitivizmde Norm Üretme Sürecinde Ortaya Çıkan Epistemolojik Problemler^(*)

Jale KARAKAŞ^(**)

ÖZET

Hukuki pozitivizm, hem teorik hem de pratik düzeyde hala çok etkili bir hukuk felsefesi akımıdır. Hukuki pozitivizm, özellikle "normativizm", hukuk normunun biçimsel yapısı konusundaki araştırmaları ve vardığı sonuçlarla, hukuk bilgi alanına önemli katkılarda da bulunmuştur. Ancak hukuki pozitivizmin, teorik ve pratik düzeylerde aşamadığı bazı temel problemler hala varlığını korumaktadır. Bu problemler esas olarak hukuki pozitivizmin önemli ölçüde etkilendiği felsefi pozitivizmden kaynaklanmaktadır. Felsefi pozitivizmin bilgi-bilim anlayışını kabul eden hukuki pozitivizm, bilimsel bilgi dışında bir bilgi türü kabul etmez. Felsefi pozitivizmde olduğu gibi hukuki pozitivizmde de, sadece ampirik olarak gözlemlenebilen olgular üzerine bir bilim kurulabilir, olgular dışında kalan herşey "bilinemezlik" ilkesine tabidir. Bu nedenle de hukuki pozitivizme göre, olgu ve değer arasında herhangi bir bağlantı sözkonusu edilemez. Olgular ve değer arasında yapılan bu ayırım, toplumsal ve siyasal olan ayırımını da beraberinde getirir. Oysa toplumsal olan siyasal, siyasal olan toplumsaldır. Hukukun ya da hukuk

normunun üretilmesi biçimleri, olgu ile değer, yasal olan ile toplumsal olanın en önemli temas noktalarından biridir. Bu temas noktasını "devlet" temsil eder. Hukuki pozitivizm ise, "devlet"i siyasal olanın içinde kabul etmektedir. Böylece devlet ve onunla birlikte hukukun oluşturulması da "hukuk bilimi"nin konusu dışında kalır. Hukuki pozitivizmin epistemolojik kabulleri sonucu ortaya çıkan problemler şöyle özetlenebilir: hukuki pozitivizmin bilgi-bilim anlayışı, olgu ile değer (toplumsal ile siyasal) arasına aşılma bir ayrılık koymakta, bu da normlara ve norm üretme sürecine dair bir bilgi olanağını ortadan kaldırmakta ve hukukun amaçlılığını, yani "adalet"i, tamamen siyasal tercihlerin konusu olarak kabul etmeyi getirmektedir.

HUKUKİ POZİTİVİZMDE NORM ÜRETME SÜRECİNDE ORTAYA ÇIKAN EPISTEMOLOJİK PROBLEMLER

Hukuki pozitivizmin tarihsel olarak kökleri ondokuzuncu yüzyıla dek geri götürülebilir, ki "iradeci pozitivizm" olarak adlandırılan ilk dönem hukuki pozitivizminin önemli kaynaklarından biri G.W.F. Hegel'dir. Hukuki poziti-

(*) Türkiye Felsefe Kurumu'nca 10-17 Ağustos 2003 tarihinde İstanbul'da düzenlenen "Yirmibirinci Dünya Felsefe Kongresi - Dünya Problemleri Karşısında Felsefe" etkinliğinde sunulan bildirdir.

(**) Hacettepe Üniversitesi İnsan Hakları Merkezi

vizm özellikle yirminci yüzyılın başından itibaren etkili olmaya başlamış, 1960'lı yıllarda "genel hukuk teorisi" adı altında canlanarak, hem teorik hem de pratik düzeyde neredeyse rakipsiz bir konuma erişmiştir.

Felsefi pozitivizmden önemli ölçüde etkilenen hukuki pozitivizmin amacı, bir "hukuk bilimi" oluşturmaktır. Bu durumda, doğa bilimleri modeline uygunluk en önemli ölçüt olmaktadır. Oysa hukuk hiçbir zaman, sosyal bilimlerin asli bir parçası olarak kabul edilmemiştir.

"Hiçbir zaman tam anlamıyla bir sosyal bilim olamayan üçüncü alan da hukuktur. Bunun ilk nedeni sosyal bilimlerin oluşumundan önce üniversitede hukuk fakültesinin varolması ve ders programının fakültenin birinci işlevi olan hukukçuları yetiştirme amacına yönelmesiydi. Nomotetik sosyal bilimciler içti-hadı belirli bir kuşkuyla karşıyorlardı. Onlara çok fazla normatif ve ampirik araştırmaya çok uzak görünmekteydi. Yasaları bilimsel yasalar değildi. İçinde yer aldığı bağlam fazlasıyla idiografikti. Siyaset bilimi, bu tür yasaların analizinden ve tarihinden koparak siyasal davranışa yön veren soyut kuralları çözümlenmeye yönelmişti ve savı, akla dayalı yasal sistemlerin ancak bu yolla oluşturulabileceğiydi."⁽¹⁾

Hukuki pozitivizm, hukukun tüm bu eksikliklerini gidermek ve en önemlisi de onun bir bilim olmasını sağlamak amacıyla ortaya çıkmıştır. Hukuki pozitivizmin ikinci dönemi olan "normativizm" in tipik temsilcisi olan kuram, hukukun genel teorisidir. Hukukun genel teorisine göre hukuk ve hukuk normu, içeriğinden sıyrılarak sadece bir biçim (form) olarak incelenmelidir. Çünkü hukuk normunun içeriği her zaman bir

"değer yargısı" ifade eder, bir değer yargısı ise, hiçbir bilimin konusu olamaz. Hukuki pozitivizmin içerik ve biçim açısından yaptığı bu ayrım kaçınılmaz bir şekilde, bir bilim olarak tasarlanan "hukuk teorisi" ile "hukuk felsefesi" ni ayırmayı da beraberinde getirmiştir. Hukuk felsefesi adalet vb. değerlerle ilgilenir, bu nedenle de bir bilim değil, felsefedir. Oysa hukuk normunun kendisi "olgu"dur, dolayısıyla bu olgunun üzerine bir bilim inşa edilebilir.

Hukuki pozitivizmin dayandığı temel varsayım, "pozitivist bilim anlayışı"dır. Bu bilim anlayışı, hukuki pozitivizmin temel epistemolojik kabullerini de belirlemektedir. Pozitivizm her şeyden önce, bilim olan ve bilim olmayan arasına aşılmaz bir çizgi çizer. Bilimin alanı olgular dünyasıdır, sadece olgular ampirik olarak bilinebilir. Olgular dışındaki alan için "bilinemezlik" ilkesi geçerlidir. Hukuk alanında ampirik olarak bilinebilecek olgu ise, "norm"dur. Genel olarak hukuki pozitivizm, normun nasıl oluşturulduğuyla değil, sadece normun kendisi ile ilgilenir. Hukuki pozitivizme göre, yasa (norm) oluşturma süreci hukuk biliminin alanı içinde yer almaz. Yasa oluşturma sürecini belirleyen, yasa koyucunun politik ve etik tercihleridir. Bu tercihler ise, hiçbir zaman bilimin alanında yer almazlar, hatta "bilgi" konusu bile olamazlar.

"Kelsen'in eleştiricilerinden biri, onun hukuk biliminin görevlerine ilişkin bu tavrını, hukukçu ile yasakoyucu arasındaki alaylı bir söyleşi aracılığıyla yansıtmaktadır: 'Ne tür bir yasa çıkarmanız gerektiğini bilmiyoruz, bu bizi ilgilendirmiyor da. Bize yabancı olan yasakoyma sanatına ait bir konu bu. Kendinize iyi görünen yasaları çıkarınız;

bunları çıkardığımızda, biz, size hangi tür bir yasanın söz konusu olduğunu Latince olarak açıklarız."⁽²⁾

Doğa bilimleri alanında son derece işlevsel olarak kullanılabilen pozitivist yöntem, sosyal bilimler alanına olduğu gibi aktarılmaya çalışılınca, hukuki pozitivizmde karşılaşıldığı gibi, bazı ciddi sorunları beraberinde getirmektedir. "Bilim nedir, bilgi nedir?", "Sosyal bilimlerde olgu ve değer nerede ve nasıl çakışır, nerede ve nasıl ayırılabilir?", "Normların bilimsel özellikleri ile norm üretme sürecinin bağlantısı nasıl kurulabilir?" gibi. Bu sorular çerçevesinde bakıldığında hukuki pozitivizm, bir "hukuk bilimi" oluşturma çabasında, bilimsel bilginin dışında bir bilgi türü kabul etmemektedir. Normları inceleme yöntemini formel yöntemle sınırlamasının nedeni de bu bilgi anlayışıdır.

Hukuki pozitivizm norm üretme işini (yasama faaliyetini) tamamen siyasal iktidara havale etmekte ve, ne siyasal iktidarı ne de siyasal iktidarın bu işi nasıl yaptığını sorgulamaktadır. Normativizm olarak da adlandırılan hukukun genel teorisi araştırmalarını norm kavramında odaklaştırmış gibi görünmekle birlikte, aslında sadece hukuk normunun ayırdecici özellikleri ile ilgilenir. Hukuk normunun ayırdecici özelliği de "organize edilmiş yaptırım" olarak belirlenir.

Hukuki pozitivizmin hukuk normunun ayırdecici özelliği olarak belirlediği "organize edilmiş yaptırım" tanımıyla birlikte, olgu-değer sorunu alanına adım atılmış olur. Hukuki pozitivizm, özellikle de hukukun genel teorisi, olgu-değer ayrımını keskin bir şekilde yapar ve olgusal alan dışında "bilinemezlik" ilkesi-

nin geçerli olduğunu ileri sürer. Ancak hukukun ya da hukuk normunun üretilmesi biçimleri, olgu ile değer, yasal olan ile toplumsal olanın en önemli temas noktalarından biridir.

"Sürekli gerçeklikle hesaplaşmak durumunda olan yorum ve yargılama pratikleri, sistemde farklı düzeylere yerleştirildikleri ölçüde, kendi başlarına hukuki bir anlam ifade eden çeşitli öncüller karşısında daha kapalı ya da daha korunaklı bir varoluş sergiler. Hukuki üretim, hukuka yabancı ama ne yazık ki hukukun terazisine vurulması gereken bir dünyaya açılır. ... hukuk bilimi, hukuki üretimin bu nazik durumundan çok çekmiş ve sık sık orada ortaya çıkan sorunları meselenin dışına itmeye çalışmıştır ama boşuna. Tek bir biçimcilik bile yoktur ki fiziksel olarak tarihsel-toplumsal düzen bağlamının damgasını yemiş temel bir norm -en azından- önvarysaymayacak kadar saf olsun."⁽³⁾

Sosyal bilimlerde olgu-değer çakışmasının en önemli temas noktası olan "devlet" konusunda ısrarlı bir kaçınma tavrı gösteren hukuki pozitivizm, modern "düzen" kavramı da olan devletin, asli organizasyon (yani toplumsal yaşam) içinde yer alan ve hiyerarşiye dayanan tüm ilişki biçimlerinin, kuralsal (normatif) ve kararsal işleyiş (yönetim) modeli olduğunu görmezden gelmeye çalışmaktadır. Birden çok boyuta sahip olan bu işleyiş modeli, hukuki pozitivizm tarafından sadece hukuk boyutuyla, yani biçimsel (formel) yöntemle ele alınarak, bir anlamda içeriksizleştirilir ve içeriksiz biçimler olarak devlet ve hukukun özdeşliği sonucuna varılır.

(2) Evgeny B. Pasukanis, *Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm*, Çev.: Onur Karahanoğulları, Birikim Yay., İstanbul 2002, s.46.

(3) Michael Hardt-Antonio Negri, *Dionysos'un Emeği-Devlet Biçiminin Bir Eleştirisi*, Çev.: Ertuğrul Başer, İletişim Yay., İstanbul 2003, s.127-128.

(1) Gulbenkian Komisyonu, *Sosyal Bilimleri Açın*, Çev.: Şirin Tekeli, Metis Yay., İstanbul 1996, s.33.

“Kelsen genel Devlet teorisinin tüm sorunlarını, hukuki düzen(lemen)in geçerlilik ve oluşumuyla ilgili, yani hukuki sorunlar olarak görür. Devlet teorisinin bu şekilde silme-hukukileştirilmesi, bu teorisinin bilimsel geleneğinin, sorunlarının ve tematik düzeninin içinin boşaltılmasını getirir.”⁽⁴⁾

Bu bağlamda hukuki pozitivizmin “temel norm” kavramı ve doğal hukuk teorisinin “toplum sözleşmesi” kavramı aynı işleve sahiptir. “Temel norm” veya “toplum sözleşmesi” ile yapılan, “üstün bir irade” yaratmaktır, yani “kendi başına bir varlık olarak devlet”i yaratmak.. Toplum sözleşmesi teorileri, demokratik toplumların, dolayısıyla insan haklarının gelişmesinde önemli rol oynamıştır. Ancak toplum sözleşmesiyle, toplumu oluşturan bireylerin bazı haklarını “üstün bir irade”ye devretmeleri anlayışı, hukuku uygulamak için gerekirse zora başvuracak bir gücün (devletin) kaynağına ilişkin bir varsayımdır. Hukuki pozitivizmin “temel norm” kavramı da aynı şekilde devletin kaynağına ilişkin bir varsayımdır. Her iki varsayımın altında da aynı kabul vardır: Devlet, organize edilmiş bir yaptırımlar sistemi olan hukuku yaratacak ve uygulayacak “üstün irade”dir. Aralarındaki fark, üstün iradenin yapısı konusunda doğal hukuk teorileri “olan” a alternatif belirli bir toplum-devlet yapısı önermişken, hukuki pozitivizm “olan” ı olduğu gibi kabul etmiş ve genellikle tartışmamıştır. Doğal hukuk teorilerinin önerdiği toplum-devlet yapısı yirminci yüzyıl başından itibaren hızla gerçekleştirilmiş, hukuki pozitivizm de bu yeni oluşumu bir yandan tamamlamaya, diğer yandan tanımlamaya çalışmıştır. Ancak artık hukuki poziti-

vizm, bu tamamlama ve tanımlama işlevinin sonuna ulaşmıştır.

“Hukuki pozitivizm dönemi, siyasi tarihyazımının benimsediği bir deyimle, ‘güvenlik çağı’ olarak adlandırılabilir –düzenin siyasal ve toplumsal önvarsayımlarına sağlam bir inanç, hukuki sistemin mevcut mükemmellik derecesinden ya da, diğer bir ifadeyle, sonsuz bir mükemmelleştirilebilirlik kapasitesi taşıdığından eminlik. Farklı bağlamlarda Hegel ve Kant bu çağın koruyucu ruhlarıdır. Öyleyse kaynaklar meselesi denilen bu mesele sistemin inşasından sonra değil önce ortaya çıkar ve sistemin kurulmasından çok onun nihai olarak tanımlanması ihtiyacıyla alakalıdır.”⁽⁵⁾

Hukuki pozitivizmin temel epistemolojik kabullerinden biri, toplumsal ile siyasalın ayrımıdır. Oysa toplumsal olan siyasal, siyasal olan toplumdur. Hukuk toplumsal-siyasal bütünlüğün dışında, bağımsız ele alınabilecek bir yapı ya da toplumsal-siyasal bütünlüğün kendisinin tam bir yansıması değildir. Hukuk, özellikle yasaların oluşturulması sürecinde toplumsal-siyasal olanla çok yakından bağlantılıdır. Çünkü hukuk her şeyden önce, amaçlılık özelliğine sahip bir insan etkinliğidir.

“Evensel olan, toplumun özel bir yönü olarak ve onunla ilişkili fakat geri kalan toplumsal yaşamın üstüne yükseltilmemiş yönetim biçimidir (siyasettir). Polis bunun ilk orijinal örneğidir. ... Devletin bir fikir (bir soyutlama) olarak yüceltilmesi, her ne kadar bazı koşullarda gerekli ve hoşgörülebilir bir hile olsa bile, yine de sahtekarlıktır. Daha önce ancak hayalci ve ihtirash bazı prenslerin düşündükleri şeyleri, her ne kadar bu hayal geliştirmekte olan gerçekler ve felsefeden

kaynaklandysa da, Devlet fikri onamıştır. İktidarı sınırlama olarak anayasacılık, yalnız formelleşmeyi değil, bu yorumdan özel bir anlam çıkarılması gerektiğini de belirtir. ... Hem dünyevi olan hem de yüceltilen bir şeyin ise sınırlanması gerekir; aksi takdirde kişinin toplama kamplarını boylaması kaçınılmazdır. ...sosyo-politik yeniden bütünleşmeyi sağlama -işler ve çağdaş bir polis yaratmak- belki de modern siyasal düşüncenin ve pratiğinin en acil ve önemli (ve yaygın biçimde inkar edilir) görevidir.”⁽⁶⁾

Bu görev sadece siyasal düşüncenin değil, aynı zamanda hukuk felsefesinin de görevidir. “Kendi başına bir varlık olarak devlet”, ve “üstün irade” kavramında ifade edilen “egemenlik” anlayışları, üstlerindeki sis perdesinden arındırılarak bilgisel olarak ele alınmak zorundadır. Çünkü sözü edilen devlet ve egemenlik anlayışları, toplumsal olan ile siyasal olanın ayrımına dayanmakta ve aynı zamanda bu ayrımı güçlendirmektedir. Hukukun amaçlılığı, hukuki pozitivizm açısından “toplumsal bir düzen” oluşturma olarak ifade edilebilir. Ancak bu toplumsal düzenin içeriğinin ne olacağı konusunda hukuki pozitivizm suskun kalmayı tercih etmektedir. Çünkü hukukun amaçlılığı, “nasıl olursa olsun herhangi bir düzen olsun” şeklinde ifade edilemez. Hukukun amaçlılığı, adalet kavramına başvurmaksızın ortaya konulabilecek bir amaçlılık değildir.

“Devleti herkes her nasılsa kutsal olarak gördü. Fakat asıl görülmesi gereken ise gözden kaçırıldı. Bu düşüncede olanlar kutsal ilkeleri toplumsal adalete eşit saymadılar: Toplumun koşullarına ve saflarına temel ‘değerler’in adil dağılımı-

na karar veren iktidarlar. Nasıl ki, bütün toplumlarda tüm toplumsal davranışın düzenlenmesine gereksinim duyuyorlarsa aynı biçimde toplumlar dağılımının adaleti olmasını sağlayacak ilkeye de gereksinim duyarlar. Bunlardan ilki, dünyamızda, artık açıkça ‘yeni korporasyonlar’ a aittir; diğeri, belki de ‘yeni Devlet’ i çağırmanızı gerektirmektedir.”⁽⁷⁾

Hukuki pozitivizmin epistemolojik kabullerinin bir sonucu olarak ortaya çıkan, norm üretme sürecinde karşılaşılan problemler şu şekilde sıralanabilir: 1) Hukuki pozitivizmin “bilim anlayışı”, bilimsel bilgi dışında bir bilgi türü kabul etmemektedir. Bu kabul sonucu, normlara ilişkin genel bir bilimsel araştırma yerine, sadece hukuk normunun ayırıcı özelliği araştırılmaktadır. Böyle bir araştırma hukuk normlarıyla ilgili ayrıntılı sonuçlar sağlamasına karşın, hukukun oluşturulmasına ve bu sürece ilişkin hiçbir söylememektedir. 2) Hukuki pozitivizmin bilim anlayışı aynı zamanda, olgu ve değer arasına aşılabilir bir ayrılık koymakta, olgusal olanın dışında hiçbir şeyin bilinemeyeceğini ileri sürmektedir. Böylece norm üretme süreci tamamen bilimsel alanın dışına çıkarılmaktadır. Çünkü olgu ve değer arasında yapılan ayrım, toplumsal ve siyasal olanın da ayrılması sonucuna yol açmaktadır. Siyasal olan, değer alanına ait kabul edilmekte, böylece de hukuku oluşturan yapı ve hukukun oluşturulması, hukuk “bilimi” nin dışında bırakılabilmektedir. 3) Toplumsal ve siyasal olanın ayrılması, hukukun amaçlılığının ana konusu olan “adalet” in de siyasal olanın alanına, dolayısıyla siyasal iktidarın tercihlerine terkedilmesi sonucunu doğurmaktadır.

(4) a.g.e., s.166.

(5) a.g.e., s.129.

(*) Vurgular bana ait.

(6) Harry Eckstein, “Devlet ‘Bilimi’ Üzerine”, Der. ve Çev.: Mehmet Turan, Devlet ve Hukuk Üzerine Yazılar, Gündoğan Yay., Ankara 1997, s.58.

(7) a.g.m., s.61.