

Kelsen ve Hart: Bilinebilir Hukuk

Ahmet Haluk ATALAY*

1. POZİTİVİST HUKUK BİLİMİ PROJESİ

Hans Kelsen (1881-1973) ve Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1992) için hukuku bilebilmemizin tek olanağı onu kurallar düzeninin bilgisi olarak kavramaktır. Öyleyse, öncelikle kural nedir ve nasıl çalışır; ikinci olarak bir kuralı "hukuk kuralı" yapan nedir, yani hukuk kuralının diğer kurallardan ayrımı nerededir? Her iki kuramcı da bu sorulara hukuksal pozitivizm adı verilen -bunu kendileri de onaylar- bir anlayışın içinden yanıt aramışlardır.

Hukuksal pozitivizmin epistemolojik amacı hukuka ilişkin nesnel nitelikli bilgi olanağını olumlamak ve hukuk kuramı adına layık olmak isteyen her düşünsel çabanın ancak nesnellığı yansıttığı oranda böyle olabileceğini ortaya koymaktır. Eğer hukuk herkes içinse; herkesçe bilinebilir bir nesnesinin de olması gerekir. Kimi bilinçler için değil de her bilinç için nesnel olan, her bilincin önüne konmuş olan (pozitif) olmalıdır. Öyleyse pozitivist bir hukuk kuramı için sorun ilk elde hukukta pozitif olana karar vermektir.

Eğer hukukta pozitif olan kurallar ise kurallara ilişkin bir pozitivizmden; yok eğer kuralları - onlar her ne iseler-

referans alan davranışlar pozitif ise, davranışlara ilişkin bir pozitivizmden; ikisi de değil, ama kurallara çözümlenebilen kurumlar pozitif ise, kurumlara ilişkin pozitivizmden söz edilebilir. Hukuk kuramı yazınında, birinci anlayışa normativizm, ikincisine gerçekçilik, üçüncüsüne kurumsalcılık (ve yeni-kurumsalcılık) adını vermek adet olmuştur¹.

Öyleyse pozitivizmleri kendi içinde ayırt etmede sorun, anlığa konu olan verilerin hangi düzeyinin esas alınacağı ile ilgilidir. Bu sorun aynı zamanda pozitivizmlerin, bilgi nesnelinin varlığını temellendirirken yaşadıkları gerilimin kaynağına da işaret eder. Çünkü, hukukun duyular önüne konulabilir bir nesnesi yoktur; hukuk ile ilintili duyulur nesnelere ise duyulur-ötesi unsurlar eklenmeden hukuk olarak nitelenemezler. Bu yüzden doğal hukukçu olmayan bir kuram için hukukun nesnesini tüketici tarzda göstermek; giderek böylece belirlenmiş bir nesne üzerinden kuramın nesnellliğini güvencelendirmek, daha baştan, hayli çetin bir uğraştır.

Pozitifliği normların oluşturduğu düzene bağlamak isteyen kuramcılar bunu iki düzeyde gerçekleştirmeye çalışmışlardır: 1) başkaca bir poziti-

tivitenin olanaksızlığı ve buna bağlı olarak ii) normların gene normlardan türetilmesi. Böylece hukuk, farklı düzeydeki normların birbirlerini zorunlu kıldığı bir düzenek olarak sunulmuştur.

2. KELSEN'İN NORM KURAMI

2.1. Varlıkbilimsel Ayrım

Kelsen, normların "varlığı"nı ve bu varlığın niteliğini, mantıksal ifade edilişlerinden ayırdeder.

"Bir şeyin olması ya da yapılması gerektiği anlamındaki bir ifade, bir şeyin olduğu ya da yapıldığı şeklindeki bir ifade ile arasındaki fark gözetilerek saptanabilir. Ashında bu farkın doğrudan ve kesin olarak ayırdındayızdır. "Olmaması gereken"le "olan" arasındaki mantıksal düalizm, bir şeyin olması ya da yapılması gerektiği şeklindeki bir ifadeden bir şeyin olduğu ya da yapıldığı şeklindeki bir anlamın çıkarılmasının -ve bunun tersinin- imkansızlığını da içermektedir."²

Kelsen, "olanaksızlık"tan söz ettiğine göre -eğer öyle iseler- birbirlerine indirgenemeyen mantıksal kategorileri varlığın da kategorileri olarak belirlenmiş demektir. O, bu iki varlık kategorisinin normların varlık alanını gösterir biçimde aynı duruşunu şöyle betimler:

"Olmaması gereken" bir bireyin bilinçli olarak bir başka bireyin davranışına doğrudan yönelmiş kural koyma etkinliğinden çıkan anlamdır. Kural koyma etkinliğinden çıkan anlam ile kural koyma etkinliğinin kendisinin ("olan"ın) birbirlerinden farklı olduklarının ayırdındayızdır. Örnek olsun,

eğer A, B'ye bir şey yapmasını emrediyorsa, bu etkinliği (act), A, B'nin bir şeyi yapmasını istemektedir diyerek ifade ederiz. Bu bir olan-ifadesidir. Ancak konulan kuraldan çıkan anlam, B'nin bir şey yapması gerektiğidir -ki bu, B A'nın emrettiği şeyi yapmaktadır ya da yapacaktır şeklindeki bir olan-ifadesinden farklıdır. B'nin bir şey yapması gerektiği, emir verme fiilinin öznel anlamıdır ve fiilin, emreden kişinin bakış açısından kazandığı anlamdır. Ancak bu öznel anlam zorunlu olarak, emrin nesnel anlamı -fiilin muhatabının ve konuyla ilgisiz üçüncü kişinin bakış açısından kazandığı anlam- olmak durumunda değildir. Eğer söz konusu fiil bir yetkiye dayanıyorsa, B'nin bir şey yapması gerektiği şeklindeki ifade, emrin nesnel anlamı olarak da anlaşılabilir. Böylece bu fiil, norm olarak anlam kazanmaktadır."³

İlk bakışta Kelsen'in, olgular dünyası ile bağlantıyı buyurma fiilinde bulmuş olduğu izlenimi uyanırsa da bundan, normun bir buyruk olduğu sonucu türetilemez. Hukuk normu Kelsen'e göre bir buyruk değildir. Kelsen kuramını işlerken pek çok yerde ama en çok da hukuksal muhatap (Rechtsadressat) konusundaki yaklaşımını geliştirirken bu konuyu işleme fırsatı bulmuştur. Gerçi, Kelsen'in normun semantik yapısına yönelen saptamaları saf mantıksal kaygılarla biçimlendirilmiş değildir. Onun saflık arayışı, aslında hiç de saf olmayan varlıkbilimsel öndayanaklara sahiptir. Kelsen bunu inkar da etmeden, neden saflığa engel olmayacağını göstermeye çalışır. Yaklaşımının bu farklı ilgisi bir yana Kelsen'in norm çözümlenmeleri konuya ilişkin mantıksal çözümlenmelerle koşutluk gösterir. İşte bu koşutluğun

* Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

(1) Hukuk kuramı yazınına adettelerine ilişkin bir başka anımsatma, normativizm adının yalnızca Kelsen türü kuralcılığa yakıştırılması, Hart ve Norberto Bobbio'nun (1909-2004) kuralcılıklarını analitiklikle vasıflandırma eğiliminin yaygın olması; yani ortak ögenin her zaman vasıflandırmayı belirlemiyor oluşudur. Benzer bir eğilim, İskandinav gerçekçiliğini hukuki empirizm olarak adlandırmada da geçerlidir.

(2) Kelsen'den aktaran Kasım Akbaş, "Hans Kelsen: Hukukun Saf Kuramı", (Çağdaş Hukuk Felsefesine Giriş, İstanbul: Teknik Yay., 2004, ed., Ahmet Haluk Atalay içinde) s.26.

(3) Akbaş, loc.cit., s.26.

en belirgin kavranma noktası hukuk normunun Kelsence bir "buyruk-olmayan" olarak belirlenmesidir.

Kelsen hukuksal muhatap kavramını hukuksal saflıktan atmak gerektiğini hukuksal ifadenin bir buyruk olmayışıyla gerekçelendirir. Ona göre hukuk biliminin konusu olan hukuksal ifade (Rechtsätze) aslında bir buyruğu değil, hiç kimseye yönelmemiş ve dolayısıyla hiçbir muhataba ihtiyacı olmayan koşullu (hipotetik) bir yargıyı göstermektedir⁴. Herhangi bir ceza kanununda rastlayabileceğimiz ve adam öldürmeyi ya da başka bir eylemi suç olarak tanımlayıp yaptırımlandıran norm

aslında koşullu yargı formuna çözümlenebilir: "eğer bir kimse bir suç işlerse, ceza görmesi gerekir"... Yani, normatif ilişki aslında koşullu yargılarda olduğu gibi "Bir a olayı gerçekleşirse b sonucu zorunlu olarak gerçekleşir" formuna temel bir farkla örneksenebilir, ki bu örneksenmiş biçim, hukuk normunun gencl formülüdür. Fark, koşullu yargı bildiren "-dir"li ifadenin "-melidir"liye dönüşmüş olmasıdır. Kelsen'in bu sonuca varmasındaki temel neden onun norma ilişkin bilgisini betimsel ifadeyle, dahası betimsel ifadenin koşullu (hipotetik) yargı bildiren biçimiyle karşılaştırarak elde etmiş olmasındandır:

İFADE KATEGORİSİ	Betimsel İfade	Normatif İfade
İFADE TİPİ	Bir a olayı gerçekleşirse b sonucu zorunlu olarak gerçekleşir.	Bir a olayı meydana gelirse b sonucu da gerçekleşmelidir.
BAĞINTI TÜRÜ	nedensellik	yükleme (imputation)
BİLGİ ALANI	Deneyisel Bilimler	"Saf" Hukuk Bilimi

Kelsen'in kendi anlatımında ifade kategorilerinin ayrımı şöylece örneklendirilir:

"Saf Hukuk Kuramına göre hukuk, bir norm ya da normlar dizisi, normatif bir düzendir. Jurisprudence'in konusu normatif düzen olduğuna ve normun anlamı da yapılması gereken şey -yani insanların belli bir şekilde davranmaları gerektiği- olduğuna göre, jurisprudence kendi konusunu doğa bilimleri gibi olan ifadeleri ile değil; olması gereken ifadeleri ile tanımlar. Belli bir meseleyle ilgili olarak neyin hukuk olduğu sorusunun yanıtı; söz gelimi hırsızlık ya da

adam öldürme ile ilgili olarak, "eğer bir kişi hırsızlık ya da adam öldürme suçunu işlerse cezalandırılır" şeklinde değil, "hukuk var olduğuna göre -ki bu, hukukun geçerli olduğu anlamına gelmektedir- kişinin cezalandırılması gerekir" şeklinde verilir. Olayda, hırsız ya da katil söz gelimi kaçtığı için cezalandırılmasa dahi bu böyledir. Eğer Kaliforniya Ceza Hukuku'na ilişkin bir ders kitabında, hırsızlık ya da adam öldürme suçunu işleyen kişinin cezalandırılacağı yönünde ifadeler yer almaktaysa, bu yanlıştır. Zira, Kaliforniya'da ne yazık ki, katillerin cezalandırılmadığı istisnai

durumlar vardır. Ancak hukuk, adam öldürmenin her durumunda cezalandırılması gerektiği şeklindedir."⁵

2.2. Hukuk Bilimi: Olması Gereken İlişkin Olan Bilgisi

Bilindiği gibi Kelsen'in kuramının kuralcılık olarak adlandırılmasının nedeni, onun hukuku bir kurallar düzeni olarak kabul etmiş olmasıdır. Ancak tek kural düzeni hukuk olmadığına; ahlâk, gelenek, oyun gibi başkaca kural düzenleri de bulunduğu göre ayrımı belirleyen nedir? Diğerleri bir yana, hukuku ahlaktan ayırdetmek Kelsen için temel önemdedir; çünkü böylelikle bir yandan değerden bağımsızlık, yani "ayrım tezi"; diğer yandan Hukuk Biliminin bağımsızlığı da temellendirilmiş olacaktır.

"Hukuku bir olgu olarak kabul eden öğreti, anlamı norm olan fiil ile normu ve hukuksal normun etkililiği ile geçerliliğini özdeşleştirme yanlışlığına dayanmaktadır. Bu hatalı özdeşleştirmeden sıyrılan Saf Hukuk Kuramı, normları olması gereken-ifadeleri ile tanımlayarak jurisprudence'ı, olguları olan ifadeleri ile tanımlayan doğa bilimlerinden ayırır. Bu onun "saf" bir hukuk kuramı olarak adlandırılmasının ilk nedenidir. İkinci neden, jurisprudence'ı etikten ayırmış olmasıdır. Etik'in bilimi (science of ethic), normları, jurisprudence'ın yaptığı gibi tanımlar. Ama etikin tanımladığı normlar hukuksal normlar değil, ahlâkî normlardır. Hukuksal ve ahlâkî normlar arasındaki fark şudur: Hukuksal normlar belli bir davranışta bulunulmasını, kendisine aykırı davranıldığında müeyyide gibi zorlayıcı bir unsurla ilişkilendirerek, buyurmaktadırlar. Müeyyide, zorlayıcı

niteliktedir; hukuksal otoritenin topluma zararlı kabul ettiği bir davranışa tepki olarak yaşamdan, özgürlükten, mülkiyetten ya da diğer değerlerden yoksun bırakma anlamına gelmektedir. Hukuk cinayet işleyenin ya da hırsızlık yapanın ölüm cezası ya da hapisle cezalandırılması gerektiğini buyurarak adam öldürmeyi, hırsızlığı ya da benzerlerini yasaklar. Borcunu ödemeyenin malvarlığına karşı cebri icra uygulanması gerektiğini buyurarak insanlara borçlarını ödemelerini emretmiş olur. Belli bir davranış bir müeyyide ile ilişkilendirerek hukuk, bu davranış suç saymış ya da yasadışı olarak nitelendirmiştir. Böylece bu davranışın aksi davranış, hukuksal bir yükümlülük doğuracaktır. Bu anlamıyla hukuk, zorlayıcı bir düzendir. Ahlâkî normlar da belli bir davranışın yapılmasını emreder ya da bu davranış yasaklar. Ancak bu normlara aykırı davranışın gerçekleştirilmesi halinde bir müeyyide söz konusu olmayacaktır. Ahlâkî düzen, normatif bir düzendir ancak zorlayıcı bir düzen değildir."⁶

Kelsen'in hukuk ile ahlâkî böylece salt yaptırımla ayırdığı sanılmasın. Çünkü yalnızca yaptırım konusundaki nitel farklılık, hukuku diğer kural düzenlerinden ayırdetmeye yetebilir, ama onu bilim olabilmek bakımından ussal kesinlik düzlemine taşımaya yetmez.

"Ahlâkî normlar, ya Musa, İsa, Muhammed gibi bir dinin kurucusu ya da gelenekler tarafından, -ama her halükârda- insan etkinliği sonucunda yaratıldıkları için, farklı toplumlarda ve farklı zamanlarda pek çok farklı ahlâkî düzen bulunabilmiştir. Öyleyse ahlâkî değer, görelî karakterdedir. Bir hukuksal düzen, belli bir ahlâkî düzene uyabilir ya

(4) Hans Kelsen, *Théorie Pure du Droit*, 2.éd. adaptée de l'allemand par H. Thévenaz (Neuchâtel: Edition de la Baconnière, 1988), s.21 ; Cf. Vecdi Aral, *Kelsen'in Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri* (İstanbul: İÜ Hukuk Fakültesi Yay., 1978), s.16.

(5) Akbaş, *loc.cit.*, s.26.

(6) Akbaş, *loc.cit.*, s.28.

da uymayabilir. Ancak hukuksal düzenin geçerliliği, ahlâkî düzene uygunluğuna bağlı değildir. Hukuksal düzen, belli bir ahlâkî düzenin bakış açısıyla, ahlâken iyi ya da kötü diye nitelendirilebilir. Hukuk düzeninin ahlâken iyi olarak nitelendirilmesi adil olduğu; ahlâken kötü olarak nitelendirilmesi gayri adil olduğu anlamına gelir. Aslında her hukuksal düzen az ya da çok, hukuk yaratma süreçlerinin çıkarları ile doğrudan ilişkili olduğu kural koyucu bir grup için geçerli belli bir ahlâkî düzene tekabül eder. Böylelikle hukuksal düzen, kuralları koyan grubun ahlâkî düzenine göre adil kabul edilir. Ancak bu hukuksal düzen aynı zamanda, geçerli olduğu toplumda bile diğer grupların ahlâkî düzen anlayışlarına az ya da çok aykırı olabilir. Bu nedenle hukukla adalet ayrıştırılmalıdır. Hukuk hakkındaki bir hüküm, hukukun ahlâkî değeri hakkındaki adilliği ya da adalersizliği şeklindeki her hangi bir hükme uygulanmamalıdır. Ancak bu ifade, hukukun adil olması gerektiği varsayımına da dışlamamaktadır. Ne var ki, tek bir adalet değil, birbirinden farklı hatta birbiriyle çelişen adalet idealleri olduğundan, hangi adaletin kastedildiği belirlenmeden bu varsayımın ulaşmak mümkün değildir. Saf Hukuk Kuramı aynı, hukuku doğadan ve böylece *jurisprudence*'i doğa bilimlerinden ayırdığı gibi, hukuku ahlâktan ve böylece *jurisprudence*'i etikten ayırır.⁽⁷⁾

Bir beşeri etkinlik olan hukuk, beşeri olanın doğasından ve değerlerinden ayrı bir nesne olarak gösterilmekle, bu nesnenin bilinişinin diğer biliş tarzlarından ayrışmasına haklılık kazandırılmış olunur. Öyleyse, yani hukuki bilişimiz değerlerinden bağımsız

ise, değer araştırması yönelimli yöntemlerden arınıp saflığına kavuşabilir. Hukuk Bilimi de artık, böylelikle elde ettiği erginliğini ilân edebilir:

"Saf Hukuk Kuramı, doğal hukuk gibi hukukun ne olması gerektiğini (nasıl olması gerektiğini) değil de, aksine, ne olduğunu anlamak amacını gütmekle yine, doğal hukuktan farklı olduğu iddiasındadır; çünkü o pozitif yani gerçek hukuka ilişkin bir kuramdır; yoksa ideal hukuka ilişkin bir kuram değildir. Saf Hukuk Kuramı, hukuksal gerçekliğe ilişkin bir kuramdır."

Eğer Hukuk Biliminin erginliğinin koşulu değerden bağımsızlıksa, ergin olmayış dönemine ait erekbilimsellik de hukuki bilişin ülkesinden kovulmalıdır.

2.3. Erekbilimsizlik

Kelsen, çoğu yerde örtülü olarak, yukarıdaki gibi ayrık örneklemde ise açıkça, değerler sorununun nihai olarak bir ilahiyat sorunu olduğunu teslim etmektedir. O'na göre ilahiyat sorunları eğer hurafe ya da inanç dile getirmelerinden ibaret iseler bunlara; değilse, bu sorunlar üzerine farklı bilinç biçimlerine, diğer bir söyleyişle farklı dinsel anlayışlara görelidirler. Öyleyse değere, dolayısıyla ereğe bağımlılık önünde sonunda belirli bir ilahiyat anlayışına bağımlı kalmak durumunda olduğundan; her adalet çağrısı, çağrının içeriği her bilince ortak olamayacağına göre, bu yoldaki bir hukuk bilgisi nesnesini apaçık gösteremeyecektir. Kelsen bunu Hart gibi açıkça söylemese de, eğer modern bilim modeline uyan ve böylece "bilim" olma sıfatını hakeden bir hukuk bilgisi olacaksa, Hukuk Kuramı bu projeyi ancak, nes-

nesini ereği üzerinden gösterme iddiasından vazgeçebilirse başarabilecektir.

Bu yüzden Kelsen için, hukuk düzenini araştırmak ile bu düzenin ahlâkî gerekçesini araştırmak birbirinden ayırılmazdır. O'na göre bu ayrım temelini bilişin yetisi ile psişenin yetisinin birleşmesi oluşunda bulur:

*"Saf Hukuk Kuramı yalnızca beşerî varlıkların etkinlikleri ile yaratılmış normları, yani pozitif hukuku dikkate alır; insan-üstü otoriteler gibi farklı kaynaklardan çıkan diğer normları dikkate almaz. Bu nedenle her türlü ilahî nitelikteki hukuku, sözgelimi Tanrı'nın ya da Tanrı benzeri bir varlığın yarattığı kabul edilen hukuku, *jurisprudence*'in inceleme alanı dışında bırakır. Dolayısıyla doğal hukuk olarak adlandırılan, -kendi kuramlarına göre- doğada için olarak bulunduğu varsayılan hukuku da dışarıda bırakır. Beşerî davranışları düzenleyen normlar anlamında hukuk ancak, doğa bir yasa koyucu olarak kabul edilirse doğaya için olabilir. Doğayı bir yasa koyucu olarak kabul etmek ise, doğaya bir irade atfetmek anlamına gelmektedir. Bu ise ya bir hurafedir ya da doğaya ilişkin, doğanın Tanrı tarafından yaratıldığı ve Tanrı alametinin kesinlikle iyi olduğu şeklindeki inanca dayanan, teolojik bir yorumun sonucudur. Bu, herhangi bilimsel bir anlayışla ve elbette hukuk bilimiyle karşılaştırılmayacak metafizik bir varsayımdır.*

Aynı itiraz, beşerî davranışın adil normlarını insan doğasında, özellikle de insan aklında bulmaya çalışan doğal hukuk öğretisi için de geçerlidir. Akıl, bilişin yetisidir. Akıl aracılığı ile, bilişin nesnelere bu zihinsel işleyişten bağımsız olarak bilgelir, anlayabilir ya

da kavrayabiliriz. Norm koyma ya da bir şeyi düzenleme iradenin işlevidir ve beşerî irade insan aklından tümüyle farklı olarak, psişik bir olgudur. İnsan aklı, beşerî iradenin etkinliği sonucu yaratılan normları bilebilir ancak kendisi norm yaratamaz. Akıl ve iradenin sadece Tanrı'da birbiriyle örtüştüğü düşünülebilir. İnsanlar neyin olması gerektiğini bilmenin ve irade göstermenin sadece Tanrı'nın özelliği olduğuna inanırlar. Bu, eski, bilgi ağacı mitidir. İnsanlar bu ağacın meyvesini yediklerinde, Tanrı gibi, neyin iyi neyin kötü olduğunu bilebileceklerdir. Tanrı için, iyiyi ve kötüyü bilmek aynı zamanda, iyiyi buyurmak ve kötüyü yasaklamak anlamına da gelmektedir. İnsan aklı ancak, Tanrı'nın kendi suretinden ve ilahî aklın bir parçası olarak yaratıldı ise, aynı zamanda norm yaratan irade -ya da "pratik akıl"- olarak kabul edilebilir. Akıl hukukun dayandığı, bu kendi kendisiyle çelişkili fikir, teolojik kökenlidir.⁽⁸⁾

Kelsen böylece, doğal hukuktan kurtulabilmiş bu sayede de değerden, erekten bağımsızlaşmış; yani aslında ilahiyattan gıdalanmayı bırakmış bir bilgi gövdesinin kendi adıyla anılan bir "bilim" olacağını ifade etmiş olur.

3. HART'IN HUKUK NORMU ANLAYIŞI

3.1. Düzeyler ayrımı

H.L.A Hart için, hukuk birincil ve ikincil (tamamlayıcı) kuralların birliğidir. O, bu yoldaki kuramını, İngiliz analitik pozitivizminin temsilcisi John Austin'in (1790-1859) "tehditle desteklenmiş buyruk" olarak tanımladığı hukuk kuralı anlayışının eleştirisi üzerinden inşa eder⁽⁹⁾.

(7) Akbaş, loc.cit., s.30.

(8) Akbaş, loc.cit., s.27.

(9) Akbaş, loc.cit., s.31.

(10) Şule Şahin Ceylan, "H.L.A. Hart : Hukuk kuramı ve Ayrım Tezi" (Çağdaş Hukuk Felsefesine Giriş , İstanbul: Teknik Yay., 2004 , ed.. Ahmet Haluk Atalay) içinde s.97-101.

Normatif ifadelerin aslında birer buyruk olduğunu savunan ve daha çok Austin'in analitik pozitivizminde karşılaştığımız norm kavrayışı uyarınca hukuk normları i) yaptırım unsuruna sahip olması ve ii) kaynağını bir egemenin iradesinde bulmasıyla diğer buyruklardan (normlardan) ayrılır.

Buyrukçu anlayışın çıkmazlarını aşabilmek yolunda, norm sorununa daha incelmış ayrımlarla yaklaşılarda örneğin Kelsen'de ise hukuk normu, bir anlam unsuru veya kişi-dışı bir yargı olarak sunulur. Hart kişi-dışı norm kavrayışında bir adım daha atar: Dışsal görüş açısından norm için belirleyici olan, karmaşık bir toplumsal olgu görünümündeki uyma davranışının etkililiğidir. Buna karşılık içsel görüş açısından, normun önerdiği davranış modelini yaygınlaştıran bir etkin benimseme, hukuk normunu karakterize eder.

Hart için de Hukuk Biliminin nesnesi kurallardan oluşan bir düzenektir. Gene, kuralların varlığı onların geçerliliği demektir. Ancak bu noktada Hart, Kelsen'de olduğu gibi geçerliliği sıradüzensel bir yapının işlevi olarak değil de, iki ayrı düzeyin birlikte çalıştığı bir düzeneğin işlevi olarak sunar: Birbirlerine göre birincil ve ikincil kural düzeyleri...

Birincil kurallar kişileri isteseler de istemeseler de belirli davranışlarda bulunmak veya kaçınmak yükümü altına sokarak ödev yükleyen, fiziksel hareket veya değişimleri içeren eylemlerle ilgili kurallardır. Tamamlayıcı kurallar ise, bu birincileri yaratmaya, değiştirmeye ve işletmeye (yargılama) yararlar. Temel

nitelikleri birincil kurallara aykırılık ya da kurallar arası çatışma halinde nihai çözümün nasıl ve kimlerce oluşturulacağına yönelik kamusal yetki bildirmeleridir.¹¹ Görüldüğü gibi kuralların birincil ya da ikincil oluşları, onlara önsel bir nitelik değildir: Aynı bir kural işlevine göre hem birincil hem ikincil düzeyde yer alabilir. Benzer bir işlevselliğin Kelsen'in sıradüzensel düzeneğinde dinamik-statik ayrımla yer aldığı anımsanmalıdır.

3.2. Hukuk ve ahlâk ayrımı ile doğal hukukun (erekselciliğin) eleştirisi

Hart hukuk ve ahlâk kuralları ayrımını Kelsen'den farklı olarak formel açıdan değil -gerçekçilere benzer tarzda- deneyci bir bakışla sunar. Gene Kelsen'in "ahlâk" derken kasdettiği "etik" iken, Hart daha çok toplumsal törelliği ahlak diye nitelendirmeye eğilimlidir.¹² Bu nedenle onun erekselcilik eleştirisi hem asıl hukuk-ahlâk ayrımını hem de doğal hukuk eleştirisini ilgilendirir.

"Modern laik düşünceye göre canlı ve cansızların, hayvanlar ve insanların dünyası düzenli bağlantılara örnek olarak yinelenen olayların ve değişimlerin bir görünümüdür. Bu dünyanın bir parçası olan insanoğlu doğanın kanunlarını keşfedip formüllemişlerdir. Doğayı anlamak, bunların bir kısmına dayanmak üzere, düzenliliklerin bilgisine sahip olmaktır. Bilimsel kuramların yapısı gözlemlenebilen olay, olgu yahut değişimleri yansıtmamakta, çoğunlukla bu kuramların büyük bölümü gözlemlenebilir olgularla doğrudan karşılan-

(11) Şahin Ceylan, *loc.cit.*, s.110.

(12) Bu çalışma bakımından, hukuk ve ahlâk ayrımından kasıt, Hart'ın kendi yapısında doğal hukuk eleştirisi olarak yer verdiği ustamlamalara ilişkindir; yoksa Hart'ın ahlâk diye nitelendirdiği törellik değil... Bu yüzden kuramcının, törel kurallarla hukuk kuralları arasında gözlemlediği ayrımlara, ayrıca yer verilmemiştir. Hart'taki törellik- hukuk ayrımı hakkında ayrıntılı bir sunuş için bkz. Şahin Ceylan, *loc.cit.*, s.106-9

mayan soyut matematik formüllerden oluşmaktadır. Gözlemlenebilir olgular veya değişimlerle bağlantılarıyla, ilgisi olmak kaydıyla, bu soyut formüllerden genellemelerin çıkarılabileceği ve olaylarla doğrulanıp yanlışlanma ihtimalinin varlığıdır. Bilimsel bir kuramın doğayı anlayışımızı geliştirmek iddiası son raddede, neyin düzenli olarak meydana geldiğine dair genellemeleri temel alarak neyin meydana geleceğini ölçme gücünde belirir. Modern düşünceye göre yerçekimi kanunu ve termodinamiğin ikinci kanunu doğa kanunlarıdır ve ölçülebilen fenomenlere dair düzenlilikler hakkında sağladıkları bilgiden ötürü matematiksel anlamlarından fazlasını ifade etmektedirler.¹³

Hart'ın "modern düşünce" olarak adlandırdığı pozitivizmin bilimden anladığıdır. Sözkonusu paradigma, erekselliğe ve aşkınlığa ilişkin unsurları bilim-dışı bulduğu için, Hart'a göre "bilimsel" bir hukuk kuramı da bunlardan arındırılmalıdır.

"Doğal Hukuk görüşü ölçülebilen dünyanın yalnızca böyle düzenliliklerin bir görüntümü olmadığı ve doğanın bilgisinin yalnızca bu düzenliliklere ilişkin olmadığı daha eski bir doğa anlayışının parçasıdır. Öyle ki bu eski yaklaşıma göre, insan olsun, canlı veya cansız olsun ayrıca adlandırılabilen her bir varlık, yalnızca kendi varoluş eğilimini sürdürmek için değil; ama ona özgülümlü bir hayra veya ereğe (telos); yani belirli ve elverişli bir duruma doğru ilerlemek için tasarlanmıştır. Bu, varlıkların yetkinlik aşamalarını kendiliklerinde barındırdıkları bir ereksel doğa anlayışıdır. Herhangi bir vcrili türün kendine özgü sonuna doğru ilerlediği aşamalar belirli bir düzen içerir ve varlıkların tipik değişim, gelişim veya hareket tar-

zını tanımlayan genellemelerle formüle edilebilir. Bu ölçüde ereksel doğa kavramının bu biçimde anlaşılması, aslında modern düşünceyle de örtüşebilir. Ereksel yaklaşımın farkı, varlıklar dünyasında olup bitenlerin, yalnızca oluşun düzenliliği olarak düşünülmemesi ve düzenli olup olmadıklarının, bunun gerekip gerekmediğinin veya oluşun iyi olup olmadığının bağımsız sorular sayılmamasıdır. Aksine, kuraldışı olarak yorumlanabilecek kimi hilkat garibelerini saymazsak, doğada olup bitenler, uygun sona doğru bir adım veya ilgili varlığın izlediği amaçmış gibi gösterilerle, 'hayırlı' veya 'olması gereken' şeklinde açıklanıp değerlendirilebilir. Bu sebeple varlıkların gelişim kanunları, onların hem nasıl düzenli davrandığını veya değiştiğini, hem de nasıl olmaları gerektiğini göstermelidir.

Doğaya dair bu düşüncü şekli soyutlamalar üzerinden dile getirildiğinde pek kolay anlaşılabilir gözükmemektedir; Ereksel bir bakış açısı, en azından yaşayan varlıkların gelişimlerini betimlemede kullandığı kimi ortak yollar sözkonusu olduğunda, daha az fantastik görünecektir. Örneğin bir meşe palamudunun ağaca dönüşmesini betimlerken, bu oluştaki düzenliliği ayırt etmek tek başına yeterli olmayacaktır. Böyle bir betimlemede meşe palamudunun çürüyüşü (ki çürüme de gelişimdeki düzenin bir parçasıdır), onun daha önceki gelişim aşamalarının ya iyi ya kötü olarak ve çeşitli kısımlarının işlevleri ile tanımlanmış yapısal değişimleri aracılığıyla değerlendirilip açıklanmasının ışığında, palamudun en uygun olgunluk aşaması olarak nitelenebilecektir. Palamut yapraklarının olağan gelişimi, eğer 'tam' ve 'uygun' bir gelişim için yeterli nemin sağlanmasına bağlıysa ve eğer bu zaten yaprakların işleviyse, gerekli bulu-

(13) Şahin Ceylan, *loc.cit.*, 114.

nacaktır. Böyle ele aldığımızda, artık bu süreci 'doğal olarak olması gereken' diye düşünlüveririz. Cansız varlıkların devinimlerinde, belli bir amaç için insanlar tarafından tasarlanmış olanlar hariç (artefacts), böyle düşünmek pek de akla yakın gelmemektedir. Bir taşın zeminine düşüşünü, sanki bir atın kendi barınağı olan ahıra dönmek amacıyla dörtmala koşması gibi, elverişli bir sona ulaşma ya da ait olduğu yere dönme biçiminde açıklamak, herhalde pek gülünç kaçır.

Aslında olan ve olması gereken arasındaki farkları ve modern düşünceye göre insanlar ve diğer canlı-cansız varlıklar arasındaki çok öncmlü bir ayrımı, kendine özgü bir amacı gerçekleştirmek için bilinçli çaba harcamayı en aza indirgemesi, ereksel bir doğa yaklaşımına anlam vermeyi zorlaştırmaktadır. Ereksel dünya tasarımına göre, insanlar ve diğer varlıklar kendileri için belirlenmiş bir duruma yahut sona doğru ilerlemektedirler ve insanların bunu bilinçli yapmaları çok esaslı bir fark değildir. Bu son, diğer canlılar gibi insanlar için de kısmen biyolojik olgunluk ve gelişmiş fiziksel güçlerle ilgili bir durum olmakla beraber insana özgü belirgin bir özelliği, davranış ve düşüncelere yansıyan akıl ve karakterin gelişim ve üstünlüğünü de içerir. Diğerlerinden farkı, insanın usuturma ve dile getirme yoluyla bu üstün akıl ve karakterin neleri kapsadığını keşfetme ve bunu isteme yetisinin bulunmasıdır. Ancak buna rağmen ereksel anlayışa göre erişilebilecek en iyi durum insanın hayrı yahut sonu değildir çünkü bunu istemektedir, istememesi halindeyse zaten doğal sonudur.⁽¹⁴⁾

Böyle bir anlayışa dayalı olarak, pozitivist bilim ülküsüne uygun bir hukuk bilimi projesi de ortaya konmuş olur. Bu aynı zamanda modernizmin açısından, neyin hukukun bilimi olmaya izinli olduğunu da belirleme iddiasını taşır.

Burada bilimsellik aşında kesinliğe en yakın duran bilgiyi, daha doğrusu bu konudaki bir mutabakata işaret etmektedir. Manzin'e uyararak söz konusu mutabakatın içeriğini belirli bir tutarlılık tipinin oluşturduğunu söyleyebiliriz⁽¹⁵⁾:

"(...) formal bir sistemin terimleri arasındaki doğru bağlantı olarak tanımlanan tutarlılık (yani a ise b gibi), nedenselliğe kıyasla (a nedeni, b etkisini doğurur) azami "kesinlik formülü" olarak kabul edilmiştir. (...) Modernite, bunun bilimini kendisine temel yaptı. Ve bugün hala, yirminci yüzyılın fiziksel-matematiksel kuramlarının (Mach, Einstein, Heisenberg, Gödel ve Turing) formalizme taarruzlarına rağmen hukuk felsefecileri arasında hükmünü korumaktadır."

4. PROJENİN BİLGİSEL ETKİLERİ

Kelsen ve Hart türü pozitivistler, bize bu modele uygun bir "bilimsel" hukukun nasıl olanağı kılınabileceğini sunarlar. Bu modele uygun tutarlılık istemini ancak bir kurallar düzeneği doyurabilir. Düzeneğin işlev ve ereği, düzeneğin bilgisi ile hem aynı düzeyde değildir hem de düzeneği açıklamaya uygun tasarlanmış "bilgi" modelini aşırtaşan öğeler içermekle "bilgi" de değildir. Dolayısıyla ancak bunlardan arındırılmış bir bilgi nesnesi pozitivisteye

layıktır. Öyle ise bilinebilir olan pozitif olandır.

Böyle bir projede Kelsen ile Hart'ı buluşturan da sözkonusu pozitivistin içeriğini birbirlerinden türeyen kurallardan oluşan bir düzeneğin oluşturmastır. Bu yolda Kelsen, Hart ile karşılaştırıldığında mantıksal sıkılığı deneyci uslamalara yeğlemesiyle ayırdedici.

Projenin felsefi başarısı ya da başarısızlığı, hatta "felsefesizliği" üze-

rine tartışmalar bir yana, her iki kuramcının diğer pozitivistlerle birlikte, farklı bilim disiplinlerinin hukuku konu edinişlerini tahrik eden etkilerini teslim etmek gerekir. Başta mantık-dil bağlamı olmak üzere, sıradan hukuki bilincin altından kalkamayacağı ancak tam da hukuki düşünceye ait sorunların Hukuk Genel Kuramı başlığı altında toplanişı bu etkinin ete kemiğe bürünmesini ifade eder.

(14) Hart'tan aktaran Şahin Ceylan, loc.cit., s.114-5.

(15) Maurizio Manzin, "From Order to System: The Neoplatonic Basis of Modern Legal Theory" (<http://www.cerneg.it/eng/2006/04/06/the-neoplatonic-basis-of-modern-legal-theory>)