

HUKUK FELSEFESİ, HUKUK KURAMI, HUKUK DOGMATIĞI *

Arthur Kaufmann
(Çeviren : Hayrettin Ökçesiz)

1 Hukuk Felsefesi ve Hukuk Dogmatığı

Hukuk felsefesi hukuk biliminin değil, felsefenin bir dalıdır. Ancak bununla hukuk felsefesini (genel) felsefe cinsinin özgün bir türü imiş gibi görmemek gerekir. Felsefe bütün biçimlerinde daima insansal varoluşun temel sorunlarıyla, *Karl Jaspers*'in "sarmalayan" dediğiyle(1) uğraşır. Kısaca felsefede "aslo-lan" önemlidir.

Hukuk felsefesi, felsefenin diğer dallarından daha özel olduğu için değil, aksine *hukuki temel sorunların, hukukun ilkesel problemlerinin felsefe tarzına yansıtılması*, bu tarzda tartışılması ve mümkün olduğu ölçüde yanıtlanması nedeniyle ayrılmaktadır. Biraz fütursuzca şöyle söylebilir: Hukuk felsefesinde soruyu hukukçu sorar, yanıtı filozof verir. Bu nedenle meslekten olan hukuk felsefecisi kendisini her iki disiplinde de, hukuk biliminde ve felsefede, evinde hissetmelidir. Yeterince sorulmuş olan: "safı filozof"un mu yok-

sa "safı hukukçu"nun mu hukuk felsefesi diğerinden daha kötüdür sorusuna, her ikisinin de eş değerde kötüdür, yanıtını vermek gerekir.

Hukuk felsefesi, demek ki hukuk bilimi değildir, herşeyden önce *hukuk dogmatığı* değildir. *Kant*'a göre dogmatik: "*salt aklın, kendi yeteneğinin bir ön eleştirisini yapmaksızın dogmasal işlemesidir*"(2). Dogmatikçi denetlemeden hakiki olarak algıladığı önkoşullardan yola çıkar, "ex datis" düşünür. Hukuk dogmatikçisi hukukun aslında ne olduğunu hukuk bilgisinin mümkün olup olmadığını, mümkünse hangi koşullarda ve çerçevede var olduğunu sormaz. Bu, hukuk dogmatığının eleştirel bir süreç izlemediği sonucuna götürmez. Ancak eleştirel usulü izlediğinde(3), yani örneğin bir yasa normunu eleştirerek denetlediğinde dahi *sisteme içkin* temellendirmekte, yürürlükte bulunan hukuka dokunulmamaktadır. Hukuk dogmatığı çerçevesinde bu tavır tamamen meşrudur; ancak bu tavır, hukuk felsefesinin ve hukuk kuramının dogmatik olmayan (meta-dogmatik) düşünce tarzını, gereksiz sayarak, "salt kuramsal" ya da hatta bilim dışı niteleyerek geri çevirdiği takdirde, işte o zaman tehlikeli olacaktır.

* Yazarın bu makalesi "*Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*" (yayımcılar: A.Kaufmann/W.Hassemer, 5. baskı, Heidelberg 1989, s.1-25) adlı yapıtta Almanca olarak yer almaktadır.

Elbette, felsefenin, hukuk felsefesinin büsbütün koşulsuz bir biçimde çalışabileceği de hiç doğru değildir. Bunu, *Pascal*'ın, "Port Royal Mantığı"nda(1662) -erişilemez- "en olgun yöntem" olarak nitelemesinde kolayca anlayabiliriz: Önceden açık seçik olarak tanımlanmamış hiçbir kavramı kullanmamalı, doğruluğundan emin olmadan hiçbir iddiada bulunmamalıdır. Sonu gelmeyecek bir rucûa yol açacaklarından, bu her iki talebin gerçekleşmesinin olanaksız bulunduğunu kanıtlamaya uzun açıklamalar gereksizdir.

Ancak felsefe -hukuk dogmatığının farklı olarak- bilimlerin ve sistemlerin önkoşullarını ve temel sorunlarını da (bu günlerde pek gözde olduğu üzere) "sorgulamak" girişiminde bulunmalı, başka bir deyişle *sisteme içkin* bir konuma gelmelidir(4). Bu, bir tabula rasa konumu değildir. Özellikle çağdaş yorumbilim "önyargı"nın veya "önkavrama"nın dil bilimlerinde anlama koşulunu oluşturduğunu göstermiştir (buna hukuk bilimi de dahildir, çünkü dilsel metinlerle önemli derecede ilişkisi vardır) (5). Fakat "felsefe böyle bir ön taslakta takılıp kalmaz. Tersine bu taslak, anlamının gittikçe artan işlenmesiyle ortaya çıkan sonuçlardan hareketle sürekli gözden geçirilmelidir"(6). Felsefede hiçbir şey yoktur ki - aynı söz hukuk felsefesi için de geçerlidir - sorunsal olmasın, buna kendi varlığı da dahildir. İlke olarak filozof hiçbir şeyi, sorgulamaksızın kabul edemez. Bu bakımdan felsefenin, tek tek bilimlerden "daha temelli" çalıştığını söyleyebiliriz. Ancak buradan, felsefede

münferit dogmatik bilimlerdekinden daha önemli şeyler sözkonusu olduğu sonucu çıkarılamaz. Öyle ki, tıptaki kanser araştırmaları, hukuk felsefesinin doğru(adil) hukukun ölçütlerinin neler olduğunu araştırmasından daha az önemli değildir. Felsefe ve dogmatik birbirlerine karşı, bir "az, ya da çok", "daha önemli, daha önemsiz" ilişkisinde değil, aksine bir başkalık ilişkisinde yer almaktadır.

1.1 Hukuk Felsefesinin İnceleme Alanı

Biraz önce ima edildiği gibi, hukuk felsefesi ile hukuk dogmatığının başkalıkları, inceleme alanlarının farklılığında kendini gösterir. Bilim kuramında *maddi konu*'yla (Materialobjekt), bir bilimin üzerinde çalıştığı somut konuyu onun bütünlüğünde kavırıyoruz; buna karşılık *biçimsel konu* (Formalobjekt) ise bilimin bu bütünü araştırdığı özel bakış açısidir(bu bakımdan genellikle "araştırma konusu" olarak da nite edilir). Maddi konu birçok bilimin ortak alanını oluştururken bir bilimin belirleyici yanı onun biçimsel konusudur. Öyle ki, "hukuk" bütün hukuk disiplinlerinin ortak maddi konusudur; medeni hukuk, genel kamu hukuku, idare hukuku, ceza hukuku vs. olarak birbirlerinden farkı biçimsel konularında yatmaktadır. Maddi konuların özellikle son zamanlarda gittikçe artan biçimde biçimsel konulara bölünmesi (örneğin ceza hukuku bilimi yanında kendi başına bir bilim olarak kriminolojinin yine daha başka disiplinlere ayrılması) bilimlerin sürekli ilerleyen

bir uzmanlaşmasına götürmüştür. Bu hemen hemen hiç durdurulamayacak süreç, zorunlu olarak dikkatin sınırlı bir "mesleki alan"da sıkışıp kalması sonucunu doğurmaktadır; bağlar, temel olan, gözden uzaklaşmaktadır. Böylelikle felsefe daha önemli bir duruma gelmektedir.

İsimlerinden de anlaşılacağı gibi münferit bilimlerin temel özelliği daima tekil olana yönelip, asla bir oluşa bütünlüğünde eğilmemek ise, o zaman felsefenin kendisi, biçimsel konusunun bütünselliği ile tanımlanacaktır. Bildiğimiz gibi felsefe tekil olanla ve tekil olanların çokluğuyla değil, bütün ile, ilişkiler ağı ile, temel olan ile ilgilenir. Burada Felsefenin en zor sorunlarından biri yatmaktadır.

Belirli bir açıdan, biçimsel bir konuda inceledikleri belirli bir maddi konuya bağlılık münferit bilimlerin özelliğidir. Felsefede ise maddi ve biçimsel konuya bu tarzda bir çifte bağlılık artık söz konusu değildir. Hatta bir "konusu" dahi (madde olarak kesinlikle değil) var mıdır? Belirli bir maddi konusu elbette yok, temelinde yatan biçimsel konu: "salt varlık" ise belirsizdir. Bir yandan bu maddi konunun bulunmaması, diğer yandan biçimsel konunun evrenselliği felsefi bilgiyi ve felsefi yöntemi öylesine sorunlu kılmaktadır. Daima algılanabilir tekil olandan (örneğin, belirli bir hukuk normundan) işe başladığını söylemek felsefe için de geçerli olmasına karşın, o ya da bu tekil şey, asla onun asıl konusu olmayıp, ardında yatana, (örneğin, hukuk normunun "en başta" ne olduğu sorusu gibi) bir "aşkın"a ulaşmak

için yalnızca bir araçtır.

Belirli bir maddi konusunun bulunmayıp, fakat buna karşılık evrensel bir biçimsel konusunun olmasından dolayı felsefe, zorunlu olarak belirli bir spekulatif özellik edinmektedir. Filozof bütünü tanımalıdır, ancak insan kavrayışı daima yalnız tekil olana yönelebilir biçimde türleşmiştir. Varlığın tümünü ya da hukukun tümünü hiçbir zaman doğrudan kavrayamıyoruz. Böylelikle felsefe "konu"sunu asla doğrudan ve uno actu biçimde kazanmamakta, çıkışını tekil olandan başlatmaktadır - bu da elbette bütün felsefe araştırmalarının amacı olan bütünü hatırdan tutarak ve ona yönelerek... *Jaspers*'in sözleriyle: "Bilim olarak felsefe bütüne yönelmiş olsa da, kendisini ancak tekil olanda ortaya koyabilir"(7).

Münferit bilimlerde, tekil olanla ilgilendikleri için, bir araştırmacı çalışma odasında veya laboratuvarında yalnız başına bilimsel bir buluş yapabilir. Felsefede böyle bir şey olanaksızdır. İnsansal tanıma, bütüne yalnızca birçok parçadan hareketle varabilmektedir. Bizim için ulaşılabilir olduğu kadarıyla felsefenin hedefi, birçoklarının birlikte etkisi ve katkısı ile, ancak "diskurs" içerisinde ulaşılabilir. Bu nedenle *komünikasyon*, "iletişimle oluşan topluluk"(8), felsefede çok büyük bir rol oynar. Münferit bilimlere göre karşılıklı etkileşim, öznelerarasılık, konsensüs, görüşlerin örtüşmesi felsefede daha önemlidir(9). Çıkış noktalarının türünlüğü, farklı öğretilerle ortaya çıkan çoğulculuk, doğru anlıyorsam, felsefe için hiçbir zaman bir engel veya bir çıkmaz değildir. Aksi-

ne gelişimi için zorunlu bir koşuldur.

Buradan felsefenin ve hukuk felsefesinin sorunu; göreceliğe bir ışık düşmektedir. Her kim ki türlü filozofların ifadelerini, sanki her biri yalnızca kendi felsefesiyle bütünü ortaya koymak zorunda imiş gibi, kendi içlerinde tekil olarak ele alırsa, zorunlu olarak, felsefede çaresiz bir göreceliğin hüküm sürdüğü sonucuna varacaktır. Yalnızca, felsefeyi yüz yıllarca, bin yıllarca süren bir karşılıklı etkileşim olarak kavrayan, görüşlerin birleşebilmesinin koşulunu görüşlerin ayrı düşebilmesinde görebilen kimse göreceliği aşabilir.

1.2 Hukuk Felsefesinde Doğru Soru Sorabilmek Üzerine

(Dogmatik) münferit bilimde sorunun yönü, konusuyla belirlidir; çünkü baştan beri tekil olana yönelmiştir, bu nedenle soru tarzını doğrudan buna bağlayabilir. Somut söylemek gerekirse: Hukukçuya hangi sorunun sorulacağı, doğrudan orada sözkonusu biçimsel konudan doğacaktır; örneğin bu, haksız fiilden doğan bir zarar tazminatı ise, o zaman elbette BGB'nin 823. ve izleyen diğer maddelerinin uygulanıp, uygulanamayacağına bakılacaktır.

Felsefede, hukuk felsefesinde bu başkadır. Onların konusu varlığın ve dolayısıyla hukukun bütünüdür. Ancak düşüncemiz hemen ve uno actu bu bütünü kavrayamadığı, aksine tekil olandan, bütünün bir parçasından başlamak zorunda bulunduğu için felsefede sorgulama yöntemi konusuyla belirli bulunmamaktadır.

Şunu sorabilirim: Bütünüyle varlık nedir? Bütünüyle hukuk nedir? Fakat bununla felsefede, hukuk felsefesinde daha ileriye gidememekteyim. Daha inceliklerine inerek sormalıyım, örneğin; hukukun anlamını ve hedefini, hukuki pozitivizmin önemini, hukuk ile ahlak arasındaki ilişkiyi, hukuk normunun işlevini, hukukun tarihselliği ögesini, olan ile olması gerekende "yöntem ikiciliği"ni, "nesnenin doğası"ndaki düşünce biçimini... Bütün bu ayrıntılardan çıkarak - ve ancak yaklaşık olarak - bütünü bir araya getirebiliriz. Hiçbir bilimsel felsefe çözümleyici yöntemden vazgeçemez; bunu elbette bireştirme izlemelidir.

Ancak Felsefede doğru soru nasıl belirlenecektir? Buna yanıt vermek zordur, çünkü belirli bir yönde sormak zorunluluğu felsefede yoktur. Doğru biçimde gidildiğinde İlke olarak, her ayrıntıdan bütüne gelinebilir. Hukuk felsefesi sorusu ölüm cezasında olduğu kadar kusurda, BGB'nin 242. maddesinde ya da tüzel kişiler kurumunda aynı derecede belirebilir. Evet, hatta "sağdan gidiniz!" gibi o denli teknik sayılabilecek bir kural dahi, "hukuk normunun temelde" anlamı, özü ve önemine ilişkin hukuk felsefesi sorusunun yanıtlanmasında, pekâlâ çıkış noktası olabilir.

Önceden de söylendiği gibi, soru-şunda, sorunları belirleyişinde sınırsız olmasına karşın bütün felsefe önünde sonunda aynı şeye: varlığın bütününe, hakikatın bütününe, hukukun bütününe yönelmiştir. İlke olarak sorunlarının sayısı belli bulunan münferit bilimden felsefe yine

burada da ayrılmaktadır. Çünkü bir münferit bilim hemen belirli bir araştırma konusuyla ilişkilendirilerek hedefine ulaşırken bu, felsefede "nesnenin doğası" gereği olanaksızdır.

Ancak belirli bir zamanın felsefesi asla bütünü amaçlamayıp, yalnızca onun belirli yanlarını göz önünde bulunduruyorsa bu zorunlu olarak, diğer yanların savsaklandığı anlamına gelir. Yeni bir çağın felsefesi için buradan, bugüne kadar ele alınmamış yanları görüş alanına sokmak ve kavramak ödevi doğar. Önünde sonunda hep aynı hedefe yönelik olmasına karşın felsefeye Tarihten, *tarihi durumundan* sürekli yeni ve değişik biçimlerde ödevler doğmaktadır(10). Somut olarak: hukukta rasyonalist ve idealist öğelerin 17. ve 18. yüzyılların rasyonalist ve idealist öğretilerince tek yanlı vurgulanması, zorunlu olarak tarihi hukuk okulunda ve nihayet hukuki pozitivizmde çözüm aramaya yönelmiştir. 19. yüzyılın hukuki pozitivizminin tek bir görevi vardı; hukukun *varlıksal* yanını, *olumsallığını* yeniden görüş alanına sokmaktı. Ancak yüzyılımızda hukukun, pozitivist düşüncenin çağrı çıkardığı, olağanüstü kötüye kullanılmasından sonra, şimdi artık hukukun *özüne ve içeriğine ilişkin ölçütlerine* ve herşeyden önce bağışlanamaz derecede ihmal edilmiş bulunan *doğruluk sorununa* yönelmek bizim ödevimizdir. Bu örnekten de görülüyor ki, bir filozof çağının sorunlarının sorularını pekâlâ doğru soramayabilir(11).

Söylenenden, doğru felsefi sorgulamanın büyük çaplılık ve çok ciddi

bilimsel sorumluluk sorunu olduğu ortaya çıkmaktadır. Ve görülecektir ki, belirli bir felsefe ancak soru tarzından çıkarak anlaşılabilir. Söz konusu filozofun hangi soru tarzı ile eşyaya yaklaştığını kavramadan belirli bir felsefi düşünce anlaşılabilir. Felsefe öğretileri hakkındaki bilgiler hiçbir zaman felsefenin kendisi değildir, aksine *Heidegger*'in isabetle söylediği gibi "yalnızca en fazla, felsefe bilimi"dir(12).

1.3 Bilimperestlik, Felsefepereestlik ve Uygulamacılığın Yanlıları

"Salt filozofların" hukuk felsefesinin "salt hukukçuların" hukuk felsefesi kadar kötü olduğuna yukarıda işaret edilmiş bulunuyor. Sonuncusundan başlayalım: saf hukuka yönelmiş "hukuk filozofu" *bilimperestliğe*, yani (dogmatik münferit) bilimin aşırı derecede değerli görülmesine, (hukuk-) bilimsel düşüncede tek yanlı bir yönelmeye saplanmaktadır. Hukuk felsefesinin sorunlarını - özellikle hukukun temel sorunlarını - felsefeye başvurmaksızın, çoğunlukla felsefe bilgisi olmaksızın çözmek istemektedir. Bu tutum çok yaygınlaşmıştır. *Jaspers*, "Felsefi konularda hemen herkes kendini yeterli görmektedir. Bilimlerde öğrenmenin, eğitimin, yöntemlerin kavramanın birer koşulu olduğu kabul edilirken, felsefe bakımından, bu konularda koşulsuz konuşabilmek, eş düzeyde olabilmek talebi ileri sürülmektedir"(13) demekle hedefe isabet ettirmektedir. Hukukçular için de bu böyledir. Felsefeyle ciddi biçimde

hiç uğraşmamış olsa dahi hemen herkes kendini hukuk felsefesi konularında uzman görmektedir. Bu hukuki bilimperestlik kendisini özellikle yüzyıl dönümünde, hukuk "uzmanı"nın felsefe yapmak işini de ele almak, yani hukuk felsefesini bir "hukukçular felsefesine" dönüştürmek istediği, genel hukuk kuramı diye anılan şeyle; "hukuk felsefesinin ötenazisi" ile göstermiştir. Böylesine hukukçuca bir akraba evliliğinin sonucunu en iyi haliyle belki kimi zaman sezgisel olarak doğruya isabet ettiren, fakat ne yaptığını bilmeyen bir amiyane-felsefe; aslında kaba saba bir heveskârlıktır.

Bunun karşısındaki hatayı, felsefeperestliğin hatasını yalnızca felsefi olarak esinlenmiş ve yönlenmiş; temel hukuk sorunlarıyla, hukuk-biliminin felsefeye burada ve şimdi yönelttiği sorularla hiç ilgilenmeyen "hukuk filozofu" yapmaktadır. Şu ya da bu felsefi düşünce yönünü hukuk felsefesi diline çevirdiğimiz zaman ortaya çıkacak şeyler hakkında ara-sıra şaşılacak derecede derin anlam-lı araştırmalar sunarken; ama, içeri-sinde bulunulan tarihsel konumda hiç sorulamayacakları, hic et nunc hiç sorunsal olmayan ve sormaya hiç değmeyen soruları da "yanıtlamak-ta"dır.

Bu nedenle uygulamacılığın yaygın hatasına, yani hukuk felsefesi sorularını yanıtlayabilmek amacıyla felsefi söylemlerin eleştirisiz benim-senmesine karşı da vurgulayarak uyarmak gerekir. Hukuk felsefesinin tanınmış yönleri; tomasçılık, kantçılık, hegelcilik, marksçılık ve başka daha ne olurlarsa olsunlar işte bu

yüzden ortaya çıkıyorlar. Felsefenin anlatımlarının asla, bir matematik formülü gibi kolaylıkla üstlenilebilecek hazır çözümler -patent tarifeler- olmadıklarını önce bir defa söylemek zorunludur. Daha çok "yalnızca" açılar: belirli bir yer-zaman nöbet kulesinden önemli ve anlamlı görünen bakış yönleri söz konusudur. Ne yazık ki felsefe pek sık suçlanmaktadır. Bu da gerçekte ona karşı aynı ruhsuz ve eleştirisiz bir muameledir. Bir filozofun öğretisini insan, etkin ve yoğun bir birlikte düşünmeyle, onunla birlikte kendi felsefesini yaparak kendine maledebilir. Böyle bir kendine malediş dıştan, göstermelik bir üstlenmeden özünde farklıdır: "Elde edileni işleyerek kendi eyleminde büyümesini sağlayan bir almak ancak, hırsızlık değildir"(15).

Söylenenden, okul kurmanın felsefenin özüne ters düştüğü çıkmaktadır. Bu okullar ne kadar yararlı olmuş olurlarsa olsunlar er ya da geç başka yönlerle açılmayan bir dogmatizme, bir sertleşmeye, kabuklaşmaya, hatta "okul öğretisi"nin mutlaklaştırılmasına doğru bozulurlar. - "Emir emirdir" ve "yasa yasadır", ya da "hukuk adalettir" -, bütün bunlar gerçek dışılığın ve inatçılığın birer çekirdeğini gizliyorlar. Yalnızca açık olan, bitmemiş olan, soran, canlıdır.

1.4 Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı

Buraya kadar hep hukuk felsefesinden ve hukuk dogmatizminden söz edildi. Fakat hukuk kuramı nedir? Ulrich Schroth şöyle demektedir: "Bugün 'Hukuk Kuramı' kavramının

ne demek olduğunu söylemek istediğimizde bir çıkmaza saplanırız. Çünkü, yalnızca hukuk kuramı kavramı altında tartışılan konular, sorunlar değil, bunların ele alınış tarzları da oldukça farklıdır. Hukuk kuramının sorunları olarak şunları görebiliriz: Hukuk düzeni kavramı, onun özü, yapısı nedir? Yasaların ve hukuk ilkelerinin işlevleri nelerdir? Hukuk düzeninin ve tekil yasaların meşrulukları nereden kaynaklanmaktadır? Ussal yasalara ve kararlara nasıl ulaşılabilir? Yasalar ne dereceye kadar biçimselleştirilebilir? Hukuk düzenimiz ne kadar adildir?"(16).

Elbette bir çıkmaza saplanılıyor. Çünkü, Schroth'un saydığı soruların hepsi halis hukuk felsefesi sorularıdır. Gerçekte hukuk felsefesi ile hukuk kuramı arasında özde bir farklılık yoktur. Özellikle hukuk kuramının hukuk felsefesinden başka bir araştırma alanı yoktur. Hukuk kuramı için de hukukun temel sorunları önemlidir. O da sistemi aşkın bir çıkış noktasında bulunmaktadır. Hukuk kuramsal düşünce de bir meta-dogmatik düşüncedir. Fark moda yüklem "eleştirel" de de yatmaktadır. Hangi felsefe olursa olsun, *eleştiri* hep felsefeye ait olmuştur. Eleştiri *κρίσις* 'den gelmektedir ve kötüyü iyiden, yalanı gerçekten, haksızlığı haktan "ayırarak", "elemek" demektir. Ama elbette yanlış yöne saparak iyiyi, gerçeği yıkan - ve hiç de nadir olmayan - eleştiri de vardır. Ancak bunun hukuk felsefesinin hukuk kuramından ayırdedilmesi ile bir ilgisi yoktur.

Yeniden aynı soruya dönelim: Hukuk felsefesi değilse, o zaman hu-

kuk kuramı nedir? Bunu ancak tarihsel olarak açıklayabiliriz. Yukarıda (1.1'de) işaret edildiği gibi, bilim-ler zamanla gittikçe artan bir biçimde uzmanlaşmaya uğramıştır. Buna benzer bir durum -aslında tam bir "uzmanlaşma" olmasa da- felsefe ve hukuk felsefesi alanlarında da görüldü. Özellikle Heidegger buna dikkat çekti: "Daha Yunan felsefesi çağında felsefenin belirleyici bir özelliği göze çarpmaktadır: Felsefenin açtığı bir bakış açısından bilimlerin oluşması... Psikolojinin, sosyolojinin, kültür antropolojisi olarak antropolojinin bağımsızlıklarına, lojistik ve semantik olarak mantığın rolüne işaret etmek yeterlidir..."(17). Zamanında bütün doğa bilimlerinin felsefede toplandığı düşünülün.

Aynı şey -mutatis mutandis- hukuk felsefesi için de geçerlidir. Hans Ryffel'in dediği gibi zamanla buradan da türlü alanlar "göçtüler"(18). Örnek sıkıntısı yoktur. Kant "Hukuk Kuramının Metafizik Temelleri"nde(19) eşya hukuku, evlilik hukukunu, ebeveyn hukukunu, genel kamu hukukunu, devletler genel hukukunu vd. ele almıştı. Hegel' in "Hukuk Felsefesi"nde(20) örnekleme olarak mülkiyet, sözleşme, haksızlık, kusur, aile, devlet üzerine bölümler vardır. Gustav Radbruch'ta dahi-son "klasik" hukuk felsefesi(21)- özel ve kamu hukukları, mülkiyet, evlilik hukuku, miras hukuku, ceza hukuku, usul hukuku, kilise hukuku, devletler hukuku gibi başlıklara rastlanmaktadır. Aslında hukukun bütün sorunları hukuk felsefesi açısından tartışılabilir ama bu, eşya hukukunun, miras hukukunun, ceza

hukukunun, devletler hukukunun bu arada bağımsız disiplinler durumuna gelmiş olmalarına engel değildir.

Zamanla, bilim alanlarının giderek artan karmaşıklaşması sonucu genel bakışın zorlaşmasıyla, son otuz ya da kırk yılda hukuk felsefesinde belirli konular ayrılarak "hukuk kuramı" deyimi altında tartışılmaya başlamıştır. Bunlar aşağı yukarı: Normlar kuramı, yasama kuramı, hukuk dili kuramı, giderek bilim kuramı, bilgi kuramı, temellendirme kuramı, hukukun karar kuramı ve sonunda hukukun yöntembilimi, anlamabilim, yorumbilim, hukuki topik, hukuki retorik ve diğerleridir. Ancak miras hukuku, ceza hukuku, genel kamu hukuku ve hatta hukuk sosyolojisi gibi bağımsızlaşmış disiplinlerden başka "hukuk kuramı"nın biraz önce sözü edilen sorunsal alanları hâlâ hukuk felsefesi içerisinde yer almaktadır. Çünkü, bugüne kadar hukuk kuramını hukuk felsefesinden ayıran bir ölçüt henüz bulunamamıştır. Ama verilen ağırlıkların bir saptaması pekâlâ yapılabilir: hukuk kuramında ilgi biçimsel ve yapısal öğelere iken hukuk felsefesinde bu, dar anlamda daha çok içeriksel olanadır(22). Hukuk felsefesine ilişkin daha önce söylenenler ile aşağıdakiler aynı biçimde hukuk kuramı için de geçerlidir.

1.5 Felsefenin ve Hukuk Felsefesinin Kaynakları

Felsefenin ve hukuk felsefesinin aslında ne yapmak istediğini ve görevlerinin neler olduğunu anlamak

için her şeyden önce *kaynakları* hakkında açıklık kazanmak gerekir(23). Bu arada felsefenin - her ne kadar bir ide olarak "*philosophia perennis*"(süregiden felsefe) ise de - tarihsellik yasasına(24) tabi bulunduğu anımsatılmalıdır. Bu, gerçekten bir yasallıktır. Yani filozofların heveslerine yahut rastlantılarına göre olan bir şey değildir. *Jaspers* felsefenin üç ana kaynağının bulunduğunu gösterdi: Şaşırma, kuşku ve sarsılma(25). Buna uygun olarak da felsefenin üç temel disiplini vardır: varlıkbilim, bilgi kuramı ve varoluşçuluk. Bu disiplinlerden her birine bir tutum karşılık gelmektedir. Her birinin kendi çağı vardır.

1.5.1 Varlıkbilim (Nesnellik Olarak Dünya)

Her varlıkbilimsel felsefe ilk önce varlığa yönelmiştir: *Nesneye*. Bu tutum tansıklar tansığı: varlığın oluşu ve tersini olmayışı karşısında *şaşıırma*' dan doğar. *Platon*' da, *Aristoteles*' te, *Aquino*' lu *Thomas*' ta, *Goethe*' de olduğu gibi. Bizim yapmadığımız bir dünya karşısında şaşırma bilmeye, sormaya zorlamaktadır, çünkü şaşıırırken hiçbir şey bilmediğimin de ayırına varmaktayım. Varlığın oluşunun ve tersine *Hiç* olmamasının nedeninin ne olduğunu bilmek istiyorum. İşte bu, *varlıkbilimin* sorusudur.

Varlıkbilim, bizim düşüncemizden bağımsız biçimde var olandan hareket eden, varlığa güven üzerine kurulu bir felsefedir. O, bilince değil, ilkede *üzerinde tasarruf edilemez olan* ve insanın buyruğuna, varlık-

ta ("doğa"da) yerleşik yasalara uyduğu sürece hazır bulunan, varlığa yönelmiştir. Varlığa güven üzerine kurulu ve nesnel gerçekliğe yönelik böyle bir felsefe yalnızca, kendi içerisinde sıkı yapılanmış, sağlam temeller üzerinde duran ve her şeyden önce kendine de güveni bulunan bir zamanda olanaklıdır. Bu dönemler, varlıkbilimin egemen felsefi yönü bulunduğu tinsel ve kültürel parlak devirlerdir: *Aristoteles*' in doruktaki klasik antik çağı, *Aquino*' lu *Thomas*' ın doruktaki skolastik çağı, *Hegel*' in doruktaki Alman idealizmi.

Nesnelci hukuk felsefesi şaşırma; varlığın daha başlangıçta düzen ve biçim içerdiğine, şeylerin ve ilişkilerin "doğal" bir düzeninin bulunduğu, insanların topluluk durumunda bir arada yaşadıkları her yerde hukukun da hemen ilk olarak var olduğuna duyulan hayretten yola çıkmaktadır. İnsansal terbiyenin aslında varlığın da özünde yatan bu yasaları karşısında, hayretle dolmayan kimse hiçbir zaman doğal hukuk sorununun hakkını veremeyecektir. Hukuku yalnızca insanların bir yaptığı olarak gören kimse, varlığa uygun ve üzerinde tasarruf edilemez bir hukuk sorusunu nasıl sorabilecektir? Gerçek bir doğal hukuk kuramı hukukun ancak, kendi özü bakımından bizim istememizden ve düşünmemizden bağımsız olarak kavrandığı, varlıksallığının yadsınmadığı yerde olanaklıdır. Doğal hukuk için varlıktan başka bir geçerlilik nedeni söz konusu olamaz. Doğal hukuk kuramı nihayet bir hukuk varlıkbilimidir(ama zorunlu olarak

bir madde varlıkbilimi değil). Bu nedenle doğal hukukun doruk dönemleri varlıkbilimin de doruk dönemleridir. Doğal hukuk aslında varlığa güven zemininde büyümektedir. Kendine ve dünyaya güvenleri olan kuşaklar ancak, doğal hukuka yönelirler.

1.5.2 Bilgi Kuramı (Öznellik Olarak Dünya)

Nasıl ki, nesnel felsefenin başında şaşırma ve güvenmek geliyorsa, ilke olarak özneye göre yönelmiş felsefenin de ana duygusu güvensizlik ve kuşkidur. Duyu organlarımızın bizi aldatıp aldatmadığından emin olamayışımız; bilgi edinmek çabamızda sürekli, yeniden yanılmamız; düşünmemizin çözülmesi olanaksız çelişkilere saplandığını yeterince yaşamamız nedeniyle, algıladığımızı ve bildiğimizi sandığımız her şeyi; bu denli köklü bir kuşkuya hangisinin dayanabileceğini ve sonra gerçekten bir kesinlik olarak geçerli olabileceğini görebilmek için, önce bir kez sorgulamak zorunludur. Bilmemizde böylesine bir kesinlik: "clara et distincta perceptio", "Meditationes de prima philosophia"(1641) adlı eserinde kuşkulandırılabilecek her şeyden kuşkulandırmayı ilke durumuna getiren(26) *Descartes* için ve "Salt Aklın Eleştirisi"nin(1787)önsözünde eski metafiziğin sözde, sanılan bilgisini, inanca yer açabilmek için kaldırmak zorunda bulunduğunu(27) söyleyen *Kant* için önemlidir.

Felsefe yapmaya kuşkuyla başlanan yerde, dünyaya karşı tutum da

farklı olacaktır. Bakış, oldukları gibi olan eşyaya değil, düşünen özneye yönelmiştir. Kaynaksal olan varlık değil, bilinçtir. Varlık, bilincin bir ürünü olarak açıklanır. *Protagoras*'ın da zamanında öğrettiği gibi insan her şeyin ölçüsüdür. Felsefe bütünüdür öznelci, bilinç felsefesidir. Buna göre felsefenin sorusu şöyledir: Bilincimden hareketle bir "dış dünya"- bilgisine nasıl ulaşabilirim? Bu demektir ki: bir şeyi aslında nasıl bilebilirim? İlk elde, önemli olan nesne, konu, varlık değil; bilmek, bilinç, yöntemdir. Varlıkbilim değil, bilgi kuramı artık *prima philosophia*'dır. Şimdi, *Goethe*'nin *Kant*'ın felsefesi için, "onun konuya bir türlü gelememesi"(28) biçiminde yakınması burada tam yerini bulmaktadır. Varlığı güvenle kucaklamayıp, tersine sonsuz bir kuşkuya hapsolunan böyle bir felsefe bir çağın doruk noktasının geride kaldığının ve çözülme eğilimlerinin başladığının kesin bir işaretidir. *Goethe* bir gün *Eckermann*'a (29.1.1826) "Size bir şey açıklayacağım ve Siz bunun yaşamınız boyunca defalarca doğrulandığını göreceksiniz. Gerilemekte ve çözülmekte olan devirler öznelci. Bunun karşısında ilerleme dönemleri nesnel bir yön içerirler". Ve *Kant*'ın bu çağdaşı ekler: "Şimdiki zamanımız bütünüyle gerileyen, çünkü öznel bir zamandır."

Bu söylenenler hukuk felsefesi için de geçerlidir. Başlangıcında kendini varlıkta bulan bir düzen karşısında şaşırma değil de, tersine böyle bir düzenin aslında olup olmadığına dair kuşku var ise, o zaman ilk elde doğru hukukun ne olduğu sorusu ye-

rine, *Rudolf Stammler*'in dediği gibi, "hukukun bilgisi"ne(29) dair sorunun geçmektedir. Hukukun bağımsız bir varlıksallığı yadsınarak, ona yasa koyucunun mutlak iktidarından türeyen yasaların bir toplam nitelenmesi, bir nominal kavram olmak anlamı yüklenmektedir(pozitivizm). Doğal hukuk idesi artık hiç anlaşılmayacaktır. Doğa yasalarının yalnızca daha çok "bilimsel genellemeler" olarak görülebilmesi gibi, doğal hukuk da "teorinin bir ürünü" olarak açıklanmaktadır(30). Hukuk felsefesinden geriye "genel hukuk kuramı"ndan(31) daha fazla bir şey kalmamaktadır. Burada da çözülme eğilimleri kendisini göstermektedir(32).

1.5.3 Varoluş Felsefesi (Kendini Oluş Süreci Olarak Dünya)

Felsefe yapmanın üçüncü kaynağı; insanın aşamadığı, değiştiremediği, (kendi - veya toplumun, tüm insanlığın - varoluşunun sınırını, günlük sıkıntılı dünyasının belirsizliğini algıladığı: suç, hastalık, ölüm, savaş, salgın hastalık, kültürlerin çöküşü, devletlerin yıkılışı gibi) "sınır durumlar"la karşı karşıya kaldığı varoluşsal sarsılmadır. Bu sınır durumların bilincine varma, kendi zayıflığını, güçsüzlüğünü görme, *Epiktet*'in daha o zamanlar söylediği gibi, insansal varoluşun anlamının ne olduğu sorusunu sormaya zorlamaktadır. "Zorunluluk düşünmeyi öğretir" (*Ernst Bloch*) (33). Her şey, insanın bu sınır durumlar karşısındaki tutumuna göredir. Gözlerini kapayabilir, öyle deşillermiş gibi yapabilir ve gü-

nün birinde kendisini bu olgulara ezdirebilir. Bu, varoluşta düşmüşlüğü, önemsizliğin modus'udur: Kitle-sel varoluştur. Gerçek varoluşa, varoluşun aslına insan, sınır durumların karşısına kararlı bir biçimde dikilerek, onları planlarına ve tutumlarına anlamlı bir biçimde dahil ederek ve kendi özbilincinin böylece değişimiyle tamamen kendi kendisi olarak ulaşabilir. *Varoluş felsefesinde* önemli olan budur: O, insanı kendi olanaklarından yana tutum takınarak ve bununla kendisini gerçekleştirmeyi başararak, bitkisel bir yaşamın asılsızlığına kaçış arzusuna karşı gelmeye çağırılmaktadır.

Bu söylenenlerden sonra, varoluş felsefesine hep, büyük değişimlerin ve dolayısıyla krizlerin yaşandığı zamanlarda rastlandığını söylemek şaşırtmamalıdır. Bu, çağların geçiş dönemlerinin tipik felsefesidir. Ona, ismen olmasa bile antikçağda *Sokrates öncesi filozoflarda* ortaçağa giriş döneminde *Augustinus*'ta, yeniçağa geçerken örneğin; *Pascal*'da rastlanmaktadır. Diğer yandan bu felsefe yeni, henüz adsız dördüncü bir çağa(34) geçişin, yani *bizim çağımızın* da felsefesidir.

Hukuk alanında da varoluşsal sarsılma; sınır durumların bilincine ulaşma; bizim yeryüzü hukukumuzun, mutlak değerler ölçütüne vurulduğunda, kaçınılmaz başarısızlığını algılayış vardır. *Radbruch* bir defasında, iyi bir hukukçu ancak, vicdanı rahat olmayan bir hukukçu, "meslek yaşamının her anında aynı zamanda zorunlu olarak, mesleğinin baştan sona sorgulanabilir olduğunun tam bilincinde bulunan" bir hukukçudur,

demmişti(35). Bu, tamamen varoluş felsefesi tarzında bir düşüncedir. Hukukun bildiğimiz kadarıyla, sınırlılığı, yetersizliği, güvenilir olmayışı karşısında gözünü yuman hukukçu, körü körüne ona kapılır ve bütün uğursuzluklarına teslim olur. Bu tutum hem pozitivist hem de doğal hukukçu için belirleyicidir. Pozitivist yalnızca yasayı görür. Hukukun yasa üstü her türlü ögesine bakışını kapatır. Bu nedenle o, yüzyılımızda yeterince yaşadığımız gibi, hukukun siyasi iktidar tarafından her türlü yozlaştırılmasına karşı çaresizdir. Doğal hukukçu yasayı küçümser. Önceden var olan normlara değer verir; ancak bunları bilgisel bakımdan yeterli biçimde kanıtlanamayacağı için sonuç, özellikle "doğal hukukçu" 18. yüzyılın gösterdiği gibi, hukuk güvensizliği ve keyfiliktir. Her iki kuram da hukukun varoluş tarzını kavramakta isabetsizlik göstermektedir. Bu yüzden her ikisinde de hukuk kendisini bulamamaktadır(36).

1.5.4 Türlü Yönlerin Bireşimi

Felsefenin önümüzdeki bu sınıflandırılmasını yalnızca kurgusal bir tiplendirme olarak anlamak gerekir; Hiçbir felsefe yönü bu saflıkta görülmez. Ancak vurgular türlü zamanlarda farklı ögelere yapılmaktadır. Bir felsefenin özelliklerinin idealtipik biçimde toplanması onun yanlışlarını, gerçekçi bir bakışla görülebilecek olandan daha fazla ortaya koyar.

Hukukun eski madde varlıkbilimi tarzında kavranışı yanlışlıktır. Hukuk

ağaçlar, evler gibi bir "obje" değildir. Hukuk daha çok, insanların birbirleri ve eşya karşısında konum aldıkları bir ilişkiler ağıdır. Madde varlık-bilimi yerine bir *ilişkiler varlık-bilimi* geliştirilmelidir.

Diğer yandan her şeyi öznel olana ve nihayet işlevsel olana çözüm, "varlıkbilimsel"i (üzerinde tasarruf edilemez olanı) en başta yadsımak da yanlışır. Bununla hukuku bütünü yasa koyucunun karşısına koymak olur.

Her iki - nesnelci ve öznelci - tutum, birbirlerine karşıt işaretlerle de olsa, *özne-nesne şemasına* (özne ve nesne bilgide birbirlerinden ayrı durmaktadır) bağlanmış bulunmaktadır. Bu şema bugün doğa bilimlerinden dahi sorgulanmaktadır. En azından yorumbilimsel (anlayıcı) bilimlere uygun düşmemektedir. *Bireysel düşünceye* yerini bırakmalıdır.

Hem Jean Paul Sartre tarzında, insanın kendi ahlakını kendisinin yaptığı bir aşırı varoluş felsefesinden, hem de Niklas Luhmann tarzında, hukukun yalnızca süreç yoluyla oluşup meşruluk kazandığı bir aşırı işlevselcilikten kaçınmalıdır. Birey ve aynı biçimde hukuk *aynı zamanda olgu ve ödevdirler*. Birbirlerinden ayrılmaz biçimde nesnellik ve özneliktirler. Birey ve hukuk, kendisiyle somut varoluş biçimine ulaştıkları bir bireysel oluşum sürecinin yalnızca bir ürünü olmakla kalmayıp, onun hem bir "ne"si hem de "nasıl"ıdır. Bu kısaca, *adaletin nesnel(bireysel) temelli süreçsel bir kuramı* 'nın idesidir(37).

1.6 Felsefenin ve Hukuk Felsefesinin Günümüzde Ödevi

Bir geçiş döneminde, önemli değişimler döneminde yaşıyoruz. "Paradigmalar değişimi"nden çok konuşuluyor ve bir değişimi, diğeri izliyor. Modern çağın alameti farikası: ussallık, en yüce olarak kutsandı. "Post modern"lik Şimdi -ABD'den ve Fransa'dan gelerek- bizde de yerleşiyor. O, usdışılığın yeniden gelmesinden başka bir anlam taşıyor. Fakat usdışılık, bilimsel talepler ileri süren bir felsefe için elbette bir reçete olamaz. Ancak ussallık ve usa oynuyorsak, modern zamanda ve özellikle aydınlanmada görülen ve post-moderne bu denli büyük bir çekim gücü kazandıran sıkıntının nereden kaynaklandığına dikkatimizi yöneltmemiz gerekiyor. Bir tümceyle söylemek gerekirse: Bu bütünüyle, egemenlik ve yarara hizmet edecek bir bilgiye yönelen ve bu nedenle, *insanlar için gerçekten önemli sayılacak soruları yanıtlama yeteneğinden yoksun bulunduğunu gösteren*(38): "modernin olgunluğa ulaştırma saplantısı", "bütünleştiren us", "sürekli aydınlanma"dır. Bu başarısızlık nasıl açıklanabilir?

Tarihe bir baktığımızda, felsefenin, özellikle hukuk felsefesinin ödevleri hakkında karşıt ve zaman zaman birbirlerinin yerine geçen iki aşırı görüş saptayabiliriz. Biri, felsefeye dünya, insan, hukuk hakkında *mutlak, genelgeçer, değişmez* deyişlerde bulunmak ödevini yükler. Bu, sayısız defalar denenmiş -saltçı doğallık hukuk öğretileri anımsansın- ve her defasında başarısızlığa uğramış-

tır. Çünkü bu dünyada böylesine salt ve zamanlar üstü içerikler yoktur. Çünkü, -Kant'a göre- "salt" bilgi yalnızca, kendisiyle bir şeyler bilebildiğimiz *biçimi* içerir. İçerikler ise, anlıktan değil, deneyimden geldikleri ve ancak a posteriori geçerli oldukları için, "salt" değildir(39).

Ve bu bulgudan diğer yön ortaya çıkmaktadır. Felsefe yapmanın "saflığı" uğruna bu tür içeriklerden, özellikle değerlere ilişkin deyişlerden vazgeçilmekte (örneğin; Max Weber'in "bilimin değerden bağımsızlığı", Hans Kelsen'in "saf hukuk kuramı"), varlığın, düşüncenin, hukukun yalnızca *biçimlerine* yönelmektedir. Birçoklarının "ussallığın" belirleyici ölçütü olarak gördüğü bu "saflık", bütün *içeriksel* felsefe yapmayı, us dışı ve bu nedenle bilim dışı sayarak reddetmeye götürmektedir. Fakat böylesine biçimsel bir saflığa sıkıştırılmış bir ussallık da, gerçekten önemli sorulara bir yanıtının bulunamadığı taşlamasına katlanmak zorundadır. Felsefede (Kant'ın bu tarzda ele almadığı) biçimcilik elbette bazı keskin görüşlü kuramlar ortaya çıkardı. Fakat içeriği bulunmayan düşünceler, bilindiği gibi, boş olacağı(40) için bunların kılıksal yaşamdaki anlamları, saflık kuralına ne denli sıkı sarılırlarsa o denli azalmaktadır.

Biçimsel saflık ve içeriksel anlam dolu deyiş gücü... Bunların ikisine birden sahip olunamaz. Bunu çağdaş hukuk filozoflarından hiçbirisi, bir yüzyıllık biçimci genel hukuk kuramından sonra yeniden hukukun içeriği hakkında ilk felsefe yapanlardan biri olarak Gustav Radbruch

kadar iyi bilemez. Felsefede "artık konuya" dönüşün istenmesiyle neredeyse aynı zamanda hukuk felsefesinde de yeniden "hukuk konusu"na(41) dönüldü. Edmund Husserl'in "Saf bir Fenomenolojiye ve Fenomenolojik Felsefeye İlişkin Düşünceler"(1913) adlı yapıtı yayınlandıktan yalnızca bir yıl sonra Radbruch'un kendisiyle hukukun içeriğine ve doğruluğuna ilişkin yeni bir sormanın başladığı "Felsefenin Ana Çizgileri"(1914) adlı yapıtı yayınlandı. Genellikle pozitivizmin baş tanığı olarak nitelenen Radbruch aslında onu aşmış olan kişidir. Olan ile olması gereken arasında önce savunulan "yöntem ikiciliği"nden, "idenin konusuyla belirlenmişliği" düşüncesinden, daha sonraki "nesnenin doğası" öğretisine değin dosdoğru bir yol gider. Radbruch'un adıyla hukuk felsefesinde yeni bir bölüme: *pozitivizmin ve doğal hukukun ötesinde bir hukuk felsefesine* geçiş ilişkilendirilmektedir.

Elbette Radbruch kendi hukuk felsefesinin içeriklendirilmesi için bir bedel ödemek zorunda kalmıştır. Bu bedel hukuk filozofik ya da değer kuramsal göreciliği. Hukukun olası en yüksek değerlerinin sayısını Radbruch sınırlı ve tek doğru değerinin ne olduğu sorusuna bilimsel bir yanıtı ise olanaksız bulmaktaydı. Bu göreciliğin ardında özgürlük, hoşgörü ve demokrasi ülküsü yer alıyordu. Bu ülkenin diktatörlükte ihanete uğramasıyla hukuk felsefesindeki görecilik de terk edilmiş oluyordu; hukukun içeriği hakkında diktatörce karara varılıyordu. Bu yol bize artık kapalıdır ve sonsuza değin

de öyle kalacağını umarım. Ancak bu sonuçla birlikte içeriksel bilimsel bir hukuk felsefesi düşüncesini de gömmeli miyiz?

Radbruch çok erken bıraktı. Hukukun üstün değerlerini - bireysel değerler, kolektif değerler, eser değerleri - açık seçik biçimde doğrulayamadığı için bu değerlerin doğruluğu kanısını taşımayanlarla daha baştan iletişimi kopardı, daha açıkça: onlarla iletişim bilimsel değil, ancak siyasi düzlemde gerçekleşebilir-di.

Bu girişte felsefenin bir kısaltması yer almaktadır. *Radbruch*'un da yalnızca açık seçik, "saf" bilgiyi bilgi olarak kabul ettiğini bir yana bırakarak (nihayet o da bir kantçıydı!), o felsefi bilme sürecinin gereğinden fazla monolojik olduğu görüşündedir. Felsefi bilme, işbirliğine dayalı bir çabayı gerektirir. Felsefenin gerçekleşmesi ve aynı zamanda felsefe yapan insanın kendisini gerçekleştirmesi, başka felsefe yapanlarla *felsefi iletişim* ediminde cereyan eder. Daha *Platon*'un *Atina*'da kurduğu Akademi'sinde bu birlikte felsefe yapma (συμφιλοσοφείν) biliniyordu. Kanıtsal ve yargılayıcı konuşmanın (ἐλεγχος) oldukça kesin yöntemsel kuralları da vardı. Çağdaş diskurs kuramıyla (*Jürgen Habermas*) gerçeğin (doğruluğun), özellikle deneysel olmayan (normatif) alanda, yalnızca kooperatif biçimde bulunabileceği düşüncesi yeniden canlandı.

Baskılı düşünme daha baştan bir iletişimi olanaksız kılmaktadır. Görecilik ise, içerikler bakımından bir görüş birliği bulunmuyorsa, iletişim-sel bir konuşmadan zamansız biçim-

de vazgeçmektedir. Her ikisi de böylelikle felsefenin, "bilgilendirme ile oluşan topluluğu" (42) iletişim yolunda, giderek gerçekleştirmek ödevinden sapmaktadır. Elbette böyle bir bilgilendirme kendisi için olup bitmemektedir. Felsefi tartışmanın amacı hakikat anlamında, öznel arası bir konsensüse ulaşmaktır. Fakat konsensüsün gerçekleşmemesinin iletişimin başarısız kaldığı anlamına gelmemesi gerekir. İletişim daha çok özellikle bu tür, yanıtsız durumlarıyla katlanılması gereken sorular bakımından da karşılıklı anlayış ve kabulleniş demek olabilir.

İnsanların zordan ve kaba güçten arınmış olarak birbirlerini "önemli sayılan sorular" hakkında bilgilendirmeleri ve böylelikle kendilerine gelmeleri "kibernetik çağ"da, "yeni çağ sonrası"nda da öyle kalacaktır. Çünkü bu ödeviyle insanı hiçbir makina, hiç bir otomat geride bırakamayacaktır. "Postmodernlik", bizim teknik rasyonalite ile -dünyamızın aşırı hukukileştirilmesi onun bir parçasıdır-, insanı ve onun temel sorunlarını unutacak derecede aşırıya kapılmamamız için bir uyarı demektir.

NOTLAR

- 1) *Jaspers*, Einführung in die Philosophie, 25.baskı, s.24 vd.
- 2) *Kant*, Kritik der reinen Vernunft, B baskısı, s.XXXV. Bu konuda krş. *Eike v. Savigny*, Die rolle der Dogmatik-wissenschaftlich gesehen. b.y.: *Eike v. Savigny* vd. Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie, 1976, s.100 vd.

- 3) Örneğin krş. *BGHSt* 24, 40 vd.: "hukuk düzeninin savunulması"na ilişkin (§§ 47/1, 56/3 StGB)-bütünüyle eleştirel, fakat tümüyle dogmatik olarak ele alınmış bir hukuki karar.
- 4) Krş. *Coing*, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 4. baskı, 1985 s. 3." Demek ki hukuk felsefesi hukuk biliminin kendi alanında işleyip ortaya çıkardığı bilgiden vazgeçmeksizin onun sınırlarını aşmalıdır; kültür görüngüsü olarak hukukun sunduğu özel sorunları felsefenin genel ve temel sorunları ile ilişkilendirmelidir".
- 5) Her şeyden önce bkz. *Gadamer*, Wahrheit und Methode, 5. baskı 1986, s.270 vd., 330 vd.; *Esser*, Vorverstaendnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 2. baskı 1972, özellikle s.136 vd., giderek krş. *Arthur Kaufmann*, Bei -traege zur Juristischen Hermeneutik, 1984, s.51 vd., 74 vd., 86 vd., 92 vd.; *Kaufmann/Hassemer*, Grundprobleme der zeitgenössischen Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 1971, s.35 vd., 65 vd.
- 6) *Gadamer*, Wahrheit (dn.5), s.271
- 7) *Jaspers*, Philosophie, 3. baskı 1956, 1.cilt s.322
- 8) Krş. *Jaspers*, Einführung(dn.1), s.21 vd., bkz. *Arthur Kaufmann*, Gerechtigkeit-der vergessene Weg zum Frieden, 1986, özellikle s.122 vd.
- 9) Ayrıntıları için bkz. *Arthur Kaufmann*, Rechtsphilosophie im Wandel, 2. baskı 1984, s.57 vd.
- 10) *Radbruch*, "her çağın kendi hukuk bilimini yeniden yazması

- gerekir" diyorsa bu, hukuk felsefesi için öncelikle geçerlidir (Rechtsphilosophie, 8.baskı 1973, s.222), Krş. *Jaspers*, Einführung(dn.1), s.109: "Geçmiş bir dönemi kendi çağımız gibi görmek, eski bir sanat yapıtını bir daha yaratmak kadar olanaksızdır".
- 11) Ayrıntıları için bkz. *Arthur Kaufmann*, Rechtsphilosophie (dn.9), özellikle s.69 vd., 101 vd.
 - 12) *Heidegger*, Einführung in die Metaphysik, 1953, s.9
 - 13) *Jaspers*, Einführung(dn.1), s.10
 - 14) *Radbruch*, Rechtsphilosophie (dn.10)s.114
 - 15) *Jaspers*, Philosophie(dn.7), 1.cilt, s.285, felsefede okullaşmaya ilişkin ve karşı olarak s.287 vd.
 - 16) *Schroth*, Was ist und was soll Rechtstheorie?, b.y.: JA 1972, s.1 vd.Krş. *Ellscheid*, Zur Forschungsidee der Rechtstheorie; *Kunz*, Rechtstheorie-regionale allgemeine Wissenschaftstheorie oder Erkenntnistheorie des Rechts?; *Hassemer*, Rechtstheorie, Methodenlehre und Rechtsreform; bunların hepsinin b.y.: *Arthur Kaufmann* (yayınlayan), Rechtstheorie; Ansätze zu einem kritischen Rechtsverstaendnis, 1971, s. 5 vd., 19 vd., 27 vd.,-ayrıca *Jahr/Maihofer* (yayınlayan) Rechtstheorie; Beitrage zur Grundlagendiskussion, 1971-1970'ten beri "Rechtstheorie-Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kybernetik und Soziologie des Rechts" ve "Jahrbuch für Rechtsssoziologie und Rechtstheorie" adlı dergiler çıkmaktadır.
 - 17) *Heidegger*, Zur Sache des Den-

- kens, 1969, s.61 vd., özellikle s. 63
- 18) *Ryffel*, Grundprobleme der Rechts- und Staatsphilosophie; Philosophische Anthropologie des Politischen, 1969, s.5, 19, 32 vd. ayrıntıları için krş. *Arthur Kaufmann*, Hermeneutik(dn.5) s.6 vd.
- 19) *Kant*, Metaphysik der Sitten, 1.kısım, 1798
- 20) *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821
- 21) *Radbruch*, Rechtspilosophie, 3.baskı 1932(ölümünden sonra 8. baskı 1973).
- 22) Krş. *Alfred Büllesbach* ve *Jochen Schneider*, Wahlfachgruppe Rechtsphilosophie, Rechtssoziologie, b.y.: jus 1975, s.747 vd. - Hukuk enformatiğinin de (hukukta elektronik bilgi işleme) hukuk felsefesinden sayılıp sayılamayacağı bir sorundur. Son zamanlarda oldukça bağımsızlaştı.
- 23) 1.5 kısmı önemli oranda "Rechtsphilosophie im Wandel" adlı yapıtımdan bir alıntıdır(dn.9), s.190 vd.
- 24) Krş. *Arthur Kaufmann*, Naturrecht und Geschichtlichkeit, 1957 (ve sonraki baskılar); *aynı yazar*, Rechtsphilosophie, (dn.9) s.117 vd.; *aynı yazar*, Hermeneutik (dn.5), s.25vd. daha kapsamlı *J.Llompert*, Die Geschichtlichkeit in der Begründung des Rechts im Deutschland der Gegenwart, 1968
- 25) *Jaspers*, Einführung(dn.1), s.16 vd.
- 26) Meditatio I: De iis quae in dubium revocari possunt; Meditatio IV: De vero et falso.
- 27) B XXX.
- 28) *Geothe*, Brief an Schultz vom 18.9.1831
- 29) *Stammler*, Theorie der Rechtswissensschaft, 2.baskı 1923, s.14 vd.
- 30) *Engisch*, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, 2.baskı 1968, s.231.
- 31) Krş. yukarıda dn.14.
- 32) Bkz. *Radbruch*, Einführung in die Rechtswissenschaft, 8/9. baskı 1929, s.199 (ölümünden sonra 12. baskı *Konrad Zweigert* tarafından yapıldı. 1969, s.252 vd.; bütün yapıtları 1. cilt 1987, s.390)
- 33) *Tübinger Einleitung in die Philosophie*, 1.cilt 1963, s.12 vd.
- 34) *Heidegger* "kibernetik" bir çağdan söz etmektedir-ama yalnızca o değil; krş. *Zur Sache des Denkens*(dn.17), s.64 -özellikle bkz. *Guardini*, Das Ende der Neuzeit; Ein Versuch zur Orientierung, 5.baskı 1950.
- 35) *Radbruch* Rechtsphilosophie(dn.10), s.204. Ayrıca bkz. *Erich Wolf*, Fragwürdigkeit und Notwendigkeit der Rechtswissenschaft, 1953 (sonradan basım 1965).
- 36) Bu sorunlara ilişkin olarak bkz. *Maihofer* (yayınlayan), Naturrecht oder Rechtspositivismus?, 3.baskı 1981; Ayrıca *Arthur Kaufmann*, Hermeneutik(dn.5), s.79 vd.
- 37) Bütününe ilişkin daha ayrıntılı olarak: *Arthur Kaufmann*, Vorüberlegungen zu einer Juristischen Logik und Ontologie der Relationen; Grundlegung einer personalen Rechtstheorie, b.y.: RTh 17

- (1986), 257 vd.; *aynı yazar*, über die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft; Ansaetze zu einer Konvergenztheorie der Wahrheit, b.y.: ARSP 72(1986), 425 vd.; *aynı yazar*, Recht und Rationalitaet, b.y.: Rechtsstaat und Menschenwürde; Festschrift für Werner Maihofer, 1988, s.11 vd. - Bundan daha önce: *aynı yazar*, Hermeneutik(dn.5), s.86 vd.; *aynı yazar*, Über den "Wesensgehalt" der Grund- und menschenrechte, b.y.: ARSP 70 (1984), 384 vd.
- 38) Bkz. *Peter Koslowski*, Die postmoderne Kultur; Gesellschaftlich - kulturelle Konsequenzen der technischen Entwicklung, 1987, özellikle s.27 vd.
- 39) Buna ilişkin olarak *Kant'* in Kritik der reinen Vernunft'undaki "die transzendente Logik" adlı bölüme bakınız (A 50vd., B 74 vd.).
- 40) *Kant*, Kritik der reinen Vernunft, B 75: "İçeriksiz düşünceler boş; kavramsız görüşler kördür."
- 41) "Hukuk konusu"na ilişkin olarak krş. *Arthur Kaufmann*, Hermeneutik (dn.5), s.53 vd., 95 vd., 93. Başka bir bakış açısından: *J. Hruschka*, Das Verstehen von Rechtstexten; Zur hermeneutischen Transpositivitaet des positiven Rechts, 1972, s.56 vd.
- 42) Krş. yukarıda dn.8

Seçilmiş literatür

A. Felsefeye Giriş

- Block, Ernst*: Tübinger Einleitung in die Philosophie, 2 Bde., 1963, 1964.
- Heidegger, Martin*: Einführung in die Metaphysik. 1953.
- Jaspers, Karl*: Einführung in die Philosophie, 1953 (Serie Piper 13, 1986).
- Speck, Josef* (Hrsg.): Grundprobleme der grossen Philosophie, 9 Bde., 1975 ff.
- Stegmüller, Wolfgang*: Hauptströmungen der Gegenwartsphilosophie; Eine kritische Einführung. 1. Bd. 6. Aufl. 1978; 2. Bd. 8. Aufl. 1987; 3. Bd. 8. Aufl. 1987.

B. Hukuk Felsefesi

- Adomeit, Klaus*: Rechtstheorie für Studenten, 2. Aufl. 1981.
- Alexy, Robert*: Theorie der juristischen Argumentation, 1978.
- Aristoteles*: Nikomachische Ethik, ca. 320 v. chr. (V. Kitap adalet kuramının

içeriyor).

- Bydlinski, Franz*: Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff. 1982.
Coing, Helmut: Grundzüge der Rechtsphilosophie, 4. Aufl. 1985.
Dubischar, Roland: Einführung in die Rechtstheorie, 1983.
Engisch, Karl: Einführung in das juristische Denken, 8. Aufl. 1983.
Engisch, Karl: Auf der Suche nach der Gerechtigkeit; Hauptthemen der Rechtsphilosophie, 1971.
Fechner, E., Rechtsphilosophie; Soziologie und Metaphysik des Rechts, 2. Aufl. 1962.
Fichte, Johann Gottlieb: Rechtslehre, 1812.
Fikentscher, Wolfgang: Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, 5 Bde. 1975-1977.
Haft, Fritjof: Juristische Rhetorik, 3. Aufl. 1985.
Hart, H.L.A.: Der Begriff des Rechts, 1973.
Hegel, Georg Wilhelm Friedrich: Grundlinien der Philosophie des Rechts - oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, 1821.
Henkel, H.: Einführung in die Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 1964.
Höffe, Otfried: Politische Gerechtigkeit; Grundlegung einer kritischen Philosophie von Recht und Staat, 1987.
Kant, Immanuel: Metaphysik der Sitten, 1797; 2. Aufl. 1798(1.Teil: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre).
Kaufmann, Arthur: Rechtsphilosophie im Wandel, 2. Aufl. 1984.
Kaufmann, Arthur: Beiträge zur Juristischen Hermeneutik - sowie weitere rechtsphilosophische Abhandlungen, 1984. Kaufmann, Arthur: Analogie und "Natur der Sache"; Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus, 2. Aufl. 1982.
Kelsen, Hans: Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960 (Nachdruck 1976).
Kelsen, Hans: Allgemeine Theorie der Normen, 1979.
Klenner, Hermann: Rechtsphilosophie in der Krise, 1976.
Klenner, Hermann: Vom Recht der Natur zur Natur des Rechts, 1984.
Koch, Hans-Joachim (Hrsg.): Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie, 1976.
Koch, Hans-Joachim/Helmut Rüsman: Juristische Begründungslehre, 1982.
Larenz, Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl. 1983.

- Maihofer, Werner*: Recht und Sein; Prolegomena einer Rechtsontologie, 1954.
Müller, Friedrich: Juristische Methodik, 3. Aufl. 1989.
Naucke, Wolfgang: Rechtsphilosophische Grundbegriffe, 2. Aufl. 1986. Neumann, Ulfrid: Juristische Argumentationslehre, 1986.
Noll, Peter: Gesetzgebungslehre, 1973.
Pawlowski, Hans Martin: Methodenlehre für Juristen: Theorie der Norm und des Gesetzes, 1981.
Pawlowski, Hans-Martin: Einführung in die juristische Methodenlehre; Ein Studienbuch zu den Grundlagenfächern Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 1986.
Perelman, Chaim: Über die Gerechtigkeit, 1967.
Perelman, Chaim: Das Reich der Rhetorik; Rhetorik und Argumentation, 1980.
Peschka, Vilmos: Grundprobleme der modernen Rechtsphilosophie, 1974.
Radbruch, Gustav: Gesamtausgabe in 20 Bänden (hrsg. von Arthur Kaufmann), 1987 ff. Bisher erschienen: Bd. 1: Rechtsphilosophie I(bearbeitet von Arthur Kaufmann), 1987; Bd. 16: Biographische Schriften (bearbeitet von Günder Spengel), 1988.
Radbruch, Gustav: Rechtsphilosophie, 8.(postume) Aufl. 1973(besorgt von Erik Wolf und Hans-Peter Schneider).
Radbruch, Gustav: Vorlesung der Rechtsphilosophie, 3. (postume) Aufl. 1965 (besorgt von Arthur Kaufmann).
Radbruch, Gustav/Konrad Zweigert : Einführung in die Rechtswissenschaft, 12. Aufl. 1969.
Rawls, John: Eine Theorie der Gerechtigkeit, 1975.
Rawls, John: Gerechtigkeit als Fairness (hrsg. von Otfried Höffe), 1977.
Reich, Norbert: Marxistische und sozialistische Rechtstheorie, 1972.
Rottleuthner, Hubert: Rechtstheorie und Rechtssoziologie, 1981.
Ryffel, Hans: Grundprobleme der Rechts- und Staatsphilosophie; Philosophische Anthropologie des Politischen, 1969.
Schramm, Theodor: Einführung in die Rechtsphilosophie, 2.Aufl. 1982.

- Seidler, Grzegorz Leopold*: Rechtssystem und Gesellschaft, 1985.
- Stranzinger, Rudolf*: Gerechtigkeit; Eine rationale Analyse, 1988.
- Tammelo, Ilmar*: Zur Philosophie der Gerechtigkeit, 1982.
- Thomas von Aquin*: Recht und Gerechtigkeit. Deutsche Thomas-Ausgabe (lateinisch und deutsch), 18.Bd., 1953 (Summa theologiae II, II, 57-79; entstanden 1266-1272).
- Trapp, Rainer W.*: "Nicht-klassischer" Utilitarismus; Eine Theorie der Gerechtigkeit, 1988.
- Viehweg, Theodor*: Topik und Jurisprudenz, 5. Aufl. 1974 Wesel Uwe; Juristische Weltkunde; Eine Einführung in das Recht, 3. Aufl. 1986.
- Zippelius, Reinhold*: Rechtsphilosophie; Ein Studienbuch, 1982.
- Zippelius, Reinhold*: Juristische Methodenlehre, 4. Aufl. 1985.