

Hukukun Bilimselliği Üzerine*

Selâhattin Keyman

Bir hukukçu topluluğuna, hukuk nedir sorusunu yönelttiğinizde alacağınız en yoğun yanıt, hukuk insan davranışını düzenleyen normlar bütünüdür şeklindeki bir tanım olacaktır. Bu gerçekten de, hukukun tartışmaya en kapalı, en nötr ve en renksiz, buna karşılık hukuk olgusunun dış dünyaya yansıma biçimini objektif olarak gösteren bir tanım olması dolayısı ile, bilimselliğin en temel unsurlarını içeren bir formül olarak kabul görebilecektir.

Hukuk nedir sorusuna verilecek en yaygın cevap olduğunu tahmin ettiğim bu tanım, iki açıdan irdelemek mümkün görünmektedir:

İlk olarak, hukuku, insan davranışının düzenlenmesi boyutu dışında ele alarak, bunun tasviri bir tanıma ulaşmak mümkün müdür? Örneğin, hukuk insanlar arası ekonomik, toplumsal, kültürel, siyasal, vb. ilişkilerin nasıl olacağını gösteren esaslar, ölçütler, rehberlerdir, ya da hukuk adaletin gerçekleştirilmesinin aracıdır gibi, hukuk olgusuna tamamen yabancı olmayan unsurlara öncelik veren tanımlar, hukuk olgusunu açıklamada ne ölçüde elverişlidirler? Bu sorulara açıklık getirmek, iki nokta üzerinde yoğunlaşmayı gerektirmektedir.

Bunlardan ilki insan davranışının, hukuk olgusunu açıklamak bakımından nasıl vazgeçilmez bir unsur olduğunu göstermektedir. Bunu takiben bir de, hukuk düşüncesini ve idesini bilgi teorisinin

süzgecinden geçirmekte fayda vardır. Bunun için, cevabını bulmamız gerekli olan soru şu olmalıdır: Bilimin hukuku algılamamız, öğrenmemiz, tasvir etmemiz yönünden önemi nedir? Diğer bir deyişle hukuk idesini bilimsel olarak açıklamak mümkün müdür?

İlk sorunun cevabını insanlık tarihinde bulmak mümkündür. İnsanlık tarihinin en kısa tanımı, bunu insan türünün öyküsü diye ifade eden tanımdır. Bu öykünün yazarı ve protagonisti olan insan dediğimiz canlı, belli bir anda, uzak geçmişinin gölgeleri arasından süzülüp, diğer canlılardan farklı bir biçimde çevresini etkilemeye ve değiştirmeye başlamıştır. İnsanın çevresini etkileyerek değişikliğe uğratmasında, diğer canlı türlerine oranla gözlemlediğimiz bu farklılık üç noktada toplanmaktadır. Her şeyden evvel, insanın hareketliliği, türünü ileriye götüren ve değiştiren bir dinamizm olarak tezahür eder. İkinci olarak bu, yaratıcı bir hareketlilik. Nihayet, zaman içinde biriken ve kuşaktan kuşağa geçen yetenek ve beceriler, insan türünün hareketliliğinin sürekli olması ve kopukluklar göstermemesi sonucunu doğurmuştur. İnsanın bu nitelikteki bir hareketlilik aracı ile yarattığı kültür ve uygarlığın, başka hiçbir türünün yaşam biçiminde rastlanmayan bir yanı vardır: İnsanın yarattığı kültür ve uygarlığın değişikliğe uğramasını ve gelişmesini belirleyen üç faktör vardır: (i) rastlantılar

* Bu makale, Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin kuruluş yılı açış dersi metnidir (17.10.1997). B.y.: Prof. Dr. Turan Tufan Yüce'ye Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2001, s. 421 vd.

ve doğal zorlamalar, (ii) zaman içinde biriken deney ve beceriler ve nihayet (iii) sadece insan denen canlı türünün sahip bulunduğu psiko-fizyolojik bir nitelikten kaynaklanan bilinçli ve özgür seçim ve tercihler yapabilme yeteneği, yani irade özgürlüğü.

Genetik mirasından gelen determinist davranış biçimi zincirini kırarak, özgür seçim ve tercihlere dayanan davranışları ile çevresini etkileyen ve değiştiren tek canlı insandır. Kısaca, insanı diğer canlılardan ayıran, onun, doğanın determinizmini kıran iradi davranış biçimlerini seçebilmesidir. Dolayısıyla, bütün beşeri bilimlerin esas konusu, zorunlu olarak, insanın bu özgür davranışdır. Örneğin, tarih, ekonomi, sosyoloji, psikoloji, vb. O halde, bağımsız bir bilim olup olmaması bir yana, beşeri bir disiplin olan hukukun da, insanın, özgür iradesinden kaynaklanan davranışını konu edinmesi kaçınılmazdır.

Yukarıdaki tanım yani hukuku, insan davranışını düzenleyen normlar olarak tasvir eden anlatım, hukukun insan davranışını ne açıdan ele aldığını göstermek bakımından anlamlıdır. Öyle ise, yaptığımız ilk tespit, beşeri bir disiplin olan hukukun insan davranışına yabancı kalmasının tasavvur dahi edilemeyeceğidir. Diğer insan bilimleri (tarih, sosyoloji, ekonomi), insan davranışını dış dünyaya yansıdığı biçimi ile tasvir ederler (olan). Hukuk ise, normlar aracılığı ile insanın özgür alanını etkiler; insan davranışının nasıl olması gerektiğini gösteren yaptırma emir-önergelerden oluşan normlar aracılığı ile bireyden belli bir hareket biçimini benimsemesini talep eder.

Hukukun ve hukuk normunun bu yapısı, bazı epistemolojik tartışmaların odak noktasını oluşturur. Epistemolojik ilk sorun, hukukun bilim olup olmadığıdır. Bu soruyu felsefi pozitivizmi hesaba katmadan cevaplamak mümkün değildir.

19. yüzyıldan itibaren beşeri bilimler alanında pozitivizm adı altında yeşermeye başlayan felsefi akım hukuku da etkilemeye başlamıştır. Hukuku da fizik, biyoloji, sosyoloji gibi bağımsız bir bilim düzeyine çıkartma çabaları iki önemli ürün vermiştir: Hukuki pozitivizm ve sosyolojik pozitivizm. Bunlar üzerinde durmayarak şu soruyu irdelemek istiyorum: İnsan düşüncesi bilimsel yöntemleri bulmadan, bunlara ulaşmadan evvel de hukuk olgusu ve hukuk düşüncesi vardır. Felsefeciler bu olgu üzerinde düşünüp, bilimsel metodlardan bağımsız bir hukuk idesine ulaşmışlardır. Bu düşünce akımı, çağımızda da, tabii hukuk felsefesi adı altında, sırf müspet hukuku eleştirmek amacı ile de olsa yaşamaktadır. Bu felsefeye, bilimsel olmayan hukuk düşüncesi de diyebiliriz. Bununla, bilimsel hukuk düşüncesi arasında yapılacak bir karşılaştırma ne gibi sonuçlar verecektir? Yani bilimsel olmayan hukuk düşüncesi ile bağımsız bilim düzeyine ulaşmış hukuki düşüncenin ulaştıkları hukuk idesi nedir?

I. Bilimsel olmayan hukuk düşüncesi tabii hukuk: Tabii hukuk felsefesini böyle nitelemek, bu akımın bilimsel düşünceye tamamen yabancı olduğu anlamına gelmez. 17. yüzyıldan itibaren, matematik ve tümdengelim metodu Hobbes, Leibnitz, Puffendorf, Grotius gibi filozof hukukçular üzerinde etkili olmuştur. Ancak tabii hukuk felsefesinin, hukukun kaynağı, hukukun evrenselliği, mutlak adalet gibi konulardaki teorileri, bu düşünce ile pozitivizmin başlattığı bilimsel metodlar arasında bir ilişki bulunmadığını göstermektedir. Bu nedenle, tabii hukuk felsefesini bilimsel olmayan hukuk düşüncesi olarak niteliyoruz.

Tabii hukuk, varlığı kendiliğinden hissedilen, hiçbir araca başvurulmaksızın algılanabilen, kökleri cansız doğa ile insan tabiatında (insan akli) yatan, dolayısıyla

soyut ve evrensel bir hukuktur. Tabii hukuk geleneklerden, insanlar arası ilişkilerden, yazılı kanunlardan ve ideolojilerden bağımsızdır, bunlardan etkilenmez. Tabii hukuk felsefesinin amacı, başından beri, hukukla eşit saydığı mutlak adaletin anlamını bulmak ve mutlak adaletle ulaşmaktır. Bu, bütün hukuk ve ahlak felsefelerinin ortak amacıdır. Tabii hukuk doktrininin hukukun kaynağı konusundaki tezlerine yöneltilen eleştirilerin epistemolojik açıdan tamamen geçerli olduğu kuşkusuzdur. Ama bu hiçbir zaman tabii hukuk doktrini, hukukun amacını ve mutlak adaletin anlamını araştırmaktan alıkoymamıştır. Tabii hukuk doktrini, ısrarla, bir hukuk ya da ahlak felsefesi olmak isteyen her düşünce akımının, gözlemden çıkan verileri (ampirizm) ve deneylerin verdiği sonuçları aşan (transandantalizm) bazı değerlere ve değer yargılarına sahip olması gerektiğini yinelemektedir. Bunun nedeni tabii hukukun, tarih içinde gelişen toplumsal ve ekonomik çevre ile şartlanan müspet hukuk ile (ampirik), gözlemden çıkan veriler ve deneylerin sonuçlarını aşan, bunların ötesinde bir ontolojiye (varlık) sahip olan değerler arasında derin bir farklılık olduğu konusundaki inancıdır.

Çünkü tek gerçek, duyu organlarımızla algıladığımız dünya değildir. Hukuk da bu dünyaya ait, bu dünyada yaşayan insanların koyduğu hukuktan ibaret değildir. Duyu organlarının ötesinde bir ideler dünyası vardır. Algıladığımız maddi dünyada var olan her şeyin, mükemmel bir eşi ideler dünyasında yaşamaktadır. Görülen ve algılanan dünyada var olan her şey, ideler dünyasında var olan aslının bir kopyası ve gölgesidir. Algıladığımız dünyada insanlar tarafından konulmuş olan hukukla ideler dünyasındaki hukuk uyuşmuyorsa müspet hukuku geçersiz ve yok saymak gerekir.

Epistemolojik açıdan bunları savun-

manın imkansız olduğu açıktır. Fakat bu tezler çok ciddi bir fikri de içermektedir: İçinde yaşadığımız dünya, her türlü anlamdan yoksun, aldatıcı ve düş kırıklığına yol açan bir dünyadır. Gerçek olarak kabul edilmeye layık varlıklar, bu ampirik ve nesnel gerçekliği aşan, bunların ötesindeki ideler dünyasında yaşayan değer yargılarıdır. İdeler dünyasında yaşayan değişmez ve evrensel tabii hukukun ne olduğunu, nasıl tezahür ettiğini açıklama çabalarını, Orta Çağ teolojisini bir yana bırakarak, iki noktada toplayabiliriz:

(i) İnsan ilişkilerinin, tıpkı doğa kanunları gibi, ifadesini normlarda bulan doğal bir düzenliliği vardır. Ancak bu düzenlilikler, mekanik-fizik kanunlardan ibaret değildir. Doğa mükemmeliyete varmak ister. Bu nedenle, doğa kanunları da mükemmeliyete varmanın yolunu gösteren düzenliliklerdir. İnsan da mükemmeliyete ulaşmak için aşamalardan geçer. Bu aşamaları, insanın gelişimini ifade eden genellemeler içinde formüle etmek mümkündür. Tasvire dayalı olan bu genelleme, sadece olanı değil, amaca ulaşmak için gerekli olanı yani olması gereken düzenlilikleri de göstermektedir. Yani doğal anlamda, olan, olması gerekeni de ifade etmektedir. Olanı gereken, hukuk, yani norm anlamına geldiğinden, hukuk da doğanın içinden, onun derinliklerinden çıkmaktadır.

Böyle bir tez kabule şayan sayılmasa bile, eski Yunan felsefesinin epistemolojik eğilimi ile açıklanabilir. Eski Yunan'da evrensel bilim anlamına gelen felsefe, gözlem yoluyla algıladığımız dış dünyanın aynı zamanda iyi, güzel ve adil olmanın da bilgisini içerdiğini kabul etmekte, bunlara ulaşmayı hedeflemekte ve böyle bir yaklaşımın nesnellik ve bilimselliği engellemediğine inanmaktadır. Yunan filozoflar hiçbir zaman, bu bilginin ahlaki aksiyomlarla (pratik akıl, kategorik emirler) ya da dış dünyaya ait rasyonel form-

ları algılamamızı sağlayan soyut akıl aracılığı ile çıkartıldığı iddiasında olmamışlardır. Aslında, ancak, bilincimize yani aklımıza oranla hariçleşmiş bir şey hakkında kelimenin gerçek anlamıyla bilgi sahibi olabiliriz. Eski Yunan felsefesi kendisini gerçek anlamda bilgi, teori (görmek anlamındaki theorein fiilinden gelir) yani dış dünyaya bakış olarak nitelemektedir. Felsefenin kurucusu olan eski Yunanlılar, bilincimize oranla hariçleşmiş olan nesnelerin yani dış dünyanın, çağdaş kültürün değer yargısı diye isimlendirdiği unsurları da içerdiğine emindir; bu konuda kuşku yoktur.

Çağdaş bilim adamlarını en fazla rahatsız eden, eski Yunan felsefesinin dünyaya bu bakış biçimidir. Çağdaş bilim, şeyleri bunların içindeki niteliklerden soyutlar, dünyayı her türlü değerden arındırır, sadece olgulara ve bunlar arasındaki ilişkilere bakmakla yetinir. Jeolog bir manzaraya baktığında, sadece bunun maddi yapısı ve bunu oluşturan tabakaları görür; doğa parçasından oluşan manzaranın güzelliğine yabancı kalır. Anatomist, kestiği insan vücudundaki kemikleri ve kasları sayar, biyolog sadece, dokuların içinde cereyan eden kimyasal etkileşimi ortaya koyar. Linguist, konuşmanın seslerine, sentaksına, bunun konuşmacının duyularıyla, psikolojik nitelikleriyle ve amacıyla olan ilişkilerine bakar. Buna karşılık Aristoteles yıldız kümelerini incelediğinde, bunların bir araya geliş biçimleri karşısında hayranlık duyar; bunun güzelliğine nüfuz etmek ister ve bunu nihai bir nedene bağlamak çabası içine girer. Aristoteles bu düzende tabiatın sanatçı elini görür. Retorik çalışmaları sırasında, konuşmanın içindeki doğru ile yanlış olanı birbirinden ayırt etmeği hedefler. Karakter uzmanı olarak insan tiplerini ele aldığı anda amacı ihtiyatkârlık ve bilgelikle, bunların karşısı olan kötülükleri ortaya koymaktadır. Platon anayasaları

konu ettiğinde, amacı, bunlar içinde adil olanla adil olmayana kavramaktır.

Doğadan kaynaklanan tabii hukukun iki niteliği vardır. Tabii hukuk her şeyden evvel nesneldir; yani bireylerin ve bireysel iradelerin dışında bir gerçekliğe sahiptir. Ayrıca tabii hukuk kesindir. Bir yandan nesnel, öte yandan kesin olduğu için adil ve gerçek sayılabilecek tek hukuktur. Adaletin en önemli unsurları olan tarafsızlık ve eşitlik, ancak tabii hukuk aracılığı ile sağlanabilir. Kişilerin düşüncelerini, özlüklerini, menfaatlerini nazara olmayan, kişiye fazladan yarar sağlamayan ya da aşırı zarara uğratmayan hukuk düzeni, ancak kesin ve tarafsız doğadan çıkartılabilir. Bütün evrende tek tarafsız güç doğadır. O halde, müspet hukukun adillığının ve gerçekliğinin tek ölçütü tabii hukuktur.

(ii) Tabii hukuk felsefesinde, önce Platon ile başlayan, daha sonra 16. yüzyıldan itibaren belirginleşen bir değişiklik gözlemlenmektedir. Bu devreden itibaren, kişiden kişiye değişmeyen ve insan doğasının tezahürü olan akıl, tabii hukukun kaynağı olmak bakımından doğanın yerini almaktadır (sözleşmecilik). İnsan aklını esas alan tabii hukuk teorilerinin dört evrensel ilkesi vardır: Tabii hukuk her zaman için bir veya daha çok ahlaki değer yargısına sahiptir (a); bu değer yargıları ile tabii hukukun kaynağını oluşturan insan aklı arasında bir uyum vardır (b); söz konusu değer yargıları, insan aklı aracılığı ile keşfedilip algılanabilir, öğrenilebilirler (c); ve nihayet, bu değer yargıları, akıl aracılığı ile mutlaklıkları içinde algılandıkları andan itibaren, her türlü müspet hukuktan üstündürler (d).

Tabii hukuk, en tepedeki bir veya birkaç değer yargısından tümdengelim yöntemi ile çıkartılan hukuktur. Klasik Yunan felsefesinde kesin ve belirli olmayan bu ilkeler, Grotius ile (1583-1645) belirgin hale gelmeye başlamıştır. Bunlar çok

açık ve şiddete başvurmaksızın inkar edemeyeceğimiz ilkelerdir. Söz konusu ilkelere hareketle, tam bir hukuk sistemi kurmak mümkündür. Grotius'a göre dört davranış tipinden, dört hukuki görev doğmaktadır: verilen söz tutulmalıdır; bu apaçık, basit ve zorunlu bir kuraldır; zira sözleşmeye uyulmadığı takdirde, toplumsal diye nitelenebilecek hiçbir ilişki kalmaz (a); başkasının malına el uzatılmamalı, başkasının malından uzak durulmalıdır (b); başkasına ait şey ona geri verilmelidir (c); ve en son olarak da başkasına verilen zarar tazmin edilmelidir. (d)

Apriori, yani varlığı peşinen kabul edilen birkaç evrensel değer yargısından yine evrensel bir hukuk sistemi yaratma çabaları başarısızlığa uğramıştır. Her şeyden evvel, birkaç genel ilkeden hareketle ve tümdengelim yoluyla bir hukuk düzeninin gerektirdiği bütün teknik kuralları içeren bir sistem oluşturmak imkânsızdır. Örneğin, sözleşme, verilen sözlerin tutulması ilkesi ile açıklanabilir; ama sözleşmenin nispi hakların kaynağı olduğu aynı ilkeden çıkartılamaz. Bunun yanında, her toplumun zaman içinde değişen ve kendine özgü gereksinimleri vardır. Bunları evrensel ve değişmez bir hukukla karşılamak mümkün değildir. Nihayet, tabii hukuk doktrininin modern epistemolojinin kabul edemeyeceği bir tezi vardır. Bu da, olandan (doğa, insan aklı) hareketle olması gerekene yani, hukuk normuna ulaşılabilmesi iddiasıdır.

II. Bilimsel hukuk düşüncesi: Hukuka bilimsel düşünce Kant'la girmiştir. Kant, daha önce Hume, şeylerin (doğa) gözleminde olması gerekeni gösteren normların çıkartılamayacağını; olandan hareketle olması gerekene ulaşamayacağını ortaya koymuştur. Böylece bilimsel hukuk düşüncesinin ilk temel taşı yerleştirilmiştir. Ancak, bu yolla, doğanın içeriği, ifade ettiği anlam, adalet, yarar gibi ob-

jektif anlamda bilimsel sayılamayacak, ontolojisi kuşkulu unsurların hukuk düşüncesi ve hukuk bilimi dışında bırakılmaları mümkün olmuştur. Bilimsel düşünce, hukuk teorisi alanında birbirinden tamamen farklı iki akıma yol açmıştır: Hukuki pozitivizm ve buna karşı tepkileri temsil eden sosyolojik pozitivizm.

Hukuki pozitivizm modern düşüncenin bir ürünüdür. Hukuk alanında felsefi pozitivizm, 19. ve 20. yüzyıl bilimsel düşüncesinin etkisi altında gelişmiştir. Bunun nedeni de, doğa bilimlerindeki değişikliğin bir sonucudur. Söz konusu değişiklikleri üç noktada toplayabiliriz:

(i) Gözlem ve deneye dayanmayan ve sonuçları yine deneylerle doğrulanmayan bilimsel kanunlardan söz edilemez (ampirizm).

(ii) Belli bir zamanda ulaşılan kanunlar o an için geçerlidir. Bunları gerçekliğin tam ve objektif bir ifadesi olarak kabul edemeyiz. Bir takım yeni gözlem ve deneylerin, eskiden doğrulukları kabul edilmiş bazı kanunların kısmen ya da tümünden yanlış olduklarını kanıtlaması mümkündür. Pozitivizm ahlaki kanunlar bakımından da kuşkuludur. İnsanın, toplum gerçeği içinde gözlemlenen bazı düzenli tipik davranışları olduğu doğrudur. Ancak bu düzenli tipik davranışları, daha doğrusu davranışlarda gözlemlenen düzenliliği vicdan, ahlak, ödev, adalet gibi metafizik unsurlarla açıklamak mümkün değildir. Bunlar toplumsal olguların veya bilinçaltı, içgüdü gibi psikolojik faktörlerin sonucudur (şüphecilik).

(iii) Nihayet adalet, ahlak gibi konularda mutlak ve evrensel doğrular değil de, ancak belki belli bir grup tarafından belli bir dönem için geçerli sayılan ahlaki değerlerden veya adalet kavramından söz edilebilir. Ancak somut bir grup ve bir çağ bakımından belli bir ahlak sisteminden ve adalet kavramından söz edilebilir; bunun etkili nedenlerini oluşturan

toplumsal, ekonomik, kültürel, siyasi, v.b. olgular tahlil edilebilir. Çünkü bilimsel olarak, ahlaki olanla olmayanı, adil ile adil olmayanı birbirinden ayırmak mümkün değildir.

Hukuki pozitivistizmin en belirgin özelliklerini de üç paragrafta özetleyebiliriz:

(i) Yaklaşım: Hukuki pozitivistizm her şeyden evvel, gözleme uygun bir konu bulmak gereksinimi içindedir. Yani gözleme elverişli hukuki olgunun ne olduğu belirlenmelidir. Bunun, olması gereken hukuku temsil eden tabii hukuk olmadığı açıktır. Diğer bir deyişle hukuki pozitivistizmin konusu, bir değer olarak hukuk yani adalet veya tabii hukuk değildir. Gerçek hukuk müspet hukuktan ibaret bulunduğundan, hukuk biliminin konusu da, normun yaratılmasından evvel belirlenmiş organlar tarafından yine önceden gösterilmiş olan usullere göre konmuş hukuktur. Bunun yanında, grubun uzun zamandan beri bağlayıcı olduğuna inandığı davranış normları da, bilimsel metotla incelenmeye elverişli ontolojiye sahip bulunduklarından, söz konusu organ tarafından müeyyidelendirilmiş olmak şartıyla, hukuk sayılırlar. Sonuç itibarıyla hukuki olguyu belirleyen unsur, bunun bir değerler sistemini temsil edip etmemesi değil de, önceden belirlenmiş normlara (anayasa) göre konulmuş olmasıdır. Hukuki pozitivistizm, akla dayalı tabii hukukun varlığını reddetmez; sadece, yürürlükte olmadığı için gözleme elverişli olmayan tabii hukukun, hukuk biliminin konusu sayılamayacağını söyler. Bağımsız bir hukuk biliminin varlığı, hukukun, bilimsel olmayan kavramlardan arındırılmasına bağlıdır. Yürürlükteki müspet hukuk, gözleme elverişli, objektif ve genel olduğundan, hukuk biliminin konusu yürürlükteki müspet hukuktan ibarettir.

(ii) Kaynak: Hukuki pozitivistizm, ancak dış belirtilere sahip müspet hukuku hukuk kabul ettiğinden, hukukun kaynağı-

nın da aynı özellikleri haiz olmasını düşünmektedir. Yani hukukun kaynağı da belli bir zaman ve yerde gözlemlenebilir bir gerçeklik olmalıdır. Bu da egemen gücün iradesi (Austin) veya fiili şartların sonucunda varlık kazanan devlet veya anayasadır (Kelsen).

(iii) İdeoloji ve adalet: Ortak iyilik, yarar, amaç, adalet gibi kavramlar pozitivist anlamda bilimsel sayılmadıklarından, hukuk bilimine yabancıdır ve hukuk biliminin konusunun dışında kalırlar. Hukuki pozitivistizm bu nedenle kendisini, ahlaki ve felsefi yönden tarafsız bir akım olarak takdim etmektedir. Hukuki pozitivistizmin, kendisine özgü bir değerler sistemine sahip bulunmayan müspet hukuktan hareketle ve sırf zihni araçlarla, her hukuki soruna cevap bulmayı mümkün sayan bir metodoloji olarak nitelenmesi bundan kaynaklanmaktadır (Radbruch). Adaletin hukuki bir sorunmuş gibi tartışılması, hukuk biliminin konusunun içine dahil edilmesi, bilimsel olmayan siyasi düşüncenin hatasıdır. Hukuki olguyu yazılı kanunlar ve örf adet olarak tanımlayan hukuk biliminin, belli bir hukuk düzeninin adil olup olmadığı yargısının ölçütü sayılabilecek unsurları bu tanıma dahil etmesi imkânsızdır. Zira hukuk ve adalet ayrı kavramlardır. Bu iki kavramın birbirinden farklı olması doğaldır. Yazılı kanunlara dayanan hukuk sistemleri ideolojik açıdan kendilerini adil olarak tanıtır. Ancak bu, yönetenler grubu içinde hakim olan adalet anlayışından başka bir şey değildir. Aynı adalet anlayışının başka gruplar tarafından paylaşılması mümkündür. Bu gruplar çoğu zaman, o ülkenin yönetilenleri ile başka ülkelerin yönetenleridir. Ama bu, kurulu düzenin müspet hukuk sayılmasını engellemez. Çünkü hukuk bir sosyo-politik örgütlenme tekniği, adalet de ahlaki bir değerdir. Bilimsel olmayan siyasi düşüncenin adaleti hukuki bir sorun olarak ele almasının

nedeni, hukuku koyan egemen gücün, ayrıca, kurduğu düzeni, yönetilenlere adil olarak sunmasıdır (Kelsen).

Hukuki pozitivistizmin, herhangi bir değerler sistemine bağlı olmadığını, felsefi, ahlaki sorunlara ve adaletin içeriğine karşı tarafsız olduğunu kanıtlamak için geliştirdiği çekici açıklamalar çok inandırıcı değildirler. Çünkü hukuki pozitivistizmin de bir ideolojisi vardır ve hukuki pozitivistizmin müspet hukuka sırf var olduğu ve yürürlükte bulunduğu için verdiği değer, aynı zamanda kendisinin ideolojisinin temelini, özelliği oluşturmaktadır. Müspet hukuka verilen değer, onun şu veya bu ideolojiyi temsil etmesinden değil de, uygulanan hukuk olmasından kaynaklanmaktadır. O halde kanunlara mutlak itaat gerekmektedir. Bunun nedeni hukuka saygıdan doğan ahlaki bir borçtur. Bu ahlaki borcu haklı ve meşru göstermek için iki ayrı gerekçeyle dayanılmıştır.

(i) Kanunlar, kanun oldukları için adil sayılmalıdır. Kanunların bu yolla, adaletin bizzat kendisi ve adaletin ifadesi olarak kabul edilmeleri, devletin yüceltilerek hukuk ve adaletin yerine geçmesi sonucunu doğurmaktadır.

(ii) Hukuki pozitivistizm içinde bir başka akım ise, müspet kanunların düzen, barış, kanun adaleti (eşitlik) ve hukukun kesinliği gibi değerleri temsil ettiği ve bunları gerçekleştirdiği noktasından hareket etmektedir. Yani, yürürlükteki müspet hukuk düzeni, hukuki toplum biçiminin vazgeçilmez unsurlarını oluşturan yukarıdaki değerleri gerçekleştirdiği için, içeriği ne olursa olsun, itaat edilmesi gerekli ve bu itaata layık bir düzendir. Hukukun kesinliği bu değerlerin bir sentezini oluşturmaktadır. Hukuk kesin değil ise, zaten, hukuk diye nitelenmeye layık değildir.

Hukuki pozitivistizm, kendisi ile tutarlı olabilmek için, bireysel özgürlüklerin güvence altına alınabilmesinin en önemli

şartının, siyasi, felsefi ve dini inançlar alanında serbest bireysel seçimlerin yapılabildiği bir ortamın varlığı olduğunu savunmaktadır. Bunu mümkün kılmanın tek yolu, değer sorununu hukuk biliminin konusu dışında bırakmaktır. Ancak bu yolla, kanunların belli bir felsefenin etkisi altında kalmasını engelleyebiliriz. Kanuna felsefe soktuğumuzda, bu felsefeyi zorla kabul ettirmiş oluruz. Esas amacı düzeni değil de, bireysel özgürlükleri korumak olan hukuki pozitivistizm, kanun koyunun da felsefi açıdan tarafsız kalması gerektiğini ifade etmekte ve bunu istemektedir. Modern pozitivistler ise, bireysel özgürlüklerin güvencesini hukukun kesinliğinde görmektedir. Bununla beraber, hukuki pozitivistizm, kanun koyunun tarafsızlık görevini yerine getirmediği zamanlarda da, buna ses çıkartmamış, olan hukuku sırf uygulandığı için haklı ve meşru görmekte direnmiştir.

Özellikle Alman pozitivist hukuk biliminin adaleti hukuk düşüncesinin dışında bırakmaktaki bu katı eğilimi, totaliter rejimlerin kurulmasına büyük destek sağlamıştır. Çünkü, hukuki pozitivistizmin verdiği sonuç, hukukun ölçütünün haklılık ve adalet değil de, siyasi iktidarın iradesi olmasıdır. Siyasi iktidarın koyduğu her norm ve kurduğu her düzen, içeriğine bakılmaksızın, adil ve itaata layık bir hukuktur. Bu tespit de hukuki pozitivistizmin ideolojik bir tercihiyi ortaya koymaktadır. Bu da, bireyi keyfiliğe karşı korumak iddiası arkasına sığınarak, kurulu düzeni korumayı ve devlet otoritesini güçlendirmeyi amaçlamak diye ifade edilebilmektedir.

Hukuki pozitivistizmin kanun kanundur tezi, adaleti kanunların tam ve eksiksiz olarak uygulanması olarak görmesi vahim sonuçların doğmasına yol açmış; ya da bunların meşru görülmesine katkıda bulunmuştur. Hukukun kesinliği, hukukun yöneldiği değerlerden yalnızca birisidir.

Cinayete, toplama kamplarındaki kitle öldürmelerine kanun ismi verilebiliyorsa, bu kanunların kesin olmaları, tam ve eksiksiz uygulanmaları bir anlam ifade etmez. Kanun biçiminde de olsa haksızlık haksızlık, hukuksuzluk da hukuksuzluktur.

III. Müspet olanı aşana duyulan özlem: Olguların içinde, ampirik verileri ve sonuçları aşan bir öz olduğunu varsaymak eğilimi, insanın çok önemli ve yaratıcı, buna karşılık epistemolojik açıdan en ilkel isteğidir. Bu psikolojik davranışı, metafizik benzeri ve olguların derinliklerinde yattığı hayal edilen bir öze ulaşmak özlemi diye tarif edebiliriz. İnsanlar her zaman için bu öze, duyu organları ile algıladığımız olgulara oranla daha üstün bir ontolojik saygınlık atfetmişlerdir. Duyu organları ile algıladığımız olguların, düş kırıklığı yarattığı inancı ölmemektedir. Bu öze biz günümüzde, değer yargıları diyoruz. Bu değer yargılarının müspet hukuku yaratan etkili neden olması isteği, insanlığın bilincinde yatmakta ve müspet hukuku etkilemektedir.

Bu psikolojik eğilimin belirtileri apaçık ortadadır: Özellikle nazizm diye anılarımızda yaşayan totaliter rejimin kurulması ve sürdürülmesindeki katkılarının bilincine varan modern pozitivistler, II. Dünya Savaşından sonra, hukuk biliminin içine yeniden ahlaki değerleri sokmak girişimindedirler. Yani hukuki pozitivizm doğrultusunda değil de, değere yönelik bir adalet anlayışından söz edilmeğe başlanmıştır. İdeolojik bakımdan daha yumuşak bir akımı temsil eden bu pozitivistler, her hukuk sisteminin içermesi gerekli bazı temel kuralları açıkça kabul etmektedirler. Bunlar, her kimden gelirse gelsin cinayeti, hırsızlığı yasaklayan (a); adaletin dağıtılmasında objektiflik ve tarafsızlığı gerçekleştiren (b); ve nihayet, benzer durumlarda, benzer kararlar verilmesini sağlayacak (c) kurallarıdır.

(Hart). Bunlarla ahlak arasında bir uyum vardır. Bu asgari ahlak kurallarını içermeyen düzenlerin hukuki sayılamayacağını ilan eden pozitivism, hukukun içeriği açısından, asgari düzeyde de olsa tabii hukuka yönelmektedir.

Tabii hukuk doktrini aslında, sosyolojik hukuk bilimi üzerindeki etkileri dolaşması ile, çağdaş hukuk düşüncesi içinde, başka bir kılıkta da olsa kısmen yaşamaktadır.

Sosyolojik hukuk bilimi temsilcilerinin zaman zaman aksini iddia etmelerine rağmen, tabii hukuku tamamen reddettilerini söyleyemez. Sosyolojik akımın temsilcileri ideal hukuki ilkelere karşı duyarlıdır, ancak adalet v. b. soyut ideallerden çok bunların somut olarak gerçekleştirmelerine önem verirler. Bu nedenle, soyut ilkeler yerine, toplumda mevcut ve tatmin bekleyen toplumsal ve bireysel menfaatler ve gereksinimler düşüncesini getirmişler ve hukuku harekete getiren gücün bunlar olduğunu ortaya koymuşlardır. Hukukun menfaat perspektifinde incelenmesi, hukuki ideallerin somutlaştırılması anlamına gelir.

Sosyolojik akımların amaçlılığı ve akılcılığı, bunlarla tabii hukuk doktrinleri arasında bir kesişme noktası oluşturmaktadır. Tabii hukuk doktrininin akla dayalı bir amaçlılığı vardır: adalet ve ebedi kanunlara ulaşmak. Pound'un yaptığı menfaatler listesi bilimsel değildir, fakat toplumun ve bireyin amaçlarını sergiler. Pound'un sisteminde bir de akıl yolu ile bulunan bazı postullar vardır. Bunlar, uygar bir toplumda, insanlar arası ilişkilerin ön şartlarını oluşturan ilkelere, menfaatlerin hukukun tanınması ve tanınmamasının ölçütlerini göstermek işlevini de yerine getiren bu postulların formüle edilmesindeki en önemli araç insan aklısıdır. Bu postullar şunlardır: Uygar bir toplumda;

• İnsanlar başkalarının kasti tecavüzlerine maruz kalmayacaklarını, mülkiyetini

edindikleri, kendi emekleri ile yarattıkları şeyleri kendi yararlarına kullanabileceklerini farzedebilmelidirler.

• İnsanlar ilişkiye girdikleri kimselerin iyi niyetle davranacaklarını ve üçüncü şahısların başkalarını tehlike ve zarara sokmamak için gerekli dikkati göstereceklerine inanabilmelidirler.

Benzeri ideallerin yaşamasının nedeni, bilimin bütün gerçekliği açıklayamaması ve insan beklentilerine cevap verememesidir. Pound'un menfaatleri ve sözünü ettiğimiz postullar, tabii hukuk ilkeleri gibi evrensel ve değişmez değildirler, ama yine de hissedilir bir süreklilikleri ve yaygınlıkları vardır.

Kuzey Amerika doktrininin daha yüksek hukuk diye tanımladığı tabii hukukla müspet hukuk arasındaki asıl fark, bunların algılanma biçimlerinden kaynaklanır. Müspet hukuk normatif olgular aracılığı ile algıladığımız hukuktur. Tabii hukuk ise, normatif olgular aracılığı ile değil de, sezgilerimizle algıladığımız hukuktur.

Müspet kanunların öngörüp düzenlemediği durumlarda, bireyin davranışını kontrol eden sezgisel bir hukuk vardır. Grup üyeleri siyasi özgürlük, çalışma şartları gibi ortak menfaatler konusunda, aynı veya benzer bir sezgisel hukuku paylaşırlar. Gruba ait bu sezgisel hukuk tarih içinde, tekrarlanmayacak öğelerinden arınarak düzenlilik kazandığı takdirde, tabii hukuk dediğimiz beklentiye dönüşür. İfade özgürlüğü, sendika hakkı, çalışma hakkı gibi görkemli tabii haklar böyle doğmuş, bunlara böyle ulaşılmıştır.

Bu açıklama hukukun sosyolojik oluşum şeması içinden, toplumsal olgu unsurunun çıkartılıp, yerine psikolojik bir olgunun konmasından başka bir şey değildir. Ama, bilimsel olmayan hukuk düşüncesi yani adalet idesinin, bilimsel hukuk düşüncesine yani adalet kavramına yabancı kalma eğilimine karşı başkaldırması ve direnmesini simgeler.

Yine de, pozitivist anlayışın, değerlerin bilinmezliği ilkesinin epistemolojik önemi reddedilemez. Pozitivist anlayış içinde bir ayırım yapmak da mümkündür. Bir grup pozitivist, değerlerin olabileceğini ama bu değerlerin bilimsel bilginin konusu olamayacağını iddia eder. Bunun yanında bir de gerçekler dünyasında değerlerin mevcut olmadığı, sadece olguların gerçekliğe sahip bulunduğu, ancak bu sonuçların ampirik olarak doğrulanabileceği konusunda ısrarlı bir pozitivist akım daha vardır. Hukuki pozitivizm bu sonucu tezi savunur, yani gerçek dünyada değerler olmadığı, dolayısıyla değerler alanında bilinecek şey bulunmadığına ısrarlıdır.

Değere kapalı bu düşünce biçiminin yani nesnel gözlemi perdeleyen değer yargılarından arınmış bu metodun doğa bilimleri alanındaki tekelsizliği inkar edilemez. Fakat bu tespit, bilimin konusunun ampirik olarak doğrulanabilen olgulardan mı ibaret olduğu sorusunu cevaplayamamaktadır. Gerçekten de, bilimin konusu, insan iradesinden bağımsız ve ampirik olarak doğrulanabilen olgulardan ibaret değildir. Bunun yanında, Alman felsefecilerin kültürel bilim diye isimlendirdikleri geniş bir alan vardır. Bu alanları ide, amaç ve işlev ölçütlerinden arınmış değere kapalı düşünce ile inceleyemeyiz. Hukuk da bunlardan biridir. Radbruch'un masa örneği bunların bir kanıtıdır. Örneğin, masa kadar basit bir insan eserini, bunun amacına yollamada bulunmadan tanımlamaya çalışalım. Masa dört ayak üzerine oturtulmuş bir satıhtır desek, hemen buna itiraz edilerek, üç ayaklı, tek ayaklı hatta hiç ayağı olmayan açılır kapanır masaların görülebileceği söylenecektir. O halde masa bakımından önemli olan üst düzeydir. Ama bu üst düzey de bir araya getirilmiş tahta levhalardan ibarettir, ve bunun diğer tahta levhalardan farkını ancak işlevine yollamada buluna-

rak gösterebiliriz. Dolayısıyla masayı, örneğin, etrafında oturanların üzerine bir şey koydukları nesne diye tanımlarız. Kısacası insan eseri olan şeylerin, bunun amaçları yani hizmet ettiği değer nazara alınmaksızın incelenmesi imkânsızdır. Hukuku da, insanın yarattığı ve beşeri davranışı kontrol eden bir araç olarak, amacı, işlevi yani değerinden soyutlanmış olarak ele alamayız. Antropoloji, tabii bir suç teorisine ulaşamamıştır. Çünkü, tabii bilimlerin konusunu oluşturan olgulara benzer bir tabii suç olgusu yoktur. Suç hep bir değer ile ilişki içindedir. Zaten, yapısal açıdan ele alındığında ister kurucu unsur, ister cürmi hareketin maddi içeriği (şekli unsuru oluşturan tipikliğin karşıtı olarak) diye nitelensin, suçun kurucu unsurları teorisine, hukuka aykırılığı ele almadan ulaşamamasının nedeni budur. Sonuç itibarıyla hukuku, ancak değer ile ilişki içine koyan düşünce metodu ile anlaşılabilir. Hukukun apriori değil de aposteriori bir veri olması ya da yukarıdaki metodun rölativizme götürmesi sakınca sayılmamalıdır. Diğer bir değişle, içeriği zaman ve yere göre değişken olduğu için adaleti hukuk düşüncesine yabancı saymak, mutlak değer ve kavramın ne anlama geldiğini, neyi temsil ettiğini pek iyi algılamamış olmayı ifade eder. Hukuk, kültürel yani değerle ilişki içinde bir olgudur, ancak, amacı adaleti gerçekleştirmek olan aposteriori bir veri sıfatıyla ele alınabilir. Hukuk adil veya gayri adil olabilir (yer ve zamana göre) ama adil olmayı amaçladığı (mutlak kavram) için hukuktur.

Kelsen, diğer pek çok tezinin arasında eski Yunan-Roma formülünü (suum cuique tribuere-herkese hakkı olanı dağıt-

mak, vermek), herkesin hakkı olanın belirlenebilmesi konusunda bir açıklık getirmedeği için yararsız saymış; totoloji olarak nitelemiştir. Bu, aktardığımız formül konusunda bir yanılgıya düşmek anlamına gelir. Söz konusu formülün işlevi, hukukun işlevi ile bilimin işlevini birbirine karıştırmamızı engellemektedir. Hukuk fizik bilimler anlamında bilim, hukukçu da fizikçi ya da biyolog anlamında bilgin değildir. Hukukçu bilimsel doğruyu değil de, haklı olanı arar.

KAYNAKLAR

- Bobbio, N.: Guisnaturalismo e positivismo giuridico, Milano 1972. Bobbio, N.: Introduzione alla filosofia del dritto, Torino 1948
- Battifol, H.: Problemes de base de philosophie du droit, L.G.D.S., Paris, 1979
- Chroust, A.-H.: On the nature of natural law. (Interpretations of modern legal philosophies), New York, 1947
- Gözler, K.: Hukukun Genel Teorisine Giriş, US. A Yayıncılık, Ankara, 1998
- Gözler, K.: Hukuka Giriş, Ekin Yayınları, Bursa, 1998
- Kelsen, H.: The methamorphoses of the idea of justice, (Interpretations of modern legal philosophies), New York 1947
- Keyman, S.: Hukuka Giriş ve Metodoloji, Ankara, 1981
- Keyman, S.: Hukuki Pozitivizm, A.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, 1978, n.1-4
- Keyman, S.: Tabii Hukuk Doktrininin Epistemolojik Tahlili, A.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, 1998, n.1-4.
- Lasserson, M.M.: Positive and "Natural" law. (Interpretations of modern legal philosophies), New York 1947
- Roberts, J.M.: History of the World, Penguin Books, 1981
- Siches, L.R.: Ideas and historical condititoning in the realization of juridical values, (Interpretations of modern legal philosophies), New York 1947
- Villey, M.: Leçons d'histoire de la Philosophie du droit, Dalloz, 1962
- Villey, M.: Philosophie du droit, Dalloz, 1986