

Hukuk Felsefesinin Konusu^(*)

Selâhattin Keyman^(**)

Son zamanda felsefeciler hukukla ilgilerini kesmek eğilimindedirler. Bunun başlıca nedeni felsefenin 19. yüzyıldan beri gittikçe artan yoğunlukta bilgi teorisine (epistemoloji) yönelmesidir. Oysa Hegel'e kadar, felsefeciler hukuka büyük önem vermişlerdir. Hukuk felsefesinin en önemli sorusunu bir hukukçu değil de felsefeci sormuştur: Hukuk nedir?

Hukuk ile felsefenin yollarının ayrılmasında hukukçuların rolü de ihmal edilemez. Bu, 19. yüzyılda felsefî pozitivizmin etkisi ile egemen olan ve hukuku bağımsız bilim yapmayı hedefleyen hukukî pozitivizmin uygulanmasının bir sonucudur. Bu etki ile felsefe, teoloji, siyaset bilimi ve uluslararası hukukla bağlarını kesen hukuk, sunî bir bağımsızlığa doğru yol almıştır. Akımın bilgi teorisi yönünden en çarpıcı yönü, kendi kendine yeterli, bağımsız hukuk bilimi iddiasıdır. Kıta Avrupası'nda hukukî pozitivizm, yerine göre devletçi pozitivizm olan bu eğilimin Anglo-Amerikan doktrinindeki ismi tahlilci pozitivizm veya tahlilci hukuk bilimidir.

Ama son zamanlarda, hukuk felsefesi adını alan iki başlı bir disipline il-

gi duyulduğu gözlemlenmektedir. Ancak hukukçu ve felsefeci bu disipline farklı bakmaktadır. Hukukçu hukukî kurumlara akılcı bir temel arar; ama hukuku, insan varoluşunun diğer evreleri ve alanları ile uyumlu ve eşgüdümlü bir açıklamaya kavuşturmağa yönelmez. Felsefenin hareket noktası ise, empirik olarak algıladığımız, gözlemlediğimiz hukukun ötesindedir. Felsefecinin hareket noktası, hukukun ve her türlü diğer beşerî faaliyetin kaynağını oluşturan tabii varoluş biçimidir. Yani felsefeci, hukuku, insanın varoluşunun tümünü temsil eden yapıya eklenen bir tuğla olarak ele alır.

Hukuk disiplini de felsefe de bilgiye ulaşmağa çalışır. Hukukçu hukuk nedir sorusuna, egemen gücün koyduğu şeklen geçerli kurallardır; ya da yargıcın koyduğu kurallardır cevabını verir. Felsefe ise bu iki süjenin söz konusu kuralları nereden bulup çıkardığını bulmak ister. Felsefe hukukla ilgili olarak ulaştığı cevapların diğer alanların (ekonomi, tarih, psikoloji) verileri ile uyum içinde olmasına özen gösterir. Hukuk disiplininin ise böyle bir endişesi yoktur. Hukuk için iç tutarlılığa sahip olmak yeterlidir. Örneğin

(*) HFSA ile İstanbul Barosu'nun 6-7 Eylül 2002 tarihlerinde İstanbul'da gerçekleştirdikleri "Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar" konulu sempozyumda sunulmuştur.

(**) Doç. Dr., Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

TCK.'nın 48/2 hükmünün sebebinde serbest hareketler kavramının tıp ve psikolojinin verileri ile bağdaşıp bağdaşmadığı önemli değildir.

Hukuk felsefesinin konusunu belirlemek, felsefî bir tercih (spekülatif Kant-epistemoloji), hukukun anlamını belirlemek de hukuk olgusunun neden ibaret bulunduğu sorusunun cevabını araştırmaktır. Zaten hukuk felsefesinin cevaplaması gereken ilk soru da budur.

Burada şöyle bir noktadan hareket etmek yanlış olmaz. Bunun hem klâsik felsefeyi hem de bilgi teorisini kapsamına özen göstererek, felsefeyi o ana kadar düşünülmemiş bir konuda düşünmektir diye geçici olarak tanımlayabiliriz. Yani felsefe, zihnin, tam bir bilincine ulaşamadığı alanlardaki faaliyetidir. Bu da genel olarak insanın bütün hayatına yayılan değer ve kanaatların nazara alınmasıdır. Yani felsefe müspet bilimleri aşar ve müspet bilimleri değer ve anlamlar ile ilişki içine koyar. Ancak felsefenin de aktarılan anlamda bilgiye, tıpkı müspet bilim gibi, konusunun haricî özelliklerinden hareket ederek varması gerekir. Yani fikirlerden müspet hukuka değil de, müspet hukuktan hareket ederek hukukun kökeni, anlamı ve amacı hakkında fikirlere varmak gerekir.

Hukukçu açısından hukukun kökeni tarihidir; yani olgular zinciri içinde açıklanabilir. Hukukun anlamını belirleyen de, kuralı koyanın iradesi ile kuralın muhatabı olan toplumsal çevredir. Bu da kuralın amacını oluşturur. Felsefe ise bu üç soruya da farklı cevaplar verir. Felsefî açıdan hukukun kökeni bunun varlık nedenidir. Zaman

içinde bu neden mutlak adalet, biçimsel değerler ve menfaatlerin tatmini olarak ortaya çıkabilmiştir. Görüldüğü üzere felsefe açısından köken, anlam ve amaç sorunları içiçe girmektedir. Bu alanlarda deneye dayalı müspet ve kesin cevaplar yoktur. Fakat bu, felsefeden vazgeçilmesi gerektiği anlamına gelmez. Nitekim müspet bilimlerde de kesinlik nisbîdir. Aristoteles bu gerçeği gördüğü için, bilgili insan nesneler hakkında kesinliği, her nesnenin izin verdiği ölçüde arar diyebilmiştir.

Hukuk alanında, felsefî düşüncenin konusunu oluşturabilecek ve dış belirtilere sahip olgunun adı müspet hukuktur. Kamu gücü tarafından konmuş veya varlığı kabul edilmiş olan, zorlayıcı müeyyidelerle mücehhez kuralların, müspet hukuku oluşturduğu genellikle kabul edilir. Ama yine de buradan hareketle, müspetliği kesin olarak belirleyemeyiz. Çünkü, müspet hukuktan söz edebilmek için bu niteliklerin hepsinin birden bulunması gerekip gerekmediği bilinmemektedir. Herşeyden evvel, yargıcın hiçbir genel kurala yollamada bulunmadan uyumsuzlukları çözdüğü sistemler vardır. Uluslararası hukukta normu koyan veya mevcut normun varlığını kabul eden kamu gücü nerededir? Kuralı koyan mutlaka egemen güç mü olmalıdır? Gruplar, topluluklar kural koyamaz mı? Müeyyide vazgeçilmez bir unsur mudur? Söz konusu kuralı koyan ya da mevcut kuralın varlığını kabul eden işlemin niteliği nedir? Bu bir fiilî durum mudur; bu işlemin bir amacı, saiki var mıdır? Bunlara ancak, insan nedir, özellikleri nelerdir, eğilimleri nelerdir so-

rukları üzerinde düşünerek cevaplar arayabiliriz.

Hukukun kökeni, anlam ve amacı diye ifade ettiğimiz felsefî düşüncüyü, esas itibarıyla, iki bölümde topladık-tan sonra bunlara bir de metodolojik sorunu ekleyebiliriz.

i) Deontolojik sorun : amaç

ii) Ontolojik sorun : kaynak (köken) ve yapı – hukuk genel teorisi

iii) Metodolojik sorun

I. Deontolojik Sorun : Bu sorun, nitecede, müspet hukuk kurallarının, insan hareketinin değerlendirilmesinde nihaî ölçütü oluşturup oluşturmadığı sorununa dönüşür. Yani hukukun amacı, maddî anlamda adalet midir yoksa, biçimsel değerler (kesinlikle kanunî adalet) midir? Tabii hukuk doktrini bakımından tereddüte gerek yoktur. Hukukun nihaî amacı maddî anlamda adalettir; esasen adalet ve hukuk eş anlamlıdır. Ayrıca hukuk üstün otoritenin zorla kabul ettirdiği emir-kurallar bütünü değil de, insan davranışına model oluşturan, insan hareketini değerlendiren kurallardır.

Felsefî pozitivizmin hukuka yansımaları temsil eden hukukî pozitivizm, bağımsız hukuk bilimi içinde, metafizik diye nitelediği adalete yer vermez. Daha doğrusu her türlü değer kavramını, aynı gerekçe ile hukuk biliminin dışına atar. Hukukî pozitivizm, kendisine özgü değerler sistemi olmaksızın, sırf zihnî araçlarla müspet hukuktan hareket ederek her hukukî soruna cevap bulmayı mümkün gören bir metodolojidir. Bu metodolojiye göre, hukuk normları ve hukuk düzeninin şekli geçerlilikleri, hukuk alanında bilimsel düşüncüyü tüketir.

Ama bu iddialar gerçekte uyuşmamaktadır. Çünkü hukukî pozitivizm, tarih içinde kendi ideolojisini ve kendi değerlerini yaratmıştır. İdeolojisi kurulu düzeni korumaktır. Bu o kadar aşırıdır ki, gerektiğinde, kendisinin doğumunu hazırlayan liberal burjuva düzenini yıkıp yerine geçen nazizm ve faşizmi de korumuştur. Aynı ideoloji kanunî adalet, kesinlik gibi şekli değerler yaratmış, bunları maddî değerlere üstün tutmuştur. Yani, hukukî pozitivizmin ideoloji ve değerden kurtulmuş olmak iddiası doğru değildir.

Esasen, hukuku değere kapalı düşünce ile ele alamayız; çünkü hukuk dediğimiz olgu, fizik olgular gibi insan iradesinden tamamen bağımsız değil de, bilâkis, insanın iradî olarak yarattığı bir olgudur. Bu nedenle hukuk bilimi ya da disiplininin görevi, hukukî olanla, yani şekli geçerlilik ile değer arasındaki kesişme noktasını araştırıp bulmaktır. Sadece empirik yönle sınırlı kaldığımızda, haklılık, adalet, doğruluk gibi sorunları egemen güçle çözmek zorunda kalırız. Yani sonuçta, egemen güç eşittir doğruluk, haklılık sonucuna varırız.

Bu nedenlerle hukuk felsefesi mutlak adalet, haklılık, doğruluk sorunlarını ele almalıdır.

II. Ontolojik Sorun: Ontolojik sorun hukukun a priori mi a posteriori mi olduğu sorusu ile işe başlar. Hukuku a priori olarak kabul eden akıma biz tabii hukuk doktrini diyoruz. Hukuk tabiatın temsil ettiği düzenden akıl aracılığı ile çıkar. Zaten geniş anlamda tabiat akli da içerir. Varlığı peşinen ve deneyden bağımsız olarak kabul edilen hukuk bir veya birkaç değer yargı-

TCK.'nın 48/2 hükmünün sebebinde serbest hareketler kavramının tıp ve psikolojinin verileri ile bağdaşıp bağdaşmadığı önemli değildir.

Hukuk felsefesinin konusunu belirlemek, felsefî bir tercih (spekülatif-Kant-epistemoloji), hukukun anlamını belirlemek de hukuk olgusunun neden ibaret bulunduğu sorusunun cevabını araştırmaktır. Zaten hukuk felsefesinin cevaplaması gereken ilk soru da budur.

Burada şöyle bir noktadan hareket etmek yanlış olmaz. Bunun hem klâsik felsefeyi hem de bilgi teorisini kapsamına özen göstererek, felsefeyi o ana kadar düşünülmemiş bir konuda düşünmektir diye geçici olarak tanımlayabiliriz. Yani felsefe, zihnin, tam bir bilincine ulaşamadığı alanlardaki faaliyetidir. Bu da genel olarak insanın bütün hayatına yayılan değer ve kanaatların nazara alınmasıdır. Yani felsefe müspet bilimleri aşar ve müspet bilimleri değer ve anlamlar ile ilişki içine koyar. Ancak felsefenin de aktarılan anlamda bilgiye, tıpkı müspet bilim gibi, konusunun haricî özelliklerinden hareket ederek varması gerekir. Yani fikirlerden müspet hukuka değil de, müspet hukuktan hareket ederek hukukun kökeni, anlamı ve amacı hakkında fikirlere varmak gerekir.

Hukukçu açısından hukukun kökeni tarihidir; yani olgular zinciri içinde açıklanabilir. Hukukun anlamını belirleyen de, kuralı koyanın iradesi ile kuralın muhatabı olan toplumsal çevredir. Bu da kuralın amacını oluşturur. Felsefe ise bu üç soruya da farklı cevaplar verir. Felsefî açıdan hukukun kökeni bunun varlık nedenidir. Zaman

içinde bu neden mutlak adalet, biçimsel değerler ve menfaatlerin tatmini olarak ortaya çıkabilmiştir. Görüldüğü üzere felsefe açısından köken, anlam ve amaç sorunları içiçe girmektedir. Bu alanlarda deneye dayalı müspet ve kesin cevaplar yoktur. Fakat bu, felsefeden vazgeçilmesi gerektiği anlamına gelmez. Nitekim müspet bilimlerde de kesinlik nisbîdir. Aristoteles bu gerçeği gördüğü için, bilgili insan nesneler hakkında kesinliği, her nesnenin izin verdiği ölçüde arar diyebilmiştir.

Hukuk alanında, felsefî düşüncenin konusunu oluşturabilecek ve dış belirtilere sahip olgunun adı müspet hukuktur. Kamu gücü tarafından konmuş veya varlığı kabul edilmiş olan, zorlayıcı müeyyidelerle mücehhez kuralların, müspet hukuku oluşturduğu genellikle kabul edilir. Ama yine de buradan hareketle, müspetliği kesin olarak belirleyemeyiz. Çünkü, müspet hukuktan söz edebilmek için bu niteliklerin hepsinin birden bulunması gerekip gerekmediği bilinmemektedir. Herşeyden evvel, yargıcın hiçbir genel kurala yollamada bulunmadan uyuşmazlıkları çözdüğü sistemler vardır. Uluslararası hukukta normu koyan veya mevcut normun varlığını kabul eden kamu gücü nerededir? Kuralı koyan mutlaka egemen güç mü olmalıdır? Gruplar, topluluklar kural koyamaz mı? Müeyyide vazgeçilmez bir unsur mudur? Söz konusu kuralı koyan ya da mevcut kuralın varlığını kabul eden işlemin niteliği nedir? Bu bir fiilî durum mudur; bu işlemin bir amacı, saiki var mıdır? Bunlara ancak, insan nedir, özellikleri nelerdir, eğilimleri nelerdir so-

rukları üzerinde düşünerek cevaplar arayabiliriz.

Hukukun kökeni, anlam ve amacı diye ifade ettiğimiz felsefî düşüncüyü, esas itibarıyla, iki bölümde topladık-tan sonra bunlara bir de metodolojik sorunu ekleyebiliriz.

i) Deontolojik sorun : amaç

ii) Ontolojik sorun : kaynak (köken) ve yapı – hukuk genel teorisi

iii) Metodolojik sorun

I. Deontolojik Sorun : Bu sorun, nitecede, müspet hukuk kurallarının, insan hareketinin değerlendirilmesinde nihaî ölçütü oluşturup oluşturmadığı sorununa dönüşür. Yani hukukun amacı, maddî anlamda adalet midir yoksa, biçimsel değerler (kesinlikle kanunî adalet) midir? Tabii hukuk doktrini bakımından tereddüte gerek yoktur. Hukukun nihaî amacı maddî anlamda adalettir; esasen adalet ve hukuk eş anlamlıdır. Ayrıca hukuk üstün otoritenin zorla kabul ettirdiği emir-kurallar bütünü değil de, insan davranışına model oluşturan, insan hareketini değerlendiren kurallardır.

Felsefî pozitivizmin hukuka yansımaları temsil eden hukukî pozitivizm, bağımsız hukuk bilimi içinde, metafizik diye nitelediği adalete yer vermez. Daha doğrusu her türlü değer kavramını, aynı gerekçe ile hukuk biliminin dışına atar. Hukukî pozitivizm, kendisine özgü değerler sistemi olmaksızın, sırf zihnî araçlarla müspet hukuktan hareket ederek her hukukî soruna cevap bulmayı mümkün gören bir metodolojidir. Bu metodolojiye göre, hukuk normları ve hukuk düzeninin şekli geçerlilikleri, hukuk alanında bilimsel düşüncüyü tüketir.

Ama bu iddialar gerçekten uyuşmamaktadır. Çünkü hukukî pozitivizm, tarih içinde kendi ideolojisini ve kendi değerlerini yaratmıştır. İdeolojisi kurulu düzeni korumaktır. Bu o kadar aşırıdır ki, gerektiğinde, kendisinin doğumunu hazırlayan liberal burjuva düzenini yıkıp yerine geçen nazizm ve faşizmi de korumuştur. Aynı ideoloji kanunî adalet, kesinlik gibi şekli değerler yaratmış, bunları maddî değerlere üstün tutmuştur. Yani, hukukî pozitivizmin ideoloji ve değerden kurtulmuş olmak iddiası doğru değildir.

Esasen, hukuku değere kapalı düşünce ile ele alamayız; çünkü hukuk dediğimiz olgu, fizik olgular gibi insan iradesinden tamamen bağımsız değil de, bilâkis, insanın iradî olarak yarattığı bir olgudur. Bu nedenle hukuk bilimi ya da disiplininin görevi, hukukî olanla, yani şekli geçerlilik ile değer arasındaki kesişme noktasını araştırıp bulmaktır. Sadece empirik yönle sınırlı kaldığımızda, haklılık, adalet, doğruluk gibi sorunları egemen güçle çözmek zorunda kalırız. Yani sonuçta, egemen güç eşittir doğruluk, haklılık sonucuna varırız.

Bu nedenlerle hukuk felsefesi mutlak adalet, haklılık, doğruluk sorunsalını ele almalıdır.

II. Ontolojik Sorun: Ontolojik sorun hukukun a priori mi a posteriori mi olduğu sorusu ile işe başlar. Hukuku a priori olarak kabul eden akıma biz tabii hukuk doktrini diyoruz. Hukuk tabiatın temsil ettiği düzenden akıl aracılığı ile çıkar. Zaten geniş anlamda tabiat akli da içerir. Varlığı peşinen ve deneyden bağımsız olarak kabul edilen hukuk bir veya birkaç değer yargı-

sından oluşur; bu değer yargıları ile akıl arasında uyum vardır ve dolayısı ile akıl aracılığı ile öğrenilebilirler; bir kere öğrenildikten sonra müspet hukuktan üstündürler. En önemli, en üstün değer barıştır; ilk ilke de her yerde barışı aramayı emreder. Barışa ulaşmanın yolu, bütün yetkileri ölümlü Tanrı'ya (Leviathan) devretmektir. Nitekim verilen sözlerin tutulması ilkesi, eşitler arasında sözleşmeye uyulmayı, eşit olmayanlar arasında da egemen iradeye mutlak itaatı emreder.

Hukukun a posteriori olması, insanın iradî davranışının ürünü olmasını ifade eder. Tabii hukukun aksine, müspet hukukun empirik bir kaynağı vardır. Bu kaynak devletçi pozitivizmle egemen iradedir. Gerçek anlamda hukukî pozitivizm açısından önemli sayılan, hukukun gözlemlenebilir bir kaynağın ürünü olmasıdır. Söz konusu gözlemlenebilir kaynağın ilk grubu devletin hukuk yaratıcı işlemleri ve mevcut bazı kuralları kabul edici, bunlara izin verici davranışlarıdır. İkinci grup gözlemlenebilir kaynak da, toplumun dinamiklerine bağlı hukukî olay ve olgulardır.

İşte ontolojik sorunu ele almak, bu işaret edilen konular üzerinde durmak anlamına gelir.

III. Metodolojik Sorun : Metodolojik sorunu diğerlerinden ayırmanın bir ölçüde yapaylığının farkında olarak, yine de diyebiliriz ki, bu başlıkta araştırılan konu hukukun bilgisine ulaşmak için kullanılan metodların ne olduğudur. Metod da aklın belli bir sonuca ulaşmak için yol alırken tabi olduğu ölçüt ve kurallardır. Hukuk metodolojisi de, hukukun ontolojisini,

amaçlarını öğrenebilmek için, aklın kendisine uyduğu ölçüt ve normların bütünüdür.

Deontolojik sorundan söz ederken, hukukun normatifliğinin iki yüzüne işaret etmiştik: kesinlik – doğruluk (haklılık). Haklılık sorununun rölativist niteliğini gözardı etmemekle birlikte, Jhering'den beri bunun hukukî menfaatlerin dengelenmesi olarak anlaşıldığını söyleyebiliriz. Yine Jhering'e göre normatif bir sistem olan hukukun iki temeli vardır: a) hukukun maddî temeli, yani toplumsal menfaatler; b) hukukun şeklî temeli, yani toplumsal menfaatin korunmasının temeli olan norm. Dolayısıyla şeklî unsur temsil eden emir önerme (norm) ile bunun içeriği menfaat birlikte ele alınmalıdır. Nitekim, hukukun tabii olgular gibi insan iradesinden bağımsız değil de, insan iradesinin ürünü olması da bunu doğrular. Çünkü insanın iradî davranışı ile belli bir hedefe ulaşmak için yarattığı bu kültürel olguyu, değere kapalı düşünce ile öğrenemeyiz ve açıklayamayız. Ancak hukuk, değere kapalı saf bilimsel düşünceye tamamen kapalı değildir. Nitekim hukukun belli amaçlarına ulaşmak için kullandığı ve bireyin ne yaptığını değil de ne yapması gerektiğini gösteren emir önermenin, olması gerekene işaret eden ve insanın formüle ettiği unsur, sanıldığı gibi devletin iradesini değil de nesnel ve tasvirî olarak incelenmesi mümkün olan maddî ilişkileri temsil eder. Bu inceleme, normatif hukuk disiplininin değil, hukuk sosyolojisinin konusunu oluşturur.