

POZİTİVİST HUKUK KAVRAMI ÜZERİNE ELEŞTİRİSEL BİR REFLEKSİYON

*Dr. Sururi Aktaş**

I- Genel Olarak

XIX. Yüzyıldaki bilimsel çalışmaların birçok alana yayılması ve bilimsel gelişmenin sonul olarak insan davranışını da etkileyeceği inancı, hukuk düşünürlerini birçok bakımdan etkilemiştir. Herbert Spencer, kendi hukuk teorisini biyolojik evrimden çıkarırken, Auguste Comte da kendi teorisini “üç hal yasası”na indirgiyordu¹. A. Comte’un “bilimsel felsefe”si hukuk kavramının pozitif bir yöne kaymasında büyük rol oynamıştır. Comte’a göre bilimin konusu, gözlenebilen olgularla sınırlıdır. Metafizik soyutlamalar, bilimsel alanın dışında kalır². Pozitivist mantık, *a priori* varsayımları ve soyut ideaları küçümseyerek bunların yerine kendi inancı olan gözlemi koymuştur. Dolayısıyla zamanın egemen felsefesi olan pozitivism, hukuku içine alan “pratik akla” kadar genişledi. Bunu takiben diğer bilimler gibi hukuk alanında da birçok pozitivist eğilim kendini gösterdi. Bu eğilimlerin ortak noktası, hepsinin de metafizik teorilere ve doğal hukuk kavramına karşı olmalarıydı³.

Comte’dan sonra pozitivism daha da sofistike bir yol izledi. XX. Yüzyılın başlarında gemen olan mantıksal pozitivism, Viyana Çevresini bu açıdan başat düşün merkezi haline getirdi. Mantıksal pozitivismin düşünsel altyapısını Viyana Çevresinden daha önce kuran Wittgenstein, *Tractatus* adlı yapı-

* Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi.

¹ Friedmann, Wolfgang, *Legal Theory*, 2nd edition, Stevens-Sons, London 1949, s. 163; A. Comte’un pozitivist felsefesi için bkz. Bruhl, L. Levey, *Auguste Comte Felsefesi ve Sosyolojisi*, (çev. Ziyaeddin Fahri Fındıkoğlu), İÜİF yayını, İstanbul 1970, *passim*.

² Hançerlioğlu, Orhan, *Felsefe Sözlüğü*, 7. Bası, İstanbul 1989, s. 289

³ Friedmann, s. 142; Barry, Norman, *An Introduction to Modern Political Theory*, third edition, London 1995, s. 32

tında dilin yapısı ile olgusal dünya arasında paralellik kurdu⁴. Wittgenstein'e göre dil, olgusal dünyanın bir resmidir. Dildeki olgusal olamayan önermeler gerçeği yansıtamaz. Dolayısıyla metafizik kavramlara dayanan dilsel formülasyonlar dilin dışına atılması gerekir. Böylece Wittgenstein, reel dünya ile dil arasındaki örtüşmeyi bozan her türlü önermeyi yadsıyarak gerçek dışı ilan etti⁵. Wittgenstein ikinci dönem felsefi yazımı olan *Philosophische Untersuchungen* yapıtında bu düşüncelerini değiştirdiyse de⁶, metodolojisinin mantıksal pozitivizm için esin kaynağı oluşturmasını engelleyemedi. Wittgenstein'in düşüncelerini, "Yeni Pozitivizm" in kurucusu Ernst Mach yineledi. Mantıksal pozitivizm bu temellerden hareketle Whitehead ve Russell'in analitik pozitivizmini kullanarak, bilimi metafizik soyutlamalardan arındırarak ampirik bağlamında gözlenebilir bir içerik taşıyan önermeler zinciri haline getirmeye kalkıştı⁷. Bütün bu metodolojik yaklaşımlar, pozitivitesi olmayan her türlü önermeyi anlamsız ve dolayısıyla anti-siyantifik olarak niteleyerek bilimin sınırları dışında tuttu.

Hukuk alanında pozitivizmin en temel göstergesi, monizm "tekçilik" tir. Hukuksal monizm, hukukun pozitivitesini esas alır. Bu pozitive de değişik biçimlerde karşımıza çıkar. Pozitive olarak normun "lojik ve biçimsel" yanını kabul ettiğimizde karşımıza normativizm çıkar. İradenin sınırlandırılmamış biçimi pozitive olarak alınırsa iradecilikle (volantarizm) karşı karşıya kalırız. Pozitiveden sosyal olgular anlaşılırsa, sosyolojik pozitivizmden sözedebiliriz. Bu da gösteriyor ki, pozitivizm hukuk alanında kendini değişik versiyonlarda göstermektedir. Bu değişik pozitivist versiyonlar, farklı hukuk teorilerini gündeme getirmiştir. Ancak bu farklılık yukarıda da gösterildiği gibi, onları doğal hukuk teorilerine karşı koymaktan engellemiştir. Yine bu teorilerin en temel karakteristiği, dualist hukuk kavramını dışlayarak hukuk alanında bir "olması gerekene" *sollen (ought to)* izin vermemeleridir. Başka bir deyişle pozitivist hukuk teorileri "olan" la *sein (is)* ilgilenirler. Olması gerekeni dışlayan bu teoriler, çoğu kez devlet iradesini yücelten otoriter inançlar biçiminde varlıklarını sürdürürler.

Biz bu kısa çalışmada, hukuksal pozitivizmin alt versiyonları olan iradeci ve normativist pozitivizm ile sosyolojik pozitivizm üzerinde duracağız.

4 Sahakian, William S., *Felsefe Tarihi*, (çev. Aziz Yardımlı), İdea yayını, İstanbul 1997, s. 269-270

5 Sahakian, s. 270

6 Bkz. Demir, Ömer, *Bilim Felsefesi*, Ağaç Yayıncılık, İstanbul 1992, s. 44 vd

7 Demir, s. 15-16

II- Hukuksal Pozitivizm

Hukuksal pozitivizmin hemen hemen bütün türevleri için ortak olan bir inanç, teknik hukuksal sorunlarla etik ve politik sorun alanlarının birbirinden ayrı tutulma gereğidir⁸. Bu ayrım etik ve politikanın reddi anlamına gelmez. Böyle bir ayrıştırmanın amacı olarak, hukuk kavramına bilimsel bir karakter kazandırmak, ideal kaygılarla teknik hukuksal sorunları birbirine karıştırmamak gösterilmektedir. Hukuksal pozitivizm açısından hukuk kavramına yönelik etik ve politik karakterli ideal değerlendirmeler hukuk bilimi dışındaki çabalar⁹. Biçimsel hukuk teorileri olarak da anılan bu yaklaşımlar¹⁰, Hans Kelsen, H.L.A. Hart ve John Austin tarafından ayrıntılı olarak işlenmiştir¹¹. Konuyu açıklaması bakımından Hart'ın görüşleri aydınlatıcıdır. Hart'a göre, bir hukuk kuralı haksız nitelik taşıyan ögeler içerse bile, bu nitelik o normun hukuk olma karakterini engellemez. Bununla birlikte Hart, haksız nitelikteki hukuk normuna yöneltilen tepkileri normal karşılar, hatta bu tepkiler konusunda bireylerin bilinçlendirilmesini de onaylar¹².

1- İradeci Pozitivizm

İradeci pozitivizm, hukuksal pozitivizmin en ilkel biçimi olup iradenin, ister bir yasama organının ister bir monarkın iradesi olsun, sınırlandırılmamış gücü üzerine dayanır. XIX. Yüzyılda kavram olarak başlamasına karşın, tarihsel süreç içinde geriye doğru gidersek bu hukuksal teorinin izlerini Sofistlere kadar sürebiliriz. Ünlü Sofist düşünür Protagoras, "herşeyin ölçüsü ampirik insandır" diyerek ilkel bir pozitivist süreci başlatmıştır¹³. Görüldüğü üzere, Protagoras'ın maksimindeki insan kavramı, evrensel ya da entellejibil değil, görgül (sensibil) karakterdedir. Evrensel insan aklından söz edilseydi, hukuk kavramı bakımından daha umut verici olurdu. İradenin kutsanmış bu

⁸ Öktem, Niyazi, "Hukuksal Pozitivizm Akımı", *İÜHF Mecmuası (Ord. Prof. Dr. Charles Crozat'a Armağan)*, C. XIII., sayı 1-4, İstanbul 1979, s. 277; Hommes, Hendrik Van Eikema, "Positive Law and Material-Legal Principles", *Archiv für Recht und Sozialphilosophie*, LXX, Germany 1984, s. 155

⁹ Öktem, *Hukuksal Pozitivizm*, s. 277-278

¹⁰ Işıktaç, Yasemin, *Hukuk Normunun Mantıksal Analizi ve Uygulaması*, Filiz Kitabevi yayını, İstanbul 1999, s. 15

¹¹ Golding, M.P., "Kelsen and The Concept of Legal System", *Archiv für Recht und Sozialphilosophie*, vol. XLVII, 1961 Berlin, s. 355 vd

¹² Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford University Press, London 1965, s. 205-206

¹³ Bkz. Özbilgen, Tarık, *Eleştirel Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, Cilt I, İÜHF yayını, İstanbul 1971, s. 152; Aktaş, Sururi, *Aristo Felsefesinde Adalet* (yayımlanmamış yüksek lisans tezi), İstanbul 1996, s. 7

gücüne dayanan Sofist felsefe, doğal hukukun adalet kavramı yerine güce dayalı hukuk kavramını simgelemektedir¹⁴. Yine iradeci pozitivizm için önemli olan Thomas Hobbes, *leviathan* (devletin) gücünü yücelterek, mutlak monarşiler için bir haklılaştırma gerekçesi ortaya koymuştur. Hobbes felsefesinde, toplumsal (medeni) yaşama geçildikten sonra, doğal hakların pozisyonu *leviathan*'ın sınırsız ve sorumsuz irdesine terkedilmiştir¹⁵. Böyle bir devir işlemi, şüphesiz doğal hak kavramının niteliğini değiştirmiştir. Devir işleminden sonra doğal hak kavramından söz etmek aslında doğru değildir. Dolayısıyla, Hobbes'un sosyal sözleşmesi (social contract) doğal haklara dayanan liberalizm yerine, iradenin sınırlandırılmamış gücüne dayalı mutlak monarjiyi gündeme getirmiştir.

Daha teknik olarak iradeci pozitivizm denildiğinde akla *İngiliz Emirci Hukuk Teorisi* (The English Command Theory of Law) gelir. Birçok eleştiri almasına karşın, bu hukuk teorisi İngiliz hukuk bilimine egemen olmuştur. Emirci teori, İngiliz "faydacılığı" ile ilişkilendirilir. Geleneksel olarak John Austin tarafından temsil edilen bu teorinin izlerini biraz daha değişik bir versiyonda Jeremy Bentham'da da görmek olanaklıdır¹⁶. Biz her iki yazarın görüşlerini izleyerek konuyu aydınlatmaya çalışacağız.

İngiliz Analitik Pozitivizminin öncüsü John Austin'e göre hukuk, "akli bir varlığın, üzerinde iktidar sahibi olduğu başka bir akli varlığın davranışlarını düzenlemek için belirttiği davranış modeli"dir¹⁷. Başka bir deyişle, Austin'in teorisinde hukuk, egemen gücün koyduğu buyruklardır. Austin'in hukuk tanımında iki temel öge söz konusudur. Bunlardan birincisi, "egemen güç" dediği yasakoyucu, diğeri ise "etkinlik"tir. Etkinlik, kuralın uygulanmasına yönelik zorlamayı ifade eder. Yaptırımla desteklenmemiş kural, hukuk sayılmaz. Dolayısıyla etkinlik, kurallara uymayı garanti eder. Austin'in hukuk kavramında yer alan "egemen yasakoyucu" ve "etkinlik" öğeleri, hukukun, "egemen yasakoyucunun emirleri" ve "ona uymakla yükümlü akıllı varlıklar" biçimindeki iki bileşene ayrılmasına neden olmaktadır. Austin'in hukuk tanımı daha alt bileşenlere ayrıldığında karşımıza, egemen güç,

¹⁴ Aktaş, *Aristo Felsefesinde*, s. 8 ; bkz. Birand, Kamıran, *İlkçağ Felsefesi Tarihi*, 3. Bası, AÜF yayını, Ankara 1987, s. 35; Yörük, A. Kemal, *Hukuk Felsefesi Derleri*, 1. Kısım, 2. Bası, İÜHF yayını, İstanbul 1958, s. 67

¹⁵ Bkz. Göze, Ayferi, *Siyasi Düşünceler ve Yönetimler*, 5. Bası, Beta yayını, İstanbul 1989, s. 130-146

¹⁶ Barry, s. 37

¹⁷ Austin, John, *Lectures on Jurisprudence*, vol. I, London 1929, s. 86; Güriz, Adnan, *Hukuk Felsefesi*, 3. Bası, AÜHF yayını, Ankara 1992, s. 314-315

emir, yaptırım ve uyma yükümlülüğü çıkmaktadır¹⁸. Anlaşılacağı üzere, Austin'in hukuk teorisi fazlasıyla güç olgusunu çağrıştırmaktadır. Austin'in hukuk teorisi, örf adet hukuku ve uluslararası hukuk gibi hukuksal fenomenleri dışlamaktadır. O, bu tür hukuksal fenomenleri "anoloji yoluyla hukuk" olarak tanımlamaktadır. Austin'e göre, uluslararası hukuk etkin bir yaptırımı içeren egemenlik olgusuna dayanmadığı için sadece pozitif ahlaklılığı (moralite) gösterir. Dolayısıyla, Austin'in hukuk teorisi, Dünyadaki hukuksal fenomenlerin açıklanması açısından yetersizdir¹⁹.

Austin'de hukuk, bir emirler dizisidir. Bir emirdeki öneriler, bir şeyin yapılması veya yapılmamasını buyururlar. Bir hukuk normundaki bu tür buyrukların doğruluğu ya da yanlışlığı olgusal önerilerin aksine tartışılmaz. Bu tür buyruklar normatif olup eylemin izlemesi gereken yolu (ought to) gösterirler. Ancak buradaki olması gerekenlik, ahlaksal olması gereken (moral ought to) değildir; pozitif hukuka göre bir olması gerektirir.

Egemenlik kavramı, Austin'in hukuk teorisinin anlaşılmasında yaşamsal öneme sahiptir. Hukukun yaratıcısı olarak egemen güç, belli bir sayıdaki insanın (nüfusun) kendisine geleneksel (alışılmış) itaat borcu olan kişi veya kişi grubunu ifade eder. Egemen güç, ise, hiçbir temel yasa tarafından sınırlandırılmamıştır. Alışılmış itaat, bir hukuk sisteminin varlığını olanaklı kılan sosyolojik ve olgusal gerekliliği ifade eder. Bu yaklaşımlarıyla Austin, olayların yargusal yorumuyla gelişen *common law* sistemini görmezlikten gelmiştir. Emirci Hukuk Teorisinde egemen olan güç, bir hukuk sisteminin kontrolü dışında tutulmuş, mahkemeler egemen gücün bir ajanı olarak düşünülmüştür. Mahkemeler görevlerini yerine getirirken yeni hukuk yaratmalarına karşın, var olmaları egemen olan güce bağlanmıştır²⁰.

Austin'in hukuk teorisine yöneltilen ortak bir eleştiri, bu teorinin, hukuku sadece yükümlülük yükleyen (duty-imposing) normlara indirgemiş olması noktasındadır. Bir şeyin yapılması veya yapılmamasını buyuran ceza hukuku normları bakımından bu teori anlaşılabilir. Ancak Hart'a göre bir hukuk sistemi yalnızca yükümlülük yükleyen (duty-imposing) normlardan ibaret değildir. Bir modern devletin hukuk sistemi aynı zamanda güç ve yetki veren kurallardan (power-conferring rules) oluşur²¹. Yetki veren kurallar, evlenme, miras bırakma ve mülkiyet kazanma gibi bireylerin belirli şey-

18 Austin, s. 89; Friedmann, s. 144

19 Barry, s. 38

20 Barry, s. 39

21 Hart, s. 27-33

leri yapmalarını olanaklı kılan hukuksal aygıtlardır. Bu tür hukuksal olgularda bireylere empoze edilmiş yükümlülükler söz konusu değildir. Özel Hukukun yapısı, Emir Teorisiyle açıklanamayan bu tür yetki veren kurallardan oluşur. Yetki veren kurallar, yükümlülük yükleyen kurallar gibi bir hukuksal yükümlülük yaratacak yaptırımlar içermezler. Bununla beraber, Austin Özel Hukuktaki *butlan* durumunu ceza hukukundaki yaptırımlara benzeterek, yükümlülük yükleyen kuralların bir hukuksal sistemin tümünü temsil ettiği inancını sürdürür. Oysa, butlan durumu bir hukuksal yükümlülük yaratmaz. Butlan, zorunlu hukuksal prosedürlerin yerine getirilmemesinin sonucudur²². Austin'in hukuk teorisinin önemli bir başarısızlığı da, modern bir devlette bulunan yasama otoritesinin karmaşık yapısını açıklayamamış olmasıdır. Çünkü, yükümlülük yükleyen kuralları koyan yasama organı, bu yasama gücünü anayasadan almaktadır. Böyle bir yetkinin verilmesini düzenleyen anayasa kuralları, yükümlülük yükleyen kurallar olarak anlaşılabilirler²³. Bu tür kurallar, yasama yetkisini kullanan gücün aktivitelerini gösterirler. Yükümlülük yükleyen organ olarak yasama gücü bu kuralların dışına çıkarsa, yaptığı yasama aktivitesi geçersiz olur²⁴.

Emirci Hukuk Teorisi, sadece hukuk ile ahlaklılığı birbirinden ayırdığı gerekçesiyle pozitivist değildir; o, bir hukuksal sistemin varlığını gözlenebilen yaptırımlar açısından kavramaya çalıştığı içinde pozitivist bir karakter taşır. Emirci Teori, kuralların lisanında bulunan hukuksal sistemi açıklamaz. Çünkü otoriteye sahip olmaya ilişkin iddia ve istekleri geçerli kılan kurallar, emirlerin yaptırımlarla desteklenmesi gereğiyle ilgili olan olguda gözlenemez²⁵.

Bentham, hukukun mantıksal yapısı hakkında Austin'in görüşlerinden oldukça farklı olan önemli düşünceler ileri sürmüştür. Bentham'ın yaklaşımı, Emirci Teorinin emir ve yaptırım modelini içermekle beraber, hukuku yalnızca *statute* (yazılı hukuk) açısından açıklamamıştır. Bentham açısından hukuk, egemen gücün önceden mevcut hukuku (emir ve yasakları) benimsemesi (adoption=kabul) ve kendisinin yeni hukuk yaratmayla ilgili tanımlamasıyla (conception) geçerli hale gelir²⁶. Bentham, hukukun ahlaksal bir temelini bulunup bulunmadığı ile ilgili sorunlarla ilgilenmemiştir. Diğer

22 Hart, s. 33-35

23 Hart, s. 303

24 Barry, s. 40

25 Barry, s. 44-45

26 Bentham, Jeremy, *Of Laws General*, Athlone Press, London 1970, s. 18-19

yandan Bentham *adoption* teorisiyle, devletin sürekliliği olgusuna dayanarak önceki İngiliz krallarının çıkardığı emirleri geçerli hukuk sayma yoluna gitmiştir²⁷. Ancak Bentham, egemen gücün bölünemezliği ve sınırlanamazlığını kabul etmemiştir. Ona göre egemen güç, iki veya daha fazla yasama organına bölünebilir. Yine Bentham, en üst yasama gücünün bile geleneklerle sınırlanabileceğini kabul eder. Austin, cezai yaptırım içermediği gerekçesiyle anayasa hukukunu kabul etmediği halde, Bentham bir anayasa hukukunun olabirirliliğini öngörmüştür. Diğer yandan Bentham, yardımcı yaptırım olarak dinsel ve ahlaksal ilkelerin egemen gücü sınırlayabileceğini de kabul eder²⁸.

Austin ve Bentham'a ilişkin olarak yukarıdaki açıklamalardan anlaşılıyor ki, her iki hukuk düşünürün yaklaşımları İngiltere'nin o günkü iktidar yapısıyla yakından ilgilidir. Kraliyet olgusu her iki düşünür için bir hukuksal gerçeklik olarak varlığını sürdürmüştür. Başka bir deyişle, gerek Austin, gerekse Bentham kraliyet olgusunu dışlayan bir yaklaşımı benimsememişlerdir. Bu, hukuksal alanda bir monist düşünceyi doğurmuştur. Bizce ilkel bir hukuksal pozitivismi deyimleyen bu monist kavrayış, hukukun devlet olgusu dışındaki ontolojik yapısını gözardı etmiştir.

İradeci pozitivism açısından anılmaya değer diğer bir yaklaşım da, Carl Schmitt'in hukuk teorisi. Schmitt de Austin ve Bentham gibi, dönemin politik durumunun etkisi altındadır. Schmitt, hukuksal yaklaşımıyla Nazizmi haklılaştırma çabası içine girmiştir²⁹. Schmitt'in hukuk teorisi, birbiriyle çelişen ikili yapı arzeder. O, önce daha elverişli sayılabilecek hukuksal normativizmi savunur. Schmitt açısından normativizm, genelliği ve saf rasyonaliteyi ifade eder. Bu bakımdan Schmitt için rasyonalizm, iradecilikten önce gelir. Schmitt, normativizmin soyut yasa kavramını esas aldığını söyler. Schmitt açısından soyut yasa kavramı ise, özgül ve sonuç durumları dikkate almayan bir teoridir³⁰. Hukuk kavramı açısından bu, Schmitt'in olumlu yanını gösterir. Ancak o, burada kalmayarak, bizce ilkel bir teori olan iradeciliğin otoriterizmine saplanır. Schmitt bu noktaya, desisyonizm (decisionism)'le ulaşır. Desisyonizm, her türlü olağanüstü karar, emir ve yasağı hukuk olarak telakki eden bir yaklaşımdır. Schmitt'e göre hukukta

27 Güriz, s. 300-301

28 Bentham, s. 67-71

29 Cristi, F.R., "Hayek and Schmitt on The Rule of Law", *Canadian Journal of Political Science*, vol. 17, no:13, s. 522

30 Cristi, s. 524

normativizm asıl, desisyonizm ise istisnai bir durumdur. Ancak o, istisnai durumların evrensel olandan daha yaygın olduğunu söyleyerek, desisyonist hukuk kavrayışından, yani egemen gücünün her türlü kararını hukuk sayan hukuksal yaklaşımdan yana tavır almıştır³¹.

2- Normativist Pozitivizm

Normativizm, düşünsel temel olarak Hans Kelsen'in "Saf Hukuk Teorisi"ne (*Reine Rechtslehre=The Pure Theory of Law*) dayanır. Viyana Okulu'nun kurucusu olan Kelsen Yeni-Kantçı (Neo-Kantian) hukuk filozoflarından. Yeni-Kantçı hukuk filozofları, Kant'ın ahlak ve hukuk felsefesi yerine, onun bilgi teorisini temel almışlardır. Bundan dolayı Yeni-Kantçılar, Kant'ın *Pratik Aklın Eleştirisi*'indeki (*Critique of Practical Reason*) düşüncelerinden daha ziyade, *Saf Aklın Eleştirisi*'indeki (*Critique of Pure Reason*) temel çizgiyi izlerler. Saf Akıl, dış dünyanın algılanmasının, insan zihnindeki kategoriler yoluyla gerçekleşmesini sağlar. Pratik Akıl ise, izlenmesi gereken ahlaksal amaçlar üzerinde durur. Dolayısıyla Kelsen'in hukuk teorisi, Kant'ın ahlak felsefesine değil, onun formalist bilgi teorisine dayanır³².

Yeni-Kantçı gelenek ampirist olmamasına karşın, pozitivisttir. Yeni-Kantçılar'ın temel amacı, hukukun değişmeyen yanını ortaya koyarak ona bilimsel ve formal bir karakter kazandırmaktı. Rudolf Stammler bu yolda bazı bilimsel girişimlerde bulunduysa da, adalet kavramını hukuk alanı dışına taşıyarak pozitivist bir hukuk teorisi geliştiremediği için girişimi sonuçsuz kaldı. Kelsen daha radikal bir adım atarak, adalet idealini tamamen hukuk dışına atmaya başardı. Gerek Stammler, gerekse Del Vecchio Kant'taki biçim ve içerik birlikteliğini bir hukuk teorisinde adalet idesini gözönünde tutarak başarmaya çalıştılar. Kelsen ve onu izleyen hukuk düşünürleri ise bu yaklaşımı idealist ve bilimsel olmamakla suçlayıp reddettiler³³.

Yukarıdaki epistemolojik açıklamalar ışığında Kelsen'in hukuk teorisinin temel özelliklerini şöyle sıralayabiliriz:

* Bir bilim olarak bir hukuk teorisinin amacı, karmaşıklık ve çokluğu birliğe indirgemektir.- Kesreti vahdete kalbetmektir.

* Hukuk teorisi irade değil, bir bilimdir. Onun bilgisi, hukukun ne olduğudur; ne olması gerektiği değil.

³¹ Cristi, s. 525

³² Friedmann, s. 91

³³ Friedmann, s. 106

* Hukuk doğal değil, normatif bir bilimdir.

* Bir normlar teorisi olarak hukuk teorisi, hukuk normlarının sonuçsallığı ile ilgilenmez³⁴.

Yukarıdan da anlaşılacağı üzere Kelsen, epistemolojik olarak biçimi içeriğe tercih ederek formalist bir hukuk teorisi kurma çabası içine girmiştir. Kelsen'in bütün amacı, hukuk bilimini, gerçek bilim seviyesine çıkarmak ve bütün bilimlerin ideali olan objektiflik ve kesinliği yakalamaktır³⁵. Böyle bir amaca ulaşmak için o, hukukun içeriğini oluşturan ahlak, din, politika ve tarih gibi *metajuridik* (hukuk-ötesi) elamanları hukuk kavramı dışına atmıştır³⁶. Böyle olunca, hukukun bilimsel incelemeye konu olabilecek tek yönü kalıyor, o da hukuksal normların biçimsel ve mantıksal (lojik) yanısıdır. Bu karakteriyle Kelsen'in hukuk teorisi, bir normlar bilimidir³⁷. Dolayısıyla, Kelsen'in normativist teorisinde, pozitif hukukun dışında ve üstünde ona meşruiyet kaynağı oluşturacak bir doğal hukuk düşüncesinden söz etmek olanaksızdır³⁸. Öktem'e göre Kelsen, hukuku, hukuk teknisyenliğine indirgemiş durumdadır³⁹. Genel hukuk teorisi açısından Kelsen'in teorisi elverişli bulunabilse de, Öktem'in Kelsen hakkındaki yargısı doğrudur.

Saf Hukuk Teorisinin formalist olduğuna yönelik değerlendirmeler ve eleştirilere Kelsen şöyle yanıt veriyor: "Formalist olmak: dürüst ve samimi olmak, kendini ve başkalarını aldatmamak demektir. Saf Hukuk Teorisi bu yüzden formalistlik eleştirisini memnuniyetle karşılar. Saf Hukuk Teorisine formalist olma suçlamasıyla hücum eden bilim değil, politikadır. Bu argümanlarla Saf Hukuk Teorisi reddedilemez. Bu teori, hukuk biliminin, politikanın esaretine girmesini engelleyecektir. İnsanlık tarihi, hukuk bilimi gibi diğer bilimlerin politikanın esaretine karşı nasıl mücadele verdiğini ve bunda başarılı olduğunu göstermektedir. Bunun için Saf Hukuk Teorisi formalizm suçlamasıyla ayıplanamaz"⁴⁰. Bu düşünceleriyle Kelsen, herşeye karşı

³⁴ Friedmann, s. 106

³⁵ Aral, Vecdi, *Kelsen'in Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri*, İÜHF yayını, İstanbul 1978, s. 1-2; İzveren, Adil, *Hukuk Felsefesi, DEÜHF yayını*, Ankara 1988, s. 58-59

³⁶ Aral, *Kelsen'in Saf*, s. 40 vd.

³⁷ Kelsen, Hans, "Mahz Hukuk Nazaryesi Nedir?", (çev. O. Münir Çağıl), *İÜHF Mecmuası*, C: XXII, sayı 1-4 (A. Samim Gönensay'a Armağan), s. 404-405

³⁸ Kelsen, s. 49

³⁹ Öktem, Niyazi, *Devlet ve Hukuk Felsefesi Akımları*, 2. B., Der Yay., İstanbul 1995, s. 335

⁴⁰ Kelsen, s. 416-417

formalist olmaktan çekinmemektedir. Hukuka pozitif bir kimlik kazandırmaya çalışan Kelsen için formalist olmak doğal, hatta kaçınılmazdır.

Normativizmin hukuk düzeni kademeli (hiyerarşik) bir yapıdadır. Hukuk kuralları yukarıdan aşağıya doğru gittikçe somutlaşan bir normlar sistemidir. Bu sistemde bir norm geçerliliğini kendinden bir üstteki bir normdan alır. Bu kademeli yapının en üstünde “temel norm” (grund norm) bulunur. Temel norm bir pozitif hukuk kuralı değildir. Temel norm kendine tabi normların hukuk ötesi, mantıksal yürürlük nedenini teşkil ettiği için bir varsayımdan ibarettir⁴¹. Anayasa dahil bütün hukuk normları geçerliliklerini temel norma borçludurlar. Ancak temel norm, diğer normların geçerlilik kaynağını oluşturabilmesi için “minimum etkinlik”e sahip olması gerekir. Bir hukuk sistminde temel norm değiştiği zaman, yeni bir temel normun önceki normun yerini aldığı kabul edilir. Eski temel normun açıkça kaldırılması gerekmez. Eski norm kendiliğinden de etkinliğini kaybedebilir⁴². Temel normun minimum etkinliğe sahip olabilmesi için, çoğunluk tarafından benimsenmesi veya toplumun bu yönde kanısının bulunması gerekir⁴³.

Kelsen’in teorisindeki normatiflik ya da olması gerekenlik, ahlaksal değil, hukuksaldır. Yani bir norm kendisinin üstündeki normdan ayrı olarak bir etik kurala göre meşruiyet testine tabi olmayacaktır.

Yukarıdaki açıklamalardan sonra Kelsen’in teorisi için şu soruların yanıtlanması anlamlı olacaktır: a) Kelsen’in geliştirdiği hukuk teorisi kendi varsayımıyla ne kadar tutarlıdır? b) Hukuk teorisi Kelsen’in bu teoriye biçtiği görevle ne kadar uyum içindedir?

Genel olarak sosyal bilimlerin, özel olarak da hukuk biliminin kendine özgül olan karakteri bilim adamları, sosyologlar ve hukukçular tarafından kabul edilmektedir. Kozalite ilişkisine dayanan doğa bilimleri ile iradeye dayanan sosyal bilimlerin arasındaki spesifik fark birçok çevre tarafından eleştirilmektedir. Bir yandan realist hukuk bilimi, bir fonksiyon olarak tanımlanan hukuk bilimi için temel eleman niteliğindeki bilimsel gözlemin önemi üzerinde dururken, diğer yandan da modern bilimciler, fiziksel olguların gözleminin kesinliğine olan inaçtan uzaklaşıp, seçilen ve değerlendirilen olgulara dayanan hipotezlere bağlı bilimin kesinliğinden daha çok, olasılılığı üzerinde dururlar. Dahası, doğal bilimlerin sosyal karakteri de aynı biçimde

41 Aral, Vecdi, “Kelsen’in Hukuk Anlayışı”, *İÜHF Mecmuası*, C. XXXIV, sayı 1-4, (ayrı bası), İstanbul 1969, s. 25

42 Bkz. Güriz, s. 32 vd

43 Öktem, *Devlet ve Hukuk*, s. 338; Güriz, s. 32

ele alınmaktadır. Kelsen'in doğal bilimlere hakkındaki yaklaşımı (kozal yaklaşım) mutlak olarak doğru olmasa bile, hukuk bilimi açısından spesifik tanımlamaları haklılaştırılabilir. Ancak, hukuksal gerçeklikte hiçbir varlığı bulunmayan "temel norm" fiksiyonu eleştiriye açıktır. Birinci eleştiri olarak, tek başına bir normun hukukun yegane kaynağını oluşturamayacağı, *statute* (yazılı hukuk) hukuk, emsal kararlar ve örf adet gibi eşzamanlı olarak varlıklarını sürdüren çeşitli normların bir hukuk sistemi için kaynak oluşturabileceği noktasında yoğunlaşmaktadır⁴⁴. İkinci eleştiri ise, aslında temel normun sosyal ve politik olgulara açık olduğu, dolayısıyla hukukun saflığının sağlanamayacağı noktasında yoğunlaşır. Çünkü temel normun etkinliğinin test edilmesi, sosyolojik ve politik inceleme ve soruşturmaya gereksinim duyar. Böyle bir soruşturma ise, sosyal olgu ve politikanın yeniden hukuk normunun içine alınması sonucunu doğurur ki, bu da Kelsen'in Saf Hukuk Teorisi için saflığın kaybedilmesi anlamına gelir. Doğal olarak böyle bir sonuç, Kelsen'in formalist ve anti-ideolojik olma karakterine gölge düşürmektedir. Böyle bir haklı eleştiri, Kelsen'in kendi varsayımsal teorisinin içindeki çelişkileri göstermektedir.

Kelsen açısından yaptırım, hukuka yabancı psikolojik bir eleman olmasına karşın, yine de hukuku sonul olarak uygulanabilir kılan bir faktördür. Dolayısıyla Kelsen, otoritenin sonul hukuksal kaynak olarak varlığını sürdürmesi bakımından Austinci pozitivistlere yaklaşmaktadır. Bu durum da pür formal olma iddiasını sürdüren bir teorisinin iç çelişkisidir.

Kelsen'in Saf Hukuk Teorisinin en temel karakteri, başlangıç hipotezi ile bu hipotezden çıkan hukuksal ilişkilerin toplamı arasındaki ilişkinin açıklanmasında kendisini gösterir. Kelsen'de somutlaşmanın dinamik bir süreci olarak hukuk kavramı, oldukça yaratıcı bir olguyu ifade eder. Çünkü Kelsen'de hukukun uygulanması, aynı zamanda hukukun yaratılması anlamına gelir. Örneğin, bir yasanın veya yönetmeliğin uygulanması sonucu verilen idari kararlar ya da mahkemelerin verdikleri kararlar Kelsen'in hukuk kavramı açısından normlar pramidinin en altındaki hukuksal normları teşkil ederler. Bu durum, hukukun uygulanması ile yaratılması olgusunun birliğini (monist karakterini) açıklar⁴⁵. Böyle bir birlik Kelsen'in teorisi için bir çelişkiyi ifade etmektedir. Çünkü böyle bir örtüşme onun teorisinin saflığına ya da formal niteliğine zarar vermektedir. Mahkeme kararları ile idari kararlar gibi içeriğe dönük somut hukuksal olguları hukuk normu sayan Kelsen için

⁴⁴ Friedmann, s. 114

⁴⁵ Bkz. Aral, *Kelsen'in Saf*, s. 127

böyle bir sonuç, hukukun formal yapısından bir sapışı deyimler. Böyle bir sapışa karşın, yukarıda açıkladığımız dinamik hukuksal süreç, realist hukuk kavramı açısından önemlidir. Kelsen'in uygulama ve yaratma ile ilgili vardığı monist yaklaşıma, Amerikan realits okulu başka bir yoldan ulaşmaktadır⁴⁶. Emsal hukuksal kararların biçimlendirdiği *common law* sistemi, uygulama ile hukuk yaratmanın iyi bir örneğini oluşturur⁴⁷.

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı gibi Kelsen'in teorisi kendi içinde bazı çelişkileri barındırmaktadır. Ancak Kelsen'in hukuk teorisine yapılabilecek en önemli eleştiri, bu hukuk teorisinin doğal hukuku dışladığı ve dolayısıyla "ahlaksal olması gereken"i içermeyen monist bir karakter taşıdığı noktasında olacaktır. Biz bu yöndeki eleştirileri genel olarak hem iradeci pozitivizme ve hem de normativizme birlikte yönelteceğiz. Ancak hemen şunu belirtelim ki, hukuksal normativizm, iradeci pozitivizme göre daha olumlu ve çağdaş bir hukuk kavramını öngörmektedir. Çünkü, normativizmde her türlü irade değil, ancak normlar sistemine uygun irade hukuk kuralı kimliğini taşımaktadır. Normlar kompleksinin genel yapısı, yasakoyucunun iradesinin sınırını oluşturur. Parlamentoların hukuksal norm niteliğindeki iradelerinin denetlenmesi açısından normativist teorisinin önemi büyüktür. Ayrıca, Kelsen'in Saf Hukuk Teorisi, "genel hukuk teorisi" açısından önemle anılmaya değer. Çünkü hukuk biliminin bir boyutu da, genel bir norm teorisini içerir. Bu açıdan bir normlar bilimi olarak hukuksal normativizm, her zaman önemini koruyacaktır. Eleştirilerimiz saklı kalmak koşuluyla şunu söyleyebiliriz: Kelsen, hukuk bilimine yaptığı katkı bakımından XX. Yüzyılın en önemli hukuk filozofu olarak gelecek nesil hukukçulara her zaman yol gösterici olacaktır.

III- Hukuksal Pozitivizme Tepkiler

Bu başlık altında yapacağımız eleştiriler genel nitelikte olup, hem iradeci pozitivizm ve hem de normativizm için geçerli olacaktır. Hukuksal pozitivizmi birçok yönden eleştirmek olanaklıdır. Diğer yandan bu hukuk teorisine yönelteceğimiz eleştiriler, aynı zamanda özgül bir devlet biçimi için de (hukuk, adalet ve hak kavramının kendi iradesinden kaynaklandığını iddia eden devlet) söz konusu olacaktır. Çünkü hukuksal pozitivizm, doğal hukuka dayanan doğal haklar ve özgürlüklerin ontolojik varlığını kendi iradesinin

⁴⁶ Bkz., Yörükoğlu, Ömer, *Yirminci Yüzyılın İlk Yarısında Amerika Birleşik Devletlerinde Hakim Olan Hukuk Teorisi*, İÜHF yayını, İstanbul 1982, *passim.*; Gürkan, Ülker, *Hukuki Realizm Akımı*, AÜHF yayını, Ankara 1967, *passim.*

⁴⁷ Bkz. Holmes, O.W., *Comon Law*, Boston 1881, *passim*

ürünü sayan ve bu kavramlar üzerinde iradesinin sınırsız olduğunu düşünen otoriter bir devletin ideolojisi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Hukuksal pozitivizme yönelik ilk köklü eleştiri, felsefi niteliktedir. Felsefi kökenli eleştiriler, hukukun bir ampirik ve bir de metafizik yönü olduğu; hukuksal pozitivizm ise, hukukun metafizik yanını dışladığı noktasında yoğunlaşmaktadır. Hukukun metafizik yanı, hukukun ampirik yanını aşan ve yürürlükteki hukukun vicdanlarda onay bulmasını sağlayan bir karakter arzeder. Doğal hukuk kavramını amaçlayan bu görüş, hukukun metafizik boyutu olarak adalet idesini gösterir⁴⁸. Rudolf Stammler, felsefi kökenli eleştirileri yöneltten önemli hukuk düşünürlerinden biridir. Yeni-Kantçı ekolün temsilcilerinden de olan Stammler, yürürlükteki hukukun ötesinde iki hukuksal formülasyondan sözeder. Bunlardan birincisi, her türlü deneysel olgulardan bağımsız rasyonel ve mantıksal ilkeler, ikincisi ise hukuk idesidir. Bunlar pozitif hukuku meşru kılan kriterlerdir. Hukukun rasyonel ve mantıksal ilkeleri her türlü ampirik, deneysel veriden bağımsız olduğu için *a priori* niteliğindedirler; yani her türlü hukuksal gerçeklikten önce bulunan transandantal soyutlamalardır⁴⁹. Stammler açısından hukuk idesi, doğru hukukun değerlendirme ölçüsüdür. Bu değerlendirme ölçüsü, hukuksal iradenin izlediği ampirik amaçlardan bağımsız olarak var olan adalet idealidir⁵⁰. Yukarıda da belirttiğimiz gibi Stammler, hukuka pozitif bir kimlik kazandırma çabasına girişmesine karşın, teorisinde hukukun değişmeyen aşkın ve formal yanı ağır bastığı için, bu girişimi pozitivist bir hukuk kavramıyla sonuçlanmamış; bilakis, hukuksal pozitivizm için bir değer ölçüsünü içeren bir hukuk teorisiyle sonlanmışır.

Pozitivist hukuk anlayışına bir önemli eleştiri de “haksızlık tezi” ile Gustav Radbruch’dan gelmektedir. Radbruch’a göre, pozitif hukuk adaletle açık biçimde çelişiyorsa, insan haklarını hiçe sayıyorsa, o pozitif hukukun geçerliliği yoktur⁵¹. Diğer yandan Radbruch pozitif hukukun doğal hukuk

48 Bkz. Özbilgen, *Hukuk Sosyolojisi*, s. 20-21; Aral, Vecdi, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s. 154-155

49 Çağıl, Orhan Münir, *Hukuk ve Hukuk İlmine Giriş*, 4. Bası, İÜHF yayını, İstanbul 1971, s. 494-495

50 Çağıl, s. 495-496

51 Radbruch, Gustav, “Beş Dakika Hukuk Felsefesi”, (Çev. Hayrettin Ökçesiz), *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, der. Hayrettin Ökçesiz, 2. Kitap, AFA yayını, İstanbul 1998, s. 8; Dreier, Ralf, “Hukuk Kavramı”, (çev. Altan Heper), *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, der. Hayrettin Ökçesiz, 2. Kitap, AFA yayını, İstanbul 1998, s. 12

tarafından denetlenmesi gerektiğini söyler⁵². Federal Alman Anayasa Mahkemesi birçok kararında Radbruch'un bu görüşüne yollama yapmıştır. Bu kararlardan en önemlisi, Yahudilerin ırkçı nedenlerle Alman vatandaşlığını kaybettirilmesine ilişkin İmparatorluk Vatandaşlık Yasasıyla ilgili 11. (RGI 1, 772) Tüzük hakkında verdiği 14. 02. 1968 tarihli karardır. Bu kararda, adaletin temel ilkeleriyle açıkça çelişen kuralların hükümsüz sayılması gerektiğine hükmedilmiştir. Mahkeme, yargıçların da bu tür kuralları uygulamamaları gerektiğine ilişkin karar da vermiştir⁵³. Yüksek mahkemenin verdiği bu cüretkar karar, hukuk kavramı, adalet ideali ve insan hakalarının korunması bakımından totaliterizme karşı büyük bir tepkiyi ifade eder. Ayrıca, kazuistik (kesin kurallı-meselecî) Alman hukukunda böyle bir kararın verilmesi, içtihatla hukuk yaratma gereksinimin önemini ortaya koymuştur. Bu karar, hukuk yaratmada politikanın gücünü adalet lehine sınırlamıştır.

François Geny ve Ronald Dworkin de, hukuksal pozitivizme eleştiri yöneltten iki önemli hukuk filozofudur. Her iki düşünür de pozitif hukuku eleştirmekle beraber, pozitif hukukla doğal hukuk arasında ara bir formül önermektedirler. Geny'e göre pozitif hukuk geçerli bir hukuktur. Ancak ona göre pozitif hukuk, bir takım maddi hukuksal ilkelere dayanması gerekir. Pozitif hukuk eğer bu ilkelere dayanmıyorsa, geçerliliğini kaybeder. Geny açısından bu ilkeler, biçimsel hukuk normunun keyfi olmayan içeriğidir. Bu ilkeler Geny tarafından doğal hukuk ve adalet kavramı ile ilişkilendirilmiştir⁵⁴. Dworkin, ise hukuksal pozitivizmi, sadece kurallara dayandığı gerekçesiyle eleştirmektedir. Dworkin açısından bir hukuk sistemi hem kurallara ve hem de "prensipler"e dayanır. Prensipler, adalet gibi etik değerleri deyimler⁵⁵. Dworkin'in sözünü ettiği prensipler, anayasalar gibi daha üst metinlerde soyut olarak yer aldığı gibi verili bir hukuk sisteminde örtülü olarak da bulunur⁵⁶. Pozitif hukukun yetersiz kaldığı "zor davalar"da (hard-cases) yargıçlar söz konusu bu prensiplere başvurur⁵⁷. Dworkin, *Common Law* sistemi içerisinde yargıçların yazılı kurallardan (statute) nasıl ayrılıp prensip-

52 Radbruch, s. 7-8

53 Dreier, s. 12

54 Hommes, s. 157

55 Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*; 16. Press, USA, 1997, s. 22

56 Hommes, s. 157; Dreier, s. 16

57 Dworkin, s. 22

lere göre karar verdiğini çeşitli *case*'lerden örnek vererek açıklamaya çalışır⁵⁸.

Hukuksal pozitivistliğe yöneltilen önemli bir diğer eleştiri hukuk sosyolojisinden gelmektedir. Hukuk sosyolojisi, hukukun aynı zamanda sosyal gerçekliğin bir yansıması olduğunu ve hukukun ancak sosyal gerçeklikle görünüm kazandığını vurgulayarak, hukuksal pozitivistliğin hukuksal gerçeklikleri görmezlikten geldiğinin üzerinde durur. Diğer yandan, hukuksal pozitivistizm devlet iradesini esas aldığından, devletin oluşumundan önce ve devlet iradesi dışında kendiliğinden (spontane) oluşan hukuka kayıtsız kalmıştır⁵⁹. Sosyolojik veriler, sosyal normların bireysel bilinçlerden bağımsız olarak kendiliğinden oluştuğunu gösterir. Bireyler hem sosyal normların ve hem de sosyal düzenin tümünü bilinçli olarak açıklayamazlar⁶⁰. Bu durum, devlet olgusunun ortaya çıkmasından önce bulunan normların varlığına işaret eder.

Hukuksal pozitivistizm, klasik liberalizmin epistemolojik kabulleriyle de uyumsuzluk içindedir. Bu bağlamda en önemli eleştirileri F.A. Hayek dile getirmektedir. Hayek bu eleştirileri David Hume'un anti-rasyonalist felsefesine dayanarak yapmaktadır. Hayek açısından insan aklının herşeye gücü yeten bir aygıt olarak algılanması bir yanılgıdır. Bu açıdan o, toplumsal kurum ve kuralların yaratılmasını tamamen insan aklının gücüne, dolayısıyla iradenin gücüne indirgeyenleri "kurucu rasyonalist" (constructive rationalist) olarak eleştirir⁶¹. Hayek, sınırsız bilginin tek bir akıl tarafından kavranıp yeniden üretilemeyeceğini söyler. Bilgi çok sayıdaki birey arasında bölünmüş (parçalanmış) durumdadır. Toplumsal kurum ve kurallara ilişkin parçalanmış sınırsız sayıdaki bilginin tek bir merkez tarafından toplanarak, bir sosyal düzen baştan aşağıya tasarlanamaz⁶². Hayek, kartezyen rasyonalizmin karşısına Karl Popper'in "eleştirel rasyonalizmi" ile çıkar. Böyle bir karşı koyuş, Hayek'i "sosyal evrim" düşüncesine sürüklemiştir. Sosyal evrim açısından davranış kuralları, bir everimsel seleksiyon sonucu spontane, kendili-

58 Bkz. Dworkin, s. 23

59 Özcan, M. Tevfik, *İlkel Topumlarda Toplumsal Kontrol*, Özne Yay., İstanbul 1998, s. 28-29

60 Özcan, s. 75

61 Bkz. Hayek, Friedrich A. von, *Kanun Yasama Faaliyeti ve Özgürlük*, C.I, (Kurallar ve Düzen), (çev. Atilla Yayla), 1. Bası, Türkiye İş Bankası Kültür Yay., Ankara 1994, 15-24; Hayek, Friedrich A. von, *The Constitution of Liberty*, Routledge-Kegan Paul, London 1990, s. 22 vd;

62 Connin, Lawrence J. "Hayek, Liberalism and Social Knowledge", *Canadian Journal of Political Science*, vo. XXIII, no:2, Canada 1990, s. 302-303

ğinden oluşmuştur⁶³. Hayek bu şekilde oluşan kuralları, “adil davranış kuralları” (the rules of just conduct) olarak nitelendirir. Adil davranış kuralları, büyük ölçüde bireyler arası ilişkileri düzenler. Dar anlamda hukuk diye nitelendirebileceğimiz bu kuralların yapımında yasama organlarının yetkileri sınırlandırılmıştır. Hayek, parlamentoların ortaya çıkışını, bu kuralların çıkarılma gereksinimine bağlamaz. Hayek’e göre parlamentoların ortaya çıkışı, idari nitelikteki “organizasyon kuralları”na (rules of organization) olan gereksinimden kaynaklanmıştır⁶⁴. Hayek’in bu iddiasını, İngiliz siyasal tarihi doğrulamaktadır. Orada parlamento, çoğunlukla vergi yasalarının çıkarılması ya da kral tarafından konulan vergilere onay verme gereksiniminden ortaya çıkmaya başlamıştır⁶⁵. Hayek’in adil davranış kuralları, müdahale edilemeyen özerk bir alan oluştururlar. Böyle bir özerk alan, piyasa mekanizmasının sürdürülmesi, sözleşme serbestisi ve özel mülkiyetin korunmasına hizmet eder.

IV- Sosyolojik Pozitivizm

Sosyolojik pozitivizm, hukuksal pozitivizm gibi hukukun gözlenebilen yanı ile ilgilenir. Ancak hukuksal pozitivizmde hukukun gözlenebilen yanı norm olduğu halde, sosyolojik pozitivizmde bu sosyolojik olgulardır⁶⁶. Ancak hukuk sosyolojisi ile sosyolojik pozitivizmi ya da sosyolojist hukuk anlayışını birbirinden ayırmak gerekir. Hukuk sosyolojisi hukukun toplumsal gerçekliğini araştırır. Ancak hukuk sosyolojisi bu işlevini yerine getirirken, hukuku sadece toplumsal olgulara indirgemez. Oysa sosyolojik pozitivizme bağlı sosyolojist hukuk, hukukun salt toplumsal gerçekliğin bir yansıması olduğu savını sürdürür⁶⁷. Dolayısıyla sosyolojik pozitivizm, etik değerlendirmeyi hukuk alanı dışında tutar. Sosyolojik pozitivizm açısından hukuk, “sosyal alanda eylemsel olarak var olan ve yine toplumsal yaptırımlarla uygulanması sağlanan kurallardır. Sözkonusu bu kuralların içeriğinin

63 Hayek, Friedrich, A. von, *Studies in Philosophy, Politics and Economics*, The University of Chicago Press, 1967, s. 66 vd.

64 Hayek, *Kurallar ve Düzen*, s. 187 vd.

65 Bkz Aktaş, Sururi, F.A. *Hayek'in Hukuk ve Adalet Teorisi*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 2000, s. 103-104

66 Öktem, *Hukuksal Pozitivizm*, s. 272

67 Özbilgen, Tanık, *Eleştirel Hukuk Başlangıcı Derleri*, İÜHF yayını, İstanbul 1976, s. 112

etik ile uyum içinde olup olmadığı sosyolojik pozitivizm açısından önemli değildir⁶⁸.

Sosyolojik pozitivizm içinde sayabileceğimiz F. Le Play, ankete dayalı soruşturma yöntemiyle sosyal olguların araştırılmasına taraf olmuş ve ortaya çıkan halk eğilimlerinin mekanik bir biçimde hukuksal alana taşınmasını savunmuştur⁶⁹. Yine Auguste Comte, “üç hal yasası”nda insanlığın son düşünüş evresi olan pozitivist yaklaşımıyla etik alanı devre dışı bırakmıştır. Comte, insanlığın teolojik ve metafizik çağdan sonra pozitivist çağa ulaştığını ve artık onun yönteminin pozitivist mantık olması gerektiğini savunmuştur⁷⁰. Dolayısıyla Comte’ta etik ve doğal hukuk metafizik karakter taşıdıkları gerekçesiyle hukuk alanı dışına itilmiştir⁷¹. Comte, sosyal düzenle doğal düzenin aynı yasalara tabi olduğunu, ancak sosyal düzenin eylemsellik kazanabilmesi için insan karışmasına gereksinim duyduğunu söyler. Sosyal düzen açısından insan iradesinin rolü, onu yeniden kurgulamak değil, ona eylemsellik kazandırmaktır. Böylece Comte’ta sosyal düzen insan iradesinden bağımsız olarak varlığını sürdürmektedir⁷². Bu yaklaşımıyla Comte, hukukta iradeciliğin sınırlı olduğunu göstermektedir. İnsan iradesine düşen, sosyal realitedeki hukuksal fenomenleri formüle etmektir. Hukukta iradenin yerine daha çok sosyal realitelere yer verilmesini savunan Comte, Fransız Devriminin doğal haklar teorisine dayalı ayrıntılı yasa yapma girişimlerini eleştirmiştir⁷³.

E. Durkheim de hukuku toplumsal gerçeklik içinde görmek istemiştir. Durkheim’de hukukun dayandığı sosyal olgu, dayanışmadır. Mekanik ve organik olmak üzere iki tür dayanışmadan söz edebiliriz. Toplum üyelerinin birbirine olan benzeyişinden kaynaklanan mekanik dayanışma kolektif bilincin bir ürünüdür. İlkel toplumların temel karakteristiğini belirleyen mekanik dayanışmada benzerliği ve kolektif bilinci bozan eylemler sert bir biçimde yaptırımlandırılır. Mekanik dayanışmanın ihlali, ceza hukukunu doğurur. Mekanik dayanışmadan kaynaklanan hukukun temel özelliği, bastırıcı “repressive” olmasıdır. Organik dayanışma, daha çok işbölümünün geliştiği toplumlarda egemendir. Bu dayanışmanın ihlali, iadevi (restutive) hukuku

68 Aral, *Hukuk Felsefesinin*, s. 143

69 Özbilgen, *Hukuk Sosyolojisi*, s. 25-28

70 Bruhl, s. 27 vd.

71 Bkz. Friedmann, s. 163 vd

72 Özbilgen, *Hukuk Sosyolojisi*, s. 28

73 Topçuoğlu, Hamide, *Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, AÜHF yayını, Ankara 1963, s. 100

(özel hukuku) doğurur⁷⁴. Yine Sosyolojik pozitvizmin önemli bir ismi Duguit de hukuku dayanışma olgusuna bağlar. Ancak Duguit, Durkheim'im kolektif bilincini metafizik olduğu gerekçesiyle redderek dayanışmayı ampirik bağlamında ele alır. Duguit'te dayanışma, insanlar arasındaki gözlenebilen karşılıklı bağlılıktır. Duguit'e göre, sosyal bağlılıkların bilimsel olarak ortaya konulması, eski zamanlardaki adalet kavramına ilişkin metafizik ve spekülatif tartışmaları bir tarafa itmiştir. Duguit açısından bu durum, gözlenebilen olguların ideolojilerin yerini aldığını gösterecek güçtedir⁷⁵.

Yasa, kural ve adalet gibi hukuksal tanımlamalar bir topluluk içinde ya da bir toplumsal ortamda anlamlı olan kavramlardır. Bir devlet organizasyonunun henüz ortada olmadığı ilkel koşullarda bile, her tekil topluluk veya kabile kendine özgü kurallara sahiptir. Toplumsal kontrol, böyle toplumlarda hukukun etkinliğini sağlar⁷⁶. Bu, devlet iradesinden bağımsız olarak gelişen hukuksal yapıların olduğunu gösterir. Hukukun toplumsal gerçekliğine işaret etmesi bakımından hukuk sosyolojisi, hukuk bilimi (jurisprudence) açısından olumlu verileri taşımaktadır. Ancak, sosyolojik pozitvizmin yaptığı gibi, kültürel olarak yaşanan toplumsal olguları ve gerçekliği mekanik olarak bir hukuksal değer olarak yansıtmak doğru değildir. Örneğin, kadın erkek eşitsizliğinin olduğu verili bir toplumsal ortamda, cinsiyet eşitsizliğini haklılaştıran hukuksal formülasyonları yasa olarak belirlemek doğal olarak olumlu bir sonuç vermeyecektir. Hukuksal gerçekliği yansıtan toplumsal olguların, etik ilkeler ve evrensel hukuk nosyonu açısından yeniden üretilmesi gerekir. Böyle bir zorunluluk, iktidarı toplumsal gerçeklikten uzaklaştırırsa bile, hümanizma ve insan onuru bakımından yararlı olacaktır. Bu tartışma, demokrasi ile etik değerlerin sınırlarının belirlenmesi bağlamında hukuk ve etik bilimcileri için sürdürülebilir bir niteliktedir.

⁷⁴ Özbilgen, *Hukuk Sosyolojisi*, s. 125-126; Topçuoğlu, s. 105; Schwartz, Richard D., Miller, James, C., "Legal Evolution and Societal Complexity", *The Social Organization of Law*, ed. by Ronald Black and Mauren Mileski, New York Seminar Press, 1973, s. 380; Friedmann, s. 164

⁷⁵ Friedmann, s. 164

⁷⁶ Bkz. Özcan, s. 45-80