

HUKUKSAL POZİTİVİZM AKIMI

Asis. Dr. Niyazi ÖKTEM

GİRİŞ

Hukuk biliminin anahtar sorunu değer-olgu, olan-olması gereken ilişkisidir (1). «Hukuk nedir?» sorusuna verilen yanıt temelde «değer-olgu», «olan-olması gereken» ikilemine bağlıdır. Hukukta «değer» ve «olması gereken» kavramlarının varlığını kabul etmeyenler veya hukuk dışı olduğunu söyleyerek, pozitif olguya dayanıp hukuku açıklayanlar hukuk felsefesinde «reel görüşlerin» (2) temsilcileri arasındadırlar.

Reel görüşler, eylemsel olarak varolanı veri kabul edip, araştırma ve açıklamalarını bu esasa dayandıran, aşkın (transandan) ve fizikötesi (metafizik) tartışmaları yararsız diye yadsıyan (3), saltlıkla pozitif olguya dayanan düşünce sistemleridir. Bu pozitif olgu insanın biyolojik realitesi (4), ekonomik ilişkiler (5), toplumdaki güçler savaşımı gibi somut, pozitif insan davranış ve durum-

(1) POULANTZAS Nicos Ar. : Nature des Choses et Droit, Paris 1965. LGDJ, s. 1.

(2) ARAL, Vecdi: Hukuka İlişkin Değişik Görüşler ve Bunların Değerlendirilmesi ile Birlikte Doğru Görülebilecek Bir Hukuk Anlayışı, İÜHF Mecmuası, C. XXXIX sayı 1-4, Ayrı Bası, İstanbul 1974, s. 3-9.

(3) ÇAĞIL, Orhan Münir: Hukuk ve Hukuk İlmine Giriş, İstanbul 1971, İÜHF Yayını, s. 426.

(4) ARAL: Hukuka İlişkin... s 3.

(5) İbid. s. 5.

ları olduğu gibi, yürürlükteki kuralın (normun) pozitivitesidir (6).

Ekonomi ve güçler arasındaki ilişkiler gerçek bir pozitive- den yol alıp sosyolojik temellerden destek alırken, «kuralın pozitivitesi» konmuş olma (posere, positum, poser par une autorité) olgusuna dayanmaktadır (7).

Felsefi ve sosyolojik pozitivizm insan davranışlarının somutluğu içinde hukuku açıklarken, hukuksal pozitivizm akımı normun somutluğunu ölçüt almaktadır. Sosyolojik ve felsefi pozitivizmle hukuksal pozitivizmin kanımızca ortak yanı «somut, eylemsel, gözlemlenebilir olma» ögesidir. Bu da doğaldır ki tüm ideal görüşlerin yadsınması anlamına gelir.

Hukukta belli sosyo-ekonomik ilişkiler, adalet ve norm öğeleri vardır. Başka bir anlatımla, hukuk, adalete yönelmiş bulunan bir toplumsal yaşama düzenidir (8). Hukuk okulları, genellikle

(6) FASSO, Guido: Histoire de la Philosophie du Droit (XIX et XX Siècles) Paris 1976, LGDJ, s. 138.

(7) İbid. s. 138. Prof. ÖZBİLGİN «konmuş hukuk» - «pozitif hukuk» deyimlerinin özdeş kabul edilmesini yanlış olarak nitелеmekte ve «... özdeşlik kabullenildiği takdirde, teamüsel hukuk ya — ancnim (adsız, bilinmez) — bir kimsece konmuş sayılacak ya da pozitif hukuk kapsamı dışında kalacaktır ki, bu takdirde nerede yeralacağı çözümlü güç bir problem olmaktadır» demektedir (ÖZBİLGİN, Tarık: Eleştirisel Hukuk Başlangıcı Dersleri, İstanbul 1976, İÜHF Yayını, s. 41). Kanımızca «poser» kavramının «konma» anlamı «yürürlükte olma» diye ele alınırsa, belli uzay-zaman koşulları içinde yürürlükte olan tüm hukuk kurallarını — kökeni ne olursa olsun — içerebilir. Kaldı ki hukuksal pozitivizm akımı içinde yeralan «Kavramlar Hukukçuluğu», teamüsel hukukun hukuk olabildiğini devlet iradesine bağlamaktadır (FASSO: s. 143). Hukuksal pozitivizm akımı, somut ve eylemsel olarak pozitiveye ve yürürlüğe sahip hukuku açıklamak arzusunda olduğundan pozitivisttir. Somut, gözlemlenebilir olandan hareket etmektedir.

(8) ARAL, Vecdi: Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, İstanbul 1975, İÜHF Yayını s. 13; ÇAĞIL: s. 23. Belli sosyo-ekonomik altyapı ilişkileri, üstyapı kuralları olarak siyasal güçlerce belirlenir. Belirleme işlemi, iktidardaki siyasal gücün adalet anlayışına göre çözüm aranmaktadır. Ancak tüm görelî adalet değer yargısına karşın, insanlığın değişmez ereği olan «iyi», «adil», «güzel», «gerçeklik» kavramları salttır. (Bu konuda bknz. ARAL Vecdi: Hukuk Felsefesinde Değer Rölativizmine Karşı Değer Objektivizmi, İÜHF Mecmuası, İstanbul 1974) Başka bir anlatımla, saltlık içinde yaygın bir görelilik söz konusudur.

adı geçen ögelerden yalnız birine ağırlık vererek hukuku tanımlamak isterler. Doğal Hukuk Okulu, hukuku yalnız «değer», «adalet» bakımından ele almış; Tarihi Okul halkruhuna (folkgeist); Dayanımcı ve Marksist Okul sosyal ve ekonomik o'guya önem vermiş; Hukuksal Pozitivizm ve Normativist Pozitivizm akımları hukukun yalnız norm yanıyla ilgilenmiştir (9).

H. Kelsen tarafından kurulan Normativist Pozitivizm Okulu, bir yerde sonuç olarak hukuksal pozitivizme dönüşmektedir (10). Bu nedenle adı geçen okulun ayrıntılarına burada girmiyoruz (11).

Hukuksal Pozitivizm Akımı, sosyo-ekonomik yapı ve değer sorunlarını görmezlikten gelerek hukuku norma, yasamanın ve kolektivitinin iradesine indirgemiş, onu hukuk ötesi (kendince) elemanlardan bağımsız ele almıştır. Hukuk yalnızca «somut olgudur» denmiş, ona kaynak olan sosyo-ekonomik ilişkiler savsaklanmış, «olması gereken», «adalet», «değer» kavramları karşısında kayıtsız kalınmıştır (12).

I — POZİTİVİZM KAVRAMI :

A. Lalande pozitivizm sözcüğünü, özet olarak şöyle tanımlamaktadır: pozitivizm, olguya dayanarak bilginin elde edilebileceği ortak düşüncesinden yolalan, Auguste Comte öğretisine bağlı olan (bu bağ bazen çok uzaktır), deneysel bilimlerin kesin sonuçlar getirdiğini söyleyen, tüm a priori'leri (önsel) yadsıyan, nesne-

(9) ÖKTEM, Niyazi: Cumhuriyet Gazetesi, 4. Mayıs. 1978.

(10) ÖZBİLGİN, Tarık: Eleştirisel Hukuk Sosyolojisi Dersleri, İstanbul 1971 İÜHF Yayını, s. 43.

(11) Normativist Pozitivizm Hakkında bknz. ARAL Vecdi: Kelsen'in Hukuk Anlayışı, İÜHF Mecmuası C. XXXIV sayı 1-4, İstanbul 1969 ve ARAL, Vecdi: Kelsen'in Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri, İstanbul 1978, İÜHF Yayını.

(12) Kelsen, hukuku doğa bilimleri ve sosyal bilimler karşısın'a bir «olması gereken» olarak niteler. Ancak onun anladığı, Kant anlamında mantıksal bir «olması gerekendir». Başka bir anlatımla, doğa ve toplum bilimlerinde «nedensellik bağına» dayanan «olan» olaylar varken, hukuk «yapmamalısın», «yaparsan belli sonuçlar doğar» biçiminde bir «olması gerekeni» deyimler. (Bknz. ARAL: Kelsen'in Hukuk Anlayışı, s. 11-12 — Ayrı Bası — ve ARAL: Kelsen'in Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri, s. 42-45.)

lerin kendisel (en soi) özüne ulaşılmasının olanaksızlığını savunan düşünce sistemidir (13).

Pozitivizm olgu, deney öğelerine dayanarak düşünce, değer gibi önsel kavramları dışarmaktadır. Bu anlayış deneyci natüralist felsefenin devamı olarak, doğa bilimlerindeki gelişmeyle birlikte XIX. ve XX. yüzyılda geçerlilik kazanıp yaygınlaşmıştır. Aydınlanma Felsefesinden gelen natüralizm objektif realiteyle ilgileniyor, deneycilik yöntemini uyguluyor, sosyal bilimlerde de aynı yöntemin geçerli olduğunu söylüyordu (14).

Acaba Hukuksal Pozitivizm Akımı da, gerçekten bu anlamda deney, olgu, gözlemlenebilen ve somuta mı dayanmaktadır? Bu hususta yanlış bir sonuca ulaşmamak için, felsefî ve sosyolojik pozitivizmin özelliklerini kısaca açıkladıktan sonra değerlendirme yapmakta yarar görürüz.

A — FELSEFİ POZİTİVİZM:

Pozitivizm kavramının ana özelliklerini Lalande'a dayanarak yukarıda açıklamaya çalıştık. Huxley'e göre, pozitivizm bilimsel bilginin herhangi bir metafizik varsayımdan bağımsız oluşumu anlamına gelir; Littré'ye göre, pozitivizm olayları doğa üstü güçlere bağlamadan açıklamaktır (15).

Comte'a göre, insanlık «pozitif olana» dayalı açıklama ve anlamdırmalara uzun bir evrim süresi sonunda ulaşmıştır (16). Ünlü üç hal yasası, insan anlayışının üç dönemden geçen serüveni... (17). Teolojik Çağ'da herşey tanrısala indirgenerek açıklanmakta (18), doğa üstü güçlerin etkisiyle olay ve nesnelere belli yönlerde gittiği söylenmekteydi (19). «Nitekim ilkel insanlar

(13) LALANDE, André: Vocabulaire Technique et Critique de la Philosophie, Paris 1962, PUF, s. 792.

(14) FASSO: s. 119.

(15) WALINE, Marcel: Felsefî, Hukukî ve İctimai Pozitivizm, AÜHF Mecmuası, C. VIII sayı 3-4 (Çeviren: Münici Kapanı) Ankara 1951, s. 172.

(16) ERİM, İsmail Nihat: Le Positivisme Juridique et le Droit International, Paris 1939, Sirey, s. 8.

(17) ÇOBANOĞLU, Rahmi: Hukuk Felsefesi Ders Notları, I Tarihi Kısım, İstanbul 1967-68, s. 100-103.

(18) ÖZFİLGİN: Eleştirisel Sosyoloji, s. 121.

(19) ERİM: s. 8.

ve bugün de ilkel olarak nitelendirilen toplumlar, büyük bir olasılıkla, doğal olayları kozalite prensibine göre değil, normatif düşünceye göre açıklayıp yorumlamışlardır ve yorumlamaktadırlar» (20). Deprem, kötü ürün, hastalık gibi olaylar doğa üstü güçlerin cezalandırması olarak nitelendirilmekteydi (21).

İkinci dönem olan Metafizik Çağda da pek fazla yenilik yoktu; Teolojik Çağın kasit bir değişiminden ibaretti; Tanrıların, doğaüstü güçlerin yerini kişilendirilmiş soyutlamalar almaktaydı (21a). «Bu halde insan düşüncesi, gidiş itibariyle idealist mantalite itibariyle absolü (salt), uygulama itibariyle ise arbitrer (keyfi)dir (22).»

Nihayet gelişmenin son evresine ulaşılır: Pozitif Çağ. Artık olguların basit ve saf gözlemiyle yetinilmektedir (23). İlk iki çağdan geçmek zorunluydu, çünkü son nedeni (Cause finale) aramak, kaçınılmaz olarak insanı spekülasyonlara götürür. İnsan, olay ve olguların son nedenine ulaşmanın, «salt»a varmanın olanaksızlığını görünce kendi eylemini «gözlemienebilir»le sınırlamıştır (24).

Hukuksal pozitivizmle, felsefi pozitivizmin ortaklaşa özellikleri, her ikisinin de «gözlemlenebilir»le uğraşmasından ge'mektedir. Ancak, toplumsal olaylar da gözlemlenebilir bir olguyken, hukuksal pozitivizm buna kayıtsız kalmakta, yalnız ve yalnız yasamanın istencinin (irade) «gözlemlenebilir»liliğiyle yetinmektedir. Oysa Comte, iradeye dayalı hukuk anlayışını kabul etmez (25). Hukuk da doğa yasaları gibi nedensellik bağı içinde oluşur, insanın karışması ile eylemleşir (26). Comte'cu akım, hukuku yaratan tek gücün halk tarafından seçilen bir meclis veya başka tür bir yasaman-yönetmen olduğu görüşüne de karşıdır (27). O halde felsefi pozitivizm, hukuksal pozitivizme kaynak-

(20) ARAL: Hukuk ve Hukuk Bilimi... s. 55.

(21) İbid. s. 56.

(21a) ERİM: s. 9.

(22) ÖZBİLGİN: Hukuk Başlangıcı... s. 121.

(23) ERİM: s. 9.

(24) İbid. s. 9-10.

(25) ÖZBİLGİN: Hukuk Sosyolojisi.. s. 29.

(26) İbid. s. 28

(27) ERİM: s. 15.

lık etmediği gibi onun karşısında yer almaktadır (28). Felsefi pozitivizm hukuk için büyük bir kaynak oluşturmaz; felsefi pozitivizmin izinden giden tutum sosyolojik pozitivizmdir (29). Lalande, pozitivizm tanımında «A. Comte öğretisine bağlı olma durumunun bazen çok uzak olduğunu» belirtmiştir. Hukuksal pozitivizm açısından, bu yargı tam bir yerindelik taşımaktadır.

B — SOSYOLOJİK POZİTİVİZM:

Duguit, Durkheim ve G. Scelle gibi düşünürlerce temsil edilen sosyolojik pozitivizm, hukuku sosyal olayların gözlemlenebilirliği içinde aramaktadır. Başka bir anlatımla, hukuk sosyal ilişkilerden doğmaktadır (30).

İnsan toplum içinde yaşar, toplum olan yerde hukuk vardır: ubi societas ibi ius. Birlikte yaşama gereği hatta içgüdüğü toplumsal dayanışmanın gerekliliği bilincini verir (31). Dayanışmanın kurulması, devamı ve bozulmaması için birtakım kurallara gereksinme vardır, tersi durumda insanlık yokolur (32). Böylece hukuk kuralları «toplumsal dayanışma» olgusuna bağlı olarak oluşurlar (33). Yasamanın işlevi, belirli uzay-zaman koşullarında, toplum için zorunlu olan kuralları araştırmak, bulmak, belirlemek ve ona güç ögesi katarak yürürlüğe sokmaktır. Yasaman hukuku yaratmaz; hukuku deyimler (ifade eder) (34).

Dayanışmanın sağlanmasında hangi esaslara bağlı olunacağı sorunu açıkta kalınca, bu okulun temsilcilerinden Duguit, hukuku iradeden ayırmak ve ona devlet dışında ve üstünde objektif bir temel bulmak amacıyla «objektif hukuk kuralı» kavramını geliştirmiştir (35). Objektif hukuk kuralı, toplumu oluşturan bi-

(28) İbid. s. 16.

(29) FASSO: s. 138.

(30) BATIFFOL, H: La Philosophie du Droit, «Que-sais-je», Paris 1970, s. 5.

(31) ÇELİK, Edip: Milletlerarası Hukuk, Cilt I, İst. 1969, s. 32.

(32) ERİM: s. 18.

(33) ÇELİK: s. 33.

(34) İbid. s. 34.

(35) KAPANİ, Münici: Kamu Hürriyetleri, Ankara 1976, AÜHF Yayını, s. 251.

reylerin vicdanında yatan, sosyal dayanışma ve adalet duygusuna uygun olan her kuraldır (36). Burada, öngörülen adalet ve vicdan öğeleriyle doğal hukuk anlayışına, yani gözlemlenebilir olanın dışına doğru bir kayma söz konusudur.

O halde sosyolojik pozitivizm, bu tutumuyla hukuksal pozitivizmden çok, doğal hukuka yakındır. Ortak ad yüzünden iki pozitivizmi aynı potada görmek yanılgıdır. Kuşkusuz her iki anlayış da «gözlemlenebilir» olana itibar etmektedir. Ancak sosyal olayların gözlemlenebilirliği somut, objektif ve nedene bağıyken; yasaman iradesi, irade bildirimini olarak gözlemlenebilirliğe sahiptir. Bu irade bildirimini de sübjektif, keyfi, gelişigüzel clatılır; toplumsal gelişmelere ters düşebilir, adaleti yansıtmayabilir.

Lalande'in görüşünün yerindeliği bir kez daha ortaya çıkmaktadır: hukuksal pozitivizmle, felsefî pozitivizm kökenli sosyolojik pozitivizm arasındaki bağ bir hayli uzaktır.

II — HUKUKSAL POZİTİVİZM KAVRAMI

Hukuksal pozitivizmin savı, teknik hukuksal sorunların felsefi sorunlardan ayrı olduğu yönündedir. Pozitivistlere göre, bu ayırım kesin bir veto değil, sorunların parantez içine alınmasıdır (37).

Bu akımın temsilcilerinden G. Jèse hukukla politika arasında bir ayırım yapmakta ve hukuku «belli uzay-zaman koşullarında uygulamacılar ve mahkemeler tarafından etkili olarak uygulanan kuralların bütünü olarak» tanımlamaktadır. Bu kuralların yararlı veya yararsız, iyi veya kötü olarak değerlendirilmesi önem taşımaz. Önemli olan etkinliktir (38). Değerlendirme politikada yapılır. Ekonomik, politik, sosyal gereksinmelerden doğan, değişken değerlendirmeleri içeren, amaç ve ortama göre yorumlanan politika hukuktan farklıdır. İdeal bir hukuk düşüncesi anlaklarda yer alabilir, ancak bu politikadır. Politikada düşünceler çatı-

(36) Ibid. s. 251:

(37) BRİMO, Albert: Les Grands Courants de la Philosophie du Droit et de l'Etat, Paris 1968, Pedone, s. 257.

(38) GENY, François: Science et Technique en Droit Privé Positif, Tome IV, Paris 1930, Sirey, s. 232.

şabilir, eleştirilebilir; politika gereğinde hukuka karşı da koyabilir, hatta başkaldırır. Bunların tümü hukuk dışıdır. Başarıldığı takdirde hukuku ilgilendiren bir durum ortaya çıkar ki o da hukukun değiştirilmesidir (39).

Hart'a göre hukuksal kavramların analizi, yasaların eleştirisi, hukuk sosyolojisinden bağımsız olmalıdır (40). Sosyolojide politik eğilimler, değer yargıları vardır, oysa hukuk bir mantık sistemidir.

Carré de Malberg'e göre hukuk «anayasaca tanınan devlet gücüne dayanır». Anayasa tarihsel bir olgudur, yasallığında herhangi bir felsefi temel yoktur. Devlet-normal olarak- yasama meclislerince iradesini açıklayan, yüksek bir gücü temsil eden kuruluştur. O, ancak kendi kendini sınırlar. Devlet baskısına karşı direnme söz konusu değildir. Ancak ve ancak, kurucu iktidarın yasama gücü, anayasalar aracılığıyla iktidarı sınırlayabilir. Bir başka iktidar denetim mekanizması da seçimlerdir (41). Devlet herşeyi yapabilir, tek yapamadığı şey hukuksal düzeni yıkıp, yerine anarşiyi getirmektir. Bu takdirde kendi kendini yıkmış olur (42). Yürürlükteki hukukla «olması gereken hukuk» arasında ayırım yapmak zorunludur. Ters durumda değerlerin belirsiz evreninde serüvene giren hukukçu kesin sonuçlara ulaşamaz.

Hart, hukuksal pozitivizmin iradecilik olduğunu kabul etmez. Ona göre, hukukçu gözlemlenebilirle ilgilenmelidir, yapılacak başka şey yoktur, çünkü «ide» ve «kavram», aklın yapıtları, lokalize olmayan, zaman üstü şeylerdir; sonsuz tartışmaların konusu olurlar. Oysa pozitif hukuk uzay-zaman koşulları içindedir (43).

(39) İbid. s. 233.

(40) BOBBIO, Norberto: «Sur le Positivisme Juridique» in MELANGES EN L'HONNEUR DE PAUL ROUBIER, Tome I, Paris 1961. Dalloz, s. 53.

(41) GENY: 243.

(42) İbid. s. 250.

(43) BATIFFOL: s. 17-18.

A — HUKUKSAL POZİTİVİZMİN ANA İLKELERİ:

1 — Bağımsız Bir Hukuk Biliminin Kurulması:

Bağımsız bir hukuk biliminin kurulması için, zorunlu olarak yürürlükteki hukukun doğal hukuktan, ideal hukukun uygulanan hukuktan, hukukun ahlâk ve politikadan ayrılması gerekir (44).

Ahlâk ve doğal hukuktan ayrılma zorunludur, çünkü bilimlerdeki saltlık, soyut ve değişken kavramlar olan ahlâk ve adalet kurallarında yoktur. Adalet kavramı görelidir, uzay-zaman koşullarına göre değişir, objektif değil sübjektiftir (45). Her yasamanın, her yargıcın kendi anlayışına göre bir adaletten söz edebiliriz. Adalet anlayışı halktan haika değiştiği gibi aynı sosyal topluluk içinde dahi değişik görünümle ortaya çıkabilir. Ne kadar yasaman varsa o kadar doğal hukuk vardır. Doğal hukuk anlayışı vahyedilmiş bir ahlâka inancın hukuk alanında uygulanmasından başka bir şey değildir (46). Doğal hukukun içeriğini belirleyen bir otorite yoktur. Doğal hukukçular da bunu anladıklarından, hukuku bir kısmı uygar ülkelerin genel hukuk prensiplerinde, diğerleri ise hakkaniyette ve adalet kavramında aramışlardır. Bu ise durumu iyice belirsizleştirmiştir (müphem). İnsanlığın ahlâksal ve hukuksal kanıları kadar değişken bir şey yoktur. Doğal Hukukun ancak bir temeli olabilir ki, o da vahyedilmiş bir ahlâk ve dine inanıştır (47).

Sübjektif değer yargılarının, vahiyin bilim olması olanaksızdır. Bağımsız bir hukuk bilimi kurmak için, bilim dışı kavramlardan hukuku arındırmak zorunludur. Somut olarak yürürlükte olan hukuk, belli uzay-zaman koşullarında herkese yöneldiğinden objektiftir, geneldir, bilimsel araştırmanın kapsamına girebilir. Sübjektif değer yargılarında ise politik eğilim ve çıkarlar ağırlık taşıdığından bilimselliklerinden söz edemeyiz.

(44) BRİMO: s. 258; ARAL: Kelsen'in Saf.. s. 1-2.

(45) ERİM: s. 52-53.

(46) WALİNE: s. 180.

(47) İbid. s. 180.

2 — Etkinliği Olmayan Kural Hukuk Değildir:

Etkinliği ve zorlayıcılığı olmayan doğal hukuk ve ah'âk kurallarının hukuk olmasına olanak yoktur. Devlet yaptırımını olmayan, devlete üstelen ve öncelen, devlet zorlayıcılığı ile donatık bulunmayan hukuk düşünülemez.

Devlet etkinlik ve zorlayıcılığı, devlete dayalı yaptırım, hukuksal pozitivizmi devletçi bir hukuk anlayışına götürmektedir (48).

Hukuk felsefesinde ana sorun, hukukun ne olduğu, nereden kaynaklandığıdır. Yaptırım, zorlama ikinci derecede önem taşır. Etkinlik, zorlayıcılık, «yaptırım, hukukun bir elemanı olmayıp yürürlük ve uygulanım sağlamak üzere ona sonradan eklenmektedir» (49).

3 — Pozitif Hukuk Eylemsel Olarak Uygulanan Hukuktur:

Eylemsel olarak uygulanan, yazılı hukuk, içtihat, teamül, idari uygulamalara dek çeşitli kaynaklardan doğan kurallar hukuku oluşturur (50). Bunların tümü devlet otoritesine dayanmaktadır. Teamüsel hukukun devlet otoritesiyle bağı olup olmadığı sorununa G. Jèse «mahkemelerce uygulama» ölçütünü getirmiştir (51). Eninde sonunda teamüsel hukuk da devlete bağlanmaktadır.

Bir hukuk kuralının eylemsel olarak uygulanabilirliği geçerlilik (muteberlik: validité), etkinlik (efficacité) ve zorlayıcılık koşullarına bağlıdır. Bu koşullar ise devlet iradesi aracılığıyla gerçekleşmektedir. Hukuk kurallarının geçerliliği (muteberliği), belli usul ve biçime göre, anayasaya uygun olarak biçimsel yürürlük (52) kazanması demektir. Etkinlik, mahkemelerce uygulanıp eylemsel olarak (53) yürürlükte olması demektir. Zorlayıcılık ise devletin kolluk gücüyle gerçekleştirilir.

(48) Nitekim Gurvitch bu akımı «devletçi pozitivizm» diye adlandırmaktadır (Bknz. ÖZBİLGİN: Hukuk başlangıcı, s. 46).

(49) ÖZBİLGİN: Hukuk başlangıcı s. 17-18.

(50) ERİMO: s. 158.

(51) ERİM: s. 57.

(52) ARAL: Hukuk Bilimi... s. 88.

(53) İbid. s. 89.

Demek ki hukuksal pozitivizm, hukuku geçerlilik (muteberlik) etkinlik ve zorlayıcılık öğeleriyle açıklayıp, sonuç olarak onu devlet iradesine bağlamaktadır.

4 — *Pozitif Hukuk Biçime Bağlı Mantıksal Bir Bütündür:*

Hukuk kendine yeten mantıksal bir sistem kurmuştur; mantıksal sonuçlar çıkarılır, karar ilkeleri aranır. İdealist sistemlerde olduğu gibi değerler hiyerarşisine başvurulmaz (54).

Ahlâksal yargılar, akla dayalı kanıt ve uslamlamalarla (argüman) savunulup kurulamaz. Oysa hukuk kapalı bir mantık sistemi olup, bünyesinde salt akıl ve mantığa dayalı hukuksal kararlar alınır (55). Bu pozitifin idealden, reelin fizik ötesinden ayrılması demektir. Bilim olarak hukuk, ahlâk ve metafizikten değişik nesnelere yöneliktir.

Hukuk, ahlâk kuralları gibi bir olması gerekeni deyim'ler. Ancak hukuk kurallarının yapısı ahlâk kurallarından değişiktir. Ahlâk kuralları koşula bağlı değildir ve sonuçları göstermez. Hukuk kuralları ise mantıksal sonuçlar doğurmaktadır. Yasak'amalara uymayanları, borcunu yerine getirmeyenleri belli mantıksal sonuçlar beklemektedir. Ahlâk ve doğal hukuk ise basit öğütlerden ibarettir.

Aslında hukuksal pozitivizm diye adlandırılan akım biçimciliktir (formalizm) (56). Biçimcilik deyimleriyle, geniş anlamda hukuk olgusunun dış özelliklerinin gözlemlenmesi anlaşılır. Aslında biçimcilik, hukuk kurallarının devlet iradesiyle özdeşleşmesi demektir. Bu nedendir ki Fransız «Egzejez Okulu», «Anglo-Amerikan Analitik Okul» biçimci ve dolayısıyla devletçidir. Onlar için, yasaman iradesinin belli biçimde ortaya çıkması yeterlidir (57).

Normun veya herhangi bir hukuksal işlemin yetki ve usul açısından incelemesini yapan hukuksal pozitivizm, kural veya kararı, yetkili mercilerce yasa ve anayasanın gösterdiği usule uygun

(54) BRİMO: s. 258.

(55) BOBBİO: s. 53.

(56) FASSO: s. 140.

(57) BATİFFOL: s. 24.

olarak konulması durumunda hukuk olarak nitelemektedir (58).

Hukuk kurallarının yorumu da bu anlayışa koşut (paralel) olarak yapılmaktadır. Yetki ve usul öğeleri araştırıldıktan sonra, yasamanın irade bildirimini; dilbilgisi kurallarına, sözcüklerin anlamına göre ortaya çıkarılır. Yani metne bağlı yorum esas olup, amaçsal ve sosyolojik yorumlara gidilmemektedir. Hatta ve hatta iradecilik anlayışının doğru çıktığı dönemlerde yorum tamamiyle yasaklanmıştır (59).

Hukuk bütünsel yapısı içinde boşlukta olamaz. Hukuk kuralları tüm sorunların çözümlenmesi için yeterlidir.

B — HUKUKSAL POZİTİVİZM AKIMININ DOĞUŞU VE TARİHTEKİ HUKUKSAL POZİTİVİZM AKIMLARI:

Hukuksal pozitivizm kuramı olarak XIX. yüzyılda ortaya çıkmış (60) ve yüzyılımızın ilk yarısının sonlarına dek etkinliğini sürdürmüştür. Çıkış nedenlerini iki açıdan incelemek olanaklıdır: bilimsel neden ve politik neden.

Bilimsel neden felsefi pozitivizm kökenlidir. Doğa bilimlerinin gelişerek felsefe—ve teolojiden ayrılıp bağımsız bilim dalları haline dönüşmesi, olgulara bakarak evreni açıklama çaba ve başarıları toplum bilimlerine de yansımış, bu alanda da felsefe ve teolojiden bağımsız bilim dalları kurulmak istenmiştir. Gözlemlenebilir olandan yollara genel yasalara gidilme yöntemini (endüksiyon, tümevarım), toplumsal bilimlere de uygulamak olanaklıdır. Varolan, gözlemlenen, yürürlükteki normlarla uğraşarak bağımsız bir hukuk biliminin de kurulabileceği söyleniyordu. Pozitif normla ilgili bilim, mantıksal bir inceleme nesnesinin varlığı ve keyfiliğin ortadan kaldırılması anlamına gelir.

Hukuksal pozitivizm akımlarının tümü bu kaygıdan hareket ettiklerini öne sürmektedirler. Oysa, kanımızca politik neden ve

(58) WALİNE: s. 173.

(59) ÇAĞIL: s. 182.

(60) ÇOBANOĞLU Rahmi: Hukukta Gaye Problemi İst. 1964, İ.Ü.H.F. Yayını s. 116.

etmen daha etkindir. Nitekim bu akımın XIX. yüzyıldaki ilk temsilcilerinden Egzejetik Okul, Napoleon Yasasının (61), Kavramlar Hukukçuluğu ise BGB (Alman Medeni Yasası 1900) nin yürürlüğe girmesinden sonra yaygınlaşmıştır (62). Burjuva Devrimleri tamamlanmış, burjuvazi siyasal ve ekonomik iktidarını yasalarla sağlamlaştırmıştır. Bu yasaların tartışılması devlet açısından sakıncalıydı. Doğal hukuk, toplumsal gerçek ve gelişme adına devlet otoritesinin saygınlığını sarsmak söz konusu olamazdı. Zaten burjuvazi doğal hukuk esaslarına göre devrim yapmıştı. Onun iradesi, çıkan yasalar doğal hukukun yansımasından başka bir şey değildi. Tutum tehlikelidir, çünkü doğal hukuk gibi evrensel nitelikte özgürlükçü, eşitlikçi bir anlayışın tam olarak pozitif hukuka yansıması demek, eleştirinin yapılamayacağı, statükonun sonsuza dek korunacağı anlamına gelir (63).

Hukuksal pozitivizm tarih boyunca aslında kurulu düzenin korunması, devlet otoritesinin sağlamlaştırılması amacıyla çeşitli ad ve düşüncelerle ortaya çıkmıştır. Devlet iradesinin üstünlüğü, içte ve dışta herhangi bir güçle sınırlanmayan egemen devlet anlayışı çağlar boyunca tarih sahnesinde görülmüştür. Bun'arın hepsi hukuksal pozitivist düşünceyi dile getirmektedirler. Fe'sefi pozitivizmle birlikte, ideolojilere bilimsel bir kimlik verilme fırsatı çıkmış ve pozitivist sözcüğü benimsenmiştir. Böylece iradeci, devletçi hukuk anlayışı «bilimsellik» kavramı arkasına sığınmıştır. Nitekim Gurvitç'in bu akıma «devletçi pozitivizm» dediğine değinmiştik, Prof. Özbilgen ise «yönetmenci voluntarizm» adını vermektedir (64).

(61) BATİFFOL: s. 8.

(62) BRİMO: s. 258 ve FASSO: s. 142.

(63) BATİFFOL: s. 8.

(64) Prof. Özbilgen «yönetmenci voluntarizm» (yönetmenci iradecilik veya istençcilik) deyimini aşağıdaki gerekçelere dayamaktadır. Firkez, pozitivizm deyimini kul'anmak yanılıdır, çünkü duyu organlarıyla algılama yeterli değil, doğrulanması, yani gerçeği karşınlaması gerekir. Yasamanın isteği doğrultusunda yapılan bir kural gerçek sayılmaz. Keyfilik pozitif olamaz; pozitif olma olumluluğu da içerir. Öte yandan pozitif kavramıyla «konmuş norm» deyimini eşanlam kabul edemeyiz. (Bu husustaki görüşler 7 no lu dipnotta vardır). Hukuksal da demek olanaksızdır, çünkü bu kuram hukuksal olmayanı hukuk diye sicillemektedir. Yasamanın her dediğini hukuk saymak, hukuk olmayanı, keyfi'iği de hukuk kabul etmeyi içerir. Her türlü saçma norm hukuk ve pozitif sayılabilir mi?

Devletçi pozitivizm deyiminin de yerinde olmadığı görüşünü savunan

1 — XIX. Yüzyıla Dek Hukuksal Pozitivizm Ve İradecilik:

Burada iradecilik deyimi üzerinde durarak konuya girmek isteriz. Hukukun oluşmasında iradenin rolü saltlıkla vardır, bu olgu yadsınamaz. Ancak, irade ussal (akılsal) düzenin öğelerine, güdüye (motif) dayanıyorsa rasyonel bir iradecilik sözkonusudur. «Ratio» da ise tüm objektif etmenler gözönünde tutulur. Acaiet kavramı ve toplumsal realitenin «rasyonalitesine» kayıtsız kalmaz. Zaten bu durumda hukuk akıl ve olguya bağlı olarak açıklanmaktadır. Yok eğer irade, devinme (mobil), duyular evreninin verilerine dayanmaktaysa, her türlü keyfiliği içerebilir (65).

Prof. Özbilgen, henüz devlet biçiminde örgütlenmemiş toplumlardaki eylemsel hukukun kapsam dışı kaldığını, teamüsel hukuku dışardığını, yönetmenin her zaman için devleti temsil etmediğini söyleyerek bu deyimi de benimsememektedir. Ona göre devletçi pozitivizm deyimi kabul edilirse, yönetmenin tüm hata ve tehlikeli tutumlarını da devlete bağlamak (ifafe etmek) söz konusu olacaktır ki, bu da devletin prestijini sarsacaktır. Uygun deyim yönetmenci voluntarizmdir (Bu görüşler için bknz. ÖZBİLGİN: Hukuk Başlangıcı.. s. 40-53).

Kuramın iradeci karakteri açıktır, nitekim XIX. yüzyıla dek iradecilik adı altında yorumlanmıştır. Villey de bu deyimi kullanmaktadır (bknz. VILLEY, Michel: Leçons d'Histoire de la Philosophie du Droit, Paris 1957, Dalloz, s. 321-336.) Gerçekten de hukuksal pozitivizm devlet iradesinin üstünlüğünü savunan bir görüştür. Özbilgen'in eleştirileri yerindedir, ancak konmuş hukukun, «gözlemlenebilir», somut yürürlükte olma ögelelerinden yolalan pozitivistler, normun pozitivitesiyle uğraşmaktadırlar. Pozitif olma, kanımızca zorunlu olarak «doğrulamayı» gerektirmez. Sosyal düzendeki bozukluklar da pozitif olgulardır: somut, gözlemlenebilir varol şeri söz konusudur, «doğru» oldukları söylenemez. Olumsuzluk ve doğrulanma koşulları aranmaksızın, somutluk ve gözlemlenebilirlik, pozitif denmesi için kanımızca yeterlidir.

Devletçi deyiminde de yönetmenin iyi veya kötü olabileceği, devlet'in ise saltlıkla «iyi»yi temsil ettiği görüşü kanımızca toplumsal realite içinde değerlendirilmelidir. «Milliyetçi-toplumcu» - faşist Alman devleti kötüydü, ama devlet olmadığını hiçbir zaman öne süremeyiz.

Hukuksal deyiminin kullanılması sorununa gelince, kuşkusuz hukuksal pozitivizm, keyfi iradeyi de hukuk kabul edebilmektedir. Ancak, bu okulun objesi hukuktur; yaptığı iş yanlış veya doğru hukuku açıklamaktadır. Hukuku pozitif verilerle açıkladığını öne sürerken, objesi hukuk veya hukuk olarak adlandırılan kuraldır.

Bu nedenlerle, yapılan eleştirilere katılmakla beraber, yerleşmiş deyimi yeğ tutmaktayız.

(65) ÖKTEM, Niyazi: Özgürlük Sorunu ve Hukuk, İst. 1977, İÜHF Yayını, s. 13, dipnot 8.

İradenin rolünü Aristo, Stoacılar, Roma Hukukunun Büyükleri, Orta Çağ hukukçuları, Ulpianus, Saint Thomas d'Aquin gözlemlemişlerdi. Ancak onlar rasyonel bir düzenin varlığına inanıyorlardı. İrade rasyonel verilere, adalete bağlanıyordu (66). O halde iradeci olduklarını söyleyemeyiz.

Orta Çağ'da Scott ve Occam ise aklın rolünü ikinci plana iterek, iradenin üstünlüğünü savunmuşlardır. Akla oranla iradenin insanlığı daha iyi yönettiğini söylerler. Devlet şefinin egemenliği, özel mülkiyet, ne akıl ne de doğal hukuktan doğmuştur; bunlar tarihsel kökenli, iradeye bağlı yaratmalardır. İrade özerk olarak hukuku yaratır. Kişiyi bağlayan hiçbir değer yoktur, hukuk kuralları çeşitli iradelerin uyumundan kaynaklanır (67).

Machiavelli İtalyan birliğinin kurulması uğruna özgürlükleri yadsırken hükümdar iradesini yüceltmektedir (68). Fransız krallarının gücünü koruma, merkezi iktidarları sağlamlaştırma uğruna özgürlükleri yadsıyan Jean Bodin ve Bossuet monarşiyi, devlet iradesinin yüceliğini savunmaktaydılar (69). Jean Bodin'in ortaya attığı salt egemenlik kavramı son yüzyıllarda Jellinek ve izleyicileri tarafından kendi kendini sınırlama (otolimitasyon) anlayışıyla geliştirilmiş, otoriter ve totaliter düzenlerin başvurduğu bir hukuk kurumu olmuştur. Nitekim «milliyetçi-toplumcu» ve faşist rejimler, salt egemenlikçi ve otolimitasyoncudur.

İngiltere krallarının gücünün korunması uğruna özgürlükleri yadsırken, Hobbes da devlet iradesinin üstünlüğünden hareket etmekteydi. Ona göre devlet iradesine karşı gelmek, toplum düzenini yok etmektir (70).

En açık ve önemli iradecilik örneği J-J. Rousseau'dadır. Toplum sözleşmesi genel iradenin açıklanmasıdır. Bu iradenin aklın arzusu olduğunu, doğal hukukla irade arasındaki bağın akıl aracılığıyla kurulduğunu söyleyen Rousseau, aslında hukuku, yönetmenin iradesine indirgemektedir. Tek ayrıklık; klasik iradecilikte yönetmen tek kişi veya grupken, burada sözleşmeye katılanların

(66) VILLEY: s. 322.

(67) İbid. s. 324-325.

(68) ÖKTEM: s. 176-178.

(69) İbid. s. 178-182.

(70) İbid. s. 183.

tümüdür (71). Hukuk akla bağlanmaktadır, ancak «çoğunluk haklıdır» derken, çoğunluğun saltlıkla akla bağlı olduğu deyimlenmiş oluyor ki bu olanaksızdır. Böylece tehlikeli ve yanılgin sonuçlar doğurabilecek duygusal kararların da akla uygun olduğu sonucu çıkmaktadır. Sadece oya dayalı yasalar çıkarmak, azınlık haklarını gözönünde bulundurmamak antidemokratik bir tutumdur. Haklı olmak sayısal bir olgu değildir.

Nihayet Hegel'de devleti yüceltip, özgürlükleri devlet tekeline bağlarken hukuksal pozitivizmi savunmaktaydı.

2 — XIX. ve XX. Yüzyıllarda Hukuksal Pozitivizm:

Aydınlanma Çağının Doğal Hukuk anlayışına ilk tepki Tarihçi Okuldan gelmiştir. XIX. yüzyılda bu okul yerini pozitivist okullara bırakmıştır (72).

a) Kavramlar Hukukçuluğu:

BGB'nin (1900) yürürlüğe girmesinden sonra ortaya çıkan bu okul pozitif normlardaki genel hukuksal kavramların araştırılmasıyla uğraşmaktaydı. Varolan, yürürlükteki genel hükümler hasımları tarafından «dogmalar» olarak nitelendirildiğinden «Dogmatik Hukukçuluk» diye de adlandırılmaktadır (73).

XVIII. yüzyılda başlayan yasalaştırma hareketleri, Tarihçi Hukuk Okulunun araya girmesine rağmen XIX. yüzyılda da devam etmiştir. Bundan güdülen amaç özgürlük ve mülkiyet gibi kurum ve kavramlara ancak yasanın çizdiği sınırlar içinde müdahale edilmesinin sağlanabilmesiydi. Ceza Hukuku, Idare Hukuku alanlarında, kıyas yoluna başvurmanın olanaksızlığı belirtildiği gibi, teamüsel hukuk normlarına başvurma dahi söz konusu değildi (74).

Hukuk normunu, diğer normlardan ayırdeden kavram ve öğeler belirlenmekte, aralarına kesin bir sınır konmaktaydı (75).

(71) ÖZBİLGİN: Hukuk Başlangıcı.. s. 58.

(72) ÇAĞIL: s. 441.

(73) FASSO: s. 142.

(74) ÇAĞIL: s. 448.

(75) FASSO: s. 142.

Böylece hukuk yalnız mantıksal biçim ve kavramlara dönüştürülmüş, yasaya indirgenmiştir (76). «Bu görüş kanun hukuktur, vâzı kanunun iradesi hak ve ahlâkın ta kendisidir şeklinde formülendirilebilir. Bu davranışın hemen yanında da totaliter devlet, kaba kuvvet devleti, insana, hakikate ve hürriyete düşman devlet anlayışı yer almış bulunmaktadır» (77). Bu anlayış sosyal düzenin yasalarını görmeyerek, hukuk bilimini bir tür hesap, aritmetik sanatına dönüştürmüştür (78).

Hukukun uygulaması saltlıkla kavramlara dayalı, teknik bir iştir. Bu, hukukun reel yaşamla, politika, iktisat, örf ve ahlâkla ilişkisinin kesilmesi demektir. Hukuk kavramsal olarak açıklanır. Hukuksal kurumlar, ilişkiler, kavramsal bir formülasyon içinde, kendi kendine yeten özerk, mantıksal bir organizma oluşturur. Hukuk düzeni, eksiksiz, yetkin bir karaktere sahiptir (79). Hukukta boşluk da olamaz, mantıksallığın, yetkinliğin, eksiksizliğin doğal sonucudur bu. Mantık sistemi içinde tüm sorunlar çözümlenebilir; doğal hukuk yahut başka ilkelere başvurmak hukuk ötesi bir tutumdur (80).

Bir anlamda Kelsen'in öncülüğünü yapan «Kavramlar Hukukçuları, kökünde aynı mantalite ve yöntemi savunma'larına karşın bazı değişik sonuçlara ulaşmaktadırlar. Örneğin, büyük bir çoğunluk, hukukun ayırıcı özelliğinin buyuruculuk olduğunu öne sürerken, Zitelmann bu özelliğin mantıksal yargı (hüküm) olduğunu bildirir. Ona göre, fizik bir olay, hukuksal bir kuralla, bir kavram içinde birleşmektedir (81).

Devletçilik, hukuku devlete bağlamak; devletin tüm komünoteyi temsil ettiği, genel bilincin yorumcusu olduğu anlayışları bu okulun özellikleridir. Teamüsel hukuk ve milletlerarası hukuk, açık olmasa da yadsınmaktadır. Teamülün hukuk olabilmesi, devlet iradesi tarafından tanınmasına bağlanmıştır (82).

(76) ÇAĞIL: s. 448.

(77) İbid. s. 448 dipnot.

(78) İbid. s. 452.

(79) GÜRKAN, Ülker: Hukukî Realizm Akımı, Ankara 1967, AÜHF Yayını, s. 9.

(80) FASSO: 143-144.

(81) FASSO: s. 142.

(82) İbid. s. 143.

Kavramlar hukukçuluğunun temsilcileri arasında, geniş bir değerlendirmeye, Jhering, Gerber, Paul Baband, Jellinek, Otto Mayer'i saymak olanaklıdır. Ayrıca Analitik Hukuk Okulunun kurucusu Austin de Kavramlar Hukukçuluğunun devamı olarak nitelendirilmektedir (83).

b) Egzejetik Pozitivizm:

Fransada Napoleon Yasalaştırma hareketinden sonra ortaya çıkan bu okul da hukuksal pozitivizm akımının genel özelliklerine sahiptir. Yasa metni hukuktur; hukukçunun görevi yasa olan hukukla ilgilenmektir. Yasalar, hiçbirşeyi yorumcunun keyfi iradesine bırakmaz. Uygulayıcının hukuk yaratması söz konusu olamaz, çünkü hukuk zaten yaratılmıştır (84). Yasaman iradesini anlamakta zorluk çekiliyorsa, bazı mantıksal yöntemler vardır. Bunlar kıyas (benzeti, analoji, karşılaştırma), öncelik (evleviyet, haydisellik, argumentum a fortiori), ters (zıt kavram; argumentum a contrario) dır.»

«Bu üç prosededen kurulu hukuksal yorum metodğine ekzejetik (şerhçi) metod adıverilmekte ve buna dayalı hukuk an'ayışına Ekzejez Okulu (Şerhçilik Okulu) denmektedir» (85).

Bu okulun daha sonraki izleyicileri Gaston Jèse, Marcel Waline, Jules Basdevant, Charles Rousseau' dur (86).

c) Analitik Pozitivizm:

Bentham'ın etkisinde olan, Egzejez Okuluna eğilimli İngiliz hukukçusu John Austin (1790-1859) tarafından kurulan bu okul, hukuksal önemi olmadığı gerekçesiyle doğal hukuku eleştirerek işe koyulur. Hukuku ahlâktan ayırır; doğal hukukun, tanrısal iradeden çıkan, yarara yönelik basit bir metafizik referans alanı olduğunu söyler. Hukuk ise akıl sahibi bir kimsenin yönetilmesi için, güçlü bir diğer akıl sahibince yürütülen kuralların bütünüdür. Temelini etkinlikte bulur; etkinlik kavramı iki ögeden

(83) İbid. s. 144.

(84) ERİMO: s. 259.

(85) ÖZBİLGİN: Hukuk Başlangıcı.. s. 421.

(86) ERİMO: s. 259.

oluşur; aktif öge (egemenin, güçlünün eylem ve davranışı), pasif öge (süjenin uymaya yönelik tutumu). Aktif öge, buyuruculuk, yaptırım, yükümlülük ve egemenlik gibi özellikleri taşır. Hukuk, hukuksal yükümlülük veren bir buyruktur, yaptırım olarak kendini gösterir. Pasif öge, bir tür alışkanlık olup, süjeyi yükümlülüğü kabule götürür (87).

Anglo-sakson hukuk düşüncesi John Chipman Gray, John Salmond ve nihayet ünlü hukukçu Hart ile bu akımın etkisindedir (88).

d) *Yararcı Pozitivizm:*

Ünlü psikolog W. James'in öğretisinden yolalan Yararcı Pozitivizm de mantıka dayalı bir açıklama şeması çizmektedir. Ancak yararcı mantık, klasik Aristo mantığından farklı olarak, yaşamın gözlemlenebilirliği ve deneye dayanmaktadır.

James'e göre, kavramsal sonuçlardan; a priori kötü mantıktan; kapalı, salt ve özgün olduğunu savlayan sistemlerden kaçınmalıdır. Eyleme, güce, olana ve olguya yönelik tutumlar gerçekçidir; ancak bunlar doğrulanabilir, tamamlanabilir. Bu şu an'ama gelir: akılcılık karşısında deneçilik, dogmalara karşı koyma, ereksellik (finalite) kavramını yadsıma...

Yararcılık akımının hukuk alanındaki yürütücüsü John Dewey'dir (89). Dewey'e göre, hukuk somut olaydan, reel olgudan çıkmaktadır. O da tüm önsel (a priorik) kavramları yadsıyarak, toplumsal realite, sosyo-ekonomik ilişkiler, psikolojik insan davranışları, yasamanın tutum ve irade görünümünün boyut'arı içinde hukuku anlamlandırmıştır. Hukuksal ve toplumsal olguyu kavrayabilmek için, hukukçu sürekli olarak tüm toplum bilimi dallarına başvuracaktır. Sosyoloji, kriminoloji, psikoloji ve ekonomi politik hukukun temel kaynaklarıdır (90).

Dewey'e göre hukuk biliminde, olaydan hareket edilerek ilkelere ulaşılır (91). Kıyas esasına dayanan mantık, düşünme sü-

(87) BRİMO: s. 261.

(88) İbid. s. 261.

(89) İbid. s. 263.

(90) İbid. s. 263.

(91) GÜRKAN: s. 14.

recini açıklamaktan acizdir. İnsan, belirli kurallara ulaşmak için önce araştırmalar yapıp, veriler toplar (92). Yani öncüllerle (premis) düşünmeye başlamaz, somut olaydan yol alır. Hukukta da öncüllerden ve önsel kavramlardan nareket edemeyiz. Kesin ve doğru sonuçlara ulaşmaktayız, ama ilk adımımızı ilkeye değil, olaya bağlı atmaktayız.

Prof. Gürkan «Hukukî Realizm Akımı» adlı yapıtında John Dewey'i Amerikan Realizminin uzak öncüleri arasına koymaktadır (93). Gerçekten de Dewey, realist hukuk akımı içinde olup, hukuksal pozitivizmden çok, sosyolojik pozitivizme yakındır.

III — «HUKUKU İNCELEMENEK İÇİN YAKLAŞIM MODELİ», «KURAM OLARAK», «İDEOLOJİ OLARAK» HUKUKSAL POZİTİVİZM:

Çağdaş İtalyan hukukçu N. Bobbio «Hukuksal Pozitivizm Üstüne» (94) adlı makalesinde, hukuksal pozitivizm akımlarının, tarihsel açıdan üç görünümle ortaya çıktığını söylemektedir: «hukuku incelemek için bir yaklaşım modeli», «kuram olarak», «ideoloji olarak» hukuksal pozitivizm. Hukuksal pozitivizm akımlarının çıkış nedenlerini açıklamaya çalışırken, «bilimsel olma» düşüncesinden hareket edildiğine değinmiştik, ancak bilimsellik adı altında, totaliter ve otoriter siyasal rejimlere gerekçe hazırlanıldığını da belirtmiştik. İyi niyetli «bilimsel olma» arzularını tümünden yadsımıyoruz, ancak bu tutum da eninde sonunda ideolojik pozitivizmin ağına düşmektedir; sonuç aynıdır.

A — HUKUKU İNCELEMENEK İÇİN YAKLAŞIM MODELİ OLARAK HUKUKSAL POZİTİVİZM:

Bundan kastedilen, araştırmanın konusunu saltlıkla belli boyutlar içine sokmaktır. Reel hukukla ideal hukuk arasında kesin bir ayırım yapılmalıdır. Olan hukuk-olması gereken hukuk

(92) İbid. s. 13.

(93) İbid. s. 13.

(94) BOBBİO: s. 53-73.

ayırımı içinde hukukçu yalnız olan hukukla uğraşmalıdır. Bilimsel çalışma başka türlü olamaz. (Bilimden burada kastedilen betimleyici ve açıklayıcı bilimdir, kanıtlayıcı değil); evrenin ereksel açıklamasından ve doğal olgular üzerine değer yargılarının getirilmesinden kaçınılmalıdır. «Ortak iyi», «adaletin gerçekleşmesi», «hak ve özgürlüklerin korunması» gibi konular hukukun araştırma alanı içinde değildir. Dilbilimci dilin içeriğini değil yapısını inceler (95). Bobbio diğer pozitivizmleri kabul etmezken, bu türünü (yaklaşım modeli) benimser görünmektedir (96).

Kanımızca yanılğı, herşeyden önce dilbilimi ile yapılan benzetmededir. Konular aynı değildir; dilin amacı insanlar arasında anlaşmanın sağlanmasıdır, değer yargısını gerektiren bir durum yoktur (97). İnsan davranışlarını kapsayan hukukta ise değer yargısı zorunludur; hak ve özgürlüklere saygılı bir düzen istenir, adalet ve ortak iyinin sağlanması hususunda çalışmalar yapılır, daha iyi bir düzen aranmaktadır. Tersisi durumda çağları sarsan devrimlerin anlamı olmazdı. Olan hukuk, olması gereken hukuku kendine ölçüt almalıdır; olan hukuk bir irade bildirimidir, keyfi de olabilir; olduğu gibi kabullenilemez. Olması gereken hukukun içeriği hakkında tartışma yapılabilir, ve de yapılmaktadır. Tartışmayı hukuk dışında yaparsak anlamı kalmaz, çünkü tartışılan şey kendisellelikle hukuktur. Anlamsal düzen, olan düzenden kesin bir biçimde ayrı değildir. Anlam ve madde arasında, varoluşu yaratan diyalektik bir bağ vardır. Maihofer'in dediği gibi «Sein (olan) ve Sollen (olması gereken) birbirinden ayrı dünyalara ait olmayıp, ontoloji ve aksiyoloji birbirine kayıtsız değildir (97a).

B — KURAM OLARAK HUKUKSAL POZİTİVİZM:

Bobbio'ya göre, bu akım hukuksal olguyu güce, zor'amayı ve yaptırımını uygulayabilecek bir otoriteye bağlayan kuramdır. Dev-

(95) İbid. s. 57.

(96) İbid. s. 71.

(97) Kaldı ki dili bile estetik açıdan değerlendirmekteyiz. Kulağa hoş gelip gelmediği tartışılmaktadır.

(97a) Maihafer den naklen POULANTZAS: s. 102.

letçi hukuk kuramıyla pozitivism burada özdeşleşmektedir (98). Buyuruculuk, zorlayıcılık (zecrîlik), hukuk kurallarının mantıksal bütünlüğü bulunduğu, yasanın hukukun ana kaynağı olduğu anlayışları ile egemenlik ögesi bu okulun savunduğu ilkelere. Yorum yöntemi mekaniktir, yasamanın iradesini açıklayıcı doğrultudadır (99).

Bu konulara yukarıda değindik. Burada tekrarlamamızın nedeni hukuksal pozitivismlerin, ne tür ayırım yapılırsa yapılsın aslında ideoloji olduklarını kanıtlamaya çalışmaktır.

C — İDEOLOJİ OLARAK HUKUKSAL POZİTİVİZM:

Bobbio'ya göre, ideoloji olarak hukuksal pozitivism realite karşısında belli bir tutum alma; bilinçli veya bilinçsiz bir değer sistemine bağlı değildir. Böylece realite ideolojiye göre biçimlendirilmektedir (100). Hukuk, üstün ve emredici iradede çıkan, pozitivitesi olan, doğru, adil bir olgudur. Hukuk kurallarına uyma ahlâksal bir ödevdir (101).

Bobbio'ya göre ideoloji olarak hukuksal pozitivism, kuramsal pozitivismden farklıdır; ikincisi hukuk düzenini objektif olarak açıklayıp yorumlar, birincisi ise değerlendirme yaparak düzenin adil olduğunu söyler. Yani bir hukuk kuramından, adalet kuramına geçiş sözkonusudur. İdeoloji olarak pozitivism, Hegel'de olduğu gibi, devletin yüceltilmesi, onun ahlâk ve hukukla özdeşleşmesi demektir. Bu görünümüyle pozitivism genellikle Almanya'da ortaya çıkmıştır.

Kuram olarak pozitivism, hukukun ahlâklı veya ahlâksız olduğuna bakmıyor, devlet koymuştur uyulacaktır diyor. İdeoloji ise, devlet en iyi hukuku koyar, o objektif gaysttir, koyduğu kurallar adildir, dolayısıyla uymak ahlâki bir ödevdir demektir (102).

Kanımızca teori ve ideoloji ayırımının sakatlığı ortadadır. Kuram, «devlet koymuştur, uyulacaktır» derken konulan hukuk

(98) BOBBIO: s. 57.

(99) İbid. s. 58.

(100) İbid. s. 54, 59.

(101) İbid. s. 60.

(102) İbid. s. 59.

ahlâka aykırı da olsa uymaya zorlamaktadır. Saltlıkla uymayı öngörme o kuralın doğru kabul edilmesini içerir. Bu da devletin her zaman doğru, adil, ahlâka uygun hukuk yarattığını söylemek anlamına gelir. Eleştirinin yasaklanması, körü körüne uyma, ahlâksız da olsa o düzene sonsuza dek bağlılığı gerektirmektedir. Hukuk düzeni karşısında eleştiri alanı geniş olmalıdır; her türlü hukuk kuralları üzerinde tartışmalar yapılır, düzen eleştirilir, beğenilmezse direnilir. Çoğulcu demokrasilerin özellikleridir bunlar. Ters durumda otoriter ve totaliter siyasal rejimleri benimseme durumu ortaya çıkar ki ideolojik bir tutumu belirler.

İdeoloji olarak hukuksal pozitivizmi açık olarak savunan düşünür yok gibidir. Hobbes'ın sisteminde bile, egemenin iradesine saltlıkla boyun eyme zorunlu olmasına karşın, düzeni yıkan devlet karşısında bu zorunluluk ortadan kalkmaktadır (103).

Yöntem olarak hukuksal pozitivizm de kanımızca sonunda ideolojiye dönüşmektedir. Eleştiriyi politika alanına itip hukuktan soyutlamak olanaksızdır. Yasaları, anayasaları yapan güç, belli politik anlayışın temsilcisidir. Sosyo-ekonomik ilişkilerde de politik güç ilişkileri önemli rol oynar. Devletin temel yapısını oluşturan anayasalar, belli dünyagörüşünün, belli politika anlayışının ürünleridir. Hukuk oluşturulurken veya yorumlanırken, politika-ya kayıtsız kalmak demek, «baskı grupları», «kamu oyu», «toplumsal sınıflar» gibi olguların yok sayılması anlamına gelir ki, bu görüşü savunmak ya realiteyi görmemek ya da egemen güçlerin sözcüsü olmak demektir.

Bilimsel olalım diye, kendimizi politika, toplum bilim, değer ögelerinden soyutlarsak, politikanın tam ortasına, üstelik de totaliter ve otoriter politikanın içine düşer, kurulu düzeni koşulsuz kabul eder, bilim dışı oluruz.

ELEŞTİRİ VE SONUÇ:

— Sosyolojik ve filozofik pozitivizmle, hukuksal pozitivizm arasındaki tek bağ «gözlemlenebilir, somut» olma olgusudur. An-

çak sosyolojik ve felsefi pozitivizm olayların göz'emplenebilirliğine kuramını dayarken; hukuksal pozitivizm, yasaman irades'n'n göz'emplenebilirliğinin somut pozitivitiesini temel almaktadır.

— Hukuksal pozitivizm biçimci bir özelliğe sahiptir. Yasaman iradesinin, biçimsel olarak ortaya çıkması hukuksal pozitivist okullar için yeterlidir (104).

— İrade eylemi, böylece bağımsız bir varlık niteliğine bürünmekte (105), adeta tabulaşmaktadır. Gelişigüzel iradesel kararlar da değerli ve olumlu kabul edilmektedir. Oysa duyular evreninin iradi kararları değil, aklın iradi kararları önemlidir. Akıl da sosyo-ekonomik realite ve değer kavramına yabancı olamaz.

— Hukuk olgusu devlet iradesine, dolayısıyla devletçi, yönetmenci hukuka indirgenmektedir. Çağdaş gelişmelere, endüstrileşmeden doğan yeni olgulara bu hukuk yetersiz kalacaktır.

Devlet iradesi dışında da hukuk oluşmaktadır: toplu sözleşmeler, tip akitler, noterdeki bazı uygulamalar gibi. Tarihsel süreç içinde de durum aynıydı; kilisenin, korporasyonların kendilerine özgü, kendi yarattıkları hukukları vardı. Milletlerarası hukuk, tüm eksikliklerine karşın bir olgu olarak mevcuttur ve dünya barışına katkılarda bulunmaktadır.

Yaptırımsız hukuk olmaz anlayışı da eksik bir yargıdır, tarih boyunca yaptırımsız hukuka raslanmıştır. Örneğin teamüsel anayasaların olduğu İngilterede Parlemanto bu hukuk kurallarına uymaktadır.

Bugün için artık devlet, hukukun egemenliği altındadır.

— Hukuksal pozitivizm akımı, iradeci anlayışıyla totaliter ve otoriter siyasal sistemlere gerekçe hazırlar. Nitekim «milliyetçi-toplumcu»-faşist düşünceye kaynaklık eden hukukçu'ların çoğu hukuksal pozitivisttir ((106). Brimo'nun belirttiği gibi, hukuksal pozitivizm bir toplumsal düzen, bir politik duraganlık (stabilite) öğretisidir (107). Bu öğretiyi, Tarihçi Hukuk Okulunu da destek

(104) BATİFFOL: s. 25.

(105) İbid. s. 20.

(106) BRİMO: s. 265.

(107) İbid. s. 263.

olarak, geleneksel Alman politika felsefesini gerçekleştirmiştir (108). Bunun rastlantı olduğunu söyleyemeyiz. Halk ruhu hukukun kaynağıdır (108a), başbuğ, halk ruhunun iradesini açıklayıp uygulama alanına sokan kişidir. Dolayısıyla ha'kruhu ve başbuğa (führer) uymak zorunludur. Görülüyor ki faşizm, bir folk-gayst (halk ruhu) - hukuksal pozitivizm sentezidir. Marksist olmayan tüm otoriter ve totaliter siyasal rejimler bu anlamda pozitivisttir. Durumun böyle olması, hukuksal pozitivizmin ideoloji olduğunu doğrular.

— Hukuk yalnız bir metinler bilimi değil, yaşam bilimidir. Toplumsal bir olgudur, yaşamı anlayıp kurallar koymaya yönelik bir tutumu olmalıdır. Hukuksal pozitivizm ise tüm bilimlere kayıtsız kalmaktadır. Çağdaş hümanist düşünce, tarih, toplumbilim, ekonomi ile hukuk arasında zorunlu bir bağ olduğunu vurgular.

— İradeci hukuksal pozitivizm, yukarıdaki gerekçelerin sonucu olarak bilim dışıdır (109), ahlâk dışıdır (110), çağ dışıdır (111), demokrasi ile bağdaşamaz (112).

Bilimsel çalışma; olay ve olguların somut varlığından hareket ederken, iradeden bağımsızken, hukuksal pozitivizm; olguyu bilimsel realite dışında açıklamaktadır.

Hukuksal pozitivizmin ahlâk dışı olması, kötü hukuka uymayı da zorunlu kabul etmesinden gelir. İyi-kötü hukuk ayırımı yapan hukuksal pozitivistler dahi, kötü olanlarının sosyo-moral gereksinmelere ters düşmekle birlikte gene de hukuk olduğunu söylerler. O halde ahlâka ters düşen bir hukuk kuralı da bu an'ayı-şa göre hukuktur. Oysa hukuk ahlâksızlığa zorlayamaz; ahlâka ters düşen kuralın hukuk olduğunu kabul etmemiz durumunda,

(108) ERİM: s. 189.

(108a) ÇOBANOĞLU: s. 121.

(109) ÖZBİLGİN: Hukuk Başlangıcı.. s. 65.

(110) İbid. s. 68 ve ÖZBİLGİN: Hukuk Sosyolojisi.., s. 12-13.

(111) ÖZBİLGİN: Hukuk Başlangıcı.., s. 71-87; ÖZBİLGİN: Hukuk Sosyolojisi.., s. 15.

(112) ÖZBİLGİN: Hukuk Başlangıcı.., s. 87-99; ÖZBİLGİN: Hukuk Sosyolojisi.., s. 15-20.

yaptırımla donatık bir hukuk kuralı bizi ahlâksızlığa zorlayabilecektir (113).

Çağdışılığa gelince; hukuksal pozitivist anlayış tarihinin ilk dönemlerinde Tanrısal iradeyle yönetmenin iradesini özdeşleştirmişti. Bu dönemlerde yasaman-yönetmen Tanrı temsilcisi olarak davranmaktaydı (114). Dünyasallaşmayla, kültürün ilerlemesi, bireyin politik yaşama katılmasıyla birlikte bu anlayış zayıflamıştır. Tekrar, eleştirinin yapılamayacağı irade anlayışına dönüş, bilimsel verilere sırt çevirip çağdışı bir tutuma dönmeyi deneyimler.

İradeciliğin antidemokratiklikle özdeşleşmesi sorununa makale boyunca değindik. Çağdaş demokrasilerde, hukuksal pozitivist anlayışa yer yoktur; temel hak ve özgürlükler güvence altındadır; idari organlar hukuka saygılıdır, devlet özgürleşmeği sağlar.

Anti demokratik hukuksal pozitivism anlayışlarına karşı direnme meşrudur. Diktatörlük hukuksal pozitivism demektir, «milliyetçi-toplumcu»-faşist düzenler bu doğrultudadır.

— Hukuk olgusunun temelinde sosyo-moral gereksinmeler yatar. Olgu-değer ikilemi tümel bir gerçeklik içinde ele alınıp, hukuk sorununun çözümüne gidilmelidir (115). Değer-olgu bir çatışma değil uyum oluşturmalıdır. Emegın yarattığı nesne ile olurken oluşturulan değer (116), hukuk olgusunun kaynağıdır. Bu, bir anlamda olgu ve değerın bütünleşerek bir «eşyanın doğası» (eşyanın tabiatı) kavramını oluşturması demektir (117). Hukukun kökeninde insan davranışları yatmaktadır. Yürürlükteki hukukun temelini oluşturan olgusal veriler ve değer, kökenini bu evrende yaşayan insanın bireysel ve toplumsal eylemi içindeki eşyanın doğasında bulur (118). Evrende yaşayan insan ve onun denevımleri olmasaydı «hukuk» ve «anlam» olmazdı. Geleceğe yönelik insansal amaçlar; amaçları gerçekleştirme arzusu, hukuksal-toplumsal eylemin anlamını oluşturur. Değer ve olgu, bilincin

(113) ÖZBİLGİN: Hukuk Başlangıcı - s. 68-69.

(114) ÖZBİLGİN: Hukuk Sosyolojisi.. s. 71-72.

(115) POULANTZAS: s. 9.

(116) «Olurken oluşturma» kavramı için bknz: ÖKTEM: s. 112-130.

(117) POULANTZAS: s. 15,

(118) İbid, s. 68,

yönelim (intention) eylemi içinde bu evrende algılanmaktadır. Scheler'in deyimiyle «insan özü, yaşayan insanın yönelimsel davranışlarında ortaya çıkar» (119). Olgu ve değer, insanın anlamsal eyleminde görünüm kazanır (120). İnsansal varoluş budur (121).

İnsansal varoluşun ana boyutu «gelecek»tir; insan geleceğe yönelik bir deneydir. Ontolojik yapısıyla bile insan varoluşu bir değerdir. Geleceğe yönelme eylemi gelişigüzel değil, değere yöneliktir.

İnsan varoluşunu ilgilendiren hukuk bu sorunlara yabancı ve kayıtsız kalamaz. İnsan davranışlarını kural altına sokan yasanın, tüm insansal gerçekleri gözleme, değerlendirme, anlamlandırma zorundadır; gelişigüzel yasa yapamaz. Yorumcu ve uygulayıcı da toplumsal ve insansal amaçlar doğrultusunda davranacaktır. Bu anlayış benimsenmezse otoriter ve totaliter, çağdışı, insanlıkdışı siyasal rejimlerin ağına düşmek kaçınılmazdır.

BİBLİYOGRAFYA

- ARAL, Vecdi: Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, İstanbul 1975, İÜHF Yayını (Metinde ARAL: Hukuk Bilimi.. olarak gösterilmiştir)
- ARAL, Vecdi: Kelsen'in Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri, İstanbul 1978, İÜHF Yayını (Metinde ARAL: Kelsen'in Saf... olarak gösterilmiştir)
- ARAL, Vecdi: Kelsen'in Hukuk Anlayışı, İÜHF Mecmuası C. XXXIV sayı 1-4, İst. 1969. (Ayrı Bası) (Metinde ARAL: Kelsen'in Hukuku.. olarak gösterilmiştir)
- ARAL, Vecdi: Hukuka İlişkin Değişik Görüşler ve Bunların Değerlendirilmesi ile Birlikte Doğru Görülebilecek Bir Hukuk Anlayışı, İÜHF Mecmuası, C. XXXIX sayı 1-4, Is-

(119) İbid. s. 70 (Scheler'den naklen).

(120) İbid. s. 71.

(121) İbid. s. 76.

tanbul 1974. (Ayrı Bası) (Metinde ARAL: Hukuka İlişkin... olarak gösterilmiştir).

BATİFFOL, Henri: La Philosophie du Droit, Paris 1970, PUF «Que-sais-je.»

BOBBİO, Norberto: Sur le Positivisme Juridique in MELANGES EN L'HONNEUR DE PAUL ROUBIER, Tome I, Paris 1961, Dalloz.

BRİMO, Albert: Les Grands Courants de la Philosophie du Droit et de l'Etat, Paris 1968, Pedone.

ÇAĞIL, Orhan Münir: Hukuka ve Hukuk İlimine Giriş, İstanbul 1971, İÜHF Yayını.

ÇOBANOĞLU, Rahmi: Hukuk Felsefesi Ders Notları, I Tarihi Kısım, İstanbul 1967-1968.

ÇOBANOĞLU, Rahmi: Hukukta Gaye Problemi, İstanbul 1964, İÜHF Yayını

ÇELİK, Edip: Milletlerarası Hukuk, İstanbul 1969, İÜHF Mecmuası

ERİM, İsmail Nihat: Le Positivisme Juridique et le Droit International, Paris 1939, Sirey

FASSÖ, Guido: Histoire de la Philosophie du Droit (XIXe et XXe siècles) Traduit par Catherine Rouffet, Paris 1976, LGDJ.

GÜRKAN, Ülker: Hukukî Realizm Akımı, Ankara 1967, AÜHF Yayını

KAPANİ, Münci: Kamu Hürriyetleri, Ankara 1976, AÜHF Yayını

LALANDE, André: Vocabulaire Technique et Critique de la Philosophie, Paris 1962, PUF

ÖKTEM, Niyazi: Özgürlük Sorunu ve Hukuk, İstanbul 1977, İÜHF Yayını

ÖKTEM, Niyazi: Hukuk Felsefesi, Cumhuriyet Gazetesi 4. Mayıs. 1978.

- ÖZBİLGİN, Tarık: Eleştirisel Hukuk Sosyolojisi Dersleri, İstanbul 1971, İÜHF yayını (Metinde ÖZBİLGİN: Hukuk Sosyolojisi.. olarak gösterilmiştir).
- ÖZBİLGİN, Tarık: Eleştirisel Hukuk Başlangıcı Dersleri, İstanbul 1976, İÜHF yayını (Metinde ÖZBİLGİN: Hukuk Başlangıcı.. olarak gösterilmiştir)
- POULANTZAS, Nicos Ar.: Nature des Choses et Droit, Paris 1965, LGDJ
- VILLEY, Michel: Leçons d'Histoire de la Philosophie du Droit, Paris 1957 «Essor et Décadance du Volontarisme Juridique» bölümü. Dalloz.
- WALLİNE, Marcel: Felsefî, Hukukî ve İctimai Pozitivizm-AÜHF Mecmuası (Çev. Münci Kapanî) C. VIII sayı 1-4 Ankara 1951.