



## Hukuk Kavramı\*

Yazar: Gustav Radbruch



Çeviren: Melike Belkıs Aydın\*\*

İlk bakışta hukukun tanımı hukuk felsefesine değil hukuk bilimine aitmiş gibi görünür<sup>1</sup>. Hukuk bilimi her zaman hukukun tanımını tekil hukuk görünümünden tümevarımsal olarak elde etme denemesine girişmiştir ve bu defa hiçbir ikilem yoktur, esas olarak tekil olarak hukuk görünümünün karşılaştırılması yoluyla hepsinin esas olan umumi bir hukuk tanımı elde edilir. Kuşkusuz ki bu yolla hukukun tanımı da elde edilebilir ama kurulamaz. Umumi tanımlar, gelişigüzel sayıdaki deneyimlerden çıkarılabilir, örneğin belli adı belirli bir harfle başlayanlar veya belirli bir tarihte doğmuş olanlar gibi. Ancak böylesi kavramların genelliği, daha büyük ya da daha küçük tikel gerçekliklere kendi değerlerini garanti etmelerini sağlamaz. Rastlantısal değil gerekli olan, yani etkin, verimli, genelgeçer tanımlar olmaları, genellenebilir tümevarım yoluyla asla kanıtlanamaz. Hukuk kavramının böylesi gerekli bir genellenebilir tanımının olması ve ne anlama geldiği, sonucunun türü aracılığıyla gösterilmek zorundadır.

Hukukun tanımı bir kültür kavramıdır, yani değerlere bağlı bir gerçekliktir. Öyle ki o, bir değere hizmet ederek anlam kazanır. Hukuk, anlamını hukukun idesine hizmet etmekte bulan bir gerçekliktir. Hukukun tanımı hukukun idesine yönelmesiyle düzenlenir<sup>2</sup>.

1 \* Bu çeviride Gustav Radbruch'un Rechtsphilosophie adlı eserinin "Dreier/ Paulson, Gustav Radbruch Rechtsphilosophie – Studienausgabe, 2. Auflage 2003, C.F. Müller Verlag, Heidelberg" baskısı esas alınmıştır. Makalenin özgün adı "Der Begriff des Rechts"tir. Çeviri ve yayın izni C. F. Müller Verlag'dan elektronik ortamda alınmıştır.

Çeviride iki ayrı dipnot düzeneği kullanıldı. Bunun nedeni, çevriye esas alınan metinde ise italik ve köşeli paranteze alınmış olan dipnot düzeneğinin 1950 tarihli Erik Wolff tarafından yapılan 4. basıya eklenen Radbruch' un kendi el yazılı notlarının, birinci basının özgün dipnotlarına eklenmesidir. Elinizdeki çevriye kaynak olarak kullanılan basıda sonradan eklenen bu notlar italik, eserin ilk basısında kullanılan dipnotlar ise düz olarak yazıldı.

\*\*Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Araştırma Görevlisi. Bu çeviri Ahmet Haluk Atalay'ın lisansüstü dersi Adalet Kuramı' nın ödevi olarak hazırlanmıştır.

[] Bu bölgesel kategorilerin kazanımı yöntemi hakkında Landgrebe'nin "Geistige Arbeit" yapıtına bkz. c. 5 9.39.

2 Bununla uyumlu olarak Binder hukuk kavramı ve hukukun idesi 1915 (S. 60: "hukukun ya da hukukun idesinin apriorik normu neye yarıyorsa o hukuktur." ; Gurvitch, L'idée du Droit est toujours un essai en vue de réaliser la Justice";\* del

Hukukun idesi adaletten başka bir şey olamaz [3]. “Est autem ius a iustitia, sicut a matre sua, ergo prius fuit iustitia quam ius” der Glossator 1.1 pr. D. 1,1. Bizlerin adaleti bir hareket noktası olarak görmek hakkımız vardır, çünkü adil olan iyilik gibi güzellik gibi, doğruluk gibi mutlak yani başka bir değerden türetilemez bir değerdir<sup>4</sup>.

İnsan, adalette sadece ahlaki olarak iyi olanın görünüm biçimlerini gözlemlemek ister. Adalet, insani bir özellik olarak, bir erdem olarak gözlemlendiği sürece, Ulpian'ın dediği geçerlidir: “constans ac perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi”. Ama insan bu adaleti objektif adalete yönelmiş olması dışında bir biçimde tanımlayamaz. Aynı hakikat ile gerçeklik gibi. Burada sözü edilen sadece objektif adalettir. Bu, artık ahlaki değer yargısının odaklandığından çok başka bir nesneyi ortaya koyar: Ahlaki bakımdan bir insan sadece insani bir irade, insani bir düşünce, insani bir karakter olarak iyidir. Sosyal etik de insanı öteki insanlarla ilişkilerinde değerlendirir. Objektif adalet anlamında, ancak insanlararası bir adalet adil olabilir. Ahlaki iyi ideali, “ideal insan” tasavvurunu ve adaletin idealini ancak ideal bir toplumsal düzende sunabilir.

Adalet başka bakış açılarından çift taraflıdır. İnsan bir yasanın uygulanmasını ya da ona uyulmasını adil olarak adlandırabilir. Adaletin her ilk biçimi - bilhassa yasaya sadık bir yargıcın adaletini- aslında hukukseverlik olarak adlandırılacaktır. Burada her bakımdan o adaletten, pozitif hukukla değil aksine pozitif hukukun ölçüldüğü adaletten söz edilmelidir.

Vecchio, *Filosofia del Diritto*, 1930, S. 158: “La forma Logica (del diritto) non ci dice punto cio che e giusto e che e ingiusto, ma ci deice solo quale e il senso di qualunque affermazione die giusto o ingiusto; e insomma il contrassegno della giuridicta.” Burada ortaya konulan kavram Somlo, *Huk. Temel öğretisi*, 1917, S. 131 ff.

3 [] *Metropolit Konrad Groeber (Freiburg), 1940 tarihli Noel vaazında öğretiyeye karşı olarak “hukuk halka yarayandır” der: 1. eşanlımlı olarak amaç aracı kutsar; 2. kendinde iyi ve kötünün varlığı temeldeki olgusunun yadsınması; tüm halklar için uygun olmalıdır, yani düşman halklar için de ve onlar için de tüm kötü edimleri de amacı için meşrulaştırır; 4.amaca uygunluğa kim karar vermelidir? sonucunda sadece kazanan! 5. Halka yararlılık engelene hukuki bakımdan karşıtlık olursa nasıl olacak? Örneğin sözleşmeler? O zaman onlar da tüm değerlerini yitirir mi? kim bunu savunursa dürüst ve ahlaklı karakterini ve iyi niyet kuralından vazgeçer. 6. İlk bakışta yararlı gibi görünen uzun vadede yararsız olabilir. 7. Toparlayacak olunursa: Sonuç olursak bu tümce “ hukuk yaşamının felaketidir”. Tanrıyı en yüksek ahlaki değer olarak saymaz.*

*Hukukun idesinin amaca uygunluğu değil, aksine adalet.*

4 Adaletin tanımı için Max Rümelin *Gerechtigkeit* 1920, del Vecchio, *La Giustizia*, 1. Bası 1924.

Adalet bu bakımdan eşitliktir [5]. Ama eşitlik kendisi de farklı anlamlara açıktır [6]. Onun bir bakımdan konusu ya emtia ya da insanlar hakkında olabilir: Çalışmanın karşılığı olan değerine denk düşen bir ücret adildir, ama birine verilen cezanın aynı şeyi yapan bir başkasına verilmesi de adildir. Mutlak<sup>7</sup> ya da görelî olan eşitlik ölçüsüne göre: Ücret eşittir iş, ama ceza kusur oranına göredir.

Her iki karar da Aristoteles'in adaletle ilişkin ünlü öğretisini birbirine bağlar: Emtialar arasında mutlak eşitlik, örneğin iş ile ücret, zarar ile bedel, ona göre denkleştirici adalettir. Dağıtıcı adalet ise farklı insanların davranışlarında görelîliktir, yani taşıyabilene göre vergilendirme, gereksinim oranında yardım edilmesi, kazanç ve kusura göre mükafat ve cezadır. Denkleştirici adalet en azından iki insanı, dağıtıcı ise en azından üç gereksinir. Denkleştirici adalet yan düzenlemelerin oranlanmasıyla ilgili bir adalet iken, dağıtıcı adalet ise yetkili merci ve ast olma ilişkisi ile geçerlidir. Denkleştirici adalet özel hukukun adaletidir, dağıtıcı adalet ise kamu hukukunun adaletidir.

Her iki adalet türünün ilişkisi de karşılıklı yeterince açıklanmıştır. Dağıtıcı adalet eşit olanlar arası bir adalettir. Dağıtıcı adaletin eylemini koşullar, böylece dağıtıcı adalet adaletin ilksel biçimidir<sup>8</sup>. Onda hukukun tanımının yönelmek zorunda olduğu adaletin idesini buluruz<sup>9</sup>.

Bu bakımdan hukukun kendisini ayrıntılı olarak adaletten çıkarılabileceği savunulmamalıdır. Dağıtıcı adaletin ilkesi bir yandan kime adil kime adil olmayan bir şekilde davranılması gerektiğini belirtmez. Aksine daha çok kendisinden sonuç çıkarılabilir bir bakış

5 [] *Adaletle ilişkin Hans Nef'in muhteşem kitabı: "Gleichheit und Gerechtigkeit" Zürich 1941.*

6 [] Jhering, Zweck I 287'de (halk baskısı) sorar: "Eşitlik tüm içeriksel belirlenimlerinden bağımsızsa ne değeri vardır?". *Toplumun refahının koşulu olmadığı sürece kendiliğinden çabalanmaya değer değildir. Aksi takdirde dengenin yadsınması ve yeniden elde edilmesi için savaş olacaktır! Jhering eşitlikte amaca uygunluğun sonucunu görür, benim için amaca uygunluk mutlak bir değer iken.*

7 [] *Adalet= Eşitlik "öncelik hakkı hukukun en büyük düşmanıdır". Ebner - Eschenbach (S. 103).*

8 Emge de benzer biçimdedir; Geschichte d. RPh. 1931, S. 34. f.

9 Buna ilişkin dağıtıcı adaletin aksine denkleştirici adalet mutlak bir değer ortaya koymaz, daha çok yüksek olasılıklı olarak ikili egoizmlerin eşzamanlı uyumunun hizmetindeki amaca uygunluk süreci ortaya koyar. Paschukanis ile karşı. Allg. Rechtslehre u. Marxismus ( 1929), S. 143 F. – başka açıdan güzel Ernst Marcus'un makalesi de önemlidir, Müsloslmeische Revue, Bd. 2, 1925, S. 13 ff., Doğal yasanın, hukuk kanunun ve ahlak yasanının ortak kökenlerinin eşdeğerliğini ortaya koyar.

açısının eşit ya da eşitsiz olarak saptanmasını sağlar. Eşitlik, nesnelere ve insanlar öyle eşitsizdir, ötekilere benzeyen bir yumurta gibi, belli bir bakış açısından eşitlik hep bir verili eşitsizliklerin soyutlanmasıdır. Başka bir açıdan da dağıtıcı adalet için sadece orantı, farklı insanların birbirlerine davranışlarının türü değildir. Hırsızlık gibi basit cezalandırılabilirliklerin cinayet ile kıyasını gerektirir, ancak hırsız asılmış mı yoksa katil işkenceye uğramış mı ya da hırsız para cezası ile cezalandırılmış mı, katil ağır hapis cezasına mı çarptırılmış mı soruları da buna dahildir. Her iki bakımdan da adalet, doğru hukukun buyrukları, başka ilkelerin doldurulmasıyla çıkarılmalıdır<sup>10</sup>. Adalet ayrıntılı değil ama spesifik bir hukuk ilkesidir, hukukun kavramların tanımlanması için bağlayıcı olandır: Hukuk adalete hizmet eden bir gerçekliktir.

Hukuk için egemenlik savaşlarında hakkaniyet ile adalet karşı karşıya gelir<sup>11</sup>. Aristoteles bile Nikhomakhos'a Etik' inde (V, 14) bu dilemmayla uğraşır. Hakkaniyetin adaletten daha iyi olması gerektiğine ve adaletin karşıtı bir şey olamayacağına, onun ancak ve sadece adaletin bir türü olabileceğine değinir. Çözümü bile belirtir, adalet ile hakkaniyet farklı değerler değil, aksine farklı yollardır, türdeş hukuk değerlerine vasıl olma içindir. Adalet genelleştirilebilir normun gözünden tekil olayı görür. Hakkaniyet tekil olayda nihayet ama aynen genelleştirilebilir bir yasaya dönüştürülebilmesi gereken bir kendi yasasını arar. Çünkü hakkaniyet aynı adalet gibi en sonunda genelleştirilebilir bir doğaya sahiptir. Böylece adalet ile hakkaniyet arasındaki fark daha önce de değinilen doğru bir hukukun dedüktif bir gelişimin değinilen yöntemsel ayrımını, genel ilkeler ve "eşyanın tabiatı"ndan çıkarılacak doğru hukukun sezgisel olarak anlaşılmasını ortaya koyar. Hakkaniyet tikel durumun adaletidir<sup>12</sup>, onun dikkate alınması bizleri, "hukukun anlamını adalete hizmet etmekte bulan bir gerçeklik olması" formülümüzde bir şeyleri değiştirmeye zorlamaz.

Böylece yol gösterilmiş olur: Hukukun tanımlanmasının elde edilir. Adalete hizmet ile belirlenecek bu gerçekliğin ne olduğunu öğrenmeyi bekleriz. Bu anlamda hukukun

10 Adaletin salt biçimsel karakteri, vergi adaletinde kendini gösterir: F. K. Mann Festgabe für Schatz. 1928. S. 112 ff.

11 Krş. Max Rümelin, Die Billigkeit im Recht, 1921; Binder, Ph. d. Rs., S. 396 ff.

12 [] "Tikel durumun adaleti" Maggiore de böyle der, L'Equita e il valore

gerçekliği onun tabiatıyla ilgilidir. Adalet, kendi hukuka yönelişinde doğruluk anlamına gelir. Adalet idesinin malzeme belirliliği içinde geçerli sonuçlar çıkarmaya muktedirdir.

İdelere hizmet etmek için geçerli olan gerçekliklerde değerlerin ve çağruların psikolojik bir doğaları vardır ve bu sayede özel bir gerçeklik türü ortaya koyarlar. İde ve başka gerçeklikler arası bir arabiçimidir: Psikolojik bir olgu olarak gerçekliğe aittirler, başka gerçeklikler üzerinde hak iddia ederler, başka ölçütler başka istekler ortaya koyarlar. Bu vicdanın bir türüdür, ahlaklı olanın, estetik olanın beğenisi mantıklı olanın aklıyla düzenlenmiş kültür yapısıdır. Hukukun idesiyle aynı oranda benzer olgular kararlardır. Bundan da o özel gerçeklik karakteri, pozitiflik ve normatiflik ifade edilebilir. Hukukun özel bir idesi olarak karar, adalet ilişkili olarak gerçeklik adalet ile nesneyi ilgili olduğu biçimde böler: İnsanların birbirleriyle ilişkisinin sosyal bir karakteri vardır. Adaletin varlığı nasıl da nihayet bu bağıntıyı eşitlik anlamıyla düzenler, böylece hukuki kararın alanına aittir<sup>13</sup>. Bu anlamıyla eşitliğe yönelmiş olmak, genelleştirilebilirlik talebi olmak, kendinde genel karakteri taşımak. Tek bir insan için ya da tekil bir ilişki için karar, aşağı yukarı bir “ölçüt”tür (RV madde 48). Buna göre hukuki emir ancak eğer kişisel karakterine dayanıyorsa bu hukuki temel bireysel kişilik ya da bireysel ilişkiye denk gelir. Hukuki düzenlemenin varlığını pozitif ve aynı zamanda normatif, sosyal ve genel doğası ve bir anlamıyla hukuk, insani birlikte yaşam için tüm düzenlemelerin doruğudur<sup>14</sup>.

Bu tanımlama tekil hukuk görünümünden indüktif olarak elde edilebilir değildir, dedüktif olarak hukukun idesi fikrinden çıkarsanabilir. O hukuki değil aksine hukuk öncesi, yani apriorik doğal hukuk bilimine dairdir. Hukukun tanımı alışıldık, büyük olasılıkla değil aksine gerekli bir genel kavramdır, hukuk bu bakımdan tekil hukuk görünümüne bir düzen verdiğinden değildir<sup>15</sup>. Daha ziyade aksine hukuk görünümleri sadece hukukun tanımı onları içerdiği için “hukuk”un görünümüdür. Hukukun görünümleri hukukun tanımını

13 [] *Filangieri, Scienza della Legislazione I 1807 S. 104 Io definisco la giustizia e l'uguaglianza della utilita (amaca uygunluk içinde Eşitlik)*

14 [] “Düzenlemeler”, *Hukuk normlarının emir olmadıklarına ilişkin daha geç açıklamalarla çelişir. Daha iyisi “değerlendirmeler”dir.*

15 “ein relatives Apriori der Rechtswissenschaft” Somlo, *Jur. Grundlehre*, (1917), S.127.

demokratik olarak üzerine oturtmamıştır, aksine “tanrının merhameti”, yani onların üzerlerindeki egemenliği idenin bağışlamasıyla sağlamıştır. Öncelikle hakikatin kaosunu hukuk tanımını üzerine bakış açılarından gözlemlersek yaratıcı sözcük gibi su ve toprak birbirinden ayrılıp hukuki gerçeklik ile ikinci derece hukukilikleri birbirinden ayırır. Eğer hukuk (Savigny’nin ifadeleriyle) “insanların yaşamını kendisi özel bir taraftan bakıldığında” olarak ele alırsa, o zaman bu hukukun dünyası için temel bakış açısı apriorik hukuk tanımına yani hukukun dünyası için esasa temel olan bakış açısına uygundur. Kendi apriorik doğalarını onunla paylaşan hukuk tanımlarından tekil hukuk tanımlarının listesi elde edilir.

Sonuçlar değil özellikler, aksine hukuk biliminin araçları ampirik hukuk görünümünün rastlantısal genellemeleri değil, aksine hukuki düşünümün kaçınılmaz kategorileri vardır<sup>16</sup>. İşte böylece hukukun pozitif ve normatif doğasından hukuk kuralının tanımını ve onunla birlikte hukuk kuralıyla parçalarının tanımları çıkarılır: Apriori, yani peşinen söylenirse, bir şeyleri düzenlemeyen aksine bir şeyin bu düzenlemeden çıkarılmak zorunda olacağı hukuk kuralının olamayacağı düşünülür: Olgu ve hukuki sonuç. Pozitifliğin ve normatifliğin özellikleriyle hukuk koyan merci arayışı hukukun kaynağı arayışı ile birbirine bağlıdır. Normatif karakterinin kökeni arayışının borçlu ve bir yanıtı yetkin olduğu bir hukuk değildir. Hukukun normatif karakterinden çifte olanak elde edilen ona göre ve ona aykırı davranmaktır. Bu sayede hukuka uygunluk ve hukuka aykırılık kavramları elde edilir, önlerinde her hukuk olgusunun kendisini kanıtlamak için apriori sorumluluğa sahip olur. İnsanların birlikte yaşam için hukukun geçerliliğinin oranları birbirini takip eder. İçeriği, hukuki bağıntıları ve onların parçaları olarak hukuki zorunluluklar ve onların meşruiyetleri, sübjektif haklar olarak kurulmak zorundadır. Hukuki ilişkilerde değil, haklarda ve ödevlerde iptal ettiren hiçbir hukuki düzenleme düşünülebilir değildir. Haklar ve ödevler ait oldukları özneler olmadan, bağlı oldukları nesnelere olmadan düşünülebilir değildir. Hukuk öznesi ve hukuk nesnesi hukuk düzeninin faydalanabileceği kavramlar değildir. Aksine tasarlanabilir her hukuk için gerekli kavramlardır.

16 [] Böylesi genel geçer hukuk tanımlarına ilişkin (“bizim hukuki düünce biçimlerimizin mantiki işlevleri”) Emilio Betti, *Methode u. Wert des heutigen Studiums d. röm. rechts*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* XV Heft 2, auch *Partsch vom Beruf des röm. Rs. i. d. heut. Univ.* 1920 S. 44.

Bizlerin gözlemlerimizle başkaca apriorik hukuk tanımları örtüşebilir. Çünkü apriorilik görelî bir kavramdır, belli tanımların ilişkisini belli bir olgusal malzemeyle tanımlar. Hukuk tanımı aprioriliği içinde gelişir, öncelikle bu hukuki olguların doldurulmasındadır. İnsan bu gelişimleri hukukun tanımını usulca öğreten olgular gibi az derecede ayrıntılı olarak sayar. Apriorik ve sayılabilir hukuk tanımlarının<sup>17</sup> bakışımı bir listesi gerçekleştirilebilir değildir.

---

17 Stammler, Th. d. RW., 1911, S. 222 f.