

# GUSTAV RADBRUCH DÜŞÜNÇESİNDE DÖNEMSEL VURGU DEĞİŞİMİ

Araş. Gör. Melike Belkıs Aydın

*“Biz çelişkileri çözmeksizin onları gösterdik. Biz burada sistemin bir sorununu görmüyoruz. Felsefe bir düşünceyi nihayete erdirmemeli, onu geliştirmeli ve iletmemelidir. Yaşamı daha da kolaylaştırmamalıdır, aksine sorunsallaştırmalıdır. Felsefi bir sistem, birbirleriyle çelişen yığınları sırtlanmış gotik bir katedral gibi olmalıdır.”<sup>1</sup>*

## ÖZ

Alman hukuk felsefesi ve ceza hukuku tarihinin önde gelen isimlerinden Gustav Radbruch hakkında yapılan değerlendirmeler, İkinci Dünya Savaşı öncesi ve sonrasındaki düşüncelerinin karşılaştırılması üzerine yoğunlaşır. Radbruch’a ilişkin değerlendirmeler iki kutupta toplanır: Birinci kutup Nazi iktidarı öncesindeki eserlerinde katı bir hukuki pozitivism yanlısı olduğunu, savaş sonrasındaki eserlerinde ise tamamen değişerek doğal hukuk savunuculuğu yaptığını, yani eserlerinde bir kırılma (Umbruch) olduğunu savunanlar ve ikinci kutup savaş öncesinde de sonrasında da tutarlı bir söyleme sahip olduğunu, değişenin ise sadece eserlerinde yaptığı vurgu olduğunu savunanlardır. Göz ardı edilmemesi gereken, onun sıkı bir pozitivist olarak nitelendiği dönemde bile adaleti her zaman hukukun vazgeçilmez bir koşulu olarak andığıdır.

Bu çalışmada Radbruch düşüncesinin önemli unsurlarına değinilerek savaş öncesi ve sonrasında tutarlı bir söyleme sahip olduğu kanıtlanmaya çalışılacaktır. Bu iddia kanıtlanmaya çalışılırken savaş öncesi ve sonrası eserleri ele alınacaktır. Yeni Kantçılık akımının düşüncesindeki etkisi, hukuka getirdiği tanım, hukukun idesi, değer rölativizmi, doğal hukuka bakışı ile eserlerindeki pozitivist unsurlara değinilerek dönemsel tutumu kavramlar üzerinden incelenmeye çalışılacaktır. Çalışmanın iddiası, Radbruch’un düşüncesinin bir devamlılık gösterdiğine dikkat çekmek, onu basitçe pozitivismden doğal hukuka meyletmış bir hukukçu olarak yaftalanmasını engellemek ve onun başından beri önerdiği bir üçüncü yol olasılığına değinmektir.

---

<sup>1</sup> Gustav RADBRUCH, **Rechtsphilosophie Studienausgabe**, Heidelberg, C. F. Müller Verlag, Genişletilmiş 2. Baskı 2003, s. 77, *“Wir haben Widersprüche aufgezeigt, ohne sie lösen zu können. Wir sehen darin keinen Mangel eines Systems. Philosophie soll Entscheidungen nicht abnehmen, sie soll gerade vor Entscheidungen stellen. Sie soll das Leben nicht leichter machen, sondern gerade problematisch. Ein philosophisches System soll einem gotischen Dom gleichen, in dem Massen einander tragen, indem sie einander widerstreben.”*

**Anahtar Kelimeler:** Radbruch Formülü, hukuki pozitivizm, hukukun idesi, rölativizm, Yeni Kantçılık, yasaya itaat.

### ABSTRACT

*Gustav Radbruch is one of the most important names of German law philosophy and criminal law. Critics about his philosophy majors comparing on his thoughts before and after the second World War. The evaluations on Radbruch gathers on two sides. First side sustains that he was a hard positivist before the Second World War and after that he changed into a natural law assessor. That means there is a refraction (Umbruch) on his works. The second side says that Radbruch has not a complete refraction, but he only has a small change of the tune on his Works, that means he has a continuity.*

*In this paper, it is tried to analyze the important elements of Radbruch's thought before and after the war and to prove that he has a continuity. Mentioning on New Kantianism, Radbruch's description of law, idea of law, relativism, the meaning of natural law and legal positivism tried to analyze his preiodical position. The suggestion of the paper is that Radbruch's thought has a continuity, showing his proposition on the third way and that he has not return from positivism to natural law.*

**Keywords:** Radbruch Formule, legal positivism, idea of law, relativism, New Kantianismus, obeying the law.

\*\*\*

### GİRİŞ

Alman hukuk felsefesi ve ceza hukuku disiplinlerinin en önemli isimlerinden Gustav Radbruch üzerine yapılan değerlendirmeler, İkinci Dünya Savaşı öncesi ve sonrasındaki tutumunun karşılaştırılması üzerine yoğunlaşır. Gustav Radbruch'un düşüncesinde, İkinci Dünya Savaşı öncesi ve sonrasındaki değişimler karşılaştırılır, onun sıkı bir pozitivist olarak başladığı, ancak savaş sonrasında doğal hukukçuluğa döndüğü<sup>2</sup> ya da genel felsefesinde tutarlılığını koruduğu, ancak sadece söyleminin vurgusunda değişiklik yaptığı ileri sürülür<sup>3</sup>. Nazi iktidarı öncesindeki eserlerinde katı bir hukuki pozitivizm yanlısı olduğunu, savaş sonrasındaki eserlerinde ise tamamen değişerek doğal hukuk savunuculuğu yaptığını, yani eserlerinde bir kırılma (Umbruch) olduğunu ileri

<sup>2</sup> Ulfried NEUMANN, **Naturrecht und Positivismus im Denken Gustav Radbruchs Kontinuitaeten Diskontinuitaeten**, Freiburg, Konrad-Adenauer Vakfı, e. V. Herder Verlag, 2007, s. 13 (Radbruch'un 1945 sonrası eserlerinin doğal hukuka dönüş olarak nitelenenler tarafından Tarsuslu Aziz Pavlus'un Şam Olayı olarak adlandırıldığını belirtir. Hıristiyanlara eziyet için Şam'a doğru yola çıkan Pavlus, Şam yolunda Hazret-i İsa Peygamber ile karşılaşır ve nedamet getirip Hıristiyanlığa döner). Kristian KÜHL, "Radbruch Formülü", Çev. Mehmet Cemil Ozansü, **İÜHFİM**, C. LXX, S. 1, 2012, s. 373, (Saulus'un kanun koyuculuğundan Pavlus'un doğal hukukçuluğuna döndüğü şeklinde bir tanım yapmıştır). Klaus Adomeit, Gustav Radbruch zum 50. Todestag, **Neue Juristische Wochenschrift**, 1999, s. 3468 (yazar bu benzetmelere katılmaz, yani kendi ifadesiyle Radbruch, Fritz von Hippel'in belirttiğinin aksine bir Şam Olayı yaşamamıştır ya da adalet idesinin Saulus'u değildir).

<sup>3</sup> Sevtap METİN/Altan HEPER, **Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü**. İstanbul, Tekin Yayınları. 2014, s. 27; NEUMANN, **Naturrecht und Positivismus**, s. 12.

sürerken savaş öncesinde de sonrasında da tutarlı bir söyleme sahip olduğunu savunanlar değişimin ise sadece eserlerinde yaptığı vurgu olduğuna değinirler. Göz ardı edilmemesi gereken, onun sıkı bir pozitivist olarak nitelendiği dönemde bile adaleti her zaman hukukun vazgeçilmez bir koşulu olarak andığıdır.

Gustav Radbruch'un düşüncesinde, İkinci Dünya Savaşı öncesi ve sonrasındaındaki değişimler karşılaştırılır, onun sıkı bir pozitivist olarak başladığı, ancak savaş sonrasında doğal hukukçuluğa döndüğü ya da genel felsefesinde tutarlılığını koruduğu, ancak sadece söyleminin vurgusunda değişiklik yaptığı ileri sürülür<sup>4</sup>.

Bu çalışmada Radbruch düşüncesinin önemli unsurlarına değinilerek savaş öncesi ve sonrasında tutarlı bir söyleme sahip olduğu kanıtlanmaya çalışılacaktır. Bu iddia kanıtlanmaya çalışılırken savaş öncesi ve sonrası eserleri ele alınacaktır. Yeni Kantçılık akımının düşüncesindeki etkisi, hukuka getirdiği tanım, hukukun idesi, değer rölativizmi, doğal hukuka bakışı ile eserlerindeki pozitivist unsurlara değinilerek dönemsel tutumu kavramlar üzerinden incelenmeye çalışılacaktır. Çalışmanın iddiası, Radbruch'un düşüncesinin bir devamlılık gösterdiğine dikkat çekmek, onu basitçe pozitivistten doğal hukuka meyletmış bir hukukçu olarak yaftalanmasını engellemek ve onun başından beri önerdiği bir üçüncü yol olasılığına değinmektir. Bu nedenle de Radbruch'un eserleri kronolojik bir sırayla ele alınmak yerine düşüncesindeki temel unsurlar incelenmesi yoluyla bütünlüklü bir bakış atılacaktır.

### 1. Bir Yeni Kantçı Olarak Gustav Radbruch

Hukuk felsefesi ve ceza felsefesi alanlarını derinden etkileyen Gustav Radbruch, döneminin Yeni Kantçılık akımının belirgin unsurlarından etkilenmiştir<sup>5</sup>. Yirminci yüzyılın ilk çeyreğine dek felsefe dünyasının baskın akımlarından biri olan Yeni Kantçılık, bugün Marburg Okulu ile Güneydoğu Almanya Okulu olmak üzere iki ana okula ayrılır<sup>6</sup>. Radbruch daha belirgin olarak Marburg okulunun etkisindedir<sup>7</sup>.

Güneydoğu Almanya Yeni Kantçı Okulu, olan ile olması gereken arasında net bir ayırım yapar. Değerler insanın bakabileceği, gözlemleyebileceği olgular değil, aksine insani bilinçte bulunan normlar ya da ideallerdir<sup>8</sup>. Bu ayırımın hukuka bir yansıması olarak da hukuk ve hukukun idesi kavramları birbirlerinden ayrılır. Radbruch'un Marburg Yeni Kantçılık Okulu'ndan devral-

<sup>4</sup> METİN/HEPER, Radbruch Formülü, s. 27; NEUMANN, **Naturrecht und Positivismus**, s. 12.

<sup>5</sup> ADOMEİT, Gustav Radbruch, s. 3468.

<sup>6</sup> Friederike WAPLER, "Wertrelativismus und Positivismus Theoretische Grundlagen der Rechts- und Staatsphilosophie Gustav Radbruchs", **Rechts- und Staatsphilosophie des Relativismus: Pluralismus, Demokratie und Rechtsgeltung bei Gustav Radbruch**, Nomos Verlag, 2011, s. 35.

<sup>7</sup> Dietmar von PFORDTEN, Einführung in die Rechts und Sozialphilosophie Die Rechtsidee bei Kant, Hegel, Radbruch, Stammler und Kaufmann (deutsch und chinesisich) **Value Pluralism, Tolerance and Law**, Ed. Shing-I-Liu, içinde, Taipeh, Taiwan, 2004, s.334.

<sup>8</sup> Walter PAULY, "Radbruch's Rechtphilosophischer Relativismus", **Rechts- und Staatsphilosophie des Relativismus, Pluralismus Demokratie und Rechtsgeltung bei Gustav Radbruch** içinde, Nomos Verlag, 2011, s. 19, (olan ile olması gerekenin ayrılması hukukta da bir yöntem düalizmi anlamına gelir).

dığı birincil unsur, olan ile olması gerekenin ayrımıdır<sup>9</sup>. Olan incelemesi (Seinsbetrachtung) ile değer incelemesini (Wertbetrachtung), “birbirlerinin üzerine kapanmış yan yana iki çember” olarak tanımlar<sup>10</sup>. Marburg Okulu’nun temsilcisi Stammler, “hukukun idesi” kavramını bir değer olarak değil, doğru bir hukukun elde edilmesi için gereken yöntem olarak kullanır. Radbruch ise Stammler’de devraldığı “hukukun idesi” kavramını dönüştürerek ona ağırlık verir ve bunu değer felsefesine ilişkin bir içerikle doldurur. Stammler hukukun idesini hukuk kavramına uyarlarken, Radbruch hukuk kavramını hukukun idesine uyarlamıştır<sup>11</sup>. Radbruch, Stammler’in hukuk ile hukukun idesini keskin olarak ayırmasını eleştirir. Olan ile olması gerekenin, değer ile gerçekliğin bu ayrımı da klasik bir yöntem düalizmine neden olmaktadır. Bu düalizm, üçüncü bir yol ile aşılabılır<sup>12</sup>.

Radbruch’un, Yeni Kantçılık’tan etkilendiği ikinci unsur, kültür araştırmalarında değer ilişkisinin bir yöntem olarak kullanılmasının hukuka uyarlanması gerektiği düşüncesidir. Ya olanın bilgisi ya da olması gerekenin dayatmacılığına tabi olmak yerine, Radbruch “yöntem realizmi” olarak adlandırdığı üçüncü bir yolu önerir, bu da değerle ilişkilendirilmiş bir düşünüş biçimi olarak kültürdür<sup>13</sup>. Bu tanımlama Radbruch’un klasik düalizme, kültür ile araladığı bir kapıdır. Radbruch’un “yöntem realizmi” önerisinde hukuk felsefesi, hukukun kültür felsefesine dönüşür<sup>14</sup>. Radbruch olan ile olması gerekenin ayrımını onaylamakla birlikte ikisi arasında, (Wertbezug) değer ilişkisi aracılığıyla bir köprü kurmakta, bu köprüyü de kültür ile yapılandırmaktadır<sup>15</sup>. Radbruch’un hukukun idesini, var olan hukuktan tamamen ayırmayan kuramı, değerleri her zaman pozitif hukukla dirsek temasında görmüştür<sup>16</sup>. Yani var olan hukuk zaten değerleri içermektedir. Radbruch’un bu çabası, doğal hukuk düşüncesi ile hukuki pozitivizme birbirleriyle ilişki içinde olma olanağı tanımak ve birini ötekenden ayrı düşünme zorunluluğu yanılığısına mahkum olmamayı hedefler<sup>17</sup>. Dolayısıyla Radbruch, en başından beri üçüncü bir yolun varlığını savununur. Doğal hukuk ile hukuki pozitivizmi başından beri, olan ile olması gerekenin birlikte yorumladığı gibi kaynaştırarak birlikte yorumlar. Ona göre hukuk kavramı, anlamını idesini gerçekleştirmekte bulan bir gerçeklik olarak tanımlanmalıdır<sup>18</sup>. Bu tanım içinde açıkça Stammler’in tavrına

<sup>9</sup> WAPLER, **Theoretische Grundlagen**, s. 37.

<sup>10</sup> RADBRUCH, **Rechtsphilosophie**, s. 13.

<sup>11</sup> WAPLER, **Theoretische Grundlagen**, s. 36; von PFORDTEN, **Einführung**, s. 24.

<sup>12</sup> RADBRUCH, **Rechtsphilosophie**, s. 31.

<sup>13</sup> RADBRUCH, **Rechtsphilosophie**, s. 31.

<sup>14</sup> PAULY, **Relativismus**, s. 19 Yeni Kantçı hukuk felsefecilerinden Emil Lask da kültürbilimlerini, kültür anlamlarından çıkarılabilecek saf ampirik ve zamana bağlı olguların araştırılması şeklinde tanımlar, yoksa mutlak bir geçerliği yaratmak olamaz. Hukuk felsefesi Lask için aynı zamanda bir hukuki değeri de içerir, ampirik hukuk bilimi ise “hukuki olgu incelemesi” gerektirir ve ampirik hukuk bilimini de ampirik kültürbilimlerinin bir bölümü olarak konumlandırır.

<sup>15</sup> WAPLER, **Theoretische Grundlagen**, s. 37.

<sup>16</sup> RADBRUCH, **Rechtsphilosophie**, s. 31, kendi ifadeleriyle insan elinden çıkma hiçbir şey, örneğin bir masa bile zaten değerden bağımsız olamaz ki hukuk da bağımsız olabilsin; s. 11 sözgelimi masayı başkaca tahta parçalarından ayıran onun özgülediği iş, yani hedefi, yani taşıdığı değeridir.

<sup>17</sup> WAPLER, **Theoretische Grundlagen**, s. 33.

<sup>18</sup> RADBRUCH, **Rechtsphilosophie**, s. 11.

karşıt bir birliktelik barındırır<sup>19</sup>. Çünkü bu erken dönem hukuk tanımında hukukun idesi, hukukun kendisinden yalıtılmamış, doğrudan yürürlükteki hukuka yedirilmiştir.

Dönemdaşı Kelsen'deki pozitif hukuk ile etik değerlendirmenin aşılamaz ayrımının yerini Radbruch'ta daha başından beri ikisinin "değerle ilişkilendirilmiş bakış" ile uzlaştırılması önerisi almaktadır<sup>20</sup>. Olan ile olması gerekene ilişkin sunduğu bu üçüncü bir yol olarak "yöntem trializmi" önerisi, erken dönem eserlerinde yer alır. Dolayısıyla bu unsur, savaş sonrası düşüncesinin unsurlarını değerlendirirken de adalete yapacağı vurgunun temeline ilişkin ipuçlarından biri olarak akılda tutulmalıdır.

Radbruch'un Yeni Kantçılık'tan esinlendiği üçüncü unsur, değerleri felsefenin araştırma konusu olarak görme eğilimidir. Windelband, davranışlarımızın, duygularımızın, düşüncelerimizin temelinde en yüksekte bir değere dayanıldığını, söz gelimi estetiğin güzellik, mantığın doğruluk, etiğin de iyi değerinde temellendiğine değinir<sup>21</sup>. İşte Radbruch da bu şablondan etkilenererek hukuk felsefesini hukuki değer incelemesi olarak betimler ve hukuku da adalet değerinde temellendirir<sup>22</sup>. Öyle ki adalet, aynı güzel, iyi ve doğru gibi, hukuk için de başka bir şeyden çıkarılamayacak nihai bir değerdir.

Yeni Kantçı düşünürlerden Heinrich Rickert, kültürel araştırmalar ile doğa bilimlerini birbirinden ayırmış, doğa bilimlerinin ampirik gerçekliklerin araştırılmasını sağlayan yöntemlere sahipken bunun kültürel araştırmalar için geçerli olamayacağını, çünkü kültürel araştırmaların insanların neden sonuç ilişkisine dayalı çıkarımlar yapabilecekleri deneysel etkinliklere kesinlikle dayanmadığını vurgulamıştır<sup>23</sup>. Buna da tarih disiplininin özelliklerini örnek olarak gösterir. Tarih, tek tek olayların kendilerine özgü özelliklerinin araştırılıp kavranması ile ancak bilimsel bir araştırma biçiminde işlenmiş olabilecektir, işte bu da doğa bilimlerinin karşıtı olacak, yani araştırmacıya genelleştirebileceği bir bilgi sağlamayacaktır. Dolayısıyla kültürel araştırmalar alanı da bir değer yargısında bulunmayacak, söz gelimi Fransız Devrimi'nin Avrupa'nın gelişimi için olumlu ya da olumsuz sonuçları olup olmadığına değinmeyecek, bunun yerine Fransız Devrimi'nin Avrupa'nın gelişimi için anlamlı olup olmadığı üzerinde duracaktır<sup>24</sup>. Radbruch'un da bu çıkarımı hukuka uyarlanması, hukuk bilimi ile hukuk felsefesi arasında bir ayırım yaparak olmuştur. İnsan ürünü olan bir kavrama değer körü bir biçimde yaklaşmak olanaksızdır<sup>25</sup>. Hukuk bilimi doğa bilimleri gibi görülmeli ve hukukun değer yanıyla değil neyin hukuk olduğu sorunuyla ilgilenmelidir; hukuk felsefesi ise hukuka değerini biçmelidir. Kültür, Radbruch'ta da Heinrich Rickert'e benzer biçimde değerlerin

<sup>19</sup> RADBRUCH, **Rechtsphilosophie**, s. 31.

<sup>20</sup> WAPLER, **Theoretische Grundlagen**, s. 37, Kelsen ile karşılaştırıldığında Radbruch'un yaklaşımını bir "yumuşatma" olarak tanımlanması gerektiğini belirtir.

<sup>21</sup> Wilhelm Windelband, *Kritische oder Genetische Methode*, 1883, s. 122'den aktaran WAPLER, **Theoretische Grundlagen**, 39.

<sup>22</sup> RADBRUCH, **Rechtsphilosophie**, s. 9.

<sup>23</sup> WAPLER, **Theoretische Grundlagen**, s. 38.

<sup>24</sup> Heinrich Rickert, *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft*, 1915'ten aktaran WAPLER a.g.m. 2011, s. 38.

<sup>25</sup> RADBRUCH, **Rechtsphilosophie**, s.11, sözelimi tam da kriminal antropolojinin çabaladığı gibi, suç kavramına ilişkin bir doğa bilimi, ancak önceden suçun doğal bir tanımı hukuki değerle ilişkilendirilmiş tanımının yerine geçerse mümkündür.

gerçekleştirilmesi için anlamı olan durumdur<sup>26</sup>. Değer ilişkisi böylece kültür bilimlerinde yöntemle doğrudan bağlantılı olarak devreye girmektedir.

Sonuç olarak, Gustav Radbruch Yeni Kantçılık düşüncesinden devraldığı üç temel unsuru olan ile olması gereken arasındaki ayrım, değer ilişkilerinin bir yöntem olarak kültürel araştırmalarda kullanılması ve değerlerin felsefenin bir araştırma konusu olarak görülmesidir. Radbruch olan ile olması gereken kavramlarının keskin ayrımını onaylamamış, bu ikisini birbirlerinin üzerine kapanmış çemberler olarak değerlendirip bu görüşünü hukuka uyarlamakla hukukun idesi olarak adaleti belirtmiştir. Bu çaba tam da doğal hukukçuluğun gereklerinden hukukun idesine yapılan bir vurguyu içerdiğinden Radbruch'un olan - olması gereken ayrımında katı bir pozitivist olmadığını işaretidir. Yine ikinci olarak değer ilişkilerinin kültürel araştırmalarda bir yöntem olarak kullanılmasına getirdiği yeni yaklaşım, bir önceki unsur için önerdiği üçüncü yolu bir yöntem olarak değerlendirilmesidir<sup>27</sup>. Kültür, doğal hukuk ile pozitivismin, olması gereken ile olanın arasında bir köprü işlevi görecektir. Radbruch başından beri bir uzlaşım arayışı içindedir, savaş öncesine ait olan bu görüşünde doğal hukuk ile pozitivismden herhangi birine katı biçimde taraftar değildir. Pozitif hukukun değerle ilişkilendirilmesi ile hukukla etik değerleri bağlantılandırır. Pozitivism ve doğal hukuk arasında önerdiği bu üçüncü yol Son olarak da değer rölativizmine kapı araladığı vurgusunu her şey gibi hukukun da üzerinde yükseldiği değer olarak adaletin görülmesi gerektiğini, bunun da kültür bilimlerinin temelinde yer alması gereken bir düstur olduğunu belirtir.

## 2. Değer Rölativizmi

Radbruch'un düşünsel sisteminin en önemli unsuru "Değer Rölativizmi" olsa gerektir. Her değer bir ötekinin açıklayıcısı olduğu "Değer Rölativizmi" sisteminde en üstteki referans değer kendinden üstün başka bir açıklayıcısı yoktur. Bu son değerler başka değerlerin nedenidirler, kendilerini açıklayacak başkaca ve daha üstün bir neden-değer yoktur<sup>28</sup>. Kültür rölativizmi de Radbruch için, kültür ile gelen hukuk kuralının değiştirilemez, mutlak, vahyedilmiş olmadığı, aksine geçerli ve söz konusu kültüre göre değişebilirliğini ifade eder<sup>29</sup>. Gustav Radbruch'un Güneydoğu Yeni Kantçıları'ndan net olarak ayrıldığı nokta "Değer Rölativizmi"dir. Çünkü Güneydoğu Yeni Kantçıları, eğer sabit ve kesin bir değerler düzeni olmasaydı felsefenin zaten yapılmasının olanaksız olduğunu savunduklarından, rölativizmi bertaraf edebilmek niyetindedirler. Radbruch'un değer rölativizmi aynı Kelsen gibi temeldeki değer yargıları üzerinde hiçbir zaman uyuşmaya varılmayacağını bilmesi, ancak Kelsen'in ak-

<sup>26</sup> RADBRUCH, **Rechtsphilosophie**, s. 9.

<sup>27</sup> Martina MERTEN, **Gustav Radbruch in der Diskussion zwischen Naturrecht und Positivismus**, Norderstedt, Grin Verlag für Akademische Texte, 1998, s. 19, Radbruch'un tavrını pencerleri içeri taze hava sirkülasyonu sağlamak üzere açık tutmak olarak değerlendirir. Bundan sonra hava sirkülasyonunu sürdürmek bizim işimiz olacaktır.

<sup>28</sup> RADBRUCH, **Rechtsphilosophie**, s. 17; Stefan KIRSTE, **Rechtsidee und Elemente der Gerechtigkeit bei Gustav Radbruch, Rechts- und Staatsphilosophie des Relativismus, Pluralismus Demokratie und Rechtsgeltung bei Gustav Radbruch içinde**, Nomos Verlag, 2011, s. 60.

<sup>29</sup> R. SCHMID, **Versuch über Gustav Radbruch, Kritische Justiz**, Heft 1, 1970, s. 65.

sine tam da bu nedenden vardığı sonucun hukuk ile adalet arasında bir bağı zorunlu görmesi üzerine temellenir<sup>30</sup>.

Radbruch rölativizmi, pozitivizmle de zorunlu bir ilişki içinde görür. Eğer kanıtlanabilir, öğrenilebilir ve biricik bir doğal hukuk var olsaydı, o zaman pozitif hukuka uyma yükümlülüğünün gerekçesi açıklanamayacaktır, çünkü bu hukukla bağdaşmayan pozitif hukukun kendisine uymayı buyurucu gücünün menşei geçersizleşecektir<sup>31</sup>. Oysa pozitif hukukun kendisine uyulması yükümlülüğü doğal hukukun asla bilinemez, keşfedilemez olmasından gelmektedir. Dolayısıyla neyin adil olduğunu söylemek mümkün olmadığından en azından neyin yasal olması gerektiğinin söylenmesi gerekir. Böylece de hakikat için bir anlaşma yapılamayacağından otorite için bir anlaşma yapılmış olunur<sup>32</sup>. Fakat pozitif hukukun dindirmesi gereken savaş, düşünceler arasında değil düşüncelerin birbirlerine karşı üstün gelme çabaları arasındaki savaştır<sup>33</sup>. Bu ifade de hukukun idesinin bileşenlerinden biri olarak saydığı hukuk güvenliğine yaptığı vurgunun nedenini açıklar, farklı düşünceler arasında birinin ötekine üstün getirilmesi çabası güdülmeyecektir, tek istenen aradaki çatışmanın son bulması ile barışın sağlanmasıdır.

Savaş sonrası yapıtlarındaki ifadelerinde Radbruch'un öngördüğü rölativizmin en önemli bir diğer özelliği de tolerans kavramına verdiği önemdir. Ancak değer rölativizminin sonucu olarak farklı görüşlere gösterilen toleransın - yani her görüşe eşit mesafede yaklaşmanın- siyasal tezahürü, değer rölativizminin kendisini hiçe sayan anti-demokratik tavır için geçerli olamayacağıdır. Rölativizm, demokrasinin belkemiğini oluşturur. Rölativizmin her görüşe eşit mesafede yaklaşma iddiasında olmasının onun diktatoryal düşünceye de eşit mesafede değerlendirileceği anlamına gelip gelmeyeceği konusundaki çelişkinin çözümü için demokrasinin biçimsel karakteri olan özgürlük ilkesinin sağlanıp sağlanmadığına bakmak gerekmektedir<sup>34</sup>. Özgürlük düşüncesinin içinde elbette özgürlükten vazgeçme özgürlüğü de bulunabilecektir, ancak bir şey unutulmamalıdır: Bu temel ilke devlet formunun sadece kuruluş aşamasında ve geçici değil, istikrarı açısından sürekli olarak gereklidir. Hiçbir devlet formu kesin olarak kendi demokratik temellerinden vazgeçemez. Demokrasi diktatoryal bir anayasa uğruna kendinden vazgeçebilir, ama o anayasayı kendi belirleme hakkından vazgeçemez<sup>35</sup>. Yani demokrasi her şeyi yapabilir ama kendi kendinden kati olarak vazgeçemez. Kendi sözleriyle, "rölativizm genel bir toleranstır, ancak toleranssızlığa karşı bir tolerans değildir".

Erken dönemde sayılabilecek 1934 tarihli Lyon konuşmasında Radbruch pozitivizmin rölativizmden çıkarılabileceğini ileri sürer. Yine aynı konuşmasında insan haklarına ilişkin her tür hukuki düzenlemenin ötesinde bir temel olduğunu ileri sürmüştür. Bu ifade insan haklarının kökenini aldığı doğal hukuk ve yazılı metinlerin ötesinde bir aşkın insan hakkı anlayışının ifadesini

<sup>30</sup> WAPLER, **Theoretische Grundlagen**, s. 41.

<sup>31</sup> Gustav RADBRUCH, "Der Relativismus in der Rechtsphilosophie, Vortrag in Lyon 1934", **Der Mensch im Recht**, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1961, s. 82.

<sup>32</sup> Gustav RADBRUCH, "Der Relativismus in der Rechtsphilosophie, Vortrag in Lyon 1934", **Der Mensch im Recht**, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1961, s. 82.

<sup>33</sup> RADBRUCH, Vortrag in Lyon, s. s. 82.

<sup>34</sup> RADBRUCH, Vortrag in Lyon, s. 85.

<sup>35</sup> RADBRUCH, a.g.m., s. 86.

daha savaş öncesi bir tarihte ortaya koyar<sup>36</sup>. 1934 tarihli “Hukuk Felsefesinde Rölativizm” makalesinde ise hukuki pozitivizmi, sosyal düzen ve hukuk güvenliğinin siyasi düşünceler arasındaki savaşı sonlandırmak üzere yapılmış bir otorite anlaşması olarak tanımlar. Pozitif hukukun bu güvenlik sağlama ödevini ancak ve ancak, sadece uyruğundakilere değil yasa koyuculara da uygulaması koşuluyla gerçekleştirdiğini ekler.

Savaş sonrası ifadelerinde yasa koyucuya yasa koyma yetkisi ve ödevi zaten hukukun üstünlüğünü kabul etmesi koşuluyla verilmiştir. Bu ifadeye göre de rölativizm, evleviyetle hukuk devletini gereksinir<sup>37</sup>. Dolayısıyla Radbruch’un erken döneminde, pozitivizme yaklaşımı, doğal hukuk ile karşılaştırıldığında belki de çok yanlış anlaşılmaktadır. Radbruch’un tanımladığı pozitivizm katı kuralların sorgulanamazlığı ve duyarsızlığı değil, egemenler de dahil herkesin kendisine tabiyetinin sağlanabildiği kuralların varlığı ile güvenliği ve adaletin güvencede olabileceği bir ortamdır.

Değer Rölativizmi öğretisinin, doğal hukuk öğretisi karşısında konumlandırılması doğal hukukun biricik, bilinebilir ve kanıtlanabilir tek doğru hukuk idesi olduğuna duyulan yönlemsel ilkeden hareket eder, ancak Radbruch bunun hem Kant’ın bilgi kuramı hem de uygulamalı bilimler bakımından geçersizleştirdiğini vurgular (Radbruch 1961: 80). Çünkü hukuk felsefesi tarihi ve karşılaştırmalı hukuk birinden birinde tek bir idealin varlığına eğilimin hissedilebilir olmadığı sınırsız çeşitte hukuk gerçekliğini çoktan keşfetmiştir. Kant’ın eleştirel yaklaşımı da göstermiştir ki mutlak ve evrensel anlamda geçerli olan hukukun ve kültürün biçimleridir, içeriği ise deneysel verilere bağlıdır. İşte tam da bu yüzden içerik tamamen görelidir<sup>38</sup>.

Radbruch değer rölativizminin bir uzantısı olarak, üç dünya görüşünün hakim olabileceği siyasal modellerden söz eder. Bunların ilki bireyci model, ikincisi bireyüstü model, sonuncusu da trans-bireyci modeldir<sup>39</sup>. Devletin ve hukukun da hizmet edebileceği olgular birey, toplum ve kültür ile bilim ürünleridir. Bireyci görüş, devlet, hukuk, toplumun ortak paylaşımlarının ürünü olan kültürü reddeder. Bunun örnekleri liberalizm, anarşizm ve kendi deyimiyile sosyal bireycilik akımlarıdır. Bireyüstü görüş, hem kültürün de birey gibi hukukun ve devletin güdümünde olduğu bir yapıdır, muhafazakar ve devleti bir organizma gibi değerlendiren akımları bunlara örnek gösterir. Son olarak da trans-kişisel görüşe göre ortak bir amaç ile birbirine kenetlenmiş, ulusun ortak iradesi ile nesillerce aktarılmış ve bağlanmış bir toplum söz konusudur. Bu görüşte kültür ve bilimsel işlerin yaşayan her özelliği ulusun ortak bir ürünüdür<sup>40</sup>. Hukuk ve devlet toplumsal işlerin güdümündedir<sup>41</sup>.

<sup>36</sup> SCHMID, **Versuch**, s. 66.

<sup>37</sup> RADBRUCH, **Vortrag in Lyon**, s. 84.

<sup>38</sup> RADBRUCH, **Vortrag in Lyon**, s. 81.

<sup>39</sup> RADBRUCH, **Rechtsphilosophie**, s. 57.

<sup>40</sup> WAPLER, **Theoretische Grundlagen**, s. 46; Radbruch’un bu savları Nazi Yönetimi tarafından deforme edilerek kullanılmıştır, çünkü Nazi yorumu Radbruch’un belirttiğinin aksine öncelikli olarak Alman bir kültür toplumu (kulturgemeinschaft) değil bir kan toplumu (blutgemeinschaft) öngörmüşlerdir. Naziler için toplumun (gemeinschaft) ve bireyin değerlendirilmesinde irksal ölçütler ön plandadır, kültürel gelenekler ya da yaratıcı güçlerin ilgisi yoktur.

<sup>41</sup> RADBRUCH, **Rechtsphilosophie**, s. 61; WAPLER, **Theoretische Grundlagen**, s. 45, öteki Yeni Kançılar Rickert ve Windelband ise Radbruch’un bu görüşüne tamamen



Sonuç olarak, değer rölativizmini pozitivizm ile doğrudan ilişki içinde değerlendiren Radbruch bunun nedenini doğal hukukun kabulü halinde pozitif hukukun yürürlük ve geçerlilik için gereksindiği gerekçeyi yitirme tehlikesi ile açıklar ve buradan da pozitif hukukun bir sonucunda farklı düşünceler arasındaki çatışmayı dindirecek bir güvenlik ile huzur ortamı sağlandığını vurgular. Kurguladığı değer rölativizmine göre bir düşünce, bir değer yargısı bir ötekisinden üstün değildir, ancak bu çatışmanın da bir son bulması gerektiği açıktır.

### 3. Doğal Hukuk Anlayışı

Gustav Radbruch, hukuk felsefesi tarihini başlangıcından 19. yüzyılın başlarına dek kesintisiz bir doğal hukuk öğretisi tarihi olarak tanımlar ve üç ayrı döneme ayırır. Antik çağın doğal hukuku tabiat kanunları ve yasaların, ortaçağ doğal hukuku tanrısal ile dünyevi hukukun, yeniçağ doğal hukuku da hukuki icbar ile bireysel aklın karşıtlığı üzerine kurulmuştur<sup>42</sup>. Bu anlamda Radbruch' a göre zaten tek bir doğal hukuk yoktur, doğal hukukun içeriği çağlar boyunca durmadan yenilenip değişerek yürürlüğe girmiştir. Radbruch, doğal hukukun saydığı üç ayrı döneminin de ortak noktaları olduğunu saptar, bunlar doğal hukukun tanrı, doğa ve akıl gibi evrensel geçerliğe sahip olması tüm zamanlar ve halklar için geçerli olmasıdır<sup>43</sup>.

Radbruch, 1932 tarihli *Rechtsphilosophie* eserinde, Kant'ın fenomen ve numen ayrımından sonra artık klasik doğal hukuk anlayışının çoktan tökezlediğini belirtir. Sanıldığı aksine hukuk tarihi ya da karşılaştırmalı hukuk değil Kant'ın bilgi kuramı, Tarihçi Okul değil Eleştirel Felsefe, yani, von Savigny değil Kant doğal hukuka darbe vermiştir. Çünkü Kant'ın aklı eleştirisi göstermiştir ki, “*akıl sonlanmış kuramsal bilginin silah deposu değildir, yanıtların değil soruların, anlayışların ya da değerlendirmelerin belli bir içeriğin kullanımıyla oluşan kategorilerin, gerçekliğe onlarla birlikte adım attığımız bakış açılarının, doruğudur*”<sup>44</sup>. Böylesi içeriksel olarak belirlenmiş bilgiler asla saf aklın ürünü değildir, aksine her zaman için aklın belli gerçeklikler üzerine kullanılmasının bir ürünüdür. Bu nedenle de herkes için değil, hep bu verili gerçeklikler için geçerlidir<sup>45</sup>. Buradan çıkarılacak sonuç da Radbruch' a göre, doğal yani doğru bir hukukun evrensel olarak geçerli olacağı değil, belli bir zaman diliminde belli bir halk için geçerli olacaktır. Fakat yalnızca doğru ve haklı olan hukuk kategorik bir evrensel geçerliğe sahiptir, onun somut kullanımları için ise evrensel bir geçerlik söz konusu değildir<sup>46</sup>. Böylece Radbruch, içeriği değişen “kategorik bir doğru hukuk” anlayışını savunur. Buna da eğer doğal hukuk denilecekse, bu adlandırmada Stammier' in de dediği gibi eski moda doğal hukuk anlayışının yerine “Kültür Hukuku” ya da “içeriği değişen doğal hukuk”

---

karşıdırlar. Windelband tek başına sıfırların toplanmasından bir büyük pozitiflik elde edilemeyeceğini ileri sürer; Rickert ise bireyin önce bir ulusa bağlanarak değer kazanabileceğini, ancak o zaman pozitif olarak belirlenmiş kültürel değere sahip olabileceğini savunur.

<sup>42</sup> RADBRUCH *Rechtsphilosophie*, s. 21; Gustav RADBRUCH, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, Stuttgart, K. F. Koehler Verlag 1964, s. 34.

<sup>43</sup> RADBRUCH, *Einführung*, s. 34.

<sup>44</sup> RADBRUCH *Rechtsphilosophie*, s. 21.

<sup>45</sup> RADBRUCH *Rechtsphilosophie*, s. 22.

<sup>46</sup> RADBRUCH *Rechtsphilosophie*, s. 22.

başlıklarının kullanılmasını önerir<sup>47</sup>. Çünkü hukuk hem insanın hem de eşyanın doğasına dayanır<sup>48</sup>. İşte hukukun temeli olarak değerlendirdiği bu eşyanın doğası da zamana ve mekana göre değişmez bir doğal hukuk içeriğinin önündeki engeldir. Hukuki bir düşünce kalıbı olarak eşyanın doğası hukukun malzemesidir<sup>49</sup>. Radbruch, tam da sıkı bir pozitivist olarak nitelendirildiği bu dönemde aslında aksine - eski doğal hukuk anlayışının yerine -yeni bir doğal hukuk kurgusunu önerir. Hukuk tarihini doğal hukukun tarihi olarak değerlendirirken bu devrin kapandığı yerine yeni bir doğal hukuktan söz eder.

1945 tarihli “Savaş Sonrası Birinci Görüş Bildirimi” adlı makalesinde kendi doğal hukuk tanımını verir. Doğal hukuk, her tür hukuki düzenlemeden daha üstün olan ve hatta kimi zaman da onlarla çelişki içinde bulunan hukuki ilkelerin varlığından söz eder. İşte bu ilkelere de doğal hukuk ya da aklın hukuku denilmektedir<sup>50</sup>. Benzer biçimde 1946 tarihli Heidelberg Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin öğrenim yılı açılış konuşmasında Radbruch’un “adalete aykırı yasaların geçerliliğini reddeden ve tüm yasaların üzerinde bulunan insan haklarının ve doğal hukukun yeniden düşünülmesinin başladığı” nı belirtmesi de doğal hukuka dönüş olarak nitelenir<sup>51</sup>.

Sonuç olarak Radbruch, klasik doğal hukuk düşüncesinin demode olduğunu ve biçimsel olarak durağan, içeriği ise kültürel belirlenime bağlı olarak değişebilecek bir doğal hukuk düşüncesini savunmuştur. Radbruch’un bu yeni doğal hukuk düşüncesinin betimlemesini savaş öncesi ve pozitivist olarak nitelendirildiği dönemde yapması dikkat çekicidir. Savaş sonrası ifadelerinde ise doğal hukuka yaptığı vurgu sürmüştür. Dolayısıyla Radbruch’un savaş öncesinde katı bir pozitivist olduğunu ileri sürmek yerinde olmayacaktır.

#### 4. Pozitivizm Anlayışı ve Yapıtlarındaki Pozitivist Unsurlar

Hukuki pozitivizm, öncelikli olarak hukuk devletinin güvenilirliği unsurunu keyfi kararları olanaksızlaştırmasıyla sağlar<sup>52</sup>. Alman ceza hukukunun etkin isimlerinden olan Paul Johann Anselm von Feuerbach, bu anlamdaki pozitifliğin hukukun objektifliğinin bir göstergesi olduğunu “kanunsuz ceza olmaz” ilkesiyle açıklar<sup>53</sup>.

Dönemdaşı Kelsen’in keskin ve sert pozitivizm temsiliyle karşılaştırılınca Radbruch, etik anlamda bir ölçüt olarak adaleti öngörür<sup>54</sup>. Ayrıca adalet Radbruch için salt irrasyonel bir ideal değil, hukukun vazgeçilemez bir koşuludur<sup>55</sup>. 1932 tarihli savaş öncesi Rechtsphilosophie’de Radbruch’a göre hukukun güvenliği hukukun pozitifliğini talep eder, böylece eğer neyin adil olduğu saptanamıyorsa (festgestellt) neyin adil olması gerektiği, onu belirleyen ve uy-

<sup>47</sup> RADBRUCH, **Rechtsphilosophie**, s. 22 ve s. 31, burada Stammler’i eleştirmiş, insanın düşüncesinden bağımsız bir olanın olamayacağını belirtmiştir PAULY, **Relativismus**, s. 21, Radbruch’un gözünde Stammler’in tarzı eski tür doğal hukuka geri dönüşü temsil eder.

<sup>48</sup> RADBRUCH, **Einführung**, s. 34.

<sup>49</sup> RADBRUCH, **Einführung**, s. 35.

<sup>50</sup> RADBRUCH, **Erste Stellungnahme**, s. 107.

<sup>51</sup> PAULY, **Relativismus**, s. 29.

<sup>52</sup> MERTEN, **Diskussion**, s. 11.

<sup>53</sup> MERTEN, a.g.e., s. 11.

<sup>54</sup> WAPLER, **Theoretische Grundlagen**, s. 34.

<sup>55</sup> WAPLER, a.g.m., s. 34.

gulama yetkisi olan makam tarafından düzenlenmelidir (festgesetz)<sup>56</sup>. Radbruch 1947 tarihli eserinde hukuki pozitivizmi, karşılaşılan hukuki sorunlara, pozitif hukuktan kişisel değerler olmaksızın saf entelektüel çabayla elde edilen yanıtlar verilmesi olarak tanımlar. Ona göre hukuki pozitivizm sadece mantıksal ilkelerden değil, hukuki ilkelerden yola çıkılarak belirlenir. Hukuki pozitivizmin temelindeki hukuki ilkeler de hakimın hukuk yaratması yasağı, hakimın önüne gelen davada karar vermektan kaçınma yasağı ile her hukuki sorunun yanlış anlaşılamayacak tek bir doğru yanıtının olabileceğidir<sup>57</sup>. Ancak Radbruch düşüncesinin ilk döneminde de hukukun idesinin adalet olduğundan söz ederek kendisinin tanımını verdiği değerden yoksun bir entelektüel çabadan ayrılır. Sözgelimi değerle ilişkilendirilmiş bir kavram olan hukuk kavramının hukuki bir değer olan hukukun idesine yönlendirdiğini belirtir. Elbette hukukun idesini adalette buluruz<sup>58</sup>.

Radbruch'un koyu bir pozitivist olarak nitelenmesine neden olan belli başlı baskın pozitivist unsurların en dikkat çekicilerinden ilki Radbruch'un bir normun geçerliliğine ilişkin erken dönemdeki ifadeleridir<sup>59</sup>. Radbruch, bir normun geçerliliğinin adaletle bağıllığıyla ilişkili olmadığını savunur. Bu sav onun 1934 öncesindeki düşüncesinde en sıkı pozitivist öğelerinden bir tanesidir. Rechtsphilosophie adlı eserinin "Hukukun Geçerliliği" başlıklı 10. bölümünde pozitif hukukun geçerliliğinin hukuk güvenliği üzerine kurulu olduğunu belirtir<sup>60</sup>. Ancak hukuk güvenliği de yine hukukun geçerliliği üzerine söylenebilecek en son söz değildir, Radbruch'a göre hukuk güvenliği hukukun idesinin, adalet ve ereğe uygunluk da dahil olmak üzere üç boyutundan sadece bir tanesidir. Hukukun güvenlik unsuruna vurguyla birlikte yine Radbruch, "Schandgesetz" olarak adlandırdığı "rezil yasalar"a bireysel vicdanın asla boyun eğmeyi kabul edemeyeceğini öngörür. Bir hukuki pozitivist olarak nitelenmesine neden olan ise yasalara itaat bakımından yaptığı ayırımdır. Hukuk yapılanması içinde görev almayan ve resmi olmayan bireysel vicdana karşın, yargıçların meslekleri icabı yapmaları gereken görevlerini ayrı tutar: Yargıçların kendi adalet düşüncelerini kurban etmeleri gerekmektedir, çünkü bu durum yargıçların görev sorumlulukları kapsamındadır. İnsan, elbette bireyin gelecekteki olayları kestiremediği bir düzene kendini böylesi bir kurban edişin, ahlaki olarak mümkünüğünü sorgulayacaktır. Onun için ise bu duruma katlanmanın temelinde de hukukun sadece var olmasıyla tamamlanan bir amacın, yani hukuk güvenliğinin varlığı yatmaktadır ve yargıç yasayı uygulayarak hukuku buyurduğu için eğer adaletin hizmetkarı olmaktan çıkıyorsa bile düzenin hizmetkarı olmayı sürdürecektir<sup>61</sup>. Bu ifadeler pozitivist düşüncenin bir flaması olarak değerlendirilir<sup>62</sup>. An-

<sup>56</sup> RADBRUCH, **Rechtsphilosophie**, s. 73.

<sup>57</sup> G. RADBRUCH, **Vorschule der Rechtsphilosophie**, Vanden Hoeck und Ruprechts Verlag, 1965, s. 78.

<sup>58</sup> RADBRUCH, **Rechtsphilosophie**, s. 73.

<sup>59</sup> ADOMEİT, **50. Todestag**, s. 3468.

<sup>60</sup> RADBRUCH, **Rechtsphilosophie**, s. 83, Radbruch bu noktada Anselm Feuerbach'tan şunu alıntılamaştır: "pozitif hukuk bir yandan düşünceler ve filozoflar arasında karpışma sürerken bir davranış özgürlüğü sağlamalıdır." Yine Goethe'den "düzensizliğe katlanmaktansa bir adaletsizlik işlemeyi yeğlerim" ve Theodor Fontane'den "sana bir adaletsizlik olması tüm dünyanın yasadan yoksun kalmasından yeğdir" ifadelerini alıntılamaştır.

<sup>61</sup> RADBRUCH, **Rechtsphilosophie**, s. 84.

<sup>62</sup> ADOMEİT, **50. Todestag**, s. 3468.

cak hukukçu olmayan bireyler ile görevleri hukukun icrası olan yargıçların birbirlerinden ayrılması dikkate değer olsa gerektir.

*“Kişisel adalet duygusunu otoriter hukuk buyruğuna kurban eden, sadece neyin yasal olduğunu sorgulayabilecek olan ancak neyin adil olduğunu soramayacak olan yargıç için hukukun geçerlilik istemini geçerli kılmak mesleki bir görevdir. İnsan şunu sorabilir, bu yargıçlık yükümlülüğü, gelecekteki dönüşümleri kestirilemeyen bir hukuk düzenlemesi uğruna, kişiliğin bu sacrificium intellectus, beyaza imzası ahlaki olarak olanaklı mıdır? İtikadının aksine ibadet eden papazı hor görürüz ancak karşıt adalet düşüncesine karşın yasaya sadakatinden sapmayan yargıçı överiz, çünkü dogmalar inancın belirtimidir, ancak yasanın değeri sadece adalet ile ölçülmez, yasa aynı zamanda hukuk güvenliğinin de teminatıdır ve her şeyden önce bu biçimiyle yargıçın eline verilmiştir.”*<sup>63</sup>

Radbruch'un bu ifadelerinin katı bir pozitivizm olarak değerlendirilmesi, aynı eserinde bu kez hukukun idesine yaptığı vurgu ve bu idenin üç unsurunu ilişkilendirmesi bakımından olanaksızlaşır. Çünkü adalet ve amaca uygunluk yanında saydığı hukukun güvenliği, bu üç unsur arasında ilk bakışta daha ön planda gibidir. Bir hukuki düzenin varlığı, barışın düzeni olarak hukukun en büyük ödevi olan amaca uygunluktan ve aynı surette haklı olarak adaletten daha önemlidir<sup>64</sup>. Hukuk güvenliğinin aşağıda da değinilecek olan adalet, amaca uygunluk unsurlarının karşısındaki önemini vurgulamıştır, ancak aslında bu sıralama mutlak bir konumlandırma değildir<sup>65</sup>. Düzene yaptığı vurgu aslında sadece bir kaos ortamının istenmemesi haline işaret eder<sup>66</sup>. Radbruch hukukun idesinin adaletten başka bir şey olamayacağını bu dönem eserlerinde üstüne basa basa vurgulamıştır.

Radbruch düşüncesinde devamlılık tezini ileri sürenler Radbruch'un rölativizm düşüncesinden vazgeçmediğini ancak rölativizmdeki unsurlarının yer değiştirdiğini savunurlar<sup>67</sup>. Daha önce hukuk güvenliği ile adalet değeri arasındaki ilişki yer değiştirmiştir, rölativizm düşüncesi ise zaten hala sürmektedir. Adalet ile pozitif hukuk arasında bir uzlaşma sunduğu Radbruch Formülü doğal hukukun ya da yasalar üstü hukukun bir tapınılması kesinlikle değildir, bir üçüncü yol arayışıdır<sup>68</sup>. 1934 öncesi dönemde 'yöntem realizmi' olanağı olarak değerlendirdiği "kültür hukuku" da böylesi bir üçüncü yol olasılığını hazırlar. Çünkü yine savaş sonrası döneme ait eserlerinde yasa üstü adalet etiketi altında karışılabilir tehlikelerin varlığından haberdar olduğunu, ancak belirgin, kimse için ciddi biçimde tartışılmalı olmayacak, kesinlikle yasa

<sup>63</sup> RADBRUCH, **Rechtsphilosophie**, s. 84.

<sup>64</sup> RADBRUCH, **Rechtsphilosophie**, s. 74.

<sup>65</sup> RADBRUCH, **Rechtsphilosophie**, s. 74.

<sup>66</sup> Alaattin ŞENEL, **Siyasal Düşünceler Tarihi**, Ankara, Bilim ve Sanat Yayınları, 1999, s. 260, göre doğal hukukçuluğun en önemli isimlerinden bir sayılan St. Thomas Aquinas'ın düzene duyduğu sevgi bakımından benzer biçimdedir. bu nedenle kısaca St. Thomas Aquinas'a değinmeden geçilmemelidir. St. Thomas Aquinas her ne kadar tiranlardan ve tiranlıktan nefret etse de düzenin gerekliliğine değinir ve tiranların alaşağı edilmesi için öldürülmelerinin kabul edilemezliğini savunur. Tiranların zulmünden toplumu koruyacak ve ona itaat bağıni çözecek olan kurumu da kilise olarak gösterir.

<sup>67</sup> J. RENZİKOWSKİ, "Die Radbruchsche Formel – Hintergründe und Wirkungsgeschichte", **Rechts- und Staatsphilosophie des Relativismus**, Nomos Verlag, 2011, Ss. 223- 245, s. 227; PAULY, **Relativismus**, s. 27.

<sup>68</sup> RENZİKOWSKİ, a.g.m., s. 225.

biçiminin bir kötüye kullanımı olan Nasyonel Sosyalizm'i sınırlayacak biçimde yorumlar.

Radbruch'un savaş sonrası eserlerinde, pozitivizme karşı tutumunu belirleyecek en önemli ifadeler Yasal Haksızlık'tan aşağıda alıntıladıklarımızdır:

*"III. Pozitivizm 'yasa yasadır' önermesiyle Alman Hukukçularını keyfi ve suç niteliğindeki yasalara karşı korunmasız bırakmıştır. Bu nedenle pozitivizm kendi gücüyle yasaları gerekçelendirebilme konumunda değildir. Pozitivizm, bir yasanın geçerliğini onun erk tarafından çıkarılmış olması sayesinde aldığını düşünür. Ama erkin de üzerinde belki bir zorunluluk bulunmalıdır, ama asla bir geçerlik ya da yükümlük değil. Bu da yalnızca yasanın içindeki bir değer üzerinde temellenir. Kuşkusuz, her pozitif yasa içeriğine bakılmaksızın bir değer barındırır: Yine de bir yasanın olması hiç olmamasından iyidir, çünkü en azından bir hukuk güvenliği sağlanmış olacaktır. Ama hukuk güvenliği de hukukun gerçekleştirme zorunda olduğu biricik ve kesin değer değildir. Hukuk güvenliğinin yanında iki başka değer de vardır: Ereğe uygunluk ve adalet."<sup>69</sup>*

Bu ifadelerden anlaşılacağı üzere, savaş sonrasında Radbruch'un pozitivizmi suçladığı açıktır. Ancak pozitivizmin Alman düşüncesinde baskın olduğu ve Nasyonal Sosyalist iktidar döneminde hukuk mekanizmasının işlevsiz kalmasına neden olduğu yönündeki iddialar tartışmalıdır. Pozitivizm Nasyonal Sosyalizm öncesi Weimar Cumhuriyeti Dönemi'nde de baskın unsur değildir. Weimar Cumhuriyeti Dönemi Alman Yargıç Birliği Alman Yargıç Gazetesi'nde 1918 tarihinde ajitatif bir üslupla demokratik yasa ve yasa koyucuya karşı bir polemik başlatır<sup>70</sup>. Yasa, pozitivizmde olması gerektiği düşünüldüğünün aksine hiç de sorgulanamaz bir emir olarak kabul edilmemiştir, aksine "yalan dolan hukuku, soysuz hukuk, parti hukuku" olarak eleştirilir<sup>71</sup>. Bu eleştirilerin ereği parlamento ve çok partili demokrasidir ve pozitivist bir ölümcül günah olarak hukuk ile yasanın ayrılmasının önerilmesidir. Yargıç Birliği'nde hakim zihniyet, yasa ile hukukun aynı şey olmadığını ileri sürerek yargıcın çatışmalı bir durumda yasanın değil adaletin yararına bir karar verilmesi gerektiğini ileri sürer<sup>72</sup>. Weimar Cumhuriyeti döneminden kalan bu pozitivizm düşmanlığının Nasyonal Sosyalist iktidar döneminde de sürdüğü gözlenir. Çünkü eğer Radbruch'un savunduğu gibi, hukuk mekanizmasını işlevsizleştiren pozitivizmin "yasa yasadır" ibaresi olsa idi, bu durumda Üçüncü Reich dönemi yargıçlarının da ortaya iradelerini koymadan açıkça neredeyse körlemesine itaati mümkün kılan bir norm düzeni olması gerekir idi<sup>73</sup>. Ancak iş böyle değildir, dolayısıyla Radbruch'un savaş sonrası pozitivizme karşı takındığı tutum ve bu keskin ifadelerinin yeniden düşünülmesi gerekir, çünkü tam da bu noktada bir eksiklik vardır<sup>74</sup>. Üçüncü Reich döneminin de kendi hukukuna ilişkin tanımı, halkın esenliğinin yasa maddelerinin üstünde olduğu ve devletin

<sup>69</sup> Gustav RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht* 1946, **Rechtspphilosophie Studienausgabe**, Heidelberg, C. F. Müller Verlag, ss. 211-219, s. 216.

<sup>70</sup> H. DREIER, "Die Radbruchsche Formel- Erkenntnis oder Bekenntnis?", **Festschrift für Robert Walter zum 60. Geburtstag**, Viyana: Manz Verlag, 1991, s.120.

<sup>71</sup> DREIER, a.g.m., s. 121.

<sup>72</sup> DREIER, a.g.m. s.121, Reich mahkemesinin pozitivizme değil doğal hukukçuluğa kayan bu yaklaşıma en belirgin örnek olarak 28 Kasım 1923 tarihli enflasyon sorunlarına yoğunlaşmış içtihadına dikkat çeker.

<sup>73</sup> DREIER, a.g.m. s. 125.

<sup>74</sup> DREIER, a.g.m. s. 125.

bekasının her tür mülahazadan üstün geleceğidir<sup>75</sup>. Böylesi bir vurgu karşısında Nazi dönemi hukukunun aşırı pozitivizm ile suçlanmasının doğru olduğu söylenemez.

Nasyonal Sosyalizm, geçmiş dönemlerin liberal, hukuk devletine uygun ve anti-Alman hukuki pozitivizminden uzaklaşmak ister. Halka ait bir hukuki düşünüşün, sadece daha az formal ve içeriksel olarak değerlerle doldurulmuş ilkelerle hukuk uygulamasıyla temellenebileceği belirtilir<sup>76</sup>. Yargıçlar yeni nasyonal sosyalist yasalara sıkı sıkıya bağlı kalacaklardır, söz konusu birincil yasa da “liderde (Führer) yaşayan ortak iradenin anlatımı”dır. Yargıçlar politik olarak köksüz bir yasa uygulamasından vazgeçmeli, tarafsız dünya görüşünü bir kenara bırakmalı ve NSDAP’nin günlük programını ve liderin (Führer)in iradesini en önemli hukuk kaynağı olarak değerlendirmelidir<sup>77</sup>. Hukuk halka yararı olan şey olarak tanımlanmış ve hukukun devletin korunmasında eğer bir zayıflığa neden olacaksa bir kenara bırakılması belirtilmiştir<sup>78</sup>. Üçüncü Reich, döneminde halkın hukuku olarak halk vicdanının sesi de Nasyonal Sosyalist Parti programıdır. Parti programı pozitif hukukun kesinlikle üstündedir. Yasa ile idarenin yasaya sıkı bağlılığı, köhnemiş olarak nitelenen “burjuva hukuk devleti”nin zararlı sonuçları olarak görülmüştür<sup>79</sup>.

Açıkça anlaşılmaktadır ki Gustav Radbruch savaş öncesindeki ve sonrasında pozitivizm eleştirisinin içeriği değişmiştir. Radbruch’un, savaş öncesinde hukukun idesinin üç unsuruna yaptığı vurgu ve sıralamasındaki önem savaş sonrasında biraz değiştirmektedir. Savaş öncesinde pozitivizme getirdiği eleştiriler yargıçların adaletsiz buldukları yasaları uygulamama lükslerinin olmadığıdır, bu da Nasyonal Sosyalizmin hukukuna ve yargıçlarına biçtiği role aykırıdır. Çünkü Nasyonal Sosyalist iktidarın yargıçları, yasa maddeleri yüzünden ketlenen halkın vicdanını dinlemekle yükümlü tutulmuşlardır. Pozitivizm ve hukuk devleti Üçüncü Reich’in olumladığı bir durum değildir, aksine doğal hukuka ilişkin argümanlar ile yargıçlardan hukuka aykırı ama parti programına uygun kararlarını gerekçelendirmeleri beklenmiştir. Bu anlamıyla Radbruch pozitivizmin hukuk güvenliği açısından zorunluluğunu belirtirken kendi içindeki eleştirisini de adaletten uzak düşebilme riskini ve yargıçların makine değil vicdan sahibi insanlar olduklarını kabul ederek yapmıştır. Savaş sonrası ifadelerinde pozitivizmi Nasyonal Sosyalizmin hukuki düzeninin sorumlusu olarak görmüştür, ancak bunu, bir bakıma hukuki pozitivizme sorumluluğu yüklemek, onu günah keçisi kılmak için değil -çünkü kendisini de bir pozitivist olarak tanımlamaktadır- sorumluluğu bir hukuk düşünürü ve felsefi bir akım adına kabullenmek için yapmıştır. Radbruch, savaş sonrası ifadelerinde de savaş öncesindeki devamı olarak görülebilecek biçimde hukuk güvenliğinin hukukun gerçekleştirilmesi gereken tek ve biricik değer olmadığını belirtmiştir, bu anlamda hukuk güvenliğini tamamen reddetmemiş, pozitivizmden tamamen vazgeçmemiştir.

<sup>75</sup> Mithat SANCAR, **Devlet Akli Kıskaçında Hukuk Devleti**, İstanbul, İletişim Yayınları, 2000, s. 24

<sup>76</sup> DREIER, **Erkenntnis**, s. 125.

<sup>77</sup> DREIER, **Erkenntnis**, s. 126.

<sup>78</sup> SANCAR, **Devlet Akli**, s.26, Nazi dönemi hukukunun andığımız bu belirgin unsurları devlet aklının modern ve güncel anlamda birer yansıması olarak okunmalıdır.

<sup>79</sup> Mithat SANCAR, “Demokrasi -İnsan Hakları- Hukuk Devleti”, **Toplum ve Bilim**, 2000-2001, Kış 87, s. 10.

### 5. Hukukun İdesinin Üç Yüzü

Hukukun idesinin üç bileşeni arasında çelişkili ve gerilimli bir ilişki vardır, ancak asıl ön plana çıkan unsurun ipucunu hukuk için verdiği tanımda bulabiliriz<sup>80</sup>: “Hukuk, hukuki bir değer olan hukukun idesine hizmet eden bir gerçekliktir.... Hukukun idesi ise, adaletten başka bir şey olamaz”. Bu tanım açıkça göstermektedir ki, hukukun adalet ile ilişkisinden soyutlanmasının olanaksızlığının da ötesinde hukukun tanımlanması için doğasında var olması zorunlu unsur, adalettir<sup>81</sup>. İkinci Dünya Savaşı öncesi bu erken döneminde adaleti, hukukun idesi olarak hukukun amacı biçiminde konumlandıran Radbruch için doğal hukuk düşüncesinden tamamen arınmış sıkı bir pozitivist niteliğini zorlaştıracak temel ipucu da bu tanım olsa gerektir.

Hukukun idesini adalette buluruz. Adalet de aynılara aynı, farklı olanlara farklı davranmayı gerektirir. Ancak tek başına bu önerme bir şey ifade etmez, aynılık- farklılık sorusunun yanıtını yine hukukun amacı perspektifinden yanıtlamak zorundayızdır<sup>82</sup>. İşte üç unsurdan ereğe uygunluk burada devreye girecektir, ancak bu iki unsuru dengeleyecek olansa hukukun, bir arada bir yaşam için zorunlu olan düzeni sağlama unsurudur. Amaca uygunluk, devlet, hukuk ve parti algılarının farklılığına rölativist bir yaklaşımı destekler, ancak son sözü söyleyecek olan o değildir. Birlikte yaşamının olanağını sağlayan hukuk güvenliğidir. Eğer ki neyin adil olacağı saptanamıyorsa, o zaman neyin meşru sayılması gerektiğini saptayan aynı zamanda uygulayabilecek konumdadır ve bu sayede de hukuk güvenliği hukukun pozitivesini talep eder<sup>83</sup>. Radbruch, 1945 tarihli Savaş Sonrası “Birinci Görüş Bildirimi” makalesinde hukukun bir tanımını da adalet istenci olarak verir ve adalet kavramından anlaşılması gerekenin ne olduğunu kendi sözcükleriyle açıklar. Adalet bireyleri teker teker göz önüne almaksızın herkese aynı ölçüyle ölçmektir<sup>84</sup>.

*“Bizim sonucumuz hukukun idesinin üç yüzünün, adalet, ereğe uygunluk ve güvenlik unsurlarının, bir arada keskin bir çelişki içinde olmalarına karşın, hukuku, her tarafından ortaklaşa kuşattıklarıdır. Farklı zamanlarda birine ya da öteki ilkeye daha yoğun bir eğilim gözlenebilir. Sözgelimi polis devleti ereğe uygunluk ilkesini tek yetkin yapmak ister, hükümetin hukuku kararlarında adalet ve hukuk güvenliğini öteker. Benzer biçimde doğal hukuk dönemi de adaletin formal ilkesinden, hukukun içeriğini yoktan var etmeyi ve geçerliği sonucunu üretmeyi dener”<sup>85</sup>.*

<sup>80</sup> RADBRUCH, **Rechtsphilosophie**, s.34 ve s. 38’de ise hukuku, birlikte yaşayabilmek için var olan umumi düzenlerin doruk noktası olarak da tanımlamıştır, ancak adaletle ilişkin tanımın bundan farklı onun hukuku tanımlama çabası iken bu açıklamanın hukukun daha çok bir işlevini öne çıkarması olmasıdır. Çünkü güvenliği sağlamak hukukun bir işlevi iken, adalet hukukun idesi olarak açıklanır.

<sup>81</sup> WAPLER, **Theoretische Grundlagen**, s. 51, yazar da Radbruch’un ısrarla bu dönemde pozitivist olarak tanımlanmasının ve bu ifadelerinin göz ardı edilmesinin ya da gözden kaçırılmasının nedenlerini hukukun idesi kavramına yaptığı açıklamanın fazlaca formal olmasına bağlar.

<sup>82</sup> RADBRUCH, **Rechtsphilosophie**, s. 73.

<sup>83</sup> RADBRUCH, **Rechtsphilosophie**, s. 73.

<sup>84</sup> RADBRUCH, **Erste Stellungnahme**, s. 106.

<sup>85</sup> RADBRUCH, **Rechtsphilosophie**, s. 77.

Bu ifadelerden Radbruch'un hem unsurlar arası bir çatışmayı hem de döneme göre bir değişimi vurguladığı gözlemlenmektedir<sup>86</sup>. Saydığı üç unsur arasındaki çatışmalı ilişkide birinin ötekine kayıtsız şartsız her durumda ve her zaman ağır bastığı bir kurgudan kaçınan rölativist Radbruch'a göre, birinin ötekine mutlak bir üstünlüğü söz konusu olamaz<sup>87</sup>. Bu üç bileşenin farklı işlevlerine değinerek, adalet ile hukuk güvenliğinin siyasi parti, farklı devlet ve hukuk algılarının hepsinin üstünde olduğunu ifade eder. İşte bu noktada Radbruch, kendisine hukuki pozitivist yakıştırmasını hak ettiren vurgusunu hukukun güvenlik bileşenine yapar, farklı hukuk düşünüşlerinin çatışmasının bir sona vardırılması onların adil ya da amaca uygun bir sona vandırılmasından çok daha önemli olduğunu belirtir<sup>88</sup>. Bu yaklaşımda Radbruch, hukukun idesinin üç bileşenin birini ötekine mutlak bir tonda üstün görmez, ancak vurgusu daha çok hukuk düzeni üzerinedir. Adalet ile amaca uygunluğun çatışmalı varlıklarının yanında, hukuk güvenliğinin pozitiflik talebinin görülmesi gerekir<sup>89</sup>.

*“Hukukun idesinin üç yüzü (adalet, düzen, amaca uygunluk) de eşit değerdedir ve herhangi bir çatışma durumunda aralarında kişisel vicdan dışında biri ötekine yeğleyecek kesin bir otorite yoktur. Pozitif hukukun bütün geçerliliği tek tek birbirlerine karşı kanıtlanamaz. Katıksız bir tanesinin değer ve geçerlilik kazanması da bir mucize olurdu. Kişisel vicdan, hukuka itaatinin kurbanı olarak, pozitif hukuka genellikle aykırılığını insaflı diye nitelenebilir ve ama vicdanın kendilerine itaati reddettiği ‘rezil yasalar’ var olabilir.”<sup>90</sup>*

Hukukun idesinin üç unsuru olarak adalet, ereğe uygunluk ve hukuk güvenliğini belirten Radbruch, savaş öncesinde yasaya itaati yargıçlar için vazgeçilmez bir görev olarak değerlendirirken savaş sonrasında bu zorunluluk, yargıçların taşımaları gereken **“ethos”**larından dolayı bulunmayacaktır. İşte pozitivizmle çatıştığı husus buradadır<sup>91</sup>. Radbruch'un Rechtsphiosophie'de, sözünü ettiği kişisel vicdanın itaati reddettiği rezil-yasalar, “Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht” makalesinde karşımıza Nazi yasaları ola-

<sup>86</sup> Radbruch'tan başta yaptığımız epigraf, hukukun unsurları arasında andığı bu çelişkinin (antagonizmanın) mutlaka çözümlenerek nihayete erdirilmesi gerektiğine işaret etmez ve bu çözümsüzlüğün bir eksiklik anlamına gelmediğine değinir. Radbruch da başta alıntıladığımız bu epigrafı içeren metnin başlığı “Hukukun Antagonizmaları”dır. Ortaya koyduğu rölativizmi de bu çatışan unsurların bir arada idare edilebilirliğini ifade eder. PAULY, **Relativismus**, s. 27, Radbruch'un insanların eşitliği fikrinden yola çıkarak politik eşitlik ve kanıların eşdeğerliğini ve demokrasiyi de çoğulluk sistemi olarak tanımladığına değinir. Yani birbiriyle çatışma halinde olan hukukun unsurları gibi toplumsal sistem de “birbiriyle çelişen yığınları sırtlanmış bir katedral” e benzetilebilir.

<sup>87</sup> MERTEN, Diskussion, s. 19, Radbruch'un, hukukun biçimsiz olmayan ve çatışmalı unsurları çözmeden bırakabilen ve içeriksiz bir bilim olduğunu bildiğini ve bunun da en belirgin biçimiyle Nazi döneminde açıkça ortaya çıktığını belirtir. Bu anlamda hukukun kendisi de olgulara bağlı bir süreçle kararlaştırılmalıdır, çünkü bir yolun mutlaklaştırılması muhataplarını illa ki keyfilige ve intoleransa sürükleyecektir.

<sup>88</sup> RADBRUCH, **Rechtsphilosophie**, s. 74.

<sup>89</sup> WAPLER, **Theoretische Grundlagen**, s. 34, döneminin düşünürü Kelsen ile kıyaslandığında Radbruch hukukun değerle ilişkisini hiçbir zaman yadsımamaktadır. DREIER, **Erkenntnis**, s. 130, yazar Radbruch'un pozitivizmini Kelsen ile karşılaştırmış ve Kelsen'in pozitivizminin neden düzeltmeye gereksinim duymadığını açıklamıştır.

<sup>90</sup> RADBRUCH, **Rechtsphilosophie**, s. 84.

<sup>91</sup> METİN/HEPER, **Radbruch Formülü**, s. 50.



rak çıkar. Radbruch, Nasyonal Sosyalist dönem hukukunu uygulayan yargıçların, aksi takdirde yaşamlarının tehlikeye gireceği savunmasını, aynı yargıçların “**ethos**”larının her ne olursa olsun adaletle yönelmek zorunda olduğunu göstererek reddetmiştir<sup>92</sup>. Yargıçların bu haksız yasalara karşı direnmek hakları ve ödevleri olacaktır, bu eleştirel durum onların yasa yaratmak görevlerinin gerçek anlamına dönüşür<sup>93</sup>. Keskin değişim, işte yargıçların itaat yükümlülüğünün kapsamı hususundadır. Savaş öncesinde yargıçların vicdanlarını hukuk kuralları doğrultusunda feda etmeleri gerektiğinden söz ederken, savaş sonrasında yargıçların da “**ethos**”larının ne pahasına olursa olsun adaletle yönelmesi gerektiğinden söz eder.

Yaptığı üç değer sıralaması ise yine Rechtsphilosophie eserindeki “Hukukun İdesinin Çelişkileri” bölümünde söylediği üç değerli yapısıyla paraleldir. İkisi arasındaki fark bu kez adalet değerinin açıkça ön planda olmasıdır. Yasal Haksızlık’ta der ki “bu değerlerin sıralanmasında ereğe uygunluk, toplumun refahı için son sırada yer alacaktır (...)”. Dolayısıyla açıktır ki savaşın ardından Radbruch’un eserlerinde asıl değişen ve dikkat edilmesi gereken onun vurguladığı öğelerdir, hukukun amaçları olarak öngördüğü unsurlardan adaletle artık hukuk düzeninden belirgin bir biçimde daha çok önem vermiştir<sup>94</sup>.

## 6. Yasal Haksızlık, Yasa Üstü Hukuk Makalesi, Radbruch Formülü ve Yasaya İtaat Sorunu

Radbruch ünlü formülünü tanımladığı 1946 tarihli makalesinin habercisi olarak 1945 tarihinde yazdığı Savaş Sonrası Birinci Görüş bildirimisi makalesinde yasaların geçerliğinin sınanması sunduğu ölçüt, adaletle ve toplumun yararına öylesine aykırı yasalar olabilir ki bunların geçerliliği ve hatta hukuki karakterleri reddedilmeleri zorunludur<sup>95</sup>. İşte henüz belirsiz olarak ortaya koyduğu bu sınama ölçütü daha sonra belirginleşip Radbruch Formülü’ne dönüşecektir.

Radbruch’un düşüncesini en iyi aydınlatacak ipucu 1946 tarihli “Yasal Haksızlık ve Yasaüstü Hukuk (Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht)” makalesi ve sunduğu ünlü “Radbruch Formülü”dür. Öncesinde, adalet ile hukuk güvenliğinin arasındaki çatışmayı saptamakla yetinirken, bu dönemde bir çözüm sunar. Şöyle der: Düzenleme ve zor kullanma ile güvenceye alınmış hukuk içeriksel bakımdan adaletsiz ve ereğe elverişli değilse bile, ancak pozitif yasanın adalet ile çatışması hatalı bir hukuk boyutuna erişene dek önceliklidir<sup>96</sup>. Elbette ki yasal adaletsizliğin hatalı içeriğine karşın yine de geçerli

<sup>92</sup> RADBRUCH, **Gesetzliches**, s. 219.

<sup>93</sup> METİN/HEPER, **Radbruch Formülü**, s. 51.

<sup>94</sup> WAPLER, **Theoretische Grundlagen**, s. 52; Stefanie KIRSTE, “Rechtsidee und Elemente der Gerechtigkeit bei Gustav Radbruch, Rechts und Staatsphilosophie des Relativismus”, **Rechts- und Staatsphilosophie des Relativismus: Pluralismus, Demokratie und Rechtsgeltung bei Gustav Radbruch**, Nomos Verlag, 2011, s. 82, Radbruch’un savaş sonrası eserleri için bir “yeni kuruluş” değil “aksan değişikliğidir” derler, bu ifade kesinlikle doğrudur.

<sup>95</sup> Gustav RADBRUCH, “Erste Stellungnahme nach dem Zusammenbruch”, **Der Mensch im Recht**, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1961, s.106.

<sup>96</sup> S. METİN/A. HEPER, “Gustav Radbruch’un Yasal Haksızlık ve Yasaüstü Hukuk makalesinin aslı ve çevirisi” **Ceza Hukuk Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü**, İstanbul, Tekin Yayınevi, 2014, s. 91.

hukuk ile arasında keskin bir sınır çizmek neredeyse olanaksızdır, ancak Radbruch başka bir sınır çizilebileceğini söyler. İşte “Radbruch Formülü”nü bu sınırı ortaya koyar: Nerede adalet amaçlanmıyorsa, nerede adaletin çekirdeğini oluşturan eşitlik pozitif hukukun düzenlenmesinde bilinçli olarak yadsınıyorsa orada yasa artık sadece hatalı yasa değildir, aksine hukuki doğasını yitmiştir. Çünkü hukuk adalete hizmet etmekle anlamını bulacak bir düzenlemeden başka bir biçimde tanımlanamaz<sup>97</sup>. Bu öneri de “Radbruch Formülü”dür. Radbruch, burada hem yurttaşın hem de hukukçunun sınanmasını sağlar<sup>98</sup>. Formül iki ayrı sava ayrılarak incelenebilir: Birincisi dayanılmazlık savı; ikincisi de yadsıma savıdır<sup>99</sup>. Dayanılmazlık savı adalet, amaca uygunluk ve hukuk güvenliğinin hukukun içeriğiyle ilişkisini, yadsıma savı ise doğrudan hukukun doğasını konu edinir. Yadsıma savında hukukun formu ele alınır, böylece adaleti kendisine hedef olarak belirlemeyen bir hukuk düşüncesinin geçerliliğini yitireceği belirtilir<sup>100</sup>. İkinci Dünya Savaşı’nın ve Demokratik Alman Cumhuriyeti’nin yıkılmasının ardından Radbruch Formülü’nün önem kazanmasının nedeni tam da adalet düşüncesinin, hukuk güvenliğinin önüne geçmesi sayesinde sağladığı olanaklardır. Bu sayede uluslararası bağlayıcı bir hukukun olmadığı gayri meşru (unrecht) devletinde vatandaşlar davranışlarının adaletsizliğini kendi yasalarıyla meşrulaştırmaya çalışırlarsa bu durumda geriye yürümezlik ilkesi ihlal edilebilecektir<sup>101</sup>. Radbruch Formülü sayesinde yasaların geçerliliğine ilişkin bir sınama ölçütü getirilmiş olur. Radbruch’un bu geç dönem formülasyonuna göre de onun sözleriyle, Nazi partisinin hukuku asla ve asla geçerli bir hukuk olma şerefine erişmemiş, olacaktır<sup>102</sup>.

*“İ. İki ilke aracılığıyla Nasyonal Sosyalizm, bir yandan askerler öte yandan da hukukçuları kendine bağlayarak itaat edileceğini biliyordu: ‘Emir emirdir’ ve ‘Yasa Yasadır’. Emir emirdir, ilkesi sınırsızca geçerli değildir. Suç niteliğindeki amaçlara uymayı hedefleyen emirlere ise itaat yükümlülüğü bulunmaz (MStrGB 47). ‘Yasa yasadır’ ilkesi buna karşın sınır tanımaz. Onlarca yıl boyunca Alman öğretisini hakimiyeti altına alan pozitivist düşüncenin bir vurgusudur. Yasal haksızlık bu nedenle yasa üstü hukuk gibi kendi içinde bir çelişkidir. Her iki sorun da sık sık uygulamanın önüne gelir. (...)”<sup>103</sup>.*

Bu ifadelerden anlaşıldığı gibi savaş sonrası, bütün yaşananların sorumlusu olarak alman geleneğine hakim olduğunu ileri sürdüğü pozitivizmi doğrudan sorumlu olarak değerlendirir. Bu sorumluluğu belki de kendi üzerine almak istemektedir. Ancak bu tavrı belki de bunca yıkımın sorumluluğunu sırtlanmayı kabul etmek, bir anlamda bir entelektüelin yıkımı sahiplenışı ve itiraf edişi olarak algılamak gerekebilir. Dikkat edilmesi gereken başka bir

<sup>97</sup> Hukuk tanımlamasında 1934 öncesi dönemle karşılaştırıldığında bir ayrım görülmemektedir.

<sup>98</sup> Hayrettin ÖKÇESİZ, 2005, “Hukukçu Eğitiminde Bir Denektaş Radbruch Formülü”, **TBB Dergisi**, Sayı 56, s. 168.

<sup>99</sup> KIRSTE, **Rechtsidee**, s. 78.

<sup>100</sup> METİN/HEPER, **Radbruch Formülü**, s. 21.

<sup>101</sup> KIRSTE, **Rechtsidee**, s. 79.

<sup>102</sup> NEUMANN, **Naturrecht und Positivismus**, s. 13, bu tavrı 1945 sonrası düşüncesinde onun net olarak değiştiği nokta olarak tanımlanır.

<sup>103</sup> RADBRUCH, **Gesetzliches**, s. 211.

nokta ise pozitivistizmin kesinlikle yanlış biçimde Nazi rejiminin günah keçisi haline getirilmesindeki düşünsel tuzaktır<sup>104</sup>.

*“III. Pozitivizm ‘yasa yasadır’ önermesiyle Alman Hukukçularını keyfi ve suç niteliğindeki yasalara karşı korunmasız bırakmıştır. Bu nedenle pozitivizm kendi gücüyle yasaları gerekçelendirebilme konumunda değildir. Pozitivizm, bir yasanın geçerliğini onun erk tarafından çıkarılmış olması sayesinde aldığını düşünür. Ama erkin de üzerinde belki bir zorunluluk bulunmalıdır, ama asla bir geçerlik ya da yükümlük değil. Bu da yalnızca yasanın içindeki bir değer üzerinde temellenir. Kuşkusuz, her pozitif yasa içeriğine bakılmaksızın bir değer barındırır: Yine de bir yasanın olması hiç olmamasından iyidir, çünkü en azından bir hukuk güvenliği sağlanmış olacaktır. Ama hukuk güvenliği de hukukun gerçekleştirilmek zorunda olduğu biricik ve kesin değer değildir. Hukuk güvenliğinin yanında iki başka değer de vardır: Amaca uygunluk ve adalet.”<sup>105</sup>*

Radbruch, formülünü ortaya koyduğu bu eserindeki ifadelerinden anlaşıldığı gibi, yine de bir hukuk güvenliğinin ve düzenin varlığının değerini, gerekliliğini yadsımaz. Bir yasanın var olmasının her zaman yasasızlığa yeğleneceğini belirtir. Bu anlamıyla doğal hukuk düşüncesinin içeriği, pozitif hukuku tamamen işlevsizleştirecek bir biçimde algılanmamalıdır. İşte onun ilk dönem eseri Rechtsphilosophie’de yargıçlardan beklediği kendi vicdanlarını hiçe sayarak yapmaları gereken itaatten ayrıldığı nokta buradadır. Yargıçların yasanın yürürlük istençlerini yerine getirmelerinin görevlerinin gereği olduğuna ve kişisel adalet hislerini otoriter hukuki emre karşı kurban etmeleri ve neyin adil değil neyin hukuki olduğunu sormaları gerektiğini vurgular<sup>106</sup>. Yine 1945 tarihli “Beş Dakikalık Hukuk Felsefesi” adlı kısa makalesinde, bu ayrımı vurgulayarak adalet istencini yok sayana yasaların hukuk karakterlerinin yok olacağı gibi halkın da onlara itaat yükümlülüğü kalmayacağından üstelik hukukçuların da bu yasaların hukuk olma özelliğinin kalmadığını kabul etme cesaretini bulmaları gerektiğinden söz eder<sup>107</sup>. Ancak ilk dönem eserlerinde tamamen yargıcın vicdani bağımsızlığını reddetmese de onu hukuki mekanizmanın bir parçası olarak görerek itaatle yükümlü kılmışken, bu kez yasalarda hukuk karakterinin bulunamayacağından söz eder. Artık yargıçlar da hukuk karakterini taşımayan bu yasalara görevleri gereği itaatle yükümlü tutulamayacaklardır<sup>108</sup>. Radbruch’un, hukuk karakterini taşımayan yasalar kavramına getirdiği açıklamasında ise daha önce tanımını verdiği hukukun adalet istenci olması gerektiği ya da adaleti amaçlamak zorunda olması gerektiği yaklaşımını sürdürür. Eğer yasalar kasıtlı olarak adaleti hedeflemeyi yadsımaktaysa, sözcelimi insan haklarını keyfi olarak görmezden gelirse bu durumda bu yasaların geçerliğinin düşecektir. Halkın bu yasalara boyun eğme yükümlülüğünün ortadan

<sup>104</sup> DREIER, **Erkenntnis**, s. 122, Nazi rejimi yargı erki ve hukuk bilimi sanıldığının aksine pozitivist öğretinin etkisinde değildir. Pozitivistler aksine yüce Alman ulusunun tininin cisimleşmiş hali olan “Führer”in ruhuna aykırı yasaların geçersizleştirilebilmesi düsturu önünde bir engeldirler.

<sup>105</sup> RADBRUCH, **Gesetzliches**, s. 216.

<sup>106</sup> RADBRUCH, **Rechtsphilosophie**, s. 84.

<sup>107</sup> Gustav RADBRUCH, Fünf Minuten Rechtsphilosophie (1945), **Rechtsphilosophie Studienausgabe**, Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 2003, s. 210.

<sup>108</sup> METİN/HEPER, **Radbruch Formülü**, s. 50.

kalkacağı gibi artık hukukçuların da bu yasalardan hukuk karakterini elinden alacak cesareti bulmalarının gerektiğine değinir<sup>109</sup>.

## SONUÇ

Radbruch'un düşünce evreninde keskin bir değişimden söz etmek olarak doğru olmaz. Her şeyden önce keskin bir değişim için değiştirilen düşüncelerin katıksız savunucusu olmak gerekmektedir, oysa 1934 öncesi yapıtlarında Radbruch'un erken dönem eserlerinde hukukun bir idesinin adalet olduğundan ve hukukun adaleti hedeflemesi gerektiğinden ısrarla söz etmesi onun katıksız bir pozitivist olarak nitelenmesinin önünü keser. Bu nedenle de Nazi iktidarının yıkılmasından sonraki yapıtlarının da aynı zemin üzerinde temellendiğini demek daha doğru olacaktır. Savaş öncesi eserlerinde tam bir pozitivist olduğu söylenemez, çünkü Radbruch'u pozitivist olarak niteleyecek en belirgin iki unsurdan biri olan hukuk güvenliğine verdiği önem de onun rölativizmi içinde tutarlı ve değişkendir<sup>110</sup>.

Erken dönemde bir pozitivist olarak nitelenmesine olanak tanıyan birinci unsur değer rölativizmi, ikincisi yargıcın yasa ile bağlı olması zorunluluğu hakkındaki ve üçüncüsü de savaş sonrasında pozitivistliği suçladığı ifadeleri, onun sıkı bir pozitivistken bir doğal hukukçuya dönüştüğü yönündeki kanının destek aldığı argümanlardır<sup>111</sup>. Ancak bu argümanlar Radbruch'un eserlerinin bütünlüğüne bakıldığında geçersizleşir. Çünkü 1932 tarihli RP eserinde hakim unsur olan hukukun idesinin, pozitif hukukla sıkı ilişkisine yaptığı vurgu onun yalın bir pozitivist olmadığı birincil kanıtıdır<sup>112</sup>.

Vurgusunda değişen birinci husus yargıçların yasayı ne olursa olsun uygulama yükümlülüğüdür. Yasal Adaletsizlik makalesinde, Rechtsphilosophie'nin aksine artık yargıçların da itaat yükümlülüklerinin olmadığından söz eder. İkinci unsur ise ilk dönem eserlerinde, hukukun idesinin üç unsurdan hukuk güvenliğine yaptığı vurguyu biraz zayıflatması ancak tamamen yok etmemesi ve adaleti biraz daha ön plana çıkarmasıdır. Göz ardı edilmemesi gereken geç dönemde de hukuk güvenliğini tamamen reddetmediğidir. Çünkü bir yasanın varlığının her zaman yasasızlıktan yeğ olduğunu yine de belirtir. Radbruch, hukuk karakterini taşımayan yasalara ilişkin açıklaması ile hukukun adalet istenci olduğu ya da adaleti amaçlaması gerektiği yaklaşımını savaş öncesinde de sonrasında da sürdürür. Savaş Sonrası Birinci Görüş Bildirimi'nde sadece yasaların bilinçli olarak adaleti hedeflemeyi yadsırlarsa, işte bu durumda bu geçerliliğinin düşeceğini belirtir. Vurgu değişiminin belirginleştiği de bu ifadelerdir. Daha öncesinde yasanın geçerliliğinin adalete bağlı olmadığını savunurken, savaş sonrası ifadelerinde yasanın geçerliliğine ilişkin istisnai ölçütü açıklığa kavuşturur. Ancak savaş öncesi ifadelerinde de "rezil yasalar" dan söz eder ve bunları tanımlar. Bu nedenle savaş öncesindeki ifadelerinde

<sup>109</sup> RADBRUCH, **Erste Stellungnahme**, s. 106.

<sup>110</sup> KIRSTE, **Rechtsidee**, s. 81.

<sup>111</sup> KIRSTE, **Rechtsidee**, s.70, dn. 72, ve WAPLER, **Theoretische Grundlagen**, s. 52, burada dikkat edilmesi gerekenin itaat yükümlülüğünün salt yargıca görevi nedeniyle verilmesi olduğunu, savaş sonrası eserlerinde artık yargıcın bile itaat yükümlülüğünden azade olacağını belirttiğine değinirler; RADBRUCH, **Rechtsphilosophie**, s. 84, yasanın geçerlik istençlerinin yargıçlar tarafından sağlanmasının görevlerinin icabı olduğuna değinir.

<sup>112</sup> WAPLER, **Theoretische Grundlagen**, s. 51.

aslolanın yasanın geçerliğini hukukun güvenliğini garantiye olarak açıklamak olduğunu belirtmek gerekir. Rezil yasalara sınırsız bir itaatten söz etmese de bir ölçüt verme konusunu açık bırakmıştır. Yine unutulmaması gereken savaş sonrasında da, bir yasanın varlığının her zaman yasasızlıktan yeğ olacağına değinmeyi ihmal etmemesidir.

Savaş sonrası vurgu değişiminin en önemli bir diğer işareti de yasanın geçerliğine ilişkin sunduğu bu sınıma ölçütünden sonra, yasaya itaat yükümlülüğüdür. Radbruch, halkın bilinçli olarak adaletsizliği hedefleyen yasalara boyun eğme yükümlülüğünün ortadan kalkacağını aynı zamanda hukukçuların da bu tür yasaları hukuk karakterinden mahrum bırakmaları gerektiğine değinir. Bu ifadesinde yasaya itaat ölçütünü, yasa koyma gücüne sahip bir egemenin usule uygun yetkisinin, itaati gerektireceği ön kabulünün sorguladığı açıktır. Daha önceki ifadelerinde açıkça yargıçların bireysel vicdanlarına karşı koymaları ve yasaların yürürlük istençlerine karşı yargıçların yürürlük kazandırmalarının görevlerinin icabı olduğuna değinirken savaş sonrasında bu ifadesi değişir.

Sonuç olarak, Radbruch'un savaş sonrası alıntılanan ifadelerinden anlaşıldığı gibi, keskin bir kopuştan söz edilemez, bunun yerine betimlediği hukukun idesinin unsurlarına yaptığı vurgusu dolayısıyla da yasaya itaat ve yasanın geçerliğine ilişkin sunduğu ölçütler hem değişmiş hem de daha önce yanıtızsız bıraktığı soruları yanıtlamaya karar vermiştir. Her pozitif yasanın içeriğinin ne olursa olsun bir değer barındırdığı iddiası, daha önceki döneminde sözünü ettiği gibi pozitivizmin doğal hukuk ile her zaman ortak bir yolda yürüdüğü, olanın olması gereken ile uzlaştırıldığı düşüncesiyle tutarlıdır. Son söz olarak Radbruch'un düşüncesini tam da kendi deyimiyle "birbiriyle çatışan düşüncelerin üst üste yığıldığı gotik bir katedral"e benzetebiliriz. Kendi düşüncesi dışarıdan bakıldığında çatışmalar ve değişimler içeriyormuş gibi görünür ve düşüncesinde bir açık yakalanma çabasıyla tutarsızlıklar saptanmaya çalışılsa da bunu vurgu değişimi olarak betimlemek daha yerinde olacaktır.

### KAYNAKÇA

ADOMEIT, K.: 1999, "Gustav Radbruch zum 50. Todestag", **Neue Juristische Wochenschrift**, ss. 3465- 3469.

DREIER, H.: 1991, "Die Radbruchsche Formel- Erkenntniss oder Bekenntnis?", **Festschrift für Robert Walter zum 60. Geburtstag**, Wien, Manz Verlag, Ss. 117-134.

KIRSTE, S.: 2011, "Rechtsidee und Elemente der Gerechtigkeit bei Gustav Radbruch, Rechts und Staatsphilosophie des Relativismus", **Rechts- und Staatsphilosophie des Relativismus: Pluralismus, Demokratie und Rechtsgeltung bei Gustav Radbruch**, Nomos Verlag.

KÜHL, C. K.: 2012, Radbruch Formülü, Çev. Mehmet Cemil Ozansü, **IÜHF**, C. LXX, S. 1, ss. 369 - 374).

MERTEN, M.: 1998, **Gustav Radbruch in der Diskussion zwischen Naturrecht und Positivismus**, Norderstedt, Grin Verlag für Akademische Texte.

METİN, S.; Heper S.: 2014, **Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü**. İstanbul: Tekin Yayınları.

ÖKÇESİZ H.: 2005, Hukukçu Eğitiminde Bir Denektaşı Radbruch Formülü, **TBB Dergisi**, Sayı 56, ss 167-174.

U. NEUMANN: 2007, **Naturrecht und Positivismus im Denken Gustav Radbruchs Kontinuitaeten Diskontinuitaeten**. Freiburg: Konrad-Adenauer-Stiftung e. V. Herder Verlag. Ss. 11-33

SCHMID R.:1970, "Versuch über Gustav Radbruch", **Kritische Justiz**, Heft 1.

VON PFORDTEN, D.:2004, "Einführung in die Rechts und Sozialphilosophie Die Rechtsidee bei Kant, Hegel, Radbruch, Stammler und Kaufmann", **Value Pluralism, Tolerance and Law**, hg. von Shing-I-Liu, Taipeh, Taiwan Ss. 333-379.

PAULY, W.: 2011, "Radbruch's Rechtphilosophischer Relativismus", **Rechts- und Staatsphilosophie des Relativismus: Pluralismus, Demokratie und Rechtsgeltung bei Gustav Radbruch**, Nomos Verlag, Ss.13-33.

RADBRUCH, G.: 2003, **Rechtsphilosophie Studienausgabe**, Heidelberg, C. F. Müller Verlag.

RADBRUCH, G.: 1946, "Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht", **Rechtsphilosophie Studienausgabe**, Heidelberg: C. F. Müller Verlag. Ss. 211-220.

RADBRUCH, G.: 1961, "Erste Stellungnahme nach dem Zusammenbruch 1945". **Der Mensch im Recht**, Göttingen, Vandenhoeck Ruprecht Verlag.

RADBRUCH, G.:1961, "Der Relativismus in der Rechtsphilosophie 1934 Vortrag in Lyon", **Der Mensch im Recht**, Göttingen: Vandenhoeck Ruprecht Verlag.

RADBRUCH, G: 1964. **Einführung in die Rechtswissenschaft**. Stuttgart: K. F. Koehler Verlag.

RADBRUCH, G: 1965, **Vorschule der Rechtsphilosophie**. Vandenhoeck und Ruprecht in Gottingen Verlag.

RENZİKOWSKI, J: 2011, "Die Radbruchsche Formel Hintergründe und Wirkungsgeschichte", **Rechts- und Staatsphilosophie des Relativismus**, Nomos Verlag. Ss. 223- 245.

SANCAR, M.: 2000, **Devlet Akli Kiskacında Hukuk Devleti**, İstanbul, İletişim Yayınları.

SANCAR, M.: 2000-2001,"Demokrasi -İnsan Hakları- Hukuk Devleti", **Toplum ve Bilim**, Sayı: Kış 87, ss 7-28.

ŞENEL, A.: 1999, **Siyasal Düşünceler Tarihi**, Ankara: Bilim ve Sanat Yayınları.

WAPLER, F.: 2011, "Wertrelativismus und Positivismus Theoretische Grundlagen der Rechts- und Staatsphilosophie", **Gustav Radbruchs. Rechts- und Staatsphilosophie des Relativismus: Pluralismus, Demokratie und Rechtsgeltung bei Gustav Radbruch**, Nomos Verlag.