

TABİİ HUKUK TEORİSİ BAĞLAMINDA HUKUKUN ETİK KARAKTERİ VE ETİK (MERİYETİ) GEÇERLİLİĞİ

(THE ETHICAL CHARACTER AND THE ETHICAL VALIDITY OF LAW IN THE CONTEXT OF THE NATURAL LAW THEORY)

Yard. Doç. Dr. Şahban Yıldırım*

ÖZET

Hukukta pozitivist ve normativist yaklaşımların temel amacı hukuku, hukuk ötesi; meta-juridik ve metafizik elemanlarından ayırmaktır. Normativizm olarak bilinen ekolün kurucularından olan ve Yeni Kantçı olarak tanımlanan Hans Kelsen'e (1880-1973) göre normun şekil ve içerik olmak üzere iki boyutu vardır. Ona göre normun etik boyutu içerikle ilgilidir. İçerik ise hukuk ilminin ve hukukçunun uğraşı alanı değildir. Onun uğraşı alanı normun sadece biçimsel boyutudur. Buna mukabil tabii hukuk teorisinde ise, hukukun bir teknik bir de etik yönü vardır. Bundan dolayı herhangi bir hukuk normunun biçimsel açıdan tutarlılığının hemen ardından bu normun, hukuk mantığı açısından tutarlılığı incelenir. Bir normun bu iki özelliği taşıması yeter şart kriterlerini karşılaması anlamına gelmemektedir. Bir de normun etik unsuruna bakılır. Hatta dar manada normun; geniş manada hukukun etik karakterine bakılır. Ardından da ahlaki karakterli bu normun uygulanacağı birey ve toplum tarafından hüsnü kabul görmesine bakılır. Bu çalışmamızda, hukukun ahlaki bir nitelikte oluşu ile ilgili hem *etik karakteri*, hem de hukukun uygulandığı birey ve toplum tarafından tasvip edilmesi ve benimsenmesi olarak ifade edilen *etik meriyeti* üzerinde duracağız.

Anahtar Kelimeler: Tabii hukuk, etik, norm

ABSTRACT

The main purpose of the positivist and the normative approaches in law is to separate law from its metaphysical and meta-juridical elements. According to Hans Kelsen (1880-1973), one of the founders of Normativism and a Neo-Kantian, there are two aspects of norm: form and context. For him, the ethical aspect of norm is related to the context. The subject matter of jurisprudence and the jurist, however, is not context, rather it is form. On the other hand, in the natural law theory law has a technical and an ethical aspect. It is for this reason that the analysis of logical consistency of the legal norms immediately follows the analysis of the formal consistency of the legal norms. Yet, it does not mean that

* Yıldırım Beyazıt Üniversitesi

every norm which has these two qualities meets the criteria of necessary and sufficient condition. In addition to these qualities, the ethical aspect of norm is taken into consideration as well. As a matter of fact, the ethical aspect of norm in the narrow sense, and the ethical aspect of law in the broad sense have been taken into consideration. Following, the consent of the subject that this moral norm will be applied to is considered. In the light of all these, this paper is concerned with both the moral aspect of law, its ethical character, and acceptance and adoption of law by the community, its ethical validity.

Keywords: Natural Law, ethic, norm

GİRİŞ

Hukukun ilk gayesi toplum halinde yaşayan insanların dış ilişkilerini tanzim etmektir. Nihai gayesi ise akli- ahlaki bir düzeni gerçekleştirmektir. Hukuk ilk etapta toplumun ve bireylerin ihtiyaçlarını teminat altına almayı hedefler. Bunları adeta teknik bakımdan düzenler. Bundan dolayı ilk bakışta “teknik hukuk” manzarası arz eder. Fakat hukuk, nihai amaç açısından mantıki ve ahlaki bir nizamdır. Çünkü hukukun nihai amacı adaleti gerçekleştirmektir. Bu sebeple ahlaki prensiplere aykırı bir hukuk nizamı, kendi öz karakterini kaybeder. Böylece hukuk ile ahlak arasında anlayış olarak bir fark olmasına rağmen hukuku yine de ahlaka dayandırmak gerekir.

I. HUKUKUN ETİK KARAKTERİ

Hukukun etik karakteri denildiği zaman öncelikle kanun koyucunun normatif düzenlemeler yaparken adalet idesini gözetmesi kast edilmektedir. Ardından da yasama organı tarafından çıkarılan normların uygulayıcısı olan yargıçların normun lafzının ötesine uzanarak bu etik karakteri yakalayabilmeleri anlaşılmaktadır. Zira yasa koyucunun, hukuk felsefesi ışığında adalet idesi çerçevesinde hukukun etik boyutunu ve evrensel değerleri, insanın biyolojik ve psikolojik yönünü göz önünde bulundurmadan ortaya koyacağı yasaların meşruiyeti tartışmalı olacaktır. Yoksa teknik olarak normlar hiyerarşisine şekil açısından tam ve mükemmel bir şekilde uymak meşruiyet açısından yeterli değildir.

Hukukun etik cephesini temel bir kriter olarak kabul eden hukukçulara göre “devlet tarafından vazedilmiş her kaide, her kanun, ilmi manada hukuk değildir. Ancak yüksek ahlak esaslarına uygun olan kaideler hukuktur. Bundan dolayı toplumsal ahlakla alakası olmayan kanunlara “formel” (şekli) hukuk olarak isimlendirilmiş, ahlaka dayanan hukuk kaideleri ise “materyal” hukuk (mahiyeti itibarıyla hukuk) olarak isimlendirilmiştir. Hakiki materyal hukuk, mahiyeti ve muhteviyatı itibarıyla içtimai ahlakla alakası olan, içtimai ahlakın yüksek esaslarına dayanan kaidelerdir. Şekli hukuk ise, mahiyeti ve muhteviyatı itibarıyla içtimai ahlakla münasebeti olmayan, ancak yapılış cihetiyle hukuk telakki olunan kaidelerdir. Bu gibi kanun ve kaidelerde ahlaki, etik unsur yoktur. Gayri ahlaki kaideler mahiyeti itibarıyla hukuk değildirler. Bunlar ancak şekil itibarıyla hukuktur, mecburi içtimai kaidelerdir. Çünkü ancak ah-

lakla alakası olan kaideler mahiyet itibariyle hukuktur. Ahlaki esaslarla alakası olmayan kaideler ancak şekilce hukuktur.”¹

Normun etik değer yüklü olmasının gerekliliğini örnekler üzerinden açıklayacak olursak; ceza kanununun adam öldürmeyi yasaklayan ve cezalandıran mefhumunu ele alalım. Herhangi bir kimse kanunen tayin edilen cezayı çekmeye hazırsa, istediği suçu işlemekte serbesttir. Başka bir ifadeyle; hayatını hapisane duvarları arasında geçirmeyi göze alıp buna razı olan kimse, rahatça, hiç düşünmeden adam öldürebilir. Bu önerme formel-mantiki açıdan normal görünebilir. Ancak hukuk mantığı açısından son derece tehlikelidir. Çünkü ağır bir hastalık nedeniyle ölümüne az bir süre kalmış bir kimse bu cezayı pekâlâ göze alabilir. Ancak bu ceza işlediği suça karşılık verilecek ceza açısından hiç de vicdanları teselli edecek bir yapıda değildir. Bu şartları taşıyan bir kimse cezayı çekmeye razıyım öyleyse istediğim suçu işleyebilir miyim? sorusuna olumlu cevap verilemez. Aksine o kimseye hiçbir cezai müeyyide olmasa da öldürmenin yanlış ve kötü olduğu telkin edilir. Böylece “öldürmemelisin!” önermesi, normun zımnen etik bir mantığa sahip olması ve ahlaki bir değer yüklü olması gerektiğini göstermektedir.

Özel hukuk sahasında irade beyanı ile yapılan sözleşmelerde, akdin ifa edilmesi mükellefiyeti de böyledir. Kişiyi bağlayan şey -elde yazılı bir belge yoksa- etik ve ahlaki nitelikteki “ahde vefa gösterilmesi ve sözleşmelere riayet edilmesinin gerekliliği” ilkesinden başka bir şey değildir. Bu örneklerden hareketle, tek tek normların etik değer yüklü olmaları gibi normlardan oluşan hukukun da daha genel anlamda adalet denilen ahlaki değer yüklü olmasının gerekliliği açıkça görülmektedir.

A. NORMATİF ŞUUR; NORM VE DEĞER ŞUURU

İnsanı diğer canlılardan ayıran en temel özellik insanın *normatif şuura* sahip olmasıdır. İnsan bu şuurla doğru ile yanlış, olumlu ile olumsuz, günah ile sevabı, iyi ile kötüyü, haklı ile haksızı, Rabbani olan ile şeytani olanı bir birinden ayırır. Teknik olarak ifade edecek olursak insan, *mantiki şuuru* ile doğru ile yanlış, *ahlaki şuuru* ile iyi ile kötüyü, *hukuki şuuru* ile haklı ile haksızı, *dini şuuru* ile İlahi olan ile şeytani olanı ayırırken, *estetik şuuru* ile de güzel ile çirkinini bir birinden ayırır.² Kimi hukukçular bunlara bir de *mistik şuuru* ekler ki onlara göre insan, ancak bu şuurla varlığı sonsuzluk perspektifinden tefekkür edebilir.³

İnsanda mevcut olan normatif şuurla, insanın her türlü tecrübeden önce, yani “a priori” olarak haiz olduğu bir kabiliyettir. Bu insanın iç varlık metafiziğinin, yani hürriyetinin bir ifadesidir. Norm şuuru ile “doğru” ile “yanlış”; “iyi” ile “fena”; “adil” ile “gayri adil”; “güzel” ile “çirkin”; “günah” ile “sevab”; bir birinden ayırır. Bu tefrikten insan için bir takım vazifeler doğar. Mademki insan

¹ Sadri Maksudi Arsal, *Hukukun Umumi Esasları (Hukukun Pozitif Felsefesi)* (m.y.) Ankara 1937, c. I, s. 72

² Orhan Münir Çağıl, *Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1971, s. 12, 554

³ Orhan Münir Çağıl, *Bu Günkü Teknik Terakki Karşısında Hürriyet Kategorisi Olarak Hukuk ve Hürriyet Felsefesi Olarak Hukuk Felsefesi*, (İ. H. F. M.) c. XXXIII, s:1-2, Sulhi Garan Matbaası Koll. Şti. İstanbul 1967, s. 234

böyle bir tefrik yapabilme hürriyetine sahiptir, o halde vazifesi doğruyu, adili, güzeli ve sevabı seçmelidir.⁴

B. NORMUN SİHHATİ

Hukukun teorik ve doktriner esaslarının yanı sıra hukukun etik esasları da bulunmaktadır. Bundan dolayı kanunların, sıhhatli olup olmadıklarını anlamak için onların, sadece mantığın icaplarına, ampirik sosyal realitelerin gayelerine, toplumun ve devletin yüksek menfaatlerine, âmmenin refah ve saadeti düşüncesine ne derece uygun olduğunu araştırmak yeterli değildir. Aynı zamanda kanunun (pozitif hukukun) vicdani olan adalete ve evrensel hukuk prensiplerine uygun olup olmadığını da kontrol etmek gerekir. Kanun vazı (yasama mercii) da ortaya koyacağı kanunun mantıken sıhhatli ve ahlaken sıhhatli olmasına dikkat etmelidir. Mantıki sıhhat, hukukun sistematik açıdan doğruluğunu ifade etmektedir. Manevi sıhhat ise, ortaya konan normların adalete uygunluğunu ifade etmektedir. Kanun vaz' edilmeden önce, bu her iki esasa mutlaka riayet edilmesi gerekir. Kanunun mantıken ve ahlaken sıhhatli olması yani doğru ve adil olması gerekir.⁵ Hukukun uygulandığı birey ve toplum açısından da durum değerlendirilmeli ve kanun vazı, normun, formal-mantıki sıhhati ile hayatın realitelerinden doğan gayelerine uygunluğu yani sosyolojik sıhhatini ve nihayet normun adalete uygunluğunu yani etik sıhhatini beraberce göz önünde bulundurması gerekir.⁶

Tabii hukuk teorisinin ülkemizdeki önemli savunucularından olan merhum Münir Çağıl bu duruma şöyle işaret eder: *“Bir normun iki fonksiyonu vardır. Bunlar mantıki ve ahlaki fonksiyondur. Ona göre norm, bir taraftan doğru ile yanlış, diğer taraftan da iyi ile kötüyü, adaletili olan ile adaletsiz olanı, hülasa maddi ve manevi kâinatı da ihtiva eden ve aynı zamanda onları aşan ebedi ve aşkın manevi bir varlığın kanunlarını idrak etmemizi sağlamalıdır. ⁷ Böylece normun, doğru ile yanlış ayırt eden mantıki fonksiyonu olarak aklı, diğeri de iyi ile kötüyü ayırt eden fonksiyonu olarak vicdani boyutu vardır. Böylece hukukta hem mantıki sıhhat hem de ahlâki sıhhat ya da akıl ile vicdan el ele verir, daha doğrusu vermelidir.”⁸*

Çağıl, hukuk normuna etik karakteri veren niteliklerinden biri olarak “hayır” unsurunu haiz olması gerektiğini ifade eder. Ona göre; *“Hukuk normunun formel mantıki ve transandantal mantıki bir bünyeden ve ampirik unsurlardan başka bir de “hayır” unsurunu haiz olması lazımdır. Bu hayır unsuru da hürriyet, hakikat ve adalettir. Bu unsurları haiz olmayan bir norm, bir hukuki kazıye belki formel, jüridik ve transandantal lojik bakımdan yine hukuktur, fakat materyal bakımından yani objektif muhteva ve esas bakımından hukuk değildir. Binaenaleyh hukukta formel(sürî) meşruiyetle, materyal (objektif muhtevaya*

⁴ Çağıl, HİG, s. 136

⁵ Çağıl, HİG, s. 294

⁶ Çağıl, HİG, s. 141

⁷ Orhan Münir Çağıl, *“Ebedi Bir Problem Olarak Hayır ve Şer Tezadı Ruhun Ebediliği” ve Hukuk İdesi*, (İ. Ü. H. F. M), İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1958, c. XXX, s. 425

⁸ Çağıl, Hİ, s. 412

taalluk eden) meşruiyeti birbirinden ayırmak gerekir.⁹ Pozitif hukuk, hukuk olabilmek için bir hayır unsurunu ihtiva etmelidir. Bu hayır unsuru ise kanun koyucunun iradesinde gerçekleşmiş, aktüalize olmuş hukuk idesidir yani adalet idesidir. Kanun koyucu bu ideyi, izhar ettiği bütün iradelerde gerçekleştirmekle mükelleftir. O halde bu mevzuda mukaddes olan şey, kanun koyucunun iradeleri yani kanunlar ya da pozitif hukuk değildir. Bilakis kanun koyucunun pozitif hukukta ve kanunlarda gerçekleştirmekle mükellef olduğu hukuk idesidir. Hukuk idesine ve adalete uygun pozitif hukuk sadece (formel) mantığın ve nazari aklın bir mahsulü değil, bilakis mantığın, ahlakın, nazari ve ameli aklın ve vicdanın bir terkididir. Hukuku hukuk yapan şey, onun sadece muayyen bir usul ve merasim dahilinde, muayyen şekillere riayet edilerek izhar edilmiş bir irade, bir teşri meclis iradesi karakterini taşıması keyfiyeti değil bilakis ihtiva ettiği ve gerçekleştirdiği hayır unsuru ve adalet idesidir. Bu unsurları haiz olmayan bir norm, belki formal-jüridik ve transandantal-lojik bakımdan yine hukuktur, fakat material bakımdan (objektif muhteva ve esas bakımdan) hukuk değildir.”¹⁰

C. NORMUN AHLAKİ BAĞLAYICILIĞI

Hukukun gayesi araştırılırken ahlak normu ile hukuk normu arasındaki bağın tespiti son derece önemlidir. Çünkü bir hukuk normunun insanları manevi olarak bağlayabilmesi için ya da manevi olarak onu bağlayabilmesinin makul bir izahının olabilmesi için, insanın aşkın-transandantal kaynaklı bir ahlak normunun varlığına ya da bağlayıcılığına inanması gerekir.¹¹ Hukukun aynı zamanda bir postülâ; bir emir ve talep, ahlaki aklın bir direktifi başka bir ifadeyle ahlaki aklın, insan iradesine hitap eden ve bu iradeden bir hareket tarzı talep eden bir prensip¹² olduğu gerçeği göz önünde bulundurulunca hukuk-ahlak birlikteliği daha iyi anlaşılacaktır.

Hukukun bir normatif, bir de emperatif karakteri vardır. Bu emperatif karakteri ile kendisine tabi olanların fiil ve hareketlerini düzenler. Bundan dolayı pozitif hukukun meriyetini sadece devletin cebir kuvvetiyle tahakkuk ettirmeye çalışmak doğru değildir. Pozitif hukukun bağlayıcılığı ya da bu hukuk normuna itaatin mecburi oluşu ahlaki bir esasa dayanır. Çünkü hukukun, ahlaki bir ideal olan adaleti gerçekleştireceğine olan inanç ya da en azından ahlaka aykırı olmadığına olan inanç ona içtenlikle bağlılığı ve itaati sağlar. Yoksa sadece cebir kuvvetine dayalı bir itaat, huzurlu bir toplum inşası için yeterli değildir.

II. HUKUKUN ETİK (MERİYETİ) GEÇERLİLİĞİ

Kanun koyucu her hangi bir kanunu vaz' ederken göz önünde bulundurması gereken en önemli hususlar şunlardır. Kanun koyucu öncelikle normun, formal- mantiki sıhhati, ardından bu normun sosyolojik sıhhatini, ardından da etik sıhhatini göz önünde bulundurması gerekir. Normun formal-man-

⁹ Orhan Münir Çağl, *Hukuk Başlangıcı Dersleri*, Nazir Akbasan Matbaası, İstanbul 1961, s. 25

¹⁰ Çağl, *HBD*, s. 27

¹¹ Çağl, *HİG* s. 480

¹² Çağl, *HİG*, s. 550

tiki sıhhati ile normun hadiselerle tatbikinin makul ve makbul olması kast edilmektedir. Sosyal ve ya sosyolojik sıhhati ile hayatın realitelerinden doğan gayelerine uygunluk kast edilmektedir. Etik sıhhati ile de normun adalete uygunluğu kast edilmektedir.¹³ Pozitif hukukun gayesi, bir taraftan mantığı açısından sıhhati diğer taraftan sosyal ve kültürel sıhhati haiz olmak ve nihayet etik bakımdan sağlam, sıhhatli, adil ve hür karakterli olmaktadır.¹⁴

Hukukun bağlayıcılığının temelini, insanın tinsel yanında kök salmış bulunan adalet değeri oluşturmaktadır. Başka bir ifadeyle hukuk, içerdiği adalet değerinden ötürü bireylerin kendisini içten benimsemesini talep edebilmektedir. Adalet ise ahlaki nitelikte bir değerdir. Ahlaka dayanmayan bir hukukun varlığı, tasarlanamaz, ahlak, toplumsal düzenin biricik temeli ve dayanağıdır. Çünkü ahlaki değer ve onlara inanç olmaksızın ne bireysel yaşam, ne de onun uzantısı olan toplumsal yaşam, insani bir kimliğe getirilebilir. Ahlaki değerlere inancın olmadığı ve böylece ahlaki bir değer olan adalete dayanmayan bir hukukun egemen bulunduğu bir yerde hiçbir ödev kavramı bulunmayacak, hukuk güçlülerin güçsüzlere karşı güç kullanmasından ibaret olacaktır.¹⁵

A. NORMUN FORMAL (MERİYETİ) GEÇERLİLİĞİ

Normun biçimsel geçerliliği denildiği zaman genellikle bir normun kendisinden bir üst normun ön gördüğü usulle konulması anlaşılmaktadır. Kanun koyucu muayyen bir prosedür ve merasim dahilinde, usulüne uygun şekilde bir irade izhar ettiği zaman bu irade kanuni bir hukuk normu hüviyetini kazanır. Hukuk normu bu sıfatla formal bir mer'iyeti haiz olmuş olur. Bu formal mer'iyet, gücünü devletin otoritesinden almaktadır.¹⁶

B. NORMUN SOSYOLOJİK (MERİYETİ) GEÇERLİLİĞİ

Hukukun sosyolojik mer'iyetinden kasıt, hukukun beşeri hayatta etkin bir kuvvet, bir hâkimiyet şeklinde tezahür etmesidir. Hukuk normlarının muhtevasının kabulü doğrudan doğruya sosyolojik mer'iyete taalluk eden bir şeydir. Hukuk normlarının *tasvibinde*, *tasvibin* sebep ve âmillerine göre mer'iyet farklılaşır. Sosyolojik mer'iyet (geçerlilik) ve etik mer'iyet (geçerlilik) şeklinde tezahür eder. Hukuk, mer'iyetini (geçerliliğini) gelenekten alıyorsa bu sosyolojik bir mer'iyettir.¹⁷ Hukukun uygulandığı topluluk, hukuka meşru bir nizam olarak itaat ederse, işte o vakit hukuk da tam bir sosyolojik mer'iyete kavuşmuş demektir. Çünkü itaat ve kabul farklı sebeplerden kaynaklanabilir. Pozitif hukuk nizamının hukuka tabi olanlarca kabulü, mutlaka bu nizama içten gelen bir duygu ile itaati gerektirmez. Yani kabul, hukuk nizamıyla deruni bir mutabakat manasına gelmez. Kabul, bir anane ve teamülde, bir ilgisizlikten veya ceza korkusundan hatta sosyal hayatta uğranılacak bir zarardan kaynaklı bir korkuda da mündemiç olabilir.¹⁸ Oysa hukuk normu çoğunluk tarafından

¹³ Çağl, *HİG*, s. 141

¹⁴ Çağl, *HİG*, s. 476

¹⁵ Arsal 306-307

¹⁶ Sadri Maksudi Arsal, *Hukuk Felsefesi Tarihi*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1945, s. 306-307

¹⁷ Çağl, *HİG*, s. 92

¹⁸ Çağl, *HİG*, s. 89

saygınlık kazanmış ise meşrudur. Nitekim Kelsen gibi hukukçular normun etkin olarak uygulanmasında etkinlik düzeyi olarak çoğunluğun onayını önemserken kimileri de (Rousseau) tümüyle hukuku, çoğunluğun iradesine indirgemektedirler.¹⁹

C. NORMUN ETİK (MERİYETİ) GEÇERLİLİĞİ ve NORMUN MİNİMUM ETKİLİLİĞİ

Hukuki meri'yetin (geçerliliğin) bir *iktidar cephesi*, bir de *psikolojik cephesi* vardır. Hukukun, ampirik sosyal hayatta yürürlükte olabilmesi için, bir iktidara ve kuvvete dayanması gerekir. Ancak hukukun, uygulandığı toplumda sosyolojik meri'yetinin (geçerliliğinin) tamamlanması için ifade edilen devlet otoritesine müsteniden zorla tatbiki imkânından başka, bir de hukuka tabi olanlarca kabul görmesi gerekir. Başka bir ifadeyle hukukun uygulandığı toplum, hukuka meşru bir nizam olarak itaat ederse işte o zaman hukuk tam olarak sosyolojik meri'yetine kavuşmuş demektir. Bu itaat cebir ile ya da korku ile belki sağlanabilir. Başka bir ifadeyle hukuk, meri'yetini ceza müessesesi yoluyla belki sürdürebilir. Fakat yürürlükte kalmasının meşruiyeti sadece böyle bir mesnede dayandırılmamalıdır. Bunu sosyolojik meri'yetin psikolojik cephesi olan "*hukuka tabi olanların kabulü*" takip etmelidir.²⁰

Dar manada her hangi bir normunun, geniş manada hukukun, uygulandığı toplum tarafından "*kabul*" görmesi sosyolojik meri'yeti ifade ederken, bu kabulün "*tasvip*" düzeyinde karşılık bulması "*etik meri'yeti*" ifade etmektedir. Başka bir ifadeyle hukukun toplum tarafından itaat ve kabul keyfiyetinin "*tasvip*" düzeyinde gerçekleşmesine "*etik meri'yet*" denir. Bu *tasvip*, psikolojik ve sosyolojik unsurları ihtiva etmekle beraber hukukun meri'yetinin etik esaslarına götüren bir köprüdür. Zira hukukun meri'yetinde en son nokta, hukukun etik meri'yetidir. Çünkü hukukun nihai hedefi, adalete ve ahlaka uygun olmaktır. Başka bir ifadeyle pozitif hukukun nihai gayesi ve ideali, *akli-ahlaki nizamı* gerçekleştirmektir.²¹ Leh hukukçulardan Petrajitski'nin ifade ettiği gibi; "*insanların hukuk kaidelerine uyması ya da boyun eğmesi devletin icbar kuvvetinden değil, insanların ruhlarında doğurdukları bir duygudan neşet etmelidir.*"²²

Bireylerin hukuki ödev ve buyrukları içten benimsememeleri, daha doğrusu hukukun, bireylerin içten benimseyeceği ve onayacağı bir öğeyi içermemesi durumunda, onun yürürlük ve bağlayıcılığının rastlantıya kalacağı ya da, hukuk düzenine (toplumsal düzene) büyük ihtiyaç duyulduğuna göre, dış zorlamaya, sırf devlet gücüne dayanacağı açıktır. Bununla da, hukukta bizi bağlayan şeyin kendi irademiz değil, yabancı bir irade olduğu, tümüyle hukukun yasa koyucu dediğimiz yabancı bir iradenin bize yüklediği yasak ve buyruklardan oluşan bir sistemden ibaret bulunduğu görüşüne varılmış olacaktır.²³

¹⁹ Niyazi Öktem, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi*, (4.Bası) Met/Er Matbaası, İstanbul 1988, s. 199

²⁰ Çağıl, *HİG*, s. 88-89

²¹ Çağıl, *HİG*, s. 90-91

²² Arsal, *Hukukun Umumi Esasları*, c.I, s. 63

²³ Vecdi Aral, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, Bayrak Matbaacılık, İstanbul 1992, s. 90

Hukuk, adalet dediğimiz hukuk idesine hizmet etmekte, onun toplumsal yaşamda gerçekleşmesine yardımcı olmaktadır. Adalet, salt ve objektif ahlaki bir değer olduğundan ötürü insanların akıl ve vicdanlarına seslenmekte, onlara belli bir davranışı buyurabilmektedir. Hukuk adalet gibi etik bir değere dayalı olmakla, anlayışlarına yöneldiği bireylerden kendisini onanmasını beklemekte ve ancak böylece, belli davranışlar için bir buyruk karakterini kazanmaktadır. Yoksa vicdanen kabule değer olmayan, sırf dışarıdan buyurulan bir normun bağlayıcılığı, bireyleri yükümlü kılması, anlaşılabilir.²⁴

Hukukun seküler niteliği konusunda duyarlılıkta aşırıya gidenler ve pozitivist hukukçular, *ahlaki hukukun alanından tümüyle uzaklaştırmak için büyük bir çaba içinde* oldular. Bundan dolayı da hukuk normunun birey ve toplum tarafından içselleştirilmesi ya da bu norma içten itaat etme keyfiyetini hedefledikleri zaman ahlakın bu alana dahil olacağı endişesiyle bu durumu bir hedef olmaktan çıkardılar. Ya da böyle bir beklentinin hukukun alanı dışında olduğu anlayışını yerleştirmeye çalıştılar. Bundan dolayı hukuk normunun “tasvip” ve “itaat” düzeyinde bir kabulün önemsizliği sıklıkla ifade edilmiştir. Bu durum şu şekilde ifade edildi: *Vatandaş, isterse hukukun buyruğuna, dışlelerini gıcırdatarak uysun; yalnızca hukuka uygun davranmakla o, hukuk düzeninin kendisinde istediği şeyi yapıyor, legaliteyi yerine getiriyor demektir.*²⁵ Başka bir ifadeyle; insanların hukuka itaatlerinin nedeni önemli değildir. Önemli olan hukukun uygulanmasıdır. Bu durumda hukuka itaat, cebri, tanrısal müeyyide korkusu ya da sadece bir takım sosyal baskı guruplarının baskılarından kaçınma arzusu da olsa önemli değildir, önemli olan sonuçtur. Böylece beklenti çitası *düşürülerek* normun veya hukukun sosyolojik mer’iyetinin yeterliliği savunuldu. Böylece hukuk ile hukukun uygulandığı sūje arasında adeta bir kin oluştu. Oysa hukukun etik mer’iyeti de hedeflense bu ilişki ahlaki ve vicdani bir alana çekilir ve norma olan itaat tasvip ve içtenlikle kabule dönüşebilir. Sağlıklı bir birey ve sağlıklı bir toplum için bunun gerekliliği göz ardı edilemeyecek önemdedir. İnsanların iç dünyalarını göz ardı eden bir hukukla ruh sağlığı yerinde bir toplum inşa edilebileceğinden bahsetmek nasıl mümkün olmaktadır. Şu soru sorulabilir. Açlıktan ölmek üzere olan bir kimseye yardım etmeksizin onu ölüme terk eden bir kimse sadece ahlaken mi suç işlemiştir. Yoksa hukuken de bir sorumluluğu var mıdır? Başka bir ifadeyle böyle bir kimse sadece ahlaken mi sorumludur. Yoksa hukuken bir sorumluluğu yok mudur?

Pozitivist hukuk anlayışında bütün çaba ahlak-etik alanı hukuk alanının uzağında tutmaktı. Bu anlayışın bir sonraki yorumu olan post-pozitivist anlayışta bu ilkeye olan sadakat sürdürülememiştir. Bir normun uygulanışında asgari de olsa ahlakın hedeflenmesi gerektiği kabul edilmiştir. Örneğin post-pozitivist bir hukukçu olarak kabul edilen Aulis Aarnio, bir normun geçerliliği için; biçimsel geçerlilik, (sistemik geçerlilik) etkililik ve kabul edilebilirlik (aksiyolojik geçerlilik) kriterlerini belirlemektedir: Ona göre, bir normun geçerliliği sadece onun biçimsel geçerliliğine (sistemik geçerliliğine) ve onun etkililiğine bağlanamaz. Onun kabul edilebilirliğini de hesaba katmak gerekir. Zira bir

²⁴ Aral, *HFTS*, s. 189

²⁵ Vecdi Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1975, s.78-79

hukuk sistemi, hiç olmazsa, bazı asgari ahlaki icaplara saygı gösteriyorsa, hukuk düzenidir.²⁶

III. SONUÇ

Akıl ve vicdan sahibi olan insan hukuka, ancak onu anladığı ve içten onadığı ölçüde sürekli olarak uygun davranır. Hukuku koyan üstün güç karşısında insan, körü körüne tüm beden ve ruhu ile teslim olmak istemez. Hukuk, var olduğu ve bilindiği için değil, aksine bir toplumun tüm hakkaniyetli ve adaletli düşünenlerinin vicdanlarına uygun bulunduğu için hukuktur. Hukukun niteliğini, onun salt çığ güce dayalı zorlayıcı bir düzen olmayıp, aynı zamanda ve daha çok ahlak açısından bağlayıcı bir düzen olduğunu gözden uzak bulundurmamalıdır. Yasama mercii, kanun koyma işinde ahlaki bir sorunla karşı karşıyadır. Adalete uygun olabilecek bir düzenin ayrıca bazı mantiki formlar içinde ve belli bir sisteme göre meydana getirilmesi gerekmektedir. Daha açık bir deyimle, bu düzen boşluk ve çelişme ihtiva etmeyen mantiki, planlı bir sistem olmalıdır. Bu sistem hem mantiki açıdan doğru hem de etik anlamda doğru olmalıdır. Çünkü bir normun somutlaştırılmasıyla elde edilecek kararın gerçekten inandırıcı olabilmesi, onun kanundan mantiken çıkarılmış olması, aynı zamanda da adaletli olarak algılanmış bulunmasıyla olanaklıdır.

Hukuki ödev ve vicdan kavramlarını hukuk alanından ayıklayan pozitivist hukuk teorileri, hukuku ancak kaba güç ve zorlama ile uygulanabilir kılınabileceğinin nihayet farkına varmışlardır. Bir sonraki aşamada buna uygun teoriler geliştirmeleri beklenmektedir.

KAYNAKÇA

Aral, Vecdi, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1975.

Aral, Vecdi, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, Bayrak Matbaacılık, İstanbul 1992. (Metinde "Aral, *HFTS*" olarak gösterilmiştir.)

Arsal, Sadri Maksudi, *Hukukun Umumi Esasları (Hukukun Pozitif Felsefesi)* (m.y.) Ankara 1937.

Arsal, Sadri Maksudî, *Hukuk Felsefesi Tarihi*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1945.

Çağıl, Orhan Münir, *Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1971. (Metinde "Çağıl, *HİG*" olarak gösterilmiştir.)

Çağıl, Orhan Münir, *Bu Günkü Teknik Terakki Karşısında Hürriyet Kategorisi Olarak Hukuk ve Hürriyet Felsefesi Olarak Hukuk Felsefesi*, (İ. H. F. M.) c. XXXIII, s:1-2, Sulhi Garan Matbaası Koll. Şti. İstanbul 1967. (Metinde "Çağıl, *HF*" olarak gösterilmiştir.)

Çağıl, Orhan Münir, *"Ebedi Bir Problem Olarak Hayır ve Şer Tezadı Ruhun Ebediliği" ve Hukuk İdesi*, (İ. Ü. H. F. M), c. XXX, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1958. (Metinde "Çağıl, *Hİ*" olarak gösterilmiştir.)

²⁶ Kemal Gözler, *Hukukun Temel Teorisine Giriş*, Us- A Yayıncılık, Ankara 1998, s. 81

Çağl, Orhan Münir, *Hukuk Başlangıcı Dersleri*, Nazir Akbasan Matbaası, İstanbul 1961. (Metinde “Çağl, HBD” olarak gösterilmiştir.)

Gözler, Kemal, *Hukukun Temel Teorisine Giriş*, Us- A Yayıncılık, Ankara 1998.

Öktem, Niyazi, *Hukuk felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi*, (4.Bası) Met/Er Matbaası, İstanbul 1988.