

HUKUK KAVRAMININ ANALİZİ

(Analysis of the Concept of Law)

Sururi AKTAŞ*

ÖZ

Bu makale, hukuk kavramını çeşitli açılardan analiz/tahlil etmeyi amaçlamaktadır. Özellikle bu çalışmada hukuk olgusu ve kavramının bilişsel faaliyetlere nasıl konu olduğu, hukuk felsefesi, hukuk sosyolojisi ve genel hukuk teorisi gibi farklı disiplinlerin yöntemleri açısından nasıl kavrandığı incelenmektedir. Sonuçta, hukuk olgusu ve kavramının doğru kavranabilmesi için değişik açılardan incelenmesi gerektiği vurgulanmaktadır.

Anahtar Sözcükler: Hukuk bilimi, hukuk dogmatığı, hukuk felsefesi, hukuk sosyolojisi, genel hukuk teorisi.

ABSTRACT

This article aims at analyzing the concept of law in terms of different perspectives. Especially it analyzes that how the concept and phenomenon of law has been the subject of cognitive activities and studied in terms of the methodologies of different disciplines such as legal philosophy, sociology of law and general theory of law. As a result, it emphasizes that law ought to be studied from different perspectives in order to comprehend the phenomenon of law truly.

Key words: Jurisprudence, legal dogmatics, legal philosophy, sociology of law, general theory of law.

Makale Geliş Tarihi 27.02.2018, **Kabul Tarihi** 06.07.2018

* Prof. Dr., Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı

1- Giriş: Hukukun Kavranmasında Yöntem (Metod)

Hukuk kavramını ele alan temel disiplin ve teorilerin, analiz ve incelemelerinde benimsedikleri yol (usul) ve bakış açılarını, hukukun kavranmasına ilişkin yöntem (metod) olarak nitelendirmekteyiz. Örneğin, “hukuk felsefesi” genel olarak *normatif* bir yöntem benimseyerek ideal hukuka yönelirken; “genel hukuk teorisi”, *betimleyici* bir yöntemle hukuk olgusunun ortak kavramlarının ne olduklarını sadece betimlemektedir; hukuk sosyolojisi de *açıklayıcı* ve *betimleyici* bir yöntemle hukuksal olay ve olguları iyi-kötü (adil - gayri adil) değerlendirmesi yapmadan betimleyip açıklamaktadır. Genel hukuk teorisi ile hukuk sosyolojisinin yöntemini, hukuka ilişkin daha genel bir yöntem olarak pozitivist yöntem içerisinde görebiliriz. Hukuk teorileri ve disiplinlerinin hukuk kavramının incelenmesinde benimsedikleri usul ve yöntem, nasıl bir hukuk anlayışının ortaya çıkmasında belirleyici olmaktadır. Dolayısıyla hukuk kavramının incelenmesi, tek bir bakış açısıyla veya tek bir yöntemle sınırlandırılmamalıdır. Bu, hukuk kavramının çok yönlülüğünün bir gereğidir.

Hukukun değişik cephe ve boyutları olması dolayısıyla çeşitli yöntemler açısından incelenmeye konu olmaktadır. Bu bağlamda hukukun temel disiplinlere nasıl konu olduğu ve bu disiplinlerin yöntemi açısından hukuk kavramı ve olgusuna nasıl yaklaşıldığı analiz edilmelidir. Böyle bir gereklilik, hukukun, hukuk sosyolojisi gibi birçok alt disiplinin konusu olması sonucunu doğurmaktadır. Her disiplinin yöntemi açısından hukuk, farklı açılardan kavranmaya çalışılmaktadır. Hukuk öğrencileri veya hukuk öğrenmeye meraklı olanlar, hukuka genellikle tek bakış açısıyla yaklaşmaya çalışmaktadırlar. Bu bakış açısı ise çoğunlukla dogmatik hukuk disiplinin yöntemi olarak belirleyici olmaktadır. Pozitif hukuk kuralları altında yatan etik ilkeler, kuralların ortaya çıkmasında etkili olan toplumsal gerçekler (olgular) genellikle bu bakış açısına girememektedir. Hukuk kavramının tam anlamıyla kavranabilmesi değişik bakış açılara konu olabilmesine bağlıdır. Belki, kısa bir hukuk eğitimi sürecinde bu tam anlamıyla mümkün olamayabilir. Ancak hiç değilse hukukun değişik yöntem ve disiplinler açısından tahlil edilmesi gereği konusunda farkındalık oluşturmak yararlı olabilir.

2- Hukuk Kavramı ve Olgusunun Çeşitli Açılardan Kavranması Gereği

Hukuki düşüncemizi zenginleştirmek, hukuksal kurum ve kavramları doğru kavramak için hukuku değişik disiplinlerin konusu haline getirmemiz önem arz etmektedir. Özellikle biçimsel mantık açısından doğru hukuki akıl

yürütme (legal reasoning) kabiliyetine sahip olmak için, doğru ve geçerli düşünme yöntemlerini (formel/biçimsel mantığı) hukuk eğitiminin bir parçası haline dönüştürmemiz gerekir. Mantık, İslam bilimlerinde derinlemesine okutulmuş bir disiplindir. Mantık biliminin diğer sosyal bilimlerle ilişkilendirilmesi gerekir. Mantık, sadece felsefe öğrencilerine okutulacak, diğer bilimlerden soyutlanmış ve kendi amacını kendinde taşıyan bir disiplin değildir. Mantık doğru düşünmenin ilkelerini araştırır ve diğer bilimler için bir araç niteliğini taşır. Dil, gramer ve mantık *alet* ilmi olarak bilimlerin vazgeçilmez müfredatını oluşturmaktadır. Mantık ve felsefenin başka bilimler ve disiplinler için kaynaklık etmesi gerekir. Ama ne yazık ki, Türkiye’de sosyal bilimlerdeki felsefe, mantık ve sosyoloji gibi temel disiplin ve bilimler kendi alanlarına çekilmiş, hukuk gibi diğer bilimler için araç (alet) olma niteliklerini kaybetmiştir. Halbuki, bu gibi temel bilimler, hukuk, iktisat gibi diğer bilimlere desteklemeleri gerekir. Kısaca disiplinlerarası geçişkenliğin sağlanması gerekir. Kantorowicz ve Patterson’ın belirttiği gibi “*hukuk bilimi, hukuk ve bilim dışındaki unsurların yardımı olmaksızın işe yaramaz*”¹. Bu ünlü yazarların cümlesinden, hukuk biliminin, pozitif hukuk bilgisiyyle sınırlı olmadığını ve hukukun sadece bilimsel (betimleyici veya açıklayıcı) bir açıdan ele alınmasının eksik olacağını anlayabiliriz.

Posner, hukukun özerk bir disiplin olduğu ve hukuk öğrencilerinin de sadece hukuk alanıyla ilgilenmeleri gerektiğine ilişkin düşüncenin ideolojik bir anlayışın ürünü olduğunu söyler². Yazara göre, İngiltere’de yargıçlar kendi kararlarına Kraliyetin müdahale etmesini engellemek için, hukukçular da hukuki meselelerde kendi tekelliklerini korumak için bu ideolojik düşünceye başvurmuşlardır³. Yine Posner’in yaptığı tespiti göre, hukuki bilginin çıktığı kaynağın yargısal kararlar olduğu, hukuk eğitiminin de bu kararların öğrenilmesi ve karşılaştırılmasıyla ilgili olduğuna dair düşüncüyü akademiye getiren kişi, Harvard Hukuk Mektebinin/Fakültesinin eski dekanlarından Cristopher Columbus Langdell (1826-1906) olmuştur⁴. Posner, hukuk teorisiyle kastettiği şeyin “*geleneksel mesleki yeterlilik bilgisi olmadığını, mesleğin dışından, bilimsel ve beşeri araştırma yöntemlerini kullanarak hukuk sistemine ilişkin bilginin genişletilmesi olduğunu*”⁵ belirtir.

¹ Kantorowicz, Herman U./Patterson, W., “Legal Science--A Summary of Its Methodology”, *Columbia Law Review*, Vol. 28, No. 6 (Jun., 1928), s. 707, pp. 679-707.

² Posner, Richard A., “The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987”, *Harvard Law Review* (1986-1987), Vol. 100, s. 762, pp. 761-780.

³ Posner, s. 761.

⁴ Posner, s. 761.

⁵ Posner, s. 779.

Hukukun temeli, genel olarak felsefi, sosyolojik ve akli/mantiki boyutlara sahip olduğu için, bütün bu boyutların gerektirdiği bilişsel analizlere tabi tutulması gerekir. Aksi takdirde hukuk olgusu ve kavramı eksik anlaşılmış olur. Bu genel analizlerde iktisat, psikoloji ve tarih gibi diğer bilimlerden/disiplinlerden de yararlanmak gerekir. Örneğin doğru/adil⁶ bir hukuk kavramı için felsefi analiz yapılırken iktisat bilimi ve tarihinin verileri göz ardı edilemez. Mallara ve diğer maddi değerlere sahip olma ile ilgili adalet ilkeleri konusundaki tartışmalarda, iktisadi analizlerin dikkate alınması önem arz eder. Felsefi analiz olarak ahlak felsefesine girilirken, bir taraftan beşeri medeniyetin getirdiği ahlaki birikim, diğer taraftan iktisat felsefesi ihmal edilmemelidir.

3- Hukukun Kavranmasına Yönelik Bilişsel Çabaların Tasnifleri

Hukuk bilimi/ilmi (jurisprudence) dendiğinde kastedilen şey, tamamen doğa bilimlerinde olduğu gibi dar anlamda “bilim” (science) değildir⁷. Doğa bilimleri, deneysel olarak doğal fenomenler (olgular) arasındaki nedensel ilişkiyi tespit etmeye veya doğal kanunlarla doğal olayları açıklamaya çalışır. Naturalist (pozitivist) sosyoloji, “hukuk sosyolojisi” alt disiplini adı altında hukuk olgusu ve kavramına doğal/pozitif bilimlerin yöntemiyle yaklaşırsa da, hukuk bilimi, hukuk sosyolojisiyle tükenmediği için daha geniş bir inceleme araştırma alanına sahiptir. Hukuk sosyolojisi dışında, Hans Kelsen ve Hart gibi pozitivistler hukuk kavramına pozitif bir yöntemle yaklaşmaya çalışmışlardır. Dolayısıyla hukuk sosyolojisi dışında hukuku pozitif yöntemle analiz etmeye çalışanlar, “genel hukuk teorisi” biçiminde eserler kaleme alan bazı hukuki pozitivistler olmuştur⁸.

⁶ Bu çalışmada “doğru/adil hukuk” tanımlamasındaki “doğru” sıfatı, “adil” sıfatı ile birlikte, “iyi hukuk” ya da “ideal hukuk”u (de lege ferenda’yı) anlatmak için kullanıldı. Tartışılan konu hukuk bilimi olduğu için, “adil hukuk kavramı” yanında, “doğru” sıfatı da kullanıldı. Doğru hukuku kavramının, “iyi hukuk” ya da “ideal” hukuk” olarak adaletle hizmet edebileceği telakki edildi. (“Doğru hukuk” kavramı için Bkz. Ökçesiz, Hayrettin, “Doğru Hukukun Bilgisi”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi (HFSA)*, 8. Kitap, Haz. Hayrettin Ökçesiz, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2003, s. 120-135; Uygur, Gülriz, *Hukuk, Etik ve İlkeler*, Siyasal Kitabevi, Ankara 2006, s. 75 vd).

⁷ Troper, hukukun bilim olup olmayacağını, hukuk ve bilim sözcüklerine yükleyeceğimiz anlama bağlı olduğunu söyler. Yazara göre hukuku bir bilim olarak kabul etmesek de, “hukuk”tan farklılaşmış ve hukuku konu olarak tanımlaya çalışan bir bilimin varlığı müzakere edilebilir. (Troper, Michel, *Hukuk Felsefesi*, Çev. Işık Ergüden, Dost Yayını, Ankara 2011, s. 31). Troper, bu bağlamda hukuku tanımlamayı nesnesi haline getiren hukuk biliminin, değerlendirici bir yönetime başvurmadan hukuku değerlerin toplamı olarak incelemesi halinde bilişsellikle uyduğu gibi, hukuku bir değerler toplamı olarak değil de insan iradesinin va’z ettiği kurallar toplamı olarak ele alıp incelerse, bu sefer de yine etğin bilinemeyeceğine ilişkin bilişsellik karşılığıyla uyuşabileceğini söyler. (Troper, s. 32).

⁸ Kelsen’in yazdığı ve aşağıda atıf yaptığımız eserler genelde bu niteliktedir.

Kelsen hukuk biliminin konusu olarak hukuk normlarını göstermektedir⁹. Kelsen, eğer beşeri ilişkiler hukuk normları tarafından inşa edilirse, bunların da hukuk biliminin konusunu oluşturacağını söylemektedir¹⁰. Bu bağlamda Kelsen hukuk bilimini, normatif hukuk bilimi (normative jurisprudence) ve sosyolojik hukuk bilimi (sociological jurisprudence) diye ikiye ayırmaktadır¹¹. Kelsen'in normatif hukuk bilimi dediği, hukuk normlarını konu edinen saf hukuk teorisidir. Başka bir anlatımla Kelsen'de normların bilinmesi, saf hukuk teorisinin ve dolayısıyla normatif hukuk biliminin konusu oluşturur¹². Aşağıda göreceğimiz gibi normatif hukuk bilimi tanımlaması daha çok, hukuku, etik değerler açısından kavramaya çalışan değerlendirci hukuk disiplinleri ve çoğunlukla hukuk felsefesi için kullanılır. Oysa Kelsen'in normatif hukuk bilimi, iyi ve adil hukuku araştırmaya dönük değerlendirci bir disiplin olmayıp, tamamen betimleyici ve açıklayıcı niteliktedir. Kelsen, “saf hukuk teorisinin, pozitif bir hukuk teorisi, genel hukuk teorisi olduğu, herhangi bir özel hukuk düzeninin sunumu ve yorumu olmadığını¹³” belirtir. Analitik hukuk biliminin önde gelen temsilcisi John Austin de “hukuk bilimi”ni ifade etmek için *jurisprudence* kavramını kullanarak, bu bilimin konusunun pozitif hukuk olduğunu söyler¹⁴.

Ünlü hukuk sosyologu Timasheff, hukukla ilgili entelektüel faaliyetler olarak, *hukuk felsefesi*, *hukuk bilimi* (jurisprudence) ve *hukuk sosyolojisi* şeklinde bir tasnife giderek, bu üç disiplin arasındaki ayrımın tarihsel bir

⁹ Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State* (Translated by Anders Wedberg), Third Printing 1949, (Originally Cambridge-Harvard University Press 1945), s. 70.

¹⁰ Kelsen, *General Theory of Law...*, s. 70.

¹¹ Kelsen, Hans, “The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence”, *Harvard Law Review*, Vol. 55, No. 1. (Nov., 1941), s. 50, pp. 44-70.

¹² Bkz. Kelsen, *The Pure Theory of Law and Analytical...*, s. 50.

¹³ Kelsen, *The Pure Theory of Law and Analytical...*, s. 44; Bkz. Aral, Vecdi, *Kelsen'in Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 1978, s. 11; s. 279; Işıktaç, Yasemin, *Hukuk Felsefesi*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004, s. 279; MeCleod, Ian, *Legal Theory*, Published by Palgrave Macmillan 2nd Edition, 2003, s. 86.

¹⁴ Austin, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, (Edited By Wilfrid E. Rumble), Cambridge University Press, 2001, Lecture I, s. 18; Bu esrin Türkçe çevirisi için bkz. Austin, John, *Hukukun Belirlenmiş Alanı* (Çev. Üker Yükselbaba-Saim Üye-Umut Koloş), 1. Baskı, Tekin Yayını 2015, s. 27; Vaquero, hukuk biliminin bazı belirsizlikler taşıdığı söylemekle beraber, bu bilimi, “hukuk alimlerinin gerçekleştirdiği faaliyetler ve bu faaliyetleri yönlendiren yöntemsel faraziyeler” olarak algıladığını söylemektedir. (Vaquero, Alvaro Nunez, “Five Model of Legal Science”, Translator: Ester González Bertrán, *Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law / Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava (REVUS)*, Klub Revus, 19, 2013, s. 56, pp. 53-81.

gerçek olmaktan çok bir postulat olduğunu söyler¹⁵. Yazara göre bu üç disiplin birbiriyle bağlantılı olarak gelişmiştir¹⁶. Timasheff, *jurisprudence*'in (hukuk biliminin) kapsamına, belirli normları inceleyen, yorumlayan ve sınıflandıran disiplin olarak *pozitif (analitik) hukuk bilimini* (genel olarak dogmatik hukuk bilimi olarak adlandırılır), normları tarihsel açıdan inceleyen *tarihsel hukuk bilimini* (genel olarak hukuk tarihi olarak bilinir), çeşitli ülke hukuklarını karşılaştıran *mukayeseli hukuk bilimini* ve hukukun zaman ve mekana göre değişmeyen biçimsel yanını inceleyen *teorik hukuk bilimini* (yaygın olarak genel hukuk teorisi olarak adlandırılır) dahil eder¹⁷. Yazara göre hukuk sosyolojisi, insan davranışlarını nedensel ilişki içerisinde incelediği için¹⁸, *jurisprudence* (hukuk bilimi) içinde değil de, onun yanında bir disiplin olarak durması gerekir¹⁹.

Çağıl, hukuk bilimini, dar anlamda hukuk bilimi (teorisi) ve geniş anlamda hukuk bilimi olarak ikiye ayırmaktadır²⁰. Dar anlamda hukuk bilimi olarak *genel hukuk teorisini* gösterirken, geniş anlamda hukuk bilimi olarak da *hukuk felsefesi, hukuk sosyolojisi ve hukuk tarihini* sayar²¹.

Kantorowicz ve Patterson, hukuk bilimini, hukukun anlamının inşasına ilişkin olarak *genel hukuk bilimi* (genel hukuk teorisi gibi) ve *özümlü hukuk bilimi* (Roma hukuku gibi)²²; deneysel alanda hukukun gerçekliğine ilişkin olarak *hukuk sosyolojisi ve hukuk tarihi*²³; deontolojik alanda hukukun değerine ilişkin olarak *hukuk felsefesi ve yasamaya ilişkin hukuk bilimi* (legislative jurisprudence) olarak sınıflarlar²⁴. Anlaşıldığı gibi Kantorowicz ve Patterson, hukukun yöneldiği değeri/değerleri konu edinen deontolojik hukuk incelemelerini de *legal science* olarak ifade ettikleri hukuk biliminin kapsamında görmekte-dirler. Dolayısıyla iyi hukuk ideali (le lege ferenda), deontolojik bir saha olarak hukuk biliminin kapsamında değerlendirilmiştir²⁵.

¹⁵ Timasheff, Nicholas S., *An Introduction to the Sociology of Law* (with a new introduction by Javier Trevino), 3th Printing, Transcention Publishers, s. 29.

¹⁶ Timasheff, s. 29.

¹⁷ Timasheff, s. 24.

¹⁸ Timasheff, s. 26.

¹⁹ Timasheff, s. 27.

²⁰ Çağıl, Orhan Münir, *Hukuk Metodolojisi Dersleri*, İkinci Tab, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1952, s. 143-144.

²¹ Çağıl, s. 143-144.

²² Kantorowicz/Patterson, s. 691.

²³ Kantorowicz/Patterson, s. 691.

²⁴ Kantorowicz/Patterson, s. 691.

²⁵ Bkz. Kantorowicz/Patterson, s. 682-684.

Twining, hukuk bilimini (jurisprudence), normatif hukuk bilimi (normative jurisprudence), analitik hukuk bilimi (analytic jurisprudence) ve empirik/sosyolojik hukuk bilimi (empirical/sociological jurisprudence) olarak üçe ayırmayı uygun bulmaktadır²⁶. Yazarın analizine göre, analitik hukuk bilimi kavramlar ve akıl yürütmeyi konu edinirken, normatif hukuk bilimi, değerleri merkeze alan etik ve politika bilimiyle ilgili, empirik/sosyolojik hukuk bilimi ise hukuksal olgularla ilgilidir²⁷. Görüldüğü gibi Twining, hukuk sosyolojisini de hukuk biliminin içine dahil etmiştir.

Hart, *The Concept of Law* eserine eklenen postscript'de betimleyici (descriptive) hukuk teorisi, değerlendirci (evaluative) veya haklılaştırıcı/meşrulaştırıcı (justificatory) hukuk teorisi ayrımı yaparak²⁸, kendi teorisini betimleyici, Dworkin'in hukuk teorisini ise kısmen değerlendirci ve haklılaştırıcı olarak tanımlamıştır²⁹. Ancak H.L.A Hart, *The Concept of Law* adlı eserinin girişinde kendi yaklaşımını aynı zamanda betimleyici sosyoloji (descriptive sociology) olarak da tanımlamıştır³⁰ Hart, kendi teorisinin ahlak bakımından nötr olduğunu ve herhangi bir haklılaştırıcı/meşrulaştırıcı bir amaç gütmemediğini söylemektedir³¹. Değerlendirci veya haklılaştırıcı hukuk teorileri, doğru/adil ve haklı hukuk ya da daha genel bir ifadeyle iyi hukuk ideallerini, benimsedikleri değerler/ilkeler temeline dayanarak savunmaktadırlar. Başka bir ifade ile değerlendirci veya haklılaştırıcı hukuk teorileri, doğru/adil hukuk arayışına dönük düşünsel etkinlikleri hukuk biliminin konusu haline getirmektedirler.

Hukuki pozitivismeye karşı gelen Dworkin'in hukuk teorisinin değerlendirci bir teori olması, hukuku bir yorum meselesi olarak ele almasından kaynaklanır³². Dworkin'de hukuki önermelerin en iyi ve en doğru bir biçimde anlaşılması, adalet ilkeler açısından yorumlanmasına bağlıdır³³.

²⁶ Twining, William; *General Jurisprudence: Understanding Law from Global Perspective*, Cambridge University Press, 2009, s. 13.

²⁷ Twining, s. 13.

²⁸ Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, Second Edition, (with a postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz) Clarendon Press-Oxford, 1994, s. 240; bkz. Julie Dickson, "Methodology in Jurisprudence: A Critical Survey", *Legal Theory*, 10 (22049), s. 118-119, pp. 117-156.

²⁹ Hart, s. 240.

³⁰ Hart, s. v.

³¹ Hart, s. 240.

³² Bkz. Dworkin, "Law as Interpretation", *Texas Law Review*, Vol. 60, (1982), s. 527-550.

³³ Uygur, s. 70-71.

Hukuka yönelik entelektüel çabalardan da anlaşıldığı gibi, hukuk kavramı ve olgusu değişik disiplin ve teorilere konu olmaktadır³⁴. Her disiplin kendi yöntemi ve amacı açısından hukuk kavramına yaklaşmaktadır. Pozitivist hukuk teorileri hariç, hukuk teorileri³⁵ de kendileri açısından doğru ya da iyi hukuk tasarımlarını dile getirmektedirler. Pozitivist hukuk teorilerinin iddiası, hukuku, pozitivist metodolojiye (pozitif bilime) göre en uygun olarak kendilerinin anladıklarına dönüktür. Mesela Kelsen, kendi teorisinin, hukuk bilimini yabancı unsurlardan temizlemeye çalıştığını söyler³⁶. Pozitivist karakterli teorileri bir yana bırakırsak, hukuk teorileri amaçlarının gereği olarak, hukuk disiplinlerinin aksine, kendi hukuk tasarım ve ideallerinin en iyi hukuk olduğunu söyleyerek indirgemeci bir tavır sergilemektedirler³⁷. Oysa hukuk disiplinleri birbirlerini dışlamayıp, Özbilgen'in belirttiği gibi yan yana durabilmektedir³⁸.

Hukukun değişik disiplinlere konu olması, beşeri davranışa yönelmiş normatif, ahlaki, felsefi, toplumsal, tarihsel, dinsel ve iktisadi unsurlara sahip olmasından kaynaklanmaktadır. Her disiplin kendi verileri ve yöntemiyle hukuk olgusuna yaklaşmaktadır. Bu durum, hukuk kavramına zenginlik katarak hukuki düşüncenin derinleşmesine katkı sağlamaktadır. Örneğin felsefe, ideal hukuk tasarımlarında bulunan teorilere yönelerek "hukuk felsefesi" alt disiplininin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Genel hukuk teorisi disiplini de geniş alanda hukuk felsefesinin konusuna girse de, hukuksal kavram ve kurumlara genel olarak betimleyici bir yöntemle nesnel olarak yaklaştığı³⁹ için kendine özgü bir karakteri vardır. Timasheff, "genel hukuk teorisinin" işlevini yerine getiren hukuk disiplini için, "teorik hukuk bilimi" (theoretical jurisprudence) tanımlamasını kullanmaktadır⁴⁰. Sosyoloji, hukuku toplumsal bir olgu olarak ele alarak "hukuk sosyolojisi" alt disiplini kimliğine bürünmüştür. Tarih, önceki zamanlara ait hukuki malzemeyi günümüze taşımayı amaçlayarak hukuk tarihi alt disiplini

³⁴ Bkz. Hırş, Ernest, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, (Güncel dile uyarlayan Selçuk Baran (Vezirioğlu) 3. Tıpkı Basım, Ankara 2001, s. 8 vd; Gözler, Kemal, *Hukukun Genel Teorisine Giriş Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*, Us-A Yayıncılık, Ankara 1998, s. 1 vd

³⁵ Bkz. Uygun, Oktay, *Hukuk Teorileri*, 1. Baskı, OnikiLevha Yayını, İstanbul 2017, (tümüne atıf).

³⁶ Bkz. Kelsen, Hans, *Pure Theory of Law*, (Translated from Second Revised and Enlarged German Edition) by Max Knight), Fift Printing 2005, s. 1.

³⁷ Özbilgen, Tarık, *Eleştirel Hukuk Başlangıcı Dersleri*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları İstanbul 1976, s. 7.

³⁸ Özbilgen, s. 8.

³⁹ Bkz. Gözler, Kemal, *Hukukun Genel Teorisine Giriş...*, s. 9 vd; Troper, s. 15.

⁴⁰ Timasheff, s. 24.

görünümünü almıştır. Bu bağlamda hukuk tarihini, hukuk sosyolojisine veri sağlayan bir disiplin olarak görmek mümkündür⁴¹. Mantık ve metodolojinin (yöntembilimin) hukuk alanına yansımış görünümü olarak “hukuk metodolojisi” karşımıza çıkmaktadır. Hukuk metodolojisi genel olarak, gerek biçimsel (formel) mantık ve gerekse hukuka özgü gelişmiş bir takım akıl yürütme ilkelerini incelemeyi amaçlar. Hukuk metodolojisi, İslam Hukuk Biliminde *Usul-i Fıkh* olarak büyük önem taşımaktadır. Hatta *Usul-i Fıkh*, hukuk felsefesini de içine alacak şekilde genişlemektedir.

Hukuk dogmatığı (legal dogmatics) veya dogmatik hukuk disiplini, belirli bir hukuk düzeninin pozitif kurallarını yorumlama ve sistematize etme işlevini yerine getirmektedir⁴². Minemura, hukuk dogmatığının, tıpkı hukuk sosyolojisi gibi, kültürel değerlerin belirlediği hukuksal olguları konu edindiği için hukuk bilimi sınıflaması içerisine girdiğini söyler⁴³. Ancak yazara göre hukuk dogmatığının ele aldığı hukuksal olgu, belirli bir hukuk düzeni olduğu halde, hukuk sosyolojisinin ele aldığı hukuksal olgu, hukuk düzeni tarafından düzenlenen yaşamın kendisidir⁴⁴.

Hukuk eğitimi ağırlıklı olarak dogmatik hukuk bilimi (disiplini) biçiminde cereyan etmektedir. Hukuk eğitimine daha evrensel bir boyut kazandırabilmemiz için, ilgi alanımızı biraz daha “genel hukuk teorisi”, hukuk sosyolojisi ve hukuk felsefesine kaydırmamız gerekir.

4- Daha Derinlikli Bir Hukuk Kavrayışı İçin Üç Temel Analiz

a) Normatif Analiz: Hukuk Felsefesi

Hukuk kavramına daha derinlikli bakmaya çalışan disiplinlerden en önemlisi hukuk felsefesidir. Felsefeden söz edildiğinde birçok insanın zihninde anlaşılmaz soyut ve karmaşık düşünceler belirir. Oysa felsefe geniş anlamda “düşünmek” fiiliyle aynı anlamları çağırır. Düşüncenin nesnesi (konusu) değişebilir. Ancak düşünmenin/felsefe yapmanın kendisi zihinsel bir faaliyet olarak, insanın (beşerin) değişmez bir niteliğidir. Varlık ve meseleler üzerinde düşünmek, eşyanın tabiatı hakkında meraklı olmak ve toplumsal sorunlara çözüm aramak, felsefe yapmak/düşünmek demektir.

⁴¹ Bkz. Güriz, Adnan, *Hukuk Felsefesi*, 7. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 2007, s. 5.

⁴² Aulis, Aarmio, *The Rational as Reasonable: A Treatise on Legal Justification*, Reidel Publishing Company Dordrecht, 1987, s. 12; Hİrş, s. 8 ve s. 11 vd; Peczenik, Aleksander, *On Law and Reason*, Springer, 2008, s. 295.

⁴³ Minemura Teruo, “Dogmatic Legal Science and Sociology of Law”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, (ARSP), Vol. 56, No. 3 (1970), s. 351, pp. 351-366

⁴⁴ Minemura, s. 352.

Dolayısıyla felsefeyi, karmaşık ve anlaşılmaz spekülasyonlar yığını olma algısından kurtarıp, hakikatı arama ve kavrama (hikmet /Wisdom) olarak yeniden gündemimize sokmamız gerekir. Kur'anı Kerimde Bakara Suresinin 269. ayetinde şöyle buyrulmaktadır: “Allah hikmeti dilediğine verir. Kime hikmet verilmişse, şüphesiz ona çokça hayır verilmiş demektir. Bunu ancak akıl sahipleri anlar”⁴⁵. Bu ayette kuşkusuz insanın aklını işletmesinin önemine vurgu yapılmaktadır. Hikmete sahip olmanın değerinin anlaşılması, akıl sahipleriyle ilişkilendirilmektedir.

Hukuk kavramı da tartışmasız olarak felsefenin konusu olmaya devam etmiştir. Zamanla Hukuk Felsefesi (legal philosophy/rechtsphilosophie) olarak tanımlanan bir disiplin (veya bilim dalı) ortaya çıkmıştır. Hukuk felsefesini dar anlamda, doğru/adil ya da ideal hukuku aramaya dönük bir disiplin olarak tanımlasak da, bugün daha fazla konu ve müfredat hukuk felsefesinin kapsamına sokulmaktadır⁴⁶.

Troper hukuk felsefesini “spekülatif ve normatif bir disiplin⁴⁷” olarak tanımlayıp, kapsamına, “hukuksal ontoloji olarak görülebilen hukuksal kavramların özlerinin incelenmesi; hukuksal epistemoloji olarak bu özlerin tanınmasını sağlayacak olasılıkların kavranması; hukuksal erekbilim olarak değerlendirilebilen hukukun amaçlarının belirlenmesini ve son olarak hukuk mantığı olarak da hukuka ilişkin akıl yürütmelerin incelenmesini sokmaktadır⁴⁸”

İyi ya da doğru/adil hukuku araştırma konusu yapan “dar anlamda hukuk felsefesi”ni *normatif hukuk felsefesi*; “geniş anlamda hukuk felsefesi”ni de, hem adil hukuk peşinde koşan normatif yaklaşımı ve hem de betimleyici yaklaşımı benimseyen *analitik hukuk felsefesini* içine alan hukuk felsefesi olarak tanımlayabiliriz. İzveren, hukuk felsefesinin konusunu, “hukuk nedir ve ne olmalıdır⁴⁹” biçiminde ortaya koyarak geniş anlamda bir hukuk felsefesi tanımı yapmıştır⁵⁰. Dolayısıyla geniş anlamda hukuk felsefesi, hukuk kavramı üzerine yapılan normatif ve analitik düşünsel faaliyeti kapsamaktadır. Zannediyorum, bugün geniş anlamda hukuk

⁴⁵ Diyanet İşleri Başkanlığı Meali.

⁴⁶ Bkz. Güriz, s. 11.

⁴⁷ Troper, s. 15.

⁴⁸ Troper, s. 15.

⁴⁹ İzveren, Adil, *Hukuk Felsefesi*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara 1988, s. 19.

⁵⁰ İzveren, s. 19.; ayrıca değişik tanımlar için Bkz. Hırş, s. 75 vd; Aral, Vecdi, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s. 31 vd; Güriz, s. 11; Işıktaç, *Hukuk Felsefesi...*, s. 27.

felsefesini, İngilizcede kullanılan *jurisprudence* sözcüğüyle ifade edebiliriz. İngilizceden hukuk bilimi olarak çevirebileceğimiz *Jurisprudence* kavramının tam çevirisi, “hukukta kabiliyet” veya “hukuk bilgisi”dir⁵¹. Çünkü *prudence* sözcüğü, Latince bilgi veya kabiliyet olarak tanımlayabileceğimiz *prudencia* sözcüğünden türemiştir⁵². Hukuk ve ahlak alanında hikmete dayalı doğru akıl yürütmeyi ifade etmek için, *prudencia* (*wisdom*) hikmet anlamında *da kullanılmıştır*⁵³. Phillipps, *jurisprudence* kavramını ideal hukuku araştıran dar anlamda hukuk felsefesi anlamında, “adaletin kurallarını analiz ve sınıflayan bilim⁵⁴” olarak tanımlamaktadır. Phillipps, hukuk bilimini, bir ahlak bilimi gibi algılamaktadır⁵⁵. Çünkü ona göre adalet, insanoğlunun ahlaken hak ettiği şeyin (hakların) gözetilmesidir⁵⁶. Doğal hukuk teorisinin savunucularından Finnis de hukuk felsefesinin dar anlamdaki işlevine uygun olarak, bu disiplinin pratik akıl felsefesiyle ilgili olduğunu söyler⁵⁷. Pratik akıl felsefesi, eylemlerimize ilişkin seçimlerimizi makul hale getiren bir disiplindir⁵⁸. Dolayısıyla bu açıdan baktığımızda, Finnis açısından hukuk felsefesi, hukuki tasavvurumuzu akla yatkın hale getiren bir işlev görmektedir. Finnis’in deyimiyle hukuk felsefesi, milletler tarafından kabul görmüş hukukun genel ilkelerinin, adil ve yetke (otorite) ilkeler olduğunu kabul etmemizi sağlayan temelleri belirlemeyi hedefler⁵⁹. Finnis’in bu ifadesini daha açık hale getirdiğimizde, hukuk felsefesi, kuralların ahlaki meşrulaştırmasını rasyonel (akla uygun) hale getirmeyi amaçlayan pratik akıl alanındaki bilişsel bir faaliyeti ifade eder.

Doğru/adil hukuku araştırmayı konu edinen dar anlamdaki hukuk felsefesi, ahlak felsefesini de ilgilendiren bir alandır. Davranışlarımızın genel doğruluk ölçütünü sorgulayan ahlak felsefesi, özel olarak hukuk felsefesine yol göstererek hukuken doğru (adil) davranışın ne olduğunu

⁵¹ Merriam-Webster Dictionary, “jurisprudence”, <https://www.merriam-webster.com/dictionary/jurisprudence> (E.T. 04.01.2017)

⁵² Merriam-Webster Dictionary, “jurisprudence”, <https://www.merriam-webster.com/dictionary/jurisprudence> (E.T. 04.01.2017)

⁵³ Bkz. Westerman, Pauline C., *The Disintegration of Natural Law Theory: Aquinas to Finnis*, Brill 1998, s. 61-62.

⁵⁴ Phillipps, Charler Spencer March, *Jurisprudence*, Adamant Media Corporation (Elibron Classics Series), 2006, s. 3.

⁵⁵ Phillipps, s. 6.

⁵⁶ Phillipps, s. 3.

⁵⁷ Finnis, John, “What is the Philosophy of Law”, *Rivista di Filosofia del Diritto* no. 1, (2012), s. 67, pp. 67-78.

⁵⁸ Finnis, s. 67.

⁵⁹ Finnis, s. 68.

analiz eder. Ancak daha önce vurguladığımız gibi⁶⁰, böyle bir analizin rasyonel, tarihsel ve iktisadi olgularla çelişmemesi için, bu alanlara ilişkin, iktisat bilimi gibi temayüz etmiş bilim ve disiplinlerin ilkelerinin dikkate alınması gerekir. Hukuk, ahlak ve iktisat birbiriyle yakın ilişki içerisinde olan alanlardır. İktisat biliminin temellerini atan Adam Smith'in aynı zamanda bir ahlak felsefecisi olduğu unutulmamalıdır⁶¹. Yine F. A. Hayek'in hukuk, siyaset ve iktisat felsefesi alanlarında dikkat çekici eserler vermesinde, hukuk ve iktisat felsefesine hakim olmasının rolü yadsınamaz⁶².

Hukuk kavramıyla ilgili derinlikli düşüncelere ihtiyacımızın olduğu tartışmasızdır. Hikmete dayalı derinlikli hukuk eğitimi, hukuk felsefesinin amacı olmalıdır. Hukuk felsefesi, genel felsefeden beslenmekle birlikte kendisine ait muayyen (spesifik) bir konusu vardır. Bu da kuşkusuz hukuktur. Dolayısıyla hukuk felsefesinin ilgi alanını hukuk kavramı üzerine yoğunlaştırmamız gerekir. Türkiye'de hukuk felsefesiyle, genel felsefe yeterince birbirinden ayrılmış değildir. Genelde hukuk felsefesi, genel felsefe tarihi şeklinde ele alınmaktadır. Çoğunlukla öğrenciler hukuk felsefesinin konusunu yeterince kavrayamamaktadır. Bundan dolayı genel felsefe konularıyla hukuk teorileri arasındaki bağ yeterince anlaşılammamaktadır. Örneğin, faydacılık konusu işlenirken, hukuk ve adalet kavramı bakımından faydacılığın ne anlama geldiği ve faydacılığın ne tür bir hukuk ve adalet teorisini beslediğinin analiz edilmesi gerekir. Dolayısıyla öğrencilerin ilgisi, genel felsefeden hukuk kavramına çekilmelidir. Hukuk kavramı ve teorileriyle ilgili meseleler hukuk felsefesinin odak noktası haline getirilmesi gerekir.

Dar anlamda hukuk felsefesi, ideal (doğru/adil) hukuku araştırmayı konu edinirken, aynı zamanda hukuk teorilerine de yönelmelidir. Çünkü iyi hukuk ideali, her hukuk teorisinin (pozitivist teoriler hariç) ilgi alanını oluşturur. Hukuk teorilerini karşılaştırmak, iyi hukuk analizlerini

⁶⁰ Örneğin bkz. "Hukuk Kavramı ve Olgusunun Metodolojik Olarak Çeşitli Açılardan Kavranması Gereği" adlı başlığa.

⁶¹ Bkz. Evensky, Jerry, *Adam Smith's Moral Philosophy: A Historical and Contemporary Perspective on Market, Law, Ethics, and Culture*, Cambridge University Press 2005, (tümüne atf).

⁶² F. A. Hayek'in, eserlerinden *Kanun, Yasama Faaliyeti ve Özgürlük* adlı üç ciltlik çalışması disiplinlerarası bir yöntemle kaleme alınması bakımından anılmaya değer. (Bkz. Hayek, Friedrich August von, *Kanun, Yasama Faaliyeti ve Özgürlük*, C.I. (*Kurallar ve Düzen*), (çev. Atilla Yayla), 1. baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara 1994 tümüne atf; *Kanun, Yasama Faaliyeti ve Özgürlük*, C. II (*Sosyal Adalet Serabı*), (çev. Mustafa Erdoğan) 1. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 1995, tümüne atf; *Hukuk, Yasama ve Özgürlük*, C. III. (*Özgür Bir Toplumun Siyasal Düzeni*), (çev. Mehmet Öz), Türkiye İş Bankası Kültür Yayını, 1997, tümüne atf).

karşılaştırmak demektir. Her hukuk teorisinin ideal hukuk tasarımı, felsefi açıdan analize tabi tutulması ve diğer iyi hukuk tasarımlarıyla karşılaştırılması gerekir. Bu görev de, hukuk felsefesine düşmektedir. Dolayısıyla hukuk felsefesinin, hukukla ilgili teorileri karşılıklı analize tabi tutan bir işlev görmesi gerekir.

Hukuk felsefesi yerine bazen hukuk teorisi de kullanılmaktadır. Dolayısıyla hukuk teorisini de, *normatif hukuk teorisi* (dar anlamda hukuk felsefesi) ve *analitik hukuk teorisi* olarak ikiye ayırabiliriz. Böyle bir ayırımında normatif hukuk teorisi, doğru/adil hukuk idealine yönelen dar anlamda hukuk felsefesinin işlevini görür. Analitik hukuk teorileri hukukun ne olduğunu açıklayan teoriler olarak betimleyici bir karakter arz eder. Raz, hukukun doğasını (niteliğini) açıklamayı amaçlayan dar anlamda bir hukuk teorisinden yana tavır alarak⁶³, geniş anlamda hukuk teorilerinin varlığına da işaret etmektedir. Raz kendi *açıklayıcı* yöntemine uygun olarak bir hukuk teorisinin varlığının başarı şansını, “hukuka ilişkin önermelerinin zorunlu olarak doğru olması ve hukukun ne olduğunu açıklamasına” bağlı olduğunu söyler⁶⁴. Raz, *zorunlu doğruluk* tanımlamasına yer vererek bir taraftan analitik felsefenin/mantıksal pozitivizm yöntemine bağlı kalarak önermelerin doğruluklarını dilsel çözümlenmeye tabi kılmakta, diğer taraftan da “olan” hukuku araştırmanın nesnesi haline getirerek değerlendirici yöntemi hukuk teorisinin dışına atmaktadır. Dolayısıyla Raz, adil hukuk sorgulamasını kendi teorisinin dışında tutmaktadır. Dagan ve Kreitner yazdıkları makalede, hukuk teorisini, toplumun “*zorlayıcı normatif kurumlarına açıklayıcı, haklılaştırıcı* (değerlendirici) ve *reformist*” açılardan yaklaşan bir teori olarak tanımladıklarını belirterek⁶⁵, geniş anlamda bir hukuk teorisinden yana tavır alırlar. Adı geçen yazarlar hukuk teorisinin, hukukun kaynakları ve gelişimi için bir taraftan toplumsal-tarihsel (*sociohistorical*) tahlillerden⁶⁶, diğer taraftan değerlendirici yan disiplinler olarak etik ve siyaset felsefesinden (hukuk ve politika disiplininden)⁶⁷ ve nihai olarak reformları amaçlayan “zanaat olarak hukuk” (law as craft)⁶⁸ yaklaşımından ibaret olması gerektiğini düşünürler⁶⁹.

⁶³ Raz, Joseph, “Can There Be a Theory of Law”, *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory* (Edited by Martin P. Golding and William A. Edmundson), Blackwell Publishing, 2005, s. 324.

⁶⁴ Raz, s. 324.

⁶⁵ Dagan, Hanoach, Kreitner, Roy, “The Character of Legal Theory”, *Cornell Law Review*, (2011), Vol. 96, s. 85. pp. 671-191.

⁶⁶ Dagan/Kreitner, s. 685 ve bkz. 675 vd.

⁶⁷ Dagan/Kreitner, s. 685 ve bkz. 673 vd.

⁶⁸ Dagan/Kreitner, s. 685 ve bkz. s. 677-678.

⁶⁹ Ayrıca bkz. Dagan/Kreitner, s. 85 vd.

Hart ve Kelsen'in teorileri gibi "genel hukuk teorisi" niteliğindeki teoriler betimleyici olduğu için, doğal hukuk gibi dar anlamdaki hukuk felsefesinin konusunu oluşturan teorilerin aksine kendi doğru/adil hukuk ya da ideal hukuk tasarımlarına yer vermezler. Dolayısıyla genel hukuk teorisi ve pozitivist hukuk teorilerini bir yana bırakırsak, hukuk teorileri, hukukla ilgili doğruluk/adillik veya iyilik iddialarını dile getiren sistematik düşüncelerle oluşmaktadır. Her hukuk teorisinin, pozitivist teoriler hariç, kendine ait doğru/adil hukuk veya iyi hukuk tasarımı vardır. Pozitivist teorilerin adil hukuku araştırma gibi bir iddiaları bulunmaz. Ancak pozitivist teoriler de hukukun doğasını en gerçekçi ve bilimsel olarak kendilerinin kavradıklarını iddia etmektedirler. Zaman ve şartlar değiştiğinde, yeni hukuk teorileri ortaya çıkmaktadır. Örneğin, doğal hukuk gibi geleneksel teoriler yanında "hukuk ve ekonomi" (law and economics) teorisi ve feminist hukuk teorisi gibi yaklaşımlar, kendi inanç ve ilkeleri açısından kendi ideal hukuk tasarımlarını savunan (görelî olarak) daha yeni düşüncelerdir. Hukuk felsefesi dersi, öğrencilere bu teorilerin kısa bir özetini ve amacını kavratmalı; öğrencilerin teorilerle ilgili eleştirel ve karşılaştırmalı bir analiz yeteneğine sahip olmalarının sağlanması amaçlanmalıdır. Dolayısıyla hukuk felsefesinin dar anlamda konusu olan "ideal hukuk tetkikleri", sanılanın aksine çok geniş bir konu yelpazesine sahiptir. Pound, eski Yunan'dan günümüze kadar olan süreçte, hukuk felsefesinin, beşeri kurumların bütünlüklü incelenmesi gibi öncü bir rol üstlendiğini söylemektedir⁷⁰. Friedmann da, hukuk teorisiyle ilgili sistematik düşüncelerin tümünün, bir taraftan felsefeyle ilgili, diğer taraftan da siyaset teorisiyle ilgili olduğunu söylemektedir⁷¹. Friedmann'ın bu analizinde, hukuk teorileri bakımından felsefe ve siyaset teorisinin disiplinlerarası (interdisipliner) bir alan oluşturduğunu söyleyebiliriz. İyi hukuk idealine dönük zihinsel faaliyetler, disiplinlerarası bir yöntem izlemesi gerekir. Yine Friedmann, bütün hukuk teorilerinin, bazı öğeleri felsefeden, bazılarını da siyaset teorisinden alması gerektiğini belirtmektedir⁷².

Ancak kendisi açısından ideal bir hukuk kavramı peşinden koşan bir hukuk teorisi, sadece felsefe ve siyaset teorisi değil, diğer alanlardan da, özellikle genel tarih, dinler tarihi, devlet tarihi, iktisat, iktisat felsefesi, iktisat tarihi, psikoloji ve sosyoloji gibi alanlardan da yararlanması gerekir. Tek bir alanın verileriyle sınırlı kalınarak iyi hukuk idealine yönelik düşünsel

⁷⁰ Pound, Rorcoe, *An Introduction to the Philosophy of Law*, Yale University Press 1922, s. 15.

⁷¹ Friedmann, W., *Legal Theory*, 2nd Edition, London 1949, s. 3.

⁷² Friedmann, s. 3.

faaliyet yürütmek kısır kalmaya mahkumdur. Kuralların arkasındaki akli (ratio legis) keşfedebilmek de yine disiplinlerarası bir zihniyete ihtiyaç duyar. Mevcut kuralların arkasındaki akli keşfedebilme kabiliyeti, topluma yeni iyi kurallar getirebilme olasılığını artırır.

Geniş anlamda hukuk felsefesi, analitik hukuk bilimini de bünyesinde barındırır. Yani hukuku olduğu gibi incelemeye çalışan betimleyici (descriptive) hukuk bilimi de hukuk felsefesinin ilgi alanındadır. Betimleyici anlayışın dayandığı metodolojide, iyi hukuk arayışı, hukuk biliminin konusunu oluşturmaz. Özellikle İngiliz analitik hukuk biliminde bunu görmekteyiz. Kelsen, iyi hukuk idealini araştırma işini, hukuk biliminin dışında tuttuğu için, genel hukuk teorisi şeklindeki eserleri, pozitivist hukuk teorisi niteliğindedir⁷³.

b) Betimleyici Kavramsal Analiz: Genel Hukuk Teorisi

Hukuk bilimini, pozitif bir yöntemle ele alan yaklaşımların en önemlilerinden birisi de genel hukuk teorisi veya bazı yazarların ifadesiyle “hukukun genel teorisi”dir⁷⁴. Troper’in tespitine göre genel hukuk teorisi, pozitivist düşüncenin tesiriyle hukuk felsefesine karşı bir teori olarak kendini göstermiştir⁷⁵.

Hukuksal kavramlara ilişkin betimleyici bir yaklaşımı benimseyerek, ideal hukuku kapsamına almayan bu yaklaşım üzerinde analitik (çözümleyici) felsefenin de etkisi büyüktür. Bazı zamanlar mantıkçı pozitivism olarak da ifade edilen analitik felsefenin doğrulama yöntemlerinden biri de önermelerin dil ve mantık açısından tahlil edilmesidir⁷⁶. Özellikle Rudolf Carnap ve Alfred Jules Ayer’in mantıkçı pozitivisminin Hart üzerinde etkisi olduğu iddia edilmektedir⁷⁷. Hukuk biliminde metafiziği dışlayan bu yaklaşım açısından felsefenin konusunu mantıksal sınıflama oluşturur⁷⁸. Kelsen’in saf hukuk teorisine baktığımızda bu yaklaşımın izlerini görebiliriz. Özellikle Kelsen hukuk bilimini, mantıksal çözümleme olarak algılamıştır⁷⁹. Başka bir anlatımla, Kelsen’in teorisinde hukuk, normların oluşturduğu mantıksal bir bütün olarak kavranmıştır⁸⁰.

⁷³ Bkz, Kelsen, *Pure Theory of Law...*, s. 1 vd; Kelsen, Hans, *General Theory of Law...*, (tümüne atf).

⁷⁴ Gözler, *Hukukun Genel...*, s. 6 ve 10.

⁷⁵ Troper, s. 14.

⁷⁶ Yazıcı, Sedat, *Felsefeye Giriş*, Genişletilmiş 3.baskı, Öncü Kitap, Ankara 2009, s. 24

⁷⁷ Curzon, L. B., *Jurisprudence*, 2nd Edition, Cavendish Publishing, London-Sydney, 1995, s. 7 ve 81.

⁷⁸ Curzon, s. 82.

⁷⁹ Curzon, s. 124 vd.

⁸⁰ Kelsen, *The Pure Theory of Law...*, s. 221 vd; bkz. *Hukuk Felsefesi...*, s. 80.

Normların içeriği, hukuk bilimi dışına taşınarak, biçimci (formalist) bir hukuk kavramı geliştirilmiştir⁸¹.

Genel hukuk teorisi, tanımlamanın da çağrıştırdığı gibi, dogmatik hukuk biliminden daha kapsayıcı bir hukuksal analiz yöntemine sahiptir. Bu yöntem, hukuk öğreticileri ve öğrencilerine, pozitif hukuk analizleri ve yorumları dışında, hukuksal kavramları evrensel olarak özümseme imkânı sağlayacaktır. Böyle bir yaklaşım, dogmatik hukuk bilimine göre daha derinlikli ve kapsayıcı görünmektedir.

Genel hukuk teorisi “geniş anlamda hukuk felsefesi”nin alt bir disiplini olarak görülebileceği gibi, hukuk felsefesi sadece ideal hukuka yönelen bir disiplin olarak değerlendirilenlerin yaklaşımı esas alındığında, kendine özgü ayrı bir disiplin olarak da görülebilir. Çağıl, dar anlamda hukuk bilimi olarak genel hukuk teorisiyle hukuk felsefesinin özdeşliğini kabul etmemekle beraber, bu iki disiplini, birbirinin tamamlayıcısı olarak görür⁸². Her ne şekilde sınıflarsak sınıflayalım, genel hukuk teorisi, hukuk bilimi ve hukuk eğitimi için önemli bir disiplindir. Bir kere genel hukuk teorisi, Kelsen’in ifade ettiği gibi belirli bir hukuk sistemini inceleme konusu yapmayı⁸³, bütün hukuk sistemlerinde görülen ortak kavram ve kurumları ele aldığı için hukuk biliminin evrensel müfredatını oluşturmaktadır. Bu açıdan, “hukuk genel teorisi”nin bir ders olarak okutulması faydalı olabilir⁸⁴. Bir kere, “İdeal hukuk veya iyi ve doğru/adil hukuk nedir” sorularına yanıt aramadan önce, hukuk kavramının hukukun genel teorisinin betimleyici ve görece tarafsız yöntemiyle ele alınması gerekir. Hukuk felsefesi ahlaki ve hatta ideolojik bir tercihi gerektirdiğinden⁸⁵, dar anlamda hukuk felsefesi yöntemiyle doğru/adil hukuk sorgulamasına başlanmadan önce güçlü bir genel hukuk teorisi bilgisine sahip olunması gerekir. Ancak genel hukuk teorisi, hukuk biliminin tümünü içine almadığından yine de iyi ya da doğru/adil hukuk idealinin, hukukun tanımı (hukuk kavramı) dışına çıkarılmaması gerekir. Eğer böyle olursa, pozitivistlerin yaptığı gibi son derece haksız ve adaletsiz hukukları da hukuk sayma sonucuyla karşılaşılabılır. Başka bir anlatımla, “olan hukuk” ile “olması gereken” hukuk arasındaki bağlantının koparılması gerekir. Pozitif hukuk, hukuk kavramının tümünü tüketmemesi gerekir. Bir yazarın

⁸¹ Aral, *Kelsen'in Saf Hukuk Teorisinin...*, s. 24; Özbilgen, s. 106; Işıқтаç, *Hukuk Felsefesi...*, s. 80.

⁸² Çağıl, s. 142.

⁸³ Kelsen, *The Pure Theory of Law and Analytical...*, s. 44.

⁸⁴ Gözler, Kemal, *Hukuka Giriş*, Ekin Yayını, 14. Baskı Bursa 2017, s. 7-8.

⁸⁵ Gözler, *Hukuka Giriş*, s. 6.

dediği gibi hukuk bilimi, salt bir pozitivizme meylederek körelmemesi gerekir⁸⁶.

Dolayısıyla hukuk sistemlerinde ve genel hukuk tarihinde görülen hukuksal kavramların tanımlanmasında genel hukuk teorisinin betimleyici/tanımlayıcı yöntemine ihtiyacımız olmakla birlikte, genel bir hukuk kavramı/tanımı için sadece bu yöntemle yetinemeyiz. Doğru ve iyi hukuk telakkimiz için, betimleyici ve değerlendirici yöntemi birlikte kullanmayı benimsememiz gerekir. Genel hukuk teorisi, kavramsal analiz yoluyla hukuk tefekkürümüzü zenginleştirebilir. Ancak iyi hukuk idesi (de lege ferenda/ideal law) için kavramsal analize, değerlendirici⁸⁷ bir analizin eklenmesi gerekir. Hakların ve insan onurunun korunması, evrensel kabul görmüş ilkelerle uyum içinde olunması gerektiğine ilişkin bir hukuk tanımlaması, yargıca, pozitif hukuku (de lege lata), haklar, insan onuru ve evrensel kabul görmüş ilkeler doğrultusunda yorumlama fırsatı verecektir.

c) Sosyolojik Analiz: Hukuk Sosyolojisi

Hukuk olgusunu, doğa bilimleri yöntemiyle ele almaya çalışan disiplinlerden birisi naturalist (pozitivist) sosyolojidir. Genel olarak Comte ve Durkheim'in etkisinde gelişen bu anlayış toplumsal olguları, neden sonuç ilişkisi çerçevesinde açıklamaktadır⁸⁸. Hukuk da bir toplumsal olgu olarak ele alınıp incelenmekte, hukukla ilgili toplumsal olgular yine aynı şekilde nedensellik ilişkisine göre açıklanmaya çalışılmaktadır. Dolayısıyla naturalist anlayışa dayanan hukuk sosyolojisi⁸⁹, açıklayıcı ve betimleyici bir karakter arz eder⁹⁰. Timasheff bu anlayışa dayanan hukuk sosyolojisini “toplumun hukukla ilgili bilimsel doğasına ilişkin yasaları keşfetmeyi amaçlayan nomografik bir bilim⁹¹” olarak tarif eder. Hukuk sosyolojisi doğru/adil hukuk hangisidir biçiminde değerlendirici bir sorgulama içine girmez⁹². Örneğin suç olgusunun arkasında bulunan toplumsal olguların

⁸⁶ Schwarz, Andreas B., “Roma Hukuku ve İngiliz Hukuku”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 11, sayı 3-4, 1945, s. 202.

⁸⁷ Bkz. Uygur, s. 92 vd.

⁸⁸ Bkz. İçli, Gönül, *Sosyolojiye Giriş*, 4. Baskı, Ankara 2009, s. 7 vd; Işıқтаç, Yasemin, *Hukuk Sosyolojisi*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014, s. 32.

⁸⁹ Timasheff, Gürkan ve Özbilgen, “hukuk sosyolojisi” deyiminin ilk kez İtalyan hukukçu D. Anzilotti tarafından “sosyologia juridica’nın karşılığı olarak kullanıldığını tespit etmişlerdir. (Timasheff, s. 52; Özbilgen, *Hukuk Sosyolojisi*, s. 62; Gürkan s. 33.)

⁹⁰ Özcan, Mehmet Tefvik, *Hukuk Sosyolojisine Giriş*, 1. Baskı, Donkişot, İstanbul 2001, s. 11.

⁹¹ Timasheff, s. 19.

⁹² Bkz. Gürkan, Ülker, *Hukuk Sosyolojisine Giriş*, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 2005, s. 24 vd.

neler olduğu, hangi tür cezaların hangi koşullar altında ortaya çıktığı, çok evliliğin hangi iklimsel ve ekonomik koşulların etkisiyle kendini gösterdiği biçimindeki hukuksal olgular, pozitivist bir pencereden kavranmaya çalışılmaktadır. Dolayısıyla sosyolojinin, hukuk olgusunu kendi metoduyla açıklamaya çalışması sürecinde bir alt disiplin olarak hukuk sosyoloji ortaya çıkmıştır⁹³. Deflem'e göre disiplin olarak hukuk sosyolojisi, klasik sosyolojiyle hemen aynı anda başlamamıştır⁹⁴. Adı geçen yazara göre klasik sosyologlar kendi çalışmalarında teorik pencerelerinden hukuka yer verseler de, bu çalışmalar bu günkü hukuk sosyolojisi niteliğinde değildi⁹⁵.

Kuşkusuz hukuk sosyolojisi sadece naturalist sosyolojinin etkisinde gelişmemiştir. Max Weber'in anti-pozitivist sosyolojisinde olduğu gibi yorumlayıcı sosyoloji (anlayış sosyolojisi) de hukuk olgusuna el atmıştır⁹⁶. Weber'in kapitalist hukuk sistemi üzerine yaptığı analizler bu bağlamda hatırlanmalıdır. Deflem, Weber'in modern hukuk sosyolojisinin kurucu babası olarak düşünülmesinin yaygın kabul gördüğünü saptamaktadır⁹⁷. Yorumlayıcı sosyoloji (anlayış sosyolojisi) bakımından Deflem haklıdır. Ancak naturalist veya pozitivist sosyoloji açısından Durkheim modern hukuk sosyolojisinin kurucuları arasında sayılabilir. Özbilgen, metod açısından hukuk sosyolojisinin Durkheim'le başladığını söyler⁹⁸.

Hukuk sosyolojisinin uzak habercileri arasında İslam düşünürü İbn Haldun önemli bir yere sahiptir. Özellikle hukuku her şeyden önce toplumsal bir olgu olarak ele alıp yerleşik toplum ve göçebe toplumlar bağlamında açıklaması⁹⁹ zamanına göre oldukça ileri bir bilimsel zihniyeti yansıtmaktadır. İbn Haldun'un toplumsal çözümlemelerinde dayanışma (asabiyyet) olgusuna yer vermesi¹⁰⁰ toplumu gözleme dayalı analiz etmesi¹⁰¹, toplumsal kuralları, doğal yasalar gibi neden sonuç ilişkisi

⁹³ Bkz. Işıқтаç, *Hukuk Sosyolojisi...*, s. 18; Özbilgen, Tarık, *Eleştirel Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, Cilt I, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1971, s. 6-63.

⁹⁴ Deflem, Mathieu, *Sosyology of Law, (Vision of Scholarly Tradition)*, Cambridge University Press, 2008, s. 1.

⁹⁵ Deflem, s. 1.

⁹⁶ Öktem/Türkbağ, s. 322 vd; Deflem, s. 37 vd.

⁹⁷ Deflem, s. 37.

⁹⁸ Özbilgen, *Hukuk Sosyolojisi*, s.62-63.

⁹⁹ İbn Haldun, *Mukaddime*, Cilt I (çev. Zakir Kadiri Ugan), MEB Yayını, İstanbul 1990, s. 302 vd, s. 350, s. 352 vd. vd; bkz. Gürkan, s. 72-76.

¹⁰⁰ İbn Haldun, s. 331, s. 352 vd; bkz.Uygun, Oktay, *İbn Haldun'un Toplum ve Devlet Kuramı*, XII Levha Yayını, 1. Baskı, İstanbul 2008, s. 34; Hassan s. 231. vd

¹⁰¹ Bkz. Hassan, Ümit, *İbn Haldun'un Metodu ve Siyaset Teorisi*, 2. Baskı, Toplumsal Dönüşüm Yayınları, 1998 İstanbul, s. 82 vd.

çerçevesinde açıklaması¹⁰², modern sosyolojinin kurucuları sayılabilen Comte, Durkheim ve Tönnies gibi toplum bilimciler için öncü girişimler olmuştur¹⁰³.

Hukuk sosyolojisinin temel amacı, hukukun yürürlük/biçimsel kaynaklarının araştırılması değil de, bu yürürlük kaynaklarını besleyen toplumsal gerçekliklerin araştırılması ve tahlil edilmesidir. Timasheff'e göre "hukuk toplumsal bir güçtür¹⁰⁴". Bu güç, belirli davranış kalıplarının bireylere dayatılması biçiminde kendisini göstermektedir¹⁰⁵. Bu anlamda hukuk sosyolojisi, hukuk olgusunun daha derindeki kaynaklarına veya hukukun gerçek kaynaklarına yönelir. Hukukun gerçek kaynaklarına inmeyi amaçlayan hukuk sosyolojisinin bu bölümü Gurvitch tarafından "sistematik hukuk sosyolojisi" (Mikro Hukuk Sosyolojisi) olarak da tanımlanır¹⁰⁶. Gurvitch toplumla, ürettiği hukuk arasındaki ilişkiyi inceleyen hukuk sosyolojisinin bölümünü, "diferansiyel hukuk sosyolojisi" (hukuki tipoloji) olarak betimler¹⁰⁷. Hukuksal kavram ve kurumların tarihsel süreç içerisindeki değişimlerinin nasıl ve hangi yönde cereyan ettiği de hukuk sosyolojisinin ilgi alanlarındandır. Hukuk sosyolojisinin bu bölümü Gurvitch tarafından "jenetik hukuk sosyolojisi" olarak adlandırılır¹⁰⁸. Örneğin bu bağlamda Durkheim hukukun, bastırıcı hukuktan (ceza hukukundan) iadevi hukuka (tazminat hukukuna) doğru evrildiğini tespit eder¹⁰⁹.

Kelsen'e göre sosyolojik hukuk biliminin konusu, normlar açısından insan davranışlarının nasıl olması gerektiği değil de, hukuk olgusu olarak insanların normlara göre gerçekte nasıl hareket ettikleridir¹¹⁰. Kelsen insan hareketini inceleyen disiplin olarak hukuk sosyolojisinin varlığına karşı gelmektedir. Kelsen açısından "saf hukuk teorisi" bir taraftan adalet felsefesinden temizlenmesi gerekirken, diğer taraftan da sosyolojiden (sosyal

¹⁰² Bkz. Hasan, s. 153 vd.

¹⁰³ Bkz. Baali, Fuad, *Society, State and Urbanism: Ibn Khaldun's Sociological Thought*, State University of New York Press, 1988, s. 109 vd; Hassan, s.48.

¹⁰⁴ Timasheff, s. 23.

¹⁰⁵ Timasheff, s. 23-24.

¹⁰⁶ Georges, Gurvitch, *Sociology of Law*, (With a New Introduction by Alan Hunt), Transaction Publishers, 2001, s. 198 vd; Ayrıca bkz. Gürkan, s. 40; Topçuoğlu, Hamide, *Hukuk Sosyolojisi*, Cilt I, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi yayınları, Ankara 1960, s.146 ve 156; Özbilgen, *Hukuk Sosyolojisi* s. 108 vd.

¹⁰⁷ Gurvitch, s. 231 vd; ayrıca bkz. Topçuoğlu, s. 146 ve 162; Özbilgen, *Hukuk Sosyolojisi* s. 101; Gürkan, s. 47.

¹⁰⁸ Gurvitch, s. 287; Bkz. Topçuoğlu, s 146-147 ve s. 166; Gürkan, s. 50.

¹⁰⁹ Bkz. Deflem, s. 61-62.

¹¹⁰ Kelsen, *The Pure Theory of Law and Analytical...*, s. 52.

gerçeklikten) temizlenmesi gerekir¹¹¹. Normativist teori (saf hukuk teorisi) açısından nasıl biyolojinin matematik açısından incelenmesi anlamsızsa, hukukun da insan davranışlarını nedenselliğe göre açıklamaya çalışan sosyolojik açıdan incelenmesi anlamsızdır¹¹². Kelsen açısından, insan davranışlarının nedenselliğe göre nereye kadar incelenebileceğini bir tarafa bırakırsak, böyle bir incelemeyi amaçlayan sosyolojinin doğa bilimlerinden farkı olmaz¹¹³. Oysa saf hukuk teorisi açısından hukuk, sosyal gerçeklikte ne olup bittiğini değil, insan davranışlarının nasıl olması gerektiğini buyurduğu için normatif alandadır¹¹⁴. Timasheff'e göre Kelsen'in biyolojinin matematiksel incelenmesinin anlamsızlığı ile hukukun sosyolojik incelenmesinin anlamsızlığı karşılaştırması hatalıdır; çünkü biyolojik olgular matematiğin dışında olduğu halde, hukuk, toplumsal (sosyal) olguların dışında olmayıp sosyal bir olgudur¹¹⁵. Timasheff açısından normların içeriği olan değerlerin insan davranışları üzerinde etkileri vardır; değerler insan davranışlarını belirli bir yönde olmasını zorlayabilir¹¹⁶. Bundan dolayı normlarla insan davranışları arasında bir nedensel ilişkinin olması olanaklıdır¹¹⁷.

Kelsen, “bir hukuk sosyolojisinden bahsetsek bile, bunun konusunun, hukuk normları kapsamına giren insan davranışları olduğunu” söyler¹¹⁸. Kelsen haksız fiil sorumluluğu kapsamında normatif hukuk bilimiyle sosyolojik hukuk bilimini karşılaştırdığı zaman, bir kimsenin sorumluluğuna gidilmesini buyuran kural, *normatif hukuk bilimi* için bir hukuk kuralı iken, *sosyolojik hukuk bilimi* için, fiilen uygulandığı için gerçek bir kuraldır¹¹⁹. Aynı olayla ilgili olarak bir tahminde bulunulması durumunda normatif hukuk bilimi için, “mahkeme şöyle karar vermelidir” şeklinde iken, sosyolojik hukuk bilimi için “mahkeme şu şekilde karar verecektir” biçimine dönüşmektedir¹²⁰. Dolayısıyla Kelsen açısından, hukuk normları olmadan, hukuk sosyolojisi de olamayacağı için, sosyolojik hukuk biliminin varlığı,

¹¹¹ Kelsen, *The Pure Theory of Law and Analytical...*, s. 44.

¹¹² Bkz. Özbilgen, *Hukuk Sosyolojisi*, s. 66.

¹¹³ Kelsen, *Pure Theory of Law*. S. 85.

¹¹⁴ Kelsen, *Pure Theory of Law*. S. 86 vd; eleştiriler için bkz. Özbilgen, *Hukuk Sosyolojisi*, s. 67 vd.

¹¹⁵ Timasheff, s. 22.

¹¹⁶ Timasheff, s. 22.

¹¹⁷ Timasheff, s. 22.

¹¹⁸ Bkz. Kelsen, *General Theory of Law...*, s. 176; Kelsen, *The Pure Theory of Law and Analytical...*, s. 52-53.

¹¹⁹ Kelsen, *General Theory of Law...*, s. 172.

¹²⁰ Kelsen, *General Theory of Law...*, s. 172 vd.

normatif hukuk sisteminin varlığına bağlanmaktadır¹²¹. Bu yüzden Kelsen açısından, “pozitif hukukun sosyolojisinin sonuçları, esasen normatif hukuk biliminden farkı yoktur¹²²”. Böylece Kelsen, normatif hukuk biliminden ayrı, salt insan davranışlarını inceleyen bir hukuk sosyolojisini anlamsız bulmaktadır.

Hâlbuki sosyolojik olarak kendiliğinden gelişen normlar, tekrarlanan ve kalıplaşan insan hareketlerinin bir sonucudur. Karşılıklı beklenti güdüsüyle tekrarlanan insan davranışları, normların oluşmasına neden olmaktadır. Kendiliğinden gelişen normların, hangi kültürel ve ekonomik ilişkilerin etkisiyle geliştiği, hukuk sosyolojisinin ilgi alanındadır. Toplumların yaşam biçimlerinin hukuk üzerindeki etkisiyle, hukukun insan davranışları üzerindeki etkisi hukuk sosyolojisinin konusu olarak nedensel (illiyet) ilişki bağlamında incelenebilir. Weber’in yorumlayıcı sosyolojisinde bile nedensel açıklamanın yeri vardır. Örneğin Weber’de hukukun rasyonelleşmesinin ekonomik gelişme (kapitalizm) üzerindeki etkisi bilinen bir tahlildir¹²³.

Hukuk sosyolojisi alanında, olgular arasındaki nedensel ilişkinin belirlenmesi, yasa koyucular ile uygulayıcılar için yol gösterici nitelikte olabilir. Örneğin ekonomik krizle, boşanma olayları arasındaki ilişkinin niceliksel tespiti; veya kırsaldaki suç çeşitliliği ile kentlerdeki suç çeşitliliğinin karşılaştırılması suç ve ceza politikası bakımından belirleyici olabilir. Bu bağlamda belirli suçların ekonomik refahı yüksek olan kesimler arasında yaygınlık kazanması halinde, bu suçların önlenmesi için yaptırım olarak adli para cezasına yer verilmemesi sosyolojik bir analizin gereğidir. Sosyolojik analizlerin uygulayıcılar üzerindeki etkisi de söz konusu olabilir. Örneğin, ekonomik krizin boşanma davasının açılması üzerindeki etkisini kavrayan yargıç, daha etkili bir rol oynayarak aile birliğini koruma yönünde çaba sarf edebilir.

Bir hukuk sisteminin tarihi mirasını açığa çıkararak veya farklı hukuk sistemlerinin gelişimini karşılaştırmalı incelemesini yaparak hukuk sosyolojisine veri sağlaması gereken hukuk tarihi, hukuk eğitiminde hukuk sosyolojisi ile yan yana durarak birbirini eyit etmelidirler.

¹²¹ Kelsen, *General Theory of Law...*, s. 175 vd.

¹²² Kelsen, *General Theory of Law...*, s. 174; Kelsen açısından, sosyolojik hukuk biliminin işlevi normlara göre mahkemelerin nasıl karar vereceği hususunda tahminde bulunmaktır. Bu da temelde bir hukuk düzeninin etkililiği veya etkisizliğini tahmin etmekten ibarettir. Etkililik ise normatif hukuk bilimi açısından bir normatif düzenin geçerliliği ile ilgili bir durumdur. Dolayısıyla, kelsen açısından sosyolojik hukuk bilimi ile normatif hukuk bilimi arasında bir ayrılık olamaz. (Kelsen, *General Theory of Law...*, s. 173).

¹²³ Weber, Max, *The Protestant Ethic and The Spirit of Capitalism*, (Translated by Talcott Parsons), Routledge, 2005 (orijinali 1930), s. xxxviii; bkz. Deflem, s. 46-47.

4-Değerlendirme ve Sonuç

Yukarıdaki açıklama ve mülahazalardan da görüldüğü gibi hukuk kavramı değişik disiplinlerin ilgi alanında yer almaktadır. Hukuki bilgiyi sadece yürürlükte normların bilinmesi ve yorumlanması olarak dogmatik hukuk bilgisinden ibaret saymak, hukukla ilgili sığ ve yüzeysel bir bakış açısını yansıtmaktadır. Dogmatik hukuk bilimi, pozitif hukukun toplumsal gerçeklere ve ihtiyaçlara uygun olarak yorumlanması için hukuk sosyolojisinden; adalet değeri, insan hakları ve onuruna uygun olarak yorumlanması için de hukuk felsefesinden yararlanmalıdır. Vaquero, dogmatik hukuk bilimine alışılmışın dışında bir rol vererek, bu bilimin (disiplinin) sadece pozitif hukukun içeriğini tanımlamakla yetinmeyip, aynı zamanda zor davalarda (hard-cases) yargıçlara çözümler sunması gerektiğini belirtmektedir¹²⁴. Bu düşünceye koşut olarak adı geçen yazar, Aarnio ve Alexy gibi mantıksal/formel gerekçelendirmeyle yetinmeyen hukuk felsefecilerinin hukuksal akıl yürütmelerine uygun olarak, hukuk dogmatikini, gerekçelendirici hukuk dogmatikini (argumentativist legal dogmatics) olarak yeniden tanımlamaktadır¹²⁵. Bu bağlamda Vaquero, hukuki akıl yürütmenin, üç boyutundan söz ederek bunları, *mantıksal geçerlilik*, *ikna edici kapasite* ve *maddi/özel makuliyet (material plausibility)* olarak sıralar¹²⁶. Yazar açısından maddi/özel makuliyet/akla yatkınlık, hukuki ihtilaflarda muhtemel en iyi çözümün bulunmasını sağlayan şartları belirlemeyi amaçlar¹²⁷. Dolayısıyla bu nitelikteki bir hukuk dogmatikini (dogmatik hukuk bilimi), sadece mevcut kurallardan hareket eden sıradan bir mantiki gerekçeyi yeterli görmeyip, buna akıl yürütmenin ikna ediciliğini ve ortaya çıkardığı sonucun mümkün olduğu kadar en iyi çözüm olmasını da eklemektedir. İşte dogmatik hukuk biliminin bu derinlikte kavranabilmesi için, hukuk felsefesi gibi diğer disiplinlerle beslenmesi gerekir. Peczenik, hukuk dogmatikinin betimleyici ve mantıksal gerekçelendirme işlevlerini içermesi yanında değerlendirici işlevinin de bulunduğunu söyler¹²⁸. Değerlendirici akıl yürütmenin, ahlaki değerler açısından yapıldığını söyleyen Peczenik¹²⁹, hukuk dogmatikinin, hukuk sisteminin içsel bir tutarlılığını sağlamaya dönük bir görevinin bulunması

¹²⁴ Vaquero, s. 60, 67 ve dipnot 37.

¹²⁵ Vaquero, s. 66.

¹²⁶ Vaquero, s. 67.

¹²⁷ Vaquero, s. 67.

¹²⁸ Peczenik, Alexander, "Scientia Iuris: An Unsolved Philosophical Problem", *Ethical Theory and Moral Practice*, Vol. 3, No. 3, (Sep., 2000), Published by Springer, s. 289. pp. 273-302.

¹²⁹ Peczenik, *Scientia Iuris*, s. 289-290.

yanında, söz konusu sistemin ahlak ve siyaset felsefesi bakımından da temellendirilmesini yapmaya dönük bir işlevinin olduğunu belirtir¹³⁰.

Hukuki kurumların işlevlerinin doğru olarak kavranması, hukuksal kavramların doğru olarak anlamlandırılması ve genel bir hukuk teorisine yol gösterici olması bakımından hukukun sosyolojik ve tarihsel analizlerinin yapılması gerekir. Bu analizler, örneğin aile ve miras kavramlarının toplumun işleyişi için ne anlam ifade ettiği ve buna benzer kurumların nasıl ortaya çıktığına ilişkin analizlerin yapılması ile dini metinlerdeki hukuksal kurumlar ve bu kurumların işlevleriyle ilgili sosyolojik tespitlerin yapılması bakımından hukuk yapımçıları ve reformcuları için yol göstericidir. Billurlaşmış evrensel değerlerin tarihsel ve sosyolojik olarak işlevlerinin irdelenmesi ve doğru bir hukuki tasavvur için hukuk sosyolojisi ve hukuk tarihi disiplinlerinin, hukuk biliminin (jurisprudence) kaçınılmaz bir ögesi olduğunun bilincine varılması gerekir. Bu disiplinleri ihmal eden nice iyi niyetli kişiler, hukuksal kurum ve kavramların gerçek anlamlarını kavrayamadıkları için beşeriyetin hukuki tasavvuruna büyük zarar vermişlerdir. Hukukun sadece kuvvete değil, aynı zamanda da hakka ve her toplumca kabul edilebilen bir takım evrensel değer ve ilkelere dayandığının anlaşılması için dar anlamda (normatif) hukuk felsefesi tahlillerine ihtiyaç vardır. Hukuk öğrencilerinin ve hukuka ilgi duyanların, hukuk bilgisinin, beşeri iradenin koyduğu normlarla tükenmediğinin farkına varmaları; hukuk öğreniminin ise dogmatik hukuk disipliniyle sınırlı olmadığı kavranması; hukukun gerçek kaynaklarına inilmesi; hukukun dilsel ve mantıksal analizinin yapılması; ahlaki, ekonomik ve toplumsal ihtiyaçlar bağlamında tetkike tabi tutulması gereğinin bilincinde olunması, gerek evrensel düzeyde ve gerekse yerel düzeyde doğru/adil olmayan hukuk telakkilerinin önüne geçilmesi bakımından önem arz etmektedir. İnsan haklarının ve insan onurunun korunması bakımından hukukun derinlikli olarak kavranması kaçınılmazdır. Hukuki tefekkürümüzü zenginleştirmek için genel hukuk teorisi ve hukuk sosyolojisi gibi hukukun pozitif yöntemlerle tetkik edilmesi yanında, evrensel değerler ve adalet açısından eleştirel bir bakış açısına da ihtiyaç vardır. Bu görevi de hukuk felsefesiyle güçlendirilmiş bir hukuk eğitimi yerine getirmelidir.

¹³⁰ Peczenik, *Scientia Iuris*, s. 290.

Kaynakça

- Aral, Vecdi**, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992.
- Aral, Vecdi**, *Kelsen'in Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 1978.
- Aulis, Aarnio**, *The Rational as Reasonable: A Treatise on Legal Justification*, Reidel Publishing Company Dordrecht, 1987.
- Austin, John**, *Hukukun Belirlenmiş Alanı* (Çev. Üker Yükselbaba-Saim Üye-Umut Koloş), 1. Baskı, Tekin Yayını 2015.
- Austin, John**, *The Province of Jurisprudence Determined*, (Edited By Wilfrid E. Rumble), Cambridge University Press, 2001, Lecture I.
- Baali, Fuad**, *Society, State and Urbanism: Ibn Khaldun's Sosyological Thought*, State University of New York Press, 1988.
- Curzon, L. B.**, *Jurisprudence*, 2nd Edition, Cavendish Publishing, London-Sydney, 1995.
- Çağıl, Orhan Münir**, *Hukuk Metodolojisi Dersleri*, İkinci Tab, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1952.
- Dagan, Hanoch, Kreitner, Roy**, "The Character of Legal Theory", *Cornell Law Review*, (2011), Vol. 96, pp. 671-191.
- Dworkin**, "Law as Interpretation", *Texas Law Review*, Vol. 60, (1982).
- Evensky, Jerry**, *Adam Smith's Moral Philosophy: A Historical and Contemporary Perspective on Market, Law, Ethics, and Culture*, Cambridge University Press 2005.
- Finnis, John**, "What is The Philosophy of Law", *Rivista di Filosofia del Diritto* no. 1, (2012), pp. 67-78.
- Fridmann, W.**, *Legal Theory*, 2nd Edition, London 1949.
- Georges, Gurvitch**, *Sociology of Law*, (With a New Introduction by Alan Hunt), Transaction Publishers, 2001.
- Gözler, Kemal**, *Hukuka Giriş*, Ekin Yayını, 13. Baskı Bursa 2016.
- Gözler, Kemal**, *Hukukun Genel Teorisine Giriş Hukuk Normlarının Geçerliliği Ve Yorumu Sorunu*, Us-A Yayıncılık, Ankara 1998.
- Güriz, Adnan**, *Hukuk Felsefesi*, 7. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 2007.
- Gürkan, Ülker**, *Hukuk Sosyolojisine Giriş*, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 2005.
- Hart, H.L.A.**, *The Concept of Law*, Second Edition, (with a postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz) Clarendon Press-Oxford, 1994.
- Hassan, Ümit**, *İbn Haldun'un Metodu ve Siyaset Teorisi*, 2. Baskı , Toplumsal Dönüşüm Yayınları, 1998 İstanbul.

- Hayek, Friedrich August von**, *Kanun, Yasama Faaliyeti ve Özgürlük*, C.I. (*Kurallar ve Düzen*), (çev. Atilla Yayla), 1. baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara 1994; *Kanun, Yasama Faaliyeti ve Özgürlük*, C. II (*Sosyal Adalet Serabı*), (çev. Mustafa Erdoğan) 1. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 1995; *Hukuk, Yasama ve Özgürlük*, C. III. (*Özgür Bir Toplumun Siyasal Düzeni*), (çev. Mehmet Öz), Türkiye İş Bankası Kültür Yayını, 1997).
- Hırş, Ernest**, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, (Güncel dile uyarlayan Selçuk Baran (Vezirioğlu) 3. Tıpkı Basım, Ankara 2001.
- Işıқтаç, Yasemin**, *Hukuk Felsefesi*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004.
- Işıқтаç, Yasemin**, *Hukuk Sosyolojisi*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014.
- İbn Haldun**, *Mukaddime*, Cilt I (Çev. Zakir Kadiri Ugan), MEB Yayını, İstanbul 1990.
- İzveren, Adil**, *Hukuk Felsefesi*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara 1988.
- Julie Dickson**, “Methodology in Jurisprudence: A Critical Survey”, *Legal Theory*, 10 (22049, pp. 117-156.
- Kantorowicz, Herman U./Patterson, W.**, “Legal Science--A Summary of Its Methodology”, *Columbia Law Review*, Vol. 28, No. 6 (Jun., 1928), pp. 679-707.
- Kelsen, Hans**, “The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence”, *Harvard Law Review*, Vol. 55, No. 1. (Nov., 1941), pp. 44-70.
- Kelsen, Hans**, *General Theory of Law and State* (Translated by Anders Wedberg), Third Printing 1949, (Originally Cambridge-Harvard University Press 1945).
- Kelsen, Hans**, *Pure Theory of Law*, (Translated From Second Revised and Enlarged German Edition) by Max Knight), Fift Printing 2005.
- Mecleod, Ian**, *Legal Theory*, Published by Palgrave Macmillan 2nd Edition, 2003.
- Merriam-Webster Dictionary**, “jurisprudence”, <https://www.merriam-webster.com/dictionary/jurisprudence> (E.T. 04.01.2017)
- Minemura Teruo**, “Dogmatic Legal Science and Sociology of Law”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, (ARSP), Vol. 56, No. 3 (1970), pp. 351-366
- Ökçesiz, Hayrettin**, “Doğru Hukukun Bilgisi”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi (HFSA)*, 8. Kitap, Haz. Hayrettin Ökçesiz, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2003, ss. 120-135.
- Özbilgen, Tarık**, *Eleştirel Hukuk Başlangıcı Dersleri*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları İstanbul 1976.
- Özbilgen, Tarık**, *Eleştirel Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, Cilt I, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1971. **Deflem, Mathieu**, *Sosyology of Law*, (*Vision of Scholarly Tradition*), Cambridge University Press, 2008.

- Özcan, Mehmet Tevfik**, *Hukuk Sosyolojisine Giriş*, 1. Baskı, Donkişot, İstanbul 2001.
- Peczenik, Aleksander**, *On Law and Reason*, Springer, 2008.
- Peczenik, Alexander**, “Scientia Iuris: An Unsolved Philosophical Problem”, *Ethical Theory and Moral Practice*, Vol. 3, No. 3 (Sep., 2000), Published by: Springer, pp. 273-302.
- Phillips, Charler Spencer March**, *Jurisprudence*, Adamant Media Corporation (Elibron Classics Series), 2006.
- Posner, Richard A.**, “The Decline Of Law As An Autonomous Discipline: 1962-1987”, *Harvard Law Review* (1986-1987), Vol. 100, pp. 761-780.
- Pound, Rorcoe**, *An Introduction to The Philosophy of Law*, Yale University Press 1922.
- Raz, Joseph**, “Can There Be a Theory of Law”, *The Blackwell Guide to The Philosophy of Law and Legal Theory* (Edited by Martin P. Golding and William A. Edmundson), Blackwell Publishing, 2005, pp. 324-342.
- Schwarz, Andreas B.**, “Roma Hukuku ve İngiliz Hukuku”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 11, sayı 3-4, 1945, pp. 180-202.
- Timasheff, Nicholas S.**, *An Introduction to The Sosyology of Law* (with a new introduction by Javier Trevino), 3th Printing, Transcantion Publishers.
- Topçuoğlu, Hamide**, *Hukuk Sosyolojisi*, Cilt I, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi yayınları, Ankara 1960.
- Troper, Michel**, *Hukuk Felsefesi*, Çev. Işık Ergüden, Dost Yayını, Ankara 2011.
- Twining, William**; *General Jurisprudence: Understanding Law From Global Perspective*, Cambridge University Press, 2009.
- Uygun, Oktay**, *Hukuk Teorileri*, 1. Baskı, OnikiLevha Yayını, İstanbul 2017.
- Uygun, Oktay**, *İbn Haldun’un Toplum ve Devlet Kuramı*, XII Levha Yayını, 1. Baskı, İstanbul 2008.
- Uygun, Gülriz**, *Hukuk, Etik ve İlkeler*, Siyasal Kitabevi, Ankara 2006.
- Vaquero, Alvaro Nunez**, “Five Model of Legal Science”, Translator: Ester González Bertrán, *Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law / Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava (REVUS)*, Klub Revus, 19, 2013, pp. 53-81.
- Weber, Max**, *The Protestant Ethic and The Spirit of Capitalism*, (Translated by Talcott Parsons), Routledge, 2005 (orjinali 1930), s. xxxviii.
- Westerman, Pauline C.**, *The Disintegration of Natural Law Theory: Aquinas to Finnis*, Brill 1998.
- Yazıcı, Sedat**, *Felsefeye Giriş*, Genişletilmiş 3.baskı, Öncü Kitap, Ankara 2009.