

HUKUK VE CEZA HUKUKU BİLİMİNİN KONUSU VE SINIRLARI SORUNU

Dr. Zeki HAFIZOĞULLARI

1. Giriş, 2. Hukuk ve ceza hukuku biliminin konusu, 3. Kural ve kuralda kurallaştırılan, 4. Normatif önermelerin temel niteliği, 5. Hukukî formalizm, a) Hukuki formalizmde hukuk düzeni bir üst-yapı kurumudur, b) Hukukun formel teorisi-hukukun normatif teorisi, c) Formel bilim ve hukuk-ceza hukuku bilimi, d) Hukukun genel teorisi formel bir bilim midir, 6) Hukuk, daha özeldede ceza hukuku normunun deneyselliği sorunu, a) Hukuk, ceza hukuku bilimi en son tahlilde deneye dayalıdır, b) Hukuk, ceza hukuku biliminde deneyselliğin sınırı, 7. Pozitif hukukun teorisi olarak hukukun normatif teorisinin bilimselliği sorunu, 8. Sonuç.

1. Giriş.

Hukuk, ceza hukuku biliminin konusu, bilimsellik değeri, sınırları halen doktrinde tartışmalı bir konudur. Bu araştırmada kısaca bu konular üzerinde durulacaktır.

2. Hukuk ve ceza hukuku biliminin konusu*¹.

Hukuk daha özel olarak ceza hukuku, başlıbaşına bir hayattır, toplumsal bir olgudur, hatta bu olgular içerisinde en önemli olanıdır. O nedenle, hukuk olgusu, tüm öteki olgular gibi değişik açılardan ele alınıp incelenebilmektedir². Söz konusu olgu, bu çoğulcu görünümün-

* Bu makalenin basımı sırasında Keyman, Hukuka giriş ve metodoloji, Ankara, 1981 adlı eser henüz çıkmamış olduğundan eserden yararlanmak mümkün olmamıştır. Ceza hukuku bilimi, bazı özellikleri de olsa, hukuk bilimi dışında düşünülemez. O nedenle bu araştırmada bütün ele alınmış ve bu bütünde genelden özele inilmiştir. Bu tür bir çalışmanın sonucu olarak hukuk ve ceza hukuku deyimleriyle genelle birlikte özel de ifade edilmek istenmiştir.

² Perassi, *Introduzione alle scienze giuridiche*, padova, 1967, s. 22 vd: Düşünür, hukuk düzeninin değişik bakış açıları altında farklı hukuk bilimlerinin konusu olabileceğini ortaya koymuştur. Bu nedenle bir hukuk biliminden değil, hukuk bilimlerinden söz etmek gerekmektedir. Ancak bu bilimler arasında münhasıran hukukçuya ait olan alan, hukukun genel teorisi ve hukuk dogmatikliği alanıdır (s. 26 vd). Hukuk dogmatikliği alanına, bundan böyle hukukun özel disiplinleri veya hukuk bilimi diyeceğiz. Hukukun genel teorisi, doktrinde aksi de söylenmiş olmakla birlikte, hukukun bir tür felsefesi değil, hukukun kendisi, yani salt hukuktur; dolayısıyla belli bir hukuk sis-

de bir de normatif bir açıdan incelenebilmektedir. Normatif bakış açı-
sından hukukun konusu sorunu, çözümünü, beşeri davranış kurallar-
ında bulmaktadır, çünkü davranışlar hukukta normatif önermelerde
ifade edilmektedirler. Gerçekten hukuk kuralları normatif birer öner-
medirler. Bu, hukuk, ceza hukuku biliminin konusunun, ölçülen, de-
nenen, gözlenen olay, olgu ve eylemlerin değil, ama bunlardan tamam-
en farklı bir varlığa sahip bulunan davranış kurallarının, yani norma-
tif önermelerin, açıkçası normların olması anlamına gelmektedir³.

Hukuk, ceza hukuku bilimi, demek ki davranışların bizzat ken-
dilerini değil, fakat onları düzenleyen kuralları, yani gerçekte gerçekte
leşip gerçekleşmemelerinden bağımsız olarak bir kısım davranışların
nasıl düzenlenmiş olduklarını incelemektedir⁴. İşte bu nitelikten ötürü
hukuk bilimi, bizzat davranışları incelemeyi konu edinen bilimlerden
ayrıldığı gibi, incelenmiş davranışlardan kurallar çıkaran bilimlerden
de ayrılmaktadır. Zira bu sonuçlar, incelenen davranışların doğru
bir teşkilini konu edindikleri halde, hukuk bilimi, davranış kurallarının
bizzat kendilerini konu edinmektedir⁵. Öyleyse, hukuk bilimi, davranış-
ları davranış olarak inceleyen bir bilim olmadığı gibi, doğal veya beşeri
bir gerçeklikten hareket ederek uyulması zorunlu bazı davranış kural-
ları saptayan bir bilim de değildir, çünkü davranış kuralları, hukuk
araştırmalarının, yani hukuk bilgisinin bir sonucu değil, sadece konu-

teminin değil, genel olarak pozitif hukukun bir teorisidir (Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 1967, s. 47; Bobbio, *Studi sulla teoria generale del diritto*, Torino 1955, s. 7). Hukuk felsefesi değerler aleminde faaliyet göstermektedir ve faaliyetinin ürünü değerlendirmedir. Hukukun genel teorisi kavramlar alanında faaliyet gösterir ve ürün olarak kuramsal önermeler ortaya koyar (Bobbio, *Teoria della scienza giuridica*, Torino, 1950, s. 12). Bu konuda bkz. Çağıl, *Hukuk metodolojisi dersleri*, İstanbul 1952, s. 141 vd.

³ Bobbio, *Teoria della scienza*, s. 162; Kelsen, *Lineamenti*, s. 51; Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, 1934, V. I, s. 1 vd.; Antolisei, *Manuale di diritto penale*, PG, Milano, 1963, s. 14-15; Toroslu, *Cürümlerin tasnifi bakımından suçun hukuki konusu*, Ankara, 1970, (giriş) passim; Kunter, *Muhakeme hukuku dalı olarak ceza muhakemesi hukuku*, İstanbul, 1978, s. 3 vd.

⁴ Bobbio, *Teoria della scienza*, s. 162.

⁵ Bobbio, *Teoria della scienza*, s. 163: Bu disiplinler arasında dilbilgisi, edebiyat-san'at, siyaset vb. disiplinler sayılabilir. Gerçekten, dilbilgisi doğru konuşmada izlenecek kuralları, edebiyat-san'at, her ne kadar sanatçı kendi kurallarını kendisi yaratırsa da, san'at yapmakta sanatçının izleyeceği kuralları; siyaset ise, devlet adamlarının amaçlarına varmak için izleyebilecekleri temel kuralları saptamayı konu edinmektedir. Hukuk bilimi, bunlara nazaran bizzat beşeri davranışları inceleyen bir bilim olmadığı gibi, belli bir toplumsal veya doğal müşahadeden hareket ederek davranış kuralları saptamayı amaçlayan bir bilim de değildir. Dilbilgisi hakkında bkz. Copi, *Introduzione alla logica*, Bologna, 1964, s. 40, 42 vd, 49, 346.

sudur. O nedenle hukuk bilimini öteki bilimlerden ayıran temel ölçütü burada aramak gerekir⁶.

2. Kural ve kuralda kurallaştırılan

Hukuk biliminin inceleme konusu madem beşeri davranış kural-
larıdır, o halde bilinmesi gereken husus, bu kurallar karşısında hukuk-

⁶ Bobbio, Teoria della scienza, s. 163. Ancak, bilmek gerekir ki, konumuzun özellikleri dolayısıyla hukuk bilimiyle aynıyet gösteren bir başka disiplin de, "ahlaki teoloji"dir. Ahlakî teolojinin veya ahlakın konusu, ahlakî davranmada insanların nasıl davranması gerektiğini saptamak amacı ile beşeri davranışın ahlakî kurallarını incelemektir. Bu nedenle, hukuk bilimiyle ahlakî teoloji arasındaki temel fark, birinin esas itibarıyla hukuku, ötekinin ahlak kurallarını incelemesidir. Ancak, aradaki bu fark, iki farklı disiplinin metodolojileri arasındaki benzerlik, hatta aynıyet üzerine etken değildir (Bobbio, Teoria della scienza, s. 164 vd) Bu nedenle her iki disiplinin benzer yönlerinde birbirlerinden yararlanması doğaldır. Ancak bu, birinin öteki olduğu anlamına gelmez, çünkü, yukarıda da belirtildi, her iki disiplinin inceleme konuları birbirlerinden farklıdır. Ahlak ve hukuk hakkında örneğin bkz. Ross, Diritto e giustizia, Torino, 1958, p. 12 ve krş. p. 7; Hart, Il concetto di diritto, trad. di Cattaneo, Torino, 1956, Böl., 9; Kelsen, Lineamenti, Bö. II, p. 8-9; Del Vecchio, Hukuk felsefesi dersleri, Çev. S. Erman, İstanbul, 1952, s. 282-295; ID. Il concetto del diritto, Bologna, 1912; Abadan Y. Hukuk Felsefesi dersleri, Ankara, 1954, s. 90 vd.; Çobanoğlu, Hukukta gaye problemi, İstanbul, 1964, s. 25 vd., 29 vd.; Aral, Hukuk ve hukuk bilimi üzerine, İstanbul, 1971, Kıs. I, p. 3; Güriz, Hukuk felsefesi, Ankara, 1975 s. 18 vd.

Ahlakî teoloji ile hukuk arasındaki metodolojik benzerlik dolayısıyla "hukuk kurallarının ahlakîliği" veya "hukukun asgari ahlak olduğu" yahut "nihai tahlilde hukukun ahlak-etik kökenli olduğu" görüşleri üzerinde de kısaca durmak gerekmektedir. Doğru, hukuk da ahlak gibi insanın doğadaki "pratik konumu alanında yer almaktadır (Bobbio, Introduzione alla filosofia del diritto, Torino, 1948 s. 32). Ancak bir hukukun ahlak olduğu anlamına gelmez. Hukukun asgari ahlak olduğu görüşü, genellikle dinci, ahlakçı, tabii hukukçu ve ahlakçı ümanistlerce savunulmaktadır. Ayrıntılarında farklı ama esaslarında bir olan bu görüşler, şöyle ifade edilebilir: Ahlak düzeni nasıl ki ilâhi düzende yerini buluyorsa, tabii tanrısal ahlak anlayışını reddetmek gerekir, hukuk da aynı şekilde ahlak düzeninde yerini bulmaktadır (Maggiore, Diritto penale, PG., Bologna, 1961 V.I, TP., s. 16. Aynı doğrultuda, Çobanoğlu, Hukukta yaga..., passim). Laik düşünürler yönünden de durum hemen hemen aynıdır. Bunlarda, hukuk, sonunda dine bağlanmamakta ve fakat ahlak kendisiyle bağımlı kavramlara vücut veren nihai bir ideoloji olmaktadır. Bunun sonucu olarak, "adalet kavramı" ortaya çıkmakta ve hukuk "fonksiyonu açısından" görülerek sonunda ahlaka indirgenmektedir. Örneğin, Erem, Ümanist doktrin açısından Türk Ceza Hukuku, GH, I, Ankara, 1971, s. 11 vd., 37 vd). Bu tartışmalar hukuka bir başlangıç noktası bulmak, bir köken aramak ihtiyacından doğmaktadır. Bu konuda iki temel düşünce akımıyla karşı karşıya bulunmaktayız. Bu akımlardan ilki hukukun kökenini din- ahlakta bulan düşünceleridir; karşıtı düşünce hukukun kökenini nesnede, ekonomide bulan düşünceleridir görüşler ve ayrıntıları için bkz. Croce, Filosofia della pratica, 6 ediz. 1950, Part III; ID. Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia, Napoli, 1962. Marksçı düşünürler de hukuku ekonomiye indirgemektedirler: Marx-Engels, Opere scelte, Roma, 1966, s. 1242; Engels, Origine della famiglia della proprietà privata dello stato, Roma 1950; Salinari, Introduzione, In "Scritti sull'arte" Bari, 1967, s. 12 vd.

çunun ne gibi bir tavır takındığıdır. İncelendiğinde, davranış kuralları karşısında hukukçunun birbirinden farklı iki tavır takındığı görülmektedir. Gerçekten, kural, sadece kural olarak, yani kendisinden hukukilik niteliği aldığı tüm davranışları içeren "tipik" bir normatif yapı olarak çözümlenir, ya da kuralın muhtevası, yani kuralda kurallaştırılan davranış çözümlenir. Ancak, burdara, ilkinci husus sağlanmış olmadıkça ikincinin sağlanması mümkün değildir, çünkü bir yapının muhtevasının bilinmesi, bizzat yapının ne olduğunun bilinmesiyle bağımlıdır. İşte, aralarında bağımlı bu iki faaliyetiten ilki, "hukukun genel teorisi" denilen disipline, öteki hukuk bilimi olarak bilinen ve kiminin dogmatik hukuk dediği⁷ hukukun farklı disiplinlerine vücut vermektedir. Bu sonuncular da, kendi aralarında, geleneksel tasniflerinde olduğu gibi, kamu hukuku - özel hukuk⁸ veya daha özeldede ceza hukuku, idare, anayasa, medeni hukuk vb. disiplinlere ayrılmaktadır⁹.

Gerçekten, karmaşıklığı içerisinde gözönüne alındığında davranış kurallarında kural denilen yapı, kural olmasından, hukukî biçimi; buna karşılık bu yapıda kurallaştırılan, yani kuralda kurallaştırılan hukukun muhtevasını teşkil etmektedir. O halde, hukukun genel teorisi,

Bu konu ile ilgili olmak üzere ve geniş bibliyografya için bkz. Battaglia, *Diritto e economia*, Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti, Padova, 1950, V.I, s. 195 vd.; Brunetti, *Il diritto, la forza dello Stato e la morale*, Pisa, 1918, s. 19 vd.; Ümanizm hakkında bkz. Lanza, *Umanesimo e il diritto penale*, Catania, 1929.

Hukukun şu veya bu kökenden gelmiş olması veya şu veya buna bağlanması, kuramsal değil öyle sanyoruz idolojik bir tartışmadır. Burada ideolojik bir tartışmaya girmek konumuzun sınırları dışındadır. Hukukun konusu normatif önermelerdir. Bizim için önemli olan da budur. Bu önermelerin şu veya bu kökenli olması, hiç olmazsa burada, araştırma konumuzla ilgili değildir. Kaldı ki, hukuk biliminin nasıl bir bilim olduğunu açıklamak için, onu, ahlâk yahut ekonomiye indirgemeye de gerek yoktur. Bu tür bir davranış, ideolojik gereksinmelere cevap verse bile, hukuk biliminin özerkliği kaybolduğundan, sakıncalı sayılmak gerekir. Ancak, bu, hukukla ekonomik yapı arasında bir bağıntının olmadığı anlamına alınmamak gerekir. Hukuk, ekonomik yapı ve ahlâk arasında kuşkusuz bir bağıntı vardır. Fakat bu bağıntıyı incelemek, pozitif hukukun bir bilgisi olan hukuk bilimine düşmez (ayrıntılı bilgi için bkz. Manzini, *Trattato*, V.I, s. 22-35).

⁷ Perassi, *Introduzione*, s. 26 vd. Toroslu da "hukuk dogmatigi" veya "dogmatik hukuk ilmi" terimlerini kullanmaktadır. (Toroslu, *Cürümlerin*, s. 4, 5 ve passim.) Örnekler daha da çoğaltılabilir. Biz, hukuk önermelerinin hiç olmazsa nihai tahlilde deneysel olduğunu varsaydığımızdan, (bkz. p. 6, a, b, c) hukuk dogmatigi terimi yerine, "hukuk bilimi" terimini kullanacağız.

⁸ Kamu hukuku-özel hukuk ayrımı halen doktrinde tartışmalı bir konu dur. Ancak, bugün, bu ayrımın genellikle kuramsal değil, didaktik bir değere sahip olduğu söylenmektedir. Kelsen, *Lineamenti*, s. 123 vd; Ross, *Diritto e giustizia*, s. 191-200; Akipek, *JG.*, *Türk medeni hukuku*, Ankara, 1973, C. 1, Cüz. 1, s. 10 vd; özellikle, s. 12-13; Göger, *Hukuk başlangıcı dersleri*, Ankara, 1972, s. 46 vd.

⁹ Bobbio, *Teoria della scienza*, s. 166

hukukun formel, yani hukukun bir biçim teorisidir. Buna karşılık, tüm disiplinleriyle hukuk bilimi, bir muhtevalar incelemesidir. Bu iki faaliyet, fiiliyatta birbirinden ayrı yürütülmekle birlikte, hukukun ve genelde özel ceza hukukunun eksiksiz bir bilgisi, ancak bu iki disiplinin birleşimi sonucu elde edebilmektedir¹⁰. Zira, bir kural olarak ele alınan kuralın biçimlik ögesinden hukuk normunun yapısı, işleyişi ve ortadan kalkışıyla ilgili araştırmalar doğarken, münferit modellerce teşkil olunan maddi ögeden kurallaştırılmış davranışların belirlenmesi, tasnifi ve sistemeleştirilmesi ile ilgili araştırmalar doğmaktadır. Öyleyse ilkinci husus, düzeninin nasıl teşkil ve terkip olduğu sorusuna, ikinci husus, kendisinden bir hukuk düzeni teşkil ve terkip olunan kurallar bütününe neleri kurallaştırdığı sorusuna cevap vermektedir. Bu demektir ki, ilkininle ilgili sorunlar yapısal, buna karşılık ikincininle ilgili sorunlar muhtevalar sorunlardır¹¹.

Ancak, hukukun genel teorisi, hukuk normunun yapısal sorunlarının çözümünü içerdiğinden, hukuk normu yapısı içinde yer alan muhtevalar sorunların çözümlenmelerini zorunlu kılmamaktadır. O nedenle, hukukun genel teorisi, hukukun bir biçim teorisidir denilmektedir. Bu da, hukukun genel teorisinin, mutlaka hukukun formel bir teorisi olduğu anlamına gelmektedir¹².

¹⁰ Bobbio, *Teoria della scienza*, s. 167; ID. *Studi sulla teoria generale del diritto*, Torino, 1955; *passim*. Kelsen, *Lineamenti*, s. 47, 59 vd.

¹¹ Bobbio, *Teoria della scienza*, s. 167.

¹² Bobbio, *Studi sulla teoria generale*, s. VI vd. ve *passim*. Hukukun genel teorisinin hukukun bir biçim teorisi olduğu doktrinde tartışmasız kabul edilen bir düşünce değildir (örneğin, değişik de olsa, Antolisei, *Per un indirizzo realistico, nella scienza del diritto penale*, Pavova, 1937, *estratto della Riv. it. di Dir. Pen. Anno, IX, 1937-XV, n. 2, s. 8, 14 vd. ve 28*). İhtilaf daha çok mantiki formalizim ile hukuki formalizmin eş tutulması üzerinde düğümlenmektedir. Oysa bu iki terim, eş anlamlı değildir. Sonra, hukukun formel teorisi, hukuk olgusunun incelenmesinde bilinen yegâne yol da değildir. Kuşkusuz, başka bakış açıları da vardır. Ancak, hangi etik-siyasi ideolojide biçimlenirse biçimlensin, hukuk düzeninin ne olduğunu veya tüm hukuk sistemlerinde cari temel öğeleri incelemeye, yegâne ama yegâne geçerli bakış açısı, hukukun formel teorisidir (geniş bilgi için bkz. Bobbio, *Studi sulla teoria generale*, Cap. IV). Hukukun formel teorisinin hukuk bilimini yozlaştıracağı, onu toplumsal gerçeklikten uzaklaştıracağı ve sonunda salt bir mantiki formalizme indirgeyeceği görüşü tutarlı olmamak gerekir, çünkü hukukun bir biçim olarak incelenmesi, ne değerlerin, ne de bir hukuk sisteminden önteki bir hukuk sistemine göre değişen tipik modellerin (*fattispecie*) incelenmesine engel değildir. Öte yandan, kalıp yapma sanatı başka bir şey, kalıbı doldurma sanatı başka bir şeydir. O nedenle, kalıp yapıcısını, ne kalıpları hep aynı şeyle doldurduğu ne de onları muhtevalardan yoksun kıldığı yolunda eleştirmemek gerekir. Bu konuda hukuki formalizmle "etik formalizm'de birbirine karıştırılmamalıdır (Bkz. Bobbio, *Studi sulla teoria generale*, Cap. VII). "Etik formalizm, adalet kavramının kanunucu anlayışının (*concezione legastica della giustizia*) doktrinidir. Hukuki formalizm, adalet sorunuyla değil, hukukun biçimsel geçerliliği sorunuyla ilgilidir. O nedenle,

3. Normatif önermelerin temel niteliği

Muhteva ögesi ve buna bağlı sorunların incelenmesi 'hukuk yorumu'nun konusu olmaktadır¹³. Ayrıntılarından çok çetin olan bu konu, burada, sadece hukuk önermelerinin temel karakterini saptama yönünden ele alınıp incelenecektir¹⁴.

Her hukuk kuralı, ileride de açıklanacağı üzere, bir önermedir, çünkü kendisiyle her hangi bir şey ifade edilmektedir. Ancak, o, herhangi bir önerme değil, ödev kapsamlı bir önermedir. Ödev kapsamlı önermeler, normatif önermelerdir. Hukuk biliminin konusu bu normatif önermeler arasında yer alan belli bir tür normatif önermelerdir. Bu ifadenin doğal sonucu, hukuk biliminin fiillerle değil, münhasıran fiiller üzerine önermelerle ilgili olduğudur¹⁵. Bu demektir ki, hukukçu, 'vak'aları müşahade etmemekte, aksine aracılığıyla vak'aları yeniden teşkil yükümlü olduğu bir kısım sözlerin anlamlarını araştırmaktadır. Bu yönü nedeniyle hukuk bilimi doğa bilimlerinden ayrılmaktadır. Zira, doğa bilimlerinde müşahade, müşahade edilen bir münasebetin

etik formalist olmakta hukuki formalist kalarak iyi bir hukukçu olmak ve hukuki sorunlara yaklaşmak her zaman mümkün olmak gerekir (Bobbio, Studi sulla teoria generale, s. VII).

¹³ Bobbio, Teoria della scienza, s. 168.

¹⁴ Burada "hukuki yorum" terimiyle kastedilen hukuk ve ceza hukuku araştırmasında metottur. Ancak, bu sorun, burada, sadece normatif önermelerin özellikleri yönünden ele alınıp incelenmiş ve bunun için de metod hakkında ayrıntılı bir incelemeye girilmemiştir. Hukuk ve ceza hukukunda metodla ilgili olarak Ör., bkz. Cammarata, Formalismo e sapere giuridico, Cappelli Editore, 1962; Sforza, Leggi giuridiche e leggi naturali, Riv. int. Fil. Dir. 1959, s. 448 vd.; ID. Norma giuridica e struttura sociale, Riv. Int. Fil. Dir. 1960, s. 127 vd.; Trevers, Il metodo teleologico, s. 545 vd.; De Francisci, Dogmatica e storia nell'educazione giuridica, Riv. Int. Fil. Dir. 1923, F. IV; Antolisei, Per un indirizzo realistico (makale tümü ile); Grispiigni, La dogmatica giuridica e il moderno indirizzo nelle scienze criminali, Milano, 1920., Estratto della Riv. di Dir. e proc. Pen., 1920, F. 11-12; Rocco, Il Problema e il metodo della scienza del diritto penale, Riv. di dir. e proc. pen, 1910; Maggiore, La dottrina del metodo giuridico e la sua revisione, Riv. Int. Fil. Dir., 1926, s. 364 vd.; ID. Fuznzioni e limiti della dogmatica nella scienza del diritto criminale, Annali dell'universita di Perugia, 1924, V. VII-VIII; Spirito, La concezione tecnico-giuridica dell diritto penale, Nuovi Studi, 1929, s. 26 vd.; Santoro, Scienza giuridica e realta" Riv. It. di Dir. Pen., 1936, n. 5; Carnelutti, Nuove riflessioni intorno al metodo, Scritti Giuridici in onore di A. De Marsico, Milano, 1960, V.I; Leone de Ugo, Il tecnicismo giuridico penale in una sua ultima formulazione, Riv. Int. Fil. Dir. 1951; Ferri, E., Principi di diritto criminale, Torino, 1928, s. 63 vd.; Petrocelli, Tecnicismo e antitecnicismo nel diritto penale, Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti, Padova, 1950, V. IV; Dönmezer-Erman Nazari ve tatbiki ceza hukuku, genel kısım, I, İstanbul, 1473 (1976), s. 54-118, 177-197; Erem, Ceza hukuku, UH. C. 1, (dolaylı da olsa) s. 1-21, 87-104; Toroslu, Cürümlerin, s. 1-18.

¹⁵ Bobbio, Teoria della scienza, s. 168-169.

önermelerini temsil eden sözlerle açıklanmaktadır. Oysa hukuk ve ceza hukuku bilimi için sözler, bu türden önermeler olmayıp, sadece hukuk araştırmasının konusu olmaktadır. O halde, hukuk biliminde, araştırma sonunda ortaya çıkan önermeler, araştırma konusu olan bir başka önermeler üzerine biçimlenmektedirler. Gerçekten, doğa bilimlerinde dil, belli bir “müşahadeler bütünü”, yani inceleme konusu yapılan gerçekliği ifade eden bilimsel sistemi teşkil etmektedir. Ancak, hukuk bilimi alanında bu böyle olmamaktadır. Zira, dil, açıkcası kanun koyucunun veya kanunun sözleri, hukuk biliminde, hukukçunun bilimsel sistemini değil, fakat münhasıran hukuk biliminin konusunu teşkil etmektedir. O halde, hukukçunun bilimsel sistemi, bizzat hukukun dilinden değil, aksine bu dil üzerine teşkil olunan bir başka dilden doğmaktadır. Görüldüğü üzere, hukuk biliminde, gerçeklikle araştırma arasına belli bir gerçekliği ifade eden ve bizzat gerçekliğin araştırması olmayan, fakat gerçeklik üzerine belli bir yargıyı ifade eden bir dil girmektedir. O nedenle, hukuk ve ceza hukuku biliminde söz konusu olan gerçek, vak’aları bilmek değil, fakat gerçeklik üzerine verilen bazı hükümlerin anlamlarını yorumlamaktır. Öyleyse doğa bilimlerinden farklı olarak hukuk bilimi, doğrudan doğruya gerçeklik üzerine bir dil değil, ama belli bir gerçeklik üzerine kurulan belli bir dil üzerine bir dildir¹⁶.

Ancak, hukuk biliminin bu yorumsal karakteri, yani fiiller üzerine bir dil olma yerine, dil üzerine teşkil olunan bir dil olma özelliği, sadece kendisine özgü bir nitelik değildir, çünkü insanı manevi tezahürleri içerisinde inceleyen bütün bilimler, yani manevi bilimler aynı özelliğe sahiptirler¹⁷. Sembollerce ifade edilen beşeri düşüncenin anlatılan usulle bilinmesi eğer yorumsa, her halde tüm manevi bilimler bu anlamda yorumsaldırlar. Zira, bunlar da, vak’alara doğrudan doğruya değil, fakat yorumlanacak bir kısım önermeler aracılığıyla nüfuz etmektedirler. Bu nedenle de, tüm manevi bilimler dilinin, vak’alar üzerine oluşmuş önermeler üzerine işlenmiş bir önermeler bütününden doğduğu söylenebilir. Durum bu olduğuna göre, getirilen ölçüt, hukuk, ceza hukuku bilimini doğa bilimlerinden ayırmakla birlikte, onun manevi bilimler arasında ferdileştirilebilmesine imkân vermemektedir. Çünkü yorum, yani söz aracılığıyla fikrî muamelelerin kavranması veya simgeden simgece ifade edilene varma, hukuk bilimiyle manevi bilimlerden sayılan öteki bütün bilimler arasında ortak bir yön olmaktadır¹⁸.

¹⁶ Bobbio, Teoria della scienza, s. 169.

¹⁷ Bobbio, Teoria della scienze, s. 170. Ayrıca bkz. Abadan Y. Hukuk felsefesi, s. 26-33. Çağıl, Hukuk metodolojisi, s. 1-7.

¹⁸ Bobbio, Teoria della scienza, s. 170.

Ancak yorumsallıkları bakımından aralarında herhangi bir fark bulunmayan hukuk ve ceza hukuku bilimi, aralarında tasnif edildikleri manevi bilimlerden, inceleme konusunu teşkil eden dil veya önermeler bakımından farklılaşmaktadırlar. Zira hukuk biliminin konusunu teşkil eden önermeler, belli bir tip önermelerdirler, açıkcası belli bir tip normatif önermelerdirler. İşte inceleme konusu önermelerin bellir bir tip normatif önermeler olması, hukuk biliminin manevi bilimler alanında feâdileştirilebilmesine imkân vermektedir. Buradan çıkarılabilecek başka bir sonuç, normatif önermelerin gerçeklik üzerine bir gerçeklik yargısı açıklamaması, aksine olması gerken üzerine bir önerme formülleştirilmesi, yani gerçeklik üzerine bir değer yargısı ifade etmesidir. O halde her normatif önerme, olan alanına değil, fakat olması gereken alanına aittir. Bu temel niteliği nedeniyle normatif önermeler, ne olmuş veya olmakta olan vak'aların bir 'tesbitini', ne de olması gereken şeylerin bir 'tahminini' formülleştirmektedirler, ve dolayısıyla sadece belirli bir kısım davranışları düzenlemektedirler. Öyleyse, araştırmalarında bu önermeleri konu edinen hukuk, ceza hukuku bilimi, ne gerçek, nede muhtemel davranışlarla ilgilidir; ilgili olduğu davranışlar, "farazi davranışlar"dırlar. Bundan ötürü, davranışlar gerçekliği karşısında norm-kural önerme, ne bir tesbittir, ne de bir tahmindir, sadece ve sadece bir "faraziye"dir¹⁹.

Aralarında benzerlikler bulunmakla birlikte "farazi davranışlar" "muhayyel davranışlar" değildirler. Aslında her iki davranış da gerçek davranış değildir, ama farazi davranışlar, daima olmuş veya olması muhtemel davranışlara karşılıkken, muhayyel davranışların bu tür bir zorunluluğu yoktur. Başka bir deyimle, bu sonuncular, farazi davranışlardan farklı olarak, hiç bir gerçek davranışın karşılığı olmayabilirler. Öyleyse, farazi davranışlar, daima ve her zaman 'mümkün davranışlar'dır. Bu demektir'ki farazi davranışlar, münhasıran mümkün davranışlar oldukları için zorunlu olarak gerek gerçek davranışlardan ve gerekse olması mümkün olmayan gerçek dışı veya farazi davranışlardan ayrılmaktadırlar. Bu nedenle de, davranışların ifadesi olan normatif kapsamlı ifadelerin, sadece ve sadece, imkân-olasılık alanına ait oldukları söylenebilir. Bunun doğal sonucu, hukuk alanının, gerek "gerçek davranışlar" alanı olan zorunluluk alanından gerekse "fantazi davranışlar" alanı olan olmazlık alanından ayrılmıştır²⁰.

Hukuk ve ceza hukuku biliminin "varolmalı ifadeleri" değil, fakat "normatif ifadeleri" konu edinmesi görüldüğü üzere kendisi gibi

¹⁹ Bobbio, Teoria della scienza, s. 171

²⁰ Bobbio, Teoria della Scienza, s. 171-172.

yorumsallık gösteren diğer manevi bilimlerden onu ayırmada esas ölçü olmaktadır. Gerçekten, yorum eylemi, en genel anlamına, yani simgeden simgece ifade edilene götürülürse, hukuk bilimiyle öteki insan bilimleri arasındaki temel farkı saptamak mümkün olmamaktadır. Ancak, daha özele inilerek gerçekliğe gitmedeki çeşitli biçim ve yollar göz önüne alınırsa, bu farkı saptamak hiç kuşkusuz mümkün olabilmektedir. Şöyle ki, manevi bilimlerin, örneğin tarihin konusu, münhasıran "varolmalı önermeler"dir, Buna karşılık, hukuk, ceza hukuku biliminin konusu, normatif önerlemelerdir' Burada, 'varolmalı önermeler' betimlemeler alanına, buna karşılık 'normatif önermeler' yaptırımlar veya emirler alanına aittirler²¹. İşte, bu nedenle, manevi bilimlerde, örneğin tarih bilimlerinde, belgelerin yorumu suretiyle bir vak'a yeniden inşa edilirken, hukuk ve ceza hukuku biliminde, hukuk kuralları veya normlarının yorumu suretiyle belli bir fiil veya fiillerin düzenlenmesi yeniden inşa edilmektedir. Böylece, gerçekliğe gitme biçimi, bu bilimlerde birbirinden farklı olmaktadır: Hukuk biliminin uğraştığı fiiller, tarih bilimlerinin aksine, gerçek fiiller değil, fakat normatif ifadelerde ifadesini bulan mümkün fiillerdir. O halde, tarihçi, yorumla gerçek alanına, buna karşılık hukukçu, imkân alanına nüfuz etmeye çalışmaktadır. Bu iki farklı tavrın sonucu olarak, tarihçi olana ulaşır; hukukçu olması gerekende kalır. İşte hukuk bilimini bütünde bireyleştirebilen bu kendine özgü niteliği, onu her halde hem aralarında tasnif edildiği manevi bilimlerden, hem de doğa bilimlerinden ayırmada tek geçerli ölçüt olmaktadır²².

Ancak, hukuk biliminin bu kendine özgülüğü, onun öteki bilimlerden ayrılmasını sağlamakla birlikte, nasıl bir bilim olduğu sorusunu gereğince açıklayamamaktadır. Zira, yorumsallıkta kendisi ile ortak olan manevi bilimler, aslında bakılırsa doğa bilimleri gibi deneysel bilimler sayılmaktadırlar. Şu farkla ki, manevi bilimlerde, örneğin tarih bilimlerinde, konusu şeye, doğa bilimlerinin aksine, doğrudan doğruya değil, ancak belgelerin yorumu, yani işaret veya simgelerin kavranması suretiyle nüfuz edilmektedir. Ama, burada, nesnenin doğal gerçekliği değil insanın manevi gerçekliği olan asıl konuya bir kere girildi mi, bundan sonra, artık manevi bilimlerle, örneğin tarih bilimleriyle, doğa bilimleri arasında esasta herhangi bir fark ortaya çıkmamaktadır, çünkü her iki grup bilimde de anlatım, varolmalı karakterde önermelerle sağlanmakta ve sonunda gelecek için tahminlerde bulunmaktadır.

²¹ Dilin yapıtma görevi ve normatif önermeler hakkında bkz. Bobbio, Teoria della norma, s. 71-122; Copi, Introduzione, Capitolo seconde; Baturhan - Grünberg, Modern mantık, İstanbul, 1973, B6. I.

²² Bobbio, Teoria della scienza, s. 173.

Başka bir deyimle, gerek tarih ve gerekse doğa bilimleri, "bu ve öteki gerçekleşti, öyleyse bu esasa göre, bu ve bu öteki gerçekleşecektir" demektedirler²³.

Oysa, bu durum, hukuk bilimi için söz konusu olmamaktadır. Hukuk biliminde, ne olan saptanmaktadır, ne de olacak tahmin edilir, çünkü hukuk biliminin konusu, olan değil, olması gerektir. Bu nedenle hukukçuyu ilgilendiren, olana (geçmiş, hal ve gelecek) ait bir şey değil, fakat münhasıran olması gerekene ait bir şeydir. Hukuk biliminde ne 'A sonucu gerçekleşti' ne de 'A sonucu gerçekleşecek veya gerçekleşebilecektir' denmektedir. Anlatım 'A gerçekleşmelidir' biçimindedir. Burada A'nın gerçekleşeceği veya gerçekleşmeyeceği, gerçekleştiği yahut gerçekleşmediği, artık hukuk biliminin değil, ama bir başka bilimin, bir başka anlatımın konusu olmaktadır²⁴.

Söylenenlerden, hukuk, ceza hukuku biliminin, konusunu teşkil eden normatif önermelerin esas karakterinden ötürü, deneysel bir bilim olmadığı, bunun bir sonucu, doğa ve tarih bilimlerinden farkının oturduğu temelin deneye dayalı olmadığı, şu halde hukukun deneye ihtiyacı olmayacağı sonucu çıkarılabilir. Ancak, bu konuda kesin bir sonuca varılmak isteniyorsa, öncelikle birbirinden farklı iki konuyu bir açıklığa kavuşturmak gerekmektedir. Hukuk bilimi gerçekten "formel bir bilim" midir, yoksa en son tahlilde deneye mi dayanmaktadır?

4. Hukukî formalizm

Hukukî formalizm, denilebilir ki, ilk kez Stamler tarafından ortaya konulmuş²⁵; fakat daha sonra yenikantçılarca süpekülatif bir

²³ Bobbio, Teoria della scienza, s. 174: Ancak, tarih bilimleri, konularının azami karmaşık olması nedeniyle genellikle gelecek için tahminlerde bulunmaktan kaçınılmaktadır. O nedenle, tarihçi, olanı anlatmak ve olan üzerine yargı vermekle yetinmektedir (s. 174). Her halde bu nedenle, "illi - gai" bilimler" tasnifinde, deneyselliğine rağmen tarih bilimlerine, gai bilimler arasında yer verilmektedir. Bkz. Çağrı, Hukuk metodolojisi, s. 18 vd. 26 vd.

²⁴ Bobbio, Teoria della scienza, s. 174.

²⁵ Stamler'e göre, toplum kavramından, ortak amaçlara varmak için faaliyet gösteren belli bir insan grubunun amaçlarıyla bağımlı bir birlik anlaşılmalıdır. Bu kavramda saklı iki ayrı unsur kesinlikle birbirinden ayrılmalıdır. Bunlardan biri, ortak hayatın şartlandırıcı biçiminde saklı ve harici bir kuralla ifade edilen bağımlılık olarak bağ, öteki, tüm diğer beşeri faaliyetler gibi belli ihtiyaçların tatminine yönelen aralarında bağımlı fertlerin uyulan faaliyetleridir. İşte toplumu teşkil eden bu iki unsur, mantıken aynı düzeyde değildirler. Birinci ötekinin mantığı şarttır. Bu şu demektir: Birinci unsur olmaksızın ikinci unsur düşünülmemek gerekir, yani toplum kavramının kurucu unsuru, mantıken harici bir kuralla belirlenmiş olmaktadır. Açıkcası, ilk unsur toplum kavramının kalıbı, formu veya biçimi, ikinci unsur maddesi, muhtevastır. Hukuk, burada, ikinci unsurla değil, birinci unsurla ilgilidir, yani biçim unsuru alanı-

temele kavuşturulmuştur²⁶. Ancak, çıkışı bu olmakla birlikte, hukuki formalizm, günümüzde, yenikantçılıkla bağımlı veya ondan bağımsız olarak hukuk, ceza hukuku biliminin, ve hiç olmazsa normatif teori açısından mümkün olan hukuk, ceza hukuku biliminin ortak malıdır²⁷. Hukuki formalizmi tüm ayrıntılarıyla incelemek, kuşkusuz konumuzun dışında kalmaktadır. Burada, bizi ilgilendiren, hukuk biliminin, iddia edildiği üzere, hukuki formalizmde "formel bir bilim" olmakla zorunlu olup olmadığıdır. Bu hususun belirlenebilmesi için de, burada, hukuki formalizmden ne anlaşıldığının, başka bir deyimle hukuki formalizmde hukukun ne olduğunun saptanması gerekmektedir.

a. Hukukî formalizmde hukuk düzeni bir üstyapı, kurumudur.

Hukuk, esas itibarıyla beşerî bir davranış normundan başka bir şey değildir. Böyle olduğu için de, o, altında zorunlu olarak tükenmeyen hayatın yürek atışları olan toplumsal ve beşerî olguların bir biçimi, açıkcası bir üstyapısıdır²⁸. O halde, bizatihi toplumsal hayat maddesi, buna karşılık normlar, bu hayatın birer kalıplarını teşkil etmektedirler. Bu da, hukuk normlarının, muhtevalarından, yani içerdikleri toplumsal hayattan bağımsız olarak incelenebilmesi demektir: İncelemenin konusu, sadece toplumsal hayatın kalıpları olan normlardır²⁹.

na aittir. Bu yolda düşünme, Stamler'in hukuku ekonomiden ayırmasına yardım etmiştir. Stamler'e göre ekonomi incelemesi veya ekonomi bilimi, asla hukuk incelemesi veya hukuk biliminden bağımsız olarak mümkün değildir. Nitekim denmektedir ki, hukuki bir irade imkanınca mantıken şartlandırılmış olmayan hiç bir ekonomik kavram veya doktrin mevcut değildir. Oysa, tersi, daima mümkün olmaktadır. O halde, toplum hayatına ve bu hayatın altındaki ekonomik hayata gidilmeksizin ve ondan bağımsız olarak hukuk araştırması yapmak her zaman mümkündür (Zikreden, Bobbio, Teoria della scienza, s. 140 vd. Stamler hakkında bkz. Del Vecchio, Presupposti, s. 9, 94, 96, 100, 109, 112, 304). Stamler yenikantçıdır. Hukukun ekonomiye, ekonominin hukuka indirgenmesi veya hukukun toplumsal gerçeklikten bağımsız kılınması yolundaki düşünceler, kuramsal bilginin değil, genellikle idolojik yaklaşımların bir ürünüdür. Öyleyse geçerlilikleri üzerinde tartışmak, hukuku ile ilgili bir sorun değildir. Stamlerin düşüncelerinde bizce önemli görülebilen husus, hukukun toplumsal hayatın bir kalıbı olduğu ve bu kalıbın toplum hayatını şartlandığı, fakat ondan şartlanmadığı düşüncesidir. Bu yoldaki bir düşüncenin sonucu bizce şu olmaktadır: Hukuk bilimi deneysel bilimlere karşısında formel bir bilimdir, çünkü deneysel muhtevadan bağımsızdır. Öyleyse ekonomi bilimi karşısında, hukuk bilimi, araçsal nitelikte olmak gerekir. Ancak, hukukun bir araç bilim olup olmadığı ileride tartışıldığından burada Stamlerin bir değerlendirmesine gitmeye gerek yoktur.

²⁶ Bkz. Del Vecchio, Presupposti, s. 7-122

²⁷ Bobbio, Teoria della norma, S.

²⁸ Bobbio, Teoria della scienza, s. 142.

²⁹ Rocco, Il problema e il metodo s. 578; Grisigni, La dogmatica giuridica e il moderno indirizro nella scienza criminale, Riv. di dir e proc. pen, 1920, s. 12 13-; Toroslu, Cürümlerin, s. 6.

Burada, form, 'biçim', 'kalıp' terimleriyle ifade edilmek istenen nedir?

Felsefe dilinde birçok değişik anlama gelen 'form' terimi, hukuk bilimi ve felsefesinde, içerisine insanın belirli toplumsal davranışlarının ve hatta belirli doğal fiillerin girdiği belli bir yapıyı ifade etmektedir. Gerçekten, söz konusu davranışlar ve doğal fiiller, daha önce değil, fakat bu yapıya girmekle birlikte hukuki münasebetler ve fiiller niteliğini kazanmaktadırlar. O halde, "hukuk bir biçimdir" dediğinde genellikle ifade edilmek istenen, hukuk normunun bazı fiil ve münasebetleri niteleyen veya nitelendiren bir yapı olduğudur. Bu anlamda, hiç bir fiil, hiç bir beşerî münasebet, varlığının doğal gereği olarak, başka bir deyimle "yaradılışından" veya kendiliğinden hukukî değildir. Bunlar, ancak hukuk denen nitelieyici belli bir yapıya, bir kalıba girmekle birlikte hukukilik sıfatına hak kazanırlar. Şu halde, hukukilik ve formel sıfatları, bütün bu hallerde aynı şeyi ifade etmektedirler, yani eş anlamlıdır³⁰.

b. Hukukun formel teorisi-hukukun normatif teorisi.

Hukukun hukukî formalizm anlamında bir üst yapı olduğunu söylemek, hiç kuşkusuz hukuk deneyini sonunda normatif açıdan görmek, başka bir deyimle hukuku norm olarak düşünmektir. Görüldüğü üzere, bu açıdan hukukun formel teorisi, hukukun normatif teorisiyle aynı olmaktadır. Bu nedenle de "ekonomik, ahlâkî vs., bir münasebet kendisini hukukî olarak nitelendiren bir yapıya girdiği için hukukî bir münasebete dönüşür" önermesi yerine, "ekonomik, ahlâkî vs., bir münasebet bir hukuk normunca düzenlendiği için hukukî bir münasebete dönüşür" önermesi koyulabilmektedir³¹. Ancak zahiren esaslı

³⁰ Crispigni, *La dogmatica giuridica*, s. 13; ID. *Diritto penale*, Milano, 1950, C.I, s. 10 vd.; Santroro, *Scienza giuridica e realtà*, s. 529; Toroslu, *Cürümlerin*, s. 6 ve passim.

³¹ Bobbio, *Teoria della scienza*, s. 143 vd., 146; Kelsen, *Lineamenti*, s. 49-52; Değişik fakat aynı sonuç Carnelutti, *Teoria generale del reato*, Padova, 1933, s. 23 vd. Hukukun formel teorisi, hukukî formalizm, bugün artık ideolojik kökeninden, ve metafizik izahından "bağımsız olarak hukuk biliminin esaslı sorunlarının çözümünden kendisinden yararlanan bir düşünce akımıdır, daha doğrusu bir metottur. Örneğin, hukuk biliminin en çetin konularından biri hukukî münasebettir. Hukukî münasebet, süjelerarası bir münasebettir. Bu münasebet hukuk ve ceza hukukunda normun sübjektifleştirilmesi biçiminde orgataya çıkmaktadır. Acaba bu münasebet nedir? Hukukî münasebet, belli bir niteleme edindiğinden hukukî sayılan etik, siyasî, ekonomik, açıkcası toplumsal muhtevalı süjelerarası bir münasebettir. O halde, münasebette hukukî olan şey münasebetin bizzat muhtevastı değil, fakat münasebetin bu yolda nitelendirilmesi, yani biçimidir (Kelsen, *Lineamenti*, s. 81). İşte bu temel noktadan hareketle doktrinde süjeler arasındaki münasebet tipi, hukukun nitelendirilebildiğinden, genelleştirilmek istenmiştir. Kimine göre, örneğin Stamler, hukukî nitelendirmenin konusu

gibi görünen bu tür bir yer değişimi, hukukun ne ve nasıl bir bilim olduğu sorunu nihai bir çözüme ulaştıramamaktadır. Zira, sorun hukuki münasebet kavramından hukuk normu kavramına götürmek, sadece onu ait olduğu alana itmektir, ama çözümlenmek değildir³². Hem hukukun normatif teorisinde hem de hukuki formalizmde hukukun ne ve nasıl bir bilim olduğu sorunu, hukuk normunun tanımının hukuk kavramı üzerine ortaya çıkan her sorunu tükettiği anlamında, hukuk normunun ne olduğunun bir belirlenmesi, yani bir tanımlı sorundur³³. Bu ifade ile hukukun tek mümkün anlayışı hukukî formalizmdir demek istenmemektedir. Aksine, demek istenen şey, hukukun bir üstyapı olmasında normatif teoriyle özdeşlik gösteren hukuki formalizmin hukuku toplumsal gerçekliğin bir biçimi veya üstyapısı olarak almamazlık edememesinin, normatif teori doğrultusundaki hukuk, ceza hukuku bilimini, bir kısım doktrinde ileri sürüldüğü gibi, gerçekten formel bir bilim olmakla zorunlu kılıp kılmadığıdır³⁴.

olan her münasebet, münhasıran ekonomik bir münasebettir. O halde, hukuk, toplumun biçimi, ekonomi, muhtevastır ve biçim muhtevayı belirlemektedir, bu yüzden biçim muhtevadan bağımsız olarak incelenebilir. Bu na karşılık, genellikle Marksçılar da dahil olmak üzere, kimi, aynı başlangıç noktasından hareketle hukuku veya hukukî münasebeti ekonomiye veya ekonomik münasebetlere indirgemektedir (örneğin, Croce, *Il libro del prof. Stamler, In materialismo strico ed economia marxistica*, Bari, 1961, s. 105-119, ID. *Filosofia, poesia, storia*, Milano-Napoli, Ricardi Editore, s. s. 596-625). Ancak, belirtmek gerekir ki, hukuk düzeninin toplumsal gerçeklikte bir biçim bir üstyapı olduğunu kanıtlamak için ne hukuku ekonomiye ne ekonomiyi hukuka indirgemeye gerek yoktur, Çünkü her iki durumda da, hukukî münasebetin muhtevastındaki çoğulculuk bir yana, hukukun bir biçim olma niteliği ortadan kalkmamaktadır. İleri sürülen düşünceler, sonunda muhteva-biçim etkileşimi ile ilgili olup, çözümlü, sorun bir hukuk sorunu olmadığından, konumuz dışında kalmaktadır. Öyleyse hukukî formalizm için önemli olan, hukukun ekonomiye indirgenmesi veya ekonominin hukukla bağımlı kılınması değil, toplumdaki muhtemel bir çok münasebetlerden, kökenleri itibarıyla neye indirgenirse indirgensin, hiç birinin doğal olarak veya kendiliğinden hukukî bir münasebet olmadığıdır. O halde, hukukî münasebet denilen münasebetler, insanlar arasındaki cari diğer münasebetlerden, etik ekonomik münasebetlerden muhtevası nedeniyle değil, sadece biçimi nedeniyle ayrılmaktadır. Bu da şu demektir. Bir münasebet hem ekonomik hem de hukukî bir münasebet olabilir. Başka bir deyimle, bir münasebet, sadece ekonomik veya sadece etik bir münasebet olarak mevcutken sadece hukukî olan, yani fitraten hukukî olan bir münasebet mevcut değildir, Çünkü bir münasebet hukukî münasebetse, bu demektir ki biçiminden ötürü hukukî münasebettir (Bobbio, *Teoria della scienza*, s. 114-145). Hukukî formalizm açısından hukukun öteki sorunları hakkında da, örneğin hukuka aykırılık, hukukî fiiller, baksız fiiller vb., aynı doğrultuda düşünülebilmektedir. Ancak, amacımız hukukî formalizmin ne olduğunu belirlemek olduğundan burada örnekleri çoğaltmaya gerek bulunmamaktadır.

³² Bobbio, *Teoria della scienza*, s. 146

³³ Bobbio, *Teoria della scienza*, s. 146

³⁴ Bobbio, *Teoria della scienza*, s. 147

Demek ki, bu sorunun çözümü, formel bilimler' terimi ile bugün kast edilen şeyin ne olduğunun bilinmesine bağlı olmaktadır.

c. Formel bilimler ve hukuk, ceza hukuku bilimi

“Deneyisel bilim” – “formel bilim” ayrımında, formel bilimler denince acaba ne anlaşılacak gerekmektedir. Bilindiği üzere, deneyisel bilimler genel alanı içresinsinde, deneyisel bilimlere ‘araçlık hizmeti gören’ matematik ve mantık gibi ‘biçim bilimleri’de bulunmaktadır. Biçim bilimleri, yani matematik veya mantık, deneyisel olarak gerçekleştirilebilecek olaylar, olgular ve fiillerle değil, fakat münhasıran semboller ve onların teşkiliyle ilgilidirler. O halde formel bilimler dendiği zaman, deneyin muhtevasıyla ilgili olmayan, sadece deneyin içinde ifade edildiği dilsel-mantıki biçimle ilgili olan bilimler anlaşılacak gerekmektedir. Bu bilimler, deneyisel dünya üzerine kurulan ifadelere sahip değildir; fakat deneyisel dünya üzerine kurulan ifadelerin teşkili için sadece bazı sembollerin nasıl kullanılacağını göstermektedirler. O nedenle, formel bilimler denen bu bilimlerin önermelerinin temel karakteri ‘analitik’liktir. Öyleyse, bu önermeler ‘tautolojik’ karakterdedirler. Buna karşılık deneyisel dünya üzerine ifadelere sahip bilimlerin, yani deneyisel bilimlerin önermelerinin temel karakteri ‘sentetik’liktir. Bunun sonucu, bu önermeden ‘tautolojik’ karakterde değildirler. İşte önermeler arasındaki bu temel farktan hareketle denilebilir ki, semboller üzerine çalışan ve kendilerini sadece ‘analitik önermeler’ ile ifade eden bilimler, kendilerini ‘sentetik önermeler’ ile ifade eden bilimler, yani deneyisel bilimler karşısında, yaradılışları itibarıyla veya kendiliklerinden bir amaçları olmadığından, deneyisel bilimlerin teşkiline ‘mantıki-dilsel’ araçlar hazırlama anlamında araçsal bilimlerdirler. Başka bir deyimle, bu bilimler, fiiller üzerine çalışan bilimlerin teşkilinde zorunlu ‘operasyonları’ güdüp kolaylaştırdıklarından, sentetik önermeler oluşturulmasında tıpkı yardımcı bir sağlama, bir hesap mekanizmasıdır. Şu halde, bunlar, kendilerine özgü bir konuya sahip değildirler, yalnızca bilimin, yani araçsal olmayan her bilimin yegâne konusu ‘deneyisel konunun’ hazırlanmasına yarayan bir önermeler sistemini teşkil etmektedirler³⁵.

Bu veriler karşısında acaba hukukun genel teorisinin ve hukuk biliminin durumu ne olmaktadır.

Gerçek şu ki, hukukun bir biçim, bir üstyapı olarak ele alınması, başka bir deyimle hukukun normatif teorisyle hukukun formel teorisinin, yani hukukî formalizmin bu bakımdan özdeşlik göstermesi,

³⁵ Bobbio, Teoria della scienza, s. 148

hukuk bilimini yukarıda anlatılan anlamda formel bir bilim olmakla zorunlu kılmamaktadır. Çünkü hukuk biliminin, formel bilimlerden farklı olarak, kendisine de özgü olsa, bir konusu vardır ve bu konu gerçeklik üzerine teşkil edilen normatif önermeleridir, yani beşeri davranış kurallarıdır. Bu da gösteriyor ki, hukuk bilimi, kendisine ait bir konuya sahiptir ve bu nedenle de tümünden soyut bir bilim değildir. Bu bir yana, 'biçim-form' teriminin, önce de belirtildiği üzere, bir değil, bir çok anlamı bulunmaktadır. Bunun için de 'matematik-mantık formel bilimdir' demekle 'hukuk toplumun bir biçimi, bir üstyapısıdır' demek, her halde aynı şey olmamak gerekir, çünkü her iki önermenin içerdiği şeylerin biri ötekinin özdeşi değildir³⁶. Mantık-matematik, önermeleri, özel muhtevalarını hesaba katmaksızın sadece önermeler olarak alıp incelemektedir. Başka bir deyimle, matematik veya mantık, sözler veya sembollerin ifade ettikleri şeyden bağımsız olarak, münhasıran önermelerin, yani anlatımın 'teşkili ve değişimi operasyonunu' araştırmaktadır. O nedenle, gerek mantık, gerek matematik, sembolleri sadece semboller olarak değerlendirir ve münhasıran semboller üzerinde çalışır. Her ikisi için de önemli olan, sembollerce ifade edilen anlamlar değil, fakat münhasıran sembol olarak sembolleridir³⁷. Halbuki hukuk bazı beşeri münasebetleri nitelendiren bir yapıdır. Başka bir deyimle, o, belirli bir deneme alanının bir nitelemesidir. Öyleyse, nitelediği denemeyi, yani muhtevayı hesaba katmaksızın hukuku incelemek mümkün değildir. Bu durumda, mantığın veya matematiğin konusu önermeler, zorunlu olarak 'salt biçim önermeler' olur-larken, hukuk biliminin konusu önermeler, yani hukuk önermeleri veya hukuk normları belli bir muhtevanın 'normatif nitelemesi' olmaktadır ve o nedenle de, mantık veya matematiğin aksine, anlamlarından yoksun kılınmadıkça, muhtevalarından arındırılmamaktadırlar³⁸.

Mantık, görüldüğü üzere, mümkün her anlatımın geçerliliği şartlarının bir araştırması iken, hukuk, sadece ve sadece, deneye ait bazı fiil veya münasebetlerin bir "faraziyesi" olmaktadır, çünkü deneye ait bu münasebetler ancak bu faraziye ile birlikte özel bir nitelik kazanmaktadırlar. Gerçekten, türü ne olursa olsun, hiç bir önermenin 'mantıki bir niteliği' yoktur ama önermelerin' mantıki bir geçerliliği vardır. Halbuki, bunun tersine, bazı toplumsal işlemlerin hukuki bir niteliği bulunmaktadır. O halde, hukuk bir biçimdir denildiğinde ifade edilmek istenen husus, hukukun, sadece ve sadece bir nitelendirme (= qualificazione) olarak bir biçim olmasıdır. Buna karşılık bu terim

³⁶ Bobbio, Teoria della scienza, s. 138.

³⁷ Bobbio, Teoria della scienza, s. 151

³⁸ Bobbio, Teoria della scienza, s. 152

mantığın kendine özgü niteliğini göstermek için kullanıldığında bununla sadece muhakemenin geçerliliği genel şartları ifade edilmek istenmektedir. Hukukî muhakeme denilen muhakeme de, kısaca hukuk mantığı da, hiç kuşkusuz buraya dahil olmaktadır. Görüldüğü üzere, burada sınırları kesinlikle belli iki farklı formalizm ortaya çıkmaktadır: Bunlar hukuki formalizm ve mantıkî formalizmlerdir³⁹.

Ancak, bu ayrıma doktrinde gereken önem verilmemiş ve çok kez hukuk bilimiyle matematik veya mantık arasında yararlı bir paralellik kurulabileceği düşünülmüştür. Bu doğrultudaki düşünceler yeni değildir hatta düşünce tarihinde her zaman ortaya çıkmış ve günümüze kadar da gelmiştir. Bugün bu görüşler genellikle yenikantçı düşünürler tarafından savunulmaktadır⁴⁰. Burada, bizi ilgilendiren, ayrıntılar değil, hukukla mantık arasında paralellik kurulabileceği düşüncesinin kökenleridir. Bu düşünceler, kökenlerini genellikle 'akılcılık' akımında bulunmaktadır. Nitekim, söz konusu paralellik, hukukta eylemlerin bir tür mantığını görme eğiliminden çıkarılmak istenmiştir. Kimi bu esasa dayanarak, hukuku, 'manevi bilimlerin matematiği' olarak nitelendirmektedir. Hatta, bu yoldaki kıyaslamayı daha da ileri götüren kimi düşünür, hukuk bilimini 'formel bir bilim' saymaktadır. Hukuk Önergeleri, bu düşünürlere göre, 'mümkünler ideal alemine dahil matematik ilkeleri ve mantık kanunları' ile aynıdır ve bundan ötürü 'münhasıran hukuka ait bir hukuk metodu' mevcut değildir⁴¹. Hukuk biliminin, farklı açıdan da olsa, formel ve soyut bir bilim olduğu görüşü bugün de ileri sürülmektedir. Bu düşünceye göre, hukuk bilimi, 'tüm hukuk deneyinin bir geometrisidir'. Denmektedir ki, salt hukukçu, istidlal eder, müşahade etmez; o sadece mantık yardımıyla hukukun geometrisini kurar⁴².

Bu görüşler doktrinde eleştirilmiştir; halen de eleştirilmektedirler. Nitekim, hukukun formel ve soyut bir bilim olduğu fikrine karşılık,

³⁹ Bobbio, Teoria della scienza, s. 153.

⁴⁰ Bobbio, Teoria della scienza, s. 153. Ancak mantık hakkında bkz. Copi, Introduzione, s. 13-16, 22; Baturhan-Grünberg, Modern mantık, s. 1 vd.; Hukuki formalizm ve mantık için bkz. Del Vecchio, Presupposti, s. 69-77, 83-106, 107-122.

⁴¹ H. Cohen ve Schreier'e atfen zikreden, Bobbio, Teoria della scienza s. 154

⁴² Kelsen'e atfen zikreden, Antolisei, Per un indirizzo realistico s. 25; Battaglini, Principi di diritto penale, Milano, 1929, s. 7.; Grispigni, La dommatica giuridica, s. 10; Pozitif hukuk bilimi münhasıran hukuk metodu ile iş görür. Bu metod, tabiatının gereği olarak rasyonel mantıktır. O halde büyük ölçüde analizden ve tümevarımdan yararlanır. Bununla birlikte o esasen "istidlali bir bilimdir" ve özellikle soyutlanmalardan yararlanır (Grispigni, La dommatica giuridica, s. 11). Hukuk dogmatığı "formel" bilimdir (Grispigni, La dommatica giuridica, s. 12). Bu niteliklerinin bir gereği olarak da o, rasyonel geometri ve matematiğe yaklaşmaktadır (Grispigni, la dommatica, giuridica s. 13). Toroslu, Cürümlerin, s. 5 ve passim.

aşırı formalizm ve soyutçuluğun hukukun düşmanı olduğu söylemektedir⁴³. Öte yandan akılcılık akımına dayandırılan formalizmin esasen siyasi bir düşüncenin hizmetinde olduğu ve bu nedenle de liberal bireyciliğin aşılmasıyla birlikte aşılmış olduğu iddia edilmiştir⁴⁴. Her ne ise, bu genel düşünceleri bir yana bırakarak, sorunun çözümü için hukuk ile matematik veya mantık arasında bir paralellik kurulup kurulamayacağını araştırmaya çalışalım.

Hukuk ile matematik veya mantık arasında bir paralellik, olsa olsa kaba bir kıyaslamadır. Hukukun mantık veya matematik olduğunu söylemek başka şey, hukukta mantık veya matematik metodlarının uygulanabileceğini söylemek başka şeydir. Hukuk biliminin metodu mantıksal metot'dur ve 'hukuk bilimi hukukun bir mantığıdır' demek, her halde bir icad sayılmamak gerekir, çünkü öteki bilimlerin metodları da acaba mantık değil midir ve aynı mantık içerisinde kalarak, örneğin fizik için doğanın, sosyoloji için toplumun mantığıdır demek acaba imkânsız mıdır. Görüldüğü üzere, hukuk biliminin mantıktan yararlandığı esası ortaya konulmakla birlikte, hukukla mantık veya matematik arasındaki kıyaslama da bitmektedir. Hukuk bilimi, ne matematik ve ne de mantık bilimidir, ancak işlemlerinde matematik veya mantık düşüncesinden yararlanmaktadır. Başka bir deyimle, hukuk bilimi, kendine buyruk 'karakteristik' bir metod değildir, öteki bilimlerin yararlandığı ve saptadığı metodlardan o da yararlanmaktadır. Hukuk ile matematik veya mantık arasındaki ilişki, öyleyse sadece ondan yararlanmaktan ibarettir. Üstelik öteki bilimler de matematiksel metodu veya mantığı kullanmaktadırlar, ama hiç biri için bunlar mantık veya matematiktir denilmemektedir. Nitekim fiziğin matematikle aynı şey olduğu söylenememektedir. Şu halde, sorunun çözümü kökenini burada değil, fakat deneysel-formel bilimler ayrımında bulmaktadır: Deneysel bilimler, bilindiği üzere, metod olarak matematik veya mantık dilini kullanmaktadırlar. Bu dili teşkil eden birimler formel bilimlerdirler. İşte o nedenlerdir ki, hukuk biliminin matematik veya mantık olduğunu, yani diğer araştırma alanlarında kullanılabilecek bir dil olduğunu söylemek başka şeydir, buna karşılık hukuk biliminin matematik veya mantık diliyle kendisini ifade ettiğini söylemek gene başka şeydir⁴⁵. Öyleyse, iki şeyi birbirine karıştırmamak gerekmektedir. Ama, yeri gelmişken belirtelim, bir dil olarak hukuk bilimi anlatımının matematik veya mantıktan nasıl nerede ve hangi ölçüler içinde yararlanacağı sorunu, bu konunun sınırları dışında

⁴³ Maggiore, Diritto penale, V.I, TP. s. 89.

⁴⁴ Antolisei, Per un indirizzo realistico, s. 29; Treves, Il metodo teleologico, s. 547 vd.

⁴⁵ Bobbio, Teoria della scienza, s. 154-155.

kalmaktadır. Ancak, şu kadarını söyleyelim ki, Rocco'nun "teknik hukuku okulu" tüm eleştirilere rağmen bu sorunların çözümünde hâlâ büyük ölçüde geçerliliğini korumaktadır⁴⁶.

d. Hukukun genel teorisi formel bir bilim midir?

Hukukun genel teorisinin hukukun formel teorisi olduğu söylenmekle birlikte, hukukun ekonomik, toplumsal, vs. muhtevasından bağımsız normatif yapısının bir bilgisi olan veya normun norm olarak değerlendirilmesi ve kurucu unsurlarının bir incelemesi sayılan hukukun genel teorisi, mantık veya matematiğin formel bir bilim olması anlamında formel bir bilim değildir. Evet, mantık veya matematiğin formel bir bilim olduğu için araçsal bir değere sahip bulunduğu nasıl söylenebiliyorsa, aynı şekilde hukukun genel teorisinin de, hukukun özel disiplinleri karşısında, birlikte hem formel, hem de araçsal bir değere sahip olduğu söylenebilmektedir. Zira, denmektedir ki, hukukun genel teorisinin sağladığı salt hukuk biçimlerinin teşkilinin, kendinden bir amacı yoktur. O nedenle hukukun genel teorisi, hukukun özel disiplinleri için sadece bir inşa şeması olarak iş görmektedir. Öte yandan hukukun özel disiplinleri, sürekli olarak hukukun genel teorisince teşkil edilmiş olan modellere gitmek zorundadırlar, aksi halde araştırmalarında bir adım bile ilerlemek olanağına sahip olamazlar, çünkü bu bağlantı, tıpkı fizik bilimleriyle matematik ve mantık arasındaki bağıntı gibidir. Ancak, bu tür bir kıyaslama, ne kadar ince olursa olsun, kıyas şartlarının bulunmaması nedeniyle geçerli olmamak gerekir. Geçersizlik, araçsalık teriminin, biri ötekinden farklı iki anlamda kullanılmış

⁴⁶ Teknik hukuk okuluna göre hukuk incelemesinin konusu münhasıran pozitif hukuktur (Rocco, *Il problema e il metodo*, passim). Hukuk araştırması üç evreden müteşekkildir: Şerh, sistem ve eleştiri evreleri. Bu evreler arasında bağımlılık göstermektedirler. O nedenle bir evre tamamlanmadan öteki evrelere geçilemez (Rocco, *Il problema e il metodo*, s. 562 vd). Şerh, ceza hukuku kurallarının bir yorumu safhasıdır. Bu safhada bütün yorum çeşitleri ve yorum vasıtaları, hatta bazı sınırlar altında kıyas da kullanılmaktadır (Rocco, *Il problema e il metodo*, s. 563). Ancak, hukukçunun görevi bununla bitmemektedir; Yorumu sistem safhası izlemektedir. Rocco'nun dogmatik inceleme dediği bu safhada pozitif hukukun, kendi sistematik koordinasyonu ve mantığı içerisinde temel ilkeleri sergilenir ve anlatılır. Böylece hukuki münasebet ve müesseselerin teşkili sağlanmış olmaktadır (Rocco, *Il problema e il metodo*, s. 164 vd). Görüldüğü üzere, hukukçunun bilimsel sistemini teşkil eden dil, normatif bir anlatım değil, fakat belli bir normatif anlatım üzerine teşkil olunan betimsel bir (*descrittivo*) bir anlatımdır. Son safha eleştiri safhasıdır. Ancak, bu safha bir değer yargısı vermek safhası olduğundan, bakış açısına göre değerlendirmenin sonuçları da değişebilmektedir (Rocco, *Il problema e il metodo*, s. 572 vd). Teknik hukuk okulu hakkında geniş bilgi ve eleştiriler için bkz. Dönmezer-Erman, *Ceza Hukuku, GK.*, 1, 72-105 (104-5) ve Toroslu, *Cürümlerin*, s. 10-24).

olmasından gelmektedir. Gerçekten, mantığın araçsallığı, mümkün olan her tip bilimsel çalışmada geçerliyen, hukukun genel teorisinin araçsallığı, yalnızca hukukun özel disiplinleri için geçerlidir. Bunun bir sonucu olarak, hukukun genel teorisi, madem ki bir bilimdir, mantıki bir yapıdan da uzak olmamak zorundadır. Bu durum da, hukukun genel teorisinin mantıktan bağımsız olarak var olduğunun bir kanıtı olmakta ve öteki bilimler mantıktan nasıl yararlanıyorlarsa aynı şekilde hukukun genel teorisinin de mantıktan yararlanması sonucunu doğurmaktadır⁴⁷.

Diğer bir konu, mantığın araçsallığının, gelişimi için her tip bilimsel araştırmaya zorunlu araçları sağlama anlamına gelmesidir. Gerçekten, bir araştırma, eğer araştırma olarak bir sonuca varmak istiyorsa, gelişimi şartları olan mantıki biçimlere uymakla zorunludur. Halbuki hukukun genel teorisinin, hukukun özel disiplinleri karşısındaki araçsallığı, böyle bir araçsallık değildir. Hukukun genel teorisi, hukukun disiplinlerinin gelişimi şartlarını hazırlamamakta, fakat onlara bir 'niteleme şeması' açıkçası bazı 'niteleme şemaları' vermektedir. O halde, hukukun genel teorisinin araçsallığıyla mantık veya matematiğin araçsallığı aynı şeyler değildir. Ne hukuk bilimi, ne de hukukun genel teorisi, mantık veya matematik anlamında, ne formel, ne de araçsal bir bilimdir⁴⁸.

Durum bu olunca ortaya yeni bir sorun çıkmış olmaktadır. Hukukun genel teorisi de dahil olmak üzere genel olarak hukuk bilimi eğer formel bir bilim değilse, o halde nedir veya nasıl bir bilimdir?. Burada, karşımıza, iki ihtimal çıkmaktadır. Hukuk bilimi ya deneysel bir bilimdir veya deneysel bir bilim değildir. Bu sorunlar, çözümünü, hukuk, ceza hukuku normlarının deneyle dayalı olup olmadığı sorununun çözümünde bulmaktadırlar.

5. Hukuk, ceza hukuku normunun deneyselliği sorunu

Deneysel bilimler 'müşahadeye', 'deneye' dayalı bilimlerdir. Başka bir deyimle, doğal yahut ruhsal denilen olguları araştıran ve araştırılan bu olguların farkları esasına göre birbirinden ayrılan bilimlere deneysel bilimler denmektedir. Deneysel bilimlerin niteliği, deneysel olarak gerçekleştirilebildiklerinden, deneysel olarak geçerli oldukları

⁴⁷ Bobbio, Teoria della scienza, s. 156-157.

⁴⁸ Bobbio, Teoria della scienza, s. 157-158. Bkz. Levi, Natura e funzione della teoria generale del diritto, Scritti giuridici in onore della CEDAM nel cinquantenario sua fondazione, Padova, 1953, C.V.I., s. 23 vd.

söylenen önermeler formüleştirebilmeleridir⁴⁹. Hukuk bilimi, konusu ve bu konu üzerine inşa ettiği önermeleri itibariyle acaba bu anlam da deneysel midir? Başka bir deyimle, münhasıran hukukçuya ait olduğu söylenebilen bir hukuk olgusu gerçekte var mıdır. Cevap, her halde, olumsuz olacaktır.

Önce de belirtildiği üzere, toplumda, 'doğuştan' veya doğasının gereği olarak hukukî olan bir olgu mevcut değildir. Ne suç, ne de ceza doğaya ait kavramlar değildir. Bizim hukuk olgusu diye nitelendirdiğimiz olgu, gerçekte belli bir türden bir normca düzenlenmiş olmanın kendisine belli bir nitelik kazandırdığı toplumsal (ekonomik veya etik-siyasi) bir olgudan başka bir şey değildir. Kaldı ki, hukuk önermeleri, yani hukuk normları, 'olması gereken alemine; ideal alemine' ait olduklarından, deneysel olarak da gerçekleştirilmemektedirler. Hatta, bu önermeler karşısında, böyle bir sorun koymak da anlamsızdır, her hangi bir anlam ifade etmemektedir⁵⁰. Gerçek bu olduğuna göre, acaba hukuk, ceza hukuku biliminin deneyselliğinden söz edilebilecek midir. Yok söz edilemeyecekse, hukuk bilimi manevi bilimler arasında yer alan ve deneysel olmayan bazı disiplinlerden, örneğin 'doğmalar'dan ve 'özel felsefe'den nasıl ve ne yolda ayrılacaktır⁵¹.

a . Hukuk, ceza hukuku bilimi en son tahlilde deneye dayalıdır:

Doktrinde 'hukuk dogmatikliği tarafından elde edilen bilginin 'felsefi' değil, 'amprik' olduğu söylenmiştir. Denmektedir ki 'hukuk dogmatikliği' hatta çok genel kavramların tesbitine ulaştığı zaman dahi, hukuku 'amprik' bir olay olarak gözönüne almaktadır, çünkü bu tür kavramlar sadece kendisinden çıkarıldıkları hukuk düzenine dayanırlar ve yine o düzen yönünden bir değer ifade ederler, o halde, asli, felsefi, evrensel bir mahiyet arzetmemektedirler⁵²: Soruna aslında çok doğru

⁴⁹ Bobbio, *Teoria della scienza*, s. 159; farklı fakat aynı doğrultuda, Copi, *Introduzione*, s. 467-479. Ayrıca bkz. Del Vecchio, *Presupposti*, s. 87-106; Preti, *Praxis ed empirismo*, Torino, 1957; Domenico, *Empirismo e dogmatica nel diritto*, In *scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, CEDAM, Padova, 1950, V.I., s. 249 vd. Bilimlerin teasniffiyile ilgili olmasa da deneysellik için bkz. Abadan Y., *Hukuk felsefesi*, s. 68 vd.

⁵⁰ Bobbio, *Teoria della scienza*, s. 159.

⁵¹ Bkz. Bobbio, *Teoria della scienza*, s. 78-99 ve 136 vd.; Abadan Y., *Hukuk felsefesi*, s. 26-33; Çağıl, *Hukuk metodolojisi*, s. 25 vd. ID. *Hukuk ilmine giriş*, İstanbul, 1971, s. 101-113.

⁵² Toroslu, *Cürümlerin*, s. 4; Grispigni, *Diritto penale italiano*, Milano, 1952, V.I., s. 11 vd.; Rocco'ya göre yegane ceza hukuku, deney verisi olarak, yani pozitif ceza hukuku olarak mevcut olan hukuktur (Raocco, *Il problema e il metodo*, s. 515-516). O halde, ceza hukuku biliminin deneyselliği bizzat bir deney verisi olan pozitif ceza hukukundan gelmektedir. O nedenle, hukuk bilimi tarafından elde edilen bilginin,

bir teşhis koyan bu görüş, sanıyoruz ki bu konuda nihai bir çözüm sağlayabilecek önemli bir noktayı karanlıkta bırakmaktadırlar. Bu nokta, hukuk bilgisinin üzerine inşa edildiği hukuk düzenini teşkil eden önermelerin, deneysel sayılıp sayılamayacakları hususudur. Gerçekten, bu ayrımı doktrinde çok zaman önemsenmemiş, bunun bir sonucu olarak da, hukuku bir üstyapı olarak idrak eden doktrinlerden bir kısmı hukuk araştırmalarında mantık metodlarına giderken asalt soyutçuluğa gitmekten büyük ölçüde kendisini kurtaramamış, sonunda 'hukukçu müşahade etmez, istidlal eder ve sadece mantık yardımıyla hukukun geometrisini kurar' demek zorunda kalmıştır⁵³. Bu doğrultuda düşünmenin doğal sonucu, hukuk ve ceza hukuku bilimini, istenirse de, formel bir bilim saymadır⁵⁴: Hukuku formel ve soyut bir bilim sayan bu tür görüşler, hukukun genel teorisi bakımından bir ölçüde geçerli sayılsalar da, hukukun özel disiplinleri bakımından hukuk bilimini formel bir bilime indirgediklerinden her halde geçerli sayılmazlar. O halde, hukuk bilimini formel bir bilime indirgemedi, onu dogmalar ve özel felsefelerden ayırmak için deneyselliği acaba nasıl ve hangi açıdan ele almak gerekir. Bu konuyu aydınlatmada tek çıkar yol, olsa olsa, hukukçunun faaliyetinin ne üzerine olduğunu ve ne olduğunu saptamaktır.

Hukukçunun faaliyeti, sadece normatif önermeler üzerinedir. Normatif önermeler üzerine olan bu faaliyet, henüz bir müessese, bir sistem faaliyeti olmadan önce, bir yorum faaliyeti olarak ortaya çıkmaktadır⁵⁵. Bu, kuşkusuz, hukuk biliminin, normatif bir dil üzerine bir dil olmasının bir sonucudur. Gerçekten, hukukçunun başta gelen faaliyeti, hukukun geçerli normlar olarak kendisine verilen hukuk normlarının anlamlarının bilinmesi faaliyetinden ibarettir. Bir önermenin anlamının bilinmesi demek, semboller veya sözlerle, sembollerce veya sözlerle ifade edilen şey arasındaki uyumun saptanması demektir. O halde, bir önermenin anlamının bilinmesi için, hukukçunun, sadece

sadece çıkarıldıkları hukuk düzenine bakılarak deneysel olduğunu söylemek yerine bizzat pozitif hukukun deneysel olduğunu söylemek ve hukuk biliminin deneyselliğini deneysel olan pozitif hukuka dayandırmak bize çok daha geçerli görünmektedir. (Kırs. Torozlu, Cürümlerin, s. 4). Bu ayrımı, küçük olde olsa, öyle sanıyoruz ki, hukuk biliminin kullandığı metodun gereği olarak, soyut ve formel bir bilim sayılıp sayılamayacağı konusunda önem taşımaktadır.

⁵³ Battaglini, Principi, s. 7 vd.; Torozlu, Cürümlerin, s. 5; Grispigni, La dommatica giuridica, s. 11, 13 ve ilgili dipnotlar. Bu doğrultudaki düşüncelerin eleştirisi için bkz. Antolisei, Per un indirizzo realistico, s. 29 vd.

⁵⁴ Grispigni, La dommatica giuridica, s. 12 passim ve ilgili dipnotlar; Torozlu, Cürümlerin, s. 6; Santoro, Scienza giuridica e realtà, s. 529.

⁵⁵ Rocco, Il problema e il metodo, s. 563 vd.; Grispigni, La dommatica giuridica, s. 14; Torozlu, Cürümlerin, s. 13 vd.; Bobbio, Teoria della scienza, s. 168, 175 vd.

işaretler üzerinde değil, aynı zamanda işaretlerde ifade edilen şeyler üzerinde de çalışması ve daima işaretten ifade edilen şeye giden 'atıfsal bir faaliyeti' gerçekleştirmesi gerekmektedir. Bu faaliyet, hukukta "hukuk yorumu" denen faaliyettir. Hukuk yorumu, öyleyse hukuk normlarının bir anlamını bilme faaliyetinden ibarettir. Normun bu anlamını bilmek, ancak normu teşkil eden ifadenin gerisinde ifade edilen bulunup çıkarıldığında mümkün olabilmektedir⁵⁶. Hukukçu, ancak bu işlemlerden sonradır ki, genel kavramlara varır, genel kavramlar arasındaki bağıntıyı kurar ve onların tam ve tutarlı bir sistemini teşkil eder. İşte bu sistem, hukukçunun bilimsel sistemidir, yani belli bir normatif anlatım (dil) üzerine inşa edilmiş bir başka dildir. Bu dilin anlatım araçları, artık normatif önermeler değil, ama tasviti (betimsel) önermelerdir⁵⁷.

Yorum faaliyetinde, normun, amacından (scopo, ratio) soyutlanarak salt bir biçim veya basit bir üstyapı olarak idrakinin mümkün olup olmadığı konusu, doktrindeki çekişmelerin üzerinde yoğunlaştığı önemli noktalardan biridir. Bu cümleden olarak denmektedir ki, ceza hukukçusu sadece bir fiilin ne zaman suç teşkil ettiğini ve gerçekleşmesi halinde hangi hukuki sonuçları gerektirdiğini düzenleyen kanun hükümlerini ait oldukları toplumsal gerçekliği gözönüne almadan inceleyen⁵⁸ mantıkî-formalist anlayış, kısmen tutarsızdır⁵⁹, çünkü hukuk, hiç bir zaman salt bir biçim, basit bir üstyapı değildir. O nedenle, hukuk yorumu ve buna bağlı olarak hukuk incelemesi, sadece hukuk normlarının mantıkî-formel işlemleriyle sınırlandırılmamak gerekir⁶⁰. Sonra, normun amacı, norma yabancı bir unsur da değildir⁶¹, çünkü hukuk düzeni, mahiyetinin bir gereği olarak 'teleolojik' bir yapıdır⁶². O nedenle, normun amacının ortaya çıkarılması, normun kapsam ve anlamının doğru biçimde bilinmesinde zorunlu olduğundan, yorum faaliyetinden sayılmak icap eder. Ancak "teleolojik metodun" da vurgulandığı bu noktada kalmak soruna kuramsal bir çözüm getirmemektedir. Bunun için de son bir adımı daha atmak gerekmektedir. Eğer gerçekten hukuk normunun muhtevasını idrak için 'amaç' zo-

⁵⁶ Bobbio, Teoria della scienza s. 176

⁵⁷ Bobbio, Teoria della scienza s. 201; Rocco, Il problema e il metodo, s. 564; Petrocelli principi, s. 12 vd.

⁵⁸ Örneğin, FGrispigni, Corso di diritto penale, 1932, s. 19; Toroslu, Cürümlerin, s. 24; Petrocelli, Principi, s. 12 vd. 15 vd.

⁵⁹ Antolisei, Per un indirizzo realistico, s. 32: Düşünür, bu doktrinin, kısmen değil, tümünden reddedilmesi gerektiğini söylemektedir.

⁶⁰ Antolisei, Per un indirizzo realistico, s. 32.

⁶¹ Antolisei, Per un indirizzo realistico, s. vd., 32.

⁶² Rocco, L'oggetto, S. 443 vd.

runluysa, bir kere amacın idrak edilebilmesi için de bizzat normca kurallaştırılan toplumsal fiilin gözönüne alınması zorunlu olmaktadır⁶³. Bu konu ile ilgili olarak denmektedir ki, hukuk bir biçimdir, ama bir muhtevayı zorunlu kılan bir biçimdir; hukuk kuraldır, öyleyse kurallaştırılmış bir fiil olmadıkça mevcut olmamak gerekir, hukuk toplumsal münasebetler disiplindir, öyleyse toplumsal münasebetlerle bağımlı kılınmadıkça idrak de edilemez: Hukuk, beşeri münasebetleri yaratmaz, onları toplumsal gerçeklikte buldukları biçimde ele alır ve yine toplumsal olan amaçlara ulaşmak amacıyla onları kurallaştırır⁶⁴. Bu demektir ki, normda kurallaşan toplumsal fiil veya münasebet, amaca eşit olarak, normun kurucu bir ögesi olmaktadır. Bu kurucu öge, 'kanunun maksadının veya amacın' ortaya çıkarılmasında zorunlu olduğu için, kanun hükmünün ve uygulama sınırlarının bilinmesinde, hukuk dışı bir unsur sayılmamalıdır, çünkü o, bizzatihi hukukun içinde maddeleştiği bir özdür. Bundan ötürü, normca kurallaştırılan fiili gözönüne alınmaksızın hukuku sadece 'hukuken' yani 'formel biçimde inceleme' iddiasında olan herkes kısır bir döngüye düşmek ve sonunda norm tarafından düzenlenen fiille fiili düzenleyen normu birbirine karşıtirmek zorunda kalır⁶⁵.

Durum bu olunca, yorum faaliyetinde ifade edenden ifade edilene gitme zorunluğunun esası ne olmaktadır. Sorun, çözümünü, normatif önermelerin gerçeklikle olan bağıntısında bulur. Normatif önermeler, bilindiği üzere, 'var olmalı' karakterde önermeler değildirler. Ama, bu, onların gerçeklikle bağıntılı olmadıkları anlamına da gelmemektedir. Normatif önermeler, mümkünün ifadesi olan farazi davranışların önermeleridirler. Ancak, bu önermelerin muhtevi oldukları mümkünlük veya farazilik kavramı, salt akıldan değil, tam tersine bizzat toplumsal gerçeklikten çıkarılmaktadır. O nedenle, konusu normatif önermeler üzerine uğraşmak olan hukukçu, önermelerin kendisinden sadece varlık nedenini değil üstelik müteşekkil olduğu fikir veya kavramları da çıkardığı toplumsal gerçekliğe gitmeksizin, o önermelerin taşıdığı anlamı bilme olanağına sahip olmamak gerekir. Hukukçunun işi, aslına bakılırsa, normun kendisinden kaynakıldığı ve düzenlemeyi

⁶³ Antolisei, Per un indirizzo realistico, s. 32.

⁶⁴ Rocco Alfredo, Politica e diritto nelle vecchie e nuove concezioni dello stato, Nuova antologia, 1931, s. 364.

⁶⁵ Antolisei, Per un indirizzo realistico, s. 33; Rocco, Sulla sistematica della parte generale del diritto penale, Annali, dir. proc. pen. 1935, s. 973 vd. Antolisei'de göre hukukçu, hukuk araştırmasında, mantığın katı kuralları içerisinde sıkışıp kalmamalı, tersine mantığı hayatın zorunluluklarına uydurmalıdır. Hukukun realis akımını formalist akımdan ayıran ölçü de budur (Antolisei, Per un indirizzo realistico, s. 34).

amaçladığı toplumsal gerçekliğin irdelenmesinden başka bir şey değildir. Gerçekten, fiili gerçeklik üzerine hiç bir yargı verilmezse de, normatif önermelerin belirlediği gerçek şeylerin bilgisi ne kadar iyi derinleştirilebilirse, normatif önermelerin anlamlarının bilinmesi de o kadar iyi sağlanmış olmaktadır⁶⁶. O nedenle, kanunun idraki veya bilinmesinde, kanundan çıkarılan malzemedan başkasına gerek olmadığı, o halde hukuk biliminin deneye ihtiyaç göstermeyeceği, çünkü onun hemen hemen kanunun salt bir istidlali olduğu görüşü, her halde geçerli değildir, çünkü belli bir davranışı düzenleyen bir normun anlamını bilmek için hukukçu, matematik veya mantıkçıdan farklı, tarihçi veya sosyologdan hiç de farkı olmayarak, gerçek davranışı müşahade eder ve müşahade sonunda elde ettiği bilgiden yorum görevini yapmak için yorumda zorunlu olan öğeleri çıkarır⁶⁷. Bu zorunluluk, bugün hemen herkesçe, değişik bir biçimde de olsa, kabul edilmiş bulunmaktadır⁶⁸.

⁶⁶ Bobbio, *Teoria della scienza*, s. 176.

⁶⁷ Bobbio, *Teoria della scienza*, s. 178.

⁶⁸ Örneğin, *Crispigni, Dir. Pen., C.I, s. 10, 22*; *Torostu, Cürümlerin*, s. 18 vd. ve özellikle 24. Hukuk biliminin aslında deneye ihtiyaç göstermediği, çünkü hemen hemen kanunun bir tür salt biçimsel istidlali" olduğu görüşü, ceza hukukunda, genellikle, bir kısım teknik hukuk metodu taraflarınca savunulmuştur. Belki o nedenle olacak, teknik hukuk metodu, doktrinde, hemen hemen mantıki formalizmle eş tutulmuş ve bunun sonucu, söz konusu metoda, çok zaman geçerli olmayan eleştiriler yönetilmiştir. Bu durum, her halde, kimi teknik hukuk okulu taraftarlarının, hukuk bilimine ilişkin bazı sorunların çözümünde, mantık-formel bir araştırma çizgisine girmiş olmalarından ileri gelmektedir. O nedenle, hukuk biliminde tek geçerli araştırma metodunun teknik hukuk metodu olduğunu söylemek başka şey, araştırmada mantık-formel bir araştırma çizgisine girmek başka şeydir. Esasen teknik hukukçu olmak, mutlaka hukukun mantık-formel anlayışını benimsemeyi gerektirmez. Teknik hukukçu olup da mantık formalis olmamak mümkün olmak gerekir. Çünkü, iki şeyden biri, ötekini zorunlu sonucu değildir. Kaldı ki, hukuk bilimi alanında bir araç olarak mantık veya matematiğin uygulanması, ne ölçüde ve nasıl uygulanacağı başka şey, hukukla matematik veya mantık arasında bir benzerlik kurmak ve sonunda hukuk bilimini mantık-formel bir bilime indirgemek başka şeydir. Burada da kanıtlamaya çalıştığımız üzere, hukukçunun faaliyeti, matematikçi veya mantıkçının faaliyetinden çok, tarihçi veya sosyoloğun faaliyetine benzermektedir. O halde, sorunun çözümü, hukukun deneysellik sorunu üzerinde düğümlenmektedir. Eğer hukuka deneysellik tanınacaksa, deneysel değil araçsal olan mantık veya matematikle hukuk arasında bir benzerlik kurmaya da imkân olmamak gerekir. Teknik hukuk metodunda hukuk önermeleri, yani pozitif hukuk dediğimiz hukuk, yegane deney verisi hukuktur (*Rocco, Il problema e il metodo*, s. 516 vd). Hukuk bilimi deneye dayanan bu önermelerin bir bilgisi olduğundan, öyleyse mantık veya matematiğe benzetilemez. Hukukun bir üst-yapı olarak idraki bu esası ihlal etmemektedir, Çünkü hukuk bir çok kez de belirtildiği gibi, amaçtan yoksun bir yapı değildir, Başka bir deyimle 'teleolojik' bir yapıdır. Bu her hukuk önermesinin bir muhtevasının bulunması demektir. Bu nitelik de, hukuku, mantık veya matematiğe eş tutmaya engeldir. Ancak, bu sonuç, hukukun bir nitelendirici biçim olarak incelenmeyeceği anlamına alınmamak gerekir. Zira, aksini anlama, ya "hukukun genel teorisi" diye bir disiplin tanınamaya, ya da mantık

Önemli olan, gerçeğin şu veya bu biçimde ifade edilmiş olması değil, hukuk normlarınınca "ipotezleştirilen" farazi davranışların bilinmesinde gerçek davranışların müşahadesinin esas olduğunun kabul edilmiş olmasıdır. Bu ifadeyle, fiiller üzerine yargı olmalarına rağmen, normatif önermelerin bilinebilmelerinin ancak fiillere gidilmekle mümkün olacağı hususu kastedilmektedir. Kuşkusuz normatif önermeler, birer gerçeklik yargıları, varolmalı yargılar değildirler, ancak bu yönleri, onların deney üzerine kurulmuş olmalarına engel teşkil etmez, çünkü normatif önermelere varolmalı bir anlam izafesinin inkârı, aynı zamanda onların deneysel temellerinin inkârı demek değildir. Normatiflik ve deneysellik terimleri, birlikte bulunmayan veya birbirlerini çelen terimler değildirler. O nedenle, denilmektedir ki, hukuk kuralları veya hukuk önermeleri, hem normatifirler, hem de sonunda bir beşeri deneyden gelmektedirler⁶⁹.

Hepsi bir yana, deneye gitmek, sadece bir hükmün anlamını bilmede değil, o hükmün öngörülme benzer hallere genişletilmesinde veya teşmilinde de zorunludur⁷⁰. Bu işleme, hukukta, genişletici yorum veya daha doğru olarak 'kıyas' denilmektedir⁷¹. Hukukta kıyas mümkündür. Ceza hukuku sistemimizde, üzerinde tartışmalar olmakla birlikte kıyas tümünden reddedilmiş değildir. Bu hukuk dalında kıyasın sınırı 'suçlar ve cezaların kanuniliği' ilkesidir. Öyleyse bu sınır dışında kalan pek geniş bir alan, örneğin mazeret sebepleri, cezaya etkili bazı sebepler,

formalizmle hukuki formalizmi eş tutmaya götürür. Biz hukuki formalizmle mantiki formalizmin aynı şeyler olmadığını söylemiştik. Sonra, hukuk biliminin mantiki-formel bir bilim olduğunu söyleyenler bile, yukarıda örnek olarak zikredildi, değişik bir yaklaşımla da olsa, hukukta deneyin zorunluluğunu kabul etmiş durumdadırlar: Hukukçu, ortaya koyduğu inşaaaların keyfi bir takım şemalar olmaktan çıkıp üst-yapısını teşkil ettikleri beşeri ve toplumsal muhtevayı gerçekten yansıtabilmeleri için elini toplumsal titreşimlerin nabzı üzerinde tutmak zorundadır (Grispigni, *Dir. Pen., C. I. s. 22*). Bu arada, belirtmek gerekir ki, bazı hukukçular, farklı bir teori ile ortaya çıkmış görünseler de, kısmen de olsa, teknik hukuk okulunun benimsemiş görünmektedirler (Örneğin, *Antolisei, Per un indrizzo realistico, s. 14-17*; *Maggiore, Diritto penale, V.I. T.P., s. 89 vd*). Bu göstermektedir ki, ceza hukukunda teknik hukuk metodu verileri doğrultusunda düşünmek, mutlaka mantiki formalist düşünceyi benimsemeyi zorunlu kılmamaktadır. Kaldı ki Dönmezer-Erman'da, bazı kayıtlarla, ceza hukuku biliminde geçerli metodun teknik hukuk metodu olduğunu söylemektedir (Dönmezer-Erman, *Ceza Hukuku, GK., s. 1, s. 104-105*) O halde, eleştirilmesi gereken husus, hukukun bünyesinden gelen hukuk formalizm değil, hukuk bilimini sonunda deneysellikten çıkarıp mantiki-formel bir bilime indirgeme eğilimleridir.

⁶⁹ Bobbio, *Teoria della scienza, s. 177*.

⁷⁰ Bobbio, *Teoria della scienza, s. 178*.

⁷¹ Bobbio, *Analogia nella logica del diritto, Torino, 1935*; ID. *Analogia Novissiom digesto, 1957, C.I. s. 601 vd.*; Giannini, *L'analogia giuridica, "Jus", 1941*; Boscarelli, *L'Analogia giuridica, Riv. Trim. di dir. e proc. civ. 1954*.

vs., yasak kapsamı dışında kalmış sayılmaktadır⁷². Bunun bir sonucudur ki, yasak dışındaki anlanlara münhasır olmak üzere hukuk sisteminizin genel yapısının bir gereği olarak (MK. Md. 1), ceza hukukunda kıyas mümkün olmaktadır⁷³. Sonra, unutmamak gerekir suçlar ve cezaların kanuniliği ilkesi ile yasaklanan şey, kanun hükmünün gerçek kapsamını ortaya çıkarmaya hizmet eden kıyas veya kıyas suretiyle yorum değil, tam tersine bir ceza normuna, yani tecrim edici bir norma kıyas suretiyle yapılan ilâvedir⁷⁴. Bu göstermektedir ki, hukuk dalları arasında özel bir yeri olan ceza hukuku, bu konuda, kısıtlı da olsa, deneye yabancı değildir.

Görüldüğü üzere, bizzat davranışları değil, ama davranış kurallarını incelemeyi konu edinen hukuk ve ceza hukuku bilimi, bu gereği yerine getirebilmek için, doğrudan olmasa bile, belli bir deneye dayanmak, başka bir deyimle, az da olsa 'müşahadeye' yabancı olmamak zorundadır. Acaba, bu durum, ta baştan beri tartışılan hukukun ve ceza hukukunun deneyliliğini kanıtlamaya yeterli midir? Sorunun çözümü, tabii ki, deneysel bilim terimiyle neyin kastedildiğine bağlıdır. Deneysel bilim terimiyle kastedilen eğer bilgisinin nihai kaynağı olarak deneyi tanımaksa⁷⁵, hukuk ve ceza hukuku bilimi, bu anlamda doğrudan değil, fakat 'en son tahlilde' deneysel sayılmak gerekir. Çünkü hukuk biliminin konusu, yani davranış kuralları, kesinlikle deneyin dışında bir yere konulamamakta, yani "a priori" olarak ideal ilkelere çıkarılmamakta, aksine tarih, sosyoloji, siyasî ekonomi vb. bilimlerin konusunu teşkil eden beşeri alemin öteki şeylerinden farklı olmayarak araş-

⁷² Erem, Ceza hukuku, GH. c. I, s. 98; ID. Gerekçeli Türk Ceza Kanunu, Ankara, 1948, 5 vd.; Alacakaptan, İngiliz ceza hukukunda suç ve cezaların kanuniliği prensibi, Ankara, 1958, s. 26; Antolisei, Manuale, di diritto penale PG, Milano, 1963, s. 68 vd. Manzini, Trattato, V.I. s. 307; Rocco, L'Ogetto, s. 546-550. Krş. Carnelutti, Teoria generale del reato, s. 144; Petrocelli, Principi s. 152 vd.

⁷³ Ceza hukukunda kıyas hakkında Ör., bkz. Vasasli, Limiti del divieto di analogia in materia penale, Milano, 1942; ID. Analogia nel diritto penale, Novissimo digesto, C.I., s. 607 vd.; Boscarelli, Analogia e interpretazione estensiva nel diritto penale, Palermo, 1955; Bettiol, Applicazione analogica della legge penale, Riv. It. di dir. e proc. pen., 1931; Delitala, Analogia in "bonam partem", Riv. It. di dir. e proc. pen., 1936 Florian, Analogia come fonte di norme penali, Riv. Dir. Penit., 1936; ID. Analogia penale dei giuristi e analogia penale degli antropologi criminalisti, Sc. Pos., 1936; Demirel, Ceza hukukunda kıyaslama yasağının mahiyeti, AD. 1950, No: 7; Ragıp, Ceza huku kunda kıyas ve tefsir, -AD. 1939, No. 1.

⁷⁴ Cass. 20. Aprile, 1925, Giust. pen., 1952 s. 644: Ceza hukukunda kıyas yasağı ile yasaklanan şey, bir ceza normuna kıyas suretiyle yapılan eklentidir, o halde, kanunun gerçek kapsamını ortaya çıkarmaya hizmet eden kıyasî yorum (interpretazione analogica) yasaklanmış değildir.

⁷⁵ Bobbio, Teoria della scienza, s. 178; Başka bir konuyla ilgili ama aynı doğrultuda Copi, Introduzione, s. 475 vd.

tırıcının içine nüfuzuna imkân veren toplumun bazı gerçek devinimleri üzerine, bazı gerçek münasebetler ve bazı gerçek davranışlar üzerine oturmaktadır⁷⁶. Varılan bu sonuç, az önce tartışması yapılan hukuk biliminin salt mantiki araçlarla işleyen formel-mantiki bir bilim olduğu görüşü karşısında⁷⁷ özel bir önem taşımaktadır. Hukuk biliminin formel - mantikî anlayışı, hukukçunun faaliyetinin bir fizikçinin veya sosyoloğun faaliyetinden çok, bir matematikçinin faaliyetine benzediğini varsaymaktadır. Hukuk bilimini dogmalastıran ve onu belli bir 'tutuculuk' ve kemikleşme içine sokan bu anlayış, karşıtı olarak doğan doktrinler tarafından şiddetle eleştirilmiştir⁷⁸. Konumuzla sınırlı olarak, biz, şunu söylemekle yetineceğiz: Hukuk bilimi madem nihai tahlilde deneyseldir ve bu deneysellik onun yorumsallık karakterinin bir sonucudur, o halde hukukçunun faaliyeti mantıkçı veya matematikçinin faaliyetine değil, aksine fizikçinin, sosyoloğun faaliyetine benzemektedir. Ancak, bu benzerliğe dayanılarak, hukuk nasıl matematik veya mantıktır denilemiyorsa, sosyolojidir de denilememektedir, çünkü bu iki farklı disiplinin deneysellik açısından benzerlik göstermesi, hiç bir zaman varlıklarına vücut veren konularının da benzerlik göstermesi sonucunu doğurmamaktadır.

Bu açıklamadan sonra, en başta sorulan soru tekrar sorulabilir. Hukuk bilimi deneysel bir bilim midir, yok değilse dogmalar ve felsefeden nasıl ayrılacaktır? Hukuk bilimi, açıklandığı üzere, doğrudan değil, ama en son tahlilde deneyseldir. Bu temel niteliğinden ötürü normatif önermelerin bir bilgisi olarak ortaya çıkan hukuk ve ceza hukuku bilimi, manevi bilimlere tasnifi içerisinde yer alan fakat deneysel sayılmayan düşünce sistemlerinden, yani dogmalar ve felsefeden ayrılmaktadır⁷⁹. Öyleyse, hukuk, ne bir doğma, ne de özel felsefedir, sadece ve sadece

⁷⁶ Bobbio, *Teoria della scienza*, s. 178; Rocco, *Il problema e il metodo*, s. 504 ve passim.

⁷⁷ Crispigni, *La dottrina giuridica*, s. 13: Öte yandan hukuk dogmatigi, soyut bir bilimdir, çünkü hukuk, bir soyut normlar bütünüdür ve o toplumsal hayatın soyut bir inşasını ortaya koymaktadır, o halde bu inşayı konu edinen bir bilim soyut bir bilim olmaktan başka bir şey olamaz. Gerçekten, hukukçu, bir soyutlama işlemiyle, karmaşık ve çokbiçimli (multiforme) tezahür eden beşeri münasebetlerde, etik, siyasi ve ekonomik görünümünden hukukî görünümü ayırmak zorundadır ve sadece bu unsur kendisine özgü araştırmasının konusu olmak gerekir. İşte bu soyutlama işlemi nedeniyle hukuk bilimi (dogmatigi) rasyonel geometri ve matematiğe yaklaştırılmaktadır.

⁷⁸ Bu konu ile ilgili olarak "hukukun sosyolojik teorileri" yanında "teleolojik metod" menfaatler giurisprudansı kavramı ve "realist hukuk akınını" zikretmek mümkündür. Bkz. Bobbio, *Teoria della scienza*, s. 182-190 ve 179; Treves, *Il metodo teleologico*, makalenin tümü; Antolisei, *Per un indirizzo realistico*, makale tümü ile; Bettiol, *Diritto penale*, PG, Palermo 1945 (1962), Cap. II

⁷⁹ Bobbio, *Teoria della scienza*, 136, 175, 178.

bilgisinin nihai kaynağı olarak deneyi tanıyan bir disiplindir. En son tahlilde deneye dayalı olmak, araştırmayı, zorunlu olarak deneyselliğin sınırı sorununa götürmektedir.

b. Hukuk, Ceza Hukuku biliminde deneyselliğin sınırı.

Ancak, hemen belirtmek gerekir ki, bir hukuk normunun anlamını bilmeye gidilebilmesi demek, önce de dendiği üzere, araştırmada hukuk normunun kendisinden vazgeçmek ve araştırmanın amaçlarında münhasıran toplumsal deneyden yararlanmak demek değildir⁸⁰. Nitekim, Rocco, daha bu çağın başında, yegane ceza hukukunun, 'tek gerçeklik verisi olarak mevcut olan pozitif ceza hukuku' olduğunu kanıtlayarak, bir yandan ceza hukukunun 'tabii hukuka'⁸¹ öte yandan 'genel sosyolojinin uygulamalı bir bölümüne' veya 'suç sosyolojisine'⁸² indirgenmesine engel olmuştur. Roccoyu düşüncede hukuk araş-

⁸⁰ Bobbio, Teoria della scienza, s. 179.

⁸¹ Tabii hukuk anlayışında egemen eğilim, pozitif hukuk dışında bir ceza hukuku yaratma eğilimidir. Amaçlanan şey, devletin pozitif kanunlarında ifadesini bulan hukukun dışında ve ondan farklı bir ceza hukuku yaratmaktır. Böylece, kökenleri "ide" ve akıl kanunlarında veya tabii kanunlarda yahut beşeri vicdanın tezahürü veya ilahî bir kaynaktan aranan evrensel, değişmeyen, mutlak karakterde bir ceza hukuku yaratılmak istenmiştir. Bu doğrultudaki düşüncenin temel niteliği, hukuk bilimini, beşeri deneyin sınırları ötesine itmesinde kendini göstermektedir. Hukukçunun inceleme konusu pozitif hukukla tabii hukuk arasındaki uyumun incelenmesi ve bu uyumu sağlayıcı kanunların bulunup çıkarılmasıdır (Rocco, Il problema e il metodo, s. 500-504). Tabii hukuk hakkında Ö. bkz. Kelsen, Lineamenti, s. 77 vd., 61 vd.; Bobbio, Teoria della norma, s. 49 vd.; Abadan, Y. Hukuk felsefesi, s. 135 vd.; Ross, Diritto e giustizia, Böl., XI-XII; Hart, Il concetto di diritto. Böl. IX. Ceza hukuku alanında genellikle "klâsik ceza hukuku okulu" adıyla bilinen akım, tabii hukuk akımının ceza hukuku alanındaki bir yansımasıdır. Beccaria ile başlayan bu akımın en büyük temsilcileri, örneğin, Carrara, Romagnosi, Rossi, Carmignani, Pessina olmuştur (Bkz. Rocco, Il problema e il metodo, s. 501 vd ve dipnot 4 vd.; okullara göre İtalyan ceza hukukçularının bir tasnifi için bkz. Maggiore, Diritto penale, CV.I PG., TP., s. 91).

⁸² Rocco, Il problema e il metodo, s. 513 ve dipnot 31, 517 ve dipnot 32. Ceza hukuku alanında "pozitivist okul" ceza hukuku bilimini tabiri caizse genel sosyolojinin uygulamalı bir bölümüne veya suç sosyolojisine indirgemıştır. O nedenle pozitivist okulla "hukuki pozitivismi" birbirleriyle karıştırmamak gerekir. Hukuki pozitivism, yegane gerçeklik verisi olarak pozitif hukuku alan bir hukuk anlayışıdır ve tabii hukuk doktrinlerinin karşısı olarak alınmalıdır. Öyleyse, pozitif hukukun bilimi olan ceza hukuku bilimi, pozitivist okulca belirlenen muhtelif suçların tehlikelilik durumlarına ait teknik bilgilerin tümü anlamındaki "ceza ilmi" değildir (Battaglini, Principi, s. 7 vd). Kaldı ki, hukuki pozitivismle pozitivist okulun hukuk biliminin konusu ve metodu olarak saptadıkları hususlar da birbirinden farklıdır. O nedenle, pozitivist okulun sergilediği ceza hukuku bilimi, pozitif hukukun bir teorisi değil, fakat suç ve ceza ile ilgili olarak bir suç "sosyolojisi" (Bkz. Rocco, Il problema e il metodo, s. 513 vd 517 deki 31 ve 32 numaralı dipnotlar; Crispigni, La dottrina giuridica, s. 3 vd). Nitekim, Ferri, bundan böyle "suçlu bilimi (= la scienza criminale) nihai amacında ve

turmasının pozitif hukukun bilinmesine inhisar ettirilmekle yapılmak istenen, sadece ve sadece ceza hukuku bilimi araştırmalarının doğrudan konusunun kendine özgü hukuk bilimi olma niteliğine uygun olarak, münhasıran ceza hukukunun, yani deneysel veri olarak, başka bir deyimle pozitif ceza hukuku olarak var olabilen yegane ceza hukukunun incelenmesiyle ve uygun biçimde bunun araçlarıyla sınırlandırılmasıdır⁸³. Bu sınırlamanın doğal sonucu, ceza hukuku biliminin suç ve cezayı, sadece ama sadece hukuki açıdan, hukuk normunun düzenlediği fiiller, yani biri sebep öteki hukuki sonuç olan hukuki fiiller olarak ele alıp-incelemesidir. O, bu fiillerin, birinin toplumsal ve bireysel bir fiil olarak, yani toplumsal ve doğal, organik, psikolojik açıdan, ötekinin toplumsal fiil olarak ele alınıp incelenmesi işini başka bilimlere, açıkcası asıl konularını teşkil ettikleri antropoloji ve suç sosyolojisine⁸⁴ bırakır. Bu terkle güdülen amaç, kimilerinin ileri sürdüğünün aksine, ceza hukuku araştırmalarını kalıplaştırma, onları tamamen teorik bir soyutlamaya indigeme veya konularını teşkil eden fiilleri yeşerdikleri doğal ve toplumsal gerçeklikten soyutlama değil, aksine ceza hukuku biliminin konusu ve sınırlarını tesbittir. Bu konu ve sınırları ise suç denen beşerî ve toplumsal, ceza denen siyasi ve toplumsal fiillerin sadece hukuki tanzmininin, başka bir deyimle hukuken organize toplum için bir tehlike ortaya koyabilen ve dolaylı olarak haksızlık ve zararlar meydana getirmeye elverişli isnat edilebilir beşerî fiilleri yasaklayan hukuk normlarının, o halde hak ve vecibenin, yani normların varlığından ötürü normlardan doğan ceza hukuku münasebetinin incelenmesi olmaktadır⁸⁵.

Açıktır ki, bu doğrultudaki bir düşüncede, hukuk normunun bilinmesinde deneye gitme zorunluğu inkâr edilmemekte, aksine hukuk kavramına bir sınır getirilmek suretiyle hukuk düzenini bir normlar sistemi bütünü olarak idrak eden hukukun normatif teorisine sadık kalmak istenmektedir. Hukukun normatif teorisi, hukuk araştırmasının içinde cereyan ettiği ortam olarak ve hukukçunun hukukçu-

sonuçlarında bir hukuk disiplini olarak kalmış olmasına rağmen, esasları ve inceleme araçlarında sosyolojinin bir dalına dönüşmek zorundadır demektedir (Ferri, *Sociologia criminale*, 4. ediz., 1900, s. 919). Düşünürü göre, teknik anlamda "suçlu hukuku" (= *Il diritto criminale*) suç sosyolojisinin hukuk bölümü olmak zorundadır (Ferri, *Sociologia*, s. 12). Grispigni, *Introduzione alla sociologia criminale*, Torino, 1928; Guadagno, *Oggetto e limiti delle sociologia criminale*, Arch. pen., 1962; Dönmezer, *Kriminoloji*, 4. bası, İstanbul, 1971,

⁸³ Rocco, *Il problema e il metodo*, s. 514-516.

⁸⁴ Suç sosyolojisi, antropoloji ve psikoloji ile ilgili olarak bkz. Rocco, *Il problema e il metodo*, s. 517 ve dipnot 32; Di Tullio, *Trattato di antropologia criminale*, Roma, 1945; ID. *Principi di criminologia clinica e psichiatria forense*, Roma, 1959.

⁸⁵ Rocco, *Il problema e il metodo*, s. 516-521.

dan başka şey olma, örneğin sosyolog, ahlakçı, filozof olma tehlikesi-
ne düşmeksizin terk edemeyeceği ortam olarak, sadece ve sadece
'hukuk normunu', daha doğrusu 'belli bir hukuk normları bütünü',
açıkcası' hukuk düzenini' gözönüne almaktadır⁸⁶. Hukuk düzeni, de-
ney veya gerçeklik verisi olarak mevcut olabilen yegane düzen olarak,
pozitif hukuk düzenidir⁸⁷. Deney verisi olmak, beşeri varlıklarca ko-
nulmuş olmaktır: Pozitif hukuk, beşeri varlıklarca konulmuş ge-
çerli bir normlar sistemi bütünüdür. Hukuk biliminin konusu yalnızca
bu konulmuş hukuku incelemektir. "Hukuk tatbikatı" denen faaliyet,
sadece bu hukukun tatbikidir⁸⁸.

Deney verisi olarak mevcut yegane hukuk normu, belli bir norma-
tif düzende, açıkcası belli bir hukuk düzeninde geçerliliği (= validità)
bulunan normdur. Gerçekten, bir davranış kuralı, ait olduğu sistem
içinde eğer geçerliyse hukuk normu olmaktadır. Öyleyse, bir davranış
kuralının hukuk kuralı olarak varolması, o davranış kuralının hukukun
geçerli olmasıyla eş anlamlıdır⁸⁹. Norm, burada, belli bir açıdan değer-
lendirilmektedir. Bundan başka, norm, adillik (= giustizia) ve etkinlik
(= efficacia) açılarından da ele alınıp değerlendirilebilir. Norma iza-
fe edilen bu üç bakış açısı, bir bütünün farklı yönlerini ifade etmekle
birlikte, birbirlerinden tamamen bağımsızdır⁹⁰. Fakat hukuk de-

⁸⁶ Bobbio, Teoria della scienza, s. 179 vd.

⁸⁷ Bobbio, Teoria della scienza, s. 198; Rocco, Il problema e il metodo, passim; Antolisei, Manuale, PG., s. 14; Toroslu, Cürümlerin, s. 10. Bu konuda en geniş bilgi için bkz. Bobbio, Giusnaturalismo e positivismo giuridico, Milano, 1972; Scarpelli, cos'è. il positivismo giuridico, Verona, 1965.

⁸⁸ Scarpelli, Cos'è il positivismo, s. 105 ve passim; geniş bilgi için, Binder, La fondazione della filosofia del diritto, Trad. di A. Giolitti, EINAUDI, 1945, cap. IV.

⁸⁹ Bobbio, Teoria della scienza, s. 197 vd.; Kelsen, Lineamenti, s. 103, 180 vd.; Scarpelli, Cos'è s. 59 vd.; Ross, Diritto e giustizia, Böl. II; Hart, Il concetto di diritto, s. 118 vd. Doktrinde, genellikle, geçerlilik yerine "yürürlük" terimini kullanmaktadır: "Münhasıran olmasa bile ceza hukuku biliminin başta gelen görevi ve fonksiyonu, yürürlükteki ve pozitif ceza hukukunun hukuki-teknik incelemesidir" (Rocco, Il problema e il metodo, s. 521); Antolisei, Manuale, PG., s. 14 vd.; Bettiol, Diritto penale, s. 54; Petrocelli, Principi, s. 16 vd.; Dönmezer-Erman, Ceza hukuku, GK. C.1, s. 10 10 vd.; Toroslu, Cürümlerin, s. 10. Teziç, Türkiyede 1961 anayasasına göre kanun kavramı, İstanbul, 1972; Yazar kanunlarının muteberliği ile yürürlüğünü birbirlerini takip eden işlemler olmaları bakımından birbirinden ayırmıştır (Kıs. II ve Kas. III).

⁹⁰ Bobbio, Teoria della norma, s. 35-43: Normun adillik sorunu, kısaca, belli bir hukuk sisteminin esinlendiği nihai değeri, o sisteme ait norm veya normların karşılayıp karşılamadığı sorundur. Bu da, sonunda ideal alemle gerçek alem arasındaki bir uyum sorunu olmaktadır. Öyleyse, bu açıdan adalet veya normun adillik, gerçek olanla ideal olan arasındaki mutabakatta ifadesini bulmaktadır. İşte bu nedenle, hukukta adalet sorunu, bir normun adil olup olmaması sorunu, başka bir deyimle hukuk düzeninin adillik sorunu, hukukun bir "deontoloji" sorundur (Bobbio, Teoria della

neyinin farklı yönlerini ifade eden bu üç bağımsız kavram, her nedense doktrinde ya birbirleriyle karıştırılmış veya biri ötekine indirgenmiştir. Bunun sonucu olarak da hukuk normunun, daha genel olarak hukuk araştırmasının asli konusunun ne olduğu sorunu, uzun bir süre kesin bir sonuca ulaştırılamamıştır⁶¹. Hukukun normatif teorisiyle öteki teorileri arasındaki ihtilâf da esasen bu noktada yoğunlaşmaktadır. Sorun, özerk bir disiplin olma sıfatını zedelemeyen hukuk biliminin esas konusunu bulma sorunu olduğuna göre, sorunu çözmeye elverişli ölçütün, her halde hukukun kendi yapısı içinde aranması gerekmektedir. Hukukun bizzat kendisinden çıkarılabilecek ölçüt, doktrinde de kabul edildiği üzere, ne davranış kuralının adilliği, ne de et-

norma, s. 36; Del Vecchio, Hukuk felsefesi, s. 15 vd). Hukukun, daha doğrusu hukuk düzeni veya hukuk normunun etkinliği sorunu, normun muhatabı olan kimsenin, norma uyup uymadığı veya normun ihlali halinde normu koyan otoritenin zorlayıcı araçlarla ihlali önleyip önlemediği sorundur. Öyleyse, bir normun adil olması başka şey, etkin olması başka şeydir. Bu iki unsur birbirleriyle bağımlı değildir: Bir norm adil sayıldığı halde etkin olmayabilir, etkin olduğu halde adil sayılmayabilir. Normun etkinliği araştırması, zorunlu olarak, tarihi-sosyolojik bir araştırmadır. O halde, normun etkinliği sorunu hukukun bir "fenomenoloji" sorundur (Bobbio, Teoria della norma, s. 38 vd.; Del Vecchio, Hukuk felsefesi, s. 15 vd). Normun geçerliliği sorunu, ne bir deontoloji, ne de fenomenoloji sorundur. O, sadece, ama sadece normun hukuk normu olarak var olması, yani mevcudiyeti sorundur. Bu sorun, birbirleriyle bağımlı üç ayrı sorunu içermektedir: 1) Normu koyan otoritenin hukuk normu koymada meşru bir otorite olup olmadığı, yani norm koymada kanuni iktidara sahip olup olmadığı; 2) Normun başka bir hukuk normu tarafından sarıh veya zımni ilga suretiyle kaldırılıp kaldırılmadığı; 3) Normun ait olduğu sistemi teşkil eden diğer normlarla çelişip geçelişmediği. İşte bu üç ayrı faaliyeti içeren normun geçerliliği sorunu, hukuk doktrinde, hukukun "ontoloji" sorunu olmaktadır (Bobbio, Teoria della norma, s. 36-38; Del Vecchio, Hukuk felsefesi, s. 15 vd). bkz. Ross, Diritto e giustizia, Böl. 11, XII; Hart, Il concetto di diritto. Böl. VI, VIII, IX; Kelsen, Lineamenti, Böl. II, V. Hukuk normuna bakış açısıyla ilgili olarak yapılan bu tür bir iş bölümü, aslında, ceza hukukçusuna, hiç olmazsa teknik hukuk okulu doğrultusundaki ceza hukukçusuna, yabancı değildir. Zira, teknik hukuk okulu mensubu hukuk incelemesinde, hukuku hukukla ve hukukun araçlarıyla sınırlamayı isterken, dolaylı da olsa, söylemek istediği, bu ayrımın sağlanabilmesidir. Gerçekten, bu husus sağlanabildiği takdirdedir ki ancak, hukukçu için, faaliyetlerinin üzerinde toplanabileceği, müstakil bir araştırma alanı doğmaktadır. Aksi halde, hukukçu, daima kendisinden başkası olmakla, yani bir sosyolog, bir filozof veya bir ahlakçı olmakla karşı karşıya kalacaktır. Bu da, her halde, hukuk biliminin sonu olmaktadır (Rocco, Il problema e il metodo, passim, ama özellikle s. 506, 518, 572 vd.; Crispigni, La dommatica giurica, passim).

⁶¹ Bir normu değerlendirmede kullanılan bu üç temel kriter biri diğerinden farklı ve aralarında bağımsız. Üç tür sorunlar dizisine vücut vermektedir. O anlamda ki, normun adilliği ne normun geçerliliği ne de etkinliği, normun geçerliliği ne adilliği ne de etkinliği ve normun etkinliği ne adilliği ne de geçerliliği ile bağımlıdır. Buradan ortaya çıkan sonuçlar şunlardır: 1) Bir norm, hukuk normu olarak geçerli olmayabilir, fakat adil olabilir. Normun bizzatı adil olması, aynı zamanda, onun hukuken geçerli

olması demek değildir. 2) Bir norm adil olmadığı halde hukuken geçerli olabilir. Olanla olması gereken bağıntısı hep mevcut olduğuna göre, hiç bir hukuk düzeni, "mükemmel", nihai" evrensel" sayılmamak gerekir. Unutmamak gerekir ki, "adalet fikri" ile "hukuk gerçeği" arasında, etik-siyasi ideolojiler veya siyasi rejimlerle bağımlı olarak, daima bir mesafe mevcut olmuştur. Nitekim, bir marksacı için özel mülkiyeti koruyan hukuk sistemleri nasıl adil değilse, aynı şekilde, özel mülkiyeti esas sayan bir kimse için, özel mülkiyeti korumayan hukuk düzenleri adil değildir. 3) Bir norm etkin olmayabilir, fakat, geçerli olabilir: Örnek vermeye gerek yok, hukuk sistemimiz de bu tür norm azımsanmayacak kadar çoktur. En belirginlerinden biri, örneğin, mülga "men'i israfat kanunu" olmuştur. 4). Bir norm geçerli olmadığı halde etkin olabilir. Örneğin iyi davranış kuralları. O halde münhasıran bir norma uyulmuş olma, o normu sırf bu nedenle geçerli kılmamaktadır. 5). Bir norm etkin değildir, fakat adil sayılmaktadır: Gerçi etkin norm, genellikle adil normdur, fakat, adil sayıldıkları halde etkin olmayan normların varlığı da inkâr edilmemek gerekir. 6) Bir norm adil sayılmasına rağmen etkin olabilmektedir, çünkü bir normun evrensel olarak uygulanması, onun mutlaka adil olduğunun kanıtı değildir. Görüldüğü üzere normatif deney veya daha özel olarak hukuk deneyi için değişik birer bakış açısı olan bu üç terim, aralarında bağımsız oldukları için, birbirileriyle karıştırılmamak ve birini diğeri yerine koymamak gerekir, Çünkü bu terimlerden hiç biri bir öteki değildir (Hepsi hakkında bkz. Bobbio, Teoria della norma, s. 39-43).

Ancak, bu üç farklı terim doktrinde hep birbirisiyle karıştırılmış ve çok zaman biri diğeri indirgenerek hukuk ve hukuk biliminin ne olduğu açıklanmaya çalışılmıştır. Bu karıştırmaların bir sonucu olarak, hukukun birbirinden farklı, üç anlayışı ortaya çıkmıştır: 1) Geçerliliği adillığe indirgeyen teoriler: Bu teorilere göre, bir norm eğer adil ise geçerlidir. Burada, adalet unsuru geçerlilik unsurunun belirleyici şartı olmaktadır. Bu teorilerin "tipik" tarihi örneği, hukukun "tabii hukuk" anlayışlarıdır (Bobbio, Teoria della norma, s. 48, 49-54). 2) Adillığı geçerliliğe indirgeyen teoriler: Bu teoriye göre, geçerli olan norm, aynı zamanda adildir. Burada adalet unsuru geçerlilik unsuru ile bağımlı kılınmıştır. Normun adil olup olmadığı diye bir sorun yoktur, çünkü hukuken geçerli norm zaten adil normdur. Bu teorilerin tipik tarihi örneği, tabii hukuk doktrinlerinin karşısı olan "adaletin kanunucu" anlayışları, yani dar anlamda hukuki pozitivizmleridir (Bobbio, Teoria della norma, s. 48, 54-60). 3) Geçerliliği etkinliğe indirgeyen teoriler: Bu anlayışa göre gerçek hukuk, bir anayasa, bir kanun veya bir kanunlar mecmuasında yer alan veya bunlarla ifadesini bulan hukuk değildir. Gerçek hukuk, insanların her günkü münasebetlerinde bilfiil uyguladıkları hukuktur: Bu düşünce akımı, geçerliliği, sonunda etkinlikle bağımlı kılmaktadır. Geçerli norm, sadece etkin olan normdur ve etkin olan norm adildir. Bu teorilerin tipik tarihi örneği, Amerikan hukuk doktrinindeki "realist akım" ve bu akımın Kara Avrupasındaki uzantısı "hukukun sosyolojik teorileri"dir (Bobbio, Teoria della norma, s. 48, 60-70).

Aslında, bu üç grup teori, hukuk deneyinin esaslı unsurlarından birini diğeri indirgeme hatasından ötürü sakattırlar. Ama bu üç farklı bakış açısı, tek bir bütünü üç ayrı yönünü ifade etmektedir. Bu bütün, hukuk deneyidir. Adillik, etkinlik ve geçerlilik, bu bütünü varlığında, zorunlu unsurlardır. O nedenle, karmaşık hukuk deneyini, zorunlu unsurlardan sadece birine indirgeyerek açıklamaya imkân yoktur. (Bobbio, Teoria della norma, s. 47, 49), Çünkü toplumlarda hukuk deneyi ile gerçekleştirilmek istenen şey, toplumu ve toplumda insan hayatını en mükemmel biçimde organize etmekten başka bir şey değildir. Böyle bir organizasyon da, ancak, organizasyonun adillığı, etkinliği ve geçerliliği ile sağlanabilir (Bobbio, Teoria della norma, s. 47). Öyleyse, zorunlu kılınan ayırım ile hukuk deneyinin temel görünüşleri ihmal

kinliğidir, davranış kurallının sistem içinde geçerliliğidir⁹². Gerçekten, bir norma hukukilik sıfatını bahşeden öge, ne o normun adillığı, ne de de etkinliğidir, ama geçerliliğidir. Hukukilik sıfatı, demek ki, geçerlikle

edilmemekte, aksine bunların birbirine karıştırılmasının hukuk deneyinin idraki yönünden zararlı olduğu kanıtlanmaya çalışılmaktadır. Bu durum karşısında, bu görüşlerden her birinin bir başka araştırmanın konusu olduğunu söylemek başka şeydir bu görüşümlerin teşkil ettiği bütünü tanımlamak için görüşümlerden birini diğerine indirgemek bir başka şeydir.

- ⁹² Scarpelli, *Cos'e* s. 53-89; Hart, *Il concetto del diritto*, s. 68-70, 105-108, 120-122; Kelsen, *Lineamenti*, s. 52 vd.; 103 vd.; 180 vd.; Bobbio, *Teoria della norma*, s. 35-39; ID. *Teoria della scienza*, s. 195-198. Hukuk düzeni eğer bir normlar sistemi bütünü ise bu sistem içerisinde kalarak sistemi teşkil eden birimlerin değerlendirilmesinde, yani onların birer hukuk normu olarak var olduklarını saptamada yegâne geçerli ölçüt geçerlilik ölçütüdür. (Scarpelli, *Cos'e* s. 65; Bobbio, *Teoria della norma*, s. 37). Bu ölçütler esas alınarak hukuk biliminin konusunu belli bir pozitif hukuk sisteminin incelenmesiyle sınırlandırmak, hukuk deneyinin çoğulcu karakterinin yitilmesini zorunlu kılmamaktadır. Zira, değerlendirme ölçütleri esas alınarak yapılan bu ayırım, kesin, nihai, aralarında ilintisiz bir ayırım değildir. Üstelik hukuk deneyinin ne olduğunu bilmek isteyen herkes, bu beşeri deneyin, gerçekleştirilecek adalet ideallerinin, bu idealleri sağlayacak normatif müesseselerden ve bu idealler ve müesseseler karşısındaki insanların "amel ve aksuamellerinden" müteşekkil olduğunu göz önüne almak zorundadır (Bobbio, *Teoria della norma*, s. 47). Bir önceki dipnotta da belirtildiği gibi, bunlar, nihayet bir bütünün üç ayrı görünümüdür. Ancak, bu görüşlerden esas olanı, hukuk deneyinin normatif görünümüdür. Bu görünümü bilmeye imkân veren unsur, her halde geçerliliklerdir. Burada normatif her hangi bir yapının değil, hukukun adillığı ve etkinliği söz konusu olmaktadır. Öyleyse önce neyin hukuk veya hukuk normu olduğu bilinmedikçe, adillik ve etkinlik de söz konusu olmamak gerekir. Öte yandan siyasi bir tavırla hukuki bir tavır birbirine karıştırmamak gerekir. Adil ve etkin hukuk normu koymak başka bir şeydir, hukuk normunun adillığı ve etkinliği başka bir şeydir. Bu, her normun, adillığının, etkinliğinin tartışılabilmesi demektir. Ancak, bu hukuk normunun adillığı, etkinliği söz konusu olduğunda, normun önce bir hukuk normu olarak var olması gerekmektedir. Görüldüğü üzere, sorun, bir alanlar "izolasyonu" sorunu değil, bir öncelik sorunu sorundur. Nitekim, daha bu çağın başında Rocco, soruna parmak basmış, hukuk incelemesini üç safhaya bölmüştür. Son safha, Rocco'da hukuk düzeninin bir eleştirisi safhasıdır. Bu safhada inceleme konusu yapılan hususlar, başka hususlar yanında, hukuk normunun veya hukuk sisteminin adillığı ve etkinliği sorunlarıdır (Rocco, *Il problema e il metodo*, s. 572 vd). Burada her hangi bir yanlış anlamayı önlemek için bir noktaya da değinmek gerekmektedir: Hukuk normunun geçerliliği ile hukuk sisteminin geçerliliği = meşruiyeti konusu birbirinden farklı konulardır. Bir normun hukuk normu olarak var olması, tüm hukuk sistemini teşkil eden normların temel normla bağımlılığı anlamında iken, yani temel ölçü hukukun kendi içinde iken, hukuk düzeninin geçerliliği, bizzat temel normun geçerliliği anlamındadır. Bu da, hiç kuşku yok, hukuk düzeninin bir bütün olarak 'meşruluğu' sorundur. Meşruluk sorunu, sonunda, bir egemenlik sorunu. Egemenlik sorunu, çözümünü, itiraf etmek gerekir, hukuk düzeninin düzen olarak etkinliği sorununda bulmaktadır Bu da, aslında fiili bir gerçeklikten başka bir şey değildir ve bu niteliği nedeniyle hukuki pozitivizm doğrultusundaki Hukuk incelemesinin kapsamı dışında kalmaktadır (Bkz. Scarpelli, *Cos'e*, s. 74-77; Bobbio, *Sul principio di legittimità*, Studi in memoria di A. Falchi, Milano, 1964;

bağıntılıdır. O nedenle, hukuk biliminin konusunu teşkil eden norm, hukuk normu, belli bir hukuk sisteminde geçerli olan normdur⁹³.

Normun belli bir hukuk sisteminde geçerli olması ne demektir. Normun geçerli olması, yalnız Kelsenci doktrinde değil, ama hukuku normatif açıdan görmek isteyen bütün doktrinlerde bir "temel norm"-dan çıkararak belli bir hukuk sistemine doğrudan doğruya veya dolaylı olarak giren bir norm tarafından kurallaştırılmak olarak anlaşılmaktadır. Temel norm⁹⁴, burada, normatif her sistemin "geçerliliği" ilkesidir. Hukuk sistemi deyimi ile kastedilen eğer temel normla farklı kademelenmelerde bağımlı bir normlar sistemiyse, bir norm, bir tasarruf veya muameleinin hukukî varlık kazanması veya geçerli olması, o normun, tasarruf veya muameleinin ancak bir hukuk düzenine, yani bir normlar

A. Passarin D'Entre 'ves, La dottrina dello stato, Torino, 1962, Part. II, Cap. X; Piovani, Il significato dei principi di effettività, Milano, 1953; Kelsen, Lineamenti, s. 101 vd., 103 vd.; Ross, Diritto e giustizia, s. 34 vd.).

⁹³ Perassi, Introduzione, s. 32: Hukuk normu, belli bir hukuk düzeninde yürürlükte olan norm anlamına gelmektedir.

⁹⁴ Hukuk düzeni mademki bir normlar sistemi bütünüdür, o halde sistem olmayı sağlayan bir başlangıç noktası itibar edilmek gerekmektedir. Hukuk sisteminde bu başlangıç noktası 'temel norm'dur. Temel norm hakkındaki düşüncelerin dökümünün yapıлып eleştirilmesi konumuz dışında kalır. Bizim için önemli olan, temel norm hakkındaki düşünceler değil, bu terimin 'konvansiyonel' oluşudur. Bir başlangıç noktası itibar edilmediği takdirde madem ki hukuk düzenini bir normlar sistemi bütünü olarak açıklamak mümkün değildir öyleyse temel normun da 'konvansiyonel' bir başlangıç noktası olarak alınması gerekmektedir. Aksi takdirde bir hukuk düzeninden söz etmek ve onun bilgisi olan hukuk bilimini varlığını kabul etmek mümkün olmaz. Hukukun salt 'rasyonel' bir sistem olmadığı, tersine içinde 'irrasyonel' unsurları taşıdığı yolundaki görüşler (örneğin, Antolisei, Per un indirizzo realistico, s. 17 vd), hukukun bir tür matematik veya mantık sayılmasına engeldir, ancak hukukun normatif bir sistem sayılmasına engel olmamak gerekir. Zira, hukuku bir tür mantık veya matematik saymak başka şey, pozitif hukuku bir normlar sistemi bütünü olarak görmek başka şeydir. Bu, hukukun içinde bazı 'irrasyonel' unsurların olmasının, hukukun bir sistem sayılmasına engel olmaması demektir. Buradan hareketle diyebiliriz ki, hukuk düzeni eğer bir normlar sistemi bütünü ise, o halde bu bütünün bir başlangıç noktası vardır ve bu nokta 'konvansiyonel'dir. Hukuk bilimi bilim olma vasfını yitirmeden ve hukuk içinde kalarak bulunabilecek tek temel esas, böylece temel norm varsayımı olmaktadır. O nedenle, bir taraftan bir pozitif hukuk sistemi kabul edip öte yandan sistemi sağlayan itibari bir başlangıç noktası kabul etmemek, her halde bir çelişkidir. Kaldı ki, temel norm üzerindeki tartışmalar, çok kez onun konvansiyonelliği üzerinde değil, mahiyeti ve yeri üzerindedir. Bu hususun araştırılması kuşkusuz, burada, konumuz dışında kalmaktadır. Konuyla ilgili olarak bkz. Ross, Diritto e giustizia, s. 29-68; Hart, Il concetto di diritto, s. 95-145; Kelsen, Lineamenti, Böl. V; Scarpelli, Cos' è, s. 71 vd.; Leoni, Oscurità ed incongruenza nella dottrina kelseniana del diritto., Riv. Int. Fil. del Dir., 1960, s. 165 vd.; Ago, Scienza, giuridica e diritto internazionale, Milano, 1950, s. 38 vd.; Conte G.A., Norma fondamentale, Novissimo Digesto, C. XI. s. 328 vd.

sistemi bütününe ait olmasıyla mümkün olmaktadır. O nedenle, hukuk düzeni, yani geçerlilik ilkesi veya temel norm dışında, ne hukuki bir varlık, ne hukuk normu, ne de hukuk bulunmaktadır⁹⁵. Bu, demektir ki hukukun normatif teorisinde mümkün olan yegane hukuk bilimi, konusu münhasıran hukuk olan hukuk bilimidir. Başka bir deyimle, yegâne hukuk bilimi, konusu yalnızca geçerli bir hukuk sistemine ait normatif önermeler olan hukuk bilimidir. Bu bilim, toplumdaki olgulardan, toplumdaki menfaat çatışmaları ve irade ihtilâflarından "kanunlar" çıkaran, bu kanunları açıklayıp sistemleştiren ve işleyen bir bilim değildir, sadece 'pozitif hukukun bir teorisi'dir. Bunun için, pozitif hukukun bir teorisi dışında, ne bilimden, ne hukuktan ve dolayısıyla ne de bir hukuk biliminden söz edilebilir⁹⁶.

Bu sonuç kuşkusuz herkesçe kabul edilmiş değildir. Ceza hukuku bilimi alanında özel bir yeri olan 'pozitivist ceza hukuku akımı'ndan başka⁹⁷, hukuk biliminin konusunun münhasıran pozitif hukuk

⁹⁵ Bobbio, *Teoria della scienza*, s. 196-197.

⁹⁶ Bobbio, *Teoria della scienza*, s. 197.

⁹⁷ Bobbio, *Teoria della scienza*, s. 100-199. Ancak unutmamak gerekir ki, gerek pozitif hukukun teorisi olarak hukukun normatif teorisi, gerek bunun dayandığı hukuki pozitivism ve gerekse hukuk biliminin metodu olarak ortaya çıkan 'teknik hukuk metodu, bugün de üzerlerinde en yoğun tartışmaların yapıldığı bir konu olarak güncelliğini korumaktadır. Eleştiriler, genellikle tabii hukuk doktrini taraftarları, dinci düşünürler ve kimi marksçı yazarlardan gelmektedir (Bkz. Scarpelli, *Cos' e'*, s. 135 vd). Hukuki pozitivism ve buna bağlı olarak teknik hukuk metodu, bunlarca, nazizm ve faşizmin bir ürünü sayılmıştır. Oysa, hukuki pozitivism, nazizm ve faşizmin bir ürünü olarak değil, tam tersine tabii hukuk anlayışının karşıtı düşüncede bir evrim olarak ortaya çıkmıştır. O nedenle bir rastlantı olarak ortaya çıkışı ile faşizmin ve nazizmin aynı döneme rastlamış olması hukuki pozitivismin bu rejimlerin bir ürünü olduğunu kanıtlamaya yetmez, çünkü bir rejimin bir tekniğten yararlanması başka şey, o tekniğin bir rejimin doğal ürünü olması başka şeydir. Kaldık ki, hukuki pozitivism bir ideolojiye temel olmak amacıyla değil, hukuktan ideolojileri kovmak iddiasıyla ortaya çıkmıştır (bkz. Kelsen, *Lineamenti*, s. 47, 59 vd. 65 ve *passim*). O halde, hukuki pozitivism ve buna bağlı olarak teknik hukuk okulu 'Musolini İtalyasında' vücut bulmuş olmasına rağmen, teknik hukuk okulunun 'totaliter ve otoriter bir doktrini telkin eylediğini sanmak hatalıdır' (Dönmezer-Erman, *Ceza hukuku*, GK. C. 1, s. 105). Hukuki pozitivism, hukuk düşünce tarihinde, deneysel olmayan karşısında, deneysel getirmiştir. Bu ise bir veridir, fakat bir değerlendirme değildir. Oysa, ideolojiler, değerlendirme alanlarıdır. O nedenle, bir ideoloji ile, bu ideoloji ne olursa olsun, bir verinin geçerliliği veya geçersizliğini kanıtlamak mantıken mümkün olmamak gerekir. Hatta, hukuki pozitivism bir ideoloji de sayılsa, sonuç değişmemektedir, çünkü ideolojiler hakkında verilen yargı da sonunda bir değer yargısıdır, yani kuramsal değil, ideolojik bir yargıdır. Bu, bir ideoloji esas alınmak suretiyle hukuki pozitivismin geçersiz kılınmasının mümkün olmaması demektir (Scarpelli, *Cos'e*, Bsl. XII-XIII).

Pozitif hukukun teorisi olan 'hukukun normatif teorisi de doktrinde eleştirilmektedir. Eleştiriler daha çok kelsenci düşünceyle ilgilidir (Örneğin, Maggiore, *Normativismo*

normları olmadığını ve hukukçunun görevinin hukuku hukuk için ve gene hukukî araçlarla normatif önermeler dışında arama olduğunu savunan görüşler de bulunmaktadır. Bu görüşlere hukuk edebiyatında değişik isimler verilmiş olmakla birlikte, hukuk biliminin konusu ile ilgili düşüncelerindeki ortaklıktan ötürü hepsine birden 'hukukun sosyolojik teorisi' demek mümkündür⁹⁸. Ancak, bu teorilerden 'Kara-avrupası hukuk sistemlerinde' bu sistemin teorisi olan doktrinleri eleştirmek amacıyla ortaya çıkanlarla, Anglo-Sakson ülkelerinde egemen hukuk sistemlerinin teorisi olan doktrinleri eşdeğer görmemek gerekir.

Esasen hukukun normatif ve sosyolojik teorileri hukuk bilimi alanında biri diğerine zıt iki temel düşünce akımını temsil etmektedir. Aralarındaki ihtilafın esasını, hukuk biliminin gerçek konusunun ne

e antinormativismo nel diritto penale, Arch. pen. 1949, I.) Maggiore'ye göre hukuk asgari ahlaktır. Ahlâk ise çözümünü tanrı kavramında, yani dinde bulur (Diritto penale, PG. V.I. TP. s. 16) Maggiore, bizce, hukuka bakış açısında hukukçudan çok bir ideoloğ gibi davranmaktadır. Maggiore'nin düşüncesinde pozitivizm reddedilmiştir. Öyleyse düşünürün hukukun normatif teorisini reddetmesi çok doğaldır, çünkü hukukun normatif teorisi bir hukuk ideolojisi değildir. Hukukun normatif teorisinin kurucusu kuşkusuz Kelsendir, Ancak, unutmamak gerekir ki, söz konusu teori Kelsen'in bıraktığı yerde de kalmamıştır. O nedenle, Kelsen'i eleştirmek başka şey, hukukun normatif teorisine karşı çıkmak başka şeydir. Nitekim, doktrinde, Kelsen'i eleştirdiği halde normativist olan hukukçu sayılmayacak kadar çoktur. Normatif teori, Kelsenci doktrinle ilgili görülerek, kimi marksçılarca da eleştirilmiştir (Örneğin, Capograssi, Impressioni su Kelsen traddotto, Riv. Trim. dir. Pubbl., 1952, s. 767 vd.; Nicolosi, Formalismo e storicismo del diritto, Riv. It. Sc. Giur., 1951, s. 293 vd). Bu marksçılara göre 'salt hukuk teorisi', yani bir anlamda hukukun normatif teorisi 'küçük burjuva konformizmi ideolojisinden' başka bir şey değildir. Oysa, Bobbio'dan edinilen bilgiye göre, hukukun normatif teorisi Rus hukuk doktrininde de taraftar bulmuştur ve savunulmaktadır (Bobbio, Studi sulla teoria generale, s. 98-104). Bu olgu da ortaya koymaktadır ki, hukukun normatif teorisine karşı kimi marksçılarca yöneltilen eleştirilere artık itibar etmek pek mümkün görünmektedir. Hukukun normatif teorisi ve salt hukuk teorisi hakkındaki eleştirilerin ne olduğu ve bunların geçerli olup olmadıkları hakkında bkz. Treves, Perfezione, In Lineamenti di dottrina pura del diritto di Hans Kelsen, Torino, 1967, s. 10-30; ID. Intronno alla concezione del diritto di Hans Kelsen, Riv. Int. Fil. Dir. 1952, s. 177 vd.; Bobbio, Studi sulla teoria generale, s. 75-107; ID. La teoria pura del diritto e suoi critici Riv. Trim. di dir. e proc. civ., 1954.

⁹⁸ 'İçtimai müdafaa doktrini', bize göre, pozitivist okulun bir uzantısından başka bir şey değildir. O nedenle adı geçen teori, pozitif hukukun bir teorisi değil, hukukun bir sosyolojik teorisidir. Bu doktrin hakkında bilgi için bkz. Bettiol, Diritto penale, s. 479 vd.; Grispigni, Diritto penale, V. I.; Ferri, Sociologia criminale, Torino, 1930 V. II; Ancel M., La nuova difesa sociale, "Introduzione" Rassegna di studi penitenziario, 1967, Fasc., IV-V; Grammatica, Difesa sociale, Novissimo digesta, C.V, s. 635; Guarnieri, Difesa sociale, Enciclopedia del diritto, Milano, 1964, C. XII, s. 465; Nuvolone, Il principio della legalità e il principio della difesa sociale, Scuola positiva, 1956; Yarsuvat D., Yeni içtimai müdafaa doktrini, IHFM., 1966.

olduğu sorunu teşkil etmektedir. Bu, Karaavrupası hukuk sistemlerinde normatif teorinin eleştirisi olarak doğan teoriler yönünden de aynıdır. Gerçekten, hukukun sosyolojik teorilerde hukukçunun görevi, doğrudan doğruya toplumsal deneye giderek, pozitif hukuku teşkil eden önermeleri bizzat bu deneyin içinde aramaktır. Öyleyse, bu teorilerin modellediği hukukçu, hukuk normlarının bizzat mucididir. Buna karşılık, hukukun normatif teorisinde hukukçunun görevi, toplumsal deneyden normlar çıkarmak olmayıp, kendisine hukukten geçerli normlar olarak verilen hukuk normlarını yorumlamaktır. Normatif teoride hukukçu mucit değildir, sadece belli bir normatif sistemdeki hukuk normlarının kâşifidir. Sosyolojik teorilerde hukukçunun araştırma konusu, toplumsal deneyin bizzat kendisidir. Hukukçu bir toplum bilimci, yani sosyologdur ve hukuk bilimi burada hukuk sosyolojisi ile karıştırılmaktadır. Normatif teoride hukukçunun araştırma konusu, hukukun, yani pozitif hukukun kendisidir. O halde, hukukçu, kelimenin geleneksel anlamında bir yorumcudur ve hukuk bilimi, zorunlu olarak pozitif hukukun bir teorisidir ve o nedenle hukuk sosyolojisinden ayrılmaktadır⁹⁹.

Temelde birbirine karşıt bu iki grup teoriden Anglo-Sakson ülkelerinde cari hukukun sosyolojik teorisi ve Karaavrupası hukuk sistemlerinde cari bulunan hukukun normatif teorisi, esasları bakımından birbirinden çok farklı iki değişik hukuk sisteminin tezabürüdür. Hukukun kaynaklarının dinamik ve çoğulcu anlayışına yer veren hukukun Sosyolojik teorileri, Anglo-Sakson ülkelerinde cari hukuk sistemlerinin temel gerek ve karakterine cevap vermektedirler¹⁰⁰. Buna karşılık, normatif teori, Karaavrupası hukuk sistemlerinin geleneksel karakterini teşkil eden hukukun kaynağının "tekçi" anlayışına cevap vermektedir. Bu itibarla bu iki düşünce sistemi arasındaki köklü ihtilâf, çözümü mümkün salt teorik karakterde bir ihtilâf değildir, tam tersine kendisini doğuran gerçek durumlardan soyutlanmaksızın değerlendirilmesi gereken birbirine karşıt hukuk ideolojilerinin ve farklı hukuk sistemlerinin karakterize ettiği tarihi kökenli bir ihtilâftır. O nedenle, söz konusu ihtilâfa kalkıp boşboşuna kuramsal bir çözüm aramaya da gerek yoktur¹⁰¹. Durum bu olunca, Karaavrupası hukuk sistemlerinde halen ge-

⁹⁹ Bobbio, *Teoria della scienza*, s. 100 vd.

¹⁰⁰ Hukukun sosyolojik teorileri ve özellikle Anglo-Sakson hukukta geçerli 'hukuki realizm' akımı hakkında bkz. Bobbio, *Teoria della norma*, s. 60-70; ID. *Teoria della scienza*, s. 182-199; ID. *Studi sulla teoria generale*, s. 127-143; Kelsen, *Lineamenti*, s. 53 vd.; 180 vd.; Ross, *Diritto e giustizia*, s. 68 vd.; Aral, *Hukuka ilişkin değişik görüşler ve bunların değerlendirilmesi ile birlikte doğru görülebilecek bir hukuk anlayışı*, İÜHF. C. XXXIX, s. 1-4; Gürkan, *Ü. Hukuki realizm akımı*. Ankara, 1967.

¹⁰¹ Bobbio, *Teoria della scienza*, s. 181.

çerli hukuk teorisi de, geçen yüzyılın sonlarında normatif teorinin eleştirisi biçiminde ortaya çıkan sosyolojik teorilerin etkin saldırısına rağmen¹², hukukun normatif teorisi olmaktadır. Karaavrupası hukuk sistemlerinde 'hukukçunun rolü' normatif teorinin etkinliğinin bir

¹² Kara avrupasında 'tabii hukuk' ve 'hukukun normatif teorisine' karşı çıkan teorileri, önce de belirtildiği üzere, hukukun konusu sorununu çözümlemedeki ortak yönlerinden ötürü, tek bir isim altında toplamak mümkündür. Bu teoriler 'hukukun sosyolojik teorileri'dir. Bu grup içerisinde yer alan ve dar anlamdaki pozitif hukuk anlayışına karşı çıkan ilk grup teori, Savigni'nin kurucusu olduğu 'tarihçi okul'dur (bkz. Abadan, Hukuk felsefesi, s. 260 vd). Tarihçi okula göre hukuk denilen şey 'rasyonel ilkelere' çıkmamıştır, tersine o ulustan doğan toplumsal ve tarihi bir olgudur. Öyleyse hukukun kaynağı doğa değil, ulusun ruhudur. Hukukun bu tür anlayışının sonuçları şunlar olmaktadır: Ne kadar ulus varsa, bir o kadar da hukuk vardır. Hukuk biliminin konusu, münhasıran, örf ve adet hukukudur, çünkü örf ve adet hukuku, bizzat toplumdan doğmaktadır. Hukukçunun görevi bu kuralları bulup ortaya çıkarmaktır. Görüldüğü üzere, romantik felsefenin bir ürünü olan tarihçi okul, hukuk bilimini örf ve adet araştırmasına indirgediğinden hukuk bilimi sonunda sosyoloji bilimine indirgemıştır (Bobbio, Teoria della norma, s. 62). Geçen yüzyılda ortaya çıkan bir başka okul, Geny, Contorowicz, Erlich gibi hukukçuların, da dahil olduğu 'özgür hukuk' teorisi (Bkz. Grisostoni, Di alcuni recenti teorie sulle fonti e sulla interpretazione nel diritto privato, Frascati, 1904; Galdi, La scuola del diritto libero, Napoli, 1907; Di Carlo, Dei nuovi metodi di interpretazione del diritto, Palermo, 1919.; Degni, L'interpretazione della legge, 2 ediz., Napoli, 1909; Coviello, L., Dei moderni metodi d'interpretazione della legge, 1908; Ferrara F., Potere del legislatore e funzione del giudice, Riv. di dir. civ. 1911). Bu akımın esasları, dar anlamdaki pozitivizmin eleştirisi sonunda ortaya çıkmıştır. Amacı, 'devlet hukuku' yerine 'toplum hukuku' ve 'yasama formüllerinde kristalize olmuş hukuk' yerine 'yaşayan hukuku' yaratmaktır. Hukukçu bu akım taraftarlarına göre, devletçe konulan pozitif hukukun salt ve basit bir yorumcusu değildir ve böyle olmamalıdır. Hukukçu, devlet hukukunun basit bir araştırmacı, açıklayıcı kurucusu ve sistemcisi sayılmamak gerekir. Hukukçu, toplumsal çatışma ve münasebetlerin doğrudan doğruya müşahadesinden hukuk kuralları çıkararak bizzat hukukun yaratıcısı olmak zorundadır. Görüldüğü üzere burada hukuk biliminin konusu artık pozitif hukukun bir incelemesi değildir. Bunun sonucu olarak, pozitif hukuk, hukuk araştırmasının zorunlu bir unsuru sayılmamaktadır. Hukuk kurallarının yaratılması, bu düşünce sisteminde, çözümünü genellikle menfaatler yahut kavramlar içtihadında bulmaktadır. Menfaatler içtihadında hukuk biliminin konusu, toplumdaki menfaatler çatışması ve irade ihtilafları esasına göre beşeri davranışın hukuki kurallarını araştırmaktır. O halde, hukukçunun görevi, kanunun sadece basit bir mantıkî yorumu değil, aynı zamanda kanun koyucunun maksadında girmek ve menfaatler çatışması esas olmak üzere kanunları uygulamak ve kuralları koymaktır. Ancak, belirtmek gerekir ki, bu faaliyet, kuralmsal bir faaliyet olmayıp etik-siyasi-ideolojik bir faaliyettir. Zira, menfaatler çatışması ve buna bağlı olarak irade ihtilafları esas alınarak beşeri ihtilafların hukuki çözümü daima bir değerlendirme sorunudur. Değerlendirme ise, mahiyetinin bir gereği, kuramsal değil, etik-siyasi-ideolojik bir faaliyettir. Hukuk biliminin konusu ve hukukçunun faaliyeti, burada bir idolojide indirgenmektedir. Gerçekten, hukukçunun faaliyeti, kendisini toplumsal olayların müşahadesi ve kurallaştırma amacına matuf geçerli kavramların teşkiliyle sınırlanabilir. Bu faaliyet koşkusuz bilimsel bir faaliyettir. Ancak, söz konusu faaliyet hukuk biliminin konusu olan bir faaliyet değil, hukuk sosyolojisinin konusu olan bir fa-

sonucu olarak, hâlâ 'kanunların bir yorumcusu' rolüdür¹⁰³ ve hukukun normatif teorisi, bu hukuk sistemlerinde o sistemlerin gerekleri gözönünde tutularak oluşturulmuş bir teoridir. Böyle olunca bu teoriye kendisinde olmayan 'mutlak kuramsal bir değer' izafe etmek mümkün olmamak gerekir. Burada, olsa olsa, hukukun sosyolojik teorilerine oranla, hatta karaavrupası hukuk sistemlerinden farklı hukuk sistemleri karşısında, hukukun normatif teorisinin, daha geçerli olduğu kanıtlanabilir, ama asla bu teorinin mutlak kuramsal bir değeri haiz bulunduğu ileri sürülemez¹⁰⁴. Buradan, en son tahlilde deneye dayalı da olsa, hukukun normatif teorisinin bir bilim olup olmadığı sorunu ortaya çıkmaktadır.

6. Pozitif hukuk teorisi olarak hukukun normatif teorisinin bilimselliği sorunu.

Hukukun normatif teorisinin gerçekte bir bilim olup olmadığını saptamak için bu teorinin genel esaslarından hareket etmek gerekmektedir. Daha önce çeşitli vesilelerle açıklanmış olan bu esaslar kısaca şunlardır.

1. Hukukçunun, ceza hukukçusunun faaliyeti beşeri düşüncenin bir ürününün incelenmesine yöneldiğinden, hukuk bilimi, manevi bilimler ailesi içerisinde yer almaktadır. O nedenle, hukuk araştırmasının, 'doğa alamine' değil 'kültür alemine' ait konularının karakterinden ötürü, doğa bilimlerinden farklı bilimlerle bazı ortak yönleri bulunmaktadır.

2. Hukuk, ceza hukuku araştırması veya hukuk biliminin konusu olan 'manevi' veya 'kültürel' ürün, beşeri davranış kuralları bütünü veya normatif önermelerdir. Bu özellik, hukuk bilimini öteki manevi bilimlerden ayırmaktadır, çünkü inceleme konusunu teşkil eden öner-

faaliyettir. Konulan bu sınır aşıp değerlendirme alanına girildiğinde, faaliyetin niteliği artık ideolojiktir; o halde faaliyet kuramsal bir faaliyet olmaktan çıkmıştır. İşte menfaatler curisprüdansı denen ve hukukun formalist anlayışına karşı çıkan bu düşünce sistemi, hukukun bir teorisi olmak amacı ile ortaya çıkmış olmasına rağmen, sonunda hukukun bir teorisi değil, doğrudan deneyin sınırlarını aşan bir idolojiye dönüşmekle amacından uzaklaşmış ve böylece pozitif hukukun bir teorisi olan normatif teori karşısında etkinliğini koruyamamıştır. O nedenledir ki Karaavrupası hukuk sistemleri yönünden tek geçerli hukuk teorisi bugün de herhalde pozitif hukukun bir teorisi olan hukukun normatif teorisidir (dipnottaki bilgiler için bkz. Bobbio, *Teoria della scienza*, s. 194 ve p. 6-7; ID. *Teoria della norma*, p. 15; Kelsen, *Lineamenti*, s. 125; Grispigni, *La dottrina giuridica*, s. 29 vd.

¹⁰³ Bobbio, *Teoria della scienza*, s. 182; Bkz. Nuvolone, *I fini e imzezi nella scienza del diritto penale*, Riv. It. di dir. pen., 1948, n. I-III, s. 39 vd.; Toroslu, *Cürümlerin*, s. 8; Aral, *Hukuk ve hukuk bilimi*, s. 136 vd.

¹⁰⁴ Bobbio, *Teoria della scienza*, s. 182.

meler, gerçek davranışlar üzerine ifadeler değil, mümkün veya farazi davranışlar üzerine kurulan ifadelerdir.

3. Hukuk ceza, hukuku araştırması en son tahlilde deneye dayalıdır, çünkü normatif önermelerin anlamlarının bilinmesi, bu önermelerin kendilerinden soyutlandığı gerçek davranışlara gitmeyi, onlara başvurmayı gerektirmektedir. Bu niteliğinden ötürü, hukuk bilimi, kendine özgüllüğüne rağmen, deneysel bilimler arasında yer almakta ve bu yüzden de formel bilimlerden ayrılmaktadır.

4. Hukuk ceza hukuku araştırmasının amacı, genel kavramlar, teşkil etmek, bu kavramlar arasındaki bağıntıları kurmak ve kavramların tutarlı tam bir sistemini inşa etmektir. Genel kavramların inşasına, münferit normatif önermelerin yorumuyla veya 'teleolojik' açıklamadan yararlanılarak bu önermelerin anlamlarının bilinmesiyle varılmaktadır. Bu özellik, hukukun "tabiatçı" ve "tarihçi" anlayışları karşısında, kesin bir tavır almaya imkân vermektedir, çünkü hukuk, ceza hukuku araştırması, konusuna nüfuz yöntemi (yorum) nedeniyle tarihçi, buna karşılık amacı (genelleştirme ve sistem) nedeniyle 'tabiatçı' tipte bir araştırma olmaktadır¹⁰⁵.

Demek ki, hukuk, ceza hukuku bilimi, hukukî normatif önermelerin, anlamlarının bilinmesi ve sisteminin teşkili için deneye dayalı bir araştırmasıdır. Bu tanımda, hukuk araştırmasında konu, normatif önermeler; esas, deney; metod, yorum; amaç, sistem olmaktadır¹⁰⁶.

Bu tür bir araştırma, acaba bilimsel midir, kısacası bilim midir? Sorunun çözümü, bilim kavramına verilen anlam üzerinde, yani bilim kavramından ne kastedildiği üzerinde yoğunlaşmaktadır. Gerçekten, kimine göre ceza hukuku bir bilim değildir ve fakat normatif bir bilgi şubesidir. Zira ilim müşahadelerde bulunur, tespitler yapar ve kanuniyetlerin nelerden ibaret bulunduğunu gösterir. Ceza hukuku, ise muayyen bir takım kaideler ve normaler vaz etmekte ve bunlara bütün fertlerin riayet etmelerini ceza tehdidi ile emreylemektedir¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Bobbio, Teoria della scienza, s. 200-201. Hukukun tabiatçı ve tarihçi anlayışları hakkında, Bobbio, Teoria della scienza, Böl. IV. s. 104-128.

¹⁰⁶ Bobbio, Teoria della scienza, s. 201-202.

¹⁰⁷ Örneğin, Dönmezer-Erman, Ceza Hukuku GK. C. 1., s. 11: Ancak, düşünürlere göre ceza hukukunun koyduğu normlar akıl ile icat edilen, fayda ve lüzumluluğuna mantık yoluyla varılan bir takım rasyonel soyut düşüncelerin ifade tarzlarından ibaret değildir ve olmamalıdır. Bu halter ... Sosyal hayattaki disiplin zorunluluğunun takibi olarak doğurduğu normlar nevinden olmalı ve Sosyal gerek ve zorunluluklara uygun olmalıdır. Bu itibarla, kaidelerin tespiti, normların meydana getirilmesi için yapılan çalışmalar bilimsel çabalaradır.

Buna karşılık, kimine göre, bilim eğer olaylar nizamını bilgiler nizamında aksettiren nesnel gerçeğin ekonomik ve sistematik bir tasnifye kuşkusuz hukuk, ceza hukuku bilimi, bu anlamda bir bilim sayılmak gerekir, çünkü hukuk bilimi de, pozitif hukuk düzenini teşkil eden hümlerin muhtevasını, bir bilgiler düzeni içerisinde aksettirmeyi amaçlamaktadır¹⁰⁸. Görülüyor ki her iki anlayış, genelde hukukun 'normatifiğini' kabul etmekte, ama buradan farklı sonuçlara varmaktadır. Bu durumda, sorunun çözümünü, bize göre, bilim 'kavramının evrimi' sürecinde aramak gerekmektedir.

Bilginin 'pozitivist' ve 'akılcı' anlayışının egemen olduğu dönemlerde hukuk bilimi, kendine özgülüğü nedeniyle, genellikle bilimler sınıfına sokulamamıştır¹⁰⁹. Ancak, bugün, bilime ve özellikle doğa bilimlerine verilen anlam, dünkünden, yani pozitivist ve akılcı anlayışın egemen olduğu dönemden tümünden farklıdır. Hatta, denilebilir ki, hukuk biliminin bir bilim şubesi olup olmadığı yolundaki tartışmalara bugün yeni boyutlar gelmiştir¹¹⁰. Günümüzde bilimsellik anlayışı, klâsik akılcılık anlayışından farklı olarak genel esaslarını 'aklın' o halde 'gerçeğin izafiliği' kavramında bulmaktadır¹¹¹. Böylece, klâsik akılcılığın savunduğu temel kavramlardan 'aklın mutlaklığı' yerini

¹⁰⁸ Örneğin, Toroslu, Cürümlerin, s. 10; Crispigni, Diritto, penale, C.I.s. 10; Antolisei, Manuale, PG. s. 15; Ancak, Antolisei'e göre, hukuku inceleyen disiplin, kimilerinin istediği gibi, yalnızca bilgi amacını güden salt kuramsal bir disiplin değildir. Pratik 'fonksiyonu'da vardır, çünkü hâkime ve hâkimle birlikte çalışanlara, hukukun gereklerine daha çok cevap verecek bir biçimde kanunun uygulanması için 'kriterler' ha zırlamayı amaçlamaktadır. Bu düşüncenin eleştirisi için bkz. Toroslu, Cürümlerin, s. 9; Crispigni, Diritto penale, C. I. s. 8.

¹⁰⁹ Bu konuda bkz. Bobbio, Teoria della scienza, Cap. II, özellikle, p. 5-6. ve s. 202 vd.

¹¹⁰ Bu konuda bkz. Bobbio, Teoria della scienza, Cap. II, özellikle, p. 8 ve s. 204.

¹¹¹ Bobbio, Teoria della scienza, s. 207. Gerçekten, klâsik akılcılık anlayışı, mutlak, salt bir akılcılıktır. Bu anlayışta gerçek veya gerçekliğin en üstün organı akıl (ragione)dir. Ve akıldır ki insana gerçekliğe nüfuz imkânı verir. Akıl madem bütün insanlarda birdir, çünkü o insanın eseri değil insana bir vergidir, o halde gerçeklik veya gerçek de birdir. Başka bir deyimle akıl madem mutlaktır, o halde akıl yoluyla çıkarılan gerçek veya gerçeklik de mutlak gerçek veya mutlak gerçekliktir. Akılcılık, görüldüğü üzere, tarihi insanı aşan, yani irdeleyen insanın dışında insana vergi bir şey olarak kabul edilen 'akıl kavramı' üzerine oturmaktadır. O nedenle, sadece, ama sadece insan, akla katıldığından, aklın bir 'cüz'ü' olduğundan, deneysel durumun ötesine giden mutlak gerçekliği seçme yeteneğine sahiptir.

Aklın ve gerçekliğin bu anlayışı, öte yandan, 'mantığın mutlaklığı, kavramını zorunlu kılmaktadır. Burada, mantık, esaslarına göre aklın gerçekliği bulduğu kurallar bütünü olarak evrensel ve zorunlu geçerliliği haiz bir kurallar mecmuasıdır. Öyleyse bu kurallar bütünü, farklı mantık sistemlerinin olmadığı anlamında tek bir tanedir. Görüldüğü üzere, klâsik akılcılığın dayandığı üç temel esas, aklın mutlaklığı, gerçek veya gerçekliğin mutlaklığı ve mantığın mutlaklığıdır (Bobbio, Teoria della scienza, s. 208-209. Akılcılık hakkında bkz. Geymonat L., Studi per un nuovo razionalismo, Torino, 1945).

'akıl yalnızca araçlığı', 'gerçeğin mutlaklığı' yerini 'gerçeğin itibariliğine'(*) ve 'mantığın mutlaklığı' yerini 'mantığın çoğulculuğu' kavramlarına bırakmıştır¹¹². Bu kavramlar, artık klâsik akılcılık anlayışının tanıdığı bilim anlayışından tamamen farklı bir bilim anlayışına vücut vermektedirler. Bu bilim anlayışı ise, yeni akılcılık akımının bilim anlayışdır¹¹³.

Yeni akılcılık akımında, bilimle, ilk (basit, iptidai) önermeleri ve önermelerinin değişim kuralları tam olarak belirlenmiş olan ve belli kurallar ve konmuş öncülerle (premersa) uyumlu bir biçimde işleyen bir önermeler sistemi kastedilmektedir. Böyle olunca

* 'Convensionalistica della verità' kavramını tam bir doğrulukla dilimize çevirmek mümkün olamamıştır. Bu kavramdan anlaşılacak şey, "gerçeğin itibariliği" gerçeğin "herkesçe öyle kabul edilmesi" "herkesin gerçek dediğinin gerçek sayılması"dır.

¹¹² Bobbio, Teoria della scienza, s. 210.

¹¹³ 'Yeni akılcılık', 'eleştirel akılcılık' anlayışında, akıl, ne mutlak gerçeğin bilinmesinin yanılmaz organı, ne gerçeği gerçek olmayandan ayırabilmesi için insana lütfedilmiş bir tür ilâhi gözdür; tersine, bir bilgi sorununu (kuramsal bir sorun) koyma ve çözme için insanın yararlandığı akli bir kurallar bütünüdür. Akıl, ihvan edilmiş olan değişmez bir kudret değil, insan tarihi boyunca gelişip mükemmelenen bir akli kurallar bütünüdür. O halde akıl, insan oluşumunda meydana gelen insanca bir yetidir ve insan bilgisinin sınırlarıyla sınırlıdır. Evrenin bir parçası olan insan, evreni ne kadar çok tanırsa ve öyleyse ne kadar çok kuramsal sorunlar koyarsa, insanla koşut olan bu yeti de o kadar çok mükemmelendir. Akıl, akılcılığın bu tür anlayışında, bir araçtır, hatta denebilir ki, 'teoretik insanın' en üstün aracıdır, insanın kendisiyle araştırma yaptığı bir araçtır. O nedenle o insana verilmiş değildir, fakat insan tarafından teşkil edilmiştir. Akıl bir kere verilmiş mükemmel bir kudret değildir, tam tersine o, tıpkı bir makina, bir araç gibi sürekli mükemmelenebilmektedir.

Akılın bu tür bir anlayışının sonucu olarak gerçeğin mutlaklığı kavramı, yerini gerçeğin konvansiyonelliği kavramına bırakmıştır. Ancak, her bilimin ön gerçekliklerinin 'konvansiyonel' olmaları, onların keyfi olmaları, sadece bir oyun için saptanmış olmaları anlamına almamak gerekir. Zira, amaca uygunluk olarak akla uygunluk anlamını içermek kaydıyla onlar da akla uygun önermelerdirler. Böylece, akıl araçsallığı ve önermelerin konvansiyonelliğinden, mantığın çoğulculuğu teorisi doğmaktadır. Çoğulculuk, özünden ötürü, tek bir mantık değil, araştırmalara cevap veren farklı mantıklar anlamındadır ve mantıktan, araştırmalarımızı güden ve bir sonuca götüren akli kurallar bütünü anlaşılmalıdır. Öyleyse, mantık kuralları, sıkı sıkıya güttükleri araştırmayla bağımlıdır, demek ki kendiliklerinden geçerli değildirler. Buradan, mutlak bir mantık kuralları sisteminin tespit edilemeyeceği, tersine her mantık kuralları sisteminin kendisinden çıktığı ve oluşumuna hizmet ettiği araştırmanın gözden uzak tutulmaksızın gözönüne alınması gerektiği ortaya çıkmaktadır. Her araştırma, o halde, ön önermelerle birlikte, esaslarına göre başlangıç önermelerinin diğer önermelere değişebileceği veya esaslarına göre bizzat araştırmanın gelişmesine imkân veren bazı araştırma modellerinin hazırlandığı mantık kurallarını da koymaktadır. Bu demektir ki, her araştırma için geçerli tek ve mutlak bir mantık kuralları sistemi değil, her araştırmanın kendine özgü olan bir mantık kuralları sistemi vardır (Buradaki bilgiler için bkz. Bobbio, Teoria della scienza, s. 206-213; Haçerlioğlu, Felsefe sözlüğü, İstanbul 1967).

bir araştırmaya, artık gerçekliği muhtevi olmasından ötürü değil, ama kendisiyle ilerlediği doğruluktan (= çelişmezlik, tutarlılık, kesinlik, özgünlük) = rigore) ötürü bilimsel denmektedir. Öyleyse aklın farklı bir anlayışı üzerine oturan modern metodolojide bilimselliği vurgulayan unsur, bu oluşum dolayısıyla, gerçeklik kavramından doğruluk kavramına kaymıştır. Artık, bilimsel önermeler, farzedilen gerçeği veya ideal bir gerçekliği 'tecrübi bir operasyon' (fiil) veya 'id-rak' (ide) ile tekrardan yapma anlamında kayıtsız şartsız gerçeğin ifadesi olduklarından bilimsel değildirler, tersine bizzat araştırmada tüm 'mantık' ve 'aklılığı' uyma anlamında doğru önermeler olduklarından bilimseldirler. Bir araştırmanın bilimselliği, demek ki, gerçeklikte, yani ifadenin nihal ve kat'i biçimde ortaya çıkan 'nesnel bir gerçekliğe' karşılık teşkil etmesinde değil, tersine anlatımın (discorso) doğruluğunda, yani bizzat anlatımda kullanılan tüm terimlerin yeterli kat'iyetinde ve bir ifadenin kendisi ile birlikte sistemi teşkil eden tüm öteki ifadelerle olan uyum ve tutarlılığında saklıdır¹¹⁴.

Gerçekten, belli bir araştırmanın içinde oluşacağı mantık kuralları ve ilk önermelerinin saptanması eğer doğru bir anlatım yahut dilin teşkili için esaslar koymaksa, bilimsellik dilin doğruluğunda mündemiç olduğundan, doğru bir anlatımın teşkili dışında bilimsel her hangi bir araştırma mümkün değildir. O nedenle, modern metodoloji, dil ve bilim arasındaki ilişki üzerinde ısrar etmektedir. Bilim, gerçekliğin bilimesi veya 'vehminde' değil, tersine bilimsel dilin kullanılmasında mündemiçtir. Bir bilim teşkil etmek demek, doğru (= tutarlı, kesin, özgün) bir dil teşkil etmek demektir. Teşkil olunan bu dilde, 'bilimsel gerçek' olarak geçerli olan önerme nesnel gerçekliğe adapte olan önerme değildir, fakat içine konulduğu sistem dahilinde geçerli kuralları gözetilen terimlerle ifade edilen önermedir¹¹⁵. O halde bir anlatım veya bir dil (= linguaggio), a) sistemi teşkil eden 'ilk önermelerin' tüm sözlerinin tanımlandığı veya bunların tüm kullanım kurallarının saptandığı ve o kurallara uyulmadıkça asla kullanmanın mümkün olmadığı, b) ilk önermelerden esaslarına uyularak yeni önermelerin çıkarılmasını sağlayan kuralların tespit edildiği ve tespit edilen önermeler dışında başka kuralların kullanılmadığı hallerde doğrudur (= tutarlıdır, kesindir, özgündür) denebilmektedir. Bu da, bir önermeler sistemi ne kadar çok uyumlu ve çelişkisizse, o kadar bilimseldir demektir¹¹⁶.

Ancak, burada söz konusu edilen şey, bilimin basit bir dil işlemine indirgenmesi değildir. Aksine, yapılmak istenen, nesnel bilginin, açık-

¹¹⁴ Bobbio, Teoria della scienza, s. 213-214

¹¹⁵ Bobbio, Teoria della scienza, s. 215.

¹¹⁶ Bobbio, Teoria della scienza, s. 215.

cası bilimin içinde mündemiç olduğu süjelerarası bilginin, en mükemmel biçiminin tanınıp bilinmesidir. Bu da, bir araştırmancının azamî veya asgari bilimsel niteliğinin 'alelade dil' ile yer değiştirerek bu dile üstün gelen dilin veya anlatımın azamî veya asgari doğruluğuyla bağımlı olduğu anlamına gelmektedir. O halde, bilim, bilimsel dil denen dilin teşkiliyle, yani tamamen öznel bir bilgiden (bana ait bilgi) yüksek düzeyde 'süjelerarası' bir bilgiye çıkararak, yani nesnel bir bilgi yapan belli bir dille başlamakta ve bundan ötürü, bilim olmaları bakımından formel bilimlerle deneysel bilimler arasında her hangi bir fark bulunmamaktadır¹¹⁷. Madem bilimsellik zorunlu olarak doğru bir dilin teşkilinden ibarettir, o halde, doğru bir dilin teşkili, bilim sıfatını kazanmak isteyen her araştırmancının tamamlayacağı belli bir 'operasyonu' gerektirmektedir. Bu operasyon ise, genel bir deyimle, 'dilinin analizi' (analisi del linguaggio) olmaktadır. Öyleyse, her bilim, bilimsel her araştırma, mutlaka dilin bir analizini zorunlu kılmaktadır¹¹⁸.

Bu anlamda, hukuk araştırması, acaba dilin bir analizini zorunlu kılmakta mıdır? Başka bir deyimle, hukukçunun yukarıda nitelikleri belirtilen faaliyeti, acaba bilimsel bir faaliyet midir? Sorunun çözümünü, hukuk araştırmasının veya hukukçunun faaliyetinin hukuk dilinin, yani normatif önermelerin bir analizini zorunlu kılmamasında aramak gerekir. Hukuk araştırması, tıpkı diğer araştırmalar gibi, kuşkusuz dilin bir analizini zorunlu kılmaktadır. Hukuk araştırmasının konusu, yani tahlil edilecek dil, sadece bir hukuk düzenini teşkil eden normatif önermelerdir. Normatif önermeler, mahiyetinin gereği olarak, belli bir dilde ifadesini bulan ve uygulaması gerekli görülen belli davranışlar hakkındaki ifadelerden başka bir şey değildir. O nedenle hukukçu da, araştırmasında, bizzat araştırmasının bu konusundan ötürü dilin bir analizine gitmekten vazgeçmez, çünkü araştırmasının başlıca konusu, bizzat kanun koyucunun dilidir. Hukuk araştırması, o halde, temel bölümleri ve eleştirisel görünümünde, kanun dilinin bir analizinde çözümlenmektedir. Bu demektir ki, hukuk araştırmasının amacı, her araştırma dilin bir analizi olduğundan, her bir bilimin teşkiliyle birlikte gelen öteki dil analizleriyle aynı olmak zorundadır. Bu amaç, doğru bir dil olarak, bilimsel bir dil olarak, bir hukuk dilinin teşkilidir. Açıkcası, kanun koyucunun anlatımı, yani normatif anlatım karşısında hukuk biliminin tavrı, diğer bilimlerin, fizik, matematik vs., anlatımları karşısındaki tavrının aynıdır. O anlamda ki, öteki bilimlerden farksız olarak, hukuk bilimi de, kanunun veya kanun koyucunun dilini, doğru bir dile tahlille zorunludur. Bu

¹¹⁷ Bobbio, *Teoria della scienza*, s. 216-217.

¹¹⁸ Bobbio, *Teoria della scienza*, s. 217.

da, her halde bu dilden doğru bir dilin teşkili başarılabilirdi ve teşkil olunan dilin sınırlar içerisinde kaldığı takdirde, hukuk araştırmasının bilimsel bir araştırma, kısacası bir bilim olduğunun söylenebileceği anlamına gelmektedir¹¹⁹.

7. Sonuç.

Madem bilim dilin doğru bir teşkilidir, pozitif hukukun bir teorisi olan hukukun normatif teorisi, normatif ifadelerden normatif dilin doğru bir teşkili olduğundan, konusu ve metodu özellik de gösterse, bir bilimdir ve bilim olma bakımından öteki bilimlerden hiç de farklı değildir.

¹¹⁹ Bobbio, Teoria della scienza, s. 218 vd.