

## HUKUKİ VE FELSEFİ DÜŞÜNME (\*)

*José LLOMPART*

*Çev: Asis. Tuğba BALLIGİL*

### SİSTEMATİK BİR HUKUK FELSEFESİNİN KURULMASI HAKKINDA DÜŞÜNCELER

Hukuk bilimi'nin kendi farklı alanlarında herne kadar kusursuz değilse de, herkesçe bilindiği gibi, temel bir dogmatığı, yani araştırmacıya bir başlangıç noktası sunan sistematik bir bazı vardır. Ancak, biz Hukuk Felsefesi'nde hâlâ temel bir sistematik arayışı içindeyiz. Bizim gereksinme duyduğumuz şey, her soruna çözüm getiren bir Hukuk Felsefesi değil ve fakat herkesçe kabul edilip onanan, temel alabileceğimiz bir Hukuk Felsefesi Minimumu'dur.

Bu Hukuk Felsefesi Minimumu'nu henüz bulamamış olmamızın önemli bir nedeni, bana göre, bu bilimin çoğu kez ya salt hukukçu ya da salt filozof tarafından yürütülmesinde yatmaktadır; sonuç olarak, Norberto Bobbio'nun deyişiyle bir yanda Hukukçuların Hukuk Felsefesi ve öte yanda da Filozofların Hukuk Felsefesi vardır. Bunların ikisi de, kayda değer çeşitli düşüncelerin zorunlu sonucu olan farklı ve çoğunlukla birbirine zıt karakteristiklere sahiptirler.

Bu çatışkı, kendi içinde ifadesini daha Hukuk Mantığı'nın yapısında bulur; öyleki bilindiği üzere bu mantık, diğer usûlleri Felsefe'ye özgü Geleneksel Mantık olarak ayırd eder. Bununla beraber,

---

(\*) Bu makale, José Llompart'ın, "Evrensel Hukuk Felsefesi ve Sosyal Felsefe Kongresi Etkinlikleri"nde sunduğu tebliğinden alınmıştır. *Le raisonnement juridique*, Bruxelles 30 Août - 3 Septembre 1971, p. 85-91. (Die juristische Argumentation - Akten des Weltkongresses für Rechts-und Sozialphilosophie).

benim burada arzum bu tür biçimsel ayırd edişlere yan çıkmak değil, aksine daha çok her iki düşünce biçiminin maddî yanlarını ortaya koymaktır. Ama herne kadar metodik olarak her iki taraf ayırd edilebilirse de, gerçekte bunların biribirlerine sıkıca bağlı buldukları ve karşılıklı biribirlerini şart koştukları da unutulmamalıdır.

1. Hukuk Felsefesiyle uğraşan filozof, normal olarak Hukuk Felsefesi'nde kendine özgü metafizik sisteminin bir uygulanma alanını görür. Burada tipik örnekler olarak Kant ve Hegel zikredilebilir. Buna karşın hukukçu, Hukuk Bilimi'nden hareket eder ve bu cevherden bir birlik anlamı çıkarmayı dener, onu dayanak noktası alır. Bu, filozofun Hukuk Felsefesi'nde *dedüktif* (tümünden gelim), hukukçunun Hukuk Felsefesi'nde ise *endüktif* (tüme varım) metodun baskın olduğu, izlendiği anlamına gelir. Birincisinde kolaylıkla bir sistem, bir *sentez*, tüm bir yapı gözlenirken, ikincisinde bir *analiz*, sistemi olmayan olsa olsa bir yapı malzemesi bulunur. Kavram ile Çıkarlar Hukukçuluğu arasındaki ünlü uzlaşmazlıkta terazinin Çıkarlar Hukukçuluğu'na doğru eğilmiş olması bir rastlantı değildir. İki metod arasındaki ayırımın bulunması kolay olmasa gerektir; zira hukukçu kesin kavramlarla çalışır, "somut olayları üst kavramlara sokar (subsumiert)" ve onun mantıkî olarak kavramlar piramidi içinde dolaştığı izlenimi edinilir. Oysa bu izlenim yanıltıcıdır; çünkü bu piramid, hukukçular'ca haklı ve geçerli nedenlere dayandırılır. Bu kavramlar, sadece, onun sorunlarını çözümlenmeğe çalışırken kullandığı yardımcı aygıtlar değildir. Problemi düşünme, hukukî düşünmenin özüdür. Hukukçunun bir sistem düşünebilmek için gerekli boş zamanı yoktur. O, genellikle bunu sürdüremez, bundan kaçınır.

Bunun nedenleri açıktır. Hukukçu daima gerçek ya da gerçekleşebilir uyuşmazlıklarla, dâvalarla meşgûl olur. İhtilâf sayılmayan durumlar söz konusu olsa idi, ancak filozoflara başvururduk, ama hukukçu, yargıç ve yasalar ile işimiz olmazdı. Halbuki uyuşmazlıkları çözmek gerektiğinde konu artık hukukçuyu ilgilendirir. Bu açıdan o, kuşkusuz kendi "ölçüt"üne muhtaçtır, zira ancak onunla uygulamada her zaman başarı gösterebilir. Ölçüt'e ilişkin sorun, tipik bir hukukî sorundur. Bu ölçütün kullanılmasında problem çıkmadığı sürece, onun "hakîkiliği"ne dair soru, ikinci derecededir. Bir norm söz konusu olduğunda, hukukçu hakikilik sorunu'na dikkat bile etmeyebilir. Şimdiye değin kullanılan ölçüt'ün uygulanması, sorun çıkarıp

işlevini göremez duruma gelir gelmez, hukukçu felsefe yapmağa başlar. Felsefe yapmak, burada somut olarak yeni bir ölçüt arama ya yönelme demektir. O, bu araştırma sırasında gerçeklik, pratik, nesnelere doğası ve benzer etmenleri bilmemezlikten gelemez; ancak bu ölçütü, nasıl olursa olsun, bizzat kendisi yaratmalıdır. Pozitif hukuk'ta salt bir veri olan değil, tersine herşeyden önce bir yapılması, yerine getirilmesi ödev olan söz konusudur.

Felsefe'de durum böyle değildir. Yalnızca özel uyumsuzluk değil, aynı zamanda normal olay da filozof'u ilgilendirir. Hukukçu, düzen yaratmak zorundadır. Filozof ise, gerektiğinde kaos'un saptanmasıyla yetinebilir. Biri "*gerçeklik*", diğeri "*hakikat*" adamıdır. Çözüme bağlanmamış uyumsuzlukta, "adalet'e karşı hukuk güvenliği" ya da "hukuk güvenliği'ne karşı adalet" sorununda, hukukçu hukuk güvenliğini, filozof ise adaleti yeğlemek, beğenisini o yönde kullanmak zorundadır. Böylece, hukukçuların genellikle pozitivist doğmuş olmaları ve filozoflar arasında Doğal Hukuk Öğretisi yandaşlarının çoğunlukta bulunmaları şaşırtıcı değildir.

2. Bu karşıt düşünme biçimi'nin Hukuk Felsefesi alanında farklı sonuçlar doğurabildiğini, bugün hukuk filozoflarını meşgûl eden bazı problemleri ele alarak açıklığa kavuşturmak isterim.

Bugün pek yaygın olan bir fikre göre, Doğal Hukuk Öğretisi denilen öğretinin asıl hatası, bu öğretilerde bir kısır döngü (bir sav'ı yine o sav ile kanıtlamağa çalışma)'nın işletilmesinde aranmalıdır. Örneğin, insan tarafından doğa kavramı içine yerleştirilmiş olan şey, —kimi hukukçuların kanıt diye aldıkları gibi— yine "doğaya uygun olan"ın oluşumundan çıkarılır. Başka deyişle: İnsan kavramı, ahlâka ya da hukuka uygun olan için objektif ölçüt olarak kullanılmak üzere, tarih sürecinde olur olmaz herşeyin içine sokulduğu âdeta ak bir kavramdır.

Burada Doğal Hukuk'dan yakınmak değil, aksine, Hukuk Felsefesi alanında bu kanıtlama'nın hiç inandırıcı olmadığını ya da onun inandırıcılığı kabul edilmek isteniyorsa, bunun hiç itiraza uğramamış bir ön koşul'a bağlı bulunduğunu göstermek dileğindedim. Hukukçunun ödev ve görevi, yararlanmak istediği kavramların sınırlarını açık ve seçik olarak belirtmektir. Bu herhalde haklı, hattâ gereklidir; zira gündelik kavramlar, kullanılabilir olsalar da, bir

olayın aslını, iç yüzünü hukuken doğru ve sağlıklı bir biçimde yansıtabilmek için gereken kesinlikten yoksundurlar. “Yaşlılar” a, onları korumak amacıyla, aylık bağlanmasına ilişkin yeni bir yasa çıkarılacağını var sayalım. Burada “yaşlılar” deyimini ile kastedilen nedir? Genç ve yaşlıların var olması doğaldır. Ancak, *yaşlı* olmağa ne zaman başlanır? Hangi yaşlıya bu aylık ödenebilir? Burada hukukçu, somut çözümlü hiçbir zaman “nesnelere doğası”ndan, “transpozitif (tümce-deki sözlerin yerlerini değiştirerek düzeltmeğe elverişli olan)” den, “doğru hukuk” dan, v.s. bulup çıkaramaz. Hukukçu bu durumda bir sınır koymak zorundadır; örneğin, “Bu yasa anlamında yaşlılar, yetmiş yaşını doldurmuş olanlardır” gibi. Böylece hukukçu, pratik gerekçelerden yola çıkarak, henüz tam profili çizilmemiş, açıklığa kavuşmamış olan kavram’a hukukî bir belirginlik vermektedir, ama hiçbir zaman o kavramın içeriğini yoktan var etmemektedir. Ne varki, hukukçular böyle sürekli sınırlandırma işi ile meşgûl olurken, bilinçsizce, içeriğin belirlenmesiyle içerik bakımından veri olma’yı birbirine karıştırma eğilimindedirler. Bu ikisi farklı olmasalardı, o zaman Bergbohm, “Objeler’i, o obje kavramına katılması gereken bünyesel özellikler olarak ele aldığımız takdirde, şimdiden bu söz konusu kavramı, onun işe yararlığı konusunda hüküm verme açısından o objelere yaklaştırırız” savını ileri sürmekte haklı olurdu. Bununla o, her anlatım’ın bir kez çekiciliğine kapıldığı kısır döngü’den hukukçuların tamamen kurtulamadıklarını söylemek istiyordu.

Ancak bu görüş, bütün kavramlarımızın sadece bilgi kuramı’na dair kategorilerimizin ürünleri olduğunu var sayar. Ama bu Kant’cı görüş var sayılmayıp, bilgilerimizin deney ile zenginleştikleri fikri kabul edilirse, burada kısır döngü görülemez. Gerçi insan doğası kavramı, çoğu kez kötüye kullanılmakta ve her olasılık onun içine sokulmaktadır. Ancak, kötüye kullanma’dan işe yaramazlık anlamı çıkarılmamalıdır. Aksi halde barış, adalet ve giderek demokrasi gibi kavramlardan da sonsuza değin vazgeçmemiz gerekirdi.

Bu konuda başka bir örnek olarak hukukçuların, özellikle Hukuk Felsefesi alanına dahil olanların kendi düşünce biçimlerinden çıkardıkları aşağıdaki örneği vermek isterim. Japonya’da adam öldürme eylemi üç yılın üstünde hapis cezasıyla, ömür boyu hapis ile ya da ölüm cezasıyla cezalandırılmaktadır. Bu üç olasılık hakkındaki karar, yalnız yargıcın serbest takdirinde yatar. Doğrusu bu,

Japon hukukçuları tarafından çok sakıncalı bulunmaktadır; çünkü ölüm ya da yaşam arasında karar vermek için yargıca objektif bir ölçüt getirilmemiştir. Ölüm cezasının felsefî nedenlerle kaldırılması zorunluluğuna bir Japon meslekdaşı inandırmayı bir kez denedim ama, boşuna! Onu asla ikna edemedim. Ancak, bana açıkça şöyle dedi: “Ömür boyu hapis cezasını, ölüm cezasından ayırd edebilmek için kesin bir ölçüt bulmak zorundayız. Sadece olanaksız gibi görünen olay için, ben de ölüm cezası'nın kaldırılmasından yanayım”. Yalnız ölçüt, sınır çizgisi burada herşeyi hükme bağlar. Bu sınır bulunursa, hukukçu başka herşeyi çok ucuza satabilir, hattâ bağışlayabilir. Salt hukuk güvenliği ölüm cezasının leh ve aleyhinde karar verir.

Kuşkusuz salt filozof da, yeterli hukuk bilgisi olmadan hukuk felsefesi yapmağa kalkışırsa, tipik hatalar işleyecektir. O, uyuşmazlığı gözden kaçırma, “hukukçu kesimi” ni hiçe sayma, küçümseme eğiliminde olacak ve böylece bulunması gereken yerlerden bilinçsizce yoksun bırakılacaktır. O, gerçeklikten uzak oldukları için kimsenin oturmak istemediği büyük yapılar inşa eder.

3. Hukukçu ile filozof arasındaki ayrılık, salt meslekî nedenlere indirgenemez. Biribirinden uzak kalan insanları harekete geçiren sadece Felsefe ya da Hukuk ilmi değildir, aynı zamanda her uzlaştırmayı hemen bir çıkmazlık, çözümlenmezlik (Aporie) haline getiren derin, kuramsal bir güçlük de vardır. Filozof kendi sisteminden gerçekten emin ise, hiçbir ödün vermemesi gerekir. Aynı zamanda o, kendi bizzat vardığı sonuca ters düşmeksizin, başka sistemleri kabul edemez. Öteki tüm sistemleri aşmış ya da yanlış olarak algılamış bütün büyük filozoflar, büyük uzlaşmazlardı. Filozoflar kuram alanında kaldıkları sürece, bu inatçılığa katlanılabilir. Saf ideler, ide olarak kaldıkça, bize zarar veremeyecekleri ve kendimizi karşıt fikir beyanı ile savunabileceğimizden dolayı, onlar için akademik özgürlük sınırsız kabul edilir.

Ama hukukçu, prensip itibariyle uzlaşmaz olamaz. O, saf ideler dünyasında yaşamaz. Norm olarak koyduğu şey, herkes için geçerlidir. O, her zaman çıkabilecek her olasılığı tatmin edecek bir uzlaşma'ya hazır olmak zorundadır. Bizim çoğulcu toplumumuzda bu özellikle önemlidir; zira hukukçu, burada hem yasa koyucu ve hem de uygulayıcı anlamında, belli bir parti, ideoloji ya da din ayı-

rımı gözetemez. Hukukçu'nun düzen kurmak zorunda bulunduğu toplumda ne denli kuşku verici öge olursa, o, eskiden dayanabildiği tabanı o denli yitirmek durumunda kalacaktır. Ama şunda yanılmayalım: Yasa koyma ya da hukukçuluk, herhangi bir "antlaşma, taahhüt" olmadan mümkün değildir. Ancak, doğrudan doğruya felsefe'nin hoşgörüsüzlüğü ile hukuk ilmi'nin uzlaşma eğilimi arasında Hukuk Felsefesi Minimumu'nun yeri bulunabilir. Gustav Radbruch, Rölativizm'i sadece kendi düşünme metodu olarak değil, aynı zamanda kendi sistemi içinde "yapı ögesi" olarak bırakmakla ileri gitmiştir. Onun bundan çıkarması gereken mantıkî sonuç, Desizyonizm'in kabulü idi; zira kimse hukuka uygun olan'ı saptayamazdı, şu halde biri "olması gereken"i saptamak zorundadır. Demokrasî'nin felsefî temeli de ona göre Rölativizm'de bulunmalı idi. Şimdi biz, Hukuk ve Demokrasi için Rölativizm'in ancak çok zayıf bir temel olabildiğini ve insanlık onuru gibi herkesce bilinen sabit bir noktayı ön koşul olarak almamız gerektiğini biliyoruz.

4. Japonya'da bu sabit noktayı bulmak, belki başka ülkelerde olduğundan daha güçtür; çünkü, burada tam karşıt akımların etkisine başka yerdekenden daha çok uğranılır. Sadece Birleşik Devletler'den çıkan analitik, ampirik metod değil, aynı zamanda Alman ve Avrupa Felsefesi'ne özgü sentetik, metafizik metod da burada birlikte uygulanmaktadır. Bu ikisinden hangisi daha doğru yoldur?

Bana öyle geliyor ki, bu iki metod'dan biri ya da diğerini uygulamayı sorun haline getirecek yerde, her ikisi mantıken iki basamakda düzenlenebilir: a) İlk önce hukuk bir veri olarak analiz edilmelidir. Burada belli bir felsefî sistemden yola çıkmağa gerek yoktur. Sorun şudur: Hukuk dediğimiz şeyde hangi öğeleri buluyoruz? Bu öğelerin bilinenleri düalete (ikicilik), irade ve akıl, olan ve olması gereken, ödev ve zorlama, değer ve gerçeklik, yürürlük nedeni ve değer içeriği, biçim ve töz, maddî ve biçimsel adalet, v.s. dir. b) Bu analitik incelemeyi sonra, hukukun sentetik incelenmesi olan ikinci evre'ye geçmek gerekir. Burada sorun şudur: Bu öğeler, nasıl anlamlı bir biçimde düzenlenip birliğe kavuşturulabilir? Çeşitli hukuk sistemleri'nin eleştirisel olarak inceleneceği, hukukun daima yinelenen ikiciliğinden belirli hangi önkoşullarının çıktığının açıklanmağa çalışılacağı yer, işte burasıdır. Şimdiye kadarki bütün hukuk sistemleri reddedilebilir, birinden yana olunabilir ya da bir yenisi oluş-

turulabilir. Ancak, dogmatik bir a priori'den gelmeyen, hepsi için geçerli bir yol izlenmiştir.

Daha çok ampirik, analitik olan hukukçuya özgü hukuk düşüncesi ile, daha çok metafizik, sentetik olan filozof'a özgü hukuk düşüncesi, Hukuk Felsefesi'nde birleşen metodik iki basamaktırlar. Hukukun ikici yapısı, herşeyin sınırını çizen ve riyeti sağlayan bir çizgidir. Bununla sorunlar çözülmüş değildir, aksine sadece adım atmağa devam edilebilen ve edilmesi zorunlu olan bir yol gösterilmektedir.

Sophia Üniversitesi, Tokyo