
TABIÎ HUKUK ve HUKUKÎ POZİTİVİZME GÖRE ADALET KAVRAMI

œ

*Kemal GÖZLER**

ÖZET

Bu makalede, adalet kavramı tabiî hukuk ve hukukî pozitivizm teorileri açısından incelenmektedir. Tabiî hukuk teorisi, adalet kavramını hukukun temeli olarak görür. Tabiî hukuk anlayışına göre, bir kuralın hukuk kuralı olabilmesi için adil olması gerekir. Ne var ki, tabiî hukukun adalet tanımı çağdan çağa değişmiştir. İlk Çağda tabiata, Orta Çağda tanrısal emirlere, Yeni Çağda ise akla uygun olan şey adildir. Pozitivist teori ise tabiî hukukun yaptığı adalet tanımlarını eleştirir. Pozitivist teoriye göre, adalet kavramı, fizik ötesi bir değer olarak, tanımlanamaz ve bilinemez nitelikte bir kavramdır. Bu niteliğiyle adalet kavramının incelenmesi hukuk biliminin dışında kalır.

Anahtar kelimeler: Adalet, Tabiî Hukuk, Hukukî Pozitivizm, Tabiat, Kelsen.

*H*ukuk düşüncesinin en temel kavramlarından birisi hiç şüphesiz "adalet" kavramıdır. Ancak tanımlanması en güç hukukî kavramlardan birisi de yine hiç şüphesiz adalet kavramıdır. İlk Çağdan bu yana pek çok düşünür

* Prof. Dr., Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

adalet kavramını değişik şekillerde tanımlamışlardır. Hukukun genel teorisinde, adalet kavramı konusunda birbirine muhalif iki büyük teori vardır: Tabîî hukuk ve hukukî pozitivizm teorileri. Tabîî hukuk teorisi adalet kavramını kendine göre tanımlar ve bu kavramı kendi teorisinin merkezine yerleştirir. Hukukî pozitivizm ise, tabîî hukukun adalet tanımlarını eleştirir ve bu kavramın tanımlanamaz bir kavram olduğunu ve bu nedenle de hukuk biliminin dışına itilmesi gerektiğini ileri sürer.

I. Tabîî Hukukun Yaklaşımı

Hukuk okulları arasında “adalet” kavramına en çok önem veren okul, şüphesiz tabîî hukuk okuludur¹. Tabîî hukuk anlayışında, bizatihi hukuk, adalet ile tanımlanır. Hukukun geçerliliğini kuran şey adalettir. Bu açıdan tabîî hukuk teorisini kısaca “bir kanun, kanun olmak için adil olmak zorundadır” diyen bir anlayış olarak tanımlayabiliriz. Bu husus en güzel bir şekilde Aziz Augustinus tarafından ifade edilmiştir: *Non esse lex quae justa non ferit* (âdil olmayan kanun, kanun değildir)². Diğer bir ifadeyle bir hukukî işlemin geçerli olabilmesi için, yani hukukî sonuçlarını doğurabilmesi için adaletin gereklerine uygun olması, onu gerçekleştirmeye hizmet etmesi gerekir. Dolayısıyla eğer bir hukukî işlem veya bir hukuk normu, âdil ise geçerlidir; âdil değil ise geçersizdir, yani hukukî sonuçlarını doğurmaya elverişli değildir; diğer bir ifadeyle bağlayıcı gücü yoktur. Kısacası, bu anlayışta “geçerli olan hukuk, âdil olan hukuktur”³.

Görüldüğü gibi bu anlayışta, bir hukuk normunun geçerli olup olmadığını tespit açısından hukuk ile adalet arasındaki ilişki kesin bir rol oynamaktadır. Pozitif hukuk ancak adaletin gereklerine uyduğu ölçüde geçerlidir. Belirli bir insan davranışı konusunda yöneltilen bir emir âdil değilse geçersizdir, yani hukuk normu değildir⁴.

Tabîî hukuk teorisi, pozitif hukukun geçerliliğinin temelini sorgular. Pozitif hukukun neden geçerli olduğu sorusunu sorar ve bu soruya kategorik yani şartsız bir cevap verir. Pozitif hukukun geçerliliğinin temeli adalettir. Pozitif

¹. Tabîî hukuk okulu hakkında bkz. Kemal Gözler, *Hukukun Genel Teorisine Giriş*, Ankara, USA Yayıncılık, 1998, s.56-64; Kemal Gözler, *Hukuka Giriş*, Bursa, Ekin Kitabevi, 4. Baskı, 2007, s.168-170.

². Saint Augustin, *De Libero Arbitrio*, 5'ten alıntılan H. L. A. Hart, *Le concept de droit*, trad. par Michel van de Kerchove, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1976, s.21.

³. Hans Kelsen, “La justice et droit naturel”, Trad. par Etienne Mazingué, in “Le Droit naturel”, *Annales de philosophie politique*, t.III, (Institut international de philosophie politique), Paris, P.U.F., 1959, s.64.

⁴. *Ibid*

hukukun içeriği tabii hukuka, yani adalete uygun ise geçerli; değilse geçersizdir⁵.

O halde tabii hukukçulara göre, tabii hukuk âdil olması itibarıyla tek gerçek hukuktur⁶. Pozitif hukuk ancak tabii hukuka uygun olduğu ölçüde hukuktur.

Dahası, tabii hukuk teorisine göre, pozitif hukuka âdil olduğu ölçüde itaat edilir. Adil olmayan pozitif hukuka kimse itaat etmek zorunda değildir⁷. O halde tabii hukukçulara göre, tabii hukuk âdil olması itibarıyla tek gerçek hukuktur⁸. Pozitif hukuk ancak adil olduğu ölçüde hukuktur.

Özetle tabii hukuk anlayışında bir hukuk kuralının geçerliliğinin ölçüsü onun adillikidir. Peki ama böylesine önemli bir ölçü olan “adalet” kavramı nasıl tanımlanır? Tabii hukuk teorisi bu soruya İlk Çağda başka, Orta Çağda başka, Yeni Çağda başka cevap vermiştir⁹:

1. İlk Çağda Tabii Hukukun Adalet Tanımı: Adil, Tabiata Uygun Olan Şeydir

İlk Çağda tabii hukuk, kendi isminden de anlaşılacağı üzere “tabiat” kavramı üzerine kuruludur. “Tabii hukuk” isimlendirmesi, zaten İlk Çağdaki bu anlayışı ifade eder. Tabii hukuk, *tabiatın* hukuku, *tabiattan* kaynaklanan hukuk, *tabiata* uygun olan hukuk demektir. Aynı şekilde İlk Çağ tabii hukukçularına göre, hukukun geçerliliğinin kriteri olan adalet de tabiata uygunluk ile tanımlanır. *Tabiata* uygun olan şey adil; tabiata aykırı olan şey ise gayr-i adildir.

İlk Çağ tabii hukukçularına göre, hukuk ve adaletin kriteri olan “tabiat (doğa)”tan kastedilen şey, beşerî tabiat değil, normal fizikî ve biyolojik tabiattır. İlk Çağ tabii hukukçuları, tabiattan “fizikî doğa düzeni (*fusis, φυσιο*)”ni anlamışlardır. İlk Çağ tabii hukuk teorisyenlerine göre, “toplumsal düzen (*nomos, νομος*)”, “doğa düzeni (*fusis, φυσιο*)”ne uygun olmalıdır. Aynı şekilde insan tabiatı da fizikî ve biyolojik tabiata tâbidir. Dolayısıyla insanların koyduğu kanun (*nomos, νομος*), biyolojik tabiatın koyduğu kanuna (*fusis, φυσιο*) uygun olmalıdır¹⁰. Ancak bu takdirde insanların koyduğu kanun adil ve dolayısıyla geçerli olabilir.

⁵. *Ibid.*, s.121.

⁶. Laetizia Gianfomaggio, “Droit naturel”, in André-Jean Arnaud (sous la direction de-), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 2ème édition, 1993, s.199.

⁷. Kelsen, “La justice et droit naturel”, *op.cit.*, s.112.

⁸. Gianfomaggio, *op.cit.*, s.199.

⁹. Çağlar boyunca tabii hukuk akımının nasıl değiştiği konusunda bkz.: Gözler, *Hukuka Giriş, op. cit.*, s.168-170.

¹⁰. Kadim tabii hukukta tabiatın kanunu (*fusis*) ile insanların koyduğu kanun (*nomos*) arasında düalizm vardır (F. Friedmann, *Legal Theory*, London, Stevens & Sons Limited, 1960, s.47).

Örneğin Eski Yunan'da Kallikles ve Thrasymachus, tabiata uygun hareketin hukuka uygun hareket olduğunu düşünüyorlar ve hukukun güçlünün hakkı olduğunu ilan ediyorlardı¹¹. Kallikles, "kuvvetli olan hayvanların, zayıf olan hayvanları yenip ve onları yok ederek yaşadıklarını; tabiatın da insanlara aynı şeyi emrettiğini" düşünüyordu¹². Thrasymachus da hukukun, güçlülerin sahip olduğu avantajlardan oluştuğunu iddia ediyordu¹³. Aristo'ya göre de hukuk gücünü tabiata uygunluğundan almaktaydı. Bu bakış açısıyla Aristo, köleliğin tamamen doğal bir kurum olduğunu, zira tabiatın bazı insanları efendi, diğerlerini ise köle olarak yarattığını düşünüyordu¹⁴.

Bu anlayış eski Yunan'da görüldüğü gibi, klasik Roma hukukunda da görülmüştür. Ünlü hukukçu Ulpianus, tabii hukukun biyolojik yaklaşımını şu formülle açıklıyordu:

"Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est (Tabii hukuk, tabiatın bütün hayvanlara öğrettiği hukuktur. Tabii hukuk sadece insan cinsine has değildir; denizde ve karada yaşayan bütün hayvanlar ve keza kuşlar için de geçerlidir)"¹⁵.

Böylece kadim anlaşılışına göre tabii hukukun, insanın da dahil olduğu tüm hayvanların ortak doğasından kaynaklanan hukuk olduğu söylenebilir. O hâlde, kadim tabii hukuk anlayışına göre, hukukun temelinin "biyolojik tabiat" olduğu söylenebilir.

Görüldüğü gibi İlk Çağ tabii hukuk teorisi, hukuku biyolojik tabiatla tanımlamaktadır. Dolayısıyla İlk Çağ tabii hukukçularına göre bir şeyin adil olabilmesi için, yukarıda açıklanan "doğa düzeni"ne uygun olması gerekir. Bu doğa düzenine uygun olan şey adil; aykırı olan şey ise gayr-i adildir.

2. Orta Çağda Tabii Hukukunun Adalet Tanımı: Adil, Tanrısal Emirlerle Uygun Olan Şeydir

Orta çağda tabii hukuk, tanrısal iradeden kaynaklanan hukuk olarak tanımlanmıştır. İlk çağ tabii hukukçularına göre, hukuk tabiatın ürünüdür. Orta çağ tabii hukukçuları ise bu tabiatın, Tanrı tarafından yaratıldığı, tanrısal bir tabiat

¹¹. Max Hamburger ve Bernard Miall, *The Awakening of Western Legal Thought*, New York, G. Allen & Unwin, 1969, (<books.google.com>), s.42-43.

¹². Friedmann, *op. cit.*, s.49.

¹³. Hamburger ve Miall, *op. cit.*, s.42-43.

¹⁴. Aristotle, *Politics*, I, 5 <http://www.constitution.org/ari/polit_01.htm>.

¹⁵. *Digesta*, I, 1.1.3 (Ulpianus libro primo institutionum) <<http://web.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/>> (Türkçe çeviri yazara aittir).

olduğu üzerinde durmuşlardır. Onlara göre, hukukun kaynağında tabiatı yaratan Tanrı bulunur. Dolayısıyla Orta Çağ tabîî hukukçuları, hukuktan, ilahî bir düzeni, açıkçası Tanrı'nın emirlerinden oluşan bir düzeni, yani dini anlamışlardır. Bu nedenle ortaçağ tabîî hukuku dinî niteliktedir. Bunun içindir ki, Orta Çağ tabîî hukukuna bazen *dinî tabîî hukuk* da denir. Belki bu hukuka doğrudan "ilahî hukuk" veya "dinî hukuk" demek daha uygun düşerdi. Ama İlk Çağ için yerleşen "tabîî hukuk" terimini kullanma alışkanlığı Orta Çağ için de devam etmiştir.

Orta Çağ tabîî hukukunun en önemli temsilcileri Aziz Augustinus ve Thomas Aquinas'tır.

Aziz Augustinus (M.S. 354-430) hukuku, "Tanrının iradesinin ifadesi olan ebedî bir kanun" olarak tanımlar¹⁶. Aziz Augustinus, hukukun aslında dinden ibaret olduğunu düşünmektedir.

Orta çağ tabîî hukukunun diğer önemli temsilcisi *Aziz Thomas* (1226-1274)'tır. En önemli eseri *Summa Theologica* (Teoloji Özeti) dır. Kendisine Orta Çağın Aristosu da denilen Aquino'lu Aziz Thomas, insanî kanunların ebedî ve ilahî kanunlara uyması gerektiğini öğretmektedir. Ona göre ebedî kanunlar, evreni yaratan ve yöneten kanunlardır. Bu kanunlar ilahî iradeyle ifade edilirler.

Hukuku tanrısal iradeyle tanımlayan Orta Çağ tabîî hukukçuları, adaleti de aynı şekilde tanımlamışlardır. Onlara göre Tanrın emirlerine uygun olan şey adil, aykırı olan şey ise gayr-i adildir. Nitekim, *Le Livre de Psaumes*'te "adil" olan, "Tanrı'ya dayanan, O'ndan ilham alan, O'nun emirlerine itaat eden" olarak tanımlanmıştır¹⁷. Dinî tabîî hukukun çağdaş bir temsilcisi olan Boussuet de "adil, ilahî adaleti taklit eder" diyerek aynı anlayışı dile getirmiştir¹⁸.

3. Yeni Çağda Tabîî Hukukun Adalet Tanımı: Adil, İnsan Aklına Uygun Olan Şeydir

Yeni Çağda tabîî hukuk laikleşerek içerik değiştirmiştir. Bu dönemdeki tabîî hukukçular, hukuku Tanrı'nın iradesinden bağımsız hale getirmeye çalışmışlardır. Onlara göre hukuk, Tanrı'dan değil, "akıl"dan kaynaklanır. Ancak onların kastettiği bu "akıl", Ahmet veya Ayşe gibi somut bir insanın akli değil, genel soyut anlamda "beşerî akıl", diğer bir ifadeyle insanın "aklî tabiatı"dır.

¹⁶. Augustinus, *Contra Faustum Manich.*, Lib.22.C.27'den alıntılan Kelsen, "La justice et droit naturel", *op. cit.*, s.71.

¹⁷. *Psaumes*, XXXII, 11'den alıntılan Ch. Perelman, "L'idée de justice", *Annales de philosophie politique*, III, Paris, P.U.F., 1959, s.140.

¹⁸. Boussuet, *Sermons*, Paris, Garnier, 1928, t.III, s.7'den alıntılan Perelman, *op. cit.*, s.141.

Özetle bu dönemdeki tabîî hukuk anlayışına göre, hukukun yaratıcı kaynağı tüm insanları yöneten “tabîî akıl”dır; bu nedenle bu dönemdeki tabîî hukuka, “aklî (rasyonalist) tabîî hukuk” da denir.

Aklî tabîî hukukun en önemli temsilcisi Hollandalı *Hugo Grotius* (Huig der Groot) (1583-1645)'tur. Grotius'a göre, insanlarda *akla* göre yaşama içgüdüleri vardır. İşte bu içgüdü, hukukun kaynağıdır. Grotius'a göre, bütün insanlığı kapsayan ve değişmez bir takım tabîî hukuk kuralları vardır. Bu hukuk kurallarının *a priori* varlığı, onların insanların “aklî tabiatı”ndan kaynaklanır. İnsan aklının doğası gereği, insan iyiyi ve kötüyü ayırt edebilir. Hukuk, işte insan aklının böyle bir emridir¹⁹.

Grotius insanın aklî tabiatından kaynaklanan bu tabîî hukuk kurallarına örnekler vermektedir. Düşünüre göre, bu kuralların başında *pacta sunt servanda* (ahde vefa, söze bağlılık) ilkesi bulunmaktadır. İnsan aklı verilen sözün tutulmasını emretmektedir. Grotius'a göre diğer tabîî adalet kuralları ise şunlardır: Herkesin sahip olduğu şeyler üzerindeki hakkına saygı gösterilmelidir. Herkes kendi kusuru ile verdiği zararı ödemelidir. Herkes başkasına ait şeyi geri vermelidir. Herkese hak ettiği ceza verilmelidir. Düşünüre göre bunlar ve bunlara benzer tabîî hukuk kuralları akla uygun oldukları için geçerlidirler. Bu kurallar insan aklının doğasından kaynaklanırlar.

Hukuku insan aklının ürünü olarak gören Hugo Grotius, adil olanı da insan aklına uygun olan olarak tanımlar. Yukarıda bahsettiğimiz söze bağlılık gibi insan aklından çıkan kurallara uygun olan şey adil, aykırı olan şey ise gayr-i adildir.

II. Hukukî Pozitivizmin Yaklaşımı

Hukukî pozitivizm²⁰, tabîî hukukun adalet anlayışını eleştirir ve bu kavramın fizik ötesi bir değer olarak tanımlanamaz bir kavram olduğunu ve bu nedenle de hukuk biliminin dışına itilmesi gerektiğini savunur. Burada önce hukukî pozitivizmin tabîî hukuka yönelttiği eleştirileri, sonra da kendisinin adalet kavramı konusundaki görüşlerini açıklayalım:

19. Orhan Münir Çağıl, *Hukuk Başlangıcı Dersleri*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Birinci Kitap, İkinci Baskı, 1963, s.295; Adnan Güriz, *Hukuk Felsefesi*, Ankara, A.Ü.Hukuk Fakültesi Yayını, 1985, s.189-193.

20. Hukukî pozitivizm hakkında genele olarak bkz. Gözler, *Hukukun Genel Teorisine Giriş*, *op.cit.*, s.73-88; Gözler, *Hukuka Giriş*, *op. cit.*, s.163-165.

1. Hukukî Pozitivizmin Tabii Hukukun Adalet Anlayışına Yönelttiği Eleştiriler

Pozitivist teorinin tabii hukuk teorisine yönelttiği en yıkıcı eleştiri, “âdil olan” ile “âdil olmayan”ı ayıran objektif ve evrensel bir kriterin bulunmadığı noktasında toplanmaktadır.

Öncelikle belirtelim ki, eski çağ tabii hukukçularının savunduğu adalet anlayışını bugün tabii hukukçuların kendileri dahil kimse savunmamaktadır. Biyolojik tabiata, yani insanların da dahil olduğu bütün hayvanların ortak doğasına uygun olan şeyin adil, aykırı olan şeyin ise gayr-i adil olduğunu bugün savunmak, hâliyle mümkün değildir. Aksi takdirde, belgeselerde gördüğümüz, beş dakika önce doğmuş bir ceylan yavrusunu yiyen aslanın adalete hizmet ettiğini söylemek zorunda kalırız.

Tabiata uygun olan şeyin adil olduğunun söylenebilmesi için öncelikle tabiatın kendisinin adil olması gerekir. Bunun için ise tabiatın adil bir Tanrı tarafından yaratılmış ve yönetiliyor olması gerekir. Aksi takdirde adaletin tanımlanmasında tabiata başvurulmasının bir anlamı olamaz. Bu nedenle, Orta Çağ tabii hukukçularının adil olanı Tanrının emirlerine uygun olan şey olarak tanımlamaları kendi içinde tutarlıdır.

Ancak böyle bir anlayış, Hans Kelsen’in gözlemlediği gibi, bir kere Tanrının var olduğu, ikinci olarak insan dahil bütün doğanın Tanrı tarafından yaratılmış ve yönetiliyor olduğu ve üçüncü olarak da Tanrının adil olduğu varsayımı üzerine kuruludur. Bu üç varsayım ise metafizik niteliktedir. Bunların bilimsel olarak ispatlanması mümkün değildir. Böyle bir ispat yapılmadıkça da Orta Çağ tabii hukukunun adalet anlayışının doğru olduğu savunulamaz. Hans Kelsen’in belirttiği gibi, “eğer tabiatın âdil bir Tanrı tarafından yaratıldığına inanılmaz ise, tabiattan çıkan âdil bir hukukun varlığını da *mantiken* kabul etmek mümkün değildir”²¹.

Nihayet belirtelim ki, Tanrı’ya atıfla “âdil olan”ın objektif ve evrensel olarak tanımlanamamasının ikinci bir nedeni de, kanımızca bizatihi monoteist dinlerin yapısından kaynaklanmaktadır. Bu dinler, esasen profetik dinlerdir, yani vahiy yoluyla, peygamberler aracılığıyla inmişlerdir. Dolayısıyla “âdil olan”, Tanrı tarafından insanlara peygamberler aracılığıyla bildirilir. İlahî tabii hukuk anlayışı kabul edilse bile, birden fazla peygamber olduğuna göre, birden fazla da adalet anlayışı olacaktır.

Görüldüğü gibi “tabiat” a veya “Tanrı” ya başvurarak adalet kavramının tanımlanması, diğer bir ifadeyle neyin adil, neyin gayr-i adil olduğunun

²¹. Kelsen, “La justice et droit naturel”, *op. cit.*, s.73-74.

belirlenmesi mümkün değildir. Kelsen'in ifade ettiği gibi, adalet kavramını tanımlama sorununu çözmek bize düşer.

"Çünkü neyin âdil olduğunu, neyin âdil olmadığını bilmek gerektiğinde karar, kendi değer yargımızın temeli olarak kabul ettiğimiz adalet normlarının seçimine bağlıdır. Dolayısıyla cevap çok değişik olabilir. Bu seçimi, sadece biz, içimizden her biri yapabilir. Bizim yerimize objektif otorite olarak bir başkası, ne Tanrı, ne doğa, ne de akıl yapabilir. Ahlakî bağımsızlığın gerçek anlamı işte budur. Bu sorumluluktan kurtulmak isteyen herkes, bu seçimi, Tanrı'ya, doğaya veya akla devretmektedir. Tüm bu kişiler rölativizmin kendilerine hiçbir yardımda bulunmadıkları kanısındadırlar. Onlar boşu boşuna tabii hukuk teorisine başvurmakta dırlar. Zira tercih yapmak söz konusu olduğunda, tabii hukukun değişik teorileri, rölativist pozitivizminki kadar değişik cevaplar ortaya koymaktadır. Seçtiği adalet normunun Tanrı'dan, doğadan veya akıldan geldiği ve onun kesinlikle geçerli olduğu illüzyonu bireyi seçim yapmak zorunluluğundan kurtarmaz. Ve birçokları bu illüzyonu ağır bir *sacrificium intellectus* fiyatına satın alırlar"²².

Uzun lafın kısası, neyin adil, neyin gayr-i adil olduğunun kriteri, Tanrı'ya başvurmak bir yana bırakılırsa, doğa²³nün gözlemi yoluyla elde edilemez. Eğer bu doğruysa şu soru kaçınılmazdır: "*Âdil olan*"ı "*âdil olmayan*"dan ayırmak kime düşmektedir?²⁴

Eğer Tanrı'nın mutlak ve aşkın otoritesine başvurmak bir yana bırakılırsa, bu sorunun sadece ve sadece iki muhtemel yanıtı vardır.

1. Birinci yanıtı göre, "âdil olanı" belirlemek görevi iktidarı elinde bulunduran kimse veya kimselere aittir²⁵. Açıktır ki bu yanıtı göre, tek adalet tanımı olacak, böylece hukukun kesinliği sağlanacaktır. Ne var ki bu yanıt bizi tabii hukuktan uzaklaştırır, devletçi pozitivizme götürür. Zira bir pozitif hukuk normunun adalete uygun olup olmadığına, bu yanıtı göre, bu normu koyan iktidar sahipleri karar verecektir; dolayısıyla bunların kendi koydukları kuralın âdil olmadığını söylemeleri pratik olarak ihtimal dışıdır²⁶.

²². *Ibid.*, s.120.

²³. Burada "doğa" kelimesi ile, "genelde somut olguların ampirik gerçekliği veya insanların - iç veya dış- somut davranışında kendini ortaya çıkaran özel doğa" anlatılmak istenmektedir" (Kelsen, "Justice et droit naturel", *op. cit.*, s.68).

²⁴. Zeki Hafizoğulları, *Ceza Normu: Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni*, Ankara, US-A Yayıncılık, 1996, s.49-51.

²⁵. Hafizoğulları, *Ceza Normu*, *op. cit.*, s.50-51.

²⁶. Bu konuda Kelsen, pozitif hukuki otoritenin yorum tekelinden bahsetmektedir (Kelsen, "Justice et droit naturel", *op. cit.*, s.118).

2. İkinci yanıtta göre ise, âdil olanı belirleme görevi tüm yurttaşlara aittir²⁷. Bu yanıt şu iki nedenden dolayı kabul edilemez.

a) Bir kere, âdil olanı belirleme görevi tüm yurttaşlara düşerse, adalet ilkeleri zorunlu olarak sübjektif nitelik taşır. Zira bu ilkeler her insanın kendi bilincinin verilerine göre anlaşılır. Şüphesiz adaletin çeşitli kişisel anlaşılışlarının ortak unsurları vardır. Fakat deneyim, bu ilkeleri tartışılmaz bir şekilde belirlemenin mümkün olmadığını ortaya çıkarmıştır²⁸. Gerçekten de, her bireyin kendi bilincinin verilerine göre tabîi hukuku algılamasındaki serbestlik, hukuk normunun geçerliliğinin de her bireye göre değişmesi sonucunu doğurur.

Zeki Hafızoğulları'nın ifade ettiği gibi,

“madem adalet kriteri farklıdır ve azaltılması mümkün değildir, âdil saymadığından geçerli olmayan kanuna itaat etmeyen yurttaş yöneticilerin bir şey demeye hakkı olmaz ve üstelik kanunlar çerçevesinde uygar yaşama güvenliği tamamen tahrip edilmiş olur”²⁹.

Özetle Kelsen'in belirttiği gibi, bu halde “total anarşi tehdidi” vardır³⁰.

Dahası, tabîi hukuk doktrini, adalet gibi bir ideale uygun olduğunu iddia ederek herhangi bir sosyal düzeni aklayabilir³¹.

Jeremy Bentham, tabîi hukukun tehlikesini şu cümlelerle belirtmiştir:

“Tabîi hukukla silahlanmış fanatiklerle tartışılmaz, zira onlar tabîi hukuku kendi hoşlarına gittiği gibi anlamakta, kendilerine uygun olduğu şekilde uygulamaktadır. Onların gözünde tabîi hukuk, suç işlemeksizin saf dışı bırakılmayacak bir dogma olarak kutsanmıştır. Böyle bükülmez ve aynı zamanda anlaşılabilir olan bir tabîi hukuk hiç bir sorunu çözemez”³².

b) Diğer yandan Hans Kelsen'in çok iyi gösterdiği gibi *mutlak değerler yoktur*. Bütün ahlakî değerler görecelidir. Eğer bu böyleyse, sosyal normların

²⁷. Hafızoğulları, *Ceza Normu*, *op. cit.*, s.50-51.

²⁸. Maurice Duverger, “Contribution à l'étude de la légitimité des gouvernements de faits”, *Revue du droit public*, 1945, s.77.

²⁹. Hafızoğulları, *Ceza Normu*, *op. cit.*, s.66.

³⁰. Kelsen, “Justice et droit naturel”, *op. cit.*, s.118.

³¹. Christophe Grzegorzcyk, “Le positivisme comme méthodologie juridique”, in Christophe Grzegorzcyk, Françoise Michaut et Michel Troper (sous la direction de-), *Le positivisme juridique*, Paris, Bruxelles, L.G.D.J., Story-Scientia, 1992, s.176.

³². Extrait de: Jeremy Bentham *Principes de législation et d'économie politique*, Paris, Raffalovich, Guilaumin, 1888, s.75 et s. in Christophe Grzegorzcyk, Françoise Michaut et Michel Troper (sous la direction de-), *Le positivisme juridique*, Paris, Bruxelles, L.G.D.J., Story-Scientia, 1992, s.197.

içeriği ahlakiyse, âdilse, hukuk normları olarak kabul edilmeleri gerektiği iddiası kabul edilemez³³. Yer ve zamana göre, insanların iyi veya kötü için, âdil veya âdil olmayan için kabul ettikleri şeylerin olağanüstü çeşitliliği dikkate alınrsa, ahlakî düzenlerde ortak hiç bir unsurun bulunmadığı gözlemlenebilir³⁴. Dolayısıyla, genelde hukuk ile ahlakı, özelde de hukuk ile adaleti birbirinden ayırmak gerekir³⁵.

Bu açıdan Norberto Bobbio'nun, haklı olarak belirttiği gibi, modern tabii hukukçular, özgürlüğü bir tabii hak olarak kabul ediyorlarsa da, en büyük tabii hukukçulardan biri olan Aristo, köleliğin tamamen doğal bir kurum olduğunu, zira doğanın bazı insanları efendi diğerlerini ise köle olarak yarattığını düşünüyordu³⁶. Bu doğa öylesine hatır sayardır ki, bir yandan liberal devlet teorisyenlerine özgürlüğün doğallığını yüceltmeye, diğer yandan ise, köle sahibi bir toplumun filozofuna, köleliğin doğallığını haklı çıkarmaya izin vermektedir³⁷.

2. Pozitivist Teorinin Adalet Kavramı Konusunda Görüşleri: Adalet Kavramı, Bir Değer Olarak Bilinemez Bir Kavramdır; Dolayısıyla Hukuk Biliminin İnceleme Alanı Dışında Kalır

Pozitivist teoriye göre “adalet”, fizikî, olgusal bir realite değil, bir “değer”dir. Bir değer olarak da, fizik alemde değil, fizik ötesi alemde bulunur.

Viyana Çevresinden³⁸ esinlenen pozitivist teoriye göre, sadece “olgusal yargılar (*jugements de fait*)” ampirik olarak doğrulanabilirler. Bu alan bilim

³³. Kelsen, “Justice et droit naturel”, *op. cit.*, s.87.

³⁴. *Ibid.*

³⁵. *Ibid.*, s.90.

³⁶. Aristotle, *Politics*, I, 5 <http://www.constitution.org/ari/polit_01.htm>

³⁷. Norberto Bobbio, “Quelques arguments contre le droit naturel”, in *Annales de philosophie politique*, III, Paris, s.U.F., 1959, s.181-182.

³⁸. “Viyana Çevresi (*Wiener Kreiss, cercle de Vienne*)”, matematikçi Hans Hahn, sosyolog Otto Neurath, fizikçi Philipp Frank, felsefeci Moritz Schlick ve Rudolf Carnap etrafında oluşmuştur. Daha sonra bu Çevre'ye, Herbert Feige, Hans Reichenbach ve Bertrand Russell gibi isimler de katılmıştır. Nazi tehlikesi karşısında bu Çevre, 1938'e doğru kendisini feshedip dağılmıştır. Üyelerinin bir kısmı Amerika Birleşik Devletleri'ne, bir kısmı da İngiltere'ye yerleşmiştir. Viyana Çevresi, “mantıkçı pozitivism (*logical positivism*)” denilebilecek bir akımı savunmuştur. Mantıkçı pozitivism'e göre, bir disiplinin bilim olması için önermelerinin mantıktaki doğruluk değeri “doğru” olmalıdır. Doğruluk değeri, dış dünyayla uyum, yani ampirik tutarlılık ile belirlenir. “Doğru” ya da “yanlış” olmayan önermelerin anlamı yoktur. Metafizik cümleler ve tezler, ne biçimsel olarak, ne de ampirik olarak ispat edilebilirler. Onlar boş ve anlamsızdır. Viyana Çevresi'nin amacı, tüm bilimler için bir mantık *syntax*'ı, bir biçimsel dil, bir birleştirilmiş bilim dili hazırlamaktır (Viyana Çevresi için bkz. Valentin Petev, “Hans Kelsen et le Cercle de Vienne: à quelle point la théorie du droit est-elle scientifique?”, in Paul Amselek (sous la direction de-), *Théorie du droit et science*, Paris, P.U.F., Coll. « Léviathan », 1992, s.237-238).

alanıdır. Buna karşın “değer yargıları (*jugements de valeur*)” bir bilim alanı değildir. Bu alanda “değerlerin bilinemezliği ilkesi (*principe du non-cognitivisme des valeurs*)” geçerlidir³⁹. Buna göre, değerler ampirik olarak bilinebilir şeyler değildirler. Çünkü onlar, ya gerçeklikte mevcut değildirler ya da mevcut olsalar bile, onların bilinme biçimi tabii olguların bilinme biçimine indirgenemez⁴⁰.

Yani değerler alanında ya *yokluk* ya da *görecelilik* tezi geçerlidir:

*Yokluk tezine*⁴¹ göre, değerler hiçbir şekilde reel dünyada mevcut değildir. Dolayısıyla bilimin konusu olamazlar.

Görecelilik (relativisme) tezine göre ise, değerler insan sübjektivitesi alanında reel olarak mevcuttur; ama değişken oldukları için bilinebilir şeyler değildirler⁴². W. K. Frankena'ya göre *göreceliliğin üç ayrı tipi* vardır: Birincisi *tasvirî göreceliliktir*. Bu tür görecelilik ile anlatılmak istenen şey, değişik insanlar ve değişik toplumların değer yargılarının değişik olduğudur. İkinci tip görecelilik, *meta-etik göreceliliktir*. Buna göre bir değer yargısının “doğru”, diğer değer yargılarının ise “yanlış” olduğunun objektif olarak geçerli, rasyonel bir tarzda kanıtlanmasına imkan yoktur. Göreceliliğin üçüncü çeşidi *normatif göreceliliktir*. Birinci tip görecelilik, antropolojik veya sosyolojik; ikinci tip görecelilik, meta-etik bir savda bulunurken; bu üçüncü tip görecelilik, normatif bir ilke ileri sürer: Söz konusu durumlar aynı olsa bile, bir birey, bir toplum için iyi veya adil olan şey bir başka birey, bir başka toplum için iyi veya adil olmayabilir⁴³.

Özetle adalet kavramı, bir değer olarak bilinemez bir şeydir. Adalet değeri, ya reel âlemde mevcut değildir (yokluk tezi); ya da mevcuttur, ama objektif olarak bilinebilir şey değildir (görecelilik tezi).

Hukukî pozitiviz**Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**m, genellikle bu yokluk tezini savunur. Bu akıma göre, reel âlemde adalet değeri mevcut değildir. Dolayısıyla adalet değeri alanında bilinecek bir şey yoktur. Hatta pozitivizm,

³⁹. Christophe Grzegorzcyk, “La dimension positiviste des grands courants de la philosophie du droit”, in Christophe Grzegorzcyk, Françoise Michaut et Michel Troper (sous la direction de-), *Le positivisme juridique*, Paris, Bruxelles, L.G.D.J., Story-Scientia, 1992, p.58. Değerlerin bilinemezliği ilkesi konusunda Türkçe olarak bakınız: Gözler, *Hukukun Genel Teorisine Giriş, op. cit.*, s.17-20.

⁴⁰. Grzegorzcyk, “Le positivisme comme méthodologie juridique”, *op. cit.*, s.182.

⁴¹. Bizatihi realitenin bir parçası olarak değerlerin varlığını reddeden bu teze “objektivist aksiyojinin reddi” (*rejet de l'axiologie objectiviste*) tezi deniyor (Bkz. Grzegorzcyk, “Le positivisme comme méthodologie juridique”, *op. cit.*, s.173). Biz burada kısaca buna “yokluk” tezi demeyi uygun gördük.

⁴². Grzegorzcyk, “Le positivisme comme méthodologie juridique”, *op. cit.*, s.182-183.

⁴³. W. K. Frankena, *Ethics*, Prentice Hall, Englewood Cliffs, 1963, s.92-93.

insanın kendi değerlerinin yaratıcısının yine insanın kendisinin olduğunu düşünür⁴⁴.

O halde hukukî pozitivizmde, değerlerin inkârı söz konusudur. Dolayısıyla pozitivistlere göre bilimsel aksiyoloji mümkün değildir. Zira onlar, G. E. Moore'un "değerlerin şeylerin tabii nitelikleri olmadığı" yolundaki kanısını paylaşırlar. Moore'a göre örneğin "iyi" ile herhangi bir tabii niteliği karıştırmak "tabii **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**safsata (*naturalistic fallacy*)" yapmak demektir⁴⁵. Ama pozitivistler genelde Moore'dan çok daha ileri giderler. Değerleri tamamıyla ideolojiler alanına yerleştirirler⁴⁶. Örneğin K. Opalek ve J. Wroblewski'ye göre, bir değer teorisi olarak tasavvur edilen bir bilimsel aksiyolojinin kurulması imkansızdır; zira bu değerler toplumsal ve tarihî koşullar ile biçimlenen ideolojilerin bir parçasıdır⁴⁷.

Kelsen bu konuda çok radikal bir görecelilik tezini savunur. Ona göre bir kimse, bir şeyin iyi ya da kötü veya adil veya gayr-i adil olduğunu öne sürmüştü, öne sürülen değer, bir "bilme konusu (*objet de la connaissance*)" değil, sadece bilincin duygusal (*émotionnel*) bileşenlerinin fonksiyonlarından birisidir. Eğer böyle bir değer bir başkasının davranışı üzerine ileri sürülmüş ise, "bravo!", "yazıklar olsun!" gibi ünlemler ile aynı mahiyette bir duygusal tasvip veya kınamayı ifade eder⁴⁸. Dolayısıyla bunlar saf sübjektiflik alanına aittirler⁴⁹.

Diğer yandan Kelsen, hukuk normlarının insan-üstü bir irade tarafından değil, sadece beşerî irade tarafından konulduğundan hareketle hukuk normları ile birbirleriyle çatışan değerlerin öne sürülebileceğini belirtmektedir. Örneğin bir ülkenin hukuk normu intiharı yasaklayabilir, diğer bir ülkenin hukuk normu ise serbest bırakabilir. Belirli bir değerden hareketle, bu normlardan birinin geçersiz, diğerinin ise geçerli olduğu iddia edilemez. Bunlardan her ikisi de usulüne uygun olarak ihdas edilmişse geçerlidir. Bu

⁴⁴. Grzegorzcyk, "Le positivisme comme méthodologie juridique", *op. cit.*, s.183.

⁴⁵. G.E. Moore, *Principia Ethica*, Cambridge University Press, 1903'ten alıntılanan parça in Christophe Grzegorzcyk, Françoise Michaut et Michel Troper (sous la direction de-), *Le positivisme juridique*, Paris, Bruxelles, L.G.D.J., Story-Scientia, 1992, s.234.

⁴⁶. Grzegorzcyk, "Le positivisme comme méthodologie juridique", *op. cit.*, s.184.

⁴⁷. K. Opalek ve J. Wroblewski, "Axiology: Dilemma Between Legal Positivism and Natural Law", *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 18, 1968, s.361 vd.

⁴⁸. Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, Traduction française de la 2e édition de la "Reine Rechtslehre" par Charles Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, s.27. Belirtelim ki Kelsen burada, A.J. Ayer ve C.L. Stevenson tarafından savunulan Anglosakson emotivizmine hayli yakındır. Bu konuda bkz. Grzegorzcyk, "Le positivisme comme méthodologie juridique", *op. cit.*, s.184.

⁴⁹. Grzegorzcyk, "La dimension positiviste des grands courants de la philosophie du droit", *op. cit.*, s.57-58.

normlar beşerî irade tarafından konulduğuna göre, bu normlardan çıkarılabilecek değerler de *keyfidir*. Dolayısıyla ifade edilen değerler *görecelidir*. Mutlak değerler din alanı dışında yoktur. Değerler insanlara göre değişir. Bir şey bazı insanlara göre “iyi” veya “adil”, diğer bazı insanlara göre “gayr-i adil” veya “kötü” olabilir⁵⁰.

Kelsen’e göre, değişik zamanlar ve değişik yerlerde insanların “iyi” ve “kötü”, “âdil” ve “âdil olmayan” olarak kabul ettikleri şeylerin çeşitliliği göz önünde bulundurulursa, değerler alanında minimum ortak değerlerin dahi olmadığı söylenebilir. Genellikle barışın korunmasının bütün ahlâkî sistemlere özgü bir gereklilik olduğu ileri sürülür. Ama Heraklit savaşın en üstün değer olduğunu öğretiyordu. Özetle Kelsen’e göre, adalet dahil, *a priori* ve mutlak olan bir değer yoktur. Eğer bu böyleyse, âdil ile âdil olmayanı tanımlayacak elimizde bir araç bulunmamaktadır⁵¹.

Özetle hukukî pozitivizm değerlerin göreceliliği prensibini kabul eder. Buna göre, adalet değeri konusunda herhangi bir şeyi kanıtlama imkânı yoktur.

Sonuç olarak pozitivizme göre, adalet kavramı, metafizik bir kavramdır. Metafizik kavram ve ilkeler ise “bilme (*connaissance*)” konusu olamaz⁵². O halde, bilim alanında kalarak, adalet gibi bir fizik-ötesi değer incelenemez. Hukuk bilimi, adalet değerini ele almayı kategorik olarak reddetmelidir.

KAYNAKLAR

ARİSTOTLE, *Politics*, I, 5 <http://www.constitution.org/ari/polit_01.htm>

BOBBİO (Norberto), “Quelques arguments contre le droit naturel”, in *Annales de philosophie politique*, III, Paris, P.U.F., 1959, s.175-190.

ÇAĞIL (Orhan Münir), *Hukuk Başlangıcı Dersleri*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Birinci Kitap, İkinci Baskı, 1963.

DİGESTA, I, 1.1.3 (*Ulpianus libro primo institutionum*) <<http://web.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/>>

FRIEDMANN (F.), *Legal Theory*, London, Stevens & Sons Limited, 1960.

⁵⁰. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, s.24-25.

⁵¹. Hans Kelsen, *Essays in Legal and Moral Philosophy: Selected and Introduced by Otta Weinberger*, D. Reidel Publ. Comp., Dordrecht/Boston, 1973. In in Christophe Grzegorzcyk, Françoise Michaut et Michel Troper (sous la direction de-), *Le positivisme juridique*, Paris, Bruxelles, L.G.D.J., Story-Scientia, 1992, s.237.

⁵². Grzegorzcyk, “La dimension positiviste des grands courants de la philosophie du droit”, *op. cit.*, s.56.

- GIANFOMAGGIO (Laetizia), "Droit naturel", in André-Jean Arnaud (sous la direction de-), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 2^{nci} Baskı, 1993, s.199-205.
- GÖZLER (Kemal), *Hukuka Giriş*, Bursa, Ekin Kitabevi, 4. Baskı, 2007.
- GÖZLER (Kemal), *Hukukun Genel Teorisine Giriş*, Ankara, USA Yayıncılık, 1998.
- GRZEGORCZYK (Christophe), "La dimension positiviste des grands courants de la philosophie du droit", in Christophe Grzegorzcyk, Françoise Michaut et Michel Troper (sous la direction de-), *Le positivisme juridique*, Paris, Bruxelles, L.G.D.J., Story-Scientia, 1992, s.33-69.
- GRZEGORCZYK (Christophe), "Le positivisme comme méthodologie juridique", in Christophe Grzegorzcyk, Françoise Michaut et Michel Troper (sous la direction de-), *Le positivisme juridique*, Paris, Bruxelles, L.G.D.J., Story-Scientia, 1992, s.171-195.
- GRZEGORCZYK (Christophe), MICHAUT (Françoise) et TROPER (Michel) (sous la direction de-), *Le positivisme juridique*, Paris, Bruxelles, L.G.D.J., Story-Scientia, 1992.
- GÜRİZ (Adnan), *Hukuk Felsefesi*, Ankara, A.Ü.Hukuk Fakültesi Yayını, 1985.
- HAFIZOĞULLARI (Zeki), *Ceza Normu: Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni*, Ankara, US-A Yayıncılık, 1996.
- HAMBURGER (Max) ve MİALL (Bernard), *The Awakening of Western Legal Thought*, New York, G. Allen & Unwin, 1969, <books.google.com>.
- HART (H. L. A.), *Le concept de droit*, trad. par Michel van de Kerchove, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1976.
- KELSEN (Hans), "La justice et droit naturel", Trad. par Etienne Mazingué, in *Le Droit naturel, Annales de philosophie politique*, t.III, (Institut international de philosophie politique), Paris, P.U.F., 1959, s.1-123.
- KELSEN (Hans), *Essays in Legal and Moral Philosophy*, Dordrecht, Reidel, 1973, s.216-227'den alıntılanan parça in Christophe Grzegorzcyk, Françoise Michaut et Michel Troper (sous la direction de-), *Le positivisme juridique*, Paris, Bruxelles, L.G.D.J., Story-Scientia, 1992, s.295.
- KELSEN (Hans), *Théorie pure du droit*, Traduction française de la 2e édition de la "Reine Rechtslehre" par Charles Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962.
- PERELMAN (Chaïm), "L'idée de justice", in *Le Droit naturel, Annales de philosophie politique*, t.III, (Institut international de philosophie politique), Paris, P.U.F., 1959, s.124 vd.-140
- PETEV (Valentin), "Hans Kelsen et le Cercle de Vienne: à quelle point la théorie du droit est-elle scientifique?", in Paul Amselek (sous la direction de-), *Théorie du droit et science*, Paris, P.U.F., Coll. "Léviathan", 1992, s.237 vd.