

HUKUKİ POZİTİVİZM

Doç. Dr. S. KEYMAN

GİRİŞ. I. Hukuki pozitivismin doğuşu ve bunu etkileyen etki-faktörler. II. Hukukî pozitivismin özellikleri ve görünüm biçimleri. (1) Yaklaşım. (2) Hukukun kaynağı. (3) Hukukî pozitivismin ideolojisi: a Hukukî pozitivismin adalet anlayışı. aa. Adaletin içeriği sorununun hukuk biliminin dışında oluşu. bb. Adaletin eşitlik olarak anlaşılması. (i) Eşitlik ölçüsünün yetersizliği. (ii) Hukukî pozitivismin biçimsel adalet anlayışı. cc. Hukukî pozitivismin adalet anlayışının değerlendirilmesi. b. Hukukî pozitivismin adalet anlayışının sonuçları. aa. Hukukta iradeci görüşün benimsenmesi. bb. Hukukî kesinliğin eksik anlaşılması. c. Hukukî pozitivismin ideolojisinde yumuşama . III. Hukukî pozitivismin iki temel iddiası: tamlık-tutarlılık. (1) Tamlık. (2) Tutarlılık. IV. Hukukî pozitivismin yorum anlayışı.

GİRİŞ:

Hukukî pozitivism, modern düşüncenin bir ürünüdür. Modern düşünce, 19 ncu yüzyılın ikinci yarısı ile 20 nci yüzyılda felsefe ve bilimlerde egemen olan düşünce biçimini ifade etmektedir. Gerçekten de insanlığın bu son iki yüzyıl boyunca, ondan evvelki yüzyılları nazaran daha fazla değiştiği genellikle kabul edilmektedir. Bu değişiklik doğal olarak, hukuk konusundaki düşüncelere de yansımıştır. Üstelik geçen yüzyılda toplumsal, ekonomik ve teknik gelişmenin etkisi altında değişikliğe uğrayan şey, müsbet hukuk kurallarının içeriğinden ibaret değildir. Bu devrede, insanların hukuk ve hukukun temeli konusundaki düşünceleri de önemli değişiklikler geçirmiştir¹. Hukuk düşüncesinde 19 ve 20 nci yüzyıllara rastlayan büyük devrim, bilimsel düşüncedeki önemli değişikliklerin etkisi altında gerçekleşmiştir. 19 ve 20 nci yüzyıllardaki değişiklikler, felsefi düşünce üzerinde de önemli derecede etkili olmuşlardır. Bu etkilerin altında, toplumsal içerikli felsefi akımların güç kazandıkları kolayca gözlemlenmektedir.

¹ Coing, Helmut: *Diritto e pensiero moderno*, Riv. int. di fil. del dir., 1958, 509 vd.

19 ve 20 nci yüzyılın modern düşünce biçimini belirleyen özellikleri şöylece sıralamak mümkündür:

(1) *Doğa bilimlerinin etkisi*: Modern düşünce, doğa bilimlerinin etkisi altında biçimlenmiştir. Buna göre, olguların doğrudan doğruya gözlemlenmesi yolu ile doğrulanamayan hiç bir şey doğru olarak kabul edilemez. Hatta o kadar ki, gözlem yolu ile varılan bilgiden çıkarılan mantıksal sonuçların dahi, yine gözlem yolu ile doğrulanması gerekir. Bu nedenle modern düşünce, deney ve belgeden başka kanıt kabul etmemek eğilimindedir².

(ii) *Genel kavramlara karşı şüphecilik*: Modern düşüncenin bir özelliği de, genel kavramlara karşı duyulan güvensizliktir. Eski çağ felsefelerinin, fikri en üstün gerçeklik saymalarına karşılık, modern düşünce sadece somut ve gözlemlenebilir olguları kabul eder; fikirleri kuşku ile karşılar. Bu güvensizlik, doğa kanunlarına kadar uzanır. Yeni pozitivizm, olguların gözlemlenmesine dayanan ve deney aracılığı ile doğrulanabilir olan bu doğa kanunlarının, sadece açıklayıcı olduklarını ve objektif gerçekliğin tam bir tablosunu veremediklerini kabul etmektedir. Bunun nedeni de, belli bir andaki gerçekliğin o anın deneylerine bağlı olması ve belkide yeni deneyler karşısında geçerliğini yitirebileceği düşüncesidir. Nitekim yeni deneyler, eskiden doğru kabul edilen bir çok şeyin, ancak kısmen doğru olduğunu göstermiş bulunmaktadır. Yeni pozitivistlerin bu kuşkuculuğu, ahlâki kanunlar ve manevî değerler konusunda daha da açıklıkla ortaya çıkmaktadır. Gerçi yeni pozitivistler, insanın toplumsal hayatında gözlemlenebilir bazı tip davranışları olduğunu kabul ederler; fakat bu tip davranışların, genellikle kabul edilen bir gerçekliğin ifadesi sayılmasını reddederler. Bunlara göre insan davranışının gerçek nedenleri vicdan, adalet ve ahlâki ödev duygusu gibi faktörler değil de, örneğin içgüdü, bilinç altı gibi, insanın iyi tanımadığı olgulardır³.

(iii) *Rölativizm*: Modern düşünce tarihî bir rölativizmin etkisi altındadır. Bunun başlıca nedeni, hem içinde yaşanılan devrin hem de eski devirlerin uygarlıkları konusunda daha iyi bir bilgiye ulaşılmış olmasıdır. Nitekim 17 nci yüzyıl tarihçisi, insana öncelik vermekte idi. 18 nci yüzyılın tarihçiliği ise, devirlere ve devirler arasındaki farklara önem vermektedir. Bu nedenle tarihî bir eserin önemi, bize belli bir devrin ruhunu aktarmasından ileri gelir. Diğer bir deyişle, geçmişin eserlerinin incelenmesinin amacı, bunların içinden evrensel bir doğruyu bulup çıkartmak değildir. Bu eserler bize, belli bir devir ve uygarlığın

² Coing, 512

³ Coing, 512-513; Ayrıca bk. *Bodenheimer, Edgar*: Jurisprudence (The methodology and philosophy of law) 1976, 163.

özelliklerini göstermektedirler. Böyle bir eserde yer alan doktrinlerin, bunun içinde biçimlendiği çevreye nisbetle doğru olduğu açıktır. Nitekim başka devirler bakımından da başka başka doğru doktrinler vardır. Öyle ise, manevî olgular alanında mutlak ve evrensel doğrular yoktur. Bu nedenle, bilimsel olarak bütün devirler ve toplumlar için eşit derecede değerli ahlâkî kanunlardan söz etmek mümkün değildir. Sonuç olarak örneğin adalet gibi manevî değerler bakımından , bilim hiçbirşeyi doğrulayamaz; sadece tarihsel olguları ortaya çıkartabilir. Yani bilim belli bir tarihî anda belli bir grup tarafından adil olarak kabul edilene tahlil edip eleştirebilir; fakat mutlak adaleti gösteremez. Manevî olgular alanında mutlak ve evrensel doğrular bulunmadığına göre, farklı devirlerin manevî değerlerinin eleştirisel bir tahliline girişmek belki mümkündür ama, bunların yargılanması mümkün değildir^{4,5}.

I. *Hukuki pozitivizmin doğuşu ve bunu etkileyen faktörler:* Genel olarak toplum bilimlerde pozitivizm, Auguste Comte ile başlar. Auguste Comte insan düşüncesinin gelişimini üç devreye ayırmaktadır: (1) bütün olguların olağanüstü nedenlerle çıktığı teolojik dönem; (2) eşya ve olguların görünümünün altında var olduğu düşünülen ilke ve idealleri esas alan metafizik dönem; (3) tarih, felsefes ve bilimde varsayıma dayanan hertürlü yapıyı reddeden, olayların, gözlem ve karşılıklı ilişkilerinin araştırılması ile açıklanabileceğini kabul eden ve yöntem olarak da doğa bilimlerdeki yöntemi benimseyen pozitivist dönem. Bilginin sadece gözlem ve deneyle kazanılıp geliştiğini kabul eden pozitivizm, 19 ncu yüzyılın ikinci yarısından itibaren, hukuk da dahil olmak üzere hemen bütün bilimleri etkisi altına almıştır⁶.

^{4,5} Coing, 513-514; Modern düşüncenin bir diğer özelliği de, sahip bulunduğu sosyolojik eğilimdir. Bu eğilimin nedeni, tarihi gelişim sürecini harekete getiren gücün, bireyler olmadığının anlaşılması bulunmasıdır. Modern düşünce bireyden, tarihin yapıcısı olma ayrıcalığını almış, bunu toplumun birey-üstü güçlerine tanımıştır. İnsanın toplumsal bir varlık olduğu çok eskiden beri bilinmektedir. Fakat modern düşünce, toplumsal güçlerin farklı ve yeni bir değerlendirilmesini yapmıştır. Bu alandaki teorilerin ortak yanı, bireyin ve bireyin düşüncelerinin, inançlarının, bireyi aşan toplumsal güçlerin ürünü olduğunu kabul etmesidir. Bireyin davranışını belirleyen üretim tekniği, toplumsal gibi birey-üstü faktörlerdir. Birey ve kişilik artık bu toplumsal güçler karşısında kaybolmaktadır Kısaca: toplumu harekete getiren, uygarlığı gerçekleştiren eserlerin yaratıcısı birey değildir. Bilâkis bireyin kendisi bunların bir ürünüdür. Öyle ise, bilimsel ilgi, gittikçe daha fazla olarak bu güçlerin öğrenilmesine yönelmelidir. İşte sosyolojik eğilim budur. Coing, 516; 1800 lerden beri yeni bir bilim olarak ortaya çıkan sosyoloji, birey karşısında toplumun bağımsızlık ve üstünlüğünü göstermiş, bireyle toplum farkı yeni bir önem kazanmağa başlamıştır. Bu yeni bilim hukuk düşüncesinde de etkili olmuş ve hukuku toplumsal bir olgu olarak inceleyen bir seri kuramın kaynağını teşkil etmiştir. Bk. Falzea, Angelo: Introduzione alle scienze giuridiche, 117-118 vd.

⁶ Bodenheimer, Juris., 91, 94; Dias, R. W. M. : Jurisprudence, London. 1976, 645; Öktem, Niyasız: Hukuksal potitivizm akımı, İÜHFİM. 1977, 273-275.

Hukuki pozitivizm de, Auguste Comte'un teorisine uyarak veya ondan cesaret alarak, insan zihninin olguların gözlemine aşan her türlü faaliyetini boş ve değersiz bir faaliyet saymış⁷; bunun doğal sonucu olarak da, yürürlükteki müsbet hukukun dışında bir takım hukuk idelelerini arama eğilimini redetmiştir. Hertürlü değer kavramını araştırma alanlarının dışında bırakan pozitivistler, hukuk biliminin görevini, yürürlükteki hukuk sisteminin tahlil ve açıklanması ile sınırlandırmışlardır⁸.

Temel özelliği, inceleme konusu olarak sadece yürürlükteki hukuku kabul etmekten ibaret bulunan hukuki pozitivizm, 19 ncü yüzyılda belirgin hale gelmiştir. Nitekim hukukçular Fransız devrimine kadarki devrede, yürürlükteki hukukun akıl yolu ile bulunan tabii hukuka dayandığını kabul ediyorlardı. Yani hukukçu olarak, müsbet hukukun dışında bazı değerlerin varlığını kabul ediyorlar ve bu değerleri araştırma konusu yapıyorlardı. 19 ncü yüzyılda egemen olmağa başlayan felsefi pozitivizm, etkilerini hukuk üzerinde de göstermeğe başlamıştır. Bunu Fransa'daki Napolyon devri kanunlaştırma hareketleri takip etmiştir. Fransız Medeni Kanunu'nun yapılmasından hemen sonra, yargıçların ve hukukçuların görevinin sadece kanunların açıklanması olduğu düşüncesi belirgin hale gelmiştir. Tefsirci okul denen bu akımın doğuşunun nedeni, mevcut kanunların, o devrin aklını yansıtan metinler olarak kabul edilmesidir. Diğer bir deyişle, tefsirci okul tabii hukuku reddetmemekte; blâkis yürürlükteki müsbet hukukun yani kanunların, tabii hukukun en mükemmel ifadesi olduğuna inanmaktadır. Müsbet hukukun mükemmelliği konusundaki bu inanç, bir taraftan hukukun eleştirisel incelenmesi önlemiş, diğer yandan da gerçek anlamda hukuki pozitivizme giden yolu açmıştır⁹.

Tefsirci okulun, hukuki pozitivizme yol açan diğer bir özelliği de, hukuku yazılı kanunlardan ibaret sayması ve yorumda kanun koyucunun iradesinin araştırılmasını gerekli görmesidir¹⁰. Bunun nedenleri daha ziyade politiktir. Zira devrin siyasi şartları karşısında, genel ve soyut kanunların varlığı bireysel özgürlük ve kanun önünde eşitlik bakımından önemli bir güvence sağlamakta idi. Söz konusu amaçların güvencesi olarak kabul edilen kanunilik ilkesi, hukukun kesinliği ile yakın ilişki içindedir. Hukukta kesinliğin gerçekleşmesi, yargıcın, kanunun objektif iradesini araştırmakla yetinmesine bağlıdır. Diğer bir deyişle yargıcın, yorum yolu ile kanun boşluklarını doldurmak gibi bir

⁷ Battifol, Henri: La philosophie du droit, 1962, 7

⁸ Bodenheimer, Juris..., 94.

⁹ Battifol, 8; Cattaneo, Mario: Positivismo giuridico, Novis. Dig., c. 13, 315.

¹⁰ Cattaneo, 315; Göger, Erdoğan: Hukuk başlangıcı dersleri, c. 2, 126

yetkisi yoktur. İşte bu yolla gerçekleştirilecek olan hukukun kesinliği ilkesi, bireyin devletle olan ilişkilerinin bir güvencesini teşkil edecektir¹¹.

Açıklanan siyasî amaçlarla doğmuş bulunan hukukun kesinliği ilkesi, modern hukuki pozitivizmin ideolojik yönünün en önemli unsurunu oluşturmaktadır.

Hukuki pozitivizm Almanya'da ise, tarihçi okulla doğmuş ve kavramlar içtihadı okulu ile tam bir ifadesine kavuşmuştur. Gerçekten de Savigny'nin hukuk biliminin politika karşısındaki bağımsızlığını ortaya koymasından sonra, kavramlar içtihadı okulunun diğer mensupları bu ayrımı hukuki pozitivizmin temel ilkesi haline getirmişlerdir. Hukuk biliminin müsbet hukuk kurallarının açıklanmasından başka bir görevi bulunmadığını savunan hukuki pozitivizm, Almanya'da Kelsen'in saf hukuk teorisi ile en belirgin ve bilimsel şekline ulaşmıştır¹².

¹¹ Baratta, *Alessandro*: Positivismo giuridico e scienza del diritto penale, Milano 1960, 8-9.

¹² Baratta, 11-12; Göger, kanuni pozitivizmle hukuki pozitivizm arasında fark görmekte, bizim hukuki pozitivizm diye adlandırdığımız düşünce akımına kanuni pozitivizm demekle yarar görmekte; hukuki pozitivizm terimini ise kavramsal hukuk bilimi (kavramlar içtihadı) ile eş anlamda kullanmağı tercih etmektedir. Bk. Göger, c. 1, 55; Bizim hukuki pozitivizm dediğimiz ile kavramlar içtihadı arasındaki yakınlık ve ilişkiler açıktır. Bununla beraber, iki akım arasındaki benzerlikler daha ziyade hukuk tekniği yönündendir. Nitekim kavramlar içtihadının kurucusu olan Puchta, hukukun menşei ve ne olduğu konusunda Savigny'nin (tarihçi okul - kavramsal hukuk bilimi ilişkisi için bk. Göger, c.2., 126) düşüncelerini takip etmiştir. Puchta yöntem bakımından da Savigny'nin etkisinde, ama ondan biraz farklı bir tutum benimsemiştir. Bir halkın hukukunu meydana getiren müferit davranış kuralı ilkelerinin organik bir bağ aracılığı ile birbirlerine bağlandıklarını ve bunun da kuralların halk ruhundan gelmesi ile açıklanacağını söyleyen Puchta, halk ruhu denilen hukuk kaynağının teklük ve birliğinin bu kaynaktan elde edilen hukuka geçtiğini, bunun içine yayıldığını belirtmiştir. Savigny'nin hukuksal kurumlardan hareket etmesine karşılık Puchta, davranış kuralı olarak kendisine uyulan ilkeleri esas almakta ve bunlar arasındaki bağm, kavramlar arası mantıksal bir bağa dönüştüğünü ifade etmektedir. Kavramlar sarası mantıksal ilişkinin çok önemli bir görevi, henüz bilinmeyen bazı kuralların öğrenilmesini sağlamaktır. Hukuk biliminin görevi de kuralları bu sistematik ilişkileri içinde incelemektir. Bk. *Larenz, Karl*: Storia del metodo nella scienza giuridica, çev: *Ventura, Sergio*, Milano 1966, 21-22; Kavramsal hukuk biliminin çok yönlü bir açıklaması için Bk. Göger, c. 2 95-132, c.1 55; Kavramsal hukuk biliminin yanında Windscheid'in teorisinin de (bk. *Larenz*, 32 vd.) hukuki pozitivizm ile ilgisi vardır. Nihayet, hukuku her türlü tabii hukuk kısıtlarından arındırmayı amaçlayan akımlar da pozitivistlerdir (Bk. *Larenz*, 44). Görüldüğü üzere tek bir pozitivizm değil, de, Batiffol'un dediği gibi (Batiffol, 7 vd.) pozitivistler vardır. II nci Dünya Savaşından sonra İtalyan doktrininde de, daha evvelki pozitivist akımların bir sentezini teşkil eden ve ağırlığını ideolojik özelliklerin oluşturduğu bir *hukuki pozitivizm* (Positivismo giuridico) kavramı doğmuş ve gelişmiştir. *Bobbio, Cattaneo, Scarpelli* gibi hukukçuların öncülüğünü yaptığı bu teori (normativist diye de adlandırılabilir), bir taraftan kendinden evvelki pozitivist akımların bir

Ortaya çıkış süreci böylece özetlenebilen hukuki pozitivizm, birden fazla faktörün etkisi altında kendisini kabul ettirmiştir.

Bunlardan başta geleni, yukarıda da belirtildiği gibi felsefî pozitivizmdir. Nitekim bilimlerdeki ilerleme, insan zihninin en etkili biçimde nasıl çalışabileceğini göstermiştir. Bu da, belli bir yer ve belli bir zamanda var olan olguların, gözlemlenmesi ile mümkün olmaktadır. Gözleme dayanmayan her yöntem kısırdır. Söz konusu yöntem hukuka uygulandığında, her türlü tabii hukuk felsefesi ve tabii hukuk anlayışı, geçerliğini yitirmektedir. Öyle ise, hukuk bilimi bakımından, gözleme elverişli olduğunun ne olduğunu bulmak gerekmektedir. Diğer bir deyişle, hukuki incelemenin konusunu teşkil edecek şey, zaman ve yer bakımından belirlenebilen bir olgu olmalıdır. Hukuk alanında bu nitelikteki tek olgu, müsbet kanundur. Zira bunlar belli bir zaman ve belli bir yerde var olan olgulardır; ayrıca gözleme yolu ile incelenmeğe elverişlidirler¹³.

Hukuki pozitivizmin kendisini kabul ettirmesinde bir diğer etken de, tarihî pozitivizmdir. Tarihî pozitivizmin hareket noktası, tarihî incelemeleri, mümkün olduğu ölçüde bilimsel yöntemlere yaklaştırmaktır. Tarihî incelemenin bilimselleşebilmesinin tek aracı belgedir; yani sadece belgeye dayalı tarihî bir inceleme bilimsellik niteliği kazanabilir. Tarihçi okulun, giderek bu anlamdaki tarihî pozitivizme bağlanması, aynı zamanda hukuki pozitivizm yolunda bir adım atılması anlamına gelmektedir. Bu anlayış hukuk alanına aktarıldığında, bir kuralın, ancak, siyasî iktidarın iradi bir davranışı ile konulduğu takdirde hukuk kuralı sayılabileceği sonucu çıkmaktadır. Diğer bir deyişle, hukuki incelemenin bilimsel olabilmesi için, hukukun temelinde herşeyden evvel, her doğal olgu gibi, doğurulanmaya elverişli bir belge aracılığı ile kanıtlanması mümkün gerçek bir insan fiili bulunmalıdır. Hukuk alanında bu niteliğe sahip tek gerçek insan fiili de müsbet kanunlardır. Diğer bir deyişle, insanların davranışlarını ve ilişkilerini düzenleyen bir kuralın, içtihatların ve hukuk doktrininin kullandığı anlamda hukuk sayılabilmesi, bunların hukuki bir biçime (kılığa) sahip bulunmalarına bağlıdır. Zira kurallar ancak bu takdirde, dış dünyaya ait bir insan fiili olmak ve doğrulanabilir olmak niteliğini elde ederler. Öyle ise, bir

sentezini yapmağa çalışırken, diğer taraftan da diğer okulların ve özellikle sosyolojik okulların çok güçlü eleştirileri karşısında, kâh bunlardan esinlenerek kâh bunlara karşı çıkarak, hukuk biliminin bağımsızlığını korumağa çalışmaktadır. Biz hukuki pozitivizm terimi ile esas olarak bu teoriyi kastediyoruz. Çalışmanın ideoloji, tamlik-tutarlılık iddiaları ve yorumla ilgili bölümleri, bu söylediklerimizi daha da açıklığa kavuşturmaktadır.

¹³ Coing, 516-517.

kuralın hukuk kuralı sayılabilmesi için, yasa koyucu siyasî iktidarın o kurala, hukuk kuralı değeri bahşetmiş olması gerekir. İşte ancak bu anlamdaki kural, zaman ve yer bakımından belli, gözlemlenmeğe elverişli ve doğrulanması mümkün bir olgu haline; yani bilimsel araştırmanın konusunu teşkil edecek bir niteliğe kavuşmaktadır¹⁴. Öyle ise hukuk biliminin görevi, siyasî iktidarın sahibi olan yasa koyucu tarafından yaratılmış; bu nedenle de gözlemlenmeleri ve doğrulanmaları bilimsel olarak mümkün kılınmış müsbet kuralları açıklamak ve bunların tam bir bilgisine ulaşmaktır.

Bütün bunların ışığı altında hukuki pozitivismi, "... kendisine özgü bir değerler sistemi olmayan ve sırf zihni araçlarla müsbet hukuktan hareket ederek, her hukuki soruna cevap bulmağı mümkün sayan bir eğilim..."¹⁵ olarak tanımlayanlara katılmak mümkün görülmektedir. Ancak ileride de açıklanacağı üzere, hukuki pozitivism, sırf mevcudiyeti dolayısıyla müsbet hukuka verdiği değer ve kanuni adalet anlayışı nedeni ile yine de ideolojik bir görünüme sahip bulunmaktadır. Bu sorunu şimdilik bir tarafa bırakarak, hukuki pozitivismi, hukuku insanlar tarafından konan bir kurullar sistemi olarak ele alan ve hukuk bilimine bu sistemi incelemek, hukuk uygulamacısına da yine bu sistemi uygulamak görevini veren bir anlayış¹⁶ olarak niteleyebiliriz.

Hukuki pozitivism, hukuki gerçeklik içindeki hukuki değer (adaletin) aranmasından vazgeçilmesi anlamına gelmektedir. Bu düşünce tarzı, hukuka değerlendirci açıdan bakmağı bilimsel olmayan bir yaklaşım tarzı saymakta ve kendisini, bilinçli olarak, müsbet hukukun amprik olarak incelenmesi ile sınırlandırmaktadır¹⁷. Öyle ise hukuk biliminin konusu, bilinçli insan fiili ile konulmuş bulunan hukuktan ibaretir. Gerçekliğe sahip tek hukuk, tarihen belli bir anda konulmuş hukuk olduğundan, hukuki gerçekliğe bağlı kalabilecek tek yöntem de hukuki pozitivismdir. Gerçi müsbet hukukun eleştirisi veya müsbet hukukun açıklanmasına katkıda bulunan ilkelerin açıklanması gibi faaliyetler yasaklanmış değildir. Ancak bunlar hukukçunun alanı dışında kalan, daha çok siyasal bilim, sosyoloji ve felsefeyi ilgilendiren konulardır. Müsbet hukuktan hareket eden ve sadece müsbet hukuku öğrenmeğı amaçlayan hukuki pozitivismin, hukuk karşısındaki tavrı işte budur¹⁸.

¹⁴ Coing, 516-517.

¹⁵ Radbruch, Gustav: Propedeutica alla filosofia del diritto, Çev: Pasini, Dino, 174.

¹⁶ Scarpelli, Umberto: Cos 'e il positivismo giuridico, Milano 1965, 105

¹⁷ Radbruch, Gustav: Legal philosophy (20 th century Legal Philosophy Series) Çev: Will, Kurt., 65

¹⁸ Dabin, Jean: General theory of law (20 th century Legal Philosophy Series) Çev: Will, Kurt., 322

II. *Hukuki pozitivizmin özellikleri ve görünüm biçimleri*: Anlamını, tarihî gelişimini ve yöntemini kısaca özetlediğimiz hukuki pozitivizmin, kendisinin özelliklerini belirleyen üç ayrı görünümü içinde incelenmesi yararlı olacaktır. Nitekim hukuki pozitivizmin, tarihen üç görünüm altında karşımıza çıktığı gözlemlenmektedir. Bu görünüm biçimlerini şöylece özetlemek mümkündür¹⁹.

i) Hukuki pozitivizm herşeyden evvel, hukukun incelenmesinde belli bir yaklaşım biçimini ifade etmektedir. Yaklaşım, araştırmada kullanılan teknikleri ve araçları değil de, araştırmanın konusunu ilgilendirdiğinden yöntemden farklı bir şeydir.

ii) Hukuki pozitivizm bunun yanında ve birinci görünümünün zaruri sonucu olarak, hukuk biliminin sınırını teşkil eden olgunun ne olduğu konusunda da belli ölçülere sahip bulunmaktadır. Yani hukukun kaynağının ne olduğu sorusuna verilen belli bir cevabı vardır.

iii) Hukuki pozitivizm nihayet, adalet kavramı karşısında da belli bir tavır takınmaktadır. Diğer bir deyişle, hukuki pozitivizmin, belli bir değerler sistemi vardır ki, bu da kendisinin ideolojik temellerini göstermektedir.

Hukuki pozitivizmin savunucuları, pozitivizmin bu üç yönü arasında zaruri ve mantıksal bir bağ olmadığını iddia etmektedirler. Bu nedenle örneğin hukuk biliminin konusu yani yaklaşım bakımından pozitivist olmak, hukukun kaynağı konusunda da yine mutlaka pozitivist kuramı kabul etmeği getirektirmez. Diğer bir deyişle, yaklaşım bakımından pozitivist olmak, yani hukuk biliminin konusunu müsbet hukukla sınırlamak; buna karşılık, hukukun kaynağının ne olduğu konusunda pozitivizmden uzaklaşarak, hukukun kaynağının kanunlar değil de yargı kararları olduğunu (Amerikan gerçekçi akımı) kabul etmek mümkündür²⁰. Nitekim Amerikan gerçekçi akımının, pragmatik pozitivizm olarak nitelendirildiği görülmektedir. Zira Amerikan gerçekçileri, hukuku yaratan toplumsal faktörleri ve hukukun toplumsal sonuçlarını incelemektedirler. Hukukun gerçekte ne olduğunu araştıran bu akım, olan hukuku bulmak, anlamak için modern yöntemler geliştirmesine karşılık, hukukun nasıl olması gerektiği (olması gereken hukuk) üzerinde durmamaktadır. Böylece Amerikan gerçekçileri, yaklaşım bakımından pozitivist; fakat konu ve ideoloji bakımından pozitivist değildirlir. ²¹. Bunun gibi, yaklaşım ve kaynak konusunda pozitivist

¹⁹ Bobbio, *Noberto*: Giusnaturalismo e positivismo giuridico, Milano 1972, 103-104.

²⁰ Bobbio, *Gius...*, 104; Bobbio, *Noberto*: Ancora sul positivismo giuridico (Appendice.. in *Gius...*) 156

²¹ *Friedmann, W.*: Legal theory, New York 1967, 295-296

olmak, zaruri olarak, hukuki pozitivistizmin ideolojisine sıkı sıkıya bağlanmak anlamına gelmez²². Nitekim Hart, kural olarak hukuki pozitivistizmin savunucusu olmakla beraber, ideolojik açıdan biraz farklılık göstermekte ve müsbet kanunlara uyma görevi ve müsbet hukuk-tabii hukuk ilişkisi açısından daha yumuşak davranmaktadır²³. Pozitivistler, bütün bunlar karşısında, yaklaşım bakımından pozitivistizmi benimsemenin zaruri olarak, diğer bakımlardan da pozitivist olmağa gerektirmeyeceğini söylemektedirler²⁴. Bununla beraber, söz konusu üç görünüm arasında zaruri bir bağ olmadığı iddiası, gerçeklere pek uymamaktadır. Zira hukuki pozitivistizmi belirleyen, sadece, hukukun incelenmesinde belli bir yaklaşımın benimsenmiş olması değildir. Hukuki pozitivistizm bunun yanında, örneğin kanunun diğer kaynaklara nazaran daha üstün olduğu gibi başka iddiaların kabulünü de gerekli kılmaktadır²⁵. Diğer bir deyişle hukuku pozitivistizmden söz edilebilmesi için, hiç değilse yaklaşım ve hukukun ne olduğu konusunda, bu nazariyenin iddialarının benimsenmesi gerekmektedir²⁶.

(1) *Yaklaşım*: Bu anlamda pozitivistizm, gerçek yani olan hukukla, ideal yani olması gereken hukuk arasında kesin bir ayırma dayanır²⁷. Diğer bir deyişle gerçek bir vakia olan hukukla, bir değer olarak hukuk birbirlerinden ayrı tutularak, sadece gerçek hukuk inceleme konusu yapılır. Pozitivistizmi bu nedenle, hukuk karşısında değerlendirici olmayan, objektif ve ahlâki yönden tarafsız bir davranış olarak niteleyebiliriz. Diğer bir deyişle hukuk kuralını diğer kurallardan ayıran uncsur, hukuk kuralının belli organlar tarafından ve belli usullere uyularak konulmuş olması veya bunun belli bir zaman boyunca belli bir grup insan tarafından uyulan bir kural (örf adet) teşkil etmesidir. Bir kuralın hukuk kuralı olup olmadığını belirleyen ölçü, bunun belli bir değerler sistemine ait bulunup bulunmaması değildir. Demek ki, hukuki pozitivistizmin kabul etmediği, şey, hukukun tanımına amaççı unsurları sokan anlayıştır. Bu nedenle hukuki pozitivistizm, hukuku tanımlarken, bunu, örneğin toplumun iyiliği ve adaletin gerçekleştirilmesi veya özgürlüğün korunması gibi amaçlara yönelmiş ve bir kurum olarak ele almayı rededer. Hukuki pozitivistizme göre, belli ve gerekli usullere uyulmak sureti ile çıkartılmış olmak şartı ile, yukarıda sayılan amaçlara uymayan kurallar da hukuk kuralıdır. Bu nedenle hukuki pozitivistizmin

²² Bobbio, Gius..., 104

²³ Bodenheimer, Juris..., 267

²⁴ Bobbio, Gius..., 150

²⁵ Bobbio, Ancora..., 153

²⁶ Benzer bir görüş için bk. Cattaneo, 321

²⁷ Bobbio, Gius ..., 105; Coing, 520; *Kelsen, Hans: The pure theory of law, HLR., c. 55 (1941-1942), 44*

inceleme alanı, belli bir toplumda önceden belirli usullere göre konmuş ve yürürlükte bulunan müsbet hukuktur. Hukuki pozitivizm, kendi inceleme konusu bakımından getirdiği bu sınırlamaya rağmen, ideal ve akla dayalı bir hukukun varlığını reddetmez. Pozitivizm sadece, gerçekte yürürlükte olmayan bu ideal hukukun, bilimsel araştırmaya konu teşkil etmesinin yararsızlığını ifade eder²⁸. Zira bağımsız bir hukuk biliminin varlığı, hukukun bilimsel olmayan kavramlardan arındırılmasına bağlıdır. Yürürlükte bulunan müsbet hukuk, objektif ve genel olduğu için, bilimsel araştırmalara konu teşkil edebilir^{28 / 1}.

Ancak burada bir noktayı açıklığa kavuşturmak gerekmektedir. Hukukçunun görevi sadece hukukun ne olduğunu açıklamak olmayıp aynı zamanda bunu yorumlamaktır. Günümüzün hukuki pozitivizmi artık tamamen mantıksal bir yorumu redetmektedir. Hukuki pozitivizm bu nedenle, müsbet hukuk kurallarının, belli fiili durumların değerlendirilmesini ifade ettiğini kabul eder. Yani yorum sırasında, kuralın fiili durum konusunda yaptığı değerlendirmeyi nazara alır. Bununla beraber söz konusu değer yargıları bakımından sadece kanun koyucunun yetkili olduğunu; yargının kendi değer yargılarına göre değil de, kanun koyucunun değer yargısını bulup çıkartarak karar vermesini ister²⁹. Bir kısım pozitivistler ise, yargıcın yaptığı yorumu hukuki değil de siyasi bir faaliyet olarak değerlendirmektedirler. Hukuki pozitivizmin yorum konusundaki düşünceleri ayrıntılı bir biçimde incelenirken, bu konulara tekrar dönülecektir.

(2) *Hukukun kaynağı*: Hukuki pozitivizmin hukukun kaynağı konusundaki düşünceleri, birbirine bağlı iki özellik taşımaktadır.

Bir kere herşeyden evvel, hukuk olgusu, zor kullanma yetkisine sahip bir gücün varlığına bağlıdır. Diğer bir deyişle müsbet hukuku yaratan, egemen bir güçtür; yani devlettir. Bu nedenle hukuki pozitivizm, hukukun kaynağı bakımından, devlet tekeline benimseyen yani sadece devletin egemen gücü aracılığı ile koyduğu kuralları hukuk kuralı sayan görüş olmaktadır. Hukuki pozitivizmin, hukukun yaratılmasında devlet tekeline kabul etmesinin tarihî nedenleri vardır. 18 nci yüzyıl hukukçuları, tabii hukuktan uzaklaşıp müsbet hukukun incelenmesine ilgi gösterdikleri zaman, karşılarında müsbet hukuk olarak devlet gücünün koyduğu hukuku bulmuşlardır. Hukuki pozitivizmin, hukuku devletin yarattığı bir şey olarak kabul etmesinin bazı sonuçları vardır: bir kere hukuk, gereğinde devlet gücünün zora başvurusu yolu

²⁸ Bobbio, Gius..., 105-107; Cattaneo, 316; Bk. Batiffol, 16

^{28 / 1} Öktem, 279

²⁹ Bobbio, Gius ..., 123-124.

ile kendisine uyulması sağlanan kurallardır; bu nedenle kanun örf ve adetten ve hukukun diğer kaynaklarından üstündür; yani diğer kaynaklar görünüşte kaynağıdır³⁰.

Görüldüğü üzere hukuki pozitivismi altında incelenen görünümü ile, burada incelenen görünümü arasında bir ilişki vardır. Ancak bu, yukarıda da belirttiğimiz gibi tarihsel bir ilişkidir. Bunu mantıksal bir ilişki haline dönüştürmek gerekli değildir. Nitekim uluslararası hukuku, pozitivist bir yaklaşımla incelemek mümkün olabilmektedir³¹.

Hukuki pozitivismin, hukuku egemen güce bağlaması, kendisini hukukun kaynağı bakımından iradeci görüşe yaklaştırmaktadır. Nitekim hukuk kuralının bilinçli insan faaliyetinin bir ürünü olarak kabul edilmesi, bunun bir irade tezahürü olarak anlaşılması anlamına gelir³². Bu nedenle iradeci görüş, hukuki pozitivismine önemli bir destek getirmektedir. Zira hukuki pozitivism ancak, dış belirtileri olan bir şeyi hukuk olarak kabul etmektedir. Hukukun, belli bir zaman ve belli bir yerde gözlenebilen bir olguya bağlanması gerekmektedir. Bu gereğe cevap veren de iradî harekettir. İradî hareket, kanun ve kural kılığına bürünmekle, gözlemlenebilir ve doğrulanabilir hale gelmektedir³³. Bunun yanında hukuki pozitivismin, kuralların insan tarafından konulduğunu kabul etmesi de, iradeci görüşe yaklaşmağı ifade etmektedir. Zira kuralın insanlar tarafından konulması, bunların anlamlı insan davranışları aracılığı ile varlık kazanması³⁴ sonucunu doğurur ki, bu da, iradeci görüşün kabulüdür³⁵.

Hukuki pozitivismin hukukun müsbetliğini egemen bir idradeye (çoğu zaman devlet) dayandırması ve hukukun tek kaynağı olarak egemen iradeyi görmesi, hukuku, toplumsal çevrenin ve belli toplumsal grupların güçlerinden soyutlaması anlamına gelmektedir. Hukukun yaşayan toplumsal gerçeklikten tamamen kopartılması, görevi hukuk kurallarının incelenmesi olan hukuk biliminin toplumsal gerçeklikle ilgisini tamamen kesmesi sonucunu doğurmuştur³⁶. Bu anlayış hukukun geçerliği konusundaki düşünceleri de etkilemiştir. Müsbet hukukun geçerliğini sadece bunun gerisindeki egemen güce bağlamak, hukukun

³⁰ Bobbio, Gius..., 107-109; Bobbio, Ancora ..., 154; Aynı mahiyette Baratta, 5; Ayrıca bk. Öktem, 280

³¹ Bobbio, Gius..., 108

³² Scarpelli, 105

³³ Batiffol, 17-18; Öktem, 275.

³⁴ Scarpelli, 105-110.

³⁵ İradeci görüşün modern anlayışı ve bunun emirci anlayıştan farkı için bk. Scarpelli, 105-110.

³⁶ Gurvitch, Georges: Sociology of law, London 1953, 4.

sisyolojik anlamda geçerliğini yani hukukun geçerliği ile toplumsal değerler arasındaki ilişkiyi hiç nazara almamak anlamına gelmektedir³⁷.

(3) *Hukuki pozitivizmin ideolojisi*: Hukuki pozitivizm sık, sık aksini iddia etmesine rağmen, belli değerlere inancı ifade etmektedir. Hukuki pozitivizm, müsbet hukuka, sırf varlığı ve yürürlükte olması nedeni ile bir değer vermektedir. Müsbet hukuka varlığı ve yürürlükte olması nedeni ile atfedilen bu değer, bunun herhangi bir ideale bağlı olmasından gelmemektedir. Müsbet hukukun bir değer olarak kabulü, uygulanan hukuk olmasının bir sonucudur; yani müsbet hukukun değeri, şu veya bu adalet adalet anlayışına uygun olmasından tamamen bağımsızdır. Hukuki pozitivizmin bu ideolojik özelliğinden önemli bir sonuç doğmaktadır: Sırf mevcut oldukları için, yani içerdikleri değer ve hükümlere bakılmaksızın, hukuk kurallarına itaat etmek gerekir. Bu itaat yaptırım korkusundan doğmaz. Kanunlara itaatın nedeni, hukuka saygıdan doğan ahlâki bir borçtur³⁸.

Kanunlara mutlak itaat ilkesinin açıklanması konusunda, pozitivistler arasında farklar vardır. Bu farklar, kanunlara tam ve mutlak itaat konusunda iki ayrı anlayışa yol açmıştır.

Bir anlayış, kanunlara itaat ilkesini, kanunların kanun olmaları nedeni ile adil sayılmaları gerektiği düşüncesine dayandırmaktadır. Müsbet hukukun emrettiği şeyleri adil, yasakladığı şeyleri de gayri adil sayan bu görüş, kanun tarafından kabul edilenlerin dışında ve bunlardan farklı bir değer varlığını kabul etmemektedir. Kanunlara itaat borcunun bu nedene dayandırılması, devletin yüceltilmesi anlamına gelmektedir. Devletin bu biçimde yüceltilmesi, ahlâk konusunda, devletin ve hukukun ahlâkın kendisi olduğu yolundaki bir anlayışa yol açmaktadır. Modern pozitivistler, ahlâki devlet ve hukukla eş tutan anlayışa karşı çıkmakta; böyle bir yaklaşımın hukuki pozitivizmin ilkelere bozduğunu ve değiştirdiğini iddia etmektedir³⁹.

İlke olarak kanuna mutlak itaati kabul etmekle beraber, bu görevi farklı felsefi temellere oturtan ikinci anlayışın hareket noktası şudur: Müsbet kanunlar düzen, barış, kanun adaleti, hukukun kesinliği gibi, her toplum için vazgeçilmez bulunan bazı temel amaçları gerçekleştirmek istemektedirler. Bu nedenle adil gayri adil, iyi kötü bütün kanunlara tam ve eksiksiz uymak gerekmektedir⁴⁰. Bir anlamda bunların

³⁷ Coing, *Helmut*: Grundzuge der Rechtsphilosophie 1950, Naklen: *Villey Michel*: Leçons d'histoire de la philosophie du droit, Paris 1962, 309.

³⁸ Bobbio, *Gius...*, 110

³⁹ Bobbio, *Gius...*, 111, 114.; Baratta, 14, 6

⁴⁰ Bobbio, *Gius ...*, 111, 114

hepsinin sentezini ifade eden hukuki kesinlik ilkesi, hukukun, öze ilişkin bir niteliğidir. Gerçekten de hukuk ya kesindir; ya da kesin değilse zaten hukuk değildir. Hukukun kesinliği, bireyin keyfilige karşı savunulmasının ve kanun önünde eşitliğinin gerçekleştirilmesinin aracı teşkil eden⁴¹ vazgeçilmez bir değerdir.

Nakledilen ikinci anlayış, bir taraftan kanunlara şartsız itaat ilkesini korurken, öte taraftan da kanunların bazı asgari niteliklere sahip bulunmasını gerekli görmektedir. Kanunların herşeyden evvel, yukarıda sayılan amaçlara ulaşmağa elverişli olmaları gerekir. İkinci olarak da, müsbet hukukun güvence altına aldığı düzen, barış, hukukun kesinliği gibi değerlerin, hayat, özgürlük, insan haysiyetine saygı gibi daha üstün değerlerle çatışmaması gerekmektedir. Devleti yüceltmek gibi bir amaç gütmeyen bu anlayış, sadece toplumun devamı için gerekli olan barış, düzen, hukukun kesinliği gibi değerleri gerçekleştirmek istemektedir. Bu anlayışın en önemli ve kendisini diğerinden ayıran özelliği, hukuki kesinliği toplumda mevcut tek değer olarak kabul etmemesi; bunların kendilerinden üstün değerlerle (hayat, özgürlük, insan haysiyeti) çatışma içinde olabileceğini öngörmesidir⁴². Birincisine nazaran önemli bir yumuşaklık ifade eden bu anlayış, her hukuk sisteminin bazı asgari ahlâk kurallarına yer vermesini gerekli görmekte; böyle asgari kurallara sahip bulunmayan bir düzeni hukuk sistemi saymağa imkân olmadığını⁴³ söyleyecek kadar ileri gitmektedir. Ancak bu yumuşamanın ne derece tatminkâr olduğu, aşağıda (c) paragrafı altında yarıdan ele alınacaktır.

Hukuki pozitivizmi, müsbet hukuka sırf varlığı dolayısıyla değer vermeğe ve kanuna itaati ahlâki bir borç saymağa sevkeden çeşitli nedenler vardır: Yürürlükteki müsbet hukukla olması gereken hukukun birbirlerinden ayrılması, hukukçuyu belirsiz ve sübjektif değer yargıları alanında dolaşmaktan kurtaracaktır. Hukuki pozitivizm aslında, değer ve amaç sorunlarının önemini reddetmemekte; ancak bunun siyaset bilimi, sosyoloji, ekonomi gibi başka dalların konusuna girdiğini düşünmektedir. Başka dalların alanına girdiği için hukukçuyu ilgilendirmeyen bu sorunlar, düzenli bilgi ile değil de sübjektif ölçülerle çözülebilecek sorunlardır. Bireysel özgürlüğü sağlayabilmek, herkesin siyasi, felsefi ve dini inanç alanlarında kişisel tercihinine uygun bir seçim yapmasını sağlamak, kanunların bu alanlardaki seçeneklerden herhangi birisine başvurmaksızın uygulanabilmesine bağlıdır. Kanunları belli bir

⁴¹ Bobbio, *Noberto*: La certezza del diritto è un mito, Riv. int. di fil del dir., 1951, 150-151

⁴² Bobbio, Gius..., 114-116; 125.

⁴³ Hart, *H.L.A.*: Positivism and separation of law and morals, HLR., c. 71 (1957-1958), 623-624.

felsefeninin egemenliğinin altına sokmak, bireysel özgürlükler açısından sakıncalıdır. Kanuna bir felsefe sokmak, kanun adına bir felsefenin zorla kabul ettirilmesi anlamına gelir. Bu bir yandan düşünce özgürlüğü öte yandan da bizzat kanun bakımından zararlıdır. Hukuki pozitivizmin amacı, kanuna saygı ilkesi aracılığı ile, kurulu düzeni korumak değildir. Esas amacı bireysel özgürlük ve inançların korunması olan hukuki pozitivizm, yasa koyucunun da felsefei açıdan tarafsız kalmasını gerekli görmekte ve bunu istemektedir⁴⁴. Bireyin özgürlüğünü en önemli amaç sayan modern hukuki pozitivizm, bireylerin birer hukuk süjesi sıfatı ile bağımsızlıklarına kavuşabilecekleri bir düzenin, hukuki kesinlik ilkesine dayalı bir sistemde gerçekleşebileceğini kabul etmektedir. Hukuk biliminin diğer bilimlere karşısındaki bağımsızlığı sağlanmadıkça ve hukuk uygulamacısının sübjektif ve amaçsal ölçüler kullanmasına karşı çıkılmadıkça, bu hedefe ulaşılması düşünülemez⁴⁵. Çeşitli bireysel ahlâki ve felsefi tercihlerin birarada yaşadığı topluma kavuşmak⁴⁶, bir taraftan yasa koyucunun felsefi-ahlâki açıdan tarafsız kalmasına, diğer taraftan da hukuk biliminin değer sorununu konusu dışında bırakmasına bağlıdır. Bununla beraber hukuki pozitivizm, yasa koyucunun tarafsızlık görevini yerine getirmediği zamanlarda, buna ses çıkartmamış; hukuk biliminin değerlendirici faaliyetini redetmekle yetinmiştir. Hukuki pozitivizmin kendi anlayışının kısmî inkârı anlamına gelebilecek bu tavır, adalet ve hukuki kesinlik kavramlarının her türlü özden yoksun, içi boş kalıplar haline gelmesine yol açmıştır (Bk. aş. 3 / a; 3I / b, bb).

Hukuki pozitivizmin ideolojisinin yukarıda bakıldıkları temel ilkelere pratik sonuçlarını, eleştirel biçimde sergileyebilmek için, hukuki pozitivizmin *adalet anlayışı* ile bu anlayışın *sonuçları* üzerinde daha ayrıntılı biçimde durmak gerekmektedir.

a. *Hukuki pozitivizmin adalet anlayışı*: Hukuki pozitivizm, müsbet kanunları, sırf egemen iradenin ürünü olmaları nedeni ile adil sayması dolayısıyla, adalet ve kanunların geçerliğini eş anlamlı iki kavram haline getirmektedir. Evvelden belirlenmiş usullere göre konulmuş bulunan hukuk kuralı geçerli; aynı hukuk kuralı geçerli olduğu için de adildir. Düzen, barış, hukuki kesinlik gibi değerleri gerçekleştirmek için, adaletle hukukun geçerliliğini eş anlamlı kabul etmek eğilimini gösteren hukuki pozitivizm, müsbet hukukun sayılan değerleri hangi ölçülere göre gerçekleştirdiği sorununa ilgisiz kalmakta; yani müsbet hukukun ahlâki içeriğine karşı tarafsız bir tavır takınmaktadır⁴⁷.

⁴⁴ Batoiffol, 16-17

⁴⁵ Baratta, 13

⁴⁶ Scarpelli, 153

⁴⁷ Bk. Bobbio, Guis..., 110

Bu tavır, *adalet kavramının içeriğinin hukuk biliminin dışında kalışı, eşitlik kavramının hukukun tam ve eksiksiz uygulanışı olarak anlaşılması* gibi pratik sonuçlar doğurmuştur. Hukuki pozitivistlerin adalet anlayışını eleştirel biçimde inceleyebilmek için, bu iki konunun ayrı ayrı ele alınması gerekmektedir.

aa) *Adaletin içeriği sorununun hukuk biliminin dışında oluşu*: Hukuki pozitivistlerin adaletin içeriği sorununun hukuk biliminin dışında görmesinin nedeni, adil ve adil olmayanın sübjektif değer yargılarına göre değiştiğini; bu konularda objektif ve akla dayalı kararlar verilemeyeceğini kabul etmesidir. Bir bakıma, insan davranışlarının, bütün insanlar yönünden tatminkâr ve herkesi mutlu kılacak biçimde düzenlenmesi anlamına gelen adalet, toplumsal mutluluk olarak nitelenebilir. Oysa ki bu anlamda adil, yani herkese mutluluk getiren bir düzen kurmak mümkün değildir. Birinin mutluluğunun zaman zaman bir başkasının mutluluğu, diğer bir deyişle bir başkanın çıkarları ile çatışması kaçınılmazdır. Bütün çıkar çatışmalarını, herkesi mutlu kılacak biçimde çözen adil bir toplumsal düzen özlemi, gerçekçi olmayan bir tutumdur. Her çıkar çatışması, iki çıkardan birinin diğerine feda edilmesi veya bunlar arasında bir uzlaşma sağlanması yolu ile çözülebilir. Her iki halde de, tarafların çıkarları tamamen veya kısmen feda edilmiş olacaktır. Esasen hangi çıkarın daha üstün ve korunmağa değer olduğunu, akıl yolu ile saptayamayız. Bunun gibi, çıkarlar arasında uzlaşma sağlamanın en haklı ve adil usul olduğunu da bilimsel bakımdan kanıtlamak mümkün değildir. Akıl ancak ortada bir çıkar çatışması olduğunu gösterir; fakat bu çatışmanın objektif ölçülerle nasıl çözüleceği konusunda birşey söylemez. Çıkarların karşılıklı önemi sorunu, niteliği itibariyle sübjektif ve sadece değerlendirmeyi yapan bakımdan geçerli olabilen değer yargıları aracılığı ile çözülebilir. Bu gibi değer yargıları hukuk biliminin değil de felsefe, sosyoloji, ahlâk gibi başka bilim dallarının konusuna girer. Öyle ise adaletin içeriği sorunu, hukuk biliminin konusu dışında kalmaktadır⁴⁸.

bb) *Adaletin eşitlik olarak anlaşılması*: Hukuki pozitivistler, eşitlik ölçüsünün de adaletin içeriğine ilişkin sorunu çözemediğini, eşitliğin ancak kanunların uygulanmasına ilişkin biçimsel bir ölçü olarak ele alınması halinde bir anlam kazanabileceğini kabul etmektedir.

(i) *Eşitlik ölçüsünün yetersizliği*: Adaleti eşitlik olarak alan pozitivistler de, hukukun adaletin içeriği ile ilgilenmemesi gerektiği sonucu-

⁴⁸ Kelsen, Hans: The metamorphoses of the idea of justice (in Interpretations of modern legal philosophies, New York 1947) 390-392; Kelsen, The pure..., 45-48; Ayrıca bk. Coing, Diritto..., 521.

na varmaktadırlar. Adalet eski Yunan'dan beri yaygın biçimde eşitlik olarak anlaşılmaktadır. Eşitlik olarak adalet, eşitlerin eşit, eşit olmayanların da farklı bir muameleye tâbi tutulmalarına ifade eder⁴⁹. Eşitlerin eşit, eşit olmayanların da farklı muameleye tabi tutulmaları adaletin önemli bir unsurunu teşkil etmekle birlikte, adaletin içeriğini açıklamak bakımından yeterli olamamakta ve başka ölçülerle tamamlanması gerekmektedir. Kimlerin eşit kimlerin eşit olmayan durumda buldukları saptanmadıkça, eşitlik ölçüsü boş bir kalıp olarak kalacaktır. Bu sorunun cevabını veremediğimiz sürece, kanunların veya diğer hukuksal kurumların adil olup olmadıklarını söyleyebilmemize imkân yoktur. Aslında adalet kavramınının biri sabit diğeri değişken iki unsuru vardır. Eşitlerin eşit eşit olmayanların da farklı muameleye tabi tutulmaları, sabit ve değişmez unsuru teşkil eder. Değişken unsur ise, eşit ve eşit olmayanların belirlenmesinde kullanılan ölçüdür. Adalet bu bakımdan gerçeklik, yükseklik, ısı gibi, uygulandıkları konuya göre değişik ölçülere bağlı bulunan bir kavramdır. Bir yetişkin ile aynı boyda olan çocuk uzun, yetişkin de kısa boylu sayılır. Hava ısısının aynı olduğu bir yaz günü ile kış günü karşılaştırıldığında, soğuk bir yaz günü ile sıcak bir kış gününden söz ederiz. Bunun gibi sahte bir elmasın antika değeri olması mümkündür. Aynı şekilde ahlâki ve politik genel kavramlar konusundaki değişik ve çelişen ölçüler, bir kanunun adil olup olmadığı konusunda farklı sonuçlara götürür. Bir kanunun adil sayılıp sayılmayacağı konusundaki tartışmalar, farklı ahlâki anlayışlardan kaynaklanan ve birbirleriyle ile çatışan iddialar haline dönüşür. Bunun yanında, bazan adaletin gerekleri ile bir başka değer, özellikle toplumun iyiliğinin çatışma içinde olması mümkündür. Uygur ülkelerde bu çatışmanın, çoğu zaman, toplumun mutluluğu ve güvenliği lehine çözüldüğü görülmektedir⁵⁰.

Bütün bunlar, eşitlik olarak anlaşılan adaletin de, içeriği bakımından hukuk biliminin dışında kaldığını göstermektedir. Herkese kendine düşenin verilmesi sonucu ulaşılan bu adalet kavramı, aslında içi boş bir matematik formülü haline dönüşmekte ve eğer (A) ve (B) eşit iseler, bunlara eşit haklar verilmelidir diye ifade edilmektedir. Bununla beraber, herkesin hakkının söz konusu ölçüye göre belirlenmesi, yani kimlerin eşit kabul edileceği veya hangi farklılıkların hukuken önemli sayılacağı sorunu, hukuk biliminin çözemeyeceği bir sorundur. Öyle ise, temelde sübjektif değer yargılarına bağlı bulunan adaletin içeriği sorunu, objektif bilgiyi gerektiren hukuk bilimini ilgilendirmez⁵¹.

⁴⁹ Radbruch, *Legal...*, 72; Radbruch, *Prope...*, 105, 108; *Hart, L.H.A.: Il concetto di rito*, Çev: *Cattaneo, Mario*, Torino 1965, 187

⁵⁰ Hart, *Il concetto...*, 187, 191

⁵¹ Kelsen, *The meta...*, 404, 405, 392

(ii) *Hukuki pozitivizmin biçimsel adalet anlayışı: kanunların tam eksiksiz ve herkese eşit olarak uygulanması:* Hukuki pozitivizmin yukarıda açıklanan ve dolaylı biçimde de olsa, mevcut sistemin en iyi sistem olduğu anlamına gelen ideolojisi, bu akımın, hukukun bilimsel açıklanması alanından çıkıp değer yargıları alanına girdiğini göstermektedir. Zira mevcut sistemin en iyi sistem olduğu anlamına gelebilecek herhangi bir iddia, artık hukuk genel teorisi sınırları içinde kalınmayıp, adalet teorisi düzeyine geçildiğini gösterir. Hukuki pozitivizmin addalet teorisi, müsbet hukukun, varlığı dolayısıyla adaleti temsil ettiği varsayımından hareket etmektedir⁵².

Hukuki pozitivizmin, bu varsayımdan hareketle ulaştığı, hukukun uygulanmasına ilişkin biçimsel adalet anlayışı şöyle açıklanabilir: Vatandaşların hangi haklara sahip olacakları, kimlerin arasındaki hangi farklılıkların önemli sayılacağı sorunları müsbet kanunlar tarafından düzenleniyorsa, adalet gerçekleşmiş demektir. Bu nedenle adalet, müsbet hukukun tam ve eksiksiz uygulanması ile eş anlama gelmektedir⁵³. Böylece, başlangıçtaki adaletle kanunların geçerliğini eş anlamlı kabul eden temel iddia, kanunların geçerliğinin vazgeçilmez bir sonucu olan uygulama unsuru da eklenerek, mantıksal bütünlüğüne kavuşturulmaktadır.

Hukuki pozitivizmin adalet kavramına verdiği bu anlam, söz konusu sorunun sübjektif değer yargıları alanından çıkartılıp, toplumsal düzene yani objektif bir temele dayandırılmasını ifade eder. Bu nedenle adalet kanuna uyma, kanuna itaat ve kanunun eksiksiz uygulanması demektir. Bir kuralın, içeriği itibari ile uygulanması gerekli her alanda tam ve eksiksiz uygulanması adil; bir olayda uygulanıp da başka olaylarda uygulanmaması gayri adildir. Adaleti müsbet hukukun dışında ve ötesinde değil de bizzat müsbet hukukun kendisi olarak gören bu anlayış, eşitliği de herşeyin kanuni olması ve herkesin kanuna uyması anlamında kanun önünde eşitli olarak kabul etmektedir⁵⁴.

Hukuki pozitivizm adaleti, hukuk düzeninin içeriği ile ilgili bir nitelik olmaktan çıkartıp, müsbet hukukun uygulanmasına ilişkin bir kavram haline getirmektedir. Müsbet hukukun tam ve eksiksiz uygulanmasını ve kanunlara uyulmasını adalet saymak, bunu açıkça göstermektedir⁵⁵. Pozitivistler, adaletin temeli olan eşitlerin eşit muameleye tabi tutulması ilkesi ile kimlerin eşit kimlerin farklı sayılacak-

⁵² Bu konuda bk. Bobbio, Gius..., 111

⁵³ Bk. Kelsen, Meta..., 405

⁵⁴ Kelsen, Meta..., 398, 405; Kelsen, The pure..., 49

⁵⁵ Kelsen, Meta..., 398, 405 Kelsen, The pure..., 49

ları sorununun, hukukun içeriğinin bir tarafa bırakılarak hukukun uygulanmasına önem verildiği takdirde daha objektif bir anlam kazandığını düşünmektedirler. Adam öldürmeyi yasaklayan kanunun adil biçimde uygulandığını söylemek, bu kanunun yan tutmadan ve ayrıcalık gözetmeden, adam öldürme suçunu işleyen herkese uygulandığı anlamına gelir. Zira bu durumda, söz konusu kuralı ihlâl etmek dolayısı ile eşit hale gelmiş hekere eşit muamele edilmektedir. Oysa ki, hukukun uygulanması bakımından adil ve adil olmayanı bir tarafa bırakıp, hukuku içeriği yönünden eleştirmeğe başladığımızda, bu kesinlik ortadan kalkmaktadır. Kanunların, kimlerin eşit kimlerin farklı olduklarını; hangi benzerlik ve ayrılıkların hukuken nazara alınmasının gerekli bulunduğunu, objektif biçimde belirleyebilmesi mümkün değildir. Bu nedenle ahlâki ilkelere saygılı adil bir hukuk düzeni ile böyle olmayan hukuk düzenleri arasında ayırım yapmak yanlıştır. İnsan davranışlarının genel kurallarla düzenlenip, bu genel kuralların mahkemeler tarafından eşit biçimde uygulandığı her düzende asgari bir adalet, gerçekleşmiş demektir. En basit anlamı ile adalet, aynı bir genel kuralın önyargısız olarak birçok kişiye uygulanmasından başka bir şey değildir⁵⁶.

cc. *Hukuki pozitivizmin adalet anlayışının değerlendirilmesi*: Hukuki pozitivizmin, adalet kavramına, tamamen biçimsel nitelikte bile olsa, belli bir içerik kazandırması, adaletin, içeriğinin hukuk biliminin dışında kalması gerektiği iddiası ile çelişki halindedir. Bu yolla, dolaylı da olsa, mevcut düzenin sırf varlığı dolayısı ile iyi bir düzen olduğu, buna uyulması gerektiği sonucuna varılmaktadır. Hukuki pozitivizmin, hukuk biliminin görevini, hukukun açıklanması ile sınırlandırmışken, yukarıda nakledilen biçimde bir değer yargısına ulaşması, önemli pratik sonuçlar doğurmuştur.

Gerçekten de sık, sık hukuki pozitivizmin, hiç değilse kısmen, totaliter rejimlere yol açtığı iddiası ileri sürülmektedir⁵⁷. Hukuki pozitivizm Almanya'da, totaliter rejimin kurulmasından yetmişbeş yıl önce, diğer bütün ülkelerde olduğundan daha fazla bir güç ve etkinlik kazanmıştır. Alman pozitivizminin kurucu ve önemli temsilcilerinden biri olan Bergbohm, hukukun geçerliliği konusunda ahlâki değerlere herhangi bir önem vermemekte idi. Hukuku hukuk yapanın bunun haklılığının değil de, siyasi iktidarı ellerinde tutanların iradelerinin ürünü olması vakiasından ibaret bulunduğu düşünülüyordu. Bu nedenle, devleti yönetenler tarafından çıkartılan her emir, içeriğine bakılmaksızın hukuk sayılıyordu. Haklılık ve inandırıcılığın önemli bir unsur

⁵⁶ Hart, *Il concetto...*, 188, 189, 240

⁵⁷ Bobbio, *Gius...*, 114; Cattaneo, 320.

teşkil etmediği bu anlayışta, hukuk düzeninin vazgeçilmez özelliği, sahip bulunduğu zorlama gücüdür⁵⁸. Alman hukuki pozitivizmi bu nedenle, ahlâkla hukuk arasındaki her türlü ilişkiye reddetmiştir. Alman hukukçusu, kendisine kanun adı verilen herşeyi kanun diye kabul etmeğe ve buna tam bir itaatı sağlamağa hazır bulunmakta idi. Öte yandan Almanya'daki totaliter rejim, darbe veya zor yolu ile değil de hukuki yollarla iktidara gelmiştir. Bundan sonra eski kurulu düzene ve hukuka karşı saldırılarda en büyük katkısı olanlar, pozitivist geleneğin ürünü hukukçu ve yargıçlardır. Eğer alman hukuk bilimi katı bir pozitivizmden kurtulabilse idi, sonuç belki de farklı olurdu. Bütün bunlar karşısında, hukuki pozitivizmin, totaliter rejimleri iktidara getirmek ve iktidarda tutmaktaki katkısını kabul etmek gerekmektedir⁵⁹.

Esasen hukuki pozitivizm, aksini savunmasına, keyfiliğe karşı en güçlü engel olduğunu iddia etmesine rağmen, aslında hep bir takım siyasi amaçları gerçekleştirmek istemiştir. Bu akımın 19ncü yüzyıldaki temsilcileri, kurulma süreci tamamlamış bulunan burjuva iktidarının daha da güçlenmesine çalışmışlardır. Hukuki pozitivizm tarih boyunca değişik isim ve düşüncelerle sahneye çıkmıştır; fakat amaç her zaman aynı kalmıştır: kurulu düzeninin korunması ve devlet otoritesinin güçlendirilmesi. Günün birinde, ideolojilere bilimsel kimlik verebilme imkânı ortaya çıkınca, pozitivizm adı kabullenilmiştir⁶⁰.” Böylece iradeci, devletçi hukuk anlayışı (*bilimsellik*) kavramı arkasına sığınmıştır⁶¹.”

Hukuki pozitivizmi, totaliter rejimlere katkısı nedeni ile yöneltilen suçlamalardan aklamağı amaçlayanlar da, bir gerçeği kabul etmektedirler. Bunlardan bazıları, herşeyden evvel, kanunilik ilkesi ve kesin bir hukuk-ahlâk ayırımının tek başına, şiddetin, hukuku kendisine hizmet eden bir araç haline getirmesini önleyemeyeceğini söylemektedirler. Kanuni şiddeti önlemede yetersiz kalan hukuki pozitivizmin, yine de bu şiddeti sınırlamak bakımından birşeyler yapmasının mümkün bulunduğu, ancak bunu dahi yapamadığı ifade edilmektedir. Böyle düşününenlere göre hukuki pozitivizm, adil olmayan hukuka karşı direnmenin temellerini hazırlamak görevini yerine getirememiştir. Hukuki pozitivizm, adil olmayan kanunlara itaat sorununu açık bırakıp, otoriter rejimin önemli bir silâhını elinden alması gerekirken bunu

⁵⁸ Bodenheimer, Edgar; Significant developments in german legal philosophy since 1945, Am. Jour. of com. law., c.3 (1954), 379-380.

⁵⁹ Fuller, Lon L: Positivism and fidelity to law, HLR. c. 71 (1957-1958), 568-659; Bk. Öktem, 294

⁶⁰ Öktem, 283

⁶¹ Öktem, 283

yapmamıştır. Hukuki pozitivizm, hukuk kuralının geçerliği ve eksiksiz uygulanmasını adaletin ifadesi olarak görmemiş bulursa idi (yani geçerlik ile adaleti birbirinden ayırabilse idi), her türlü hukuk kuralına uymayı ahlâki bir borç haline getiren anlayışı önleheyebilirdi. Hukuki pozitivizmin, müsbet hukuk kurallarına şartsız itaat anlamına geldiği kabul edildiğinde, alman hukuk bilimi ve içtihatlarının otoriter rejime boyun eğmelerini, kolaylıkla bu akıma yüklemek mümkün olabilmektedir⁶².

Hukuki pozitivizm II nci Dünya Savaşından beri, bir gerileme devrine girmiş ve kendisini savunma durumuna itilmiş bulunmaktadır. Bunun nedeni hiç kuşkusuz, hukuki pozitivizmin, totaliter rejimlerin kurulması ve sürdürülmesindeki katkısıdır. Hukukun sadece biçimci ve emredici görüşünü reddeden ve hukuk biliminin içine yeniden ahlâki ölçüleri sokan bir düşünce akımı gelişim içindedir. Bu düşünce akımının ana gerekçesi, hukuki pozitivizmin, kanun biçiminde olduğu sürece her türlü haksızlığı meşru kabul etmesidir. Öyle ise, hukuki pozitivizm doğrultusunda bir adalet anlayışına değil de, değere yönelik bir adalet kavramına ulaşmak gerekir. Kanunların, maddi çıkarlar konusunda içerdikleri hükümlerin adil olup olmadıklarını kesin yöntemlerle bulup çıkarmağa pek imkân yoktur. Buna mukabil, baskı kanunları karşısında, bütün hukuk düzenlerinin meşuriyetinin zaruri temelini teşkil eden ahlâki ilkelerin yeniden bir değerlendirmeye tabi tutulması gerekir⁶³.

b. *Hukuki pozitivizmin adalet anlayışının sonuçları*: Hukuki pozitivizmin adalet anlayışı, iki önemli sonuç vermiştir.

aa. *Hukukta iradeci görüşün kabul edilmesi*: Hukuki pozitivizmin, yöneticilerin kamu esenliği için doğru syadığı herşeyi hukuk diye kabul etmesinin, kanun biçiminde olmak şartı ile hertürlü adaletsizlik ve cinayeti hukuk diye görmesinin, toplama kamplarındaki kitle öldürmelerinin kanuni temeli olduğunu savunmasının⁶⁴ kuramsal bir nedeni vardır. Bu da, hukuku bir irade ürünü olarak görmesi ve evvelden belirlenmiş usullere göre çıkartılan kanunları, içeriklerini nazara almaksızın hukuk saymasıdır. Hukuki pozitivizm taraftarları, hukukun mecburiliğini, kanunların uygulanmasını sağlayacak bir gücün varlığını göstermek sureti ile kanıtlayabileceklerine inanmaktadırlar. Gerçi kuvvete dayanarak zorlama mümkündür; fakat hukukun mecburiliği

⁶² Bk. Baratta, 15, 16, 27

⁶³ Bk. Bodenheimer, Singni..., 381

⁶⁴ *Gustav, Radbruch: Die Erneuerung des Rechts, (1947), 2 Die Wandlug 9, Nâklen: Fuller, Lon L. : American legal philosophy at mid century, Am. jour. of leg. edu., c.6 (1953-1954), 483*

sadece kuvvete dayandırılmaz. Hukukun mecburiliği , hukukun özüne ilişkin bir değer üzerine kurulabilir⁶⁵. Sadece biçimsel bakımdan geçerli bir emrin varlığı, kanuna uyma görevini yaratmada yeterli değildir. Bu görev açısından, kanunun içeriği de hesaba katılmalıdır. Kanunun içeriğinin yöneticilerin bakış açısına göre belirlenmesi, kanuna itaati haklı göstermeğe yetmez⁶⁶. Hukuk kurallarını koyanın bir gücü olduğu kabul edilse bile, iradi olarak bu kanunlara uyan yeterli sayıda kişiye ihtiyaç vardır. Bu kimselerin iradi işbirlikleri olmadıkça, hukukun zorlayıcı gücünü kurmağa imkân yoktur. Hukukun otoritesini yaratan da işte budur⁶⁷.

bb . *Hukuki kesinliğin eksik anlaşılması*: Hukuki pozitivistimin, “*kanun kanundur*” sonucuna ulaşan adalet anlayışı, kanunların yanlış, hatalı ve gayri adil olabilecekleri iddiasını bir kavram çelişkisi olarak görmüştür. Oysa ki totaliter rejimler, suçun sadece bireyler tarafından değil, siyasi iktidarlar tarafından ve kanun adına işlenebileceğini de göstermiştir⁶⁸. Bu tesbit bizi, hukukun kesinliği ile adalet arasındaki çatışma üzerinde düşünmeğe sevketmektedir. Hukuki pozitivistimin, hukukun kesinliğini, yani müsbet hukukun tam ve eksiksiz biçimde uygulanmasını bir tür adalet olarak kabul etmesinde bir gerçek payı vardır. Ancak müsbet hukukun adaletsizliği o kadar dayanılmaz hale gelebilir ki, bu durumda hukukun kesinliğinin herhangi bir değeri kalmaz. Hukuki pozitivistimin yücelttiği hukuki kesinlik ilkesi, hukukun gerçekleştirmeye amaçladığı bir çok değerden yalnız biridir. Müsbet hukukun kanuna sağladığı kesinliğin, kanunun adaletsizliği karşısında bütün değerini yitirmesi mümkündür. Cinayete, toplama kamplarındaki kitle öldürmelerine kanun biçimi verilebiliyorsa, bu kanunların kesin olmalarının, yani tam ve eksiksiz biçimde uygulanmalarının bir değeri olamaz⁶⁹. Alman hukukçularının uzun yıllar tartışmasız kabul ettikleri” *kanun kanundur*” ilkesi, kanun biçimindeki hukuksuzluk karşısında etkisiz kalmıştır. Zira hukuki pozitivistime göre, müsbet kanunlar, ne derece haksız olurlarsa olsunlar, hukuk olarak kabul edilmelidirler. Oysa ki kanun biçiminde olsa bile, haksızlık haksızlık, hukuksuzluk da hukuksuzluk olarak kalır⁷⁰.

⁶⁵ Fuller, American..., 484

⁶⁶ Radbruch, Gustav: Gesetzliches Unrecht und übergesetzlich hen Recht, Sddeutsche Juristenzeitung, 1956, 105 vd. Naklen: Bodenheimer, Signi..., 382-383.

⁶⁷ Hart, Il concetto..., 234, 236.

⁶⁸ Radbruch, Gesetzliches..., Naklen: Bodenheimer, Signi., 382-383

⁶⁹ Radbruch, Prope..., 117, 123; Ayrıca bk. Radbruch, Diz Erne..., Fuller, American..., 483

⁷⁰ Radbruch, Die Erne..., Naklen: Fuller, American..., 484

Bu ve benzeri suçlamalara karşı kendisini savunma gereği duyan hukuki pozitivism, totaliter rejimlerin kuruluşunu, hukukun biçimci anlayışına değil de, bilâkis, hukukta biçimcilikten uzaklaşıp bağlamak tadır. Bazı ülkelerde, totaliter rejimlerin kurulmasındaki en önemli etkenlerden biri, kanunilik ve hukukun kesinliği ilkelerinin değerlerini yitirmeleridir. Bunun yanında hukukla ahlâk ve biçim olarak hukukla toplumsal gerçeklik ayırımının gözden uzak tutulması da önemli bir etkidir. Nihayet, hukuk bilimi ve yasama tekniklerine hakim olan biçimciliğe karşı akımlar sonucu, değer unsuru hukuka girmiş ve böylece yasa koyucunun kanunilik ve kesinlik ilkeleri ile çatışan açık hükümler koyması mümkün olabilmıştır⁷¹.

Nakledilen düşünce, bir savunmadan ziyade, hukuki pozitivismin bu alandaki sorumluluğunu kabullenmesidir. Nitekim yukarıda belirtildiği üzere (paragraf: 3), hukuki pozitivism, teorisinin hukuk biliminin konusuna getirdiği sınırlamalara sonuna kadar uymağı görev bilmiş; buna karşılık kendi anlayışının doğal sonucu olarak yasa koyucuya düşen görev üzerinde durmamıştır. Daha doğrusu, yasa koyucunun, felsefi, siyasi, ahlâki bakımdan tarafsız yasalar yapması görevinden sapması karşısında sessiz kalmıştır. Bazı totaliter rejimlerde yasa koyucunun gayri ahlâki ve adil olmayan kanunlar yababilmesinin, biçimcilikten uzaklaşma ile değil de, hukuki pozitivismin kesinlik ilkesini tek boyutlu ve içi boş bir kalıp haline dönüştürmesi ile yakın ilgilisi vardır. Gerçekten de hukuki pozitivism, kesinlik gibi çok önemli bir ilkenin, boş bir kalıp haline gelmesine göz yummuştur. Hukukun kesinliğini, pozitivistler gibi, müsbet kanunların tam, eksiksiz ve eşit biçimde herkese uygulanması olarak anlamak, söz konusu değeri tek boyutlu ve biçimsel olarak anlamağı ifade eder. Kesinlik ilkesinin, kendisinden beklenen bireysel özgürlük, güvenlik gibi amaçları gerçekleştirmesi, içeriğinin iyi saptanmasına ve özellikle yasa koyucunun buna uygun davranmasına bağlıdır. Müsbet hukukun kesinliğinin sağlanabilmesi için, kanunların tam, eksiksiz ve eşit biçimde uygulanmaları elbette önemlidir. Ama bunun yanında, kanunların kolayca değiştirilememesi de gereklidir. Yasa koyucunun şiddet yolu ile bütün müsbet hukuka egemen olup, kendi amaçlarına uygun herşeyi kanun kılığında sokabildiği bir hukuk düzeninde, kesinlik ilkesinden söz etmek mümkün değildir. Hukuki pozitivism, kesinlik ilkesini biçimci bir yoruma tabi tutmak sureti ile, bireyin geleceğini açıkça öngörebilmesi, geleceği üzerinde tasarruf edebilmesi ve emeğini güvenli biçimde programlayabilmesinin aracı olan önemli bir hukuksal değeri çok kısırlaştırmıştır⁷².

⁷¹ Baratta, 14

⁷² Radbruch, Prope..., 114-115

c. *Hukuki pozitivizmin ideolojisinde yumuşama*: Kanunlara itaati toplumsal ve ahlâki bir görev olarak kabul etmekle beraber, kanunların bazı asgari ahlâki ölçülere sahip bulunması gerektiğini savunan pozitivist anlayıştan yukarıda (praagraf:3) söz edilmiştir. Iinci Dünya Savaşı deneyinin sonucu olan bu eğilim, yeterli olmasa bile, yine de hukuki pozitivizmin ideolojisi yönünden bir yumuşamayı ifade etmektedir.

İdeolojik bakımdan daha yumuşak olan bu akımın temsilcisi olan pozitivistler, her hukuk sisteminde bulunması gerekli bazı çok önemli ve temel kuralların varlığını kabul etmektedirler. Cinayeti, hırsızlığı, şiddeti yasaklayan; adaletin dağıtılmasında objektifliği ve tarafsızlığı gerçekleştirerek, benzer durumlarda benzer kararlar verilmesini sağlayan bu kurallarla ahlâk arasında bir uyum vardır. Asgari ahlâki gerekleri ifade eden bu kurallara sahip bulunmayan bir hukuk sisteminin, başka kurallara sahip olmasına zaten gerek yoktur. Söz konusu asgari kuralları içinde barındırmayan bir hukuk sistemini, hukuk sistemi saymağa imkan yoktur⁷³.

İdeolojik bakımdan esneklik ve yumuşaklık kazanan bu anlayışın da yetersiz kaldığı görülmektedir. Nitekim yukarıda sayılan asgari ahlâki gerekçelere cevap veren bir hukuk sisteminin, diğer bakımlardan baskı aracı teşkil eden kanunlar yapıp uygulaması; hatta hakları ellerinden alınmış bazı grupları söz konusu asgari güvencelerden dahi yoksun kılması mümkündür. Pozitivistler, herhangi bir kimse bakımından bu güvenceleri sağlamak görevini yerine getirmeyen bir hukuk sisteminin, anlamsız bir tabular bütünü haline dönüşeceğini iddia etmekte; bu durumlarda kanuna isyanı haklı gösteren ahlâki nedenlerin söz konusu olabileceğini kabul etmektedirler⁷⁴.

Ancak hukuki pozitivizm, hukuk düzeninin içeriği konusunda, asgari tabii hukuk saydığı ilkelerle yetinmekte ve bundan ileri gidememektedir. Pozitivistler bu konuda, insanların birarada yaşamalarının amacının, yaşamlarını sürdürme isteği olduğu varsayımından hareket etmektedirler. İnsanların yaşamlarını sürdürebilmeleri için, her örgütlü toplumun, belli davranış kurallarına sahip bulunması gerekmektedir. Bu gibi kurallar, gelişmiş ve bir toplumsal kontrol aracı olarak hukukla ahlâk arasında gerekli olan ayırımı yapabilmiş olan toplumlar da, her iki alan bakımından da ortak olan kurallardır. Eğer bir hukuk düzeni, asgari tabii hukuk denilen bu kurallardan yoksun ise, insanların birarada yaşamlarına ve herhangi bir başka kurala itaat etmelerine

⁷³ Hart, Positivism..., 623-624

⁷⁴ Hart, Positivism..., 624

gerek yoktur⁷⁵. Her toplumun sahip olması gereken bu asgari kural-
ların temel amacı, üyelerin karşılıklı olarak birbirlerine şiddet kul-
lanmaktan vazgeçmesini sağlamaktır. Fakat hukuki pozitivizm, bir
hukuk düzeninin, bu temel güvenceyi toplumun bütün üyelerine yay-
ması gerektiğini kabul etmemektedir. Pozitivistlere göre, hukuk gü-
vencesinin toplumun bütün üyelerine yayılması zaruri değildir. Bu ne-
denle belli bir toplumda, bir kölenin öldürülmesinin sadece bir kamu
malının kaybı ya da kölenin sahibine karşı işlenmiş bir suç olarak ka-
bul edilmesi mümkündür. Bunun gibi ırk, renk, inanç ayırımı esas
alan ve her insanın asgari bir güvenceye sahip olmasını gerekli görmeye-
yen bir hukuk düzeni de mümkündür. Gerçi bir toplumun varlığını
koruyabilmesi, üyelerinin bir kısmı bakımından karşılıklı şiddet kul-
lanılmasının önlenmesine bağlıdır; ama bu güvencenin toplumun bü-
tün üyelerine yayılması şart değildir⁷⁶.

Görüldüğü üzere, hukuki pozitivizmin yumuşamış ideolojisi de,
modern hukuku anlayışının, hukuktan beklediği toplumsal amaçlara
cevap verebilecek nitelikte değildir.

Hukuki pozitivizmin eleştiriye en açık yanı, kendisinin felsefî te-
melini teşkil eden Kantçı düşüncenin bütün modern gereklerini yerine
getirmede yetersiz kalmasıdır.

Bilimin, *olması gereken* ve *değer* konusunda kesin ve objektif
çözümlere ulaşamayacağı iddiası doğrudur. Bununla beraber bilimin,
olması gereken ve *değer* alanında bu menfi tavırla yetinmeyip, yine bi-
limin sınırları içinde kalarak, daha ileri aşamalarda bazı araştırma-
lara girmesi hem mümkün hem de zorunludur. Gerçekten de bilim,
belli bir değer yargısının benimsenmesinin hangi önşartları gerekli kıl-
dığını gösterebilir. Diğer bir deyişle bilim, belli bir değer yargısının ka-
bul edilmesinin, hangi diğer önşart ve varsayımların da kabulü anla-
mına geldiğini saptayabilir. Bilim ikinci olarak, söz konusu değer yar-
gısını özü bakımından tahlil edip, bunun hangi diğer değer yargılarını
da zaruri olarak içinde barındırdığını belirlemek zorundadır. Bu da
yetmez. Bilim ayrıca, o değer yargısının bütün olarak gerçekleşmesi için
gerekli araç ve teknikleri de kesin biçimde saptamalıdır. Belli bir değer
yargısını benimseyen yani kendisine özgü bir *olması gereken* kavramına
ulaşan her hukuk sistemi, hem illiyet bağı ile bu *olması gereken* bağı
bulunan bütün teknik araçları hem de söz konusu değer yargısı ile
mantıksal bağlılık içinde bulunan bütün diğer değer yargılarını göz-
önünde bulundurmak ve bunları kendi sistemi ile bütünleştirmek zo-

⁷⁵ Hart, *Il concetto...*, 224, 225

⁷⁶ Hart, *Il concetto...*, 233, 234

randadır. Böylece belli bir amacın zaruri ve mantıksal sonucu olan amaçlar ve araçlar bütününün tam bir sistemine ulaşılacaktır. Bilim buyolla, bir değere bağlanmanın, gerçekte ve sistem olarak neyi ifade ettiği bilincini yaratacaktır^{76/1}.

Hukuku pozitivism işte bu sorumluluğu yüklenmemiş; bu görevini yerine getirmemiştir. Hukuki pozitivism bütün bunları gözönünde bulundurmuş olsa idi, hukukun kesinliğinin hukukun müsbetliği ile sınırlı olmadığını farkedebilirdi. Nitekim hukukun kesinliği, hukukun müsbet kanunlardan ibaret bulunması ve bu kanunların tam, eksiksiz ve eşit biçimde uygulanması ile açıklanamaz. Ayrıca kanunların, uygulamacının kişisel yargısına yer verecek çok genel ve açık hükümler içermemeleri, yani bir takım gerçek fiilleri ve olayları temel olarak almaları gerekir. Bunun yanında, olayların ve fiillerin kolayca saptanabilir olması yani bunların dış belirtileri itibari ile ele alınması lâzımdır. Nihayet, yukarıda da belirtildiği gibi, müsbet hukuk kolayca değiştirilememelidir. Hukuki kesinlik ancak böyle bir bütünlük içinde anlaşıldığı takdirde, bireyin eleceğini açıkça öngörebilmesi, geleceği üzerinde tasarruf edebilmesi ve emeğini güvenli biçimde programlayabilmesi gibi diğer amaç ve değerleri de göz önünde bulundurmuş olur.^{76/2} Oysa ki hukuki pozitivism, kesinlik ilkesini tek boyutlu bir değer olarak görmekten vazgeçmemiştir. Gerçi bütün bunların, hukuk felsefesinin alanına girdiği düşünülebilir. Ama unutulmamalıdır ki, hukuki pozitivism kendine özgü bir adalet kavramı geliştirmek ve bir temel değeri benimsemek sureti ile zaten değer yargıları alanına girmiştir.

III. Hukuki pozitivismin iki temel iddiası: tamlık-tutarlılık:

(1) *Tamlık*: Hukuki pozitivism bir taraftan yargıcın yaratıcı görevini kabul etmemek, diğer yandan da, yargıcın kanunda boşluk gerekçesi ile adaleti yerine getirmekten kaçınması imkânını reddetmek sureti ile, müsbet hukukun tamlığı faraziyesini kabul etmiş bulunmaktadır⁷⁷. Müsbet hukuk sisteminin tam olduğu yani bu sistemde boşluklar bulunmadığı iddiası, hukuki pozitivismin en önemli iddialarından birisidir. Bu nedenle hukuki pozitivism, müsbet hukukun düzenleme alanına giren her davranışın müsbet hukuk tarafından belli bir biçimde değerlendirildiğine inanmaktadır. Müsbet hukukun düzenleme alanına girip de, bunun kuralları tarafından düzenlenmemiş bulunan bir dav-

^{76/1} Radbruch, Legal..., 55-56

^{76/2} Radbruch, Prope..., 113-115

⁷⁷ Radbruch, Prope ..., 184

ranış düşünülemez. Zira hukuki düzenleme alanında tek sistem, müsbet hukuk düzenidir. Hukuki düzenleme alanında, müsbet hukuk kurallarından başka bir kural yoktur. Bu sonuç esasen, teori olarak hukuki pozitivizmin seçilmesi ile birlikte yapılmış siyasi bir tercihtir. Söz konusu siyasi tercih, hukuki düzenleme alanında tek sistem olarak müsbet hukukun kabul edilmesi biçiminde olmuştur. Bu nedenle hukuk bilimi ve hukuk uygulayıcılarının olaylara sadece müsbet hukuk açısından bakmaları; sosyolojik, siyasi veya ekonomik unsurları nazara almamaları gerekir. Öyle ise, müsbet hukukun tamlığı ve boşlukları bulunmadığı varsayımı, hukuki pozitivizmin zaruri özelliğidir⁷⁸.

Söz konusu iddia, insanın zihni yeteneklerinin gerçekçi olmayan bir değerlendirmesini ifade eder. Müsbet hukukun tam ve eksiksiz olması, herşeyden evvel, insanlararası ilişkilerin ve bunların doğurabilecekleri çıkar ve beklenti uyumsuzluklarının evvelden eksiksiz biçimde bilinebilmesine bağlıdır. Oysa ki, yasa koyucunun ileride çıkabilecek uyumsuzluk ve gereksinimleri öngörüp, bunları peşinen tam olarak düzenlemesi düşünülemez. Düzenlemelerini genel ve soyut kurallarla gerçekleştiren müsbet hukukun, muhtemel bütün sorunları gözönünde bulundurmuş olması mümkün değildir⁷⁹ /¹. Ayrıca kıyasın kabul edilmiş olması, yargıcın elindeki somut olayı, bu olayın bireyselliği içinde

⁷⁸ Scarpelli, 119-122; Müsbet hukukun tamlığını kanıtlamak için *özgürlük* ilkesine başvurulduğu olmuştur. Bir hukuki durum ya kanunun doğrudan doğruya öngördüğü varsayımına dahildir; ya da değildir. Birinci durumda kanun uygulanır. İkinci durumda ise, elimizdeki olay, kanunun devlet gücüne dayalı zorlama alanının dışında kalmaktadır. Böyle bir olay sadece *özgürlük* kanununa tabidir. Fakat her iki halde de kanun, belli bir çözüm göstermiş demektir. Zira devlet, zorlama yolu ile uygulanabilen kuralları koymamak sureti ile, o alanda *özgürlük* kuralını benimsediğini göstermiştir. Öyle ise müsbet hukukun düzenlemelerini *olumlu* ve *olumsuz* olarak üzere iki kategoride düşünmek gerekmektedir. Açık kuralın bulunmadığı alanlarda, *özgürlük* kuralının uygulanacağını gösteren *olumsuz* bir düzenleme bulunmaktadır. Diğer bir deyişle, yasa koyucu bu alanların özgür bireysel iradelerce düzenleneceğini kabul etmiş; yani yine de hukuki bir düzenleme yapmıştır. Ancak müsbet hukukun tamlığı bu iddia ile kanıtlanamamaktadır. Gerçi bireysel irade özgürlüğünün kabul edildiği alanlarda, özgürlük ilkesi uygulanabilir. Ama bunun için iradelerin yeterince açıklanmış olması gerekir. İrade hiç açıklanmamış veya açıklanan iradenin ne olduğu bilinmiyorsa, özgürlük ilkesini uygulamaya imkân yoktur. Bunun yanında bir de, bireysel iradelerin egemen bulunmadığı alanlar vardır. Bu gibi alanlarda özgürlük ilkesi herhangi bir çözüm veremez. Özgürlük ilkesi ancak siyasi iktidarın keyfilğine karşı yararlı olabilir. Bu gibi durumlarda, özgürlüğün gerçekleşmesi, bunun sınırlarının kanunla evvelden belirlenmesine bağlıdır. Kamusal özgürlüklerin dışında kalan alanlarda (koruyucu haklar dışında), bireyin toplumsal bir görevi vardır. Özgürlük bireyin bu görevini yerine getirmesinde bir araçtır. Bk. *Geny, François: Methodes d'interpretation et sources en droit positif*, Paris 1954, I., 194-197: 200-202

⁷⁹ /¹ Geny, I., 117

düzenleyen bir müsbet hukuk kuralının bulunmadığının, yani kanunun boşlukları olduğunun itirafıdır ⁷⁸ /².

Modern hukuki pozitivizm, bu konuda belirli bir esneklik göstermektedir. Bunun sonucu olarak, müsbet hukuk sisteminin bazı boşlukları olabileceği öngörülmektedir. Ancak hukuki pozitivizm, bu boşlukların ancak müsbet hukukun kendi kendini tamamlama işlemleri ile doldurulabileceğini kabul etmektedir⁷⁹. Diğer bir deyişle, dolaylı da olsa, tekrar, müsbet hukukun tamlığı iddiasına dönülmektedir. Zira boşluklarını kendi araçları ile doldurabilen bir hukuk sisteminin, dolaylı biçimde de olsa, tamlığını kabul etmek gerekecektir.

Müsbet hukukun bu anlamda tam ve kendine yeterli bir sistem olduğu inancı, hukukun genel ilkelerinin de birer müsbet hukuk kuralı sayılması gereğini doğurmuştur. Böyle düşünen bir kısım pozitivistlere göre, gerçek anlamda müsbet hukuk kuralı teşkil eden hukuk genel ilkelerinin üç özelliği vardır: a) bunlar herşeyden evvel muhatapları karşısında (birey ve devlet) hukuki emir (hüküm) değerine sahiptirler; b) Bu genel ilkeler programlayıcı ve yönlendirici özellikleri dolayısı ile hukuk düzeninin gelişim çizgisini ortaya koyarlar; c) genel ilkeler nihayet yorum faaliyeti bakımından önemli görevler yerine getirirler. Hukuki pozitivizm, sayılan nitelikleri aracılığı ile hukuk düzeninin tamlık ve tutarlılığını sağlamada önemli görevler yerine getiren genel hukuk ilkelerinin nasıl doğduklarını ve nasıl olup da müsbet hukukun birer parçası haline geldiklerini açıklamada güçlüklerle karşılaşmaktadır. Hukuki pozitivizm bu sorunu çözmek için, müsbet hukuk kurallarında görülen gittikçe genelleşme eğilimine dayanmak istemektedir. Buna göre müsbet hukuk kurallarının bazılarının içerdiği kanuni tip, diğer ikinci derecede kuralların yarattığı bir seri kanuni tipin genel kanuni tipini teşkil eder; yani bu sonuncuları içinde barındırır. Müsbet hukuk düzeninin bu yapısından hareket eden hukuki pozitivizm, hukukun genel ilkeleri kavramına varmak istemektedir. Oysa ki bu anlamda genel ilkeler, aslında, üstün veya daha genel bir müsbet hukuk kuralından başka birşey değildirler. Diğer bir deyişle müsbet hukuk kuralı, bazan, ikinci derecede bir hukuk kuralının genel tipini (genus) teşkil etmesi nedeni ile, genel hukuk ilkesi haline gelmektedir. Bununla beraber, herhangi bir hukuk kuralını somut olaya uyguladığımızda, bunu hukuk genel kuralı olarak anlamağa imkân yoktur. Zira söz

⁷⁸ /² Kantorowicz, *Herman U.*: Legal science-A Summary of its methodology, CLR. c. 28 (1928) 699

⁷⁹ Scarpelli, 122

konusu kural böyle bir görev yerine getirmemekte, sadece, hukuk kuralı niteliği dolayısıyla somut olaya uygulanmaktadır⁸⁰.

Görüldüğü üzere, müsbet hukuk düzeninin tamlığı veya hiç değilse kendine özgü araçlarla boşluklarını doldurduğu görüşünü, yukarıdaki anlamda kabul edilen hukuk genel ilkelerinin varlığı ile kanıtlamak mümkün değildir. Esasen bizim hukukumuz bakımından tartışmanın pratik bir değeri yoktur; zira MK. m. 1 hükmü, hukukun boşlukları olabileceğini zaten kabul etmiştir. Bununla beraber, hukuk genel ilkeleri, bir başka türlü ve gerçek niteliklerine uygun olarak ele alındıklarında, müsbet hukukun tutarlılığını sağlamada önemli görevler yerine getirmektedirler.

(2) *Tutarlılık*: Hukuki pozitivizmin ikinci bir iddiası da, müsbet hukukun tutarlı olması, çelişkileri bulunmamasıdır. Müsbet hukukun tutarlılığı iki türlü gerçekleşir: Birinci ihtimal, sistemin kurallarının zaten kendi aralarında tutarlı olmalarıdır. İkinci ihtimal ise, sisteme dahil kurallar arasında çelişkiler bulunması, fakat bizzat müsbet hukukun bunları giderecek kararlara sahip olmasıdır. Nitekim bazan aynı davranış bir kural tarafından yasaklanmakta, diğer bir kural tarafından da meşru görülmektedir⁸¹. Bu nedenle artık, hukuk düzeninin birinci anlamda tutarlı olması hukuki pozitivizmin zaruri bir niteliği olarak görülmemektedir. Bunun nedeni, çeşitli hukuk kurallarının gerçekten de birbirleri ile çelişen bir içeriğe sahip bulunabilmeleridir. Söz konusu çelişkileri giderebilmek, yorumcuya ve hukuk bilimine düşen bir görevdir. Nitekim her bireysel yorum faaliyeti, bir taraftan kuralı somut olaya uygularken, diğer yandan da sistemin tutarlık ve bütünlük kazanmasına katkıda bulunmaktadır⁸².

Bunun canlı örneklerine, ceza hukuku ve medeni hukuk kuralları arasındaki çelişkiler alanında rastlanmaktadır. Gerçekten de bazan, ceza hukuku tarafından yasaklanan bir fiile, ceza hukuku dışında bir kural tarafından izin verilmektedir (TCK. m.508, MK. m. 865). Böyle bir durumda, müsbet hukuk kendisi ile çelişki içinde demektir. Oysa ki müsbet hukuk sisteminin mantığı içinde, yasa koyucunun çelişkiye düşmeyeceği yani hukuk düzeninin tutarlılığı ilkesi vardır. Öyle ise aynı somut davranışın hem yasaklanması hem de hak yetki teşkil

⁸⁰ Tozzi, Antonio: I principi generali del diritto e il positivismo giuridico, Riv. int. dir. del dir., 1957, 752-759; Göger, Fransız tefsirci okulunun anlayışında, hukukun içerdiği üst kavramların kanunla ilişki içinde olduğunun kabul edildiğine işaret etmekte böylece genel hukuk ilkeleri ile müsbet hukuk arasındaki ilişkinin menşesine dikkati çekmemektedir. Göger, c. 2, 126

⁸¹ Scarpelli, 118-119

⁸² Tozzi, 761-762

etmesi düşünülemez. Her hukuk sistemi bu gibi çelişmeleri giderecek bazı müsbet hukuk kurallarına sahiptir: hakkın icrası, kanun hükmünün icrası gibi. Fakat böyle açık hukuk kurallarının bulunmaması veya mevcut kuralların çelişkiyi gidermede etkisiz kalması halinde, sistemin mantığına başvurmak ve bundan yeni bir kural çıkartmak gerekmektedir. Örneğin çelişen kurallar arasından, cezalandıran veya yasaklayana değil de hak bahşedene üstünlük tanımak gibi⁸³. Görüldüğü üzere, müsbet hukukun çelişkilerinin hepsini yine müsbet hukuk kuralları ile gidermek mümkün olmamakta, bazan müsbet hukuk dışındaki unsurlara da gerek duyulmaktadır.

Kurullararası çelişmeyi giderecek olan yeni kuralın, hukuk düzeninin bütününden çıkartılması sırasında yararlanılan en önemli araçlardan biri de hukuk genel ilkeleridir. Bu anlamda hukuk genel ilkesi, müsbet hukuk kuralı ile eş anlamda bir kural değildir. Diğer bir deyişle, hukuk genel ilkesi, zorunlu olarak yasa koyucunun iradesinin ürünü değildir. Kurullar arası ilişkilerin incelenmesi ile yakın ilgisi bulunan genel hukuk ilkeleri, çoğu zaman kuralın hüküm unsurunun (emir) somut biçimde belirlenmesini sağlayan yorum faaliyeti sonucu elde edilirler ve hukuk düzeninin tutarlık ve bütünlüğünü sağlamada yardımcı olurlar⁸⁴.

Müsbet hukuk düzeninin tutarlılığını sağlamak isteyen yorumcunun önemli bir aracı olan genel hukuk ilkeleri, her zaman teknik anlamda müsbet hukuk kuralları değildirler. Bazan biçimsel hukukun bir parçası olan genel ilkeler (MK. m. 2.), çoğu zaman, mahkeme uygulamaları aracılığı ile doğmaktadır. Genel hukuk ilkelerinin mahkeme kararları aracılığı ile hukuk hayatına dahil olmalarının bir özelliği vardır. Nitekim bunlar tek bir kararla değil de, bir eseri yargı kararının desteği ile hukuk dünyasına girmektedirler⁸⁵. Hukuki pozitivism, müsbet hukukun tutarlılığını sağlamada önemli bir rol oynayan genel hukuk ilkelerinin varlığını zaruri olarak kabul etmekte; ama bunların müsbet hukukun unsurları olduğunu göstermekte yetersiz kalmaktadır. Hukuki pozitivismin bu alanda önerdiği çözüm, yani bazı müsbet hukuk kurallarını yerine göre genel hukuk ilkesi yerine göre de müsbet hukuk kuralı olarak kabul etmek gerçeklere uymamaktadır. Özellikle yargı faaliyeti sonucu doğan ve mecburilik ve etkililik açısından müsbet kurallara çok yaklaşan hukuk genel ilkelerinin varlığı, hukuki pozitivismin temel tezlerini sarsmaktadır.

⁸³ Bu konularda bk. *Caraccioli, Ivo: L'esercizio del diritto*, Milano 1965, 201-202; *Nuvolone, Pietro: I limiti taciti della norma penale*, 97, 98, 124

⁸⁴ *Tozzi*, 760, 762

⁸⁵ *Raz, Joseph: Legal principles and limits of law*, YLJ. c. 81 (1971-1972) 840, 848,852

IV. *Hukuki pozitivizmin yorum anlayışı*: Hukuki pozitivizmin yorum anlayışını kesin olarak belirlemeğe imkân yoktur. Zira pozitivistlerin bu konudaki düşünceleri devamlı bir değişiklik içindedir. Başlangıçta, yorumcunun yasa koyucunun iradesini bulmasının gerekli olduğu kabul edilmekte idi⁸⁶. Yani yargıç tarafından verilen kararın kanun hükmünün tam bir metninden başka birşey içermemesi gerek-mekte idi. Yargıç, sadece kanunun sözlerini tekrar eden bir süje ola-rak görülmekte idi⁸⁷. Yorum konusundaki bu tutum, hukukun kesin-liği aracı ile, belli bir politik gereğin (bireysel özgürlük) gerçekleştiril-mesini amaçlamakta idi⁸⁸.

Belirgin özelliği itibari ile tahlilci ve mantıkçı olan bu yorum yön-temi⁸⁸ /¹, daha sonraları, özellikle endüstrileşme sürecinin doğurduğu sorunlar karşısında yetersiz kalmıştır. Yorumda tahlilci yöntem bu an-dan itibaren yavaş yavaş değişmiş ve mantık kurallarından başka un-surlar da yoruma dahil olmağa başlamıştır⁸⁹.

Günümüzün modern hukukî pozitivizmi, kuralın anlamına ulaşabilmek için, kuralın temelinde yatan ve bir bakıma kuralın konması-na neden teşkil eden toplumsal gerçekliğin de nazara alınmasını kabul etmektedir. Bu nedenle, belli bir davranışı düzenleyen kuralın anlaşıl-masınada, yorumcuya, tıpkı bir sosyolog gibi o maddi davranışı göz-lemek ve yorumunu, bu gözlemden çıkartacağı unsurlara göre yapmak görevi düşmektedir⁹⁰. Böylece hukukî pozitivizmin yorum teorisi ken-di kendisini aşmış bulunmaktadır. Yorumda sistemin mantığı ölçüsü-nün kullanılması sonucu, yargı kararları içine yargıcın kişisel değerlern-dirmeleri girmiş bulunmaktadır⁹¹. Bugün için artık, hukukî poziti-vizmin hiç olmazsa kısmen, eski biçimsel mantık yönteminden kurtul-duğu, yargıcı otomat olarak görmetken vazgeçtiği ve bu nedenle belli ölçülerde de olsa yargıcın yaratıcı görevini kabul ettiği söylenebilir⁹².

Hukukî pozitivizmin yorum anlayışının geçirdiği bu değişiklik, diğer okullar ve özellikle sosyolojik okul, serbest hukuk okulu ve sos-yolojik hukuk bilimi karşısında tutunabilmek endişesinden kaynaklanmaktadır. Bütün bu okullar ve yorum konusundaki bütün değişik-likler, sanayi devrimine sıkı sıkıya bağlı bulunmaktadır. Sanayi dev-

⁸⁶ Cattaneo, 317.

⁸⁷ Radbruch, Prope..., 184

⁸⁸ Cattaneo, 320

⁸⁹ /¹ Coing, Diritto..., 522

⁹⁰ Friedmann, 263-264

⁹¹ Bobbio, *Noberto*: Teoria delle scienza giuridica, Torino, 176-177

⁹² Bk. Badbruch, Prope..., 185

⁹² Bobbio, Gius ..., 119, 125

riminin medeni sorumluluk, emek-sermaye ilişkileri gibi alanlarda ortaya çıkardığı yeni sorunlar, kanunların gramatikal tahlilinden ibaret yorum yöntemlerinin yetersizliğini ortaya koymuştur⁹³. Bu bakımdan, hukuki pozitivistizmin günümüzde kabul eder görüldüğü yorum yönteminin, aslında kendisine ait olmayan ve doktrini ile bağdaşmayan yöntemlerden kısmi bir esinlenmeyi ifade ettiği söylenebilir.

Hukuki pozitivistizmin bu yorum anlayışı, yine de modern gereksinimleri karşılayacak nitelikte değildir. Gerçi hukuki pozitivistizm artık, hukuk kuralının belli fiili durumların değerlendirilmesinin bir sonucu olduğunu yani müsbet hukukun bir değerlendirme işleminden doğduğunu kabul etmektedir. Ancak hukuki pozitivistizm burada idoeolojisi ve hukukun kaynağı konusundaki düşüncelerine dönmekte ve yorumcunun sadece kanun koyucunun yaptığı değerlendirmelerle bağlı kalması gerektiğini savunmaktadır⁹⁴.

Bunun nedeni, hukuki pozitivistizmin, hukukun kesinliğini bireysel özgürlüklerin korunması açısından son derece önemli kabul etmesidir. Hukuki pozitivistizm, serbest hukuk okulu ve sosyolojik hukuk biliminin yargıca hukuk yaratma yetkisini tanımasını, bireysel özgürlükler bakımından bir tehlike sayar. Bireysel özgürlüğün en büyük güvencesi olan hukukun kesinliği ilkesinin korunabilmesi için, yargıcın, yasa koyucunun açıkça öngörmediği siyasi, ahlaki ve sosyolojik unsurları yorum faaliyetine karıştırmaması gerekir. Ancak bu nokta üzerinde aşırılığa da gidilmemelidir. Zira hukuk kuralını içeriği itibariyle her türlü değer yargısından; dolayısıyla yorum faaliyetini de amaçsal unsurlardan yoksun saymak mümkün değildir. Nitekim hukuk, aynı zamanda, bazı amaçların gerçekleştirilmesine hizmet eden bir araçtır. Ancak yorumcunun, kuralın amacını bulmak bakımından subjektif ölçülere başvurması kabul edilemez. Kuralın amacı kanuni tipi belirleyen soyut hukuk kuralının somut olayda ferdileşmesine hizmet eden bir araçtır. Amaç bu nedenle, kanuni tipi belirleyen soyut kuralın yorumunda kullanılan ve söz konusu soyuttipin sınırlarını belirleyen bir unsurdur. Bu nedenle kuralı somut bir olaya uygularken, o somut kural tarafından belirlenmemiş bir takım değerlere veya amaçlara başvuramayız. Öyle ise, biçimcilikle serbestçe karar vermek gibi iki aşırı ucun tehlikelerinden sakınabilmek için, hukuki bir değer veya amacın yine kanuni tipi gösteren soyut bir kural aracılığı ile belirlendiğini; ayrıca, söz konusu değer veya amacın aynı zamanda soyut kuralın yorumsal sınırlarını belirlediğini unutmamak gerekir⁹⁵. Bu da, yorumcunun, yasa

⁹³ Batiffol, 10; Bobbio, Gius ..., 119

⁹⁴ Bobbio, Gius ..., 124

⁹⁵ Bk. Baratta, 7, 123-125

koyucunun yaptığı değerlendirmelerle sınırlı kalması gerektiğini göstermektedir. Diğer bir deyişle yorum sırasında soyut kuralın tasvir edici unsurunu yani sözünü aşmamak, yasa koyucunun amacını bunun dışında aramamak şarttır. Aksi halde hukukun kesinliği tehlikeye düşecek ve bireysel güvenceleri yok eden bir hukuk düzeni doğabilecektir.

Hukuki pozitivism yorum konusunda bu ilkeye çok önem vermekte ve bundan uzaklaşmanın, bireysel özgürlükleri ihlâl eden uygulamalara yol açtığını savunmaktadır. Nitekim pozitivistlere göre, kanunilik ve yasa koyucunun belirlediği değerlerle bağlı kalmak ilkesinin terkedilmesi, hukuk düzeninin içerebileceği bazı adaletsizliklerin, sınırsız bir hukuki terörizme dönüşmesine yol açmıştır. Örneğin Almanya'da 1934 yılında yürürlükte olan bir kanun (Alman ırkı ve kanının şerefini koruma kanunu), almanlarla yahudiler arası evlilik dışı cinsi ilişkileri suç saymakta idi. Kendisi gayrı adil ve gayrı insani olan bu kanun, hukuki pozitivismin yolrum ilkelerinden ayrılınması sonucu, daha da adaletsiz uygulamaların aracı olmuştur. Gerçekten de kanunun amaçsal bir yorumunu yapan uygulayıcılar, yasa koyucunun amacını ve korunan hukuki varlığı araştırırken kuralın sözü ile bağlı kalmamışlardır. Böyle amaçsal bir yorum sonucu, almanlarla yahudiler arasındaki cinsi ilişki aşamasına varmayan basit erotik ilişkiler de cezalandırılabilmiştir⁹⁶. Böylece, yorum faaliyeti sırasında, soyut kuralın tasvir edici unsurundan yani sözünden uzaklaşılması, halk vicdanından kaynaklandığı iddia edilen değerlere üstünlük vermeği mümkün kılabilmiştir⁹⁷.

Yorumcunun yasa koyucunun değer yargısı ile bağlı kalması iddiası, biraz evvel verilen çarpıcı örneğe rağmen modern toplumun gereklerine ve hukuktan beklediklerine uymamaktadır. Gerçi amaçsal yorum adı altında, yukarıda nakledilen sonuçlara varıldığı doğrudur. Ama biraz daha ileride açıklamağa çalışacağımız üzere, bu amaçsal yorumun sınırlarını aşan bir uygulamadır.

Yorumun yasa koyucunun değer yargısı ile bağlı kalmasını savunmak, kuralların sadece bir kural koymak amacı ile konulduğu gibi bir düşünceyi akla getirmektedir. Oysa ki kural koymanın amacı, sadece bir kural koymaktan ibaret değildir. Kurallar bir takım toplumsal amaçlar için konulurlar. Bu nedenle hukukçunun görevi, kuralları toplumsal amaçlarına en uygun biçimde uygulamaktır. Kuralların toplumsal amaçlarına uygun olarak uygulanabilmesi, pragmatik araçlara

⁹⁶ Baratta, 15-16.

⁹⁷ Baratta, 31

başvurulmasına bağlıdır⁹⁸. Öyle ise günümüzün modern hukukçusunun sosyoloji, ekonomi ve politikayla ilgisini kesmesi mümkün değildir. Modern hukukçu, kuralların uygulama alanını teşkil eden toplumsal ve ekonomik sorunları, en az bizzat kurallar kadar iyi bilmek zorundadır. Zira hukuk bir amaç değil de, belli toplumsal değerleri gerçekleştirmeye yönelmiş bir araçtır⁹⁹. Hukukun gerçekleştirmesi gereken değerler, hukuki kesinlik ve hukuki güvenlikten ibaret değildir. Hatta daha ileri giderek, bunların en önemli değerler olmadığını dahi söyleyebiliriz. Yararlılık ve adalet, en aşağı hukuki kesinlik kadar önemli hukuki değerlerdir¹⁰⁰.

Öte yandan, hukukun yaratılmasında önemli bir rol oynayan irade, kendisine özgü bağımsız bir varlığa sahip değildir. Hukukun yaratılması bakımından irade, bir amaçla bağıntı içindedir. Öyle ise, yorum sırasında yasa koyucunun iradesi ile yetinmek mümkün değildir. Ayrıca iradenin, hayat gereksinimleri karşısındaki durumu da ele alınmalıdır. Ancak, koyduğu kuralların amaçları açısından tartışılmasından korkan yasa koyucu, takip ettiği amacı nadiren açıklamakta, bunun yerine emretmekle yetinmektedir. Bu nedenle yorum sırasında kuralın yasa koyucu tarafından belirlenen amacını bulmak ve bunu akli bir sistem içinde bütünleştirmek gerekmektedir¹⁰¹.

Esasen yargıç, kanundan hareketle giriştiği yorum faaliyeti sırasında önemli güçlüklerle karşılaşmaktadır. Nisbi olarak matematik düzeyine ulaşmış bulunan biçimsel mantık, hukuk bilimi alanında doğa bilimlerindeki kadar yararlı olamamaktadır. Bunun nedeni, hukuk biliminin kullandığı kavramların, nitelik itibari ile doğa bilimlerinin kavramlarından farklı oluşudur. Nitekim hukuk biliminin kullandığı örneğin hırsızlık-zilyetlik-işçi gibi kavramlar, anlamları açısından yeterli açıklığa sahip değildirler. Diğer bir deyişle yorum faaliyeti, kesin olmayan konular üzerinde cereyan etmektedir. Öte yandan çeşitli yorum yöntemleri (gramatikal, sistematik, tarihi) arasındaki sınırlar çok belirsizdir. Ayrıca bunlardan bherbirinin aynı olayda farklı sonuçlar vermesi mümkündür. Nitekim müsbet kuralın sözünü, yasa koyucunun tarihi amacına veya kanunun genel ruhuna göre belirlemeye kalkıştığımızda, farklı sonuçlar ortaya çıkabilmektedir. Nihayet, kuralın anlamı araştırılırken bu yöntemlerden hangisinin seçileceği ko-

⁹⁸ *Pound, Roscoe*; The purpose and scope of sociological jurisprudence, HLR., c. 24 (1910-1911), I., 598

⁹⁹ *Pound, Roscoe*: The need for a sociological jurisprudence (in The sociology of law, Interdisciplinary readings, Ed. by Simons, Rita James) 12-13.

¹⁰⁰ Fuller, American..., 484

¹⁰¹ Batiffol, 20-22

konusunda da açıklık yoktur. Bunun gibi kanunlarda yer alan ahlâk adab – şerefsiz hayat sürmek– yüz kızartıcı suç gibi kavramlar, çoğu zaman yargıcı, kendi kişisel değerlendirmelerini işin içine sokmağa davet etmektedir. Bütün bu ve benzeri durumlarda yargıç, toplumsal amaç ve değerleri nazara alan, akla dayalı bir karara ulaşmak zorundadır. Oysa ki kanunlar bu konuda bir şey söylememektedirler¹⁰².

Böylece yargıcın yorum faaliyetini toplumsal amaç ve değerlerin araştırılmasından soyutlamak veya bu araştırmayı kanun koyucunun iradesi ile sınırlamak imkânsız hale gelmektedir. Nitekim gerek yargısal yorum gerekse bilimsel yorum aracılığı ile ve yorum yetkilerini aşmaksızın, yasa koyucu tarafından açıkça öngörülmemiş bir çok hukuksal kurum yaratılmıştır. Bu sonuçlara ulaşan bir yorumun, saf müsbet hukuk fikrini aştığı kuşkusuzdur¹⁰³. Bunun farkında olan pozitivistler, herşeyden evvel hukukun kaynağı konusundaki iradeci anlayışı inkâra kadar gibecek amaçsal yorumu kuşku ile karşılamaktadırlar. Pozitivizmin bu kuşkusunu, yukarıda da belirttiğimiz üzere, tamamen yersiz değildir. Nitekim amaçsal yorum adına hukukun kesinliği ilkesinin ortadan kaldırılması mümkündür. Ancak bunun önlenmesi, yorum sırasında yasa koyucunun değer yargısı ile bağlı kalınmasını gerekli kılmaz. Zira her kanun ve kuralın gerek içerdiği hükümlerin tümü gerekse diğer kanunlarla ilişkileri dolayısıyla yapısal bir bütünlükleri vardır. Yargıcın amaçsal yorumla dahi olsa, kanunun veya hukuk düzeninin yapısal bütünlüğünün ötesine geçebilmesini kabul etmek zaten mümkün değildir. Ama bu sınırlar içinde amaçsal ve yaratıcı yorum gereklidir¹⁰⁴.

Bu noktada, amaçsal yorum konusunda bazı açıklamalar yapmak gerekmektedir. Amaçsal yorum, müsbet hukuk kuralının amacını, kanun koyucunun sübjektif iradesinde aramaz. Hukuk kuralının amacı, kanun koyucunun o kuralı koyduğu sırada güttüğü amaçtan farklı, objekteif toplumsal bir amaçtır. Bunun nedeni, yeni toplumsal ilişki ve şartların yasa koyucunun sübjektif amacını değiştirmiş olması ihtimalidir^{104 /1}. Kanunun objektif amacını bulabilmek için, o kanunun uygulanması yolu ile gerçekleştirilmesi istenen ve beklenen toplumsal sonuçlarla toplumsal etkilerin gözönünde buondurulmaları gerekir^{104 /2}. Yargıcın karar verdiği sıradaki mantıksal faaliyeti, bu-

¹⁰² *Engisch: Einführung in das Juristische, Denken* 1965, Naklen: Villey, 300, 301

¹⁰³ Tozzi, 763-764

¹⁰⁴ Fuller, *Positivism...*, 669-670

^{104 /1} Kantorowicz, 702, *Antolisei, Francesco: Manuale di diritto penale*, Milano 1963, 65.

^{104 /2} Kantorowicz, 703

nun olumlu olumsuz toplumsal sonuçlarını da belirler. Yargıcın amacı, biçimsel mantık kurallarına uygun olmak bakımından en mükemmel karara ulaşmak değildir. Hukuk bir takım toplumsal amaçları olan bir araçtır. Hukukun toplumsal amaçlarını, temel amaçlar ve diğer amaçlar olmak üzere şöyle sıralayabiliriz: En önemli iki temel amaç, barış ve güvenliği sağlamak; uyuşmazlıkları çözecek tarafsız ve güvenilir muhakeme usulleri koymaktır. Hukukun bunun yanında, (i) bireysel beklentileri makul ölçüde güvence altına almak; (ii) sarsıntısız bir toplumsal değişimin kanallarını hazırlamak; (iii) toplumsal çıkar çatışmalarını, bu çatışmaların taraflarının uzun süre aynı toplumda birlikte yaşayacaklarını unutmadan, herkes için tahammül edilir bir uzlaşma içinde çözmek gibi amaçları da vardır. Bu nedenle yargıcın, vereceği kararın toplumsal etkilerini ve sonuçlarını bilimsel ve tarafsız bir biçimde tartması gerekir. Ancak hukukun sayılan amaçları, bunların sentezi sayabileceğimiz bir üst amacı oluşturur. Bu da, insan yaşantısının ruh kazanabileceği, gelişebileceği bir toplumsal çevre yaratıp bunun devamını sağlamaktır^{104 /3}. Öyle ise, kanunun amacını araştırırken yasa koyucunun güttüğü ile yetinemeyeceğimiz gibi, o somut kuralın toplumsal amacı ile de yetinemeyiz. Ayrıca tek tek kuralların amaçları yanında, bütün kurallar arasındaki amaçsal bütünlük ve birlik de yorum bakımından çok önemlidir^{104 /4}. Bu nedenle kuralın yorumu iki sonucu mümkün kılıyorsa, bunlar arasında toplumsal sonuçları, kurallar arası amaçsal bütünlüğe en uygun olanı tercih edilmelidir^{104 /5}. Bir taraftan, kararın doğuracağı toplumsal sonucu kanundan beklenen toplumsal sonuçlarla karşılaştırmak, öte yandan da hukuk düzeninin amaçsal bütünlüğünü nazara almak, yorumun, sistemin yapısal bütünlüğünün sınırları içinde kalmasını sağlayacaktır. Böyle bir yorumun her zaman için keyfilik tehlikesi gösterdiği açıktır. Keyfiligi önlemenin tek çaresi, kararın toplumsal sonuçlarını incelerken, sadece objektif bilimsel ölçülerden hareket etmek ve bunları, içinde yaşanan zamanın toplumsal felsefesinden gelen değer yargıları ile tamamlamaktır^{104 /6}.

Yorum faaliyetinin bu özelliklerini reddetmeyen Kelsen, yargı yorumunu, hukuk biliminin anları dışında siyasi bir faaliyet olarak nitelenmek sureti ile, bir çözüm bulmak istemektedir. Kelsen gerçek yorum adını verdiği yargısal yorum ile bilimsel yorumu birbirlerinden ayırarak, hukuk bilimini değer yargılarının etkisinden kurtarmak iste-

^{104 /3} Jones, Hurry: An invitation to jurisprudence, CLR., c. 74 (1974), 1025, 1026, 1028, 1030

^{104 /4} Kantorowicz, 703 dip not: 70

^{104 /5} Antolisei, 66

^{104 /6} Geny, II., 78-79; Kantorowicz, 703 ve dip not: 70

mektedir. Bunun nedeni, hukuk biliminin asıl görevinin, hukuk kuralını her zaman ve her yerde geçerli olacak biçimde tasvir etmekten ibaret bulunduğunu düşünmesidir¹⁰⁵. Diğer bir deyişle hukuk biliminin görevi bireysel hukuk kurallarını içerikleri bakımından incelemek değil de, kuralı soyut anlamda ve zaman ve yere göre değişmeyecek biçimde tasvir etmektir. Bu nedenle hukuk biliminin hukuk kuralını, "... bir birey belli biçimde davranırsa, diğer bireyin de evvelden belirtilen biçimde davranması gerekir..." diyen şartlı bir hüküm olarak¹⁰⁶ ele alıp incelemesini ister.

Buna karşılık belli bir toplumda belli bir zamanda yürürlükte bulunan somut hukuk kurallarının incelenip anlamlarının belirlenmesi, ilke olarak yargı organının işidir. Zira bir davranışın müsbet hukuka uygun olup olmadığına karar vermek, bir değer yargısı vermek anlamına gelir. Bilimin görevi değer yargısına ulaşmak değil de, bir şeyi her türlü değer yargısından arınmış biçimi ile tasvir etmektir. Bu nedenle, gerçek anlamda yorum faaliyeti, hukuk biliminin konusu dışında kalır¹⁰⁷.

Yargı organı hukuk kuralını uygularken, bunun anlamını araştırmak yani bunu yorumlamak zorundadır. Müsbet hukuk hangi yorum yönteminin (mantıksal, söze bağlı, tarihi, genişletici, daraltıcı) seçilmesi gerektiğini göstermemektedir. Yargıcın söz konusu yöntemlerden birisini seçmesi, böylece de diğer yöntemlerden biri ile ulaşacağından farklı bir sonuca varması mümkündür. Hatta müsbet hukuk, belli bir yöntemi öngörmüş bulunsa bile, bunu kullanarak yine farklı sonuçlara ulaşmak mümkündür. Öyle ise yargı organı, hukuk kuralının çeşitli anlamları arasında bir seçim yapmaktadır. Söz konusu seçim bir hukuk kuralına göre yapılmadığından, bilimsel değil de politik bir faaliyet karşımızdayız demektir. Bu nedenle gerçek yani yargısal yorum, bilimsel olmayan ve hukuk yaratma biçiminde beliren politik bir faaliyettir¹⁰⁸.

Temelde politik bir faaliyet olan yorum konusunda, hukuk biliminin sınırlı bir görevi vardır. Hukuk bilimi kuralın muhtelif anlamlarını gösterip, bunlar arasından bir seçim yapmağı yargıca bırakmak zorundadır. Hukuk bilimi bu yolla, hukuk yaratma faaliyetine bilimsel katkıda bulunmuş olacaktır. Hukuk bilimi, görevlerinin sınırını aşarak,

¹⁰⁵ Kelsen, Hans: Science and politics, The Am. pol. sci. rev., 1951, 625

¹⁰⁶ Kelsen, The pure..., 51; Amaç pozitivizm hakkında genel ve sentetik bilgi vermek olduğundan, tek tek yazarların düşüncelerinin açıklanması ve tartışılmasına gidilmemiştir. Bu nedenle Kelsen'in de hukuk kuralı konusundaki düşüncelerine yer verilmiştir.

¹⁰⁷ Kelsen, Science..., 641, 625

¹⁰⁸ Kelsen, Science..., 656-657

çeşitli yorum biçimlerinden birini yargı organına kabul ettirmeğe çalışırsa, hukuk yaratma faaliyetine girmiş ve böylece bilimsel sayılamayacak bir görev yerine getirmiş olur. Zira muhtalif yorumlardan birisini tercih etmek, bilimsel değil de siyasi bir yorumdur¹⁰⁰.

Görüldüğü üzere Kelsen, amacı kuralın sistemle bütünleştirilmesi ve kuralın somut olaylara uydurulması olan yorumu, hukukun konusu olmaktan çıkartarak, hukukçunun hergün gerçekleştirdiği bir faaliyeti politik bir faaliyet olarak nitelendirmektedir¹¹⁰. Böyle bir çözümün gerçeklere uymadığı açıktır. Bu bir tarafa, hukuk bilimcisi, kuralın çeşitli anlamlarını açıklarken dahî, biçimsel ve mantıksal unsurları değil, kurala bir veya birkaç anlam verebilen öze ilişkin unsurları da gözönünde bulundurmak zorundadır¹¹¹.

Pozitivizmin modern ve çağdaş temsilcilerinden bazıları bu noktada da yumuşamakta, eleştirilerin ışığı altında, eski salt biçimsel eğilimlerini terketmektedirler. Bunlara göre yorum ne kör ve keyfi bir seçim (amaçsal, yaratıcı, sosyolojik yorum) ne de mekanik bir tümden gelim faaliyetidir. Yargıçların yorum sırasında yapacakları seçime yol gösteren bir ilke vardır: Bu da yorumlanacak kuralın akılcı olduğu, bir takım adaletsizliklere veya yerleşmiş ahlâkî kuralları ihlâlâ yönelmemiş bulunduğu yolundaki varsayımdır. Ancak yargıçların belli bir konudaki ahlâkî değerler arasından bir seçim yaparken, bütün seçenekleri tarafsız olarak incelemeleri ve kararlarını, akılcı olarak kabul edilebilecek temel bir ilkeye dayandırmaları gerekir¹¹². Fakat kanunun açıkça adalet dışı ve ahlâka aykırı olması halinde (genosidi emreden kanunlar), söz konusu varsayım bütün etkisini yitirmektedir.

Hukuki pozitivizm hukukçuyu, genel olarak, müsbet hukuk kurallarını öğrenecek ve insan davranışının ölçülerini yine bu kurallardan çıkartacak bir kişi olarak kabul etmektedir. Bu nedenle pratik hukukçunun görevi kuralları uygulamak, hukuk biliminin görevi de müsbet hukuk kurallarını bir sisteme ulaştırmaktır¹¹³. Hukuki pozitivizmin sakıncalarından biri de, sisteme verdiği bu önemden doğmaktadır. Zira sisteme varmak için gerekli olan ilkeler araştırılırken, hukukun bir takım pratik ve toplumsal amaçlarının olduğu unutulması ve yorum faaliyetinin, biçimsel mükemmelliğe kavuşmanın bir aracı haline dönüş-

¹⁰⁰ Kelsen, *Science*,... 656-657

¹¹⁰ Batiffol, 28-29

¹¹¹ *Giacomo, Gavazzi: L'interpretazione giuridica in H. Kelsen, Riv. Int. di fil. del dir.* 1958, 227-228.

¹¹² Hart, *Il concetto*..., 238

¹¹³ Pound, *The purpose*..., I., 596

mesi tehlikesi doğar. Hukukçu böylece, somut olayda adaleti aramak ve bulmak amaçlarından sapmış olur¹¹⁴.

Hukuki pozitivizmin yorum anlayışının, hukukun kesinliği ilkesi ile olan ilişkisine daha evvel işaret edilmişti¹¹⁵. Hukuki pozitivism, esas olarak, ilkelerin mantıksal içeriğinden hareket ederek ve tümünden gelişim-yöntemi ile geliştirdiği sistem sonucunda, somut bir olayla ilgili yargı kararının önceden tahminini ymümkün kılmak ve hukukun bu anlamda bir kesinliğine ulaşmak istemektedir. Hukukun kesinliği ilkesinin bu dar, biçimsel ve tek boyutlu anlaşılışı, adaletin mekanik bir biçimde dağıtılması sonucunu verir. Bu eğilimin terkinin gerektiği kuşkusuzdur.¹¹⁶

Hukuki pozitivizmin gerçekleştirmeye amaçladığı kesinliğin mümkün olmadığı özellikle Amerikan gerçekçi akımı tarafından savunulmaktadır. Hukuku kısaca mahkemelerin yaptığı şey diye kabul eden gerçekçiler, hukukun kesinliğinin gerçeklere uymayan bir inanç olduğunu iddia ederler. Bunlara göre yargı kararlarının temelini oluşturan şey, hukuk kuralları değildir. Yargı kararlarının belli biçimde olmasını etkileyen faktörler yargıçların duyguları, siyasi inançları, önyargılar gibi gayri akli şeylerdir. Bu nedenle müsbet hukuk kuralı konusunda sahip olduğumuz bilgi, bir yargıcın belli bir uyuşmazlık hakkında vereceği kararı kestirebilmemiz bakımından çok az yararlı olmaktadır. Öyle ise yargıç önüne gitmeyen bir konuda, hukuk kuralına bakarak sadece bir tahminde bulunabiliriz. Yoksa müsbet hukuk kuralına bakarak, o uyuşmazlık konusunda hukukun ne dediğini evvelden kesin olarak bilmemize imkân yoktur¹¹⁷. Bütün bunlar, hukuki kesinliğin, hukuki pozitivismin iddia ettiği gibi, bireysel özgürlüklerin önemli bir güvercesini teşkil edemediğinin kanıtı olarak gösterilmektedir.

Hukuki pozitivismin bu eleştiri karşısındaki savunması ilginçtir. Hukuki pozitivism bu eleştiri karşısında kendi teorisinin dışına taşmakta ve hukukun sadece bir uyuşmazlığın çözümlenmesi sırasında arz ettiği görünümü ile ele alınmasının yanlışlığını ileri sürmektedir. Böyle bir yaklaşım, hukukun, birlikte yaşayan insanların davranışlarını düzenleme özelliğini gözden çakaçarmakta ve hukuk olgusunun bütünlüğü içinde incelemesini engellemektedir. Gerçi hukukun önemli görevlerinden birisinin, bir takım çıkar çatışmalarının çözümlenmesi olduğu doğrudur. Ama hukuku bu faaliyetten ibaret sayarsak, bir yargı ka-

¹¹⁴ Pound, The purpose..., I., 596

¹¹⁵ Bk. yuk. II/3; Ayrıca bk. Cattaneo, 317; Bobbio Gius..., 110, 116

¹¹⁶ Pound, The purpose ..., I., 569

¹¹⁷ Bk. Bodenheimer, Juris ..., 125-126.

rararını gerektiren uyumsuzlukların ötesindeki toplumsal hukuk hayatını ve bunun evvelden konulmuş kurallara göre cereyan ettiği gerçeğini unutmuş oluruz¹¹⁸. Hukuki pozitivism böylece, hukukun kesinliğini yargısal faaliyetin ötesinde ve *yaşayan hukuk*'ta aramak sureti ile, sosyolojik görüşe yaklaşmaktadır. Gerçi hukuki pozitivism burada, müsbet hukuk kurallarına göre cereyan ettiğini varsaydığı toplumsal hukuk hayatına işaret etmektedir. Ancak yargı organı önüne gelmeyen hukuk hayatının, gerçekten de müsbet hukuk kurallarına göre mi cereyan ettiği; yoksa daha farklı bir *yaşayan hukukun* mu mevcut bulunduğu çok tartışma konusudur¹¹⁹. Hukukun kesinliğini, uyumsuzlukların ötesindeki toplumsal hukuk hayatının tip davranışlarında aramak, en azından, hukuki pozitivismin konu ve yaklaşım bakımından ortaya attığı iddiaları zayıflatmaktadır.

Hukuki pozitivism yorum konusunda, herşeye rağmen, kendi ideolojisi ile tutarlı kalmak endişesi içindedir. Zira pozitivistler, yargıcın hukuk yaratmasını kabul eden düşüncelerin yorum yöntemleri ile kendi yorum anlayışları arasındaki farkı, birincilerin sosyolojik ve gerçekçi kendilerinin ise biçimci ve kuralcı olmaları şeklinde ifade ederler. Aralarındaki yöntem ilişkisi bu farklılık, siyasi inançlardan gelmektedir. Bütün mesle hukukun kesinliği ilkesine mi yoksa adalet ve nısfete mi üstünlük verileceği sorununda toplanmaktadır. Kanunun koyduğu sınırlar içinde kalan bir yorum hukukun kesinliğine, yaratıcı yorum ise adalet nısfete daha iyi hizmet etmektedir. Diğer ibri deyişle pozitivistler burada, ideolojilerine uygun olarak, hukukun kesinliği ilkesini birinci derecede önemli bir değer olarak kabul etmektedirler¹²⁰.

¹¹⁸ Bobbio, *La certezza...*, 149

¹¹⁹ *Ehrlich, Eugene: Fundamental principles of the sociology of law*, Çev: *Moll, Walter*. New York 1962, 155, 156, 162, 163, 164, 493

¹²⁰ *Bobbio, Noberto: Studi sulla teoria generale del diritto*, Torino 1955, 104-105, *Baratta*, 7, 14, 29.

