

Giriş

HUKUKUN GENEL TEORİSİ

Hukuk çalışmalarının konusunu hukuk olgusu oluşturur. Hukuk olgusuna değişik açılardan yaklaşılabilir¹.

Hukuk Olgusuna Değişik Yaklaşım Olanakları

Öncelikle hukuk olgusuna *tarihi* açıdan yaklaşılabilir. Belirli bir ülkede ve belirli bir dönemde mevcut olan hukuk düzeninin belirli bir kurumu, tarih biliminin yöntemleriyle araştırılıp bu kurumun neden ibaret olduğu ortaya konabilir. Örneğin Osmanlı İmparatorluğu'nda Divan-ı Hümayun bir hukuksal organ olarak ele alınıp incelenebilir². Keza yine eski hukukumuzda evlenme³ ve boşanma⁴ kurumları da aynı şekilde araştırılabilir.

İkinci olarak hukuk olgusuna *felsefi* açıdan yaklaşılabilir. Zira, bir hukuk düzeni sadece tarihi bir olgu değil, aynı zamanda bir değerler ve inançlar sisteminin somutlaşması, harekete geçirilmesidir. Diğer yandan, hukuk olgusunun özünü anlamak, gerçek niteliğini ortaya koyabilmek ve ayrıntılarda kaybolmamak için bu olgunun derinlikle-

1. Hukuk olgusunun değişik açılardan inceleme imkânı için bkz. Orhan Münir Çağıl, *Hukuk Başlangıcı Dersleri*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Birinci Kitap, İkinci Baskı, 1963, s.105-109; Vecdi Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, İstanbul, İ.Ü. Hukuk Fakültesi yayınları, 2. Bası, 1975, s.142-156.

2. Örneğin Ahmet Mumcu, *Hukuksal ve Siyasal Karar Organı Olarak Divan-ı Hümayun*, Ankara, A.Ü. Hukuk Fakültesi Yayınları, 1976.

3. Örneğin Halil Cin, *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Evlenme*, Konya, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Deuxième édition, 1988.

4. Örneğin Halil Cin, *Eski Hukukumuzda Boşanma*, Konya, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1988.

rine inmek gerekir. Keza, hukuk kuralları, koyucuları tarafından “daha iyi” bir düzen yaratmak amacıyla konulurlar. Söz konusu kurallarla hedeflenen bu “daha iyi”nin ortaya konulması ve ideal bir hukuk düzenini idare eden yüksek ilkelerin saptanması gerekir. Bütün bunlar ise, spekülâtif düşünceyi ön planda tutarak felsefi bir yaklaşımla yapılabilir. Böyle bir *hukuk felsefesi* çalışmasında “hukuk olgusunun özü nedir”, “hukukun ideal ilkeleri nelerdir” veya “daha iyi bir hukuk düzeni nedir” gibi sorulara yanıt aranır.

Üçüncü olarak, hukuk olgusuna *sosyolojik* açıdan da yaklaşılabılır. Bu takdirde hukuk olgusu ampirik olarak incelenir; gözlem yoluyla elde edilen veriler sistemleştirilir, genellemelere varılır, örüntüler saptanır; neticede hukuk olgusunun sosyolojik anlamda “kanun”larına ulaşılmaya çalışılır. Böyle bir *hukuk sosyolojisi* çalışmasında, belirli bir hukuk kurumu, örneğin boşanma, ele alınıp, o konuda bir saha çalışması yapılabilir. Önce, mahkemelerce hükmedilen boşanmaların hangi nedenlere dayandığı, boşanan çiftlerin boşanma nedenleri, eğitim durumları veya boşanma oranıyla gelir durumu arasında bir bağıntının olup olmadığı araştırılabilir. Keza çeşitli sosyal olgu ve kurumlar karşısında herhangi bir hukuk normunun durumu incelenebilir. Örneğin Medeni Kanunda boşanmayı düzenleyen hükümlerin ülkede hâkim olan gelenek ve göreneklerle, kültürle, dinle, ideolojiyle ilişkisi araştırılabilir.

Bu yaklaşım biçimlerinden her biriyle hukuk olgusu incelenebilir; bunların her biri bu olgunun önemli bir yanına ışık tutar. Bu biçimler, birer yaklaşım tarzı olmaları itibarıyla, aynı değere sahiptirler ve bunların arasında bir çatışma değil, birbirlerini tamamlama ilişkisi söz konusudur.

Biz burada bu yaklaşım biçimlerinden hiçbirisini benimsemedik. Biz burada hukuk olgusuna *hukuki* açıdan yaklaşacağız. Hukuk olgusunun hukuki açıdan incelenmesi de iki değişik açıdan yapılabilir.

Bir kere, incelenmesi istenilen konu, pozitif hukuk kuralları çerçevesinde ele alınabilir. Bu konuyu düzenleyen hukuk kurallarının anlam ve içeriği ile ilgili sistematik açıklamalar getirilebilir. *İkinci olarak*, aynı konu pozitif hukuk kurallarından ve bunların uygulanmasına ilişkin sorunlardan bağımsız olarak, genel bir düzeyde ele alınabilir.

Bu yaklaşım olanaklarından *birincisi*, anayasa hukuku, idare hukuku, ceza hukuku, medeni hukuk, ticaret hukuku gibi hukukun özel disiplinlerini, daha teknik bir terimle *hukuk dogmatikini* ikincisi ise, *hukuk genel teorisini* oluşturur. Hukukun genel teorisi, hukukun içeriğini değil, hukukun normatif yapısını, formel yapısını inceler. Hukuk dogmatikini belirli bir hukuk düzenini incelerken, hukukun genel teorisi, bütün hukuk düzenleri için geçerli, genel, soyut ve evrensel düzeyde açıklamalarda bulunur.

Şimdi hukukun genel teorisini biraz daha yakından görelim.

Türkiye’de Hukukun Genel Teorisi Çalışmaları⁵

Türk hukuk literatürünün tamamına yakını hukuk dogmatikini çalışmalarıdır. Hukukun genel teorisi üzerine yazılmış pek bir şey yoktur. Şüphesiz Türk hukukçularının hukukun genel teorisinden habersiz oldukları söylenemez⁶. Bir çoğu sistematik olmasa da yap-

5. Aşağıda görüleceği gibi, Türkiye’de hukukun genel teorisi çalışmaları fevkalade zayıftır. Aslında bu zayıflık, hukuk devriminden sonraki döneme hastır. Hukuk devriminden önceki dönemde hukuk fakültelerinde hukukun genel teorisi içine giren çalışmalar “usulü fıkıh” dersinde okutulmaktaydı. Keza hukukun genel teorisinin en önemli konularından biri olan yorum sorunu ise bu dönemde “tefsir ilmi” adı altında ayrı bir bilimdalı olarak incelenirdi. Ali Himmet Berki, haklı olarak hukuk inkılabından sonra “usulü fıkıh” dersinin hukuk fakültelerinden çıkarıldığından, fakat bunun yerini dolduracak bir kürsü ihdas edilmediğinden yakınmaktadır (Ali Himmet Berki, *Hukuk Mantığı ve Tefsir*, Ankara, Güney Matbaacılık, 1948, s.4). Hukuk devriminden sonraki dönemde hukuk fakültelerinde “hukuka giriş” derslerinde hukukun genel teorisine giren bazı konulardan, örneğin yorumdan bahsedilirse de “bu şöylece bir konuya temastan ibarettir” (*Ibid.*).

6. Örneğin bkz. Vecdi Aral, “Hukuk İlmini Gerçek Bir İlim Haline Getirmek İçin Hukuka Bir Objektivite Kazandırma Gayretleri ve Bunların Değeri”, *İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1966, Cilt XXXI, Sayı 1-4, s.230; Vecdi Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, İstanbul, İ.Ü. Hukuk Fakültesi yayınları, 2. Bası, 1975, s.148 (Vecdi Aral, “hukukun genel teorisi” anlamında “genel hukuk teorisi” terimini kullanmaktadır). Keza bkz. Çağıl, *op. cit.*, s.106: Yazarın *Hukuk Başlangıcı Dersleri* isimli kitabının sadece bir yerinde “genel hukuk teorisi” terimi şu cümlenin içinde kullanılmaktadır: “Meselâ dar manada hukuk ilminin veya müspet hukuk ilminin –ki genel ‘hukuk teorisi’ ve özel ‘hukuk teorisi’, dogmatik hukuk ilmi şeklinde tezahür eder– metodik tefekkür tarzı, normatiftir” (Çağıl, *op. cit.*, s.106).

tıkları hukuk dogmatikçi çalışmalarında yer yer hukukun genel teorisine has tartışmalar içine de girmişlerdir⁷.

Tespit edebildiğimiz kadarıyla, Türkiye’de “hukukun genel teorisi”nden ilk bahseden yazar Sadri Maksudi Arsal’dır⁸. Yazar “hukukun genel teorisi” terimini kullanmaz, bunun yerine “hukukun umumi esasları” terimini kullanır. Ancak bu terimin, Fransızca “*théorie générale du droit*” teriminin karşılığı olduğunu belirtir⁹. Ne var ki yazarın bu adı taşıyan eserinin sadece 7 ila 27’nci sayfalarında hukukun genel teorisinden bahsedilir. Geriye kalan sayfalarda yazar, klasik bir hukuk başlangıcı kitabında olan konuları işler.

Sadri Maksudi Arsal’dan sonra, Türkiye’de hukukun genel teorisinden sistemli olarak bahseden diğer bir yazar Zeki Hafızoğulları’dır. Yazar 1981 yılında yayınlanan bir makalesinde “hukukun genel teorisi”nden bu adla bahsetmekte ve bu açıdan “hukuk ve ceza hukuku biliminin konusu”nu incelemektedir¹⁰.

Öte yandan Türkiye’de hukukun genel teorisi alanında bir monografik çalışma yapmak yine Zeki Hafızoğulları’na nasip olmuştur. Yazar 1987 yılında yayınlanan kitabında¹¹, ceza normunu tamamıyla hukukun genel teorisi açısından incelemektedir. Bu kitap her ne ka-

7. J.-L.Bergel’in belirttiği üzere Monsieur Jourdain’in ne olduğunu bilmeden nesir yazması gibi, hukukçularda farkında olmadan zaman zaman hukukun genel teorisi tartışmaları yaparlar (Jean-Louis Bergel, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 1989, s.10). Ancak bu çalışmalar disiplin ve sistemden yoksun oldukları için “hukukun genel teorisi” çalışması olarak nitelendirilemezler. Dahası, Türkiye’de bu tartışmalar içine giren yazarlar “hukukun genel teorisi” terimini kullanmazlar bile.

Bununla birlikte, bu konuda sistemli bir tutuma sahip, yaptığı çalışmada hukukun genel teorisi açısından yaklaşım olanağını da açıkça tartışan yazarları, örneğin Fazıl Sağlam’ı yukarıdaki yargıdan ayrık tutmak gerekir (Fazıl Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1982, s.4-10). Ne var ki, yazarın çalışması temel haklar üzerinedir ve bu kısmı itibarıyla dahi büyük ağırlıkla bir hukuk dogmatikçi çalışmasıdır.

8. Sadri Maksudi Arsal, *Hukukun Umumi Esasları*, Ankara, Ankara Hukuk Fakültesi Neşriyatı, 1937, s.7-27.

9. *Ibid.*, s.9.

10. Zeki Hafızoğulları, “Hukuk ve Ceza Hukuku Biliminin Konusu ve Sınırları Sorunu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt XXXV, 1978, sayı 1-4, s.235-279; özellikle s.235-236, 238-239, 252-253.

11. Zeki Hafızoğulları, *Ceza Normu: Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni*, Ankara, Seçkin Kitabevi, 1987.

dar 1987 yılında yayınlanmışsa da yazarın bu çalışmasının temelini 1970’li yıllarda doçentlik tezi olarak hazırladığı bilinmektedir. Hafizoğulları’nın *Ceza Normu*’nun ikinci baskısının önsözünde belirttiğine göre, bu çalışma ilk kez 1978 yılında teksir olarak çıkarılmıştır¹². Keza 1982 yılında bu kitap Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayın Komisyonu tarafından yayın planına alınmış; ama bu yayın gerçekleştirilememiştir¹³. Zeki Hafizoğulları’nın bu çalışması Türk hukuk literatüründe yapılmış gerçek anlamıyla hukukun genel teorisi alanında ilk ve tek çalışmadır. Ne var ki, yazarın bu kitabı, genel olarak hukukun genel teorisi üzerine değil, bu genel teori açısından ceza normu ve ceza hukuku düzeni üzerinedir. Yine de yazar kendi spesifik konusuna geçmeden önce her bölümde, orada inceleyeceği konu hakkında hukukun genel teorisi kavramlarını doyurucu bir şekilde vermektedir. Ayrıca kitapta, özellikle geçerlilik, müeyyide gibi hukukun genel teorisinin kavramları başarıyla işlenmiş, hukukun önermeler mantığı bakımından tahlili, tespit edebildiğimiz kadarıyla, ilk kez ülkemizde bu kitapta yapılmıştır. Dolayısıyla bu kitabı Türkiye’de hukukun genel teorisi çalışmalarının öncüsü olarak kabul etmek gerekir.

Biz çalışmamızda Zeki Hafizoğulları ’nın kitabından büyük ölçüde yararlandık. Yararlandığımız noktalar ileriki sayfalarda dipnotlarından izlenebilir. Şunu da belirtmek isteriz ki, söz konusu kitaptan yararlanmamız ondan yapılan alıntılar ile sınırlı değildir. Hukukun genel teorisine has terimlerin Türkçe karşılıklarını genellikle yine Hafizoğulları’ndan ödünç aldık.

Zeki Hafizoğulları’nın çalışması ceza normu üzerinedir. Yazar hukukun genel teorisi açısından ceza hukuku düzenini ve ceza normunu incelemektedir. Genel olarak hukukun genel teorisini incelemektedir. Bununla birlikte yazar her konuda ilk önce hukukun genel teorisinin açıklamalarını genel olarak vermektedir. İkinci aşamada bu açıklamaları ceza hukuku alanına uygulamaktadır. Örneğin ceza müeyyidesini tartışmadan önce hukukun genel teorisinin genel o-

12. Zeki Hafizoğulları, *Ceza Normu: Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni*, Ankara, US-A Yayıncılık, 1996, s.V. (Aşağıda “Hafizoğulları, *Ceza Normu*, *op. cit.*,” şeklindeki atflar, kitabın bu baskısına yapılmaktadır).

13. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayın Komisyonunun 7.12.1982 tarih ve 5 sayılı kararı.

arak müeyyide konusu hakkında yaptığı açıklamaları verir¹⁴. Daha sonra bu genel açıklamaları ceza hukuku alanına uygular. Dolayısıyla yazarın kitabında sadece ceza hukukunun genel teorisine ilişkin açıklamalar değil, aynı zamanda genel olarak hukukun genel teorisine ilişkin açıklamalar da yer alır. Hukukun genel teorisine ilişkin değinilen konular yazarın daha sonra tartışacağı asıl konulara bir bakıma hazırlık niteliğindedir. Her ne kadar Hafizoğulları'nın kitabı, ülkemizdeki hukukun genel teorisi alanında ilk ve tek çalışma olsa da, bu çalışmanın doğrudan doğruya ve münhasıran "hukukun genel teorisi"ni anlatan bir kitap olduğunu söylemek mümkün değildir. Zaten kitabın başlığına bakılırsa yazarın böyle bir iddiası da yoktur.

İşte bizim burada yapmaya çalıştığımız şey, böyle bir "hukukun genel teorisi" çalışmasıdır. Bu teorinin herhangi bir alana, anayasa hukukuna, idare hukukuna veya ceza hukukuna uygulanması bizim çalışmamızda yoktur. Biz sadece hukukun genel teorisini burada genel olarak ortaya koymaya çalışacağız. Şüphesiz bizim çalışmamızda hukukun genel teorisinin her konusunun, her sorununun incelendiği söylenemez. Bizim burada yaptığımız, bu disiplinin kısa bir tanıtımından sonra, hukuk normlarının geçerliliği ve yorumu sorunlarını tartışmaktan ibarettir. Bu tartışmalar çerçevesinde, hukukun genel teorisine has, maddi varlık, normatiflik, hukukilik, aksiyolojik geçerlilik, biçimsel geçerlilik, etkililik, müeyyide, ve özelde örf ve âdet kuralları ile uluslararası hukuk kurallarının geçerliliği sorunları tartışılacaktır. Yorum konusunda ise klasik yorum çeşitleri, hukukta akıl yürütme sorunu, mantık kuralları ve gerçekçi yorum teorisi tanıtılacaktır. Şüphesiz hukukun genel teorisinin inceleme konuları bunlardan ibaret değildir. Biz önemli gördüğümüz birkaçını, uygun gördüğümüz bir sistem dahilinde incelemeye çalıştık. Çalışmamızın ülkemizde hukukun genel teorisi çalışmalarına bir başlangıç oluşturmaktan başka iddiası yoktur.

Terminoloji

İşe terminoloji meselesiyle başlayalım. "Hukukun genel teorisi" teriminin kökeni XIX'uncu yüzyıl Alman hukuk literatüründe kullanılan *Allgemeine Rechtslehre* 'dir. Almanya'da bunun yerine 20'nci

14. Hafizoğulları, *Ceza Normu*, *op. cit.*, s.137-170.

yüzyılda *Allgemeine Rechtstheorie* denmeyi başlanmıştır. Bu terimin karşılığı olarak İngilizce *general theory of law* Fransızca *théorie générale du droit*, İtalyanca *teoria generale del diritto*, İspanyolca *teoria general del derecho* terimleri kullanılmaktadır¹⁵. Biz de bu terimin karşılığı olarak Türkçe’de “hukukun genel teorisi” terimini kullandık¹⁶.

Şunu da belirtmek gerekir ki, 1950’lerden sonra, bazı yazarlar, “hukukun genel teorisi” terimi yerine, kısaca “hukuk teorisi” terimini kullanmaya başlamışlardır. Her ne kadar bu sonuncu terimi belirli bir ölçüde yaygınlık kazanmışsa da, “hukukun genel teorisi” terimi kullanımdan düşmemiştir. Bu terime, 1940 ve 1950’li yıllarda olduğu gibi 1960, 1970 ve 1980’li yıllarda da rastlanmaktadır¹⁷. Biz de burada, “hukukun genel teorisi” terimini kullanmayı uygun gördük.

Hukukun Genel Teorisinin Tarihi Gelişimi

Hukukun genel teorisinin ortaya çıkışını hazırlayıcı koşullardan ilki XIX’uncu yüzyılda pozitif bilimlerin elde ettiği başarıdır. Bu başarının etkisiyle hukuku da pozitif bir bilim yapma isteği doğmuştur.

15. Çeşitli dillerde kullanılan terimler konusunda bkz.: Marc Van Hoecke, “Théorie générale du droit”, in André-Jean Arnaud (sous la direction de-), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris/Bruxelles, L.G.D.J./ Story-Scienta, Deuxième édition, 1993, s.416.

16. Yukarıda da belirttiğimiz gibi Türkiye’de ilk kez sadri Maksudi Arsal “*théorie générale du droit*”nın karşılığı olarak “hukukun umumi esasları” terimini kullanmaktadır. Biz bu kavramı burada benimsemedik. Kanımızca bu kavram Fransızca “*principes généraux du droit*”nın karşılığıdır ve başka bir anlama gelir. Orhan Münir Çağıl ve Vecdi Aral da “genel hukuk teorisi” terimini kullanmaktadırlar (Çağıl, *op. cit.*, s.106; Aral, 148). Biz burada Zeki Hafizoğullarını izleyerek “*théorie générale du droit*” terimine karşılık olarak “hukukun genel teorisi” terimini kullanmayı uygun bulduk.

17. Örneğin, Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Translated by par Anders Wedberg, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1946; J. Haesert, *Théorie générale du droit*, Bruxelles, 1948; Paul Roubier, *Théorie générale du droit*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, deuxième édition, 1951; Jean Dabin, *Théorie générale du droit*, Paris, 1953; Claude Du Pasquier, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, Neuchatel, Paris, 1967; S. Strömholm, *Allgemeine Rechtslehre*, Göttingen, 1976; L. Raucant, *Cours d’introduction à la théorie générale du droit*, Bruxelles, 1980; Jean-Louis Bergel, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 1989.

Artık belirli hukuk normlarının içeriklerinin tasviriyle yetinilmemesi, çeşitli hukuk sistemlerinin ortak unsurlarının ele alınması ve hukukun jusnatüralist tipte metafizik mülâhazalardan arındırılması gerektiği ve bu şekilde hukukun bir pozitif bilim konusu haline gelebileceği fikri ortaya çıktı. Böylece XIX'uncu yüzyılın sonuna doğru bağımsız bir bilim dalı olarak "hukukun genel teorisi" ortaya çıkıyordu¹⁸.

Hukukun genel teorisinin gelişimi, "Viyana Çevresi (*Wiener Kreiss , cercle de Vienne*)" ¹⁹ olarak bilinen akımdan etkilenmiştir. 1920'lerden itibaren bu Çevre, matematikçi Hans Hahn , sosyolog Otto Neurath , fizikçi Philipp Frank , felsefeci Moritz Schlick ve Rudolf Carnap etrafında oluşmuştur. Daha sonra bu Çevre'ye, Herbert Feige, Hans Reichenbach ve Bertrand Russell gibi isimlerde katılmıştır. Nazi tehlikesi karşısında bu Çevre, 1938'e doğru kendisini feshedip dağılmıştır. Üyelerinin bir kısmı Amerika Birleşik Devletleri'ne, bir kısmı da İngiltere'ye yerleşmiştir. Viyana Çevresi, "mantıkçı pozitivism (*logical positivism*)" ²⁰ denilebilecek bir akımı savunmuştur. Mantıkçı pozitivism'e göre, bir disiplinin bilim olması için önermelerinin mantıktaki doğruluk değeri "doğru" olmalıdır. Doğruluk değeri, dış dünyayla uyum, yani ampirik tutarlılık ile belirlenir. "Doğru" ya da "yanlış" olmayan önermelerin anlamı yoktur. Metafizik cümleler ve tezler, ne biçimsel olarak, ne de ampirik olarak ispat edilebilirler. Onlar boş ve anlamsızdır. Viyana Çevresi'nin amacı, tüm bilimler için bir mantık *syntax*'ı, bir biçimsel dil, bir birleştirilmiş bilim dili hazırlamaktır²¹.

1940'lara kadar, hukukun genel teorisi, özellikle Alman kültür ortamında, Hans Kelsen 'in eserlerinin katkısıyla önemli ölçüde gelişmiştir. Bu arada, Léon Duguit , Hans Kelsen ve François Wery tarafından 1926'dan 1938'e kadar çıkarılan *Revue internationale de la*

18. Bergel, *op. cit.*, s.3.

19. Viyana Derneği veya Klübü yerine "Viyana Çevresi" demeyi, Alâeddin Şenel gibi daha uygun bulduk (Edward McNall Burns, *Çağdaş Siyasal Düşünceler: 1850-1950*, (Çev. A. Şenel), Ankara, Birey ve Toplum Yayınları, 1984, s.518.

20. W. Friedmann, *Legal Theory*, London, Stevens & Sons Limited, 1960, s.224.

21. Viyana Çevresi için bkz. Valentin Petev, "Hans Kelsen et le Cercle de Vienne: à quelle point la théorie du droit est-elle scientifique?", in Paul Amselek (sous la direction de-), *Théorie du droit et science*, Paris, P.U.F., Coll. « Léviathan », 1992, s.237-238.

théorie du droit 'nın etkisini anmak gerekir²². Ne var ki 1940'larda İkinci Dünya Savaşı'nın etkisiyle hukukun genel teorisi çalışmalarında önemli bir duraklama görülmüş, savaş sonrasında 1950'li yıllarda da, bu savaşın doğurduğu anti-pozitivist tepki nedeniyle, bu duraklama devam etmiştir. 1960'lı yıllarda hukukun genel teorisinde tekrar bir canlanma görülmüş, hukukun genel teorisi kendisine daha geniş amaçlar belirlemiştir²³.

Hukukun Genel Teorisinin Tanımı

Hukukun genel teorisi, umumiyetle, değişik hukuk sistemlerinde görülen ortak problemleri dış bir bakış açısından inceleyen, objektif ve a-normatif olmak isteyen hukukun pozitif bir bilimi olarak tanımlanır²⁴.

Hukukun Genel Teorisinin İnceleme Konuları

Hukukun genel teorisinin inceleme sahası genellikle üç kısma ayrılır:

- a) Hukuk Analizi : Hukuk, hukuk normu, hukuk sistemi, hukuki işlevler (yargıç, yasa koyucu), hukukun kaynakları.

22. Vittoria Frosini, "Teoria generale del diritto", *Novissimo digesto italiano*, Torino, VTET, 1975, vol. XIX, s.5.

23. Marc Van Hoecke, "Théorie générale du droit", in André-Jean Arnaud (sous la direction de-), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris/Bruxelles, L.G.D.J./ Story-Scienta, 1988, s.417.

24. Van Hoecke, *Ibid.*, s.417. Cf. Bergel, *op. cit.*, s.3: "(Hukukun genel teorisi), hukukun yapısının ve uygulanmasının temel eksenlerini belirlemeyi amaçlayan değişik hukuk sistemlerinin gözlemi ve açıklanması üzerine kurulu olan metodik fikrî bir yapıdır". "Hukukun genel teorisi, çeşitli hukuk sistemlerinin değişik ilkelerini ve temel unsurlarını aydınlatmalıdır". H.A. Schwarz-Riebenmann Von Wahlendorf, *Eléments d'une introduction à la philosophie du droit*, Paris, L.G.D.J., 1976, s.13: "Hukukun genel teorisi, hukukun araçlarını tespit etmek için hukuki kurumların altında yatan genel ilkeleri kavramsalci, analitik ve karşılaştırmalı bir bakış açısından tanımlamak için hukuk kavramları üzerine genel bir bakış açısından bakar. Bunda, esasen 'tasviri' bir düzeyde pozitif düzenlerin ortak unsurlarından hareketle hukukun bünyesini ortaya çıkarmak sözkonusudur". Pierre Pescatore, *Introduction à la science du droit*, Luxembourg, Office des imprimés de l'Etat, 1960, s.73: "Hukukun genel teorisi, hukuk düzeninin temel kavramlarını ve bu düzeni bir bütün olarak düzenleyen temel ilkeleri inceler".

- b) Hukuk Metodolojisi : Yasama ve hukukun uygulanması (yorum, boşluklar, çatışmalar, akıl yürütme).
c) Bilim teorisi ve hukuk dogmatığının metodolojisi²⁵.

Hukukun Genel Teorisinin Genelliği

Hukukun genel teorisi, adı üstünde “genel”dir. Üstelik bu genellik çiftedir²⁶. Bir kere hukukun genel teorisi belirli bir hukuk düzenini (Türk, Fransız, İngiliz vs.) değil, genel olarak hukuku ele alır. İkinci olarak, belirli bir hukuk dalını değil tüm hukuk dalları için geçerli olan kavram, kurum, yapı ve ilkeleri inceler.

Hukukun Genel Teorisinin Amaçları

Hukukun genel teorisinin amaçları teorik ve pratik olmak üzere iki derecedir. Bir yandan, bir bütün olarak veya parça parça hukuk olgusunu açıklayarak ve bu olgunun karmaşıklığını bütüncü ve sentetik bir yaklaşım aracılığıyla daha basite indirgeyerek teorik ihtiyaçlara cevap verir. Diğer yandan ise, hukuk pratiği ve tekniğinin metodolojisini, yani yorum metodolojisini, yasama tekniğini ve hukuk dogmatığında geliştirilen ve kullanılan hukuki yapıları ve kavramları iyileştirmeye çalışarak pratik ihtiyaçlara cevap verir²⁷.

Hukukun Genel Teorisi - Hukuk Felsefesi Ayrımı

Hukukun genel teorisi konusunu açıklayan ve tasvir eden pozitif bir bilimdir. Değerler arasında tercih yapmaz. Buna karşın, hukuk felsefesi, ahlaki ve ideolojik bir tavır takınarak en iyi hukuk olarak kabul ettiği şeye göre hukuk olgusunun normatif bir analizini yapar²⁸.

Hukuk felsefesi değerler âleminde faaliyet gösterir ve faaliyetinin ürünü değerlendirmedir. Hukukun genel teorisi ise kavramlar alanında faaliyet gösterir ve faaliyetinin ürünü ise teorik önermelerdir²⁹.

J.-L. Bergel 'in belirttiği gibi, hukukun genel teorisi, hukuku metafizik olarak algılayan hukuk felsefesinden net olarak ayrılır. Huku-

25. Van Hoecke, *Ibid.*, s.417.

26. Bergel, *op. cit.*, s.4.

27. Van Hoecke, *Ibid.*, s.417.

28. *Ibid.*, s.418.

29. Hafizoğulları, “Hukuk ve Ceza Hukuku Biliminin Konusu...”, *op. cit.*, s.236.

kun genel teorisi hukuk sistemlerinin gözleminden, bu sistemlerin daimi unsurlarının araştırılmasından hareketle bu sistemlerin temel yapılarını tekniklerini ve kavramlarına ulaşmaya çalışır. Hukuk felsefesi ise, hukuktan ziyade felsefedir. Hukukun metafizik anlamını keşfetmek, özüne ulaşmak, onun izlemesi gereken değerleri bulmak için onun teknik cihazından arındırılması gerektiğini savunur. Şüphesiz tarih boyunca büyük filozoflar hukuk ile ilgilenmişlerdir. Ama onlar hukukun ne *olduğundan* ziyade, ne *olması gerektiği* ile meşgul olmuşlardır. Hukukun genel teorisi ise, hukukun ne *olması gerektiğini* değil, ne *olduğunu* inceler³⁰.

Diğer bir anlatımla, hukukun genel teorisi, her ne kadar “genel” de olsa, yine de “hukuk”tan hareket eder. Oysa hukuk felsefesi, hukuktan değil, felsefeden hareket eder; o daha ziyade “hukuk” üzerine bir “felsefe”dir³¹.

İkinci Dünya Savaşı sonrasında hukukun genel teorisi ile hukuk felsefesinin hukuk olgusunun incelenmesinde iki rakip yaklaşım biçimi olduğu ve bunların arasında bir tercih yapılması gerektiği düşüncesi ortaya çıkmıştır³².

Bu çatışma en iyi şekilde *Archives de la philosophie du droit* ’nın hukuk felsefecileri arasında yaptığı ve 1962 yılında yayınlanan anketten izlenebilir. Dergi dönemin en ünlü hukuk felsefecilerine³³ anket sorusu olarak “hukuk felsefesi” ile “hukukun genel teorisi” arasında bir fark görüp görmediklerini ve eğer bir fark varsa bu iki disiplin arasındaki ilişkinin ne olduğunu sormuştur³⁴. Ankete katılanlar bu sorulara değişik yanıtlar vermekle birlikte bu yazarlar iki gruba ayrılabilir:

30. Bergel, *op. cit.*, s.4-5.

31. Bergel, *op. cit.*, s.5. Cf. Schwarz-Riebenmann Von Wahlendorf, *op. cit.*, s.13-14: “Hukukun genel teorisinin amacı, hukuk mekanizmalarını olduğu gibi ortaya çıkarmaktır. Buna karşın, hukuk felsefesi çabalarını hukuku insanın nihai amacı ışığında belirlemeyi mümkün kılan sorular üzerine yoğunlaştırır”.

32. Van Hoecke, *op. cit.*, s.418.

33. Bagolini, Battifol, Betancur, Brèthe de la Gressaye, Brimo, Cossuo, Dabin, Darbellay, Del Vecchio, Gardies, Héraud, Kalinowski, Kelsen, Legaz y Lacambra, Yevy-Bruhl, Maspétiol, Orestano, Parain-Vial, Perelman, Recasens Siches, Roubier, Treves, Tsatsos, Villey, Vilary (*Archives de la philosophie du droit*, 1962, s.83-171).

34. *Archives de la philosophie du droit*, 1962, s.83.

Dönemin anti-pozitivist tepkisinden esinlenen J. Brèthe de la Gressaye³⁵, G. Kalinowski³⁶, J. Parrain-Vial³⁷ gibi yazarlara göre, yalnızca eleştirel bir hukuk felsefesi izlenmelidir; pozitivist bir genel teori, hukuk felsefesinin “ötanazi”si ne yol açar³⁸.

Buna karşı, G. Héraud³⁹ ve H. Lévy-Bruhl⁴⁰ gibi yazarlar ise spekülatif bir hukuk felsefesini reddediyorlardı. Onlara göre sadece “hukukun genel teorisi” bilim düzeyine yükselebilirdi⁴¹.

Kelsen’in haklı olarak gösterdiği gibi bu tartışma gereksizdir; zira bu iki yaklaşım biçimi arasında tercih yapmak zorunlu değildir. Hukuki bilginin bu iki dalı arasındaki ayrım bir iş bölümünden ibarettir. Bunlar, birbirlerine rakip olmaktan ziyade birbirlerinin tamamlayıcısıdır⁴². Her ikisinin de kendisine has varlık sebebi vardır. Hukuk felsefesi hangi ilkelerin kabul edilmesi gerektiği sorusuyla uğraşır. Bu sorun *adalet* ile, dolayısıyla etik veya ahlak felsefesiyle ilgilidir. Buna karşın, hukukun genel teorisi fiilen *olan* hukuku inceler. Amacı pozitif hukukun yapısını analiz etmek ve bu hukukun temel kavramlarını tespit etmekten ibarettir⁴³.

Zeki Hafizoğulları’na göre de hukukun genel teorisi yaklaşımı hukuk felsefesi yaklaşımını bertaraf etmemektedir. Hatta hukuk deneyinin tam bir bilgisine varmak için değişik yaklaşım biçimleri gereklidir⁴⁴.

35. J. Brèthe de la Gressaye’in cevabı, *Archives de la philosophie du droit*, 1962, s.95-96.

36. Georges Kalinowski’nin cevabı, *Archives de la philosophie du droit*, 1962, s.128.

37. J. Parrain-Vial’in cevabı, *Archives de la philosophie du droit*, 1962, s.143.

38. Van Hoecke, *op. cit.*, s.418.

39. Guy Héraud’nun cevabı, *Archives de la philosophie du droit*, 1962, s.120-121.

40. Hanri Lévy-Bruhl’ün cevabı, *Archives de la philosophie du droit*, 1962, s.136.

41. Van Hoecke, *op. cit.*, s.418.

42. Hans Kelsen, “Was ist juristischer Positivismus?”, *Juristerzeitung*, 1965. s.468’den naklen Van Hoecke, *op. cit.*, s.418.

43. Hans Kelsen’in cevabı, *Archives de la philosophie du droit*, 1962, s.131.

44. Hafizoğulları, *Ceza Normu*, *op. cit.*, s.3.

Hukukun Genel Teorisinin Biçimselliği

Hukuk bilimi, hukuk normlarını inceler. Ancak bu bilimin, anayasa hukuku, ceza hukuku, idare hukuku, medeni hukuk gibi özel disiplinlerden meydana gelen *hukuk dogmatigi* kısmı, hukuk normunun *içeriğini* inceler. Buna karşın hukuk biliminin *hukukun genel teorisi* kısmı, normun içeriğini değil; *yapısını, biçimini* inceler. Bu nedenle, hukukun genel teorisi, hukuku kendi normatif yapısı içinde, yani bu yapının hizmet ettiği değerlerden, bu yapının içeriğini oluşturan insan davranışlarından bağımsız olarak ele alır. Onun *biçimini* inceler. Bu anlamda hukukun genel teorisi, hukukun *biçimsel (formel)* teorisidir⁴⁵.

Diğer bir anlatımla, hukukun genel teorisi hukukun biçimsel yapısını, hukuk dogmatigi ise hukukun içeriğini inceler. Bu iki faaliyet uygulamada birbirinden ayrı yürütülmekte ise de, hukukun mükemmel bir bilgisi ancak bu iki faaliyetin sonucunda elde edilebilir. Zira, hukukun genel teorisi normun norm olarak yapısı, konulması, işleyişi, uygulanması, ortadan kalkışıyla ilgili sorunları incelerken; hukuk dogmatigi ise, bu normun içeriğinde kurallaştırılan beşeri davranış belirler, tasnif eder, sistemleştirir. Dolayısıyla, hukukun genel teorisi bir hukuk düzeninin normatif yapısını, yani normlardan nasıl oluştuğunu; hukuk dogmatigi ise kendisinden bir hukuk düzeni oluşturulan bir normlar bütününe neleri kurallaştırdığını, yani neleri emrettiğini, yasakladığını, veya nelere izin verdiğini inceler. Öyleyse hukukun genel teorisinin incelediği sorunlar *yapısal*, hukuk dogmatiginin incelediği sorunlar ise *içerikseldir*⁴⁶.

Hukukun genel teorisinin incelediği sorunlar yapısal sorunlar olduğuna göre, bu teori, hukuk normunun yapısı *içinde* yer alan, yani içeriksel sorunların çözümü ile uğraşmak zorunda değildir. İşte bu nedenle hukukun genel teorisi, hukukun biçimsel (*formel*) teorisidir⁴⁷. Bu böyle ise hukukun genel teorisi, bir hukuk normunun düzenlediği insan davranışının değeri, normun bu davranışı yasaklaya-

45. Hafizoğulları, *Ceza Normu, op.cit.*, s.2; “Hukuk ve Ceza Hukuku Biliminin Konusu...”, *op. cit.*, s.238.

46. Hafizoğulları, “Hukuk ve Ceza Hukuku Biliminin Konusu...”, *op. cit.*, s.239.

47. Hafizoğulları, *Ceza Normu, op. cit.*, s.2.

rak yahut ona izin vererek güttüğü amacın ne olduğu veya ne olması gerektiği gibi sorularla ilgilenmez.

Ancak bu sorularla ilgilenmediğinden dolayı hukukun genel teorisinin biçimsel yaklaşımının hukukçuyu boş ve kısır bir formalizme iteceği yolundaki düşünceler⁴⁸ tutarlı değildir. Bir kere, hukukun genel teorisi, kendi biçimsel yaklaşımının hukuku incelemenin tek yolu olduğunu iddia etmez. İddia ettiği şey hukukun nasıl ve neden meydana geldiği sorusunu incelemenin tek yolu olduğudur⁴⁹. Hukukun genel teorisi daha önce de belirtildiği gibi, hukuka değişik yaklaşım olanaklarını reddetmez. Hukuk düzeninin esinlendiği değerler sorununu incelemenin kendi sahasına girmediğini, bu sorunun hukuk felsefesi alanına girdiğini belirtir.

Elbetteki hukuk düzeninin esinlendiği birtakım değerler vardır. Dahası bir hukuk sisteminden diğerine bu değerler ve dolayısıyla hukukun içeriği de değişmektedir. Ancak ne değerler, ne de hukukun içeriği, hukukun genel teorisinin inceleme alanına girmez. Zira, kalıp

48. Bkz. Nevzat Toroslu, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu*, Ankara, A.Ü. Hukuk Fakültesi Yayınları, 1970, s.3-35'ten naklen, Hafizoğulları, *Ceza Normu, op. cit.*, s.2. Biçimci hukuk anlayışının etraflıca incelenmesi ve değerlendirilmesi hakkında bkz. Selahattin Keyman, *Hukuka Giriş ve Metodolojisi*, Ankara, Doruk Yayınları, 1981, s.1-82; özellikle s.16-28. Keyman, hukukta “değeri” reddeden biçimci bir teori olarak hukuki pozitivizmin bir “değerlendirmesini” yapmakta; bu anlayışın dahi bir takım siyasi/ideolojik nedenler ile nasıl “değerlere” sahip olduğunu araştırmaktadır. Yazara göre, biçimci anlayışın dahi önem verdiği “değer” vardır: “Hukuki pozitivizm, toplumun, adalet ve hakkaniyetten ziyade, hukukun kesinliği ilkesine dayanan müstakar (kalıcı) düzeni konusunda olumlu bir değer yargısında bulunmak anlamına gelir... Öyle ise, hukuki pozitivizm, maddi anlamda değerler karşısında düzen, değişmezlik, istikrar (kalıcılık), kesinlik vb. biçimsel değerlerin varlığını kabul eden ve bu sonuçlara üstünlük tanıyan hukuki bir ideolojidir” (*op. cit.*, s.23-24). Yazar hukuki pozitivizmin ortaya çıkışını burjuva sınıfının tarihi ile açıklamaktadır. Yazara göre, “birinci devrede burjuvazi, feodal sınıfın egemenliği altında ve mutlak monarşi rejimi içinde yaşamakta ve bir sınıf haline gelme sürecini geçirmektedir. Burjuvazi ikinci devresinde ise, toplumsal bir sınıf haline gelmekte; monarşi ve feodaliteyi yıkarak liberal burjuva sınıfını kurmaktadır. Bilindiği üzere tabii hukuk doktrini birinci devreyi yaşayan burjuva ideolojisine egemen olmuştur” (*Ibid.*, s.24-25). Dolayısıyla yazar, biçimci hukuk anlayışının üstün tuttuğu değerler olan “değişmezlik, istikrar, kesinlik” (*Ibid.*, s.24) gibi değerlerin devrimi gerçekleştiren burjuva sınıfına hizmet ettiğini ima etmektedir.

49. Hafizoğulları, *Ceza Normu, op.cit.*, s.2-3.

yapma sanatı başka şey, kalıbı doldurma sanatı başka şeydir. Madem ki, kalıbı yapanın sanatı kalıbı dolduranın sanatından farklıdır, kalıbı yapan ne kalıbı hep aynı şeyle doldurdu diye ne de boş bıraktı diye eleştirilebilir⁵⁰.

Özetle, hukukun genel teorisi, hukuku bir yapı, bir biçim olarak inceler. Örneğin, bardak hukuk ise, onun biçimini ve neden oluştuğunu (örneğin camdan, metalden, plastikten vs.) ve şeklini (silindirik, küresel vs) inceler. Bardağın içine ne konulduğuyla uğraşmaz. Bardağın içine, isteyen zemzem suyu, isteyen şarap, isteyen ise zehir koyabilir. Bardağı kullanan bardakla zehir sundu diye, bardağı yapan suçlanamaz.

Burada belirtmeliyiz ki biz çalışmamız boyunca hukukun genel teorisi alanında pozitivist anlayışı takip etmekteyiz. Onun için hukukun pozitivist teorisinin temel tercihlerini burada kısaca görmek yerinde olur.

HUKUKUN POZİTİVİST GENEL TEORİSİ

Hukukun pozitivist genel teorisi, “Viyana Çevresi” nden esinlenerek, formel veya ampirik olarak doğrulanamayan önermeleri bilim alanına yabancı olarak kabul eder ve bu önermeleri reddeder⁵¹.

Hukuk bilimi fizik-ötesine ait değildir. Hukuk fizik âlemde bulunur. Dolayısıyla pozitivist teori, tabii hukukun tüm biçimlerini reddeder. Ona göre, doğada değişmez bir düzen mevcut değildir. Keza tüm insanlara has bir “tabii akıl” da yoktur. Değerler “reel” dünyaya ait “*entité*”ler değildirler. Doğada “iyi” veya “kötü”nün ölçüleri bulunmaz. Bunları sadece insan değerlendirir. Tabii hukuk diğer yandan, hukuk bilimi ile bu bilimin konusu olan hukuku karıştırır. Oysa tüm bilimlerde bilimin konusu, o bilimin dışında yer alır. Bu, bilimin konusu ile öznesi arasındaki kartezyen ayrımın basit bir sonucudur.

50. Hafizoğulları, *Ceza Normu*, *op. cit.*, s.3; Hafizoğulları, “Hukuk ve Ceza Hukuku Biliminin Konusu...”, *op. cit.*, s.239.

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

Oysa tabii hukuk bizzat hukuk kuralları koyduğunu iddia eder⁵². Dahası tabii hukuk, tasviri öncüllerden normatif önermeler çıkarılamayacağı yolundaki “Hume Kanunu”nu da ihlâl eder. Bu kanuna göre, “olan” ile “olması gereken” arasında geçiş mümkün değildir⁵³. Nihayet tabii hukuk mutlak bir adalet teorisi hazırlar. Ancak adaletin ne olduğunu sarıh bir şekilde belirleyemez⁵⁴.

Pozitivist teori, objektivist aksiyolojiyi, yani bizzat realitenin bir parçası olarak değerlerin mevcut olduğu tezini reddeder. Pozitivist teorinin bir grubu, değerlerin mevcut olabileceğini kabul eder; ama onlar da bu değerlerin bilinemez olduklarını söylerler. Bu aksiyolojik bilinemezcilik (*non-cognitivism axiologique*) değerlerin göreceliliği nedeniyle (*relativisme*) kaynaklanır⁵⁵.

Pozitivist teoriye göre, hukuk ile hukuk bilimi farklı şeylerdir. Birincisi ikincisinin inceleme konusudur. Hukuk biliminin konusu sadece pozitif hukuktur. Hukuk bilimi konusunu tanımalı, ama onu biçimlendirmeye çalışmamalıdır. Nihayet hukuk bilimi “saf” olmalı, yani kendisine yabancı unsurlardan arınmalıdır⁵⁶.

Pozitivist teorinin çeşitli temel tercihlerini kısaca sıralamış bulunuyoruz. Görüldüğü gibi, birinci olarak pozitivist teori tabii hukuku reddeder; ikinci olarak değerlerin bilinmezliği ilkesini savunur; üçüncü olarak kendine has bir bilim teorisi vardır.

Pozitivist teorinin tabii hukuku reddetmesini burada incelemeyeceğiz. Çünkü tabii hukuku ileride⁵⁷ ayrıntılarıyla görüp eleştireceğiz. Pozitivist teorinin geriye kalan iki temel tercihinin ise kısaca değinmekte yarar vardır. Bunlar, değerler alanında bilinmezlik ilkesi ve kendisine has bilimsellik anlayışıdır.

52. *Ibid.*

53. David Hume, *Traité sur la nature humaine*, 1777 Baskısından naklen Grzegorzcyk, “Le positivisme comme méthodologie juridique”, *op. cit.*, s.176.

54. *Ibid.*

55. *Ibid.*, s.173.

56. *Ibid.*, s.173, 190-191.

57. Bkz. *infra*, s.58 vd.

1. Değerlerin Bilinemezliği İlkesi (*Principe du non-cognitivism des valeurs*)

Viyana Çevresinden⁵⁸ esinlenen pozitivist teoriye göre, sadece olgusal yargılar (*jugements de fait*) ampirik olarak doğrulanabilirler (*vérification empirique*). Bu alan bilim alanıdır. Buna karşın değer yargıları (*jugements de valeur*) bir bilim alanı değildir. Bu alanda “bilinemezlik (*non-cognitivism*)” ilkesi geçerlidir. Buna göre, değerler ampirik olarak bilinebilir şeyler değildirler. Çünkü onlar, ya gerçekte mevcut değildirler ya da mevcut olsalar bile, onların bilinme biçimi tabii olguların bilinme biçimine indirgenemez⁵⁹.

Yani değerler alanında ya *yokluk* ya da *görecelilik* tezi geçerlidir. *Yokluk tezine*⁶⁰ göre, değerler hiçbir şekilde reel dünyada mevcut değildir. Dolayısıyla bilimin konusu olamazlar. *Görecelilik (relativisme) tezine* göre ise, değerler insan subjektivitesi alanında reel olarak mevcuttur; ama değişken oldukları için bilinebilir şeyler değildirler⁶¹. W.K. Frankena 'ya göre *göreceliliğin üç ayrı tipi* vardır: Birincisi *tasviri görecelilik* tir. Bu tür görecelilik ile anlatılmak istenen şey, değişik insanlar ve değişik toplumların değer yargılarının değişik olduğudur. İkinci tip görecelilik, *meta-etik görecelilik* tir. Buna göre bir değer yargısının “doğru”, diğer değer yargılarının ise “yanlış” olduğunun objektif olarak geçerli, rasyonel bir tarzda kanıtlanmasına imkan yoktur. Göreceliliğin üçüncü çeşidi *normatif görecelilik* tir. Birinci tip görecelilik, antropolojik veya sosyolojik; ikinci tip görecelilik, meta-etik bir savda bulunurken; bu üçüncü tip görecelilik, normatif bir ilke ileri sürer: Söz konusu durumlar aynı olsa bile, bir birey, bir toplum için iyi veya doğru olan şey bir başka birey, bir başka toplum için iyi veya doğru değildir⁶².

58. Bkz. *supra*, s.8.

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

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

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

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

Özetle değerler alanında “bilinemezlik (*non-cognitivism*)” ilkesi hâkimdir⁶³. Bu prensip iki şekilde açıklanır: Ya değerler reel âlemde mevcut değildir (yokluk tezi); ya da mevcuttur, ama objektif olarak bilinebilir şeyler değildir (görecelilik tezi).

Hukuki pozitivism , genellikle bu yokluk tezini savunur. Bu akıma göre, reel âlemde değerler mevcut değildir. Dolayısıyla değerler alanında bilinecek bir şey yoktur. Hatta bu akım, insanın kendi değerlerinin yaratıcısının yine insanın kendisinin olduğunu düşünür⁶⁴.

O halde hukuki pozitivismde, değerlerin inkârı söz konusudur. Dolayısıyla pozitivistlere göre bilimsel aksiyoloji mümkün değildir. Zira onlar, G.E. Moore ’un “değerlerin şeylerin tabii nitelikleri olmadığı” yolundaki kanısını paylaşırlar. Moore’a göre örneğin “iyi” ile herhangi bir tabii niteliği karıştırmak “tabii safsata (*naturalistic fallacy*)” yapmak demektir⁶⁵. Ama pozitivistler genelde Moore’dan çok daha ileri giderler. Değerleri tamamıyla ideolojiler alanına yerleştirirler⁶⁶. Örneğin K. Opalek ve J. Wroblewski ’ye göre, bir değer teorisi olarak tasavvur edilen bir bilimsel aksiyolojinin kurulması imkansızdır; zira bu değerler toplumsal ve tarihi koşullar ile biçimlenen ideolojilerin bir parçasıdır⁶⁷.

Kelsen bu konuda çok radikal bir görecelilik tezini savunur. O’na göre bir kimse, bir şeyin iyi ya da kötü olduğunu öne sürmüştü, öne sürülen değer, bir “bilme konusu (*objet de la connaissance*)” değil, sadece bilincin duygusal (*émotionnel*) bileşenlerinin fonksiyonlarından birisidir. Eğer böyle bir değer bir başkasının davranışı üzerine

63. Christophe Grzegorzcyk, “La dimension positiviste des grands courants de la philosophie du droit”, in Christophe Grzegorzcyk, Françoise Michaut et Michel Troper (sous la direction de-), *Le positivisme juridique*, Paris, Bruxelles, L.G.D.J., Story-Scientia, 1992, p.58.

64. Grzegorzcyk, “Le positivisme comme méthodologie juridique”, *op. cit.*, s.183.

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

66. Grzegorzcyk, “Le positivisme comme méthodologie juridique”, *op. cit.*, s.184.

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

ileri sürülmüş ise, “bravo!”, “yazıklar olsun!” gibi ünlemler ile aynı mahiyette bir duygusal tasvip veya kınamayı ifade eder⁶⁸. Dolayısıyla bunlar saf subjektiflik alanına aittirler⁶⁹.

Diğer yandan Kelsen, hukuk normlarının insan-üstü bir irade tarafından değil, sadece beşeri irade tarafından konulduğundan hareketle hukuk normları ile birbirleriyle çatışan değerlerin öne sürülebileceğini belirtmektedir. Örneğin bir hukuk normu intiharı yasaklayabilir, diğeri ise serbest bırakabilir. Belirli bir değerden hareketle, bu normlardan birinin geçersiz, diğerinin ise geçerli olduğu iddia edilemez. Bunlardan her ikisi de usulüne uygun olarak ihdas edilmişse geçerlidir. Bu normlar beşeri irade tarafından konulduğuna göre, bu normlardan çıkarılabilecek değerler de *keyfidir*. Dolayısıyla ifade edilen değerler *görecelidir*. Mutlak değerler din alanı dışında yoktur. Bir takım insanlara göre bu değerler “iyi”, diğerlerine göre ise “kötü”dür⁷⁰.

Kelsen’e göre, değişik zamanlar ve değişik yerlerde insanların “iyi” ve “kötü”, “âdil” ve “âdil olmayan” olarak kabul ettikleri şeylerin çeşitliliği göz önünde bulundurulursa, değerler alanında minimum ortak değerler dahi olmadığı söylenebilir. Genellikle barışın korunmasının bütün ahlâki sistemlere özgü bir gereklilik olduğu ileri sürülür. Ama Heraclite savaşın en üstün değer olduğunu öğretiyordu. Özetle Kelsen’e göre, *a priori* ve mutlak olan bir değer yoktur. Eğer bu böyleyse, iyi ve kötüyü, âdil ile âdil olmayanı tanımlayacak elimizde hiçbir araç yoktur⁷¹.

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

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

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

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

Sonuç olarak, hukuki pozitivizm değerlerin göreceliliği prensibini kabul eder. Buna göre, değerler alanında herhangi bir şeyi kanıtlanma veya rasyonel argümantasyon imkanı yoktur. Dolayısıyla, bir yandan hukuk normlarının aksiyolojik temelini araştırmak, diğer yandan ise mahkeme kararlarının rasyonel jüstifikasyonunu yapmak mümkün değildir.

Böylece değerlerin bilinemezliği ilkesini gördükten sonra, şimdi hukuki pozitivizmin bilimsellik anlayışını görelim.

2. Hukukun Pozitivist Teorisinin Bilim Anlayışı

Pozitivist teorinin bilim anlayışı şu dört özellik ile ortaya konabilir:

- a. Bilimin konusu objektif olarak bilinebilir bir şeydir.
- b. Bilim ile bilimin konusu birbirinden farklı şeylerdir.
- c. Bilimin görevi, konusunu sadece tanımaktır.
- d. Bilim kendisine yabancı unsurlardan arınmalıdır ("saflık").

a. Bilimin Konusu Objektif Olarak Bilinebilir Bir Şeydir

Viyana Çevresinden esinlenen pozitivizme göre, metafizik kavram ve ilkeler bilme (*connaissance*) konusu olamaz. Bilme (*cognitif*) alanında bütün metafizik formlar kısırdır⁷².

O halde hukukun genel teorisi, bir bilim olmak istiyor ise, inceleme konusu olarak bir takım fizik-ötesi formları veya değerleri ele almayı kategorik olarak reddetmelidir. Hukukun genel teorisi ancak ampirik bir konuyu inceleyebilir. Dolayısıyla hukukun genel teorisi, inceleme konusu olarak yalnızca fiziki varlığa sahip olan hukuku ele alabilir. Bu hukuk da *pozitif hukuk*, yani devlet tarafından konulmuş, maddi varlığa sahip hukuktur⁷³.

72. Grzegorzcyk, "La dimension positiviste des grands courants de la philosophie du droit", *op. cit.*, s.56.

73. Grzegorzcyk, "La dimension positiviste des grands courants de la philosophie du droit", *op. cit.*, s.57; Michel Troper, "Un système pur du droit : le positivisme de Kelsen", in Pierre Bouretz (sous la direction de-), *La force du droit : panorama des débats contemporains*, Paris, Editions Esprit, 1991, p.117-137, *op. cit.*, s.123; Michel Troper, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, P.U.F., Coll. « Léviathan », 1994, s.35.

Hukukun pozitivist teorisi bu anlamda bilimseldir. Zira, inceleme konusu olarak sadece pozitif hukuku ele alır⁷⁴. Örneğin Kelsen 'in ünlü eseri, şu cümleyle başlar: “Hukukun saf teorisi pozitif hukukun bir teorisidir”⁷⁵. O halde pozitif hukukun kapsamına girmeyen şeyler hukukun genel teorisi tarafından incelenemezler. Kelsen bunu çok açık bir şekilde ifade eder: “Pozitif hukuk normları kapsamında bulunmayan bir şey, bir hukuki konsept içine giremez”⁷⁶.

Keza *General Theory of Law and State*'in *preface*'ında Kelsen, “bu kitapta açıklanan teori, *pozitif hukukun* genel teorisidir” der. O'na göre pozitif hukuk, daima belirli bir topluluğun hukukudur: Birleşik Devletler hukuku, Fransız hukuku, Meksika hukuku gibi. Bu belirli hukuk düzenlerinin bilimsel bir açıklamasını yapmak, hukukun genel teorisinin amacıdır. Değişik hukuk düzenlerinin karşılaştırmalı analizinden ortaya çıkan bu teori, belirli bir hukuk düzeninin kendileriyle açıklanacağı temel kavramları üretir. Hukukun genel teorisi, hukuk normlarını, onların unsurlarını, yorumunu, bütünü itibarıyla hukuk düzenini, onun yapısını, değişik hukuk düzenleri arasındaki ilişkileri ve nihayetinde, pozitif hukuk düzenlerinin çokluğuna rağmen hukukun birliğini inceler⁷⁷.

b. Bilim ile Bilimin Konusu Birbirinden Farklı Şeylerdir

Bilim ile bilimin konusu birbirinden farklı şeylerdir. Bilim, konusunu kendisinden önce oluşmuş halde bulur. Her bilim dalında, konu, bizatihi bu bilimin dışında yer alır. Bu, bilginin (*connaissance*) öznesi ile konusu arasındaki kartezyen ayrımın basit bir sonucudur⁷⁸.

Hukukun pozitivist genel teorisine göre, *hukuk* ile *hukukun genel teorisi* birbirinden farklı şeylerdir. Birincisi ikincisinin inceleme ko-

74. Kelsen'e göre, hukukun saf teorisi, “pozitif hukukun genel teorisidir” (Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Translated by par Anders Wedberg, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1946, preface, s.xiii; Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, s.1),

75. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, s.1.

76. Kelsen, *General Theory of Law and State*, *op. cit.*, preface, s.xiii.

77. *Ibid.*

78. Bu konuda bkz. Grzegorzcyk, “Le positivisme comme méthodologie juridique”, *op. cit.*, s.176, 179 ; Grzegorzcyk, “La dimension positiviste des grands courants de la philosophie du droit”, *op. cit.*, s.56-58; Troper, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, *op. cit.*, s.122.

nusudur. Dolayısıyla hukuk kuralları, hukukun genel teorisi tarafından değil, pozitif hukuk tarafından konulur⁷⁹.

c. Bilimin Görevi Konusunu Sadece Tanımaktır

Pozitivist anlayışa göre hukukun genel teorisi, inceleme konusu olan pozitif hukuku *tanımak* ile kendini sınırlandırmalı; bu hukuku değiştirmeye, yeniden biçimlendirmeye çalışmamalıdır. Diğer bir ifadeyle, hukukun genel teorisi, pozitif hukuk normları tarafından öngörülenlerin dışında yeni hukuk kuralları formüle etmeye teşebbüs etmemelidir⁸⁰.

Kelsen'in belirttiği gibi, "hukuk biliminin tek amacı, hukuk *yapmak* değil, hukuku *tanımaktır*"⁸¹. Yazara göre,

"bir bilim, inceleme konusunu *olduğu gibi tasvir* etmelidir; birtakım değer yargıları açısından onun *ne olması veya ne olmaması gerektiğine hükmetmemelidir*. Böyle bir hüküm siyasi bir problemdir; ve hükümet sanatını ilgilendirdiği ölçüde değerlere yönelik bir faaliyettir. Böyle bir faaliyet realiteye dönük olan bilimin konusunu oluşturamaz"⁸².

Diğer bir ifadeyle, bir hukukun genel teorisi çalışması bilimsel olmak için inceleme konusu olan hukuk normlarını yeniden biçimlendirmeye veya onları değiştirmeye yeltenmemeli, sadece onları tasvir etmek ile yetinmelidir.

d. Bilim, Kendisine Yabancı Unsurlardan Arınmalıdır ("Saflık")

Pozitif hukukun parçası olan bir normu eleştirmek veya onu aklamak hukukun genel teorisinin üzerine vazife değildir. Hukukun genel teorisinin görevi sadece hukukun gerçeklikte neden ibaret olduğunu *tasvir* etmektir. Hukukun genel teorisi, hukukun nasıl olması

79. Bu konuda bkz. Grzegorzcyk, "Le positivisme comme méthodologie juridique", *op. cit.*, s.176 ; Grzegorzcyk, "La dimension positiviste des grands courants de la philosophie du droit", *op. cit.*, s.56-58; Troper, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, *op. cit.*, s.30-35; Troper, "Un système pur du droit", *op. cit.*, s.122.

80. Troper, "Un système pur du droit", *op. cit.*, s.122.

81. Kelsen, *General Theory of Law and State*, *op. cit.*, preface, s.xiv. İtalikler bize ait.

82. *Ibid.* İtalikler bize ait.

gerektiğini hiçbir şekilde söyleyemez⁸³. Hukukun genel teorisi değer yargılarından kaçınmalıdır. Kelsen 'in ifadesiyle “saf” (*Reine, pure*)⁸⁴ olmalı; yani kendisine yabancı tüm öğelerden kurtulmalıdır. Hukuk bilimi tarihi olarak psikoloji, sosyoloji, etik ve siyaset teorisi ile karma halde bulunur. Hukukun saf teorisi, hukukun bu bilim dallarıyla ilgisini inkâr etmez; ama kendi özünü belirsizleştiren bu metot bağdaştırmacılığı na (*synchrétisme*) karşıdır⁸⁵.

Hukukun genel teorisi, ne yasa koyucunun niyetleri ve saiklerinden ne de bireylerin çıkarları ve arzularından etkilenmelidir. Hukukun genel teorisi, pozitif hukukun yapısını tahlil etmeli; ama bu hukukun oluşumunda rol oynayan toplumsal, ekonomik veya psikolojik koşulları dikkate almamalıdır⁸⁶.

Yukarıda hukukun genel teorisinin inceleme alanlarının neler olduğunu belirttik. Bu alanların burada tamamını incelememiz söz konusu değildir. Biz burada sadece hukuk normlarının *geçerliliği ve yorumu* sorunu üzerinde duracağız. Çalışmamız, başlığının da işaret ettiği gibi, bu alana sadece bir “giriş”tir. Bu alanın tüm konularını işleme iddiasında değildir. Özetle, çalışmamız iki kısımdan oluşmaktadır. Birinci kısımda hukuk normlarının geçerliliği, ikinci kısımda ise bu normların yorumu sorunu incelenecektir.

83. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, s.1.

84. Troper'in işaret ettiği gibi Kelsen bu kavramı Max Weber'den ödünç almıştır (Troper, “Un système pur du droit”, *op. cit.*, s.123; Troper, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, *op. cit.*, s.35).

85. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, s.1-2.

86. Kelsen, *General Theory of Law and State*, *op. cit.*, preface, s.xiii. Bu konuda bkz. Troper, “Un système pur du droit”, *op. cit.*, s.123; Troper, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, *op. cit.*, s.35.