

# NORMLARA HAYAT VEREN GERÇEKLİK VE REALİTEYİ DÖNÜŞTÜREN NORMLAR

*Reality Giving Life to Norms and Norms Transforming the Reality*

**Yrd. Doç. Dr. Orhan ALDANMAZ \***

## ÖZET

Geleneksel olarak, hukuk biliminin normatif bir bilim dalı olduğu kabul edilir. Çağımızın bilimsel yargılarına göre ise, doğru bilgi ancak deney ve gözlem yoluyla elde edilebilir. Bu farklı yaklaşımlar, birbiriyle sadece çelişmezler, aynı zamanda dünyayı farklı açılardan görmeyi ifade ederler. İşte bu çalışma, anılan paradokstan yola çıkılarak yapılan araştırmayı içermektedir. Öncelikle, genel olarak bilgi ve gerçeklik arasındaki ilişkiler felsefi olarak irdelenmektedir. Burada bilginin soyut metafizik bir alandan değil, somut maddi dünyadan edinildiği tespit edilmektedir. Aynı yöntemle hukuk bilimine yaklaşıldığında, hukuk biliminin de esasında ampirik bir zeminde geliştiği ortaya çıkarılmaktadır. Bu bağlamda farklı hukuk teorileri vasıtasıyla, onların normatif gözükken çehrelerinin arkasında, çok karmaşık nedensellik bağlarının hüküm sürdüğü ve bu bağların hukuk kurallarının oluşumunu tayin ettiği izah edilmektedir. Çalışmada ayrıca normların pozitif hukukta düzenlendikten sonra, hukuk dogmatik anlamında normatif karakter kazandığı açıklığa kavuşturulmaktadır. Araştırmalar sonucu varılan yargıya göre, çifte yönlü bir etki söz konusudur. Soyut, felsefi ve normatif ön-kabuller gerçek yaşam düzenini etkilemektedir ve gerçek maddi dünyadan gelen ampirik veriler de, metafizik sanılan normatif alana tesir etmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Normlar, ampirizm, hukuk bilimi, bilgi, akıl.

## ABSTRACT

Traditionally, it is admitted that science of law is a normative branch of science. But, according to scientific judgements of our age, the right knowledge can be obtained solely by way of observation and experimentation. These different approaches, not only contradict each other, at the same time, they amount to seeing the world from different angles. Here, this study embodies conducted research starting from the

---

\* Şırnak Üniversitesi, İ.İ.B.F., Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, ilaydapalu@hotmail.com

mentioned paradoxon. At the outset, in general, the relationships between knowledge and reality is philosophically examined. Here, it is secured that the knowledge is obtained, not from abstract transcendental domain, instead from concrete *matter-of-fact* world. When approaching to the legal science in the same way, it is uncovered that also science of law develops on an empirical ground. In this context, by means of different legal theories it is explained that behind the normative outlook of their faces reign very complex causality links and these determine the formation of legal norms. In the study, besides that, it is also clarified that the norms, held in positive law, take a normative strain in the sense of dogmatic law. According to the conclusive result of research, there is a two-way effect. Abstract, philosophical and normative presuppositions affect the order of real life, and empirical data, coming from the real material world, influence the normative area, believed to be metaphysical.

**Key Words:** Norms, empiricism, legal science, knowledge, reason.



## GİRİŞ

Bilimde, realite ile kavramlar veya ona verilen anlamlar arasında bir bağlantı kurma çabası gözlemlenmekte olup, bu bağlantıyı da anlam verme yeteneğine sahip, düşünüp muhakeme edebilen bireysel veya kolektif akıl kurmaktadır. Bilgi ile maddi dünyanın deneyimleri arasında ve akılla bilgi arasında sıkı bir bağ vardır. Fakat akıllı olmak bilgiye sahip olmaktan çok, konuşabilen ve dış dünyada anlamlı davranışlar sergileyebilen öznelerin, bilgiyi nasıl edindiği ve nasıl kullandığı ile ilgisi vardır. Haklı olarak ileri sürüldüğü gibi, belli bir “hedefe yönelik eylemlerde bir yapabilme, örtük bir bilgi dile gelir...”<sup>1</sup>Bu sava göre nasıl bilindiğinden yola çıkılarak, neyin bilindiği ortaya çıkarılabilir. Bundan ötürüdür ki, kavramların ne derecede realitenin derinliklerine kadar inip onu yansıttığı ve ne derece gerçeklikten kopuk kendi dünyalarını oluşturduğu sorusu önemli rol oynamaktadır. Esasında farklı terimlerle ifade edilen bu hadise, felsefenin temel meselelerinden biri olmuştur.<sup>2</sup> Bu, maddiyatla maneviyatın, gerçeklikle

---

<sup>1</sup> Jürgen Habermas, İletişimsel Eylem Kuramı, çev. Mustafa Tüzel, Kabcacı Yayınevi, birinci basım, Şubat 2001 İstanbul, s. 32.

<sup>2</sup> Emil Lask, Rechtsphilosophie (1905) in “Die Philosophie im Beginn des 20.Jahrhunderts”. Festschrift für Kuno Fischer. Hrsg. Wilhelm Windelband, Heidelberg, ikinci Baskı 1907, s. 279.

manın, yani gerçekte var olan varlık âlemi ile Eflatun'un *ideası* arasındaki ayırmadır. Hukuk araştırmalarında bu durum sosyal teori ile pozitif hukuk bilimi veya dogmatik<sup>3</sup> (jurisprudence, Jurisprudenz) arasındaki ayırmada tecelli etmektedir. Sosyal bilimler nezdinde hukuk hakiki bir kültürel faktör iken, hukuk bilimi anlamında o, sadece düşünülen bir anlamlar kompleksidir (Komplex von Bedeutungen)<sup>4</sup>. Hukuk dünyasının soyutlamaları sonucunda elde edilen kavramlar, karmaşık bir şekilde tasavvur edilen anlamlar cisimleşmesi olarak algılanabilir böylece. Böyle anlaşılan bir bilim dalının savunulması, deneysel olarak araştırılabilen sosyal teorilerden daha zor ve karmaşıktır. Nitekim hukuk tarihçileri ve belli dereceye kadar sosyal teorisyenler, hukukla ile ahlâk, adet, gelenek ve başka yaşam görüngüleri arasında bir ayırım yapmaktadırlar. Disiplinler arası böylesi farklı dünya algıları, daha soyut düzeydeki kavramsal farklılıklardan kaynaklanmaktadır. İşte saf metodolojik ve değer sorunları veya değer bireyselliği ile tarihsel metot, yine felsefî sistemler ile deneysel-kültürel sistemler arasındaki farklılaşma bunlara örneklerdir.

Epistemolojik görüş açısından bakıldığında, gerçeklik, kategorik sentezlerin bir ürünü olarak kabul edilebilir. Hal böyle olunca, pozitif bilimlerde, sosyal bilimlerde ve özelden hukuk, devlet ve iktisat hadiselerinde ve dünya tarihinde kültür-bilimsel kavramsallaştırmanın ürünleri görülebilir. Öte yandan gözden uzak tutulmamalıdır ki, bilim-öncesi kavramların oluşum süreci de bu bütünsel algılama yeteneğinin ortaya çıkmasında katkıda bulunmuştur. Hukuk alanları veya dallarının ayrışması, bu anlamda daha bilim-öncesi zamanlarda, yani analitik ve sentetik düşünen bilimsel öznenin bunu inceleme konusu yapmadan önce baş gösterdi. Zaten metodolojik bilimin temel görevi de, tam belirginleşip araştırılmamış bu kaba kavramları, kesin ve görülür bir çehreye kavuşturmasıdır.

Hukuk bilimi, temelde ampirik kültür bilimlerinden sayılabilir ve pozitif hukuk bilimi buna katkıda bulundu; ama bu söylemin tartışmalı olduğu da bu çalışma kapsamında gözler önüne serilmektedir. Bu bilim dalı, 19. Yüzyıldan önce temelde felsefe bilimi ile iç içe görülmekte idi. Bu yüzyıldan sonra ise,

---

<sup>3</sup> Necip Bilge, Hukuk Başlangıcı, Turhan Yayınevi, 18. Bası, Ankara, Eylül 2004, s. 28.

<sup>4</sup> Lask, s. 302.

diğer sosyal bilimler gibi hukuk bilimi de, kendisini felsefeden bağımsızlaştırıp ayrı bir bilim dalı haline geldi. Devam eden dönemlerde tarihi hukuk okulu<sup>5</sup> da denilen ve Friedrich Carl v. Savigny tarafından temsil edilen hukuka tarihi gelişim bakımından yaklaşım ön plana çıktı. Hukuk, buna göre devleti oluşturan toplumun bütün kültürünün bileşkesidir; kültürde tarihi bir devamlılık vardır, öyle ise hukuk bu tarihi evrimleşme aşamalarından meydana gelir<sup>6</sup>. Hukuk, sadece pozitif normların düzenlenmesinden ve onların sistematik incelenmesinden öte, milletin bilincinde yaşayan inançlardan kaynağını almaktadır. Hukukçuların görevi de, bu tarihi gelişim sürecinde oluşmuş dil, örf ve adet, töre, din ve ahlâk gibi alanlarda gizli değerleri bulup ortaya çıkarmaktır. Kanunlarda yer alan ilkeler, kanun koyucu vasıtası ile de açığa çıkarılabilir; ama ilke olarak tüm hukuk normları, kanun koyucunun etkisi dışında kendiliğinden tarihsel süreç içerisinde vücut kazanır. Böylece tarihsel yoruma<sup>7</sup> dayanan hukuk felsefesi ve hukuk bilimi, ampirik bir yapıya dönüştü. Öyle ki hukukçular, ampirik hukuk biliminden farklı bir hukuk felsefesinin olup olmadığını sormaya başladılar.<sup>8</sup> Bu gelişim sosyal bilimlerin evrimine paralel gitmektedir. Hakikaten, sosyal ve kültür bilimleri dünyasında direkt algılanan gerçeklikle kültürel anlamlar arasında saf teorik düzeyde bir bağ kurulmaktadır.

Bu çalışmada hukuk biliminde deneye dayalı araştırma yöntemleri mi, yoksa daha çok teorik düzeyde mantıksal çıkarım yöntemleri mi hüküm sürmektedir sorularına cevaplar aranmaktadır. Bu sorulara verilecek yanıtlar, hukuksal normların temeli ve meşruluğu konularında bir fikir verebildiği gibi, pozitif hukukta düzenlenen kuralların gerçek yaşamla bağlantısı konusunda da bilimsel bilgi verebilmektedir. İnceleme sonucunda ortaya çıkarılmak istenen so-

---

<sup>5</sup> Gunter Wesener, *Zu den Anfängen der Historischen Rechtsschule romanistischer Richtung in Österreich, vornehmlich zu Ludwig Arndts von Arnesberg (1803-1878)*, in: Grundlagen der österreichischen Rechtskultur. Festschrift für Werner Ogris zum 75. Geburtstag (Wien-Köln-Weimar 2010) S. 577-599; Hans Schlosser: *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte. Rechtsentwicklungen im europäischen Kontext*, 10. Auflage. Heidelberg 2005. S. 143-169.

<sup>6</sup> Norbert Horn, *Einführung in die Rechtswissenschaft und die Rechtsphilosophie*, C.F Müller Verlagsgruppe, Hüthig Jehle Rehn GmbH, Heidelberg, München, Landsberg, Berlin 2007, s. 100.

<sup>7</sup> Aydın Aybay-Rona Aybay, *Hukuka Giriş*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 5. Baskı İstanbul, Eylül 2008, s. 349.

<sup>8</sup> Lask, s. 270.

nuç ise, normların temelinin yaşanılan gerçek dünya olduğu; ama öte yandan deneme ve yanılmaya dayalı yaşam ve araştırmalar sonucunda ortaya çıkan evrensel sosyal ve bilimsel ilkelerin sosyal ve fiziki realiteyi önemli derecede değiştirebilme potansiyelidir.

## I. HUKUKTA YÖNTEM KARGAŞASI

Hukuk biliminde bir metodolojik düalizm, başka bir söylemle, yöntemsel bir ikilem hüküm sürmektedir<sup>9</sup>. Hukuk, ya gerçek bir kültürel faktör olarak bir toplumsal yaşam süreci şeklinde düşünülmektedir; ya da bir anlamlar bileşimi olarak normatif kavramların dogmatik içeriğine yönelik olarak incelenmektedir. Nitekim sosyal hukuk teorisi dahi, diğer formalist kültürel bilimler gibi, hukuku somut algılanabilen dünyanın bütünlüğünden soyutlamaktadır. Hukuk dünyası dışında böyle bütünsel gerçeklikten kopuk halde bir dünya yoktur aslında. Bu soyutlamaya karşın, sosyal hukuk teorisinin kavramsallaştığı hukuku diğer tüm gerçek kültür görünümüleri gibi realite dünyasına tâbi olarak tasavvur ederiz. Canlı ve diri bir gerçeklik olarak görünmesi için, hukukun diğer belli kısmi gerçekliklerle bağlantısının sağlanması ve öyle incelenmesi gerekir

Hukuku sosyal bilimler çerçevesinde inceleyen hukuk teorilerinin en bariz örneği marxist öğretilerdir<sup>10</sup>. Buna göre hukuk hukuksal olmayan hadiselerin neden sonuç ilişkisi içinde düşünülmelidir; hukukun sosyal etkilerini incelemek biricik bilimsel incelemeye değer konudur. Sosyalist hukuk sistemi olarak da anılan bu yaklaşım tarzına göre hukuk, toplumun sınıfsal, ekonomik ve sosyal alt yapısına dayanan bir üst yapı kurumudur.<sup>11</sup> Böylece teknik ve dogmatik şekilde hukuksal olayların incelenmesi ikincil konuma itilmiş olmaktadır. Zaten 19. Yüzyılın ikinci yarısından itibaren hukuk dogmatizminin tek yanlı hegemonyasına karşı bir başkaldırı başladı ve bu hareket milli ekonomik teorisyenler tarafından da desteklendi. Onlara göre hukuk dogmatizmi, gerçek yaşam ilişkilerinden kopuk onları tamamıyla göz ardı eden bir yapıya sahiptir.<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup> Lask, s. 302, 304.

<sup>10</sup> Lask, s. 304.

<sup>11</sup> Necip Bilge, *Hukuk Başlangıcı*, Turhan Yayınevi, 18. Bası, Ankara, Eylül 2004, s. 71.

<sup>12</sup> Emil Lask, *Rechtsphilosophie* (1905) in "Die Philosophie im Beginn des 20. Jahrhunderts". Festschrift für Kuno Fischer. Hrsg. Wilhelm Windelband, Heidelberg 1907, s. 304.

Tam da bu gerçeklik ve anlamsal veya kavramsal araştırma yöntemlerinin karşı karşıya konulmasında ampirik ve felsefi bilimsel eğilimler kendilerini en karmaşık çehresiyle göstermektedirler. Bu, hukuksal veya normatif bağlamda düşünüldüğünde, karşımıza en soyutlanmış şekli ile olan ve olması gereken arasındaki spekülasyon karşılık çıkmaktadır. Normlar ve doğa yasaları, normatif ve genetik inceleme tarzı şeklinde düşünülen yöntemsel düalizm, hukuk biliminin temel karakteri oldu. Aslında yöntemsel sınır hatları karıştırılmasa ve kıyaslamada norm kavramının felsefi ve ampirik ve hatta hukuksal anlamları birbirileri ile karıştırılıp görmezlikten gelinirse sorun olmayabilirdi. Ama burada norm veya normlar bilimi olarak düşünülen hukuk bilimi normatif bilim iken, (Normwissenschaft)<sup>13</sup> farkında olmadan tam zıt bir disipline, yani ampirik bir bilim dalına dönüşmektedir. Hâlbuki aynı terimler farklı disiplinlerde değişik anlamlarla yüklüdür. Kuşkusuz, hukuk biliminin de felsefe biliminin de konusu gerçek fiziki varlığı olan şeyler değildir. Bu bilim dalları temelde olanı değil olması gerekeni, sadece anlamsal düzeyde, kavramsal bakımdan varlığı incelerler ve temelde bir itaat dilemektedirler. Anılan ortak özelliklerine karşın, felsefi ile hukuksal yaklaşım biçimlerinde temel bir fark gözden uzak kaçmamaktadır. Felsefede olması gereken olarak düşünülen şey, mutlak olarak addedilen bir değerden doğmakta iken ve bu değer için ampirik bir temel veya otorite yok iken; hukuktan olması gereken normun formel temeli, toplumsal istemin emir ve talimatlarıdır. Bu da demek oluyor ki, hukukta olması gereken olarak tasavvur edilen ve soyut olarak düzenlenen normlar, gerçek yaşamın diri temeli üzerinde durmaktadırlar.

Daha hukuk bilimi ortaya çıkmadan ve normlar ve birlikte yaşam kuralları bilinçli inceleme konusu yapılmadan önce, kurallar ve hak kavramları ortaya çıkmaktadır. Bundan ötürü, hukuk biliminde bilim-öncesi (vorrechtlich)<sup>14</sup> kavramsallaştırma, diğer bilim dalarındakinden daha fazla rol oynamaktadır. Kaldı ki, hukuk bilimi diğer bütün kültürel yapılanmalardan daha yoğun olarak bir kavram keşfetme uğraşısıdır. Hukuk biliminin bizatihi kendisi, hukuk dışındaki gerçeklikle kendisi arasında kapsamlı bir çatışmaya girmektedir. Gerçeklikle

---

<sup>13</sup> Lask, s. 305.

<sup>14</sup> Lask, s. 306 ve 308.

hukuk arasındaki bu yüzleşmede öyle mükemmel teknik kavramlar oluşturulmaktadır ki, bu terimler diğer bilimsel terimlerden sadece derece veya nicel olarak ayrılmaktadır. Nitel olarak bir fark olmadığı gibi, burada bilimsel incelemeye sadece kanunlar tarafından başlanan kavram oluşturma sürecinin devam ettirilmesi kalmaktadır. Elbette ki, tam tersi bir gelişme de söz konusu olabilmektedir. Nitekim her zaman bilimsel araştırmaların sonuçları, kodifiye edilmiş hukuka dönüşmüştür. Hal böyle olunca, hukukta kavram oluşturan bir ruh ve akıl söz konusudur denebilir ve pratik hukuk mantığı ile hukuk biliminin mantığı arasında terminolojik olarak büyük bir fark yoktur.

Ampirizm ve normatifsizim tartışması bağlamında düşünüldüğünde, hukuk metodolojisinin geniş anlamıyla, yani hem pratik hukuk hem de bilimsel hukuk kavramsallaştırması açısından iki ana konusu vardır. Burada, ilk etapta hukuk ve hukuk biliminin yaşam ve kültürel alt katman veya varlıklarına özgün ve bütünsel yaklaşımı incelenmektedir. Daha basit bir söylemle, hukuk öncesi malzeme hukuksal kavramların kalıbına dökülmektedir. İkinci aşamada ise, hukuksal kavramların kendi aralarındaki sistematik bağlantıları inceleme konusu yapılmaktadır ki, bunu da hukuk biliminin sistemleştirme işlevi olarak görmek mümkündür. (Systemform der Jurisprudenz)<sup>15</sup>

Hukuk biliminde mantık tartışmasında, teleoloji ilkesi denilen hukuk normlarına amaçsal yaklaşım veya gaî yorum<sup>16</sup> prensibi, yöntem düşüncesinde açıkça bilinç üstüne çıkarılmalıdır. Hukuk bilimi, psikoloji biliminden yararlanarak ve insanların iç dünyalarına bakarak duygusal realiteleri ve onların oluşum ve gelişim süreçlerini ve hukuk dünyasındaki işlevlerini ortaya çıkarmalıdır. Zira duygusal realite, hukuki inceleme için tıpkı fiziki dünyada olduğu gibi henüz eylem dünyasına işlenmesi gereken psikolojik harçtır. Şüphesiz ki, yanlış olarak beşeri bilimler olarak adlandırılan disiplinlerde sadece psikolojik olayların analiz edilmesiyle yetinilmemektedir. Hukuk biliminin bireylerin iradi eylemlerini nasıl kullandığına ilişkin bir araştırma, hukuksal terimlerin tespit edilmesinde vazgeçilmez bir gerekliliktir. Hemen bütün hukuksal sorunlarda, yöntemsel

---

<sup>15</sup> Emil Lask, *Rechtsphilosophie* (1905) in "Die Philosophie im Beginn des 20.Jahrhunderts". Festschrift für Kuno Fischer. Hrsg. Wilhelm Windelband, Heidelberg 1907 s. 306.

<sup>16</sup> Aydın Aybay-Rona Aybay, *Hukuka Giriş*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 5. Baskı İstanbul, Eylül 2008, s. 347.

muhakeme sonucu, saf psikolojik kavram ile çok değişkenlik gösteren hukuksal irade kavramı arasında yeterince ayırım yapılmadığı tespit edilmektedir. Burada kısaca önerilebilecek şey ise, psikolojik kavramları hukuki olarak işlerken, bu terimlerin psikolojik ve doğal unsurları ile onların teleolojik elementlerini birbirinden ayırmaktır. Bu iki boyut, çoğunlukla bir biri karıştırılmakta ve hukuki ve psikolojik bakış açısında da ortak kavramlar oluşturulmamaktadır. Belki de yapılması gereken, psikolojik ve amaçsal unsurların çatışmasında iki bilim dalında da bir yönetsel kendi kendini tanımayı cereyan ettirmektir.

Çünkü hukuk bilimi, psikolojik kavramlarla bir alışım oluşturmuş kendi pratik dinamiğinde, bu güne dek kendisine tahsis edilmiş en yüksek kavramsal keskinlik mertebesine ulaşmaktadır. Natüralist Psikoloji böyle bir birliktelik yerine, hadiseleri bir birinden bağımsız birimler halinde görmektedir<sup>17</sup>. Bunun karşısına çıkan amaçsal Psikoloji ile hukuki kişilik veya kişi ile kişilerden oluşan toplam kişilik, tüzel kişilik kavramları ilişki içerisinde bulunmaktadır. Natüralist bir bakış açısıyla tek kişi ile toplam kişilikler özünde bir birlerinden bağımsız parçacıklardan oluşmaktadır; bunlar arasında sıkı bir ilişkiler ağı yoktur. Ama hukuk öncesi amaçsal dediğimiz teleolojik bir bakışla bunlar, bir taraftan bağımsız birimler olarak varlıklarını sürdürürken, öte yandan amaçsal ilişkiler içerisinde birbirilerine bağlı birimler olarak düşünülmektedirler. Yani bir bütün oluşturan birey ve bir bütün oluşturan birey toplulukları olarak imgenenmektedir ki, sonucusu tüzel kişi olarak algılanabilir; önceki ise doğadaki farklı unsurların birleşip bir bireyi oluşturması olarak anlaşılabilir. Tek kişi denilen gerçek kişi ile kişi topluluğu denilen tüzel kişi, burada sadece basit tasarım veya kurgudan öte birer bilimsel soyutlamadırlar<sup>18</sup>. Hukukun ampirik boyutlarından biri de hukuk tarihidir. Hukuk kurallarının tarihsel bakımdan incelenmesi ve bunların farklı dönemlerde aldıkları şekilleri, geçirdikleri aşamaları açıklanması hukuk tarihinin uğraşı alanına girer<sup>19</sup>. Burada dikey denebilecek zaman tüneli içindeki olay ve olgular, analiz ve sentezleme yöntemi ile belli bir ahenge kavuşturulmakta ve soyutlanmaktadır. Kültür- bilimsel olarak olaylar incelenip belli bir dizge oluşturulduğundan, denebilir ki ampirik verilerden yola çıkı-

---

<sup>17</sup> Lask, s. 310, 311 vd.

<sup>18</sup> Lask, s. 313.

<sup>19</sup> Necip Bilge, 28.



arak, bir sistem oluşturulmaktadır. Pozitif hukuk normlarının hazırlık çalışmaları, kuralların olduğu tarihi koşullar yine ampirik türden bilgilere dayanan tarihi yorum yöntemi ile somut bir anlama kavuşmaktadır<sup>20</sup>. Böyle yaklaşıldığında, doğal fenomenlerin bir değerlendirilmesi yapılmış olunur. Ama tarihe hukuk terimlerinin ve dizgelerinin farklı zaman ve mekânlarda aldığı formlar temelinde de yaklaşılabılır ki, burada salt hukuki dünyanın bir evrimleşmesi incelenme konusu yapılmakta ve böylece esasında bir hukuki sistem oluşturulmakta ya da tespit edilmektedir. Mekânsal olarak hukuka yaklaşıldığında yine ampirik boyut önem kazanmaktadır. Zira farklı mekânlarda, ülkelerde ve farklı etnolojik yapıya sahip toplumlarda geçerli olan hukuk anlayışı ve sistemleri<sup>21</sup>, pratiği ve kavramları yatay ve mümkünse dikey olarak karşılaştırılıp değişik hukuk sistemlerinin bileşkesinden veya onların temelinde yatan ortak bir gizli zihniyetten genel ilkeler bazında bir evrensel sisten ortaya çıkarılmaktadır. Bunun adı da aslında Karşılaştırmalı Hukuk bilimidir<sup>22</sup>.

Hukuk bilimi sadece “jurisprudence” denilen hukuk dogmatizminin inceleme konusu olarak alındığında, hukukun sosyal- bilimsel ve kültürel-tarihsel işleyişi, diğer tüm yaşam dinamikleri ile beraber felsefenin dışına itilmiş olur.<sup>23</sup> Buna ilaveten, en genel hukuki konular; devlet ve hukuk, hukuk ve güç, objektif hukuk ve sübjektif hukuk ve benzeri sorunlar tamamıyla ampirik diye anılan deneye dayalı bilim yöntemlerine terk edilmiş olur<sup>24</sup>. Yönteme ilişkin farklı yaklaşım tarzlarının imkânlarının olması, sadece yargıda bulunanların tercihine bağlı olmasından öte, temelde dünyayı anlamada kullanılan metotların altında yatan paradigmalara<sup>25</sup> bağlıdır. Paradigma, belli bir uzmanlar topluluğuna belli

---

<sup>20</sup> Aydın Aybay-Rona Aybay, s. 349 vd.

<sup>21</sup> Farklı hukuk sistemleri için bkz. Kemal Gözler, Genel Hukuk Bilgisi, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Eylül 2009 Bursa, s. 3 vd.

<sup>22</sup> Necip Bilge, s. 29.

<sup>23</sup> Bkz. Lask, s. 318.

<sup>24</sup> Emil Lask, *Rechtsphilosophie* (1905) in; “Die Philosophie im Beginn des 20. Jahrhunderts”. Festschrift für Kuno Fischer. Hrsg. Wilhelm Windelband, Heidelberg, 1907.

<sup>25</sup> Paradigma konusunda bkz. Thomas Samuel Kuhn, *Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen*, Suhrkamp Verlag KG, Frankfurt am Main, Oktober 2009. Ein Paradigma ist „der Entscheidung eines Präzedenzfalles im Rechtswesen ähnlich, ein Objekt für weitere Artikulierung und Spezifizierung unter neuen oder strengeren Voraussetzungen.“ Buna göre paradigma hukukta önceki emsal örnek karar vermelere benzer şekilde, yeni ve daha sıkı şartlar altında bir açık seçik belirtme ve somutlaştırıp özgül hale getirme işlemidir.

bir zaman için asli sorunları ve bunların çözümlerini sağlayan ve genel kabul gören bilimsel performanslardır. Aşağıdaki almanca tanım bunu güzel özetlemektedir: „...*allgemein anerkannte wissenschaftliche Leistungen, die für eine gewisse Zeit einer Gemeinschaft von Fachleuten maßgebende Probleme und Lösungen liefern*“.<sup>26</sup>Bütün anlatılanlardan ortaya çıkmaktadır ki, bilim teorilerinde hüküm süren ampirik ve teorik yöntemler arasında gergin bir ilişki vardır. Bu sorun, yine sosyal bilimlerden sayılan hukuk bilimine de sirayet etmektedir.

Şimdiye kadar dile getirilenlerden anlaşılmaktadır ki, hukuk biliminde bir yöntem tartışması süregelmektedir. Ve bu tartışmanın odak noktasında ise “hukukun ampirik bir temeli mi vardır?”, “yoksa o, sadece yargılardan oluşan bir felsefi altyapıya mı sahiptir?” soruları durmaktadır. Birinci soru olumlu yanıtlandığında, normların dünyasal deneyimlerin ve toplumsal gerçek yaşamın yansımaları olarak görülmesi mümkündür. En idealist felsefeciler bile bilginin dışarıdan, dış dünyanın deneyimleri sonucu elde edilebileceğini inkâr edemezler, ama bunların daha üst düzeydeki hakikati bulmak için veriler sağladığını iddia ederler. Kant’ın saf bilgi ile deneye dayalı bilgi arasında ayırımı yapan incelemesinde bile, daha birinci cümlesinde ampirik tecrübelerin bilgi kaynağı olduğu itiraf edilmektedir: “*Daß alle unsere Erkenntnis mit der Erfahrung anfangt, darum ist gar kein Zweifel...*”<sup>27</sup> Söz konusu ibarede, bilgilerin tümünün deneyimlerle başladığı, şüphe götürmez bir hakikat olarak tespit edilmektedir. Zira duyulara temas eden varlıklar vasıtasıyla dış dünya algılanmakta ve bütün tasavvur veya tahayyüller ve hatta anlama süreci bunun vasıtasıyla harekete geçmektedir. Anlamak ise deneyim sonucu gelen algıların karşılaştırılması, birbirileri ile sistematik bir şekilde bağlanması veya karmaşık haldeki duysal verilerin ayrıştırılması biçiminde vukuu bulmaktadır. Böylece ham hissi etki ve izlenimlerden sağlanan malzeme, varlıkların bilgisi şekline dönüştürülmektedir ki bunun adı da deneyimdir. Kısaca aktarılan anlayışa göre, zaman olarak deneyimden önce hiçbir bilgi yoktur ve her şey deneyimle başlar. Buradaki çalışma bakımından önemli olan sıkıntı ise, gerçek dünyada yaygın olan şeylerin

---

<sup>26</sup> Thomas S. Kuhn, *Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen*. İngilizceden Almancaya Çev. Kurt Simon, ed. Hermann Vetter, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1976, s. 10.

<sup>27</sup> Immanuel Kant, *Kritik der Reinen Vernunft*, ed. Raymund schmidt, Felix Mainer Verlag, Hamburg, 3. Baskı 1971, s. 38.

neden normatif yapıya dönüşüp, olması veya olmaması gerekeni emrettiğidir. Konunun dışına taşmamak için, tamamıyla felsefi olan bu meselenin açıklaması yapılmayacaktır.

İkinci sorunun yanıtlanması daha zordur ve yanıt pozitif olduğunda ise, bu felsefi altyapının sağlamlığı ve realiteyi dönüştürme, düzenleme potansiyeli ve meşruluğu sorunu baş ağrıtmaya adaydır. Normların temelini realite ve yaşayan dünyanın ötesinde aramak, felsefi veya akılsal bir öteki dünyanın ve orda varlığı kabul hakikatlerin bulunduğunu varsaymak anlamına gelir. Anlatılanlara paralel bir söylemle, felsefi düşüncenin; bilmede, konuşmada ve eylemde cisimleşen aklın, düşünmeye dayalı olma özelliğinden ileri geldiği iddia edilmektedir. Felsefe, konusunun temelde saf akıl olmasından ötürü, bir bütün olarak dünyayı ve görüngülerin çeşitliliğindeki birliği, aklın özünde bulunduğu varsayılan ilkelerle izah etme çabasıdır.<sup>28</sup> Kısaca burada, felsefecilerin kavramsal hakikatlerinin realite ile bağının olup olmaması sorgulanabilir ki bu sadece hukuk alanında değil; etik, din, felsefe bakımından hayli problem yaratmaktadır. Hukuk bakımından bu sıkıntı, daha da büyük gözükmektedir, çünkü mutlak doğru ve evrensel aklın ilkelerine uygun olarak sunulan normlar, duyularla ve ampirik temelde yaşayan insanlar bakımından yaşamsal etkiler yapmaktadır. Kaldı ki, sadece akla dayanan değil, daha da aşkın düşünüp, akla reddiyeler yazan akımlar, hakikatin ve buna uygun olarak da hukuksal normların kaynağının, doğaüstü güçlerden, dünyanın ötesindeki bir tanrıdan ve kozmostan<sup>29</sup> geldiğini savunabilirler. Adeta Berkeley'ci üslupla, maddeyi aklın veya ruhun iç alanına sıkıştırarak, ondan saf bir fikir yapmaya çalışmaktır bu<sup>30</sup>. O zaman da Descartes için yapılan itirazlar haklı gözükmektedir. Gerçekten de o, maddeyi -ki bununla bütün yaşam dolu gerçek dünya veya evren anlaşılmalıdır- bizden çok uzaklara itti. Aslında tüm dogmatik ve ütöpik teorilerde, böyle bir realiteden kopukluk gözlenebilir ve bütün çağlarda kavramsal mertebede mükemmel görülen bir dünyaya, gerçek yaşamı uydurma çabası vardır ve bu

---

<sup>28</sup> Bkz. Jürgen Habermas, İletişimsel Eylem Kuramı, çev. Mustafa Tüzel, Kabalcı Yayınevi, birinci basım, Şubat 2001 İstanbul, s. 25.

<sup>29</sup> Bkz. Habermas, s. 25.

<sup>30</sup> Bkz. Henri Berkson, Materie und Gedächtnis, Eine Abhandlung über die Beziehung zwischen Körper und Geist, Felix Mainer Verlag, 7. Bası, Hamburg 1991, s. II (önsöz).

yaklaşım tarzı milyonlarca insanın yaşam modelini yanlış görmeye ve düzeltme çabalarına götürmüştür; çoğunlukla da insanlığa pahalıya mal olmuştur. Aşağıdaki bölümlerde daha çok hukukla sınırlı olmak üzere bu konular üzerinde durulacaktır.

## II. HUKUKTA AMPİRİZMİN KURAMSAL TEMELLERİ

Pratik hukuk uygulamasında ampirik ve normatif, başka bir söylemle olanla olması gereken sorunlar açıkça birbirlerinden ayrılmaktadır. Hukuk uygulayıcısı, pozitif hukuku, yani kanunları uygularken üç kademeli bir yol izlemektedir. Burada yürürlükteki yasanın öncelikle normatif kısmını tahlil edilerek *olması gereken* ortaya çıkarılır. Kanunda tanımlanan hadisenin temel unsurlarının ne olduğu bu aşamada tespit edilir. Ardından uyumsuzluk konusu olayın incelenmesi ile gerçek dünyada neyin mevcut olduğu, yani *olan* ortaya çıkarılır ki fiili durumda hadisenin neden ibaret olduğunu, kanunların öngördüğü yollardan yararlanarak hâkim ortaya çıkaracaktır ve hukuk ilkelerinin büyük çoğunluğu da zaten hâkimin somut yorum ve uygulamaları ile ortaya çıkarılıp geliştirilmektedir.<sup>31</sup> Ama hâkim, olayın neden ibaret olduğunu açıklayarak gerçekliğe sadece bir betimleyici ulaşım olanağına sahiptir. Son aşamada ise, bulunan gerçeklikle olması gereken normatif arasında bur uyumun olup olmadığı tespit edilir ve bunun sonuçlarına ilişkin hüküm verilir.

Pozitif hukuk dogmatikliğinde tartışmaların ve araştırmaların ağırlık noktasını, kuralların normatif veya olması gereken kısmı oluşturmaktadır.<sup>32</sup> Konu hukukta yöntem olunca, denebilir ki kuralların analiz edilmesinde ve somut olaya en adil şekilde uygulanmasında sadece pozitif hukuk dogmatikliği değil, aynı zamanda hukuk felsefesi<sup>33</sup> ve “hermeneutik” denilen anlama veya yorumlama bilimi de büyük rol oynamaktadır. Ne var ki, hukukta bu güne dek sosyolojik kanunsallık, başka bir deyimle, sosyal olayların neden sonuç ilişkileri hukuk dogmatikliğinde ve genel hukuk biliminde hak ettiği ilgiyi görmemektedir. Neden olarak da hukukun pozitif bir bilim dalı ya da normatif bir bilim dalı olarak

---

<sup>31</sup> Karl Larenz, *Methoden Lehre der Rechtswissenschaft*, gözden geçirilmiş altıncı baskı, Springer Verlag ,9. August, München 1991, s. 271.

<sup>32</sup> Larenz, s. 6.

<sup>33</sup> Larenz, s. 7.

görülmesi olabilir. Oysa ki, Amerika Birleşik Devletlerinde uzun zamandan beri ampirik hukuk bilimi (*empirical legal studies*) adı altında araştırmalar yapılmakta ve temelde toplumsal olaylar ve yasalar konu edilmektedir.<sup>34</sup>

İlkönce şunun belirtilmesi gerekir ki, hukuk kurallarının temellendirilmesi sadece pozitif hukuk veya analitik hukuk bilimi (analytical jurisprudence)<sup>35</sup>, güç veya toplumsal fiili uygulamaya veya toplumsal realiteye dayandırılmaz. Bunların yanında; din, mistik, felsefe ve etik, gelenek–görenek veya toplumun tarihsel gelişiminde saklı milletin ruhu veya zihniyeti gibi kavramlar da normların temellendirilmesinde esas alınabilir. Hatta dar anlamıyla normatif bir bilim dalı olarak alındığında, hukukun kaynağı, saf hukuk teorileri<sup>36</sup> gibi, bizzat normların oluşturduğu hiyerarşik yapı kuralları dizgesinde aranabilir. Kelsen, hukuku siyasi ideolojilerden ve doğa bilimlerinden arındırarak, kendine has yasalara tâbi olması gerçeği temelinde kendi özgünlüğünün bilincinde olan bir hukuk teorisi yaratmak istiyordu<sup>37</sup>. Fakat bu bölümde söz konusu olan hukukun ampirik temele oturtulması girişiminde, aslında genel deneye dayalı bilim dalları ile bir karşılaşma zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Bir bilim dalının ampirik olarak nitelendirilmesinden neyin anlaşılması gerektiği tespit edilmeden, hukuksal ampirizm söylemi fazla bir şey ifade etmeyebilir.

Her ne kadar yaşama dünyası, insanoğlunun merakı, duyuları, heyecan ve algılarının açıklanması, yukarıda verilen kavramlarda da görüldüğü gibi, her zaman bilimsel zemine oturtulmazsa da, bilimsel açıklama yöntemi, doğayı daha anlaşılır bir tarzda anlamlandırmayı sağlamaktadır. Bu yöntemle, doğal olayların neden ve nasıl meydana geldiğinin anlaşılması yanında, insanoğlunun fiziki dünya üzerindeki hâkimiyeti de mümkün olmaktadır. Bilimsel yöntem, gözlem ve duyuların tespiti ile başlar, duyulardaki bir oluşun ilk açıklanması girişimi olarak hipotez aşamasına gelir. Devamla, daha dikkatli gözlemlerle hipotezin doğruluk ve kesinliği kontrol edilir. Kontrol aşamasında bilim insanı, her türlü

---

<sup>34</sup> Frederick K. Beutel, An Outline of the Nature and Methods of Experimental Jurisprudence, Columbia Law Review, Columbia Law Review Association, Inc. vol. 51, no 4, April 1951, ss. 415-438.

<sup>35</sup> Herbert L.A. Hart, Concept of Law, second edition, Oxford University Press, 1994 New York, giriş kısmı.

<sup>36</sup> Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., Wien: Franz Deuticke 1960.

<sup>37</sup> Kelsen, s. III.

modern teknik araçlardan yararlanarak, doğrudan duyu organları ile algılanamayan verilere ulaşmaya çalışır. Bir dizi izlemeden sonra hipotez teyit edildiğinde veya kontrol edilmesi gerektiğinde, hipotezdeki yorumun veya tezin bir geçici bilimsel olgu olduğu varsayılır. Bundan ortaya çıkan sonuçlar, daha önce denenmiş veya gözlenen hadiselerle benzeyen benzer olayları da kapsayacak şekilde genişletilerek yorumlanır. Eğer elde edilen ilkeler, bu benzer olaylarda da aynı işlev görebilir ve onların devinim kuralları olarak görülebilir ise; burada bilimsel bir kanunun açıklanmasından söz edilebilir. Bilimsel olarak açıklanan doğal yasalar, bazen ortaya çıkan yeni ve benzer olayları açıklamakta yetersiz kalabilir; bu durumda yeni bir gözlem, kontrol ve teyit etme eylemleri tekrarlanır ve gerekirse hipotez yeniden formüle edilir ve bilimsel yasa yeni bir şekil kazanır, hatta ortadan kalkar.<sup>38</sup> Acaba hukuk biliminin de, buna benzer bir yöntemle gerçek bir deneye ve gözleme dayalı bir zemine oturtulması mümkün müdür? Veya bu bilim dalının, tümü ile olmasa da en azından ampirik öğeler içeren boyutları olabilir mi? gibi soruların sorulması kaçınılmaz ise de, bunların yanıtlanması bir çırpıda hal edilecek işlerden değildir.

Öncelikle doğal bilimlerde uygulama bulan yöntemlerin, aynen sosyal bilimlere uygulanamayacağı iddia edilebilir, çünkü fiziki olayların ve sosyal olayların içsel yapıları ve işlevleri aynı değil, farklı yasalara tâbi olduğu düşünülebilir. Buna karşı ise, gönümüzün nöroloji, tıp, biyoloji, kimya, fizik gibi bilim dallarındaki gelişmeler de göz önünde bulundurularak, sosyal bilimler ile doğal bilimler arasında nitelik farkından öte, ancak nicelik farkı olduğu ileri sürülebilir. Nitekim bazı bilim adamları ve felsefeciler, artık sosyal bilimler ile fizik bilimleri arasında bir farkın kalmadığını ileri sürdüler.<sup>39</sup> İnsan aklının, diğer doğal olaylardan ve canlı varlıklardan nitelik olarak farklı işlediği fikri, bilim dünyasında artık karşılık bulamadığı gibi, insanların özgür iradesinin olmasına karşılık diğer varlıklarının olmadığı savı da temelden yoksun addedilmektedir. Dayanak noktası olarak da Kuantum Teorisi ve Heisenberg'in Belirsizlik İlkesi alınmaktadır. Öte yandan, insanların fiziki dünyanın yasalarına tâbi olması durumunda bir robota dönüşeceği düşüncesi de, fiziki dünyanın sanıldığı

---

<sup>38</sup> Bilimsel yöntemde izlenen aşamaların maddeler halindeki sıralanışı için bkz. *Frederick K. Beutel*, s. 417.

<sup>39</sup> Stuart Chase, *Proper study of mankind*. New York, Harper 1948.

kadar basit olmadığı gerekçesi ile çürütülmektedir. Bazı düşünürler ise, fiziki dünyada neden sonuç ilişkisi kesin olarak saptanabilirken, sosyal ilişkilerin daha karmaşık olduğu ve hangi sosyal nedenlerin ne sonuçlar doğuracağına sosyal bilimcilerce tespit edilemediği kanaatindedirler. Ama fiziki olaylar da basit olarak öngörülemeyişi gibi, sosyal bilimlerin yeterince ilerlemesi durumunda, sosyal olayların nedensellik bağları ortaya çıkarılabilir.

Sosyal bilimlerde, ilke olarak sosyal olaylar ve insan davranışları araştırılırken; insan, kendisi bir özne olarak yine kendisini bilimsel araştırma konusu olarak incelemek durumundadır. Bu gerçeğe istinaden, insanoğlunun kendisini gözleyemeyeceği, çünkü onun insan eylemlerine karşı olan önyargısı, onu kendi tepkilerine ilişkin kesin bir görüş elde etmesini engellediği savunulmaktadır. Hâlbuki antropologlar, psikologlar ve psikiyatristler; insanların *başka insanları* gözlemleyerek çok iyi bilgiler elde edebileceklerini gösterdiler. Öte yandan, insan kendisini inceleme konusu yapınca, kendi iç deneyimlerini ve doğrudan hislerini incelemeye katıp, iyi sonuçların elde edilmesine katkıda bulunabilir<sup>40</sup>. Aslında bu tip itirazlar artık tutunacak türden olmasa da, hukuk bilimi temelde sosyal bilimler içerisinde yer aldığından, sosyal bilimlerin gerçek bilim olarak algılanamayacağına ilişkin savların reddedilmesi, hukuk biliminin de ampirik temelini olabileceğini olanaklı kılmaktadır. Bu genel çerçevenin sağlamlığı, bize bu konuyu özgül olarak hukuk bilimi açısından detaylı analiz etmemizde yardımcı olacaktır. Sosyal bilimlerin kalın hatlarla çizilmiş sınırlar içerisine sıkıştırmak yerine, onun temel sorunsalının belirlenmesi iyi bir başlangıç olacaktır. Sosyal bilimlerin problem alanı, insanların beraber yaşamasından ortaya çıkmaktadır. Bu beraber yaşamı etkileyen ve ondan etkilenen her şey, sosyal bilimlerin, amaca uygun araştırma konusunu oluşturmaktadır.<sup>41</sup> Hukuk bilimi, toplumsal ilişkileri düzenleyip onları açıkça etkileyen ve sosyal gelişmelerden etkilenen bir bilim dalı olduğundan, bu bilim dalının sosyal bilimlerle ilişkisi çok açıktır. Hukukun biliminde hüküm süren ampirizm ve normatifsizim hakkındaki tartışmalar bu çalışmanın temel dinamiğini de oluşturduğundan, bu konu aşağıdaki bölümde ele alınacaktır.

---

<sup>40</sup> Frederick K . Beutel, s. 421.

<sup>41</sup> Kurt Glaser, Die Grenzen der Sozialwissenschaft, in: Zeitschrift für die Gesamte Staatswissenschaft, Bd. 106, H. 1, 1950, s. 46.

### III. HUKUKTA AMPİRİZM VE NORMATİFSİZİM KAVGASI

İnsanların temel haklarını ve özgürlüğünü etkileyen ve toplumsal yaşamı düzenleyen yaptırıma dayalı temel kuralların meşruluğu, çıkış kaynakları ve adaletli olup olmadıkları konusunda sınırsız sayıda teori geliştirilebilirse de, ileri sürülebilecek temel tezler aslında iki ana kategoride toplanabilir. Bu olgu, sadece hukuk bilimi ile de sınırlı değildir. Genel olarak bilimsel yöntemlere ve mantık yürütme kurallarına bakıldığında, tümünden gelim ve tüme varım yöntemleri olarak bilinen iki yol öne çıkmaktadır. Tüme varım yönteminde gerekli sayıda doğa olayları veya dış dünya gözlenerek genel ilkelere varılmaya çalışılırken; tümünden gelim yönteminde doğru olduğu varsayılan temel prensiplerden somut bir olayın ya da olgunun var olduğu, doğru veya yanlış olduğu sonucuna varılır. Bunun hukuk bilimi alanında süregelen ampirizm ve normatifsizim kavgasına benzer bir özellik gösterdiği aşikârdır. Bu bağlamda hukuk biliminin ve genel olarak da sosyal bilimlerin ve felsefenin gerçek bir bilim dalı olup olmadığı da tartışmaya açıktır.

#### A. Ampirik Bir Bilim Dalı Olarak Hukuk Bilimi

Tıpkı fiziki ve tarih olaylarda olduğu gibi, insani ilişkilerin de neden –sonuç ilişkisine bağlı olduğu ileri sürülebilir. İnsanın günlük pratik ilişkilerinde ortaya çıkan sorunlar, hukuk kurumu, temelde insan-merkezlidir. Hukuki ilişkilerin yoktan ortaya çıkmadığı, bunların nedenleri ve etki ya da sonuçları olduğu yadsınamaz. Fakat hukukta, hangi nedenlerin hangi sonuçları doğurduğunu tayin etmek, doğal bilimler kadar statik bir özellik göstermez ve bir değerlendirme ve yorum sürecini gerektirir. Kanun koyucular, belli normlarla somut bir takım hedeflere ulaşabileceklerini tahmin ederler veya belli toplumsal olgu ve olayları pozitif hukuk kurallarının dayanağı olarak görürler.

Hukuk Biliminin, kendi kendine kurallar koymak yerine, gerçek yaşamda geçerli olan normları gözetmesi gerektiğinden yola çıkılarak, bu bilim dalının gerçek bir bilim dalı olduğu söylenebilir. Bu fikrin en önemli savunucularından biri eleştirel akılcılık (kritische Rationalismus) akımının temsilcilerinden olan Hans Albert'tir.<sup>42</sup> Ona göre sadece normların düzenlenmesi bu bilim dalını

---

<sup>42</sup> Klaus Friedrich Röhl, Hans Christian Röhl, *Allgemeine Rechtslehre*, 3. Neue bearbeitete Auf-



normatif bir bilim dalı olmasına yetmez. Tam tersi, normlar sosyal yönlendirmenin temel unsurları olduğundan, hukuk bilimi gerçek bir bilim dalıdır. Böylece hukuk kuralları, kanun koyucunun hedeflerini ortaya koyan ve bu hedefleri gerçekleştirmeyi emreden unsurlar olarak algılanabilir. Albert, hukuk bilimini mantıksal-analitik ve ampirik yöntemlerin bir kombinasyonuna<sup>43</sup> indirgemektedir. Söz konusu yaklaşıma göre, emredici kurallar kanun koyucu tarafından realiteden kopuk olarak konamaz; hukuk kurallarının toplumsal yaşamdaki işlevi, sonuçları gözetilmek sorundadır; ayrıca kanun koyucunun ulaşmak istediği amaçların olduğu ve bu amaçların da sosyal yaşamın gereklerinden kaynaklandığı göz ardı edilmemelidir.

Daha geriye doğru bakıldığında, eleştirel rasyonalizmden daha hararetli olarak hukuk biliminin gerçek bir bilim dalı olduğunu savunan görüşler tespit edilebilir. Eugen Ehrlich'in 1913 yılında yayınlanan eserindeki bir söylemi bu tür yaklaşımı açıklamaya kâfidir:

*“Da das Recht eine gesellschaftliche Erscheinung ist, so gehört jede Art der Jurisprudenz den Gesellschaftswissenschaften an, aber die eigentliche Rechtswissenschaft ist ein Teil der theoretischen Gesellschaftswissenschaft der Soziologie. Die Soziologie des Rechts ist die wissenschaftliche Lehre vom Rechte.”*<sup>44</sup>

Bu açıklama ile ampirik hukuk sosyolojisi, hukuk alanında tek meşru bir bilim dalı olarak ilan edilmekte idi. Hukuk toplumsal bir görüngü olduğundan, her türlü hukuk bilimi sosyal bilimlere dâhildir; ama esas hukuk bilimi sosyolojinin teorik toplum biliminin bir parçasıdır. Böylece hukuk sosyolojisi, hakların yani hukukun bilimsel öğretisi olarak algılanıyordu. Bu kısa açıklama önemli bir çıkış noktası olarak alınabilirse de, hukukun neden ampirik temele dayandığını veya dayanması gerektiğini açıklamaya yeterli değildir. Eserin ilerleyen kısımlarında buna ilişkin yeterli verilere ulaşılabilir. Hukuk biliminin bilimselliği, hukuk niteliğindeki insani ilişkilerin canlı dünya görüşlerinde, bu dünya görüş-

---

lage, Verlag Franz Vahlen, 2008 München, s. 81.

<sup>43</sup> Klaus Friedrich Röhl, Hans Christian Röhl, s. 81.

<sup>44</sup> Eugen Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (1913), 4. Aufl. hrsgg. Von Manfred Rehbinder, Berlin 1989, s. 33.

lerinin sonuçlarının genelleştirilmesinde ve buna ait ya da uygun karar verme ilkelerinde aranmaktadır.<sup>45</sup>

*Öyle ise, hukuk; soyut, gerçek yaşamdan kopuk olarak değil, bilakis insanların günlük yaşamlarının gerçek ilişkilerinde doğup gelişmektedir ki, bu da bu bilim dalının deneye dayalı bir temel üzerinde durduğuna işaret etmektedir. Hukuk teorik bir temel üzerine oturtulmaya çalışılsa dahi, hukuk biliminin bilimselliğinin koşulları sorunu ortaya çıktığında, ampirik veriler olmadan bu konuda bir karara varmak oldukça zor gözükmektedir. Böyle bir meta teorik yaklaşımla, farklı hukuk disiplinlerinin birbirileri ile olan ilişkiler somut veriler ışığında inceleme konusu yapılmaktadır; hatta daha da ileri aşamada komşu disiplinlerle olan ilişkilere odaklanılmaktadır.<sup>46</sup> Sosyoloji, siyaset bilimi, iktisat ve psikoloji bilimi ile hukuk bilimleri arasındaki bağlar ve etkileşimler ortaya çıkarılmadan, sağlıklı bir hukuka dayalı düzen tasarlamak düşünülemez.*

Eğer hukuk, Gustav Radbruch'un deyimi ile adalete hizmet etmek amacı olan bir hadise ise<sup>47</sup> ve adalet anlayışı da sosyolojik, psikolojik, iktisadi ve politik yaşamla sıkı bir ilişki içerisinde bulunuyorsa; hukukun özünün soyut tasarımlardan değil, somut realitenin verilerinden meydana geldiği söylenebilir. Gerçekten de hem esas bakımından yani içerik ve maddi bakımdan adalet anlayışının meşruluğu ve hem de hukuk sisteminin ve toplumsal düzenin istikrarı, normların bunlardan etkilenenler tarafından kabul edilmesine bağlıdır. Her türlü hukuki cebir, buna maruz kalanlar tarafından zorlamanın meşruluğu konusunda sorgulanacaktır. Ama, kuralların demokratik yollarla ve usul kurallarına uyularak oluşturulduğu yönündeki gerekçeler de, zorlayıcı normların haklı kılmasına yetmeyebilir. Kuralların aynı zamanda maddi bakımından adaletili olması ve etkilenen bireyler tarafından hakkaniyete uygun olarak kabul görmeleri gerekir<sup>48</sup>. Adalet algısı kişiden kişiye, yere ve zamana göre değiştiği

---

<sup>45</sup> Ehrlich, s. 402.

<sup>46</sup> Bkz. Josef Franz Lindner, *Rechtswissenschaft als Gerechtigkeitswissenschaft, ReWiss, Heft 1, 2011, s. S. 5.*

<sup>47</sup> Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, Verlag Quelle & Meyer, Heidelberg 1932, s. 4.

<sup>48</sup> Bu konuda Krş. Rainer Forst, *Das Recht auf Rechtsfertigung, Elemente einer konstruktivistischen Theorie der Gerechtigkeit, Suhrkamp Taschenbuch Verlag, Frankfurt a. M. 2007. 1-20.* Bu kitabın ilk bölümünde bireyin kendisini etkileyen kuralların geçerliliğini inandırıcı şekilde kanıtlamayı yetkililerden istemesi, ahlaki ve hukuki bir temel hak olarak sunulmaktadır. El-

gibi; demografik yapıdaki değişmeler dâhi, hukuk düzeninin yeniden gözden geçirilmesini gerektirebilir. Doğal haklar, doğal hukuk, insan hakları gibi kavramlar da, temel hakların esasında insanın doğal yapısına, yani onun fitrat ya da yaradılışına uygun ve onun özgürlük, mülkiyet ve barış içerisinde mutlu yaşama hakkını garanti edip insan onurunu koruma işlevine sahip olması gerektiğini göstermektedir. Bütün bu söylenenler ise, hukukun dayanağının ampirik bir karaktere sahip olduğunu teyit eder gibi gözükmemektedir. Kanunların fiili uygulanmasını gözlemleyip, onların insanlar üzerindeki etkisini ve işlerliliğini ortaya çıkarmadan ve böylece geçerli kuralların sentezi ya da analizinde elde edilen veriler olmadan, özneler arası adil addedilebilecek bir hukuk dizgesi oluşturmak olanaklı gözükmemektedir. Gerçekten de, insan aklının temel karakteristiği, gözleyici öznenin gerçekliğin karmaşasından geri çekilip, kendisini realitenin karşısında ayrı bir varlık olarak görebilmesi ve bunun sayesinde gerçekte hüküm süren yaşamla değerler veya olması gereken dünya arasında bir ayırım yapabilmesidir.<sup>49</sup> Bundan anlaşılması gereken şey, gerçek yaşamın tamamıyla yadsınıp, ideal kabul edilen hayalî bir değerler evreni yaratmak değildir. Bilakis ampirik bulgulardan yararlanılarak ayrıntılardan oluşan realitenin genel ilkelerinin akıl yürütme ile ortaya çıkarılmasıdır.

Hukuk biliminin inceleme alanına, öncelikle belli bir pozitif hukuk sisteminde uygulanıp hüküm süren temel hukuk ilkeleri girer. Bu kuralların incelenmesi yolu ile kuralların temelinde yatan gerçek yaşam ilişkileri ortaya çıkarılır ve hukukla yaşam arasında uygun bağlantı kurulur; topluma hükmeden pozitif hukuk kurallarından toplumun morfolojisi (biçim bilimi) tespit edilir. Hukuku anlaşılır kılmak için esas alınan toplumsal insani ilişkiler, toplumda geçerli olan pozitif hukuk kurallarından farklıdır. Farklı toplumlar gözlendiğinde, devlet, kişi, mülkiyet, maddi haklar, sözleşmeler, miras gibi kavramların her yerde bulunduğu ve bunların benzerlikler ve ayrılıklar gösterdiği görülür. Pozitif hukuku tamamen göz ardı ederek, toplumda fiili olarak varlığını sürdüren uygulama-

---

bette bu adalet anlayışı sadece sosyal adalet, siyasal ve temsilde adaletle sınırlı olmaktan çok, uluslararası adaleti de kapsayacak şekilde geniş tutulup felsefi olarak analiz edilmiştir. Kitabın birinci ve ikinci bölümlerine bu konular özgürlük, demokrasi, eşitlik ve tolerans kavramları ekseninde ayrıntılı açıklanmıştır.

<sup>49</sup> Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, ed. Ralf Dreier, Stanley Paulson, ikinci basım, C. F. Müller Verlag Heidelberg 1999, S. 7.

lardan yararlanılarak hukuki ilişkiler ortaya konabilir. Bundan ötürü, belli bir pozitif hukuk tarafından yönlendirilip tayin edilen toplumun değil, kendinde saf insani toplumsal ilişkilerin temel alınması ile sağlıklı bir hukuk sistemi oluşturulabilir. Hukuk sosyolojisinin görevi burada, pozitif hukuka sınırlı kalmadan ortak hukuki ilişkileri ortaya çıkarıp ilkeler halinde özetlemek, farklılıkları varsa onların neden ve etkilerini araştırmaktır.<sup>50</sup> Ancak bu şekilde mahkeme ve devlet dairelerinde hüküm süren donuk pozitif hukukun ötesine geçilerek, yaşayan diri hukuktan söz edilebilir. Hayat dolu canlı hukuk, hukuk ilkelerinde tespit edilip statikleştirilmiş hukuk değildir; ama buna rağmen yaşama hükmedebilen hukuktur.<sup>51</sup>

*İşte hukuk sosyolojisinin kendisine biçtiğimiz bu rolünü oynayabilmesi, onun tamamıyla ampirik bir metotla toplumda egemen olan bu ilkelerin sosyal temellerine inmesi ve onları anlaşılır bir dille formüle etmesi ile mümkündür. Anılan yaklaşım esas alındığında, hukukun teorik ve dogmatik temellendirilmesi yetersiz sayılmış olmakta ve onun ağırlıklı olarak deney ve gözleme dayalı bir mecrada vücut bulup geliştiği varsayılmaktadır. Bilimde topyekun bir yadsıma veya kabulün yeri olmadığından ve özgül olarak hukukta da ampirizm karşıtı fikirler azımsanamayacak boyutta olduğundan, aşağıdaki bölümde hukukta deneye ve gözleme dayalı olmayan teorik temellendirme girişimlerine kısaca yer verilecektir.*

## **B. Hukuk Biliminde Teorik ve Normatif Eğilimler**

Hukuku ampirik açıdan ziyade, teorik ve normatif, böylece de sabit ve sağlam temeller üzerine yerleşmiş olarak görmek isteyen yaklaşımlar çeşitlilik arz etmektedir. Bunları deneye dayalı hukuk bilimi yöntemlerinden ayıran şey, bu tür düşüncelerin zamansal ve mekânsal olarak objektif yani, her kültürel alanda ve çağda geçerli olduğu düşünülen maddi hukuka yönelik mutlak hakikat iddialarıdır. Bazı hukuk öğretileri kültürel görecelik savından yola çıksalar da, bunların sadece deneye ve gözleme dayalı kategoride düşünmek mümkün değildir, zira bu kategorideki tezlerde, hukuk doğal olarak gelişen halkın sosyal

---

<sup>50</sup> Krş. Ehrlich, s. 402 vd.

<sup>51</sup> Bkz. Ehrlich, s. 415.

kodlarında saklı olarak tasavvur edilmektedir ve daha çok doğal evrilme yoluyla kendiliğinden yaşama kavuşmaktadır.

Örneğin, tarihî hukuk okulunun<sup>52</sup> temel söylemine göre hukuk, kanun koyucu tarafından keyfi olarak konulan kurallar toplamı olarak algılanamaz. Bilakis, o, halkın bilincinde canlı olarak yaşam varlığını sürdüren inanışlarında gizlidir; dil, örf ve adet, ahlâk ve töre kuralları nasıl ki tabii olarak gelişiyor ise, hukuk kuralları da benzer bir süreçten geçerek varlık kazanmaktadırlar. Bu bağlamda göze çarpan anahtar kavramlardan biri *Volksgeist*, yani milletin zihniyeti ya da ruhudur. Kelimenin tam anlamıyla, hakikaten milletin hukuku, burada özgün ve yegâne bir karakter kazanmaktadır; öyle ki, hukuk artık metafizik bir vasıf kazanıp, bütün diğer tekil kültürel dışavurumların ve ifadelerin gerçek temelini oluşturmaktadır. Halkın hak ve hukuka ilişkin düşünce inançları veya adalet duygusu kanun koyucuların normatif yönlendirmesi yolu ile de şekillenebilir de, normları tarihsel perspektiften görmek isteyenlere göre, kurallar yasa yapıcıların direkt yapıp etmelerinden ziyade, tarihsel süreç içerisinde organik olarak gelişip değişime uğramaktadırlar. İlk bakışta gözlem ve deneyden uzak gözüken tarihi hukuk yöntemi, esasında ampirik yöntemden tam olarak soyutlanamaz. Pratik uygulamada test edilip somut sonuçlara ulaşılması güç gözükmese bir tarafa bırakıldığında, hukuk normlarının zamansal gelişim seyri halkın veya milletin çevresel koşullara göre değişen pratik gereksinimlerinden bağımsız olarak düşünülemez. Zaten gelişen bir hukuk sisteminde hukuk camiasının temel görevi de, toplumsal işbölümü anlamında, halkın bağrında saklı duran, milletin hakkaniyete ilişkin bilincini araştırıp ortaya çıkarmaktır. Böylesi bir çaba ise, yürürlükte olan hukukun, hukuk alanında yapılan bilimsel analiz ve araştırmalar sonucunda bulunup ortaya çıkarılması ve pratikte uygulanması anlamına gelmektedir. Buraya kadar belirtilenlerin makul addedilmesi durumunda, tarihsel hukuk okulunun ampirizmi tamamıyla göz ardı edemeyeceği söylenebilir. Konuya daha bütünsel yaklaşıldığında, hukuk biliminde gelenek-

---

<sup>52</sup> Friedrich Carl v. Savigny, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814, Jacques Stern, Thibaut und Savigny, Berlin 1914 ., S. 69ff., 73f., 78f: *Gunter Wesener: Zu den Anfängen der Historischen Rechtsschule romanistischer Richtung in Österreich, vornehmlich zu Ludwig Arndts von Arnesberg (1803-1878)*, in: *Grundlagen der österreichischen Rechtskultur. Festschrift für Werner Ogris zum 75. Geburtstag* (Wien-Köln-Weimar 2010) S. 577-599.

sel olarak öne çıkan doğal hukuk ve pozitif hukuk teorileri arasında, hukukun normatif özelliğe sahip oluşu konusunda görüş birliği olduğu kabul edilebilir. Her iki teori de, hukuk kurallarının bağlayıcı normlar sisteminden ibaret olduğunu kabul etmektedir. Fakat bu bağlayıcı kuralların ahlakla ilişkisi gündeme geldiğinde, önemli farklar açığa çıkmaktadır. Doğal hukukçulara göre, insanların, insanlar için koydukları pozitif hukuk kurallarının, ilk oluşumlarından itibaren kendi doğallarından kaynaklanan *normatif karaktere* sahip olmaları için, ilk elden haklar bahsedebilmeli ve ödevler yükleyebilmelidir. İlk elden hak ve ödevleri düzenleyen pozitif hukuk kurallarının bu bağlayıcı gücü, tabii hukuk ışığında görüldüğünde, dayanağını temel ahlâki değerler olan adalet ve kamu yararı kavramlarından almaktadır.<sup>53</sup> Belli bir yerde ve zamanda uygulanan hukukun üstünde, daha üstün hukuk normları vardır ve aklın kullanılması vasıtasıyla bu temel bağlayıcı kurallar bulunup formüle edilmektedir. Uygulanmakta olan ve doğal hukuka aykırı olmayan hukuk kuralları, bağlayıcılığını böylece ideal hukuktan almaktadır. Kısaca doğal hukuk teorisine göre, hukukla ahlâk arasında kavramsal bir ilişki vardır; ahlâki değerler ve ilkeler, insanların inanç ve tutumlarından bağımsız olarak mevcuttur<sup>54</sup>. Burada hukukun ahlâki veya etik otoritesi, hukuk kavramının ayrılmaz parçası olarak görülmektedir. Yani adil olmayan, daha üstün doğal hukuk kurallarına aykırı olan normlar, hukuken bağlayıcı değere sahip değildirler ve hatta hiç hukuki özellik taşımazlar.

Halbuki pozitif hukuk teorisi<sup>55</sup>, temelde normatif hukuk anlayışından hareket etmekle beraber, genel ve betimleyici bir hukuk teorisi olup hukuk normlarının bağlayıcılığını ahlâk veya ideal hukuka dayandırmaz. Bilakis, bu öğretiyeye göre, ahlâki iddiaların bilişsel bir anlam veya değeri yoktur. Hukuk burada etik

---

<sup>53</sup> Bkz Torben Spaak, *Legal Positivism, Law's Normativity, and the Normative Force of Legal Justification*, Ratio Juris'te sayı.. 16:4 2003, ss.. 469-85.

<sup>54</sup> Thomas Aquinas, , *Summa Theologiae* (R. J. Henle ed.) 1993, Q 90, Art. 2, C. & Art. 4, C; Gustav Radbruch, , *Rechtsphilosophie* , 7th. ed., Stuttgart 1950, p. 353.

<sup>55</sup> John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, Indianapolis/Cambridge 1954; Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Cambridge, Massachusetts 1945; Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2d. ed., Wien 1992 [1960]; Alf Ross, , *On Law and Justice*, Berkeley & Los Angeles 1959; H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford 1961; Hart, H. L. A., *Essays on Bentham*, Oxford 1982; Raz, Joseph, *The Authority of Law*, Oxford 1979, Ch. 3; Joseph Raz, *Authority, Law and Morality*, The Monist Vol. 68 1985, p. 295-324; Neil MacCormick, & Ota Weinberger, *An Institutional Theory of Law*, Dordrecht 1986.

değerlendirmeden çok, şekilsel anlamda incelenmektedir, o, belli bir zorlama gücüne sahip sistemim, özgül ve sosyal bir tekniği<sup>56</sup> veya uygulama yöntemi- dir. Konulan kuralların etkili olması için, onların bağlayıcı şekilde emir ve ya- saklar getirmesi gerekir ki bu da pozitif hukuk kurallarının normatif olma zo- runluluğunu beraberinde getirmektedir. İşte bu noktada, hukuk normlarının bu bağlayıcı gücünün, ahlâki değerler gibi daha üstün bir normlar sisteminden geldiği iddiası ortaya çıkmaktadır. Çünkü böylesine bir tez, neden hukuka uy- malı, emir ve yasakları neden dinlemeliyiz sorularına kolay cevaplar verebil- mektedir ve toplumun kabulüne mazhar olmaktadır. Oysaki hukukun emir ve yasakları, saf hukuk teorilerine göre, kaynağını dışarıdan değil, bizzat hukukun normlar sisteminden almaktadırlar. Öyle ise hukuk, zorunlu olarak insan fiille- rinin ahlâki veya diğer nedenlerini hesaba katmadan, sadece hukuk dogmatığı yönünden ele alınmalıdır. Bu anlayış daha ileri götürüldüğünde, vicdani ret hakkı veya sivil itaatsizlik gibi ahlaki boyutu olan haklar, yargı organlarınca, bu konuda yargıçların ahlâk kurallarını gözeticeğine ilişkin bir yazılı hukuk kuralı varsa değerlendirmeye alınıp kararlaştırılmalıdır. Ahlâki normların pozitif hu- kuk kalıbına dökülmemesi durumunda, bu kuralların hukuken değerlendiril- meye alınması olanaksız gözükmektedir.

Anlatılanlardan ortaya çıkmaktadır ki, hukukun ahlâki temele dayanan, ebedi ve evrensel hak ve ödevler düzenleyen normatif oluşu ile hukuk tekniği ile sınırlı dar anlamda hukuki normatifiklik arasında ayırım yapılmalıdır. İkinci- si etik değerlendirmelerden çok, saf hukuk teorisi veya dogmatığı anlamında normların geçerliliğine, hiyerarşisine ve üst normun alt normları meşrulaştır- masına işaret etmektedir. Hukuk normları, onları gerektiren şartlara veya he- deflere yönelik bir akıl yürütme ile ortaya çıktığına göre, doğal hukuk burada değerlendirmeye hiç alınmamaktadır. İdeal hukuk ve pozitif hukuk çatışması da böylece söz konusu değildir, çünkü onlar ayrı yaşam evrenlerinde farklı an- lamlarda geçerlilik iddiasında bulunurlar. Norm, başkasının belli şekilde dav- ranmasına yönelmiş bir arzu ve isteme eylemidir. Fakat bu istem sadece süb- jektif, failin bireysel arzularını dile getirmez, aynı zamanda norma itaat edecek olanlar tarafından da böyle algılanması ve kabul edilmesi beklentisini içerir.

---

<sup>56</sup> Bkz. Joseph Raz, *The Authority of Law*, Oxford 1979, s. 39.

Başka bir deyişle hukuk normları, objektif geçerlilik iddiasına da sahiptirler. Hukuk normlarının geçerli olması, onların yürürlükte yani mevcut olması, onların mevcut olması ise onlara itaat edilmesi ve uygulanması, kısaca onların bağlayıcı güce sahip olması anlamına gelmektedir.<sup>57</sup>

Hukuk olan ve olması gereken ayırımına dayanıp, insanların nasıl davranması gerektiğini düzenlemektedir. Bu özelliğiyle hukuk saf hukuk teorisine göre normatiftir ve diğer fiili gerçeklikten ya da hadiselerden, yani *olandan* ve de başka normatif değerler sisteminden ayrıdır<sup>58</sup>. Zikredilen hukukun normatif oluşunun tespiti, yukarıda savunulan ve hukukun ampirik temele dayandığı savı ile çelişmektedir. Gerçektende, pozitif hukuku temel alan saf hukuk teorisine göre, hukukçular, psikoloji, sosyoloji, ekonomi ve siyaset bilimi gibi bilim dallarının ampirik fikir ve verilerinden feyiz alamaz. Etik ve teolojinin normatif tespitleri ve bunların hukuka ilişkin normatif tahlilleri de bu bağlamda esas alınamaz. Zira saf hukuk teorisi, hukuku, hukuk bilimine yabancı unsurlardan temizleme, hukuku sadece hukukun kavram ve yöntemleriyle inşa etmeye çabalamaktadır. Hukukun ampirik olduğu savı, hukukun saf hukuk tekniği bakımından dar anlamıyla normatif oluşu ile tamamen çelişmektedir. Fakat bu, giderilmesi imkânsız bir çelişki değildir.

Saf hukuk teorisi, temel bir normun doğru, haklı veya geçerli oluşu ön-kabulünden yola çıkarak, daha alt normların meşruluğunu temelde yatan ilk norma dayandırmaktadır. Bu durumda takip eden normların ampirik olmaması mantıklı gözükebilir, ama onların bile ortaya çıkıp düzenlenmesinin sebebi, gerçek yaşamdaki zorunlu ihtiyaçlardır ve uygulanacağı dış dünyaya uygun olarak şekillenirler. Asıl sorun ise, en üst veya temel normun nasıl meşrulaştırılacağıdır. Varsayılan temel norm, salt bir istem, arzu veya temenni değil de, bir tanıma veya idrak edip bilme eylemi ise, o zaman bu temel normu tanıma, bir akıl yürütme yani düşünme eylemidir. Normu koymak, keyfi bir arzuyu dışı vuran davranıştan öte bir anlam taşımaktadır. Temel ilke bir hipotez veya kurgu olarak alınabilirse de, bu, sorunu çözmek için yeterli gözükmemektedir.

---

<sup>57</sup> Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2d. ed., Wien 1992 [1960], s. 9-10; Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Cambridge, Massachusetts 1945, s. 30, 39.

<sup>58</sup> Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2d. ed., Wien 1992 [1960], s. 61.



Temel normu tanıma, düşünme süreci olarak alınınca, burada aslında ortaya çıkacak normun ampirik temele dayandığını söyleyebiliriz. Temel kuralı gerektiren sosyal, ekonomik, psikolojik, siyasi ve diğer normatif değerler dizgesinin koşulları ve verileri, normu tanıyıp ortaya çıkaracak öznenin düşünme ve idrak etme ya da tanıma ve bilme sürecine girmektedir. Öyle ise denebilir ki, normatif hukukun kaynağında aslında ampirik gerçeklik yer almaktadır. Nitekim insanlar, dış dünyadan kopuk ve iç duylardan bağımsız akıl yürütüp normlar hiyerarşisini inşa edemezler. Burada dile getirilen ampirik alt yapı, muhakkak bilinçli olarak yürütülen ampirik çalışma yöntemi ile sınırlı değildir; düşünme ve farklı normlar arasında yapılan seçimin, çoğunlukla bilinçli olarak düşünce konusu yapılmayan gerçek yaşamın gereklerinden kaynaklandığı yadsınamaz.

Hukuk normlarının içerik olarak doğru ve adil olması arzusunun insanlarda çok kuvvetli olduğu aşikâr olmasına karşın, bunun ebedi ve evrensel olarak tespiti o kadar kolay gözükmemektedir. Mutlak hakikate dayanan siyasi, felsefi, dini ve hatta doğal bilimlerdeki söylemlerin, günümüzde, en azından bilim camiasında, pek yeri yoktur. Fizikötesi hakikatler ve varlıkbilimsel ebedi izahlar ve temellendirmelerin mümkün olmaması, hukukçuların daha temkinli yaklaşımlarını zorunlu kılmaktadır. Hukuk normlarının içeriği olan maddi hukuk ve adalet üzerinde kurulu sosyal yaşamın yol haritaları, artık bilinmeyen soyut kavramlardan değil, insanın daha rahat anlaşılabilir bizzat kendi doğasından alınmaktadır. Böyle bir girişim, hukukta antropolojik yaklaşım olarak da adlandırılabilir. *Conditio humana*<sup>59</sup>, insanoğlumun, doğanın yasa ve koşulları tarafından şekillendiğine de işaret etmektedir. Hal böyle olunca, tüm denetim yöntemine yakın duran normatif hukuk yerine, insanın doğasını merkeze koyan hukuk teorileri için, ampirik yaklaşımlar daha uygun gözükebilir. Ama böyle dönüşümler, hukukta yön tayin edici olarak işlev gören bir takım sabiteleri geride bırakmaya götürebilir. Örneğin adalet kavramı, çağlardan beri hukukun bel kemiği olarak bilinmektedir. Gustav Radbruch, “Recht ist das Phänomen, das den Zweck hat, der Gerechtigkeit zu dienen<sup>60</sup>.” derken yüzyılların temel ilkesini dile getiriyordu. Bu tip statik gözükten ön-kabuller, günümüzde

---

<sup>59</sup> Josef Franz Lindner, *Rechtswissenschaft als Gerechtigkeitswissenschaft*, RW, Heft 1, 2011, s. 4.

<sup>60</sup> Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, Heidelberg 1932, & 4.

had safhaya ulaşmış belirsizlik ve baş döndürücü değişkenlik ortamında, hukukçunun günlük uğraşısına anlam ve kararlarına bağlayıcılık armağan etmektedir.

Özellikle, hukukun temel normlarının haklı ve doğru olup olmadığına yönelik akıl yürütmeler, bir kez çağın genel geçer görüşlerine direnme ve böylece hukukun eleştirel bir bilim dalı olmasını sağlar. Bunun sayesinde hukukun, sadece hukuk dogmatikliği anlamında günlük pratiğe ilişkin bilim dalı olmadığı teslim edilmiş olunur. İkinci ve daha önemlisi olarak, adalete odaklanmış hukuku bilimi, mevcut hukuk düzenine hem günlük hukuk pratiğinde hem de halkın nezdinde istikrar vesilesi olur. En önemlisi ise, adaleti kendisine kutup yıldızı olarak seçmiş bir hukuk bilimi, kendisinin normatif bir bilim dalı olduğuna ilişkin özalgısını güçlendirmiş olur. Normatif hukuk bilimi<sup>61</sup> böylece, kendisini diğer ampirik sosyal bilimlerden ayırtmış olur. Ama bu, diğer bilim dallarından bütün ilişkileri koparmak ve onlarla devamlı tartışma içerisinde olmamak anlamında alınmamalıdır. Anlaşılması gereken, daha çok hukuk biliminin adalet bilimi olarak, özgül ve kendisine has normatif işleve sahip olduğudur. Hukuk belli ölçüde kesinlik ve güvenilirlik şiarı sayesinde varlığını sürdürüp ikna edici olabilmektedir.

İşte sabite olarak alınan adalet kavramı, soyut ve dünya ötesi alanda değil de, insanın doğasında aranınca, normatif olarak sunulan hukuk bilimi, zorunlu olarak ampirik hukuk bilimine kapıyı açmaktadır. Aşağıdaki anahtar argüman dikkatli incelenmelidir: *Recht ist richtig, wenn es dem Menschen in seiner natürlichen Erschaffenheit, seiner Kreatürlichkeit gerecht wird*<sup>62</sup>. Buna göre eğer hukuk, insanın doğal fitratına ve yaradılışına uygunsuzsa doğru ve haklıdır. İnsanın fiili gerçek yapısına, doğal yapılandırılmasına ve insanın tabiatın içinde yaşayıp ona bağımlı olma gerçeğine uyumlu hukuk normları, adil ve meşru kabul edilmektedir. *Conditio humana'dan*, yani insan doğasından kesin ve bağlayıcı normatif ilkeler çıkarılamazsa da, makul ve akla yatacak şekilde adalet intibai uyandıran maddi hukuk kuralları edinilebilir. Bunun sayesinde, dinsel, ideolojik, materyal antropolojik ve benzeri metafizik insan imgeleri yerine, in-

---

<sup>61</sup> Josef Franz Lindner, s. 8.

<sup>62</sup> J. F. Lindner, s. 11.

san merkezli hukuk felsefesi ön plana çıkmaktadır. Başka bir deyimle, temel normların meşrulaştırılması sürecinde normatif olmayan, insan türünün kendi doğası tarafından belirlenen hali ne ise öyle olma durumu gözetilerek hukuk kuralları bulunup düzenlenmektedir. Bu ise, hâlâ akıl yürütme ve yaratıcılık yeteneğine muhtaçtır; ama konu bakımından en önemlisi de, insan doğasının gereklerinin ne olduğuna ve yaradılış ve fitratının neyi gerektirdiğine ilişkin inandırıcı ampirik bilgilere bağlıdır.

Demek ki, en normatif gözükten teoriler dahi, mercek altına alındığında canlı ve ayakları yere basan yaşam gerçekliğinden uzak değildir ve temelde ampirik özellik taşırlar. Hukuken geçerli normatif tasarımlar, hakkında düzenleme yapılacak durum ve olaylar hakkında gerçekliğe dayanan somut bilgileri şart koşarlar. Hukuki bir yaşam dünyasının nasıl olması gerektiğine karar verebilmek için, hangi seçeneklerin mevcut olduğu ve bunlardan hangisinin en çok gerçekleştirilebilme potansiyeline sahip olduğu iyi bilinmelidir. Bundan ötürü, ampirik yöntemin, açıkça veya düşünmenin doğasının ampirik çevreye bağımlılığından dolayı zımni olarak bütün normatif tasarımlarda rol oynadığı söylenebilir. Ayrıca gözden uzak tutulmamalıdır ki, hukukçuların normatif ön varsayımları ve tasarımları, dış çevreden gelen deney ve gözleme dayalı bilgilerin anlaşılabilirliği ve nasıl anlamlandırıldığını önemli ölçüde etkileyecektir.<sup>63</sup>

Hukuk camiasında yeterince bilinen müzakere teorileri<sup>64</sup> ve yüzyıllardan beri tartışıla gelen sosyal sözleşme teorileri<sup>65</sup> de ilk bakışta normatif gözükseler de, yeterince yakından incelendiğinde, aslında deney ve gözlemden ve ampirik temelden uzak olmadıkları anlaşılacaktır. Çünkü bu tür teorilerde, ampirik temelde filizlenmiş, geçmiş yaşam deneylerinin gözlemlenip değerlendirilmesi sonucunda oluşmuş ve bir tartışma ve mutabakat neticesinde ortaya çıkan normların daha etkili ve doğru olduğuna dair bir varsayım gizlidir<sup>66</sup>. Gel

---

<sup>63</sup> Bkz. Niels Petersen, *Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende?*, Max Planck Institute, Bonn, April 2010, s. 3.

<sup>64</sup> Bkz. Jürgen Habermas, *İletişimsel Eylem Kuramı*, çev. Mustafa Tüzel, Kabalcı Yayınevi, birinci basım, Şubat 2001 İstanbul.

<sup>65</sup> Bu konu için bkz. Jean-Jacques Rousseau, *Vom Gesellschaftsvertrag oder Grundlagen des politischen Rechts*, 1996 (1762).

<sup>66</sup> Krş. N. Petersen, s. 4.

gör ki, somut bir sosyal yapı için müzakere ve sözleşme sürecine giren aktörler, en iyi kararları verebilmek ve bunların uygulanabilirliğini tahmin edebilmek için bütün önem arz eden sosyal çevre bilgilerine sahip olmaları gerekir. Öyle ise bu normatif gözükten bu ve benzeri teoriler de ampirik şartlara bağlıdır. Bu çalışmanın boyutu, anılan öğretileri ele almaya imkân vermemektedir.

## SONUÇ

Hukuk dogmatığı alanında, normların uygulanmasında yaygın üç aşama yöntemine göre, önce kanunda düzenlenen hadisenin soyut olarak fiili unsuru tanımlanır. Bu süreçte yapılan iş, aslında normatif anlamda yasada düzenlenmiş olması gerekenin tespitidir. Olması gerekenin tespitinden sonra, ampirik karakter taşıyan ikinci aşamada, çözülmesi istenen gerçek olayın neden ibaret olduğu ortaya konmaya çalışılır. Böylece, olayın yasanın koşullarını taşıyıp taşımadığı belirlenir; son aşamada yasaya uyumluluğu saptanır. Bu saptama işi, gerçek dünyanın bilgilerine bağımlıdır ve sadece mantık ve akıl yürütme olmadığından ampirik olarak karakterize edilebilir. Hukuk dogmatığındeki bilimsel tartışmalar, birinci aşamadaki normatif kısımda yapılmaktadır. Zira ikinci aşamada sözü edilen gerçekliğin, yani somut vukuu bulan hadisenin saptanması ve üçüncü aşamadaki yasa ile uyumluluğunun değerlendirilmesi uygulayıcı yargıçların işidir.

Bu çalışmada ortaya çıktı ki, salt hukuk dogmatığı anlamında alındığında, birinci aşamadaki normatiflik, hukuk bilimini, normların bilimi olarak nitelendirmeye götürmektedir ve buna hukuk pratiğinin özgünlüğü minvalinde itiraz edilmeyebilir. Çalışma süresince anlaşıldı ki, hukuk normlarının oluşma süreci, sosyal, tarihsel, siyasal, ekonomik ve jeopolitik, iç ve dış duyuşsal ortam gibi etmenlerden soyut düşünülemez. Öyle ise, normatif tespitler dahi, temelde ampirik bir takım gerçeklerle iç içe geçmektedir. Bu durumda, hukuk normları oluşurken, toplumsal olayların belli sosyal kanunlara göre vukuu bulduğu, belli olay ve olguların nedensellik ağı ile birbirine bağlı oldukları gerçeğinden etkileneceklerdir. Hukuk biliminde, hukukun diğer bilim dallarından ayrı bilim dalı olduğunu öne çıkarma arzusu ve onun, saf hukuk kavramları ile çalışması gerektiği inancıyla, bu ilişkiler yumağına eğilmek ihmal edilmektedir.

Oysaki, ampirik hukuksal çalışmalar, toplumsal olaylar ve bu olayların sosyal yasalarını ortaya çıkarmak için elzemdir. Yani hukuk bilimi, mutlak normatif olma çehresini, ampirik bir simaya dönüştürmelidir. Bu da hukuk sosyolojisinin ve hukuk politikasının ön plana kayması anlamına gelir. Özellikle hukuk normlarının oluşumunda ve günlük uygulamadaki yorumunda bu, önem arz etmektedir. Nitekim hukuki kavramlar belirsizdir ve kesin değildir, yorumlarla anlam kazanırlar. Özellikle tarihsel yorum ya da amaçsal yorumda ampirizm hüküm sürmektedir. Anayasal düzeyde düzenlenen çatışma halindeki hakların, çıkarlar dengesini ve hakkaniyeti gözetecek şekilde dağıtılması, ancak ilgili maddelerin ampirik kanunsallık verileri ışığında yorumlanması ile mümkün olmaktadır. Yine kuralları somutlaştırırken, belirsiz kavramları yorumlarken ve hukuk boşluğu durumlarında yorum yapıp hukuk yaratılırken karşımıza sürekli gerçek dünyanın somut ve gözle görülür verilerine muhtaçlık çıkmaktadır.

Kısacası tespit edilmektedir ki, dar hukuk tekniği açısından hukuk bilimi normatif bir özellik arz ediyor gözükmesine karşın, geniş anlamıyla hukuk bilimi açısından ampirizm ağır basmaktadır. Fakat normatif düşünceler ampirik bilgileri anlamlandırmayı etkilemekte ve ampirik bilgiler de normatif tespitlere şekil vermektedir. Yani olmakta olan olması gerekeni, gerçeğe dönüşmesi arzu edilen normlar gerçek dünyayı etkilemektedir. Gerçeklik normlara hayat verir ve normlar da realiteyi dönüştürür.



### KAYNAKÇA

**Austin, John;** *The Province of Jurisprudence Determined*, Indianapolis/Cambridge 1954.

**Aquinas, Thomas;** *Summa Theologiae* (R. J. Henle ed.) 1993.

**Aybay, Aydın – Aybay, Rona;** *Hukuka Giriş*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 5. Baskı İstanbul, Eylül 2008.

**Berkson, Henri;** *Materie und Gedächtnis, Eine Abhandlung über die Beziehung zwischen Körper und Geist*, Felix Mainer Verlag, 7. Bası, Hamburg 1991.

**Beutel, Frederick K.;** *An Outline of the Nature and Methods of Experimental Jurisprudence*, Columbia Law Review, Columbia Law Review Association, Inc. vol. 51, no 4, April 1951, ss. 415-438.

**Bilge, Necip;** *Hukuk Başlangıcı*, Turhan Yayınevi, 18. Bası, Ankara, Eylül 2004.

**Chase, Stuart;** *Proper study of mankind*, New York, Harper 1948.

**Ehrlich, Eugen;** *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (1913), 4. Aufl. hrsgg. Von Manfred Rehbinder, Berlin 1989.

**Forst, Rainer;** *Das Recht auf Rechtsfertigung, Elemente einer konstruktivistischen Theorie der Gerechtigkeit*, Suhrkamp Taschenbuch Verlag, Frankfurt a. M. 2007.

**Glaser, Kurt;** *Die Grenzen der Sozialwissenschaft*, in: Zeitschrift für die Gesamte Staatswissenschaft, Bd. 106, H. 1, 1950.

**Gözler, Kemal;** *Genel Hukuk Bilgisi*, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, Eylül 2009.

**Habermas, Jürgen;** *İletişimsel Eylem Kuramı*, çev. Mustafa Tüzel, Kabalıcı Yayınevi, birinci basım, Şubat 2001 İstanbul.

**Hart, Herbert L.A.;** *Concept of Law*, second edition, Oxford University Press, 1994 New York.

-, *The Concept of Law*, Oxford 1961.

-, *Essays on Bentham*, Oxford 1982.

**Horn, Norbert;** *Einführung in die Rechtswissenschaft und die Rechtsphilosophie*, C.F Müller Verlagsgruppe, Hüthig Jehle Rehn GmbH, Heidelberg, München, Landsberg, Berlin 2007.

**Kant, Immanuel;** *Kritik der Reinen Vernunft*, ed. Raymund schmidt, Felix Mainer Verlag, Hamburg, 3. Baskı 1971.

**Kelsen, Hans;** *Reine Rechtslehre*, 2d. ed., Wien 1992 [1960].

-, *General Theory of Law and State*, Cambridge, Massachusetts 1945.

-, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., Wien: Franz Deuticke 1960.

**Kuhn, Thomas Samuel;** *Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen*, Suhrkamp Verlag KG, Frankfurt am Main, Oktober 2009.

-, *Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen*. İngilizceden Almancaya Çev. Kurt Simon, ed. Hermann Vetter, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1976.

**Larenz, Karl;** *Methoden Lehre der Rechtswissenschaft*, gözden geçirilmiş altıncı baskı, Springer Verlag ,9. August, München 1991.

**Lask, Emil;** *Rechtsphilosophie* (1905) in "Die Philosophie im Beginn des 20. Jahrhunderts". Festschrift für Kuno Fischer. Hrsg. Wilhelm Windelband, Heidelberg, ikinci Baskı 1907.

**Lindner, Josef Franz;** *Rechtswissenschaft als Gerechtigkeitswissenschaft*, *ReWiss*, Heft 1, 2011.

**MacCormick, Neil & Weinberger, Ota;** *An Institutional Theory of Law*, Dordrecht 1986.

**Petersen, Niels;** *Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende?*, Max Planck Institute, Bonn, April 2010.

**Radbruch, Gustav;** *Rechtsphilosophie*, Verlag Quelle & Meyer, Heidelberg 1932.

-, *Rechtsphilosophie* , 7th. ed., Stuttgart 1950.

-, *Rechtsphilosophie*, ed. Ralf Dreier, Stanley Paulson, ikinci basım, C. F. Müller Verlag Heidelberg 1999.

**Raz, Joseph**, *The Authority of Law*, Oxford 1979.

-, *Authority, Law and Morality*, *The Monist* Vol. 68 1985, p. 295-324.

**Röhl, Klaus Friedrich- Röhl, Hans Christian**; *Allgemeine Rechtslehre*, 3. Neue bearbeitete Auflage, Verlag Franz Vahlen, 2008 München.

**Ross, Alf**; *On Law and Justice*, Berkeley & Los Angeles 1959.

**Rousseau, Jean-Jacques**; *Vom Gesellschaftsvertrag oder Grundlagen des politischen Rechts*, 1996 (1762).

**Savigny, Friedrich Carl v.**; *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814, Jacques Stern, Thibaut und Savigny, Berlin 1914.

**Schlosser, Hans**; *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte. Rechtsentwicklungen im europäischen Kontext*, 10. Auflage. Heidelberg 2005. S. 143-169.

**Spaak, Torben**; *Legal Positivism, Law's Normativity, and the Normative Force of Legal Justification*, *Ratio Juris*'t,e sayı.. 16:4 2003, ss.. 469-85.

**Wesener, Gunter**; *Zu den Anfängen der Historischen Rechtsschule romanischer Richtung in Österreich, vornehmlich zu Ludwig Arndts von Arnesberg (1803-1878)*, Grundlagen der österreichischen Rechtskultur, Festschrift für Werner Ogris zum 75. Geburtstag (Wien-Köln-Weimar 2010) S. 577-599.