

REALİZM VE İDEALİZM:

HUKUK FELSEFESİNDEKİ TEMEL SORUN HAKKINDA BAZI GÖRÜŞLER*

Karl Olivecrona

*Türkçesi: Ertuğrul Uzun***

Günümüz hukuk felsefesinde iki ana eğilimi gözlemlemek mümkündür. İki farklı düşünce eğiliminin genel olarak işaret ettiklerinden daha fazlasını onlara yüklemeyen, bunları *realizm* ve *idealizm* olarak adlandırabiliriz.

Realizm, tüm hukuki fenomenleri, mevcut sosyal düzenin bir parçası olarak, yani salt *olgusal* kabul etme eğilimindedir. Dolayısıyla, böyle bir realizm; gözlem, olgu toplama ve analiz anlamına gelir, değerlendirme anlamına değil. Bir bütün olarak hukuk bilimi de sosyal bilimin bir parçası olur. Hukuk biliminin inceleme konusu, genel olarak sosyal bilimin sahip olduğundan farklı bir mahiyette değildir. Sadece bir iş bölümü yapılması gerekmektedir: Hukuk bilimi dikkatini sosyal bağlamın özellikle bazı yönlerine yöneltirken, sosyoloji, siyaset bilimi ve sosyal bilimin daha başka dalları diğer yönleri bakacaktır.

Buna karşın *idealizm*, hukukun bir dizi sosyal olaydan daha fazlası olduğu ilkesi üzerine kurulmuştur. Hukukun bir *olması gereken* içerdiğine inanılır. Ancak hiçbir olması gereken, olayların araştırılması yoluyla ortaya çıkarılamaz; onlar hep kuru kalır ve olması gereken görünmez. Olması gereken, zorunlu olarak bir *değere*

* Makale ilk olarak, Uluslararası Karşılaştırmalı Hukuk Akademisi'nin 1950 yazında Londra'da düzenlediği kongrede sunulmuştur. Metnin orijinal yayımı: "Realism and Idealism: Some Reflections on the Cardinal Point in Legal Philosophy", *New York Law Review*, 1951, ss. 120-31. Çeviri yayıncının izniyle gerçekleştirilmiştir. Çevirinin ilk yayımı: "Realizm ve İdealizm: Hukuk Felsefesindeki Temel Sorun Hakkında Bazı Görüşler", *Prof. Dr. Mehmet Akad'a Armağan* (ed. Bihterin Vural-Dinçkol, Nihat Bulut, Rukiye Akkaya-Kia, Cevat Okutan, Mehmet Akif Etkü, Hülya Dinçer) içinde, İstanbul: Der Yayınları, 2012, s. 1013-1024. Çevirinin yeniden yayımında anlam değişikliğine yol açmayan küçük değişiklikler yapılmıştır.

** Eskişehir Okulu

dayanır. Dolayısıyla, hukuk felsefesi, eğer bir olması gereken varsayımıyla yola çıkarsa, değerlendirici olur. Böylelikle hukuk felsefesinin öncelikli amacı, hukuk düşüncesi için veya hukukun bağlayıcı gücü için yeterli gerekçeler vermek olacaktır. Bu, kaçınılmaz olarak pozitif hukukun temelinde yer alması gerektiği düşünülen doğru veya ideal hukuk araştırmasına ulaşır. Zira, her sosyal düzenin – ki bu bir tiranlık da olabilir- gerçek bir olması gereken içerdiği kabul edilemez. Buna karşıt olarak, fiili düzen hukukun ve adaletin doğru ilkeleri ile sınılanır. Böylece hukuk felsefesi hukuk politikasını yargılayan ve ona rehberlik eden görünümüdür. Doğal olarak ortaya olgusal malzeme de koyulmalıdır, çünkü değerlendirme bir fanus içinde yapılmaz. Temel felsefi görev, bizatihi değerlendirme ve bu değerlendirmeden çıkarılan ilkeleri sunmak olacaktır. Böylece, hukuk felsefesi, sadece sosyal olgularla ilgilenen bilimlerden tür itibarıyla farklılaşacaktır.

İdealizm, şüphe yok ki baskın olan eğilimdir. Esasında hukuk felsefesi de geleneksel olarak idealizmle özdeşleştirilir. Hukuk felsefesi dediğimiz şeyin bu ismi taşıması, yüzyıldan biraz daha uzun bir süre öncesine kadar gidiyor. Ondan önce ismi *doğal hukuktur*. Bu öğreti, 19. yüzyıl pozitivizminin etkisiyle geçici bir düşünüş yaşadı. Yüzyılın ikinci yarısında, ileri gelen bir hukukçu (Merkel) hukuk felsefesinin öldüğünü, yerini ise “genel hukukbilim”in [*general jurisprudence*] alacağını söylemişti. Yani hukukun ve adaletin doğru ilkelerinin araştırılması sona bulacaktı; bunun yerine hukuk bilimi kendisini, farklı hukuk sistemlerinin içinde fiilen somutlaşmış ilkeleri açıklamakla sınırlayacaktı. Ancak hukuk felsefesinin ölüm ilanı, vaktinden önce yapılmıştı. İdealist anlamdaki hukuk felsefesi bu yüzyılın başında göze çarpan şekilde yeniden yükselişe geçti; sonrasında ise, çağımızın sosyal ayaklanmaları ve büyük savaşları, sosyal ve uluslararası düzenin üzerine bina edileceği doğru ve güvenilir ilkelerin araştırılmasını önemli ölçüde tetikledi. Bununla birlikte, hukuki realizm de ilerleme kaydetti. Aynı faktörler burada da iş başındaydı; savaş, kriz ve devrimden başka hiçbir şey, hukukun fiili mahiyeti ve hukuk mekanizmasının işleyişi hakkındaki bilgiye olan acil ihtiyacı daha iyi vurgulayamazdı.

Bugünkü durum, 19. yüzyıl pozitivizminin arka planına karşıt gibi görünüyor. Niyetlerine bakılırsa, pozitivistler realist idiler. Sadece hukukun *ne olması gerektiğine* ilişkin düşüncelerin ifadesi şeklindeki doğal hukuk öğretisini bir kenara koyarak, gerçekten mevcut *olan* hukuku açıklamaya çalıştılar. Temel önermeleri aşağıdaki gibidir.

Sadece pozitif hukuk gerçek hukuktur. Ancak burada pozitif hukuk, toplumdaki en üstün gücü/[iktidarı] kullanan otorite tarafından konulmuş hukuk anlamına gelir. Klasik doğal hukuk öğretisi hukuku tümüyle insan doğasındaki sabit ilkelerden çıkarırken; pozitivizm, her hukuk kuralı için tarihsel bir kaynağı gerekli görür. Kural, gerçek ve geçerli bir yasa olabilmesi için, yetkin bir otorite tarafından koyulmuş olmalıdır. Söz konusu otorite; devlet, halk iradesi yahut gücü fiilen elinde bulunduranlar olarak betimlenir. Hukuk kuralları, genellikle, egemen otorite tarafından çıkarılmış *buyruklar* olarak kabul edilir.

Yasa koyucu otoritenin geçmişte, belki yüzlerce yıl önce bir şeyler buyurmuş olması yeterli değildir; en üstün otorite şu anda buyuruyor olmalıdır. Bu nokta, çok da yerinde bir şekilde, Austinci teoriye şu sözlerle gönderme yapan çağdaş bir yazar tarafından ileri sürülmüştür:

Işıklandırma sisteminin, arka plandaki güç merkezi nedeniyle yaşaması gibi, hukuk sistemi de arka plandaki egemenin buyurgan yönüyle işleyişine devam eder. Dolandırıcılık Yasası sistemin içindedir çünkü 1677 yılında Parlamento tarafından kanunlaştırılmıştır, ancak bağlayıcı olmasının nedeni, halihazırdaki egemenler tarafından buyuruluyor olmasıdır.¹

Öyle ya da böyle her zaman etten kemikten insanlar tarafından temsil edilen yetkin otorite, tarihsel bir olgudur. Hukuk normları, bu otoriteden çıktıklarından, sosyal gerçeklikle bağlantılıdır. Dolayısıyla pozitivist açıklama realist ve bilimsel görünmektedir. Hatta kısa bir süre önce önemli bir hukuk felsefecisi şunları yazabilecekti:

Kendini bilimsel olarak biçimlendiren neredeyse tüm çağdaş hukuki ve siyasi tartışmalarda hukuk, egemenin iradesi şeklinde tanımlanır.²

Bununla birlikte realizmin bu biçimi pek çok noktada eleştiriye açıktır. Eğer buyuran otorite *devlet* olacaksa, açıklama döngüsel demektir, çünkü devletin varlığı hukukun varoluşuna dayanır. Devlet, belli toprak sınırları içindeki bir grup insandan oluşan bir örgüttür. Fakat bu örgüt açık bir şekilde tümüyle bizim hukuk olarak özetlediğimiz kurallar üzerine kurulmuştur: hükümet biçimini, devletin çeşitli organlarının fonksiyonlarını, devletin sınırlarını, vatandaşlık ölçütlerini vb. belirleyen kurallar. Bunun yanında, devlet örgütlenmesi kaos içinde mevcut

¹ MANNING, *Austin Today: Or, "The Province of Jurisprudence Re-examined"*, MODERN THEORIES OF LAW 198 (1933).

² COHEN, LAW AND THE SOCIAL ORDER 219 (1933).

olamaz. Mülkiyetin dağıtılmasını, sözleşmelere makul bir ölçüde güvenilmesini, belli bir oranda kişisel güvenliği vb. içeren bir sosyal düzeni gerektirir; bunlar hem sayısız özel hukuk ve ceza hukuku kuralına hem de onları uygulayacak mahkemelere dayanır. Herhangi bir hukuk kuralının bulunmadığı bir durum düşünürsek, geriye sadece düzensiz bir insan kalabalığı kalacaktır. Böyle bir devlet tasarımı olamaz. Devlet dediğimiz şey esasında, çok geniş bir kurallar sisteminin, sınırları belirlenmiş bir toprak üzerindeki bir grup insan içerisinde düzenli olarak uygulanmasından kaynaklanır. Devlet örgütlenmesinin, hukukta kısmi değişiklikler yapacak mekanizmalara sahip olduğu doğrudur; ancak devlet, ortaya çıkacağı düşünülebilecek hukuktan önce ve ondan bağımsız var olan bir güç değildir.

Benzer bir eleştiri üstün hukuki otoritenin *halk iradesi* olduğu teorisine de yöneltilebilir. Sadece bir yığın olan grubun "irade"sinden mecazi bile olsa bahsetmek anlamsız olacaktır. "Halk iradesi", en iyi ihtimalle, ortak çıkara dayanacağına ve herkesi bağlayacağına inanılan belli kuralların sözde halk temsilcileri eliyle çıkarılması olgusu için kullanılan bir metafordur. Ne var ki temsil etme, hukuk kurallarıyla kurulmuştur ve dolayısıyla da bir kural koyma biçimidir. Böylece, ifadedeki metafor, halkın hukuk kurallarıyla örgütlendiğini varsaymaktadır.

Bu teorinin pek çok diğer zayıflığına başkaları tarafından da işaret edilmiştir.³ Teori, topluluk üyelerinin iradesinin genel olarak yasaların devamına yöneldiği şeklindeki yumuşatılmış biçimiyle dahi ayakta tutulamaz. İradenin böyle bir yönelimi fiilen mevcut değildir. Bu, topluluğun her bir üyesinin yasaların genel uygulaması konusunda kararlı olmasının, yasaların devamı için zorunlu olduğuna inanmasına dayanır. Fakat böyle bir zorunluluk hissedilmez; çünkü herkes çok iyi bilmektedir ki, yetkili otoriteler, bireylerin ne düşündüğüne veya ne yaptığına bakmaksızın, yasaları istikrarlı bir şekilde uygulamaktadırlar. Yasalara genel olarak uyulması, onların devamına yönelmiş genel bir niyetle aynı şey değildir. Hukukun mahkemeler ve idari otoriteler tarafından uygulanması, her bir birey açısından, gün ışığının ve yağmurun kuşatıcı gerçekliğin bir parçası olması gibidir. Birey, adaletin yerine gelmemesinden dolayı öfkelenebilir yahut mahkemelerin kendi çıkarlarını desteklemesi için ısrar edebilir; ama hiçbir zaman sistemde bulunması gereken geçerli yasanın genel uygulamasını *istemeyi* düşünmez bile.

³ Çok sert bir eleştiri için bkz. LUNDSTEDT, V., DIE UNWISSENSCHAFTLICHKEIT DER RECHTSWISSENSCHAFT (1932-36)

Hukukun arkasında otorite olarak *gücü fiilen elinde bulunduranlarla* ilgili teori, olgulara daha yakın gibi görünüyor. Ancak bu teori söz konusu gücün hukuktan önce var olduğuna ve ondan bağımsız olduğuna dayanır. Açıktır ki, hükümet üyeleri ve halkın parlamenter temsilcileri bu konumlarını anayasanın belirli kuralları uyarınca kazanırlar; çıkarmış oldukları kuralların hukuki güce sahip olduğu kabul edilir, çünkü anayasa öyle söyler; söz konusu kişilerin yönetimde bulunması, mahkemelerin özel hukuku ve ceza hukukunu kesintisiz bir şekilde uygulaması olmaksızın mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla bu güç öncelikle anayasa ve gördüğü genel riayet ve ikinci olarak ortaklaşa yaşamın özel hukuk ve ceza hukuku tarafından hukuken örgütlenmesi ile şekillendirilmiştir. Hukuk sistemi onların iradesi ve gücü üzerine kurulmuştur. Gerçek durum şudur: ülke yasaları uyarınca kural koyma ve hukuk sistemi içerisindeki sınırlı değişiklik yapma gücü de dahil olmak üzere, devlet örgütlenmesi içerisindeki bazı anahtar pozisyonlar geçici olarak işgal edilmektedir.

Sonuç olarak, hukukun pozitivist temellendirilişi un ufak olur; buyuran otorite, neye inanılırsa inanılsın, fiili olarak uygulanan ve genel olarak riayet edilen bir hukuk sisteminin varlığına dayanır. Ancak pozitivism başka türlü eleştiriye de tabi tutulabilir. Pozitivistlerin realizm yönündeki çabalarının *tutarlı* olup olmadığı tartışma konusu yapılabilir.

Pozitivistlerin amacı, hukuku tarihsel olgulara ve önsel nitelikte [aprioristik] olmayan ilkelere dayandırmaktır. Bununla birlikte, yasa koyucu otoritenin kural koyma *hakkına* sahip olduğunu düşünüyorlardı. Böyle olmadığı takdirde, hukuk normları sadece kuvvet tehdidiyle desteklenmiş buyruklar, bir diktatörün veya grubun hukuki iradesi olacaktır. Ne var ki bu bizi, adaletin ve doğal hukukun doğru ilkelerini araştırmaya yöneltir.

Modern realizm, buna karşıt olarak, bir olması gereken karışmaksızın, hukukun tutarlı bir olgusal açıklamasını vermek için çabalar. *Psikolojik* teorilere göre, hukuki olguların hepsi bazı temel psikolojik düzenliliklere indirgenir; hukukun sadece sübjektif temsillerin toplamını içerdiği söylenir. Başka bir grup teoriye ise, *sosyolojik* teoriler denebilir. Birbirinden farklı düşünceleri kısa bir cümlede özetlemek güç; ancak hepsinin karakteristik özelliği, hukukun bir dizi sosyal olguyla tanımlanmasıdır.

Realizm ve idealizm arasında *saf hukuk kuramı* denen düşünce bulunur. Bütün hukuk normlarını üstün yasa koyucu otoriteye bağladığı ve en mantıksal şekliyle bu ilkeyi devam ettirmeye çalıştığı için ultra-pozitivisttir. Ne ki, realist değildir;

hukuk normlarının bir olması gereken oluşturduğu düşüncesini devam ettirir ve her türlü olgusal hukuk açıklamasını reddeder. Bununla birlikte, hukuki olması gereken, doğal hukuk ilkelerinden çıkarılmaz. Hukukun bir olması gereken karakterine sahip olduğu söylenir; ancak bu kendine ait bir olması gerektirir, kendinde var olan türde, kendi ayrı dünyasını biçimlendirir. Saf teori, olağan şekliyle doğal hukukla da realizmle de birleşir. Saf teori tamamen bilimsel bir görünümündedir. İdeal hukuka karşıt olarak pozitif, veya gerçek, hukukun *bilinmesini* amaçlar.

Teori, hukuk felsefesiyle yüzleşme dilemmasından kaçma çabası nedeniyle özellikle ilginçtir. Bir tarafta, hukuk normlarının bir olması gereken içerdiği ortadadır. Normlar insanların ne yapmış olduğunu söylemez, onlara ne yapmaları gerektiğini emreder. Sonuç olarak, hiçbir olgusal hukuk açıklaması tatmin edici görünmeyecektir. Bu türdeki her teori, asıl meseleyi ıskalayacaktır; hukukun olması gerekenliliğinde bulunacak temel niteliği fark etmez. Diğer taraftan, doğal hukuka başvurmadan hukuki olması gerekenin temelini bulmak imkânsız gibi görünmektedir; ancak bu da, bilimin sınırlarını aşmak anlamına gelir. Bununla birlikte, saf hukuk teorisi, pozitivist teoride genellikle ifade edilmeyen hak ve yetki veren normlara ilişkin bir iddia ortaya koyar. Buna karşın, bunların kelimenin tam anlamıyla *bağlayıcı* veya *zorunlu* olduğuna inanılır. Topluluk üyeleri için hak ve ödevler ortaya çıkardığına inanılır. Ancak buyrukların, sırf üstün bir kuvvet tarafından desteklendikleri için zorunlu olabileceğini ve hukukî haklar ve yükümlülükler yaratabildiğini iddia etmek anlamsız olacaktır. Bir buyruk, buyurma *hakkına* sahip bir otorite tarafından çıkarılmadıkça, zorunlu olduğu şeklinde algılanmayacaktır. Bu otorite kendi buyrukları aracılığıyla böyle bir hak yaratamaz. Hak, yalnızca, geçerliliği söz konusu otoriteden bağımsız olan daha üst bir ilkeyle temellendirilebilir. Bu ise bizi doğrudan, doğal hukukun alanına götürür. Devletin buyurma hakkı, doğal hukuk ismi kullanılsın veya kullanılsın, doğal hukuk ilkelerinden çıkarılmak durumundadır. Pozitivizm, hukuk tarafından yaratılmış haklar ve ödevler düşüncesini içermeye devam ettiği müddetçe, doğal hukuk kavramlarıyla iç içe geçmeye devam edecektir.⁴

Esasında, klasik pozitivism muğlaktır. Realizm doğrultusunda bir iddia ortaya koyar, bununla birlikte, burada yüklediğimiz anlamıyla idealizmin önemli bir

⁴ Bu Kelsen'in pek çok yapıtında açıkta gösterilmiştir. Aynı zamanda eski Upsala Üniversitesi (İsveç) profesörlerinden Axel Haegerstroem'in yakında yayımlanacak kitabı *STUDIES IN THE NATURE OF LAW AND MORALS*'a ve Lundstedt'in yukarıda atf yapılan eserine bakılabilir.

unsurunu da içerir. Çağdaş eleştiriler, pozitivismdeki bu çelişkileri ortaya çıkarmıştır. Sonuç, tutarlı bir hukuk teorisinin ya idealizm yahut da realizm temelinde kurulması çabasıdır.

İlk eğilim, günümüz hukuk felsefesinde çok önemli bir yeri olan, *doğal hukukun yeniden doğuşuna* yol açmıştır. Bu düşünsel eğilimi anlamak çok da zor değil. Esasında, hukukun bir olması gerekeni içerdiği düşüncesini terk etmek çok zor gibi görünüyor. Normlarının bağlayıcı olması ve gerçek anlamda hak ve ödev yaratabilmesi, hukukun özü değil midir? Eğer öyleyse, hukuku salt olgulara indirgemek beyhude bir çaba olacaktır. Sorun, hukukun devletin iradesini yansıtan buyruklarından veya beyanlarından daha başka bir şey olduğunu gösteren çelişkisiz, idealist bir teoriyi tamamlamak olmuştur. Bu eğilim totaliter devletlerin ortaya çıkışıyla başlamıştır. Eğilimin taraftarlarına göre, bu şekilde ortaya çıkan üstün otoritenin buyruklarını bağlayıcı kabul eden pozitivist dogma iğrençti ve hukuku, doğal hukuka girmeksizin olması gerekeni bırakmayarak, dilemmanın biricik yolundan daha üstün bir şeyle temellendirmek zorunlu görünüyordu.

Peki böyle bir şeyi başarmak gerçekten mümkün müdür? Saf teorinin sahibi, klasik pozitivismi çok zekice eleştirmiştir. “Devlet iradesi” efsanesi balonunu söndürmüş, devlet gücü denen şeyin hukuktan önce var olmadığını ve doğal hukuk kavramlarının klasik pozitivismde girdiğini göstermiştir. Dahası, tutarlı bir şekilde, sadece olgulardan bir olması gereken çıkarılmasının bir kafa karışıklığı içerdiğini iddia etmiştir. Bir normun geçerliliği, der, olgudan değil normdan çıkarılabilir. Buyruk, buyuran kişi güç konusunda üstün bile olsa, yöneltildiği kişiyi bağlamaz; bir haydut paramı vermeme emrederse, bu isteğini fiilen uygulama konumunda bile olsa, emri beni bağlamaz. Kimse kendini yetkilendiremeyeceğine göre, normların geçerliliği ancak bu kişinin buyruklarına uyulması gerektiğini söyleyen geçerli bir normdan çıkarılabilir.

Bu düşünce saf hukuk teorisinin temel taşıdır. İki taraf alım satım konusunda bir sözleşme yaptığı zaman, kendi davranışları için belli normlar koymuş olurlar. Bu normların geçerliliğini tarafların iradesinden değil, onları sözleşme yaparak kendilerini bu sözleşmeyle bağlı kılmaya yetkilendiren özel hukuk normundan alır. Eğer taraflar arasında bir anlaşmazlık ortaya çıkar ve olay mahkeme önüne getirilirse, mahkemenin kararı yeni bir norm karakterine sahip olur, bu norm ise geçerliliğini mahkemeleri kuran ve onlara anlaşmazlıkları verecekleri kararlarla çözüme yetkisi veren normdan alır. Bu normlar da geçerliliklerini, bir veya bir grup kişiye yasa yapma yetkisi veren anayasadan alırlar. Sonuç olarak anayasa tüm sistemin merkezinde yer alır.

Bütün bunlar yeterli gibi görünüyor. Ancak hâlâ hayati bir sorun var: anayasanın geçerliliği hangi normlardan çıkarılmaktadır? Bir normun geçerliliğinin ancak başka bir normdan çıkarılabileceği ilkesine göre, anayasanın arkasında da bir norm olmalıdır, bu normun arkasında başka bir norm ve sonsuza kadar böyle gider.

Geriye gidiş, çok iyi bildiğimiz temel norm kavramı ile ortadan kaldırılmıştır. Bunun, geçerliliği başka bir normdan çıkarılamayan bir norm olduğu söylenir. Her hukuk sisteminde temel norm anayasadır. Eğer mevcut anayasa, bir önceki anayasanın normları uyarınca yapıldı ise, temel norm eski anayasada bulunacaktır. Geri gidiş, dolayısıyla, anayasal olmayan bir şekilde yapılmış anayasaya ulaşıncaya kadar devam eder. İlk anayasanın geçerliliği daha üst bir normdan çıkarılamaz; çoğunca ilk anayasa devrim veya savaş sonucunda oluşturulmuştur. Temel norm hiçbir zaman hukuki bir yolla kurulamaz.

Bir devrim gerçekleştiğinde, hukuk sisteminin büyük bir kısmı varlığını sürdürür. Bununla birlikte, saf teoriye göre, eski yasaların geçerliliği, mevcut anayasadan çıkarılır. Dolayısıyla, ne zaman devrim yapılsa, tüm hukuk sistemi her defasında yeniden yaratılır. Özel hukuk ve ceza hukuku insan gözünün algılayabileceği şekilde değiştirilmemişse bile, geçerliliklerinin temeli değişmiştir; zira, hukuk kurallarından oluşan yapının tümüne geçerlilik kazandıran temel norm, artık yeni anayasada bulunacaktır. Böylece yeni bir hukuk sistemi ortaya çıkar.

Geçerliliği pozitif hukuktaki daha üst bir normdan çıkarılamayacağı için, temel normun geçerliliği için bir sebep ortaya konulamaz. Artık tek yapmamız gereken, sebep sormayı bırakmaktır. Eğer bu, temel normun nedenini bulmanın imkansızlığını kanıtlıyorsa, şu cevabı alıyoruz:

Temel norm yasa koyucu organ tarafından hukuki bir süreç içerisinde yaratılmamıştır. Bir pozitif hukuk normu gibi, hukuki bir eylemle belirli bir yol takip edilerek yaratılması sebebiyle geçerli değildir; *geçerlidir, çünkü geçerli olduğu varsayılmaktadır.*⁵ (vurgu bana ait)

Ne var ki bu, saf hukuk teorisinin iflasını ilan ettiği anlamına geliyor. Bütün bir hukuk normları yapısının geçerliliği anayasada yer alan temel norma dayanıyor. Teorinin nihai gizi burada. Ancak kutuyu açtığımızda içinde hiçbir şey yok. Teorinin temel taşı, temel normun öyle olduğu varsayıldığı için geçerli olduğu şeklindeki boş bir ifade.

⁵ KELSEN, GENERAL THEORY OF LAW AND STATE 116 (1946).

Bunu takiben görüş, meselenin, pozitif hukuku doğal hukuka dayandırmak istemeyen tüm hukukçuların zorunlu olarak yaptığı bir varsayımı açıklama sorunu olduğu tartışmasıyla savunulmuştur. Halihazırdaki yasa koyucuların çıkarmış olduğu kuralların sadece bu varsayıma dayanılarak, yalnızca olgusal irade buyruğu yahut bildiri olarak değil de, geçerli normlar veya gerçek anlamda hukuk kuralları olarak kabul edilebileceği söylenmiştir:

Bizim tek yaptığımız, bütün hukukçuların, pozitif hukuku bir olaylar bütünü değil de geçerli normlar sistemi olarak ele aldıklarında ve aynı zamanda pozitif hukukun geçerliliğini kendisinden aldığı herhangi bir doğal hukuk kuralını reddettiklerinde, çoğunca farkında olmadan düşündükleri şeyi açığa çıkarmaktır.⁶

Ancak bu, teorinin ilk baştaki amacının terk edildiği anlamına gelir. Saf teori, doğal hukuk öğretisine olduğu kadar klasik pozitivizme de karşıt olarak pozitif hukukun gerçek doğasını açıklamak üzere ileri sürülmüştü. Şimdi ise, teorinin hukukçuların yaptığı sözde varsayımı açıklığa kavuşturma anlamına geldiğini öğreniyoruz. Bu bambaşka bir şey; hukukun doğası hakkında söylediği hiçbir şey yok.

Buna ilaveten, hukukçuların gerçekten kendilerine atfedilen bu varsayımı yaptıkları da karanlık bir nokta. Örneğin, bugünün Fransız hukukçularının, Napolyon dönemindeki kanunlar da dahil olmak üzere bütün bir Fransız hukuk sisteminin geçerliliğini üçüncü veya dördüncü cumhuriyet anayasasıyla temellendirdikleri konusunda şüpheliyim. Hali hazırdaki anayasaya gelince, Fransız hukukçularının onun arkasına bakmayı ve geçerliliğinin sebeplerini sormayı reddettiklerine inanmak gerçekten çok güç. Mesele daha çok anayasanın nihai olarak bir doğal hukuk ilkesinden, yani halk egemenliği ilkesinden veya halkın temsilcileri vasıtasıyla kendileri için yasa yapma hakkından çıkarılması değil midir? İngiltere hakkında ise, İngiliz hukukçularının *common law*'un geçerliliğini Büyük Devrim'den çıkardıkları izlenimini edinemedim. Esasında saf hukuk teorisi, hukukçuların düşündüklerinin doğru bir resmini vermez. Son tahlilde teori sadece, hukukçuların, hukukun bir olması gerekeni içerdiğine inanmakla birlikte onun doğal hukukçu temelini toptan reddettikleri zaman yapmaları gereken varsayımı açığa çıkarır. Zorunlu varsayımın oldukça keyfi olduğu ortaya çıkıyor. Bu varsayım yapılmadıkça, geriye gidiş sadece pozitif hukukun kendisini geçerli kılan doğal hukuk ilkelerine dayandırılmasıyla sona erebilecektir. Saf teorinin değeri öncelikle şunu açıklığa kavuşturmasındadır:

⁶ Ibid.

dilemma açıkça ifade edilmiştir ve bir temel norm varsayımı ile onu çözme çabası çok açık bir şekilde göz boyayıcıdır.

Sonuç olarak açık bir tercih meselesiyle yüz yüze geliyoruz. Ya hukukun olması gereken karakteri devam ettirilecek, dolayısıyla da kaçınılmaz olarak pozitif hukukun temelini oluşturan bir doğal hukuk kuralı varsayımına sürükleneceğiz; ya da olması gereken karakteri bırakılacak ve tutarlı bir realizm mümkün kılınacak. Tercih yapmak bana çok da zor gelmiyor. Çok açıktır ki, hiçbir olması gerekenin olgulardan çıkarılamayacağı gibi basit bir nedenden dolayı hiçbir doğal hukuk ilkesi bilimsel bir şekilde kurulamaz. Üstelik idealizmin her türü tutarlılıktan uzaktır. Bu tip teorileri nihai önermelerine dek izleyecek olursak, er ya da geç olgu ve olması gereken arasında bir karışıklığın ortaya çıktığı noktaya ulaşırız. Klasik bir örnek verecek olursak: insanoğlunun topluluklar kurma yönündeki fiili eğilimi, ortaklaşa yaşam için gerekli temel kurallara riayet zorunluluğu ile eş tutulmuştur. Görebildiğim kadarıyla, bu olgudan olması gerekene, veya tam tersine, az çok bilinçsiz atlayış, hukuki düşüncenin bilimsel açıklamasını amaçlayan her tür idealizmde vardır.

Dolayısıyla idealizm, hukuk felsefesinin sorunları için hiçbir çözüm vaat etmez. Sonuçta, sadece realist yaklaşım imkân dahilinde kalır. Ancak karşılaşılan bir sorun var: Hukukun bir olması gereken olmaksızın kavranması. Bu gerçekten mümkün mü? Olması gerekene sahip olmayan hukuk, terimlerde çelişki mi ifade eder? Zaman ve yine bu zorluk, realizme giden yolu tıkamış ve idealizmi sanki kaçınılmaz yapmıştır ve realizm çabaları çoğunlukla idealizme sapmıştır. Bununla birlikte söz konusu zorluk sadece görünüştedir. Çözüm, *bilme* [biliş, *cognition*] ve *değerlendirme* arasında yapılacak dikkatli bir ayırımla ve her ikisine kendilerine ait birer alan tanınmasıyla, çok açık bir şekilde ortaya koyulmuştur. Bu ayırım yine de sözde *değer yargılarının* kendine has doğasıyla devamlı karanlıkta kalır. Bu ifadeler, yargıların *sözlü biçimine* sahiptir; yani, gerçeklikle ilgili sözlü önermelerdir. Örneğin, eylemleri iyi veya kötü olarak nitelediğimizde, görünüşte onlara iyilik veya kötülük özelliği yükleriz. Ne ki, onların doğal özellikleri arasında böyle bir özelliğin tespit edilmesinin mümkün olmadığı açıktır. Niteleme, bizim kendi duygusal tutumumuzu gösterir; eğer duygularımızı karıştırmadan ifade etmemiz gerekiyorsa, bir eylemi iyi veya kötü olarak betimlemek anlamsızdır. İyilik veya kötülük hakkındaki ifadeler onlara karşılık gelen duyguların anlamıyla beslenir.

Fakat duygularımız tamamen öznel; onların doğru olup olmadıklarını sormak anlamsızdır. Vardılar yahut yoktular, hepsi bu.⁷

Bildiğimiz kadarıyla, bir şeylerin olması gerektiği düşüncesi zorunlu olarak değerlendirmeye dayanır. Açıktır ki, olayların tarafsız bir şekilde araştırılması bu düşünceyi doğuramaz; olması gerekenin her zaman duygusal bir kaynağı olmalıdır. Ancak bir şeyin olması gerektiği düşüncesinin ifade edilmesi daima bir yargının sözlü biçimi şeklinde olacaktır; böylece, olması gerekenin nesnel olarak var olduğu inancına ulaşırız. Bu, özellikle, olması gereken düşüncelerinin bir toplulukta kuvvetli bir şekilde bulunduğu ve nispeten tek bir biçime büründüğü durumlarda söz konusudur. Sosyal varlıklar olarak hepimiz, kendimizin ve diğer insanların ne yapması veya yapmaması gerektiği hakkında karmaşık düşüncelere sahibizdir. Bir toplulukta, böyle düşüncelere sahip olmaksızın yaşayamayız. Bunlar, birer insan olarak karakterimiz için önemlidirler ve onları kişiliğimizin parçası sayarız. Bu onlara dışarıdan, tamamen duygusuz bakmayı çok daha zor kılar. Olması gereken nesnel bir şekilde orada olacakmış ve bilginin konusu olacakmış gibi görünür.

Bununla birlikte, bilme ve değerlendirme ayırımı sonuna kadar devam ettirilirse, çözülemez nitelikteki objektif olması gereken sorunu bize daha fazla sorun çıkarmayacaktır. Hukuk kurallarının ne olduğunu değil ne olması gerektiğini söylediği elbette doğrudur. Bununla birlikte, neden doğal gerçekliğe değil de, olması gerekenin gizemli dünyasına ait olduğuna inanılması gerektiğinin bir cevabı yoktur. Hukuk kurallarını temsil eden cümleler açıkça olgusaldir, ifade ettikleri düşünceler de. Objektif olması gerekene duyulan inanç, cümlelerin, dile getirdikleri ilişkileri gerçekten vücuda getireceklerine inanılmasını da içerir; bir ilişkiyi, örneğin suç ve ceza ilişkisini, nedensellikten tamamen farklı bir şekilde kurdukları düşünülür. Bu büyük bir hatadır. Hukukla bağlı olduğumuz hissimiz ile, hatalı bir şekilde, bu metafizik ilişkilere inandık. Yasa koyucunun yapabileceği tek şey resmî görevlilerin belirli bir şekilde davranmasını *sağlamak* ve az çok başarılı bir şekilde, belirli davranış tarzlarını halkın zihnine yerleştirmektir. Yasa koyucunun amacı için başka bir şeye gerek yoktur.

Objektif olması gereken, bir efsanedir. Gerçekten var olan, olması gerekene ilişkin düşüncelerimiz, onları ifade eden cümleler ve onlarla bağlantılı duygulardır. Tüm

⁷ Bkz. Haegerstroem, *op.cit. supra dipnot* 4. Benzer düşünceler için bkz. AYER, LANGUAGE, TRUTH AND LOGIC (1936).

bunlar, hukuk felsefesi araştırmasının oldukça önemli bir konusu olan, hukuk ideolojisi olarak adlandırılabilir. şeyi biçimlendirir.