

HUKUKİ POZİTİVİZM VE KANUNİ POZİTİVİZM*:*Hukuki pozitivizmin doğal hukuksal savunması üzerine düşünceler*

Çev. / Übersetzt von

Dr. Melike Belkis AYDIN**

Hukuki pozitivizm tartışması bugün ellili yıllara kıyasla daha sakin ve objektif bir düzlemde sürmektedir. Çünkü birinci dünya savaşı sonrası ortamın, tinsel iklimi uzun zaman önce atlatılmış görünüyor. Bu, her hukuk teorisinin her yönü anlık politik tutkulara dönüşen ve yakın geçmişin olaylarının ahlaki bir yargıya evrildiği bir tinsel iklimdir¹. Bu iklimde hukuk düşüncesinin ve ideolojik koşulların köküne inerek hukuk ideolojisinin incelikli bir eleştirisini yapan hukuk düşüncesine ait kültür tarihinin içsel eleştirisine olumlu bir eğilim gelişir. Bu eğilimde ve objektif ve geri çevrilemez bir çelişki üzerine sakin ve nesnel bir tartışmada benzer eğilimi görmemiz gerekir: Doğal hukuk ya da hukuki pozitivizm.

Tıpkı mesafenin, zor kullanma ile hukuk arasındaki korkunç bağına dikkati çeken bir dünyanın çarpık yanlarını yavaşça ortaya çıkardığı gibi, hukuki pozitivizm ile doğal hukuk arasındaki polemik de din savaşlarına benzer uzlaşmaz karakterini yitirir ve daha objektif ve verimli bir

* Alessandro Baratta, *ARSP Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1968, Cilt. 54, No. 3 (1968), sayfa: 325-350.

** Dr., Türkiye Felsefe Kurumu, melikebelkisaydin@gmail.com ; ORCID: 0000-0003-3509-402X

¹ Mesele, yazarın 20 Haziran 1966'da Saarland Üniversitesi'nde Hukuk ve İktisat Bilimleri Fakültesi'nde sunduğu bir konferans hakkındadır. İlk savaş sonrası dönemde Almanya'da doğal hukuk eğilimlerinin ayrıntılı bir betimlemesi Th. Württemberg'in makalesiyle bizlere tanıtılır: "Wege zum Naturrecht in Deutschland" (1946-48) in *ARSP*, 38, 1949/50, s. 98devamı için.; „*Neue Stimmen zum Naturrecht in Deutschland*" (1948—1951), in *ARSP*, 40, 1952/53, S. 576. Werner Maihofer tarafından hazırlanan ciltte, "Naturrecht oder Positivismus?" da metinlerin yanında doğal hukuk ve pozitivizm tartışmasına dair zengin bir bibliyografya vardır. Savaş sonrasında neo-doğal hukukçu yönelimlerin parçaları için doğal hukuksal öğretinin tarihi bir tipolojisi için bkz. Erik Wolf, *Das Problem der Naturrechtslehre*, 3. Aufl., Karlsruhe, 1964. Tartışmanın anlık durumu için de bkz. F. Wieacker, *zum heutigen Stand der Naturrechtsdiskussion*, Köln-Opladen, 1965.

hale gelir. Duygusal yargıların yerini yavaş yavaş daha yakın tarihe dayalı incelemeler olarak farklı ülkelerin hukuk uygulamalarının tarihinde tanınan kıyaslar alır. Farklı ülkelerdeki hukuki deneyim tarihi içinde tanınan karşılaştırmalar, şiddet ve hukuk, yasallık ve adalet, hukukun üstünlüğünün biçimsel geçerliliği ve etik yükümlülüğünün tanıdığı tipik durumları keşfetme fırsatı sunar. Pozitivizm ve doğal hukuk doktrininin farklı "anlamlarının" ve hukuki pozitivizm ile doğal hukuk doktrini arasındaki alternatifin daha katı ve net bir anlam kazandığı çeşitli ilgili sorunların (hukuk geçerliliği sorunu, adalet sorunu, hukuka itaat, yasaların yorumu ve yasa hazırlama yöntemleri sorunu²) analitik olarak farklılaşması, belki de hukuk felsefesi tarihinde ilk kez, bu alternatifle yeni bir şekilde yüzleşmeyi mümkün kılmıştır. Hukuk uygulamasının alacak kısmını kimin hesaplayacağı bir sorundur. Böylece de, bunun ancak hukuk uygulaması tarihinin çok özel bölümlerine atıfta bulunarak çözülebileceği fark edilmeye başlanır.

Erken çalışmalarımdaya vardığım *Geschichte des Strafrechts in Deutschland* (Almanya'da ceza hukukunun tarihi) hakkında anlamlı bir yere dayanan sonuçları burada anmama müsaade edeceğim³. Bununla sosyalizmin egemenliğinin sürdüğü otuz yıllık devre düşünülüyor. Bu çalışmada, tarihsel belgeler sayesinde, yasal pozitivizm ile 1933'ten sonra Alman hukuk sisteminin otoriter bozunması arasındaki ilişkiye dair daha net bir karara katkıda bulunmak istedim.

Yüzyılın İlk otuz yılının hukuk düşüncesi eğilimlerinden, bana

² Bkz. Hart, „*Positivism and Separation of Law and Moral*“, in *Harvard Law Review*, 71,1958, S. 593devamı için. (özellikle s. 601 devamı için.),- Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1965, S. 103 devamı için. Cattaneo, „*Il positivismo giuridico e la separazione tra il diritto e la morale*“, in *Rendiconti del l'istituto lombardo — Accademia di Scienze e Lettere*, Band 94,1960, S. 701 devamı için. aynı, *Il positivismo giuridico inglese*, Hobbes, Bentham, Austin, Milano, 1962, Einführung; Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, 1965.

³ *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale. Aspetti teoretici e ideologici dello sviluppo della scienza penalistica tedesca dall'inizio del secolo al 1933*, Milano, 1966. Bu makale, bahsedilen araştırmanın felsefi sonuçlarını içermektedir. Bu, otoriter ceza hukukunun gelişimi hakkında içerdikleri kanıtlara yapılan sürekli (ayrıca söylenmemiş) atıfları açıklar ve haklı çıkarır.

öyle geliyor ki, yorumun mantıki formel yönteminin krizi ile yasallık ilkesi krizi, bana göre ikisi de hukuki pozitivistizmin temel motiflerindedir, öne çıkar⁴. Nazi hukuk düşüncesi ile, söz konusu çalışmada otoriter dönemden önce Alman ceza hukukunda varlığını vurguladığım anti-formalist ve anti-pozitivist hareketler arasındaki ilişkiye dair bir yargıya hala net olarak varılabilmiş değil⁵.

⁴ Yasaya uyan hukuku bulmak ve yorumlamanın mantıksal olarak biçimsel bir yöntemi olarak anlaşılan yasal biçimcilik ve yasal pozitivistizmin krizi, geçen yüz yılın son on yılına kadar uzanır, ancak görünürleşmesi yüzyılımızın başını bulur. O dönemde Avrupalı, özellikle de Alman hukuk düşüncesinde, doğrudan alternatifte yasal pozitivistizme ve yasal biçimciliğe karşı çıkan bir dizi farklı yönetsel yön ve hareket ortaya çıktı: Serbest Hukuk Hareketi, Menfaatler İçtihadı, Sosyolojik Okul, Hukuki Yorum öğretisinin yeni-kantçı değer ilişkileri öğretisinin etkisinde kalan teleolojik yönleri, ve ardından da, genel olarak, hukukun benzer uygulamasının rolünü genişletme eğilimi, yasal düzenin Hetero-integrasyon ilkesini aşırı vurgulaması, hukukun yorumlanmasında değer yargılarını cömertçe uygulama ve yasama tekniğinde genel hükümler. Bunlar, hukuk dogmasının gelişimini, hukukun çeşitli alanlarında, özellikle de ceza hukukunda var eden hareketlere paralel metodolojik, anti-pozitivist ve anti-formalist hareketlerdir. Burada üzerinde durulan metodolojik yön için dipnotlar 21a'dan 27'ye dek *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, s. 38 adlı kitaba bakılmalı. Sözü edilen dönemin alman ceza hukuku dogmasında antiformalizme değinilecektir. Konunun ayrıntılı ele alınması ve ilgili bibliyografya için bkz. *e Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, passim. Benim daha önceki, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza Contributo alla filosofia e alia critica del diritto penale*, Milano, 1963, passim monografimi de karşılaştırınız.

⁵ Hukuki pozitivistizmin, otoriter hukukun dejenerasyonundan, hukuk kılığındaki adaletsizliklere karşı, "yasa yasadır" ile eleştirel olmayan hukuk kültürünü tutarak savunmasız ve güçsüz bıraktığı için sorumlu olduğu iddiası, Radbruch'un „*Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*“, in *Süddeutsche Juristenzeitung*, 1946, S. 105 devamı için., *Rechtsphilosophie* iç., 5. bası, yayına haz. Erik Wolf, Stuttgart, 1963, Anhang, S. 347 tanınmış makalesine dek uzanır. Fakat Radbruch'un bu polemiki çöküşün ardından doğrudan alman kültürünün ilk tepkilerinin verildiği tarihsel bağlamdaki bir ruh olarak anlaşılmalıdır. Radbruch'un bu pozitivistizm eleştirisini, (başından beri temelde, pozitivistliğin hukukun özü olarak tanınması ve hukuk güvenliğinin kaçınılmaz değeri olarak kabul edilme-

Hukuki pozitivistizmin, nasyonal sosyalizm için sorumlu olduğuna dair tartışma bu ifadenin çift anlamlılığından dolayı sorunluydu⁶. Bu düşünce birçok yazar tarafından farklı anlamlarda, hukuk düşüncesine dair bazı iddia ve tutumların tarihsel bağlamla bir ilişkisi olmaksızın ortaya koyulması için kullanılmış ve kullanılmaya da devam edilmektedir. Bu sebeple "hukuki pozitivistizm" ifadesi, hukuk düzenlerinin otoriter dejenerasyonunun "nedenleri" olarak, çeşitli yazarları birbirine bağlayan duygusal koşullanmış önyargılar ile değer yargılarının sunulması tartışmasında, seyrek olarak bir nesnedir.

Böylece, terim, hukuk bilimi ve hukuk felsefesinde ilgililerince "iyi" veya "kötü" olarak kabul edilen şeyin kolektif bir terimi olma riskini taşır. Bununla birlikte, yasal pozitivistizm, ilk ve sonraki gelişmelerinde ve işlediği somut tarihsel durumlarda göz önüne alındığında, "iyi" ve "kötü" yasal pozitivistizm arasında ayırım yapmanın mümkün ve gerekli olduğuna inanıyorum, aynı doğal hukuk doktrini için de yapılabileceği ve yapıl-

siyle, aynı zamanda pozitif hukukun pozitif üstü değerlendirmesinin yeri doldurulamaz rolüne vurgu yaparak karakterize edilen) kendi hukuk düşüncesinde 1945 yılında oluşan bir kırılma olduğunu reddedersek, *sağlıklı pozitivistizm* (yani vicdanın pozitif üstü denetimiyle düzeltilen pozitivistizm) karşı olarak değil aksine pozitivistizmin dejenerasyonuna karşı, yani yasaya karşı vicdanın kritik rolünü ifşa etme olarak, bir isyan olarak kabul edilmelidir. Bu, yasanın, yasaya koşulsuz itaat için sözde ahlaki bir görevle en başından beri güvenceye alındığı, yasanın yanlış bir etikleştirilmesi sonucuydu. Buradaki Radbruch düşüncesinin doğal hukuk üzerindeki gelişimi için bkz. Erik Wolf, *Umbruch oder Entwicklung in Gustav Radbruchs Rechtsphilosophie?* ARSP'de, 45, 1959, S. 481 devamı için., und Baratta, "*Relativismus und Naturrecht im Denken Gustav Radbruchs*", ibidem, s. 5.

⁶ Yasal pozitivistizmin anlamını tek tip olarak tanımlamaya yönelik çeşitli girişimler için, bkz. Scarpelli Scarpelli, belirtilen yerde, Shuman, *Legal Positivism. Its Scope and Limitations*, Detroit, 1963; Lumia, *Empirismo logico e positivismo giuridico*, Milano, 1963; Shklar, *Legalism*, Cambridge (Mass.), 1964; Tsatsos, *Zur Problematik des Rechtspositivismus*, Stuttgart, 1964; Viehweg, "*Que veut-on dire par positivisme juridique?*" iç. Archives de philosophie de droit, 1965, S. 181 devamı için. Von Cattaneo karşı., zaten alıntılanan yazılar dışında, "*Positivismismo giuridico*", in *Novissimo digesto italiano*, XIII, Torino, 1966, S. 315.

ması gerektiği gibi. Hukuki bilinçte kullanılan, hukuki pozitivistizmin değeri ve doğal hukuk teorisi arasındaki alternatife dair birçok tartışma için sık sık konuşulmayan bir ön koşul olan bu ayrım, bana kalırsa hukuki pozitivistizmin "açıklayıcı" (yani saf konvansiyonel değil) ve başlangıç noktası hukuk bilinci olan, üzerinde durduğumuz kavramla ilişkilendirilen teorik anlamda ve aksiyolojik işlevini açıklığa kavuşturma görevine dair tanımla uzlaştırılmaz.

Aşağıdaki ifadelerde "hukuki pozitivistizm" ifadesi üç ayrı sorunla ilişkili olan üç iddiaya odaklanır. Bu sorunlar, birbirlerinden ayrı olduklarından üçüne de uyan iddialar mutlaka birbirlerine bağlı değildir. Aslında, içlerinden en az ikisi var olduğunda, "pozitivist" teoriler olarak adlandırmaya alıştığımız hukuk teorilerinde her zaman birlikte temsil edildiğini görmüyoruz. Öte yandan, son literatür tarafından analiz edildiği biçimiyle, hukuki pozitivistizm kavramının tamamını yorumlayan yalnızca bu üç belirti değildir. Bu terimin bazı olası anlamları, ceza hukuku tarihi bölümünü doğrudan ilgilendirmeyen, aşağıdaki gözlemlerden esinlenen soruşturmadan kasıtlı olarak ihmal edilmiştir ve dahası, hukuki pozitivistizmi hukuki düşüncenin diğer tutumlarından ayırmak için çok önemli görmemektedir.

İlk açıdan, hukuki pozitivistizm, hukuk normlarının geçerliliğini, yalnızca yasal yetkinliği yasal düzenin organizasyonunu düzenleyen normlardan kaynaklanan yasal organlar tarafından oluşturuldukları gerçeğinden alan bir tür hukuki teori olarak ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, bu teori, hukuki normların geçerliliğini maddi adalet ya da eşyanın tabiatına uygunluğundan alan doğal hukuk tezini dışlar. Bu anlamda, yasal pozitivistizm, hukukun olması gerektiği gibi, birbirinden ayrılabilen iki sorun olarak, yasadaki ayırt edilmesi gereken bir zihin durumuna bağlıdır.

Hukuki pozitivistizm ikinci anlamında olması gerekenin olandan çıkarılmayacağı bir değer teorisi olarak görünür. Bu nedenle hukuku olması gerektiği üzere gözlemleyen değer yargıları rasyonel olarak haklı, yani kanıtlanabilir değildir. Bu anlamda da hukuki pozitivistizm, hukuki bir kararın maddi adaletinin şeyin veya insan aklının doğasından ve dolayısıyla hukuki değer yargılarının rasyonel kanıtlanabilirliğinden kay-

naklanabileceğini iddia eden doğal hukuk doktrinine karşı durur. Bu koşullar altında, yasal pozitivizm, doğal hukuk öğretisi olarak, adaletsizlik en azından belirli bir sınırı aştığında ve vicdan için tamamen kabul edilemez hale geldiğinde, haksız bir yasaya itaat etmek için ahlaki bir yükümlülüğün reddedilmesiyle aynı sonuca varabilir. Doğal hukuk doktrini, olan hukuk ile olması gereken hukuk arasında ayrımı dışladığı için bu sonuca varır. Bu nedenle kesinlikle adaletsiz hukukun da kanun olmadığını savunur. Hukuksal pozitivizm ise bu sonuca olan hukuk ile olması gereken hukuk arasındaki ayrımı korur. Böylelikle hukuk ile ahlak arasındaki herhangi bir karışıklığın önüne geçer. Bu durumda hukuki pozitivizm, hukuk kurallarının ilgilendiği kişinin ahlaki vicdanına, içeriğine dair hüküm verme sorumluluğu ve yanlış olduğu düşünülen hukuka ne ölçüde uyulup uyulmayacağına karar verme olanağı tanır. Öte yandan, hukuk ve ahlak kavramlarının bir karışıklığına düşersek, hukuki pozitivizm, hukukun ve devletin en başından beri etik olarak değerli ve dolaşısıyla yasaların ahlaki olarak zorunlu olduğu fikrine dayanan hukuki ahlak doğrultusuna yönelmeye başlar. İşte bu, incelediğim dönemin Alman hukuki pozitivizmini içinde gerçekleştirir⁷.

Pozitivist ilke: hukuk, hukuktur ve hukuk ve ahlak arasındaki ayrımı destekleyen, yasanın pozitif yasadan başka bir şey olmadığı anlamına gelir (bu nedenle yasal zorunluluğun ahlaki vicdan tarafından kontrol edilmesi gerekir ve kontrol edilebilir). en baştan etik ilkelerin nesnelleştirilmesi olarak görülen hukukla ilgili olarak bireyin ahlaki vicdanının ortadan kaldırılması başlangıç noktası olarak reddedilir. Ancak şu ana kadar sunduğumuz iki sağ pozitivist tez arasında mantıksal olarak gerekli bir bağlantımız yok, yani hukuk kurallarının geçerliliği adaletten bağımsızdır. Adaletin materyal içeriği, olandan veya rasyonel gerekçelendirmeyle temellendirilemez. Daha ziyade, devletin etik temeli mitine ve hukukun etik içeriğine dayanan pozitivist bir ahlakla karşı karşıyayızdır.

⁷ Hukukun etikleştirilmesinden ahlakın yasallaşmasına lojistik geçiş 1933 bkz. Baratta, *Antinomie giurididie e conflitti di coscienza*, belirtilen yerde, S. 155 devamı için. Hukuk ve ahlak arasındaki karışıklığın tehlikelerine ve hukukun yo-zlaşmasına yönelik bu kafa karışıklığının sorumluluğuna dair net bir örnek Hart'ta bulunabilir, 3.a.O., veders., *Law, Liberty and Morality*, Stanford j. Cal.), 1.

Bu da yukarıda sözü edilen iki yasal pozitivizm ilkesinin dikkate değer bir çarpıtılmasına neden olur.

Hem hukukun üstünlüğünün geçerliliğinin adaletten ayrılığını savunan hem de değer yargılarının kanıtlanamazlığı ve materyal adaletin içeriğinin reddinin, aslında hukuk ile ahlak arasındaki kavram karmaşasına dayandığı kolaylıkla görülebilir. Bu karmaşa olan hukuk olması gereken hukukun anlamını vererek ve objektiflikle ilgili olarak, etik ilkeleri pozitif hukuk sisteminde ortaya konan ve dolayısıyla ortak olarak belirlenecek olanlarla karıştırarak sonlanır.

Üçüncü anlamıyla hukuki pozitivizm, hukuki kesinlik fikrine dayanarak hukuku tasarlama ve yorumlama yöntemi olarak ortaya çıkar. Bu hukuki kesinlik, yasama organı tarafından, öncelikle açık anlamı olan tanımlayıcı ve değerlendirci unsurlara dayanan soyut ve genel tüzükler çizilerek ve ikinci olarak yasa yorumlayıcısını hukuk iradesine sunarak sağlanır. Yasada doğrudan atıfta bulunulmayan siyasi, ahlaki ve sosyolojik ilkelere başvurarak hukukun içeriğini genişletme ve düzeltmeye olanak tanınmamıştır. Bu bakımdan “kapalı bir sistem”i temsil ederler. Yürürlükteki hukukun bu bilimsel olarak işlenmesinin ve yorumlanmasının yasanın yorumunun özgürlüğünü ve yaratıcı işlevini olabildiğince dışlama eğiliminde olan, bu pozitivist yönetime serbest hukuk okulu, sosyolojik okul ve hukuki realizm gibi (Kantarowicz’teki gibi “yaşayan hukuk” doğal hukuk fikrine doğrudan veya dolaylı olarak bağlı olan bazı modern hareketlerin tersidir. Yorumcu, somut doğal hukuk veya yaşayan hukuka başvurmalı, yasa koyucu tarafından belirlenen hukuku genişletmek ve soyut olguların somut durumlarının soyut gerçeklerine uyarlamak için yapmalıdır.

Eğer ki, hukuki pozitivizm ile doğal hukuk öğretisinin bu gerekli soyut ve şematik karşılaştırılmasını daha önce andığımız sorunlarla, özgün temel motiflere kısa tarihsel bir göz atarsak, Fransa, Almanya ve İngiltere’deki hukuki pozitivizmin kökenini bulabileceğimiz entelektüel hareket, böylece hukuki pozitivizm ve modern doğal hukuk okulu geleneği arasındaki ilişki de ayırım gibi önemli görünür. Şimdi hukuki pozitivizm ile doğal hukuk öğretisi, Bobbio’nun çok yerinde saptamasıyla⁸

⁸ Belirtilen yerde, S. 145.

“düşman kardeşler” gibi karşı karşıya gelir. Bana kalırsa düşmandan çok, aynı devrin çocukları, kardeş demek daha yerinde olur. Önce doğal hukuk öğretisi ve ardından hukuki pozitivizm, aydınlanmanın hukuk felsefesi mirasında var olan aynı temel merciler olarak gelir⁹. Onların hukuk düşüncesi, bireysel hukuki atmosferin özgürlük ile güvenliğinin teminatı olarak yasanın tanınmasına çalışır ve devlet iktidarı için bir yasal sınırlar sistemi kurulmasını amaçlar. Bunlar, modern doğal hukuk öğretisinin ve yasal pozitivizmin ortak destekleyici temelini oluşturan ve her katı muhalefeti tarih dışı, soyut ve kısır kılan fikirlerdir. Buradan, bazı temel tezlerinin aşılmasına veya eskimesine rağmen, hukukumuz ve toplumumuz için hukuki pozitivizmin hala geçerli bir işlevi olduğu sonucu çıkar (Kapalı bir sistem olarak anlaşılan hukuk düzeninin bütünlüğü tezinde karşılaşılan zorluklara, hukuk ile hukukun, hukuk kuralının ve hukuk normunun karıştırılmasına ve dolayısıyla hukukun karmaşasına değinmek yeterlidir. Bunun somut, varoluşsal geçerliliğiyle soyut geçerliliği: yasal pozitivizm, kendisini yasal perspektifinin bu sınırlamalarından kurtarmış görünmüyor). Ben bu dejenere olmuş anlamı, hukuki pozitivizmdense yasal pozitivizmden söz ederek vurgulayacağım.

Sadece bir çalışma hipotezi ve tartışmaya katkı olarak önerdiğim ve yalnızca ayrı yerde tamamen geliştirilebilir ve zorluklarına tamamen vakıf olduğum bir bakış açısına değineceğim.

II.

Fransa'da yasal pozitivizm, Ecole de l'Exégèse ile, doğal hukukun açıklayıcı doktrininin teşvik ettiği fikirlere, eski rejimin üstesinden gelmenin ve özgürlüğü garanti etmenin bir yolu olarak soyut ve genel hukukun değerini abartmak için doğrudan bağımlı olarak ortaya çıkar. Tüm bireylerin güvenliği ve eşitliği ve 1804 yasasında ifade bulmuştur¹⁰.

⁹ Bugün İtalya'da, aydınlanmanın yasal düşüncesine olan ilgi, burada bizi ilgilendiren şeyle ilgili olarak da çok canlıdır, kz. u. a. d'Amelio, *Illuminismo e scienza del dinto in Italia*, Milano 1965; Cattaneo, *Illuminismo e legislazione*, Milano 1.

¹⁰ Burada özellikle, Boncase, *L'école de l'exégèse en droit civil*, Paris 1924, und Bobbio, 11 positivismo giuridico. Lezioni raccolte dal Dr. Morra (lit.), Torino 1960/61; Cattaneo, a.a.

Yasallık ilkesi, doğal hukuk kökeni olarak anlaşılır ve bireysel özgürlüğü garanti etme değerine ve işlevine karşılık gelen özel anlamı, düzenleyici mevzuat olarak hukuki güvenlik anlamına gelen ideale dayanır. Bu, yasa sisteminin sadeliği ve birliği ilkelerine, makam temsilcilerinin rasyonel ve anayasal kuvvetler ayrılığına göre yorumlanmasına ve içtihadına dayanır. Bu, hukuk sisteminin birliği ve sadeliği ilkelerine dayanırken, Ecole L'Exégèse temsilcilerinin akıl hukuku-hukukun üstünlüğü ilkesine göre, hukukun nesnel iradesini genişletmek ve düzeltmek için değil fakat sadece açıklamak ve tanımak adına küçük bir rol oynar. Ancak görebildiğimiz gibi, Bobbio'nun yerinde vurguladığı birkaç değişikliğe rağmen, Ecole de l'Exégèse'nin temel prensibi olan hukuki kesinlik, mevzuat yazarlarının doğal hukuk doktrindir ve kendi içinde bir amaç değil, devletle özneler arası ilişki içindeki bireyin amacı olarak anlaşılmalıdır.

Genel irade veya hukukta ifade edilen rasyonalite ile iktidarın keyfiliğinden kurtulmuş bireyin özerkliği, hukukilik ilkesine ve hukukun güvenliği fikrine tarihsel ve açık içeriklerini veren değerdir. Bunlardan, yasama organı tarafından soyut biçimde (toplumsal yaşamın durumunun tipik ve genel unsurunu değişken ayrıntılarına girmeden belirleyen biçim) ve genel biçimde ifade edilen emirlerin açıklık ve belirsizlik talebini, yine ayrıca yargıcın sübjektif değerlendirmesini yasama organı tarafından belirtilen hukuk dışı veya etik kriterleri belirlemeye bırakan kapsamlı kanunların ve genel hükümlerin yasaklanması; vatandaşın izin verilen bir eylemin kesin sınırlarını ve davranışının yasal sonuçlarını bilmekten mahrum bırakan geriye dönük normların yasaklanmasını yeniden türetir. Hukuk sisteminin bütünlüğü ilkesine dayalı olarak karşılaştırma prosedürünün katı sınırı suretiyle hukuk sistemi analojisi herhangi bir bütünlüştürücü işlevden mahrum bırakılır. Böyle bakılınca, bireyin özerkliğinin bir teminatı olarak kanunilik ilkesi, Fransa'daki yasal pozitivizmi, Rousseau, Montesquieu ve Napoléon Kodu'nun yazarlarının öğretileriyle doğrudan 18. yüzyıl doğa hukuku doktrinine bağlayan görünmez bağıdır.

Fransa'da yasal pozitivizmin altında yatan bu verimli ilke, doğal hukuk doktrinine karşı soyut bir polemik bir sonucu olarak yavaş yavaş yanlış anlaşılır ve aşırı yükleniyor. Değersiz hale gelen yasal pozitivizm, kanunilik ilkesini boşaltır ve onu hukuk ile yetkili yargı organı arasında resmi ve değerden bağımsız bir bağlantıya dönüştürür. Böylelikle hukuk

güvenliği, bireyin güvenliği için bir araçtan kendi başına bir amaca dönüşür. Hukuki pozitivismin temel, değerle ilgili fikirlerinden bu şekilde koparılmasının bir sonucu olarak, hukukun değeri hukuk kuralının soyut bir geçerliliğine inmiştir, örn. Kelsen'de durum böyledir.

İngiltere'nin hukuk geleneğinde, yasal pozitivism, on sekizinci yüzyıl doğal hukuk okulunun klasik ve orta çağ doğa hukukuna göre belki de en belirleyici ve devrimci fethini temsil eden temel bir güdü olan ve Bentham'dan ve Austin'den bugüne dek uzanan¹¹ bir gelişim çizgisini kavrar ve gerçekleştirir. Özellikle Almanya'da Thomasius ve Kant tarafından geliştirilen bu güdü, hukukun ve ahlakın bağımsızlığı, insan davranışının dışsal ve zorlayıcı kurallarının, bireyin vicdanında ifadelerini bulan iç ve zorlayıcı ilkelerden farklılaşmasını ifade eder¹².

Bu bağımsızlık, bir ayrılık ya da çelişki anlamına gelmez; bunun yerine, hukuk düşüncesi tarihinde belki ilk kez modern doğa hukuku teorisi ve ardından hukuk pozitivismiyle ortaya çıkan pozitif hukukun aşırı pozitif incelenmesinin mantıksal olasılığını ve Hukuk ve ahlak karmaşasından kaynaklanan herhangi bir yasal ahlak tehlikesini önleyen hukuk ve ahlak arasındaki bir ilişkiyi beraberinde getirir (Hart)¹³. Öte yandan, hukukun ve ahlakın ayrılması, hukukun iç otoritesinin, hukuksal yasanın tamamen dış otoritesinin yanına yerleştirilmesine izin verir. Böylece ahlaki yasa, pozitif yasanın içeriğinin değerlendirileceği ve kontrol edileceği bir kriter haline gelir.

Hukuk ve ahlak arasındaki bu ayırım, herhangi bir heteronomik gerekçelendirmeden ayrılarak, özerkliğin etiği olduğu ortaya çıkan modern etik anlayışıyla örtüşmektedir. Bu anlayış, İngiliz hukuk pozitivisminin kurucuları tarafından henüz açıkça tanınmamış olsa bile, bireyin

¹¹ Krş. Hart, „*Positivism and Separation of Law and Moral*“, belirtilen yerde; Agnelli, John Austin alle origini del positivismo giuridico, Torino, 1959; Cattaneo, „II positivismo giuridico inglese“, belirtilen yerde Siehe hierzu auch Friedmann, Legal Theory, 4. Ausg., London, 1960, S.

¹² Bkz. Kant, *Metaphysik der Sitten*, Akademie Ausgabe, S. 219-220; Thomasius, *Fundamenta juris nativae et gentium*, 4. Ausg., Halle, 1718, I. Buch, Kap. V-VI, S. 143.

¹³ „*Positivism and Separation of Law and Moral*“, belirtilen yerde, S.

ahlaki vicdanının devlet otoritesi karşısında özerkliğini içerir. Böyle bir görüş, Bentham ve Austin tarafından çeşitli şekillerde savunulan, bir yasanın varlığının değeri ile asla karıştırılmaması gereken, yani yasanın varlığının olması gerekenden ayırt edilmesi gerektiği tezinde yer almaktadır.

Pozitif hukuk kurallarının geçerliliği ve hatta varlığı artık ahlaki adalet ölçütüne bağlı olmadığına, diğer yandan biçimsel geçerliliği ile özdeş olmayan hukukun değeri, ahlaki adalet ölçütüne bağımlı hale getirilir. Hukukun gerçekliğini değerinden ayırt ederek, yasal pozitivizm, tüm ahlaki ve dini otoritenin yasasını mahrum eder ve böylece yasaya itaat sorununu, haksız yasaya karşı direniş sorununu, tamamen yasal bir düzeyde değil, kendi etik sorunuyla gündeme getirebilir. Bu etik sorun, temel ölçüsünü ve çözümünü, bireyin ahlaki vicdanının özerkliğinde, bu vicdanda ifade edilen etik düzende bulur.

Alman hukuk düşüncesinde hukuki pozitivizm, tarihsel hukuk okulu (Hugo ve Savigny) ile ortaya çıkar ve en mükemmel ifadesini pandekt okulunda (Windscheid) ve hukuk teriminde bulur (Laband, Jellinek, Bierling)¹⁴. Rasyonel bir kavramlar sistemi olarak aydınlanma-doğal hukuk ideali, Kant'ın hukuk kategorisinin özerkliğini keşfetmesiyle önemli bir ivme kazandı. Bu fikir, Kant'ın yasal rasyonalizminin doğrudan etkisi altında olan Anselm Feuerbach ve Gustav Hugo'nun ve Savigny'nin düşünceleriyle (Savigny liberal hukuk düşüncesine belirgin karşıtlığına rağmen, Boehmer'in doğru ifadesiyle¹⁵, yine de bir doğal hukuk programı,

¹⁴ Almanya'da yasal pozitivizm ve yasal biçimcilik ve bunların başlangıcı hakkında özellikle daha yeni literatürde bkz. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, 2. Aufl. 1967, S. 348 devamı için. Negri, *Alle origini del formalismo giuridico. Studio sul problema della forma in Kant e nei giuristi kantiani tra il 1789 e il 1802*, Padova 1962; Wilhelm, *Zur juristischen Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1960, S. 8 devamı için.; Porzio, *Formalismo e antiformalismo nello sviluppo della metodologia giuridica moderna*, Napoli, 1961/62 (Sonderdruck des Bollettino della Biblioteca degli Istituti giuridici dell'Università di Napoli, 1961, H. 3; 1962, H. 2, Ayrıca, Erik Wolf Savigny ve Windscheid'e ayrılan bölümlere atıfta bulunulur., iç. *Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, 4. bası, Tübingen 1963.

¹⁵ Erika Wolf'tan alıntı, belirtilen yerde, s. 533.

özel hukukun tekdüze bir sistemleştirilmesini ortaya koyar.) benzer biçimde de bir doğal hukuk programının, yani özel hukukun tek tip sistematikleştirilmesi ve daha sonra kavramlar içtihadında, doğal hukukun başka bir temel nedeninin olduğunu savunur Alman hukuki pozitivizminin başlangıcına varılır: Hukuk biliminin özerkliği düşüncesi. Bu düşünce modern doğal hukuk okulunun kurucusu Hugo Grotius'a dek uzanır.

Tıpkı bu fikrin iki yüz yıl önce Grotius tarafından bu denemeye bağlantılı olarak tasarlandığı gibi, hukuk bilimine otonom ve bilimsel bir meşruiyeti teolojiden bağımsız ilkeler sağlamak olarak açıkladığı ve hukuk bilimini artık kudret ilkeleri değil rasyonel-ampirik doğa bilimlerinin yöntemine oturtma çabasıdır. Böylece, alman rasyonalizmi alman düşüncesi tin bilimlerinin özerkliğine yani hukuk biliminin bir tin bilimi olarak kurulmasına uğraşır. Bu da onun yönteminin ve ilkelerinin etik, politika, ekonomi, sosyolojiden azat edilmesi sonucunu doğurur¹⁶.

Savigny tarafından savunulan siyasetten hukukun mantıksal ve metodolojik bağımsızlığı¹⁷, Laband ve diğer kavramsal hukuk temsilcileri arasında pozitivizmin yol gösterici ilkesine dönüşür. Bu nedenle, Kelsen'in doğrudan hukuk öğretisinde, Grotius'tan bu yana modern hukuk biliminin en önemli çabasını, yönteminin bağımsızlığının ve kendi özerkliğinin tam bilincine ulaşmak ve kapalı ve bağımsız, yani katı bir dil inşa etmek için yeterli olduğunu gösterir. Şimdi Almanya'dan tüm Avrupa'ya bir kez daha bakarsak, İngiliz hukuki pozitivizminin (Austin) analitik hukuk geleneği ile Grotius'un hukukun özerkliği düşüncesini gerçekleştirmek için Alman pozitivizminin kavramlar içtihadı ile nasıl buluştuklarını görürüz. Hukuk biliminin Kavramlar sisteminin bu bütünlüğü düşüncesi, bağımsız olarak ve bu nedenle, her bütünleştirici formun şartları hariç, hukuk düzeninin kapalılığı bireysel özgürlük teminatı ve devletin zor kullanma gücünün sınırı için kodifiye edilmiş bir sistem düşüncesine denk düşer. Aydınlanmanın doğal hukuk teorisinin Napoléon kodu ile

¹⁶ Bu yasal yöntemin "saflaştırılması" sorununda, Laband'ın Gierke ile polemiklerine özellikle dikkat ediniz, buraya bkz., Gierke, „Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft“, iç. Schmollers Jahrbuch, 7 (1883), S. 109 Laband'ın yasal yöntemi ve onların üzerine Wilhelm, belirtilen yerde.

¹⁷ Burada bkz. Savigny e il método giuridico, Milano 1966, S. 64.

doğrulanmasının ardından, Fransız yasal pozitivisminin merkezi motifi oluşturur.

Bireyin özerkliği ve keyfiliğe karşı hukuk güvenliği teminatı, hukuk normunun ilgililerinin hepsinin eşitliğinin teminatı, ayrıcalıkların hukukunun hukuk normlarının tüm muhataplarına eşitliğinin teminatı, vicdan özerkliği ve dışsal olana karşı içsel otoritenin teminatı, hukukun her önkoşullanmış etik yükümlülükten azade olması, hukuk biliminin ve hukuk yönteminin özerkliği ve hukuk sisteminin ön hukuksal ve teleolojik, yasa yorumcusunun ayrılıkları bütünleştirici çalışmasına bağlı ölçütlerin görece objektifliğine kıyasla daha sıkı objektifliğinin teminatı : Bunlar modern hukuki pozitivismin temelindeki düşüncelerdir. Modern doğal hukuk öğretisi ile karşılaştırıldığında, bu düşünceler ona sadece karşıt değil, aynı zamanda modern felsefenin Kant, Hegel ve Marx'ın¹⁸ çalışmalarıyla rasyonalist geleneğinin sadece bir değer olarak değil, aynı zamanda hukukun toplum karşı aşılamaz sınırı olarak da modern soyut hukukun varlığının gerekçelendirilmesi açısından tamamlayıcı bir işlev de sunar. Bu, kişisel olmayan hukuki ilişkilerin güvenli ve yönetilebilir sisteminde, bireyin bağımsızlığını kişi olarak ahlaki niteliğinde değil aksine soyut bir hukuk kişisi niteliğiyle güvenceye alır. Bu şekilde, hukuki ilişkileri açısından bakıldığında, bireyler kolektif eylem ve sevgi yoluyla değil, sözleşmeye dayalı, kişisel olmayan üretim ve davranış mekanizmaları aracılığıyla birbirleriyle ilişkili tek başına atomlar olarak bağlantı kurarlar.

III.

Düşünce hareketinin bu yüzyılın hukuk bilimi tarafından girilen yönlerin temellerini atan tarihsel analizler henüz yeterince işlenmemiştir¹⁹. Bugün, sadece Hukuk Hakkında felsefe yapmak değil, aynı zamanda yasal deneyimin içsel eleştirel düşüncesinin merkezi anı olmak isteyen hukuk felsefesinin en önemli görevlerinden biridir. Bu alanda elde edilen sonuçların ön görüşüne izin verilirse, savaş sonrası ilk dönemin pozitivismin diktatörlük döneminde ve bunun eşliğinde Avrupa hukuk

¹⁸ Burada, daha sonraki bir çalışmada ayrıntılı olarak sunacağım fikirlerin tarihi üzerine bir perspektife işaret etmek istiyorum.

¹⁹ Wieacker ve Larenz'in anılan çalışmaları konu için önemli kalkış noktalarıdır.

sistemlerinin patolojik gelişiminin nedeni olduğu aceleci kararını tamamen yıkmaya ya da en azından kararlı bir şekilde değiştirmeye zorladıklarını söyleyebiliriz.

Daha objektif bir etioloji, bugün bu dejenere olmuş hukuki fenomenleri sadece hukuki pozitivizmle değil, kriziyle, yani yasallık ilkesinin çöküşüyle, yasal kesinlik ilkesinin ortadan kalkmasıyla, yasal biçim ve sosyal gerçeklik arasındaki ayrımın bulanıklaşmasıyla, devletin tözünü ahlaki değerinin aşırı değerlendirilmesiyle ilişkilendirmemize izin verir²⁰.

Öte yandan, bu dejenere olmuş fenomenler, hukuki olgunun aksiyolojik unsurlarının bütünleştirici işlevini aşırı vurgulamayı amaçlayan yasama teknolojisi ve ön bilimde yerleşik olan anti-formalist ve irrasyonalist eğilimlerle de yasanın somutlaştırılmasındaki kötü şöhretli "sağlıklı halk duygusunu" doğrudan hatırlatarak yasallık ilkesini²¹ aşmak ve ya-

²⁰ Burada Positivismo giuridico e scienza del diritto penale çalışmamla krş. 1933'ten sonra Alman hukukundaki yozlaşma sürecinin tarihsel bir analizini ve genel olarak hukuki düşünce ve uygulamanın tarihsel özellikleriyle, özellikle de en son diktatörlüklerde ceza hukuku ile ilgili literatür arasında bkz. Özellikle Donnedieu de Vabres, *La politique criminelle des États autoritaires*, Paris 1938; Bettiol, *Aspetti politici del diritto penale contemporaneo*, Palermo 1952; Bonnard, *Le droit et l'État dans la doctrine national-socialist*, 1939 Paris 2. Basım. 39; Lavagna, *La dottrina nazional socialista del diritto e dello Stato*, Milano 1939; Pierandrei, *I diritti subbiettivi pubblici nell'evoluzione della dottrina germanica*, Torino 1940; Fritz von Hippel, *Die Nationalsozialistische Herrschaftsordnung als Ordnung und Lehre*, 1947 (Recht und Staat, 129), benzeri, *Die Perversion von Rechtsordnungen*, Tübingen 1955; Staff, *Justiz im Dritten Reich. Eine Dokumentation*, Frankfurt a. M. 1963.

Nasyonal sosyalist hukuku için kaynaklar, (Yazılı belge ve 1933'te hukuk kongreleri) Positivismo giuridico e scienza del diritto kalemindeki referanslara bakın (yasal pozitivizmin krizi ve otoriter ceza hukukunun yükselişi üzerine). Burada incelenen kaynakların tümü, otoriter hukuka geçiş hukuki pozitivizm krizinin eşlik ettiğini ve otoriter çağda hukuki pozitivizmden geriye kalanın ancak derin bir yozlaşması olabileceğini doğrular.

²¹ 8 Haziran 1935 tarihli Ceza Kanununda değişiklik yapan kanun ve ceza hukukunda hukuka uygunluk ilkesini aşmayı amaçlayan diğer kanun hükümlerine gelince, krş. Positivismo giuridico e scienza del diritto penale, S. 31'de ifadeler.

sama organı tarafından suçun genel hükümlerinin ve yeterince sabit olmayan normatif unsurların sınırsız uygulanmasını teşvik etmek için ilişkilendirilebilir. Bu eğilimler ve daha da kötüsü, doğrudan ulusun "özünden" veya "halk ruhundan" ortaya çıkan iddia edilen değerler için devlet otoritesinin koşulsuz garantisine götürür²².

Bugün, bir içtihat ve içtihadın şiddete hizmet ettiği, bu arada pozitivist hukuki kesinlik ilkesinden uzaklaştığı ve hukukun şiddete sunduğu hizmetin sonuçlarının çok daha ciddi olduğunu söyleyebiliriz. Hukukun işlevini tüm etik alanı kapsayacak şekilde genişleten ve şeffaf olmayan bir ideolojiden etkilenmiştir²³. Buradan da hukuki pozitivizm çık-

²² Yeni-Kantçı Rölativizmin değerler ilişkisi ilkesinin dönüşümü Otoriter çağda hüküm süren tözcülük, bkz. Thierfelder, Normativ ve Wert in der Strafrechtswissenschaft, günümüzün Berlin'i 1934; bunun üzerine, Positivismo giuridico e scienza del diritto penale, s. 93 f'deki bu gelişime ayrılmış bölümü karşılaştırm. Bu bağlamda, yasal çıkarlar teorisinin gelişimi ve mantıksızlık teorisi özellikle semptomatik bir önem kazanır. Bu iki durumda, aslında bir kısmi tanıma (ilk zorluktan sonra) ve iki teorinin, 1933'ten önce onlara neden olan göreliliğin üstesinden geldikten sonra totaliter olana yaklaştırılması meselesidir. Hukuki fayda kavramı (önceden sözde "metodik" teori ile liberal etkisinden kurtulmuş ve çok çeşitli aksiyolojik içeriklere açık hale getirilmiş) totaliter-ideolojik düşünceler ve mantıksız bir yargı için bir kriter olarak kabul edilen, totaliter ruhtan açıkça etkilenen halkın iyi yoldaşı kavramı ile değiştirilen normal insan kavramıyla doluydu. Bu anlamda yasal mülkiyet ihlali teorisinin geliştirilmesi ve Nasyonal Sosyalist dönemde Alman mahkemelerinin (özellikle özel mahkemeler) bazı yasal uygulama örnekleri için bkz. *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, s. 67 et seq. ve burada verilen literatür, burada sadece ilgilendiğimiz dönemde doktrinin durumunun net bir resmini veren tek bir eserden söz edeceğiz: t. Schadevami içinstein, „*Der Streit um das Rechtsgut verletzungsdogma*“, in *Deutsches Strafrecht*, 4 (1937), S. 335 devamı için. Ayrıntılı bir tarihsel yeniden inşa için bkz. SINA Die Dogmen geschichte des strafrechtlichen Begriffevami içins „*Rechtsgut*“, Basel 1. Yukarıdaki anlamda mantıksızlık teorisinin gelişimi ile ilgili olarak, bu soruna adanmış kitabımdaki sözleri hatırlamak istiyorum. *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, S. 43 ve orada anılan literatür.

²³ Bu yüzyılda Alman hukuk düşüncesi içinde, hukuk ve ahlak arasındaki farkın üstesinden gelinmesine ve hukukun ahlâkileştirilmesine yol açan süreç (araştırmamızın gösterdiği gibi, ahlakın yasallaşmasının tersini, aynı zamanda

malyıdı²⁴. Ve son olarak, yasal pozitivistin üstesinden gelmek için, "halk topluluğunun" gizemli ulusal sosyalist ve totaliter ideolojisini yeni bir doğal hukuk doktrini işareti altına sokanlar da eksik değildi (Dietze).

buna karşılık gelen fenomeni de getirmiştir. bkz. Anti nomie giuiddi e conflitti di coscienza, s. 155 vd. ve burada alıntılanan literatür, burada bahsedilebilecek, Graf zu Dohna, a, „Die Elemente des Schuldbeugedevamı içins“, in Gerichtssaal, 65, 1905, s. 304 devamı için.; 65, 1905, S. 304 devamı için.; Mayer, Die schuldhaftige Handlung und ihze Art 1911; Sturm, „Seelenzustand und Schuld“, in Ger van Calker, *Strafrecht und Ethik*, Leipzig 189 Schuld im Recht und in der Recht und in der

²⁴ Nicolai'nin örneği krş. Nicolai, *Die rassengesetzliche Rechtstehre, Grundzüge einer nationalsozialistischen Rechtsphilosophie* Münih, 1932, (3. bası. 1934); Heydebrand, *Deutsche Rechtserneuerung im GEiste des Nationalsozialismus*, 2. bası., Berlin, 1933; Sauer, *Stand und Zukunftsaufgabe der Rechtsphilosophie*, Berlin 1933; Carl Schmitt, *Über die Drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hamburg 1934, Dietze, *Naturrecht in der Gegenwart*, Bonn 1936; Freisler, *Nationalsozialistisches Recht und Rechtsdenken*, Berlin 1938; Özellikle ceza hukuku doktrini ve uygulaması ile hukuki biçimciliğin ve yasallık ilkesinin hukuki pozitivistinin ve yargıcın hukukla yakın bağının üstesinden gelmek için içerdikleri hareketler ile ilgili olarak krş. ayrıca, Gemmingen, *Strafrecht im Geiste Adolf Hitlers*, Heidelberg 1933; Dahm, *Nationalsozialistisches und faschistisches Strafrecht* Berlin 1933; Schafestein, *Politische Strafrechtswissenschaft* ders., „Nationalsozialistisches Strafrecht“, in ZStW, 53, 1934, S. 603 devamı için. Nationalsozialistische Leitsätze für ein neues deutsches Strafrecht, ed. Frank, Berlin, 1935/36; Frank, *Nationalsozialistische Strafrechtspolitik*, Münih, 1938; Gürtner ve Freister, *Das Neue Strafrecht*, Berlin, 2. bası., 1936; *Das kommende deutsche Strafr* 2, ed. Gürtner, 2. Bde., 2. Ausg., 1936/37; zur Rechtsprechung krş. Siegert, „Auslegung und Analogie im heutigen Strafrecht, Jur. Wochenschrift iç., 1937; Beppler, „Übersicht über die Rechtsprechung der deutschen Gerichte zur entsprechenden Anwendung von Strafgesetzen“, JUr. Wochenschrift iç. 1938, S. 1553devamı için.; ders., *Richterliche Rechtschoöpfung*, ibidem 1938, s. 257/devamı için.; Wilke „Die Bedeutung des 2 iç. Wissenschaft und Rechtsprechung “Strafrechtliche Abhandlungen“, 394 Breaslau 1938; Maddi hukuka aykırılık doktrininin geliştirilmesinde ve aynı zamanda suçlu türü doktrininde ifade edilen ceza hukukunun özneleştirilmesi eğilimi burada özellikle belirtilmelidir. Ceza hukukunun özneleşmesine ilişkin bu iki teori ve genel olarak yüzyılın başından sonra Almanya'da ceza hukukunun özneleştirilmesine yönelik eğilimler hakkında, bkz., e conflitti di coscienza, belirtilen yerde s. 152, Ceza hukuku dogmaları

Hukuk düzenlerinin otoriter dejenerasyonunda hukuki pozitivizmin sorumluluğu, özellikle Almanya’da cidden kuşkuludur. Gerçekten de, bu dejenerasyonun etiyojisine dair şüphe, kişinin geri düştüğü tedavi ve önleyici korunmaya kadar genişletilebilir²⁵. Hukukun doğal, ontolojik ve etik gerekçeleri, Nazi hukuk düzeninin felaketine ilk kritik tepkiyi temsil eden ve demokratik Hukuk düzeninin yeniden inşası sürecini başlatan ilk savaş sonrası neo-doğal Hukuk hareketi tarafından kendilerine verilen sınırsız güvene artık yol açmamaktadır. Bugün hala çözülmemiş bir sorunu temsil ediyorlar.

Bugün, hukuk sistemlerinin otoriter yozlaşma sürecini uzaktan gözlemlerken ve çeşitli ülkelerde bu yozlaşmaya neden olan ve etkileyen faktörleri çok objektif bir şekilde analiz ederken, artık gerçekte zaten geniş bir ölçekteki yasal pozitivizm kınanmasına, bu dejenerasyon süreci belirleyici bir aşamaya girdiğinde, katılmıyoruz. Yasallık ilkesi ve hukuk ile ahlak arasındaki kesin ayrıma dair, iki temel teziyle, hukuki pozitivizm kesinlikle şiddetin hukuku kullanmasını engelleyemezdi. Ancak bu yozlaşma sürecine en azından çifte bir engel çekebilirdi.

Şiddetin kendi kuralını oluşturmak ve pekiştirmek için kullandığı yasal kurallar ne kadar haksız ve insanlık dışı olsa da, doktrin ve içtihat, yorumunda yasallık ilkesine bağlı kalsaydı, adaletsizliği ve şiddeti belirli sınırlar içinde tutabilirdi. Kötülük bu şekilde sabitlenmiş ve tanımlanabilir ve bu nedenle belki de daha az şiddetli olurdu. Ancak, yasanın nesnel sınırı aşıldıktan sonra, adaletsizlik, en azından hareketlerini daha zorlaştırmaya ve hilesini daha anlaşılır hale getirmeye hizmet edebilecek olan kaba biçimsel yasallık örtüsünü de yitirdi. Biçimsel adaletten saf, sınırsız teröre geçmek çok kolaydır. Bir örnek bu düşünce çizgilerini daha iyi açıklayacaktır: Bir örnek bu düşünceyi daha iyi açıklayacaktır: 1934 tarihli “Alman kanını ve Alman Onurunu Koruma Yasası”, Yahudiler ve Almanlar arasındaki evlilik dışı ilişkileri sıkı bir şekilde cezalandırdı. Bu

tarihine ilişkin, doğrudan ya da dolaylı bu yöndeki (normatif sorumluluk öğretisi gelişimi ve sübjektif hukuka aykırı unsurların gelişimi, ceza mahkumiyeti yasası için) öteki literatür önerileri için de yukarıda söz geçen çalışmalara yönlendiriyorum.

²⁵ Dn 1’deki alıntı ile krş.

insanlık dışı ve adaletsiz bir Yasaydı, ancak bu insanlık dışı ve adaletsizlik, yasanın geniş bir teleolojik yorumuna dayanarak uygulanmasından çok daha ciddi hale geldi, yasa Koyucunun amacı olarak "metodik" bir hukuk öğretisi olarak, suçun tanımlayıcı Unsurundan (evlilik dışı ilişkiler) daha fazla korunmuştur. Böylece de basit erotik faaliyetler de bu yasanın kapsamına girdi²⁶.

O zaman yasal pozitivizmin de, adaletsiz hukuka daha kesin ve kararlı bir direniş için bir temeli olur ki bu da çok önemlidir. Yasallık ile ahlak, hukukun geçerliliği ve adalet arasındaki ayırım, her hukukun üstünlüğünün bu uğursuz gizemini ahlaki bir göreve, bireysel vicdanı bir ulusun ve bir ırkın tarihsel kaderine içkin olan değerlere boyun eğmek zorunda olduğu sözde en derin "etiğin" zorunlu bir yönüne dönüştürmesini engelleyebilirdi. Doğru bir pozitivist tutum, yargıçların ve vatandaşların bireysel vicdanına bu mazereti vermezdi. Aksine, ahlaki olarak adaletsiz yasaya itaat sorununu yaşatmaya yardımcı olacak ve böylece otoriter sistemi, maalesef "sağlıklı halk ahlakı" efsanesi aracılığıyla elde edileceği etik onayın önemli bir kısmından mahrum bırakacaktı.

Burada, Hart²⁷ ve Bobbio²⁸ ve öğrencileri²⁹, en son hukuki deneye atıfta bulunarak, hukuk ve ahlak arasındaki doğru pozitivist ayrımın bir doktrin olarak önemini sundukları için İngiliz hukuk düşüncesini yeniden canlandırdıkları için övgüyü hak ediyorlar. Pozitif hukukun ahlaki kontrolüne olan talep azalmaz, aksine pekiştirilir.

²⁶ Bkz. Reichsgericht 9. Aralık 1936, (Strafsachen Band 70, s.375devamı için.); 9. Februar 1937 (Strafsachen, Band 71, S. 129 devamı için.); 2 Şubat 1939, Strafsachen, Band 73, S.94 devamı için.); 9 Kasım 1937 (Strafsachen Band 71, s. 4 devamı için) Nasyonal Sosyalist ceza hukuku normlarının analoji yoluyla kapsamlı bir şekilde uygulanması veya korunan hukuki menfaat veya normun amacına geri dönülmesi ve bunun teorik gerekçesinin yanı sıra, başvurunun üstesinden gelen yasallık ilkesi için, in positivo bilgilere bakınız, positivismo giuridico e scienza del diritto penale, s. 72 devamı için.

²⁷ „Positivism and Separation of Law and Moral", belirtilen yerde

²⁸ Bkz. Giusnaturalismo e positivismo giuridico, belirtilen yerde

²⁹ Krş.. Cattaneo, „Il positivismo giuridico e la separazione tra il diritto e la morale", belirtilen yerde; Gavazzi, „Le buone ragioni del positivismo giuridico", in Foto italiano, 1961, S. 14 devamı için.

Bunu tarihsel araştırmalarım için bir program olarak varsaymadan, hukuki pozitivizmin özüne katkıda bulunma noktasına gelmişim gibi görünüyor. Doğal hukuk doktrini ile yasal pozitivizm arasındaki herhangi bir soyut ve tarih dışı karşıtlıktan kendimi uzaklaştırmak ve savunmak istediğim bir çabaya işaret etmek için bunu bir "doğal hukuk" özü olarak nitelendirmek istiyorum: Bu soyut karşıtlığı rasyonel-gerçekçi bir hukuk düşüncesi ile aşma arzusu, belki de, görünüşte, somut doğal hukukun ve hukukun ontolojik gerekçesinin altında yatan endişeden çok uzak olmayan bir çabadır.

Hukuki pozitivizmin, doğal hukuk öğretisi ile hukuki pozitivizm tartışmasında gerekli dengenin yeniden tesisi için, yasal pozitivizmin teorik çerçevesinin büyük bir kısmının savunmasızlığına karşı, kaynağının bağlantılı olduğu fikirlerin vazgeçilmez olumlu işlevi için geçerli olan argümanları teraziye vuran özü, en azından tarihsel gerçekler hakkındaki tarafsız düşüncelerin sonucu değildir. Bunlar Alman ceza hukuku tarihiyle ilgili çalışmamda bulduğum ve bana, yasallık ilkesinden ve hukuk ile ahlak arasındaki ayırmadan sapmanın Alman hukuku için ne kadar feci olduğunu gösteren tarihsel gerçekliklerdir.

Şimdi bana Alman hukuk düşüncesine yönelik bu tarihsel araştırmalar, tamamen tesadüf değilmiş, çağdaş hukuk düşüncesinde bazı doğal hukuki eğilimlerin eleştirisi üzerine çalışmamdan edindiğim diğer sonuçlarla bağlantılıymış gibi geliyor. Çalışmamın bu noktasında, doğal hukuk ile pozitivizm arasındaki³⁰ soyut polemiklerin üstesinden gelmeye

³⁰ Arthur Kaufmann'ın yazıları hukuki pozitivizm ile doğal hukuk öğretisi arasındaki radikal seçeneğin yürürlükten kaldırılması için büyük öneme sahiptir, bunun için bkz. Arthur Kaufmann, *und Geschichtlichkeit*, Tübingen 1957, (Recht und Staat 197) *und Analogie und Natur der Sache*. Bu tipin öğretisi için bkz. Karlsruhe, 1965, hukuki öğrenci topluluğunun yazı dizisi 65/66). Ayrıca Werner Maihofer'in girişı için, *Naturrecht oder Rechtspositivismus?*, doğal hukuk ve yasal pozitivizm hakkındaki mevcut tartışmada, "bizim için ne geleneksel doğal hukuk ve yasal pozitivizm duygusuna geri dönüş ne de önceki anlamda yasal pozitivizme geri dönüş olabilir, sadece doğal hukuk ve yasal pozitivizm yoluyla yeni bir hukuk temeli yolu". sağlıklı bir yasal pozitivizmin olumlu ve geri dönüşü olmayan yönlerinin diğer önemli ve dengeli savunmaları ve düz

olumsuzluğu için bkz. özellikle WELZEL "Naturrecht und Rechtspositivismus" in *Festschrift Niedemeyer*, Göttingen 1953, S. 279 devamı için. dermeyer, GöSchmidt, *Gesetz und Richter. Wert und Unruhe*, 1952 (*Schriftenreihe der Juristischen S Hinrichsen* „Zur ewigen Wiederkehr des Rechtspositivismus" in *Festschrift Mezger*, 1954, S. 1 devamı için.; Riezeer, "der totgesagte Positivismus" in „*Der Festschrift Schulz*, 1951, S. 330 devamı için.; Evers, „*Zwischen Naturrecht und Rechtspositivismus*", in *Juristenzeitung*, 1964, S 237, devamı için burada, Radbruch'un, pozitivizmi bir hukuk kültürü olarak kınadığı yukarıda belirtilen iki makalesinde, yasanın keyfi olarak uygulanmasına yol açabilecek yasal pozitivizmin tamamen reddedilmesini önlemeye çalıştığı akıldaki tutulmalıdır. Hepsienden önce yasaya saygı geri gelmelidir, "Erneuerung des Rechts" *Naturrecht oder Rechtspositivismus?* A. a. O., S.1). Radbruch, ceza hukuku ile yasallık ilkesi arasındaki bağın kopmasına neden olan öğretilerin, Radbruch'a göre yanlış bir şekilde "ilerleme" olarak kabul edilen öğretilerin uygulanması bağlamında yasal kesinliği ve hukukun üstünlüğünü yeniden tesis etme ihtiyacını görüyor. Burada Radbruch, ceza hukukunun "bireyselleşmesi" ve "psikolojikleştirilmesi" için, özellikle de "faillerin ceza hukuku" adı altında kalan her şeye ilişkin doktrinsel talimatlara atıfta bulunmaktadır. Hukuki fikirlerin (adalet, hukuki kesinlik, uygunluk) sıralamasında adaleti ilk sıraya koysa bile, Radbruch her zaman hukuki kesinlik ve adaletin keskin bir teorik karşılaştırmasından kaçınmaya çalışır. "Son on iki yılda yaşanan hukuki adaletsizlikle bağlantılı olarak, adalet talebini mümkün olan en az hukuki kesinlik kaybıyla gerçekleştirmeye çalışmalıyız" n" („*Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*", in *Rechtsphilosophie*, belirtilen yerde, S. 335). Radbruch'un hukukun idesinin çatışmaları doktrininin gelişiminin son noktası, bildiğimiz gibi, adaletin bir yönü olarak hukuki güvenlik kavramıdır, krş. *Vorschule zur Rechtsphilosophie*, 2. Ausg., Göttingen, 1952. Bu bağlamda ve diktatörlüğün düşmesinden sonra Alman hukuk düşüncesinin ilk tepkisi göz önünde bulundurulduğunda, sağcı pozitivizmin bazı motiflerinin tek tip bir aşırı vurgulanması ve yozlaşmasıyla ilgili olduğu ölçüde anlaşılan Radbruch'un dikkatli olmamız gerektiği uyarısı her zaman konuyla ilgilidir. "Pozitivizmi temelden aşarak böylesi adaletsiz bir devletin geri dönüşüne karşı kendimizi silahlandırmak, bu da Nasyonal Sosyalist yasaların kötüye kullanılmasına karşı herhangi bir savunma yeteneğini geçersiz kılıyor (S.354-355). Bu metnin lafzına hafif şiddet uygulayabilirsek, Almanya'da yasal pozitivizm ile hukukun otoriter yozlaşması arasındaki ilişkinin daha objektif bir resmini elde ettikten sonra, Radbruch kelimelerinde ifade edilen yargıyı destekleyebiliriz. genel olarak hukuksal pozitivizme karşı değil, "Nasyonal Sosyalist yasanın kötüye kullanılmasına karşı tüm savunmaları kaldıran-

ve son hukuki deneyimin yorumuna dayanarak, hukuki pozitivizmin rakiplerine karşı her zaman kullandığı iyi argümanların uygun şekilde pekiştirilmesine kararlı olduğumu fark edersem sosyal ve kültürel gerçekliğe yönelik entelektüel bir tutum olarak yasal pozitivizmin benim için ne anlama geldiğini, çok hızlı ve gevşek olsa bile netleştirebilirim: Yani, hukuka uygunluğun değerine sınırsız güven duyanlara ve bu dünyadaki şeylere bakıldığında hukuka kesin bir önem verenlere karşı tam olarak çelişen bir tutumdur. Kanımca, hukuki pozitivizmin yeniden değerlendirilmesi, her türlü yasal sosyal gerçeklik anlayışının kararlı bir şekilde reddedilmesinden, bunun hukuki biçimle her özdeşleştirilmesinden, adıma emanet edilen faktörler altında hukuka emanet edilen görevin her aşırı tahmininden kaynaklanmaktadır. Bu anlamda, yasal pozitivizme geri dönmek, tam olarak amaç olmasa da, yasal ideolojinin uygun eleştirisi, hukukun demitologizasyonu veya eğer isterseniz, yasal kategorinin akılcı demistifikasyonu yoluyla rasyonel-gerçekçi bir gerekçeye ulaşma yolunda önemli bir bölüm anlamına gelir.

Aslında, yasal pozitivizmi doğal yasal savunmam, insan durumuna sağlıklı, olumlu bir "şüphencilik" ile bağlı kalmak isteyen bir tutumdan kaynaklanıyor: Bu şüphencilik, "sivil statü"nün biraz gerçekçi bir resmine karşılık geliyor ve bu da bizi deneyen hukuki ve politik ideolojilerin tam tersidir. Bu statü, medeniyetinin, "doğa durumunun" yapay bir düzeltilmesinden başka bir şey haline geldiğini ve tam olarak yasanın, insanlar ve sosyal olanlar gibi egoizmin daha yüksek güvenlikle gelişmesine izin veren büyük yapaylık (Leviathan) olduğunu unutmak. Aslında, benim doğal hukuksal pozitivizmin, insan durumunun sağlıklı bir pozitif Şüphencilikine bağlı kalmak isteyen bir düşünceden doğuyor: Bana öyle geliyor ki, bu şüphencilik, "sivil statü" nin biraz gerçekçi bir resmine karşılık geliyor ve hukuksal ve politik ideolojilerin tersine duruyor. Bu "status civitatis" in henüz "doğa durumunun" yapay bir düzeltilmesinden temelde

lara" yöneltiyoruz. Dolayısıyla, Radbruch'un kararını kendi başına yasal pozitivizme karşı yönlendirmek zorunda değiliz, bunun yerine, yasaya uymak için koşulsuz bir ahlaki yükümlülüğün yanlış varsayımı ve dolayısıyla hukuk ile ahlak arasındaki karışıklık tarafından belirlenen yasal pozitivizmin yozlaşmasına karşı yöneltmek zorundayız. Onu sağlıklı yasal pozitivizmden ayırmak için hukuksal pozitivizm adını verdik.

farklı bir şey haline gelmediğini ve kesinlikle hakkın egoizmin daha büyük bir güvencle gelişmesine izin veren büyük *artificium* (*Leviathan*) olduğunu unutturmaya çalışanlar, insanlar ve toplumsal gruplar, daha fazla hayatta kalma umuduyla birbirlerine (en azından kendi taraflarında iktidara sahip olanlar için bile) baskı yapmaya devam ediyor.

Bu aşılabilir bir karamsarlık mıdır? Değildir ve olmayacaktır. Ama bu insan gerçekliğinin üstesinden büyük kalem vuruşlarıyla ya da daha cömertçe gelmek için bu fikirden geliyor: Öncelikle bu tasarımda yeniden yansıyan gerçekliğin değiştirilmesi için gereklidir. Eğer bu olursa hukuki pozitivizmle ilgili her polemik varoluş meşruiyetini yitirir. Şimdilik bu bize, gözümüzü açık tutmak ve için toplumun sağlıklı olduğuna ikna olmamak konusunda önemlidir, çünkü toplum koltuk değneklerine dayanarak durur. Uygarlık, bu total yürüyüşü için yasaya bu koltuk değneklerinden başka bir şey sunamaz. Yasa, bireysel varoluş için asgari bir güvenliği ve güvenli ve tanımlanabilir bir izin verilen davranış sınırını garanti edebiliyorsa, bize yapabileceği her şeyi vermiş olacaktır. Tüm topluluk ideolojilerinin en son tarihsel deneyimleri ve şiddetin kendisini süslediği korkunç "Tanrısal şafağı", bu ilerlemenin olasılığından çok, daha iyi bir topluma doğru ilerleme umutlarını zorlayıcı hukuk aracına sığıştırmanın tehlikeli cazibesine karşı bizi uyarır. Çünkü böylesi gelişim imkanı, insanlığın kurtuluşu için kararlı bir siyasi mücadelede ve uyulması yasal yaptırımlarla sağlanamayacak olan ahlaki değerlerin koşulsuz korunmasında yatar.