

Keyifli Okumalar Dileriz

Binlerce kategoride milyonlarca PDF e-kitap, ders kitapları, dergiler ve romanlara platformumuz üzerinden ücretsiz ulaşabilirsiniz.

RESMİ WEB SİTEMİZ

<https://rantey.org>

Yedek ve Duyuru Kanallarımız

Sitemize erişim engeli gelmesi veya adres değişikliği durumunda aşağıdaki kanallardan güncel giriş adresine erişebilirsiniz:

- Telegram: <https://t.me/birkitapbir>
- WhatsApp Kanalımız : <https://whatsapp.com/channel/0029VbDHv8uE50Us4lvMoc0Y>

Cemal Bâli
Akal

Hukuk
“
Nedir
?”



DOST

Hukuk Nedir?

Cemal Bâli Akal

“İktidarın Üç Yüzü”, “Modern Düşüncenin Doğuşu”, “Varolma Direnci ve Özerklik”, “Özgürlüğün Geleceği Yoktur”, “Burası Tanzanya mı Karanfil?”, “Hukuk ya da Kukla Tiyatrosu”, “Kimlik Bedenin Hapishanesidir” (Reyda Ergün’le) başlıklı kitapların yazarıdır. “Devlet Kırımı” ve “Marx’tan Spinoza’ya, Spinoza’dan Marx’a” (Eylem Canaslan’la) başlıklı derlemeleri vardır. “1. Spinoza Günleri”, “2. Spinoza Günleri” (Reyda Ergün’le) ile “Machiavelli, Makyavelizm ve Modernite” ve “Edebiyat, Hukuk ve Sair Tuhaflıklar” (Yalçın Tosun’la) başlıklı kitapları yayına hazırlamıştır.

D

- 1) İKTİDARIN ÜÇ YÜZÜ, Cemal Bâli Akal
- 2) HUKUK ÖZGÜRLÜK VE AHLAK, H. L. A. Hart
- 3) DEVLET KURAMI, Der.: Cemal Bâli Akal
- 4) SİYASİ İLAHİYAT, Carl Schmitt
- 5) NE HUKUK NE DE AHLAK, Turgut Tarhanlı
- 6) İNSANSIZ YÖNETİM, Turgut Tarhanlı
- 7) REFAH DEVLETİNİN KRİZİ, Pierre Rosanvallon
- 8) ÖZGÜRLÜĞÜN GELECEĞİ YOKTUR, Cemal Bâli Akal
- 9) VAROLMA DİRENCİ VE ÖZERKLİK, Cemal Bâli Akal
- 10) PARLAMENTER DEMOKRASİNİN KRİZİ, Carl Schmitt
- 11) LİBERALLER VE CEMAATÇİLER, Der.: A. Berren, P. da Silveira, H. Pourtois
- 12) TUTUNAMAYANLAR VE HUKUK, Şebnem Gökçeoğlu Balcı
- 13) HAKLARI CİDDİYE ALMAK, Ronald Dworkin
- 14) HOMO JURIDICUS, Alain Supiot
- 15) SPINOZA. DÜNYA SEVGİSİ, Diego Tatián
- 16) SOSYOLOJİK YÖNTEMİN KURALLARI, Émile Durkheim
- 17) SPINOZA, Solmaz Zelyüt
- 18) MACHIAVELLI, MAKYAVELİZM VE MODERNİTE, Haz.: Cemal Bâli Akal
- 19) GEÇMİŞE İLİŞKİN SUÇ VE BUGÜNKÜ HUKUK, Bernhard Schlink
- 20) GÜNCEL MÜDAHALELER, Der.: Eylem Canaslan, Cemal Bâli Akal
- 21) DÜŞÜNCE ÖZGÜRLÜĞÜ VE HOŞGÖRÜ, Gérard Duprat
- 22) DİL VE BÜYÜ. LÉVI-STRAUSS ÜZERİNE ON BİR DENEME, Ahmet Güngören
- 23) HUKUK YA DA KUKLA TİYATROSU, Cemal Bâli Akal
- 24) TARİH VE TEMSİL, Türker Armaner
- 25) EDEBİYAT, HUKUK VE SAİR TUHAFLIKLAR, Cemal Bâli Akal & Yalçın Tosun
- 26) HANNAH ARENDT VE İNSANLIĞA KARŞI SUÇLAR, Hüseyin Günal
- 27) HUKUK KOMEDYASI: EDEBİYAT VE HUKUK YAZILARI, Faruk Turinay

BENEDICTUS SPINOZA'NIN TOPLU ESERLERİ

- 1) MEKTUPLAR
- 2) DESCARTES FELSEFESİNİN İLKELERİ VE METAFİZİK DÜŞÜNCELER
- 3) ANLAMA YETİSİNİN DÜZELTİLMESİ ÜZERİNE İNCELEME
- 4) KISA İNCELEME
- 5) ETİKA
- 6) TEOLOJİK-POLİTİK İNCELEME
- 7) POLİTİK İNCELEME

Akal, Cemal Bâli
Hukuk Nedir?
ISBN 978-975-298-570-4 / Dost Kitabevi Yayınları
Mart 2017, Ankara, 245 sayfa
Hukuk-Hukuk Kuramı-Hukukbilim

HUKUK NEDİR?

Cemal Bâli Akal



ISBN 978-975-298-570-4

Hukuk Nedir?
CEMAL BÂLİ AKAL

© Dost, 2017

Bu kitabın tüm hakları
Dost Kitabevi Yayınları'na aittir
Birinci Baskı, Mart 2017, Ankara

Yayına hazırlayan, Cansu Muratoğlu

Teknik hazırlık, Mehmet Dirican

Baskı, Pelin Ofset Ltd. Şti.
Sertifika No: 16157
İvedik Organize Sanayi Bölgesi, Matbaacılar Sitesi
1514. Sokak No: 28-30, Yenimahalle / Ankara
Tel: (0312) 395 25 80-81 • Fax: (0312) 395 25 84

Erdal Akalın - Dost Kitabevi
Sertifika No: 12386
Paris Caddesi No: 76/7 Kavaklıdere 06680, Ankara
Tel: (0312) 435 93 70 • Fax: (0312) 435 79 02
www.dostyayinevi.com • bilgi@dostyayinevi.com

İçindekiler

Önsöz: Temel Hukuk Eserleri	11
Giriş: Hukukta Yöntem	25
1-Ortak Model: Hukukîlik	35
2-Bilimle Felsefe Arasında	44
3-Yasa ve Yorum	51
4-Hukukun Sıfır Noktası	59
5-Hukuk Yasa mıdır?	66
6-Hukukun Kaynağı	76
7-Karşıt Pozitivizmler	85
8-Pozitivizmin Tabii Hukukçu Kökeni	92
9-Modernite ve İradecilik	102
10-Yasa Gücü ve Anlam Borcu	110
11-İstisna Hâli	119
12-Hukukî Kuram ve Siyaset	128

13-İrade Norm Yaratır mı?	136
14-Temel Norm Antropolojisi	143
15-Demokrasi ve Otokrasi Arasında	152
16-Modern Tabii Hukukçuluk ve Hakları	160
17-Devletli Hukuk/Devletsiz Hukuk	171
18-Hukuk ya da Hukuklar	178
19-Kimin Hukuku, Hukuk Kişisi Kim?	185
20-Başlangıç Hukukiliği	194
21-Güç İlişkisi	203
22-Mitos ya da Yasa	212
Sonuç: Hukukîlik Nedir?	222
Seçilmiş Kaynakça	233
İsim Dizini	241

Ayşe Balâ'ya

Önsöz: Temel Hukuk Eserleri

Önsözde Türkçeye çevrilmemiş ve çevrilme ihtimâli düşük bir hukuk kitabını tanıtmak anlamsız görülebilir. Yine de sözeceğim kitap sayesinde hukukî kuram ve Türkiye’de hukukî kuram üstüne konuşma imkânı doğacağından böyle istisnâî bir yolu seçtim. Fransa’da, Cayla ve Halpérin’in derledikleri *Büyük Hukuk Eserleri Sözlüğü*¹ 93 temel hukuk eserini ve onların yazarlarını konunun uzmanlarına tanıttırıyor. Kitap 2008’de basılmış ve ikinci baskısını 2010’da yapmış.

Derlemecilere ve katkıda bulunan 44 uzmana göre, *Büyük Hukuk Eserleri*’nin hedefinde okur olarak hukuk öğrencileri, sonra da hukukçu olsun olmasın hukuka özgü kuramsal savlar alışverişinde düşünsel araçlara sahip olmak isteyen herkes var. Derlemeciler hukukçuların hukuku tanımlamakta ve bilimlerinin mahiyeti ile sınırlarını belirlemekte çok zorlandıklarını, bunun da herkesin malûmu olduğunu belirtiyorlar. Kodlarla bağlantılar kurulup ihtilâf çözümüyle yetinilen ve bu yönüyle sosyal

1) *Dictionnaire des grandes oeuvres juridiques*, der. Olivier Cayla ve Jean-Louis Halpérin, Dalloz, Paris 2010.

bilim olduğu düşünülmemeyen bir hukuk anlayışında kuramın bütünüyle ihmâl edildiği açıktır. Bu da hukukçunun kuramsal altyapıya hiç gerek duymayan ve kendinden menkul yeteneklerle donanmış biri sayılmasına yol açar. Her soyutlama karşısında kaygıya kapılıp kaçan ve hukuku kurallarla uygulanacakları olay arasındaki ilişkiden ibâret görenler hukukî soruların cevaplarını kuramsal tartışmalarda bulacaklarını bilemezler. Oysa derlemeciler için en güncel hukukî polemikler eninde sonunda büyük hukuk kuramcılarının oluşturdukları temel kavramlara bağlanır ve farkına varılmasa da bir şekilde belli başlı hukuk görüşlerine dayanır. Böyle kuramsal bir açılış da hukuku, Siyaset Bilimi, Tarih, Sosyoloji, Antropoloji, Felsefe, Dilbilim, Ekonomi, Psikanaliz, vb. disiplinleriyle sürekli diyalog kurmaya iter. Hukuk hakkında yalnızca hukukçulara değil, dışarıdan hukuka yaklaşan kuramcılara da önem ve yer verilmesi geniş bir hukuk kültürünün gereğidir.

Derlemeyi hazırlayanlar öncelikle Fransız hukuk öğrencilerini hedef aldıklarından kitaptaki Fransız hukukçu sayısının fazla olması anlaşılır bir şey. Ama başka ülkelerde yapılacak bir derlemede, listeye girecek temel hukuk eserlerinin farklı olacağı unutulmamalı. 93 kitaplık listeden, hemen hepsi Fransız olan 14 hukukçuyu eledim. Sayıları daha inerdi, ancak Türk hukuk eğitiminde 1980'li yıllara kadar net bir Fransız hukuku ağırlığı olduğundan Carré de Malberg, Scelle, Eisenmann ve Saleilles, Türkçeye çevrilmiş olmasalar bile listede tutulmalı. Ayrıca, hukuk eğitiminde artık eski ağırlığı kalmasa da bu dünya bazı adlarla önemini koruyor. Listede hukukçu Hauriou, Duguit, Gurvitch, Géný, Troper yanında, Foucault, Bourdieu ve Derrida da var.

Géný ya da Lucy'ye özel bir paragraf açmaya değer: *Yorum Yöntemi ve Pozitif Özel Hukukta Kaynaklar*² ve *Özel Hukuk Felsefesi*³ adlı eserleri hukukî kuramın belli hukuk disiplinlerine ait olduğu iddiasını çürütüyor. Başlangıç toplumunun hukuku üstüne büyük bir etki yaratan *İlkel Toplumun Tarihi* ve *Modern Fikirlerle İlişkileri Açısından Eski Hukuk*'un yazarı Maine de Roma Hukuku, Medenî Hukuk ve Uluslararası Hukuk dersleri veriyordu. Hukukî kuram bir disiplin de olmadığına göre, her disiplin "hukuk nedir?" sorusunu sorduktan sonra, kendini onda, onunla anlamlandırmalı; o tüm hukuk disiplinlerinin altından akan ve herbirini

2) François Géný, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, A. Chevallier-Marescq, Paris 1989.

3) William Lucy, *Philosophy of private law*, Oxford University Press, 2007.

eşit ölçüde besleyen bir nehir sayılmalı. Oysa yıllardır süren alışkanlıklar onu birkaç disipline yakıştırarak, hem onlara altlarından kalkamayacakları bir yük yüklemiş hem de öteki disiplinleri fazla hafifletmiş. Bu nedenle, kuram reddi açısından, kamu hukuku/özel hukuk ayrımının ne anlama geldiği sorulmalı. Hukukçu hem de önce bir ticaret hukukçusu olduğu unutulmuş Weber'in kanıtlarla açıkladığı⁴, konumuyla da kanıtladığı gibi bu ayrım pek tartışmalıdır ve eğer alışkanlıklar yüzünden sürdürülmüyorsa, olsa olsa hukukçuların büyük bölümünün kuramdan kaçmasını sağladığı için sürdürülüyor olabilir. Kamu Hukuku'na girdiği ileri sürülen bazı disiplinlerin yasacı anlayışa en az Özel Hukuk disiplinleri diye adlandırılanlar kadar itibar edip teknik duvarlar ardına çekildikleri de unutulmamalı. Hem kuramla ilgilendiği hem hukukî olmadığı iddia edilen birkaç Kamu Hukuku disiplini bu ortamda hukuk ailesinden dışlanarak yalnızlaştırılmıştır. Onlardan bütünüyle kurtulma arzusu da hep hâkimdir ve bu konuda en iyi örnek Roma Hukuku'dur. Müfredattan kaldırılmadığından medenîleştirilir. Neden olmasın? Roma tarihi, kültürü, siyasi yapılanması, zihniyeti hakkında derin bilgi ve eksiksiz Latinceyle –fazladan Yunancayla da– Roma hukukçuluğuna soyulunabilir. Olumlu anlamda bir anakronizm ve anomali olan bu benzersiz hukuk vakası onu yaratan sosyal zorunluluklarla anlatıldığında çok yararlı bir derse dönüşür. Ama bu vaka tam da doğup geliştiği topraklarda, şehirde ciddîye alınmıyor. Hukukî kuramın salt böyle yalnızlaştırılmış disiplinlerle ilgisi yoksa da var(dır) sayıldığından, onlardan kurtulma isteği ardında yatan asıl niyet hukuku her zaman için kuramdan bağımsızlaştırmaktır. Hukukçuların kuramla ilgilenmemeleri gerektiğini Kant söylemişti; şaşırtıcı olan hukukçuların böylesine Kantçı kalabilmiş olması. Rabelais'in *Pantagruel*'in X. Bölümünde döneminin Sassoferratocu hukukçuları konusunda söyledikleri de bu çerçeveye oturur.

Her şeyden önce, herhangi bir derleme çalışmasının, birçok yazar ve kitabı içeriyorsa fire vermemesi mümkün değil. Derlemeciler listeye koymak istedikleri 7 yazardan istem dışı vazgeçmek zorunda kalmışlar. Yalnızca yazar adı verdiklerinden kitaplar konusunda tahminde bulunuyorum: Muhtemelen *Civitas Dei*'yle Augustinus⁵, *Apparatus in quinque libros decretalium*'la Innocentius IV, *Tractatus de modo generalis Consilii*

4) Max Weber, *Sociologie du droit*, PUF, Paris 2007, s. 28-38.

5) Augustinus, İtiraf, çev. Zeynep Dürüşken, Kabalcı, İstanbul 2010.

celebrandi'yle Guillaume Durand Le Jeune, *Yöntem Üzerine Konuşma*'yla Descartes⁶, *Analık Hukuku*'yla⁷ Bachofen, *Adalet Kuramı*'yla Rawls⁸, *Modern Hukukî Düşüncenin Oluşumu*'yla Villey⁹, *Sosyal Sistem*'le Luhmann¹⁰. Yine de Innocentius IV'le Durand Le Jeune'ün bu derlemeye uygunlukları tartışılabilir ve seçim fazla Katolik bulunabilir: "Onlar varken Luther ya da Calvin neden yok?" denilerek.

Derlemede Fransız yazarlara öznel ağırlık tanınmasaydı, bir kısmının yerini mutlaka *Kapalı Ticari Devlet*'le Fichte¹¹, *Hristiyanlığın Özü*'yle¹² Feuerbach, *Eski Toplum*'la¹³ etnolog hukukçu Morgan, *Ailenin, Özel Mülkiyetin ve Devletin Kökeni*'yle¹⁴ Engels alırdı. Kişisel bir seçimle, *Faslı'l Makâl*¹⁵ ya da *Tutarsızlığın Tutarsızlığı*'yla¹⁶ İbn Rüşd'ün, *Mukâdimme*'yle¹⁷ İbn Haldun'un, *De Indis* ve *De Bello*'yla¹⁸ Vitoria'nın, *Denemeler*'le hukukçu ve yargıç Montaigne'in¹⁹, *Bilimsel Bir Kültür Teorisi*'yle²⁰ Malinowski'nin, *Tractatus Logico-Philosophicus*'la²¹ Wittgenstein'in, *Geleneksel ve Eleştirel Kuram*'la²² Horkheimer'in, *Modern Devlet ve Sosyal Zihniyet*'le José

6) René Descartes, *Metot Üzerine Konuşma*, çev. Atakan Altınörs, Paradigma, İstanbul 2010.

7) Johann Jakob Bachofen, *Söylence, Din ve Anaerki*, çev. Nilgün Şarman, Payel, İstanbul 1997.

8) John Rawls'un *Halkların Yasası ve Kamusal Akıl Düşüncesinin Yeniden Ele Alınması* başlıklı kitabı Türkçeye çevrildi (çev. Gül Evrin, Bilgi, İstanbul 2007).

9) Michel Villey'nin *Roma Hukukunun Güncelliği* başlıklı kitabı Türkçeye çevrildi (çev. Bülent Tahiröglü, Der, İstanbul 2007, 2010).

10) Niklas Luhmann'ın, *Refah Devletlerinin Siyaset Teorisi* başlıklı kitabı Türkçeye çevrildi (çev. Medenî Beyaztaş, Bakış, İstanbul 2002).

11) Johann Gottlieb Fichte'den yapılan çevirileri de içeren bir derleme *Alman İdealizmi I* adını taşıyor (haz. Güçlü Ateşoğlu ve Eyüp Ali Kılıçarslan, Doğu Batı, Ankara 2006).

12) Ludwig Feuerbach, *Hristiyanlığın Özü*, çev. Oğuz Özügöl, Say, İstanbul 2008.

13) Lewis Henry Morgan, *Eski Toplum I-II*, çev. Ünsal Oskay, Payel, İstanbul 1986-87.

14) Friedrich Engels, *Ailenin, Özel Mülkiyetin ve Devletin Kökeni*, çev. Kenan Somer, Sol, Ankara 1992.

15) İbn Rüşd, *Faslı'ul Makal*, çev. Süleyman Uludağ, Dergâh, İstanbul 2012.

16) İbn Rüşd, *Tutarsızlığın Tutarsızlığı*, çev. Muharrem Hilmi Özev, Bordo Siyah, İstanbul 2011.

17) İbn Haldun, *Mukaddime*, haz. Süleyman Uludağ, Dergâh, İstanbul 2011.

18) Francisco Vitoria, *Dersler*, çev. Cansu Muratoğlu, Merve Sağiroğlu ve Ali Dokuzlu, Dost, Ankara 2017.

19) Michel Montaigne, *Denemeler I, II, III, IV*, çev. Hüsen Portakal, Cem, İstanbul 2006.

20) Bronislaw Malinowski, *Bilimsel Bir Kültür Teorisi*, çev. Deniz Uludağ, Doğu Batı, Ankara 2016.

21) Ludwig Wittgenstein, *Tractatus Logico-Philosophicus*, çev. Oruç Aruoba, Metis, İstanbul 2011.

22) Max Horkheimer, *Geleneksel ve Eleştirel Kuram*, çev. Çiğdem Dürüşken, Mustafa Tüzel, Yapı Kredi, İstanbul 2005.

Antonio Maravall'ın, *Siyasî Antropoloji*'yle²³ Balandier'nin, *Akrabalığın İlkeli Yapıları*'yla hukuk lisanslı Lévi-Strauss'un²⁴, *Yaban Kuraldışlık*'la²⁵ Negri'nin, *İmparatorluk*'la²⁶ Hardt ve Negri'nin yokluğu tek tek eksiklik sayılabilir. Bazı eserlerin dışarıda bırakılması listeyi oluşturanların öznel seçimine bağlı nesnel bir durumsa da Machiavelli²⁷ ve Nietzsche'yi²⁸ dışarıda bırakan seçim çok öznel olmuş; üstlerinden kolay geçilemez. Meşrûiyet dışı düşündüklerinden hukuk eserleri listesinden dışlanmış olmaları mümkünse de "Spinoza neden var o zaman?" diye sorulmalı. Fransızca bir hukuk derlemesinde, Rosanvallon'un *Refah Devletinin Krizi*'ne²⁹ yer ayırlamaması ise garip; ama daha çok, *Hukukta Ahlâk*'la Lon L. Fuller'ın ve *Hukukun Otoritesi*'yle Joseph Raz'ın yokluklarına bahane bulunamayacağı düşünülebilirdi. Oysa ciddi bir bahane var, çünkü ikisinin de Fransızcaya çevrilmiş eseri yok. Değineceğim kuramsal vehamet kadar olmasa bile Fransız hukukî kuramı açısından da bir çeviri sorunu olduğu kanısındayım.

Kitapların seçimi de tartışılabilir: Listedekiler yerine, Platon'dan *Devlet*³⁰, Aristoteles'ten *Politika*³¹, Suárez'den *İnancın Savunulması*, Spinoza'dan *Teolojik-Politik İnceleme*³², Rousseau'dan *İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı ve Temelleri Üzerine Konuşma*³³, Savigny'den *Zamanımızın Yasama ve Hukukî Bilim Eğilimi Hakkında*, Durkheim'dan *Sosyolojik*

23) Georges Balandier, *Siyasal Antropoloji*, çev. Devrim Çetinkasap, İş Bankası, İstanbul 2010.

24) Claude Lévi-Strauss'un Türkçeye çevrilen başka kitapları var: *Hüzünlü Dönenceler*, çev. Ömer Bozkurt, Yapı Kredi, İstanbul 2000; *Yapısal Antropoloji*, çev. Adnan Kahiloğulları, İmge, Ankara 2012; *Yaban Düşünce*, çev. Tahsin Yücel, Yapı Kredi, İstanbul 2000.

25) Antonio Negri, *Yaban Kuraldışlık*, çev. Eylem Canaslan, Otonom, İstanbul 2005.

26) Michael Hardt ve Antonio Negri, *İmparatorluk*, çev. Abdullah Yılmaz, Ayrıntı, İstanbul 2015.

27) Niccolo Machiavelli'nin hukukî bir listeye girecek kitabı *Hükümdar* olacaktır. Bu kitabın Türkçede en az 30 farklı çevirisi ve sayısız baskısı var.

28) Friedrich Nietzsche'nin farklı kitapları herhangi bir hukukî liste için önerilebilirse de bence başı *Ahlâkın Soykütüğü* (çev. Ahmet İnani, Say, İstanbul 2010) ve *Böyle Buyurdu Zerdüşt* (çev. Ahmet Cemal, Pinhan, İstanbul 2011) çeker.

29) Pierre Rosanvallon, *Refah Devletinin Krizi*, çev. Burcu Şahinli, Dost, Ankara 2004.

30) Platon, *Devlet*, çev. Mehmet Ali Cimcoz, Sabahattin Eyüboğlu, İş Bankası, İstanbul 2011.

31) Aristoteles, *Politika*, çev. Mete Tunçay, Remzi, İstanbul 1993.

32) Benedictus Spinoza, *Teolojik-Politik İnceleme*, çev. Cemal Bâli Akal ve Reyda Ergün, Dost, Ankara 2016.

33) Jean-Jacques Rousseau, *İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı ve Temelleri Üzerine Konuşma*, çev. Rasih Nuri İleri, Say, İstanbul 2010.

*Yöntemin Kuralları*³⁴ ya da Augé'nin de sosyoloğun en güncel eseri saydığı³⁵ *Dinsel Yaşamın İlk Biçimleri*³⁶, Hauriou'dan *Sosyolojik Yazılar* başlıklı derleme, Weber'den *Protestan Ahlakı ve Kapitalizmin Ruhu*³⁷, ilk yasa konusundaki değişikliklerle kuramını 26 yıl sonra yinelediğinden Freud'dan *Totem ve Tabu* yerine *Musa ve Tektanrıcılık*³⁸, Clastres'dan *Vahşi Savaşçının Mutsuzluğu*³⁹, Dworkin'den *Hukuk İmparatorluğu*, Legendre'dan *İktidardan Haz Almak* seçilebilirdi. Klasik tabii hukukçu dünya görüşüne sahip idealistler de her türlü hukuk kitabı listesinin başına, onlara göre hukukun vazgeçilmez kaynakları olan *Kutsal Kitap*'ları koymak zorundadırlar.

Derlemeyi oluşturan metinlerin içeriğine gelince, tanıttıkları kuramcılar ve eserleri konusunda metin yazarlarının çoğuna bütünüyle ya da bazen kısmen bile katılmadığımı belirtiyim. Bunun derlemenin niteliği açısından bir sorun olmadığı kanısındayım. Aynı yazar ve eser konusunda öğretilerde zıt görüşler –hukuka nereden bakılıyorsa oradan– ileri sürüldüğünü hukukî kuramla ilgilenenler bilir. Bu da kuramın basit bir reddine değil, tüm zenginliği ve farklılıklarıyla kabulüne yol açmalıdır. Durkheim mekanik dayanışmalı toplumları tanımlarken, bu kapalı toplulukların temel özelliğinin farklılığa düşman bir Biz anlayışıyla belirlendiğini anlatır. Söz konusu refleks, kuram karşısında, hukukçulara uygun düşmeyen bir reflekstir. Bu tür derlemelere ya da ders kitaplarına özgü tehlikeli ikinci refleks ise bunları aşip tanıtılan eserlere doğrudan erişmeye çalışmamaktır. Derlemeler ya da ders kitapları çok iyiniyetli ve konunun uzmanı kişiler tarafından kaleme alınmış olsalar da aktardıkları yazarlar ve eserleri hakkında ancak özet, öyle olduğu ölçüde de sınırlı bilgi verirler. Tanıtılanların eserlerine ulaşarak bunları tamamlamayanlar onlar hakkında gerçek fikir edinemezler. Olsa olsa bir yorumcunun asla kuşatıcı olamayacak ve işlenen konuya birebir denk düşmeyecek yorumlarıyla yetinmiş olurlar. Örneği sık görüldüğü gibi yorumlar bütünüyle uydurma da olabilir. Hukuk dünyasının temel sorunlarından biri bu tür ikinci elden bilgi ötesine gitmemek ya da gidememektir.

34) Emile Durkheim, *Sosyolojik Yöntemin Kuralları*, çev. Cemal Bâli Akal, Dost, Ankara 2015.

35) Marc Augé, *Symbole, fonction, histoire*, Hachette, Paris 1979.

36) Emile Durkheim, *Dinsel Yaşamın İlk Biçimleri*, çev. Özer Ozankaya, Cem, İstanbul 2010.

37) Max Weber, *Protestan Ahlakı ve Kapitalizmin Ruhu*, çev. Milay Köktürk, Bilgesu, Ankara 2011.

38) Sigmund Freud, *Musa ve Tektanrıcılık*, çev. Kamuran Şipal, Bağlam, İstanbul 1987.

39) Pierre Clastres, *Vahşi Savaşçının Mutsuzluğu*, çev. Alev Türker ve Mehmet Sert, Ayrıntı, İstanbul 1992.

Tüm bu çekincelerle, sonuçta, derlemeye seçilmiş ve çoğunu onayladığım kitapları ikiye ayırdım. İlk listede Türkçeye çevrilmiş olan eserler var; ikinci listeyi çevrilememiş eserler oluşturuyor.

1 - Çevrilmiş temel hukuk eserleri:

- Aristoteles, *Nikomakhos'a Etik*⁴⁰
- John Langshaw Austin, *Söylemek ve Yapmak*⁴¹
- Cesare Beccaria, *Suçlar ve Cezalar*⁴²
- Jeremy Bentham, *Yasamanın İlkeleri*⁴³
- Pierre Bourdieu, *Pratik Nedenler*⁴⁴
- Pierre Clastres, *Devlete Karşı Toplum*⁴⁵
- Marcus Tullius Çiçero, *Devlet Üzerine*⁴⁶
- Jacques Derrida, *Yasa Gücü*⁴⁷
- Léon Duguit, *Hukuk-ı esasiye I-II*⁴⁸
- Emile Durkheim, *Toplumsal İşbölümü*⁴⁹
- Ronald Dworkin, *Hakları Ciddiye Almak*⁵⁰
- Michel Foucault, *Hapishanenin Doğuşu*⁵¹
- Sigmund Freud, *Totem ve Tabu*⁵²
- Hugo Grotius, *Savaş ve Barış Hukuku*⁵³
- Jürgen Habermas, *İletişimsel Eylem Kuramı*⁵⁴

40) Aristoteles, *Nikomakhos'a Etik*, çev. Saffet Babür, Bilgesu, Ankara 2007.

41) John Langshaw Austin, *Söylemek ve Yapmak*, çev. R. Levent Aysever, Metis, İstanbul 2009.

42) Cesare Beccaria, *Suçlar ve Cezalar, Beşeriyetin Mecellesi*, çev. Muhiddin Göklü, Güven, İstanbul; *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, çev. Sami Selçuk, İmge, Ankara 2010.

43) Jeremy Bentham, *Yasamanın İlkeleri*, çev. Barkın Asal, Oniki Levha, İstanbul 2011.

44) Pierre Bourdieu, *Pratik Nedenler*, çev. Hülya Uğur Tanrıöver, Hil, Adıyaman 2006.

45) Pierre Clastres, *Devlete Karşı Toplum*, çev. Mehmet Sert ve Nedim Demirtaş, Ayrıntı, İstanbul 2011.

46) Marcus Tullius Çiçero, *Devlet Üzerine*, çev. Cengiz Çevik, İthaki, İstanbul 2014.

47) Jacques Derrida, *"Yasa Gücü", Şiddetin Eleştirisi Üstüne*, Metis, İstanbul 2010.

48) Léon Duguit, *Hukuk-ı Esasiye I-II*, çev. Menemenlizade Edhem, Matbaa-ı Âmire, İstanbul 1923 (eski hart).

49) Emile Durkheim, *Toplumsal İşbölümü*, çev. Özer Ozankaya, Cem, İstanbul 2006.

50) Ronald Dworkin, *Hakları Ciddiye Almak*, çev. Ahmet Ulvi Türkbağ, Dost, Ankara 2007.

51) Michel Foucault, *Hapishanenin Doğuşu*, çev. Mehmet Ali Kılıçbay, İmge, Ankara 2012.

52) Sigmund Freud, *Totem ve Tabu*, çev. Kamuran Şipal, Say, İstanbul 2010.

53) Hugo Grotius, *Savaş ve Barış Hukukı. Seçmeler*, çev. Seha Meray, AÜY.

54) Jürgen Habermas, *İletişimsel Eylem Kuramı*, çev. Mustafa Tüzel, Kabalcı, İstanbul 2001.

- Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Hukuk Felsefesinin İlkeleri*⁵⁵
- Thomas Hobbes, *Leviathan*⁵⁶
- David Hume, *İnsan Doğası Üzerine Bir İnceleme*⁵⁷
- Immanuel Kant, *Ahlâk Metafiziğinin Temellendirilmesi*⁵⁸
- Hans Kelsen⁵⁹, *Hukukun Saf Kuramı*
- Gottfried Leibniz, *Monadoloji*⁶⁰
- John Locke, *Hükümet Üzerine Birinci İnceleme*⁶¹
- Karl Marx, *Hegel'in Hukuk Felsefesinin Eleştirisi*⁶²
- Marcel Mauss, *Sosyoloji ve Antropoloji*⁶³
- Stuart Mill, *Özgürlük Üzerine*⁶⁴
- Charles-Louis Montesquieu, *Kanunların Ruhü*⁶⁵
- Platon, *Yasalar*⁶⁶
- Paul Ricoeur, *Yorumların Çatışması*⁶⁷
- Jean-Jacques Rousseau, *Toplum Sözleşmesi*⁶⁸
- Emmanuel Sièyes, *Üçüncü Sınıf Nedir?*⁶⁹

55) Georg W. Friedrich Hegel, *Hukuk Felsefesinin Prensipleri*, çev. Cenap Karakaya, Sosyal, İstanbul 2004.

56) Thomas Hobbes, *Leviathan*, çev. Semih Lim, Yapı Kredi, İstanbul 2012.

57) David Hume, *İnsan Doğası Üzerine Bir İnceleme*, çev. Ergün Baylan, Bilgesu, Ankara 2009.

58) Immanuel Kant, *Ahlâk Metafiziğinin Temellendirilmesi*, çev. Ioanna Kuçuradi, T. Felsefe Kurumu, İstanbul 2009.

59) Hans Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı*, çev. Ertuğrul Uzun, Nora, İstanbul 2016. Kelsen'in *Demokrasi. Mahiyeti, Kıymeti* başlıklı kitabı Türkçeye çevrildi ve 1938'de İstanbul Üniversitesi Ana İlim Kitapları Tercümelere Serisi'nin ilk kitabı olarak yayımlandı (çev. Ethem Menemencioglu, İÜY, İstanbul 1938). Hukukî kurama ilişkin eserlerin ender çevrildikleri bir ortamda daha önem kazanan çevirinin dili artık eskimiş durumda. Tabii, dilin böyle eskimesinin sorumluluğu Menemencioglu'ya yüklenemez.

60) Gottfried Leibniz, *Monadoloji*, çev. Devrim Çetinkasap, Pinhan, İstanbul 2011.

61) John Locke, *Hükümet Üzerine Birinci İnceleme*, çev. Fahri Bakırcı, Kırilangıç, Ankara 2007.

62) Karl Marx, *Hegel'in Hukuk Felsefesinin Eleştirisi*, çev. Kenan Somer, Sol, Ankara 1997. Marx ve Engels eserlerinin çevirisi konusunda bir eksiklik olmadığını söylemek gerek. Aralarında Rona Serozan'ın çevirdiği seçmeler var: *Devlet ve Hukuk Üzerine*, Ağaç, İstanbul 2010.

63) Marcel Mauss, *Sosyoloji ve Antropoloji*, çev. Özcan Doğan, Doğu Batı, Ankara 2011.

64) Stuart Mill, *Özgürlük Üzerine*, çev. Tuncay Türk, Oda, İstanbul 2008.

65) Charles-Louis Montesquieu, *Kanunların Ruhü*, çev. Fehmi Baldaş, Hiperlink, İstanbul 2011.

66) Platon, *Yasalar*, çev. Candan Şentuna ve Saffet Babür, Kabcacı, İstanbul 2007.

67) Paul Ricoeur, *Yorumların Çatışması*, çev. Hüsamettin Arslan, Paradigma, İstanbul 2009.

68) Jean-Jacques Rousseau, *Toplum Sözleşmesi*, çev. Vedat Günyol, İş Bankası, İstanbul 2011.

69) Emmanuel Sièyes, *Üçüncü Sınıf Nedir?* çev. İsmet Birkan, İmge, Ankara 2005.

- Benedictus Spinoza, *Politik İnceleme*⁷⁰
- Şafii, *Risale*
- Max Weber, *Toplumsal ve Ekonomik Örgütlenme Kuramı*⁷¹

2- Çevrilememiş temel hukuk eserlerinden bazıları:

- Azon, *Summae*
- Bartolo da Sassoferrato, *Opera Omnia*
- William Blackstone, *İngiliz Yasaları Hakkında Yorumlar*
- Norberto Bobbio⁷², *Hukukî Kuram Denemeleri*
- Jean Bodin, *Devletin Altı Kitabı*
- Jean Carbonnier, *Esnek Hukuk*
- Raymond Carré de Malberg, *Genel Devlet Kuramına Katkı*
- Benjamin Constant, *Temsili Yönetimlerin Hepsine Uygulanabilir Siyaset İlkeleri*
- Giovanni Battista de Luca, *Sivil, Dinî, Feodal ve Yerel Yasalar*
- Albert Venn Dicey, *Anayasa Hukuku İncelemesine Giriş*
- Eugen Ehrlich, *Hukuk Sosyolojisinin Temelleri*
- Charles Eisenmann, *İdare Hukuku Dersleri*
- Jean Escarra, *Çin Hukuku*
- Enrico Ferri⁷³, *Suç Sosyolojisi*
- François Gény, *Yorum Yöntemi ve Pozitif Özel Hukukta Kaynaklar*
- Otto Gierke, *Orta Çağ Siyasî Kuramları*
- Gratianus, *Corpus Juris Canonici*
- Georges Gurvitch⁷⁴, *Hukukî Sosyolojinin Unsurları*
- Herbert Lionel Adolphus Hart⁷⁵, *Hukuk Kavramı*
- Maurice Hauriou, *Anayasa Hukuku*

70) Benedictus Spinoza, *Politik İnceleme*, çev. Murat Erşen. Dost, Ankara 2007.

71) Max Weber, *Toplumsal ve Ekonomik Örgütlenme Kuramı*, çev. Özer Ozankaya, İmge, Ankara 1995.

72) Norberto Bobbio'nun *Sağ ve Sol. Bir Politik Ayrımın Anlamı* başlıklı kitabı Türkçeye çevrildi (çev. Zühal Yılmaz, Dost, Ankara 1999).

73) Enrico Ferri'nin *Sanat ve Edebiyatta Cimler* başlıklı kitabı Türkçeye çevrildi (çev. Selmin Evrim, Remzi, İstanbul 1974).

74) Georges Gurvitch'in *Sosyoloji ve Felsefe* başlıklı kitabı Türkçeye çevrildi (çev. Kadir Cangızbay, Değişim, İstanbul 1985; Ütopya, Ankara 1999).

75) H. Lionel Adolphus Hart'ın *Hukuk, Özgürlük ve Ahlak* başlıklı kitabı Türkçeye çevrildi (çev. Erol Öz, Dost, Ankara 2000).

- Oliver Wendell Holmes Jr., *İçtihadi Hukuk*
- Georg Jellinek, *Modern Devlet ve Hukuku*
- Rudolf Jhering⁷⁶, *Hukukun Evrimi*
- Ernst Kantorowicz, *Kralın İki Bedeni*
- John Knox, *Kadınların Canavarı Yönetimine Karşı İlk Kalk Borusu*
- Christopher Columbus Langdell, *Sözleşmeler Hukuku*
- Pierre Legendre, *Sansürcünün Aşkı*
- Maimonides, *Mişna Tora*
- Henry James Sumner Maine, *İlkel Toplumun Tarihi ve Modern Fikirlerle İlişkileri Açısından Eski Hukuk*
- Minobe, *Anayasa Hukuku Denemesi*
- William of Ockham, *Felsefî ve Teolojik Eserler*
- Roscoe Pound, *Hukukî Karar Kuramı*
- Samuel Pufendorf, *Tabii Hukuk ve Kavimler Hukuku*
- Gustav Radbruch⁷⁷, *Hukuk Felsefesi*
- Santi Romano, *Hukukî Düzen*
- Alf Niels Christian Ross, *Hukuk ve Adalet Üstüne*
- Raymond Saleilles, *Hukukî Kişilik Üstüne*
- Friedrich Carl von Savigny, *Roma Hukuku Sistemi*
- Georges Scelle, *Kavimler Hukuku*
- Duns Scotus, *Tüm Eserler*
- Carl Schmitt, *Anayasa Kuramı*⁷⁸
- Francisco Suárez, *De Legibus*
- Tommaso d'Aquino, *Summa Theologica*
- Michel Troper⁷⁹, *Hukukî Bir Devlet Kuramı İçin*

76) Rudolf Jhering'in *Hukuk Uğrında Savaş* başlıklı kitabı Türkçeye çevrildi (çev. Rasih Yeğengil, Sinan, İstanbul 1935).

77) Gustav Radbruch'un *Hukukta Bilgelik Dolu Özlü Sözler* başlıklı kitabı Türkçeye çevrildi (çev. Vecdi Aral, Oniki Levha, İstanbul 2008).

78) *Anayasa Kuramı* Türkçeye çevrilmemiş olsa da Carl Schmitt'e Türkiye'de istisnâi bir ilgi var; kitapları çevriliyor, çevrilmeye de devam ediyor: *Siyasi İlahiyat*, çev. Emre Zeybekoğlu, Dost, Ankara 2002; *Parlamentar Demokrasinin Krizi*, çev. Emre Zeybekoğlu, Dost, Ankara 2006; *Siyasal Kavramı*, çev. Ece Göztepe, Metis, İstanbul 2006; *Roma Katolikliği ve Politik Form*, çev. Gültekin Yıldız, Paradigma, İstanbul 2009; *Kanunilik ve Meşruiyet*, çev. Mehmet Cemil Ozansü, İthaki, İstanbul 2016.

79) Michel Troper'in *Hukuk Felsefesi* başlıklı kitabı Türkçeye çevrildi (çev. Işık Ergüden, Dost, Ankara 2011).

- Ulpianus, *Institutiones*
- Emerich de Vattel, *Kavimler Hukuku*
- Christian Wolff, *Tabii Hukuk ve Kavimler Hukuku İlkeleri*

Bu iki liste üstüne Türk hukukî kuramı özelinde değerlendirmeler yapmaya başlamadan iki ayrıma gidiyorum. Önce listedeki yazarlardan modernleri meslekten olanlar/olmayanlar diye ayırdım. Bunu yaparken başvurduğum mantık şuydu: Bilinen anlamda modern hukuk eğitiminin, Roma Hukuku'nun zamansal uyumsuzluğu unutulmadan, 12. Yüzyılın ilk yarısında Bologna'da ortaya çıktığı sanılmakta. Bu tarih öncesinde Aristoteles'in –hukuk üstüne yazmasaydı yerine kim yazacaktı–, Ulpianus'un, İmam-ı Şafii'nin yazdıklarına hukuk eseri ya da değil, onlara da hukukçu ya da değil denmesinin hiçbir anlamı yok. Kaldı ki Modernite'nin başlangıcına, hukuku diğer disiplinlerden katı biçimde ayıran 16. Yüzyıla kadar her eğitimi ilâhiyattan, hukukçuyu da ilâhiyatçıdan ayırmak imkânsız. Maimonides, Sassoferrato ve Azon'un, aşırı bir örnek olarak da Modernite başlangıcının pozitivist Suárez'inin hukukçudur/değildir diye tasnif edilmesi doğru olmaz. Kısaca, 16. Yüzyıl öncesinde hukuk eseri yazmış olanlar açısından geçerli olmayan ayırım yalnızca Modernite ve modernlerle anlam kazanır.

Sonra derlemedeki tüm yazarları ve eserleri, yanlış anlamalara engel olmak için beşe ayırdım: 1- Hukuka dışarıdan yaklaşan modernlerin tartışmasız hukuk üzerine yazdıkları eserler: Gierke'nin, Kantorowicz'in, Habermas'ın kitapları. Hegel'in listedeki kitabı da tartışmasız, hem de ağır bir temel hukuk kitabıdır, ama aynı ölçüde tartışmasız olan şey Hegel'in meslekten hukukçu sayılamayacağıdır; bu kitabı eleştiren Marx (hukuk lisansı olsa da) ve hukuk eğitiminden geçerek Hukuk Sosyolojisi yapan, hatta kariyerine Ticaret Hukuku dersleri vererek başlayan Weber de öyle sayılabilebilirler. 2- Hukuka dışarıdan yaklaşp genel nitelikte eserleriyle hukukî kuramı yönlendiren modernler – Felsefe öğrenimi ardından hukuk öğrenimi de gören Lévi-Strauss'la, Knox, Mauss ve Clastres. 3- Hukuku hedef almadan özgül çalışmalarla hukuk kuramcılarını etkileyen modernler – J. L. Austin (meslekten hukukçu John Austin değil) ve listede olmayan Wittgenstein. 4- 16. Yüzyıl öncesi kuramcılarının ve meslekten hukukçuların çalışmaları. 5- Meslekten hukukçuların hukuk dışı çalışmaları. Derlemede yer almasalar da örnek gösterilebilecek yazarlar, hukuktan siyaset bilimine kaçan ve *Diktatörlük Üstüne, Sosyal Bilimlere Giriş, Batının İki Yüzü, Siyasî Partiler, Siyaset Sosyolojisi* başlıklı

kitapları⁸⁰ çevrilen Duverger, *Demokrasi. Sentetik Deneme'si*⁸¹ çevrilen Burdeau'dur. Farklı bir örnek de hem Hukukî Tarih hem de psikanaliz alanında çalışan ve bu iki alanı mezceden Legendre'dır. Yine de bu beş kategori arasındaki duvarlar çok yükselmez ve yazarlar öznel seçimlerle kategori değiştirebilir ya da birçok kategoride yer alabilirler. Duguit'nin sosyolojik pozitivizmi hatırlanarak Durkheim'a ve Lévi-Strauss'a birinci kategoride yer verilebilir, Marx ikinci, üçüncü kategoriye atılabilir ya da tersine meslekten hukukçu sayılabilir; Weber de.

Yukarıdaki sınıflamaya göre, ilk listede, Türkçeye büyük bölümü hukukçu olmayanlar tarafından çevrilmiş 33 hukuk eserinden 7'sini –Weber'le 8'ini– meslekten sayılan hukukçular yazmış. Buna karşılık, ikinci listede, çevrilmemiş 47 hukuk eserinden topu topu 4'ü meslek dışı. Bu listede 93'ten 80'e inerken dikkate almadıklarım da meslekten hukukçuların çevrilmemiş eserleri. Kısacası, ünü hukuku ve hukuk camiasını aşmış olanlar hukuk üstüne çalıştıklarında bile felsefeci, sosyolog, siyaset bilimci, vb. sıfatıyla çevirmen ve okur bulurken, “saf” hukuk kuramcısı böyle bir ilgiye mazhar olamıyor. Türkiye’de hukukî kuramın alınılmasında ve hukuk eserlerinin çevrilmesinde bir sorun olduğu açık. İki liste de kuramsal isteksizliğin kanıtlarıdır. Bu durumda “kurama ilgi göstermeyenler kimler?” diye sorulmalı. Sözelimi Carbonnier'den *Esnek Hukuk*'u, Romano'dan *Hukukî Düzen*'i, Pound'dan *Hukukî Karar Kuramı*'nı, Bobbio'dan *Hukukî Kuram Denemeleri*'ni, Ross'tan *Hukuk ve Adalet Üstüne*'yi, vb. kimler çevirecek, kimler okuyacak? Burada, disiplinlerarası kaygılar üstüne şunu da söylemek isterim: Derlemecilerin belirttikleri ve listelerine aldıkları adlarla kanıtladıkları gibi, hukuk diğer disiplinlerin katkısını ihmâl edemez. Hukukçunun, hapsediği bir dünyada onun hakkında uygun bilgi üretmesi mümkün olamayabilir. Hukuklar konusunda berrak yaklaşımlara, başka disiplinlerden gelenlerde, dışarıdan bakanlarda rastlanması kimseyi şaşırtmamalı. Hukukçu da “hukuk nedir?” sorusuna kafası karışmadan cevap vermek istiyorsa kendi disiplininin dışına çıkabilmelidir. Bu, disiplinlerarası bir çalışmaya her yerde ihtiyaç varsa da ondan öte bir şey, kuramsal altyapı zayıflığından

80) Maurice Duverger, *Diktatörlük üstüne*, çev. Bülent Tanör, Yay. İstanbul 1965; *Sosyal Bilimlere Giriş*, çev. Ünsal Oskay, Bilgi, Ankara 2002; *Batının İki Yüzü*, çev. Cem Eroğul ve Fazıl Sağlam, Doğan, İstanbul 1977; *Siyasi Partiler*, çev. Ergun Özbucun, Bilgi, Ankara 1974; *Siyaset Sosyolojisi*, çev. Şirin Tekeli, Varlık, İstanbul 2014.

81) Georges Burdeau, *Demokrasi. Sentetik Deneme*, çev. Bülent Nuri Esen, AÜHFY, Ankara 1964.

kaynaklanan bir ilk ihtiyaçtır. Ama aynı zaaf nedeniyle disiplinlerarası sözcüğü bir lüks olmaktan öteye gidemeyebilir. Temel hukuk eserlerinin sessizliğe gömülmüş oldukları yerde acil ihtiyaç disiplinlerarası olamaz. Önce kuramın varlığından haberdar olunmalı; diğer disiplinler şimdilik bekleyebilir.

Ulaşabildiğim Türkçe'ye çevrilen sair hukuk eserlerinden de bir liste oluşturdum. 10 yıllık aralarla şu tablo ortaya çıktı: Bulabildiğim, 100 yıllık zaman dilimi içinde çevrilen kitap sayısı 100 civarında. Araştırma sırasında saptayamadığım eserler mutlaka vardır; çeviri makaleleri ise dışarıda bıraktım. Saptananlardan yine de genel bir resim ortaya çıkıyor: 100 yılda 100'ü aşmak pek mümkün olmayacak. Bu arada, 1970-2000 arasında hukuk çevirileri konusunda net bir heveslilik olduğu, 2000'li yıllardan sonra çeviri hukuk eserlerinde artış gözlemlendiği ortada; ancak hukukçu olmayan çevirmenlerin sayısında da artış var. Hukukçular kurama ve çeviriye direnmeyi sürdürüyorlar.

Çeviri hakkındaki bu değerlendirmelerde niteliğe değil, bir çevirme istencine önem verdim. Nitelik sorunu, üzücü sonuçlar vereceği belli yeni bir araştırma ister. Üzücü sonuç verecek bir araştırma da her toplumun hukukunun ve dilinin birlikte doğup büyükdlerini, birlikte düşünölmeleri gerektiğini savunan görüş açısından, bazen hukukun dille, hukukçunun da diliyle kurduğı pek basit ilişkinin ortaya çıkarılması olacaktır.

*

* *

Bu Önsöz'ün çalışmamın özelinde ne ifade ettiğine gelince, "hukuk nedir?" sorusunu cevaplariken izleyeceğim yöntemi ve ileri süreceğim görüşleri bazıları alışılmamış bulabilir. Oysa derlemeyi yapanların da söyledikleri gibi, böyle bir tavrın nedeni yalnızca kuramın toptan ihmâl edilmiş olmasında yatacaktır. Hukukun kuramsal tarihini izleyebilmiş olanlar önermelerimin izdüşümünün listede olan/olmayan önemli kuramcılarının düşüncelerinde yer aldığını bileceklerdir. Çalışma da ilerideki sayfalarda adlarına sık rastlanacak bu kuramcılardan ve eserlerinden güç alacaktır. Aralarındaki düşünsel karşıtlıkları hesaba katarak, akla ilk gelebilecek olanlar şunlardır: Vitoria, Montaigne, Spinoza, Maine, Nietzsche, Durkheim, Weber, Duguit, Hauriou, Gény, Kelsen, Foucault, Lévi-Strauss...

Her çalışma, ilk değilse, onu yapanın önceki çalışmaları üstüne oturur. Bu da özellikle *İktidarın Üç Yüzü*, *Modern Düşüncenin Doğuşu* ve *Varolma Direnci ve Özerklik* başlıklı kitapların hem devamı hem sonucu, ama aynı zamanda gözden geçirilmesidir. Onlarda söyleneni tekrarlamamaya çalıştım ve göndermeleri dipnotlarla sınırladım. Soruna yaklaşımında temel bir değişiklik olmasa da otuz yılı aşan bir yazım sürecinde, fikir değiştirdiğim ya da hakkında daha belirgin fikre ulaştığım noktaların olmaması mümkün değildi. Bunlara da yine dipnotlarda değindim.

Bogotá, Şubat 2017

Giriş: Hukukta Yöntem

“Hukuk nedir?” sorusunun iki ana cevabı vardır: İdealist olan/olmayan. İdealist kendisiyle çelişmek istemiyorsa ikici (düalist), iradeci (volontarist), iradeci olduğu ölçüde de iradenin yöneldiği amacı öne çıkaran bir yaklaşımla soruyu ele almak zorundadır. İdealist olmayan da tutarlı olacaksa bu yaklaşımın karşısında yer almalı, birci (monist) ve içkinci (immanentist) olmalıdır. Bu yöntemsel unsurlara onlara uygun düşen başka unsurlar eklenebilir ya da bircilik ve içkinciliğin onları içerdiği savunulabilir: Adcılık (nominalizm), özgür irade karşıtlığı, tarihî, karşılaştırmalı, antropolojik, göreci ve kuşkucu bakış. İdealizme karşı çıkan görüş herhangi bir aşkınlığa gönderme yapmayacağından, bunu gerçekleştirse de gerçekleştiremese de yöntemini şeylerin gerçek nedenini arayan bilimsel kaygıya dayandıracaktır. İddialı sözcükler olsalar da her bilimsel arayışın *olmazsa olmaz* koşulu ve ulaşılacak bilgi açısından hedefi nesnellik ve gerçeklik olmalıdır. Böyle bir yaklaşım hukuk konusundaki idealist genel kabullerin, hâkim tabii hukukçu anlayışın, yasacılığa pek uygun bir muhafazakârlığın ve ataerkil zihniyetin kuşkuyla karşılanmasına, sorgulanmasına yolu açar.

Birci ve içkinci yaklaşım: İdealizm maddi gerçekliği düşünsel olana, somutu soyuta, olanı olması gerekene gönderdiği ölçüde, bu iki taraflı

hiyerarşik bağ yüzünden önce ikicilikle özdeşleşir, sonra göndermeyle bir amaca ve o amacın kaynağı olan iradeye yönelir. Bu idealizm karşısında alınacak tek yol birciliktir. Her bircilik içkinci olmasa da bütünü parçalarında, parçayı bütünde düşünmek bircilikle, o da içkincilikle uyudur; bu, hukuk dâhil ele alınan her şeyin hayata sınırsız bağımlılığını da düşündürmektedir. Birciliği ve içkinciliği ikiciliğe göre kısıtlayıcı, dar bir görüş saymak, tarafgir değilse en azından yanlıştır. Şeylerin gerçek nedenlerini sonsuz bağlantılarda aramak, ulaşılanlar yanında ulaşılamayanları öngör-mek olan bir zenginliktir.

“Maddi olan/olmayan gerçek” ayrımını reddettiği ölçüde maddecilik bircidir; ama maddeci olmayan bircilik de vardır. Burada maddecilik deyince, 19. Yüzyıl zihniyetinin belirlediği kısıtlayıcı maddecilik yerine, bircilikle eşanlamlı maddecilik ya da sonsuzca asla tüketilemeyecek bilgiye şeylerin gerçek nedenini arayarak kısmen de olsa ulaşma çabası anlaşılmalı. Soruna hukuk tanımından yaklaştığımda kavramın içini şöyle doldururum: Maddeci, olanı ideale gönderene, gönderilenin neyi karşıladığını, bu savını neye dayandığını sorup göndermesinde soyutluk ve maddi hiçlikten başka şey bulamayan, metafizik her cevabı da yetersiz bulan hukukçudur. Ele alınanın gönderileceği soyut ve aşkın odağı, onun yaratıcı iradesini ve amacını düşünmeden, bütün-parça ilişkisine ağırlık veren görüş maddeci ve birci-içkincidir.

Birci ve içkinci yaklaşım “bir” hukuk tanımı yapılamayacağını, yalnızca farklı hukuklardan sözedilebileceğini kabul eder; bu nedenle “hukuk”tan çok “hukukîlik”¹ ve “hukuklar” bütüne ve parçalarına bağımlılığı düşünenlere uygun sözcüklerdir. Hukukun özerkliği (otonomisi) fikri karşısında, onun doğru ve eksiksiz bir tanımını imkânsız kılan bağımlılığına (heteronomi) denk gelirler ve özneci bir yaklaşıma uygun düşen hukuk sözcüğünden kullanışlı olurlar. Çeşitli ve karşıt anlamlar kazanan hukukun belirsizliği karşısında, hukukîlik, hem tek tek şu ya da bu hukukun hem tüm hukukların ortak aslı unsurlar bütünü olarak daha kesin bir anlam taşıyacaktır. Çalışmamda bu sözcük, Lévy-Bruhl’ün “gerçek hukukî

1) Sözcüğü *juridicidad*, *juridicité*... karşılığı olarak daha çok hukuk sosyologlarının tercih ettiği anlamda kullanıyorum. Hukuk Bilimi ya da Hukukî Bilim, Hukuk Sosyolojisi ya da Hukukî Sosyoloji, Hukuk Tarihi ya da Hukukî Tarih deyimleri çoğu zaman aralarındaki ayrım keskinleştirilmeden kullanılır ve bazen aynı metinde bile kaygısızca yer değiştirerek aynı şeyi anlatırlar. Bu çalışmada “hukukîlik”in hukuk karşısında kazandığı belirleyici anlam nedeniyle söz konusu bilimleri anarken de hukukî sözcüğüne öncelik vereceğim.

bilimi işaret ettiği için” başvurduğu *juristique*² kavramının anlamına da kısmen yakınlaşıyor; ama kısmen, çünkü onun gelenek ve yasa tanımlarına bütünüyle katılmıyorum. Tarih boyu dönüşüme uğradıktan sonra kendinden menkul anlam kazanan ve hukukî olgunun sonucu olmaktan çıkan “hukuk”la kıyaslanırsa, tarihe ve tüm toplumlara yaygın ve onlara bağımlı bir hukukîlik kavramının açılımı fazladır. “Hukukun varlığı mitosu tüm toplumlarda varolan hukukî fenomenin varlığını gizler”³.

Adcı yaklaşım: Adcılık ve kavramcılık⁴ (konseptüalizm) arasında hem yakınlık hem farklılık olduğuna değinerek başlıyorum. Adcılıkla onun karşı kutbu olan Platoncu gerçekçilik arasındaki kavramcılığın Ockham gibi adcı denilen birçok düşünüre daha uygun olduğu iddia edilmiştir. Bu çalışmada yer yer kavramcılığa kayan fikirlere yer verilse de şeyler-sözcükler-tümeller üstüne kökten ve yaygın bir yaklaşımın adı olan adcılık kullanılacaktır. Olması gerekenden, evrensel olduğu iddia edildiği ölçüde aşkınlaşan değerlerden, kendiliğinden iyi/kötü, doğru/yanlış olandan, değişmez bir adalet idesinden, ahlâktan, etikten sözetmek yerine, bunların göreceliğini vurgulamak isteyen araştırmacı adcı olmak, hayatın sonsuz değişkenliğinde ne denli somutlaştırılmaya çalışılırsa çalışılsın, hiçbir sözcüğün ifade ettiği herhangi bir gerçeklikle çakışmayacağını bilmek zorundadır: Kendinden menkul gerçek olarak özgürlük, eşitlik, hakkaniyetin, vb. yine kendinden menkul gerçek olarak İyi’yi, Güzel’i, Doğru’yu, Haklı’yı, vb. karşıladığına inanılır; ama sözcük gerçeklik değildir ve bir şeyi anlatmaya yarayan sözcükler, onları ne kadar insan kullanıyorsa birbirlerinden o kadar farklıdır; hayatı durdurmak da mümkün olmadığından koşullar değiştikçe değişime uğrarlar. Bunun farkına varmayanlar onları istedikleri ya da anladıkları biçimde kullanırken, karşıt fikirlere sahip olanlar aynı sözcüğe tutundukları için aynı safta olduklarını sanacak, farklı sözcükler duygudaşların, sözgelimi tabii hukukçularla iradeci pozitivistlerin birbirlerine düşman olmalarına yol açacaktır. Nino, zaten farklı anlamlarda kullanılan bu tür sözcüklerden “hukuk”a, taşıdığı duygusal ağırlık nedeniyle bilinçdışı-altı yananlamlar

2) Henri Lévy-Bruhl, *Sociologie du droit*, s. 93.

3) Michel Alliot, “Anthropologie et juridique sur les conditions de l’élaboration d’une science du droit”, *Bulletin de liaison du LAJP* 6, s. 83.

4) Adcıbir yaklaşım için: *İktidarın Üç Yüzü*’nde “Sivil Toplumun Tanrısı” başlıklı I. bölümde “Devlet/Sivil Toplum” başlıklı altbölüm (Cemal Bâli Akal, *İktidarın Üç Yüzü*, Dost, Ankara 2016) ve *Varolma Direnci ve Özerklik*’te “Cumhuriyet ve Devlet Kavramları Üstüne” başlıklı V. Ek (Cemal Bâli Akal, *Varolma Direnci ve Özerklik*, Dost, Ankara 2016).

eklendiğini, bunların da sözcüğü iyice bulanıklaştırdığını söyler⁵. Hiçbir sözcük gerçeğin kendisi olmasa da, dünyadaki masalardan herhangi birine denk düşmeyecek masa sözcüğü kadar gerçek ne hukuk ne demokrasi, hatta ne de hakikat (*veritas*), vb. vardır. Çözumsuz anlaşmazlıklar da bu türden daha soyut sözcüklerin yorumunda çıkar. Onun da tarifi zorunlu olan bir “idealizm karşıtlığı” bircilik, içkincilik, adcılıkla bunu anlatır. Gerçeklik yerine soyutlama sunan idealizm ve özcülük (esansiyalizm) karşısında, bütünün sonu gelmez iç hareketliliğinde hiçbir sözcüğün sabitlenemeyeceğini gösterir; karşıtları tarafından, her soyutlama önünde insanı dilsizliğe mahkûm eden görüşsayılsa bile, araştırmacıyı maddi tekil gerçeklikten yola çıkarır, düşünceden olguya gelmek yerine olgudan ona gitmeyi salık verir.

Maddeci tüm yaklaşımların adcı –ya da özgür irade– karşıtı olduğu iddia edilemese de adcı bir bakış açısına maddeciliği uygun bulanlar var; Althusser’i tanık gösterebilirim: “Marx’ta adcılığın maddeciliğe giden ‘en iyi yol’ olduğunu okumuştum. Doğrusunu söylemek gerekirse, adcılığın maddeciliğe giden en iyi yol değil, *dünyada düşünülebilecek tek maddecilik olduğuna inanıyorum*”⁶. Ama sözcüklere kuşkuyla yaklaşmak yöntemin önkoşullarından biri olsa da adcılık her anlamı yokeden bir köktenciliğe dönüşmemelidir. Yoksa bunları söylerken kullandığım sözcüklerin ve ifade etmek istediğim şeyin anlamsızlığını itiraf etmiş olurum. Bourdieu “hukukun sosyal dünyayı *oluşturduğunu* söylemek aşırı olmaz, yeter ki onun tarafından oluşturulduğu unutulmasın” der. Bunu gözden kaçırmayan bir adcılıkla, sözkonusu etkililiğin sosyal koşulları ve sınırları sorgulanabilir. Sayelerinde sosyal dünyanın inşa edildiği kategorileri insanların oluşturduğu, bu inşanın temel taşları olan algılama ve değerlendirme şemalarını kolektif tarihî emeğin, dünyanın yapılarından yola çıkarak ürettiği kabul edilebilir. Tarihî olarak belirmiş düşünce kategorilerinin varolan yapılara uygunluklarının sınırları içinde dünyanın üretimine katkıda bulundukları unutulmadan, gerçekçi ya da temelini gerçeklikte bulan adcılıkla, temelini gerçeklikte bulduğu için başarılı bir adlandırmanın etkisi kavranabilir⁷.

Sözcüğün içerdiği çeşitli anlamlardan birinin anlatmak istediği gerçekliğe uyup uymadığına karar verecek olan da sonunda o sözcüğü kullanacak

5) Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del derecho*, s. 16.

6) Louis Althusser, “Tek Materyalist Gelenek: I. Spinoza”, *Marx’tan Spinoza’ya Spinoza’dan Marx’a. Güncel Müdahaleler*, s. 182.

7) Pierre Bourdieu “La force du droit [Éléments pour une sociologie du champ juridique]”, s. 13.

olandır ve ölçülü bir yaklaşımla, önce sözcüklerin içini iki çelişkiyi engelleyecek şekilde doldurmalıdır: Onlar hem sistemin geneline hem de dikkatsizce kullanılan aynı sözcüklerin içereceği farklı anlamlar nedeniyle birbirlerine ters düşmemelidir. Sonra, belki daha kolay aşılacak ikinci zorunluluk, söylemde, tartışmada, tanımlamada, metinde, vb. karşılaşılan sözcüklerin içinin nasıl doldurulduğuna her defasında titizlikle eğilmek olacaktır. Sonuçta ise, kullanımda başka anlamlar da taşıdıklarından, sözcüklerin bir çalışmada neyi anlattığı mutlaka belirtilmelidir.

Özne ve özgür irade karşıtı yaklaşım: “Hukuk nedir?” sorusunu özne ve özgür irade karşıtı yaklaşımla cevaplandırıyorum. Adcılık gibi, özgür irade karşıtlığı da birci, içkinci görüşe uygundur ve sorunun yasayarattıcı irade açısından hukukîlik tanımını çok yakından ilgilendirdiği görülecek. Tabii hukukçu ya da idealist görüş, önemsiz istisnalar dışında, hukukun bir sıfır noktasında bir özne tarafından, özgür iradeyle yaratıldığına dayanır; özneci olan iradeci pozitivizm de bu saftadır. Birci ve içkinci yaklaşımda ise hukukun hayata sonsuz bağımlılığını anlatan bütünde yasayarattıcı bir başlangıç iradesi makûl bulunamaz ve özerk bir hukuk tanımı böylece imkânsızlaşır. Bu bakış her türlü özne ve özgür irade yerine, bütüne bağımlılık doğrultusunda zorunluluğa öncelik verir; özgür iradenin karşıtı zorunluluktur ve o her iradeyi belirler.

Ancak özgür iradenin yokluğu savı idealizmin ciddi itirâzıyla karşılaşır: Hem klasik hem modern tabii hukukçulukta hem de iradeci pozitivizmde yasayarattıcı bütünüyle özgür iradeye bağlandığından, önce hukukçular, sonra da hayatın her anında özgür seçim yaparak ilerlediklerini sananlar, iradeyi sınırlayan her görüşü hayalî bulurlar. Bu yaygın kanıya karşı, özgür sayılan seçimlerin birbirine eklenen sayısız zorunlulukla belirlenmiş olduğunu ve her edimde bağımsız sanılan iradenin, yasa yapma edimindeki irade dâhil kısmen özgür olduğunu söyleyeceğim. “Bilinçle yönlendirilen sürecin kendiliğinden bir sürece zorunlulukla üstün olacağına inanmak hurâfedir”⁸ ya da iradecilik hurâfedir diyen Hayek’e kulak verilmeli. Yine de çalışmamda ağırlık verilen ve sorgulanan irade edimi yasanın ilk “yaratılış”ında varolduğu iddia edilen edimdir.

Tarihî ve karşılaştırmalı yaklaşım: Hukukîliğin doğuşunda ön belirleyici bir özne ve özgür iradesinin yokluğu savı, bir kez ve her zaman için belir-

8) Friedrich August Hayek, *Scientisme et sciences sociales*, s. 103.

lenmiş bir yasanın, evrensel bir mantığın ve mutlak değerlerin reddi, tarihî bakışı zorunlu kılar. Tarihî sözcüğünün de içinin doldurulması gerektiği ve akla hemen Tarihî Hukuk Okulu'nu getirdiği unutulmamalı. Önce bu Okul'un savıyla yöntemim arasındaki benzerliği ve farklılığı göstermeliyim: Tarihî Hukuk Okulu hukuku tanımlarken, onun, geçmişinden bağımsızca şu ya da bu dönemde, o anı belirleyecek herhangi bir iç ya da dış iradeden kaynaklanarak ortaya çıktığını düşünmez. Hukukun aşkın ya da dünyevî bir iradenin yaratısı olduğunu savunan tabii hukukçular, yararçılar ya da tarihî devamsızlık yanlıları karşısında onu içsel bir zorunluluğa bağlar. Kaynağı tarihîliği içinde ele alır ve ampirik yöntemiyle ikici her yaklaşımı, tabii hâl, tabii hak ve sözleşme kuramlarını reddeder. Buraya kadar, Hukukî Bilim'in de "hukuk nedir?" sorusuna verdiği cevabın bu tarihîliğine itirâzım olamaz. Ama Okul aradığı kaynağı *Volksgeist*'ta ya da bir halkın ruhunda bulduğu anda benzerlik iki düzlemde sona erer. Önce, tarihî yöntemden anladığım, bir hukukî düzenin tarihi değil, tüm hukukî düzenlerin ortak tarihidir; sonra, Tarihî Hukuk Okulu'nun "doğuş" arayışı tekçizgili ve kesintisiz bir gelişimin başlangıcına dönen arayış olduğu ölçüde de hukukîlik tanımına uymaz. Çalışmanın sonunda soracağım "hukukîlik nedir?" sorusunu tarihî başlangıçtan yola çıkarak cevaplamaya çalışırken, niteliksel farklılıkların kesintilerle birbirinden ayırdığı hukukları ve bu kesintilere rağmen yakalanacak ortaklığı araştıran yaklaşımı tercih ediyorum. Tarihî Hukuk Okulu onu hukukun kaynağında aşkın bir *auctoritas* ya da dünyevî bir *potestas* aramaktan vazgeçiren, özgür irade karşıtı, zorunlulukçu ve nesnel tavrına karşın, bugünden geçmişe atfedilen hayalî bir gelişim mantığının ürünü *Volksgeist*'ıyla bir başka muhafazakârlığa sürüklenir ve bu nedenle, olumlu yanları haksızca gözardı edilirken haklı olarak eleştirilir.

Tarihî Hukuk Okulu'nun kuramını da içeren geniş bir *tarihçilik* kavramı –örneğin *Zeitgeist*'la zamana ruh kazandıran Hegelci idealist tarihçiliğin Tarihî Hukuk Okulu'nun tarihçiliğini reddetmesi– karşıt anlamlar taşıdığından⁹, tarihî sözcüğünü kullanıyorum. Sözcük seçimi ötesinde bu yaklaşım, hukuku olması gereken soyut bir hukukla düşünmek yerine ortak hukukîlik arayışını ve hukukları sosyallik sürecinde karşılaştıran tarihî anlayışı öne çıkarır; başlangıç toplumunun hukuk dışı olduğunu

9) Friedrich August Hayek sosyal bütünlerin yapısal tutarlık ilkelerinin kavranması anlamında "sentetik" bir kuram içeren Tarihî Hukuk Okulu'nun yöntemiyle, tarihçilik diye adlandırdığı bilimsel bir akımın birbirinden ne kadar farklı olduğunu anlatır (*Scientism and sciences sociales*, s. 73).

iddia ederek, sosyallik tarihinin bir bölümünü hukukî bulan sınırlayıcı ve evrimci tarih görüşüne de karşıdır. Sınırlayıcı yaklaşımla, hukukun önemini azaltan bu dar tanımın seçilmesini garip bulanlardanımı: Hukuka olumsuz bir yaklaşım açısından bu kabul edilebilir olsa da, evrensel hukuk ilkelerine gönderme yapanların hukuku sosyallik tarihinin çok küçük bir dönemine yakıştırmaları çelişkilidir. Hukukîliğin ve hukukların tarihîliğini savunurken, en azından sosyalliğe yaygın bir tanıma katılıyor ve evrimci anlayıştan da kaçınıyorum. Evrimcilik, Tarihî Hukuk Okulu'nun gelişmeci yaklaşımında olduğu gibi, ama daha genel çerçevede, tarihî sürece anlam yükleyen idealist bir yol izler. Günümüze ulaşan bu süreçte, her sosyal hal-kanın kendinden öncekine üstün olduğunu düşündürür. Böylece, zincirin son safhası ulaşılması zorunlu aşamaya dönüşerek insanlığın hedefi olur ve izlenecek süreci izlemediğine karar verilen sosyallikler birer anomali sayılır. İçinde durulan yerden geriye bakıp, arkada kaldığı düşünülene, aşağılanmıyorsa en azından çocuk muamelesi yapılır. Bu bakış modern hukuk düzeninden de yöneltilen bakıştır ve aynı ayrımcı özelliği taşır. Başka toplumların hukukunu ya hukuk saymayıp küçümser ya da ona gelişmemişlik dediği konumu yakıştırır. İçinde bulunulan hukuk da onlar karşısında olması gerekene dönüşüp “tek” hukuk olur.

Hukuku evrenselleştirmeye çalışanlar, tarihîliğin, onların ardına düştükleri evrensellelikle ilgisinin olmadığı, hatta ona zıt anlam taşıdığı, tam karşı kutbu olduğu konusunda da uyarılmalı. Her şeyden önce, ne olduğu hakkında kimsenin eksiksiz fikri olmadığı evrende şu ya da bu değere metaforik de olsa dayanak aranmasının iddialı niteliği ortadadır. Kuşkusuz, tabii hukukçu Kant'ın evrenselliği anlamında değil popüler anlamda evrenle anlaşılan dünyadır. Ama bu, zamanında insanı ve dünyasını Kozmos'un merkezine oturtan yaratıcı irade inancının tekrarıdır; tekrarlanmadığında evrensel olan bir şey kalmaz.

Antropolojik yaklaşım: Yöntemin diğer unsurlarına, izlediğim yola uygun olan antropolojik yaklaşımı ekliyorum. Tanımı yapan, hukukîliği başlangıç toplumuna –başlangıç sözcüğünü sömürgeci ya da ayrımcı “ilkel” yerine kullanıyorum– götürüp tüm toplumlara ve hukuklara oradan bakacaksa, Hukukî Tarih'i, Hukukî Sosyoloji'yi aşan bir şey söyleyecektir. Artık sorun, gözleme sunulmuş başlangıç toplumu üstüne araştırmalarla Hukukî Antropoloji alanına girmiştir. Ancak sosyolojik ve antropolojik çalışmalarda genelde işlevci yaklaşımın seçilmesi izlediğim yolun öyle sayılmasına yol açabilir. Oysa içkin ve özgür irade karşıtı yaklaşımın kendini her türlü

işlev fikrinden uzak tutması şarttır. Bu fikir, işleve, hukukun doğuşundaki kendiliğindenliği yokeden iradî bir öncelik kazandırılmasına ve nedenle sonucun –irade, amaç, işlev, yarar, vb. doğuşun nedeni değil, sonuçlarıdır– birbirine karıştırılmasına yol açar. Hukuku herhangi bir başlangıç işleviyle tanımlamak da ona şu ya da bu iradeyle amacını öne çıkaran idealist niteliği kazandıracaktır. İdealist olmayan yolda, her türlü işlevcilik-yararcılıktan uzak antropolojik bakış, karşılaştırmalı tarihî yöntemle ortak model üzerinden farklı hukukları yakalayacaktır. İşlevciliği bir yana bırakılırsa, Malinowski için de antropolojik yöntem, kaynağa-kaynaklara inme anlamındaki tarihî yaklaşımla, sosyallığın tamamında kültürel türleri her genellemenin temelini oluşturacak karşılaştırmalı incelemeden geçiren ve bu sayede ulaşılan ortaklığın genel yasalarına rağmen, kaynaktan yola çıkan arayışta safha farklılıklarını da ihmâl etmeyen yöntemdir¹⁰.

Burada, antropoloji yerine neden etnoloji deyimini kullanmadığım sorulabilir. Antropoloji ve etnoloji kavramları arasındaki yakınlık açıktır ve kolay ayırtedilemediklerinden konuları birbirine karıştırılır; sonuçta iki sözcükle de anlatılan çoğunlukla başlangıç toplumdur. Ama antropoloji *anthropos*'un, insan türünün bilimi olduğu ölçüde, toplumdaki insanı –toplumlarla değişirken değişmeyen yönüyle– ele alırken, etnik toplulukların herbirini çeşitlilikleri içinde inceleyen etnolojiden uzaklaşır¹¹. Hukukî Etnoloji bu çerçevede farklı topluluk kurallarının incelenmesi olacaksa, Hukukî Antropoloji yaygın bir yaklaşımla farklı toplumları ve kurallarını aşan hukukîliğin ardına düşecektir. Ancak sosyoloji, antropoloji ve etnoloji arasındaki kuramsal ayrımın mutlak olmadığı, konunun her hukukçu, sosyolog, antropolog ve etnologla değişeceği düşünülmelidir. Şunu ekliyorum: Belki de etnolojik ve antropolojik çalışmalar diğer disiplinlerdeki çalışmalara kıyasla hâlâ gençlik döneminde sayıldıklarından hukuk dünyasında ciddiye alınmazlar. Yine de unutulmaması gereken şey, ilk etnolojik ve antropolojik çalışmalarla genel ve önemli bir etki yaratanlar arasında 19. Yüzyıl hukukçularının sayısının hiç az olmamasıdır: Morgan, Bachofen, Maine, John F. McLennan ilk akla gelenlerdir.

Göreci ve kuşkucu yaklaşım: Aklın evrenselliğini savunan bir Descartes bile antropolojik yaklaşımla kültürel göreciliği kabul etmek zorunda

10) Bronislaw Malinowski, *Une théorie scientifique de la culture*, s. 19-21.

11) Jean Carbonnier, *Sociologie juridique*, s. 33, 34; Rodolfo Sacco, *Anthropologie juridique*, s. 19.

kalmıştı: “Yolculuk yaptıkça bize çok aykırı duygular taşıyanların bu nedenle ne barbar ne de vahşi olduklarını, çoğunun bizim kadar, hatta daha akıllı olduklarını teslim ettim; çocukluğundan beri Fransızlar’ın ya da Almanlar’ın yanında yaşayan aynı insanın, aynı zihinle, hep Çinliler ya da Yamyamlar arasında yaşasaydı şimdi olduğundan çok farklı olacağını anladım”¹². Birci, içkinici, adıcı, özgür irade karşıtı, tarihî, karşılaştırmalı, antropolojik bakış göreci, öyle olduğu ölçüde kuşkucu bir anlayışın yolunu açar. Bazen bu yolda, tabii hukukçu ve iradeci pozitivist değerler hiyerarşisini reddeden araştırmacıya tüm anlamları çökerten bir kuşkuculuk hâkim olacak ve o, toplumlar arasında kurulabilecek her bağı inkâr edecek, hukukî düzenler arasında benzerlik olmadığını ileri sürecek, postmodern parçalanma mantığıyla uyuşacak mutlak göreciliğe kayacaktır. Bu buharlaştırmadan, onun da sonsuzca dağılması istenmiyorsa Hukukî Bilim adına kaçınılmalıdır. Farklı toplumlarda farklı biçimde ortaya çıksalar ve örneğin suç ya da ahlâk kavramlarını¹³ toplumlara göre bütünüyle farklılaştırsalar bile hukukların hukukîlikle açıklandığı bir ortak modelden sözedilebilmelidir. Böyle bir model yoksa ne hukukîlik ne hukuklar ne de Hukukî Bilim vardır. Araştırmacının kendisini bilim karşıtı sava savuracak aşırılıktan bu tarihî bakışla kaçınması makûl olur; aksi hâlde kolayca her türlü tartışmayı sonlandıran bir idealizme, ya tabii hukukçu mistik bir paroksizmaya ya da iradeci pozitivist sığılğa yönelecektir. İzlenecek yol her türlü idealist değeri sorgulayan ölçülü bir görecilik-kuşkuculuktur.

12) René Descartes, *Discours de la méthode*, s. 13.

13) Bu konuyu kitabın “Ortak Model: Hukukîlik” başlıklı bölümünde ele alacağım.

Hukuk tanımları, kavramları, deyimleri tarihte hiç değişmeden kalan tanımlar, kavramlar, deyimler değildir. Öyle sanılırsa içine düşülen vahim bir hata tekrarlanır ve hukuk sözcüğünü kullananların bazen neyi anlatmak istedikleri belli olmaz. Bu hata, hukukî olanı insanların sosyallik tarihinde hep aynı biçimde algıladığını, hep aynı anlamdaki kavramları kullandığını, Antik Yunan'da, Roma İmparatorluğu'nda, feodal yapılanmada hukuk denince herkesin aynı şeyi düşündüğünü sanmaktır. Oysa modernlerin modern hukuk diye adlandırılan söylem bütününde hukuku düşünmeleri, tarihin başka dönemleri¹ ve toplum tiplerinde hukukun düşünülmesine benzemez; kaldı ki her toplumda da sözcüğün bürünebileceği sayısız anlam vardır. Kavramlar, hukukun kendisinden başlamak üzere, değişik yapılanmalarda yapılanmaya, zihniyete özgü zorunluluklarca belirlenir ve içleri hep yeniden doldurulur. Bu çalışmada da değinilen bazı tartışmalar modern hukukî düzende ortaya çıkmış ve çözülmemiş ona özgü tartışmalardır. Farklı toplumlara özgü tartışmalarda benzer sözcükler kullanılmış olabilir, ama bu nedenle sorunun bilinen

1) Max Weber, *Sociologie du droit*, s. 38, 39.

sorun olduğunu ve bilinen düzlemde tartışıldığını sanmak hukukçuları basit çözümlere götürür.

Modern tabii hukukçulukla iradeci pozitivizmi şöyle ya da böyle belirleyen temel bir tartışma “hukuk yasa mıdır?” tartışmasıdır ve bütünüyle modern düzene özgüdür. Bu sorunun sorulduğu sanılan farklı bir toplum tipinde hem soru hem cevabı çok değişik olabilir. Villey bir modern olan Suárez’in “Orta Çağ geleneğini takip ederek, yasayla hukuku birbirinden ayıramadığını”² söyler. Demek ki Orta Çağ geleneğinde yasayı hukuktan ayıran bir tartışma yapılamaz, yapıldığı sanılsa da bugünkü anlamı taşıyamazdı. Bu, Roma Hukuku için de geçerlidir; yasa/hukuk ayrımının yapılamadığı yerde ne yasa ne de hukuk tam anlamıyla bugün onlardan anlaşılan şeyler olabilir.

Dikaion Site’ye özgü kavramsal alanın kazandırabileceği ve Modernite’ye hiç uygun düşmeyecek şekilde Site’deki yurttaşlara özgü “bir” eşitliği anlatıyordu; Antik Yunan’da tek Site olmadığından, aşağı yukarı altıyüz yıllık süreçte hep aynı eşitlikten söz edilmediği de açık. Şimdi eşit, yasal, yasallık, hukuk sözcükleriyle eş tutuluyor ve Roma İmparatorluğu’na özgü koşullarda hem *ius* hem de *aequum ius*’un *dikaion* olduğuna Antik Yunan ve Roma’ya bugünden bakarak karar veriliyor. İmparatorluğun yüzyıllar boyunca değişen yapısı içinde tüm anlamları hareketlendiren ve değiştiren farklılaşmalar da hesaba katılmıyor. Antik Yunan’la neredeyse onbeş yüzyıl süren bir imparatorluk birbirine ne kadar benziyorsa, bu kavramlar birbirine o kadar denk düşer. Onlar ayırdedilemediğinde, aralarındaki ve kendi içlerindeki büyük yapısal, zihinsel farklılıklar nedeniyle uyuşmayan bu dünyaların *dikaion*’uyla *ius*’u, yine onlara bugünden verilen anlamlarla hem yasa hem hukuk olur. Suárez bir modern olsa da skolastik ağırlıklar taşıyan eserinde iki kavramı neden ayıramamış acaba? Hâlâ Modernite’yi belirleyen büyük bir hukuk düşünürü olduğu kabul edildiği hâlde.

Yunanca’da *dikaion*’un esas karşılığının “doğru” olduğu biliniyor; şimdi yasayla karşılanan *nomos*’un buyurduğu şey. Ama *dikaion*’u anlamak için başvuru *nomos* da yeterince sorun çıkarıyor. Schmitt’e göre 19. Yüzyıl pozitif hukukçuları hukuku yalnızca belli bir devletin yasal sınırlarında düşündüklerinden *nomos*’u yasayla karşılamışlardı. Modern pozitivist yasallığın her şeyden önce devlet bürokrasisinin işleme biçimi olduğunu söyleyen Schmitt, *nomos*’un böylece ilk anlamını kaybedip her türlü

2) Michel Villey, *Philosophie du droit*, s. 87.

normativist düzenlemeye indirgendığını açıklar. Oysa bölüştürmek ve otlamak anlamındaki *nemein*'den gelen *nomos* başlangıçta bir toplumun sosyal ve siyasî düzeninin mekânda görünür olmasıdır³: Kant'ın deyimiyle "toprağı seninki benimki diye dağıtan yasa"; önce toprağa el koyulması, sonra bu el koymanın yarattığı ve içerdiği somut düzen; her durumda da dağıtıcı yasayı önceleyen bir güç. Schmitt'in "Dünyanın nomosu" deyimi tarihin her döneminde esas olan el koymaya dayalı mekân paylaşımının, hukukî düzeni yerleşme olgusuna bağladığını anlatır. Her dönem çeşitli güçlerin yeni mekân paylaşımları ve sınırlarıyla doğmasına yol açar. Tüm zamanların yeni topraklara doğru yola çıkan halkları, bu göçleri sonunda oralara el koyarak yerleşik konuma geçer. Sömürge tarihi de mekâna damgasını vuran kurucu edimlerin tarihidir ve bu öncel gücü hukukî düzeni izler. Sömürgeci dalganın geri dönmesi ise yeni el koyma ve hukukî düzenin işareti, Modernite'nin sonu da *nomos*'un yeni anlamı olabilir. Güvenlik konusunda endişelere yol açmayan huzurlu dönemlerde *nomos* modern yasallığın ona kazandırdığı anlamla koruyucu yasa diye algılanır. Ona dayanarak el koyulan yerlerin, şeylerin ve canlıların sahibi olduğundan şüphe edilmez. Ama Göç'le ve yeni bir el koymayla onların asla sahibi olunmadığı, olunamadığı fark edilir. Yeni bir dünyada, yeni el koymalar ve bunlar sonucunda ortaya çıkan tepkiler, hangisi olduğu bilinemeyecek bir *khronos*'la *nomos* doğurur⁴. Modernite'ye özgü yasallık anlayışı Modernite-öncesinin ve sonrasının başka hukukları karşıladığını, karşılayacağını farkedemeyenlerin, hep aynı hukuk içinde aynı varlıklara sahip olacaklarını sananların anlayışıdır. Bunu aşan ve değişik hukukların değişik güç ilişkilerini karşıladığını bilenler, hiçbirine sonsuz anlam vermeden, farklılıklar ardındaki değişmezliğin ardına düşer ve dünyaya gerçekten bilimsel bir prizmadan bakarlar.

Hukukların sonsuz farklılığı gözden kaçırıldığında ise aykırı anlamları "bir" hukuka yakıştırmanın sonu gelmez: "Hukuk nedir, *Dikaion* mu yoksa *iūs* mu?" sorusunu soran Villey'nin, *iūs*'un kendi çerçevesinde çeşitli anlamlar barındırdığını kanıtlamak için sunduğu liste bugün ona verilen tüm anlamları parçalar. Başka anlamların da rahatlıkla ekleneceği sıralamada şunlar vardır: Doğru olan (*id quod justum est*); bir insanın âdil paylaşım

3) Maurice Godelier Baruya toplumu üzerine çalışmasında başlangıç toplumunun yerleştiği alanın, bir ilk sosyal eşitsizliği ve hâkimiyeti anlatan şekilde, bu mekân paylaşımını hemen gözler önüne serdiğini yazar (*La production des grands hommes*).

4) Aydınlanma düşüncesi ve Carl Schmitt'in Vitoria yorumu için: "Aydınlanmanın Sonu ve Vitoria", *Felsefelogos* 62: *Günümüzde Aydınlanma*, İstanbul 2016.

sonucu aldığı pay (*suum ius cuique tribuere*) – hemen “hak”la karşılanacak ama acele edilmemeli, çünkü Villey’ye göre bu, Roma’ya özgü anlayışta maddi bir şeyin bölünmesiyle elde edilendir; bir insanın özel durumu ya da statüsü (kölelerin Roma’da hukuk kişisi olmadıklarını iddia edenlere karşı köleleri de içeren *ius civitatis*), vb. Villey’nin Roma Hukuku’nda bulunmadığını, iradeci geleneğin ona sonradan bu anlamı verdiğini söylediği iktidar⁵ da artık *ius*’a yakıştırılıyor. Villey haklıysa Modernite’nin hukuk deyince bir yandan iktidarı, öte yandan hem ona bağlayarak hem ondan ayırarak hakları düşünme eğilimi ne Roma’da ne Antik Yunan’da mevcuttu. Evrensel hakları soyut bir insan tabiatında aramayı ve bulmayı keşfeden modern tabii hukukçular klasik tabii hukukçularla aralarına ciddi mesafe koymuşlardı: Sübjektif haklar Modernite-öncesinde akla gelemeyecek bir buluştu. Tanrı’nın toprağa bağlı köylüleri bu dünyada çile çekmek üzere yarattığına ilişkin skolastik zihniyette insan hakları fikrine yer olamazdı; herkesin eşit yaratıldığına ilişkin modern zihniyette olurdu⁶. Tarihe Modernite’nin penceresinden bakıp “Roma’daki köleler hukuk kişisi sayılmaz” demenin köleci yapılanmada anlamı yoktu⁷. Modern tabii hukukçu anlayışta, insan haklarının dayandırılacağı insan tabiatından, sonra haysiyetinden, aklından ve şeylerin tabiatından sözedilirken, klasik tabii hukuk anlayışından ne kadar uzaklaşıldığını görmek ve her basit benzetmeden kaçınmak doğru olur: Bir hukuku düşünmek yerine; farklı hukukları düşünmek üzere.

Modernite’ye yabancı⁸ bir Roma Hukuku ve dersi üzerinden hukukîliğin ne olmadığını anlatmaya çalışacağım: Yasak savma kabilinden müfredatta tutulan dersin varlığını sürdürmek isteyen az sayıda hukukçu onu bir Medenî Hukuk dersi sayarak meşrulaştırmaya çalışıyor. Böylece Roma Hukuku’yla Modernite icadı Code Civil arasında dolaysız bağ kuruluyor.

5) Michel Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, s. 240-247.

6) Bu konuyu Laon Piskoposu Adalbéron-Alonso de Castrillo karşıtlığında ele alan metin için: Machiavelli, *Makyavelizm ve Modernite*’de (der. Cemal Bâli Akal, Dost, Ankara 2014) “Machiavelli, Makyavelizm ve Meşrûiyet sorunu” başlıklı bölüm. Çatışmayı Domingo de Soto-Alonso de Castrillo karşıtlığında ele alan metin için: *Modern Düşüncenin Doğuşu*’nda “Devleti Düşünmek” başlıklı III. Bölümde “Sosyal Adalet” başlıklı altbölüm (Cemal Bâli Akal, *Modern Düşüncenin Doğuşu*, Dost, Ankara 2016).

7) Bu konuyu kitabın “Kimin hukuku, hukuk kişisi kim?” başlıklı bölümünde ele alacağım.

8) Antik toplumun pozitif cezalara büyük önem verirken, modern toplumun yalnızca negatif cezaları tanıdığını söyleyen Rudolf Jhering, bu kesin ayırmadan yola çıkarak Roma Hukuku’nun sözkonusu özelliğiyle modern hukukçulara bütünüyle yabancı olduğunu belirtecektir (Norberto Bobbio, *De la structure à la fonction*, s. 48).

Roma Hukuku, tarihinden, onu farklı bir hukuk yapan tüm zorunluluklarından soyutlanarak bir başka hukukun disipliniyle özdeşleştiriliyor. Bu hukuku çok uzun ömürlü ve değişken bir imparatorluğun tarihî-siyasî yapısı ve zihniyetiyle öğrenme, karşılaştırmalarla modern hukuka göre farklılığını görme, bu farklılık üzerinden hem onu hem Modernite'yi anlama, öğretici bir ilişkiyi ortak model üzerinden kurma ve benzerliği yakalama imkânı ortadan kaldırılıyor. Bu imkân yokolunca da Roma Hukuku dersinden kurtulmak isteyenleri haklı çıkaracak bir anlamsızlık dersi ve dersi vereni sarıyor. Çünkü Roma Hukuku Roma'nın hukukudur, Modernite'nin hukuku ya da Medenî Hukuk değil. Roma Hukuku karşısında ve ona karşı takınılan bu tavır –Bizans düşmanlığı hariç– eskidir: Savigny 19. Yüzyılda Alman Roma hukukçularının bu İmparatorluk'un siyasî sistemini umursamadıklarını söylüyordu⁹. Hukukîliği ve hukukları, üstelik hayatın sonsuz ve değişken karmaşası her şeyi bulanıklaştırmışken, siyasî sistemle düşünmeden kavramak mümkün olsaydı bu ilgisizlik anlaşılırdı. Belki, başlangıç toplumunun hukuku, Roma'nın hukuku, feodalitenin hukuku, vb. gibi uzak hukuklar bir yana, hukukçular hukuklarının kendi sistemleriyle özel bağını bile görmek istemiyorlar; hukukun hep “bir” hukuk olduğunu zannettiren kayıtsızlıkla.

Hukuk yerine hukukları düşünmek, ortak özellikleri hukukîlik olan toplumları iki düzlemde ayırdedebilmektir: -Önce, sosyallik tarihinde toplum tiplerini birbirinden ayıran niteliksel kesintiler hukukî sistemleri de ayırır; Modernite-öncesi Modernite'den, Modernite-öncesinin düzeni modern düzenden kopmuştur. -Sonra, her toplumu kendi hukuku toplum yapıyorsa, aynı toplum tiplerinde sayısız hukuk farklılığı görülür; bir toplum içinde üst hukukla altküne hukukları arasında mutlaka ortaya çıkan niteliksel ayrılık ve çatışmalar da unutulmamalı. Toplumlar yapılanmaları, yapılanmalara uygun zihniyetleri ve hukuklarıyla birbirinden ayrılır. Bu, onları kesintilerle ve sair tüm farklılıklarıyla ele almak, sosyalliği evrimci, tektipçi yaklaşımla ve buna uygun değerlerle algılamaktan kurtulmaktır. Toplumların ideal modele göre mutlaka izleyecekleri, izlemediklerinde de onları bu modelden sapmış anomali-lere dönüştürecek bir gelişme çizgisi yoktur. Ama ideal model yokluğu araştırmacıyı toplumlar, yapılanmaları, zihniyetleri, hukukları arasında herhangi bir ilişki olmadığı fikrine, bir tür sosyal anlamsızlık duygusuna sürükleyebilir. İdeal modele, Hakikat'ine dayalı tercihlerin çökmesi

9) Friedrich Carl Savigny, *Histoire du droit romain au Moyen-Age I*, s. IV.

onda sosyallik üstüne söylenecek bir şey kalmadığı kanısı uyandırabilir: Toplamlar sonsuzca farklılaşıyorsa, bir sosyalliğin diğetine vereceğı ders de olmaz. Ortak model arayışı bu sosyal parçalanma iddiasını makûl düzleme çeker. Toplamları farklılaştıkları ya da benzeştikleri yerden yakalama, kurmaca değere başvurmadan, iyi/kötü doğru/yanlış ayrımı yapmadan kavrama imkânı verir. Bu, gelişmişlik ya da ahlâkîlik, vb. diye adlandırılan özelliklerine takılıp kalmadan, insanları da anlamak, sonsuz tekil farklılıklarına nesnellikle yaklaşmak olacaktır. Toplamlar eşzamanlı olmayan başlangıçlarından beri ortak model uyarınca birbirine çok benzemişse bunun tek nedeni vardır. O da evrendeki bir toz parçası içindeki toz parçası üstünde karşılaşmalar yağmuruyla varolmuş türler arasından herhangi birini barındıran birliktelikler olmalarıdır. Onları toplum yapan da tabiatın sosyal kurallar ve kural olduklarına göre bunların uygulanmasıyla ayrılmalarıdır. Güç ilişkisiyle-ilişkileriyle yasa ve yasayla güç kullanımı bağıını içeren bir çerçevede sosyal olan hukukîdir ve o, farklı toplumların incelenmesini sağlar.

Durkheim her topluma özgü kurallar dizgesi ele alındığında ve karşılaştırıldığında, sosyalliğin ortak model üzerinden anlaşılacağını düşünüyordu: Bu dizge toplumun en iyi yakalanacağı yerd, çünkü sosyal dayanışmayı incelemenin tek yolu, onun görünür simgesi olan bir dış olgu ya da hukuktu. Sosyoloğun yöntemi, kuralları sınıflandırarak farklı hukuk türlerini saptamak, sonra bunların hangi dayanışma türlerine denk düştüğünü bulmak olacaktı¹⁰. Yöntem bugün aşılmış olsa da en azından ortak model arayışı ve bunun hukuk kuralları üstünden yapılması öğreticidir. Durkheim'ın, kuramcılarda örneğı sık görülen biçimde sisteminin gerisinde kalıp birçok noktada yöntemini sınırlamış olabileceğini de düşünüyorum. Hem işbölümüyle dayanışma arasında tüketici bir bağ kurmuş hem karşılaştırılacak toplumların benzer tipte olmaları gerektiğini söylemişti; bence bu iki önermenin birlikte katı yorumu, farklı tipleri, hatta kendi aralarında başlangıç toplumlarını karşılaştırılır olmaktan çıkarır. Hukukîlik arayışı, farklılıklar kadar farklı toplum tipleri arasındaki ortaklığı da yakalayacaksa anlamlı olacaktır.

Ortak modeli yakalama kaygısının bir örneğı Durkheim'ın "suç" tanımı üzerinden de verilebilir. "Hukuk nedir?" sorusunun diğeri versiyonu "suç nedir?" sorusudur. Tabii hukukçu yaklaşımda sorunun hâkim

10) Emile Durkheim, *De la division du travail social*, s 27, 28, 32, 33. Durkheim'ın bu yaklaşımını kitabın "Hukukî kuram ve siyaset" başlıklı bölümünde ele alacağım.

cevabı şudur: Yasayaratıcı iradenin bir kez belirlediği suç, zaman ve mekân ayrımı gözetmeden varlığını korur ve hep sorumluyu işaret eder. O da yaratıcı irade tarafından özgür seçim yetisiyle donatılmış olsa da olmasa da yaptırımla karşılaşır. Hukukî, siyasî ve dinî tarihte, genelde hâkim olmuş bu basit algının birçok itirâzla karşılaştığını unutmuyorum. Modern tabii hukukçu görüşte de geleneksel görüşe aykırı sarsılmalar olmuş, ama denklemin yumuşatılmasına yönelik tüm kuramsal çabalara rağmen, sonuçta sistemi ayakta tutmak adına suç-sorumluluk nedensel bağı iyi kötü korunmuştur. Yasayaratıcı iradeye dayalı ve Modernite icadı pozitivistmin de özgür seçim-ceza ilişkisinin sürdürülmesine önemli katkısı olmuştur: Yasanın kaynağını ulus iradesinde bulanlar pervâsızca dünyevî bir hukuk kurgusuna sarılmış olsalar da ulusun sonsuz zorunluluklarca belirlenmiş her ferdinin o yasa karşısındaki sorumluluğu kurgusal değildir; ulusun bireyi olarak kurmaca, tekil varlık olarak sözde iradesine gönderme yapıp idam da edilir. Ne var ki tabii hukukçu ya da iradeci pozitivist olmayan yaklaşımlar için “suç nedir?” sorusu, sosyal tarihte ve maddi dünyada kolay cevaplanamaz. Hem toplumlar değiştikçe farklı cevaplarla karşılaşılır ve birinde suç olan ötekinde olmayabilir; hem çok dışarıdan bakılarak suçla ceza arasındaki nedensellik bağı tartışılabilir. Basit bir mantıkla ise soruna “suç diye bir şey yok!” cevabıyla yaklaşılır. Bu popüler cevap tabii hukukçu bir evrensellik arandığında ve bulunamadığında ortaya atılan “hukuk diye bir şey yok!” cevabının eşanlamlısıdır. Anlamları buharlaştırmaktansa, bir suçun, dolayısıyla bir hukukun ne olduğundan çok, başka toplumlardakine hiç benzemese de şeylerin gerçek nedeni ardında suç olgusunu mutlaka barındıran hukukîliğe bakılmalıdır. Durkheim farklı toplum tiplerinde hukukî olana erişilebilmesini sağlayan yöntemiyle bu olguya yaklaşır: “Bireylerin toplu tipten az çok ayrıldığı toplum olamayacağına göre, bu ayrılıklar arasında, suç niteliği taşıyanların bulunması da kaçınılmazdır. Çünkü onlara bu ayırdedici niteliği kazandıran şey, içkinlikle sahip olacakları önemleri değil, ortak bilincin onlara yakıştırdığı önemdir (...) bugün artık, hukuk ve ahlâkın, değil bir sosyal tipten ötekine, ama toplu varoluş kuralları değişirse, aynı tipte bile değiştikleri inkâr edilemez”¹¹. Suç sayılan şey toplumlarla ve hukuklarıyla başkalaşsa da suç olgusu her topluma ortak hukukîlikte yakalanır. Farklı toplumlarda anlaşılır şey bulmak isteyen

11) Emile Durkheim, *Sosyolojik Yöntemin Kuralları*, s. 77.

araştırmacı, suçun ne olduğundan çok şu ya da bu suçun ardındaki olgunun varlığını görebilecek durumda olmalıdır¹².

Barthes “nedeni yoksa suç suç olmaz”¹³ der. Barthes’a haksızlık etmeden, başka düzlemde, başlangıç toplumu hakkında daha belirsiz bir şey düşünülmeli. Başlangıç toplumu, üyelerinin cezalandırılan eylemlerin neden suç ya da günah olduğunu söyleyemediklerini gösterdi¹⁴. Orada suçu suç yapan unsur –bugünden ona bakıldığında suç sayılan olgu saçma görünebileceğinden– basit neden-suç bağı aştığı çok belli ve anlamı büyük bir hukukilikti. “Hukuk nedir?” sorusunun farklılıklar nedeniyle sonsuzca çeşitlenip dağılması istenmiyorsa ya da “nedensiz suç olmaz” türünden tüketici genellemelerden kaçınılacaksa –hatta herhangi bir suçla bir neden arasında dolaysız bağ kurulmayacaksa– hukukiliğin yakalanmasını sağlayacak arayıştan vazgeçilemez; sürekli, evrimci de olmayan sosyal değişimde, değişmeyi kavrayabilmek adına.

Ortak bir diğer ilişkiyle bitireyim: İlk kez Tarihî Hukuk Okulu sistemli biçimde hukuku, onunla birlikte dili, ortak tarihî süreçte yakalamaya çalıştı. Ama ikisini belli bir yerelikte, *Volksgeist* muhafazakârlığında, halkın hukuku ve diliyle sınırladığından antropolojik karşılaştırmayı gerçekleştiremedi. Her halkın hukukunun diliyle kavranması zorunluluğundan yola çıkarsa da tüm toplumlara ortak hukukiliğin saçmalığını ileri sürüp kendini kısıtladı. Dil(ler)in ve hukuk(lar)ın ancak birbirlerine göre anlaşılacaklarını dile getiren bu mantıklı önermenin mantıklı sonucu, her toplumu hukuku ve diliyle özgül kılan yapıların ortak model uyarınca karşılaştırılabileceğini kabul etmek olmalıydı. O zaman, Modernite’nin “tabii hukukçu-iradeci pozitivist” idealist bileşimine karşı, kurama muhafazakâr

12) Emile Durkheim’in ahlâkîlik diye nitelendirdiğini hukukîlikten ayırmak mümkün olmayacağından ahlâk konusunda da söylenebilecek olan şudur: “Bazı gözlemcilere, yabanılarda ahlâkiliğin hiçbir türü yoktur, dedirten, aynı yöntem yanlısıdır. Onlar ahlâkın, bizim ahlâkımız olduğuna ilişkin fikirden yola çıkarlar; oysa, bu ahlâkın ilkel halklarca tanınmadığı ya da bu halklarda yalnızca çok basit bir hâlde varolduğu açıktır. Yukarıdaki tanım keyfidir. Kuralımızı uygulayınca, her şey değişir. Bir davranış kuralının ahlâkî olup olmadığına karar vermek için ahlâkiliğin dış işaretini taşıyıp taşımadığını incelememiz gerekir; bu işaret yaygın bir bastırıcı yaptırımdan, davranış kuralı her çiğnendiğinde öç alan kamuoyunun bir suçlamasından ibârettir. Bu ayırdedici niteliği gösteren bir olgu karşımıza her çıktığında onu ahlâkî saymamaya hakkımız yoktur; çünkü bu, diğer ahlâkî olgularla aynı mahiyette olduğunun kanıtıdır” (*Sosyolojik Yöntemin Kuralları*, s. 57).

13) Roland Barthes, *Mythologies*, s. 104.

14) Bu konuyu kitabın “Başlangıç hukukiliği” ve “Çüç ilişkileri” başlıklı bölümlerinde ele alacağım.

ve despotik bir normativiteden fazlası sunulabilirdi¹⁵. Hukukları farklılıklarıyla yakalamayı sağlayan, bu arada başlangıç toplumunun dil yapısına özel önem veren, dille birlikte düşünülmediği anda hukukîliğin düşünülmemeyeceğini vurgulayan yapısalcı Hukukî Antropoloji'nin –vardığı sonuçlar tartışmalara açık olsa da– önemine değinmeliyim. Tutarlı bir antropolojik yaklaşım idealizme kaymayı engeller; ortak modele ulaşmanın önkoşulu da idealizmden kaçınmaktır.

15) Gustav Hugo "yasaların hukukî hakikatlerin tek kaynağı olamayacağını, bir halkın pozitif hukukunun onun dilinin de ayrılmaz parçası olduğunu" söylemişti; ikisi de organik biçimde doğuyor ve büyüyorlardı. Savigny'den çok "Hukukta şiir"ın yazarı– Alman Halk öyküleri derlemecisi, dilbilimci ve hukukbilimci– Jacob Ludwig Carl Grimm de tabii hukuk anlayışını imkânsızlaştırarak, "hukuk nedir?" sorusunun ancak kaynak olarak bir halkın dil ve geleneğine gidildiğinde cevaplandırılabileceğini düşünüyordu. Halkın hukuku için söylenecek her şey halkın şiiri için de söylenebilirdi ve ikisi de Sakson Aynası'nın yazarı Eike Repgow'un dediği gibi bilinçli olarak "icat" edilmemişti. Hukuk ve şiir yalnızca ortak kaynakları, hâkim olunamayacak temelleri, tüm toplumların gizemli başlangıçları açısından değil, iç zorunluluk nedeniyle hem izledikleri paralel süreç açısından hem de özgül ifade tarzı olarak "aynılıkları"yla düşünülmeyi gerektiriyorlardı (Alfred L'Éfour, *Droits de l'homme. Droit naturel et histoire*, s. 199, 202-204, 208).

Hukukun kaynağına ilişkin olan “hukuk nedir?” sorusu yanında, bazı hukukçuların yine tepkiyle karşıladığı “hukuk bilim midir?” sorusu da sorulur. Bu yanlış soru da, ona hemen verilecek “hukuk bilim değildir/bilimdir” cevapları da olsa olsa totolojidir. Hukukî Bilim hukuk değildir; ama hukukîliğin ve hukukların tanımını Hukukî Bilim yapar: “Hukuk nedir?” sorusunu cevaplama yolu, cevaplandırmanın hukukîliği ve hukukları bilimsel inceleme konusu olarak karşısına almasından, onların dışına çıkmasından geçer. Hukukçu için bilimsel ya da felsefî olmayan bir diğer yol kodla ihtilâf arasındaki bağ içinde kalmak ve bu nedenle soruya cevap vermekten vazgeçmek olacaktır. “Hukuk bilim değildir” diyenler sözkonusu bağın hukukun tamamı olduğunu düşünenlerdir. Çok sık kullanılan “hukuk yasa değildir” parolasına rağmen içine düşülen ilk tuzak: Hukukun yasacılıkla özdeşleştirilmesi. İkinci daha vahim ve kuramsal tuzak ise tabii hukukçularla iradeci pozitivistlerin yasanın kaynağına gönderme yaparken hukukun yasadan başka şey olamayacağını zımnen kabul etmek zorunda kalmalarıdır. Bilimsel yaklaşım yasacıların –Savigny onlara “pratisyenler” der– hukuk sandıkları şeyin kısmen hukuk olduğunu ve kaynaktaki bir yasanın da hukuk olmadığını gösterecektir.

Bir bilimle disiplinleri arasındaki her ilişki gibi, Hukukî Bilim'le disiplinleri arasındaki ilişki de önemlidir. *Discere*'den (öğrenmek, bilgilenmek), *discipulus*'tan (öğrenen, bilgilenen) gelen disciplina öğretmeyi, eğitmeyi, bilgilendirmeyi ya da bunların alanlarını karşılar. Disiplinler, disiplinde bilgiye ulaşılacak isteniyorsa, bilimlerinin konu, yöntem ve kuramına uzak durmamalıdır. Onlara ilgi duymamış hukuk disiplinlerinin bu gereğe yanıt veremeyecekleri açıktır. Yürürlükteki yasalarla şu ya da bu şekilde ilgilenirken, sadece kodla ihtilâf arasında bağlantı kuran yasacı bilim yapmaz. Hukukîliği ve hukukları sorunsallaştırmadan, salt uygulama ve kural bilgisiyle ne kadar hukukçu olunacağı da tartışmalıdır. Hukuklar değişen özelliklerine rağmen ortak hukukilikleriyle kavranacaksa, hukukîliğin aslî unsurlarından yalnızca biri olan¹ uygulama-yasa bağı da tek başına Hukukî Bilim'in konusu olamaz ya da çok dar bir bilimsel konu olur.

Sorunu iki örnekle açıyorum: Weber bir ticaret hukukçusuyken ticaret kanunuyla ihtilâf arasında sıkışıp çalışmalarını sürdürseydi, hukukbilimci olarak kendisini Ticaret Hukuku dışına çıkaran soruyu soramayacaktı: "Ticaret Hukuku nedir ya da hukuk nedir?". Soru, basit yasacı tavrın çok ötesinde, yazarının hukukçuluğunu unutturan *Protestan Etiği ve Kapitalizmin Ruhu*'nu² yazdırdı. Tamamladığı Felsefe eğitiminden tatmin olmadığı için hukuk eğitimi alan Lévi-Strauss onun dar sınırlarıyla yetinip³ antropolojiye kaymasaydı, yine bir hukuk klasiği olduğu hâlde bu kez onun hukukçuluğunu unutturan *Akrabalığın İlksel Yapıları*'nı⁴ yazamazdı. Yasacının içinde yüzdüğü hukuk denizinde uygulama-yasa arasında kurduğu bağ ona anlamlı ve sorunsuz gelir. Ama sosyal mantığın farklı çalıştığı

1) Hukukîliğin aslî unsurlarını kitabın "Sonuç: Hukukîlik nedir?" başlıklı bölümünde ele alacağını.

2) Max Weber, *L'Ethique protestante et l'esprit du capitalisme*.

3) Güngören *Dil ve Büyü* adlı son kitabında Lévi-Strauss'un hukuka bakışı hakkında şunları yazmıştı: "Antropolojik yaklaşımı kadar, Batı hukuk sistemine karşı kuşkuculuğunun da etkili olduğu düşünülebilir. *Tristes Tropiques* adlı ünlü yapıtında, Sorbonne'daki beş yıllık felsefe tahsilinin ardından, aldığı eğitimi, 'popülist sosyalizmle Bergson'un idealizminin ve yeni-Kantçılığın kuru bir dogmatizmle karışımı' olarak görüp uğradığı düşükrıklığını anlatır. Sonunda, felsefe profesörlerinden biri 'belki de hukuk öğrenimi senin kişiliğine daha uygundur' deyince, öneriyi mantıklı bulur ve gidip hukuk fakültesine yazılır. Aynı kitapta anlattığına göre, o dönemde hukuk öğretimi de teoloji ile gazetecilik arasında gidip gelen eklektik bir zihniyetin yansıdığı tutucu bir ortam sunmaktadır. 'Hukuk benim gözümde, zooloji bilginine sihirli lambayı gösterdiğini sanan bir hayvana benziyordu' diye yazar. Çok şükür ki, sınavlara on beş günde belirli ezber formüllerle hazırlanmak mümkündür, o da boş zamanlarında yavaş yavaş etnolojiye doğru yönelmeye başlar" (Ahmet Güngören, *Dil ve Büyü*. Lévi-Strauss *Üstüne On Bir Deneme*, s. 45, 46).

4) Claude Lévi-Strauss, *Les structures élémentaires de la parenté*.

toplumlarda, bu bağın farklı biçimlerde kurulmasında bir anlam bulamaz ve onu hukukî saymak istemez. Bu da onu farklı hukukları görmesini sağlayacak bilimsel bakıştan mahrum bırakır. Hukukî Antropoloji, toplumlara ve hukuklarına dışarıdan bakarken, çeşitli sosyal farklılıklar ötesinde, onların ortak model üzerinden aynı mantığı sergilediğini gösterecektir.

“Hukuk nedir?” sorusunu gerek hukuku gerekse bilimi kendinden menkul bütünler sayarak cevaplamak imkânsızdır. Önce, hukukîliği ve farklı hukukları ihmâl eden bir cevap soruyu karşılayamaz. Sonra, bilim konusunda çok katı bir tanım yapılır ve “yalnızca insan iradesinden bağımsız olguların nesnel, ussal, deneysel incelemesi sonucu ulaşılan bilgi bilim kapsamına girer” denirse, bilim sayılamayacak pratisyen etkinliği aşıkları hâlde, tüm hukukî kuram çalışmalarının bilim olmadığı iddia edilebilir. Bu yaklaşımla bilimin neredeyse dokunulmaz bir antite biçiminde tanımlandığı ortadadır. “Hukuk bilim midir?” sorusuna hemen cevap vermeden, bilim tanımının farklılaşabileceği, özellikle sosyal bilimlerde sınırının genişleyeceği kabul edilmelidir.

Konu sosyal bilim olduğundan onu tabii bilimlerden ayırarak başlıyorum; ama bilim öncesi denilebilecek bir aşamada aralarında fark yoktur: Bilim öncesi, ikisinde de gerçek bilgiye uygun olmayan tanıma evresidir. Bu dönem dünya hakkında eksik bir tanımaya denk düşüyorsa, bilimsel süreci başlatmak için gerekli koşul sözkonusu bilgi eksikliğini aşma adına iyiniyete sahip olmaktır. Bilim (*episteme*, *scientia*, bilgi) ve onun sayesinde ulaşılan gerçek bilgi iyiniyetin ardından gelecektir. Sosyal bilimde bu, sosyallik ya da insan hakkında söylenen ve düşünülenlerin, hayatın tümüyle yakalanması imkânsız gerçeğini bazen kısmen bile yansıtmadığını farketmektir. Hukukîliğin ve hukukların tanımında atılacak adım da genelde hukuk konusunda söylenenlerin, düşünülenlerin yanlış olduğuna ve yanlışlığı gidermeye, hukuk hakkındaki birinci tür bilgiyi aşmaya karar vermektir. Ancak burada sosyal bilimin, aranan gerçekliğe ulaşma açısından tabii bilimde kolay izlenen nesnelliği sağlayamayacağı kaygısı ağır basar: Araştırmacının kültürel bir alana hapsolarak, araştırma konusunun dışına çıkma imkânsızlığının yol açtığı kaygı. Hukukî Bilim yapmak isteyen konusuna dışarıdan nasıl bakabilecek, kritik deyimle ona nasıl yabancılaşacak? Soruya “olguyla değerini ayırtedilmesi ve geniş yorumlanacak bir deney-deneyim sayesinde ampirik yöntemle sınanmış önermelerin geçerliğinin doğrulanması, aranan nesnelliği sağlar” cevabı verilebilir. Tüketici bir bilimcilik hurâfesi yaratmadan, hukukî araştırmaların bilimselliğini sağlayacak unsurlar –bunlara uygun olmayan deneysel

incelemeyi eleyerek— şöyle sıralanabilir: Öncelikle hakkında bilgi sahibi olunacak ve yalnızca araştırmacı hukukçuya değil, herkese aynı —idealist bir evrensel anlam taşımayan, hayatın kuşatılamaz ve billûrlaştırılamaz zenginliğine saygı gösteren— genellikteki ortak nosyonlarla kendini sunan maddi dünya Hukukî Bilim'in alanıdır. Bu alanda çalışan hukukçu her aşkın göndermeden kendini arındırarak olgulara bakacak, bakışı eleştirel olacak ve kanıtlarla doğrulanacaktır. Araştırması titiz ve tekrarlanan gözlemlere dayanacak, nedensellik bağının doğru kurulmasıyla mantıksal bir iç tutarlılığa sahip olacaktır. Böylece sonuçların neden sayılmasının önüne geçecek, aslolanın zincirin görünenin ardındaki son halkası olabileceğini unutmayacaktır. Hukukî Bilim, tanımlamaya çalıştığı şeyin gerçek maddi nedenlerini aramaya yönelmelidir; ancak araştırmacı bu arayışta nedenler konusunda yanılabilir. Bilimi bilim yapan şey göstermeye çalıştığı gerçek nedenin doğruluğu değil, kaçınılmaz yanılma paylarıyla bunun aranışıdır: Altyapının, bilinçaltının, başlangıç toplumunda da görülen hukukî ortak mantığın aranması, vb.

Hukukbilimci, konusunu karşısına alarak ona bakacak nesnellığe ulaşırsa, belli bir yöntem (*methods*) ve doğrulanabilir gözlemle ulaştığı tüm bilgiler onun bilimsel çerçevesini oluşturur. Saptadığı olgularla araştırmanın vazgeçemeyeceği kuram arayışı arasında bağ kurar. Kuram (*theorein*, incelemek, gözlemlemek) hem bilimle hem yöntemiyle çıkan, aynı zamanda onları aşarak bilimin nesnel hedefini gösteren bir anlam taşır: Deneyle kanıtlanmış ya da bazen aksiyomatik yoldan kanıtsız biraraya gelmiş olguların kurallar çıkarımına ya da varsayımlara imkân vermesi. Genelde sosyal bilimlerin açıklayıcı olmaları yeterli görünür ve kanıtlayıcı olmaları istenmez; ama sosyal bilimde de gözlemle kanıtlanmış olgular kural çıkarımına imkân verebilir. Seçilen bazı yöntemler art arda istikrarlı biçimde gözlemlenmiş kanıtlar sunup bilimsel tanımın kapısını açarlar; her araştırmacıyla, örneğin hukukbilimciyle, bilime, yönetime, kurama, bunlar arasındaki gelgite bakışın dünyaya bakışa bağlı kalarak değişeceğini unutmadan.

Kuramların doğruluğunun tartışılmazlığı konusunda nasıl hayal kurmamak gerekiyorsa, kurama bilimsel olmayan yoldan varılabileceği de unutulmamalıdır. Bilimin disiplinlerinden çeşitli kuramlara gidilirken, Hukuk Felsefesi'nden de farklı kuramlara gidilebilir. "Hukuk nedir?" sorusunu Hukukî Bilim ya da Hukuk Felsefesi'nden yöneltmeyenler ise kuramdan haberdar olamayacaklardır. Gündelik dilde gerçek temelleri olmayan spekülasyonlar bütününe verilen olumsuz adla "kuram"ın asıl kuramla —felsefi ya da değil— bir ilgisi olmadığını da belirtiyim.

Her bilimsel girişimin vazgeçilmez koşulu olan gerçeklik arayışı ve aşkın her göndermenin reddi, daha başlangıçta tabii hukukçularla iradeci pozitivistlerin “hukuk nedir?” sorusuna bilimsel cevap veremeyeceğini gösterir: Hukuk ya da yasa peşinen kabul edilecek bir irade tarafından yaratılmışsa bilimin ötesindedir. Tüm tabii hukukçu görüşleri kapsamasa da “hukuk bilim değildir” önermesinin bir tabii hukukçu için tutarsız olmayacağını düşünüyorum; “hukuk bilim değildir” diyen tabii hukukçuysa. Buna karşılık –birinci türden bilgi değilse– tabii hukukçu görüşle Felsefe arasında, bilimle arasındaki türden bir zıtlık yoktur. Ama, bazılarının, böyle karşıtlıklar ve uzlaşmalarla hiç ilgilenmeden, Felsefe konusunda ikircikli bir tavır içinde oldukları görülür. Onlar sadece Hukuk Felsefesi’ni değil, Felsefe’ye hiç yakın durmayan sosyal disiplinleri de “felsefe” saymakta kararlıdır ve kuramsal herhangi bir çalışmayla karşılaştıklarında onu “felsefe” diye adlandırmakta sakınca görmezler. Hukuka Sosyoloji, Antropoloji, Siyaset Bilimi, Tarih’ten yaklaşanları kınar, Hukukî Sosyoloji’yi, Hukukî Antropoloji’yi, Hukukî Tarihi bile görmezden gelir ve hepsini “felsefe” dedikleri belirsiz magmaya yollayıp tüm bu disiplinlerden uzaklaşırlar. Bilim çerçevesine giren sair her kuramsal çalışma da hem Hukuk Felsefesi’nden hem Felsefe’den hoşlanmayanlar tarafından hemen etiketlenip hukuk dışı sayılır. Hukukî Bilim’in bir yandan bu basit anlamıyla kullanılan ve hiçbir şey anlatmayan “felsefe” sözcüğünden, öte yandan da başka bir kaygıyla gerçek Felsefe’den ve Hukuk Felsefesi’nden kurtarılması gerekir; Felsefe ve Hukuk Felsefesi bu tutsaklıktan çekilip alınarak ait oldukları yere iade edilmelidir. Felsefe bilim değilse de popüler zihniyetin sıklıkla ona yakıştırdığı şey de değildir: Bilimi Felsefe’den, Felsefe’ye saygısızlık etmeden ayırıyor, düşünceden olgulara gittiği ölçüde, Felsefe’nin bilimsel arayışın önkoşuluna uyamayacağını söylüyorum. Hukuk Felsefesi’nde de “hukuk nedir?” sorusu sorulurken ona bilimsel cevap aranmaz. Felsefe’de genelde olgulardan yola çıkılamayacağına göre, Hukuk Felsefesi’nin konusu gerçek tabii hukuk bilgisine sahip tabii hukukçuya uygundur. Yasacı değil, tabii hukukçu, şeylerin gerçek maddi nedenlerini araştırmaya yönelik bir süreç izlemez, sırrına sahip olduğunu düşündüğü, maddi olmayan bir gerçeklikten yola çıkarak olgulara yürür. Hukukî Bilim bu nedenle, istisnalar bir yana, Hukuk Felsefesi dışındaki disiplinlere uygun düşer.

“Hukuk nedir?” sorusunun Felsefe’nin sorusu olduğuna inanan ve Hukuk Felsefesi’ne de uzak duran Kant hukukçulardan, salt pozitif yasaları incelemelerini ve hâlihazır devlet tarafından koyulan bu yasaların

uygulamasıyla yetinmelerini istemişti: “İki fakülte çatışması”nda hukukun kaynağına ilişkin soruyu yalnızca felsefeciler soracak, ideal hukukun ne olduğunu araştırarak, saf akıldan yola çıkıp gerçekten rasyonel bir sosyal sözleşme ürünü olan kusursuz cumhuriyet fikrini geliştireceklerdi⁵. İdeal olan ardındaki bu felsefî tahakküm iddiasına karşı, hukukçular ya gerçek maddi nedenler ardında bilime sahip çıkmalı, ya tabii hukukçu bir yönelimle Felsefe’nin yolundan gitmeli ya da disiplinlerinin temel sorusunu sormaktan kaçınan yasacılar olarak kalmalıdır. Bir yol daha var, bilim yapmak, Felsefe yapmak ya da yukarıdaki yasacı örnekle hukukçu olmaktan başka: O da Hukukî Bilim’in, *ratio legis* dışarıda bırakan yasa bilimi olduğunu ileri sürüp hukukun ya da yasanın nedenleri hakkındaki soruyu bu bilimin dışına iten kuramcıların “pozitif hukuk bilimi”dir ve fazla sınırlayıcı, sığ bir tavidir⁶. Hukuku kurallardan ibâret sayan tanımlama girişimleri, hukuku bilim olmadığı yerde yakalamaya çalışan bu tür bir hukuk bilimine aittir.

Bu yazdıklarım da “felsefe” sanılabilir. “Hukuk nedir?” sorusunu sorup hukukilik ve hukuklarda cevap ararken düşünceden yola çıkmıyorum. Felsefe’yi küçümsemeden, hukuka antropolojik bakışla yaklaşım olgulardan düşünceye yürüyenin Felsefe yapamayacağını söylüyorum. Felsefe’yle ilgilenmek Felsefe yapmaktan farklıdır. Tabii, zorunluluk felsefesi diye adlandırılabilir bir düşünceyi yukarıdaki Felsefe tanımına sokmuyor ve Tosel’in, felsefî maddeciliğin pratik tezleri sıralamasını örnek gösteriyorum: “1- Felsefe’nin, özerklik ve tüm heteronomilerin sonu olarak anlaşılacak bir özgürlüğe temel ilgisi vardır. 2- Felsefe tüm aşkın otoriteleri, bir ilkenin hâkimiyetinin temsiline dayanarak kendilerini doğrulayan tüm hâkimiyet ilkelerini eleştirir. 3- Felsefe esasta bilimdir, bilgidir, ama hayat bilgisi, güçlerine kavuşturulmuş zihin ve bedenin basit hayatının bilgisidir. Tüm özel bilimler, hayat biliminin ve hayat biçimleri olarak onun biçimlerinin bakış açısından düşünülmelidir (...) 4- Tabiat ilk gerçekliktir ve çeşitli nesnellik düzeylerinde madde olarak düzenlenir. Düşünce maddeden ayrılamaz. 5- Çeşitli düzeylerinde tabiat anlaşılabilir. Her türlü yaratımı yadsıyarak, yalnızca kendisine gönderme yapar. İnsanî düzen bir imparatorluk içindeki imparatorluk değildir ve kendisine özgü bir anlaşılabilirliği vardır. 6- Her bilgi, nesnesinin gerçekliğinin düşünce dışında olduğunu önvarsayar. Bilginin kendi nesnesini temellükü gerçek

5) Michel Villey, *Philosophie du droit II*, s. 103.

6) Alain Supiot, *Homo Juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, s. 124.

nesneye gönderme yapıldığını önvarsayar”⁷. İdealist Felsefe eğilimine böyle bir felsefeyle⁸ karşı çıkan Tosel’e itirâzım yok; bu maddeci felsefeye “Felsefe değil” diye karşı çıkan idealiste de olamaz.

Hukukîliği ve hukukları, bilim tanımının sınırlarını esneterek sosyal olgu sayan ve buradan yola çıkan çalışmalar sosyal bilim kapsamına girerler. Dönemlerinin bilimsel verilerinden yararlanırken çok farklı tanımlar oluştursalar ve *ratio legis* üstünde uzlaşmasalar bile, yukarıdaki bilimsel çerçeveye girecek sistemli çalışmalar yapanların hukukbilimci sayılması makûldür. Sonuçta, hukuk çalışmalarından hangilerinin yasalar hakkında, hangilerinin Hukukî Bilim hakkında olduğunu görmek de o kadar zor değildir; bunun için hukuk eğitime gözetmek yeterlidir. Hukukî Sosyoloji, Hukukî Antropoloji gibi hukuk disiplinleri salt “logos”larıyla hukukîliği ve hukukları bilimin konusu saydıklarını anlatırlar.

7) André Tosel, “Spinoza’nın Marksist Kullanımları”, *Marx’tan Spinoza’ya, Spinoza’dan Marx’a. Güncel Müdahaleler*, s. 142.

8) Hukuk Felsefesi’yle zorunluluk felsefesi arasındaki bu radikal farkı birinden ötekine bilinçli olarak kayan Kelsen örneğiyle kitabın “Hukukî kuram ve siyaset” başlıklı bölümünde, yine hem hukuk felsefecisi sayılan hem pozitivist diye nitelendirilen Ross, Hart, Bobbio gibi kuramcıları da kitabın “Hukukun kaynağı” başlıklı bölümünde ele alacağım.

Tabii bilimden de sosyal bilimden de yaklaşıldığında yöntembilim sözcüğü çeşitli disiplinlere özgü bilimsel olan-olmayan farklı yöntemlerin bilimi, hatta bir yöntemler tarihi diye anlaşılabilir. Yöntembilim yöntem değildir, tüm yöntemleri kapsayan bilimdir. Hukukta yöntem arayışı da hemen yöntembilimi ve yöntemle yöntembilimin ayırılması gereğini akla getirir. Ancak hukukta yöntembilim dendiğinde o hem dar hem çoğunlukla bilim sayılamayacak görüntü kazandığından, yöntemle yöntembilimi ayıran olağan hiyerarşi tersine işlemeye başlar ve yöntembilim yöneme bağımlı hâle gelir. Bunun ilk nedeni hukukçuların çoğunlukla yasacı eğilimi sürdürerek onu tek taraflı bir yasayorum sanatına dönüştürmeyi tercih etmeleri, konusu salt yorum olmasa da önce yorumu sonra onu destekleyecek klasik “kaynaklar”ı öne çıkarmalarıdır. Ama yöntembilimle ilgilenen araştırmacı yorumu, yine konusu olan bir ilk “kaynak” a giderek de belirlemek zorundadır. Hukukun klasik düzlemde de bu düzlemde de tek kaynağı olamayacağından hem seçilen kaynaklarla hem de kaynakla yorumlar farklılaşır. Kaynaklar, örneğin şekli olan-olmayan ayrımıyla yöntembilimcilerin üstünde nisbî uzlaşmaya vardıkları klasik kaynaklardır. Bunların dışında ilk kaynak deyince anlaşılması gereken, hukukun

yaratımı hakkında gönderme yapılan, bir üçüncüsü olamayacak temel iki kaynaktan biridir ve bunlara kesinlikle sadık kalınarak yapılacak yorumlar üstünde nisbî uzlaşıya varmak bile imkânsızdır; çünkü herbiri diğerinin inkârıdır. Bu iki zıt kaynak “hukuk nedir?” sorusuna verilecek –hem tabii hukukçu hem pozitivist, iradeci yaklaşımların ve iradeci olmayan yaklaşımın– çeşitli cevapları, izlenecek farklı yöntemleri, onlar içinde dar bir yere sıkışmış yöntembilimleri hayatî bir yöntem/yöntembilim ikilemiyle ortaya çıkarır: Klasik kaynaklardan önce asıl kaynakla farklılaşan yöntemlere kıyasla yöntembilime ayrılan alan sınırlandığından, hukukta yöntem hukuk yöntembilimini şeklî olan/olmayan kaynaklarla birlikte içerir – İleride Jestaz’ın sıralamasına değindiğimde görüleceği gibi bu iki kaynaktan birini klasik kaynaklar arasına yerleştirenler de çıkmıyor değil.

Seçilecek zorunlu ilk kaynağa göre izlenecek yöntem bilimselse seçimi yapan hukukçunun yöntembilime bakışı bilimsel olacak, değilse olmayacaktır. Bilimin yöntemi olur, yöntemin bilimi her zaman olmaz. Felsefe’nin yöntemleri vardır ve bazı zorunluluk felsefelerinde bilimsel nitelik kazansa da genelde Felsefe kendini bilim saymaz, bilimsel olduğunun iddia edilmesine de ihtiyaç duymaz. Aykırı hukuk felsefecileri dışında, hukuk felsefecisi düşünceden olgulara giden felsefî yaklaşıma sadık kalmış bir tabii hukukçuysa bilimsel yöntem izleme savında olmaz; iradeci pozitivistin durumu da benzerdir. Tabii hukukçu ya da iradeci pozitivist yaklaşımın yöntemi olacaktır ya da olmalıdır, ama onların bilimsel bir yöntem oluşturma zorunluluğu yoktur. Yola çıktıkları ilk kaynağın tabiatı gereği, nesnellik ardında değildirler; seçtikleri yaratıcı kaynak böyle bir yöntemi anlamsızlaştırır. Yasayaratıcı aşkın ya da dünyevî kaynağın yalnızca ne istemiş olabileceği konusunda yapılacak yorum bilimsel yöntemin yorumu sayılamaz, çünkü bu iradenin etkinliği bilimsel etkinlik olamaz; kimse de bunu ne o iradeden ne de yorumcusundan talep edebilir. Böyle bir kaynakla yorum arasında kurulan bağın bilimsel araştırma konusu olamayacağını söylemiyorum; özellikle de iradî olmayan kaynakla yasası hakkında gerçek nedenleri arayan çalışmaların bilimselliği kuşku götürmez. Ancak bunlar, “uygun” bir uygulama açısından konusunu yasanın ne dediğine indirgemiş klasik yorum sanatını, eleştirel ve bilimsel yöntemle aşan çalışmalardır ve yasacılar onlara karşı “hukuk bilim değildir” derken hukuklarının bir yöntem bilimi olamayacağını doğrularlar.

Modernite-öncesinin tartışmalarının temel sorunu da yasayla yorum arasında kurulacak uygun bağı saptayabilmektir. İstikrarlı bir yorum iddiası-

nı parçalayan sonsuzca değişken koşullarda hep farklı cevaplandırılan aynı soru: Yasayaratıcı iradenin amacı neydi, yasasıyla gerçekte ne istemişti? Klasik tabii hukukçu görüşte kaynakla yorum arasında kurulan tartışmalı bağın Modernite’de de kurulduğu açık; hâlâ kuruluyor ve nesnel cevabı olamayacağından üstünde uzlaşmıyor: Dünyevî iradenin amacı neydi, yasasıyla gerçekte ne istemişti? Kaldı ki klasik iradeci sav modern dünyada kısmen varlığını koruduğundan bu açıdan da farklılaşan yorumlar amansız bir rekabete giriyor ve tartışma ortamı iyice bulanıklaşıyor. Bir iradeyi anlamaya, yorumlamaya yönelik modern olan/olmayan bu çabanın sınırları genel hatlarıyla ve çok kısaca şöyle özetlenebilir:

İyimser ve gerçekçi olmayan yorumla, daha ilk aşamada uygulanacak yasanın yasakoyucu iradeyle uyumlu olduğu ileri sürülür. Ama bu en basit evrede bile yorumun mutlaka karşıtlarının itirâzına muhatap olacağı açıktır. Üstelik zaman açısından yasaya yakın yorumla yasanın söylendiği andan uzaklaşmış yorum arasında değişen koşullarla alevlenen tartışma farklılıkları ortaya çıkar. Gönderme yapılan kaynaklarda aşkın ve dünyevî farklı iki irade olursa, bu basit görülen uyuma dair yorum sorununda rekabetin kızıştığı anda ve yerde tartışmanın katmerli nitelik kazandığı görülmüştü. Modernite aşkın iradeyle dünyevî yasa arasında herhangi bir uyum saptanamayacağını ileri sürüp rekabeti sonlandırmış, dünyevî yaratıcıyı Yasa Gücü’yle donatmış, sorunu dünyevî kaynakla yasa arasındaki uygun bağa indirgemiş, modern yorumun sınırlarını çizmişti. Aşkın yasaya uygunluk öteki dünyada aranacak ve yorumcu yalnızca dünyevî iradeyle yasanın uyumunu araştıracaktı. Mutlak monarşiyle özdeş erken Modernite’de uygulama yasa olarak efendinin ağzından çıkan söze çok yakın olduğu için yorumcunun elinin kolunun bağlandığı düşünülebilir. Ama tarih de bu düşünceye karşı, hayatın billûrlaştırılmaz gerçekliğinde yorum farklılıklarını hep ortaya çıkarır. Yapılanma ve zihniyet değişikliği, karmaşıkleşan ilişkiler uygunluk yorumunu çetrefilleştirir ve yasayla yorumun uyumundan çok uyumsuzluğundan söz edilip, anlaşılamayan yasakoyucu irade araştırılır. Uyumsuzluğun bu kabulüyle, iradenin yorumunun ne çetin, hatta çözülemez bir sorun olduğu ortaya çıkar. Her yorum zorunlulukla öznel olacağından, iradenin yasayla uyumlu olduğu ileri sürülürken görmezden gelinen yorum dağıtıcı kural kendini gösterir: İster aşkın odakta sonsuz ister dünyevî sınırlar içinde sonlu olsun, her yorum mutlaka öznel iradenin yerini alan bir başka öznelliktir ve tüm yorum aşamalarında bu ilke geçerliğini korur. Yasayaratıcı iradenin ne istediği saptanamıyorsa geleneğe –gelenek/hukuk ayrımı yapmadığımdan

gelenek “hukuku” diye vurgulamayacağım– gidilirken de hemen onun yerini alacak öznellik tehlikesinden kurtulunamaz. Bunun tersini iddia edebilmek için geleneğin yasadan niteliksel açıdan bütünüyle farklı biçimde gerçeğe denk düştüğü savunulmalıdır; yine de iddia, iradecilik karşısı makûl sınırları aşarsa son kertede yasanın bütünüyle gözardı edilmesine varır. Yasayla geleneği, birincisini yoksayarak böyle ayırmayın doğru olmadığı da açıktır, çünkü gelenek gerçeğe ilk hâli olduğu yasadan yakın değildir ve o da Hakikat yaratımına ilişkindir. Bu nedenle gelenekten de kesin sonuç çıkmayacağından geriye iki seçenek kalır: Ya hayatta boşluk olabileceğine dayandığından, kabul edilemeyecek tavırla yokluk kararı verilip yasayla ilişkisi araştırılan olgu yorum dışı sayılır; ya da çözüm hukukçunun ya da yargıcın özgür seçimine bırakılarak her üst iradenin yerini alan sonsuzca bağımsız öznel yorum tercih edilir. Bu çifte keyfîlikten korunmak için de yasakoyucunun iradesinde bulunması gerektiği düşünülen ya da bulunmadığına karar verilerek onun aşılmasıyla, –her durumda, dünyev iradeden tabii hukukçu tanıma uygun bir aşkınlığa yeniden çıkılarak– genel ilkelere başvurulur ve ilkelerden yasaya tûmdengelimle yürünmesinde yarar görülür. Ama genel ilkeler diye adlandırılan değişken soyutlamalarla aşkın yorumun öznelliğine ve her yorumun karşılaşılabileceği sayısız itirâzla da başlangıç noktasına dönülür: İradeye bağlı tüm yorumların kısır döngüsü.

Gény, 19. Yüzyılın sonunda yazdığı *Yorum Yöntemi ve Pozitif Özel Hukukta Kaynaklar* başlıklı kitabında yorumun ve ana konusu “iradenin yorumu” olan bir yöntembilimin bu zaaflarını sergilerken, vardığı bazı sonuçlar tatmin edici olmasa da¹ güncel saptamalarda bulunur. Terré de hukukçuların, yorumladıkları metinler karşısında belli bir özerkliğe kavuşmuş olsalar bile hâlâ Gény’nin –ve Saleilles’in– olumsuzladığı bağımlılıktan kurtulamadıklarını anlatır². Hukuku “ne kurallar ve ilkeler, ne kamu görevlileri ve sahip oldukları güçle, yalnızca içgözleme dayalı, yorumsal tutumla” tanımlayan Dworkin’in Zincirleme Roman ve Herakles Yargıç metaforlarının sunduğu orta çözüm daha iyi bir geleceğe, insan ve topluluk sevgisine, kardeşlik ruhuna dayalı iyimser hukuk görüşünden öte-

1) François Gény daha sonra yazdığı *Yorum Yöntemi ve Pozitif Özel Hukukta Kaynaklar*’da önceki kitabın pozitif sonuçlarının köklü sakatlıklarla malû olduğunu, temel sorunu yeterli biçimde çözmeyi başaramadığını söyleyecektir. Ancak *Pozitif Özel Hukukta Bilim ve Teknik*’te de bu eksikliği aşmaya çalışırken varacağı son nokta tüm hukukî araştırmaların esin kaynağı yüce adalet inancı olacaktır (*Science et Technique en droit privé positif*, s. 10, 211).

2) François Terré, *Introduction générale au droit*, s. 387.

ye geçemiyor; üstelik Herakles metaforu yasayı yorumlayanın neredeyse aşılabilir bir sorun karşısında olduğunu anlatıyor³: Yargıcın yorum hakkı yoktur diyen iradeci pozitivizm, ancak uç durumlarda yorum hakkı vardır diyen Hart pozitivizmi, “hukuk yargıcın yorumudur” diyen Holmes’un hukukî realizmi arasındaki kuramsal mücadele sürüyor. Lon L. Fuller’in mağara kâşifleri vakası⁴ ise, Hart pozitivizmine karşı kurduğu ahlâk-hukuk bağı dışında yorumların uzlaşmazlığından başka şey anlatmıyor. Bu vakada çatışan beş yorumun temsilcilerinin pozitivist, etik bilinemezci, ahlâkî muhakeme yanlısı, tabii hukukçu ve hukukî realist diye sıralanmasıyla bir yanlıgı da tekrarlanıyor. Hukukun tabii hukukçu olan/olmayan iki kaynağına dayalı yorumlara, Fuller gibi, hukukî realizmi ekleyenler var. Hem genel olarak hukuk okulları hem de yorum sorunu açısından bu yaklaşım bir olguyu gözden kaçırıyor. Oliver Wendell Holmes Jr. ve izleyicileri yargıcın hukuk yaratan yorumuna sınırsız alan sundukları anda, ister istemez yorumlar önce iki asıl kaynağa göre ayrılır: Tabii hukukçu olan/olmayan. Kaldı ki Fuller sıralamasında diğer dört farklı yorum bu iki kaynağın “pozitivist ya da etik bilinemezci” ve “ahlâkî muhakeme yanlısı ya da tabii hukukçu” olan ikişer dalından biridir. Hukukî realizm onlara eklenen üçüncü seçenek olamaz: Bu realizmin öncülerinden Axel A. T. Hägerström’ün tabii hukuk karşıtı olduğu, hukuk tanımıyla hukukî realizme bir ölçüde yaklaşan Dworkin’in ise tabii hukukçu olduğu açık; yararçı okul da aynı mantıkla iradeci iki ana kaynak altında yer alacaktır. Çözumsuz yorum tartışmalarına karşı, Gény’nin uyarıları geçerliğini koruyor: Klasik yorum yöntemi “hayatı yasal bir prizmadan sentetize edilmiş görmek isteyenlerin, onu insan iradesinin basit ifadesi gibi düşünenlerin” yöntemidir ve bununla olsa olsa bir tür “yasa fetişizmi”ne, “genel irade otokrasisi”ne varılır. Yasakoyucunun –ve yorumcunun– iradesini dile getirdiğinden kuşku yoktur; önemli olan bu iradenin her şeyi kapsayamayacağını, kısmi ve sınırlı kaldığını görebilmektir. Portalis Fransız Medenî Kanunu’nun ilk taslağı üzerine başlangıç konuşmasında

3) Ronald Dworkin, *El imperio de la justicia*, s. 166-172, 173-197, 224-250, 267-280, 289, 290. Zincirleme roman metaforuyla yorum girişimi bir romanı bir romancılar kümesinin sırayla yazmasına benzetilir: Zincirin bir halkası olan her romancı öncekinden yazılmış bölümleri alacak, onları yorumlayacak, kendi bölümünü ona göre yazacak, sonra da bir sonraki romancıya metni teslim edecektir. Dworkin’in *Hukuk İmparatorluğu* da zengin edebi göndermelerle edebiyat-hukuk ilişkisi kuranlar için temel kitaplardan biridir.

4) Lon L. Fuller, *El caso de los exploradores de cavernas*.

“her öngörü ulaşılamayacak bir hedeftir”⁵ demişti. Bu cümleden yola çıkan Géný’ye göre, yasakoyucu iradeyle kendini sınırlamış bir yorumda, ilkeler bağımsız bir düzlemde, pozitif yasaların üstünde kalacak ve soruna yalnızca bu üst kaynaktan çözüm aranabilecek, ama her durumda yorum yöntemi bilimsel olmayacaktır. Genelde yazılı yasanın mahiyet ve işle-yişinde karşılaşılabilecek boşluklar ya da engeller, bir üst kaynak ötesinde başka kaynaklara başvuruyu zorunlu kılar: Önce geleneğe, sonra içtihat ve doktrine. Géný’yle bu klasik kaynakların, hatta doktrinin karşısında aykırı anlam kazanan “bağımsız bilimsel araştırmanın müdahalesi” burada devreye girer⁶. Çünkü bilimsel müdahale olmazsa ya da yöntem onunla bilimsel olmazsa, içtihat ve doktrinde yasa yorumlanırken dikkatler yine irade arayışına yönlenecek, sonuçta yasakoyucunun dayatmaya çalıştığı sonuçlara ulaşılabilecektir⁷. Bunların da mantıksal olup olmamalarının bir önemi yoktur; yine de hukukla birlikte siyasete dair oldukları gözden kaçırılmamalıdır.

Hukuku yazılı yasa ve yasakoyucu hâkimiyetinden uzaklaştıran iradecilik karşıtı gelenek tanımının Géný’nin bilimsel müdahalesinde özel bir yeri vardır: Geleneği “yeterli sayıda tekrarlanan edimlerle, sosyal hayatın ilişkiselliğinde, istikrar kazanan pratiğin zorunlu nitelik alarak, gerektiğinde ceza yaptırımıyla donanmış kural uyarınca kendini zorla kabul ettirmesi” sayan Géný’nin bu açıklaması genel bir “neredeyse-hukukî” tanımdır. Gelenek böyle anlaşıldığında, tarihin tamamında yazılı hukuku hazırlayan ihmâl edilemez hukukîliğe kavuşur. Ch. Beudant’ın “yasayla gelenek farklı görünümeler altında bir ve aynı şeydir” cümlesini tekrarlayan Géný için kural uzun bir uygulama sürecinde, zorlama niteliğiyle itibar ve istikrar kazanmışsa artık onun yasa olduğu söylenmelidir ya da yazılı yasayla rekabet hâlinde bir hukuk kaynağı olan gelenek, kaynaklar kuramında yazılı yasaya eşit, ama ona önceldir. Eşitsizlik pratikte ortaya çıkar, topluma göre biri ötekinin önüne geçer⁸. Aralarındaki itibarî fark, yazılı yasaya kıyasla geleneğin kendiliğinden, bir iradeden bağımsız ve bilinçsizce eylem çerçevesini belirlemesidir. Bu açıdan alanı yazılı yasanınkinden

5) J-E-M. Portalis, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil* (1801), s. 15.

6) François Géný, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, s. 53, 70, 71, 98, 106, 108, 113, 230.

7) Raymond Saleilles, “Préface”, Géný, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, s. XIV.

8) François Géný, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, s. 320, 333, 338, 345, 232, 235.

dar ve yerel kalsa da her durumda Yasa Gücü'ne sahiptir – Geleneğe çalışmanın sonunda yeniden döneceğim⁹.

Klasik yorum yönteminde Géný'nin işaret ettiği zaafırları genel hatlarıyla çizirken yasakoyucu iradeyle uyumlu sanılan en basit yorumun bile sorunlu olduğuna değinmiştim. Önce, sosyallik içinde, bağımsız sanılan yasakoyucu iradeyi hayatın sonsuz karmaşası belirlemiş ve kısmi kılmıştır. Sonra, kısmi irade olarak bu bağlardan ne denli kurtulduğu ve öngörölü olduğu sanılırsa sanılsın, gelecek, her durumda irade edimini az ya da çok anlamsızlaştıracaktır. Yasa, onu özgürce yarattığı iddia edilen iradeden daha yaratım anında kopmaya ve bağımsızlaşmaya başlar. Oysa hukukçuların büyük çoğunluğu, yasacı zihniyetle, yasanın hep sözde iradê edimle yaratıldığı sıfır noktasında kaldığını sanır ve orada sonsuzca denetlenebileceğı, yorumlanabileceğı inancını taşır. Dünya da bunun bir hayal olduğunu biteviye kanıtlar. Aşkın iradeye gönderme yapıldığında da durum farklı değildir. O yasaların da sonsuz zorunluluklar karşısında nasıl farklı yorumlandığı, uzlaşmaz karşıtlıklara yol açtığı tarihte görüldü, görölüyor. Géný'nin tabii hukukçu eğilimle dolanmaya çalıştığı aşkın gönderme dâhil olmak üzere, en basitinden başlayarak tüm yorumların varacağı yer öznelliktir. Aşkın iradeden dünyevî olana, geleneğin yorumuna ya da hukukçunun kişisel yorumuna, vb. uzanan biçimde bu öznellik “hukukî kavramları hayattan çekip çıkararak bağımsız yaratıcı güçlere dönüştürür; soyutlamalar, genellemeler, mahiyetleri gereğı öznel ve arızî olan ideal kavrayışlar sürekli, objektif hakîkatler sayılır”¹⁰ ya da sözde sonsuz Hakîkat yaratılır – Çalışmada Hakîkat sözcüğünü hep gerçeklik karşıtı kurmaca anlamında kullanacağımdan, onunla gerçeğı gizleyen bir perdeyi anlatacağımdan “sözde” ve “sonsuz”u bundan böyle eklemeyeceğim.

Géný'nin kaynaklar arasına bağımsız bilimsel araştırmanın müdahalesini sokmasındaki anlamı burada buluyorum: Hakîkat yaratımı engellenemese de bazı yorumcular onun boyunduruğundan kurtarılabilir. Öte yandan, neredeyse geri kalan hukuk kaynaklarının tümüne alternatif olarak sunulan bağımsız araştırma, tamamı öznellikle malül kaynakların ve onlara hasrolmuş yöntemin bilimselliğini tartışmaya sunar. Yukarıda değindiğim ve hukukta tersine çalışan hiyerarşı doğrultusunda da bilimsel yöntemi hukuk yöntembilimlerinin önüne geçirir. Yorum sorunu asıl kay-

9) Kitabın “Mitos ya da yasa” başlıklı bölümü.

10) François Géný, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, s. 129.

naklara ilişkindir ve onlar nasıl saptanacaksa yorum ona göre şekillenir. Kaynak Jestaz'ın kaynaklar arasında saydığı Vahiy'se¹¹, bilimsel olmayan yöntemi de yöntembilimini de –dinbilime dönüşmeyecekse– o belirler. Kaynak dünyevî yasaysa aşkın iradenin yerini belirleyici dünyevî irade alır ve sonuçta, uygulama için salt onun “ne istediğini” araştıran yorum da bilimsel değildir. Géný ise kaynak arayışında, yasanın arkasında hem onun dayanağı olan kendiliğinden, irade dışı ortaya çıkmış geleneği ararken, hem bu geleneği önemseyen bağımsız bilimsel araştırmanın müdahalesini kaynaklardan biri diye gösterirken kurduğu sistemle kendi görüşünü aşar. Bir yandan tarihî, karşılaştırmalı, antropolojik bakışın kaynak arayışında vazgeçilmez olduğunu sezdirir, diğer yandan tabii hukuk engelleri nedeniyle sınırlarını çizemediği bilimsel araştırma kavramıyla, yasacı yorum yöntemi ya da yasayla sınırlanmış yöntembilim yerine, Hukukî Bilim'i işaret eder. Bence zincir metaforu da yorum yöntemine değil “doğuş”un devamlılığına uygun düşüp zincirin ilk halkasını düşündürüyor. Zaten Dworkin de Géný'yi kısmen hatırlatan biçimde yorum sorununda çözüm olarak Hukukî Tarih'e başvuruyu gösteriyor; ama yorumu dayandırmak zorunda kaldığı tabii hukukçu ilkelerin bulanıklığında takılıp kalıyor.

“Hukukta Yöntem” başlıklı Giriş'te açıkladığım ve bilimsel olduğuna inandığım yöntemin beni ortak modele, ataerkil sistemi karşılayan hukukîliğe götüreceğini söylemiştim. Dünyayı böyle algılayan hukukçu yasayı da geleneği de içtihiatı da öğretiyi de Géný'nin deyimiyle farklı prizmadan bakarak yorumlar. Hukukîliğe ağırlık veren tarihî-karşılaştırmalı yaklaşım, uygun yöntembilimini seçecek ve yöntembilim yöntemleri içerdiğine göre, Bergel'in söylediği gibi¹² onda dayanağını da bulacaktır: Bilimsellik ve nesnellikle sınırlanmış dayanak.

11) Philippe Jestaz, hukukun klasik kaynaklarına “hukukî edim” ve “gelenek”i ekledikten sonra, incelemesine bir altıncı kaynakla, “yukarıdan gelen kaynak” olarak Vahiy'le başlıyor. Bu da klasik kaynak yaklaşımından kısmen de olsa ayrılarak tabii hukukçuların yasa yaratıcı irade olarak sundukları kaynağı devreye sokan bir açılımdır (*Les sources du droit*, s. 11-26).

12) Jean-Louis Bergel, *Théorie générale du droit*, s. 127.

“Hukuk nedir?” sorusu hukukun kaynağı hakkında bir soruysa bu soruya cevap vermek isteyen, hukukun ya da yasanın, öncesi olmayan, sıfır noktasındaki başlangıcını düşünmelidir. Bu, “hukuk ya da yasa –yasa uygulanmıyorsa yasa sayılamayacağından, uygulama– ne zaman ortaya çıktı?” sorusudur; bir ilk “hukukî an” hakkındaki soru.

Hukukun ya da yasanın bir iradeyle ortaya çıktığını savunanlar için bu irade, sıfır noktasının anlattığı biçimde kesinlikle bağımsız olmalıdır: Her şeye öncel bir iradenin yaratımını düşünmek. Yoksa sözgelimi Fransız Devrimi’yle eski yasalar kaldırılarak yeni yasaların koyulması türünden kesintilerde kısmi iradelerin varlığı inkâr edilemese de bu, yasanın ilk yaratım anı olamaz. Yine de yasanın yaratımını bir yasakoyucunun, hâkim bir sınıfın ya da bu örnekte burjuvazinin iradesine dayandıranlar, önceki hukuku ve yasaları yoksayarak bu iradî ürünü hukukun ya da yasaların baştan yaratılması olarak sunarlar; çünkü her sistem ya da rejim değişikliği böyle ideolojik bir sıfır noktası yaratır. Ama ideoloji, onları çeviren sonsuz koşullarla belirlenen iradelerin olsa olsa kısmi olacakları ya da sıfır noktasındaki irade olamayacakları gerçeğini değiştirmez. Hâkim olanların iradesini de onları içeren zorunluluklar belirler.

Hukuk tanımı girişimlerinde, iradî yaratımın iki kurgusal tanımı ve aralarından biri “doğuş”a ilişkin olmak üzere gerçeği arayan iki tanım vardır: 1- Aşkın iradeye dayanan tanım; 2- dünyevî iradeye dayanan tanım; 3- hukuku sınıflı toplumlarla başlatan tanım; 4- sosyallikle hukukîliği özdeşleştiren tanım.

– Aşkın iradeye dayanan tanım: İnsanlık tarihi boyunca, hukukun ve yasanın sıfırdan yaratıldığı gerçek bir andan ve böyle bir ilk dünyevî iradeden söz etmek imkânsızdır. Kimse tarihte bir ilk gerçek yaratım anını gösteremez, şu ya da bu tarihî anda iradeyle hukuk ortaya çıktı diyemez¹. Bu nedenle en tutarlı yaratıcı irade savı yasanın dünyanın, insanların ötesinde ve öncesinde, pürüzsüz bir sıfır noktasında, sonsuzca özgür irade tarafından yaratıldığına ilişkin savdır. Bu tabii hukukçu varsayımdan, hukukun mutlak özerkliğine ve hukuk ya da yasa insanlığın öncesinde, üstünde yaratılmış olduğundan Hukukun –aşkın ve tabii– Üstünlüğü’ne varılır.

– Dünyevî iradeye dayanan tanım: Gerçeklikte iradî bir yaratım anını düşünmek mümkün olmasa da Hakikat yaratımında sosyal sözleşme kurgusu buna yolu açmıştır. İkinci iradeci varsayım klasik tabii hukukçu yaratım tekniğini dünyevî odağa taşıyan iradeci pozitivistlerindir. İster modern tabii hukukçu ya da pozitivist diye adlandırılınsınlar, ister inançlı ya da inançsız olsunlar, sözleşmecilerin hepsini birleştiren özellik hukuk ya da yasanın kaynağına kurgusal bir başlangıç anındaki insan iradesini oturtmalarıdır. Bu kez sıfır noktası toplum öncesi dünyevî kaynaktır: Hukuku ya da yasayı önceleyen tabii hâl. Değişen inanç, mizaç ve koşullara göre liberal ya da totaliter düzeni meşrulaştıracak kurgu, bu sıfır noktasında –ancak buradan başlıyorsa irade bağımsızdır– insanların iradelerinin sözleşmede biraraya geldiğini ya da sözleşmede biraraya gelen insanların ortaya bir irade koyduğunu anlatır: Modern kurgunun ulus iradesine açılan varsayımsal ikinci yaratım yolu; tabii hukukun tüm insanlar üstündeki mutlak özerkliğinden, insanî hukukun yalnızca ulusu kapsayan özerkliğine açılan yol. Bu iradî başlangıcın varsayımsal olduğunu sözleşmeciler de kabul ediyorlardı. Yeni bir Hakikat’e dönüştürdükleri

1) Hukukun Yunanlılar’ın ya da Romalılar’ın, vb. icadı olduğunu iddia edenlerin savını kabul etmek zordur. Bu konuyu kitabın “Karşıt pozitivistizmler” başlıklı bölümünde söz konusu iddialarla ele alacağım.

egemenlik ve ulus iradesinin gerçekliği konusunda, onları içselleştirip inanca dönüştüren sonraki kuşakların ezberiyle kıyaslanırsa çok kuşkucu bir tavır sergilerlerdi; Hobbes bunu *Leviathan*'da açıkça göstermişti². Ama ne olursa olsun, varsayım modern zihniyeti belirliyor, yapılanma bu meşrulaştırmayla kendini sağlama alıyor, aynı iradeci tekniği kullanarak özgül meşrûyet bağıyla kendini sağlama almış Modernite-öncesi yapılanmanın yerine geçiyordu.

Sözleşmecilerin varsayımsal sıfır noktası hakkındaki iddiası iki yönlüydü: -Önce, sanki dünyayı ve insanlığı yeniden yaratan bu sıfır noktası, Suárez'in³, Hobbes'un monarşik devletlerinin ya da Locke'un liberal devletin kuramda gösterdiği gibi, Modernite'nin gizil başlangıcını ifade ediyordu. Yaratılan oydu ve tabii hâl, kimse bunu açıkça söylemese de Modernite-öncesini ve geri kalan yapılanmaları karşılıyordu. -Sonra, buna bağlı olarak hem Modernite-öncesi düzenlerin hem modern olmayan tüm düzenlerin hukukî olamayacağı bu kez açıkça anlatılıyordu. Modern varsayım klasik tabii hukukçu görüşü taklit ediyor, olması gereken tabii hukuk insanî her şeye nasıl üstünse, modern hukuk da bu ezberin sürdürülmesiyle farklı hukukların üstünde görülüyordu. Bu yönüyle modern kurgu sömürge tarihinde gerçeğe dönüştü ve farklı hukukî düzenler, onlara uygun yapılanma ve zihniyetler, tek ve doğru olduğu iddia edilen modern hukukî düzen karşısında yoksaldı, sömürgeci yokediş böylece meşrulaştırıldı. Modernite'ye geçişin eski ve yeni yapılanmalarla zihniyetlerin harmanlandığı, en iyimser yorumla birkaç yüzyıllık kaotik süreci içerdiği düşünülürse, klasik ve modern iradeci iddialar sömürgecilliği en azından başlangıçta birlikte belirledi: Dünyayı sömürgeci güçler arasında ilk paylaştıranın *en yetkili* tabii hukukçu Papa olduğu unutulmamalı⁴.

"Hukuk nedir?" sorusu aynı zamanda "hukukun yaratıcısı kimdir ya da nedir?" sorusudur. İradeci mantık bu yaratıcıya göre soruları cevaplar ve tüm pozitif hukukları belirleyecek bir iradenin yasasına uymayan düzenlemeler hukuk dışına çıkarılır. Latin Amerika'nın fatihleri, karmaşık yapılanmalı imparatorluklardan başlangıç toplumuna uzanan tüm toplumları, Katoliklik'in başlangıç yasasına uymadıkları gerekçesiyle hukuk,

2) *İktidarı Üç Yüzyı'nda* "Giriş" ve "Sivil Toplumun Tanrısı" başlıklı I. bölümde "Merkez kavram: Devlet" başlıklı altbölüm.

3) *İktidarı Üç Yüzyı'nda* "Giriş" ve "Sivil Toplumun Tanrısı" başlıklı I. bölümde "İkinci Kurucu Kavram: Sosyal Sözleşme" başlıklı altbölüm.

4) *Modern Düşüncenin Doğuşu'nda* "Uluslararası Hukuku Düşünmek" başlıklı III. Bölümde "Amerika'yı Yeniden Keşfetmek" başlıklı altbölüm.

siyaset ve din dışı saydılar: “Yasasız, inançsız, efendisiz”. Fethi başka inanç mensupları gerçekleştirseydi benzer mantık hâkim olurdu; Protestanlık’ın belirlediği ve modern bir inanç türü olan iradeci pozitivizmin kurduğu hâkimiyetin mantığı: Mutlakiyetçi modern başlangıçta meşrûiyetini kurgusal topluluk hâlinden alan monarkla, arkasındaki devlet aynı soruları Tanrı’nın dünyevî rakibine dönüştürdükleri yeni Özne’nin iradesiyle karşıladılar. Kaynaktaki ilk iradeye yapılan tabii hukukçu ya da pozitivist her göndermede yasayla hukuk özdeşleşeceğinden, modern hukuk bu monark-devlet iradesinin hem yasası hem hukuku oldu⁵. Modernite, devletli ilk yapılanmanın ardından hâkimiyet sınırları içinde inşa ettiği ulusu sözleşme destekli egemenlik kuramıyla yaratıcı irade olarak sunmaya başlayınca, yaratıcıya ilişkin soruları bu yeni özne karşıladı: Egemenliğe kayıtsız şartsız sahip olan, hem sözde hukukunu yaratan hem de tüm yurttaşlarla tek tek bu hukukun kurgusal öznesine, gerçek kişisine dönüşen Ulus. Yaratıcı irade tanrısal düzlemde önce monarkın, sonra ulusun alanına aktarılınca, hukukun ya da yasanın ilk özerkliği açısından niteliksel bir değişiklik olmasa da onlar farklı ulusların ayrı ayrı hukuku ya da yasası oldular⁶. Hukukun ulusal özerklikle böyle parçalanmasının, hukukun tekliğinin savunulmasını zorlaştıracak, farklı toplumların hukuk dışı sayılmasını engelleyecek bir gelişme olacağı sanılabilir. Ama Suárez⁷ gibi sözleşmeciler erken dönemde, ulus-devletlerin birbirleriyle savaşını meşrulaştıran modern kuramsal arenada, hukuku savaşçı medenî toplumların hukuku diye adlandırıp, medenî olmayan diğer savaşçı toplumları hukuk dışı saymayı sürdürdüler; yasayaratıcı dünyevî iradeye dayanarak modern hukukla uyuşmayan sosyal düzenlenmeleri tarih dışı, ilkel saydılar. Modern hukukî düzen karşısında feodal hukukun, imparatorluk hukukunun, başlangıç toplumu hukukunun hukuk olmadığını savunurken, sömürgeleştirme ya da modernleştirmenin, ulus-devlet yapılanmasının ve modern zihniyetin zorla kabul ettirilmesi olduğunu kanıtladılar.

Aşkın yaratıcı iradeyle bir sıfır noktasında hukuk ya da yasayı başlatan tabii hukukçu varsayım tartışmaya açık değildir. İdealist olmayanların bu metafizik sava itirazları, olanların hukuk anlayışını değiştirmeyeceğinden anlamlı sayılmaz. Ama yaratıcı iradeyi dünyaya taşıyan modernlerin,

5) Bu konuyu kitabın “Hukuk yasa mıdır?” başlıklı bölümünde ele alacağım.

6) Bu konuyu Spinoza’nın hukuk tanımıyla kitabın “Hukukî kuram ve siyaset” başlıklı bölümünde ele alacağım.

7) *Modern Düşüncenin Doğuşu*’nda “Devleti Düşünmek” başlıklı III. Bölümde “Devleti Düşünmek” başlıklı altbölüm ve devamı.

kurgusal sözleşmeyle mümkün olduğunu iddia ettikleri türden farklı bir başlangıçta özgür iradeyle hukuk yaratılacağı savı, idealizme karşı sanılarak idealist olmayan yandaşlar bulur. Ulus iradesinin demokrasinin vazgeçilmez koşulu olduğuna yürekten inananlar da çıkar. İlk bakışta gerçeğin kendisiymiş sanılsa da tabii hukukçu sava göre daha kurgusal olan bu sava, idealist olmayanlar özellikle karşı çıkmalıdır; iradeci pozitivizmin özerklik ve öncelik iddiası, sonuçta idealist olsa bile, öyle görünmediğinden tehlikelidir. Bu kurguya karşı düşünülmesi gereken şey, gerçek sosyal başlangıçta, ilk güç ilişkisinin algıları dağıtan çok uzun bir süreçte kurala bağlanarak istikrar kazandığı ve böylece meşrulaştığıdır; sözleşme olsa olsa bu ilk meşrûyet kurgusunun geç dönem versiyonu olabilir. Sosyalliğin kurallara denk düştüğünü, hatta kurallarla oluştuğunu söylemek ne kadar mantıklıysa, insan iradesinin kuralın ilk yaratıcısı olduğunu söylemek o kadar mantıksızdır. Tabii hukukçu ya da iradeci pozitivist yaklaşımı reddederek, hukukîliği sosyal olana bağlayıp tanımlamaya çalışanlar, hukukun dünya karşısındaki iradî özerklik ve öncelliği iddiasına karşı çıkmalıdır.

– Hukuku sınıflı toplumlarla başlatan tanım: Yasanın yaratımının ya da doğuşunun sıfır noktası hakkındaki bu başlangıç kuramı genelde Engels'e⁸ atfedilir. Bu, varsayımsal olmayan, hukuku onun gerçek maddi nedenlerini arayarak tanımlamaya yönelen, hukukun insanî olana üstünlüğünü savunmayan görüştür. Tersine, özerklik ve üstünlük arayışına karşı, hukukun güç ilişkilerine ve bir kesimin diğeri üstünde kurduğu hâkimiyete bağımlılığını savunur. Hukuk da ondan beklenen ideal nesnelliği böylece kaybeder ve olumsuz bir tanımın hedefi olur. Çünkü tanımla, toplumun bir kesimi diğeri üstünde hâkimiyet kurduğu ve ona karşı güç kullandığı anda hukuk belirecek ve her durumda ilk güç ilişkisinin üstünü örtecektir. Bu savda, hukukun ortaya çıktığı tarihî bir gerçek başlangıç aranacaksa, bir sınıfın hâkimiyetinin –hukukunun– kurulduğu, toplumun köleler/efendiler arasında bölündüğü ana dönülmelidir. Bölünme öncesindeki sınıfsız toplum ise, bu kez olumlu anlamda hukukî ve siyasî toplum sayılmaz, olsa olsa dayanışmanın biraraya getirdiği eşitler toplumu olabilir. İleride soruna yeniden döneceğimden⁹, ayrıntıya girmeden, bu savın iradeci olan/olmayan iki yönü olduğunu belirteyim: Ya iradeci pozitivizme kayılarak hâkim sınıfın özgür iradesinin yasayaratıcı olduğu ileri sürüle-

8) Friedrich Engels, *Ailenin, Özel Mülkiyetin ve Devletin Kökeni*.

9) Kitabın "Devletli hukuk/devletsiz hukuk" başlıklı bölümü.

cek ve bu iradenin ürününün özerk, üstün olduğu kabul edilecektir; ya da kısmi iradeleri belirlerken özgür irade savını çökerten zorunluluklara gönderme yapılacaktır. Örneğin, hukuk bir sınıfın iradesidir, ama bu irade kendisini kuşatan zorunluluklarca belirlenmiştir; onun özerklik ve üstünlüğünden söz edilemez¹⁰ denecektir. Son iddia, bu yönüyle tabii hukukçu ya da iradeci pozitivizme karşı olsa bile, hukukîliği sosyalliğin tamamıyla özdeşleştiren aşağıdaki savda reddedilecektir.

– Hukukîliği sosyallikle özdeşleştiren tanım: Hukukîliği sınıflı toplumlar öncesinde arayan eğilim onu sosyalliğin tamamıyla karşılar, sıfır noktasını da başlangıcında arar. Bu başlangıçtan yola çıkarak tüm hukukları tanımlar. Hukuklar zaman ve mekânla, sosyal yapılanma ve yapılanmaya bağlı zihniyetle farklılaşsa, her sosyal bütünde kendine özgü kurallar geçerli olsa da bu, sosyallik tarihini karşılayan ortak modeli dışlamaz. “Hukuk nedir?” sorusuna bir “doğuş” a gönderme yaparak verilen cevap önce tabii hukukçu değildir, her türlü hukukî metafiziği reddeder; sonra da iradeci pozitivizmin tabii hâl kurgusuna karşı çıkar. Göndermeyi yapan, hukukîliğin bir güç ilişkisinden doğduğunu bilirken, güç ilişkilerini sınıflı toplumlarla başlatan sava da karşı çıkıp onların kaynağını ilk sosyallikte arar. Ona göre, ne hukuklardan birini aşan, olması gerekli “bir” hukukun üstünlüğü, ne hukukun sosyal tarihin herhangi bir anında sözleşmeyle yaratılması, ne de hukukun bir sınıfın hâkimiyetiyle ortaya çıkması sözkonusudur.

Yine de “hukuk nedir?” sorusuna sosyal başlangıçtan yola çıkarak cevap arayanların bir kısmı, eşitler bütünü olarak gördükleri toplumda toplu irade ya da kümede öne çıkanların iradesiyle hukuk yaratıldığını ileri sürecektir. Yasayaratma tekniği olarak aynı iradeciliği tercih eden bir diğer kesim ise, eşitsiz bir ilişkinin varolduğu bu toplumda hâkim kesimin iradesiyle hukuk ya da yasa yaratıldığını savunacaktır. Sık tekrarlanan “sosyallik ya da toplum hukuk yaratır” parolasında bu iki tavra da uyan bir algı hâkimdir. Farklı görüşlerin ortak noktası, sosyalliğin hukuka öncel sayılması ve sonuçta toplumun hukuk öncesinde varolduğuna dayanmasıdır; dayanışmacı ya da kurumcu “sosyal küme hukuk salgılar” savı da bu iddiayı tekrar eder: Scelle ve Duguit bile, iradeci olmasalar da sosyalliğin neredeyse biyolojik zorunlulukla hukuk doğurduğunu ileri sürmüşlerdi.

10) Marx ve Engels’in bu tanımını kitabın “Devletli hukuk/devletsiz hukuk” başlıklı bölümünde ele alacağım.

Tabii hukukçular, iradeci pozitivistler, hukuku sınıf hâkimiyetine bağlayıp onun iradesini belirleyici kılanlar ve dayanışmacılar hep aynı tekniğe sarılırlar. Onu başlangıç toplumunun hukuku hakkında tekrarlayanlar, sözleşme kurgusuna benzer bir savla, insanların toplum hâlinde biraraya geldikleri andan sonra uygulama-yasa arasında bağ kurduklarına inanırlar. Ne var ki her türlü özgür irade iddiasının aksine, hukuk sosyal başlangıçta bir insanın, insanların ya da kümenin özgür yaratısı olamaz. Zaten toplum hâlinde olan insanların yaptıkları yasalarla kendilerini düzenledikleri ya da bilinçle yarattıkları bir hukukî düzen sayesinde toplumu kurdukları görüşü gerçeklikten uzaktır. Tersine, kaynağı ilk güç ilişkisi olan yasaların ona irade dışı istikrar ve meşrûiyet kazandırmasıyla ve yasanın güç kullanılarak uygulanmasıyla toplum toplum olur. Başlangıç toplumunun yasaları bunu kanıtladı; çünkü üyeleri, nedenlerinden habersiz oldukları yasaların yaratıcısı olamazlardı. Bir sosyal bütün oluşmadan önce ya da oluşurken, toplumlarının bekası, düzen kaygısı, vb. gibi amaçlarla ve bilinçle, sosyalliklerini, o sosyallik içinde kendilerini, geleceklerini öngöremez, bu tür tasarılar uyarınca düzenlenemezlerdi. İçinde bulundukları bütünü toplum yapan gerçek maddi nedenler, milyonlarca yıllık güç ilişkisinin onların bilinci dışında yasalarda istikrar kazanarak meşrulanmasıydı. Belirleyici bir iradenin asla varolamayacağı ortamda sosyallik, şu ya da bu amacın ancak “doğuş”un ardından kısmi iradelerle ortaya çıkacağını anlatıyordu – bu temel konuyu karşı savlarla birlikte kitabın sonunda ele alacağım¹¹.

Hayek, insan davranışlarına antropolojik yaklaşımın, hukukîliğin doğuşu konusunda şunu ortaya çıkardığını anlatır: İnsanlar kurallara uymayı bu kurallar sözcüklerle dile getirilmeden önce öğrendiler. Kurallar da kümenin etkinliklerine ilişkin bir düzenin oluşumuna yol açarak geliştiler. Asla icadedilmeyen, sözcüklerle ifade edilmeyen, bir amaç taşımayan bu bilinçdışı ortak kurallarla milyonlarca yıl birarada kalabilmiş kümelerde, kuralların düşünülmesi ve öğretilmesi sonra başladı¹². İnsanların “yaratmadıkları kurallara göre düzenlendikleri” savıyla, “yarattıkları kurallara göre kendilerini düzenledikleri” savı arasında neredeyse hukukî tarihi ikiye ayıran niteliksel bir kesinti vardır¹³.

11) Kitabın “Başlangıç hukukîliği”, “Güç ilişkileri” ve “Mitos ya da yasa” başlıklı bölümleri.

12) Friedrich August Hayek, *Droit, législation et liberté*, s. 89-91.

13) *İktidarın Üç Yüzü*'nde “Giriş”, “Sivil Toplumun Tanrısı” başlıklı I. bölümde “Yeni Çağ’ı Orta Çağ’dan Ayıran Kesinti” başlıklı altbölüm ve “Sonuç”.

Yasa sözcüğüyle her türlü kuralı içeren dizgeler bütünü anlatıyorum. Bu geniş anlamında “yasa” aşkın ya da dünyevî yasayaratma işlemine denk düşecek, sözcük daha dar kapsamdaki bir yasayı anlattığında bu anlam metinde kendiliğinden ortaya çıkacaktır. Yaratıcısı Grundnorm’da belirsizleşen hiyerarşik bütün içinse norm sözcüğüyle yetineceğim¹.

İradeci pozitivizm dışında, tabii hukukçu olmayan tüm görüşlerin hukuku pozitif kurallara ya da yasaya indirgediği iddiası doğru değildir. Hukukîliği ve hukukları sosyallikle düşünenler “hukuk eşittir yasa” formülünü kabul etmezler. Buna karşılık, tabii hukukçular, iddialarının tam tersine hukuku yasayla özdeşleştiren tanıma kendilerini mahkûm ederler; tıpkı iradeci pozitivistler gibi: Modern düşüncenin olduğu dönemde, hukuka ya da yasaya dünyevî kaynak gösterilirken, bu yeni Hakikat’te meşrûiyet bağının temel mantığı korunmuştu. Dünyevî odakta uygulamayı yasaya, onu da yeni kaynağa bağlamaya çalışan devlet kuramcıları ikici ve iradeciydiler; iradeci oldukları ölçüde bir amaca yönelmişlerdi. Ulusu

1) Özellikle kitabın Kelsen’le ilgili “Hukukî kuram ve siyaset”, “İrade norm yaratır mı?” ve “Temel norm antropolojisi” başlıklı bölümleri.

yasayaratıcıya dönüştürürken, her düşünürle mahiyeti az çok değişse de sözleşme kurgusunun kaynağında amacı anlamlandıran bir yarar düşüncesi –Hobbes’da güvenlik, Locke’da tabii hakkın korunması, vb.– belirmişti. Hukuku herkese uyan “bir” adalet idesiyle, değişmez olduğu ileri sürülen değerlerle ilişkilendiren ve bunların sağlanmasını hukukun amacına dönüştüren tabii hukukçu tanımları, iradeci pozitivizmin düzenin korunmasını hukuka emanet eden, hukukta kaosun panzehirini bulan yararcı tanımları izlemişti. Bu yararcı idealizm-pozitivizm karışımı yaklaşımla yaratıcı iradenin dünyayı düzenlemek için insanlara bu kez dünyadaki bir sıfır noktasında verdiği hukuk ya da yasa, tabii hukukun tekelleştirici özerkliğini hatırlatarak ortaya çıkmıştı: İlk modern kuramcıların sözde tabii hukuka karşıt savlarına göre, sözleşmeye dayalı pozitif hukuk ya da yasa. Gücü/hakkı devraldığı varsayılan kralın, sonra devletin, sonra da ulusun ağzından çıkan söz olarak “hukuk mevcut yasadır” parolası.

Kralı, devleti ya da ulusu kendi hukukunun yaratıcısı sayan iradeci pozitivizm, hukuku yasayla, hukukçuluğu yasacılıkla özdeşleştirdiği gerekçesiyle tabii hukukçu saldırıya uğradı. Bu saldırı tabii hukuk dışından bakıldığında da haksız değildi. Hukukla yasanın özdeşliği gücü onaylamayı ya da kutsamayı mümkün kılan yanıyla tehlikeliydi; ayrıca son derece dar ve yasacı bir hukuk tanımına yol açacağından kabul edilemez, Hukukî Bilim böyle yoksul bir tanımla yola çıkamaz, çıkmaya kalksa bir yere varamazdı. Ancak tabii hukukçu cephe yönelttiği suçlamayla çelişen bir konumda kalacaktı. İradeci olup olmadığına bakmadan tabii hukuk karşıtlarının tamamını “pozitivistler” safına yerleştirirken, kendi mantığının kaynağında da yaratıcı irade olduğunu gözardı etmişti: Yasayı hukuk yapan eski ortaklık ya da iradecilik. Tabii hukukçu, olanı olması gerekene gönderen bağı tutarlılıkla izlerse, yaratıcı iradenin kaynağında hukuk/yasa ayrımının ortadan kalkacağını görecektir; iradeci pozitivizmde dünyevî odakta nasıl ortadan kalkıyorsa.

Aristoteles-Aquino çizgisindeki tabii hukukçular, Aquino’nun dörtlü yasalar hiyerarşisinde açığa çıkan gizil kaygının gösterdiği gibi, sorunun farkında olsalar da düşünsel çıkmazdan kurtulamıyorlardı: Tanrı’nın istediği ve insan aklının erişebileceği tabii yasanın üstüne ebedî yasayı koyan Aquino bir yandan “tabii yasa ebedî değildir, öte yandan ebedî yasaya akılla ulaşamaz” demiş oluyordu. Kaynağı irade olan yasanın üstüne hukuku ya da bir başka üstün yasayı oturtma çabası bilinemezliğe yol açacaktı. Tabii yasaları Tanrısal iradeyi aşan kaynağa, kurgusal Tabiat’a yerleştiren, modern ya da rasyonalist tabii hukukçular da bunu yaptılar.

Grotius'a² yakıştırılan her şeyin nüvesi İspanyol modernlerde bulunur: Klasik tabiat anlayışı yerine esnek anlayışı oturtan Molina³ da kurgusal tabiatın⁴ ön belirleyiciliği ve özerkliğini ileri sürecekti. Ama, tabiatın yasası diye sunulan ve gerçek tabiatla ilgisi olmayan klasik meşrûiyet dayanağı artık belirsizleştirilmiş olsa bile, o dayanakta da tabii hukuk-tabii yasa ayrımı yapmak kolay olmayacaktı.

Augustinusçu gelenek ise klasik tabii hukuk görüşü içinde daha gerçekçi ve köktenci bir yol izleyip hem pozitivist hem modern tabii hukuku besledi. Bu kuramda yaratıcı irade her an değişebileceğinden kendi yasasıyla sınırlı değildi ve ayırım ihtimâli hukuk ya da yasayla birlikte ortadan kalkıyor, irade hukuku ve yasayı içinde eritiyordu; iradeci pozitivist Hobbes *Leviathan*'ında⁵ aynı şeyi yapacaktı. Moderniteye bu iradeci açmazla girildi ve modern tabii hukukçular pozitivistme karşı olduklarını söylerken, –klasik tabii hukuk görüşüne sadık kalmayı sürdüren anti-modernler dışında– mükemmelen pozitivist bir parolaya, ulus iradesine sırtlarını dayadılar ve onunla meşrulaşmış devletçi söylemi desteklediler. Oysa ulus iradesi kurgusu, iradeci pozitivistmin, uygulamayı dünyevî kaynağa gönderen ve orada tutan, onun arkasındaki bir iradeyi ortadan kaldıran kurgusuydu. Egemenlik kayıtsız şartsız ulusun olunca kaynak arayışı orada, tabii hukukçu her göndermenin anlamsızlaşacağı sıfır noktasında sona eriyordu.

Tabii hukukçu ya da pozitivist her iradeci yaklaşım diğerini ve iradeci olmayan tüm yaklaşımları, hukuk/yasa ayrımını imkânsız kılan öznesine –Tanrı, kral, devlet, ulus– göre devre dışı bırakır. Yaratıcı bir öznenin başlangıç yasası olarak sunulan kurallar dizgesinin varsayılan özerkliği ve öncelliği onun hukukunu ya da yasasını dünyanın üstüne yerleştirir; tabii hukukçulukta evrensellekle, iradeci pozitivistimde ulusal yerellikte – bu yerellik fikrini, evrensel sözcüğünü kullanarak, ulus-ötesi yerelliğe dönüştürmek de mümkün. Tabii hukukçu ya da pozitivist iradeciler, öznenin yasasını hukuku kılan bu ön belirlemeyle, yasaların varlığını

2) Grotius'un Tanrı'nın üstüne tabii hukuku yerleştiren tanımını kitabın "Pozitivistmin tabii hukukçu kökeni" başlıklı bölümde ele alacağım.

3) Luis de Molina için: *Modern Düşüncenin Doğuşu*'nda, "Devleti Düşünmek" başlıklı III. bölümde "Tabiatın Modern Anlamı" başlıklı altbölüm.

4) Bu tabiat algısını kitabın "Modern tabii hukuk ve hakları" başlıklı bölümünde ele alacağım.

5) İktidar'ın Üç Yüzü'nde "Sivil Toplumun Tanrısı" başlıklı I. Bölümde "Merkez Kavram: Devlet" başlıklı altbölüm.

yaratıcının amacına bağlar ve hep “bir” doğru gösterirler. Bu nedenle iki kuram az ya da çok otokratik eğilim taşır. Birbirine çok benzeyen bu ideolojiler arasındaki fark, birinin evrensellik iddiasıyla kapsayıcı otoritarizme, ötekininse dar ya da geniş yerel otoritarizme kayma yatkınlığıdır. Tabii hukukçular, pozitivist diye saldırdıkları iradecilere çok benzerler ve iradeciler tabii hukukçu olmayan diğer yaklaşımlara tabii hukukçu hasımlarından daha yakın değildirler.

Tabii hukukçu görüşle iradeci pozitivism arasındaki bu sözde çelişkin, carpıcı benzerliği görmezden gelen hukuk dünyası yaratılmış sahte bir pozitivismden beslenir. Oysa idealizm ve karşıtlığı hakkında edinilmiş nesnel bilgilerle, iradeci yanıyla ifşa edilmiş bir pozitivism eleştirilebilir, muhafazakârlığın bu icadedilmiş pozitivismi siyasî saldırı hedefi olarak kullanması engellenebilirdi; özneci olmayan ve iradeci pozitivismle ilgisi bulunmayan bir yaklaşım yanlış, eksik, saptırılmış özelliklerle donatılmazdı; onun hukukun kaynağı hakkında verilen bilimsel cevap olduğu anlaşılabilirdi. Tabii hukukçu olmayan görüşlere yakıştırılan bu olumsuz özellikler Bobbio için, Hobbes gibi bir iradeciye bile atfedilemeyecek kadar hayalîdir. Bu kurmaca pozitivism tanımında, pozitif yasalar pozitif niteliklerinden ötürü doğru sayıldıklarından onlara itaatın ahlâkî bir zorunluluk olarak dayatıldığı iddia edilir. İddiaya göre pozitivist, hâlihazır yasada varolandan farklı ve ona üstün değer bulunamayacağı gerekçesiyle yasaya itaati koşulsuz zorunluluğa dönüştürecek, iyi ile kötünün nihaî ve aşılamaz ölçütünü yasada bulacaktır. Bobbio bu iddiayı şu soruyla karşılar: “Böyle bir öğretiyi savunmuş tek bir pozitivist hukukçuya rastlandı mı?”⁶. Cevap: Pozitivism adına böyle bir öğretiyi savunan çok tabii hukukçu var.

Bazı tabii hukukçular, tabii hukuk karşıtlığının kendi tanımladıkları pozitivism olacağını iddia ederek, birbirinden çok farklı görüşleri, her kuramsal çaba dâhil, aynı çerçeveye oturtmayı tercih ediyorlar; kendileri de hep ideolojik bir çerçevede kalmayı seçiyorlar. İdealizmin önce ataerkil, sonra sınıfsal mücadelesi yanlış anlamaların hukuk dünyasına hâkim olmasına yol açıyor. Zorunluluklar ya da güç ilişkileri bireysel bilinci gerçeğin yerini alan Hakikat’le aşar; hukukçunun bilincini de. Temel

6) Norberto Bobbio, *Essais de théorie du droit*, s. 31. Hukukçu ya da değil, hukukun yasadan başka şey olmadığını ve ona her durumda boyun eğilmesi gerektiğini düşünenlere, hatta “yasalar insanlar için değil, insanlar yasalar için vardır” diyenlere rastladım; ama Bobbio’yla aynı kanıdayım, böyle bir tanım öneren hukukî kuramla ben de henüz karşılaşmadım. En yanlış kuramcılar bile, destekledikleri yasalara zıt yasalar olduğunu düşünebileceklerinden, genel olarak, koşulsuz her yasaya itaati önermeyeceklerdir.

yanlış, tüm idealist yaklaşımların tek karşısının iradeci pozitivist tavır olduğu hakkındaki şaşılası ısrardır: Yasaya körü körüne bağlı kalmak ve yalnızca devlet hukukunu hukuk saymak; böylece iradeci pozitivismi, her türlü tabii hukuk karşıtlığıyla özdeşleştirilen, idealist olmayan tüm hukuk görüşlerine yayılan sahte bir genel tanıma dönüştürmek. Bu tanımla, hepsi birden pozitivismle suçlanan farklı yaklaşımların temsilcileri, her durumda meşru ağızdan çıkan yasaya boyun eğilmesini öneren ve bunu güncel siyasî amaçları uğruna yapanlardır. İradeci olsun olmasın pozitivist etiketi yapıştırılan herkes, tabii hukukçu hedef tahtasında, devlet aklının uygulayıcısı diye damgalanacaktır. Hukukları ve hukukîliği idealizm(ler) den kaçarak şeylerin gerçek nedeni ardında nesnellikle tanımlamaya, bir bilim oluşturmaya çalışanlar bile, yürürlükteki yasaların ısrarlı koruyucusuna dönüştürülecek, “bir” adalete, ahlâka gönderme yapmadıkları, iradeye, amaca, işleve, yarara öncelik tanımadıkları için öfkeyi üzerlerine çekeceklerdir⁷. Oysa “hukuklar hep ataerkildir” ya da “hukukîlik başlangıçta güç ilişkisiyle belirlenmiştir” demek neden sergilenen şeyin ya da bir otoritenin savunusu olsun? Bunun tam tersini düşünmek makûlken. Belki tabii hukukçuları ya da yasacıları kızdıran şey, idealizm karşıtlığı onu bir yasayla özdeşleştiremediğinde “bir” hukukun yüceltilmesinin imkânsızlaşmasıdır: Demistifikasyona katlanamamak.

İdealizm karşıtlığını yasacı bir siyasî tavır saymaktan vazgeçmenin ve gerçek yasacıların kimler olduğunu görmenin zamanı geldi. Çünkü önce tabii hukukçular son aşamada hukuku yasayla tanımlayıp, dünya ötesi hukuk arayışında yasacılığa mahkûm oluyorlar; sonra iradeci pozitivistler benzer yaratma tekniğiyle dünyevî yasaya hukuk diyorlar. Bunun popüler yansıması da hukuk dünyasını saran “çâresizce pozitivism” oluyor: Tabii hukuk karşıtlığının doğru alımlanmasını engelleyen kuramsal eksiklik yüzünden, aşkın ve dünyevî yasalar arasında sıkışanların tabii hukukçuluktan pozitivism'e ya da ikinciden birinciye savruldukları çerçeve. Hukuku mutlak değerlere gönderme yaparak tanımlarken pratikte düpedüz yasacıya dönüşen tabii hukukçunun ya da yasadan yasaya gitmekten başka çâresi olmayan, yine de içinde bulunduğu koşullarda ve hukuk diye adlandırdığı mesleki yasa dünyasında hukukun üstünlüğüne gönderme yapan yasacının çelişkin konumu; Kant'ın hukukçulara lâayık bulduğu ve hukukîliğin anlaşılamamasından ya da görmezden gelinmesinden kaynak-

7) Nesnel bilgidен eyleme dolaysız geçişe ilişkin basit bir mantığın bu konudaki yanlış anlamaları körükleyeceği de ortadadır. Bunu kitabın “Sonuç” bölümünde ele alacağım.

lanan muhafazakârlık; kendini kuramdan soyutlamış ve bu tartışmaları anlamsız bulan ortalama mantık. Tabii hukukçular ve iradeci pozitivistler “hukuk yasadır” deseler de demeseler de hukukçuluklarını sonuçta aşkın ya da dünyevî yasayla sınırlarken şunu gözden kaçırmazlar: Hukuk yasa değilse yasacı da asla tam anlamıyla hukukçu değildir. Yalnızca hukukun iradeyle yaratılamayacağını savunan hukukçu, tutarlılıkla “hukuk yasa olamaz” diyecektir; hukuk tanımı konusunda aceleci davranmadan, hukukîliği ve hukukları düşünerek.

İdealist olmayan hukukçu her tanıma göreci-kuşkucu tavrıyla yaklaşacak, “bir” hukuku tanımlama çabasının hep sınırlı kalacağını, her tanımın, bu kaçınılmaz sınırlılığı gidermeye çalışıldığında bile karşıt tanımlara yaklaşp sınırları zorlayacağını bilecektir. Bir örnekle, kurala yönelik şeklî modern hukuk tanımları, aşkın bir hukuka gönderme yapmadıkları ölçüde, iradeci olan ya da olmayan tabii hukuk karşıtı tanım kategorisine girebilirler. Tanımı yapan, bu sınırlar dışındaki unsurlarla tanımı besleyerek, şu ya da bu amacı devreye sokarak, tabii hukukçuluğa, hukukî metafiziğe ya da iradeci pozitivistliğe kayabilir. Kaldı ki, hukuku salt kuralla tanımlama çabası, tabii hukukçu yan tanımlarla beslenmese de, hukukîliğin dünyaya bağımlılığını göstermek isteyen açısından yeterli olamayacaktır: “Sosyallikle özdeşleşen, ihlal edildiklerinde herhangi bir otoritenin güvencesi altında yaptırımla karşılanan, toplumdakilerin genelde uymayı kabul ettikleri, onlar arasındaki iletişimi ve belli ortak durumları yönlendiren kurallar dizgesi”yle hukuku tanımlayan bile, belirleyici unsur olarak kuralları ele aldığı anda, hukukîliğin sosyalliğe bağımlılığını açıklayamayacak, yasacılığa sıkışmış dar bir tanım yapmış olacaktır. Dışarıda kalmak ve dünyayı görmek isteyenler ise, iradeci pozitivistlikle sınırlanmış kısıtlayıcı etiketi reddedecek genel bir idealizm karşıtlığını seçeceklerdir.

Adcılık her türlü etiket karşısında kuşkuculuğu çağırır. Etiketler birbirlerine hiç uygun olmayan insanları ve görüşleri içerirken ya da çok yakın olanları kalın duvarlar ardında birbirinden ayırırken, işi sözde kolaylaştırır ama aslında her şeyi bulandırır. Her etiket, onu belirleyen merkezden sınırlara ilerledikçe, merkezdeki az çok türdeş tanımların ayırıcı özelliklerinden uzaklaşan, farklılaşan, yine bir başka etiketin sınırlarına sivrulanlara çok benzeyen unsurlar içerir. Çeşitli tabii hukuk karşıtlıkları farkedildiğinde, pozitivistizm adı verilen kuram dallanıp budaklanarak çeşitlenir ve etiketi parçalar. Bu parçalanmada, idealist olmayan tüm savların bir yasa kültürüne bağlı kaldığı iddia edilemez. İddia iradeci pozitivistlerle tabii hukukçuları bağlar ve aralarındaki fark, görüldüğü

gibi, yerel yasaya sonsuz itaat inancıyla, evrensel yasaya sınırsız bağlılık inancı arasındaki sözcükler farkıdır.

Ezberlerin kolay yokedilemeyeceği ortada; oysa tabii hukukçuların sırtlarını vazgeçilmez ve tartışılmaz saydıkları yasaya dayayarak neler yaptıklarını –engizisyoncuların elinde *Kutsal Kitap* vardı– tarih gösterdi, göstermeye devam ediyor. 20. yüzyıla kadar, modern devlet düşüncesiyle hem uzlaşmış hem de karşısında mevzii kaybetmiş tabii hukukçu görüşün, elini yıkayıp sorumluluğu devretmesini sağlayacak belli başlı bir savı yoktu. Tabii hukukçular insanlık suçlarını sınırlarını çizdikleri ve tanımladıkları pozitivizme havale etme fırsatını 20. Yüzyılda buldular. 2. Dünya Savaşı sonrasında, yaşanan dehşeti, önce Nazi soykırımıyla ardından da Stalinci kıyımınla özdeşleştirdikleri idealizm karşıtlığının sırtına yüklediler. Bu sav dayanaksızdı. “Pozitivizmin konusu hiçbir şekilde itaat ve ödev ya da itaatin hukuku değildir” diyen Schlink tabii hukuk rönesansındaki anti-pozitivizmin 1945 çöküşüyle ilgisi olmadığını söyler: “Tabii hukukun yeniden doğuşu döneminde benimsenen ön kabuller yanlıştı. İmparatorluk ve Weimar Cumhuriyeti dönemlerinde uygulama alanı bulan hukukî pozitivizm, bir buyruğa uyma ve buyruğun icrası ideolojisi değildi; daha çok hukukun yorumlanması ve uygulanmasına ilişkin, şekilcilik, akılcılık ve liberallikle tanımlı bir yöntemdi ve nasyonal-sosyalist hukukun akıl dışılığı ve keşmekeşliği karşısında hantal kaldı. Nasyonal-sosyalist hukukçular pozitivizm ve liberalizmi yanyana anıyor, ikisini birden tek solukta mahkûm ediyorlardı; onların bilimsel temsilcileri Weimar Cumhuriyeti dönemindeki pozitivistler değil, aksine diğerleriydi, yani 1933’ten bile önce pozitivizmin aşılmasını ve hukuk uygulamasıyla bilimin yeni politik içerikler, kararlar ve değerler doğrultusunda yönlendirilmesini talep etmiş olan hukukçulardı”⁸.

Duprat da bu dehşet döneminde Katolik Kilise’nin üst yönetiminin nasyonal-sosyalizmle nasıl uyduğu hatırlatır⁹. Papalık da mı pozitivistti? Pozitivizm tabii hukukçuların ilan ettikleri şey olsaydı, mükemmelen olurdu. Herhangi bir Yasa kitabına ya da onun herhangi bir buyruğuna körü körüne bağlı kalmayı öneren tabii hukukçuluk tarih boyunca şunu kanıtlamıştı: Buradan yalnızca ve hep, sıfır noktasında özgür irade yaratımı olan Hukukun –amansız– Üstünlüğü’ne varılır. Yasalar aşkın bir odakta iyi ve kötünün ön belirlenmesiyle oluşturuluyorsa, bu üretim tehlikeli

8) Bernhard Schlink, *Geçmişe İlişkin Suç ve Bugünkü Hukuk*, s. 22, 23, 93.

9) Gérard Duprat, *Dışınca Özgürlüğü ve Hoşgörü*.

biçimde iradecidir; bir Hakîkat'in ardında hâkim olanların gücüyle özdeşleşir¹⁰. İradeci pozitivizm bu mantığı dünyaya indirecek, ilk modernlerden sözleşmecî Suárez¹¹ ulus iradesi mitosuna kapıyı açacak, mutlakiyetçi Hobbes Leviathan'ı ölümlü Tanrı diye adlandıracaktı¹². Duguit'ye göre iki görüş arasında niteliksel fark yoktur: Yasayaratıcı dünyevîleştirildiğinde hukuk/din alanları birbirinden ayrılmış görünür. Ama egemenlik kaynağını sözleşmeyle ulusta –yasayaratıcı sayıldığından ulusa dönüşen kurgusal bütünde– ya da onun iradesinde bulurken, “süreklilik” kazandırılarak sonsuzlaştırılmış ulus eski dinî güçlere pek yakın bir anlam kazanır¹³: Ebedî bir Hakîkat. Bu da iradeci pozitivizmin teolojik ve tabii hukukçu yanını gizlerken, soyut bütünün gerçekte neye tekabül ettiği belirsiz yararına yönelik amaçsal özelliği korur. Her meşrûyet bağı, gönderenle gönderilen arasındaki ikici-hiyerarşik bağ olduğundan, gönderme dünyevî odağa yapılsa da kutsallaştırıcıdır; maddi gerçekliğin yerine Hakîkat'in geçirilmesidir. Machiavelli'yi Machiavelli yapan açıklama: Maskenin kaldırılması ve güç ilişkilerinin ifşa edilmesi; Kelsen'in deyimıyla bir “iktidar Gorgon'uyla karşılaşma”¹⁴. Tabii hukukçular bu aynaya bakmak istemedikleri için Machiavelli'den kaçır, aynı yolda pervâsızca yürüyen iradeci pozitivistleri gösterirler.

Pozitivizmden tabii hukukçuluğa sivrulan Radbruch'un, adalet, eşitlik değerleriyle olgular arasında bağ kurmaya çalışan eklektik yöntemi de epistemolojik bir imkânsızlığı aşamadığı gibi basit bir muhakemeden¹⁵ öteye gidemez. Her şey olup bittiğinde “değerlere dayalı formül uygulanırsa bunlar olmazdı” yaklaşımının farklı değerlerin amansızca çatıştığı ortamda neye yarayacağı da belirsizdir. *Hukukî Pozitivizm Nedir?* başlıklı kitabında, Pius XII'nin hemen savaş sonrasında, 1949'da yaptığı konuş-

10) Bu açıdan Papalık siyasetini kitabın “Modern tabii hukukçuluk ve hakları” başlıklı bölümünde ele alacağım.

11) *Modern Düşüncenin Doğuşu*'nda “Devleti Düşünmek” başlıklı III. bölümde “Sosyal Sözleşme” başlıklı altbölüm ve devamı.

12) *İktidarın Üç Yüzü*'nde “Sivil Toplumun Tanrısı” başlıklı I. bölümde “Merkez Kavram: Devlet” başlıklı altbölüm ve “Sonuç”.

13) Léon Duguit, *Souveraineté et Liberté*, s. 67-83.

14) Kelsen'in iktidar Gorgon'u üstüne söylediklerini kitabın “Demokrasi ve otokrasi” başlıklı bölümünde daha geniş ele alacağım.

15) Gustav Radbruch'un formülüne göre, adaletle pozitif yasa arasında tahammül edilemez bir çelişki doğduğunda pozitif yasaların adalet karşısında hukukî geçerlikleri kalmayacaktır; adaletin özü olan eşitlik pozitif hukukun oluşumunda bilinçli olarak inkâr ediliyorsa onlar yalnızca âdil olmayan hukuk olmakla kalmaz, hukukî mahiyeti de bütünüyle kaybeder (*Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*, s. 35-39).

maya –“Hukuk ve Vicdan-Nesnel Hukuk Normları”– gönderme yapan Scarpelli, Papa’nın pozitivizmi Devlet mutlakiyetçiliğiyle özdeşleştirdiğini anlatır. Papa’ya göre “hukuk dayandığı temelden, değişmez tabii ve pozitif ilâhi yasadan koparılsa, onu devletin en üst norm sayılan yasasına dayandırmaktan başka yapılacak şey kalmaz: Böylece mutlakiyetçi devlet ilkesi koyulmuş olur”. Scarpelli bu tabii hukukçu görüşü karşı hukukî pozitivizmi savunurken, pozitivizmin “şekli olarak yansız, her türlü değer yargısından arınmış bir tavırla hukuku ahlâktan ayıran bir hukuk kavramı tanımı” olduğunu belirtir. Ama ardından bu yaklaşımın, tanımın pragmatik işlevine uygun biçimde, ahlâkî ve ideolojik değerlerle desteklenen bir politik taraf tutmayı gerektirdiğini ekler. Scarpelli’nin bir yandan Hukukî Bilim’in yansız seçimi, öte yandan da bu bilimin pratiği saydığı çifte pozitivizm onu liberal devlet övgüsüne sürükleyecektir¹⁶.

Scarpelli de Radbruch’un tersine tabii hukukçuluktan kaçarken iradeci pozitivizme yakalanmıştır. Papa ise tabii hukukçuluğa olumsuz alternatif olarak devletçi pozitivizmi gösterirken, tabii hukuk karşıtlığını, en korunmasız yanından, iradeci pozitivizmden vurmaktadır. Scarpelli tabii hukukçu olmayan yaklaşımların Hukukî Bilim ardındaki yansız tavrına, ahlâkî ve ideolojik değerleri, politik tarafgirlikle modern devlet savunusunu ekleyince bu pozitivizmi seçmiş olur. Oysa Papa’ya, tabii hukukçulara ve iradeci pozitivistlere karşı, idealist olmayan tavrın, bilimsel yaklaşımla devletli hukuku “hukuklardan sadece biri” diye tanımlamaktan geçtiğini düşünebilirdi; önemini vurguladığı, Hukukî Bilim’in pratiğine duyulan ihtiyacı da karşılamış olurdu. Modern devlet hukukuyla özdeşleştirilmiş yanlı ve iradeci pozitivizmden, belki pozitivizm sözcüğünden vazgeçerek uzaklaşırdı.

Pozitivizm ideolojisinden kurtulmak için, sözcüğün önüne eklenen darlaştırıcı “hukukî”, “sosyolojik”, “mantıksal”, vb. nitelemelerinin tahakkümünden de kurtulmak gerekir. Bunlar, birçok yönden değerlendirilebilecek farklı görüşleri karşılarlar ve belki bu nedenle de her etiketin anlamsal sınırlılığını gözden kaçırmayan genel ve esnek bir yaklaşım önerilmelidir: Artık pek yanıltıcı olan pozitivizm sözcüğünden vazgeçip, iradeci pozitivizm hariç, tüm tabii hukuk karşıtı görüşleri kapsayacak bilimsel tavırla, bir yorumu ve tavrı yaftalamadan idealizm-ikicilik-amaçsallık üçlüsünü reddetmek, hukukun idealist tanımına karşı çıkmak doğru olacaktır. Çünkü pozitivizmin mutlak kötülüğe denk düşürülmüş

16) Umberto Scarpelli, *Qu’est-ce que le positivisme juridique?* s. 89, 86, 87.

bir şöreti var: O, idealist hukuk anlayışında, yasaya ve devlete koşulsuz boyun eğmektir ve sayısız pozitivist kuramcı herkese bu öneride bulunmaktadır. Kelsen, Hart, Bobbio gibi demokrat, insan haklarıyla ilgilenen ve pozitivist denen çok hukukçu var. Pozitivist yasaya körü körüne bağlı kalan ya da “hukuk yalnızca devletin hukukudur” diyense, nasıl oluyor da bazı pozitivistler ulus-ötesi bir hukukî düzeni savunabiliyor ya da insan hakları adına mücadele edebiliyorlar?

Foucault “kuşkusuz, tercih edilmesi gereken adcılıktır”¹⁷ der ve pozitivism de bir addır. Türdeş unsurlar içermeyen bu etiketin içini özellikle 20. Yüzyılda idealistler tekyanlı olarak doldurmaya kalkıştı. Onlar için tek pozitivism türü olan iradeci pozitivism kabul edilebilecek bir görüş ve tavır olmadığına göre, tabii hukukçuluk ya da idealizm dışında seçilecek yol kalmamış mıdır? Yoksa hukukçu, iradeci pozitivismle birlikte hukukî idealizmden de kurtulmalı mıdır?

17) Michel Foucault, *La volonté du savoir*, s. 123.

Bu çalışmaya, “hukuk nedir?” sorusunun iki ana cevabı vardır diyerek başlamıştım. İki sözcüğü yanıltıcı olmamalı; hukuk, daha doğrusu hukukîlik ve hukukların tanımlarını basite indirgeyerek sınırlamak ve tüketmek niyetinde değilim. Hatta sözünü ettiğim iki cevaptan idealist olmayanı ona yakıştıran tekdüzelikten kurtarmak, onun zenginliğini göstermek niyetindeyim: Çeşitli tanımlar, bunları yapanların dünyaya bakışı ve yöntemiyle belirlenirken ortaya çok farklı önermeler çıkar ve iki ana yatağın sayısız kolunu oluştururlar. Bir yataktan çıkan dallar diğer yatağa çok yaklaşıncı onun dalları sanılabilir ya da ayrıldıkları yatağa kıyasla diğerine benzeyebilir. İradeci pozitivizm, iradeci yanıyla önce modern tabii hukukçuluğu, sonra klasik tabii hukukçuluğu andıracaktır ve çalışmada da modern idealizmin bu özelliğine sıklıkla değineceğim. Ama benzerlik tabii hukukçulukla iradeci pozitivizmin bazı unsurlarını eklektik bir tavırla yanyana getiren kuramsal arayışlara yol açsa da “hukuk nedir?” sorusunu cevaplandırabilmek için başvurulacak iki aykırı kaynağı telif çabaları onların, ayrı ayrı ve birbirlerini inkâr eder mahiyette asıl ya da tek olma özelliklerini ortadan kaldırmaz. Hukukçu şu ya da bu kaynağı dünyaya nereden bakıyorsa oradan seçebilir; dünyevî olan ya da olmayan

iki kaynaktan birini seçmeye karar veremediğinde de bir üçüncü gerçek kaynak olamayacağını bilmek zorundadır¹.

Kaynak sözcüğünü burada hem *source*'u hem “neden”, “ilke” diye de çevrilen *originis*'i karşılayarak kullanıyorum. *Fundamentum*'un karşılığı olarak “temel” sözcüğü de sıklıkla kaynak anlamında kullanılır ve sözcükleri herkesin gönlünce kullanması engellenemez; bence, dünyevî olanın bilinçdışılığı iddia edilecekse, kaynak sözcüğü hukukîliğin doğuşu hakkındaki kuramsal tartışmalara daha uygundur. Buna karşılık bilinçli dünyevî yaratılışa, Savigny'nin *Volksgeist*'ına ya da Lévy'nin kolektif bilincine ilişkin anlayışta, hukuku bir şeyin üstüne oturtmak demek olan ve bir tür kuruluşu iyi ifade edebilecek sözcük “temel” olacaktır.

Genelde tabii hukukçular öyle olmayanları hukukla kaynağı birbirine karıştırmakla suçlarlar. Burada kaynak deyince, onların aklına önce yasa-içtihat-öğreti üçlüsü gelir ve hiçbirinin hukukun kendisi olmadığını söylerler. Sav doğrudur, hukuk yasayla nasıl sınırlanamıyorsa bu kaynaklarla da sınırlanamaz; ama “hukuk yasa olamaz” diyen tabii hukukçu, hukukla yasayı kaynahta özdeşleştirdiği gibi, o kaynağa tâbi bir içtihat ve öğretiyi de hukukla özdeşleştirebilir. Bu anlayışa karşı, çalışmada hukukîliğin güç ilişkisiyle-ilişkileriyle yasa, yasayla güç kullanımı arasında kurulacak bağ çerçevesinde saptanabileceğini ve bu çerçeveye giren diğer aslı unsurları içereceğini söyleyeceğim. Hukuku yalnızca yasa, içtihat, öğretilerle, hatta bunlara eklenecek başka birçok unsurla eksiksizce tanımlamak imkânsızdır. Kaldı ki hukuk yerine hukukîlik ve hukukları ele alan çalışmada zaten kaynak sözcüğü klasik kaynaklardan farklı anlam taşıyor². Ancak hukukîliği doğduğu kaynağa göre tanımlama çabası da onu kaynakla karıştırma eleştirisi olabilir. Endişe yersizdir; çünkü kaynağı sorarak işe başlamak, hukukîliği tabii hukukçu ve iradeci pozitivist tarzda aşkın ya da dünyevî kaynakla karıştırmak değildir; hukukîlik ve hukukların tanımına imkân verecek süreci başlatmaktır.

Bir tabii hukukçu olan Terré bile, idealistlerin pozitivizm suçlamaları konusunda nesnellliğini koruyarak, hukukçunun yapacağı temel seçimin idealizmlerle pozitivizmler arasındaki seçim olduğunu söyler. Farklı idealizmlerin ortak çıkış noktasında tabii ya da dünyevî yasa hukukla çıkarılır. Terré'nin farklı pozitivizmler dediği idealizm karşıtlıkları ise, ira-

1) Tabii hukukçu ve pozitivist yaklaşımlara farklı hukukî okulları ekleme çabasındaki temel bir yanlışlığı kitabın “Yasa ve yorum” başlıklı bölümünde ele almıştım.

2) Bu konuyu da kitabın “Yasa ve yorum” başlıklı bölümünde ele almıştım.

deci pozitivizm hariç, gerçekliğe denk düşen hukukların ötesinde hukuk olmadığı, onların da herhangi bir yasayla özdeşleşmediği ilkesine dayanır³ ve pozitivizm sözcüğünü parçalarlar.

Kaynak sorusu “yasa ile uygulamadan hangisi diğerine önceldir?” diye de sorulabilir. Yasayı uygulamanın öncesine yerleştiren tanımlar tabii hukukçu olanlar, uygulamayı yasanın önüne yerleştiren tanımlar ise, bu yönüyle iradeci pozitivizm dâhil, tabii hukukçu olmayanlardır. Tabii hukukçu tanımlar yasayı uygulama öncesine koyup belirleyici kıldıkları ölçüde uygulamanın önemini azaltarak, onu bazen yoksayarak, uygulama-yasa bağının, dolayısıyla güç kullanımının zorunluluğunu gözardı ederek hukuku tanımlayacaklardır. Bu eğilimin doruğu sürapozitif ilkedir: “Olan” bütünüyle ona aykırıysa da olması gereken bir hukuk vardır. Tabii hukukçu olmayan ise “uygulanmayan yasa yasa değildir” savıyla buna karşı çıkacaktır. Bu tür itirâzların tamamını pozitivist sayan tabii hukukçu literatüre uygun dar anlamda değil, geniş ve esnek anlamıyla çeşitli pozitivizmleri hukuk kuramcısı sıfatıyla üstlenen düşünürlerin tanımları kaynağa ilişkin tanımlardır.

Örnekleri görüleceği gibi, ona yakıştırılan ideolojik etiketin tam karşısında duran idealizm karşıtı, her yasayı onaylamaz ve bu doğrultuda siyasî tavır almaz. O, yasanın ve hukukîliğin kaynağı sorusuna şeylerin gerçek nedenleri ardında cevap arayan ya da aşkın cevaplar aramayandır. İddia edilenin tersine yasaya da hukuklara da dışarıdan bakar. Bilim yapıyorsa, ondan istenen nesnelliğin asgarî gereği, “bir” Hakikat ardında güçten yana olmamasıdır. Bu da hukukîlik ve hukuklar tanımı güç ilişkilerini ve güç kullanımını içerdigi ölçüde zorlaşacak, sürekli eleştirel direnç ve bilinç isteyecek bir yansızlıktır.

Weber, modern tabii hukukçuların tabiata ya da akıla gönderme yaparak hukuku hukuk ötesi odağa oturtmalarına karşı çıkar. Değerleri bilimin alanından dışlayan hukukçu/sosyoloğa göre onlar sübjektif nitelik taşır ve keyfî seçimlere bağlıdır. Bu, tabii hukukçuluk ya da idealizm karşıtı tavra özgü göreci –iradeci ya da kararçı denilebilecek yanı unutulmadan– tanımdır⁴.

3) François Terré, *Introduction générale au droit*, s. 124-126.

4) Simone Goyard-Fabre, Leo Strauss'un *Tabii Hukuk ve Tarih*'te Max Weber'i “pozitivizmin sosyal bilimlerdeki en büyük temsilcisi” diye sunduğunu yazar. Goyard-Fabre'in sözünü ettiği bölümde Strauss, Weber için olumsuz anlamda “tarihselci” sıfatını kullanıyor, bazen ona nihilist de diyor, ama yukarıdaki cümleye rastlamadım ya da gözden kaçırdım. Yine de hem Strauss'un hem onunki gibi bir olumsuzlamayla olmasa bile Goyard-Fabre'in Weber'i bir pozitivist olarak gördükleri ortada (Simone Goyard-Fabre, *Les principes philosophiques du droit moderne*, s. 380).

Karşıtlığın uygun anlamı Demokritos, Epikuros, Spinoza, Montaigne, Montesquieu⁵, Marx, Nietzsche, Durkheim, Weber, Freud, Mauss, Kelsen, Foucault, Althusser, Lévi-Strauss, vb. gibi adları içeren ve yapısalcılık, neo-pozitivizm, mantıksal pozitivizm, postpozitivizme kadar uzanan, tüketilmesi de mümkün olmayan süreçte kavranabilir. Tüm bu kuramcılar ve kuramlarının tabii hukukçuların tanımladığı pozitivizme uygun olduğu kanıtlanırsa sorun yok, hepsinden vazgeçilebilir. Aslında sorun var; tabii hukukçular, görüşleri kabul edilmediğinde pozitivizm dışında seçenek kalmayacağını söylüyorlar. Ama yukarıdaki düşünürlerin kuramları idealizm karşıtlığının hukukî pozitivizmle, sosyolojik pozitivizmle, vb. sınırlanamayacağını ve geniş tanıma, hatta tanımlara ihtiyaç duyulacağını kanıtlarıdır. Yeter ki pozitivizmin o yaygın ve bazen tabii hukukçu ya da idealist olmayanlarca da onaylanmış olumsuz adının etkisinden kurtulunsun ve bu ideolojik nitelendirmeye benzemeyen yaklaşımlar görülebilsin.

Hart'ın günümüz anglo-amerikan pozitivizm tanımının çelişkilerini sergilemek için sunduğu beş önermeden birincisi ve en geniş "1- Yasaların kaynağını insanlarda bulan buyruklar olduğu" önermesidir. Diğer dört önermeye bakılırsa, pozitivizmin çeşitli biçimlerde tanımlanabileceği ortaya çıkar: "2- Hukuk ve ahlâk arasında ya da olanla olması gereken hukuk arasında zorunlu bağ bulunmadığı önermesi. 3- Hukukî kavramların analizinin –ya da anlamları hakkındaki incelemenin– a- yapılmaya değer bir analiz olduğu önermesi; b- bu analizin, yasaların nedenleri ya da kaynakları üstüne tarihî incelemelerden, hukuk ve başka sosyal olgular arasındaki ilişkilerin sosyolojik incelemelerinden ve ister moral ister sosyal hedefler, isterse 'işlevler' çerçevesinde ya da farklı çerçevede dile gelsin, hukuka yönelik her eleştiriden ya da onaylamadan ayırılabilmesi önermesi. 4- Bir hukuk sisteminin 'kapalı bir mantıksal sistem' oluşturduğu ve onda, sosyal hedefler, politikalar ya da ahlâkî standartlara hiç gönderme yapılmadan, önceden belirlenmiş kuralların mantıksal yollarından

5) *Kanıunların Ruhu*'nda hukukun zamana, mekâna ve toplumlara göre değişkenliğini ileri süren Montesquieu'nün tabii hukukçu görüşü karşıtı antropolojik tanımı ilk veren düşünürlerden olduğu açıktır. Ama onun da, *Denemeler*'in "Raymond Sebond'un savunması" başlıklı bölümünde "bu dağların sınırladığı hangi hakikat, arkasındaki dünyada yalana dönüşmez?" diyen Montaigne'in sadık izleyicisi olduğu unutulmamalı (*Essais II-12*, s. 348). Montaigne'i bu konuda aynı metaforla izleyen, ama ne Montaigne ne de Montesquieu'yle kıyaslayacağım Pascal'de var iki düşünür arasında. O da *Dişünceler*'in "Sefalet" başlıklı III. bölümünde "Hoş adalet doğrusu, sınırları belirlenmiş bir nehir ya da dağ gibi! Pireneler'in bu yanında hakikat, öteki yanında hata" diyecektir (*Blaise Pascal, Pensées sur la religion et sur quelques autres sujets*, s. 10-13). Montaigne'in yaklaşımını kitabın "Yasa Gücü ve Anlam Borcu" başlıklı bölümünde ele alacağım.

doğru hukukî kararlar çıkarsanabileceği önermesi. 5- Ahlâkî yargıların, olgu hakkındaki yargılarda olabildiği biçimde rasyonel uslamlama ya da kanıtlarla saptanamayacakları veya savunulamayacakları önermesi – Etik bilinemezlik”.

Hart bu tanımında Bentham ve Austin'in 1., 2. ve 3., teze sahip çıkıp 4. ve 5. teze karşı olduklarını, Kelsen'in 2., 3. ve 5. tezi savunup 1. ve 4. teze karşı olduğunu söyleyecektir⁶. Bu önermelerden birinin, birkaçının ya da hep birlikte beş önermenin pozitivizmin vazgeçilmez belirleyicileri sayılması istenirse, sanılacak olanın tersine çok kısıtlayıcı bir ya da birkaç tanım ortaya çıkar; hatta üçüncü önerme türünden tek önerme bile birçok yaklaşımı hukukî pozitivizm dışına atar. Önermelerden bazılarının, örneğin dördüncüsünün bir diğerini ya da birkaçını kesinlikle tanım dışı bıraktığı da iddia edilebilir; beşinci önermenin ikinci önermenin mantıksal devamı olduğu da. Troper Hart'ın önermelerini şöyle değerlendirecektir: “Bunlar pozitivistlerin benimsediği beş tez değil, hukukî pozitivizmin beş anlamıdır. Öyle ki pozitivist, bunlardan herhangi birine katılan ya da katılmakla suçlanandır”⁷. Hukukî pozitivizmin beş anlamına başka anlamların eklenmemesi için neden yok; hukukî pozitivizmi savunan ve suçlayan ne kadar hukukçu varsa o kadar tanım vardır.

Hart'a yakın bir diğer pozitivist kuramcı, Ross, hukukî pozitivizm sözcüğü sık kullanılsa da ne olduğu hakkında genel onay bulunmadığını ve onun hiç tutarlı olmadığını, belirli bir anlamı çağrıştıramadığını anlatır. Hukukî pozitivizmi koruyanlar açısından da onu suçlayanlar açısından da geçerlidir bu sav. Ross'a göre hukukî pozitivizm, geniş yorumla, hukukî kuram ve Hukuk Felsefesi'nin sorunlarına metafizik karşıtı ampirist ilkelere yaklaşır. Sonra Ross hukukî pozitivizmin çekirdeğini oluşturan iki temel tezden sözeder: a- Tabii hukuk inancının bütünüyle yanlış olduğu, böyle bir hukuk olamayacağı ve hukukun yalnızca pozitif hukuk olduğu tezi. b- Hukukî Bilim'in kuram ya da yöntemine özgü öğretinin tezi. Bu son tezde hukukbilimci kuramsal ve yöntemsel çalışmasında, tabii bir ahlâktan ya da tabii bir hukuktan çıkarsanmış herhangi bir fikir ya da ilkedен kesinlikle uzak kalmalıdır; temel hukukî pozitivist tez budur. Ama Ross'ta pozitivizmi belirleyen ve onu tabii hukukçuluktan ayıran asıl unsur “geçerlik”in kabulü ya da reddidir. Pozitif hukukun geçerliğini devlet otoritesinden aldığını iddia etseler de, Kelsen gibi kuralın varlı-

6) H. Lionel Adolphus Hart, *Le concept de droit*, s. 318.

7) Michel Troper, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, s. 27, 28.

ğının –geçerliliğinin– onun etkililiğiyle aynı şey olduğunu savunsalar da hukuku geçerliliğiyle tanımlamaya çalışan hukukî pozitivistler, yine bu ilkeye gönderme yapan tabii hukukçulardan farksız biçimde neredeyse-pozitivist”tirler⁸. Gerçek pozitivist, ampirist ilkelere dayalı bir bilimde yeri olamayacağından bunu reddeder.

Hart ve Ross’a kıyasla, Ross’un neredeyse-pozitivist dediği Kelsen’e daha yakın olan Bobbio’dapozitivizmle tabii hukukçuluk arasındaki fark, hukuku yaratı ya da veri sayma farkıdır: “Pozitivizmi, tarihi boyunca, diğerlerinden ayıran olgu, hukukun hep ‘yaratılmış’ bir şey, insanî, tarihî, uzlaşım sal, hatta yapay bir yaratının nesnesi ve sonucu biçiminde, norm ya da normlar bütünü olarak ele alınmasıdır. Pozitivistle pozitivist olmayanın hukuk karşısında aldıkları tavrı kısaca açıklamam gerekirse, bunu, hukuku yaratı ve veri olarak algılama arasındaki fark diye açıklayabilirim”. Bobbio bu tanımın ardından hukukî pozitivistin tarihinde üç farklı görünüm ortaya çıktığını belirtir: 1- Bilimsel yaklaşım: Hukukî Bilim’de pozitivist gerçek hukuk karşısında idealist değil bilimsel ve nesnel tavra denk düşer. Hukukî pozitivist hukuku tanımlarken tanımına sızacak tüm amaçsal unsurları (ortak yararın tatmini, adaletin gerçekleştirilmesi, vb.) titizlikle ayıklayan kişidir. 2- Kuram ya da anlayış: Burada hukukî olgu baskı uygulayacak merkezî güce bağlanır. Hukukî pozitivist böylece devletli hukuk anlayışıyla ve devletçilikle özdeşleşir. 3- İdeoloji⁹: Bu, onu ideal hukukla ilişkilendirecek yaklaşımlardan bağımsızca, varolan hukuka yalnızca var ve geçerli olduğundan pozitif değer atfeden yaklaşımdır.

Bobbio hukukî kurama yaklaşım tarzı olan pozitivistle hukukî pozitivist adı taşıyan kuramı birbirinden ayırarak hukukî pozitivist¹⁰ tanımını da farklılaştırır. Devletçi kanadın yaklaşımına örnek gösterdiği Luther ve Hegel yanında Kelsen’i de neredeyse-pozitivist sayan¹¹ Ross’un tersine, Kelsen’i Hegelci devlet pozitivistinin karşı kutbuna yerleştirir. Kelsen hakkındaki bu yorum Ross’unkinden nesnel olsa da Bobbio ilk geniş yorumunu sarsarak, “hukukî pozitivistin tarihî üç farklı görünümü” arasında “kişisel durumum” diye adlandırdığı öznel bir seçim yapacaktır:

8) Alf Ross, *Introduction à l’empirisme juridique*, s. 150, 151, 159, 161, 164.

9) Norberto Bobbio, *Essais de théorie du droit*, s. 227-237.

10) Bobbio’nun bu yorumuna uygun biçimde kitabın “Hukukî kuram ve siyaset” ve “İrade norm yaratır mı?” başlıklı bölümlerinde kuracağım Kelsen-Spinoza ilişkisi Kelsen’in Hegel’e yakın olamayacağının da iddiasıdır.

11) Alf Ross, *Introduction à l’empirisme juridique*, s. 160, 161.

İdeolojik düzlemde inançlı bir tabii hukukçu, yöntemsel düzlemde inançlı bir pozitivisttir; hukukî kuramda ise ne tabii hukukçu ne de pozitivisttir.

Pozitivist ve pozitivism etiketlerinin aynı kuram içinde bile türdeş olmayan böyle unsurlar barındırdığını o etiketlere başvuran başka kuramcılar da kabul etmek zorunda kalırlar: Kendi pozitivismiyle hukukî pozitivist Kelsen'in karşısına dikilen Duguit de hukukçudur, ama ona sosyolojik pozitivist deniyor ve tabii hukukçu Villey onu eksiksiz bir pozitivist sayarken, Kelsen'e göre Duguit tabii hukuktan kopamıyor. Sfez de hukukî pozitivismle sosyolojik pozitivismin birbirinden ayrıldığını söyleyerek Duguit'yi yarı-tabii hukukçu yarı-pozitivist konuma yerleştiriyor: "Durkheim yandaşı olan Duguit (...) hukukî açıdan, daha çok tabii hukukçular kategorisinde yer alacaktır – insan tabiatının sonsuzluğu, adalet duygusu. Fakat, bu yaklaşımını, yetersiz biçimde, bir diğer yaklaşımla birleştirir: Adaletin evrimsel ve değişken içeriği. Altını çizdiğim, gözardı edilmiş çelişki budur. Madalyonun bu yüzü, Duguit'nin sosyolojik pozitivist diye nitelendirilmesini sağlar"¹². Bobbio ise hukukun kaynağının insan iradesi olmadığına, sosyallik olduğuna inananları ve Duguit'yi, bu kaynağa "veri" yerleştirdikleri için tabii hukukçular safında görüyor, başkalarınca pozitivismde dâhil edilen "toplum yaratısı hukuk" tanımına pozitivist demiyor. Ancak Bobbio'nun iradeciliğe kayan *iuspositivism*'ini beğenmeyen pozitivistler de çıkıyor. Ben de "hukukun bilinçli ya da bilinçsiz insan etkinliğinin ifadesi olduğu" iddiasının "bilinç"le onu iradeciliğe yaklaştırdığını düşünüyorum; hukukun iki kaynağından birini tanımlarken yaratı sözcüğünü seçmesinin nedeninin de bu olduğu kanısındayım. Hukukî pozitivism Bobbio'nun tanımladığı şeyse, Bobbio'ya rağmen Kelsen hukukî pozitivist olamaz; Kelsen hukukî pozitivistse Hart değildir; Bobbio da kendi deyimiyle bazen hukukî pozitivist olur bazen olmaz. Troper'de Kelsen, Bobbio, Hart ve Ross epistemolojik pozitivismin ya da pozitivist epistemolojinin savunucuları sıfatıyla yanyana gelirler¹³. Hayek, Schmitt'in liberalizmin temsilcisi sayarak saldırdığı Kelsen'i bireyci liberalizm karşıtı sosyalist ideolojinin kurucusuna dönüştürür ve bu ideolojinin ya da hukukî pozitivismin "bir" demokrasinin sınırsız güçlerinin başlıca dayanağı olduğunu ileri sürer. Ama iradeci tüm öğretilerin kaynağında pozitivistlerin olduğunu iddia ettiği¹⁴ anda ne Duguit

12) Lucien Sfez, "Duguit ve devlet kuramı. Temsil ve iletişim", *Devlet Kuramı*, s. 412.

13) Michel Troper, *Le droit et la nécessité*, s. 34, 39.

14) Friedrich August Hayek, *Scientisme et sciences sociales*, s. 105.

ne Kelsen onun pozitivizm tanımına sığarlar. Öyleyse Hayek'e karşı ve onun sayesinde, bu kuramcılar iradeci pozitivistlerden ayırmak gerekir. Hayek de iradeci olmayan Savigny'ye ve Okulu'na pozitivist denmesine karşı çıkar. Hart'ı da pozitivist bulmazken, pozitivizmden saptığı söylenen Radbruch'u her daim pozitivist bulur¹⁵. Düşünürler arasındaki en kökten ayrılıkların bile siyasî pratik içinde eridiği de unutulmamalı: Tabii hukukçu Dworkin, Hart pozitivizminin en keskin eleştiricilerinden biridir; siyasî tavrıyla ise, Vietnam savaşı sırasında sivil itaatsizliği savunurken, Bush'un terörizme karşı başvurduğu idari yolları kınarken, Guantanamo'ya karşı çıkarken, kürtaj, ötanazi ve eşcinsel evlilikten yana tavır alırken Hart'tan hiç uzakta değildir.

Bobbio'nun yaratı ya da veri olarak geniş hukuk tanımının onu kâh hukukî pozitivist, kâh tabii hukukçu yapan seçim serbestisine izin verip vermeyeceğini sormak yersiz; ama Kelsen tabii hukukla tabii hukuk karşıtlığı arasında savrulmazdı. Hart'ın, Ross'un, Hayek'in uyumsuz tanımlarının, pozitivizme verilecek anlamları çeşitlendirerek ve kapıları açarak, tabii hukukçu savaş parolasının tahakkümünden onu kurtararak idealizm karşıtlarını özgür bırakacağı kanısındayım. Yine de tabii hukukçuluğun yasayaratici iradesini akla getirecek yanlış anlamalara engel olmak için, yaratı sözcüğü üzerinde bir kez daha duracağım. Bobbio onu tabii hukukçu yaratıma zıt anlamda kullanır; veri derken de yaratıcı iradenin tabii hukukçu versiyonuna gönderme yapar. Bence Bobbio'nun veri sözcüğünün yerine hem aşkın hem de dünyevî iradî kuruluşu anlatan yaratı oturtulmalı. İradeci olmayan bir anlayışa ise "kendiliğinden" anlamı taşıyan "doğuş" kavramı uygundur ve tabii hukukçu görüşlerine yakın olmasam da Hayek'in düşüncesi bu yöndedir: O her toplumun düzeniyle kuralların kendiliğindenliğini birbirinden ayırır ve ilkinin ikincinin üstüne oturtur. Kurallar böyle düşünüldüğünde sosyallikten önce gelir ve hukukîliği yasa koyma işleminin önüne geçirir. Hiçbir zaman iradeyle icadedilmemiş ve edilemeyecek bir hukukîliğe göre, yasa koyma insan türünün tarihinde geç bir icattır. İnsanın kendine özgü bilgelikle, hukukî ya da ahlâkî bir kurallar sisteminin tamamını kavradığına ilişkin hâkim entelektüel *a priori*den kurtulmak isteyenler sosyalliğin ilkel başlangıcına, hatta öncesine bakmalıdır¹⁶.

15) Friedrich August Hayek, *Droit, législation et liberté* II, s. 63, 66, 67; *Scientisme et sciences sociales*, s. 72, 134.

16) Friedrich August Hayek, *Droit, législation et liberté* I, s. 53, 88, 89.

Tabii hukukçu görüş hukukun özerkliğini öne sürer. İnsanların ve toplumun ötesinde yaratılmış bir kurallar bütünü varsa, bu özerklik karşısında sosyal olan her şey ona bağımlıdır. Ön belirlenmiş bir kurallar bütünüyle, “bir” doğru/yanlış, iyi/kötü, âdil olan/olmayan anlayışıyla düzenlenmesi gereken dünya, hukukun başlangıç iradesiyle yaratılmış öncelliği varsayımına dayanır. Bu öncelliğin, özerkliğin ve belirleyiciliğin vurgulandığı tanımlarda, “(H)ukuk şudur ya da budur” diye büyük harfle yazılmış sözcükle işe başlayanlar isteseler de istemeseler de tabii hukukçudurlar. “Sosyallik hukuk salgılar” parolası bile sosyallikten doğup yekpare bir bütün gibi ondan ayrılan bir hukukun özerkliğini düşündürüp tanımı beğenenleri benzer tuzaklara düşürecektir.

Hukukun bağımlılığını düşünebilenler “bir” hukuk tanımı yerine, toplumlarına özgü hukuklar ve bunların karşılaştırılmasını sağlayacak hukukîlik tanımını tercih ederler. Bu yaklaşımın, başlangıç toplumunda hukukîlik, siyasîlik ve dinîliğin iç içe geçip sosyallikle özdeş olduğunu gösteren antropolojik bakışla, verimli sonuçları olacağı açıktır. “Hukukçular hâlâ bir hukuk tanımını arıyorlar” diyen Kant’tan iki yüzyıl sonra Georges Vedel 1989’da *Droits* dergisinin ünlü 50 hukukçuya sorduğu “hukuk nedir?” sorusuna “bir toplumun hukukunun ne olduğunu pek iyi bilmesede hukuksuz toplumun ne olacağını bildiğini” söyleyerek “bir hukukçu sıfatıyla, hayatımın sonunda hâlâ iyi bir hukuk tanımım yok”¹⁷ cevabını vermişti. Bana kalırsa Vedel hukuksuz toplum olamayacağını çok iyi bildiği için “bir” hukuk tanımının zorluğuna değinmişti; hukukîlik ve hukukların tanımının başladığı yeri ya da hukukî zorunluluk olarak sosyalliği göstermişti.

17) Geneviève Chrétien-Vernicos, “L’impossible définition du droit”, *Introduction Historique au droit*.

İdeolojik tanımı dağıtarak anlamsızlaştıran pozitivizmler çeşitliliğine ve karşıtlığına bir başka örnek olarak, aynı dönemde aynı dilde yazılmış eserlere ve yazarlarına değineceğim. Halpérin *Büyük Hukuk Eserleri Sözlüğü*'ne yazdığı üç ayrı makalede Savigny, Jhering ve Jellinek için ortak sözcük kullanır: Pozitivist¹. Ama kuramcıların savları incelendiğinde kullandığı sözcüğün anlamı olmadığı görülür. Anlamsızlık hiçbirine katılmadığım bu kuramlar arasındaki karşıtlıkta belirecektir.

Savigny'nin kuramı dönemin hukukî bir tartışmasına denk düşse de onu hukukun kaynağı hakkındaki arayışla aşar, ancak savı bu tartışmada belirleyen dünya görüşü de genel nitelik kazanabilecek kuramı sınırlar. Savigny Fransız Devrimi'nin tabii hukukçu anlayışının ve bu anlayışın ürünü olan medenî kanunun karşısındaydı. Almanya'da kanser gibi yayıldığını düşündüğü kanunu örnek alan kodifikasyon çabasıyla mücadele ediyordu. Mücadelenin Savigny karşısındaki temsilcisi Anton Friedrich Justus Thibaut'ydu. Thibaut hukukun yalnızca bir toplumun, halkın

1) Jean-Louis Halpérin, "Savigny", "Jhering", "Jellinek", *Dictionnaire des grandes oeuvres juridiques*, s. 512, 301, 294.

hukuku olamayacağını, tüm insanları kapsayacağını, bu nedenle evrensel bir Hukukî Tarih'ten söz etmek gerektiğini savunuyordu. Bu evrensellik Fransız Medenî Kanunu'nun Almanya'da da örnek alınmasından daha tabii bir şey olamayacağının kanıtıydı. Hukukî Bilim'in tamamının Hukukî Tarih olduğunu ileri süren Savigny'yle evrensel bir Hukukî Tarih'ten yana olan Thibaut arasındaki kuramsal fark Almanya'daki Medenî Hukuk tartışmasında ortaya çıkan siyasî karşıtlık kadar net değildir. İki kuramcı, hukukun kaynağı sorusuna, biri dar bir tarihî geçmişe, diğeri tüm tarihe gönderme yaparak cevap vermeye çalışır. Thibaut evrensel göndermesinden hukuklar arasında fark olamayacağına varırken, Savigny Roma'dan Alman halkının ruhuna atlattığı tarihî bakışında, "bir" hukuku diğerlerinden ayıran, farklılaştıran, hatta bazı hukuklara göre önemli kılan tecrite gider: Hukuk özellikle asil kökenli halklarda gelişir ve halkın dili, adetleri gibi, ona özgü bir belirlenimi olur. Bu tecrit bir yana, sessiz güçler diye tanımlanabilecek bir iç zorunluluk bütünüyle organik biçimde, gerçek bir irade, bağımsız bir niyet, bilinçli bir yasakoyucu edim olmaksızın hukuk doğurur. Bu nedenle, hukukun tarihî başlangıcı yalnızca gelenek denen şeye denk düşer. Hukukun kaynağı ne hukuk yaratıcısı sanılan devlettir ne de hukukla yasa örtüşür. Gerçek kaynak bunların ötesinde aranmalıdır². Buraya kadar, her türlü tabii hukukçu ve iradeci yaklaşımı reddeden görüş hâkimdir. Savigny bu görüşü aralarındaki farklılıkları gözeterak tüm toplumlara yayabilseydi, Thibaut'nun tabii hukukçu, evrenselci yaklaşımını aynı genişlikte karşılayacak tabii hukuk karşıtı alternatifi oluşturabilirdi; Romantizm'i de düşüncesine tutarlılık kazandırarak tarihî yöntemine eklenirdi³; Thibaut'nun özeli gözardı ederek tarihin evrensel anlamını yakalamaya çalışan yöntemi karşısında, yerel hukukun bugünüyle başlangıcı arasındaki bağı saptayan bilimin gerçek, karşılaştırmalı, tarihî yöntemi ortaya çıkardı. Ama Savigny yerel hukukla, genel başlangıç değil, o hukukun başlangıcı arasındaki dar tarihî ilişkiyi Roma Hukuku'na gerileyerek, oradan hemen Alman halkının özeline ya da geleneğine atlayarak kurar. Romantik ve tarihî unsurlara aykırı unsur olarak ulusal parçalı birim eklenir. O zaman kuram tabii hukukçuluk ve

2) Friedrich Carl Savigny, *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*, s. 49, 53-56, 138, 139.

3) Alman Romantizmi'nden, Schlegel, Hölderlin, Schelling gibi ünlü romantik düşünürlerden etkilenen Savigny'nin iradecilik karşıtı kuramıyla Romantizm arasındaki ilişkinin önemli olduğunu düşünenlerdenim. Sacco ise, Tarihî Hukuk Okulu'nun doğuşunu doğrudan Romantizm'in doğuşuna bağlıyor (Rodolfo Sacco, *Anthropologie juridique*, s. 16).

iradecilik karşıtlığını törpüleyen muhafazakâr niteliği kazanmaya başlar. Yorumcular Savigny'nin kuramındaki bu kayışa mistik deseler de ben muhafazakâr sözcüğünü uygun buluyorum. Bu tavrın birinci unsuru, tarihî hukuk yaklaşımının, tarihin tüm toplumlarına –Savigny “onları küçümsemeden” dese de– ilgi gösterilmesini zorunlu bulmayan⁴ savıdır ve bir tarihi tarihten ayırdığı için pek tarihî sayılmaz: Hukukî Bilim'in konusu hukukî tarihse, Alman hukukbilimcinin konusu Alman hukuk tarihi olacaktır. Muhafazakârlığın ikinci unsuru “toplumları küçümse-meme” ilkesini yokeden ayrımcılıktır: Savigny Yahudiler'in Almanlar'a yabancı bir topluluk olduğu kanısındadır⁵. Ancak bu muhafazakârlık, Tarihî Hukuk Okulu'ndan çok, Savigny'ye maledilmelidir. Yoksa Okul'da, aralarında Savigny'den uzaklaşanların da bulunduğu başka temsilciler var. Savigny'nin adıyla anılsa bile Okul'un gerçek öncüsünün Gustav Hugo olduğu, Georg Friedrich Puchta'nın da Savigny'ye göre hem sistemli hem köktenci bir devlet/hukuk, otorite/hukuk, yasa/hukuk ayrımı yaptığı açık⁶.

Jhering, Savigny/Jellinek uzlaşmaz düşünsel karşıtlığında, iradeci olmayan pozitivistizmden iradeci pozitivistizme savrulan yanıyla da önemlidir. Başlangıçta Tarihî Hukuk Okulu'nun Hukukî Bilim'i tarihle özdeşleştiren savını desteklerken, Savigny'nin Alman halkının ruhunda bulduğu kaynağı, tarihin konusuna ilişkin geniş bir vizyonla dolaylı değil, doğrudan Roma Hukuku'nda bulur⁷. *Roma Hukukunun Ruhu*'nun birinci cildinin hemen başında, “Hukukî Tarih Yöntemi”nde hukuk nosyonunu açıklarken, hukukî kaynağa keyfî düzenlemeler, yasakoyucu bir fikir bulunmadığını, hukukun kurallar bütünü olmanın çok ötesinde tarihin içsel ürünü olduğunu söyler. Ama hukuk tarihçisinin hukuku, kurum ve tanımlardan oluşmuş mantıksal organizma olarak, hukukun yararcı bir işlevi olduğunu da unutmadan ele alması gerektiğini ekler ve

4) Friedrich Carl Savigny, *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*, s. 140.

5) Friedrich Carl Savigny, *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*, s. 148.

6) Ama Puchta da Savigny'yi sınırlayan yerde kalarak, hukukun kaynağını *Volksgeist*'ta ya da iradeyi reddettikten sonra yine bir tür irade de ya da bilinçte bulacaktır; Jacob Grimm'in deyimile “halkın bilinci”nde (Alfred Dufour, *Droits de l'homme, droit naturel et histoire*, s. 231).

7) Aldo Schiavone'ye göre hukuku icadedenler Romalılar'dır. Giorgio Camassa ise yazılı metinlerdeki değişikliklerin yasaklanmasıyla hukukun Antik Yunan'da ortaya çıktığını ileri sürer. Halpérin hukukun yazının icadına denk düştüğünü iddia edenlerin, bilinen en eski kaynak olan Hammurabi Yasaları'na gittiklerini söyler (Jean-Louis Halpérin, “Le droit et ses histoires”, *Droit et Société*, s. 295-313). Ancak *Tarih Sümer'de Başlar*'ın yazarı Samuel Noah Kramer'in çevirdiği Ur-Nammu Yasaları daha eskidir.

organisist, işlevci/yararcı bir yöntem geliştirir⁸. Bu son özelliğiyle belli bir iradeciliğe kaymış olan Jhering, bir süre sonra, Tarihî Hukuk Okulu'na karşı, Jellinek'i aşarak iradeyi sınırsızlaştıran bir pozitivizmi savunacaktır. *Hukuk Uğrunda Savaş* başlıklı kitabında, Okul'un görüşlerinden nasıl koptuğunu ve iradeci safa atladığını yazar: Savigny ve Puchta hukukun kaynağı hakkındaki kuramlarında hukukun herhangi bir zorlamayla karşılaşmadan geliştiğini belirtmişlerdir. Başlangıçta Jhering'in kaynak konusunda düşündüğü de budur ve yıllarca bu düşüncenin etkisinde kalmıştır. Hukuk bilinçsizce, organik ve içkin biçimde, bir dil nasıl geliyorsa öyle gelişmiş, tüm hukuk ilkeleri bu içsel gelişimden türemiş olabilir; ama artık onun için Tarihî Hukuk Okulu'nun savının sınırı da buradadır. Çünkü bu Okul hukuku hukuk yapan unsuru, "hukuk nehrine yeni yol açmak üzere setleri yıkan gücü" umursamamıştır. Oysa yalnızca, kamusal otoritenin belirli ve iradî edimi olan yasa bu güce sahiptir. Savigny'nin öğretisi kuramsal açıdan yanlış, yine de tehlikesiz olabilir; siyasî özdeyiş olaraksa, hayal edilebilecek en uğursuz yanlışlardan biridir. Tüm gücüyle ve davasının bütünüyle bilincinde hareket etmek zorunda olan insana beklemesini öğütler; şeylerin kendiliğinden gerçekleştiğini, yapılacak en iyi şeyin kolları kavuşturup hukukun şu ilkel kaynağından yavaş yavaş çıkacak olana güven duymak olduğunu söyler. Bunu yaparken unuttuğu ise, hukuk fikrinin her şeyden önce bir güç fikri olduğudur. Jhering'e göre Savigny, Puchta ve diğerlerinin Tarihî Hukuk Okulu, Alman şiirinin romantik dönem etkisini hukuka taşıdığından Romantik Hukuk Okulu diye adlandırılabilir. Bu Okul'un tanımı hukukta iradî eylemin gücünü umursamadığından ne günün ne Roma döneminin, hatta ne de –Savigny'nin kuramını doğrulayacak başka şey kalmadığı hâlde– tarih öncesinin hukuk gerçeğine uygundur. Hukukun doğumu her zaman acılı ve şiddetli olmuştur; her doğum da Goethe'nin Faust'ta dediği gibi yokluğa mahkûmdur ya da hukuk uğrunda mücadele hem geçmiş hem de onun tarihî incelemesini geride bırakıp, güncel gerçek çıkar doğrultusunda hedefe doğru yürümektir⁹. Jhering'in, hukuku "bir" gücün siyasetine indirgeyen ve onunla belirleyen, o gücü sosyal düzenin kurucusu ve koruyucusu yapan, zorunluluk hâlinde hukuka saygının değil

8) Rudolf Jhering, *L'Esprit du droit romain*, s. 26-50.

9) Rudolf Jhering, *Le combat pour le droit*, s. 4-9. Bu kitapta Jhering'in hukuk görüşünü Shakespeare'in *Venedik Taciri* ve Kleist'in *Michael Kohlhaas*'ı üzerinden anlattığı bölüm edebiyat-hukuk ilişkisi kuranları özellikle ilgilendirecektir (s. 34-37).

ulusal kurtuluş fikrinin öne geçeceğini savunan anlayışı Schmitt'in istisna hâline yakın olacaktır: Siyasetin hukuku belirlemesi.

Jellinek *Modern Devlet ve Hukuku* başlıklı kitabıyla devleti hukukî kuramın konusu yapan, yapacak olan tüm çalışmaların öncüsüdür. Hukukçuların çoğu, Jellinek'i tanıyarak ya da tanımayarak devleti ve hukuku hâlâ onun gibi tanımlamayı sürdürüyor. Bunda şaşılacak bir şey yok, çünkü Jellinek'in modern devleti modern hukuk devletidir. Jellinek bu devlet bilimine, sözcüğe verdiği anlamla Hukukî Bilim'in tamamını sokar. Bunu yaparken, tabii hukukçu görüşlerle arasına koyduğu mesafeden yakın olmayan biçimde, Tarihî Hukuk Okulu'nu karşısına alır. *Modern Devlet ve Hukuku* Tarihî Hukuk Okulu'nun ve özellikle Savigny'nin görüşlerini tek tek çürütmek amacıyla yazılmış bir kitap da sayılır. Her şey gerisinin üstüne inşa edileceği şu iki aşamalı karşı savla başlar: a- devlet hukuksuz düşünülemez; b- devlet evrensel bir olgudur, geçmişte ne kadar geriye gidilirse gidilsin hep ona rastlanır. Tek başına birinci sav totoloji olsa da ona eklenen ikinci savla, hukuksuz düşünülemeyen devlet evrensel bir olgu olduğuna göre hukuk da ancak devletle düşünülebilir. Sav, Engels'in hukuku devlete bağlayan tanımını da içeren geniş ve genel kabul görmüş tanıma uygundur. Bunun da mantıklı sonucu, Tarihî Hukuk Okulu'nun hukukun kaynağına yönelik tarihî araştırmasının mantıklı olmadığıdır. Ama Jellinek, kaynağı Alman halkının ruhunda bulacak araştırma ötesinde, hukukun kaynağını hedef alan etnolojik ve tarih öncesine ilişkin araştırmaları da belirsizlikleri nedeniyle gereksiz sayacaktır; devlet öncesinde hukuk olmaz ya da tam tersi. Devlet kuramcısı, hem etnolojik ya da antropolojik çabaları hem de Tarihî Hukuk Okulu'nun çabalarını içeren olumsuzlamayla, bilimsel her arayışın başlangıcına *olmazsa olmaz* koşul olarak tüm tarihî geçmiş oturtan anlayışa "imkânsızın arayışı" der. Hukuk tanımı zorunlu bir tarihî araştırma gerektiriyorsa o yalnızca devletin tarihi olabilir. Üstelik araştırmacı bu tarihi ikinci bir sınırlamaya tâbi tutmak zorundadır. Karşılaştırmalı-tarihî yöntemi reddedip "hem tarihe hem karşılaştırma fikrine" ihtiyatla yaklaşmalıdır. Aralarında tarihî ve sosyal bağ bulunmayan --demek ki hukukî bir ortak modelin de bulunmadığı-- toplumlar üstüne yapılacak karşılaştırmalı incelemeden, hukuk tanımı konusunda kuramsal bir sonuca varılamaz; anlamsız önermelerle yetinilir. Yapılacak olan bellidir: Hukukun ne olduğunu öğrenmek isteyen, geçmişin ve hatta günün başka toplumlarına değil, Batı devletlerine dikkatini vermelidir. Jellinek Roma Hukuku'nu bütünüyle gözden çıkarmasa da geçerli bir hukuk tanımında ona bile gönderme yapmaya gerek

olmadığını hissettirir. Onun önerdiği yol dışında, herhangi bir yapıyı, düzeni, kurumu anlamak için kaynağa gitme ve ondan bu yana geçen süreci bir ortaklıkta kavrama çabasını şu soru anlamsızlaştıracaktır: Tarihî araştırma hâlihazırın –devlet, hukuk, vb.– anlaşılmasında bir önkoşul mudur? Ya da Tarihî Hukuk Okulu’nun “hukuk ancak böyle anlaşılabilir” diye sunduğu yöntem zorunlu mudur? Jellinek’e göre değildir. Devleti hukukla hukuku devletle kavramak için, onları bugünkü hâllerine taşıyan gelişmeyi tanımak yeterlidir. Geçmişin ya da tarih denen şeyin, salt bu gelişmenin başladığı andan bu yana anlamı olabilir. Bir örnekle, geçmişin dinî pratiklerinin bugünün hukuk ve devletin anlaşılmasına hiçbir katkısı olamaz. Modern hukuk ve devlet, kendilerini bir sıfır noktasında yaratan sözleşmecî kurama çok uyan biçimde hem Modernite-öncesinden hem tüm sosyal tarihten kopmakta, Jellinek düşüncesinin kaçınılmaz sonucuna varılmaktadır: Modern kurumları modern kılan gelişme süreci dışında, tarihin tamamını atipik sayıp dışlayan bu anlayış ilerlemeye gönderme yapacaktır. Tarihî Hukuk Okulu’nun büyük hatası da bunu gözden kaçırmış olmasıdır. Herhangi bir kurum yalnızca onu o yaptığı oranda bir şey anlatabilecek gelişme çizgisi izlenirse kavranabilir. Oysa Tarihî Hukuk Okulu hukukun doğuşunu –bu doğuşu bilinçli bir etkinlik saymayan iradecilik karşıtı anlayışa benzerken, *Volkgeist*’ıyla ondan ayrılırken– halkın ruhunun mistik tezahürü ya da kör güçlerin sonucu olarak tanımlamıştır. Yanılgısı, bir hedef saptamış bilinçli etkinlik yokluğunda hukukun-devletin doğamayacağını görmemesidir. İzlenen amaçların giderek değişmesi ve gelişmesi olan ilerlemede, ona başlangıçta katkıda bulunanlar sonradan alacağı biçimi öngöremezler. Hukuk ve devletin, bir gelişimi ve sonuçlarını önceden bilemeyecekleri anlamında insanların bilinçdışı yaratımına dayandığı söylenebilir; yine de öngörüler aşılmış olsa bile bu yaratımda iradenin bulunmadığı söylenemez. Tabii burada iradede anlaşılan, gelişiminin tamamını kapsamasalar da hukukun/devletin varlığını sürdüren ilerlemede, tekrarlanarak birbirine eklenen sayısız bilinçli edimdir. Jellinek hukuku kısmi, zaman ve mekânla sınırlı parçalı iradelere bağlarken, sınırsız iradecilere göre ihtiyatlı davranır. İradenin böyle anlaşılması şartıyla, hukukun iradede bağımsız olduğunu iddia edip insanın objektif tabiatından yola çıkan Tarihî Hukuk Okulu’nun yaklaşımı metafiziktir; ama hukuku doğuran şey de sınırsız iradede çok bir olgudur. Jellinek’in irade konusunda aldığı bu tavırla belirlenen ve devletçi pozitivizmin saf kuramı diye adlandıracağım modern devlet ve hukuk düşüncesi hemen ona yakıştırılabilecek basit pozitivizme uymaz.

Devletle hukuku yanyana getiren kuramların bazılarında görülen sınırsız iradeci “devlet hukuk yaratır” önermesinden Jellinek özenle kaçınır. Devletin gelişimi boyunca hukuk devletin işiyse de, devlet hukukun biricik kaynağı sayılmaz; çünkü modern devlet gibi çok karmaşıklaşmış yapılanmalarda böyle bir şey mümkün değildir. Bu nedenle, Jellinek’te hukuku yaratanın yarattığından ayrılması türünden bir devlet-hukuk hiyerarşik düalizmine rastlanmaz; daha çok, kısmi irade olgusuyla hukukî düzen arasında kurulan bağ çerçevesinde “devlet iktidarı nosyonu zımnen hukukî düzen nosyonunu içerir”¹⁰. Bunun da benzetmeyi abartmadan, en azından bir noktada Jellinek muhalifi Kelsen’i hatırlattığı söylenebilir.

Hukuku devletin yarattığına ilişkin tanımlara karşı, devlet kuramının modern söylemin kusursuz örneği olan bu versiyonu dikkatle ve –tabii hukukçu olsun olmasın, çoğunluğun benimsediği modern ezbere dönüş-tüğünden– eleştirel yaklaşımla okunmalı. Ayrıca kuramının ötesinde, bir pozitivist olarak Jellinek hayatıyla da çizgi dışına çıkıyor. Kazandığı itibara rağmen antisemit saldırılar yüzünden konumuna yakışır bir kürsü profesörlüğü verilmeyen, militan bir feministle evli olan, çocukları Nazi toplama kamplarına gönderilen ya da gestapo elinde ölen bu kuramcı, hukukla kendini sınırlayan devlet anlayışını ve insan haklarını savunduğu için de ideolojik pozitivism etiketine sığmaz. Bu sözcüğün bir anlamı kalmadığını gösterirken Savigny’yle de Jehring’le de kıyaslanamaz. Ne Savigny’yle ne Jehring’le kıyaslanabilecek bir başka pozitivistin, Kelsen’in, gençliğinde Jellinek’in derslerini izlemeye başladıktan kısa süre sonra hayal kırıklığına uğrayıp bu derslerden vazgeçtiği ve Weber’in derslerini seçtiği de unutulmamalı.

Hukukun devletin yaratısı olamayacağını ve tarihîliğini savunan Savigny; hukukun devletle kavranacağına inanan ve tarihî her karşılaş-tırmalı yaklaşıma karşı çıkan Jellinek; başlangıçta Savigny’nin görüşüne kapsamlı bir tarihîlik anlayışıyla katıldığını unutup Jellinek’in yaklaşımını köktencililiğiyle aşan bir güç anlayışına savrulmuş Jehring; hiçbirine katıl-mayan Kelsen. Bu pozitivistlerin tek ortak yanları tabii hukuk karşıtlığıdır.

10) Georg Jellinek, *L’Etat moderne et son droit*, I, s. 5, 13, 31, 34, 35, 67, 72-76, 81, 502, 521, 527, 547; II, s.70.

Pozitivizmin Tabii Hukukçu Kökeni

Augustinus-Aquino kuramsal çatışmasından haberdar olmayanlar uygun bir tabii hukukçu tanım sandıkları, “adaleti ya da eşitliği, vb. sağlayan araç olarak hukuk” cümlesine sarılırlar, ama cümle ona başvurunu sıkıştıracak bir ikilem sunar: Tanım sorunludur, çünkü hukuk bunların gerçekleştirilmesini sağlıyorsa bu, onların hukuka öncel ve ondan ayrı olduklarının iddiasıdır. O zaman parolayı dillerinden düşürmeyenler, tanımda değerlere yer vermeyenleri “onları hukuktan ayırıyorlar” diye nasıl suçlayabilecekler? Daha önemlisi, bu tanımda yasayaratıcı iradenin arkasına onu aşan “bir” adaletin yerleştirilip yerleştirilmediği de mutlaka sorulacaktır. İyi bir tabii hukukçu, sorunun Augustinus’la Aquino’yu çatıştıran soru olduğunu ve ilâhiyatçı Augustinus’un aşkın bir kaynakta özdeşleştirdiği hukuk/yasa anlayışında vazgeçilmez değerlere yer olmadığını bilecektir. Bir tabii hukukçu kurmaca olarak pozitivizmin ne olduğuna bu kavgadan ve iki tabii hukukçunun farklı tanımlarından bakacağım: Biri *Modern Hukukî Düşüncenin Oluşumu*’nun yazarı Villey’nin tanımı, diğeri *Tabii Hukuk ve Tarih*’in yazarı Strauss’un tanımı.

Villey klasik tabii hukuk tanımını Aristoteles ve izleyicisi Aquino ile sınırlar. Yalnızca bu iki düşünürün birbirine eklenen görüşlerini gerçek

tabii hukukçuluk sayar. Aristoteles ve Aquino Hukukî Bilim'i kozmik tabiat üzerine inşa etmişlerdir; buna göre, hukukçu hukuku kaynağı tabii olan sosyal bütüne verilmiş düzeni inceleyerek keşfedecektir¹. Düzen demek amaç ve bu amaç ardında düzeni kuran irade demektir. Düzen keşfedilebilirdir; öyleyse sonsuzca olmasa bile insan bu kuruluştaki amacı da aklıyla kavrayabilecektir. Düzenin aklın kavrayabileceği bir amaçla kurulması başka bir düzenin ya da düzensizliğin olamayacağını da kabulüdür; aksi hâlde zaten ortada akılla kavranacak şey kalmaz. Tabii hukukçuluğa yaklaşan çeşitli kuramcılarını ihmâl etmese de Villey düşüncesinde, kuramın gerçek sınırlarını Aristoteles ve Aquino böyle çizdikleri için, bunlar dışında her kuram tabii hukuktan uzaklaşma çabası ya da hatası olacaktır. Villey tanımında, modern tabii hukukçuluk da bu eleştiriden payını alır.

Strauss her tabii hukukçu yaklaşımı "insanın adaletin temellerine erişebileceği" savına dayandırırken Villey'nin tanımını tekrarlar ama o kadar kalın çizgiler çekmez ve klasik üç tip tabii hukuk anlayışından söz eder: 1- Sokrates, Platon ve Stoacılar'ın kuramı, 2- Aristotelesçi kuram, 3- Aquinocu kuram. Strauss'un bu kuramları, özellikle de Aristoteles'le Aquino'nun kuramlarını nasıl ayırdettiği üzerinde durmayacağım. Yalnızca, dar tanım karşısındaki geniş tanımın esnek sınırları içine modern tabii hukukçuluğu aldığını, hatta Locke'u klasik tabii hukukçu öğretiyi sürdüren bir düşünür saydığını söyleyeceğim². Villey ve Strauss'un farklı tanımlarının ortak özelliği, hiçbir tabii hukukçunun reddedemeyeceği gibi, ilk yaratıcı iradenin kabulüdür.

İki tanım ve bunlara eklenen sair tabii hukukçu tanımlar Hart'ın ve Bobbio'nun geniş tabii hukuk önermelerine girer: Hart pozitivizm konusundaki eleştirel önermelerinin ilkinde "yasaların, kaynağını insanlarda bulan buyruklar olduğu"nu³ belirtir. Öyleyse, tabii hukukçu görüş bu önermeye karşı "yasaların, kaynağını insanlarda bulmayan buyruklar olduğu"nu savunmalıdır. Bobbio da pozitivizmle tabii hukukçuluk arasındaki farkı hukukun yaratı ya da veri diye algılanması⁴ olarak sunar. Demek ki yasa yaratı değil veriyse, her şeyden önce, dünyaya ve insanlara dışarıdan verilmiştir ve bu önerme tek başına bir tabii hukuk tanımı için yeterlidir.

1) Michel Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, s. 243.

2) Leo Strauss, *Droit naturel et histoire*, s. 37, 136, 181.

3) H. Lionel Adolphus Hart, *Le concept de droit*, s. 318.

4) Norberto Bobbio, *Essais de théorie du droit*, s. 227-237.

Villey'yle Strauss'un tanımları da dâhil, bir tanımlı tabii hukukçu yapan bu ortak ilkeye değindikten sonra, tanımlı dar olduğu ölçüde sorunlu olan, ama bir sorunu da bu nedenle anlaşılır kılan Villey'ye döneceğim. Ona göre, Aristoteles ve Aquino kenarda tutulursa, tabii hukukçu olduğu bile şüpheli modern tabii hukukçuluk yanında, tarihte adına rastlanılan tüm hukukçular ya kuramları tutarsızlıklar içeren tabii hukukçulardır ya da düpedüz tabii hukuk karşıtlarıdır. Bu karşıtlık ya da Villey'nin yaklaşımıyla erken-pozitivizm 4. Yüzyılda, Augustinus düşüncesinde ortaya çıkar. Augustinus "insan adaletine tabii olarak ulaşamaz" dediğinde, tabii hukukun vazgeçilmez unsurları düzen, amaç ve bu amacı kavrama imkânını reddettiğinden Villey'nin tanımlı dışında kalır. Augustinus izleyicisi Fransiskanlar, adamlar, reformist yöntemlerle reforma savaş açan Cizvitler, Salamanca Okulu'nun modern tabii hukukçuları, Jansenistler, bana kalırsa tüm Alınan idealizmi, vb. Villey'nin tabii hukukçu eleştirisinin hedefi olurlar. Aralarında birbirlerinin amansız siyasî-düşünsel hasmı olanların da oluşturduğu listeyi uzatmak mümkün. Villey'nin bu aşırı dar tanımını makûl bulmayanlar çıkacaktır; ben de görüşü böyle sınırlandırmaz, kapıları modern tabii hukukçuları oraya kabul etmek üzere açarak hâkim zihniyeti anlatırdım. Yine de Villey'nin görüşünü, temel sorunu ve yanlış anlamaları ifşa ettiğinden kullanışlı buluyorum.

"Hukuk nedir?" sorusu bir kaynak sorusuysa, tabii hukukçu olan/olmayan tanımları bu kaynak belirleyecekse, Villey'nin tabii hukukçuluğu sınırlandırıp pozitivizm ya da prepozitivizm diye reddettiği görüşlerin kaynak konusunda farklı şey söyleyip söylemediklerine bakılmalı. Soru: Herhangi bir tabii düzeni ve amacını kavrama imkânını ortadan kaldırarak, tanrısal pozitif yasaya sonsuz itaat öneren mistik Augustinus'un görüşüyle Aristotelesçi-Aquinocu görüş arasında yasayarattıcı başlangıç iradesine gönderme açısından ne fark vardır? Cevap: Hiç fark yoktur, kaynak aynıdır ve bu geniş bir tanımın tabii hukuku tabii hukuk yapan unsurdur. Ama Villey de düzen, amaç ve akli vazgeçilmez unsurlar sayıp bunlara gönderme yapmayan tabii hukukçu görüşü tutarsız bulurken tabii hukuk kalesinde bir gedik açmıştır.

Geniş tabii hukuk tanımına sokulabilecek inançlı Augustinus'un ve tüm izleyicilerinin temel iddiası, yaratıcı iradenin değişmez "bir" tabii düzen ve onun amacıyla sınırlanamayacağıydı. Aristotelesçi-Aquinocu tabii düzen savı ise Augustinus yandaşları için, yaratıcı iradeyi kendi koyduğu yasalarla, kurduğu düzen ve amacıyla sınırlayarak gerçek irade olmaktan çıkaran, belki Aristotelesçi pagan bir inancın doruğu olan

savdı. Antik düşüncenin çoktanrılı sisteminde, tanrıların giriştikleri sonuç gelmez çatışma ve ittifak oyununda, insanların kaderini bağımsızca belirleme konusunda çok yaratıcı olamadıkları bilinir. Onlarla kıyaslanırsa, tektanrılı sistemin yaratıcı iradesi –ister iradesiyle kendini sınırlasın ister bu irade sınırsız olsun– insanın kaderini belirlerken böyle engellenemez. Yaratıcı irade, yaratıcı olduğuna göre tabiata da, tüm yarattıklarına da, onlara verdiği buyruklara da, akla da önceldir. O pozitif buyruklara, her şeyden önce de On Emir’e, buyruk oldukları için tartışmadan boyun eğilimlidir; ama yaratıcı iradenin kendi buyruklarına bağlı kaldığını sanmak haddini bilmezlik ve bilgisizlikten başka şey olamaz. Kuralların yaratıcısı bağımsızsa o kurallara uymak zorunda değildir. Savı, Villey’nin Scotus’u, Bastit’nin Ockham’ı anlatmak üzere verdikleri aynı örnekle açıyorum: Bu Fransiskenler, Aquinocu geleneğin değişmez yasa saydığı “öldürmeyecek, hırsızlık etmeyecek, zinâ yapmayacaksın” buyruklarını yorumlarken, bunlara kayıtsız şartsız uyulması gerektiğini, yine de onların asla zorunlu ve evrensel değerde olamayacağını söylemişlerdi. Çünkü bu, yaratıcı iradenin cinayeti, hırsızlığı, zinâyı günah ya da suç olmaktan çıkaran bir düzen kuramayacağını iddia etmekte. Oysa hiçbir şeyle sınırlanamayacak yaratıcı irade bunu yapabilirdi ve Scotus’a göre yapmıştı: Tanrı İsrailîler’in Mısır’ı terk ederken Mısırlılar’ın mallarını çalmalarını, bu hırsızlığa övgüye değer nitelik kazandırarak buyurmuştu. Hoşea’ya bir fahişeye evlenme emri vermiş ve ona “böylece onu on beş şekel gümüş, bir Homer, bir lettek arpa karşılığında satın aldım (Hoşea 2, 3)” dedirtmişti. Scotus ya da Ockham’da ahlâkın tamamı Tanrı’nın hikmetinden suâl olmaz iradesine ya da tanrısal pozitif yasasına bağlanmıştı⁵. Örnekler tartışmaya açıktır, tartışlamayacak olan şudur: Yaratıcı iradenin sınırsızlığını savunan inançlı Fransiskenler ve bu doğrultuda Aristoteles-Aquino çizgisi dışında düşünen tüm tabii hukukçular kritik bir sonuca varmışlardır. Kendiliğinden iyi ve kötü, doğru ve yanlış, değişmez bir adalet anlayışı, insan aklının bunlara ulaşma imkânı ortadan kalkmıştır. Yaratıcı iradenin sınırsızlığı fikri, mutlak bir göreliliğe ve mutlaka iradeci bir göreliliğe –keyfiliğe– yolu açmıştır. Villey’nin, tabii hukukçulara Aristoteles-Aquino çizgisini önerirken onları neye karşı uyardığı açıktır. Scotus, ardından gelen Ockham ve benzeri Augustinus izleyicileri, aşırı dindarlıkları ve Tanrı’ya atfettikleri sınırsız güçle, henüz 13 ve 14. Yüzyıllarda tavizsizce iradeci bir pozitivizmin

5) Michel Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, s. 206, 207; Michel Bastit, “Occam Guillaume”, *Dictionnaire des grandes oeuvres juridiques*, s. 438.

kusursuz temsilcileri olmuşlardır: İleride, ancak 19. Yüzyılda üstelik çok farklı biçimde, önce tabii bilimleri sonra sosyal bilimleri hedefleyerek adı konulan ve kökleri 4. Yüzyıla uzanan Augustinusçuluk görmezden gelinerek suçlanan pozitivistizmden çok önce.

Sınırsız iradecilerin karşısında “yarattığı yasayla sınırlanmış ılımlı irade”den yola çıkan Aquino yandaşı Villey çok iyi kavradığı sorunu “bunların hiçbirisi tabii hukukçu değil, hepsi 4. Yüzyıldan beri pozitivist” diyerek savmaya çalışacaktır. Ama ustalıkli yönteminin gerçeği gizlemeyi başaramadığı ortadadır. Sınırlı ya da sınırsız, aşkın bir iradeye gönderme yapmak her tabii hukukçu tanımın vazgeçilmez önceliğidir. Tabiatı ona atfedilen tüm anlamlarından yoksun bırakan Augustinus ve izleyicisi teologlar, yaratıcı sınırsız iradenin pozitif yasasına gönderme yaparken, tabii hukukçuların tümüyle karşıt saydıkları, öyle olmadığı için de sahte bir pozitivistizmin asıl kurucuları olmuşlardır. Villey şunu gösterir: Tabii hukukçuların pozitivistizm dedikleri siyasî tavır ve hukukî düşünce tabii hukuktan doğmuştur. Bu görüş Modernite’nin başlangıcında aşkın kaynağından uzaklaşarak dünyevî kaynağına yaklaşmış ya da bütünüyle bağlanmışsa da sanki karşı saftaymış gibi tabii hukuktan soyutlanarak ele alınması doğru olmaz, mümkün de olmaz. Yasayaratma mantığı ve tekniği olan iradecilik açısından, tabii hukukçulukla iradeci pozitivistizm arasında fark yoktur. Tabii hukuk konusundaki en yetkin kuramcılardan ve tabii hukukçulardan Villey, Aristotelesçilik’ine rağmen, çalışmasının önemini ortaya koyarak bunu kanıtlar. “Aristotelesçilik’ine rağmen” diyorum, çünkü Aristotelesçi modelin modern tabii hukukçu modelin ebedî düşmanı olduğunu, ona karşı hep yeniden doğduğunu ve asla bütünüyle üstesinden gelinemediğini de Bobbio söylüyor⁶: Bu kez başka yerden, Modernite’den bakarak ve Aristoteles’in, onunla beraber Villey’nin hem modern tabii hukukçuluğına hem de buna bağlı tabii haklar kavramına hiç uygun adlar olmadığını ileri sürerek. Villey’nin hak kavramına karşıt olduğunu⁷ bilenler en azından bu konuda Bobbio’ya hak vereceklerdir.

Dahası var: Villey’nin gerçek tabii hukukçu saydığı Aquino, Modernite’ye kazandırılırken, –Villey bunu ona ihanet saysa da– iradeci pozitivistizmin hazırlayıcılarından birine dönüşür. Modernite’nin başlangıcında, Petrus Lombardus’un *Quatuor libris sententiarum*’unu (*Sententiae*) devre dışı bırakan *Summa Theologica*’sıyla hukuk müfredatına girmesinin ne-

6) Norberto Bobbio, *Le futur de la démocratie*, s. 25.

7) Bu karşıtlığı kitabım “Kimin hukuku, hukuk kişisi kim?” başlıklı bölümünde ele alacağım.

denlerinden biri sözleşme fikrine yakınlığıdır. Aquino, Augustinus'u tekrarlayarak, iktidarın Tanrısal olduğunu, ama yöneticiye dolaylı yoldan verildiğini söylemişti: *A Deo per populum*. Yönetici insanlar aracılığıyla yetkilendiriliyor, böyle kurulan yönetim biçimini de yine insanlar belirliyordu. 13. Yüzyılda, tabii hukukla pozitif hukuk arasına insan girmişti ve bence sözleşme kuramının, egemenlik ve ulusal irade kurgusunun tohumu bu düşüncede vardı. Modernler⁸ Modernite'nin başlangıcında kuramın temellerini atarken, yalnızca Augustinus'u değil, Aquino'yu, onunla da Aristoteles ve İbn Rüşd'ü⁹ hatırlamışlardı. Bu yolları izlerken yasayarattıcı insanî iradeyi devreye sokup modern iradeci pozitivistlere de dönüştüler. Pozitivist duruşları güçlü olanları bir yana bırakıyorum, Strauss'un klasik tabii hukukçu diye sunduğu ve vazgeçilmez haklara gönderme yapan Locke bile, sözleşmecî olduğundan pozitivistizmden bütünüyle azâde olamaz¹⁰. Modern tabii hukukçuların iradeci pozitivistlerle sık sık buluşmalarında kuramsal bir çelişki yoktur. Modernite'nin gereğidir bu, günümüze kadar da etkisi sürer. Örneği Vitoria'dan veriyorum: Bu modern tabii hukukçu, *Sivil İktidar* üzerine derslerinde toplumun sözleşmeyle kurulduğuna inanmadığını¹¹ bir tabii hukukçuya yakışır şekilde söylemişti. Villey ise onun, derslerinde kitabını okuttuğu Aquino'ya hiç yakışmayan şekilde, "insanların tarihin başlangıcından beri otoriteyi temellendiren bir tür sözleşme yapmış olabileceklerini" yazdığını anlatıp, Vitoria'nın bu fikre ancak Augustinusçu damardan ulaşabileceğini söyler¹². Bana kalırsa Vitoria, modern tabii hukukçu olarak ortak bir yarı-sözleşmecî damardan etkilenmiş: Hem Augustinusçu hem Aquinocu modern idealizm.

Yılmaz, sözleşme düşüncesinin köklerini ararken Epikuros'tan Lucretius'a, sonra Ulpianus'a yol alıp bu sonuncunun *Digesta*'daki, popüler

8) Yalnızca Vitoria, Molina, Suárez'i değil, Diego de Covarrubias'ı, Fernando, Vázquez de Menchaca'yı, Juan de Mariana'yı, Domingo Bañez'i ve başka birçok İspanyol Altın Çağı düşünürünü saymak gerekir: *Modern Düşüncenin Doğuşu*'nda "Devleti Düşünmek" başlıklı bölümün tamamı.

9) Michel Villey'israrla İbn Rüşd'ü görmezden gelir ve Aquino'nun İbn Sina'yı bile tanıdığını söylerken (*La formation de la pensée juridique moderne*, s. 150) Aristotelesçi İbn Rüşd'ün, onu çok iyi okuduğu bilinen Aquino üzerindeki etkisinden söz etmez.

10) Her sözleşmecî kuramın az ya da çok pozitivist olduğuna ilişkin görüş için: İktidarın Üç Yüzü'nde "Sonuç" bölümü.

11) *Modern Düşüncenin Doğuşu*'nda, "Uluslararası Hukuku Düşünmek" başlıklı III. bölümde, "Salamancalı Sokrates" başlıklı altbölüm ve devamı.

12) Michel Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, s. 343.

anlayışa da çok uygun tabii hukuk tanımına değinir. Ulpianus tüm yaratıklara ortak bir hukuk tanımı yapsa da hemen ardından insanları, farklılaşan hukuklarıyla tabiatın diğer varlıklarından ve bir ölçüde tabii hukuktan ayıracaktır. Villey ise Epikuros ve Lucretius sözleşmeciliğini Batı düşüncesine Cicero'nun taşıdığını belirterek modern düşüncenin oluşumunda ona ayrıcalıklı ve olumsuz bir rol atfedecektir¹³. Taşıyıcısı ister Cicero ister Ulpianus olsun, bu, insanları tabiatın içinde sözleşme yapan, toplum oluşturan ve ona özgü yasalar yaratan varlıklar olarak istisnâî kılan, Epikuros söz konusu olduğuna göre de İ.Ö. 4. Yüzyıla uzanan anlayıştır. Sözleşme düşüncesinin kökeni arayışının ötesinde, saptamalar tabii hukukçu bakışla iradeci pozitivist bakış ortaklığını bu kez Augustinus'tan da geriye Ulpianus'a ya da Cicero'ya götürür. Ama "sözleşme"nin kesintilerle birbirinden ayrılan sistemlerde farklı anlam taşıyacağı da unutulmamalı; yoksa sözleşme düşüncesi indirgemeci bir tavırla sosyalliğin başlangıcına da taşınabilir¹⁴. Modern idealizmin sözleşme kuramı modern yapılanma ve zihniyete özgüdür.

Villey'nin Aristoteles-Aquino çizgisi dışındaki her tabii hukukçuyu pozitivist sayması, modern hukuk tanımının bir gerçeğine işaret eder. Hem tabii hukukçu hem iradeci pozitivist özellikler taşıyan Modernite, yeni hukuk anlayışında tabii hukukçularla iradeci pozitivistleri, ikincileri birincilere kıyasla daha dünyevî kılarak yakınlaştırdı. Bu anlamda aynı dünyanın kuramcılarından Vitoria modern tabii hukukçuluğun, Suárez ise iradeci pozitivistizmin¹⁵ savunucusu oldular. Suárez, Vitoria'yla Salamanca Tabii Hukuk Okulu'nun düşünürü sayıldığından, farklılık ve benzerliği en iyi anlatacak örneklerdendir; 18. Yüzyılın ikinci yarısına kadar ayırıcı özelliği pozitivistizm olan Alman Felsefesi'ne de düşüncesiyle hâkim olmuştur¹⁶. O da Aquino'ya gönderme yapıp tabii yasanın üstünlüğünü

13) Levent Yılmaz, "La question de 'sociabilité' chez Vico", *The Vico Road*, s. 77, 78; Michel Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, s. 452.

14) Bunu kitabın "Mitos ya da yasa" başlıklı bölümünde yeniden ele alacağım.

15) Michel Villey'e göre Suárez'in hukuk ve yasa kuramı, salt yasanın güncel gerçekliğine ağırlık verirken yasanın aşkın anlamına ilişkin kaygıyı devre dışı bırakır, tabii hukuku bir tabii yasalar hayaletine dönüştürür. Dizginler devletin elindedir ve Suárez'in kuramı en az reformcuların kuramı kadar pozitivisttir; ontolojisinde iradeciliğin ve pozitivistizmin felsefi temelleri atılmıştır. Kamusal güç kral (monarşilerde) isteminin iktidarına dönüştürülmüş ya da insan yaratısı hukuk, her şeyden önce bir üst iradenin otoriter ifadesi sayılmıştır (*La formation de la pensée juridique moderne*, s. 355-368).

16) *Modern Düşüncenin Doğuşu*'nda, "Devleti Düşünmek" başlıklı III. bölümde, "Suárezcilik" başlıklı altbölüm.

sözde kabul ederken aşkın iradenin yerine dünyevî iradeyi oturtacaktır. Suárez'i izleyenler de tabii hukukçulukla iradeci pozitivistizmi hem biraraya getiren hem ayıran ortamda, Modernite'nin bu iki yüzünden hangisine yakınlarsa ona göre sınıflandırıldılar. Sık örneği verilen karşılaştırmayla, sözleşmecî yelpazenin köktenci tarafında Hobbes'un, ılımlı tarafında Locke'un durduğuna değinilir. Burada uzlaşmaz bir karşıtlıktan çok modern düşünceyi modern yapan çelişkili birliktelikten söz edilmelidir: Değişen dünyada bir modern sıfatıyla devleti düşünme gereği; öte yandan da insanı haklarıyla "yeniden düşünme" gereği. Modern tabii hukukçuluğun doğuştan sahip olduğu haklara dayanarak anlamlandırdığı insanla, iradeci pozitivistizmin hukuk ve siyasî iktidarın yaratıcısına dönüştürdüğü insan arasındaki duvar yüksek değildir. Kuramsal çalışmalarda sözleşmecî Suárez'in, Hobbes'un kâh pozitivist kâh tabii hukukçu sayılmalarının nedeni, farkına varılmadığından yorumcuları sözde zıt savlara savuran ortaklıktır. Modernite'yi belirleyen yapısal ve zihinsel özellikler iki hukukî-siyasî görüş ve tavrı bu çelişkili uzlaşmadan besler. Tanrısal yasanın zorunluluğu Modernite'nin gerçekleriyle çelişmeye başladığında, bu gerçeklere uyum sağlamak için zorunluluğu esnetme yoluna gidildi. Suárez 17. Yüzyıl başında liman kentlerinde gelişen fuhuş sektörüne gözlerin yumulamayacağını, fuhuş tanrısal açıdan kabul edilemese de onun yeni bir dünyada yasalarla düzenlenmesi gerektiğini söyleyecekti¹⁷. Modern tabii hukukçu ya da iradeci pozitivist tavrı belirleyen ilk özellik ikisinin de dünyevî gerçekliğe, aşırı ya da değil, önem vermeleridir. Vitoria'yı tabii hukukçu olarak aynı gerçekliğe yönelten ve derslerde fetih konusunu¹⁸ işlemesine yol açan bu tavidir. Yeni tabii hukukçuluk ve iradeci pozitivistizm Modernite'nin akıldışı özellikler atfettiği skolastik düşünceden ayrılmışlardır. Baştan kurgulanan ve tanımlanan "bir" insanın, eşit ve özgür doğduğu hakkındaki Hakikat'e uygun bağımsız ve rasyonel seçimleriyle dünyayı değiştireceğine, Orta Çağ kaderciliği denen tavrından uzaklaşacağına inanılmaktadır. Aşkın irade karşısında kısmen ya da bütünüyle bağımsızlaşan insan, akli ve iradesiyle öne çıkarken modern dünya skolastik dünyaya göre önem kazanmaktadır; Machiavelli'nin Hükümdar'ı bu yeni insan algısının temsilcisidir.

17) *Modern Düşüncenin Doğuşu*'nda, "Devleti Düşünmek" başlıklı III. bölümde, "Tabii Hukuk/Uluslararası Hukuk Ayrımı" ve "Yasa ve İradecilik" başlıklı altbölümler.

18) *Modern Düşüncenin Doğuşu*'nda, "Uluslararası Hukuku Düşünmek" başlıklı I. bölümde, "Yerlilerin Günahı" başlıklı altbölüm ve devamı.

16. Yüzyıldan başlayarak etkinlikle devreye giren sözleşme kuramı bir yanda iradeci pozitivizmi, öte yanda tabii hukukçuluğu Janus'un iki yüzüne benzetir: İnsanların kendilerini düzene sokacak yasalarının dolaylı ya da dolaysız yaratıcısı olduklarına ilişkin kurgu, klasik tabii hukukçu görüşü sarsacak önemli bir unsur ortaya çıkarır. Tanrı'nın istediği ya da tabiatın zorunlu kıldığı düzeni kurmak adına olsa da iradesiyle toplumu oluşturabildiği, onu kurallarla donatabildiğinden, tabii hukukla pozitif hukuk, Tanrı'yla dünya arasına insan girmiş ve klasik ilişkiye göre bağımlılığı azalmıştır. Bu dünya öteki dünyadan uzaklaştığı ölçüde, pozitif hukuk da az ya da çok özerkleşmiştir. Kaldı ki modern tabii hukukçular pozitif hukukun ölçülü esnekliğine göz yumarken, iradeci pozitivistler tabii hukuk/pozitif hukuk bağıni kökten koparacak, hukuku insanın, insan topluluklarının dolaysız ve bilinçli yaratısı sayacaklardır. Buradan tabii hukuk/pozitif hukuk arasındaki hiyerarşiyi yoksayıp köktenci bir tabii hukuk reddine varsalar da sonuçta asıl vardıkları yer ulus iradesi soyutlamasına özgü yeni idealizm olacak, bunu sağlayan sözleşme kurgusu tabii hukukçuları da etkisi altına alacaktır. Etkinin radikal kanıtı tabii hukukçuluğundan kimsenin kuşku duymayacağı biridir; tabii hukuku tabiatın yaratıcısı saydığı Tanrı'dan da şunu söyleyerek koruyan Grotius: "Tabii hukuk öylesine değişmezdir ki Tanrı tarafından bile değiştirilemez (...) Tanrı bile, iki kere ikinin dört olmamasını sağlayamıyorsa, tabii olarak kötü olan bir şeyin öyle olmamasını da sağlayamaz"¹⁹. Grotius'un yeni bir şey söylemeden izlediği erken modernler de tabii hukukçulukla iradeci pozitivizm arasında kalmışlardır: Bir yandan inançlı din adamları, öte yandan Molina, Gabriel Vázquez, Roberto Bellarmino gibi "hukuku Tanrı'dan bütünüyle bağımsızlaştırma" yanlısı Cizvit kuramcıları²⁰. Villey, Grotius'u Aquino karşıtı Augustinusçu modern rasyonalist cepheye yerleştirse de Grotius ve diğerleri aşkın iradeyi sınırlayan Aquino'nun tabii hukuk anlayışına yakındır. Augustinus aşkın iradenin iki kere ikinin dört olmamasını da sağlayacağını düşünürdü.

Gerçek bilginin ortaya koyduklarından kaçmak mümkün değil. İradeci pozitivizmi anlamanın yolu tabii hukukun ne olduğunu iyi bilmekten geçer. Pozitivizm efsanesini kendi Hakikat'lerinin karşısına yerleştirenler tabii hukuk konusunda büyük bir yanılgıya düşmüş olabilirler; bir efsaneyi diğeri karşıladığından. Efsaneden kurtulmanın yolu, sahte bir tabii hu-

19) Hugo Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, s. 50, 51.

20) Michel Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, s. 331.

kukçuluk/pozitivizm tartışmasından ve ideolojik tarafgirlikten kurtulmak, “hukuk nedir?” sorusuna cevap ararken “irade”nin temel öneminin farkına varmaktır. Hukukîlik ve hukuklar tanımları için doğru cevap, iradeci olanı/olmayandan ayırandır. Tabii hukukçuların iradeci olmaması işin tabiatı gereği mümkün değildir de tabii hukukçu olmayanların bir kısmı, iradeci olmadıkları ölçüde iradeci pozitivist de olmayacaklardır.

Tabii hukukçu olmadığım için Villey'nin hukuk tanımının bütünüyle karşıındayım. Ama karşı olmak bir şey, bir düşünürün bilgisine ve yeteneğine saygı duymak başka şeydir. Aynı kanıları paylaşmasa bile hem alanına hem karşıt fikirlere hâkim ve bu bilgi sayesinde tartışılmaz bir nesnelliği yakalamış olandan öğrenilecek çok şey vardır. Rials'e göre, "20. Yüzyıl Fransız hukuk fakültelerinin en büyük düşünürü" Villey, *Modern Hukukî Düşüncenin Oluşumu*'nda Spinoza'yı "hukukî pozitivist" diye nitelendirir. Bildiğim kadarıyla, Spinoza'yı böyle tanımlayan da yalnızca odur. Niteleme önemlidir, çünkü Spinoza Villey'nin yine hukukî pozitivism saydığı Augustinus düşüncesinde kök bulan felsefî, hukukî, siyasî safa yerleştirilmiştir². O zaman Augustinus-Spinoza arasında, Spinoza'ya yakınlıkları pek akla gelmeyecek aykırı birçok pozitivist boy gösterir: Augustinus'un sadık yorumcusu "Büyük" Gregorius; mistik Hugues de Saint-Victor; Augustinus Aquino'nun ideolojik hasmı sayıldığı ölçüde *Summa Theologica*'nın

1) Stéphane Rials, "Michel Villey, histoire et philosophie, histoire d'une philosophie", Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, s. 10.

2) Michel Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, s. 200, 113.

karşısına *Sententiae*'siyle çıkarılan Augustinusçu Lombardus; fransisken adcı Scotus; bu sonuncudan çok etkilenen ve İbn Rüşd'den Aquino'ya, Calvin'e, Spinoza'ya uzanan gelenekte Felsefe'yi Teoloji'den ayırmaya çalışan Ockham; Aquino'nun Aristotelesçilik'ine karşı çıkan adcı dominiken Guillaume Durand de Saint-Pourçain; Fransiskenlere yakın olduğundan bu safa yerleştirilebilecek hukukçu Bartolo da Sassoferrato; İncil'i Hristiyanlık'ın tek kaynağı sayan John Wycliffe; Tanrı'nın sınırsız gücüyle dünyaya verdiği düzeni ayıran adcı Pierre d'Ailly; Augustinus ve Ockham'la Bernard de Clairvaux'nun mistisizmi arasında kalan Jean Charlier de Gerson; bir başka Scotist, Angelo Carletti di Chivasso, vb. Daha önemlisi, Luther, Calvin, Hobbes ve Rousseau'nun, onların da yanında Théodore de Bèze gibi Calvincilerin ya da Suárez gibi Cizvitlerin –hepsi de Villey'e göre hukukî pozitivisttir– Aquino'ya, Aristoteles'e ve bunların klasik tabii hukukçuluğuna karşıt gelenek içinde sıralandırılmalarıdır. Liste uzundur ve zengin referansları arasında bu pozitivistlere sık gönderme yapan³ tabii hukukçu bir Vitoria bile, Luther ve Calvin'le birlikte “eski tabii hukuk sisteminin çatlayışı ve modern düşüncelerin karşı konulamaz yükselişinin tanığı”⁴ sayılarak damgalanır. Villey'nin kaygısı açıktır: Modernite karşıtı tavrıyla, Aquinocu-Aristotelesçi tabii hukukçu görüşü, pozitivist ve adcı modern düşünceden ayırmaya, bu sonuncuyu Augustinusçu köklerine iade etmeye çalışmaktadır. Salamanca Okulu'ndan Vitoria'nın baş temsilcisi olduğu modern bir tabii hukukçu görüşten de, Augustinus'la Aquino'yu biraraya getirerek ona eklenen klasik bir tabii hukukçu görüşten de sözedilebileceğine değinmiş, Villey'nin tanımının kısıtlayıcı olduğunu belirtmiştim. Ama Villey'nin eserinin önemi tam da yaygın bir bilgi hazinesine dayalı kuramsal cesaretinden kaynaklanır. Bu da dikkate değer savlarının, bazı aşırılıklara rağmen ciddiye alınması gerektiğini gösterir. Bu savıyla da cevap bekleyen bir soru belirlemektedir: Villey'nin kanısı doğrultusunda Spinoza'nın mutlak modernliği savunulabilir mi? Yoksa Spinoza'nın az ya da çok Modernite'yi eleştirdiği düşünülebilir mi? Soruyu cevaplandırmadan önce, genel hatlarıyla iki tür Modernite eleştirisi olduğunu söylemeliyim: Birincisi, dışsal kaldığından eleştirdiği şeyi ya çok iyi tanımayanın ya da ona toptan karşı çıkanın eleştirisidir; hatta burada, Modernite'nin Modernite-öncesinin

3) Luther, Calvin, Bèze, Suárez ve Hobbes hariç (Francisco Vitoria, *Relecciones sobre los indios y el derecho de guerra*).

4) Michel Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, s. 347.

değerleriyle hedef alınmasında olduğu gibi, eleştiriden çok tarafgir karşıtlık sözkonusudur. İkincisi, Modernite'yi içsellikle, kazanım ve zayıflıklarıyla tanıyanın eleştirisiidir. Birincisi ona yabancı kalarak gerçekleştirilene saldırır. İkincisi gerçekleşeni yetersiz bulup, örneğin daha fazla ifade özgürlüğüne, hoşgörüye, barışa, farklı bir demokrasiye ulaşmak üzere onu aşmaya çalışır⁵. Spinoza'nın Modernite'yi böyle eleştirdiğini sanıyorum. Onu kusursuz bir modern pozitivist yapan Villey yorumuna gelince, bu konuda sorum şu: Spinoza yalnızca rasyonalist, ampirist bir modern olsaydı, hukukî-siyasî çerçevede, okuruna muhafazakâr bir egemenlik ve devlet kuramından başka ne sunabilirdi ve eseri son yıllarda bu kadar önem kazanır mıydı? Yine de Spinoza'yı bir modern olarak okumayı sürdüren çok yorumcu var. Klever en köktencilerinden biri: Göç olgusuyla Batı'da beliren güvenlik bunalımının etkisinde kalan yılların Spinozacısı, düşünürü Hollanda aşırı sağının temsilcisi bir devletçiye dönüştürüyor. 'Spinoza'da Öteki Kavramı'nın işlendiği kollokyumda, Öteki'ne karşı silâhlandırılmış yurttaşların sürekli referandumuna dayalı Spinozacı! bir plebisiter demokrasiyi ya da kendi deyimiyle "gerçekten" sosyalist bir ulusalcılığı savunuyor⁶. Tehdit karşısında ayrımcılığa varmış refleksin ötesinde, herkesin hukukî-siyasî sorunları Villey gibi bir hukuk felsefecisinin ustalığıyla tartışmasını beklemek âdil olmaz. Bu nedenle, Klever değil Villey –Klever'e bütünüyle zıt bir görüşle– "Spinoza katıksız moderndir" dediğinde, sonunda bu önermeyi reddetsem bile, yorumunda gerçeklik payı olduğunu düşünmeliyim. Zaten Spinoza'yı Modernite eleştiricisi saysam da eserinde modern unsurlar bulunduğunu kabul edenlerdenim; özellikle din, inanç, Felsefe ayrımları konusunda konvansiyonel kalmıştır⁷. Bir "Maledictus"tan⁸ söz edilebilir mi burada? Modernite-öncesinden bakıldığında ve tüm Kiliseler'in laneti açısından, evet: Eserlerini cehennemde şeytanla birlikte yazdığı iddia edilen ve şeytana inanmadığını açıklamaya cesaret eden⁹ modern. Ancak Kiliseler deyince, bu tür her

5) Kapalı toplumlarda eleştiri hoşgörülmez ve düşmanlık olarak algılanır; farklı olan her şey bilgisizce ve düşmanca yerilirken. Oysa içsel olduğunda eleştiri eleştirenin, sivri bir dili seçse de eleştirdiği şeyi önemsediyini gösterir. Umurunda olmayan şeyi niye eleştirsin?

6) Winı Klever'in "Öteki" temasının işlendiği bir Kollokyum'da sunduğu Öteki karşıtı tebliğine gönderme yapıyorum: "Hardliner Spinoza on democratic nationalism", Keynote on XIIth International Coloquio Spinoza, Córdoba (Argentina), 7-11 Diciembre 2015.

7) *Varolma Direnci ve Özerklik'te "Din, İnanç, İfade Özgürlüğü Karşıtlıkları"* başlıklı III. bölüm.

8) Spinoza düşüncesine karşı olan muhafazakârların "lanetli" anlamında ona taktıkları ad.

9) Benedictus Spinoza, *Kısa İnceleme*, s. 147, 148.

genellenmenin sınırlılığı ötesinde, Spinoza'yı etkileyen bir istisnaya değinmek doğru olur. Villey de "Luther ve Calvin'in modern düşüncenin ve laiklerin fikir babaları olduklarını"¹⁰ söyleyip istisnaya Spinoza'nın modernliğini belirleyen anlamı kazandırır. Mutlak belirleyicilik iddiası bir yana, Spinoza'nın din karşısındaki görüşlerinin¹¹ yaşadığı dünyanın hâkim düşüncesi Calvinizm'den soyutlanamayacağına inanıyorum. Ama Calvin'den sözeden Luther'den ve onların Modernite'ye pek uygun düşen dinî görüşlerinden de söz etmiş olur; fanatizmleri unutulmamak şartıyla. Aşağıda *Teolojik-Politik* İnceleme'nin 15. Bölüm'ünden alınmış iki pasajla¹² Lutherci-Calvinci söylemin nasıl uyuştuklarını göstermeye çalışacağım (Spinoza'nın cümlelerini bu söyleme italik olarak yerleştirdim):

Luther ve Calvin *Kutsal Kitap*'ın buyurduğu davranış kurallarına tavizsiz itaat isterler: Mutlak itaat; çünkü bu Yasa karşısında özgürlük ancak gerçek hristiyanlar için geçerli olabilir, ama muhtemelen gerçek hristiyan artık kalmamıştır ya da insanlığın *tamamıyla karşılaştırıldığında pek az insan aklın yönetiminde erdemli alışkanlıklar kazanabilir*. Buna karşılık, *kesinlikle herkes itaat edebilir*. Demek ki *Kutsal Kitap*'ın tanıklığı olmasaydı, insanların neredeyse *tamamının kurtuluşundan kuşku duymamız gerekirdi*. Ve gerçek hristiyan sayılmayanlar için *Kutsal Kitap* dışında dile getirilemeyecek bu Yasa zorunlulukla kişisel, içsel ve *kanıtlanamazdır ya da en azından bunu kanıtlayabilecek hiç kimse çıkmadı*. O doğrudan İnanç'a bağlıdır ve sadece İnanç Sonsuz Adalet'e ulaşabilir; insan aklı bunu başaramaz, *teolojinin insanların yalnızca itaatle kurtulabileceklerine ilişkin temelinin doğru mu ya da yanlış mı olduğunu akılla kanıtlayamayız*. Bir kez daha, bize bunu öğreten Vahiy ve tek kurtuluş yolu olan İtaat karşı çıkılamaz bir zorunluluğa sahiptirler. Dünyevî otoriteye gelince, vicdanlar üzerinde hiçbir gücü olmadığından İnanç konusunda insanlara baskı yapamaz, çünkü *teolojinin bu temel dogması tabii ışıkla keşfedilemez*. Dünya işleriyle uğraşan *Kutsal Kitap*'tan bilgelige ulaşamaz, ama dünyevî şeylerde de kimse asgarî bir akıldan mahrum bırakılmamıştır. Öyleyse dünyanın yönetimi göksel şeylerden, siyasî öğreti ve felsefe de gerçek adalet ve gelecekteki ölümsüzlükten ayrı tutulmalıdır.

Ağır ve tavizsiz gözükten dinî söylem altında Luther'i, Calvin'i, modern yanıyla da Spinoza'yı biraraya getiren özelliğin dünyevî yönetimin artık

10) Michel Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, s. 302.

11) Eylem Canaslan *Mektuplar*'a yazdığı "Sunuş. Spinoza'yla Diyalog" başlıklı yazısında Spinoza'nın yazdığı mektup arkadaşlarıyla –Oldenburg, Blyenbergh, Jelles–, hatta Katolik hâsımlarıyla dinî konuları nasıl tartıştığını ayrıntılı olarak anlatıyor (Benedictus Spinoza, *Mektuplar*).

12) Benedictus Spinoza, *Teolojik-Politik İnceleme*, s. 226, 229.

kendi Yasa Gücü'yle bağımsızlaştırılması olduğu görülüyor. “Keşfedilemez” Vahiy pozitif hukukun kaynağı olmaktan çıkarken *Kutsal Kitap* Yasa Gücü'nden yoksun kalıyor ya da yasası genel ve gayrişahsî değil kişisel ve içsel olduğundan bir Yasa kitabı sayılmıyor. Spinoza ise benzerliğin dışında, gününün ruhuna uygun olarak, ama Luther'le Calvin'i de köktenci biçimde aşarak, Felsefe'yi Teoloji'den ayırıp ona itibar kazandırmayı amaçlıyor. Pasajın bu açıdan *Etik* Bölüm V, Önerme 41'deki Not'un¹³ ruhuyla uyduğu, Luther ve Calvin düşünceleriyle Spinoza eserinin tamamı arasında ilişkiler kurulabileceği kanısındayım. Calvin “İsa'nın manevî krallığıyla sivil düzenlenme birbirine çok uzak şeylerdir” der ve ekler: “Uyrukların onların üstündekilere karşı ilk görevi konumlarına büyük saygı göstermek (...) onlara borçlu oldukları itaattan hiç vazgeçmemektir”¹⁴. Tanrısal güçle dünyevî güç arasındaki kesin ayrım sayesinde hem Luther hem de Calvin'de dünyevî yönetimin, yönetici dinsiz olsa bile¹⁵ dünya işleri konusunda uyruklardan mutlak itaat beklediği, Spinoza'ya göre de dinin dışsal uygulamaları ya da ibadet konusunda sınırsız güç kazandığı açıktır¹⁶. Ayrıca, Luther ve Calvin hayatın anlamını Spinoza'nın sık başvurduğu *caritas* kavramı üstüne inşa ederlerken sözkonusu dinî kavram nitelik değiştirmiş, Aristoteles'in dağıtıcı olduğu kadar denkleştirici adaletinin yerini *caritas* ya da mülkiyetin yeni kalesi olacak bir adalet almıştır. Bu da herkesin sahip olduğunu –el koyduğunu– elinde tutmasına, buna saygı gösterilmesini istemesine, borcuna ve yaptığı anlaşmalara sadık kalmasına, bu çerçevede yargıçlar tarafından korunmasına¹⁷ denk düşen farklı ve modern adalet anlayışıdır¹⁸; Spinoza *Teolojik-Politik* İnceleme'nin sonunda Amsterdam'a övgüler düzerken¹⁹ bu anlayışa katıldığını göstermiştir – Klever ise bence çok farklı bir amaçla, vatansever övgüsünde içinden tüm yabancıların ayıklanacağı bir Hollanda'nın refahı adına *caritas* ve adaleti gerçekleştirecek bir ulusalcılığı ya da sınırları bu olan demokrasiyi savunuyor²⁰.

13) Benedictus Spinoza, *Ethique*, s. 559.

14) Jean Calvin, *Institution de la religion chrétienne*, Livre IV, Chap. XX, s. 691, 695.

15) Jean Calvin, *Institution de la religion chrétienne*, Livre IV, Chap. XX, s. 691, 695.

16) Benedictus Spinoza, *Teolojik-Politik İnceleme*, s. 278-282.

17) Jean Calvin, *Institution de la religion chrétienne*, Livre IV, Chap. XX, s. 681-691.

18) Michel Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, s. 299, 321, 315.

19) Benedictus Spinoza, *Teolojik-Politik İnceleme*, s. 290.

20) Klever tebliğinde *Politik İnceleme*'ye daha ağırlıklı olarak yer veriyor. *Politik İnceleme*'de güvenlik kaygısının özgürlük arayışının önüne geçtiği bilinir. Kitabın Klever'in savlarını doğrulayabileceği kanısında olmasam da Spinoza'ya rağmen ondan bu tür ultra-modern sonuçlar çıkarılabileceğini düşünüyorum. Bu açıdan *Teolojik-Politik İnceleme*'yle *Politik İnceleme* arasındaki

Bunların yanında, ortak bir Aristoteles reddinden²¹, Calvin'deki Eski Ahit'e uygun ahlâk anlayışından²² ve bunun Spinoza'yı etkileyip etkilemediğinden²³, hem Luther hem Spinoza'nın "Türk Sultanı'na bile boyun eğilmeli" önermesinden²⁴ sözedilebilir, vb.

Modern benzerliğe değindikten sonra artık bu benzerlikten Spinoza'nın modernliği hakkında tüketici sonuçlar çıkaran Villey'ye itirazımı yöneltceğim. Spinoza dönemi Hollanda'sı hukukî-siyasî açıdan Calvin dönemi Cenevre'sine benzemiyordu. Çevresindeki mutlak monarşilere hiç uymayan ülkede belli bir ifade özgürlüğü benimsenmişti²⁵. Bu nedenle, Spinoza'nın beslendiği tek kaynak Calvinizm olamazdı. Birçok farklı kaynak arasından konu açısından önemli birine değineyim: O da panteist gelenektir. Yorumcularını kızdırmamak için Spinoza'nın panteist olduğunu söylemeyeceksem de bu eğilim Calvin düşüncesinin karşı kutbudur ve Spinoza'da en azından ikinci, dolayısıyla belirlenimci bir düşünceye yol açmıştır.

Villey kitabında Spinoza'yı işleyeceğini yazsa da bunu yapmıyor. Neden? Ona haksızlık etmek istemiyorum; kitabı Paris Hukuk Fakültesi'nde 1961-1966 arasında verdiği derslerin notlarından oluşuyor; bu da önemini azaltmadığı gibi, öğrencilerinin ayrıcalıklı olduğunu gösteriyor. Belki Villey Spinoza'yı derslerinde işlemekle yetindi ya da ona hiç sıra gelmedi. Bunlar mümkün, ama kanımca daha hayatî bir neden var: Pozitivizm ya da hukukî pozitivizm tanımı –ikisi Villey'de farksızdır– genişliğinden ötürü fazla belirsiz olsa da Luther, Calvin, Suárez ve Hobbes'u pozitivistler kategorisine sokmak zor olmaz. Oysa bunu Spinoza'nın kuramı için yapmak da hiç kolay olmaz. Çünkü Villey için pozitivizmin *olmazsa olmaz* koşulları "bir" tabii hukukçuluk adına mücadele ettiği adıcılık ve

farklılık için: Reyda Ergün ve Cemal Bâli Akal, "Teolojik-Politik İnceleme'den Politik İnceleme'ye Özgürlük ve Güvenlik Bilmecesi", *Kimlik Bedenin Hapishanesidir*, s. 63-78.

21) Jean Calvin, *Institution de la religion chrétienne*, Livre I, Chap. XV, s. 89; Spinoza, "56. Mektup", *Mektuplar*, çev. Emine Ayhan, Dost, Ankara 2014, s. 290.

22) Michel Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, s. 323.

23) Klever'in Eski Ahit'e göndermeleri böyle bir yakınlığın varlığına işaret ediyor olabilir. Michel Villey ise Spinoza'nın kendi tarzında bir teolog olduğunu ileri sürüyor (*La formation de la pensée juridique moderne*, s. 184). *Teolojik-Politik İnceleme*'yi bir Eski Ahit yapıbozumu, hatta Durkheim'in *Dinsel Yaşamın İlk Biçimleri*'nin ruhuna uygun genel bir mitik tarih okuması olarak görmek isteyenler ise aksi kanıdadırlar.

24) Benedictus Spinoza, *Teolojik-Politik İnceleme*, s. 242.

25) Benedictus Spinoza'nın dönem Hollandası'ndaki konumu ve *Teolojik-Politik İnceleme*'nin yazımsüreji için: Reyda Ergün'ün "17. Yüzyıldan Günümüze Bir İfade Özgürlüğü Çağrısı" başlıklı *Teolojik-Politik İnceleme*'ye "Giriş" yazısı.

iradeciliktir. Ama bu tanımdaki temel sorun adcılıkla iradeciliğin her pozitivizmin ayrılmaz unsurları sayılmasıdır. Villey adcılığın birinci-ikinci düşünceyle birlikte iradecilik karşıtlığı da olabileceğini²⁶ düşünseydi tanımı farklı olurdu. Spinoza'ya adcı demek mümkünse de onu iradeci diye tanımlamak imkânsızdır. İkinci her yaklaşım asgarî bir iradeciliği bile çökertir. Burada da hukukî pozitivizm sözkonusu edildiğine göre, bu çerçevede iradecilik hukuk ya da yasanın yaratımına ilişkin anlamı taşır. İki iradeci kuramdan birincisi, Augustinus görüşünü içeren geniş yorumla, sıfır noktasında tanrısal yaratıya gönderme yaptığından tabii hukukçu sayılır – Villey bu yoruma, Augustinus tabii hukuku tanrısal iradenin sınırsızlığına terkettiğinden karşı çıkıyor ve ısrarla sınırlı irade yanlısı Aristotelesçi-Aquinocu yaklaşımı savunuyordu. İkincisi ise modern sözleşmeciliğin bir diğer sıfır noktasındaki dünyevî yaratım kuramıdır: Önce Suárez ve Hobbes'un tabii hâlden sivil hâle geçiş kurgusu üstüne inşa ettikleri iradeci pozitivizm. Egemenlik ve ulus iradesi kurgusunu yaratan kuram modern hukukî düşüncenin doruk noktasıdır; aynı zamanda da Villey'nin dediği gibi, bir yanıla Augustinusçu iradeciliğin devamıdır – burada ilginç olan, Villey Modernite'nin iradeci yanını kınarken, Klever ise överken, ikisinin de Spinoza'yı Calvin'den etkilendiğini söyledikleri Rousseau'nun erken habercisi saymalarıdır.

Spinoza'nın eseri bu iki kuramın hangisine uyar ya da Klever'in deyişiyle "Spinoza bu çetin savaş meydanının neresindedir?" İki cephede de değil, bir Modernite eleştircisi olarak başka yerededir; ikinci yaklaşımı ister tanrısal ister dünyevî, hukukun iradî yaratımına ilişkin her olasılığı yokeder.

Villey birçok tabii hukukçuyu tekrarlayarak tabii hukukçu olmayan bir kuramın zorunlulukla pozitivist olacağına inanıyor ve cepheyi geniş tutup Aquino'yla Aristoteles dışında herkesi karşısına alıyor. Pozitivist etiketinin, pozitivist denen görüşlerin sınırsız çeşitliliği gözönüne alındığında, bir anlam taşımadığını anlatmıştım; özellikle de böyle genişletildiğinde. Yine de tabii hukukçular pozitivizmler arası farklılıkları –sözgelimi Savigny, Jehring ve Jellinek'in kuramlarındaki uzlaşmaz karşıtlıkları– görmezden gelmekte ısrar edeceklerse, onlara karşı bu etiketi kabul edebilirim. Bir şartla: İradeci pozitivizmle iradeci olmayan sözde pozitivizmler ayırıldılmalı; aralarındaki uçurum derindir. Villey'nin kendi tanımına göre hukukî pozitivist saydığı Spinoza bunu kanıtlar: Hem onun sandığı türden

26) Althusser'de, Foucault'da da görüldüğü gibi.

bir modern olmadığını²⁷ hem de düşüncesiyle Kelsen'in iradeci olmayan istisnâî hukukî pozitivizmi arasında yakınlık bulunduğunu gösterir.

Klever Spinoza'yı "Uluslararası Hukukun İnkârcısı" ilan eden Adolf Menzel'e "Kelsen'in öncüsü" diyor ve muhtemelen Kelsen'in de Spinoza'yı böyle gördüğünü düşünüyor. Ama bana kalırsa ne Spinoza ne onu *Demokrasi. Mahiyeti, Kıymeti* başlıklı kitabında, "panteist olduğu için gerçek bir demokrat" diye öven²⁸ Kelsen, Klever'in onları görmek isteği yerdeler. Kelsen kitabın aynı bölümünde, Menzel'in "Demokrasi ve dünya görüşü" adlı makalesine, ona ne kadar önem verdiğini göstererek gönderme yapar. Ancak iki hukukçu arasındaki yakınlığa değinirken haklı olsa da Klever'in Menzel'e yaptığı gönderme kısa ve belirsiz, ayrıca nasıl yorumlanırsa yorumlansın sorunludur. Onun Spinoza'yı olumlu anlamda "uluslararası hukukun inkârcısı" olarak gördüğü açık olsa da Spinoza karşısında Menzel'le Kelsen'i nereye yerleştirdiği belli değil. Bir varsayımla, Menzel ve Kelsen'in Spinoza'yı inkârcı olarak onayladıkları düşünülebilir; o zaman da Kelsen "uluslararası hukukun inkârcısı" olur ve yorum çok tartışma götürür. Bir başka varsayımla, Menzel ve Kelsen'in Spinoza'yı inkârcı olarak kınadıkları düşünülebilir; bu kez de ortaya hem Spinoza'ya uygun düşmeyecek bir yorum çıkar hem de Kelsen'in Spinoza'ya açıklanmış yakınlığı anlamsızlaşır²⁹.

27) Villey düşüncesinin daha Spinozacı bir yorumu için: Francesco Saverio Nisio, "Spinoza con Villey. Il diritto *sub specie aeterni*", Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, 37, 2008, www.giur.unifg.it/index.php?option=com.12/10/2016.

28) Hans Kelsen, *La démocratie. Sa nature – Sa valeur*, s. 111.

29) Menzel-Kelsen ve özellikle Spinoza-Kelsen bağlantılarını kitabın "Hukukî kuram ve siyaset", "İrade norm yaratır mı?", "Temel norm antropolojisi" başlıklı bölümlerinde ele alacağım.

Machiavelli Hükümdar'ına "ne istersen yapabilirsin" dediği anda skolastik büyü bozulur. Modernite-öncesinde istediğini yapabilecek tek gücün aşkın kaynaktaki yaratıcı olduğu düşünülürdü. Onun her şeyi belirlediği dünyada hiçbir yönetici özerkliğini savunamaz, eyleminin iyiliği ya da kötülüğü Yasa'sına uygun olup olmamasına göre değerlendirilirdi. İyilik/kötülük konusunda yasanın ne söylediği üstüne hep tartışma çıkar ve farklı yorumlar yapılırdı, ama bu önemli değildi; önemli olan dünyevî yöneticiyle aşkın irade arasında ya da skolastik meşrûiyetin bu iki tarafı arasında eylemi şu ya da bu şekilde anlamlandıran hiyerarşik bir bağ kurma zorunluluğuydu. Her durumda da yöneticinin anlamını aşkın odakta, ebedî Hakikat'te arayan dünyevî eylemi, aslolan karşısında ikincil, önemsiz, geçici, kirliydi. Tam da bu nedenle, Machiavelli'nin kötü siyaset dersleri vererek siyaseti itibarsızlaştırdığı iddiası geçersizdir. O, Modernite'nin başında yöneticiyle kutsal odak arasındaki bağı keserek, öteki dünyayla bu dünya arasındaki hiyerarşiyi yok ederek siyaseti bağımsızlaştırır ve sanılanın tersine ona modern itibar kazandırır. Hükümdar'ı engelleyen ve Machiavelli'yi aşırı iradecilikten alıkoyan *Fortuna* (Talih) bir yana bırakılırsa, dünyevî düzlemde iradesiyle kaderini ve toplumunun gelece-

ğini belirlediği düşünölen modern “birey” ortaya çıkmaktadır. Yaratıcı kutsallıktan yaratıcı dünyevîliğe, Modernite-öncesinden Modernite’ye, her şeyi yapabilen tek güç olarak aşkın iradedenden dünyada her şeyi yapabilecek yeni iradeye geçilmektedir.

Machiavelli’yi bu yolda eksiksiz bir modern sayanlar, onu hep Suárez, Hobbes gibi kuramcılardan geriye giderek okurlar. Bu da yaygın ve yalıltıcı bir okuma tarzıdır; birçok düşünürün sahip olmadığı özelliklerle donatılmasına yol açar. Böyle okunmadığında ise Machiavelli’nin ne tam anlamıyla modern ne kuramcı olduğu, kolay kolay düşünür de sayılamayacak bu sıfır noktası “tarihçi”sinin eksiklikleriyle büyüdüğü görülür. Skolastik meşrûiyet bağının yerini alacak bağın egemenlik kuramıyla henüz oluşturulmadığı anda, eski dünyayı geride bırakırken yenisini düşünemez. “Ne istersen yapabilirsin” derken dünyevî Tanrı’ya dönüştürdüğü Hükümdar’a uygun yeni meşrûiyet kaynağını aramaz¹. Bu yoklukta, bir meşrûiyet bağıyla “bir” hukukun sona erdiği yerde, Hakikat onu gizleyebilecek örtülerden sıyrılır ve güç tüm çıplaklığıyla ortaya çıkar. Meşru olan/olmayan şiddet ayrımı ortadan kalkar; her ilke anlamsızlaşırken, şiddet yalnızca onu uygulayanın enerjisiyle artan ya da azalan bir şey olur: Ahlâk dışı gerçeğin ta kendisi ya da her türlü hükümdarlığın kendinden menkul gücü.

Modernite-öncesinde, aşkın odaklarda meşrûiyet arayan ikici geleneksel anlayışa aykırı istisnalar yok değildi. Hâkim zihniyet karşısındaki bu istisnalardan bazıları içkinci oldukları ölçüde birciydiler; yaklaşımın uç örneklerinden birini panteist Giordano Bruno vermiştir. Machiavelli ise, eserinde belirgin bir içkinlik fikrinden sözedilemese bile, meşrûiyetsiz ya da göndermesiz güç tanımıyla Modernite’nin başlangıcındaki, ama aynı zamanda dışındaki birci istisnaya dönüşecektir. Sık değinilen Yalnızlık’ının nedeni budur: Modernite-öncesiyle Modernite arasındaki geçiş anında kalması ve öneminin tam da onu her devrin eleştiricisi kılan bu konumundan kaynaklanması.

Modernite Machiavelli’den sonra kendi meşrûiyet bağıını kurmakta gecikmedi: Gerçek dünyada Machiavelli’nin işaret ettiği güç ilişkileri ve şiddet değişmese de ikici-iradeci-amaçsal nehir, Hükümdar’dan devlete, ondan ulusa aşamalı kuramsal geçişlerle –Bodin, Suárez, Hobbes, vb.–

1) Machiavelli hakkındaki bu yorum için *Machiavelli, Makyavelizm ve Modernite*’de “Machiavelli, Makyavelizm ve meşrûiyet” başlıklı bölüm. Bu çalışmada *İktidarın Üç Yüzü*’ndeki Machiavelli yorumumu değıştirdiğimi belirtmiştim.

gücü bu kez farklı biçimde perdeleyerek ve kendi Hakikat'ini oluşturarak yeni yatağında ilerlemeye devam etti. Bu sürecin de Machiavelli'yi izleyen istisnâî düşünürleri çıkıktı: İradecilik karşısı zorunluluk filozofları. Bir zorunluluk filozofu olamayacak eylemci Luther'in ise Hükümdar'ın en iyi örneklerinden biri olduğuna inanıyorum; Modernite'nin de Machiavelli'nin asla olamayacağı kadar iyi temsilcilerinden biri: Machiavelli gücü ifşa ederken olsa olsa bu temsilcilere özgü mantığı sergilemiştir. Salt modernlerin değil, Machiavelli'ye tarih okumasında siyaset dersi veren tüm hükümdarların fazla yetenek, bilgi ve zekâ gerektirmeyen, bıkıtırıcı bir sıradanlık sunabilen, ama mutlaka kıyıcı olan yönetim mantığı. *Kutsal Kitap*'ı Almancaya çeviren Luther'in Katolik Kilise'nin gücünü bu yolla da azaltmaya çalıştığı bilinir. Latincenin –*Kutsal Kitap* önce Latince yazılmadığından icat edilmiş kutsal dil– bertaraf edilmesi, Katolik Kilise'ye kaybettirdiği çeşitli yararlar yanında, Tanrı'nın sözcüsü olma sıfatını da kaybettirecekti. Sadece Latince bilenlerin yorumlayabileceği *Kutsal Kitap*, Katolik kulların selamete öteki dünyaya gidebilmek için bu dünyada ne yapacaklarını anlatıyor ve Katolik Kilise'nin başındaki insanın ya da “Tanrı'nın ağzı”nın yorumladığı yasalar dizgesi genel nitelik taşıyordu. Yasayı genelliği ve gayrişahsiliği yasa yaptığından, *Kutsal Kitap* bu niteliğiyle herkese geçerli davranış kurallarını öğreten Yasa kitabıydı. Luther ise kitabı Almancaya çevirip kitlelere sunarken kimsenin onlara artık nasıl bağışlanacaklarını söyleyemeyeceğini bildirdi. İnsan bunu yalnızca Tanrı katında öğrenebilirdi; bu dünyada herkese genel kuralları açıklayabilecek, Tanrı yasasını yorumlayabilecek güç yoktu. Protestan kul *Kutsal Kitap*'ıyla başbaşa kalmış, inanç bütünüyle içselleşip parçalanmış, her tekil varlıkla farklılaşmıştı. Herkesin ayrı ayrı okuduğu bir kitaptan aynı sonuçlara varılamayacağı açıktı. Kişinin eğitime, mizacına, içinde yaşadığı koşullara göre yaklaştığı *Kutsal Kitap*, üst yorumcu yokluğunda, her yasa kitabının zorunlulukla taşıdığı genelliği ve gayrişahsiliği kaybederek yasa kitabı olmaktan çıkmıştı. Bu durumda inanç açısından tek başına kalan insan, genel kural yokluğunda nasıl davranacağını bilemeyecekti. Luther, *Kutsal Kitap*'ın artık yol gösteremediği dünyada, yeni yaratıcıyı ve onun bağımsız iradesini işaret ediyordu. Protestan kul Tanrı'nın uzaklaştığı dünyevî alanda artık Hükümdar'a sonsuz itaat borçluydu. Üstelik Hükümdar'ın bağımsız iradesi ve eylemi ne olursa olsun, onun Tanrı'nın istemeyeceği bir şey yapabileceği varsayılsa da, bu itaat kulu günahkâr yapmayacaktı. Hükümdar'ı itirâz edilemez ölümlü Tanrı'ya dönüştüren Protestan etiği yeni bir dünyaya ya da Modernite'ye, onun

yeni hâkim sınıfına, ekonomik, hukukî ve siyasî yönetimine, ulus-devletine, vb. denk düşüyordu².

Etik demek bir yanıyla gerçek güç ilişkilerinin perdelenmesi demektir; her etik az ya da çok muhafazakâr, ifade özgürlüğünün hasmı ve çifte anlamda sansürcü olabilir: Bir yandan Hakikat'inin ardında saklanmaya, öte yandan bu Hakikat'i ifşa edeni engellemeye girişebilir. Nietzsche de modern etiği –ya da ahlâkı– ifşa eden hukuk tanımıyla, özellikle *Ahlâkın Soykütüğü*'yle Machiavelli'yi hatırlar ve hatırlatır. Machiavelli bir meşrûiyet fikrinin dışında kaldığından ne Modernite-öncesine ne Modernite'ye oturtulabiliyordu. Nietzsche ise, hâkim sınıfına, devlet ve ulus fikrine, Aydınlanma zihniyetine, askeri teşkilatına, hukukuna saldırıp Modernite'nin dışına çıkar. Kendinden menkul çıplak gücü belirsiz bir Antik Çağ soyluluğuna, bazen Sokrates öncesine kadar geri dönerek över. Germen kavimlerin kurucu atalarını da hatırlatan bu zaman dışı dönem, güçleriyle kendi yasalarını yaratan ve diğerlerini boyunduruk altına alan efendilerin dönemidir: Dürüstçe, yalana başvurmada, mazeret aramada, sahte bir meşrûiyet ardında şu ya da bu kutsallığa gönderme yapmadan güçlü oldukları ve sınırsız güç kullanmaktan çekinmedikleri için şiddet uygulayanların efsanevi dönemi. Efsanevi; çünkü herhangi bir hâkimiyet asla dürüst olamaz.

Kölelere hâkim olmak Nietzsche'de hukukun yaratıcısı olmaktır. Hukuk güçle tanımlanınca adalet tabii hukukçuluğa uygun anlamını kaybeder. Artık nerede “adaletin sağlandığı, onun hâkim olduğu” iddia ediliyorsa, orada zayıf ve bağımlı güçler karşısında istediğini zorla elde etmiş bir güç vardır. Ya da adalet güçlünün istediğine el koyarken bu arzusunu Yasa Gücü'ne dönüştürmesinden başka şey değildir. Adaleti yasanın önüne yerleştiren tabii hukukçu savın tersine, adaletten sözedilebilmesi, âdil olanla olmayanın ayrılabilmesi için, önce hâkim olma arzusuna denk düşen bir yasa varolmalıdır. Öyleyse yasa iyiye, doğruya, ahlâka, vb. uygun olan değil, onları yaratandır. Kendiliğinden bir adalet ya da adaletsizlik olamaz; bunlar hem yasaya bağlıdır hem de yasa onda istikrar kazanabilecekleri aşkın niteliği taşımaz. Yasa Gücü kavramı bizzat yasanın gücünden çok, böyle bir güce sahip olduğu düşünülen şeyi anlatır; Nietzsche'de ise yasanın kendinden menkul gücü olamayacağından ona Yasa Gücü kazandıran şey “amacı olmayan” dünyevî hâkimiyettir.

2) Luther hakkındaki bu yorum için Machiavelli, *Makyavelizm ve Modernite*'de “Machiavelli, Makyavelizm ve meşruiyet” başlıklı bölüm.

“Hukukun kaynakları hakkındaki tarihi, hukukta amaç kıstasıyla araştırmaktan daha hatalı şey olamaz” diyen Nietzsche’den yola çıkıp tabii hukukçu ve iradeci pozitivist tanımların barındırdığı iradeciliğe özgü sorunu açayım: O, iradeci çerçevede amaca yönelik olarak sorulacak “neden?” sorusudur ve iradeci pozitivistizmin idealizme nasıl kaydığını ve böylece tabii hukukçu kuramlara benzediğini gösterir. Yaratıcı bir iradenin varlığı ister istemez, tabii hukukçuluğun üstünde ısrarla durduğu gibi, iradenin amacını akla getirir. Aristotelesçi-Aquinocu tavrıla o iradenin akla uygun bir tabii düzeni amaçladığı iddia edilebilir; Augustinusçu tavrıla o amaca insan aklıyla ulaşılamayacağı da. Ama sonuçta yine Augustinusçuluk’un kapıyı araladığı biçimde, bütünüyle akıldışı olsa ya da her şeyi her anda değiştirse de en azından başlangıç iradesinde bu amacın bulunmadığı ileri sürülemez. Luther’le Calvin’in inançsızlığı uygulamaya koyan dünyevî efendiye pervâsızca sonsuz itaat önermelerinin dayanağı da olsa olsa böyle gizil bir amacın varlığı inancı olabilirdi. Ulus iradesine varan sözleşme kurgusunun da sözleşmecilere göre değişse bile bir amacı devreye soktuğu açıktır. Kaldı ki tabii hukukçu varsayımda da iradeci pozitivist varsayımda da genelde toplu yarara, çıkara, iyiliğe yönelik amaçlardan soyutlanmış irade düşünülemez.

Amaç demek idealizm demektir ve Nietzsche şimdilik orada değildir. Değerlerin varlığını yasaya, yasayı da onu yasa yapan güce bağlayıp bir şeyin başlangıç nedeni ile onun nihaî amacı arasında kurulmuş bağı koparır. Yasaya Yasa Gücü kazandıran hâkimiyet hukukun nedenidir, ama hukukun varmak istediği iddia edilebilecek herhangi bir amaçla bu neden arasında ilişki kurulamaz. Bu tür bir ilişkiyle ilk nedene bağlanacak amaç her durumda sonradan yaratılmış Hakikat’tir. Nedeni güç olan hukukun bir insanın, topluluğun, kurumun yararına olduğu iddiası, gözün görmek elin tutmak için yaratılmış olduğu iddiasına benzer. Hukukta amaç, yarar diye adlandırılan şeyler gücünün iradesiyle el koyduğu şeye kazandırdığı sözde işlevci anlama işaret ederler. Ancak, öncel işlev ve yararlar hiçbir şey açıklanamaz; Nietzsche’yle, hukuk tanımında her türlü işlevci/yararcı yaklaşımın reddine varılır. Hukuku hukuk yasayı yasa yapan gücün hâkimiyeti olsa da bu gücün amacı olmaması, istikrar açısından hukuku-yasayı belirsizliğe sürükleyecektir. Bir “şey”in, bir uygulamanın tarihi, Nietzsche’de hep yenilenen yorumlar ve düzenlemelerden oluşmuş aralıksız bir zincir oluşturur. Bunların nedenleri birbirleriyle bağlantılı olmayabilir ve bazı durumlarda rastlantıyla birbirlerinin yerlerini alır ya da birbirlerini izlerler. Güç ilişkilerini de bu erken Foucaultcu dille,

olası tüm aşkın anlamlardan arındırarak düşünen, suç ile ceza arasında kurulan ve tartışılması mümkün görünmeyen bağı bile “neden suçun karşılığı ceza olsun?” diyerek sorgulayan ve bu bağlantıda gerçek bir anlam bulunmadığını söyleyen Nietzsche, tabii hukukçuların kafalarında kurdukları yapıyı söker.

Buraya kadar idealist olmayan Nietzscheci hukuk tanımı, yukarıda-kilere eklenen tek ama çok önemli ve Nietzsche’yi Nietzsche yaparken kuramını sınırlayan unsurla iradeci safa yerleşir: Nietzsche modern iradeci pozitivist söylemin karşısına Modernite’yi eleştiren bir iradeci olarak dikilirken her şeyin yaratıcısı olan hayatın sonsuz değişkenliğinde gücü yasayaratıcı irade diye sunar. Yine de irade deyince akla hemen amaç geleceğini bildiğinden, insanın olumsuz özelliklerinden birinin *horror vacui* olduğunu ileri sürerek önlemine de alır: Ona bir amaç gerektiren ve insanda çileci idealin yarattığı boşluk korkusu. Güçlünün iradesi böyle bir korkusu ve amacı olmayan, bu doğrultuda Hakikat yaratmayan meşrûiyetsiz iradedir. Augustinusçu tabii hukukçuluğun iradeci versiyonunun Nietzsche’de bulunduğunu söyleyerek amaçsız bir iradenin düşünülebileceğini ileri sürenler çıksa da, Nietzsche hukuku hâkim olanların amaçsız gücüne bağlarken en azından onların zorbaca yönetme iradesini yüceltir: Hâkim olanın sınırsız hâkim olma iradesi ve belki de yasayı yasa yapan bilinçli ataerkil irade³.

Nietzsche, Anlam Borcu ve Yasa Gücü gibi felsefî-hukukî-siyasî literatürde çok kullanılan birçok kavramın asıl yaratıcısıdır:

Anlam Borcu’nu başlangıç toplumunda insanı kurucu atalara, daha doğrusu yasalarına itaate iten hukukî-dinî zorunlulukla açıklar; hem hukukla din olgularına antropolojik ve Spinoza’yı, Durkheim’i hatırlatan⁴ yapısökümcü bir yaklaşımın örneğini verir, hem de güncel çalışmaları belirlemeyi sürdürür. Anlam Borcu insanın, varolmasını sağladıklarını düşündüğü, bunun karşılığını da kurban töreni, ayin, tapınak inşası ve her türlü sair yüceltici uygulamayla ödemek zorunda olduğuna inandığı, atalar, tanrılar, Tanrı’ya karşı, kaygıya eşlik eden borç duygusudur: Nietzsche’ye göre inancın özü, ama aynı zamanda yaratılmış Hakikat olarak hukuk diye sunulan şey. İlk iki yasadan birinin, kurban törenlerinin başlangıcı olan “totem hayvanı rastgele yeme

3) Friedrich Nietzsche, *La généalogie de la morale*, s. 119-125, 128, 145-149, 164.

4) Bu konuda Spinoza’nın *Teolojik-Politik İnceleme*’sine ve Durkheim’in *Dinsel Yaşamın İlk Biçimleri*’ne kitabın “Modernite ve iradecilik” başlıklı bölümünde değinmiştin.

yaşadığı” olduğu unutulmamalı⁵. Gauchet “Anlam Borcu ve Devletin Kökenleri”nde⁶ Nietzsche’yi anmadan onu tekrarlar; küçük bir farkla, Anlam Borcu’na Nietzsche’nin getirdiği şu olumsuz yorumu getirmez: Nietzsche Modernite eleştirisinde Antik Yunan’a, Sokrates öncesine yaptığı sonsuz dönüşlerinde –nereye döndüğü belirsizdir–, Yunanlılar’ın bu vicdanî borç yükünü üstlerinden atabildiklerini anlatacaktır. Gelecekte de iradeyi her türlü inançtan bağımsızlaştırıp özgürleştirecek bir kurtarıcının dünyaya amacı, insana umudu yeniden kazandıracağını müjdeleyecektir⁷. Bir kez daha, amaç sözü aldatıcı olmasın; Nietzsche yeni bir kurgudan değil, hâkim olanın iradesinin her değerden bağımsızca Yasa Gücü’ne dönüşeceğinden söz etmektedir.

Burada Derrida’nın *Yasa Gücü* devreye girer. Kitabın altbaşlığı *Otoritenin Mistik Temeli*’dir. “Hukukun ya da yasanın mistik temeli” denebilir ve Derrida’nın hukuku Nietzsche’ye yakışır bir yapı sökümüne uğrattığı –“hukuk yapı sökümüne uğratılabilir”⁸ der– düşünülebilirdi; Machiavelli, Spinoza, Lévi-Strauss, vb. bunu yapmamış olsalardı. Kitapta Montaigne’e, Pascal’e⁹, Kant’a, Benjamin’e, Heidegger’e, Lévinas’a, hukuk kuramcılarından tabii hukukçu Rawls’a ve pozitivist Hart’a göndermeler var. Montaigne’in hukuk üstüne yazdıklarını Derrida’nın metninde ayrı bir yere koyuyorum. O da “otoritenin mistik temeli” deyimini yaratanın ve dört yüzyılı aşan bir süre önce “hukukumuz adaletinin hakikatini yasal kurgular üstüne inşa ediyor” diyenin Montaigne olduğunu açıklıyor. Hukukçu olduğu sıklıkla unutulmalardan, yıllarca yargıçlık yapmış Montaigne *Denemeler*’inin “Deneyim üstüne” başlıklı bölümünde yasaların âdil oldukları için değil salt yasa oldukları için geçerli olduğunu söyler ve yasaların otoritesinden ne anladığını ekler: “Otoritelerinin mistik temeli budur; başka temel de yoktur” ve çoğunlukla onları budalalar yapar¹⁰. Ama budala ya da akıllı, kim yapmış olursa olsun “yasaların otoritesi el koyma ve uygulama alışkanlığından kaynaklanır. Doğdukları ana dönmek tehlikelidir. Nehirlerimiz gibi akıp giderken büyümüş ve saygınlık kazanmış olsalar da

5) İlk yasaları kitabın “Mitos ya da yasa” başlıklı bölümünde ele alacağım.

6) Marcel Gauchet, “La dette du sens et les racines de l’Etat”, *Libre 2*.

7) Friedrich Nietzsche, *La généalogie de la morale*, s. 155, 160.

8) Jacques Derrida, *Force de loi. Le “fondement mystique de l’autorité”*, s. 34.

9) Blaise Pascal’in tabii hukuk karşıtlığına kitabın “Hukukun kaynağı” başlıklı bölümünde Montesquieu ve Montaigne’den söz ederken değinmiştim.

10) Michel Montaigne, *Essais III-13*, s. 162.

onları kaynağa doğru izlerseniz, böylesine gururlanmayı anlamsızlaştıran ve yaşlandıkça güçlenmiş küçük bir akıntı görürsünüz”¹¹. “Raymond Sebond’un savunması” başlıklı bölümdeki bu sözler ancak tavizsiz bir tabii hukuk karşısına ait olabilir. Montaigne yönetilenlerin ve yöneticilerin kanılarından oluşan dalgalı yasalar denizinde, değişken tutkular da hesaba katılırsa adalet denen şeyin farklı renklere büründüğünü, farklı görünümler aldığını söyler; kendi özünden kaynaklanan bir koşullanma nedeniyle insan türüne özgü olduğu iddia edilen sağlam, sürekli, değişmez tabii yasalardan sözedenleri de alaya alır. Çünkü bu yargıcın kafasında insanların tamamı için geçerli olan ve herkesin koşulsuz kabul ettiği tek bir yasa bile yoktur¹². Montaigne bir yana, Derrida’nın *Yasa Gücü*’nde anlattıklarına göre, adalet ne hukuk ne de yasaysa, o hukukun adaletine ya da hukukta adalete daha ilk anda gücü çağırarak dönüşüyorsa, her şey hep güçle başlıyorsa, otoritenin kökeni, yasanın koyuluşu eninde sonunda dönüp kendilerine dayanıyorlarsa, sonuçta temelsiz şiddetten başka şey değillerse, kurucu anlarında ne yasadışı ne de yasal sayılabileceklerse¹³ bu yapısökümünde Nietzsche ağırlıklı yer almalıydı. Kaldı ki yalnız Nietzsche’nin değil, Montaigne ve Kant’ın da kanıtladıkları gibi, hukukîlik tanımında güce belirleyici ağırlık veren düşünce hiç de yeni olamaz. Villey onu Augustinus’a ve 4. Yüzyıla kadar geri götürür.

Bu açıdan, Nietzsche’nin iyi okuduğu Sade’in anılmasında ve hukuk görüşünün değerlendirilmesinde de yarar var. Nietzsche’nin belli bir amacı reddeden, ama iradeci olduğu için bu kez üst insana ve iradesine özgü belirsiz amaçla idealizme kayan hukuk ve yasa tanımı karşısında, onları “her şeyin başlangıcı olan güç”e gönderirken bağımsız iradeyi reddeden Sade’in tanımını daha tutarlı buluyorum¹⁴.

Spinoza da hukukun mistik temellerini ifşa ederken her türlü iradeciliğe uzak durur. Burada onun hukuk ve hak kuramına girmeden, “Machiavelli’den etkilenen, tabii hukuk ve tabii yasa savlarına inanmadığını söyleyen, hukuku değil hukukları düşünen bir Spinoza’yı, Nietzsche

11) Michel Montaigne, *Essais II-12*, s. 353.

12) Michel Montaigne, *Essais II-12*, s. 348, 349.

13) Jacques Derrida, *Force de loi. Le “fondement mystique de l’autorité”*, s. 29, 30, 26.

14) Sade’in hukuka bakışı için: *Hukuk ya da Kukla Tiyatrosu*’nda “Ahlâk ya da Giyotin” başlıklı bölüm (Cemal Bâli Akal, *Hukuk ya da Kukla Tiyatrosu*, Dost, Ankara 2014). Bölümde de görüleceği gibi François Ost’un Sade’in hukuka bakışı üstüne kapsamlı çalışmaları var. Bunlardan biri de *Sade et la loi* başlıklı kitabıdır.

dünyasının şiddetinden koparan nedir?”¹⁵ diye sorulmalı. İki kuramcı arasındaki farklılıkları belirleyen çeşitli yaklaşımların herbiri araştırmaya değerdir. Yine de düşüncelerini kökten ayıran fark, Spinoza'nın iradeci olmadığı ölçüde barışçı, Nietzsche'nin ise iradeci olduğu ölçüde çatışmacı hukuk tanımında ortaya çıkar. Aynı karşıtlık Kelsen ve Schmitt'te de bulunur.

15) *Varolma Direnci ve Özerklik*'te “Modernite eleştirisinde benzerlik ve farklılık” başlıklı II. bölüm.

Siyaset, hukuk, sosyallik sözcüklerinin içleri, dünyaya nereden bakılıyorsa ya da nereden bakıldığı sanılıyorsa oradan doldurulur. Aşkın iradenin her şeyi belirlediğine inanan kişi için sosyalliğin, hukukî ve siyasî olanın başlangıcı –totemik dinlerden çoktanrılı, sonra tektanrılı dinlere, bir yönüyle modern tabii hukukçu anlayışa uzanarak– dinî olacaktır. Bir iradeci pozitivist siyaseti salt yöneticinin onu meşrulaştıran bir dünyevî iradeye dayanarak ya da dayanmadan yönetmesi olarak tanımlıyorsa, o yöneticinin ağzından çıkan yasa sayıldığı ölçüde, siyaset diye adlandırılan şeyin hukuku belirlediğine inanılacaktır; bunun bir versiyonu devletin hukuk yarattığı savıdır. Hukukun bir kesimin hâkimiyetine dayandığını savunanların kafasında da o hâkimiyet ya da bu anlamdaki bir siyaset hukuku belirleyecektir. Siyaseti, yönetenin iradesiyle değil, yönetilenleri devreye katan güç ilişkileri çerçevesinde tanımlayanlar bu karmaşık ilişkisel ağı hukuku belirlediğini düşünürler. Dengenin yönetilenlerin iradesine kaydırılmasıyla yasanın yönetenleri kuşattığı ve yönetenlerin ya da devletin hukukun kıskacında olduğunu iddia edenler de çıkar. Hukuku sınıfsal hâkimiyet öncesine taşıyarak burada gözlemlenecek ilk güç ilişkisinin ona öncel olduğunu söyleyenler, bir kesimin başka kesim

üstündeki bilinçli ataerkil denetimini belirleyici bulurlar, vb. Denklemler dünyaya farklı yerlerden bakılarak kurulurken sözcükler bu farklı kuruluşlara göre çeşitli anlamlarla donanır. Sayısızca çoğaltılabilecek ve birbirinin yerine geçirilebilecek sosyallik, hukuk, siyaset sözcükleri yaratılan ve yaratılacak her yeni Hakikat'te değişir. Ama hangi anlamı taşırlarsa taşırsınlar herbiri kendinden menkul gerçek gibi sunulur ve gerçekliğin sonsuzca değişirken bu anlamları değiştirdiği farkedilmez. Hukuk ve siyaset, bunlardan anlaşılan neyse, değişen koşulları hep yeniden karşılamak üzere onlara ayak uydurmaya çalışarak bazen belirleyen bazen belirlenen olur ya da öyle oldukları sanılır. İkinci ve adcı bir düşünce töz içindeki bu yer değiştirmeleri ve kavramların onlara bağlı değişkenliğini gözden kaçırmaz. Siyasetin hukuka, hukukun siyasete ya da sosyalliğin her şeye öncel olduğu hakkındaki farklı savları “hangi sosyallik?”, “hangi hukuk?”, “hangi siyaset?” sorularıyla karşılar. “Hukuktan, siyasetten, siyasî olandan anlaşılan ve bu anlayışla kurulan nedensellik bağı şudur” diye verilecek her cevap, içsel tutarlılığa sahip olsa da hayat içindeki zorunlu sınırlılığıyla totolojiden öteye gitmeyebilir. Totolojiden uzak yaklaşımın *olmazsa olmaz* koşulu hukuk ya da siyaset gibi kurgusal belirleyicilerin tercihinde hâkim olan iradeciliğin reddidir: Hukuku ya da siyaseti bağımsız antiteler olarak anlamının ve tanımlamanın aldatıcı yolu.

Ona karşı, Malinowski'nin tanımıyla kültür öncesinden kültüre, kazanılan, unutulmuş, yeniden kazanılan alışkanlıkların geleneğe dönüşmesi, kurallarla sabitlenmesi, bölük pörçük kişisel eylemin yerini süreklilik kazanmış düzenlenmenin –kurumun– ve kümenin davranışının alması olan¹ bir “doğuş”tan yola çıkılmalıdır. Köktenci ifadeyle “toplumu toplum yapan hukukîliğidir” de denebilirdi, ama en azından ilk güç ilişkisinden doğan hukukîliğin sosyalliğe denk düştüğü söylenmelidir. Bundan öncesi, milyonlarca yıl için herkesin ilk atalarına saygıyla yaklaşan ve olumsuzlama içermeyen sözcükle “sürü”dür. Asla iradî olamayacak bir doğuştan sonra ve onun tarihî devamlılığı içinde toplumlar hukuklarıyla sürekli değişirken, hukuk ve siyaset sözcükleri onları karşıladığı düşünülen farklı gerçekliklere göre farklı anlamlandırılır, birbirinin önüne ya da arkasına geçerler; hukuk, siyaset, siyasî olan tanımları da sonsuz ve sonuçlandırılmaz bir rekabete girerler. Sosyallikte kâh belirlenen kâh belirleyen olarak çeşitli anlamlar kazanan –içini hep hukukîlikle doldurduğum– siyaset sözcüğünün, bu çalışmada hukukîliğin aslî unsuru

1) Bronislaw Malinowski, *Une théorie scientifique de la culture*, s. 114.

güç kullanımıyla ve hukukîliğin kaynağındaki güç ilişkisiyle olsa olsa sosyalliğin başlangıcı ve öncesine uzanan uzak bir akrabalığı vardır. Siyasîlik sözcüğü ise ona kazandırılacak iradî olmayan anlamla, yine hukukîlikle birlikte hem siyaset hem de hukuklar diye adlandırılan farklı gerçeklikleri aşar. Nihaî olarak, Foucault'nun iktidar tanımında bulunduğu Durkheimci deyimle billûrlaşmış ve soyutlaşmış bir hâkimiyeti, gerçeklikte de sosyalliğin sonsuz güç ilişkilerini ortak model mantığı içinde anlatır. Bu nedenle, hukukîliğin “doğuş”u ve devamına, sözcük olduğunu unutmadan siyasîliği denk düşürüp “siyaset”ten ayırıyorum. O zaman siyasîlik sözcüğü literatürde “siyasî olan”la ifade edilen gerçeklikler bütününe karşılayacak, siyaset ise ona iradeci anlam kazandırılmadan, sistemlere göre farklılaşan biçimde ve hem hukuklar denen değişken yapılar içinde hem de onları aşan global çerçevede, yönetilenleri de içererek yönetime dair olanı gösterecektir.

Şu ayrımın önemli olduğunu düşünüyorum: Her toplum tipinde hukuk, siyaset, siyasî olan sözcükleriyle karşılanmaya çalışılanlar arasındaki birleşmeler, ayrılmalar, yer değiştirmeler, çatışmalardan, vb. oluşan kuşatılamayacak güç ilişkileri, a- hem yasada istikrar kazanarak hukukîliği doğuran sosyallik öncesi güçle b- hem de hukukîlik tanımının aslî unsurlarından yasayla güç kullanımı bağına özgü statik güçle karıştırılmamalıdır. Hukukîlik denen şeyin toplumu saran ve nihaî bir hâkimiyeti içeren güç ilişkileriyle, onların üstünü de örterek kurduğu karmaşık bağ “güç ilişkileri hukuk yaratır” ezberini çürütür. Burada güçten anlaşılacak belirsiz şeyle, başlangıç öncesi ön hegemonyanın meşrulanmamış şiddeti ve tüm hukukî düzenlerin yasada meşrulan şiddeti, aralarındaki ilişkiye rağmen farklı düzeylere aittir. Bu nedenle, başlangıç öncesi şiddetin yasada istikrar kazanması olan ilk hâkimiyeti “güç ilişkisi” deyimiyile, karmaşıklaşan toplumlarla bu ilk güç ilişkisine eklenen, onu örten sayısız güç ilişkisini de çoğul “güç ilişkileri” deyimiyile karşılıyorum. İradeci ve işlevci olmayan antropolojik yaklaşımla “hukukîlik ilk güç ilişkisinden doğar” demek bir şey, “hukukîliğin aslî unsurlarından biri yasanın güç kullanılarak uygulanmasıdır” demek başka şey, karmaşık güç ilişkilerinin sosyallik tarihinde hep hukukların önüne geçtiğini iddia etmek bambaşka şeydir ve bu sonuncu iddia yanlıştır. Çünkü yasaların kaynağındaki ilk güç ilişkisi yasalarla istikrar kazanınca bağımsız olmaktan çıkacak, sosyal tarihte karmaşık güç ilişkilerine dönüşüp sonsuz çeşitlilik sunarken, yasanın güç kullanılarak uygulanmasıyla da belirlenecektir. Hukukun bağımsızlığını reddeden görüş, siyasetin bağımsızlığını da reddedeceğinden

ön belirleyici bir hukuk ya da siyaset anlayışına karşıdır. “Hukuk siyaseti belirler” cümlesi gibi “siyaset hukuku belirler” cümlesini de gerçeklikten uzak bir yaklaşımın ifadesi sayar ve hukuktan, siyasetten, güçten sözedene bu sözcükleri kullanırken “hangi” düzeyleri kastedtiğini sorar.

Hukuk ve siyaseti kendinden menkul bütünler olarak ele alan yaklaşımların tezahürlerinden biri iradeci ya da kararçı istisna hâli kuramıdır. İstisna hâli deyince akla hemen Schmitt gelse de istisna ya da zorunluluk hâliyle “siyasetin hukuka öncelliği” tartışmasının, Roma’dan Orta Çağ Hıristiyanlığı’na, Machiavelli’den Bodin’e, Locke’a, Rousseau’ya, onlardan Jellinek’e, Hauriou’ya, Duguit’ye, Carré de Malberg’e, Barthélemy’ye, Castberg’e, Waline’e, vb. uzanan çeşitli yorumları var². İstisna hâlini Schmitt, Benjamin ya da Agamben’den öğrenenler bir keşifle karşılaştıklarını sanabilirler, ama yüzlerce yıllık bir hukukî tarih ve kuramla asgarî ilişkisi olanlar bu sorunun hep tartışılmış olduğunu bilirler: İstisna hâli hukuku askıya alan bir hâl midir? Siyasetin ya da hukukun ön belirleyiciliği hakkındaki modern spekülasyonlar bir yana bırakılacak ve hukuktan değil, tarihî bakışla hukukîlikten sözedilecekse istisna hâli diye bir şey olabilir mi? Hukukların kesintilerle farklılaştığı ve “bir” hukukun askıya alındığı düşünülebilse de hukukîliğin askıya alınması mümkün müdür? Hukukîlik sosyalliğin başlangıcında ortaya çıkmışsa, hukukun askıya alınması bu başlangıç öncesine benzer bir sıfır noktası olmaz mı? Hukuk bu sıfır noktasında her istisna hâliyle yeniden yaratılabilir mi, vb.?

Cevaplar çeşitlidir: Aşkın irade açısından istisna hâli dinî tarihin bir aşamasında insanların Tanrı’nın yasasını unutup hukuk dışı bir anı yaşadıkları iddiasına denk düşebilir. Tabii hâl kurgusunun mimarları için bu, tabii hâle geri dönmek, bazıları içinse tarih öncesine gitmek ya da sonrasına ilerlemek olabilir, vb. Bence sıfır noktası yalnızca sosyallik öncesidir: Gerçek istisna ya da sürü hâli. Başlangıç toplumu düzenlediği kaos şenliklerinde zamanı durdurduğu bir dönüş oyunu oynardı. Onun da kendi kısmi istisna hâlleri vardı ve hukuk dışı karmaşa günleri kısa

2) Hukukun askıya alınmasına ilişkin “zorunluluk hâli”nin tanımlanmasında Léon Duguit, Raymond Carré de Malberg, Frede Castberg hikmet-i hükümete yol açabilecek bir yorum konusunda ihtiyatlı yol izlerlerken, Maurice Hauriou ve Marcel Waline daha esnek bir tavır sergileyecekler, Joseph Barthélemy ise son dönemlerindeki reaksiyoner siyasî seçimine uyan hukukî tanımla yerini belirleyecektir: “Hükümetin, kamusal düzeni ve ulusal savunmayı güvence altına almasını sağlayan, yazılı olmayan hukuk kuralı” (Saint-Bonnet, *L’Etat d’exception*, s. 9-21. Burada Duguit ve Hauriou’yu diğerlerinden ayırarak, iradeci olmayan yaklaşımlarıyla başka bir istisna oluşturdıklarını söylemek gerekir.

sürer, bu yok-hukuk dersi bitince, *olmazsa olmaz* koşulu olan yasalarla sosyallik geri gelirdi³.

Schmitt, istisna hâlini herhangi bir acil durum ya da sıkıyönetime denk düşürmez, egemenlik istisna hâlinde varlığını sürdürdüğü için de bir anarşi ya da kaos saymaz. Olağanüstü bir zorunluluk, *extremus necessitatis casus* hâlinde, çâresiz kaldığı düşünülen hukukî düzene karşı siyasî tavrının belirlediği askıya alınmış bir hukuk tanımı ortaya koyar: Devlet otoritesinin özünü⁴ sergileyen bu istisna hâli anlayışında karar normdan ayrılır ve otorite hukuk yaratabilmek için önceden belirlenmiş bir hukuka bağlı olmadığını kanıtlar. İdeolojik hasmı Kelsen’de bu, devlet dâhil her siyasî iktidar tipi kendi hukukî düzeniyle özdeşleştiğinden o düzenle birlikte siyasî iktidar tipinin de, her sistemin de bütünüyle askıya alınması olacaktır; böyle bir istisna hâli de olsa olsa hukuk yaratımına dair gerçekleşmesi imkânsız mutlak sıfır noktasıdır. Schmitt, Kelsen’in imkânsızlık iddiasını şu mantıkla karşılar: İstisna hâlinde hukukî düzen olmasa bile, o bütünüyle askıya alınmışken hukukî anlamda yine de düzen sürmektedir: Egemenlikle. Agamben buna dayanarak Schmitt’te istisna hâlinin hukukta ya da en azından hukukla düşünüldüğünü söyler ve Schmitt’e karşı, ondan yola çıkarak, istisna hâlinin hukuktan arınmış mutlak bir kuralsızlık alanı, bir sıfır noktası olacağını belirtir. Walter Benjamin’e yaptığı göndermeyle hem hukuk hem de onunla ele alınacak her şeyin dışındaki şiddetin varlık ve gerçekliğini gösteren boşluktan (*vacuum*) sözeder: Hukukun hayatın tamamıyla birlikte emilmesi. Agamben’in yorumuyla bu, Schmitt’in, hukuku ötelese de onun yaratıcısı saydığı kararlılığını çökertir ve sonuçta, tüm hukukî sorunların “karar verilemez” niteliğini ortaya çıkarır⁵; onu nasyonal sosyalizmden arındırmaya çalışan yorumcularının hayali doğrultusunda Schmitt’i yanlı bir siyasî görüş ve tavırdan uzaklaştırır⁶. Hukukta gerçek bir *vacuum* olabileceği ve bunun ön belirlenmesi olmayan şiddete hep geri dönüş sayılacağı hakkındaki Agamben savı Schmitt’in savını köktenci biçimde aşmıştır. Schmitt’te

3) *İktidarın Üç Yüzü*’nde “Yasa ve Kılıç” başlıklı II. bölümde “Kutsallaşmış Siyasî İktidar” başlıklı altbölüm.

4) Carl Schmitt, *Théologie politique*, s. 16, 22, 23.

5) Giorgio Agamben, *Etat d’exception*, s. 86, 87, 91, 92, 102.

6) Eskimiş bir tartışma: Siyasî saftanması bir yana, Nazi bir hukuk kuramcısı ya da bir filozof nesnel –veya karşı saftan da kullanılabilecek– bir hukuk ya da felsefe kuramının yaratıcısı olabilir mi? Bir Nazinin bir musluğu iyi tamir edeceğine inanılabilir, ama hukuk ya da felsefe kuramı söz konusu olduğunda bir Naziye ne kadar güvenilebileceği kuşkuludur.

karar, önceki hukuka göre her türlü normatif bağılıktan koparak mutlak bir nitelik, sonraki hukuka göre de yasa öncesine denk düşen kesin bir bağımsızlık kazansa da varılacak yer, belirleyici an olarak kısmi bir sıfır noktasıdır ya da kısmi olduğundan ona sıfır noktası denmez. Agamben'in yaklaşımıyla kıyaslanırsa Schmitt'in istisna hâli, kararın son aşamada dayanacağı egemenliğin ve onunla devletin korunduğu kuralızsızlık hâlidir: Yeni kuralın egemen kararıyla eski kuralın yerini alacağı dönemin öncesi. Burada geride kalan hukukla bağlar kesilmiş, boşluk anıyla –onun da ne olacağına karar verilmiştir– onu izleyecek hukuk arasında bağ kurulmuştur: Yasayararacı dünyevî iradenin sonsuz güce sahip olduğunu anlatan egemenlikle ya da kavram hakkındaki en basit tanımlardan birini tekrarlayan Schmitt'te “üstün yönetme gücü demek olan ve başka kaynaktan türemeyen egemenlik”le. Tanım “gerçek”ten pek basittir; çünkü Schmitt egemenliğin bir kurgu olduğunu değil, gerçek güçle birebir çakıştığını düşünür. Ancak modern hukukî-siyasî kuramın teolojik unsurlarını ifşa eden *Siyasî Teoloji*'nin yazarı, gücün gerçekliğini kanıtlamaya çalışırken belki tam da teolojinin içine çekilmiştir. Kadim soru: Yoklukta ya da yasayararacılığı öncesinde bir irade olabilir mi?⁷ İdealist olmayanlar hayır, olanlar ise evet diyecek ve iradeciliğin idealizm olduğunu kanıtlayacaklardır. Schmitt, yalnızca hukuk yarattığı için güce hukuk dışı hukukîlik atfeder; hukuk yoklukta baştan yaratılacağından. Bu da istisna hâline karar veren egemeni hem merkez kavramı egemenlik olan hukukun üstünde, hem modern devlet ve hukuk –yaratım– kuramının içinde konumlandırır. Bu sayede, egemen diktatörlük egemenliğe ya da salt ulus iradesine dayandırıldığından “demokratik” olacaktır⁸ ya da egemenlik kuramı demokrasi sözcüğünün çeşitli aykırı tanımlarından birine burada despotik kapıyı açacaktır: Schmitt'in kuramında diktatörlük, çoğunluk hâkimiyeti ya da plebisiter demokrasi sözcükleri çatışmaz; Nazi rejimi de onun demokrasisi olur⁹.

Diktatörü ya da egemeni sonsuzca bağımsızlaştıran kararcılık bu modern çerçevede farklı aşamalar içerir: Olağanüstü hâli gerektiren zorunluluğun var olduğuna, onun devletin yararına, kamusal çığara, güvenliğe, düzene, vb. ilişkin olduğuna, bunların sağlanması için yapılacakların

7) İbn Rüşd yaratıcı iradenin yoklukta varolup olamayacağını sorup Yasa kitabında bunun bir cevabı olmadığını söylemişti (İbn Rochd [Averroës], *Traité décisif*, Vrin, Paris 1983, s. 16).

8) Carl Schmitt, *La dictature*, s. 59, 62.

9) Bu konuyu kitabın “Demokrasi ve otokrasi arasında” başlıklı bölümünde Schmitt/Kelsen karşılaştırmasıyla yeniden ele alacağım.

saptanıp yapılmasına yönelik sınırsız karar aşamaları. Schmitt'in "dost-düşman ayrımı" önermesi de "istisna hâli" önermesi de aynı iradeci bakışın birbirine bağlı önermeleridir. *Siyaset Nosyonu*'nun başında, "devlet kavramı siyaset kavramını varsaydırır" dedikten sonra tüm siyasî eylemleri ve nedenleri ona bağlayarak, siyaseti siyaset yapan özgül ayrımın dost-düşman ayrımı olduğunu söyler. Kavramların hep birbirlerini açıkladıkları dönüşlerle her devlet öğretisinin merkez kavramı olan bu siyaset egemenlikle varolur; o da dost-düşman ayrımına, zorunluluk ve istisna hâline karar verecek, hayatî anlarda iradesini kabul ettirecek olan merkezî ya da siyasî birliği varsaydırır; iradesi belirleyici olan böyle bir siyasî birlik yoksa ne siyaset olur ne de devlet¹⁰. Devletle de iş bitmez, başındaki karar verici onu gölgede bırakır. 1927 tarihli *Siyaset Nosyonu*'nun dost-düşman ayrımını belirleyecek karar vericisi, geriye doğru 1922 tarihli *Siyasî Teoloji*'nin üstün güce sahip egemeni, 1921 tarihli *Diktatörlük*'ün egemen diktatörüdür. İlk kitaptan ikincisine geçilirken egemen diktatör vurgusu yerini egemene, üçüncü kitapta ise daha belirsizce devlete bıraksa da hukukun askıya alındığı istisna hâlini düşünme mantığında değişiklik yoktur; birinci kitaptan başlayan iradecilik temelli Kelsen karşıtlığında da¹¹.

İstisna hâli tartışmasında Schmitt'in neredeyse tekrarladığı Joseph de Maistre, Donoso Cortés¹² benzeri muhafazakârlar bir yanda, soruna liberal yaklaşanlar başka yanda durmuşlardır. Ama hepsi hukuku az ya da çok bağımsızlaşabilecek ve sosyallikten, güç ilişkilerinden ayrılacak bir bütün saymışlardır. Siyaseti bağımsızlaştırıp hukukun belirleyicisi kılan da bu mantıktır. Böyle bir ayrımın mümkün olmadığı anlaşıldığı anda, Kelsen'in itirâzı önem kazanır; *Grundnorm*'u da alışılmış yorumlara karşı istisnâ bir okumayı hak eder. Kelsen, Schmitt'i ve diğer muhafazakârları istisna hâline götüren iradeciliğe de bir kurgu saydığı egemenlik kavramına da yakın olmadı. Hukuku, belirleyicisi olacak bir siyasetten ayırmakla iradecilik arasındaki bağı görmüştü. Böyle bir egemenlik ya da modern devlet kuramı ister istemez kişisel kararın keyfiliğine varacaktı. Bu "yöntemsel totalizmin siyasî totalizme götürdüğünü ve yöntemsel totalizm olmazsa siyasî totalizmin entelektüel temelinden mahrum kalacağını görmek zor değildi"¹³ – siyasî totalizmin entelektüel temele ihtiyaç duyacağı çok

10) Carl Schmitt, *La Notion de politique. Théorie du partisan*, s. 58, 64, 79, 82-84.

11) Carl Schmitt, *La dictature*, s. 65, 66.

12) Carl Schmitt, *Théologie politique*, s. 62-75; *La dictature*, s. 65.

13) Friedrich August Hayek, *Scientisme et sciences sociales*, s. 109.

istisnâi bir hâlde. Schmitt, egemenlik kavramını ve devletin kişiliğini bir başka açıdan reddeden Duguit'yi egemenlik nosyonunun siyasî anlamını yakalayamadığı gerekçesiyle eleştirirken de¹⁴, iradeci siyaseti hayatın nesnel gerçeği sayan pervâsızlığın savunucusuydu. Hukuk literatüründe Kelsen karşıtı bu siyasî pervâsızlığı Schmitt'in anti-pozitivizmi diye öven çok sayıda görüş var. Taban tabana zıt iki de demokrasi anlayışı; biri Kelsen'in, öteki de ona pozitivist diyen Schmitt'in.

Hem dost-düşman ayrımı ve istisna hâli üzerinden Schmitt'e, hem de hukukun sıfır noktası hakkındaki savı köktenci olduğundan daha net biçimde Agamben'e sorulacak soru şudur: Tarih bu tür hukukî *vacuum*lar içerir mi? Bu, "hukuk nedir?" sorusuna da verilecek iki farklı cevaba açık sorudur. Agamben sorunun Romantizmin'in ve Savigny'nin –hukukun tarihîliği hakkında, iradeci olmayan– formülünü akla getirdiğini söylerken, onaylamadığı ikinci cevabın ne olduğunu gösterir¹⁵: Ona Schmitt'in, Benjamin'in, Agamben'in, hatta tarihi "bir" halkın ruhuyla sınırladığı için Savigny'nin baktığı yerden değil de başka yerden bakılırsa, hukuk hayatın dışında, üstünde olamaz. Hayat –metafizik bir anlam vermeden ve ne onu ne hukuku yücelterek– bir *vacuum* içermiyorsa hukuk da içermez. Tarih siyasî iktidar tiplerinin değişimiyle yeni hukukî düzenlerin ortaya çıktığını gösterse de hukukîliğin dışına bütünüyle çıkılabildiğini göstermedi; çünkü bu sosyallik dışına çıkmak olurdu. İstisna hâli denen şey, hukukîliğin evrimci anlam taşımayan devamlılığında, bir hukuk sisteminin şöyle ya da böyle başka hukuk sisteminin yerine geçmesidir. Bu kadar net görünüm sergilediğine de niteliksel kesinti anlarında tanık olunur: Modernite-öncesinden Modernite'ye geçilirken ya da günümüzün kaotik savaş ve göç olgusunun düşündüreceği gibi, Modernite'nin sonuna varılırken; Agamben'e göre küresel iç savaşa gidilirken. Yoksa hukukun askıya alınması sistemle ilgisiz ve hukukî çerçevesini de¹⁶ baştan sona yenilemeyen bir rejim değişikliği olur. "İstisna hâlinde istisnâi bir şey yoktur" diyen Troper de hukukun bütünüyle askıya alınmasının mümkün olmadığı kanısındadır. Aksi hâlde örneğin mülkiyetle ilgili kuralları tümüyle ortadan kaldıran bir askıya alma sözkonusu olacaktır ki en sert müdahalelerde bile böyle bir durumla karşılaşılmamıştır¹⁷. Ne düzeni ne

14) Carl Schmitt, *La Notion de politique. Théorie du partisan*, s. 79.

15) Giorgio Agamben, *Etat d'exception*, s. 143.

16) Yalnızca burada, sınıflamasına tüketici anlam vermeden, Georges Gurvitch'in "hukuk sistemi, çerçevesi, türü" üçlü ayrımını kullanıyorum (*Éléments de sociologie juridique*, s. 141, 142).

17) Michel Troper, *Le droit et la nécessité*, s. 99, 105.

rejimi hedef alan, tersine onu güçlendirmeyi hedefleyen askıya almaların varolabileceğini de tarih çeşitli örneklerle gösterdi. İnanç kısıymlarından din savaşlarına, sömürgeci yokedişe, tehcire, gettolara, toplama kamplarına, mültecilerin oradan oraya savrulmasına, vb. uzanan karmaşık güç ilişkileri içinde mutlak bir hukukî yokluk olabileceğini, hayatla bağı kopuk ideal bir hukuka gönderme yapanlar iddia eder.

Belki daha gerçekçi bir yaklaşım, hukukîliğin sonuyla insanlığın sonunu birlikte düşünmek olurdu.

Antonio Tabucchi'nin deyimiyle “Grundnorm’un yolları sonsuzdur” ve bu yolları Grundnorm’u açıklamadığı için Kelsen açmıştır; sonsuz yorumlara ve onlardan birine.

Kelsen'in kuramı istisnâî bir Hukuk Felsefesi kuramıdır, çünkü o sonucu asla felsefî olamayacak "hukukun saf bilimi"ni kurmayı amaçlar. Bu bilimin konusu da saf anlamda hukukî olmadığı düşünülen unsurlardan ayrılarak işaret edilen normlar piramididir. Kelsen'in, kuramını onlardan kurtararak saflaştırmaya çalıştığı mutlak değerlerin ötesinde, kendisini kuşatan sosyal zorunluluklardan da saflaştırılmış bir Hukukî Bilim konusu yaratma çabası bütünüyle yanlış anlaşılmasına neden olacaktır. O, hukukun zorunluluklardan arındırılmasının mümkün olmadığını biliyordu; zaten saf olan hukuk değil, kuramıydı. Tartışılması gereken, Kelsen'in hukuk felsefeciliğidir: Hukuk Felsefesi düşünceden olgulara gider ve Kelsen'inki gibi istisnalar dışında tabii hukukçu eğilime yakındır; ona verilecek geleneksel anlamla, hukukî kuramın da, Hukukî Tarih, Hukukî Sosyoloji ve Hukukî Antropoloji'nin de karşı kutbundadır. Kelsen ise sınırlarını çizdiği normatif sistemle Hukukî Bilim'i Tarih, Sosyoloji ve Antropoloji'den uzaklaştırırken felsefî olmayan bir kurama yürür. Bilim olmayan Hukuk

Felsefesi ya da adalet metafiziği karşısında, Hukukî Bilim'in özgül nesnesini arar; "bir" bilim oluştururken tabii hukukçu eğilimli Felsefe'nin dışına çıkar, Hukukî Bilim'in pozitivist felsefesine ya da pozitivist epistemolojiye kayıp Hukuk Felsefesi'nin konusu olamayacak bir nesnel hukukî dizgeyi Hukukî Bilim'in konusu sayar. Hukukbilimcinin bu konuyu incelerken felsefî bakışla yola çıkmasını imkânsızlaştırır. Şeylerin gerçek nedenleri ardında maddi koşullardan yola çıkanlara, felsefeci olmayan kuramcılara ya da zorunluluk felsefesi yapan aykırı felsefecilere yaklaşır.

Kelsen'in normlar piramidi anlayışı, işe Felsefe'yle başlayan, sonra Sosyoloji'ye, olgulardan yola çıkan bilimi kurmaya yürüyen, bunu yaparken felsefî yolun tersini izleyen Durkheim'in anlayışına yakındır. Ancak Kelsen'in normları *Sollen* olarak olgulardan kesin biçimde ayırdığı ve hem Durkheim'dan hem sosyolojiden uzaklaştığı unutulmamalı. Şunu da ekliyorum: Olgular-normlar çatışmasında, Durkheim *Sosyolojik Yöntemin Kuralları*'na duyduğu güvenle sosyoloğunu bir tür sosyal hekimliğe soyundurur. Önce, "mevcut durumu ve yasal düzenlemeyi koşulsuz kabul etmekten başka yol yok" demez ve statükoculuktan uzaklaşır. Ama ardından, tartışmaya çok açık bir önermeyle, sosyoloğun aynı düzlemde ele alınan toplum tiplerine sağlıklı olan/olmayan teşhisi koyabileceğini ve sağlıklı olmadığına karar verdiği yapıyı iyileştirme adına tedaviye başlayabileceğini ileri sürer¹. Kelsen ise kuramla siyasî tavır arasında çok kuşkucu bir bağ kurar: "Sosyal bilimin günümüzdeki durumu, sosyal fenomenler arasındaki nedensellik bağlarını açık seçik görmemizi engelliyor; öyle ki özgül sosyal amaçların gerçekleşmesi için en uygun araçların hangileri olduğunu kesinlikle belirlememizi sağlayacak yeterli sosyal deneyime sahip değiliz"². Bu farklılıklar ötesinde Durkheim'la Kelsen arasındaki daha basit bir yakınlıktan sözedilecekse o da bilimin nesnesini düşünme tarzlarına ve pozitivistliklerine ilişkindir. Durkheim hukukçu değilse de sosyal olguları inceleyecek sosyoloğa, olgulara onları kavramasını sağlayacak nesnel bir yerden, her sosyal tipe özgü hukuk kurallarından yaklaşmasını, *Sosyolojik*

1) "İstenebilir olan sağlıklı, sağlık da şeylerde verili ve belirliyse, bu pratik ikilemden kurtulur; çünkü aynı anda çalışmanın amacı verilmiş ve belirlenmiştir. Artık sözkonusu olan, ona doğru ilerledikçe kaçıp giden bir amacı umutsuzca izlemek değil, ama şaşmaz bir sebatla normal hâli korumaya, bozulmuşsa düzeltmeye, koşullar değişmişse onları yeniden eski durumuna getirmeye çalışmaktır. Devlet adamının görevi artık kendisine çekici gelen bir ideale doğru toplumları şiddetle itmek değildir; onun rolü bir hekimin rolüdür: İyi bir sağlık korumasıyla hastalıkların çıkmasını engeller ve ortaya çıktıkları zaman da onları iyileştirmeye çalışır" (Emile Durkheim, *Sosyolojik Yöntemin Kuralları*, s. 60).

2) Hans Kelsen, *Qu'est-ce que la justice?* s. 51.

Yöntemin Kuralları'ndan biriyle önerir. Toplum tipleri arasındaki farklılıkların nesnellikle saptanması böyle sağlanacaktır: "Hukukî, ahlâkî kurallar (...) sürekli bir tarzda varolduğuna ve onlara ilişkin çeşitli uygulamalarla değişmediğine göre, sabit bir nesne, hep gözlemcinin elinin altında bulunan ve öznel izlenimlerle, kişisel gözlemlere yer bırakmayan değişmez bir ölçüt oluştururlar. Bir hukuk kuralı ne ise odur ve onu algılamamanın iki tarzı olamaz. Bir başka açıdan, bu uygulamalar yalnızca donmuş sosyal hayat olduğuna göre, karşıt belirtiler çıkmadıkça, sosyal hayatı onların aracılığıyla incelemek meşrudur. Demek ki, *sosyolog, ne zaman, herhangi bir sosyal olgular türünü araştırmaya girişse, onları, bireysel tezahürlerinden tecrit olmuş olarak ortaya çıkıtları bir yönden incelemeye çalışmalıdır*. Sosyal dayanışmayı, onun çeşitli biçimlerini ve bu biçimlerin evrimini, onları dile getiren hukuk kurallarını sistemin içinde incelerken, bu ilkeye uyduk. Aynı biçimde, farklı aile tiplerini (...) sınıflandırmanın temeli olarak, ailenin hukukî yapısını ve daha özelde, miras hukukunu ele alırsak, yanılmaz olmasa bile, yine de birçok yanılığın önleyebilecek, nesnel bir ölçüte sahip oluruz"³. Kelsen de normları hukukbilimcinin konusu yaparken her sosyal yapıya özgü kurallar dizgesini sistem içinde kavramayı öneriyor, bence en basit yapılanmadan en karmaşığına, onları sosyal hayattan billûrlaşarak tecrit olmuş özgül kural dizgeleriyle düşünüyordu.

Kelsen'le birlikte anacağım Spinoza da toplumları farklılaştıran şeyin, önyargılarının nedeni de olan kendilerine özgü kurallar bütünü olduğunu söylemişti: "Tabiat uluslar yaratmaz, bireyler yaratır. Onlar da dilleri, yasaları ve kazanılmış adetlerindeki farklılığa göre uluslara ayrılır. Yalnızca bu son ikisi, yasalar ve adetler, her ulusun özel bir mizaca, özel bir konuma ve son olarak da özel önyargılara sahip olmasını sağlayabilir"⁴. Toplumu toplum yapan hukukudur ya da topluma özgü, onunla özdeşleşmiş hukukî düzendir. Kelsen'in her hukukî düzeni açıklayabilecek bir Hukukî Bilim konusu önerisi Spinoza'nın bu tanımına da yakındır – Kelsen konusunda hâkim düşünceye hiç uygun olmayan bu sistemik önermeyi ileride ele alacağım⁵. Villey Spinoza'nın hukukî pozitivist olduğunu söylemişti⁶. Bunu onun tabii hukuk karşıtlığını olumsuzlayarak yapsa da kendisine

3) Emile Durkheim, *Sosyolojik Yöntemin Kuralları*, s. 59, 60.

4) Benedictus Spinoza, *Teolojik-Politik İnceleme*, s. 259.

5) Kitabın "Temel norm antropolojisi" başlıklı bölümü.

6) Michel Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, s. 200. Kitabın "Modernite ve iradecilik" başlıklı bölümünde buna değinmiştim.

özgü biçimde, saptaması şaşırtıcı doğruluktur ve Spinoza'yı gerçekten ona benzeyen Kelsen'e götürür. Villey'nin tabii hukukçu yanılışı ise Spinoza ve Kelsen'i iradeci Hobbes'la yanyana getirmesidir. İradeci olmayan bu iki demokrasiyi yakınlaştıran şey, onları iradeci Hobbes'dan, Schmitt'ten ayıran dünya görüşleridir: Kelsen'in eserinde Spinoza aramanın haklılığını, Kelsen'in, onu iyi anlamak adına üzerinde ısrarla durulması gereken içkinlik vurgulamayla Spinoza ve Leibniz'e yaptığı gönderme kanıtlar; ender olarak andığı felsefecilerle, Platon, Herakleitos, Aristoteles, hatta kısmen katıldığını söylediği Kant'la kıyaslanırsa Kelsen Spinoza'yı çok özel bir yere oturtur: "Panteizmi tabiatın ampirik bilgisine doğru metafiziğin bir dönüşümü diye yorumlanması gereken Spinoza demokrattır; metafizikçi Leibniz ise, Tanrı tarafından önceden kurulmuş 'uyum'uyla, mantıksal olarak otokrasi yanlısıdır"⁷. Bu soruna döneceğim; şimdilik, demokrasinin çoğunlukçu ilkesini iki düşünürün benzer biçimde, saçmalığın hâkimiyetinden mümkün olduğu kadar kaçarak yorumladıklarını belirteyim. Teokrasi, monarşi, aristokrasi ve sair her despotizmi saçmalığın hâkimiyeti sayan Spinoza demokrasisinde yine de "saçmalıktan çekinmeye gerek yoktur. Çünkü bir bütün oluşturmuş insanların tamamının, bu bütün hatırı sayılır ölçüdeyse, büyük bir saçmalık üzerinde fikir birliğine varabilecekleri düşünülemez"⁸. Kelsen'de ise demokraside çoğunluk ilkesini mantıklı açıdan doğrulayacak tek

7) Kelsen hakkındaki birçok önyargıyı çöktecek bu önemli göndermeye "Modernite ve iradecilik" başlıklı bölümde de değinmiştim (Hans Kelsen, *La Démocratie. Sa nature, sa valeur*, s. 111).

8) *Varolma Direnci ve Özerklik*'te "Seçkinciliğe karşı demokrasi" başlıklı IV. bölümde anlatılan şuydu: Teokrasi, monarşi ve aristokrasinin hâkimiyeti gibi, herhangi bir seçkinci zihniyet, genel olarak da her türlü merkeziyetçi yapı olsa olsa yine saçmalığın hâkimiyeti olacak, üstelik merkezin hâkimiyet iddiasında bulunduğu alan genişledikçe saçmalığın dozu o ölçüde artacaktır. Savın mantığı şudur: İşe tözle başlayan bir düşünce önce, evrenin tamamını kapsayacak bir yaratıcı Akıl ihtimalini ortadan kaldırır. Sonra, sosyalliği kuşatacak bir akıllı düşünmek de aynı nedenle mümkün değildir. Sayısız tekil varlığın sonsuzca hareketli ilişkileri içinde herbirini yakalama, ona neyin uygun olduğuna karar verme, onun adına düşünme, kısaca onu yönetme iddiası saçmadır. Bu akılları bir Üst Akıl'da biraraya getirip kaynaştırmak da mümkün olamayacağına göre, tek başına ne evrensel akıllı ne de sosyal akıllı bütünüyle kavrayabilecek bedensel-zihinsel varlıkların sayısal olarak yanyana geldikleri bir çoklukta daha makûl bir çözüm olmaz. Her tekil bedensel-zihinsel varlığın kendisini özerk bir ifade aracına dönüştürdüğü, hep daha büyüyerek saçmalıktan uzaklaşan ve her farklılığı anlamsızlaştıran gerçek bir demokrasi. İçkinlikçi düşünceden, Modernite-ötesine uzanan yol: "Eksiksiz iletişim". Bu bir yandan yaşama hakkı da dâhil tüm hakları içeren bedensel-zihinsel sınırsız ifade özgürlüğünün gerekliliğini, öte yandan da herkesin fikrini alma zorunluluğunu gündeme getirir: Önce sosyal, sonra evrensel akla bütünüyle ulaşmanın olmasa bile, yaklaşmanın en iyi yolu.

fikir vardır: Sosyal düzenin hep, azınlığın iradesine karşı en büyük sayıyı içererek genişlemesi⁹. Neredeyse sayısal ve özgür irade karşıtı bir mantığın bu kuramcıları vardığı yer, demokrasi düşüncesinin son aşamada yöneticilerin varlığıyla çelişmesi olacaktır. Negri'ye göre, Spinoza yönetim karşıtı bir demokrasi tanımına¹⁰ yönelirken, Kelsen "demokratik düşünce son kertede önderlerin yokluğunu gerektirir"¹¹ diyecektir. Kelsen'in demokrasisi, Spinoza'yı hatırlatarak, soyut bir özgürlüğün değil somut ifade özgürlüğünün belirleyeceği hoşgörüyü varır¹² – bu kuramdaki içkinlik özelliği, özgür irade ve özne karşıtlığını da Spinoza'ya gönderme yaparak ileride ele alacağım¹³.

Zorunluluk felsefecisi Spinoza'yı ve aykırı hukuk felsefecisi Kelsen'i birleştiren şey, tabii hukukçu eğilimli geleneksel Felsefe'den kopan idealizm karşıtı yaklaşımlarıdır; ikici, özgür iradeci, amaçsal görüşe karşıdırlar. Kelsen tabii hukukçu olsaydı, normlar piramidinin üstünde kara kutu olarak duran Grundnorm pozitif hukukun gönderildiği tabii kaynak olurdu. Kelsen'i tabii hukukçu yapabilmek için uğraşan kuramcılar bu zor işin üstesinden gelmeye çalışıyorlar. Ama o zaman Viyana Çevresi'nin etki alanında düşünen Kelsen'in, Kelsen olmaktan çıkmadan nasıl tabii hukukçu olabileceği sorulmalıdır. Klasik ya da modern tabii hukukçu anlayış hukukun bağımsızlığına, insanî olana kıyasla önceliği ve üstünlüğüne dayanır. Kelsen hukukilik adı taşıyacak şeyin sosyallikle ve güç ilişkileriyle düşünüleceğini bilmiyor muydu?¹⁴ Hukukların bağımlılığından haberi yok muydu? Ne kuramın dışında bırakılmış Grundnorm ne *Hukukun Saf Kuramı* güç ilişkilerinden ve sosyal olandan saflaştırılmış böyle tabii saflık üstüne oturur. Kelsen de bir tabii hukukçu olamayacağını, açıkça pozitivist ve göreci olduğunu söyler; özellikle Kant'a değindiğinde. Bu değinme çok önemlidir, çünkü tabii hukukçu Kant'la kurduğu düşünsel bağ Kelsen'in tabii hukukçu gizil eğilimi konusunda çok yorum yapılmasına neden olmuştur. Kant düşüncesinin pozitivist karakterine işaret eden Kelsen'in bu konuda yazdıklarının okunması yanlış anlamalara son verirdi. Onun Kant hakkındaki yorumu tartışılabilir ve ben de Kant'ın pozitivist

9) Hans Kelsen, *Qu'est-ce que la justice?* s. 8.

10) Antonio Negri, "Démocratie et éternité", *Spinoza: Puissance et Ontologie*, s. 150, 151.

11) Hans Kelsen, *Qu'est-ce que la justice?* s. 90.

12) Hans Kelsen, *Qu'est-ce que la justice?* s. 94, 95.

13) Kitabın "İrade norm yaratır mı" başlıklı bölümü.

14) O da sosyallik içinde aykırı davranışları zorlayıcı edimlerin karşıladığını söyler (Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, s. 85).

olduğunu düşünmüyorum; ama tartışılamayacak olan şey Kelsen'in Kant'ı bir pozitivist olarak izlediğidir:

"Kant'ın konumu özeldir. Sistemini 'idealizm' diye nitelendirmek ve onu pozitivism karşıısına çıkarmak adet olmuştur. Ama bu hiç de kesin değildir. Kantçı idealizm, yalnızca mutlak eleştirel karakteriyle bile pozitivisttir. Transandantal felsefe ancak bir deneyim kuramı olarak yorumlanırsa doğru yorumlanmış olur. O, mantıksal çizgide sonuna kadar düşünülürse, değerler felsefesi alanında da bizi her türlü metafizik Mutlak'ın reddine ve göreci tezlere yöneltilmelidir. Kant'ın tabiat felsefesinin metafizik-karşıtı, dolayısıyla da pozitivist karakteri ısrarla dile getirilirken, onun ahlâkî ve siyasî akıl yürütmesi ile temel kuşkucu-göreci tavrı arasındaki en keskin karşıtlık da o ölçüde ortaya çıkar. Ve bu, kuşkusuz, Kant'ın kendi söylediklerine dayandırılabilir. Kant'ın ahlâkî ve siyasî sistemi bütünüyle metafizik yönelimlidir; öyleyse pratik felsefesi hem monarşist hem muhafazakâr olan devlet ve hukuk kuramında, tam anlamıyla mutlak değerlerin kurulmasına doğru ilerler. Saf aklın eleştirel sistemi ise bilgiyi sonsuz ve sürekli bir sürece dönüştürür, Hakikat'i sonsuza gönderir ve böylece, tıpkı kuşkuculuk gibi, onun temelde ulaşılamaz olduğunu ilan eder. Bilginin nesnesini eksiksizce kavramasının asla mümkün olamayacağı ortada olduğuna göre, Kantçı felsefede, bilgi yöntemi sorusu bilginin nesnesine ilişkin sorunun yerine geçer; hatta iki soru neredeyse birbiriyle özdeşleşir. Kant bu yöntemciliği, bilgi yöntemi sorunu hakkındaki bu tercihi nedeniyle çok suçlandı. Sosyal düzenin iyi içeriği sorusu yerine, bu düzenin yaratılma yöntemi sorununu, araçlar sorununu geçiren bir siyasî tavrıla yukarıdaki bakış arasında bir paralellik olduğunu kabul etmek gerekmez mi?"¹⁵

Kelsen açıkça muhafazakâr bir siyasete denk düşen Kantçı tabii hukukçuluktan nerede ayrıldığını, bu ayrılığın onu götüreceği yerin Hukukî Bilim'in konusunun nesnellikle belirlenmesi olacağını söylüyor. Ama hâkim kanının tersine, mutlak değerlerden uzak bilimsel tavrın muhafazakârlık karşıtı siyasî tavır olduğunu bir kez daha anlatıyor:

"Düşünceler tarihi, metafizik dünya anlayışıyla otokrasiye eğilim arasında açık bir bağ bulunduğunun kanıtlanmasına imkân verir. 'Demokra-

15) Hans Kelsen, *La Démocratie. Sa nature - Sa valeur*, s. 111-112. Kelsen bu alıntı içinde, konuya ilişkin olarak yazdığı metne gönderme yapacaktır: "Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus", *Vorträge der Kant-Gesellschaft*, no: 31, 1928, s. 75.

tie und Weltanschauung' (Zeitschrift für öffentliches Recht, c. 2, s. 701 ve d.) başlıklı mükemmel makalesinde Adolf Menzel, Antik Çağ felsefesinde, örneğin Platon ve Aristoteles gibi ünlü metafizikçilerin tamamının otokratik bir siyaset lehine nasıl tavır almış olduklarını göstermişti (...) oysa sofistler felsefî ampirizm ve göreciliklerine demokrasi için mücadelelerini ekliyorlardı. Aristoteles ise, felsefî olduğu kadar ahlâkî bakışıyla da bu iki cephe arasında ara konumu benimsemişti. Orta Çağ skolastiğinin o pek güçlü metafizik öğretisi de mantıksal olarak, benimsediği otokratik siyasetten ayrılamazdı. Gerçekten de toplumun düzenlenmesinin –başında imparator ya da Papa'nın bulunduğu– evrensel bir monarşi biçiminde hayal edilmesinin nedeni, bu düzenlenmenin dünya üzerindeki tanrısal hâkimiyet biçimi olarak kafada canlandırılmasıydı”¹⁶.

Ebedî bir Hakîkat'e inanç metafizik ve mistik-dinî dünya anlayışının gereğidir. Bu inancı reddedenler bilginin ancak görece gerçeklere ve değerlere ulaşabileceğini, her gerçek ve değer her zaman başkaları karşısında silinip gideceğini anlar, eleştirelliğin dünya anlayışına yönelirler. Pozitif olandan, verili, kavranabilir, değişebilir olandan, sürekli değişenden ve bir mutlak fikrine karşı deneyimden yola çıkan zorunluluk felsefesini ya da bilimi seçerler. İki tavır arasındaki karşıtlığa değerlere ilişkin felsefe ve temel siyasî tavrındaki karşıtlık denk düşer. Metafizik-mutlakiyetçi dünya görüşüyle otokrasi yanlısı tavır arasında belli bir bağ vardır; demokrasi yanlısı tavrıla dünyanın eleştirel-göreci anlayışı arasında başka bir bağ. Demokratik düşüncenin önkoşulu göreci felsefedir¹⁷. Kelsen siyasî ideal olarak mutlak bir değerden güç alan her inancın mutlakiyetçiliğe, totaliter devlet otokrasisine yol açacağını söyler. Totaliter devletin, din ve metafiziğe düşman kuşkucu pozitivizmin zorunlu sonucu olduğunu iddia eden Protestan dinbilimci Emil Brunner'in kapalı toplum filozofu idealist Platon'dan farksız düşündüğünü gösterir: “Platon'un bir totaliter devlet tipi olan ideal devleti, onun göreciliğe karşı çıkan ve mutlak değerlere yönelen fikirler kuramının tabii sonucudur; bu kuram, sonunda, mutlak adaleti içeren bir En Yüksek İyi'nin (Hayr-i âlâ) varlığını kabule dayanır”. Brunner'in sözde totalitarizme karşı savunduğu Kilise de “totaliter devletin gelişiminin neredeyse tüm aşamalarında ona örnek olmuştur”. “Neden?” diye sorar Kelsen ve cevabı verir: “Tam da din ile metafiziğe kuşkuyla

16) Kelsen-Menzel bağlantısına “Modernite ve iradecilik” başlıklı bölümde değinmiştim (Hans Kelsen, *La Démocratie. Sa nature - Sa valeur*, s. 111).

17) Hans Kelsen, *La Démocratie. Sa nature - Sa valeur*, s. 113.

bakan, onları karşısına alan bir pozitivizmi ve göreciliği öğretmediğinden; bunun tersini yaptığı, mutlak bir adalete inancı öğrettiğinden”¹⁸.

Hukukî Bilim’in konusunu, kendi deyimiyle pozitivist, göreci, kuşku ve eleştirel yöntemle belirleyen bu kuramcıyı, profaşist destekli Hristiyan muhafazakârların baskısı Avusturya’dan, Nazi öğrencilerin tepkisi Prag’dan ve sonunda da Nazi tehdidi Cenevre’den kaçırdı. Ama 2. Dünya Savaşı’nın suçları ve totaliter devletin varlığı, mutlak adalet fikrini reddeden tabii hukuk karşıtlarının sırtına yüklenirken, Kelsen de bu genel suçlama ve yaratılan sorumluluktan nasibini alacaktı. Oysa biliminin konusunu belirleme hedefiyle “verili, kavranabilir olandan, deneyimden yola çıkarken, aşkın bir fikri, mutlak değerleri reddeden” zorunluluk felsefesine uygun bilimsel tavrı sosyal-demokrat siyasî seçimiyle uyum içindeydi: Hukukbilimci olarak biliminin nesnesini içselleştirmekten ya da onda kaybolmaktan kaçınması gerekeceğini, her önyargıdan bağımsızca onu tarif etmek zorunda olduğunu, tarif ettikleri başta olmak üzere hiçbir hukukî değerle özdeşleşemeyeceğini, içinde bulunduğu hukukî düzeni asla meşrulaştıramayacağını, bu normatif sistemi doğrulamanın ya da övmenin onun işi olmadığını biliyordu¹⁹. Biliminin nesnesine karşı alacağı göreci olduğu ölçüde yansız tavrı, dünyaya karşı göreci olduğu ölçüde özgürlükçü ve hoşgörülü tavır karşılayacaktı²⁰.

18) Hans Kelsen, *Qu’est-ce que la justice?* s. 124, 125.

19) Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, s. 92.

20) Hans Kelsen, *Qu’est-ce que la justice?* s. 92-94.

Siyasî tercihini görmezden gelen tabii hukukçuların ve tabii hukuk karşıtlarının onu yermek ya da övmek için Kelsen'e yakıştırdıkları etikete Hukukî Bilim'in konusu hakkındaki kuramsal tercihinin uymadığı kanısındayım. Bunu söylerken normlar piramidine ilişkin dar seçimi Kelsen sisteminin açacağı ve yanlış anlamalara yol açacak önermelerinden kuramcıyı azâde kılacağını anlatmak istiyorum. Kelsen genel bir hukuk tanımı yapıyor, "bir" bilime özerklik kazandırmaya çalışıyordu. Bu nedenle konusu normlar piramidiyle sınırlı Hukukî Bilimi oluşturmaya çalışırken "hukuk budur" demediğini düşünenlerdenim: "Hukuku norm olarak tanımlarken" diye başlayıp hemen buna eklediği "özel bir bilimin, Hukukî Bilim'in nesnesi olarak norm"¹ sözcükleriyle norma bağlı tanımı sınırlandırıp genel tanım olmaktan çıkarır. Alışılmış hukuk/bilim ayrımının Kelsen'de geleneksel anlamını kaybettiği düşünülebilse de "gündelik dilde çoğu zaman hukukla Hukukî Bilim birbirine karıştırılır" diyenin o olduğu² unutulmamalı. Demek ki ona göre hukuk, Hukukî

1) Hans Kelsen, *Qu'est-ce que la justice?* s. 99.

2) Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, s. 79.

Bilim'in konusu olan normlarla karıştırılmamalı, normlar eksiksiz bir hukuk tanımının tek unsuru sayılmamalıdır ya da "hukuk norm değildir". Troper, Kelsen'in normlar piramidine önce hukukî sistem, normatif sistem ya da hukukî düzen dediğini, ardından bu kez hukuku "hukukî sistem" deyimine başvurarak tanımladığını söyler³. Hukukî düzen ya da normatif sistem kavramları Kelsen terminolojisinde normlar piramidini karşılasa bile, hukukî düzen ya da sisteme hukuk denmesini doğru bulmuyorum; önce normlar piramidine indirgendiğinden dar bir tanıma yol açacağını anlatmak, sonra tabii hukukçuların bu görüşü "yasayla hukuk özdeşleşiyor" diye kınamaları, iradeci pozitivistlerin de "devletle hukuk özdeşleşiyor" diye onaylamalarındaki yanlışlığa dikkati çekmek istiyorum. Kelsen'de hukukilik ve hukuklar yalnızca Grundnorm'la özdeşleşebilir. O, Hukukî Bilim'in normatif konusunu normlar piramidiyle sınırlarken onunla hukukiliği de sınırlasaydı, piramidin dışında kalana ya da biliminin konusu olmayan şeye Grundnorm adını vermezdi. Grundnorm Kelsen'in onu yoksaymadan kuramından dışladığı, gerçekçi bir hukukilik tanımında ise mutlaka yer alacak bütündür: Hukukun saf kuramını da içeren, saf olmayan hukukilik.

Grundnorm'un varsayımsal niteliğine gönderme yapanlar, Kelsen'in piramidin tepesindeki anayasaya en üst norm dizgesi olarak geçerlik kazandırmaktan başka hedef gözetmediğini, Grundnorm'un varlığının Kelsen'in asla tartışmaya açmayacağı "epistemolojik bir karar"⁴, "pozitif hukukî düzenin koyulabilmesi için varsayılmış *a priori* saf gereklilik"⁵ olduğunu söylerler. İleride tartışacağım anayasa sorunu hariç, saptama doğrudur ve Kelsen'in biliminin konusu dışına çıkmama önerisi budur, ama hayatın ve hukukiliğin onun dışında kaldığını kimse inkâr edemez; Kelsen de bilir, yoksa Grundnorm'dan söz etmezdi. Hukukun saf kuramını hayatı kaale almayan formalist bir kuram sayıp eleştiren Heinrich Triepel hatırlanmalı ve Kelsen'in de onun devlet kuramını hayatı hiç kaale almayan anti-demokratik ve formalist kuram saydığı unutulmamalı⁶. Kelsen biliminin konusunu sınırlarken hayatı yoksaymıyor, tersine hayatı yoksayan despotik kuramları eleştiriyordu. Göreci, eleştirel ve amaçsalılık karşıtı olan, onu böyle sunduğundan kuşkuculuğu da kuşku götürmeyen

3) Michel Troper, *La philosophie du droit*, s. 47.

4) Michel Troper, *La philosophie du droit*, s. 49.

5) Simone Goyard-Fabre, *Le droit et la loi*, s. 49.

6) Hans Kelsen, *La Démocratie. Sa nature – Sa valeur*, s. 24, 25, 28.

yönteminin diğer özellikleri şunlardı: Kelsen tinselcilikle maddeciliği karşılaştırır ve “ruhun ölümsüzlüğüne inanmayan maddecidir”⁷ derken, kuramının tinselci olamayacağını açıkça anlatıyor ve bircilik, içkincilik, özgür irade karşıtlığı tutarlı bir kuramsal bütünde –gizil antropolojik bakışla da– biraraya geliyordu; böyle yorumlanmadığında kuramı zor kavranır.

Mutlak değerlere gönderme yapmayan, aklını ve çalışmasını şeylerin gerçek nedenine ulaşmaya adanmış birinin ikici, iradeci ve amaçsal olamayacağı açıktır. Normlar piramidiyle Grundnorm arasındaki belirsiz ilişki üstüne çok yorum yapıldı ve Kelsen’in, normlar piramidini Grundnorm’a gönderdiği için ikici olduğu iddia edildi. İddianın yersizliğini özgür irade sorununa değinirken de göstereceğim, ama şimdilik Grundnorm’un kasıtlı belirsizliğinin aşkın göndermelerle açıklanamayacağını, bir içkincinin onunla olsa olsa normlar piramidini de kapsayan bütünün zorunluluklarını düşüneceğini tekrarlayayım. Grundnorm’da hukuka aşkın dayanak aradığını ileri sürmek böyle her dayanağı reddeden Kelsen’e ihanet olur; tam tersine Grundnorm onda bilimsel sisteminin tamamını aşkın dayanaklara karşı koruyan gerçek kaynaktır. İçkinlik düşüncesi şeylerin gerçek nedenini nesnellikle aradığında kaynak dayanak olamaz, meşrûiyet yaratmaz. Spinoza’da farklı hukuklarla ayrılan toplumları yaratıcısı ve yasası olmayan zorunluluklar bütünü nasıl kuşatıyorsa, Kelsen’de de tabiatın nedensel yasasının ya da tabii zorunluluğun karşısına, sosyallikte ondan ayrılan norm oturur: “Bilgi kuramının deyimleriyle, toplum tabiattan farklı bir sistem olarak varolmak zorundaysa, tabii yasallığın yanında özgül bir sosyal yasallık bulunmalıdır. Nedensel yasanın karşısına norm çıkar”⁸. Bu tabii nedenle, sosyallik ve hukukîlikten tabiata da gönderme yapmadığı için, üzerinde konuşulması bile gerekmeyen sözde ikicilik Kelsen kuramından hemen dışlanabilir.

Grundnorm’un, yasayaratıcı bir iradenin pozitif hukuk üzerindeki özerkliğine denk düştüğünü ileri sürenler ise, daha incelikli biçimde, Kelsen’i yine tabii hukukçulara, ayrıca iradeci pozitivistlere buradan yaklaşıtırlar: Tanrı’nın değilse, devletin iradesini düşünerek ya da “hukukun devletin iradesi olduğunu” bildirerek. Oysa Kelsen, normlar piramidine biliminin konusuna uygun bulduğu saflaştırılmış özerkliği kazandırırken, tabii hukukçularla iradeci pozitivistlerin ortak savı olan özgür irade tuzağına düşmez. Grundnorm’u tanımlamadığından açıkça

7) Hans Kelsen, *Qu’est-ce que la justice?* s. 45.

8) Hans Kelsen, *La Démocratie. Sa nature – Sa valeur*, s. 3.

söylemiş olmasa da o, yaratıcısı gösterilmediği ölçüde hayatın tamamıdır ve yasayarattıcı irade ya da özne barındırmaz: Öncelikle Kelsen, Spinoza gibi⁹, tabii hukuk ya da tabii yasa savunusuna karşı “nedensellik ilkesiyle birbirine bağlı olgular sistemi olarak tabiatın iradesi yoktur ve dolayısıyla belirli bir insanî davranış buyuramaz” der¹⁰. Bunu da her farklı yorumun önünü kapatıp, açıkça normu onu koyan irade ediminden ayırarak söyler. Ancak Kelsen’in ABD’de yazdığı ve tamamlayamadığı *Normların Genel Kuramı*’nda iradeci yaklaşıma kaydığı söylenir. Avrupa döneminde ikici öğretiyle mücadele ederken normun buyruk olabileceği fikrine şiddetle karşı çıkan kuramcı¹¹, zorunluluklar onu Viyana çevresinden zamanda ve mekânda uzaklaştırınca, belki 2. Dünya Savaşı sonrası tabii hukukçu ruh hâleti karşısında kuramının özelliğini koruyamamış olabilir. Avrupa ve Amerika dönemleri arasında böyle bir fark olsa da olmasa da Kelsen’in yasayarattıcı irade karşıtı savını incelemenin tutarlı yolu *Hukukun Saf Kuramı*’nın başına, normun yaratım ve geçerliğinden sözettği kısımlara dönmektir.

Bir norm (*sollen*, olması gereken) onu koyan iradî edimden (*sein*, olan) kesinlikle farklıdır. Yasakoyucu edimin norm yarattığı söylenirken dile getirilen sadece normun onun anlamlandırıcı olduğudur. *Sollen*’in norm sayılabilmesi içinse, yalnızca edimde bulunanlar değil, üçüncü kişiler açısından ya da objektif açıdan iradî edimin anlamlandırıcı olması gerekir. Sübjektif olarak bir *sollen*’in anlamlandırıcı olduğu istem ortadan kalktığında *sollen* hâlâ geçerliğini koruyorsa objektif olarak yürürlüktedir. Öyleyse bir normun objektif geçerliği gerçek pozitif olgu olan iradî edimden kaynaklanmaz, bir başka normdan kaynaklanır. Normun objektif geçerliğini, onu iradî edimden ayırarak kuran varsayımın adı Grundnorm olacaktır. Buna göre norma bir yasakoyucunun ya da devletin iradesi veya buyruğu denemez. Şu cümle, ona hep dönmek üzere, Kelsen’in sözcükleriyle aynen tekrarlanmalıdır: “Normlar için, onların –yasakoyucunun ya da devletin– ‘irade’ ya da ‘buyruk (emir)’ olduklarını söylemek yanlışır”¹². Uyarısına rağmen bu yanlışlık sık tekrarlandığından, Kelsen’de hukukî yaratımın ne olduğunu Bobbio’nun, Troper’in ve Goyard-Fabre’in satırlarında sırasıyla izlemekte yarar var:

9) “Spinoza ve Teolojik-Politik İnceleme Hukukun Neresindeler?”, *Kimlik Bedenin Hapishanesidir*, s. 55-62.

10) Hans Kelsen, *Qu’est-ce que la justice?* s. 86.

11) Michel Troper, *Pour une théorie juridique de l’Etat*, s. 59, 152.

12) Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, s. 7-14.

“Hukukun, hukukun kendisinden başka kaynağı yoktur (...) Kelsenci terimlerle hukukî düzen, sistemin normlarının yaratımının bizzat sistemin başka normları tarafından düzenlendiği bir normatif sistemdir; bu da alt normdan üsttekine geçilerek sonunda zorunlulukla temel norma varılan süreçte gerçekleşir ve temel norm, katı, güçlü bir pozitivizmin bakış açısından, hukukun olası tek kaynağıdır (...) Pozitivist için, hukukun kaynağı sorunu, hukukî normların geçerliğinin temeli sorununda çözümünü bulur”¹³.

“İrade bir olgudur ve olgu hukuk yaratamaz, çünkü bir şeyin olmasından olması gerektiği sonucu çıkmaz. Hangisi olursa olsun, anayasa, yasa, kararname ya da sözleşme olarak norm koyanlar, kuşkusuz başkalarının belli biçimde davranmaları yönünde iradelerini dile getirir, ama uyruklar için bu iradeye uyma zorunluluğu yaratamazlar (...) Dolayısıyla iradî edim norm yaratmaz”¹⁴. “Geleneksel ikicilik hukukun bütünüyle iradenin ürünü olduğu fikrine dayanır (...) İradenin hukuk yaratımında hiç rolü yoktur (...) Kelsen için bir edimin norm yarattığı ya da koyduğu söylendiğinde bu yalnızca metaforik anlam taşır (...) Kelsen böylece irade öğretisini tersine çevirmektedir (...) Bu koşullarda iradenin öznesinin, kişinin tabii bir varlığı olamaz. O salt hukukî bir inşa, yardımcı bir kavramdır (...) Tüm hukuk kişileri gibi devlet için de sözkonusu olan budur (...) Hukukî kişilik geçerliğinin temelini başka bir kısmi hukukî düzende bulur ya da hukuk kişinin iradesi kendi üstünde irade bulur. Ancak öyle bir ana varılır ki artık orada üst irade bulunamaz ve o zaman hukukî düzenin tamamı devlet kavramı sayesinde kişileştirilir’ (Kelsen). Klasik kuramda iradenin ‘egemen’ olduğu söylenir. Kuşkusuz bu sıradan bir metafordur”¹⁵.

Goyard-Fabre bence Kelsen’e en uygun tanımlardan birini yapar: “Her hukukî düzen hukukî olarak anlaşılır ya da ona içkin olan ve onun hukukiliğini oluşturan normatifliğe göre, ondan yola çıkılarak anlaşılır (...) Hukuk bir normatif boşlukta devleti yaratabilecek, nedeni olmayan ilk neden değildir. Mantıksal açıdan ‘hem hukukun yaratıcısı olan hem hukuka tâbi olan bir devlet de düşünülemez’ (Kelsen). Yanılgı (...) sözleşmecî genel iradenin yaratı fikrinden kaynaklanmaktadır. Bu eğilim hukuku halkların iradesinin ürünü olarak sunduğu ölçüde çekici olsa da (...) bir olgu –bireysel irade gibi psişik de olsa, genel irade gibi sosyal de

13) Norberto Bobbio, *Essais de théorie du droit*, s. 234, 235.

14) Michel Troper, *La philosophie du droit*, s. 84, 85.

15) Michel Troper, *Pour une théorie juridique de l’Etat*, s. 147-151.

olsa– hukuk yaratamaz (...) Hukuk insanî istemlerin meyvası değildir, iradeye hukukî nitelik ve normatif anlam kazandıran şey hukukî sistemin normlarıdır; yalnızca onlar sayesinde irade hukuk kararları üretebilecek hâle gelir (...) Kolektif iradenin ve ortak çıkarın devletin birliğinin ölçütlerini oluşturduklarına ilişkin sosyolojik tez de kabul edilemez (...) Ortak irade ve genel çıkarı yüceltecek her eğilim ideolojik artniyet gizler”¹⁶.

Ben de sisteminin Kelsen’in birici, içkinci, özgür irade karşıtı, göreci yöntemine bağlı olduğunu düşünüyorum. Kelsen “metafizik spekülasyon bir kez dışlandığında, insanî davranış buyuran normlar, yalnızca bir iradeden gelebilir ve bu irade yalnızca insanî olabilir”¹⁷ ya da “norm koyma etkinliği ya da yasakoyucu etkinlik (...) bir irade edimidir”¹⁸ diyor, ama hemen ardından normların hukukîliklerini ya da geçerliklerini onları koyan iradelerden değil, başka normlardan, daha doğrusu hep üst normdan aldıklarını söyleyerek yasakoyucu etkinlikle normun hukukîliğini birbirinden ayırıyor. Kelsen’in basit biçimde bunu söylediği kanısında değilim de zaten “hukuk normsa”, irade hukukun da kaynağı olamaz.

Kelsen’in normlar piramidi ve onu kapsayan Grundnorm’u, bağımsız irade içermesi mümkün olmayan, biri ötekinin içinde, iki töz olarak okunabilir: Normlar piramidi, açıklanamayacak, Kelsen “yaratısı” Grundnorm’a benzer ve onun içinde, sanki Tabiat’ın içinde hukuklarıyla ondan farklılaşan sosyal bütünler gibi ele alınabilir. Spinoza’nın da sosyalliği ve hukukiliği tabiatın içinde böyle düşündüğü kanısındayım¹⁹: Normlar piramidi, hiyerarşik düzeni bir yana, her parçanın diğerine bağlandığı bütün-parçalar ilişkisiyle özgür irade ve yasayarattıcı özne fikrini yokeden içkinci yaklaşıma uygundur. İlk töz olarak en üst normuna varıldığında, kendisine geçerlik kazandıran Grundnorm’a havale edilir. Burada normlar piramidinin özerkliğini yokeden bir Grundnorm bağımlılığından sözedenler hep çıkar; ama Kelsen’in Grundnorm’u açıklamamasının nedeni tam da bu yorumu engellemektir: Normlar piramidini, bilimin bütünsel konusu olarak kendine yeten içsel özerklikle donatmak ve piramidin içinden yasayarattıcı nasıl dışlanmışsa, Grundnorm’un normlar piramidinin yaratıcısı olarak işaret edilmesini de onu belirsizleştirip imkânsızlaştırmak.

16) Simone Goyard-Fabre, *Les principes philosophiques du droit politique moderne*, s. 206-209.

17) Hans Kelsen, *Qu’est-ce que la justice?* s. 87.

18) Hans Kelsen, “Contribution à une théorie des fictions juridiques centrée sur la philosophie du comme si de Hans Vaihinger”, *Les Fictions du droit*, s. 67.

19) Varolma Direnci ve Özerklik’te “Seçkinciliğe Karşı Demokrasi” ve “Hukuka Karşı Haklar” başlıklı IV ve VI. bölümler.

Bunu yapmasa Hukukî Bilim'in özerk konusu olarak salt normatif sistemi göstermesi mümkün olmazdı. Grundnorm'a gelince o da bütünsel bir norm yaratıcı olamayacağı gibi, norm yaratıcı bir irade de barındıramaz; ayrıca onun da bir yaratıcısı yoktur, çünkü adı temel normdur ve irade temel normun kaynağı da olamaz.

Kelsen'in, sözleşme, egemenlik, ulus iradesi kavramlarına eleştirel yaklaşımıyla modern devlet kuramcılarından ya da iradeci pozitivistlerden nasıl koptuğu unutulmamalı. Bobbio'nun onu diğer Kelsen yorumcularından ayıran sezgiyle, muhtemelen kuramcının Spinoza'ya yaptığı göndermeyi de bilerek yakaladığı, aynı zamanda fazla da cüretli bulduğu karşılaştırma şudur: Teolojik tartışmalarda Tanrı'yı yaratıcı irade olarak evrenden ayıran teistlerle, Tanrı'yı evrene içkin sayan ve yaratıcı iradeyi ortadan kaldıran panteistler arasındaki karşıtlık. Kelsen onu, devletle hukuku ayırıp devlete hukuktan farklı gerçeklik atfeden ikicilerle, devlete hukuk karşısında aşkınlık atfetmeyen birciler arasındaki karşıtlığa benzetir. *Hukukun Saf Kuramı*'nda da hukukî düzen olarak tanımlanmış devlet kavramında da öncel olarak hukukî olmayan hiçbir özellik bulunmaz. Panteistler Tanrı'yı tabiatla nasıl özdeşleştiriyorlarsa (*Deus sive natura*), Kelsen'in birci ve içkinci kuramında devlet hukukîlikle değil, hukukî düzenle öyle özdeşleşir²⁰ ve buradan bakılmazsa bu özdeşliğin ne anlama geldiği belli olmaz. Kelsen'in Kant da dâhil hiçbir düşünüre yapmadığı şekilde, Spinoza'yı övdüğüne ve panteist olduğu için demokrat saydığına değinmiştim. Kelsen kendisini bir demokrat olarak sunmaktan çekinmeyeceğine göre panteist ya da içkinci olmadığını iddia etmezdi. O zaman içkinci bir düşünürün nasıl iradeci olabileceğini, Kelsen'in yaklaşımının iradeci olduğunu ileri sürenler açıklamalı. Ne Grundnorm ne de altındaki normlar piramidi her şeyin mutlak bir iradeyle belirlendiği özneci yaklaşıma uygun düşecek malzemeyi sunar. Hukukî Bilim'in konusu sayılan normlar piramidiyle sınırlı çerçevede, normun ya da norm hukuksa hukukun kaynağı olan bir iradeden değil, yalnızca yasa koyan ve kaldıran sınırlı iradelerden sözedilmelidir. Kelsen'in kuramı bu tür iradelerin varolamayacağını ileri sürecek kadar saf olamazdı.

20) Norberto Bobbio, *Essais de théorie du droit*, s. 268.

Balandier şöyle der: "Hukukçular, devlet kavramının geniş anlamda kullanılmasının doğurduğu zorluklar nedeniyle, kavramın kullanımını sınırlama ve devleti yürürlükteki normlar sistemi olarak tanımlamaya zorlandılar. Onlar devleti hukukî olgu olarak niteler ve iktidarı en üst düzeyde kurumsallaştırdığını vurgularlar. Bu yorum yanlıştır, devlet olgusunu 'resmi' görünümüne indirger ve sorunları gerçek düzlemlerine oturtmaz"¹. Antropolog Balandier'nin itirâzını şöyle değerlendireyim: Kelsen'in devleti aşan bir Grundnorm'u olmasaydı, Balandier'nin onu da hedef aldığını düşündüğüm saptaması yerinde olabilirdi.

Kelsen'in hukukî düzeni ya da normatif sistemi tanımlama çabasının iradeci pozitivizmle ya da devletçi pozitivizmle ilgisi yoktur. *Hukukun Saf Kuramı*'nda devlet ve hukukî düzen özdeşliğinden söz etmiş olsa da Kelsen'de bunun basit biçimde hukukîliğin son kertede "yalnızca" devletle özdeşleştirilmesi olduğu iddia edilemez. Çünkü önce Grundnorm var. O ne yasayaratıcı irade olarak devlet ne de hukukla özdeş devlet anlayışıyla bağdaşır; hukukîliğin kendisi olmayan hukukî düzen gibi, onunla

1) Georges Balandier, *Anthropologie Politique*, s. 147.

özdeşleştirilen devlet de Grundnorm'un altında kalır. Sonra, hukukî düzen devletle özdeşleşiyorsa, devletin özdeşleştiği hukukî düzenin kaynağı olması mümkün değildir. Hukukî düzenin bile kaynağı olamıyorsa devletin genel olarak hukuk kaynağı olabileceğini iddia etmekse hiç mümkün değildir. Devlet-hukukî düzen özdeşliğinin, ne kadar devlet varsa o kadar hukukî düzen ortaya çıkaracağı da düşünülebilir; ama özdeşlik mantığıyla asıl düşünülmesi gereken şudur: Hukukî düzenler içinde modern hukukî düzen devletle özdeşleşirken, farklı hukukî düzenler farklı siyasî iktidar tipleriyle özdeşleşir ve Kelsen kuramı hiçbir toplum tipini dışarıda bırakmaz. Kelsen'in uluslararası hukukî düzeni devletli hukukî düzene üstün gördüğü de unutulmamalı; uluslararası düzen bir hukukî düzen sayılmayacak mı, yoksa Kelsen hukuk dışı bir düzen mi hayal ediyordu? Marx'ı ele aldığı bölümde, güç ilişkilerinin ve çıkar çatışmalarının sona ereceği, geleceğe gönderilmiş *hukuksuz* bir Altın Çağ'ı ütopya diye nitelendirmişti². Bir başka ütopya konusu sanılan başlangıç toplumunun hukukî yapılanması üstüne, iradî edim konusundaki yaklaşımına uygun sözleri de dikkatsizce ihmâl ediliyor. Yine Bobbio, ihtiyatlı bir dille, ama rastlanabilecek en tutarlı Kelsen yorumlarından biriyle, Kelsen'i Hart'tan ayıran özelliğin, pozitivist *communis opinio* (ortak kanı) karşısında ve devlet ötesinde, başlangıç toplumunu da uluslararası toplumu da kapsayan geniş bir hukuk kavramını dile getirmesi olduğunu söylüyor. Ona göre, ceza normlarının uluslararası düzen ve ilkel toplum düzeni dâhil olmak üzere tüm hukukî düzenlerde var olduğunu savunan Kelsen'in iddiası "tüm zamanların hukukî sistemleri için geçerli, kapsayıcı bir hukukî kuram oluşturmaktı"³. *Demokrasi. Mahiyeti-Kıymeti*'nde genel ve soyut normların kişisel emir ve kararlardan nasıl ayrıldığını anlatırken, hukukîlik manzarasının başlangıç toplumunda farklı olmadığını gösteren Kelsen bu yorumu doğruluyor:

"Özellikle en ilkel kümeler konusunda, sosyal kümeyi oluşturan genel iradenin doğrudan ve yalnızca bireysel buyruk ve baskı edimleri biçiminde varolabileceğini düşünmek, çok yüzeysel ve sınırlı bir incelemeyle yetinmek olacaktır. Bu da bilinçli olarak koyulmuş olmasa bile, en azından kümenin tüm üyelerinin ya da aralarından bazılarının bilincinde yaşayan bir genel düzenin, bireysel toplu edimleri yerine getiren organların işlemesini sağlayabileceğini görmemek olur. Bunun nedeni tam da ilkel bir

2) Hans Kelsen, *Qu'est-ce que la justice?* s. 72.

3) Norberto Bobbio, *Essais de théorie du droit*, s. 59, 269.

kümenin organlarının kararlarının, modern bir devletin organlarınkıyla kıyaslanırsa, her türlü genel normun dışında kalacak bir keyfî iktidarı çok daha az içermeleridir; bu organlar tam tersine, büyü ya da dine dayalı bir karaktere sahip oldukları ölçüde daha etkili olan genel normlara had safhada bağlı olduklarını hissederler. Sosyal topluluk onların bilinçlerinde, bireysel toplu edimlerden çok, bireylerin karşılıklı davranışının genel normları sayesinde yaşar. Ama genel normların yaratım işlevi hep, kendisine bireysel değil, toplu bir organ yaratmaya eğilimli olacaktır”⁴. Normu, basit ya da karmaşık her sosyallikte ne keyfî iradeler ne de toplu organlar yaratır.

Kelsen’in iradecilik karşıtı genel yaklaşımına yeterince önem vermeyen yorumcular iradî bir anayasa oluşturma aşamasını da bazen Grundnorm’a mal ederler. Kelsen normlar piramidinin üst normunu genelde anayasa diye işaret ettiğinden, düşüncesinin de anayasal çerçeveye sınırlandığı sanılır. Hatta asla Grundnorm olamayacak⁵ anayasanın, iyi ya da kötü niyetle Grundnorm’la karıştırıldığı bile olur. Schmitt de Kelsen’le mücadelesinde bunu kötü niyetle sıklıkla yaparken, *Siyasî İlahiyat*’ta hasmının kuramı için “bir normun değerini oluşturan şey sadece bir başka normdur; bu nedenle, hukukî kuramında, devlet anayasasıyla, tek temel normla özdeştir” diyebiliyor. *Anayasa Kuramı*’nda da “anayasanın temel norm olarak geçerli olması” gereğinden sözdebiliyor⁶ ve hukukî düzen, o düzenle devlet, anayasa, bir töz olarak normlar piramidi, bir diğer töz olarak temel norm Kelsen literatüründeki anlamlarını toptan kaybediyorlar. Schmitt’inki değil, iyi niyetli bir kafa karışıklığı Kelsen’in hem 1920 Avusturya Anayasası’nın hazırlayıcısı hem Avrupa’daki ilk Anayasa Mahkemesi’nin yargıcı olmasına, üretim sürecinin devamında Grundnorm’a en azından ikisi varsayımsal olmayan çeşitli karşılıklar göstermesine –bir ilk anayasa, Birleşmiş Milletler Şartı ya da bir dünya devleti– bağlanabilir; yine de *Hukukun Saf Kuramı* daha duru bir düşüncüyü hak ediyor. Kelsen’in kuramının anayasasız kavranamayacağını iddia

4) Hans Kelsen, *La Démocratie. Sa nature - Sa valeur*, s. 42.

5) Eric Millard, *Théorie générale du droit*, s. 76.

6) Carl Schmitt, *Théologie politique*, s. 30; *Théorie de la constitution*, s. 137. Schmitt *Anayasa İncelemesi*’nde Spinoza’nın *natura naturans/natura naturata* ilişkisini Emmanuel Siyès’in kurucu iktidar/kurulan iktidarlar ilişkisine benzetiyor (*Théorie de la constitution*, s. 215). Agamben de haklı olarak bunun Spinozacı içkinliği bütünüyle atlamak olduğunu söylüyor. Schmitt’in önce diktatörü sonra egemeni hukukî düzenin dışına çıkaran iradeciliğiyle bu içkinlik arasında hiçbir ilişki olamaz (Agamben, *Etat d’exception*, s. 62, 63). İkinci düşünce olsa olsa Kelsen’i hatırlatabilir.

edenler var, ama bu da Grundnorm'u anayasa üstünden değerlendirmeye çalışanları yalnızca anayasalı toplumlarda Grundnorm olabileceği gibi saçma bir iddiaya sürükler; ayrıca mantığın, anayasa olmadığında hukukî düzen de olamayacağına ilişkin kabul edilemez bir sonucu da olabilir. Eğer varsa, anayasa da, Kelsen'in onu hazırladığı aşamada varsayımsal olamayacağından, sosyallik ve güç ilişkileri zorunluluğu olan Grundnorm'da değil, altında yer alır; Grundnorm bu hazırlık öncesinde onu belirleyen belirsiz alandır. Piramidin en üstündeki anayasaya ya da onun olmadığı yerde bir başka üst norma geçerlik kazandıran Grundnorm'da "kurucu" iradeye yer olamayacağı açıktır; iyi bir anayasa hazırlayıcısı olan Kelsen de normun kaynağında irade bulunmadığını söylemişti.

Hart, Grundnorm'a "her hukukî sistemde anayasaya ya da ilk anayasayı yapmış olanlara itaati zorunlu kılan kural" deyip anayasayla Grundnorm'un hiyerarşik olarak ayrılmaları gerektiğini anlatır. Tanım makûldür, çünkü Grundnorm sözcüğünü kural diye karşılarken⁷, Kelsen'in hukuklara biliminin konusu dışında bıraktığı hukukî bir kaynak gösterdiğini düşündürür. Kelsen düşüncesine karşı olumsuz tavrına rağmen, kuramın genelgeçer yorumları aştığını en iyi görenlerden biri Hayek'tir: Ona göre, Kelsen ve yandaşları, kural ve buyrukların ya da bütünsel normatif sistemlerin nasıl geçerlik kazandığını açıklarken bunların, hukukîliğin kendiliğindenliği fikrine uygun biçimde yasakoyucudan çok önce, onun bilinci dışında varolduklarını kabul ederler. Yasakoyucu normatif sisteme geçerlik kazandırır da onun içeriğine tasarısının ürünü denemeyecek, o içerik iradesinden bağımsızca varolacaktır. Bu yasakoyucu, normatif sistemi bütünüyle yeni bir sistemle değiştirmeyi –gerçek bir istisna hâlini– asla düşünemeyecek, zaten böyle bir şey elinden gelmeyecektir; o zaman varolan kuralların bazılarının tartışılmaz niteliğine zorunlulukla boyun eğecektir⁸. Hayek burada Kelsen'deki çelişkiyi ortaya çıkardığına inanmaktadır; ama tam tersine inanabilirdi: Hukukîliğin kendiliğindenliği, ancak kısmi irade olabilecek bir yasa koyma işleminin öncesinde varolmuş, Kelsen de bunu görmüşse Grundnorm'la anlattığı budur. Bobbio, Kelsen yorumcuları arasında onu iyi anlayanlardan biri olsa da hukukî pozitivistlerin hemen hepsinin izlediği yolda hukukî pozitivizmi bir iradeci olarak tanımlar: Hukukî iradeciliğin kuramsal inşası⁹. Bunu ileri sürünce

7) H. Lionel Adolphus Hart, *Le concept de droit*, s. 310.

8) Friedrich August Hayek, *Droit, législation et liberté II*, s. 61.

9) Norberto Bobbio, *Essais de théorie du droit*, s. 228, 24-28, 29, 53, 47.

de hukukî pozitivizmin en önemli ismi Kelsen'in onu çok farklı kılan özelliğini ihmâl eder; Kelsen kuramındaki birci, içkinci, iradecilik karşıtı yönü yeterince önemsememiş olur. *Hukukun Saf Kuramı*'ndaki yapısalcı çözümleme, amaçsal her yoruma karşı kuramsal incelemeyi değer yargılarından ve ideal hukuk düşüncesinden muaf tutmayı hedeflemişti. Bu Kelsen'e göre bilimsel kuramın *olmazsa olmaz* koşuludur; Bobbio ise bu yapısalcı kuram karşısında iradeyi ve amacını öne çıkaran işlevci kuramı seçmiştir¹⁰.

Grundnorm'un kazandırdığı geçerlikle sıralanmış normlar hiyerarşisinin, iradeci pozitivizmin yasa bağımlılığından farklı olduğunu bir kez daha vurguluyorum. Normlar hiyerarşisi, değişkenlikle malûl keyfiliğin panzehiri sayılabilir: Alt normun üst norma uygun olmadığı her durumda, alt norm zorunlulukla uyulması gerekmeyen bir anomaliye dönüşür. Bu hâliyle normlar piramidinde kalır ve hukukbilimcinin nesnel inceleme konusu olur. Hatta bence, geçerliği normlar sistemine uyumu ölçüsünde ve onun içinde ele alınmak üzere, her altkûme hukuku da "bir" Hukukî Bilim'in bu konusuna dâhil olur; ancak piramit her durumda, baskıcı ya da özgürlükçü, Grundnorm'un altında kalır. Schmitt'in istisna hâli hatırlanırsa, o ve Kelsen hukukî kuram üstüne çok tartışmalar ve siyasî tavırlarıyla farklılaşmalar bile Grundnorm'la istisna hâli bir yerde birbirini hatırlatır. Normların normlar ötesindeki çok farklı yapılarait olabileceğini gösterirken, bunların olsa olsa hareketli güç ilişkilerini içeren bütüne ait olduğunu sezdirir. Bu nedenle, Kelsen'in normlar piramidinin belirsiz dayanağı Grundnorm'un, nesnel bilim konusu oluşturan hukukbilimcinin saf kuramının değil de saf kötülüğün doğrulayıcısı sayılması anlamsızdır. Kelsen'in kuramı değil, Grundnorm öyle olabilir; bulanık bir alanda ve hep güç ilişkilerine bağlanarak *Dava*'daki gibi bir oraya bir buraya sallanır.

Tabii hukukçu olmayan yaklaşımımın Kelsen kuramından değil, Hukukî Bilim'inin konusundan çok uzakta olduğunu ya da normatif sistem önerisi açısından Kelsenci olmadığını belirtiyim. Ama kuramı hiç hafife alınmamalı ve onunla ne yapmak istediği gözden kaçırılmamalı; örneğin yasayla hukuku özdeşleştiriyor diye onu etiketlememeli. Yasayla hukuku kaynakta yalnızca tabii hukukçularla iradeci pozitivistlerin özdeşleştirdiğini, –iradeci pozitivistlerin bunu iyi bilmeleri gerektiğinden– tabii hukukçular da artık öğrenmeli; iradeci olmadığına göre Kelsen'in bu özdeşleştirmeyi asla yapmayacağını da. *Hukukun Saf Kuramı*'nın mutlaka

10) Norberto Bobbio, *De la structure à la fonction*, s. 89, 141.

Demokrasi. Mahiyeti ve Kıymeti'yle birlikte okunması gereğine ve doğrudan Kelsen'in söylediklerine dayanarak tekrarlıyorum: "İçkinci olduğu için Spinoza demokrattır" diyen ve kendisinin de demokrat olduğunu söyleyip hukukî metafiziğe, mutlak değerlere karşı çıkan, açıkça "Kant'ta pozitivist olan yanı" benimsediğini söyleyen düşünürü tabii hukukçu sanan ya da düşüncesinde yasayarattıcı irade bulunduğunu, hatta yasayarattımının kaynağında devlet olduğunu iddia edenler çok yanılıyorlar¹¹. Bu yanılığın nedeni, Kelsen yorumcularının, ondan fazla bir şey üretilmeyecek olan normatif sistemine takılıp kalmış olmalarıdır. Yeni bir Kelsen yorumu için mutlaka istisnâi bir Grundnorm okuması yapmak gerekir.

Kelsen'in biliminin konusu yaptığı normlar piramidinden sosyallikle özdeş bir hukukîliği, yaygın bir hukuklar tanımına girecek aslî unsurları, bu tanıma katkıda bulunacak disiplinleri dışladığı kabul edilmeli ve öncelikle şu soru sorulmalı: Hukukî Bilimler'den birinin konusu normlar piramidiyle sınırlanabilir mi ve sınırlanırsa, hukukbilimcinin önündeki seçenekler nelerdir? Cevap: Hiç kuşku yok, hukukbilimci normlar piramidini çeşitli açılardan ele alabilir ve bu piramit "bir" Hukukî Bilim'in konusudur. Bana kalırsa, dışlandığı sanılan birçok disiplin normlar piramidini ele almak üzere belki Kelsen'e rağmen bu normatif bilime geri de döner. Sosyoloğun hukuk kurallarını inceleme konusu yapmasından, antropoloğun başlangıç toplumunda genel normları gözlemlemesinden, tarihçinin farklı toplumların norm dizgelerini ele alması ve karşılaştırmasından, dilbilimcinin, anlambilimcinin normları araştırma malzemesi saymasından, psikoloğun, psikanalistin normları çözümlemesinden, sosyal cinsiyet uzmanlarının normlardaki ataerkil mantığı açığa çıkarmasından ve sair ucu açık yaklaşımlar silsilesinden hukukbilimci ister istemez yararlanacak ya da bu işe kendisi girecektir. Aksi hâlde normlar piramidinin bilimin konusu yapılmasının anlamı kalmaz. Bobbio da "normlarla ilgilenme önermesi kesinliğe kavuşturulmalı" deyip şunu sormuştu: "Hukukçunun sistemin normlarına yaklaşmasını sağlayacak araçlar hangileridir?"¹² Kelsen, hukukbilimcinin örneği çok görülen ve bu konularda kılı kıpırdamayan yasacılara benzemesini istemiyordu herhâlde; hukukun saf kuramı olarak normatif bir bilimin hukuk olduğunu da savunmuyordu. Sorun, Hukukî

11) Aynı yanılığa *İltidamın Üç Yüzü*'nde ben de düşmüş, Kelsen'i, üstelik onun hukuk devleti kavramını bir totoloji olarak gördüğünü belirtirken yine de Hobbes'la birlikte, düşüncesinde devlete ağırlık veren bir kuramcı olarak sunmuşum.

12) Norberto Bobbio, *Essais de théorie du droit*, s. 194.

Bilimler'in konuları arasından biri olan ve iddiasını Grundnorm açısından önemli bulduğum normlar piramidi seçeneğinin darlığından çok, "hukuk nedir?" sorusuna cevap arayan bir bilimin yalnızca normlarla yetinemeyeceğidir: Hukukî Bilim salt normatif olamaz; hukukîliği normun güç kullanılarak uygulanmasıyla, güç ilişkileriyle, onları da sosyallığın tamamıyla düşünmek gerekir; normlar üzerinde hâkimiyet kurup başka disiplinlerin norm hakkındaki çalışmalarından yararlanmanın ötesinde, hukukîliğe ve hukuklara diğer bilimlerle kurulmuş eşit ilişkilerden yaklaşılmalıdır. Kelsenci Troper bazı hukuk antropologlarının hukuku devletsiz ve yazısız toplumlarda bularak onun evrenselliğini –bence tarihîliğini– kanıtlamaya çalıştıklarına¹³ değinip geçerken iddiayı ciddîye almadığını hissettirir. Bana kalırsa, Kelsen bu kadar kaygısızca geçmezdi Troper'in yakalayamadığı antropolojik bakış üzerinden. "Hukuk nedir?" sorusuna cevap arayanlar, sosyolojik, antropolojik, tarihî, vb. bilimsel yaklaşımlardan kaçıp *Hukukun Saf Kuramı*'nın normatif konusuna sığınarlarsa, soruyu cevaplandırmaktan da kaçarak Hukukî Bilimler arasından "biri"ni yapmaya mahkûm olurlar.

Bourdieu Kelsen'in, hukukbilimcinin konusunu normlarla sınırlayıp onu her türlü tarihî, psikolojik ya da sosyal veriden ve bu normların devreye girmesini sağlayacak sosyal işlev göndermesinden arındırırken, Saussure'ün yapısalcı dilbilim kuramını hatırlattığını söyler. Kelsen'in sisteminin "yapısalcı" özelliğine işaret eden bu saptama yerindedir. Ama *Hukukun Saf Kuramı*'nı oluşturma çabasının, kaynağını kendinde bulan ve sosyal her baskıdan bütünüyle bağımsız bir kurallar *corpus*'u ardında koşan hukukçuların hedefi olduğunu ileri sürerken¹⁴ Kelsen'i onlardan ayıran niteliği Bourdieu hafife almış. Kelsen normlar dizgesiyle hukuku tanımlamıyor, özgül bir bilimin konusunu belirliyordu. Hukukî Sosyoloji'ye ya da Hukukî Antropoloji'ye kapıyı kapamıyor, Hukukî Sosyoloji'nin, normatif bilim tanımından yararlanıp geçerli normlar sistemiyle insan davranışı arasında bağ kuracağını, bu sayede genel sosyolojinin tahakkümünden kurtulacağını, kendine özgü bir disiplin olacağını düşünüyordu¹⁵. Kelsen'in başlangıç toplumunun normatif sistemi hakkında zengin bir kaynakça üzerinden yaptığı araştırmalar unutulmamalı¹⁶. Bourdieu'nün sözünü ettiği tabii hukukçulardan ve iradeci pozitivistlerden oluşan *corpus* da istisnalar

13) Michel Troper, *La philosophie du droit*, s. 89.

14) Pierre Bourdieu, "La force du droit [Éléments pour une sociologie du champ juridique]", s. 3.

15) Norberto Bobbio, *Essais de théorie du droit*, s. 264.

16) Norberto Bobbio, *De la structure à la fonction*, s. 98.

dışında, Hukukî Bilim'in konularından biri olarak normlar bütününün gösterilmesini aynı gerekçeyle kınayacaktır. Kelsen'in bu düşmanları ya da sözde dostları, bilimde değil hukuk pratiğinde –belki Grundnorm'da– hayata uygun düşmeyen dar bir çerçeveye kendilerini sıkıştırmışlardır.

Belirlenme ve özgürlük arasındaki hassas denge üstünde çalışmış olan Gurvitch de Kelsen'in uzak olmadığı sosyolojiyi savunma adına, kuramcıya karşı yerinde olmayan bir tavır alır. Hukukta pozitivistizmin hukuku pozitif hukuktan ibâret sayan görüşle ilgisi olmadığını, bu görüşün sosyolojik pozitivistizme hiç uymayan biçimde pozitif niteliği, üstün ve hâkim bir devlet iradesine dayandığını söylerken Gurvitch haklıdır. Sorun, görüşün sorumlusu olarak Kelsen işaret edildiğinde çıkar: Hem Kelsen böyle iradeci bir görüşten uzaktır hem de Grundnorm'un sosyal gerçekliğin üstüne oturtulan metafizik bütün olarak devletin yerini aldığını kimse iddia edemez. Oysa Gurvitch Kelsen'in, devletle özdeş saydığı normlar sistemini Grundnorm'a aktarıp onu herhangi bir devletle ya da dünya devletiyle özdeşleştirdiğini açıklar ve Grundnorm'u hem normlar piramidinin hem de onunla özdeşleşen devletin üstüne oturtmuş bir Kelsen'e hiç uygun düşmeyen yorumlara katılır. Aynı Gurvitch hukuku, devletin çok sınırlı bir parçasını işgal ettiği “muazzam okyanus” diye tanımlarken, bence farkında olmadan Grundnorm 'u anlatmıştı¹⁷. Kelsen'in biliminin konusu olarak sunduğu normatif bütün hukukbilimciyi sığ ve sıkıcı bir alana kapatabilse de bu alandan çıkmak için kendisine yol arayacak olanı açıklanmamış Grundnorm özgürleştirecektir.

Muhtemel yollardan birine işaret ederek, Balibar'la bitiriyorum: Morfino ve Frosini'nin onunla yaptıkları söyleşide Balibar, Althusser'in hukuk konusunda Kelsenci olduğunu söyler: Althusser'in *Hukukun Saf Kuramı*'nı Fransızca çevirisinden okuduğunu görmüş ve hukuku normla baskının bileşimi diye tanımladığı için Kelsen'i haklı bulduğunu yine ondan duymuştur¹⁸. Açıkçası 20. Yüzyılda artık pek sıradanlaşmış bu hukuk tanımı Althusser'in Kelsen ilgisini anlamlı kılmıyor. Kelsen normla baskıyı bileştiren tanımı ancak tekrarlamış olabilir; yasanın güçle ilişkisi 19. Yüzyılda da biliniyordu ve Weber başka şey söylememiştir. Bence Spinoza üzerinden verimli bir Althusser-Kelsen bağı iki düşünürün birici, içkinci, adıcı, özne ve özgür irade karşıtı, amaçsal olmayan, yapısalcı eğilimleri arasında kurulabilir. Canaslan, Althusser'in Spinoza düşüncesinde

17) Georges Gurvitch, *Eléments de sociologie juridique*, s. 4, 5, 143.

18) Althusser et Gramsci. Entretien avec Etienne Balibar. Vittorio Morfino ve Fabio Frosini.

yakaladığı özellikleri şöyle sıralar: “Hukukî özne metafiziğinin yapı sökme uğratılması”, “şeylerin ve toplumsal varlığın öznellik tarafından yönetilmeyen ve önceden belirlenmiş bir sonun güdümünde” olmaması, “her türlü Kökenci, İlk Anlamcı, Özneci ve Ereği düşünce”nin reddi, “kavramsal soruşturmanın biçimini, varlığın somut doğasıyla karıştırma hatasına dirençli, nominalist bir dikkat”¹⁹. Bunlar Kelsen’i de Kelsen yapan özelliklerdir.

19) Eylem Canaslan, “Giriş: Spinoza ve Marx. Bir Karşılaşmanın İzinde...”, *Marx’tan Spinoza’ya Spinoza’dan Marx’a. Güncel Müdahaleler*, s. 18-20.

2. Dünya Savaşı öncesinde iki hukuk kuramcısı, Kelsen ve Schmitt iki zıt demokrasi tanımı yaparlar. Demokrasi sorununun Kelsen ve Schmitt karşılaştırması üstünden işlenmesi rastgele bir seçim sayılmaz. Her şeyden önce, bu iki hukukçuyu aradan geçen yıllar eskitemedi; onlar hukukî kuram üstüne çalışanların vazgeçemeyeceği isimlerdendir. Sonra, düşüncelerindeki temel farklılığın ele alınmasını çarpıcı kılan benzerlikler sergiliyorlar. Aynı kültürün çocukları, aynı dili-dilleri konuşuyor, birbirlerinin hukuk yaklaşımını da iyi biliyorlar. Onları ayıran ve kuramsal olduğu kadar siyasî olan çatışma zamanla sivrileşse bile başlangıçta aralarında düşünsel alışveriş var. İkisi de hukukun güç ilişkilerinden azâde olduğuna inanmıyorlar, demokrasi kavramı dâhil her soyutlamaya kuşkuyla bakıyorlar; belli ölçüde adcılar, dolayısıyla tabii hukukçu değiller. Kelsen'in pozitivizmine karşı çıkarken pozitivistlere atelerle anarşistleri de katan¹ Schmitt'in anti-pozitivizminden sözedilebilse de iradeciliği ve buna eklenen karar vericiliği (*decisionism*) onu pozitivizminden kuşkulamadığımız düşünörlere yaklaştırıyor. O da

1) Carl Schmitt, *Théologie politique*, s. 83, 84.

zaten Machiavelli, Suárez ve Hobbes'a açık gönderme yaparken bunu doğruluyor. Benzerlik arayışının sonu yok; önemli olan, tarihin trajik bir anında soykırım yapılır ve –Guernica, Katyn, Auschwitz, Tokyo, Dresden, Hiroshima, Nagasaki, Gulag'da, vb.– insanlar yok edilirken, bazı hukukî görüşleri paylaşan iki kuramcının o koşullar içinde farklı iki siyasî seçim örneği sergilemesidir. Machiavelli'den birincisi Spinoza'ya ondan Kelsen'e, ikincisi Suárez ile Hobbes'a onlardan Schmitt'e uzanan iki yolun sonunda, biri iradecilik karşıtı diğeri iradeci iki hukukçunun görüşleri, "suç nedir?" sorusunu kısa modern geçmişle yüzleşerek soranlara bir demokrasi dersi sunar.

Normlar sisteminin üstüne, ne olduğunu açıklamadan bıraktığı Grundnorm'u yerleştiren Kelsen, normatif sistem diye de adlandırdığı hukukî düzenin önüne bir sıfır noktası koyar. Grundnorm'da belirsizleşen o nokta Schmitt'e karşı Kelsen'in demokrasi anlayışını önemli bir farkla belirler. Grundnorm hakkında çok şey söylenebilir, ama onun öncesinde ya da içinde yasayarattıcı iradenin varolacağını düşünmek için pek yaratıcı olmak gerekir; çünkü hem bilgi kuramında hem genelde hayatın içinde irade norm yaratmaz. Bu iradecilik karşıtı anlayış Kelsen'in *Demokrasi. Mahiyeti-Kıymeti*'nde parlamentarizm üstüne yazdıklarında ortaya çıkar: Dikkatini maddi gerçekliğe veren bir kuramcının, demokrasi sözcüğü etrafında yaratılan Hakikat'leri önemsemeyeceği açıktır. Sözleşme kurusuyla geliştirilen egemenlik, temsil, özellikle de ulus iradesi türünden, gerçek tekil varlıklarla ilgisi olmayan soyutlamalara Kelsen itibar etmez. Ona göre egemenlik kuramı totemik bir maskeden başka şey değildir; temsil fikrinin de demokratik ilkeye son derece uzak olduğunu otokrasinin sıklıkla bu kurguya başvurması kanıtlamıştır². Kelsen otokrasiye karşı gerçek özerklik denebilecek bir demokrasi anlayışıyla, onu asla yüceltmeden ve klasik liberal sınırlarını aşarak, parlamentarizmin –kuramsal açıdan demokrasi parlamentarizmle örtüşme de– özgürlüğe götüreceğini anlatır. Bunu söylerken soyut bir özgürlükten, içi doldurulmamış boş bir sözcükten değil, neredeyse gerçek tekil varlıkların dünyayı kavramış bedensel-zihinsel çokluğunu hatırlatan bir özerklik anlayışından yola çıkar ve demokrasi tanımına varır. Filozofunu izler: Doğrudan demokrasinin mümkün olmadığı, belli büyüklüğe erişmiş şeffaf bir toplumda sınırsız ifade özgürlüğüne imkân tanınırsa bir saçmalık üstünde fikir birliği edilemeyecektir. Sözleşme, egemenlik, ulus iradesi türünden kurgularda

2) Hans Kelsen, *La Démocratie. Sa nature - Sa valeur*, s. 94, 97.

hayal edilecek şekilde kaynaşmış bir ortak akıla, genel iradeye de böyle bir toplulukta yer kalmayacaktır. Kurgusal bir meşrûiyete dayanarak herkes adına konuşma, düşünme, karar verme iddiasındaki kişinin ya da kümenin hâkimiyetiyle kıyaslandığında, farklı tekil iradelerin yanyana gelmesi topluluğu saçmalığın hâkimiyetinden uzaklaştıracaktır. Devletin ya da ulusun ya da herhangi bir topluluğun özgün iradesi olamaz; gerçekte varolan yalnızca insanların kısmi iradeleridir ve bunların görece bile olsa en iyi karşılık bulabilecekleri yer liberal anlamından koparılarak düşünülecek, hayal edilecek parlamenter sistemdir: Kelsen'in, kendisine saldıran Schmitt'e ve otokratın karar vericiliğine karşı özerkliğin güvencesi saydığı sistem. Kelsen bir ilkeden sözeder; bir adamın, kümenin, partinin, cemaatin, vb. buyuruculuğu karşısında tek panzehirin tekil varlıkları içerdikçe büyüyen bir parlamentarizm olduğunu açıklar³. Tabii iş bununla bitmeyecek, hemen ardından "hangi parlamentarizm?" sorusunu sormak, hayatın durmak bilmeyen değişkenliğinde sayısız cevap üstüne çalışmak gerekecektir. Parlamento da bir sözcüktür ve aslanan, bu cevapları ararken mümeyyiz olmayan bir topluluğun karar verici önder, büyük adam, kurtarıcı, başkan, vb. saplantısına karşı ilkesel olarak çokluğu seçmek, azınlığın ya da saçmalığın hâkimiyetinden saçma olmayana gitmektir. Kelsen'in benimsediği ve meseleyi basit parlamentarizm yandaşlığı ya da karşıtlığı ikileminin çok ötesine taşıyan demokratik parolayla: Demokrasi, azınlığın iradesine karşı hep daha çok insanı yanyana getirerek büyümektir⁴; tekil varlıkların sözde toplu iradesine dayanıp onlar üstünde hâkimiyet kuranlara karşı, sayısız ve farklı tekil iradeyi bedensel-zihinsel ifade özgürlüğü temelinde toplamaktır.

Schmitt kendi demokrasisiyle Kelsen demokrasisine karşı çıkar. Bir yandan, kasıtlı bir anlayışsızlıkla "devletin normatif kuramı" diye adlandırdığı Kelsen kuramının modası geçmiş ve içi boşalmış bir liberalizmi sürdürmekten başka şeye yaramadığını söyler. Öte yandan, Kelsen'in azınlık karşısında sürekli sayısal büyüklüğe doğru ilerleyen ve yaygınlaşan demokrasi tanımını siyasî anlamdan yoksun bulur⁵. Birinci karşı çıkışı Kelsen'i olmadığı bir yere, basit ve tutucu bir liberal parlamentarizme yolladığı için tarafgirdir. Ama asıl belirleyici olan, Schmitt'in ikinci karşı çıkışı ya da Kelsen demokrasisine saldırısıdır. Kendi tanımında kullandığı

3) Hans Kelsen, *La Démocratie. Sa nature – Sa valeur*, s. 33, 34, 39, 40.

4) Hans Kelsen, *La Démocratie. Sa nature – Sa valeur*, s. 8.

5) Carl Schmitt, *Théorie de la constitution*, s. 187, 391.

kavramları tırnak içine alarak, *Anayasa Kuramı* adlı kitabında onun iradeci yaklaşımını izliyorum: Demokrasi hâkim olan ve olunanın, yöneten ve yönetilenin, emir veren ve itaat edenin özdeşliğidir. Bu tanım kaynağını demokrasinin ilk koşulu olan tözsel eşitlikte bulur: Demokratik devlette emir verenle itaat eden arasında niteliksel fark yoktur; hâkimiyet hâkim olanı demokratik eşitlik ve türdeşliğin dışına çıkarmaz. Hâkim olanların otoritesi hâkim olunanların irade, vekâlet ve güvenine dayandığından, hâkim olunanlar böylece kendi kendilerini yönetmiş olurlar. Öyleyse sık dile getirilen bir kalıpla, “demokrasi halkın kendi üzerindeki hâkimiyetidir”; ortak bir ırk, inanç, kader ya da gelenek, vb. unsurlarıyla belirlenmiş belli bir halkın hâkimiyeti⁶. Dünyaya kapalı ve özdeşliğe dayalı bu demokrasi tanımında, temsil eden/edilen farklılığı devreye girmez; temsil edilen, bütünlüğü içindeki siyasî birliktir. Bütünlük, birlik içinde ve siyasî varlığının her ayrıntısında, Schmitt demokrasisi siyasî olarak varolma iradesine sahip, kendisiyle türdeş bir halkı varsayar; ne var ki bu türdeşlik demokratik devlet varolduğu sürece yöneten/yönetilen arasında hiç fark olmayacak demek değildir. Yönetimler ve itaat edilen emirler olduğu sürece farklılık da olur; hatta bu demokraside başka yönetim biçimlerine göre yönetenle yönetilen arasındaki fark fiiliyatta olağanüstü büyüyebilir; yeter ki yöneten ve emir veren kişiler halkın tözsel türdeşliğinden çıkmasınlar. Halkın onayı ve güvenini kazanırlarsa, babadan oğula geçen bir krallığa ya da ihtiyatlı bir oligarşiye kıyasla hâkimiyetleri daha sağlam, sert ve yönetimleri daha kararlı olabilir. Schmitt bu nedenle Léon Gambetta’nın, demokrasinin özellikle güçlü bir yönetimin kaynağı olduğuna ilişkin savını haklı bulur. Atılacak son adım bellidir: Bir diktatörlük bile, ister Schmitt’in egemen diktatörlüğü ister proletarya diktatörlüğü olsun, ancak böyle demokratik bir temel üzerinde mümkündür. Schmitt demokrasiyi parlamentarizmden uzaklaştırırken ve onu liberalizm, sosyalizm, eşitlik, insanlık, vb. gibi çeşitli soyut hedeflerle özdeşleştirmeyi reddederken istisna hâline karar veren(ler)in yaratıcılığını öne çıkarır. “Siyasî nosyon olarak” yasa, Kelsen’in norm tanımının tam tersine, somut bir irade, buyruk, egemenlik edimidir; egemen demokraside halkın iradesidir. Ama sonuçta, yasanın-hukukun öncesinde, kamusal iyi ve genel yararın ne olduğuna nasıl karar verecekse⁷ istisna hâline de öyle karar verecek başka “bir” egemen vardır.

6) Carl Schmitt, *Théorie de la constitution*, s. 365.

7) Carl Schmitt, *Théorie de la constitution*, s. 192, 372-374, 363, 284, 285.

Schmitt Kelsen'in liberalizmi konusunda yanılırken düşünürün liberalizmle birlikte ulusal çerçeveyi aşan çokluk fikrini ihmâl etmiş. Onun ilkesel açıdan her önderliği erozyona uğratacak⁸ ve hep daha fazla tekil varlığı içerecek demokrasi düşüncesinin, hem ulus-devletle sınırlı kendi totaliter düşüncesini hem liberal düşüncüyü⁹ nasıl parçaladığını görememiş; hasmının siyasî tercihi devletin hukukî düzeninden uluslararası hukukî düzene boşuna yönelmez. Schmitt açısından vahim olansa, –Kelsen karşıtı anti-pozitivist tavrıyla uyum içinde ve tabii hukukçu pozitivism karşıtlarının ezberini bozacak biçimde– kendileri de pozitivism düşman olan Nazilerin safına katılması ve führerinin karar verici rolünü övmekten geri kalmamasıdır. Kelsen'le arasındaki temel fark, egemen demokrasi ya da diktatörlük anlayışındaki bu iradeci/karar verici, hâkim olunan karşısında her daim hâkim olanı yüceltici tavrından kaynaklanır.

Schmitt'in değerlendirmelerinde tarafgirce başvurduğu şu retorik hâkimdir: Dayanağı belirsiz eleştiriler, tutarlılığı kuşkulı kavram kullanımları, eklektik yöntem, vb. “Alman hukuk kuramının pozitivism ve normativizmi” diye olumsuzladığı tavrı, aynı cümlede şöyle anlatacaktır: Sadece normların edimsel değerine bağlı olduğu için yozlaşmış bir normativizm, yozlaşmış bir kararcılıktan başka şey olmayıp hukuka kör kalmış bir pozitivism bulaşmıştır; çünkü bu pozitivism, edimsel olanın normatif gücüne sırtını dayamıştır; oysa otantik bir karara dayanmalıydı¹⁰. Bu ustaca bulanıklaştırılmış tanım karmaşasında Schmitt savını tutarlılıkla karşılayan tek önerme, “yozlaşmamış bir kararcılık” önermesidir – Naziler yozlaşma sözcüğüne çok düşküdü. Kelsen'i üstünkörü ve yanı ele alan *Anayasa Kuramı*'na göre *Siyasî İlahiyat*'ta ise Schmitt düşünsel ve siyasî hasmına bilimsel bir karşıtlığa nispeten uygun tarzda yaklaşır; yine de bu kez tarafgirliği satır aralarında sürdürürken, egemenlik, devlet, otorite, hukuk, hukukî düzen, vb. kavramlarını, sanki eylemsel gerçekliğin kendisiymiş gibi kullanır¹¹ ve bunların gerçekliğin dile getirilmesini sağlayan araçlar olduğunu söyleyen Kelsen'in adcı önermesini reddeder. Gerçekliğin ürettiği bu kavramların yeniden kendi gerçekliklerini ürettiklerini görmezden gelip çok basit bir hukukî-siyasî algı düzleminde kalmayı tercih

8) Hans Kelsen, *Qu'est-ce que la justice?* s. 90.

9) Liberalizmin gerçek temsilcisi olan Hayek bunu çok iyi görmüştü. “Kelsen'in liberalizm karşıtı sosyalizminin 'bir' demokrasinin sınırsız güçlerine dayanak olduğunu” söyleyen Hayek'in bu değerlendirmesine kitabın “Hukukun kaynağı” başlıklı bölümünde değinmişim.

10) Carl Schmitt, *Théorie de la constitution*, s. 182.

11) Carl Schmitt, *Théologie politique*, s. 13, 30.

eder. Schmitt'in kuramı, iradeci pozitivizm çerçevesinde devlet, egemenlik, ulus iradesi türünden modern kurguların ilk yaratıcılarını –Bodin, Suárez, Hobbes– yüzyıllar sonra aynen tekrarlayacaktır: Hâkim olanla/olunan arasındaki uzlaşmazlığı sözde tözsel bir türdeşlikte kaybettirmeye uğraşan bu özdeşlik kuramının, aynı şeyi yapan çeşitli meşrûiyet kuramlarından da modern meşrûiyet kuramından da hiç farkı yok. Schmitt güç ilişkileri gerçeğini gözden kaçırmama iddiasıyla yola çıkıp –modern devlet kuramının yalnızca dünyevîleştirilmiş teolojik kavramlardan oluştuğunu söylediği hâlde– bu ilişkileri aşkın kaynakta doğrularak gizleyen tabii hukukçuluğun ya da benzer perdelemeyi dünyada yapan egemenlik kurgusunun varlığı yere varıyor. Güç bu odaklarda doğrulanırken mutlaka ortaya çıkan bir Hakîkat arayışına o da giriyor. Sosyalliğin kuşatılamayacak zenginliğine gözlerini yumup çok dar, “saf” bir egemen ve egemenlik tanımı yapıyor: Egemen olağanüstü duruma karar verendir¹²; egemenlik de olağanüstü duruma karar verenin olağan durumudur.

Kelsen tekil iradelerin sonsuz farklılığını ve ifade özgürlüğünü öne çıkaran demokrasi tanımını, yönetenin yönetilene buyuracağı bir doğrunun yokluğu üstüne inşa eder. Schmitt ise parlamenterizmin egemen demokrasiyle uyuşmamasının nedenini, onun her fikri tartışmaya açması, savları, karşı savları, pazarlıkları, kanıları sonsuz rekabete sürüklemesi, yaratıcı hâkim iradeyi imkânsızlaştırmasında bulur. Bir Hakîkat'ın varlığı/yokluğu tartışması üzerinden Schmitt-Kelsen çatışmasına bu noktada değinen Mouffe, Schmitt'i nasyonal-sosyalizme yaklaştıran şeyin öncelikle derin liberalizm düşmanlığı olduğunu ileri sürecektir¹³. Bence Schmitt'i belirleyen daha çok, ifade özgürlüğünü öne çıkaran bir demokrasi fikrine düşmanlığıdır. Hukukçunun Nazilerin cephesinde saf tutmasını sağlayan da yukarıda unsurları sıralanan istikrarlı ve kendi içinde tutarlı iradeci –kararçı– yaklaşımı ya da düşmanı olduğu bir demokrasiyi tanımlarken olumsuzlamak için kullandığı Kelsenci şu unsurlardan uzak olmasıdır: Hem siyasî göreciliğe hem de mucizelere ve dogmalara itibar etmemek; insanın anlama yetisine, eleştirel kuşkuculuğa açıklık¹⁴ ve bence son aşamada sınırsız ifade özgürlüğüne saygı. Bu tavır Kelsen'i demokrat yapar, ona karşı çıkan Schmitt'i ise hukukî-siyasî düşüncesiyle birlikte sınırlar.

12) Carl Schmitt, *Théologie politique*, s. 46, 15.

13) Chantal Mouffe, “Penser la démocratie moderne avec, et contre Carl Schmitt”, *Revue Française de Science Politique* 42, s. 86.

14) Carl Schmitt, *Théologie politique*, s. 51.

Schmitt uzun zamandır soldan yapılan bir okumanın gözde düşünürü oldu. Mouffe'un saptamasından anlaşıldığı gibi bunun başlıca nedeni onun liberalizm karşıtı sayılmasıdır; ama liberalizmi eleştirmenin tek yolu Schmitt kuramı değildir. Bu kuramdan, yer yer gönderme yapılabilecek gerçekçi saptamalar hariç, yalnızca saçmalığın hâkimiyetine¹⁵ ya da despotizme övgü çıkar.

Bir bilim insanının gerçek hayatta karşılığı olmayan kuramsal zaafı mı sözkonusu olan? Kısmen evet. Güç ilişkileri ne kadar uzun süre ve nasıl gizlenirse gizlensin, bu sayede Hakikat'ı temsil edip dizginleri elinde tuttuğunu iddia eden her yönetim tarihte bir şimşek anından fazla sürmez. Zorunluluklar her şeyi kuşattığından hiçbir yönetici iradesiyle, kararlarıyla, ayağı sürçmeden sonsuzca yürüyemez. İradeciliği Schmitt'i yanıltmış; dahası var: Bazı şimşek anlarında karar vericilere biat edenlerin, hele onlar Heidegger ya da Schmitt'se önemleri oranında sorumlulukları artar¹⁶ ve sıradan cellâtlarınkini aşar; soykırım ya da benzer tüm suçların sayısız kurbanı önünde, Desnos'un son fotoğrafı¹⁷ karşısında. Nietzsche hiçbir güç odağına biat etmediği, hatta hepsine toptan karşı çıktığından yasayaratımındaki iradeciliğine rağmen her daim muhalif yanıyla ayakta kaldı. Okuru Schmitt ise bahtsız bir kararlar otoritarizme kaydı ve karar vericisine övgüler düzdükten kısa süre sonra kendini Nürnberg'de bir karar verici karşısında buldu; herhâlde Nürnberg tiyatrosunun ikiyüzlü adaletiyle kıyaslanırsa çok önemli derslerden birini alarak: Bilim insanının kendi özerkliğini ve başkalarının özerkliğini mümkün olduğunca koruması gereği¹⁸. Kelsen normlar piramidinin üstünde ne olduğunu çok iyi

15) Manfred Walther, "Carl Schmitt et Baruch Spinoza ou les aventures du concept du politique" (s. 361-369) başlıklı makalesinde düşünsel bir Schmitt-Spinoza yakınlığı arar. Bence yakınlık açısından Schmitt'in Spinoza göndermeleri hiç doyurucu değildir (*Varolma Direnci ve Özerklik*'te "Alınan Düşüncesi ve Spinoza" başlıklı I. Ek) ve Schmitt-Kelsen çatışmasında Kelsen'in safında olan Spinoza'dır.

16) Heidegger siyasî açıdan muhafazakârdı, ama felsefesiyle onayladığı rejim arasında dolaysız bağ yoktu. Oysa Schmitt açıkça kuramını rejimin hizmetine vermişti. Nazizm ve Toplama Kampları bağlamında zorunluluk/özgürlük/sorumluluk temasını ele alan metin için: Cansu Muratoğlu, "Geçmişle Yüzleşme: Bernhard Schlink Işığında Anlamak, Anlatmak ve Yargılamak", *Edebiyat, Hukuk ve Sair Tuhafliklar*.

17) Robert Desnos'un bu fotoğrafı onun saygı duyulacak kişiliği, cesareti, şairliği ötesinde toplama kampı gerçeğini inkâr ya da önemsememeye yönelik her girişimi çökerten niteliğiyle çok önemlidir. Kim olduğu bilinen bir insanı, hangisi olduğu bilinen bir toplama kampında, kimsenin reddedemeyeceği, "böyle bir şey olmadı" diyemeyeceği biçimde ölüme gittiği "an" da gösterdiği için bu tür kıyımlara ilişkin hukukî kanıtların en güçlülerinden biridir.

18) İradecilik karşıtlığı, hukuku belli bir sosyal olgu olarak yorumlayan, "hukuk nedir?" sorusunu belli bir maddi kaynak seçimine göre cevaplayan, belli bir bilimsel yönetime ve belli bir

bildiğinden, bu gereği 1926'da Grundnorm'unun bir yüzünü ifşa ederek yerine getirmişti:

"Pozitif hukukun arkasında neyin saklandığı hakkındaki ebedî sorunun cevabını arayan kişi, korkarım orada ne bir metafiziğin mutlak hakikatini ne bir tabii hukukun mutlak adaletini bulacaktır. Perdeyi kaldırıp gözlerini açık tutmaya cesaret edebilen, sabit bakışlarını ona dikmiş bir iktidar Gorgon'unun iğrenç yüzünü görecektir"¹⁹.

Tabii hukukçular ve Schmitt yanlıları bu hukukî pozitivizmi nasıl yorumlar acaba?

dünya görüşüne sahip olanın düşünsel çerçevesidir. Bir hukuk tanımı olarak idealizm karşıtlığıyla bir siyasî tavır olarak iradeci pozitivizm arasındaki fark burada ortaya çıkar. Sıraladığım gereklere uyan bir hukuk görüşünün, gerçekçi ama özerklikçi, hem sınırsız bedensel/zihinsel özgürlükten yana, hem de tüm farklılıklara saygı gösteren bir görüş olması gerektiği kanısındayım.

19) Carlos Miguel Herrera, "La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la constitución", *historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/.../teo8.pdf*, s. 226.

Lutherci akımla Katolik Kilise'den bağımsızlaşmanın, metafizik karşıtı bilimci, ilerlemeci zihniyetin, ampirizme kayışın etkisindeki yeni tabii hukukçu görüş, bunlarla hem beslenerek hem bunlara yol açarak, iradeci pozitivizm ve sair tabii hukuk karşıtı görüşler eşliğinde yükselir. Skolas-tik düşünceden modern düşünceye bu geçiş, güç ilişkilerindeki köklü değişiklikle yeni sınıfsal hâkimiyete geçiştir. Weber modern rasyonalist devletin, devrim öncesi hukukî düzenlemeleri kadar devrim dönemi uygulamalarında da tabii hukukçu dogmalardan etkilendiğini, burjuvazi belirleyiciliğindeki düzenlemelerin siyasî iktidar karşısında birey haklarını güvence altına alan şekli tabii hukuku geliştirdiğini söyler¹. Modernite'ye eşlik eden sömürgecilik de insanın yeniden tanımlanmasına² ve yerlileri fatihlere karşı korumaya çalışanların çabalarıyla hak kuramlarının ortaya çıkmasına katkıda bulunmuştur. Artık hukuk ulus-devlet kurgusuyla düşünüldüğünden, yapısal ve zihinsel zorunlulukların ürünü devlet/

1) Max Weber, *Sociologie du droit*, s. 215, 216.

2) Vitoria'nın yerlilerin konumundan yola çıkan tabii hak ve iletişim kuramı için: *Modern Düşüncenin Doğuşu*'nda, "Uluslararası Hukuku Düşünmek" başlıklı I. bölümde, "İletişim Hakkı" başlıklı altbölüm.

haklar ikilisi hem uzlaşının hem sonu gelmeyen bir gerilimin unsurları olurlar. Tabii hukukçu görüşle iradeci pozitivizm bütünüyle karşıt görüşler olsaydı, insan hakları kavramının temsilcisi sayılan modern tabii hukukçuluk, ulus-devlet kavramının temsilcisi sayılan iradeci pozitivizmle asla çakışamayacağından, hakların devletle birlikte düşünülmesi mümkün olmazdı. Ezberler tutarlı olanın uzlaşmaz siyah-beyaz karşıtlığı olduğunu tekrarlarsa da tabii hukukçuluk/iradeci pozitivizm karşıtlığında, benzerlik yaratan belirlenmeler nedeniyle “karşıtlık” sözlük anlamını kaybetmiştir. Belirlenmeler, hukuku Hakikat oluşturmak üzere aşkın yasalar dizgesine gönderen klasik tabii hukukçu mantık karşısında bulanık bir modern tabii hukukçu anlayışa yol açacaktır. İradeci pozitivizme Augustinus-Aquino yakınlığından fazla benzeyen bu modern tabii hukukçu anlayış, klasik tabii hukukçuluktan, gelenek böyle bir “tabii” hukuk anlayışına sahip olmadığından ayrılır. Klasik görüşte, tabii hukuk deyimi bugün ondan anlaşılana uygun değildi. 16. ve 17. Yüzyıllarda modern hukukî-siyasî kavramlaşmada –insancılık diye çevrildiğinde sözcüğün bir şey anlatmadığı Hümanizm’in katkısıyla³– yeni aşkınlaştırma ürünü insan aklını devreye soktuğu için rasyonalist denen modern tabii hukukçu görüşle klasik görüş arasında önemli bir fark vardı: İnsanın yeni bir tabiata göre kazandığı anlam ve tabiatın bu insana göre yeniden algılanması.

Ama önce, klasik ve modern tabii hukukçuların gönderme yaptığı tabiatların gerçek tabiatla ilgisi olmadığını belirtmeliyim. Basit yorumla, pozitif hukukun tabii hukuka uygun olma zorunluluğundan insanî kuralların tabiatın kurallarını örnek alma zorunluluğu anlaşılır. Oysa klasik tabii hukukçunun gönderme yaptığı düzende böylesine birebir anlaşılabilir bir tabiat-insan bağı kurulamaz; o da kurgu ister. Klasik görüşte, insanî yasalar doğrudan tabii ya da tanrısal Akıl’a –Modernite’nin yalnızlaştırılmış ve dolaylı bireysel aklına değil– bağımlıdır. Aristoteles ve Aquino tabii düzenden söz ederken, Tanrısal anlamda belirsiz ve derin, akılla kısmen kavranabilecek gönderme odağını anlatırlar. Yoksa tabiatın nesnel gözleminden çıkacak tek sonuç, sosyal kuralların, tabii kurallar

3) Hümanizm’in insancılık yerine “insancılık” diye çevrilmesini daha doğrubuluyorum. 15. Yüzyılda ortaya çıkan “hukukî insancılık”la aynı şey olmayan bu tavrı Juan Ginés Sepúlveda gibi sömürgeci kuramcıların da benimsediği unutulmamalı. Her insancı tavrı buraya savrulmasa da haklar açısından, tabiat ve akılla, özel bir insan modeline gönderme yapan modern düşüncenin, hem dünya hem de insanların üstünde birlikte yaşadıkları varlıklar açısından, pervâsızca zararlı bir reflekse yol açtığı kanısındayım. İnsancıl Hukuk deyimini kitabın “Kimin hukuku, hukuk kişisi kim?” başlıklı bölümünde yeniden ele alacağım.

diye adlandırılan ve tabiatın sonsuz çeşitliliğiyle zenginleşen, farklılaşan, model sunmayan zorunluluklarla ilgisi olamayacağı, tersine aralarında çoğu zaman kesin karşıtlık olduğudur. Tabii zorunluluklar sosyal kural-ların mantığına uymaz, onu tabiatın ezber bozucu tarafsızlığıyla çökertir. Gerek klasik tabii hukukçular, gerekse modern tabii hukukçular, hatta tanrısal olmayan bir tabii hukuka gönderme yapan Grotius⁴ ve yandaş-ları, sosyallikte bir anlam taşıyabilecek yasaları tabii hukuka bağlarken gerçek tabiatı düşünmüyorlardı. Hobbes insanın tabiatı ne iyi ne kötü olduğunu biliyordu; kötülük sosyallik ve hukukuyla ortaya çıkacaktı. Spinoza, Hobbes'a karşı gerçekte "tabii olanı koruyarak"⁵ daha ileriye gitti: Suç ya da günahın pozitif yasalar düzlemi olan sosyallikte anlamı vardı, tabii hukuk ve tabii yasa diye bir şey olmadığından tabiatı yoktu. Herhangi bir sosyallikte tasavvur edilebilecek en büyük suç ya da günah işlenebildiği için tabiiydi; kendiliğinden ne iyi ne kötüydü. Nietzsche de "suçun karşılığı neden ceza olsun" derken, sosyalliğe göre anlamlandırılmış kurgusal tabiatın karşısına gerçek tabiatı dikmişti. Suç denen ve sosyallikte cezaya bağlanan olgunun tabiatındaki karşılığı genelde ödöldür: Öldürmenin, yemenin, vb. tabii karşılığı. Sosyallikte ise bunlar bütünüyle anlam değiştirecek, tabiatın gerçek zorunluluklarının değil, "tabii" de-nen sosyal yasaların çiğnenmesi olarak cezayla karşılanacaklardır. Tabii hukukçuların kullandıkları tabii ve tabiat sözcüklerinin gerçek tabiatla ilgisi yoktur; bu kurgusal dünyayla tabiatı ayrılmaması mümkün olmayan maddi dünya arasında bağ kurulamaz.

Modernler klasik tabii hukukçu anlayış karşısında, muğlâk bir tabiatı gönderme yapmakla yetinecek ve aşkın yasalar dizgesine net göndermeleri keseceklerdir. Tabii hukukçu literatürün insan tabiatı soyutlaması, bu modern çerçevede insan, akıl sözcüklerinin yeni anlamlara bürünmesidir. Sömürgecilik karşıtı mücadelelerinde İspanyol teologların sık başvurdukları "Tanrı'nın insanı kendi suretinde yarattığı" hakkındaki eski sav⁶ da kılık değiştirerek bu yeni insan tabiatı algısına denk düşer ve aşkınlığı o algının insanına indirger. Salamanca kaynaklı modern tabii hukukçuluk, algı daha önce ortaya çıkmış olsa da böyle bir insan tabiatına kesin gön-derme yapan ilk kuramdır ve *iusnaturalizm* sözcüğünün ancak o okulda

4) Genel olarak tabiat algısına ve Grotius'un bu tanımına kitabın "Hukuk yasa mıdır?" ve "Pozitivizmin tabii hukukçu kökeni" başlıklı bölümlerinde değinmişim.

5) Benedictus Spinoza, "56. Mektup", *Mektuplar*, s. 268.

6) *Modern Düşüncenin Doğuşu*'nda, "İnsan Haklarını Düşünmek" başlıklı II. bölümde, "Özgürlük ve Kölelik" başlıklı altbölüm.

sorunsuz kullanıldığını düşünenler vardır. Deyim Fransız Devrimi'nde sınıf hâkimiyetini birebir karşılayıp kusursuz anlamına kavuşur. Robespierre, Saint-Just gibi tabii hukukçuların söylemi bunun kanıtıdır. Devrim anlayışının Modernite'ye, Aydınlanma'ya, dönemin hâkim sınıfına, yeni güç ilişkilerine, ulus-devlet yapılanmasına, iradeci zihniyetine, dolayısıyla iradeci pozitivist söyleme de uygun olduğunu hatırlatayım. Klasik dinî göndermeleri reddeden Kilise karşıtı tabii hukukçularla iradeci pozitivistler kutsallaştırdıkları yeni insan tabiatında meşrûiyeti birlikte arayacaklardı: Eşitlik, özgürlük ve kardeşliğe gönderme yaparak. Her tabii hukukçuluğun son göndermesi mantıksal açıdan aşkın hukuktur, ama Modernite'nin girift koşulları yarı-tabii hukukçu yarı-pozitivist hukukî bileşime yol açmıştı. Weber, önce İtalyan ve Fransız hukukçuların, sonra tabii hukuk öğretisini savunan Kilise hukukçularının, kıta Avrupası Prensliklerindeki hukukçu ve yargıçların, Hollandalı tabii hukuk kuramcıları ve monarkomakların, İngiliz Kraliyet Sarayı ve Parlamento hukukçularının, Paris Parlamentosu soylularıyla devrim avukatlarının hukukî rasyonalizmi kavranamazsa mutlakiyetçi monarşinin ve Fransız Devrimi'nin anlaşılamayacağını söyler⁷. Hem mutlak monarşiyle doğan Modernite hem tabii haklar öğretisini ve burjuvazinin hâkimiyetini tes-cilleyen devrim bu rasyonel hukuk bulanıklığına işaret ederler; birlikte ilerleyen iradeci pozitivistizmin ve modern tabii hukukçuluğun.

Tabii hukukçu Villey bile modern tabii hukukçuluğa "melez canavar" demek zorunda kalacaktır⁸. Haklar kavramı varlığını bu yeni dünyanın ve zihniyetin karma yapısına borçludur: Rasyonelleşmiş ya da iradeci pozitivistizmden etkilenmiş konvansiyonel modern tabii hukukçulukta doğuştan eşit ve özgür her insanın sahip olduğu evrensel insan tabiatından kaynaklanan haklardan sözedilecek ve bu, tartışılmaz Hakîkat olarak benimsenecektir. Haklara daha pozitivist gözle bakan başka modernler ise tanıımı, evrenselliği sınırlayan biçimde devletin kazandırdığı haklar olarak yerel pozitif hukuktan yola çıkıp oluşturacaklar, ılımlılar da bu iki uca göre yelpazenin farklı kısımlarında yer alacaklardır. Tüm bu iradeciler hukuka nereden bakıyorlarsa hakları öyle tanımlayacak ve tanımları farklı adlar karşılayacaktır⁹. Kavramın önüne eklenen sözcüklerin çokluğu

7) Max Weber, *Le savant et le politique*, s. 126, 127.

8) Michel Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, s. 274.

9) Tabii haklar, sübjektif haklar, sübjektif kamusal haklar, kamu özgürlükleri, moral haklar, temel haklar, sosyal haklar, bireysel haklar, sivil haklar, siyasi haklar, yurttaş hakları, vb.

ortada sorun olduğunun kanıtıdır. Ama hakları savunanların bir kısmı, “hak” kendinden menkul gerçekmiş, hiç açıklama gerektirmiyormuş, onu anlamlı kılacak bir dayanağa ihtiyacı yokmuş gibi davranır ve hak dediklerinde neden sözedildiğini anlamak mümkün olmaz. Bu durumda hemen başvurulana basit çözümlerden kurtulmak için, şu ya da bu siyasî retoriği seçip hakları savunmakla haklara kuramsal dayanak göstermek arasında fark olduğu bilinmelidir. Bu hataya düşenler arasında tabii hukuk karşıtlığının hak düşmanlığı olduğunu sananlar vardır. Oysa haklara dayanak bulunamayacağına inandıkları hâlde onları koruyan Hart, Ross, Bobbio, hatta “sübjektif kamusal haklar” kavramının yaratıcısı devletçi pozitivist Jellinek benzeri kuramcılarının sayısı belki hakları savunan tabii hukukçu sayısından fazladır. Ama tabii hukukçu saftakilerin çoğu bir tabii hukuk karşıtlığının haklara gönderme yapamayacağını iddia ederken, bazı tabii hukuk karşıtları indirgemeci tavrıyla “tabii hukuk diye bir şey olamayacağına göre haklara ancak pozitif hukukta gönderme yapılabilir” derler. İki görüş arasındaki telifçi çabaları unutmadan, indirgemeci tavrın kaynağında bir türlü aşamadığı modern belirsizliğin yattığını düşünüyorum: Hakları ulusal sınırlar içinde kavrama zorunluluğu onları koruma yanlısı iradeci pozitivistleri devletçilikleriyle sınırlayacaktır.

Yine de hem indirgemeci tavır hem hakların toptan reddi eleştirel yaklaşımdan ayırdedilmelidir; ayrıca yalnızca iradeci pozitivistlerde değil, tabii hukukçular safında da insan hakları reddinin görüleceği unutulmamalı. Haklar modern düşüncenin ürünü olduğundan red ve eleştiri Modernite’nin öncesinden red ya da sonrasında eleştiri olacaktır. Bunun kuramsal bir red ya da eleştiri olduğu da unutulmamalı; yoksa haklara kuşkuyla yaklaşan kuramcılar insanlara eziyet edilmesini meşrulaştırmıyorlardı. En tavizsiz reddin Nietzsche’den geldiği açık; onu gerçek bir gücü kayırmaya yanaşmadığından istisnâi sayıp ayırıyorum. Klasik tabii hukukçu Villey’in reddini de ikiyüzlü olmayan anti-modern tavır sayarak geçiyorum. Locke etkisindeki tabii hukukçu Edmund Burke’ün muhafazakâr reddini ise Fransız Devrimi karşıtlığının belirlediğini söyleyerek aşıyorum. Tehlikeli bulduğum red, Modernite karşıtı muhafazakârlığın bu kez kuramsal olmayan prototipidir: Pozitivizmi 2. Dünya savaşındaki felâketlerin ana nedeni yaparken, o savaşı içine alan yüzlerce yıl boyunca bir yandan Modernite’nin haklar dâhil tüm kazanımlarına –eleştirel bakış Modernite’nin kazanımları da olduğunu görmezden gelemez– saldıran, öte yandan modern düzenin hâkim güçleriyle işbirliği yapmaktan kaçınmayan Katolik Kilise’nin üst yönetimini

örnek gösteriyorum¹⁰. Bu Kilise'nin bağrından çıkan sayısız modern hak kuramcısını ve yerliler, yoksullar adına mücadele eden eylem adamını¹¹ da unutmuyorum. Papalık'ı Modernite-öncesi değerlere sarılarak Modernite'ye karşı aynı tavrı alan diğer papalıklardan da ayırmıyorum. Nietzsche'nin Modernite'ye, konumunu bilerek, bunun kendisine kaybettirdiği şeyi umursamayarak karşı çıkması, hüznü de olsa dürüst, çıkarıcı bir tavidir. Modernite'ye, ona uygun olmayan Modernite-öncesi değerleri dayatmaya çalışarak karşı çıkarken, kazandırdığı ayrıcalıklardan yararlananın eleştirisinde ise ikiyüzlülük ve çıkarıcılık vardır. Modernite içinden yapılan eleştiriye, ondaki herhangi bir nesnellığe katılmadığı hâlde gerektiğinde alkış tutmasının nedeni de mevzii ve yandaş kazanma hırsından öte bir şey değildir. Peces-Barba Martínez Modernite'nin modern unsurlarla pekiştiği 19. Yüzyıl başından 2. Dünya Savaşı sonrasına uzanan Papalık siyasetinin dökümünü sunar. Bu siyaset hem liberal hem sosyalist felsefenin ürünleri olan hukuk devleti kavramıyla, ona bağlı haklar kavramına karşı istikrarlı bir düşmanlıktır. Charles Maurras'ın aşırı sağcı Action Française'ine, İspanyol Frankizmine, İtalyan Faşizmine, Alman Nazizmine ısrarla kucak açar. Papalık fermanlarında “modern hatalar” diye nitelendirilen Aydınlanma, sözleşme, egemenlik, çoğunluk ilkesi hedef alınır. Bunlar nesnel eleştirinin mutlaka süzgeçten geçireceği unsurlardır, ama nesnel eleştiride Modernite'nin meşrûiyet ilkesini oluşturan unsurlar, onlardan farksız biçimde başka yapılanmalara meşrûiyet kazandıran unsurlarla karşılaştırılır ve ortak model üzerinden, taraf tutmadan aynı mantığın yakalanmasına çalışılır. Nesnel eleştiri, modern değerlerin yerine Modernite-öncesi değerlerin geçirilmesi olamaz; “bir” meşrûiyeti tercih etmez, hepsini ifşa eder. Papalık bir yandan düzenin ayrıcalıklarından yararlanmış, öte yandan Orta Çağ dinî değerleriyle Modernite'ye saldırmıştır. Hedefinde dinsizlik, liberalizm, sosyalizm, komünizm, nihilizm, ifade özgürlüğü, vicdan özgürlüğü, basın özgürlüğü, vb. vardır. Tekil varlığa ilişkin her özerklik fikrini sapkınlık sayan Katolik Kilise'nin –ve duruma göre, Hristiyan ya da değil tüm Kiliseler'in– baskıyla düzeni kontrol altına alan totaliter rejimlere ayak uydurarak saygı göstereceği tek hak mülkiyet hakkıdır¹². Hâkimiyet sözcüğüyle karşılanan

10) Bu konuya “Hukuk yasa mıdır?” başlıklı bölümde değinmiştim.

11) Antonio de Montesinos, Toribio de Benavente Motolinía, Vasco de Quiroga ve diğerleri için: *Modern Düşüncenin Doğuşu*'nun “İnsan Haklarını Düşünmek” başlıklı bölümünün tamamı.

12) Gregorio Peces-Barba Martínez, *Théorie générale des droits fondamentaux*, s. 68-78.

dominium mülkiyet ve mülkiyet hakkı anlamını da taşır; mülkiyet de yaratılmış Hakîkat'e dönüşerek diğer hakları ezer geçer¹³.

Nesnel eleştiri ise modern sınırlarla belirlenmiş haklar tartışmasının ve çözüm arayışının Modernite'nin sonunu haber veren bir tıkanma aşamasına geldiklerini gösterecektir. Tıkanmanın iki örneğini, insan tabiatı ve haysiyeti kavramlarıyla ele alacağım. İki kavram, üstlerine çok şey inşa edilen dayanaklar olarak kullanılır, onların dayanağının ne olduğu sorusu ise cevapsız bırakılır. İnsan tabiatı denilen kurgunun pozitif hukuku nasıl belirleyeceği sorulduğunda cevapların kesinlikten ne kadar uzak ve çelişkili olduğu görülür. Dayanağının sorulmasına izin verilmeyen tüm dayanaklarda olduğu gibi, insan tabiatı sonunda dayanağını oluşturduğu şeylerle açıklanır. Kurgusal insan tabiatından türetilenler bu tabiat için iyi ve doğru bulunanlara dönüşür, bir değer yargısını başka değer yargıları karşılar. Neyin insan tabiatına uygun neyin aykırı olduğunu saptama çabası kanıtlanması mümkün olmayan varsayımlara gelip dayanır. Hukukî-siyasî düşünce tarihinde insan tabiatı hakkındaki tanımlamalar, tanımlı yapanın kişisel yargısıyla değişmiş, insanın tabiatı gereği iyi ya da kötü olduğu savunulmuştur. Bu, insan tabiatının evrenselliği savını çökertirken saptanan hakların listede sıklıkla yer değiştirmesine yol açmıştır. Çünkü evrensel olduğu ileri sürülen "bir" hukuku ve hakkı, tarihî-sosyal gerçeklikle çakıştırmak imkânsızdır. İnsan tabiatına, sonra haysiyetine dayalı modern tabii hukukçuluğun evrensellik anlayışı, tarihin belli bir anında geçerli hukukî-siyasî koşulların çeşitliliğine hep ters düşer.

Hakların pozitif hukukça tanınmasını önemsemeyen bir tabii hukukçuluğun sürapozitif kısırlığından rahatsız olanlar kusuru tabiat dayanağının bu soyutluğunda aramışlardır. Onlara göre, özellikle 2. Dünya Savaşı ertesinde göze batar hâle gelen soyutluk, hukuku uygulanır olmaktan, hatta hukuk olmaktan çıkarmıştır. Tabii hukuktan anlaşılan ne olursa olsun, o ancak pozitif hukuk normuna dönüştüğünde teknik hukuk anlamında geçerlik kazanır ve pozitif hukuk düzeninde tanınmamış yasa ve

13) Vitoria da *Relecciones sobre los indios y el derecho de guerra*'da açıkça hâkimiyetin hak olduğunu söyleyecektir. Arapça'da ise Hak ve Hakîkat bir araya gelirken Hâkimiyet onlardan kopar. Hâkimi olmadığım bu alan için yorumu Yücel Demirel'e bırakıyorum: "Hak ile Hakîkat arasında bir ilişki var, ama Hâkimiyet çok farklı. Hakk ve Hakîkat sözcükleri Arapça gramerinde masdar kabul edilir. Masdarlar eylem anlattığı gibi durum, oluş, özellik vb. de anlatan kök sözcüklerdir. Hâkimiyet calî (yapma, yapay) masdardır, kökü de "Hüküm"dür. Hakk'ın üç kök harfi ha-kaf-kaf'tır, Hakîkat'ın da öyle. Hâkimiyet'in üç kök harfi ha-kef-mim'dir. Ha-kaf-kaf'dan tahkîk, tahakkuk, istihkak, müstehakk, ihkak, hukuk vb; Hüküm kökünden hâkim, mahkûm, mahkeme, istihkâm, müstahkem, ihkâm, muhkem, vb".

hakların varlığından sözetenin pratik yararı yoktur. Bu gerekçelerden yola çıkanlar tabiatı daha gerçekçi olacağı düşünülen bir başka deyimle terkeder ve haysiyeti önerirler. Yaklaşımlarını, moralden farklı anlama Modernite’de kavuşan sözcüğü kullanıp etik görüş diye adlandırırlar. Aslında tüm yaptıkları eklektik tavrıla, tabii hukukçu görüş/iradeci pozitivizm arasında orta yol arayışına girmek, temel ihtiyaçlara dayandırılacak bir haysiyetin somut nitelik kazanacağını iddia etmektedir¹⁴. Yine de hakların ayrıcalığını belirginleştireceği düşünülen bu kavram, sözde nedenden sözde sonuca evrilen tabiat gibi, son kertede bu haklardan beslenecektir. Haklar haysiyete dayanılarak açıklandıktan sonra, hakları belirleyecek somut ölçüt olarak ihtiyaç kavramı haysiyeti bir soyutlama olmaktan çıkarmaz. “Haysiyet gerçeklikte neyi karşılar?” sorusuna verilecek cevaplar, insan tabiatı için sorulacak aynı soruya verilen cevaplardan farklı olmaz; soyutluk düzleminde haysiyet tabiat sözcüğünün altında değildir¹⁵; kaldı ki tabiat da sorunun çözümsüz bir sözcükler savaşı olduğunu kanıtlayan biçimde ihtiyaçla somutlaştırılabilirdi. Dayanak olarak haysiyetin aşıldığı yerde onun gönderildiği ihtiyaç dayanağı da değerler ardında koşan hukukçuyu yeni sorular ve hep imkânsızlıkla karşılaştırır: Varlığı sürdürme ısrarına ilişkin olanlar dışında, ihtiyaç nedir, nasıl belirlenir, zamana ve mekâna göre önemli ihtiyaçlarla önemsizler nasıl ayırde edilir? İhtiyaçlar, evrensel olmadıklarından, aynı zaman ve mekânda bile çatışamazlar mı? Bobbio, sanki bu soruyu cevaplayarak, temel sanılan haklarla rekabete girmeyecek bir hak düşünülemez diyecektir¹⁶. Mülkiyet ve Sosyal Güvenlik hakları Modernite içindeki amansız mücadeleleriyle yeknesak bir hak listesi oluşturmanın zorluğunu gösterdiler ve değişen öncelikler nedeniyle her sıralama mantığını boşa çıkaran farklı listeler oluşturuldu. Çatışan ihtiyaçlar ve onlara dayandırılmaya çalışılan haklardan üstte yer alan, siyasî karşıtlığı açığa çıkararak alttakini anlamsızlaştırdı. Haklar birbirinin önüne geçerek yer değiştirdiğinde liste hep farklı siyasî zihniyeti sergilemiş oldu. Haklar görece nitelik kazanıp farklı ihtiyaçlarla değişecekse,

14) Hakların temelini, belirlenmesi güç insan tabiatı değil, hayatın gereği diye karşılanması gereken ve sosyalliğe göre değişen ihtiyaç oluşturacak, temel hakların olmayanlardan ayırde dirmesini mümkün kılacaktır. Temel hak genelde akla uygun bulunan ve saygı gösterilen bir ihtiyaca bağlı olarak ortaya çıkacaktır. Sürapozitif boyuttaki haysiyet ihtiyaç dayanağı sayesinde norm sayılarak pozitif hukuka sokulacaktır. Böylece haklar sürapozitif niteliklerini korurken pozitif düzlemde onları kısıtlayan yasalar denetlenebilecek, ihlâl eden görevlileri sorumlu kılan mekanizmalar geliştirilebilecektir.

15) *Varolma direnci ve Özerklik*’te “Hak ve Haysiyet” başlıklı V. bölüm.

16) Norberto Bobbio, *Le futur de la démocratie*, s. 38.

temel olan-olmayan haklardan sözetmenin, bazı hakların diğerlerinden önemli olduğunu ileri sürmenin anlamı kalmamıştı ve tabii hukuk karşıtı indirgemecilerin baştan beri söyledikleri buydu.

Telifçi etik görüşün, hakların sıralanması konusundaki haysiyet-ihtiyaç karışımı önermesi tutarlı bir haklar listesi oluşturulmasına engeldir. Modernite'nin rasyonalist modeli ve ona eklemelenen etik model tatmin edici bir kaynağa ulaşamazlar. Hatta etik modelin çok temel bir sorunu vardır: Haysiyetle ihtiyaç arasında ulaşmaya çalıştığı sentez, tabii hukukçulukla pozitivizmi kaynaştırma çabasıdır ve zaten Modernite'de bunlar arasında kurulmuş gizil bir uzlaşma vardır. Bu çelişkili uzlaşmayı gerçek bir senteze dönüştürmek mümkün mü? Zıttın içinde taşınmasının sentez aşamasında sorunu çözeceği yönündeki idealist inanç inandırıcılığını kaybetti. Tabiat yerine ihtiyaç destekli haysiyet, moral yerine etik sözcüğünü oturtup iki farklı yaklaşımı eritebileceğini sanan telifçi görüş, haysiyet ve onunla soyutlaşmış ihtiyaç kavramlarıyla sürapozitif hukuk ilkesi yaratırken, tabii hukukçuluğa kaymış pozitivizmden ya da pozitivizme kaymış tabii hukukçuluktan öteye gidemedi; modern zihniyetin içinde kaldı. Bu zihniyet, tabii hukukçu/iradeci pozitivist modellerin öznesi yaratı anlayışıyla sınırlıdır. Yeni bir model üstüne düşünmek için, özne, özgür irade kurgularının ötesine geçilmelidir. Hak kavramının Modernite-içi eleştirisi yalnızca bu koşulla mümkündür. Fransız Devrimi'ni, Aydınlanma'yı, Terör dönemini sorgulayan Alman Romantizmi kendi aydınlanmasını Panteizm Kavgası'yla düşünürken Modernite'yle hesaplaşmıştı¹⁷. Romantizm etkisindeki Tarihî Hukuk Okulu devrimin tabii hukukçu göndermelerine ve siyasî anlayışına karşı çıkarken tabii haklar fikrini reddetmişti. Bir başka açıdan Marx, insan hakları kavramının Fransız Devrimi'yle hâkimiyeti tescillenen sınıfın insanını işaret ettiğini söyleyip hâkimiyetle özdeşleşen hakkı eleştirmişti. Sair eleştiri örneği çok: Althusser, Foucault, Lévi-Strauss, vb. Bu sonuncusu, başlangıç toplumu hakkındaki antropolojik yöntemiyle bir kapı açarak somut hakların yeniden düşünülmesini sağlamıştır.

Ross *Demokrasi*'de, “demokrasiden, özgürlükten ya da barıştan nefret eden biriyle karşılaşsam, onun yanıldığını, benimse doğru düşündüğümü asla kanıtlayamam”¹⁸ der. Bobbio hakları doğrulayacak temel aramanın sonuç vermeyecek bir çaba olduğunu, ondan vazgeçilemese de dayanak

17) Varolma Direnci ve Özerklik'te “Alman Düşüncesi ve Spinoza” başlıklı I. Ek.

18) Gregorio Peces-Barba Martínez, *Théorie générale des droits fondamentaux*, s. 51.

sorununun inkâr edilemeyeceğini anlatır. Ona göre sorunu aşma yolu hakları normatif sisteme göndererek temellendirmektir. Bu normatif sistem, bir “tabii yasalar” bütünü olmasa ve gönderme onlara temel bulunamayacağı gerekçesiyle karşılaşsa bile, hakları tabii hukukçu sav karşısında daha güçsüz kılmaz. Bobbio’nun kışkırtıcı örneğiyle cevaplandırmanın zor olmadığı düşünülen sorulardan biri işkenceye uğramama hakkına ilişkindir. Bobbio bu hakka temel bulmakta zorlananın şu dayanak ikilemiyle karşılaşacağını söyler: İşkenceye uğramama hakkı işkence yapma hakkının ortadan kaldırılması değil mi? Bobbio’nun sorusu abartılı bulunsa da hayatın sonsuz değişkenliğinde, işkence kadar ağır olmayan durumlarda ve dayanak bulunması kolay sanılan birçok hak konusunda benzer şaşkınlığa düşülebilir; kusursuz olduğu sanılan dayanağı başka bir dayanak aynı modern mantıkla karşılayabilir. Son yıllarda haklar, dünyadaki tüm varlıklara, hatta makinalara yayılarak düşünölmeye başlandı ve Modernite’nin hakları dayandırdığı insan modeli algısı sarsıldı; göç olgusunun ulus eksenli kimlik ve hak düşüncesini dağıttığından¹⁹ sözötmeye de gerek yok. Bobbio’nun ikilemi üstüne spekülasyon yapılsa, onun toptan varolamayacağını söylemek, işkenceciye –tarih boyunca hukukî düzenin parçasıydı, hâlâ iş başında²⁰– “hakkın yok” demektir ve önerme, hakkına gönderme yapılmadan işkence görenin kuramsal dayanağına dönüşür.

Demokrasi düşmanları karşısında, demokrat Ross’un dilsizliğinden ya da Bobbio’nun sınırlı normatif çözümünden başka yol yok mu? Demokrasi, özgürlük ve barıştan nefret edenlere karşı, insanı, hayvanı, tabiatı korumaya yönelik tavır alınamaz mı? Modernite’nin ve haklarının tıkanıdığı yerde, dayanağı ihtiyaç duymadan, Modernite-öncesi bağınazlığa da tutsak olmadan, şeylerin gerçek nedeni ardında hakka –bedensel ve zihinsel– maddi bir temel bulunamaz mı? Başlangıç toplumunda ortak insanlığın izlerini bulan Lévi-Strauss’un ve antropolojinin önerdiği yolda yürümek, insana, onu ve bütünüün diğer parçalarını barındıran tabiata saygı göstermek, yokedici mantığa “hakkın yok” demek mümkün değil mi?

19) Giorgio Agamben’in *Homo Sacer*’de bu konuda söyledikleri için: “Kimlik Bedenin Hapishanesidir”. Reyda Ergün ve Cemal Bâli Akal, *Kimlik Bedenin Hapishanesidir*, s. 1-10.

20) Norberto Bobbio, *Le futur de la démocratie*, s. 45, 29, 39, 43. Innocentius IV 1252’de *Ad extirpanda* fermanıyla Engizisyon yargılamalarında işkencenin gerçeğe ulaşmak adına usulî bir yol olduğunu kabul ettirir. O güne dek heretik sayılanlara uygulanmayan bu işleme yüzyıllarca olağan bir hukukî usul olarak başvurulacaktır. Aragon Genel Engizitörü Nicolau Aymerich ise yargılamalar sırasında bir kez işkenceye başvurma yöntemini değiştirip heretiklerin farklı suçlar nedeniyle birden fazla işkenceye maruz bırakılmalarını sağlar. Bu inançlı tabii hukukçuların en azından kendilerine inananlar açısından işkenceyi doğrulayan çok sağlam bir dayanakları vardı.

Haklar konusundaki ezberlerden kurtulmak, “insan hakları tartışılmaz” yavanlığıyla geçiştirmemek için, pozitif hukuk düzlemiyle sınırlı olmayan²¹, hayatı dondurmamayan bir gerçekçilikle, her türlü indirgemecilikten sıyrılıp hakka somut dayanak aranabilir²².

21) Kritik olan insan hakları adına mücadele veren tabii hukuk karşıtlarının konumudur; hakların göreceliğini kabul edip onların kaynağının araştırılmasına değil, korunmasına ağırlık verenlerin dayanaksız kaldıkları için sürüklendikleri modern konum. Haklar adına verdikleri mücadele, onların değişken niteliğini onayladıklarına göre keyfî bir seçimin sonucu olacak ve karşıt tavırdan farkı kalmayacaktır.

22) *Varolma Direnci ve Özerklik*'te Modernite'nin hakları ve hukuku birlikte düşünme eğilimine karşı hakkı gerçek tabiatla tekil varlığın bedensel-zihinsel özerkliği, maddi varoluşuyla özdeşleştirip somutlaştırmanın ve modern tıkanmayı aşmanın mümkün olup olmadığını sormuştum. Bu, hakkın, kurgusal bir tabiatla değil, Spinoza'nın yaptığı gibi, hukuku ve yasası olmayan gerçek tabiatla *conatus*'la gönderilerek hukukun dışına çıkarılması, tabii hak olarak değil, gerçek bedensel-zihinsel tekil varoluş olarak müdahale edilemez, karışılmaz kılınmasıydı. Sonra, bu bedensel-zihinsel varoluşu yaşama hakkını kapsayan ve her türlü sınırı aşan bir ifade özgürlüğüyle küresel iletişim çerçevesinde düşünmenin, Modernite ötesi bir demokrasiye götürececek yollarını araştırmıştım (“Hukuka karşı haklar” ve “İletişim hakkından evrensel yurttaşlık hakkına” başlıklı VI ve VII. bölümler). Bu yaklaşımın Jürgen Habermas'ın iletişimsel kuramına yakın olmadığını belirten metin için: “Siyaset üzerine”, Savaş Ergül ve Şafak Altan'la söyleşi, *Kimlik Bedenin Hapishanesidir*, s. 219-239.

Hegel tragedya kahramanlarının site yasalarıyla ailenin tanrısal yasaları arasındaki çelişkiyle belirlendiğini söyler¹. Modernler de iradeci pozitivizmle tabii hukukçuluk arasında benzer çelişkiyle belirlenmiştir.

– Modern Hakikat'in, dünyevî kaynağa gönderme yapıp ulusu yasayarattıcı diye sunan kurgusu benimsendiği ölçüde, hukuku devletle tanımlayan iradeci iddia doğrultusunda pozitivizme yaklaşmaktan başka yol kalmaz. Mantık şudur: Hukuk kuralı zorunluluğunu devletin ardındaki ulusal iradenin ifadesi olmasından alır. Ona, doğru olduğundan değil, kaynak olarak gerisine gidilmesi mümkün olmayan iradeyi dile getirdiğinden kesinlikle uyulmalıdır.

– Yine de modern bulanıklık hukukçuların bu kadar net bir tavırda birleşmelerini engeller. İradeci pozitivizmi tabii hukukçulukla buluşturan söylemde, hukukun kaynağını ulusta bulanlar bu ilk pozitivizmlerine rağmen hukuku ve hakları tanımlarken evrensel değerlere gönderme

1) Georg W. Friedrich Hegel, *Morceaux Choisis* 2, s. 260.

yaptıkları ölçüde tabii hukukçuya da dönüşürler. Bu durumda, meşriyet bağının ulus iradesiyle ifade edilen sıfır noktası geriye doğru aşılmış olduğundan, artık kavramın modern anlamında Jellinekçi eksiksiz devlet tanımından söz etmek zorlaşır.

– Jellinek’in tanımını, Jehring’de, Schmitt’te olduğu gibi sınırsız iradeciliğe doğru aşarak hukuku devletin yarattığı ya da salt onun dayanağı ulus iradesinin hukuk olduğunu ileri sürenlerin bir kısmı ise bütünüyle meşrûyet dışı bir yolda yürüyebilirler. Ulus-devlet yaratıcısı olduğu kurallar bütününe uyguluyorsa ortada doğrulama kalmamış, güç ilişkileri açığa çıkmıştır. Hatta hukuku devletle tanımlamakta gösterilecek ısrar bazı tabii hukukçuları bile kendilerine rağmen aşırı bir pozitivizme, Machiavelli-Nietzsche çizgisindeki köktenci bir yok-hukuk tanımına götürebilecektir. Hukuku böyle tanımlayanlara itirâz edemem, ama hukuku devletle düşünen tabii hukukçular bunu gerçekten ister mi acaba?

– Olası bir istisnâi yorumda ise egemenliğin egemenlikle devri türünden kuramsal yaklaşımlarla yasanın kaynağı ulus ötesi dünyevî iradeye gönderilebilir. Bu da tanımı, modern tanımın temel unsuru olan ulus-devleti anlamsızlaştırarak, modern olmaktan yine çıkarır. Postmodern bir buharlaşmanın, çözülmenin ya da yeni bir meşrûyetin, yeni bir hukukun veya bu kavramın yerini alacak yeni bir haklar sisteminin düşünülmesine yol açar.

Modernite-öncesi, Modernite ve Modernite-sonrası hakkındaki belirsizlikleri bir yana bırakıyorum. Hukuk eğitiminde bu sorunları görmezden gelen bağlayıcı tanım devletlidir: “Hukuk sosyallik içinde yaptırımla karşılanmış, bir devletin kurumlarının işleyişine bağlı ve onu oluşturan yurttaşların aralarındaki ilişkileri belirleyen kurallar bütünüdür”. Hukukun “devlet eliyle yaptırıma bağlanan kurallar bütünü” diye tanımlanması, devleti uygulayıcı aygıt sayarak hukuku uygulama-yasa bağı çerçevesinde ve Modernite’de geçerli biçimiyle sunan görüşe uygundur. Devlet bir yanda, kurallar bütünü ise yaratıcısı ulusla birlikte başka yanda tutularak, devleti devlet yapan egemenlik kurgusu sayesinde, yasalarla uygulanmaları arasındaki hukukî-siyasî bağ mantığı sergilenmiştir ve devlet onunla devlettir. Yeni Hakikat’te, modern toplumun gerçek güç ilişkileri, ulusun eseri olduğu düşünülen yasalarda doğrulanmaktadır. Modernite-öncesinde bu ilişkiler tanrısal yasalarda doğrulandığından, Hobbes gibi ilk modernler devleti tanımlarken “ya devlet ya da Tanrı.

İkisi birarada olmaz"² dediler. Yalnızca "bir" Hakîkat'e gönderme yaptığı unutulmaz ve değişik hukuklar peşinen reddedilmez, modern ulus-devlet yapılanmasına özgü sistem ya da ona özgü "bir" hukuk anlatılmaya çalışılırsa hem modern hukuk sisteminin mantığını hem ortak mantığı sergileyen bu tanım geçerlidir: Bir siyasî iktidar tipini gösterir ve onu diğer tiplerden ayırır. Siyasî iktidar tipleri arasında değer farkı gözetmeyen nesnel bakış, güç ilişkisiyle yasa, yasayla uygulama arasında kurulan özel bağ üzerinde yürüyüp karşılaştırma yaparak, çeşitli toplumları birbirinden ayıracak, aradaki benzerlikleri de yakalayacaktır. Sorun, Modernite içinden, tarafgir bakışla modern hukuktan başka hukuk olamayacağı söylendiğinde ya da sanıldığında çıkar; "hukuk devletin olduğu yerde vardır, olmadığı yerde yoktur" dendiğinde. Romalılar hukuku devletle tanımlayanlardan daha açık görüşlüydüler, *ubi societas, ibi jus* demişlerdi: Toplum olan yerde hukukîlik vardır.

Şu devletli hukuk tanımının Engels'e de ait olduğu hatırlanmalı: İnsanlık sınıfsız toplumdan sınıflı topluma atladıktan sonra devlet ortaya çıkar; öncesi, kamusal otoritenin var olduğu bazı toplumlar dışındaki sınıfsız başlangıç toplumu dönemidir. Sava göre bu toplumun hukukî ve siyasî niteliği yoktur; demek ki hukuk insanlık tarihinin tamamını kapsamaz, insanlığın başlangıcında varolmamıştır, ileride de yokolacağı umulmaktadır. Engels, bu sonucu çıkardığı çalışmasında Morgan'a³ gönderme yapmıştı. Gönderme bilimseldi; araştırmacı dönemin bilimsel verilerinden yararlanmıştı. Ama bilimsel herhangi bir çalışmanın mutlak doğruyla özdeşleştiğini sanmak doğru olmaz. Engels bilimsel uğraşında Morgan'ın araştırmasına ve toplum sınıflamasına yer verirken Morgan'ın bilimsel açıdan sınırlı kaldığı alanla sınırlanmıştı. Tanımın ilk sorunu, hukuksuz olduğu iddia edilen başlangıç toplumu dışında, devlet kavramının –o da bir ad– tarihte görülen tüm siyasî bütünleri anlatmak için kullanılmasıydı. Bu yaklaşımla devlet yöneten/yönetilen ilişkisinin ortaya çıktığı anda belirmişti ya da bu ayrıma uğramış her topluma devlet denmeliydi. Geleceğin hukuksuz toplum kurgusuyla geçmişin sözde hukuksuz toplumundan kurtulanlar, tarihin geri kalanını hukuklu-devletli addediyorlardı. Böyle geniş bir devlet tanımında farklı toplumların hukukî düzeninin, sözgelimi feodal ya da teokratik düzenin modern düzenden farksız olduğu çâresiz kabul ediliyordu. Siyasî

2) *İktidarın Üç Yüzü*'nde "Sivil Toplumun Tanrısı" başlıklı I. bölümde "Merkez Kavram: Devlet" başlıklı altbölüm.

3) Lewis Henry Morgan, *Eski Toplum*.

literatürde örneğine sık rastlanan biçimde devlet kavramı neredeyse tüm özniteliklerinden yoksun kılınarak birçok toplum tipine uygunsuzca ya-kıştırılıyor ve göçebe toplum bile bu kategoriye giriyordu. Hatta başlangıç toplumundaki bir yöneten/yönetilen ilişkisi kanıtlandığında bu mantık kavramın anlamını tümüyle yokedecek, klan düzeyindeki topluluklarla birlikte, sosyallik tarihinin adı devlet tarihi olacaktı.

Sosyallik tarihinin devletli değil, hukukî olduğunu söylemek ve devleti bu hukukîlik içindeki evreye yerleştirmek daha gerçekçidir. Sosyal tarihte birbirlerine benzemeyen ve benzemedikleri ölçüde hukuklarıyla farklılaşırken ortak modele uyan, başlangıç toplumu dâhil farklı toplum tiplerinin varolduğu kavranırsa hukukla-devlet ya da devletle-hukuk açmazından kurtulmak da mümkün olur. Devlet, imparatorluk, feodal toplum ya da site gibi farklı toplum tiplerinden ayırdedilirse, hukukuyla onu diğerlerinden uzaklaştıran, hukukîliğiyle birleştiren özellikler seçilir ve bu sayede devletin olmadığı yerde hukukîliğin varolduğu açıkça görülür. Ama bunun için antropolojik yaklaşımın hukukî olduğunu açıkça gösterdiği başlangıç toplumunu görmezden gelme inadından kurtulmak şarttır⁴. Bu konudaki ısrar hâlâ sürüyor ve farklı olanı dışlayan ayrımcı, sömürgeci mantıkla özdeşleşiyor. 16. Yüzyılda içinden geldikleri topluma benzemeyen toplumların hukukîliğini, siyasîliğini, sonuçta toplum olduklarını görebilen ve bu nedenle antropoloji icadedilmeden antropolog olabilen Las Casas'ın, Sahagún'un, Acosta'nın, farklılığın kabulü üzerine söylediklerinden⁵ çıkarılacak dersler vardır.

Ancak burada, "belli bir toprak parçası ve iktidar olgusu görülen her yerde devlet olur" diyen basmakalıp yaklaşımla⁶, tanımına katılmasam bile sınıflı toplumları genelde devletli-hukuklu toplumlar sayan görüşü ayıracak ve ikincinin iradeci pozitivizmle bağına değineceğim: Marxistler hukuku sınıf hâkimiyetiyle tanımlarken, sınıflı yapılanmalardaki değişiklikler uyarınca statik olmayan bir hukuk tanımını tercih ettiklerinden "yalnızca devlet hukukunu hukuk sayan" iradeci pozitivizmden uzaklaşırlar. Başlangıç toplumunun ve geleceğin toplumunun hukuksuzluğu hakkındaki sav bir yana, sınıflı toplum hakkındaki hukuk tanımları

4) *İktidarın Üç Yüzü*'nde "Sonuç" bölümü.

5) Bartolomé de Las Casas, Bernardino de Sahagún ve José de Acosta için: *Modern Düşüncenin Doğuşu*'nda, "İnsan Haklarını Düşünmek" başlıklı II. bölümde, "Radikal Yerli Ulusçuluğu"ndan "Kültürü Kurtarmak" başlıklı altbölüme kadar olan kısım.

6) *İktidarın Üç Yüzü*'nde "Sivil Toplumun Tanrısı" başlıklı I. bölümde "Devlet/Sivil Toplum" başlıklı altbölüm.

gerçekçidir. Aralarından bazıları tabii hukuk karşıtı sayılmaktan pek hoşlanmasa da⁷ onları tabii hukukçuluktan ayıran şeyin idealizmi reddeden maddecilikleri olduğu düşünülürse, Marxizm'in bir tür pozitivizm olduğunu iddia eden tabii hukukçuları kendi mantıkları içinde anlayışla karşılamalı; pozitivizm sözcüğünün tabii hukukçu ideolojik genelleme olduğu unutulmadan. Marx ve Engels'in *Komünist Manifesto*'daki burjuva hukuku tanımı bu açıdan her türlü kuşkuyu ortadan kaldırır: Hukuk bir sınıfın yasa hâlini almış iradesiyse de bu iradeyi o sınıfın –ve ötekilerin– varoluşunun maddi koşulları belirler. Bu tanım tabii hukukçu olamaz. Yanlış anlamaları engelleme amacıyla, Marxizm'in hukukî pozitivizme, modern devlet, burjuvazinin hâkimiyeti ve liberalizmle özdeşleştiği için karşı çıktığını, bu yapılanmanın pozitivizmin hukuk ve ahlâk arasında yaptığı kesin ayrımla birlikte aşılabacağını öngördüğünü söyleyeyim. Burada, modern devletçi-iradeci pozitivizmin aşılması açısından sorun görmüyorum, çünkü genel bir idealizm karşıtlığını benimseyen herkes ona karşı çıkıyor. Ancak tabii hukukçuluk kendi dışında pozitivizmden başka seçenek bırakmadığından, pozitivist olmadığını ileri süren bazı Marxistlerin idealizm itirafında bulunmak ya da Marx'ı unutmaktan başka seçeneği de kalmayacağını düşünüyorum. Bu tuzağa pozitivizmden kaçarken adalet, insan hakları gibi modern tabii hukukçu değerlere yakalananlar düşüyor. Tabii hukukçu olmakta ve bunları yüceltmekte sorun yok, ama idealist bir Marxist olmak imkânsız. Marxistlerin de diğer tabii hukuk karşıtlarının da, hukukîliğin kaynağı arayışında üçüncü bir yol bulunmadığına göre, iradeci pozitivizmi reddedderken tutarlı bir idealizm karşıtlığında birleşmeleri doğru olur. Popper Marxizm'in bir pozitivizm olduğunu iddia ederken darbeyi, tabii hukukçu olduğu söylenemese de tabii hukukla vuruyor, pozitivizme verilen sapkın kötü anlama başvurarak Marxizm'e saldırıyordu. Bu eskimiş strateji idealizme tutarlılıkla karşı çıkan okumayla bozulabilir. Hegelci Marxizm'in tarih anlayışının evrimci ve amaçsal olduğunu görenler de onu idealizmle bağdaştırmakta zorluk çekmezler. Marx'ı yeniden okuyanların kendilerini her türlü idealizm karşıtı bir maddecilikle tanımlamaları gerekir.

Devletin neredeyse tüm yapılanmalara denk düştüğü savının tersine, yalnızca modern yapılanmaya denk düştüğü savı da dikkatli olmayanı yanıltabilir. Devlet modern yapılanmayla sınırlandırıldıktan sonra hukuk

7) Özellikle Aykırı Spinoza'ya gönderme yapıyor ve görüşlerini önemli bulduğum Antonio Negri'nin tabii hukukçu eğiliminin, yaklaşımındaki önemli bir çelişki olduğunu düşünüyorum.

da devletle tanımlanınca, bu kez Modernite hariç neredeyse tüm tarihe yaygın bir hukuksuzluk savına sarılmak zorunda kalınır⁸. Devletli olmayan toplumda yasayla güç kullanımı bağı saptandığında bile, tanım devletin olmadığı yerde bu bağı içeren çerçeveyi, kural ve yaptırımın varlığına rağmen hukukî sayamayacaktır. Bu da görüşün savunucuları için sorunlu bir yaklaşımdır: Kimse böyle bir iddiaya cesaret edemeyecekse de, onunla Roma Hukuku da devre dışı kalır.

Rouland'a göre devlet mantığı hukuk tekeline sahip çıkmaktır. Hukukî merkezîyetçilik bir mitos olmasına rağmen büyük bir düzenleyici güce sahiptir ve hukukçuların çoğunun hukuk hakkındaki betimlemelerini belirlemiştir. Öyle ki bunlar yasa karşısında içtihat ve öğretiyi horgörürken, öğretiyi hukukun kaynağı olarak görmeyi bile reddedecek⁹, devletten başka kaynak tanımayacaklardır. Hukuku devletin hukuku sayan, hukuk kuralının devlet tarafından yaptırıma bağlanmasıyla kural olduğunu anlatan –hukukî düzeni devletle özdeşleştiren öğretiyi bunlardan ayırıyorum– ve az çok birbirine benzeyen tanımları tek tek saymanın anlamı yok. Bu yaklaşım Modernite'ye özgü hukukî düzenlere uygun olsa da devlet denen siyasî iktidar tipi siyasî iktidar tiplerinden yalnızca biri olduğundan, devletli tanım sosyalliğin tamamına yaygın bir hukukîlik ve hukuklar tanımı olmaktan çok uzaktır. Bir örnekle, hukuku devletle tanımlayan modern görüşün geleneği nasıl yorumlayacağını bilememesi bundandır. Oysa tekeli olmayan hukukîlik ve hukuklar tanımı –ileride ele alınacak olan¹⁰– geleneğin bir hukukî düzen içinde varlığını sürdüren hukukî kalıntı olduğunu söylemekte zorlanmaz: Devlet biçimine bürünebilecek farklılaşmış siyasî iktidarın eseri olan yasayı, herhangi bir sosyal kümede ona özgü kurallar bütünü olan gelenek karşılar¹¹. Buna karşılık tekeli tanımı sorunlu inandırıcı olmayan kuramsal çabalarla aşmaya çalışacak, yine de üstesinden gelemeyecektir.

Devletin yaygın tanımıyla başlangıç toplumunun hukuk ve siyaset dışı sayılmasının ya da devletin dar tanımıyla devlet öncesi toplumun hukuk ve siyaset dışı sayılmasının birbirinden farkı yok. Hukukun devletle

8) Devletin hemen hemen beş yüzyıllık geçmişi olan tarihî bir süreç içinde var olduğunu doğrulayan başka metinler tanıklığa çağrılabilir: Brancourt'a göre, "Etat (Devlet) sözcüğünün Orta Çağ siyasî dil dağarcığına ait olmadığını saptayınca şaşırılmamak gerekir". Bunu, modern kavramsal alan içinde devlet kavramına bağlı olan tüm yan kavramlar için de ileri sürmek mümkündür. (Jean-Pierre Brancourt, "Etat'lardan devlete. Bir sözcüğün evrimi"; *Devlet Kuramı*, s. 177.)

9) Norbert Rouland, *Anthropologie Juridique*, s. 75.

10) Kitabın "Mitos ya da yasa" başlıklı bölümü.

11) Henri Lévy-Bruhl, *Sociologie du droit*, s. 39-58.

tanımlanarak insanlığın önemli bir bölümünün hukuk dışına atılması hukukçular için tatmin edici bir sav olmadığı gibi, inandırıcı da değil; çünkü hukukun sosyallik tarihinde çok kısa süre varolduğuna dayanıyor. Şaşırtıcı olan, fırsat buldukça hukukun evrenselliğine ve üstünlüğüne gönderme yapanların bu devletli tanımlarla kendilerini ya hukuku bütünüyle olumsuzlayan ya da en azından hukuku insanlık tarihine yaymayı reddeden anlayışa mahkûm etmeleridir.

Hukuku devletle başlatanların yanında hukuku yazıyla başlatıp tarih kavramını modern söyleme uygun biçimde tarih/tarih öncesi diye kesin-tiye uğratanlar da var. Yazı dışında kalan tarih öncesiyle birlikte, yazılı tarihi kat kat aşan “sözde tarihsiz” toplum ve insanı hukuk dışına itiliyor. Sacco “bu kesinti Hukukî Antropoloji’yi ve antropoloğu durdurmamalıdır” der¹². Durdurursa, 16. Yüzyılda henüz yazıyı keşfedememiş olan İnka İmparatorluğu’nun hukuk dışı yapılanmalar arasına gireceği kabul edilmelidir. Bu bir yana, Peru’da ilk yerleşmenin İ. Ö. 2600 civarında başladığı, orada binlerce yıl keşfedilemeyen yazının ise dünyanın başka yerlerinde aşağı yukarı 4.000 yıl önce keşfedilmiş olduğu düşünülürse, yazıyı bilmedikleri gerekçesiyle 30.000 yıllık sürecin resim yapabilmiş insanlarından hukuku esirgemek makûl olamaz. Resim yapmak bir yana, Hayek insanların daha konuşmaya başlamadan kurallara uymayı öğrendiklerini söyler¹³.

Günün hukuk sisteminin penceresinden bakarak farklı hukukî düzenlerin yoksayılması ideolojik bir tavidir; bu, modern zihniyete göre feodal yapılanma ve skolastik zihniyetin hukukî olamayacağı savında görülür. Ama skolastik zihniyette de hem devletli yapılanına hem de çoktanrılı bir sistemin yapılanması *Kutsal Kitap*’a aykırı ve hukuk dışıdır. Her normatif sistemi doğrulayan Hakikat başka normatif sistem ve Hakikat’leri reddeder. Farklı olanı her daim dışlayıcı böyle bir tavır takınılmayacaksa, hukuk modern sınırlar içinde tanımlanırken bile tekelci olunmamalıdır: Kelsen’in *hukukîdir* dediği “asgarî düzeyde hukuk güvenliği sunmayan görece merkezîleşmiş düzen”¹⁴ modern devlet anlayışına ve hukukî düzene sığdırılabilir mi? Kaldı ki Kelsen’i etkileyen Weber’in “gücün doğrulanması olarak hukuk” tanımının, devlet bir yana, belirli bir siyasî otoriteyi öngörmediği, çok geniş bir sosyallik ve siyasîliği anlattığı açık.

12) Rodolfo Sacco, *Anthropologie juridique*, s. 10.

13) Friedrich August Hayek, *Droit, législation et liberté*, s. 89-91. Hayek’in bu değerlendirmesine kitabın “Hukukun sıfır noktası” başlıklı bölümünde değinmiştim.

14) Kelsen bunları hukuk devletini tanımlarken söylüyor. Tanımı daha kapsamlı olarak kitabın “Hukuk ya da hukuklar” başlıklı bölümünde ele alacağım.

İdealist olmayanlar, hukukların hukuk tanımını sonsuzca parçalayıp imkânsızlaştırması tehlikesi karşısında ortak model üzerinden zorluğu aşacaklardır: Toplum tipleri arasındaki hukuk farklılıklarını ve aynı tip toplumlardaki farklı altkümeye hukuklarını görmeye çalışacaklardır; bir örnekle, modern hukuk sisteminde aykırı varlığını sürdüren feodal hukuka hukukîlik çerçevesinde açıklama getireceklerdir. Schmitt'e göre "kurucu süreçler ve kurucu güce ilişkin biçimler öğretisi hukukî bir bilimsel incelemenin konusudurlar. Birçok hukuk türü vardır. Yalnızca devlet yasallığı anlamında bir hukuk değil, devlet öncesi bir hukuk, devlet dışı bir hukuk ve devlet içi bir hukuk olduğu gibi"¹. Devletin hukukundan ya da hukukun devletinden başka hukuk tanımayanlar, toplumun işleyişini denetim altına almayı sürdürmüş farklı hukukî düzenleri, onları yaratan farklı güç ilişkilerini yoksaymaya çabalarlar. Bu çaba karşısında, ilk sosyal eşitsizliğin belirleyiciliğini gözden kaçırdıkları ya da bilerek onu atladıkları için bütünüyle katıldıkları tanımlar olmasalar da hukukla devleti birbirine karıştırmak istemeyenlerin sosyolojik ya

1) Carl Schmitt, *Le nomos de la terre*, s. 70-86.

da antropolojik tanımları, devletli tanım tekrarından kurtulmak adına gözden geçirilmelidir:

Malinowski suç örgütü sayılan bir topluluğun bile, eylemlerini belirleyen yasaları olduğunu söyleyecek², Saleilles bu tür bir örgütün organik hayatında yasası uyarınca ilişkiler kurulacağını, ona özgü bir otorite fikrine uyulacağını, eşitlikçi paylaşım duygusuna sahip olunacağını, verilen söze bağlılık gösterileceğini, ihaneti küme içi meşrûiyeti olan bir cezanın karşılayacağını, bunların da üyelerin söylemini belirleyen örgüte özgü adalet fikrinin ve ona inancın tezahürü olduğunu anlatacaktır³. Pospisil'in yaklaşımıyla "her toplum hiyerarşik olarak düzenlenmiş alt-kümeler bütününden oluşur. Her altkümenin kendi hukuku vardır. Dolayısıyla bunlar hiyerarşik bütün içinde hukukî düzeylerin düşünülmesini sağlar. Bu anlamda devlet hukukuyla haydutlar topluluğunun hukuku arasındaki fark niteliksel değil, yalnızca hiyerarşiktir. Dolayısıyla genelde birçok altkümeyle ait olan birey, farklı ve bazen karşıt hukuk sistemlerine tâbi olacaktır. O zaman, içinde bulunmayı tercih ettiği hukuk sistemine uyan seçimi yapacaktır. Örneğin bir mafya üyesi devlet hukukuna uygun çerçevede menkul değerler satın alacak ve örgüt kuralları çerçevesinde rakibini ortadan kaldıracaktır". Griffiths'e göre de "aynı sosyal alan içinde bir değil birçok hukukun varlığından söz edilmelidir. Bu açıdan hiçbir toplum kesinlikle türdeş bir yapı sunmaz ve parçalı başlangıç toplumları içinde bile bölünmeler meydana geldiğinden modern toplumlar da sonsuzca bölünür. Çokhukukluluk tüm toplumlar için neredeyse evrensel bir normal hâldir. Örneğin aynı sosyal alan içinde, o alana özgü hukuk, bir başka alana özgü hukuk ya da başka alanlara özgü hukuklar ve de devlet hukuku etkili olabilir. Hukuk yarı-özerk bir sosyal alanın kendiliğinden düzenlenmesidir ve buradan bakılırsa devlet hukuku hukukun tezahürlerine ilişkin olasılıklardan yalnızca biridir. Hukukun devletle ayrıcalıklı hiçbir bağı yoktur (...) Modern toplumlarda sadece ikincisi gerçek olan iki tür çokhukukluluk göze çarpar: Devletin denetiminde çokhukukluluk, devletin denetimi dışında çokhukukluluk. Devlet üniter özlemiyle çokhukukluluğun en önemli rakibidir; ya onu doğrudan elemeye kalkışır ya da daha sık görülen biçimde bazı tezahürlerini resmen tanır; Kilise'ye ya da etnik azınlıklara bağışladığı özgül hukukî statüler gibi (...) Bu çokhukukluluk, üniter ve merkezîyetçi siyasetle uyum içindeki bir görünüşten

2) Bronislaw Malinowski, *Une théorie scientifique de la culture*, s. 45.

3) Raymond Saleilles, *L'individualisation de la peine*, s. 6, 7.

başka şey değildir. Yetkiler böyle dağıtıldığında devlete ilişkin olmayan bu hukuklar ikincil konumdadırlar”⁴.

Gurvitch arkaik hukuk, feodal hukuk, burjuva hukuku denen hukukları “hukuk sistemleri” diye adlandırırken, bunların içinde hem çatışan hem dengelenen ikinci altküme hukukları “hukuk çerçeveleri” kavramıyla karşılar – aralarında devlet hukuku da vardır, aile hukuku da; hukuk çerçevelerinde çatışan ve dengelenen üçüncü altküme hukuklara ise “hukuk türleri” der. Sınıflaması tartışılrsa da, Gurvitch’in sosyolojik yaklaşımının hukuku şu sığ tanımdan kurtardığı açıktır: Ehrlich’in deyişiyle “arızî olanı esas, esas olanı arızî” sayan ve onu merkezî bir organın iradesi yapan tanım⁵. Ehrlich’e göre, hukukçuların temel yanılgısı iradî normun hayat üstüne her şeyi anlattığını sanmalarındır. Hayatın gerçek ilişkileri hukukî düzenlemelerden bütünüyle farklıdır ve aslında hayat kendi kendini düzenleyip belirler. Yasayı devlet özünün ifadesi, hukukun öncelikli biçimi olarak görme, hukuku devlet yaratısı sayma ısrarı, hukukun sosyal düzenlenmenin temeli olduğu gerçeğini unutturur. Yasadan ve devletin ya da yasakoyucunun niyetinden ibâret olmayan canlı bir güce benzetilerek kavranması gereken bir hukukîlik ya da Ehrlich’in sosyolojik yaklaşımına verdiği adla “canlı bir hukuk” vardır: Toplumu tüm güç ilişkileriyle birlikte ele alan, mahiyetini ve sınırlarını sorgulayan, kısaca sosyal olgunun tamamına denk düşen, hukuku hayatla özdeşleştiren⁶ bir bilimin –kuramın da– konusu. Gurvitch yorumuyla yine Ehrlich düşüncesinde, kümelerin iç düzeni yalnızca her türlü hukukun ilk tarihî biçimi değildir. Bu düzen, eskiden nasılsa öyle, bugün de hukukun temelidir; bugün de hukukun etkililiği öncelikle bireylerin içinde toplandığı birlikteliklerin dilsiz eylemine dayanır. Devletli düzenin soyut hukukî önermeleri, su yüzeyindeki köpük misali, sonuçta onun organlarına ve mahkemelerine yöneliktir. Kümeler ve bireyler hukukî hayatlarını bu önermelerin içeriğinden bütünüyle habersiz yaşarlar ve olsa olsa toplumun kendiliğinden hukuku hakkında bilgi sahibidirler. Hukukî düzenin çok küçük bir parçası devletin yasama etkinliği içine girer ve kendiliğinden hukukun büyük bölümü bu soyut hukukî önermelerden bağımsızca gelişir. Soyut önermeler hukukun en statik katmanını oluşturur ve kendiliğinden

4) Leopold Pospisil ve John Griffiths’ten bu alıntılar Norbert Rouland’ın kitabından aktarıyorum (*Anthropologie juridique*, s. 76, 83, 85-89, 90, 106).

5) Georges Gurvitch, *Éléments de sociologie juridique*, s. 141, 142.

6) Eugen Ehrlich, *Escritos sobre sociología y jurisprudencia*, s. 64, 85, 93, 104, 105.

hukuka kıyasla hep gecikme hâlinindedir. Köleliğin kaldırılması, sendikaların kuruluşu, toplu iş sözleşmeleri gibi hukukî düzene ilişkin en önemli olaylar, hukukun soyut önermelerinin hem dışında hem onlara karşı gelişir, uzun zaman resmî kabul görmez, neredeyse zoraki kabul edilirler⁷. Hukukî yöntem bilime bilimsel araştırmanın müdahalesiyle sosyolojik nitelik kazandırmak isteyen Gény şöyle der: “Toplum hâlinde yaşayan insanların davranışlarının belirlenmesi için zorunlu kural sayılan pozitif hukuk, açıkça, rasyonel ve kronolojik biçimde insan topluluklarının devletler biçiminde düzenlenmesine önceldir”⁸. Lévy de kendiliğinden, düzenlenmemiş birincil hukukun, katı, düzenlenmiş, billûrlaşmış ve birincisine kıyasla hep gecikme hâlinde olan ikincil hukuku belirlediğini söylerken hem Ehrlich’le hem de Hauriou’yla aynı saftadır. Onun mistik “kurum” tanımına⁹ göre Hauriou’nun kurum kuramı ise somut gerçekliği yakalama iddiasında olacaktır: “Carré de Malberg gibi birçok yazar bugün hukukun, devlet ortaya çıktıktan sonra ve onun iradesinin tezahürü olarak belirlediğini savunuyor. Bu, devletin ortaya çıkışını bir tür tarihî mucizeye dönüştürmektir, ama hukukun tarihinde mucize gerçekleşmez. Hukukun gerçek kaynağı devlet değil, buyruk verme gücüyle buyruğa uyma yükümlülüğü arasındaki ilişkidir”¹⁰. Şeylerin gerçek nedeni ya da “gücün yasal kullanımı” hakkındaki hukukîlik tanımına açılan kapı bu mudur? İktidar tanımları arasından “yasayla uyum içinde ve onun adına kullanılan güç”¹¹ tanımına yakınım. Bunun nedeni tanımın her toplum için hukukîliğin kısmi tanımı olmasıdır: Onu aslî unsurlarından yasayla güç kullanımı bağı çerçevesinde açıklama imkânı verir. İdealist hukuk tanımlarının tersine, statik bir hukuk tanımına dönüşmeden hukukî olanın siyasîlik de olduğunu anlatır.

İdealist hukukçular –tabii hukukçular-iradeci pozitivistler– sosyal, siyasî ve de idealizmlerine rağmen bazen dinî olanı, özdeşleştirdikleri bir hukuk kavrayışından soyutlarlar. Sosyalliği karşılayan hukukîliğe gözlerini kapattıklarından, savundukları ve onu sosyallikten dışlayan “bir” hukukun özerkliği anlayışı da buna dayanan hukuk tanımları da gerçek dışıdır. Tarihî ve antropolojik yaklaşım ise sosyal olanla eşanlımlı, güç ilişkilerinden ve güç kullanımından asla soyutlanamayacak ve onlarla

7) Georges Gurvitch, *Éléments de sociologie juridique*, s. 110, 127, 129, 130.

8) François Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, s. 202.

9) Emmanuel Lévy, *Les fondements du droit*, s. 89, 90, 96, 159, 160, 161, 164, 168.

10) Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, s. 23.

11) Alessandro Passerin-d'Entrèves, *La Notion de l'Etat*, s. 85, 103.

değişecek, gerçekçi, zengin, hareketli bir hukukîlik tanımına yönelir. “İktidar nedir?” sorusu bu nedenle kısmen “hukuk nedir?” sorusudur¹². İktidar kavramını –onu olumlamadan– salt güç kullanımından ayıran biçimde hukukîlikle zorunlu bağlantısı içinde, hukukîliği de güç ilişkileri ve güç kullanımıyla birlikte düşündürür¹³.

İdealistlere göre hukuk tanımı tanım olmaktan çıkmak istemiyorsa, yasayla güç kullanımı arasında olanı olması gerekene gönderen bağı da içermek zorundadır. Meşrûiyet, ne tür bir meşrûiyet sözkonusu olursa olsun, her durumda A’nın varlık nedenini B’de araması olduğundan ikicidir. Böyle her gönderme de bir şeyi başka şeyle açıklama olduğu ölçüde gerçek güç ilişkilerinin yerine bir Hakikat’in oturtulmasıdır. Bununla gücü süsleyecek bir değerler manzumesi ortaya çıkar ve her dönemin zihniyetiyle farklılaşabilecek bu değerleri tabii hukukçu vazgeçilemez, değişmez değerler sayar. Gücü asla böyle kutsamadan şeylerin gerçek nedenini arayan hukukçu ise her aşkınlığı sorgular ve güç ilişkilerinin somut, gerçek, hayata dair olduklarını kavrar; kendinde iyi ve kötünün ötesinde durduklarını anlar. Mutlak bir “değersizlik” iddiasına savrulma tehlikesine karşı da yansızlığını korur. Değerlere ilişkin dayanak reddinin, her toplumun kendi değerlerine sahip olduğu gerçeğinin reddi olmadığını, böyle toptan bir redle yaşamının mümkün de olmadığını bilir. Değerler karşısında eleştirel tavrı korurken bunlardan bazılarını hayat kılavuzu olarak seçer. Onlara körü körüne inananlarla ya da inanır gözükkenlerle kıyaslanırsa, hâkimiyetini sürdürmek için bir gücün buyurdukları değil, ona karşı seçtiği özerkleştirici değerler uyarınca düzgün bir çizgi tutturmaya çalışarak yaşar; hatta bu çizgiyi değerlerin tartışılmaz olduğunu savunanlardan daha iyi tutturduğu da olur. Ama güç ve her türlü çıkar karşısında o yansız kalabilse de hiçbir güç yansız kalamaz, kendini kendinde doğrulayamaz; gücü kullanma hakkına sahip olanların güç ilişkilerinin istikrarına ihtiyacı vardır ve doğrulanarak istikrar kazandırılmamış güç en güçlüyü bile gerçek anlamda güçlü kılamayacaktır.

Bunu hiç unutmayan hukukçu işe “adalet nedir?” sorusunu sorunsallaştırarak başlar. Adaleti, örneğin ona yakışacak en somut yaklaşımla eşitlik –ki bir addır ve ifade edebilecekleri sonsuzdur– diye tanımlayanlara şu soruyu sormaktan kaçınmaz: Hukukîlik güç ilişkilerinden soyutlanamı-

12) *İktidarın Üç Yüzü*’ndeki birici, adcı, tarihî, karşılaştırmalı ve antropolojik yaklaşımla “Hukuk nedir?” sorusu da soruluyordu (*İktidarın Üç Yüzü*).

13) İktidar tanımları için *İktidarın Üç Yüzü*’nde “Sonuç” başlıklı bölüm.

yorsa, onlar da mutlaka eşitsizliğin üstüne oturuyorsa, eşitlik denen şeyle şu ya da bu şekilde özdeşleşmiş bir adalet kavramına hukukîlikten daha uzak ne olabilir? Adalet, eşitlik sözcüklerini bir soyutlamalar çeşitliliğinde sunan karmaşık yorumlara değinmiyor, “ahlâk”ın üstesinden gelinemez belirsizliğinden uzak duruyorum. İdealist olmayanın bu tür kavramları ihtiyatla kullanmasının nedeni onların gerçekliği asla karşılamamasıdır.

Güce karşı yansızlık hukukun üstünlüğünü savunanlara hemen “hangi hukuk?” ve “kimin hukuku?” sorularını hatırlatmaktan geçer. Gerçek nedenler ardında, soruların devamı hukukun üstünlüğü kavramını dağıtarak “hangi toplum?” ve “hangi zaman?” olacaktır: Hukukun üstünlüğü hukukîlik üstünde ne hukukî ne de gerçek olabilir; çünkü hukukun gerçek hayatta karşılığı olamayacak bir bağımsızlığı fikrine dayanmaktadır. Her durumda da bir anlayışa ve uygulamaya karşı çıkmak adına hukukun üstünlüğü soyutlamasına sarılanlar hemen bir karşı-üstünlük soyutlamasına çarpacaklardır; ulus iradesine dayalı üstünlük soyutlamasını Tanrı iradesine dayalı üstünlük soyutlamasının karşılaması gibi.

İdealist olmayan hukukçu, “hukuk devleti nedir?” sorusuna “hangi devletin hukuku?” cevabını verecek, tekelci tuzaklara düşmemek için her sosyal yapılanmanın hukukî düzeniyle özdeşleştiğini söyleyecektir: Kelsen totoloji saydığı hukuk devleti kavramını eleştirirken, hukukîliği –kuramı katı bir devlet pozitivizmi sanılsa da– geleneksel devlet tanımının dışına çıkarmıştı. “Her devlet, her devletin hukukî düzen olması anlamında, zorunlulukla hukuk devleti olmalıdır. Oysa bu, hiçbir biçimde siyasî bir değer yargısı oluşturmaz. Hukuk devleti kavramının yalnızca demokrasi ve hukuk güvenliği taleplerini karşılayan devletlere indirgenmesi, yalnızca bu niteliğe sahip zorlayıcı düzenlerin gerçek hukukî düzenler olarak görüleceği varsayımına yol açar. Böyle bir varsayım tabii hukukçu önyargıdır. Otokratik niteliğe sahip ve sınırsız keyflikle asgarî hukuk güvenliği bile sunmayan, görece merkezleşmiş zorlayıcı düzen de hukukî bir düzendir”¹⁴.

Hukukîlik önce ilk güç ilişkisinin, sonra güç ilişkilerinin çeşitli biçimlerde yasada doğrulanması ve yasanın güç kullanımıyla uygulanması diye tanımlanırsa, farklı toplum tipleri ortak model üstünden kavranmış olur: Doğrulama yasalarla yapıldığı ölçüde hukukî, doğrulananlar güç ilişki-

14) “Hukuk, özellikle ‘hukuk devleti’ kavramının başına yerleştirildiğinde görüldüğü gibi, üstüne olumlu bir yapının hemen inşa edileceği bir kara kutu olarak belirir. Kelsen–üstelik çok uzun süredir– bu konuda hukukçuları ne kadar uyarırsa uyarın, ‘hangi hukuk(lar)?’, ‘kimin hukuku’ sorularının sorulması hoş karşılanmaz. Belki de bu soruların, o kara kutuyu, üstüne kurulan iskambil kağıtlarından şatonun altından çekip alacağı bilindiği için” (*İktidarın Üç Yüzü*).

leri olduğu ölçüde siyasî olan tanım. Öyleyse tabii hukukçuların iradeci pozitivistlere malettikleri “devlet hukuku olarak hukuk” anlamına asla gelmeyecek yansız hukukîlik tanımına şu ilk önermeyle yürünecektir: “Sosyal başlangıçtan beri en basitinden en karmaşığına, güç ilişkisinin- ilişkilerinin yasada istikrar kazanması ve yasanın güç kullanılarak uygulanması çerçevesinde, global bir hâkimiyeti Hakîkat’e dönüştüren her toplum hukukîdir” –İleride bu tanımın “doğuş”a ilişkin ataerkil ve irade dışı mahiyetini daha güçlü vurgulayacağım¹⁵.

İdealist olmayan hukukçu da meşrûiyet bağının hukukîliğini sorgulamaz; yine de idealiste kıyasla çok farklı yol izleyerek meşrûiyete ve hukukîliğe sosyallik ötesi bir anlam vermez. Aşkın bir odağın, vazgeçilemez bir ahlâk ya da adalet dayanağının varlığını ve meşrûiyetin mutlaka bu değişmez kaynağa yapılacak göndermeyle oluşması gereğini öne çıkarmaz. Farklı kurguların, az ya da çok, her durumda gerçek güç ilişkisini-ilşkilerini gizlediğini bilir. Bir tarafta hayat, öteki tarafta onu olduğu gibi görmeyi engelleyen perde vardır ve uygun göndermeyle her güç ilişkisi kolayca meşrulaştırılabilir. Aşkın göndermeler yapmadan dünyevî gücü kutsamayı seçen –Machiavelli’yle ilgisi olmadan makyavelist– hukukçular her zaman çıkacak ve hemen tabii hukukçuların ayırım gözetmeden saldırdıkları tüm düşmanların tek temsilcisi sayılacaklardır. Ama onların yanlı tavırları da aşkın gücü kutsamayı seçen hukukçulardan farklı olmayacak ya da ideolojik olacaktır. Buna karşılık, elden geldiğince nesnellliğini koruyan ve şeylerin gerçek nedenlerini arayan hukukçu, “hukukîlik ve hukuklar budur” demenin ötesinde bilimsel olmayan hedef gütmekten, her sosyalliğin özgül meşrûiyet bağını yakalamaya, bu zorunlu bağ farklı kurulduğu ölçüde farklı toplumlar ve hukukların sözkonusu olduğunu kavramaya, hukukları “bir” hukukla hayattan çekip çıkarmamaya, onları donmuş statik “bir” hukuk tanımına dönüştürmemeye çalışır.

15) Kitabın “Güç ilişkileri” ve “Mitos ya da yasa” başlıklı bölümleri.

Modern hukuk sistemi ve devletli toplum farklı meşrûiyet bağları kurulmuş feodaliteden, şehir cumhuriyetinden, imparatorluktan, antik siteden, başlangıç toplumundan, vb. ve herbirinin hukukundan ayırılmazdır. Bu zengin sosyal çeşitlilikte hukukîlik hep aynı kalır ve benzeşmeyen yapılanmalarda benzeşmeyen etikler, doğrulama ya da yüceltme –*mistifikasyon*– olarak benzer mantığı sergiler: Kölecilik toplumda güç kullanımının yasaya gönderilmesi efendi/köle ilişkisinin meşrulaştırılmasıdır; kölecilik hukuk toplumunun bir parçası olan kölecilik konumunu onaylar. Kölenin hukuk kişisi olmadığını söyleyen Saleilles’le hukukî kişilik kavramını reddeden Duguit bu konuyu tartışmışlardır: Kölecilik hukukun kölenin hukuku olmaması bir şey kölenin o hukukun kişisi olması başka şeydir ve bence kölenin hukuk kişisi olduğunu iddia eden Duguit haklıdır. Köle o toplumun, dolayısıyla yönetenin –bir hukukun içereceği tüm altkümeye hukukları unutulmadan– hukuku ya da hâkimiyeti altındadır. O hukukta bazı şeyleri yapması engellenmiş, bazılarının izin verilmiş, efendinin köleye yansıyan eylemlerinden bazıları yasaklanmıştır¹. Bu nedenle

1) Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*. Tome I, s. 460-466.

köleyi hukuku olamayacak bir hukukun kişisi yapan uygulama-yasa bağı, hukukiliğin güçle tanımlanmasının ne anlama geldiğini gösterir: Güç ilişkileri, onları basite indirgemenen, yöneten/yönetilen ilişkileridir ve meşruiyet, yöneten için yönetme, yönetilen içinse yönetilme konumunun doğrulanmasıdır.

Şeffaf diye adlandırılan ve demokratik sayılan toplumlar, hukuku genelde ondan beklenene benzeten gri alanı yaygınlaştırır; eşitlik kusursuzca sağlanmış olmasa da paylaşım kabul edilebilir düzeydedir ve güç ilişkileri yumuşayıp belirsizleşmiştir. Tabii hukukçu Rawls'un yeni-sözleşmecî kuramının, nedenini sistemindeki sonsuz dönüşlerle hep kendinde bulan önermelerinden biri demokraside yurttaşların özgür olduklarını düşünme gereğidir: Bu da ancak üyelerin, meşru taleplerin kaynağı sayıldıkları toplumda mümkündür; köleninse, yükümlülük ve sosyal ödevi dayalı taleplerin kaynağı olmadığından yükümlülüğü de ödevi de olamaz. Köleye kötü muamele edilmesini ya da onun aşırı sömürülmesini yasaklayan yasalar köle taleplerinden değil, efendilerin ya da toplumun, kölenin çıkarını içermeyen genel çıkarından kaynaklanır. Köle sosyal açıdan ölüdür, hukuk kişisi olarak tanınamaz. Rawls'un varsayımsal toplumunda köle olamayacağından orada köleliğin olsa olsa ölü konum olduğu ileri sürülebilir; ama "hukuk kişisi kimdir?" sorusunu her toplumda köleliğe benzer konumlar hakkında sormak gerekir. Soru, kölelik sorunu ardından mutlaka devreye sokulan engellilerin, akıl hastalarının, çocukların –bence kadınların– hesaba katılmadığı kurgusal Rawls demokrasisinin ne olduğu hakkında da sorulmalı².

Kölecî toplumdan diktatörlüğe uzanan despotik yapılanmalarda ise güç ilişkileri neredeyse tüm çıplaklığıyla belirlediğinden, hukuk sanılan şeyden uzaklaşılan yerde içerdiği şiddetle hukukiliği tanımlamak kolaylaşır. İki hukukçunun kuramlarını özdeşleştirmeye kalkışmadan, Schmitt ve Kelsen hukukun sıfır noktası denilebilecek *momenti* düşünerek bunu söylemişlerdi. Aralarındaki önemli fark Kelsen'in siyasî seçiminin demokratik olmasıydı; buna rağmen, gerçekçilikleri hukukilik konusunda hayal görmelerine engeldi. Kuralla şiddetin mükemmel biçimde nerede biraraya geldiği açıktı: Eşitliğe en yakın anlamıyla "bir" adalet kavramının karşı kutbunda, hukuklardan birinde, tavizsiz hâkimiyetin kurulduğu anda, kölecî yapılanmalarda, diktatörlüklerde; tüm baskıcı sistemlerin en

2) John Rawls, *Théorie de la justice*, s. 284-286; *Justice et démocratie*, s. 219, 231.

mükemmel uygulama örneği olan toplama kamplarında³. Onların verdiği basit ders şudur: Bu ölüm makinaları işlemeye başlamadan önce gri alanla tanımlanan olağan sosyallikte, nisbî tekillikleriyle öne çıkan insanların birlikteliği aldatici bir olağan ilişki yumağı sunar. Değerlerle süslü ortamda, iyi/kötü, haklı/haksız, doğru/yanlış ölçütlerinin geçerli olduğu görülür. Tekil varlıklar bunlarla ayırtdedir, suçlu olan/olmayan ayrımı yapılır, hatta hukuk devleti ve demokrasiden söz edilir. Hukukîliğin önkoşulu olan güç ilişkilerinin üstü burada da meşrûiyet perdesiyle örtülmüş olsa bile, en azından baskıcı olanlar karşısında siyaseten benimsenecek yapı budur. Yine de nesnel tanım bir şey, siyasî tercih başka şeydir ve hukukun güven verici tasviri, altında yatan hukukîliği saklayamaz. Bergel insanların, kurulu konumlarını güvence altına alan kuralların korunmasını istediklerini ve bu anlamda her hukukçunun muhafazakâr olduğunu, kurulu düzeni eleştirirken de insanlar arasındaki ilişkilerin güvenlik ve istikrarını gözettiğini anlatır⁴. Hukukçu, konumunun kurallarla güvence altına alınmasını isteyen bir muhafazakâr olduğuna göre güç ilişkilerinin de istikrarını koruma yanlısıdır. Ama birilerine daha fazla diğerlerine daha az huzur sunan bu hukukun karşısına aykırı bir aynada hukukîlik çıkar, ortak mantığı gösterir. Muhafazakâr hukukçu dâhil herkes için istikrar oyununun yerini her an kanlı gerçek alabilir: Kurmaca kimliklerle farklılaşmış insanlar farksızlaştırılarak, olağan hayat sürecinden kadın-erkek, çocuk-yaşlı çıkarılır; saçları kazınır, numaralandırılır, tektip giydirilir ve yeni düzenin kurallarını koyanlar karşısında sonsuzca eşitlenir ya da sıfırlanır. Sıradan hayatlarında onları ayırmak amacıyla kullanılan ölçütlerin, her daim kurmaca payelerin anlamı kalmamıştır. Yeni ortamlarında bir katili olağan durumda onu yargılayacak yargıçtan ayıran bir şey yoktur; katilin hayatta kalma şansının fazla olması dışında. Bilgi de bazı durumlarda yalnızca hayatta kalmayı sağlıyorsa bilgidir ve yasa bilgisi toplama kampı hukukîliğinde işe yaramaz. Tüm savaşlar, tehcirler, toplama kampları, zorunlu göç bunu öğretti, öğretiyor; öğrenmek istemeyene de yollara düşme ya da kalıp ölümü seçme zorunluluğu kendini gösterdiğinde, öğretecek. Orada sözkonusu olan güçlünün yasasının sonsuz hâkimiyetidir ve onun bir hukuk dizgesi olmadığını söylemenin anlamı yoktur. Gri alanın istikrarlı belirsizliği ortadan kalkmış, uç noktada kuralların kime

3) Bu hukukî mantığın halkaları, şiddet kısmen azaltılıp sözde hukuk artırılarak, hapishane, köşle, okul, hastane ve aileye yayılabilir.

4) Jean-Louis Bergel, *Théorie générale du droit*, s. 125.

karşı, neye hizmet ettiği görünür olmuştur; hayatta kalanla kalamayan arasındaki güç farkı dışında tüm değerleri anlamsızlaştırarak.

Hak ve ödevle tanımlanmış kurgusal bir hukukî kişiliğin ortadan kalktığı bu ortamda tutsağın hukukun kişisi kaldığını söylerken, insanın özgür ve eşit doğduğu varsayımından ya da modern idealist söylemden değil, gerçek tekil varlıktan söz ediyorum. Gerçek olmayan varlıkları da hukukî kişi kategorisine sokan anlayışı ise kurgunun abartılmış hâli olarak Duguit'yle birlikte yoksayıyorum. Yine de bu kadar soyutlaşmamış bir hukukî kişiliğin kurgusal dayanağı olan sübjektif hakların reddi konusunda Duguit ya da Villey'nin köktenci tavrını almıyor, sübjektif hakların karşısına çıkardıkları objektif hukukun da kurgusal olduğunu unutmuyorum: Onunla, Duguit dayanışmacı, Villey ise Aquinocu bir idealizme varmıştı.

Hukuk kişisi kurgusu Modernite'nin köleliği reddine de dayanır; birbirini anlamlandıran yeni kavramlar “hak-ödev” ikilisiyle, özgür-eşit doğduğu düşünülen “bir” insanın “hukukî kişiliği”ni karşılar: Ödevi varsa bile hakkı olmayan köle, Roma Hukuku'nda konumu düzenlemiş olsa da iddiaya göre salt bu nedenle hukuk kişisi olamayacak, hukuk nesnesi olacaktır. Ama modern iddianın ileri süreni sıkıştıran yanı var: Kölenin, konumunu belirleyen hukukun kişisi olmadığı iddiası makûl bulunursa, Modernite'ye kölelik aşılarak atlandığında çerçeve avantajlılar adına halka halka darlaştırılarak, avantajsızlar adına genişletilerek yalnızca sistemin ayrıcalıklılarının hukuk kişisi kalacağı ve böyle olmayanların tamamının hukuk kişisi olamayacağı ileri sürülebilir. Öyleyse modern hukukun da çok genel anlamda ayrıcalıklı kesimin hukuku olduğu düşünülürse, onun dışındakilerin hukuk kişisi olamayacakları iddia edilemez mi? Bu mantıkla hapishanedekilere de hukuk kişisi denilemeyeceğine ilişkin aşırılığa varılır; ve hemen, onların da diğer avantajsızlarla birlikte, ödevlerini karşılayan evrensel hakları olduğuna ilişkin modern söylem soruyu geçiştirir. Mahkûmlar ise bu hukukî kurgunun evrenselliğinde değil, gerçekte, hapse girmelerini sağlayan üst hukuk kadar, kendi aralarında geçerli altküme hukukunun da kişisi olduklarını kanıtlarlar; hukuk kişisi olmanın, soyut haklara sahip olmaktan çok, genelde hukuka mahkûmiyet olduğunu öğretirler. Hukukî kişiliği istisnasız herkes için ayrıcalık sayanlar, kölelik gibi olumsuz durumlarda insanların hukuk kişisi olmaktan çıktığını sanabilirler; hukuk kişisi kurgusunun gerçek hayatta olumlama olmadığını düşünselerdi denklemi değiştirirlerdi. “Hukuk nedir?” sorusunun anonim cevabı olan

Robinson metaforu⁵, tabiatla özgür olmayanın, hukukî kişiliğin sıfırlandığı o ortamda hukuka karşı sonsuzca özgürleşeceğini anlatır; hukukî kişiliği kazandıkça insanın hareket kabiliyetinin sınırlandığını da.

Hukuku askıya alarak sıfırlamış bir istisna hâli savunucusu Agamben, Guantanamo'da ya da bir toplama kampında mahkûmların hukukî kişiliğinin kökten yok edildiğini⁶ iddia eder. Bunu iddia edebilmesi için mutlaka "bir" hukuk anlayışından ve onun hukukî kişilik kurgusundan yola çıkması gereken Agamben'in tanımladığı türden bir dışlama, tutsakların hukuk kişisi vasfını gerçeklikte ortadan kaldırır mı? Hukukî kişilik kurgusu kölelik üstünden tartışıldığına göre, ondan ağır bir örnekle, sosyalliği Roma İmparatorluğu'nun yükselme aşamasına benzerken kronolojik açıdan daha yakındaki Aztek İmparatorluğu'nda, toplumun hukukunca belirlenen koşullarda kurban edilen yüzbinlerce –yılda 80.000 olduğu ileri sürülüyor⁷– insanın o hukukun kişisi olmadığı kolayca söylenebilir mi? Güç ilişkilerinin genel mantığına rağmen, burada avantajlı/avantajsız ayrımını anlamsızlaştıran istisnâî durumlar varken: Bir yıl yarı-tanrı konumunda sistemin sunduklarından yararlandıktan sonra kurban edilen insanlar, o sürede hukukun ayrıcalıklı kişisi olmamışlar mıydı? Gözyaşlarının yağmur yağdıracağına inanıldığından kurban edilen soylu çocuklar sistemin üst kesiminden geldiklerinden hukuk kişisi ezberini bozmuyorlar mı?⁸ Birilerinin hukuk kişisi olup olmadığına karar vermek hukukun tanımını konusundaki tartışmanın sonucuna bağlıdır. Saleilles'le Duguit arasındaki tartışmanın, farklı açılardan yola çıkanlar arasındaki başka tartışmaların ve temelde tabii hukukçu olanla/olmayan arasındaki tartışmanın.

"Hangi hukuk?", "kimin hukuku?", "hukuk kişisi kim?" sorularına verilecek cevaplar bu farklı tanımlarla değişir. Tabii hukukçu anlayışta sorunun kolay çözüldüğü izlenimi veren önermeler vardır. Klasik tabii hukukçunun "hangi hukuk?" sorusuna cevabı bellidir; hatta yaklaşımında

5) Daniel Defoe'nun kitabının modern düşüncüyü haber veren erken örneği *Hay bin Yakzan*'dır. İssiz bir adada büyüyen kahramanın mutlak değerlere kılavuzsuz ve kitapsız ulaşabileceğini anlatan kitap rasyonalizmin tabii hukukçu-iradeci pozitivist bileşiminin temsilcisidir (İbn Tufeyl, *Haybin Yakzan*). Hukuk fakültelerinin birinci sınıflarının ilk derslerinde "hukuk nedir?" sorusunun ardından verilen, ama asla açıklanmayan cevap için: Yalçın Armağan, "Hakkaniyet Kurmacası", *Edebiyat, Hukuk ve Sair Tıhafflıklar*.

6) Giorgio Agamben, *Etat d'exception*, s. 11, 13, 14.

7) *Modern Düşüncenin Doğuşu*'nda "İnsan Haklarını Düşünmek" başlıklı II. bölümde "Aztekler'in Hızlı Yükselişi ve Çok Hızlı Çöküşü" başlıklı altbölüm.

8) *İkudarnı Üç Yüzü*'nde "İnsan Haklarını Düşünmek" başlıklı II. bölümde, "Devlersiz Toplumdan Devletli Topluma Nasıl Geçildi" başlıklı altbölüm.

bu soru anlam taşımaz: Hukuk, adı üstünde tabii hukuktur, ideal olandır; ancak ona uygun olduğu ölçüde hukuka benzeyen, olmadığı ölçüde ondan uzaklaşan pozitif hukuklardan sözedilebilir. Pozitif hukukun birebir tabii hukuka benzeyeceğini düşünmek bile bu idealist bakış açısından makûl değildir; çünkü ikici idealist yaklaşımın temel taşı olan göndermeyi yokeder. Asıl hukuk “olması gereken” olduğu ölçüde, ona ne kadar uygun olursa olsun hiçbir pozitif hukuk bütünüyle hukuk sayılmaz ve “hangi hukuk?” sorusunu karşılamaz. Klasik anlamda tutarlı bir tabii hukukçu, “kimin hukuku?” sorusunu da buna göre cevaplayacaktır: Tabii hukuk, yaratıcı iradenin amacı doğrultusunda evrenseldir; “bir” adalet herkesin üstündedir, herkesi altında eşitler. Klasik tabii hukukun bu özerkliği şu ya da bu pozitif hukukun avantajlı/avantajsız kişisi ayrımını önemsizleştirir; ideal hukuk dünyevî farklılıklar ötesindedir. Modern tabii hukukçulukta ise sorun ve çözüm dünyaya aktarılır: Pozitif hukuk herkesi kucaklamıyorsa bazıları artık o hukukun kişisi değildir. Vitoria’nın tabii hak ve iletişim kuramında, modern tabii hukukçuluğun özgür ve eşit doğmuş kişileri adına eşitsizliğe dünyada da karşı çıkılmalıdır. 16. Yüzyıldan beri soruna buradan bakan modern tabii hukukçu, geriye dönüp feodalitede toprağa bağlı köylünün, Roma İmparatorluğu’nda kölenin hukuk kişisi olmadığını iddia edecektir. Bu, kısmen dünyevîleşmiş ideal hukuk anlayışının kaçınılmaz yeni sonucudur. Fethine girilen imparatorlukta kurban edilenlerin, özellikle çocukların korunma zorunluluğuna işaret eden ve dönemin ruhuyla “hümanist” –öyle sanılsa da bunun yeni icat İnsancıl Hukuk’la⁹ ilgisi yoktur– bir müdahale öneren Vitoria, yine de imparatorluğun hukukî-siyasî bağımsızlığına saygı gösteriyordu. Buna rağmen, kurban edilenler adına o sistemin de saygı göstereceği bir üst

9) İnsancıl sözcüğü yerine “insancı”yı tercih ettiğime ve bunun nedenlerine kitabın “Modern tabii hukukçuluk ve hakları” başlıklı bölümünde değinmiştim. İnsancı ya da insancıl Hukuk deyimimin, içinde “savaşın insanileştirilmesi” gibi çelişkin bir modern anlam taşıdığını ve onu aşma çabalarına rağmen, dünyayı bir savaş alanı olarak tasarlayan devlet kuramına ve devleti süjesi sayan bir Uluslararası Hukuk anlayışına uygun olduğunu, Vitoria düşüncesinin ise Suárez’in, Hobbes’un başlıca temsilcileri oldukları bu kurama hiç uygun olmadığını düşünüyorum. Bu farklılık için: *Modern Düşüncenin Doğuşu*’nda “Uluslararası Hukuku Düşünmek” ve “Devleti Düşünmek” başlıklı I. ve III. Bölümler. Yeni kaygılarla eski konu ve sorunlara çözüm olarak önerilen bazı adların, sözcükler üstüne düşünme tembelliğinden de kaynaklanan biçimde hemen kabul gördükleri, kuramsal çalışma konusu oldukları ve pek hızlı tüketildikleri kanısındayım. Bir örnekle, üzerinde pek tartışılmadan tutulan “nefret söylemi” deyimimin de hayatın gerçeklerine uymaması, çifte standarttan kaçamaması ve kullanışlı olmaması bir yana, ondan umulan yarara hiç uygun olmayan biçimde, olsa olsa ifade özgürlüğüne zarar vereceğini sanıyorum.

yasaya gönderme yapıyordu. Masum diye adlandırdıklarının¹⁰ kendilerini kurban eden hukukun kişisi olmaktan çıkıp, onları koruyacak üstün hukukun kişisi olduklarını söylüyordu. Birinin tâbî olduğu hukukun kişisi olmadığı iddiası, ancak ona üstün evrensel bir hukukun kişisi olduğu yönündeki tabii hukukçu iddiayla aşılabılır; sonra mülteciler, sığınmacılar, göçmenler, vatansızların korunması açısından pratikte tam anlamıyla iflâs etmiş uluslararası hukukî kişilik kurgusu dâhil, modern idealizmin hukuk açmazlarında kaybolma tehlikesi belirir. Bu aşkın gönderme, kişinin onu gerçekte belirleyen hukukun kişisi olmadığı, onu belirleyemeyen ya da ileride belirleyecek ideal hukukun kişisi olduğu türünden bir çelişkiye, bazen de iki hukuk arasında kalması demek olan gerilime yol açar¹¹. İradeci pozitivizm ise, evrensellik/yerellik farkıyla, bu sorunda da modern tabii hukukçuluğa yaklaşır: İstisnasız herkesin hukuku yerine ulusal sınırların kapsadığı yurttaşların hukukunu oturtur. Bu hukuk şemsiyesi, şöyle ya da böyle dışarıda kalanın eksiksizce o hukukun kişisi olamayacağını da söyler ve sonuçta kişileri içermek veya dışlamak üzere tabii hukukçu parola da olan Hukukun –yerel– Üstünlüğü’ne dayanılırken, aidiyet sorunundaki kurgusal belirsizlik pratikte aynen sürer; bir örnekle, modern toplumda varlığını sürdüren feodal kalıntılar ya da tüm altküme hukukları “bir” hukukun üstünlüğüyle çatıştığında, kimin tam nereye ait olduğu bilinemez.

İradeci olmayan yaklaşımda verilecek cevap farklıdır ve birilerinin mutlaka ötekileştiği dünyada, soruya insanlığın tamamı ya da ulusun bütünü soyutlamalarında karşılık aranmaz. Tabii hukuk vazgeçilmez kıstas diye ele alınmadığı ya da hukukun iradeci pozitivist yorumuyla sınırlı kalınmadığı ölçüde, önce “hangi hukuk?” sorusuna “farklı hukuklar arasında *hangisiyse* o” cevabı verilir: Modern hukuk, feodal hukuk, im-

10) *Modern Düşüncenin Doğuşu*’nda, “Uluslararası Hukuku Düşünmek” başlıklı I. bölümde “Fethi Doğrulayan İkincil Nedenler” başlıklı altbölüm.

11) Modern yapılanma da kuramda ve eylemde kendi dünyevî yasasını benzer biçimde üstün hukuk diye dayatmıştı. Sömürgecilikte ve devamında görüldüğü gibi, güçler çatışırken, korunması gerektiği ileri sürülenler bir hukukun kişisi olmaktan çıkarılıp bir başka hukukun ya ikinci sınıf kişisine dönüştürüldü ya da sonsuz göçe sürüklenip ortada bırakıldı. Çatışan güçler arasında kalanların birbirine üstünlük sağlayamayan farklı hukukların aynı anda mağduru olacağı da unutulmamalı. Belirlediği Uluslararası Hukuk’la birlikte Modernite’nin de sonunun geldiğini gösteren biçimde, sorunun bir hukukî kişilik sorunu olmadığı ortada. Sınırlarla birlikte bu kurgusal çerçeve aşıldı; mültecilerin, sığınmacıların, göçmenlerin –tarih boyunca hep vardılar– bedensel-zihinsel tekillikleriyle görünür olması bir yandan hukukçuların modern idealizmini, öte yandan hukukî düzenleri sarsmaya başladı.

paratorluk hukuku, kabile hukuku, başlangıç toplumu hukuku, toplama kampı hukuku, vb. Tabii hukukçu olmayanın “kimin hukuku?” sorusuna vereceği cevap da buna göre, “bir” toplumda bile “herkesin” genellemesini imkânsızlaştırır. Hukuku tabii hukukçularla iradeci pozitivistlerin görmezden geldikleri güç ilişkilerini hesaba katıp tanımlayanlar “hukuk istisnasız ve eşitlenmiş tüm insanlığın ya da tüm yurttaşlarındır” diyemezler. Armaner, insan hakları/yurttaşlık hakları ayırımını tartışırken Marx’ın “kim bu insan?” diye sorduğunu söyler ve devam eder. “Sahi kim bu insan? 1. ‘İnsan’, bir kavram, bir temsildir – hakları olamaz. 2. Bu nedenle ‘insan hakları’ yanıltıcı bir sözdür; ‘insan’ın değil, ancak insanların hakları olabilir”. Birinci ve ikinci önerme zorunlulukla 3. Önermenin sorusuna götürecektir: “Hangi insanların? Kimlerin?”¹². İnsan ve insanlık üstüne hukuk kurgularını bir yana itip tek tek insanlar hakkında düşünülmesi gerekli olan şudur: Gerçek tekil varlıkları, başka bir hukukî düzenin etki alanına da sokmadan, herhangi bir hukukî düzenin dışına ondan hiç etkilenecekleri biçimde çıkarmak mümkün müdür?

Modern soyutlama dışında, hukukî kişilik gerçek güç ilişkileri içindeki itibarî bir statüyü anlatır ve hukuk, hâkimiyet olarak hep bazılarının daha fazla hakkı olur, bazılarının daha az: Orta Çağ batı toplumunun feodal ve *Kutsal Kitap*’a dayalı hukuku soylular ve ruhban sınıfının hukukudur, toprağa bağlı ve haysiyet (sınıfsal paye *dignitas*)¹³ yoksunu yoksul köylülerin değil. Hukuku güç ilişkileriyle tanımlayan, evrensel ya da yerel ama her durumda ideal bir üstünlüğe gönderme yapmayan hukukçu için bu cevap “hukuk kişisi kim?” sorusunun cevabını tersinden belirler. Yasanın güç kullanılarak uygulanmasından etkilendikleri sürece güç ilişkilerinin avantajsız kişileri de o hukukun gerçek kişisidirler. Feodal hukuk feodalitenin toprağa bağlı köylüsünün hukuku olmasa da onun yarı-köle konumu feodal hukukun kişisi olduğunun kanıtıdır; Aztek İmparatorluğu’nda kurban edilenin, Roma’da kölenin, toplama kampında, Guantanamo’da tutsağın hukuk kişisi olması gibi. “Hukuk nedir?” sorusuna cevabın anonim metaforu Robinson’la karşılaşan ebedî göçmen Cuma’nın, Robinson’un hukukunun

12) Armaner, hukukî soyutlamalar değil gerçek güç ilişkileri açısından soruyu cevaplamaya devam eder: “Kişisel fikrim, ‘sınıf’ kategorisinden bağımsız her ‘kamusal alan/özel alan’ tartışmasının, bu kategoriyi dışarıda bırakıp dini semboller üzerine yapılan her konuşmanın işe yaramayan bir laf yığını olduğu yolundadır. Burada öncelikle ‘Hangi kamu?’, ‘Kimlerin oluşturduğu kamusal alanlar?’, ‘Hangi öznelerin özel alanları?’ sorularının cevaplanması taraftarıyım” (Türker Armaner, *Tarih ve Temsil*, s. 94, 75).

13) *Varolma Direnci ve Özerklik*’te “Hak ve Haysiyet” başlıklı V. bölüm.

kişisi olması gibi; hukukun genelliği ve gayrişahsiliğinin silmeye çalıştığı gerçek tekil varlık olarak¹⁴.

Asıl soru: Hukukîliğin tarihî ataerkilliğini vurgulayan tanımda, kadının hukuk kişisi olmadığı ileri sürülebilir mi? Hiçbir hukukun şimdiye kadar onun hukuku olmadığı bilinirken. Sacco hukuk tanımına “dilsiz hukuk” kavramının sokulmasını öneriyor ve onu şöyle tanımlıyor: Bir merkezî otorite, yargıç ya da hukukçunun zorlayıcı etkisi bulunmayan ilk köleci toplumun kendiliğinden ortaya çıkan hukukî düzeninde, hegemonyaya sahip etnik kümenin hukukunun hâkim olunan kesime zorla kabul ettirilmesi¹⁵. Sacco’nun literatüre kazandırdığı dilsiz hukuk ya da dilsizlerin hukuku deyimi –hukuk kişisi dilsizler anlamında “tüm hukukların dilsizleri” derdim–, “hangi hukuk”, “kimin hukuku?”, “hukuk kişisi kim?” sorularına verilecek cevaplara yolu açıp hukukîlikten kaçmanın mümkün olmadığını gösteriyor. Deyim hem ilk köleci toplumdaki Modernite’ye hem de geriye başlangıç toplumuna uzanan bir Hukukî Tarih için kullanılabilir. Dilsizler her dönem, kendi hukukları olmayan bir hukukun kişisi kalmaya mahkûm olanlardır: Önce başlangıç toplumunda, sonra tüm toplumlarda, konumları topluma ve toplumdaki yerlerine göre değişen biçimde, kendilerini izleyecek diğer dilsizlere kıyasla dünyanın en azından yarısını oluşturanlar.

14) Hukukî kişilik, uluslararası hukukî kişilik ve haklar konusundaki tabii hukukçu yaklaşımlara karşı gerçek tekil varlıkların bedensel-zihinsel haklarını düşünmek açısından yine *Varolma Direnci ve Özerklik*’e gönderiyorum.

15) Rodolfo Sacco, *Anthropologie juridique*, s. 143.

Hukuk devletle değil, devlet ve diğer siyasî iktidar tipleri bir hukukî-siyasî ilişki üzerinden¹ tanımlanmalıdır. Schmitt “evrensel tarihin başka topluluk biçimlerine, sistemlerine ya da hâkimiyet tarzlarına devlet denmesi kabul edilemez, bu yalnızca kafa karışıklığına neden olacaktır”² der. Kafa karışıklığı tehlikesi bir kez savılınca sıra toplumların ortak yönünü bulmaya gelir: Hukukîliği devletin kavramsal tahakkümünden kurtardıktan sonra, tüm toplum tiplerini kavrayacak ve mutlaka siyasî de olacak tanım, hukuk ve siyaset dışı olduğu iddia edilen başlangıç toplumuna dönülerek yapılabilir. Hukukî Antropoloji’nin yardımı ve idealizm karşıtı yaklaşım sayesinde “hukuk nedir?” sorusu güç ilişkisinin öncelliği ve hukukîliğin ondan doğuşuyla cevaplandırılabilir. Hukukîlik a- eşitsiz ilk güç ilişkisinin yasada istikrar bulması, b- yasanın da güç kullanılarak uygulanmasını³

1) Çerçeve sözcüğünü burada, onu mümkün olduğunca genişletebilmek ve sosyallığe denk düşürebilmek için kullanıyorum. Bu çerçevenin, Gurvitch’in “hukukî çerçevesi”yle ilgisi yoktur.

2) Carl Schmitt, *Hamlet ou Hécube*, s. 104. Edebiyat-hukuk ilişkisi kuranlar için Schmitt’in bu kitabı da çok önemlidir.

3) Hukukîliği doğuran güç ilişkileriyle hukukîliğin unsuru olan güç kullanımının birbirinden farklı olduğuna kitabın “İstisna hâli” başlıklı bölümünde değinmiştim.

düşündürttüğü ölçüde, aynı şey olmayan “eşitsiz güç ilişkisi” ve “güç kullanımı” unsurları yeni bir tanıma içkin olacaktır. Tabii hukukçu tanımda hukukun yaratıcısından menkul özerkliği, yasanın güç ilişkilerinden, güç kullanımından –hayattan, sosyallikten– uzaklaştırılmasını sağlıyor ve yaratıcı irade ürünü kurallar dizgesi dünyevî uygulamadan soyutlanarak düşünülüyordu; uygulanmaması da kuralın kural niteliğini ortadan kaldırmıyordu. Oysa tabii hukukçu olmayan hukukilik tanımında bu açık bir tezattır: Güç ilişkileri ve yasanın güç kullanılarak uygulanması hukukiliğin vazgeçilemeyecek unsurlarıdır; başlangıç toplumu için yapılacak hukukilik tanımında da güç kullanımı aslî unsur olarak ilk önermemde yer alacak, ikinci önermemde buna eşitsiz güç ilişkisi eklenecektir⁴.

Yine de hukuku hukuk yaptığından kuşku duyulmayan ve Weber’in tanımının belirleyici unsuru olan güç kullanımı konusunda kuramsal ihtiyatın faydasına yeniden değineceğim. Güç kullanımı unsuru, 1- bir yandan insanlık tarihi açısından sınırlandırılmış bir hukuk anlayışına, 2- öte yandan gerçekçi olmayan eşitlerarası bir toplu güç kullanımı iddiasına yol açmıştır:

1- 19. Yüzyıl maddeciliğinin yaygın tanımı başlangıç toplumunu “sınıf”lama dışı tutup sınıflı olanları hukukla özdeşleştirmişti: Başlangıç toplumunda yöneten/yönetilen farkı bulunmadığı, sosyal düzenlenmesinde güç kullanımına başvurulmadığı iddia ediliyor ve o, hukukî-siyasî olmayan toplum diye sunuluyordu. Bugün hâlâ taraftarlarına rastlanan tanımda, kendiliğinden çatışmasız düzenlendiği ileri sürülen başlangıç toplumunun hukuksuzluğu iddiası, hukukun olumsuz tanımına denk düşüyordu. Güç ilişkilerini yasanın güç kullanılarak uygulanmasından ayırmayan bu basit tanımla hukuk, sınıflı toplumda bir kesimin başka

4) *İktidarın Üç Yüzü*’nü sonlandıran iki önermenin ilkinde şunu ileri sürmüştüm: Başlangıç toplumu iddia edildiği gibi gerçek bir eşitler toplumu olsaydı, gözlemler o toplumda yasaların varlığını kanıtladığından, bir bütün olarak bütün üstünde güç kullanıp kendi kendini yönettiği söylenen toplumla yasaları arasında hiyerarşik ilişki doğardı. Yasa varsa hâkim bir kesimin varlığının aranması gerekmezdi; çünkü güç kullanımı ve yasanın varlığı bir toplumun hukukî sayılmasını sağlardı. Bunun bir hukukilik tanımı için ilkesel olarak yeterli olduğu da düşünülebilirdi. Ama geçerli değil, çünkü varolduğu iddia edilen eşitler toplumuna hiç rastlanmadı. Antropolojik gözlemler bunu kanıtlıyordu ve *İktidarın Üç Yüzü*’nün ikinci önermesi ilkesel birinci önermeye gözardı edilmesi mümkün olmayan bir sosyallik gerçeği olarak eklendi. Atavistik başlangıç toplumu bir eşitler toplumu olmadığına göre orada da her hukukilik tanımının vazgeçilmez unsuru olan ve bir kesimin bir başka kesim üzerindeki hâkimiyetine denk düşen güç ilişkisi vardı (*İktidarın Üç Yüzü*’nde “Sivil Toplumun Tanrısı” başlıklı bölümde “Devlet Felsefesi Etnografiyle Karşılaşıyor” başlıklı altbölüm ve “Sonuç”).

kesim üzerindeki güç kullanımına dayalı sınıfsal hâkimiyeti üstüne oturuyordu. Öyleyse geleceğin mutlak sosyal eşitlenmesi, olumlu anlamda, tıpkı insanlığın başlangıcında bulunduğu varsayılan dayanışmanın hüküm sürdüğü dönemde olduğu gibi, güç kullanımının görülmediği ideal bir “hukuksuzluk” olacaktı. Baskı yokluğu kurallarla doğrulanacak bir uygulamayı anlamsızlaştıracak, şiddet olmayan yerde meşrûiyete –Hakikat’e– gerek kalmayacaktı: Yönetenin/yönetilenin bulunmadığı dünya cenneti, gerçek eşitlik, hukuk ve siyaset dışılık.

Güç ilişkilerini-kullanımını ortaya, hukuktan sözedilebilecek şekilde sosyal sınıfların insanlık tarihindeki geç dönem varlığının çıkardığına ilişkin bu varsayıma karşı, sadece güç kullanımını hukukîliğin temel unsurlarından biri olarak sunan tanıma ve 20. Yüzyılın antropolojik gözlemlerine dönüyorum. Başlangıç toplumunda dayanışma iddiasının aksine güç kullanımı varsa, onun hukukîliğini düşünme imkânı doğar⁵. Gözlemler çoğunlukla, güç unsuruna ağırlık veren hukuk tanımlarına katılarak, başlangıç toplumunun yasayla güç kullanımı arasında bağ kuran hukukî toplum olduğunu gösterdi. Radcliffe-Brown, Roscoe Pound’un şu tanımının “ilkel hukuk” açısından da geçerli olduğunu düşünür: “Hukuk, siyasî açıdan örgütlenmiş bir toplumun sahip olduğu gücün sistematik kullanımıyla gerçekleşen sosyal denetim tipidir”⁶. Yansız bir araştırmacı, her türlü olumlama ya da olumsuzlama ötesinde, hukukîlik tanımının şeylerin gerçek nedenlerine uygun şekilde, aslî unsurlardan biri olan güç kullanımına da bağlı olduğunu ve asla “şeylerin–kurmaca–tabiatı”na bağlı olamayacağını kabul etmelidir. Başlangıç toplumundaki ilk iki yasanın varlığını görmezden gelemeyiz; bunların dallanıp budaklanarak tarihte sürekli karmaşılaşan yasa dizgelerinin ilk hâlleri olduğunu kavrar. İlk güç ilişkisiyle bu iki yasa ve onlarla güç kullanımı arasındaki bağı saptadıktan sonra da o toplumun hukuksuz olduğunu onaylama çelişmesine düşmez. Her toplumda varlığı görülen ve Yasa Gücü kavramını karşılayabilecek mantık çerçevesinde onun, hukuklar arasındaki bir hukukla hukukîliği

5) Ancak bazı etnolojik ya da antropolojik hukuk tanımlarında –Bronislaw Malinowski’nin işlevci yaklaşımında– güç kullanımı unsuru belirgin olmaktan çıkar. Hukuk tanımı bir yaptırımın varlığına bağlanmaz ve başlangıç birlikteliğini yükümlülüklerdeki karşılıklı ilişkinin sağladığı ileri sürülür.

6) Alfred Radcliffe-Brown, *Structure et fonction dans la société primitive*, s. 317. Ancak o da tüm sosyal denetim süreçlerini karşılayacak bir hukukîlik ve hukuklar anlayışına karşı, bazı başlangıç toplumlarında yaptırım olmadığını, orada toplumun üyelerine düşen yükümlülüklerin gelenekten doğduğunu söyleyip yaptırımın varlığı ve yokluğuna göre kesin bir hukuk/gelenek ayırımı yapacaktır.

paylaştığını inkâr etmez. Hukukîliğin unsurlarından biri ise gücün kullanımında yasada meşrulaştırılanların hâkimiyetidir; sınıflı toplumlardan onları ayıran bir farkla: Uygulama-yasa bağı sayesinde hukukî olduğu kabul edilse de başlangıç toplumu sınıfsız yapısıyla –sözcüğü ihtiyatlı kullanıp basite indirgmeden– sınıflı olanlardan ayrılırlar.

2- Burada güç kullanımına ilişkin ikinci yanılığın belirir: Başlangıç toplumunu olumlu ya da olumsuz anlamda hukuksuz saymayan, ondaki yasayla güç kullanımı ilişkisini saptayıp hukukîliğini inkâr etmeyen bazı gözlemciler sınıf yokluğunu yöneten/yönetilen ayrımının yokluğu diye yorumlar ve hukukîliği incelenenekte bile, sınıflar olmadığına göre onun, bu toplumun varsayımsal eşitlik ve bütünlüğüyle özdeşleştiğini ileri sürerler. Güç kullanımı denen şeyin ayrıcalıklı bir kategorinin kullandığı güç olmadığını ya da bu toplumda eşitsiz bir güç ilişkisi bulunmadığını düşünürler. Bu yorumla da başlangıç toplumunun hukukîliği ancak bir eşitler toplumunun kullandığı toplu güç unsuruna dayandırılabilir. Zaten antropolojik gözlemlerden, toplumun ihlalleri bir bütün olarak ya da en azından topluca birilerini yetkilendirerek cezalandırdığı izlenimi edinilmiştir. Öyleyse, yasanın gücünün başlangıç toplumunda yönetenlerin hâkimiyetinin yerini aldığını söylemekten başka yol kalmamıştır.

İlk önermemin yukarıdaki gerekçeleri reddetmeyen ilkesel savı şudur: Yasalar yöneten/yönetilen ayrımının bulunmadığı varsayımsal bir eşit ilişkiler yumağını kusursuz bir ayna misali karşılarsa da o eşitlik yasa göndermesiyle aşkınlaştırıldığı ve yasa da güç kullanılarak uygulandığından, bu yasa artık tekil varlıkların gücünü birebir karşılayamayacaktır ya da eşitler toplumuyla yasa arasındaki bağı topluluk-tekil varlık arası güç ilişkisi karşılayacaktır. Raz, kusursuz bir eşitler topluluğunda hukukîliğin güç kullanımıyla tanımlanıp tanımlanamayacağı hakkındaki ütöpik soruya farklı yoldan cevap arar. O herkesin kusursuz davranışlar sergilediği bir melekler toplumunda da genel olduğu kadar özel durumlarda neler yapılacağını söyleyen bir kurallar sistemi, bunlara başvurarak karar veren mahkemeler olacağını, ama güç kullanımının bu hukukî düzenin vazgeçilmez unsuru sayılmayacağını söyler⁷. Bu meleklerin, eğer bilselerdi mutlaka onlara göre davranacakları kuralların ön varlığı bile tek başına Raz'ın savını tartışmalı

7) Joseph Raz, *Razón práctica y normas*, s. 185, 186. Otfried Höffe ise devletli hukukî düzenin gerekliliğini bir şeytanlar toplumu örneğiyle açıklayacaktır ("Bir şeytan halkının bile devlete ihtiyacı vardır. Tabii adaletin ikilemi", *Devlet Kuramı*, s. 323-338).

kılacak ve topluluk yasasıyla topluluk arasındaki ilişki onun da kullandığı deyimle ön belirleyici bir “otorite”yi devreye sokacaktır. Raz da sorunun karmaşık, zor ve çözümsüz olduğunu söyleyerek tartışmayı bitirir. Bir melekler toplumunda bilinen anlamda güç ilişkileri bulunmasa da bunun bir güç okuması gerektirmeyeceğini kimse iddia edemez.

Yine de hukukî düzenin zor kullanımından bağışık olabileceğini düşünenlere karşı, hukukîlik unsurunu gücün ne olduğu, onu kimin kullandığı değil, yasayla toplum arasındaki otoriter ilişkinin oluşturduğuna dayanan ilkesel bir çözüm sunsa da, ilk önermem sosyal gerçeklik açısından eksiktir. Başlangıç toplumu bölünmemiş bütün ya da bir tür melekler toplumu olsaydı yeterli bir önerme olurdu. Ne var ki bu sınıfsız toplum bir ilk ve tarihî yöneten/yönetilen ayırımına uğramıştı ve hukukiliği, güç kullanımına eklenen bir ikinci önermeyle, hukukîliğin ve tüm hukuklar tanımının bir diğer aslî unsuru ataerkil güç ilişkisiyle desteklenmeliydi. Güç kullanımından söz edilebilmesi için, önce yasada istikrar kazanacak eşitsiz bir güç ilişkisinin varlığı gerekliydi – Güç ilişkisi hakkındaki ikinci önermeyi ileride ele alacağım⁸.

Tabii hukukçu görüşe karşı, –ne olduğunu kimsenin bilemeyeceği– bir evrenselliğe gönderme yapmadan, hukukîliğin, siyasîliğe ya da siyasî olana özdeşliği içinde sosyallık tarihi boyunca var olduğunu söyleme imkânı vardır. Antropoloji, Hukukî Antropoloji ve gözlem konuları olan başlangıç toplumu, tarihî ortak modeli düşünme imkânı verir. Tabii hukuk karşıtlığı, tabii hukukçu iddianın tersine karşıtları sonsuz göreceliğe mahkûm etmez, evrensellik iddiasını tarihîlikle karşılar. Lapierre, *Devletsiz Yaşamak?* adlı kitabında, Clastres’in *Devlete Karşı Toplum*’undaki⁹ savları çürütmek için devletin nesnel tarihî koşullarda zorunlulukla ortaya çıktığını ve yararlı olduğunu kanıtlamaya çabalar. Ama bu çabayı anlamsızlaştıran biçimde, hukukçu olmadan ve hukukî bir ortak temel aramaya kalkışmadan yaptığı toplumlar sıralaması, bunların, ayırdedici özellikleri farklı hukukları olsa da ortak model¹⁰ üzerinden yakalanabileceklerini gösterir. Ondan çok önce Durkheim da –yöntemini artık aynen benimsemek mümkün olmasa da– şu savıyla hukukîliğin tarihîliğini vurgulamıştı: Toplumlar ortak hukukî modelden yola çıkılarak tanınabilir¹¹. Temel farklılıklara

8) Kitabın “Güç ilişkileri” başlıklı bölümü.

9) Pierre Clastres, *La société contre l'Etat*.

10) Jean-William Lapierre, *Vivre sans Etat?* s. 101-119.

11) Durkheim’in bu savını kitabın “Hukukî kuram ve siyaset” başlıklı bölümünde ele almıştım.

rağmen her toplumda geçerli bir sosyal mantık ardında “hukukîlik nedir?” sorusu sorulabilir ve farklı toplum tiplerinin sosyalliği farklı çözümlerle karşılarken ortak bir modele uydukları görülür. Onları buradan yakalamak mümkün değilse, farklılıklar sınırsız, her sosyal açıklama da yetersiz sanılacak ve hukukîlik-hukuklar tanımının imkânsızlığı kabul edilecektir. Bu imkânsızlık ihtimâli karşısında duyduğu kaygı, alışılmış anlamda hukukçu olmayan, hukukun ne olduğunu anlamak için öyle olmak da gerekmediğini kanıtlayan Lévi-Strauss’un ortak modelden söz etmesine yol açmıştır: Önce farklılığı kabul etmek, sonra farklı olanla arada köprü kurarak benzer olanı saptayabilmek ve toplumun kuramsal modelini inşa edebilmek¹².

Savigny hukukun kaynağı hakkındaki tarihî araştırmasını Alman halkının ruhunda bulmuş, Roma Hukuku üstüne incelemelerinde de Roma’yla Germen kavimleri arasında bu ruhu oluşturacak bileşime yoğunlaşmıştı¹³. Savigny’den etkilendiği dönemde Jhering kaynağı köktenci biçimde Roma’ya taşımıştı. Bu etkiden kurtulup Savigny’yi eleştirirken, savının onu götüreceği makûl tek toplumun başlangıç toplumu olduğunu, ama öğretisinin orada da işe yaramayacağını iddia etmişti¹⁴. Ben de Savigny’nin tarihî yaklaşımının, “hukuk nedir?” sorusunu soranı ona rağmen sisteminin mantığında başlangıç toplumuna götüreceğini düşünlenlerdenim. Bunu, tarihî ve antropolojik yaklaşımın hukukîliği başlangıç toplumundan başlayarak ele almayı nesnel bir bilimsel gereklilik hâline getirdiğini anlatmak için söylüyorum. Bu açıdan Jhering’in eleştirisine katılmak şöyle dursun, Savigny’nin savını sınırlayan unsurun başlangıç toplumuna gidememesi olduğu kanısındayım. Tarihî Hukuk Okulu’nun etkisinde kalan bir başka 19. Yüzyıl hukuk kuramcısı bunu başaracaktır. Hukukî Etnoloji ya da Antropoloji’nin kurucusu olan Maine, Hindu toplumu hukuku üstüne yaptığı incelemeler sonucunda *İlkel Toplumun Tarihi ve Modern Fikirlerle İlişkileri Açısından Eski Hukuk*’ta yalnızca hukukî değil, sosyolojik, etnolojik, antropolojik, vb. çalışmalar açısından da dönemin hâkim yaklaşımlarını sarsan saptamalarda bulunur. Bunlar bugün de “hukuk nedir?” sorusunu cevaplamaya çalışan hukukçuların dayanabileceği savlardır. Roma Hukukçusu Bachofen *Analık Hukuku*’nda “kaynak bilgisi

12) Claude Lévi-Strauss, *Tristes tropiques*, s. 453.

13) Friedrich Carl Savigny, *Histoire du droit romain au Moyen-Age I-II*.

14) Rudolf Jhering, *L’Esprit du Droit Romain*.

olmazsa tarihî bilgi hiçbir sonuca varmaz” demişti¹⁵. Maine, Tarihî Hukuk Okulu ve Savigny etkisinde kalıp hukukun kaynağını başlangıç toplu-
munda arayan ve o kaynağı kadın hâkimiyetli düzende bulan Bachofen’in
görüşünden farklı sonuçlara varsa da aynı ilkeyle, bugüne kadar süren
tartışmayı başlatır: İncelediği toplum başlangıç toplumu sayılmazdı, ona
kıyasla çok karmaşıklaşmıştı. Ama Maine, Savigny’nin Alman halkının
ruhunda ya da genç Jhering’in Roma’da bulduklarını Hindu toplumunda
bulduktan sonra tarihî araştırmasının kapısını onlar gibi kapatmıyor, “bir”
hukuk sınırlaması yapmıyordu. Bence çalışmasını Hukukî Etnoloji’nden
Hukukî Antropoloji’ye taşıyarak, incelediği toplumun hukukî geçmişini
hesaba katıyor, onu bu geçmişle birlikte anlamaya çalışıyor, inceleme
ufkunu “hukukun mutlak kaynağı”na açıyordu. Okuduğu hukukî-dinî
metinler, dönem inancının çok uzağında farklı bir sistemin varolduğunu
satır aralarında sezdiriyordu. Hindu hukukunun uzak geçmişinde, tüm
toplumların başlangıcına denk düşen bir atalar kültü vardı. Başlangıca
ilişkin bu basit inanç bir nesli ötekine bağlayan Miras Hukuku’nun
kesinlikle ilk belirleyicisiydi ve tarihin tüm toplumları için çok önem-
liydi. Maine burada hem Antropoloji’nin hem Hukukî Antropoloji’nin
yaygın inancına karşı çıkarak, başlangıç toplumundaki atalar kültünün
bu toplum insanının kişisel düzlemde tanıyabildiği ve hatırlayabildiği en
fazla üç kuşağı içerdiğini ileri sürecekti. Kurban törenlerinin, tapınma
edimlerinin konusu olan ilk atalar kümesi baba-büyükbaba-büyükbabanın
babası üçlüsünden öteye gidemiyordu. Daha belirsiz olan, hafızalarda izine
rastlanmayan bir atalar kültü ise bu yakın kültün ardından oluşmuştu.
Başlangıç kültü patriarkal bir kültü ve ilk tapınmanın hedefi ailede hem
sayılan hem korkulan babadan başkası olamazdı. Maine, Edward Burnett
Tylor’ın İlkel *Uygurluk*’ına yaptığı göndermeyle, Afrika’daki Zulular’da
uzak atalar bir yana kabilenin tüm ölülerine genel bir tapınma olmadığını
hatırlatıyordu: Her aile önderine ailenin geri kalanı onu tanıdığından
tapardı. Hindu hukukunda –*Kutsal Kitaplar*’ında– önemi giderek azalan
biçimde, babadan büyükbabaya, ondan büyükbabanın babasına uzanan
bu ilk patriyarkal kültün izini bulmak mümkündü.

Tapınan tapındığı atayı kişisel düzlemde tanıdığına göre Maine’in
iddiası hukukî-dinî başlangıçta bir kurucu bilinci, bir tür iradî patriyarkal
yaratıyı akla getirir ve ihtiyatlı bir yorumu davet eder: İlk kültün başlangıcı
hakkındaki bu savın gözlemlenmiş totemik toplum gerçeğine ne kadar

15) Johann Jakob Bachofen, *El matriarcado*, s. 32, 33.

uyacağı sorulmalıdır. Maine'in bu savı izleyen diğer savı ise o dönemin yaygın görüşünü, insanlığın başlangıcındaki kurumlar üstüne spekülasyonları sarısa da 20. Yüzyılın ilk yarısının antropolojik gözlemlerine uyar. Başlangıç toplumunun hukuk dışılığı savına eklenerek ilk toplumun –ya da topluluğun– kadın hâkimiyetli olduğunu savunanlara karşı, Maine'in ikinci saptaması “hukuk nedir?” sorusuna verilecek cevabın erken unsuru olarak önemlidir: Atalar kültü, Hindu hukukunun gösterdiği gibi erkeklere gönderme yapan ataerkil kültür ve kadın atalar kültü çok sonra ortaya çıkmıştır. Savına karşı çıkanlara, çıkacak olanlara, Maine hukukiliğin, siyasiliğin, diniliğin ve bunların birlikliliği demek olan sosyalliğin başlangıcı hakkında şu soruyu sorar: “Babalığın tanınmasına yol açan şey atalar kültü müdür; yoksa bu kült zaten varolan bir kurumun dinî yorumu mudur?” Birinci iddia Fustel de Coulange'ındır ve Maine ona karşı, babanın gücünün baba kültüne öncel olduğunu açıklayacaktır. Bu, ilk hâkimiyetin hukukî, siyasî, dinî ya da sosyal olanın kuruluşuna öncel olduğunu söylemektir. İnsanlığın başlangıcında ve hukukî tarihine eşliğinde tüm hukukları ataerkil kılan *paterfamilias* figürü vardır. Bu ilk yaratımı gizleyen, benzerliğin görülmesini engelleyen, sonucun neden sanılmasına yol açan, olanın tam aksini düşündüren şey, sonraki gelişimin ürünleri olan aileye, topluma ilişkin farklılıklardır.

Maine'in bu savları kabul edilse de onlara karşı çıkılsa da hukukiliği farklı toplumlarda tarihî bakışla anlama çabasının, nesnelliği ve gerçekliği yakalama çabası olduğu açıktır. O işe girdiği sırada, *a priori* algıların ya da tabii hâl ve tabii yasa varsayımlarının alanı iyice kararttığını, ulaşılır olmaktan çıkardığını söyleyerek antropolojik yaklaşımının idealizm karşıtı mahiyetini anlatır. Tarihî incelemesi, yeni bir tarihi sıfır noktasında başlatma iddiasındaki modern tabii hukukçu ya da iradeci pozitivist önermeleri birer kurgu sayıp reddeder. “Gerçekten tarihî olan bir kuram ve rasyonel kanıtların yardımıyla, ilkel ya da çok eski bir sosyal düzenin kavranmasını sağlayacak” antropolojik yöntemle başvurup “hukuk nedir?” sorusuna cevap arar. Bunu yaparken, Bachofen türü bir ilerlemeciliğe ve kadın hâkimiyetli toplum önceliğinden yana iki etnolog hukukçunun, McLennan ve Morgan'ın görüşlerine karşı çıkar. Bu hukukçular, toplumun –ve hukukun– temelini ailede bulan patriyarkal kuramdan yana değildiler: Ailenin ya da küçük olan topluluğun büyük topluluk ardından geldiğini savunuyorlardı¹⁶. Gurvitch

16) Henry J. Sumner Maine, *L'ancien droit et la coutume primitive*, s. 42, 47, 76-79, 102, 105, 106, 120, 121, 256, 259, 264, 267, 268.

bu sava karşı, başında önder bulunan aile topluluğunun, temeli totem olan büyük topluluğun belirleyiciliğiyle rekabete girip onu sınırladığını açıklarken Maine'in görüşüne kısmen katılacaktır¹⁷.

Buradan, Maine'in ilk ataerkillik savına uygun bir hukukîlik tanımına yönelecek, ama McLennan ve Morgan'ın kadın hâkimiyetli toplumun¹⁸ varlığı hakkındaki savlarıyla birlikte onun birinci savını da devre dışı bırakacağım. Birinci savın ikinci savın önkoşulu olduğuna ilişkin yaklaşım yerinde sayılmaz ve ikisinden birini seçmek eklektik bir tavır olmaz: "İnsanları ilk kez aile birliğinde biraraya getiren nedir?" sorusuna cevap arayan Maine'in, ailenin büyük toplumu doğuracak başlangıç olduğu iddiasını inandırıcı bulmuyorum. Yalnızca babanın neredeyse bilinçli gücüne ve ona bilinçli itaate bağlanan bu kuramı, aynı gücü bilinçsiz daha büyük kümeye atfedecek başka bir kuram rahatlıkla karşılar. İradeciliğe kayan özelliğiyle birinci sav aile kurumunu hukukun bilinçli yaratıcısı konumuna getirirken, Maine de yukarıda sorduğu soruya benzer bir soruya muhatap olur: Hukukun kaynağında aile mi vardır; yoksa aileyi aile yapan hukukîlik midir?

17) Georges Gurvitch, *Déterminismes sociaux et liberté humaine*, s. 223.

18) Kadın hâkimiyetli toplum savları için: *İktidarın Üç Yüzü*'nde "Siyasî İktidarın Cinsiyeti" başlıklı III. bölümde "Amazonları Beklerken" başlıklı altbölüm.

Başlangıç toplumunu dayanışmayla hukuk dışına taşıyan görüşün, dayanışma kavramını –hukukçulardan yaygın onay alan ve Engels’in yaklaşımıyla karıştırılan– kendi tanımında bu toplumun hukukuna taşıyarak kullanan Duguit’yle ilgisi yoktur; dayanışma sözcüğü iki düşünürde çok farklı anlamlar taşır. Birincisi “tabii” bir dayanışmaya gönderme yaparak hukuku yoksayar, öteki sosyal dayanışmayla hukuku düşünür. Duguit’de o, nesnel bir sosyal olgu olarak kendini dayatacaktır: Objektivist kuramında objektif hukukun kaynağı dayanışma ya da karşılıklı bağımlılıktır ve kümenin üyeleri onların uygulanmasını pozitif bir cezaya bağladıkları anda sosyal kurallar hukuk kurallarına dönüşür. Bu kurallara saygı dayanışma çerçevesinde kümenin iyi işlemesi için zorunludur ve bu açıdan dayanışma hukuk kuralının temeli olduğu kadar hedefi de olacaktır. Hukukun varlığını dayanışmaya bağlayan bu kuramda güç ilişkileri “cezaya bağlanma anı”yla hukuk sonrasına yerleştirilip onlardan hukuk türemediği iddia edildiğinde, Duguit pozitivizmi dayanışma ideali ve bu hedefe yönelik amaçsallıkla olması gerekene kayar. Hukuku sosyal hayatın doğurduğu, sosyalliğin kendisine en uygun kuralları ürettiği hakkındaki tüm iddialar da, Raz’ın melekler toplumu dâhil bu yaklaşıma uygun

düşer. Hukuk yaratıcı ideal bir nitelik sunan dayanışma anlayışına karşı, sosyallığe bağımlılığı içinde düşünülecek hukukîlik tanımında, gerçek başlangıç nedeni sosyallik öncesi şiddette aranmalıdır. Hukukîlik ne Duguit'nin ileri sürdüğü gibi dayanışmadan ne benzer biçimde hukuk yaratan kurumsal birliktelikten doğmuştur. Tersine her birlikteliğin ve toplu inancın hukukîlikle başladığı ileri sürülmelidir: Öncel güç ilişkisinin yasalarla istikrar kazanması.

Başlangıç toplumu hukukîlik, siyasîlik ve dinîliğiyle bir ilk sosyal eşitsizliğin damgaladığı toplumdur. Hukukîliğin sınıflı toplumlarda aranan ve altküne hukukları dâhil her hukuku hukuk yapan hâkimiyet unsuru onda da vardı. 19. Yüzyılda dönemin antropolojik çalışmalarının emekleme aşamasında olduğu bir sırada, hukukun yalnızca sınıflı toplumda ortaya çıktığını söyleyenler hoşgörülebilir. Ama 20. Yüzyılın sayısız antropolojik araştırmasının gösterdiği şeyi, başlangıç toplumunun yasalı olduğunu ve yasaların öncelikle toplumun bir kesimi üzerinde zor kullanılarak uygulandığını göremeyenler aynı hoşgörülle karşılaşamayabilir.

Güç kullanımına eklenecek ikinci önerme olan eşitsiz güç ilişkisinin ayrıntılı tanımına burada sıra gelir: Güç ilişkisinin bir eşitler topluluğunda topluluk/topluluk üyesi arasında kurulduğu hakkındaki birinci ilkesel önerme ataerkil hâkimiyete aykırı bir sosyal bütünlük tasarımı olduğundan şeylerin gerçek nedenlerine uymaz, kurgusal kalır. Bir eşitler bütünüün yasayı ihlâl eden üyeye karşı toplu güç kullanımı varsayımından yola çıkmaktansa, bir eşitler birliği olmayan başlangıç toplumu yönetenlerinin yönetilenlere uyguladığı şiddeti düşünmek doğru olacaktır. Birinci önermeye kıyasla bu, antropolojik gözlemlerden güç alan gerçekçi önermedir. İlk önermeyi ya da salt "yasa varsa zor kullanımı vardır" önermesini makûl bulmayanları da bir eksikliği gidererek ikna edebilir: Yasanın varlığı güç kullanımı demektir; ama yasanın ilk nedeni başlangıç toplumunda yöneten kesimin yönetilen üzerinde kurmuş olduğu baskıdır. İlk eşitsiz güç ilişkisinin yasayla istikrar kazanıp güç kullanımını doğrulamasıyla, hukukîlik sosyallığın başlangıcında ataerkil olur; kadınları tüm toplumların hükmedilenlerine dönüştürür.

Bu bir belirleme değil, toplu bir belirlenmedir; çünkü ataerkil düzende hükmedenlerin yaratıcı iradesinden sözedilemez. Sacco, "antropoloji hukukçuya normun yasakoyucu iradeye uzak ve yabancı unsurlar taşıdığını öğretir" der: Antropolog da ona sosyallik tarihinde hep rastlanan hukuk kuralına saygı gösterilmesini sağlayacak bir yasakoyucunun, hukukçunun, merkezî siyasî iktidar tipinin –bu tarihin onlara rastlandığı bilinen

dönemini çok aşan bir bölümünde—hiç varolmadığını kanıtlar¹. Bugünkü anlamında hukuk eğitiminin, fakültelerin, hocaların, yasakoyucuların, çeşitli düzeylerde mesleği icra edenlerin, vb. hukukî sürecin çok yakın döneminde ortaya çıktıkları unutulmamalı. Nesnel bir tanım, onlarsız çok geriye giden hukukîliği dikkate almak zorundadır. Bu tanım, kendi yapılanmasının hukukunu hukuk sayıp, diğer hukukî düzenleri gözardı eden anlayışa karşı, hukukîliğin tarihî-ataerkil niteliğini vurgulayan yansız anlayışı temsil eder. Hukukîliğin bir ayağının her daim gerçek güç ilişkilerinde olduğunu anlatırken, bundan ataerkil sistemi doğrulayacak ideolojik sonuç çıkarmaz. Şu ya da bu değerden yola çıkmayan, onlara varmaya da çalışmayan her tarafsız tanımın içereceği eleştirelliliği korur: Tüm diğer aşkınlaştırmalar karşısında yaptığı gibi, ataerkil meşrûiyete dışarıdan bakar; başlangıç toplumunun idealize edilmesinin anlamsızlığını da gösterir. Rousseaucu “iyi vahşi” yüceltmesinin anlamı yoktur; bir kesimin diğeri üstünde kurduğu baskı açısından bu toplum diğer toplumlardan farksızdır. Hatta kişisel özerkliğe hiç yer bırakmadan kuralları tavizsiz bir şiddetle uygularken, başka toplumlardan daha köktenci bir görünüm sunduğu bile söylenebilir. Ama sonuçta tüm eşitsizliklerin, yöneten/yönetilen ilişkilerinin anası olan ataerkil eşitsizlik orada da hukukî, siyasî ve dinî nitelikli yasada doğrulanır. Onda alışılan türde pozitif yasa olmayacağından, bu toplum uygulamayla kurucu ataların yasası arasındaki dolaysız bağ nedeniyle hukukîlik, siyasîlik, dinîlik sözcüklerini içerecek bir tanımı da zorunlu kılar².

Yönetici sınıf barındırmadığı ve kendi kendini yönettiği iddia edilerek başlangıç yapılanmasının demokrasi adını hakettiğine inanılıyor. Bu toplum ilkel demokrasi diye adlandırılınca, demokrasi sözcüğünün içinin —yalnızca bir addır, asla onunla ifade edilmek istenen gerçeklik değil— ona uygun biçimde doldurulması gerekiyor: *Demos* ve *kratos* ya da toplumun bir bütün olarak toplum tarafından yönetilmesi. “Varsayımsal bir eşitler toplumu gerçekten kendi kendini yönetebilseydi, bu yönetimin son derece baskıcı olmayacağını kim söyleyebilirdi?” türünden kışkırtıcı bir soruyu atıyorum. Başlangıç toplumu demokrasisinin, ataerkilliği nedeniyle ideal tanıma uymadığı açıktır. Onun demokrasi sıfatı yakıştırılan diğer yapılanmalardan nasıl uzaklaştığı ve hukukîlik çerçevesinde onlara

1) Rodolfo Sacco, *Anthropologie juridique*, s. 13, 14.

2) Ayrıca Modernite-öncesi diğer toplumlarda da bu üç olguyu birbirinden ve de hepsini kapsayan bir sosyallikten bütünüyle ayırmak mümkün değildir.

nasıl yaklaştığı saptandığında, hiçbir toplumun, ilk tarihî eşitsizlik ve tarih boyunca ona eklenen diğer eşitsizlikler nedeniyle gerçekten demokratik olamadığı iddia edilebilir. Bu ortak sosyal mantık dikkate alınıp demokrasi denen rejimlerin adını taşıdıkları kavramdan beklenen ideal *demos* ve *kratos* yüceltmesine hiç uymadıkları da söylenebilir: Temel unsuru eşitsiz güç ilişkisi olan ataerkil hukukîlik tarihi gerçek bir demokrasinin hiç varolmadığını anlatacaktır.

İlkel demokrasi kadınları merkezî her konumdan dışlayan yöneten/ yönetilen ilişkisiyle, bir sınıf hâkimiyetinden önce kurulmuş tarihî ve köklü cins hâkimiyetini düşündürür. Yasaları, gerçek bir gücü meşrulaştırarak bir kesimin diğeri karşısında hâkim olduğunu ilan eder; öte yandan kurulan tüm meşrûyet bağlarında olduğu gibi yaratılan ataerkil Hakikat'le bunu normalleştirir. Ama başlangıç toplumu üstüne gözlemler yerleşim alanlarının düzenlenmesinde bile iki kesim arasındaki kökten ayrımın ya da eşitsiz güç ilişkisinin çıplak gözle görülebilmesini sağlar. Oysa bu toplumun güç ilişkisinden ve güç kullanımından azâde toplum olduğu hakkındaki *ataerkil-bilimsel consensus*'un hâkimiyeti sürüyor ve 20. Yüzyılda bunu kanıtlayan antropolojik gözlemleri bilim *adamlarının* görmezden gelmesinin ataerkil-ideolojik nedeni açıklama bekliyor. Bu toplumun bir eşitler toplumu olduğunun hâlâ iddia edilebilmesinin nedeni kadim düşmanlık olmalı. Öyleyse, hukukun üstünlüğüne gönderme yaparken onun ataerkilliğini görmezden gelene de şaşırmamalı. Tam da bu körlük nedeniyle, güç ilişkisiyle yasa, yasayla güç kullanımı arasındaki tarihî-ataerkil bağı en yalın hâliyle gösteren başlangıç toplumunda yapılmış –yokedildiklerinden yeni gözlem imkânı kalmadı– gözlem ve çalışmalar hukukta vazgeçilemezdir. Her idealizmi besleyecek evrimci bir zincir oluşturmaktan ve ataerkil ezberi sürdürmekten vazgeçilirse, bu toplum ortak model çerçevesinde aynı mantığa uyan diğer tüm toplumlarla hukukî bağ kurulmasını sağlar. Çok önemli bir başka ders de verir: Yasalarının anlattığı ataerkil güç ilişkisinin iradî her yasayaratım iddiasını ortadan kaldırdığını kanıtlar.

Hukukîliğin tanımı açısından başlangıç toplumunun özelliği, yöneten ya da yönetilen topluluk üyelerinin uydukları kuralların varlık nedenini bilmemeleridir. Hukukî, siyasî, dinî olan burada her topluluk üyesinin bilincini aşar. Hukukî sayılan edimleri yerine getirdikleri sırada, kendilerini onlardan ayırarak onlara bakma ve bugün uyulan kurallar nasıl değerlendiriliyorsa onları öyle değerlendirme imkânları olacağını varsaymak, bu insanlardan fazla şey istemek olur; bugün bile yasayaratıcı olduğu iddia

edilen bir çoğunluktan “hukukî işlemi soyut biçimde düşünme, temelini bir kuralda bulma yeteneği”³ istemek ya da güç ilişkisiyle yasa, yasayla güç kullanımı arasındaki bağın her düzenlenmeye özgü mantığından haberdar olmasını beklemek haksızlık olacaktır. Başlangıç toplumunun önce hâkim olanları, sonra hâkim olunanları “mitoslarına neden inandıklarını” söyleyemez, sosyal hayatı mümkün kılan yasaların neye yaradığını açıklayamazlar. Kuralların, kendilerini aşan, hikmetini bilmedikleri bir zorunluluğun eseri olduğunu düşünürler –yine bugünden bakılınca çok da arkaik bir anlayışta oldukları söylenemez– ve yalnızca zorunluluğa itaat ederler. Tam da bu nedenle verdikleri sosyallik dersi anlamlıdır: Bilinçsizce ve topluca yarattıkları hâlde kendi eserleri olduğunu bilmedikleri hukukîliğin, sözcüğe aşkın ve olumlu anlam yakıştırmadan neredeyse “mucizevî” olduğunu kanıtlarlar. Her daim iyi bir öğretici olarak, özgür irade yokluğunun kendini gösterdiği hukukîlik *momenti* başlangıç toplumdur; “sosyal başlangıçtan bu yana sıfır noktasında hukuk ya da yasa yaratan özne olmadı” dedirtir, hâkimleri ve sözde iradelerini hâkimiyetin belirlediğini anlatır.

İdealizm karşıtlığını dayanışma fikriyle sorunlu Duguit geleneğiyle sınırlamak mümkün değil. Ama kuralları sosyallığın ürettiği, onların hem sosyal dayanışmadan doğduğu hem dayanışmayı sağladığı iddiası gerçeğe uygun düşmese de Duguit’in şu görüşündeki tutarlılık gözden uzak tutulamaz: Hukuk kuralı temelini şu ya da bu iradede bulmaz, bireylerin tek tek bilincini aşan bir kendiliğindenliğe denk düşer ve bireylerin iradesinden bağımsız bu kendiliğindenlik başlangıç toplumunda da mevcuttur. Hukukîlik her iradeye öncel olduğundan, kısmi iradeler onun belirleyiciliği altında hukukî sonuçlar yaratabilir. Hauriou, son dönem çalışmalarıyla konvansiyonel bir konum almadan önce, “kurum” kuramıyla bu görüşe katılmıştı. Sosyal kurum ya da kendiliğinden sosyal bütün, sosyal olanı yaratan bir tür bireyselliğin eseri olsa da sosyal olanda bireyselliği aşan bir şey vardır: Gerçekleştirilecek hukukî “eser”. Bu hukukçu, kuramında modern toplumu ve devletli hukuk sistemini incelediği için Anayasa Hukuku ya da İdare Hukuku’nda hemen ona yakıştırılacak güncel, sınırlı ve basit anlamların ötesinde, Savigny’ye yaptığı göndermenin gösterdiği gibi “kurum” a tarihî devamlılığı vurgulayan boyutu kazandırır ve hukukîliğin derin, somut başlangıcını düşündürür. Onun kurum tanımı neredeyse, Malinowski’nin, başlangıç toplumundan

3) Rodolfo Sacco, *Anthropologie juridique*, s. 149.

başlayarak her kümede farklılaşmış kültürel evrenselliğin parçalarını oluşturan sayısız kurum tipi⁴ tanımına yaklaşılmaya başlar. Modern hukukun sınırlı kurum fikrini aşan ve sosyalliği kucaklayan bu tanımla Hauriou'da hukukîlik, kısmi iradelerin sonraki katkısı reddedilmese de iradî bir düzenlenme, dile getirme, kurallandırma olarak görülmez; dolayısıyla gerçekleştirilecek eser kavramı ona hemen atfedilecek amaçsal özellikten arınır. Hauriou'nun şu tanımı çok dikkatli okunmalıdır: Sosyal bütünlerin kuruluşu hukukî bir işlemle gerçekleşir ve bu aynı zamanda o bütünlerin –başlangıç toplumunun da– varlığının hukukî temelidir, çünkü bu varlık bir kuruluşun devamlılığından başka şey değildir⁵. Sosyalliğin başlangıcı hukukîdir ve hukukîlik, devlet dâhil tüm hukuk sistemlerini, tüm farklı yasal düzenlemeleri, tüm hukuk kurallarını, vb. aşarak önlerine geçen, hepsini içeren, hepsine ortak niteliğe sahiptir. Bu görüşü paylaşan iradecilik karşıtı Lévy de “hukukun tamamı kurumdur” derken, hukukîliğin inşasında –yaratılışında– toplu inancın etkisine atfettiği mistik rolle Hauriou'dan uzaklaşacaktır⁶.

Özgür iradeci tabii hukukçular ve pozitivistler, insanları belirleyen sayısız gerçek nedeni ya göremediklerinden ya da ideolojik tavırla, görmek istemediklerinden serbest seçim yapılabileceğini iddia ederler. Yaratıcısının hukuku ya da yasayı özgürce hep bir sıfır noktasından başlayarak yarattığını düşünürler. Kaldı ki bazı tabii hukukçular başlangıç toplumunun varlık nedeni olarak, insanların amacını bilmedikleri yasalara itaatini de böyle açıklayabilirler; ama o toplumun insanı da yasalarının varlık nedenini kurucu atalarda bulduğundan yeni bir şey söylemiş olmazlar. Başlangıç toplumu insanı onu saran zorunlulukların bilincinde olmadığı, kendisini belirleyen gerçek nedenlere ulaşamadığı için “tabii hukukçu bir ruh”a sahipti ve tabii hukuk kurmacasının canlı kanıtıydı. Yine de tabii hukukçular bu insanların güç kullanarak uyguladıkları farklı yasaları ve onlarda doğrulanan uygulamaları ideal hukuklarına, vazgeçilmez bir adalete ve değişmez ahlâklarına nasıl yakıştıracaklar? Ortak model üzerinden suçun zaman-mekân farklılığını devreye sokan hukukiliği ve hukukları kabullenmek istemeyeceklerine göre; tabii hukukçuluklarının sonu olurdu böyle bir kabul.

4) Birkaç örnekle, aile, akrabalık kümeleri, klan, klan sistemleri, kabile, totemik kümeler, cinsel kümeler, meslek kümeleri, okullar, liseler, üniversiteler, altkümeler, siyasi birlikler, devlet, vb. (Bronislaw Malinowski, *Une théorie scientifique de la culture*, s. 50, 55-58).

5) Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, s. 266-269.

6) Emmanuel Lévy, *Les fondements du droit*, s. 89, 90, 96, 159, 160, 161, 164, 168.

Soruna iradeci pozitivismden bakıldığında da başlangıç toplumunun kaynağındaki irade savı anlamsızlaşır. Bu toplum insanının kendini yasayarattıcı saymadığı inkâr edilemeyeceğinden, bu kez dünyevî bir yasayarattıcı irade savıyla nasıl yola çıkılacak? Olsa olsa üyeleri tek tek aşan –ve ulus iradesini hatırlatan– bir topluluk iradesiyle, tabii hukukçularinkinden farksız bir soyutlamayla yetinilir. Sanırım, başlangıç toplumunun hukuksuz olduğu savı tabii hukukçuları ve iradeci pozitivistleri içeren yaygın cephede şu nedenle yandaş buluyor: Başlangıç toplumu insanı rıza gösterdiği yasanın nedenini bilmediğinden, orada yasayarattıcının bilinçli eyleminden söz etmek imkânsızlaşıyor. Güç ilişkilerini belirleyen hâkim özne ya da irade yanlısı yaklaşımlar da başlangıç toplumunun hukukîliğini orada, yasayarattıcının belirsizleştiği yerde reddediyorlar. Çünkü başka toplumların tanıdığı imkânı, yasayarattımını yönetici iradeyle tanımlama imkânını bu toplumlar vermiyor ve onların hukukîliği hem bu toplum hem de tüm toplumlar için iradeci ve yönetici hevesi kırıyor. Başlangıç toplumunun iradî olmayan hukukîliğiyle, aşkın ya da dünyevî bir öznenin, onun özgür iradesinin kuşkulu hâle gelmesi, hukuk konusunda alışlagelmiş her yaklaşımın sıfırlanması ihtimâlini doğuruyor. Hukuka böyle sıfırdan başlanmasını engellemek üzere seçilecek iradeci yol da yasayarattıcısı gösterilemeyen toplumları hukuk dışına itmek oluyor; eşitsiz bir güç ilişkisi yoksayılıp bu toplumların kusursuz demokratik toplumlar olduğu ileri sürülüyor. Öyleyse iradeci her yaklaşımın ısrarla ataerkil eşitsizliği görmezden gelen ideolojik yaklaşım olduğunu düşünmek gerekir.

Başlangıç toplumuyla –hâkim zihniyet çerçevesinde, Modernite'ye kadar tarihteki tüm toplumlarla– modern toplum karşılaştırılırsa, yasayarattıcı olduklarından kuşku duymayan modernler yasalarının neye yaradığını bildiklerine inanıyorlar. Modernlikleriyle sosyalliğe verdikleri cevap arasında mantıklı buldukları bir bağ kuruyor ve yasayarattıcı olduklarını düşünmeyen toplumlardan bir kesintiyle ayrılıyorlar⁷. Bu kesintiye rağmen, modern anlayışta da hukukîliğin ortak mantığında bulunacak arkaik kalıntılar yok mu? Modernler, yasalarının yaratıcısı olduklarını bilmeden yasalarını iyi bilen başlangıç toplumu insanından daha mı iyi biliyorlar yasalarının gerçekte ne anlama geldiğini? Kurallara boyun eğerken onların asıl nedenlerinden haberleri var mı, yoksa nedenlerin yerine sonuçlar mı geçmiş? Gerçeğin yerini hep Hakikat'in aldığı gibi bu kez de modern Hakikat mi almış? Modern mitoslar kuralların sözde

7) Kesinti savı için: *İktidarın Üç Yüzü*'nde "Sonuç" bölümü.

ussallığını aşmıyor mu? Uygulamanın karşısına oturtulan meşrûiyet aynası gerçek güç ilişkilerini birebir yansıtıyor mu? Modern hukukî *ratio*'ya çok güveniliyor, ama hukukîliğin ardında yatan ataerkillik hâlâ her yerde buzdağının görünmeyen kısmı değil mi? İleride, "modernler mitoslarına inanıyorlar mıydı?" diye soracak kişi bu soruyu nasıl cevaplandırarak? Belki sözü ister istemez idealizm karşıtlığına getirecektir.

İdealizm karşıtı görüş, eşitsiz ilişki ve güç kullanımı unsurlarına dayanarak "hukuk nedir?" sorusuna şöyle karşılık verir: "Toplum tipleri arasındaki farklılıklara rağmen, her toplumu kapsayan tarihî hukukîlik, tanımını ataerkil ilk doğuşta bulur"⁸. Belki bu görüş, tüm idealizm karşıtlıklarını uzlaştıran, pozitif hukukta zaman ve mekân içinde yerini almış farklı fenomenler bütününe görecek ve olgularla bunlar arasındaki ilişkilerin gözlemini aşma iddiasındaki her zihinsel çabayı yararsız bulacaktır; düşünceden olgulara gitmeye çalışmadığına göre, hukuku bu tür çabalarla tanımlayan Felsefe'leri reddedecektir.

Tabii hukukçu görüş sosyallik ötesi hukuk kaynağının varlığını savunduğundan, bir tabii hukukçu kaynağı sosyallikte bulan bu yaklaşımın pozitivism olduğunu ileri sürebilir. Çünkü her tabii hukukçunun itirâz edeceği bir yaklaşımla, hukuk sosyal koşullanmalara bağlanıp onlarla farklılaşan hukuklar düşünülmemekte, "bir" hukukun idealist bağımsızlığı reddedilmektedir. Hukukun kaynağını yaratıcı dünyevî iradeye bağlayan iradeci –öyle olduğu ölçüde idealist– pozitivist ise, bu kez, iradecilik karşıtı bu yaklaşımı tabii hukukçuluğa maledebilecektir: "Sosyallik hukukîliktir" diyen araştırmacı ortak modele bağlı kaldığı oranda tarihîleşmiş, iradeci pozitivistin deyimiyle evrenselleşmiş ya da tabii hukuka dönüşmüş bir hukuku savunmuş olacaktır. Tabii hukukçu ve iradeci pozitivist bu iki iddia hem iradeci ve idealist benzerlikleri hem birbirini inkâr eden yönleriyle devre dışı kalırlar. İradeci pozitivistin basit önermesine göre zengin ve karmaşık olan hukukîlik tanımı, tabii hukukçuluğun ya da metafizik her eğilimin de karşısına çıkarılmalı, ısrarla hukukîliğin gerçek kaynağına, sosyal başlangıca dönülmelidir; kaynağı aşkın iradî odakta bulan tabii hukukçuluğa ve dünyevî iradeye pozitivism karşı, bu başlangıcın her toplum tipine ortak aslî unsurları aranmalıdır. Metafizik eğilimleri, şeylerin gerçek nedeni olmayan soyutlamaları reddeden hukukçu şunu görür: Sosyalliğin baş-

8) Emile Durkheim'a göre de hukuk pozitif bir bilimin konusudur ve bu çerçevede sosyal ortam belirleyici rol oynar.

langıcı, istisnasız her toplumun kaynağında, ilk güç ilişkisinin bir kurallar dizgesinde meşrulaşmasıdır. Bu da her sosyal kümelenmede bir iradeyle değil, hâkimiyetin yasalarda irade dışı istikrar kazanmasıyla gerçekleşir. Hukukîlik o anda kurulan yasa ve güç kullanımı bağı çerçevesinde sosyal olan her şeye bağımlı ve zorunlulukla ataerkildir.

Valéry Larbaud *Günlükler*'inde "ya mitos hakikatse?" diye sormuş. Evrimci anlayışına çekince koyup ilerleme sözcüğünü "tarih"le değiştirdikten sonra, soruyu Bachofen gibi cevaplıyorum: "Tarihin başlangıcı mitosa dayanır ve mitosla tarih arasında yapılacak her ayırım tarihî devamlılık karşısında anlamsızlığa mahkûm olur."¹

Antropolojik yaklaşımla en basitinden karmaşığına tüm toplumlarda hukukiliğın sosyallikle varolduğunu savunan görüşün bir hukuku diğer hukuktan üstün sayma şansı yoktur. Bu yaklaşım toplumların ve hukuklarının değer yargılarıyla sıralandırılmasına izin vermez, evrimci ve amaçsallıkla donatılmış tüm görüşleri reddeder. Hukukiliğı her toplumda bulmaya çalıştığı için de onu tarihî, nesnel ve eleştirel tavırla ele alır. Savigny'nin mistisizmini eleyip, "hukuk nedir?" sorusunu bu tavırla cevaplamaya çalışacağım: Tutarlı bir tarihî bakışta, olgular nasıl ortaya çıktılarsa öyle ele alınmalı ve geçmiş, farklı dönemlere göre kendi tekiliğinde kavranmalı, her genelleştirme girişimi olguların nedenlerini araştırarak çalışma adına reddedilmeli, her dönem kendi koşullarıyla düşünölmeli

1) Johann Jakob Bachofen, *El matriarcado*, s. 33.

ve amaçsal Tarih Felsefesi'ne karşı çıkılmalıdır. Durkheim'da da "tarihçi için, toplumlar, birbirleriyle karşılaştırılamayacak, apayrı cins bireysellikler meydana getirir. Her halkın, yalnızca kendisine uyan fizyonomisi, özel yapısı, hukuku, ahlâkı, ekonomik organizasyonu vardır ve her genelleştirme hemen hemen imkânsızdır (...) Tarih yalnızca, yeniden meydana gelmeksizin birbirine zincirlenen olaylar dizisidir (...) bir toplum için iyi olan, ötekilere uygulanamaz". Bu görecilik, toplumların birbirlerinden farklı oldukları gerekçesi ve aralarında ortaklık bulunamayacağı iddiasıyla, araştırmacıyı sosyallik karşısında eli kolu bağlı seyirciye dönüştürür mü? Tabii hukukçuların, farklı eğilimlerin temsilcilerini ayırım gözetmeden pozitivist diye adlandırırken, onlara yakıştırdıkları tavır bundan başka şey olamazdı. Oysa Durkheim'ın bile kendi pozitivistinden beklediği tavır farklıdır: "Ahlâkî, hukukî, ekonomik, vb. kurumların sonsuzca değişken oldukları doğrudur, ama bu değişiklikler, bilimsel düşüncenin hiçbir yandan onlara erişemeyeceği mahiyette değildir"². Hukukbilimci tarihte varolmuş toplumların hukuklarını hukukîliğin aslî unsurlarıyla kavrayacak ve "hukuk nedir?" sorusuna burada cevap arayacaktır. Bu arayışta, modern hukuk zihniyeti modern olmayan zihniyetlerle, örneğin premodern hukuk zihniyetiyle karşılaştırılarak incelenecektir. Hukukîliği bu şekilde karşılaştırmalı-tarihî bakışla ele alan araştırmacı, Mauss'un hukuk eğitimi alınış izleyicisi Lévi-Strauss'un açtığı yolda, antropolojik bir adım daha atarak, soruya gerçekçi cevap için başlangıç toplumuna gitmek zorunda kalacaktır; onun mitoslarını inceleyecek ve onlarda güç ilişkilerini henüz sosyal başlangıçta gizleyip doğrulayan Hakikat'in hukukîliği karşıladığını görecektir.

Araştırma alanı başlangıç toplumu da olan antropolojik yaklaşımın bu konuda hukukçu araştırmacıya sunacağı hayatî bir fırsat vardır: 20. Yüzyılın ilk yarısında bu toplumu gözlemleyebilmiş antropologların çalışmalarından yararlanabilir. Oysa hukuk tarihçileri eski toplumlar açısından bu imkâna sahip değiller. Onlar çağlar önce yazılmış kural metinlerini inceleseler de bunların düzenlediği hayatı ve doğruladığı güç ilişkilerini tahayyül etmekle yetinirler. Bu kural dizgeleri bilimsel araştırma konusudur, ama bilimsellik gözlemden mahrum kaldığından kuralın doğruladığı şey dolaysız yakalanamaz. Antropolojik gözlem ise ortak model arayışında araştırmacıya benzersiz bir kolaylık sunar. İlk güç ilişkisiyle kurallar, onlarla güç kullanımı arasındaki bağ burada başka bir toplum tipinde

görülemeyecek çıplaklıkta kendini gösterir. Çünkü karmaşık toplumlara geçildikçe sözkonusu bağ puslu bir güç ilişkileri ortamında kaybolacak, ortak modelin yakalanması zorlaşacaktır. Karmaşık toplumlarda yapılması zor olanı basit toplumda yapmak ve örtüyü kaldırmak kolaydır.

Kaldı ki antropolojik yaklaşım merkezî “bir” hukuk tanımının altküne hukuklarını gizleyen tektipleştirici mantığının aşılmasına da yardımcı olur: İradeci pozitivizm içiçe geçen farklı hukukları yoksayar; modern–gerçekte Kelsen’in biliminin konusundan istediği “normatif saflık”ta asla ortaya çıkmayan– hukukun içindeki altküne hukuklarını görmezden gelir; Modermite-öncesi yapılanmanın hukukundan ardakalarak varlığını sürdüren kalıntıları da hukuk dışına itmeye çabalar. Oysa karmaşılaşmış herhangi bir düzenin bazen kendisiyle ve birbirleriyle eşit rekabete girebilecek hukukları içermeyeceği düşünülemez. Bir hukukî düzenin farklı tüm hukukları yokedecek kusursuz bir türdeşliğe sahip olduğu iddiasının, her düzenin ideolojik iddiası olarak gerçeklikle ilgisi yoktur. Yine de içerilen sayısız ve değişken hukuklarla da karmaşılaşan yapılanmaya, sistemin tektipleştirme mantığı eklenince, burada hukukîliğin yakalanmasının neden güçleştiği bir kez daha anlaşılır. Hukukî Antropoloji hukuku devletle özdeşleştiren iradeci pozitivist tanıma itirâz ederken, modern hukukun içerdiği basit hukukî düzenleri gösterip türdeşliğe gönderme yapan her tanımı dağıtacaktır. O, hukukîliğin en kolay yakalanabileceği toplumdan yola çıkarak benzer mantığın farklı toplumlarda ve hukuklarında görülebilmesini sağlayan tarihî bir yol açar: Başlangıca dönmeyi zorunlu kılan yol.

O başlangıçta da toplumlar, “hukuk nedir?” sorusuna verilecek cevaba aranan malzemeyi sorunsuz sunamaz. İçlerinde hukukîliğin katıksız izlenebileceği en basit toplumun yapısı çok küçüktür ve gözleme sunulanların bir kısmı ise ona kıyasla karmaşılaşmış yapılar sergiler. Bu da şu sorulara yol açar: Hukukîliği önce hangi yapıda izlemek doğru olur? Çok az sayıda üyeden oluşan klan düzeyinde başlangıç toplumunda mı, yoksa büyümüş ve karmaşılaşmış olanda mı? Farklılaşmış bu toplumlar arasında birinin hukukunu ötekinden ayıran niteliksel bir fark var mıdır? Farklılıklar yoksayıлып bunların hukukîlikleri genel çerçevede mi ele alınmalıdır? vb.

Bu sorulara “hukuk nedir?” sorusunun hukuk antropoloğunu mutlaka yönelteceği hukukîliğin doğuşu ve mitosların mahiyeti üzerinden cevaplar verilebilir. Toplumlar karmaşılaştıkça gizemli nitelik alan hukukîlik sorunu, başlangıç toplumunun mitoslarının incelenmesi sayesinde sorun olmaktan çıkar ve hukukîliğin doğuşunun iradî olamayacağı da anlaşılır. Mitosun Hakikat yaratmaya devam ederken mitos olduğu unutilan

modern toplumdan –onun da rasyonel sanılan zihniyeti ele geçirmiş sayısız mitos var– mitosun Hakikat yarattığı açıkça sergilenen başlangıç toplumuna atlandığında, onun, düzeni açıklarken topluma hem ahlâkî “bir” temel kazandırdığı hem de hukukî-siyasî-dinî sistemi doğruladığı görülür³. Burada bir kez daha sorulacak soru şudur: Mitos gücü elinde bulunduranların özgür iradesinin ürünü müdür, değil midir? Soru önemlidir; başlangıç toplumları arasındaki farklılıklar, yasayaratımındaki iradî unsurun, basit olana göre karmaşılaşmış başlangıç toplumunda belirleyici olduğu izlenimi verebilir. Bu açıdan mitosların yanına kişiselleşmiş bir yasa yorum tekniği ve yorumcuları eklenmiş, tüm basitliğine rağmen bir ölçüde de olsa bulanık görüntü sunmaya başlamış bu toplum değil, daha basiti elverişlidir. Asgari bir karmaşıklık sunup öndersiz toplumla dinî önderli toplum arasında sıkışmış toplulukta, önderi en azından gerçek bir dinî önder yapacak kutsallaşma henüz gerçekleşmediğinden güç ilişkisi mantığı kolay yakalanır. Öndersiz toplumda sözde de olsa güç sahibi bir odak gösterilemeyeceğinden, mitosun varlığı özgür bir iradeye bağlanamaz. Bu toplumun hukukî olduğu ileri sürülecekse onda mitos dışında güç ilişkisini doğrulayacak şey bulunamaz. Hukukî Antropoloji de güç ilişkisiyle mitos, mitosla güç kullanımı arasında doğrudan hukukî bağ kurulabileceğini gösterir. Hukukî, siyasî, dinî olanın kaynaştığı bu bütünde, mitosun taşıdığı çok genel ve saf anlamı Mauss şöyle anlatır: “O aynı zamanda hem gönüllü hem kendiliğinden hem de zorunlu bir katılımın, düzenlenmiş bir kümenin inancının nesnesidir. Gerek onun malzemesi olan temalar gerekse bu temaların düzenlenme biçimi konusunda bir tür anlaşma zorunluluğu varsa, ancak o zaman mitostan sözedilir. Bu zorunluluk, yalnızca kümeden geliyorsa, yalnızca toplum üyelerini inandırmaya itiyorsa bir anlam kazanır. Ve toplum onlara mitosunu kabul ettirir, çünkü kendini onda dile getirir; çünkü mitos toplumun onun aracılığıyla kendini düşündüğü simgedir”. Tanımda önemli olan, Mauss’un bu satırları mitosun başlangıç toplumunda sanat diye adlandırılabilir her etkinliğe dair olduğunu belirtmek için yazmış olmasıdır⁴. Hukuk, sanat, din, vb. hepsinin kaynağının toplum olduğu, hepsinin onu anlattığı en

3) Bu konuda kuramsal bir inceleme örneği olan A. I. Richards’ın kitabında da siyasî hakların elde tutulmasına ya da devrine ilişkin mekanizmalar –güç, ayrıcalık ve saygınlığı korumayı sağlayan stratejiler ve usuller– ele alınır ve bunların mitik bir geçmişe, ilk kuruluş edimlerine, bir geleneğe gönderme yaptıklarına dikkat çekilir (Georges Balandier, *Anthropologie Politique*, s. 139-140).

4) Marcel Mauss, *Oeuvres. 2. Représentations collectives et diversité des civilisations*, s. 195-227.

bariz biçimde bu en basit toplumda, sosyalliğin başlangıcında görülür. Rouland da mitosun evrenin yaratılışı, sosyal hayatın doğuşu ve onu düzenleyen büyük kurallar hakkındaki temel açıklamaları sunan anlatı olduğunu söyler. Sosyal hayata imkân veren kurallar mitostan doğar ya da doğrudan onda bulunur. Dikkatle okunması, bir topluma özgü norm ve pratiklerin içeriğini tanıma imkânı verir. Eski toplumda kurallar olsa olsa mitik üretime ilişkindir ve mitos.onda yasadan anlaşılan şeyi karşılar. Rouland “mitosun yasakoyucu gücü vardır” diyor; bense mitos konusunda “yasakoyucu güç” kavramından çok, Derrida’ya değil Nietzsche’ye ait olan ve önyargının Hakikat’e dönüşmesini anlatan Yasa Gücü⁵ kavramına yakınım. Hem başlangıç toplumunun hem eski toplumların insanının⁶ yasakoyucu olmadığı, kendi dışında koyulmuş bir yasayı tekrarladığı unutulmamalı. Modern toplum burada başlangıç toplumundan ve eski toplumlardan, insanın yasayı ya da hukuku yaratma ayrıcalığıyla –iddiasıyla– ayrılır. Bu toplumda insanın yasakoyucu iradesiyle öne çıktığı varsayılırken, eski toplumda mitos ya da yasa bir insana, bir organa ait olmaktan çıkar. Başlangıç toplumu, hukukî düzeni dengeleyip devamını sağlayacak kendiliğindenliği düşündürür. Bu kendiliğindenlikte, “doğuş” sonrası ortaya çıkan belirlenmiş kısmi iradelerden de sözedilebilir; ama ne sosyallik öncesinde ne de başlangıçta, geleceğin toplumunun denge-sini hesaplayacak, devamını kestirecek belirli bir irade olabilir; ya da bu yalnızca idealist bir tasarım olur: Örneğin kişisel iradeden ya da küme iradesinden bağımsızca güç ilişkisinden kaynaklandığı hâlde, tüm dinlerin başlangıcında mutlaka mitik yaratılışa havale edilen irade kurgusu. Mitosa böyle mitik bir yorum getirilmeyecekse, o sosyal olgu olarak ele alınacaksa irade konusunda söylenebilecek olan şudur: Mitoslarda beliren kurallar, uygulamada kısmi iradeleri devreye sokan bir yorum gerektirirler. Bu yorum, toplumun yaşlı bilgeleri ya da dinî önderleri, ihtilâf çözümünde temel kuralları hatırlattıklarında devreye girer⁷. Buna rağmen normu, basit ya da karmaşık her sosyallikte ne keyfî irade ne de toplu organ yaratır⁸.

5) Friedrich Nietzsche, *La généalogie de la morale*, s. 120. Bu konuya kitabın “Yasa Gücü ve Anlam Borcu” başlıklı bölümünde ayrıntılı olarak değinmiştim.

6) Bu açıdan modern toplumu diğer toplumlardan ayıran kesinti için İktidarın Üç Yüzü’nde “Sonuç” başlıklı bölüm.

7) Norbert Rouland, *Anthropologie Juridique*, s. 187-191.

8) Hans Kelsen, *La Démocratie. Sa nature – Sa valeur*, s. 42. Sosyal olgunun belirleyici nedenini bireysel bilinç hâlleri arasında değil, önceki sosyal olgular arasında arayan Durkheim da kendini bir kez daha hatırlatıyor (Emile Durkheim, *Sosyolojik Yöntemin Kuralları*, s. 98-108).

Rouland mitosla yasa arasındaki ilişkiye değinirken, en basit topluma göre nispeten karmaşık toplumda yasayı karşılamak üzere, mitos yanına ondan ayırttığı geleneği ekler. Bu yoruma karşı, hukukîliğin peşindeki hukukbilimci “doğuş” konusunda, salt mitos hakkındaki soruyu değil, ondan ayrı görünen, ama öyle olmayan gelenek hakkındaki soruyu da sormak zorundadır ve bu sözde ayrı iki kural dizgesi, yasanın kaynağına ilişkin farklı cevaplara yol açar: “Hukuk nedir?” sorusunu kaynağa gidip “hukuk nereden gelir?” sorusuyla tamamlayan Lévy-Bruhl de başlangıç toplumunun hukuklu olduğunu savunur. Ancak hukukun şekli kaynaklarının başına ve yasanın önüne geleneği yerleştirirken, kendi deyimiyle çok yaygın bir gelenek içinde başlangıç toplumu geleneğine küçük bir yer ayırır. Dinamik gelenek tanımına kıyasla, geçmiş hukukun onun yerini alan hukuk içindeki devamı diye gördüğü bölgesel geleneği de başlangıç toplumu geleneğini de statik geleneklerden sayar. Ayrıca aralarında esasa dair büyük fark olmadığını belirtse de hem gelenek yasadan önce geldiğinden hem de kendiliğinden ve bilinçdışı karakteri olduğundan onu yasadan ayırır. Bu, aynı zamanda geleneğin bilinçdışı karakterinin tersine, yasanın –kısmen de olsa– iradî olduğunu söylemektir. Şekli kaynakların da gerçek tek kaynaktan geldiğini ve onun gelenek dâhil sosyal kümenin belirsiz iradesi olduğunu ileri süren Lévy-Bruhl’un savı tartışmaya açıktır. Yine de hukuklu saydığı başlangıç toplumuna özgü geleneğin yasanın yerini aldığını söylemesi⁹ ve gelenek/hukuk ayrımını burada neredeyse kökten yoketmesi, mitosu bir tür kural kaynağı sayan görüşe o kadar da aykırı sayılmaz. Gelenek/hukuk ayrımı konusunda Sapir’in yaklaşımı da önemlidir: Başlangıç toplumlarından hiçbirinin gelenek baskısından muaf olmadığını, bununla birlikte yalnızca bazıları için hukuk sözcüğünün kullanılabileceğini yazar. Sapir’de, hukukla gelenek arasındaki farkın nedeni toplumun yazıya geçmiş olmasında aranmaz; hukuk yazıdan çok önce gelenekten türemiş olabilir. Bundan da önemli olan, Sapir’in geleneği hukuktan net biçimde ayırırken, gelenek sözcüğünü kullanmayı tercih ettiği toplulukların –Afrika kabilelerinin çoğu– konumunu “hukukîlik”le anlatmasıdır¹⁰. Hukuk ve gelenek hukukîlikte biraraya gelirken, birbirini iten karşıt anlamlarını Sapir’e rağmen onun yorumunda kaybederler. Malinowski ise geleneğin değişen ortama uygun olmaktan çıkmış –sosyalliği karşılayan geniş anlamıyla– kültürel olgu olduğunu anlatır. Bu

9) Henri Lévy-Bruhl, *Sociologie du droit*, s. 39-58.

10) Edward Sapir, *Anthropologie*, s. 179.

tanımla, varlığını sürdüren bir geleneği hukuktan ayıran yalnızca ortam değişikliğidir. Üstelik Malinowski'de gelenek, değişen ortamda yeni anlam kazanabildiğinden fark daha da azalır¹¹.

Başlangıç toplumunda hukukîlik olgusunun yakalanmasındaki katkıları açısından Sosyal Antropoloji, Siyasî Antropoloji ve Hukukî Antropoloji çalışmaları arasındaki kesin farkı belirlemek kolay olmaz. Bu toplumda hukukîliği sosyallikle birarada gösterebildiği için, Lévi-Strauss'un genelde Hukukî Antropoloji çalışması sayılmayan *Ailenin İlksel Yapıları* adlı kitabı toplumun, hukukîliğin başlangıcındaki ilk yasalarla toplum olduğunu kanıtlayan çok önemli bir hukuk kitabıdır¹²: Kapalı, küçük başlangıç toplumları, gözlemlenebildikleri her yerde ve farklı zamanlarda, birbirlerinden çok uzakta, bazen ayrı kıtalarda, hiç aksamadan iki sosyal yasayla kendilerini antropoloğun gözlemine sundular: Kadınları değiş-tokuş edilir kılan enest yasağı¹³ ve totem hayvanı yeme yasağı. İkincisini dinî yasa diye birinciden ayırmak adet olmuşsa da iki yasağın hukukî, siyasî, dinî çerçevede biraraya geldiklerini gözden kaçırmamakta yarar vardır¹⁴. Ataerkil güç ilişkisine dayalı bu iki yasa doğrulamalarını önce en basit toplumun mitoslarında bulur. Barthes'ın *Mitolojiler*'inde tanımladığı şu mantıkla: Sosyallik tarihinde ne kadar geriye gidilirse gidilsin, dünya mitosa hep tarihî bir gerçek sunmuş, mitos da bir değerler sistemi ya da semiyolojik bir sistem olarak bu gerçeğin yerine onun sözde tabii imgesini ortaya koymuştur. Mitos şeylerin tarihîliğinin yokolmasıyla belirmiş, şeyler onda üretimlerinin anısından yoksun kalmıştır. Dünya dile insanî etkinlik

11) Bronislaw Malinowski, *Une théorie scientifique de la culture*, s. 29, 30.

12) Tabii süreci kültürel süreçten ayıran şey, tabii süreçteki kesin kural yokluğudur. Tabiatın kualsızlığı ve kendiliğindenliği karşısında, bir norma bağlı olan her olgu sosyal, kültürel alana aittir. Lévi-Strauss'a göre her şeyin görece olduğu bu alanda tabii olguların evrensel niteliğine sahip tek kural haram birleşme yasağıdır: Kültürü tabiatıtan ayıran yasa. Sorulması gereken soru şudur: Hiçbir evlilik türünü yasaklamayan toplum olabilir mi? Sorunun cevabı mutlaka olumsuz olacaktır. Şu ya da bu biçimde, her toplum haram birleşme yasağı uyarınca düzenlenir ve onusoz sosyal olunamaz (Claude Lévi-Strauss, *Les structures élémentaires de la parenté*, s. 3-13).

13) Mauss'un sosyallığı ve hukukîliği değiş-tokuşla başlattığı hatırlanarak, kurgusal olanlar da dâhil tüm sözleşmelerin kökeni burada aranabilir. Tabii ondan sonra sistemleri birbirinden ayıran kesintilerin sözleşme fikrine çok farklı mahiyet kazandıracığı da unutulmamalı, bu konuda tarihçi her indirgemecilikten kaçınılmalıdır: Modern hukukî kuramın sözleşmesi ne Epikuros'un ne Lucretius'un ne Ulpianus'un ne de Cicero'nun sözleşmeden anladığı şeydir. Bu konuyu kitabın "Pozitivizmin tabii hukukçu kökeni" başlıklı bölümünde ele almıştım.

14) Hem bu konuda hem de genel olarak ataerkil ilk yapılanma konusunda ayrıntılı bir yaklaşım için: *İktidarın Üç Yüzü*'nde "Siyasî İktidarın Cinsiyeti" başlıklı III. bölüm. Özellikle kitabın bu bölümünde sosyallığın ilk çıtıslıkla doğuşundaki irade dışı özelliğin sistemli biçimde vurgulanmadığını ve bunu bir eksiklik saydığımı belirtiyim.

arası ilişkiyle girmiş, mitostan özlerin uyumlu bir tablosu gibi çıkmıştır. Mitosla bir göz boyama oyunu oynanmış ve gerçek, tarihinden yoksun kılınıp dönüştürülmüş, şeyler insanî anlamından arındırılmıştır. Siyasî olan, derin anlamıyla gerçek sosyal yapıları içindeki insan ilişkilerinin bütünü diye tanımlanırsa, mitos “depolitize” olmuş siyasî sözden başka şey değildir. Mitos şeyleri inkâr etmez, tam tersine onlar üzerine konuşur; onları saflaştırarak, masum göstererek, sözde tabii ve sonsuz temel üstüne oturtur¹⁵. O, asla mitik bir masumiyet sergileyemeyecek şekilde, gerçek güç ilişkileri yerine mitik Hakikat yaratır: Veyne *Yunanlılar Mitoslarına İnanıyorlar mı?*’da Hakikat ile “ çıkar”ın aynı şeye verilen farklı adlar olduğunu belirtir. Çünkü “hakikatlerin gerçeği güçlerdir ya da hakikat bunların giysisidir”. Ama toplumların kurucu imgelemleri üyelerine hep tabii sınırlar içinde yaşadıklarını zannettirdiğinden, “ideoloji adını hak eden bir şey varsa o tam da hakikattir”. Bilginin farklı dağılımlarına denk düşmüş farklı Hakikat programlarının tarihî nedenleri vardır ve mitos, tarihî gerçekliği yansıttığı ya da yalnızca sosyal tarihe bağlandığı için tarihî bakışla açıklanabilir¹⁶.

Durkheim *Sosyal İşbölümü*’nde, işbölümünden kaynaklanan farklı dayanışma türlerini karşılayacak hukukları başlangıç toplumunu da içine alan tarihî bakışla sınıflandırmaya çalışırken, ilk işbölümünün cins ayırımından kaynaklandığını söylemişti¹⁷. Belki günün antropolojik verilerinin yetersizliği nedeniyle de ortak modeli bu işbölümü üstüne oturtmamıştı; onun geleneğini sürdüren Lévi-Strauss bunu gerçekleştirecekti: Sosyallik kadının yasaya göre değiş-tokuş edilir olmasıyla başlar ve bu, ilk güç ilişkisinin kurumsal ataerkillik öncesi ön belirleyiciliğini kanıtlar. Başlangıç mitosları da bu güç ilişkisini Hakikat’e dönüştürürken, hayatın yaratılmasında, sürdürülmesinde kadınlık konumunu gizleyerek, inkâr ederek ataerkil hâkimiyetin sözde tabii ve sonsuz olduğunu anlatırlar. Hatta bunu, çelişkili gibi görünse de sosyal ya da hukukî-siyasî kuruluş açısından çok anlamlı ve tarih boyunca hep tekrarlanmış biçimde yaparlar. Hukukî düzeni ya da sistemli ataerkil hâkimiyeti tabiileştirir ve sonsuzlaştırırken sosyallik öncesini bir kaos –Hobbes’un Modernite-öncesine yerleştirdiği tabii hâli hatırlatan güvensizlik ortamı– diye sunarlar. Böyle bir düzensizliğin ardından kuralla istikrar kazanıp meşru-

15) Roland Barthes, *Mythologies*, s. 217, 230, 231.

16) Paul Veyne, *Les Grecs ont-ils cru à leurs mythes?* s. 72, 78, 95, 100, 101, 127, 128, 129, 137.

17) Emile Durkheim, *De la division du travail social*, s. 19-27.

laşmış –hukukîleşmiş– ataerkil hâkimiyetin zorunlu olduğunu öğretirler. Mitoslar güç ilişkisi gerçeğini hakka dönüştüren mantık çerçevesinde, hâkim kesimin işe el koyup durumu düzelttiğine, toplumda ve evrende dengeyi sağladığına, geleceği demografik denetimle güvence altına aldığına inandırır, başvuru hem gerçek hem simgesel şiddeti ataerkil yasanın uygulanması olarak doğrularlar¹⁸: Mükemmel bir “Hukuk” tanımı yaparlar. Kadının, ataerkil siyasetin ilk düşmanı olduğunu, hukukî düzenin asıl hedefinin önce o olduğunu gösterirler¹⁹. O erkek/erkeğin düşmanı ayrımıyla –Schmitt’ta her siyaset düşmanı dosttan ayırmaktır– anlamlandırılır ve ataerkil hâkimiyet tabii olduğu iddia edilen bu Hakikat’ta meşrulaştırılır. Başlangıç toplumu hukukîliğin hep güç ilişkisi-ilşkileri ve güç kullanımıyla düşünülmesi gerektiğini daha doğarken gösterir ve onun tarihî tanımına yolu açar. Kadın inşa edilen kurgusal kimliği ve bedeniyle ya da tabii bir Hakikat olarak yaratılmış kadınlığıyla farklılaştırılıp dışlanırken²⁰, toplumun üyeleri düzenin hâkim olunan/hâkim olan arasındaki tarihî mücadele sonucunda kurulduğuna, bu mücadeleyle devam ettirileceğine inandırılır. Ona dışarıdan bakmayı bilen için de mitos bir ilk hukukî, siyasî, dinî zorunlulukla, ataerkil toplumun varlık nedeninin değiş-tokuş edilir metaların denetiminde yattığını kanıtlar.

Karmaşıklık düzeyinin artışı, bir yandan hukukîlik-ataerkillik bağının da giderek bulanıklaşmasına, öte yandan hukukun kaynağında iradenin, hatta karmaşıklık ölçüsünde çeşitli yasayaratıcı iradelerin birlikte var olduğu görüşüne yol açacak, mitik başlangıç popüler anlamıyla efsane sayılacaktır. Tüm toplumların hukukîliğinde ataerkil meşrûiyet ve irade varsayımlarının nasıl ortaya atıldığını, bunların sonsuz çeşitlenmelerle nasıl çatıştıklarını ya da geçici ittifaklar kurduklarını araştırmanın sonu gelmez; ama ilginç çalışmaların konusu olur. Modernitenin muhtemel sonunda, modern tabii hukukçu görüş hâlâ premodern sistemin yaratıcı

18) Maurice Godelier, *La production des grands hommes*, s. 243-245.

19) Kadını denetleme teknikleri öğreten mitosların ana teması, sorumlusu genelde kadın olan haram birleşmedir. Mitoslarda öncelikle bu ilişki tanımlanır ve kötü sonuçları sergilenir (Claude Lévi-Strauss, *Histoire de Lyrux*, s. 218, 219). Yasaklanan ilişkinin bir günah, kadının da bu günahın sorumlusu bir kışkırtıcı olduğu iddiası genel mitik temada sonsuzca tekrarlanır (Claude Lévi-Strauss, *Le cru et le cuit*, s. 163). Mitoslar başlangıçta erkek için hiç uygun bir eş olamayacak bu kadının, hâkimiyet teknikleriyle nasıl kullanılabilir olacağını anlatır (Claude Lévi-Strauss, *L'Origine des manières de table*, s. 420, 421, 137, 286, 135; *Du miel aux cendres*, s. 172).

20) Her türlü inisasyon ya da eğitim sürecinde düzenin kadına karşı kurulduğu anlatılır ve bu yasalarda –mitoslarda– doğrulanır. Yasalarla belirlenen inisasyon türü sosyal tekniklerle, kadına erkek erkeğe de kadın karşısında sosyal ve hukukî –kurgusal– kimlikler kazandırılır.

iradesi ile ulus-devlet parçalanmasına denk düşen dünyevî iradeleri uzlaştırmaya çalışıyor; Barthes da mitos tanımıyla hep modern toplumu anlatıyor: Bir mitos, modern hukukî-siyasî kavramların oluşum sürecinde, örneğin sözleşme kurgusuyla, çok önemli rol oynayacak ve bu kez modern ataerkil Hakikat'i yaratacaktı.

Hukukçu ya da değil, idealizm ve iradecilik karşıtı kuramcılar iki konuda uyarıda bulunmuşlardı: 1- Önce, gerçek güç ilişkilerini Hakikat'e dönüştüren yasanın ardında bir ilk güç ilişkisi, bir hegemonya, global bir hâkimiyet²¹ bulunduğunu ya da hukukîliğin ancak eşitsiz güç ilişkileriyle düşünülebileceğini söylemişlerdi. 2- Ama bu zorunluluk düşünceleri, şu ya da bu hâkim kesimin yasayarattıcı özgür irade odağı diye düşünülemediğini de eklemişlerdi. Her irade tarihî olarak maddi koşullarca, sonsuz değişkenlikte belirleniyordu ve hem modern hem de tüm zamanların güç ilişkilerinde, yalnızca kısmi iradelere sâdilebilirdi. Herhangi bir sınıfın, bir kümenin, bir önderin ya da sosyal başlangıçtan bu yana ataerkil her toplumda hâkim bir kesimin özgür iradesi olamazdı ve iradecilik karşıtı bu önerme her türlü amaçsalığı dışlayacaktı.

21) Bana kalırsa, Foucault'nun her türlü iradeci yaklaşımı reddeden iktidar tanımı sosyalliğin tamamına denk düşer ve zaten hukukîlik-siyasîlik dediğim unsurları içerir. O tanımından "yasa biçimi"ni ve "hâkimiyetin global birliği"ni ya da "sosyal hegemonya"yı dışlarken de nihai biçimler olarak onları son aşamada içeri alırken de iktidarın bir "kurum", bir "yapı", "bazılarının sahip olduğu bir güç" olmadığını söyleyecektir. Foucault'nun iktidar tanımındaki nihai biçimlerden "bir hâkimiyetin global birliği" ya da "sosyal hegemonya" diye adlandırdığı biçimin ataerkil hâkimiyet olarak yorumlanabileceği kanısındayım (Michel Foucault, *La volonté du savoir*, s. 120-123).

Sonuç: Hukuk lık Nedir?

Toplumu, kültürü tabiattan açılmaz duvarlarla ayıran yorumlardan yana değilim. Labriola'nın dediği gibi, insanlar sosyallik içinde ya arken tabiatın içinde yaşamaya devam ediyorlar. Onlar tabii varlıklar, sosyallik de tabiatın bir parçası ve ondan özellikler taşıyor. Hukukîliği ve hukuklarıyla da farklıla ıyor: L vi-Strauss yasadız –genelde hukuksuz– bir sosyalliği düşünmenin saçmalık olduğunu söylemişti. Bu haklı saptama bir iddia daha içerir: Sosyal kuralların geçerli olduğu bir tabiatı düşünmek de saçmalıktır. Sosyallikte akılsızlık, saçmalık, delilik, suç sayılan şeyler tabiatta öyle olmaktan çıkar. Bu, hukuk lık ve hukuklar üstüne yalnızca sosyallik içinde düşünmenin gerekliliğini ve hukukî olanı doğrulamak için tabiata atfedilen evrenselliğin uygunsuzluğunu gösterir. Klasik ve modern tabii hukukçu kuramcılar böyle dolaysız bir göndermenin makûl olmadığını bildiklerinden “tabii hukuk” derken aşkın iradenin amacı doğrultusunda tabiata ve sosyalliğe kazandırdığı, ilişkili ama farklı düzenlerden s zetmi , tabiata da onda olmayan kurgusal bir yasallık atfetmi lerdi. Yine de ezberler evrensellik denen basit göndermeye hep dayanak olabiliyor: Sosyalliğin ilkelerini tabiatla özdeş bir evrensellikte aramak hukuk tanımı açısından da yanıltıcıdır. Tabiatın sosyallikte böyle basit bir karşılığı yok-

tur; kaldı ki dünyayla sınırlı bir tabiatın evrene yaygın anlamda dayanak olması da imkânsızdır. Bu tabiata yapılan her gönderme sınırını onda bulur ve burada varlığı saçma sayılan şeylerin, evrenin sonsuz büyüklüğü içinde başka yerde saçma olmama ihtimâli yüksektir. Sosyalliğe ya da tabiata ilişkin ortak nosyonlar bu dünyada kurgulanmışlardır; hatta Schopenhauer'de dünya kişisel bir tasarımkén, Vaihinger için o sadece "öyleymiş gibi" algılanabilir.

Mutlak değérlere gönderme yapan tanımlarda "hukuk nedir?" sorusunun cevabı hazırđır. O aşkınlıktan aldığı güçle, bir iradenin vesayeti altında vardır, doğru, üstün, tartışılmazdır, dünyevî sorunları çözümler ya da her sorun ona göre çözümlenir. Gönderme, onu aşkın yasada ya da bu yasanın yaratıcısı olan irade ve amacında bularak dünyadan bağımsız bir hukuk tanımı yapma imkânı sağlar. Yine de bu yasa hakkındaki yorumlar farklı olacağından kesin tanım imkânsızlaşır. Göndermesi sağlam olan klasik tabii hukukçu anlayışa kıyasla, gönderme yaptığı yeri belirsizleştiren modern tabii hukukçu anlayışın, hukuk tanımında hiç aşamayacağı nokta budur.

Aşkın iradenin amacına ya da gerçek tabiatla ilgisi olmayan bir tabiiliğe gönderme yapılmadığında tanımı mümkün kılacak dayanağı bulmak zorlaşır. Hukukun neden doğru, üstün, tartışılmaz, çözüm sunucu olduğu konusunda suskun kalmak istemeyenlerin "bir" hukuk tanımında adalet, eşitlik, özgürlük, hak, insanlık, vb. dayanaklarına yaptıkları göndermeler ya onları geriye gidilmesi imkânsız kendinden menkul soyutlamalara dönüştürür ya da bunlar çoğunlukla açıklamalarını dönüp yine hukukta bulur. Üstelik her dayanak hemen onu anlamsızlaştıran, ama daha anlamlı olmayan bir karşı-dayanağı çarpacaktır. Bu durumda dünyevî her sorunun çâresinin arandığı hukuk, klasik ya da modern tabii hukuktan farksızca, dünya ötesi tartışılmaz, gizemli, belirsiz niteliğe bürünür. Hem "hukuk nedir?" sorusu cevabı verilemediğı için neredeyse küstah bir soruya dönüşür, hem de eksiksiz bir tanım yapılamadığı hâlde her vesileyle hukukun üstünlüğünden ve faydasından söz edilir; popüler söylemde de içini kimin, neye göre, nereden dolduracağı belli olmayan "hukuksuzluk" sözcüğü benimsenir. O zaman da devreye "somut bir dayanak gösteremiyorsa hukuk ya da hukuksuzluk diyen ne anlatmak istiyor?" sorusu girer. Gerçekte ne olduğu bilinemediğı ve açıklanamadığından o ölçüde mutlak gerekliliğine inanılan, her sorunun çözümü sayılarak gönderme yapılan bir aşkınlık, hukuka inanmanın hukuku kavramaktan kolay olduğunu gösterir. Anlamayı engelleyen yüceltmeler, yaratılan Hakikat'lerden kurtulup

hukukîliği açıklamak isteyenler, onu evrensel sanılan ya da dünyevî olan bir değere değil, doğrudan şeylerin gerçek nedenlerine göndermelidir.

Hukuku Modernite'yle sınırlayanın, tanımını modern hukukla özdeşleştirenin de yapamadığı budur. Bu, farklı toplumları ve hukukları görmezden gelen ideolojik tavidir, ama tarafgirliği aşan, yayılan, ezbere dönüşen bir hukuk yanılığı da olmuştur: En büyük hata geçmişten bugüne uzanan, tek çizgiyle ifade edilemeyecek tarihî süreci bugünden, konumlanılan yer, yapılanma, zihniyetten geriye giderek okumaktır. Böylece sürece başlangıçtan bugüne bakıldığında ona atfedilemeyecek olumlu ya da olumsuz anlamlar yakıştırılır. Onda bir iradî kuruluştan bugüne uzanan ve hedefi bugün ve de gelecek olan amaçsal bir öz bulunur. Çatışan tarihî zorunluluklar ve karşılaşmalar yağmuru gözden kaçırılarak kurgulanmış irade ve amaçla, sürecin olması gerekene, bazen de olmaması gerekene yol açtığı düşünülür. Süreç başlangıçtan bu yana insanların bilinçle “bir” doğruya yönelmesi ya da ilerleme diye adlandırılabilir. Ya da tersine Rousseaucu gözle bugüne bakılarak, onların başlangıçta kendilerini ve dünyalarını yokedecek bir toplu intiharı tasarlayarak yola çıktıkları iddia edilebilir; bu da en azından ilk proje iddiasına göre daha inandırıcı sayılır. Oysa, bir iradeyle yaratılmayan başlangıç toplumları temel sosyal eşitsizlikle binlerce yıl tabii çevrelerine uyum sağlayarak yaşamışlardı. Sonra, yine bir iradenin baştan sona belirleyemeyeceği zorunluluklarla dönüşüp ilkinen eklenen eşitsizliklerle bugüne ulaşılar.

Evren, onun hakkında aşkın bir bilgiye sahip olunabilir, ondaki tüm olaylar anlaşılabilir gibi düşünüldüğünde ya metafizik sezgiden başka şey olmayan bir tür felsefeye ya da her şeyin üstesinden geleceği sanılan hiperbilimciliğe sivrulur. Türdeş bir evrensellik ve hep aynı kalan nedensellik içinde, tabiat ve sosyalliğin anlamlı bir süreç izlediğine inanılır. Bu da dayanağını aşkın ya da dünyevî bir kurucu iradede bulur. Tersine, sosyalliği ve hukukîliği bir öznenin oluşturmadığı, yönetmediği, yönetemeyeceği düşünülürse, bu amaçsal iddia çöker. Toplamların ve hukuklarının ancak irade dışı bir “doğuş”a ilişkin genetik yöntemle incelenebileceği gerçeği kendini dayatır. Bu yöntem önceden hukuku belirlediği varsayılan her iradî dayanağı reddedecektir.

Toplamları hukukî, siyasî, dinî, sonuçta da birarada sosyal yapan, toplumu ortaya çıkaran şey, bir ön hegemonyanın yasalarla kendiliğinden istikrar kazanmasıydı. Ardından toplumlar tarihte farklılaşırken hukukları da farklılaştı ve basit yapıdaki başlangıç toplumunun tüm toplumlara ortak hukukî görünümünü asla sunamadı. Karmaşıklaşan yapılar ve hu-

kuklar, ortaklığı gizleyip farklı tanımlara yolu açarken, başlangıçtan beri hukukîliğin temel unsuru olan Hakîkat yaratımı, gerçek yerine mutlak değerler ve onlara uygun birliktelik tasarımları oluşturmıştı. Tabii hukukçular aşkın, iradeci pozitivistler yerel göndermelerle, güç ilişkilerini örten meşrûiyet perdesinde hukuku, herkese eşit uzaklığı ve ortak iyiliğiyle tanımladılar. “Hukuk” diye başlayıp *Hukuk Uğrunda Savaş*’ta Jehring’in yaptığı gibi onu bir gücün emrine sokup bitirenler de çıktı.

Paul Valéry bir şeye ne kadar inanılıyorsa onun o ölçüde gerçek dışı olduğunu söyler. Her hukuk tanımı onu tanım olmaktan çıkarıp “bir” Hakîkat’e dönüştüren sınırlayıcı ve dışlayıcı mahiyeti taşır. Bazı tanımların oluşturduğu çerçeve örnekleri bunun kanıtıdır:

– Hukuku aşkın iradenin değişken yasası sayan sürapozitif tanım (Augustinus).

– Hukuku aşkın iradenin değişmez yasası sayan sürapozitif tanım (Aquino).

– Hukuku aşkın gücün üstündeki değişmez yasa sayan sürapozitif tanım (Grotius).

– Hukuku meşrûiyetini sözleşmeden alan dünyevî iradenin sözü sayan tanım (Hobbes).

– Hukuku önderin sınırsız kararı sayan tanım (Schmitt).

– Hukuku meşrûiyetten arındırarak yokeden tanım (Machiavelli).

– Hukuku hâkim olanın amaçsız gücü sayan tanım (Nietzsche).

– Hukuku temel bir hakkın korunmasına adan tanımlar (Locke).

– Hukuku sübjektif haklardan arındıran tanım (Villey).

– Hukuku bilinen ilk yazılı yasalarla sınırlayan tanım (Kramer).

– Hukuku Antik Yunan’ın icadı sayan tanım (Camassa).

– Hukuku Romalılar’ın icadı sayan tanım (Schiavone).

– Hukuku bir halkın ruhuyla sınırlayan tanım (Savigny).

– Hukuku ulus-devletle sınırlayan tanım (Jellinek).

– Hukuku sınıflı ve devletli toplumla sınırlayan tanım (Engels).

– Geleneği ve altküme hukuklarını yoksayan tanım (Rousseau).

– Hukuku geleneğe indirgeyen tanım (Beudant).

– Hukuku yargıç yorumuna indirgeyen tanım (Holmes).

– Güç kullanımını hukukun aslî unsuru saymayan tanım (Raz).

– Hukuku ahlâk, adalet gibi değerlerle belirleyen tanım (Dworkin).

– Hukuku yarar ve amacıyla belirleyen tanım (Mill).

– Hukuku işlev ve amacıyla belirleyen tanım (Malinowski).

- Hukuku iletişim ve değiş-tokuşa indirgeyen tanım (Mauss).
- Hukuku sosyal dayanışmaya indirgeyen tanım (Duguit).
- Hukuku sosyal, biyolojik ve bilinçaltı olanı birleştirme sanatı sayan tanım (Legendre).
- Yasallığa karşı her edimi hukuk dışı sayan tanım (Fuller).
- Hukuku asgarî iki kişi arasındaki değerler ilişkisiyle kuran tanım (anonim), vb.

Tanımların savunucusu olarak örnek gösterilen isimlere hem rahatlıkla başka isimler eklenebilir hem de bu isimler başka tanımlar için örnek gösterilebilir ve onlardan birkaçı ya da çoğu yaygınlaşan tek tanımda birleşebilir; ilk beş tanımın “hukuku yasa sayan tabii hukukçu ve iradeci pozitivist tanımlar” başlığı altında toplanabileceği gibi. Ne adlar ne tanımlar konusunda tüketici olmadan, bu örneklerle göstermek istediğim şudur: Tanımlar ayrı ayrı ya da birarada, Modernite-öncesinin tamamını ve muhtemel sonrasını, sosyallik tarihinin çok uzun bölümünü, farklı hukukları, gerçekliği, düpedüz hayatı, tanımlanmaya çalışılan hukukun içini ona anlam veren hâkimiyet ve Hakîkat unsurları da dâhil boşaltıp yaygın bir hukukîliği dışlar. Sıralanabileceklerin tamamının yukarıdakilere eklenip eksiksiz bir tanıma girebildiği varsayılsa da yine geride tanımı tanım olmaktan çıkarıp sınırlayan sayısız özellik kalacaktır. Modern olmayan tüketici tüm hukuk tanımları da aynı sınırlayıcı ve dışlayıcı özelliği taşır. Aslî hukukî unsurlar gözönüne alınmadığında her tanım çabasını bu benmerkezci eksiklik çökertir.

Fuller’ın hukukî düzenin tek tek hukukî diye tanımlanmasını engelleyecek zaafardan saydığı sekiz ölçütün herbirine tüm hukukî düzenlerde rastlanır: Birkaçını sıralamak gerekirse, “birbiriyle çelişen yasaların varlığı”ndan, “istikrarsız, sürekli değişen bir yasama”dan, “yöneticilerin kurulu yasallığa ters düşen uygulamaları”ndan her zaman şikâyet edilmiştir. Öyleyse bu zaafaların varlığı, Fuller’a göre onlara direnerek ahlâkî değer kazanacak modern hukuk devleti dâhil, hiçbir yapılanmanın hukukî olmadığının iddia edilmesine yolu açar. Başlangıç toplumunda bile mitosların birbiriyle hiç çelişmeyeceğini kim savunabilir? Hukukîliğin aslî unsurları dışında, sekiz zaafın birini, bazılarını ya da çoğunu çeşitli hukukî düzenlerin hep içerdği ve hukuklar ortaklık üzerinden farklılıklarıyla tanımlanırken onların da yoksayamayacağı düşünülmelidir.

Nino “hukuk, hava gibi, her yerededir” der. Hukukîlik hukuk dışı sayılanla birlikte hayatın tamamına içkindir ve bu nedenle, “bir” huku-

ku anlatan her daim sınırlı ve idealist tanımları aşan tüketici ve gerçek bir hukuk tanımı yapılması mümkün değildir. Her şeyin sonsuz zorunlu bağlantıları içinde düşünülmesi demek olan içkinlik, hayatı kapsayacak eksiksiz bir hukuk tanımını imkânsızlaştırdığından, farklılıkların ortak zeminde kabulü olan hukukîliğe yürümekten başka yol yoktur. Yoksa her tanım girişimi hukukîliği ihmâl ederken farklı hukukları da inkâr edip hukukun yok-tanımına dönüşür. Vedel “hukuk nedir?” sorusuna cevabında şunları da yazmıştı: “Haftalardır, hatta aylardır, görünüşte pek de masum olan bir soruya cevap bulamadan didinip duruyorum (...): Hukuk nedir? Hiç de övünemeyeceğim bu konumumu utanç duygusu daha da zorlaştırıyor. İlk hukuk dersimi bundan altmış yıl önce aldım; bir kürsüde ilk dersimi elli yıldan fazla bir süre önce verdim. Bazen dönüşümlü olarak bazen aynı zamanda avukat, öğretim üyesi, yazar, danışman ve de yargıç sıfatıyla hukuk mesleğini hiç ara vermeden icra ettim. Ve şimdi sıfır almasını engelleyecek cevap kırıntılarını biraraya getiremediği için ilk yılında sınavda boş kağıt veren öğrenci kadar çâresizim”. Vedel bunları söylerken, sorunu iyi bilen hukukçunun alçakgönüllü üslubuyla, genel bir hukuk tanımına girişmenin ne anlamsız bir çaba olduğunu anlatıyordu.

Önce, tarihteki toplumların sayısız farklılığı nedeniyle farklılaşan hukuklar ezber bozarak o genel tanımı imkânsızlaştırır. Sonra, herbir hukuk tanımı kendisini yapılanma ve zihniyet olarak sınırlanmış yekpare bütün gibi sunarken, içindeki sonsuz hukuk farklılıklarını, altküme hukuklarını yoksayan ideolojik bir soyutlamaya dönüşür. Bir yapılanma ve zihniyette dış ve iç hukuklar yoksayılarak soyutlamayla yetinildiğinde de gerçek tanım yapmak isteyen gerçeklik çâresiz bırakır. “Hukuk nedir” sorusunu modern tanımla karşılamak isteyen, hangi unsurlara sarılabilir ve aslî unsurlar gözden kaçırıldığında “bir” hukuk tanımına neler girmez? Tüketici olamayacak birbirine bağlı iki imkânsız modern tanım örneği veriyorum:

– Hukuku modern eğitimden, eğitimcilerden, öğrencilerden, diplomayla yetkili avukatlardan, yargıçlardan, yasakoyuculardan, vb. arındıracak tanımın mümkün olmadığını düşünenler çıkabilir. Ama bu yaklaşımla ya böyle bir hukuk eğitimi tanınamış olduğundan sosyallik tarihinin büyük bölümü hukuk dışı addedilir ya da doğru bir tespitle bu tanımın gerçeği kaçırdığına karar verilir. Bugünkü eğitimin icadedildiği 12. Yüzyıldan geriye gidildiğinde hukuk denen şeyin, modern eğitimin hukuk tanımıyla pek ilişkili olmadığı görülür. Hatta başlangıç toplumunun hukuklu olduğu kabul edilirse, hukukun orada tanımlanmasını sağlayan aslî unsurlar

dışında, bu toplumun hukukunun başka toplumların hukuklarına hiç benzemeyeceği açıktır.

– Modern hukukî kuram ulus iradesini yasayaratıcı diye sunup, bu irade fikrinden haberi olamayacak toplumların hukuklarından hem ayrılır hem de onları kendi tanımından atar. Modern hukuku hukuk yapanın bu yasayaratım tekniği olduğuna ve onun, eğitimi, öğretiyi, içtihadı, tek tek hukukçu ya da değil yönetileni/yöneteniyle tüm yurttaşları, sonuçta da ulusal sınırlar içinde solunan havayı bile belirlemesi gerektiğine göre, gerçek hukuk tanımının aslî unsurunun ulus olduğu düşünülebilir. Hukukun kurguyla da olsa yaratıcısına gönderilerek tanımlanması hukukçulara yeterli gelebilir, ama eksiksiz, gerçek tanım aranıyorsa yasayaratıcı olduğu iddia edilenlerin bedensel-zihinsel tekil varlığı ona nasıl dâhil edilir? Edilemiyorsa, hukukun yaratıcısı oldukları iddia edildiği hâlde maddi gerçekliğin bu temel unsurlarından arındırılarak soyutlaşmış tanımla yetinileceği ve hiçbir şey anlatılmadığı itiraf edilmiş olur. Kaldı ki bu, tüm hukuk tanımlarını imkânsız kılan yandır; başlangıç toplumunun mitoslarında olduğu gibi, insanlığın aktörleri her hukuk tanımına gerçek tekil varlık olarak değil soyutlamayla yabancılaştırılarak dâhil edilmişlerdir. Eksiksiz tanım ancak onların da içinde tek tek yer aldığı sosyallik tarihiyle özdeşleşir; dolayısıyla böyle bir tanımın mümkün olmadığı ortaya çıkar.

Tabii hukukçu tanım iradeci pozitivist soyutlamaya kıyasla kolay kavranabilir bir kaynak göstermişti. Yine de sonuçta hangi kaynak gösterilirse gösterilsin herkesi memnun edecek, tartışmaları sonlandıracak bir hukuk tanımı yapılamaz. Zaten bu da hukuk tanımında maddi gerçekliğe ağırlık vermek isteyenlerin karşılaştığı engeldir. Çünkü öyle olmayan tanımlar güç ilişkilerini doğrulayan Hakikat kurgusuyla, bunlara uygun kavram ve değerler üretirler; hukukun ne olduğunu göstermez, onu hep yeniden inşa ederler. Montaigne ise “bu dağların sınırladığı hangi hakikat, arkasındaki dünyada yalana dönüşmez?” diye sorar. Bir toplumun içinde bulunduğu koşullarla belirlenirken onları da belirleyerek değişen değerlere göndermeler, şeylerin gerçek nedeni ardındaki araştırmacıyı tatmin etmez. Onlarla kendini sınırlarsa, “hukuk nedir?” sorusuna güncelliği aşan ve hayatı kapsayan, bu sayede ele aldığı konunun ilk gerçeğini gösteren cevabı veremez. Bir örnekle, başlangıçtaki doğuşa gidip parental ilişkileri düzenleyen yasağın anlamını kavrayamayan hukukçu, Medenî Hukuk’un ve Aile Hukuku, Miras Hukuku dallarının, onlarla birlikte tüm dalların tabii hukukçu ya da iradeci pozitivist göndermeleriyle bir yere varamaz,

hukukîliğin tabii ya da yerel “bir” hukukun hasmı olduğunu bilemez. Duguit’ye göre de salt bir yasama organından –ya da yasayarattıcı aşkınlıktan– çıkan, hukukî norm olarak kabul edilecekse, hukukî incelemeye bir dakika bile harcamaya değmez.

Ortak model arayışı tam da hukuk sözcüğünün sonsuz parçalanışı nedeniyle gereklidir. Gerçek tanım yapmak isteyen hukukçu, farklı hukukların imkânsızlaştırdığı tüketici “bir” hukuk tanımı yerine hukukîlik üzerinden hukukları düşünür. İlk sosyal oluşumu ele alarak başlangıca gitmeyen ve hukukîliğin burada beliren aslî unsurlarını dikkate almayan her tanımın yanıltıcı olacağını bilir. Hayatın değişkenliğinde hukukları yakalamanın tarihî yolu bu noktada başlar ve eşzamanlı-mekânlı, tektipli olmayan devamlılıkta hepsine ulaşır. Araştırmacı, hukukun aşkın ya da dünyevî kaynaktaki iradenin eseri olamayacağını görünce, bu yolda, hukuklardan biri hakkındaki tanımda bir özneye ve onunla bağımsızlaşmış hukuka gönderme yapmaz; yasakoyucu iradenin varlığını reddetmeden onun kısmiliğini ileri sürer. Güç ilişkilerinin hukuk karşısındaki belirleyiciliğine ya da siyasetin hep hukuku belirlediğine ilişkin ezberlerden kaçınarak, başlangıçta istikrarı yasalarla irade dışı kazanan öncel güç ilişkisinin, böylece ortaya çıkıp toplumu toplum yapan ve onu tarih içinde sürdüren o yasalarla belirleneceğini de kabul eder. Her hukukîliği gösteren işareti tanımın vazgeçilmez unsurlarından güç kullanımında ve onu doğrulayan yasada arar; her yasa ve güç kullanımı bağının ardında da toplumlarla değişen bir hâkimiyetin var olduğunu ve hukukîliğin, bu hâkimiyeti gizleyen “bir” Hakîkat’in gerçeğin yerine oturtulması olduğunu kavrar. Hakîkat söylemine kendini kaptırmadan, toplumların karmaşılaşmasıyla son derece bulanıklaşmış, girift, oyunu kuranın nerede olduğu bilinemeyecek, oyun kurucudan sözedilemeyecek ortamda, yapıların ve zihniyetlerin, “doğuş” a dayalı biçim olarak ilk “sosyal hegemonya” gerçeğini kanıtladıklarını görür. Her asgarî tanımda güç ilişkilerinin nihâi “bir” hâkimiyeti billûrlaştıran mantık doğrultusunda meşrûiyet kazandığını saptayan araştırmacı için nesnelliğin zorunlu savı, tekçizgili olmayan, amaca yönelmeyen tarihî devamlılıkta hukukîliğin ataerkil Hakîkat yaratımı da olduğudur. Çünkü istikrarlı, zaman ve mekânla değişmeyen, ama sonradan ona hem eklenen hem onu gizleyen, her toplumla değişirken onu da değiştiren tüm güç ilişkilerine öncel ilk eşitsiz ilişki ataerkildir.

Aslî unsurlar farklı her hukukun tanımında önce şunların düşünülmesini gerekli kılar:

– Doğuşun kendiliğindenliği ve devamı, yasayarararıcı ve kurucu özgür irade iddiasını engeller; tüm hukukî düzenler için yalnızca kısmi iradelere söz edilebilir.

– Yasanın varlığı hep güç kullanımıyla uygulanmasına dayanır; yasanın güç kullanılarak uygulanmasıyla güç ilişkisi-ilişkileri arasında dolaysız bir bağ yoktur.

– Basit toplumda güç ilişkisine denk düşen hâkimiyet ya da karmaşık toplumlarda güç ilişkilerinden süzülen hâkimiyetler hep bir Hakikat'e dönüşür.

– Bu hâkimiyetler ve Hakikat'leri, düzene göre başka eşitsizliklerin izlediği ve bastırıp örttüğü öncel bir ataerkil nitelik taşır.

Aslî unsurlar bir yapılanmanın hukukî olup olmadığını gösterecek ve tanımları onlara göre yapan araştırmacı, “aşkın bir odak”ta ya da başlangıç hariç tarihin herhangi bir anında “yazının icadı”yla, “sınıflı toplum”la, “Antik Yunan”la, “Roma”yla, “bir halk”la, “tabii hâl”le, “ulus-devlet”le, “devrim”le, “önder kararı”yla, “yargıç yorumu”yla, vb. özerk “bir” hukukun ortaya çıktığını iddia eden tanımları kabul etmeyecektir. Hukukların sosyalliğın tamamına, güç ilişkisine, güç ilişkilerine, hâkimiyete, Hakikat yaratımına bağımlılığını hukukîlikle anlatacak, hukukları ayıran kesintilere rağmen bu aslî belirlenmenin devam ettiğini savunacaktır. Doğuşun bilinçli ve iradî olamayacağını düşündüğünden “amaç”, “işlev”, “yarar”, “iletişim”, “güvenlik”, “gelecek”, “dayanışma”, “değiş-tokuş”, vb. ağırlıklı her kuruluş fikrini reddedecek, bu göndermelerin tamamını hukukîliğin nedeni değil, onun sonucu sayacaktır.

Hepsi için kullanılabilecek bir örnekle, başlangıca ilişkin gerçeğe en yakın tanım, kaynakta bir cinsin “değiş-tokuş”unu bulan tanımdır. Ama tanım değiş-tokuşa iradî bir anlam kazandırabilir ve nedenin yerine sonucun geçmesine yol açabilir. İnsanların toplum oluşturmak üzere değiş-tokuş yasası koyacak bir hukukilik-sosyallik öncesi bilince sahip oldukları iddiasına dönüşebilir. Bunun da ötesinde, yasağın iradî olmadığını gösteren açık kanıt, dünyanın her yerinde, yüzlerce yılı aşan farklı dönemlerde, birbirlerini örnek de almayan tüm topluluklarda, yasa istikrar kazanıp istisnasız uygulanarak toplumu toplum yapmasıdır. Uygulama iradî bir tasarruf olsaydı, zaman ve mekân sınırı tanımayan böylesine yeknesak bir

görünüm sunamaz, mutlaka kuralı kural olmaktan alıkoyan istisnalar çıkar ya da istisna orada toplumun ortaya çıkmasını engellerdi. Değiş-tokuş da yasa ve güç kullanımı öncesinde değil, onlarla hukuki-sosyal-ahlâki olur. Hayek'in dediği gibi, o "kuraldan sonra" düşünülür, yorumlanır. Kısmi iradelerin devreye girdiği yerde üstünlükler, ayrıcalıklar adına kullanılır, amaca, işleve, yarara, vb. yönelik değerlendirmelerin ve uygulamaların konusu olur, hatta yüzyıllar ardından, değişen zorunluluk ve bilgiler doğrultusunda yeni ahlâki ya da biyolojik boyutlar kazanır. Oysa, yasada istikrar bulmadan milyonlarca yıl sürdürülmüş güç ilişkisi, tüm sosyal ve hukukî anlamlardan uzakta, yalnızca o dönem zorunluluklarının ortaya çıkardığı bir şiddetin varlığını anlatacaktır. Hukukîlik bu ilk gerçeğin dışındaki her Hakîkati yaratmak üzere yasayla ondan doğar ve değiş-tokuşu belirler. Duguit'nin, yaptırımdan muaf dayanışmacı bir sosyalliğin, yaptırımın ortaya çıkmasıyla hukuku doğurduğu iddiası için de söylenecek olan budur. Sosyallik öncesi zorunlulukların yarattığı eşitsiz ön birliktelik, içerdği aynı şiddetle hukukîliği kendiliğinden yaratır ve ancak ondan sonra eşitsiz bir "sosyal" dayanışmadan sözedilebilir.

Gerçek neden ardındaki araştırmacı, ilk şiddetin yasalarda istikrar kazanmasıyla nitelik değiştirirken, yasayla uygulayıcı meşru güç arasında kurulan bağı görececek ve hukukîliği "güç ilişkisi"nden, "güç ilişkilerinden", "güç kullanımı"ndan, "baskı"dan, "şiddet"ten muaf tutan tüm tanımları, hukuksuz sanılan başlangıç toplumunun da bunlardan muaf olmadığını bilerek anlamsız bulacaktır; ama hukuku "salt güç" ya da "salt yasa" sayan basit yorumlara da katılmayacaktır. Güç ilişkisinin-ilişkilerinin meşrulanmasıyla hegemonyanın ebedî Hakîkat'e dönüştüğünü gözden kaçırmayacak, onu gerçeğin kendisi diye sunan, değerlere dayalı tanımların hiçbirine itibar etmeyecek, onlar karşısında *ou mallon* (ne o ne de bu!) parolasını seçecektir. Hep gizlenen gerçek, diğer eşitsizliklerin de başlangıcı olan daimî bir ataerkillik olduğundan onu ve tüm diğer eşitsizlikleri görmezden gelen tanımların kasıtlı/kasıtsız ideolojik nitelik taşıdığını kavrayacaktır.

Aslî unsurlara ilişkin tanım bir kez kabul edildiğinde, onların dışındaki unsurlar açısından birbirlerine hiç benzemeyen hukuklar karşısında, herbirini farklı özellikleriyle de ele alan araştırmalara doğru hukukbilimcilerin çalışmaları ve seçecekleri bilimsel yollar sonsuz olacaktır. Yeter ki, ilk oluşumdan yola çıkıp devam eden hukukîlik gözardı edilmesin ve o, hukukların ezber bozucu karşıtlıklar içinde dağılmalarını engelleyecek nesnel dayanak olsun; onun kenara itilmesiyle, hukuklar arası farklılıklar, ulus-devletle örneği görüldüğü gibi, "bir" tanımında aslî unsurların yerine

geçirilmesin; yine de toplumlarla karmaşıklaşan hukuklar tüm farklılıklarıyla ele alınırken, hukukiliğin indirgemeci yorumlara neden olmasından kaçınılsın; “doğuş” ertesinde, tarihe yaygın, çeşitli katmanlara bölünmüş farklı hukukları oluşturan, bunları hem içkin oldukları yapıya hem bu yapının diğer yapılarla ilişkilerine göre hayatın tamamına bağlayarak değiştiren ve “bir” hukuk tanımını engelleyen karmaşada, hukukîlik, yalnızca tektip değerlendirmelere yol açmayacak şekilde temel sayılsın; böylece “bir” hukukun ötesinde ya da onun bağrında, sonsuzca hareketli güç ilişkilerini istikrarlı kılan başka yasalar da bulunduğu anlaşılsın ve hukukîlik sayesinde, bazen öyle sanılmayanın hukuklardan biri olduğu, sanılanın da olmadığı anlaşılsın.

*
* *

Gerçek nedenlerin ardına düşen, mitoslarla oyalanmaz, gizlediklerini yakalamaya çalışır; yüceltmelere itibar etmez, masallara kanmadan hep kurulu olanı ifşa eder; eşitsiz güç ilişkileri dünyasında hâkimiyeti gösterir ve zaten hukukîlik de başka şeyi göstermez. “Hukuk budur” diyen tanımlara rağbet etmeden eleştirel tavır almak, her sınırlı tanımın aslında neye hizmet ettiğini anlatmaktır. Biliminin ondan istediği nesnellığe sadık kalan hukukçu, yaratılmış Hakîkat ardında gizli, irili ufaklı iktidar Gorgon’larının onlarla karşılaşmaya heves edenleri taşa çevirmek için beklediğini bilir; onlara uzak kalarak eylemi kuramın belirleyicisi yapmaz. Kuramı olmasa da dünyaya bakışı siyasî tavrını nesnellikle donatabilir; nesnellikle oluşturduğu kuramında da bu tavra aykırı yan olmayacaktır. Gücün hizmetine girense kuramı eğip bükerek onunla eylemine dayanak uydurur. Özerkliği korumanın vazgeçilmez koşulu onu her yöneticiden, her yönetimden, bilim insanını sarabilecek her yönetici ihtirastan ve çıkar tutkusundan sakınmaktır.

Seçilmiş Kaynakça¹

- AGAMBEN Giorgio, *Homo Sacer. Le pouvoir souverain et la vie nue*, çev. Joël Gayraud, Seuil, Paris, 1997.
- AGAMBEN Giorgio, *Etat d'exception. Homo sacer*, çev. Joël Gayraud, Seuil, Paris 2003.
- ALLIOT Michel, "Anthropologie et juridique sur les conditions de l'élaboration d'une science du droit", *Bulletin de liaison du LAJP* 6, 1983.
- ALTHUSSER Louis, "Tek Materyalist Gelenek: I. Spinoza", çev. Cemal Bâli Akal, *Marx'tan Spinoza'ya Spinoza'dan Marx'a. Güncel Müdahaleler*, der. Eylem Canaslan ve Cemal Bâli Akal, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara 2013.
- ARİSTOTELES, *Nikomakhos'a Etik*, çev. Saffet Babür, Bilgesu, Ankara 2007.
- ARMAĞAN Yalçın, "Hakkaniyet Kurmacası", *Edebiyat, Hukuk ve Sair Tuhaflıklar*, der. Cemal Bâli Akal ve Yalçın Tosun, Dost, Ankara 2015.
- ARMANER Türker, *Tarih ve Temsil*, Dost, Ankara 2014.
- BACHOFEN Johann Jakob, *El matriarcado. Una investigación sobre la gine-*

1) Önsöz'ün kaynakçası ve yazarın metin içinde gönderme yaptığı kitapları dâhil edilmiştir.

- cocracia en el mundo antiguo según su naturaleza religiosa y jurídica*, çev. María del Mar Llinares García, Akal, Madrid 1987.
- BALANDIER Georges, *Anthropologie Politique*, Puf, Paris 1969.
- BALIBAR Etienne, "Althusser et Gramsci. Entretien avec Etienne Balibar", Vittorio Morfino ve Fabio Frosini, revueperiode.net/althusser-et-gramsci-entretien-avec-etienne... 8/09/2016.
- BARTHES Roland, *Mythologies*, Seuil, Paris 1957.
- BASTIT Michel, "Occam Guillaume", *Dictionnaire de grandes oeuvres juridiques*, der. Olivier Cayla ve Jean-Louis Halpérin, Dalloz, Paris 2010.
- BERGEL Jean-Louis, *Théorie générale du droit*, Dalloz, Paris 2004.
- BOBBIO Norberto, *Essais de théorie du droit*, çev. Michel Guéret ve Christophe Agostini, Bruylant, Paris 1998.
- BOBBIO Norberto, *Le futur de la démocratie*, çev. Sophie Gherardi ve Jean-Luc Pothier, Seuil, Paris 2007.
- BOBBIO Norberto, *De la structure à la fonction. Nouveaux essais de théorie du droit*, çev. David Soldini, Dalloz, Paris 2012.
- BOURDIEU Pierre, "La force du droit [Eléments pour une sociologie du champ juridique]", *Actes de la recherche en sciences sociales* 64, *De quel droit?* 1986.
- BRANCOURT Jean-Pierre, "Estat'lardan devlete. Bir sözcüğün evrimi", çev. Beki Haleva, Pınar Güzelyürek, *Devlet Kuramı*, der. Cemal Bâli Akal, Dost, Ankara 2013.
- CALVIN Jean, *Institution de la religion Chrétienne*, E. Beroud, Paris 1888.
- CANASLAN Eylem, "Giriş: Spinoza ve Marx. Bir Karşılaşmanın İzinde...", *Marx'tan Spinoza'ya, Spinoza'dan Marx'a. Güncel Müdahaleler*, der. Eylem Canaslan ve Cemal Bâli Akal, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara 2013.
- CANASLAN Eylem, "Sunuş. Spinoza'yla Diyalog", *Spinoza, Mektuplar*, çev. Emine Ayhan, Dost, Ankara 2014.
- CARBONNIER Jean, *Sociologie Juridique*, PUF, Paris 2008.
- CLASTRES Pierre, *La société contre l'Etat*, Minuit, Paris 1974.
- CHRETIEN-VERNICOS Geneviève, "L'impossible définition du droit", *Introduction Historique au droit*. www.dhdi.free.fr/cours/histdroit/hd1.htm, 26/12/2016.
- DERRIDA Jacques, *Force de loi. Le "fondement mystique de l'autorité"*, Galilée, Paris 2005.
- DESCARTES René, *Discours de la méthode*, classiques.uqac.ca/./discours_methode/... 30/12/2016.
- DUFOUR Alfred, *Droits de l'homme, droit naturel et histoire*, PUF, Paris 1991.

- DUGUIT Léon, *Souveraineté et Liberté*, Félix Alcan, Paris 1922.
- DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel. Tome I*, Ancienne Librairie Fontemoing, Paris 1927.
- DUPRAT Gérard, *Düşünce Özgürlüğü ve Hoşgörü*, çev. İsmail Yerguz ve Burcu Çiçek Eken, Dost, Ankara 2013.
- DURKHEIM Emile, *Les formes élémentaires de la vie religieuse*, Félix Alcan, Paris 1932.
- DURKHEIM Emile, *Les règles de la méthode sociologique*, PUF, Paris 1973; *Sosyolojik Yöntemin Kuralları*, çev. Cemal Bâli Akal, Dost, Ankara 2015.
- DURKHEIM Emile, *De la division du travail social*, PUF, Paris 1973.
- DWORKIN Ronald, *El imperio de la justicia*, çev. Claudia Ferrari, Gedisa, Madrid 2009.
- EHRlich Eugen, *Escritos sobre sociología y jurisprudencia*, çev. Juan Antonio Gómez García, José Luis Muñoz de Baena ve Gregorio Robles Morchón, Marcial Pons, Madrid 2005.
- ENGELS Friedrich, *Ailenin, Özel Mülkiyetin ve Devletin Kökeni*, çev. Kenan Somer, Sol, Ankara 1992.
- ERGÜN Reyda, "17. Yüzyıldan Günümüze Bir İfade Özgürlüğü Çağrısı", Spinoza, *Teolojik-Politik İnceleme*, çev. Cemal Bâli Akal ve Reyda Ergün, Dost, Ankara 2016.
- ERGÜN Reyda ve AKAL Cemal Bâli, "Teolojik-Politik İnceleme'den Politik İnceleme'ye Özgürlük ve Güvenlik Bilmecesi", *Kimlik Bedenin Hapishanesidir*, Bilgi Ün. Yay., İstanbul 2014.
- FOUCAULT Michel, *La volonté du savoir*, Gallimard, Paris 1976.
- FULLER Lon L., *El caso de los exploradores de cavernas*, çev. Genaro R. Carrió ve Leopoldo J. Nilus, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 2002.
- GAUCHET Marcel, "La dette du sens et les racines de l'Etat", *Libre 2*, Payot, Paris 1977.
- GENY François, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1954.
- GENY François, *Science et Technique en droit privé positif*, Sirey, Paris 1922.
- GODELIER Maurice, *La production des grands hommes*, Fayard, Paris 1982.
- GOYARD-FABRE Simone, *Le droit et la loi dans la philosophie de Thomas Hobbes*, Klincksieck, Paris 1975.
- GOYARD-FABRE Simone, *Les principes philosophiques du droit politique moderne*, PUF, Paris 1997.
- GROTIUS Hugo, *Le droit de la guerre et de la paix I*, çev. Jean Barbeyrac, Pierre de Cour, Amsterdam 1724.

- GURVITCH Georges, *Eléments de sociologie juridique*, Aubier, Paris 1940.
- GURVITCH Georges, *Déterminismes sociaux et liberté humaine*, PUF, Paris 1963.
- GÜNGÖREN Ahmet, *Dil ve Büyü. Lévi-Strauss Üstüne On Bir Deneme*, Dost, Ankara 2014.
- HALPERIN Jean-Louis, "Savigny", "Jhering", "Jellinek", *Dictionnaire des grandes oeuvres juridiques*, der. Olivier Cayla ve Jean-Louis Halpérin, Dalloz, Paris 2010.
- HALPERİN Jean-Louis, "Le droit et ses histoires", *Droit et Société* 75, EJA, Paris 21010.
- HART Herbert Lionel Adolphus, *Le concept de droit*, çev. Michel Van De Kerchove, F. U. Saint-Louis, Bruxelles 2005.
- HAURIOU Maurice, *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, Paris 1933.
- HAYEK Friedrich August, *Scientisme et sciences sociales*, çev. Raymond Barre, Plon, Paris 1953.
- HAYEK Friedrich August, *Droit, législation et liberté I-III. Une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique*, çev. Raoul Audouin, PUF, Paris 1985.
- HEGEL Georg Wilhelm Friedrich, *Morceaux Choisis 2*, çev. Henri Lefebvre, Gallimard, Paris 1939, s. 260.
- HERRERA Carlos Miguel, "La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la constitución", historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/.../teo8.pdf, 19/12/2016.
- HOBBS Thomas, *Léviathan*, çev. François Tricaud, Sirey, Paris 1971.
- HÖFFE Otfried, "Bir şeytan halkının bile devlete ihtiyacı vardır. Tabii adaletin ikilemi", çev. Özgür Türesay, *Devlet Kuramı*, der. Cemal Bâli Akal, Dost, Ankara 2013.
- IBN ROCHD (Averroès), *Traité décisif*, çev. Léon Gauthier, Vrin, Paris 1983.
- İBN TUFEYL, *Hay bin Yakzan*, çev. Reşid Babanzade, YKY, İstanbul 2016.
- JELLINEK Georg, *L'Etat moderne et son droit*, çev. Georges Fardis, Panthéon-Assas, Paris 2005.
- JESTAZ Philippe, *Les sources du droit*, Dalloz, Paris 2005.
- JHERING Rudolf, *L'Esprit du Droit Romain*, çev. O. De Meulenaere, A. Marescq, Paris 1880.
- JHERING Rudolf, *Le combat pour le droit*, çev. Alexandre François Meydieu, Durand&Lauriel, Paris 1875.
- KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, çev. Charles Eisenmann, Dalloz, Paris 1962.

- KELSEN Hans, *Qu'est-ce que la justice?* suivi de *Droit et morale*, çev. Pauline le More, Jimmy Plourde ve Charles Eisenmann, Markus Haller, Genève 2012.
- KELSEN Hans, *La Démocratie. Sa nature – sa valeur*, çev. Charles Eisenmann, Dalloz, Paris 2004.
- KELSEN Hans, "Contribution à une théorie des fictions juridiques centrée sur la philosophie du comme si de Hans Vaihinger" ve "La fonction de la constitution", *Les Fictions du droit. Kelsen lecteur de Vaihinger*, çev. Christophe Bouriau, ENS, Lyon 2013.
- KLEVER Wim, "Hardliner Spinoza on democratic nationalism", *Keynote on XIIth International Coloquio Spinoza*, Córdoba (Argentina), 7-11 Diciembre 2015.
- LABRIOLA Antonio, *Essais sur la conception matérialiste de l'histoire*, çev. Alfred Bonnet, Giard&Brière, Paris 1897.
- LAPIERRE Jean-William, *Vivre sans Etat?* Seuil, Paris 1977.
- LEVI-STRAUSS Claude, *Le cru et le cuit*, Plon, Paris 1964.
- LEVI-STRAUSS Claude, *Du miel aux cendres*, Plon, Paris 1966.
- LEVI-STRAUSS Claude, *Les structures élémentaires de la parenté*, Mouton, Paris 1967.
- LEVI-STRAUSS Claude, *L'Origine des manières de table*, Plon, Paris, 1968.
- LEVI-STRAUSS Claude, *Tristes tropiques*, Plon, Paris 1977.
- LEVI-STRAUSS Claude, *Histoire de Lynx*, Plon, Paris 1991.
- LEVY Emmanuel, *Les fondements du droit*, Félix Alcan, Paris 1939.
- LEVY-BRUHL Henri, *Sociologie du droit*, PUF, Paris 1961.
- MACHIAVEL Niccolo, *Le Prince*, çev. Jean-Vincent Périès, Gallimard, Paris, 1962.
- MAINE Henry J. Sumner, *Etudes sur l'ancien droit et la coutume primitive*, çev. René de Kérallain, Ernest Thorin, Paris 1884.
- MALINOWSKI Bronislaw, *Une théorie scientifique de la culture*, çev. Pierre Clinquart, François Maspero, Paris 1968.
- MAUSS Marcel, *Oeuvres. 2. Représentations collectives et diversité des civilisations*, Minuit, Paris 1969.
- MILLARD Eric, *Théorie générale du droit*, Dalloz, Paris 2006.
- MONTAIGNE Michel, *Essais II-III*, Garnier Frères, Paris 1925.
- MONTESQUIEU Charles Louis, *Oeuvres Complètes*, Firmin-Didot, Paris 1883.
- MORGAN Lewis Henry, *Eski Toplum I-II*, çev. Ünsal Oskay, Payel, İstanbul 1986-87.

- MOUFFE Chantal, "Penser la démocratie moderne avec, et contre Carl Schmitt", *Revue Française de Science Politique* 42, 1992.
- MURATOĞLU Cansu, "Geçmişle Yüzleşme: Bernhard Schlink Işığında Anlamak, Anlatmak ve Yargılamak", *Edebiyat, Hukuk ve Sair Tuhaflıklar*, der. Cemal Bâli Akal ve Yalcın Tosun, Dost, Ankara 2015.
- NEGRI Antonio, *Aykırı Spinoza*, çev. Nurfer Çelebioğlu ve Eylem Canaslan, Otonom, İstanbul 2011.
- NEGRI Antonio, *Yaban Kuraldışılık*, çev. Eylem Canaslan, Otonom, İstanbul 2005.
- NEGRI Antonio, "Démocratie et éternité", *Spinoza: Puissance et Ontologie*, der. Myriam Revault d'Allonnes ve Hadi Rizk, Kimé, Paris 1994.
- NIETZSCHE Friedrich, *La généalogie de la morale*, çev. Henri Albert, Mercure de France, Paris 1914.
- NINO Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires 2015.
- NISIO Francesco Saverio, "Spinoza con Villey. Il diritto *sub specie aeterni*", *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 37, 2008, www.giur.unifg.it/index.php?option=com.12/10/2016.
- OST François, *Sade et la loi*, Odile Jacob, Paris 2005.
- PASCAL Blaise, *Pensées sur la religion et sur quelques autres sujets*, <https://www.ub.uni-freiburg.de/fileadmin/ub/referate/04/pascal/pensees.pdf>, 20/01/2017
- PASSERIN-d'ENTREVES Alessandro, *La Notion de l'Etat*, çev. Jean R. Weiland, Sirey, Paris 1969.
- PECES-BARBA MARTINEZ Gregorio, *Théorie générale des droits fondamentaux*, çev. Ilié Antonio Pelé, L.G.D.J., Paris 2004.
- PORTALIS Jean-Etienne-Marie, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil (1801)* <http://dx.doi.org/doi:10.1522/030032830>, 10/11/2016.
- RADBRUCH Gustav, *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*, çev. Azareto de Vazquez ve Maria Isabel, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1962.
- RADCLIFFE-BROWN Alfred Reginald, *Structure et fonction dans la société primitive*, çev. Françoise ve Louis Marin, Minuit, Paris 1968.
- RAWLS John, *Théorie de la justice*, çev. Catherine Audard, Seuil, Paris 1987.
- RAWLS John, *Justice et démocratie*, çev. Catherine Audard, Seuil, Paris 1993.
- RAZ Joseph, *Razón práctica y normas*, çev. Juan Ruiz Manero, CEC, Madrid 1991.
- ROSS Alf, *Introduction à l'empirisme juridique*, çev. Eric Millard ve Elsa Matzner, Bruylant L.G.D.J., Paris 2004.

- ROULAND Norbert, *Anthropologie Juridique*, PUF, Paris 1988.
- ROUSSEAU Jean-Jacques, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Editions Sociales, Paris 1979.
- SACCO Rodolfo, *Anthropologie Juridique. Apport à une macro-histoire du droit*, Dalloz, Paris 2008.
- SAINT-BONNET François, *L'Etat d'exception*, PUF, Paris 2001.
- SALEILLES Raymond, *L'individualisation de la peine*, Félix Alcan, Paris 1898.
- SAPIR Edward, *Anthropologie*, çev. Christian Baudelot ve Pierre Clinquart, Minuit, Paris 1967.
- SAVIGNY Friedrich Carl, *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*, çev. Alfred Dufour, PUF, Paris 2006.
- SAVIGNY Friedrich Carl, *Histoire du droit romain au Moyen-Age I-II*, çev. Charles Guenoux, Charles Hingray, Paris 1839.
- SCARPELLI Uberto, *Qu'est-ce que le positivisme juridique?* çev. Colette Clavreul, LGDJ&Bruylant, Paris 1996.
- SCHLINK Bernhard, *Geçmişe İlişkin Suç ve Bugünkü Hukuk*, çev. Reyda Ergün, Dost, Ankara 2012.
- SCHMITT Carl, *Théologie politique*, çev. Jean-Louis Schlegel, Gallimard, Paris 1988.
- SCHMITT Carl, *Hamlet ou Hécube*, çev. Jean-Louis Besson ve Jean Jourdeuil, L'Arche, Paris 1992.
- SCHMITT Carl, *Théorie de la constitution*, çev. Lilyane Deroche, PUF, Paris 1993.
- SCHMITT Carl, *La Notion de politique. Théorie du partisan*, çev. Marie-Louise Steinhäuser, Flammarion, Paris 2009.
- SCHMITT Carl, *Le nomos de la terre*, çev. Lilyane Deroche-Gurcel, PUF, Paris 2014.
- SCHMITT Carl, *La dictature*, çev. Mira Köller ve Dominique Ségald, Seuil, Paris 2000.
- SCHOPENHAUER Arthur, *Le monde comme volonté et comme représentation*, çev. Auguste Burdeau, Félix Alcan, Paris 1912.
- SFEZ Lucien, "Duguit ve devlet kuramı. Temsil ve iletişim", çev. Ayça Ciniç, *Devlet Kuramı*, der. Cemal Bâli Akal, Dost, Ankara 2013.
- SPINOZA Benedictus, *Kısa İnceleme*, çev. Emine Ayhan, Dost, Ankara 2015.
- SPINOZA Benedictus, *Teolojik-Politik İnceleme*, çev. Cemal Bâli Akal ve Reyda Ergün, Dost, Ankara 2016.
- SPINOZA Benedictus, *Mektuplar*, çev. Emine Ayhan, Dost, Ankara 2014.
- SPINOZA Benedictus, *Ethique*, çev. Bernard Pautrat, Seuil, Paris 2010.

- STRAUSS Leo, *Droit naturel et histoire*, çev. Monique Nathan ve Eric de Damperre, Flammarion, Paris 1986.
- SUAREZ Francisco, "De Bello", çev. Alfred Vanderpol, *Droit de guerre*, A. Pedone, Paris 1925.
- SUAREZ Francisco, "Le droit des gens se distingue du droit naturel en ce qu'il est uniquement un droit positif humain – Corollaires de la doctrine précédente; comment le droit des gens est à la fois juste et muable", çev. Alfred Vanderpol. *Droit de guerre*, A. Pedone, Paris 1925.
- SUPIOT Alain, *Homo Juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil, Paris 2005.
- TERRE François, *Introduction générale au droit*, Dalloz, Paris 1991.
- TOSEL André, "Spinoza'nın Marksist Kullanımları", çev. Cemal Bâli Akal, *Marx'tan Spinoza'ya Spinoza'dan Marx'a. Güncel Müdahaleler*, der. Eylem Canaslan ve Cemal Bâli Akal, Dost, Ankara 2013.
- TROPER Michel, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, PUF, Paris 1994.
- TROPER Michel, *La philosophie du droit*, PUF, Paris 2011.
- TROPER Michel, *Le droit et la nécessité*, PUF, Paris 2011.
- VAIHINGER Hans, *La philosophie du comme si*, çev. Christophe Bouriau, Kimé, Paris 2008.
- VEYNE Paul, *Les Grecs ont-ils cru à leurs mythes?* Seuil, Paris 1983.
- VILLEY Michel, *Philosophie du droit II. Les moyens du droit*, Dalloz, Paris 1984.
- VILLEY Michel, *La formation de la pensée juridique moderne*, PUF, Paris 2009.
- VITORIA Francisco, *Relecciones sobre los indios y el derecho de guerra*, Espasa-Calpe, Madrid 1975.
- WALTHER Manfred, "Carl Schmitt et Baruch Spinoza ou les aventures du concept du politique", *Spinoza au XXe siècle*, dir. Olivier Bloch, Puf, Paris 1993.
- WEBER Max, *Le savant et le politique*, çev. Julien Freund, Plon, Paris 1959.
- WEBER Max, *L'Ethique protestante et l'esprit du capitalisme*, çev. Jacques Chavy, Pocket, Paris 1991.
- WEBER Max, *Sociologie du droit*, çev. Jacques Grosclaude, PUF, Paris 2007.
- YILMAZ Levent, "La question de 'sociabilité' chez Vico", *The Vico Road*, der. Monica Riccio, Manuela Sanna ve Levent Yılmaz, Storia e Letteratura, Roma 2015.

İsim Dizini

- Acosta 174.
Agamben 122-124, 126, 145, 169, 189.
Ailly 103.
Alliot 27.
Altan 170.
Althusser 28, 79, 108, 150, 168, 234.
Aquino 20, 67, 92-98, 100, 102-103, 108, 161, 225.
Aristoteles 15, 17, 21, 67, 92-98, 103, 106-108, 131, 134, 161.
Armağan 189.
Armaner 192.
Augé 16.
Augustinus 13, 92, 94-98, 100, 102-103, 108, 117, 161, 225.
Austin, J. 21.
Austin, J. L. 17, 21, 80
Aymerich 169.
Azon 19, 21.

Bachofen 14, 32, 199-201, 212.
Balandier 15, 143, 215.

Balibar 150, 234.
Bañez 97.
Barthélemy 122.
Barthes 42, 218-219, 221.
Bastit 95.
Beccaria 17.
Bellarmino 100.
Benjamin 19, 116, 122-123, 126.
Bentham 17, 80.
Bergel 58, 187.
Bergson 45.
Beudant 56, 225.
Bèze 103.
Blackstone 19.
Blyenbergh 105.
Bobbio 19, 22, 38, 50, 69, 75, 81-83, 93, 96, 139-140, 142, 144, 146-149, 164, 167-169.
Bodin 19, 111, 122, 157.
Bourdieu 12, 17, 28, 149.
Brancourt 176.
Brunner 134.

- Burdeau 22, 239.
 Burke 164.

 Calvin 14, 103, 105-108, 114.
 Camassa 87, 225.
 Canaslan 15, 105, 150-151, 233-234, 238, 240.
 Carbonnier 19, 22, 32.
 Carré de Malberg 12, 19, 122, 181.
 Casas 174.
 Castberg 122.
 Cayla 11, 234, 236.
 Chivasso 103.
 Chrétien-Vernicos 84.
 Clairvaux 103.
 Clastres 16-17, 21, 198.
 Constant 19.
 Cortés 125.
 Coulange 201.
 Covarrubias 97.

 Çiçero 17.

 Defoe 189.
 Demirel 166.
 Demokritos 79.
 Derrida 12, 17, 116-117, 216.
 Descartes 14, 32-33.
 Desnos 158.
 Dicey 19.
 Dufour 43, 87, 239.
 Duguit 12, 17, 22-23, 64, 73, 82, 122, 126, 185, 188-189, 203-204, 207, 226, 229, 231, 239.
 Duprat 72.
 Durand Le Jeune 14.
 Durkheim 15-17, 22-23, 40-42, 79, 82, 107, 115, 129, 130, 198, 210, 213, 216, 219.
 Duverger 22.
 Dworkin 16-17, 54-55, 58, 83, 225.

 Ehrlich 19, 180-181.
 Eisenmann 12, 19, 236-237.

 Engels 14, 18, 63-64, 89, 173, 175, 203, 225.
 Epikuros 79, 97-98, 218.
 Ergül 170.
 Ergün 15, 18, 107, 169, 235, 239.
 Escarra 19.

 Ferri 19.
 Feuerbach 14.
 Fichte 14.
 Foucault 12, 17, 23, 75, 79, 108, 121, 168, 221.
 Freud 16-17, 79.
 Frosini 150, 234.
 Fuller 15, 55, 226.

 Gambetta 155.
 Gauchet 116.
 Gény 12, 19, 23, 54-58, 181.
 Gerson 103.
 Gierke 19, 21.
 Godelier 37, 220.
 Goyard-Fabre 78, 137, 139-141.
 Gramsci 150, 234.
 Gratianus 19.
 Gregorius 102.
 Griffiths 179, 180.
 Grimm 43, 87.
 Grotius 17, 68, 100, 162, 225.
 Gurvitch 12, 19, 126, 150, 180-181, 194, 201-202.
 Güngören 45.

 Habermas 17, 21, 170.
 Hägerström 55.
 Halpérin 11, 85, 87, 234, 236.
 Hardt 15.
 Hart 19, 50, 55, 75, 79-83, 93, 116, 144, 146, 164.
 Hauriou 12, 16, 19, 23, 122, 181, 207-208.
 Hayek 29-30, 65, 82-83, 125, 146, 156, 177, 231.
 Hegel 18, 21, 81, 171.

- Heidegger 116, 158.
 Herakleitos 131.
 Herrera 159.
 Hobbes 18, 61, 67-69, 73, 99, 103, 107-108, 111, 131, 148, 153, 157, 162, 172, 190, 219, 225, 235.
 Holmes 20, 55, 225.
 Horkheimer 14.
 Höffe 197.
 Hölderlin 86.
 Hugo 17, 43, 87, 100, 235.
 Hume 18.

 Innocentius IV 13-14, 169.

 İbn Haldun 14.
 İbn Rüşd (Averroës) 14, 97, 103, 124.
 İbn Sina 97.
 İbn Tufeyl 189.

 Jelles 105.
 Jellinek 20, 85, 87-91, 108, 122, 164, 172, 225, 236.
 Jestaz 52, 58.
 Jhering 20, 38, 85, 87-88, 199-200, 236.

 Kant 13, 18, 31, 37, 48, 70, 84, 116-117, 131-133, 142, 148.
 Kantorowicz 20-21.
 Kelsen 18, 23, 50, 66, 73, 75, 79-83, 91, 109, 118, 123-126, 128-159, 177, 183, 186, 214, 216, 236-237.
 Kleist 88.
 Klever 104, 106-109.
 Knox 20-21.
 Kramer 87, 225.

 Labriola 222.
 Langdell 20.
 Lapierre 198.
 Larbaud 212.
 Legendre 16, 20, 22, 226.
 Leibniz 18, 131.
 Lévinas 116.
 Lévi-Strauss 15, 21-23, 45, 79, 116, 168-169, 199, 213, 218-220, 222, 236.
 Lévy 26-27, 77, 176, 181, 208, 217.
 Lévy-Bruhl 26-27, 176, 217.
 Locke 18, 61, 67, 93, 97, 99, 122, 164, 225.
 Lombardus 96, 103.
 Luca 19.
 Lucretius 97-98, 218.
 Lucy 12.
 Luhmann 14.
 Luther 14, 81, 103, 105-107, 112-114.

 Machiavelli 15, 38, 73, 99, 110-113, 116-117, 122, 153, 172, 184, 225.
 Maimonides 20-21.
 Maine 12, 20, 23, 32, 199-202.
 Maistre 125.
 Malinowski 14, 32, 120, 179, 196, 207-208, 217-218, 225.
 Maravall 15.
 Mariana 97.
 Marx 18, 21-22, 28, 50, 64, 79, 144, 151, 168, 175, 192, 233-234, 240.
 Maurras 165.
 Mauss 18, 21, 79, 213, 215, 218, 226.
 McLennan 32, 201-202.
 Menchaca 97.
 Menemencioglu 18.
 Mill 18, 225.
 Millard 145, 238.
 Minobe 20.
 Molina 68, 97, 100.
 Montaigne 14, 23, 79, 116-117, 228.
 Montesinos 165.
 Montesquieu 18, 79, 116.
 Morfino 150, 234.
 Morgan 14, 32, 173, 201-202.
 Motolinía 165.
 Mouffe 157-158.
 Muratoglu 14, 158.

 Negri 15, 132, 175.
 Nietzsche 15, 23, 79, 113-118, 158, 162, 164-165, 172, 216, 225.

- Nino 27-28, 226.
 Nisio 109.

 Ockham 20, 27, 95, 103.
 Oldenburg 105.
 Ost 117.

 Pascal 79, 116.
 Passerin d'Entrèves 181.
 Peces-Barba Martínez 165, 168.
 Pius XII 73.
 Platon 15, 18, 93, 131, 134.
 Popper 175.
 Portalis 55-56.
 Pospisil 179-180.
 Pound 20, 22, 196.
 Puchta 87-88.
 Pufendorf 20.

 Quiroga 165.

 Rabelais 13.
 Radbruch 20, 73-74, 83.
 Radcliffe-Brown 196.
 Rawls 14, 116, 186.
 Raz 15, 197-198, 203, 225.
 Reggow 43.
 Rials 102.
 Richards 215.
 Ricoeur 18.
 Robespierre 163.
 Romano 20, 22.
 Rosanvallon 15.
 Ross 20, 22, 50, 80-83, 164, 168-169.
 Rouland 176, 180, 216-217.
 Rousseau 15, 18, 103, 108, 122, 225.

 Sacco 32, 86, 177, 193, 204-205, 207.
 Sade 117, 238.
 Sahagún 174.
 Saint-Bonnet 122.
 Saint-Pourçain 103.
 Saint-Victor 102.
 Saleilles 12, 20, 54, 56, 179, 185, 189.

 Sapir 217.
 Sassoferrato 19, 21, 103.
 Saussure 149.
 Savigny 15, 20, 39, 43-44, 77, 83, 85-89,
 91, 108, 126, 199-200, 207, 212, 225,
 236.
 Scarpelli 74.
 Scelle 12, 20, 64.
 Schelling 86.
 Schiavone 87, 225.
 Schlegel 86, 239.
 Schlink 72, 158, 238.
 Schmitt 20, 36, 37, 82, 89, 118, 122-126,
 131, 145, 147, 152-159, 172, 178,
 186, 194, 220, 225, 236, 238, 240.
 Schopenhauer 223.
 Scotus 20, 95, 103.
 Sepúlveda 161.
 Serozan 18.
 Sfez 82.
 Shakespeare 88.
 Sièyes 18, 145.
 Sokrates 93, 97, 113, 116.
 Spinoza 15, 19, 23, 28, 50, 62, 79, 81,
 102-109, 115-118, 130-132, 138-139,
 141-142, 145, 148, 150-151, 153,
 158, 162, 168, 170, 175, 233-235,
 237-238, 240.
 Strauss 15, 21-23, 45, 78-79, 92-94, 97,
 116, 168-169, 199, 213, 218-220,
 222, 236.
 Suárez 15, 20-21, 36, 61-62, 73, 97-99,
 103, 107-108, 111, 153, 157, 190.
 Supiot 49.

 Şafii 19, 21.

 Tabucchi 128.
 Terré 54, 77-78.
 Thibaut 85-86.
 Tosel 49-50.
 Triepel 137.
 Tropér 12, 20, 80, 82, 126, 137, 139-140,
 149.

Tylor 200.

Ulpianus 21, 97-98, 218.

Vaihinger 141, 223, 237.

Valéry 212, 225.

Vattel 21.

Vázquez 97, 100.

Vedel 84, 227.

Veyne 219.

Villey 14, 36-38, 49, 82, 92-98, 100, 102-109, 117, 130-131, 163-164, 188, 225, 238.

Vitoria 14, 23, 37, 97-99, 103, 160, 166, 190.

Waline 122.

Walther 158.

Weber 13, 16, 19, 21-23, 35, 45, 78-79, 91, 150, 160, 163, 177, 195.

Wittgenstein 14, 21.

Wolff 21.

Wycliffe 103.

Yılmaz 15, 19, 97-98, 240.

HUKUK NEDİR?

Cemal Bâli Akal

“ Hukukçular hâlâ bir hukuk tanımı arıyor” diyen Kant’tan iki yüzyıl sonra Georges Vedel, “hukuk nedir?” sorusuna “bir hukukçu sıfatıyla, hayatımın sonunda hâlâ iyi bir hukuk tanımım yok” cevabını vermişti. Vedel kadar açık sözlü olmayan, fakat ısrarla “hukukun üstünlüğü”ne değinmeyi ihmal etmeyen pek çok hukukçu ise, hukuk kuramını “hukuk dışı” sayıp yasayla ihtilaf arasında bağlantı kurmakla yetiniyor ve disiplininin temel sorusunu sormaktan kaçınıyor. Cemal Bâli Akal kitabında bu soruya cevap veriyor, fakat içkinci, adcı, özgür irade karşıtı, tarihî, antropolojik, göreci yaklaşımıyla hukukî olanı “bir” tanıma da hapsedmiyor. Hem şu ya da bu hukukî düzenin hem tüm hukukî düzenlerin ortak aslî unsurlarından oluşan hukukîliği insani olanın içinden yakalıyor. Basmakalıp “bir” cevapla hukukun hayatın dışına ve üstüne yerleştirilen konumundan bunalan ve nesnel-eleştirel bir yöntemle, hukukîlik ya da eşitsiz güç ilişkileri, güç kullanımı, hâkimiyet ve bunların yarattığı hakikatler üzerine düşünmek isteyen herkes için.

yasa/siyasa

hukuk, hukuk kuramı, hukukbilim

