

Hans Kelsen'e ve Hukuki Pozitivime Dair Bir Eleştiri Denemesi

Dr. Mihriban Şenses¹

¹Uludağ Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Sosyoloji Bölümü, mihrisenses@gmail.com

Özet: Bu çalışmada Hans Kelsen'in Saf Hukuk Teorisi ve hukuki pozitivizm ana hatlarıyla ele alınacak ve eleştiriye tabi tutulacaktır. Kelsen Saf Hukuk Teorisi, Genel Hukuk ve Devlet Teorisi gibi eserlerinde hukuki pozitivizm ya da pozitif hukuk anlayışını ortaya koymuştur. Pozitivizm on dokuzuncu yüzyılda gelişmeye başlayan bir "bilim ideolojisi"dir; pozitivizm genel hatlarıyla "bilimizm"/"bilimperestlik"tir. Kelsen de bu bilim ideolojisinden etkilenmiş bir şahsiyet olarak hukuku özerk ya da diğer bilimlerden farklı bir bilim haline getirme girişiminde bulunmuştur. Fakat hem pozitivizm hem de Kelsen'in pozitivizmden hareketle ortaya koyduğu pozitif hukuk ya da "saf hukuk" teorisi uzun zamandır ciddi eleştirilerle yüzleşmek zorunda kalmıştır. Elinizdeki metinde Kelsen'e ve genel olarak hukuki pozitivizme yönelik eleştiriler, "doğal hukuk" tartışmalarından, Amerikalı hukukçu ve düşünür Ronald Dworkin'den, yine Amerikalı hukuk felsefecisi Lon L. Fuller gibi şahsiyetlerin görüşlerinden hareketle ortaya koyuluyor ve hukuk-yorum, hukuk-adalet ilişkisinin yeniden gündeme getirilmesi gerektiği savunuluyor.

Anahtar Sözcükler: "Hukuki pozitivizm", "normatif hukuk", "doğal hukuk", "adalet", "meşruiyet", "Saf Hukuk Teorisi."

A Critical Assay On Hans Kelsen And Legal Positivism

Abstract: In this study, Hans Kelsen's Pure Theory of Law and legal positivism will be generally discussed and criticized. Kelsen has revealed legal positivism or positive law in his works such as Pure Theory of Law, General Theory of Law and State. Positivism is a "ideology of science" that began to develop in the nineteenth century; positivism in general terms is "science-ism" / "science worshipping". Kelsen has also attempted to turn the law into an autonomous science or a different kind of science from other sciences, as a personality influenced by this ideology of science. But both positivism and the "positive law" or "pure law" theory that Kelsen presented with reference to positivism has long had to face with serious criticism. The text in your hand the criticisms towards Kelsen and the generally legal positivism presents, with reference to discussions of "natural law", the remarks of persons like American jurist and philosopher Ronald Dworkin, and again American law philosopher Lon L.Fuller, and argues that the relationship between law-interpretation and law-justice should be brought into question again.

Key Words: "Legal positivism", "normative law," natural law" "justice", "legitimacy", "Pure Law Theory."

Giriş

"[K]anunlar...küçük sineklerin takılıp kaldığı, büyük sineklen yırtıp geçtiği bir örümcek ağı'dır."¹

Anakarsis

Prag doğumlu Yahudi kökenli Avusturyalı-ABD'li Hans Kelsen (1881-1973) hiç kuşkusuz 20.yy'ın en büyük hukukçularından ve anayasa hukukunun kurucu babalarından biridir. Sadece hukukla değil, aynı zamanda felsefe, matematik, mantık, edebiyat ve fen bilimleri ile de ilgilenen Kelsen tamamladığı hukuk eğitiminden sonra 1930'a kadar Viyana Üniversitesi'nde ders verir. Daha sonra siyasi nedenlerle Köln'e yerleşmek zorunda kalır. Fakat Köln de Kelsen'in son durağı olmayacaktır. Nazizmin yükselişe geçmesiyle birlikte önce Prag'a, ardından Cenevre'ye göç etmek zorunda kalacak, fakat Yahudi kökleri onu burada da rahat bırakmayacaktır. Cenevre'den sonraki durağı ise ABD'dir. Burada 1940-1942 yılları arasında Harvard Hukuk Okulu'nda araştırmacı olarak bulunmuş, ardından Kaliforniya Berkeley Üniversitesi'nde ders

vermiştir. Kelsen, uluslararası hukuk, Birleşmiş Milletler hukuku üzerine çok sayıda çalışmaya imza atmış, sayısız ödül almış, Nuremberg Davası'nda danışman olarak görev yapmış, 1973 yılında, yirmi yıl önce ona vatandaşlık veren ülkede (ABD) hayata gözlerini yummuştur.

Kelsen, İngiliz hukukçu John Austin'in (1790-1859) kurucusu olduğu analitik hukuk okulunun en önemli takipçisi ve teorisyeni sayılır. Dolayısıyla Kelsen'in teorisini anlamak için öncelikle Austin'in görüşlerine göz atmak gerekir. Austin, analitik hukuk teorisini oluştururken öncelikle Tanrısal irade ve metafizik alanla ilişkilendirdiği "doğal hukuk"u eleştirir.² "Common law" geleneğinden ayrılan, "iradeci" ve "pozitivist hukuk" anlayışına sahip Austin'e göre hukuk, genel hatlarıyla "egemen" in koyduğu kurallardan müteşekkildir. Aslında bu noktada Austin'in büyük ölçüde Hobbes'tan ve onun "pozitif hukuk" anlayışından etkilendiğini söyleyebiliriz.³

Austin ve Kelsen gibi hukuk kuralları ve ilkeleri için rasyonel bir “temel” arayan analitik pozitivist hukuk okuluna mensup düşünürlerin en önemli özelliği hukuku ahlaktan ayırmış olmalarıdır. Ahlak değerler alanına ait olduğu için “hukukbilimi”nin konusu olamaz. Pozitivist hukuk, bu nedenle “bir değer olarak adalet”i de hukuk biliminin dışına atar. Bu, pozitivist hukuk anlayışına yönelik en önemli eleştiri noktalarından biridir. Şüphesiz pozitivist hukukçuların hukuku ahlaktan, adaletten, Kelsen örneğinde aynı zamanda politikadan ayırırken hedefledikleri şey “saf bir bilim” inşa etmektir. Kelsen, on dokuzuncu yüzyılın “bilim ideal”lerine uygun şekilde “saf bir hukuk” ya da “saf hukuk teorisi” geliştirmek istemiştir.

Bu bilim idealinin, saf hukukun doğuşunu metafiziğin ve “doğal hukuk” anlayışının çöküşüyle ilişkilendirebiliriz. On dokuzuncu yüzyılda geleneksel anlayışlar tahrip edilmiş, bu tahribattan Tanrı’nın, dinin ve kilisenin egemenliğini temsil eden “doğal hukuk anlayışı” da payını almıştır. “Liberal burjuvazi”nin, doğa bilimlerinin “zafer”i ile birlikte “doğal hukuk” yerini “hukuki pozitivism”e bırakmıştır.⁴ Selefleri varsa da, özellikle Kelsen ve H.L.Hart (1907-1992) gibi hukukçularla kristalize olduğunu ileri sürebileceğimiz hukuki pozitivism bir “bilim ideolojisi”nden mülhemdir; bu bilim ideolojisinin adı “bilimizm” ya da “pozitivism”dir.⁵

“Pozitivizme göre, insanın ve insanlığın bilimden başka kurtuluş yolu yoktur. Pozitivizm, bir kurtuluş reçetesidir. Taraftarlarının adlandırdığı şekliyle o, ‘bilimsel dünya kavrayışı ve görüşü’, eleştirmenlerinden Horkheimer’in adlandırdığı şekliyle ‘felsefi teknokrası’, Adorno’nun adlandırdığı şekliyle, ‘bilginin püritenizasyonu’dur. Pozitivizm,...bilim hakkında bir ideoloji, bir bilim ideolojisidir. Pozitivizm, bilimizm (scitentism)dir; pozitivist bilimisttir.”⁶

Kelsen hukuk teorisini oluştururken felsefi ve sosyolojik pozitivismin olguculuğuna, neden-sonuç analizlerine mesafeli olsa da, hukuka “saf bilim” özelliği kazandırma ya da “saf hukuk teorisi” inşa etme çabası anlamında bize göre hem öncüsü Comte olan klasik pozitivismden, hem de Viyana Çevresi düşünürlerinin ortaya koyduğu “mantıkçı pozitivism”den etkilenmiştir. Nitekim o, hukuk bilimini siyasetten, toplumdan, uzlaşmalardan, konvansiyonlardan,

sosyolojiden, felsefeden, değerlerden, geleneklerden ayrı bir bilim olarak tasarlamıştır.

Bu çalışmada öncelikle bu bilim anlayışı ve hukuku diğer alanlardan ayırma çabası, sonrasında farklı düşünürlerin görüşlerinden hareketle Kelsen’in “saf hukuk teorisi” ve hukuki pozitivism tenkit edilecektir.

1. “Saf Bir Bilim” Olarak Hukuk Mümkün Müdür?

Hüsamettin Arslan’ın Türkiye’nin Nietzsche’si olarak gördüğü mütefekkir Cemil Meriç sosyoloji için şu sözleri sarfetmişti: “taraf tutmayan insan, şahsiyeti felce uğramış insandır. Kimse tarafsız değildir ve tarafsız bir sosyoloji de yoktur.”⁷ Aynı şeyi hukuk için de söylemek mümkün müdür? Hukuk veya hukukçular tarafsız mıdır? On dokuzuncu yüzyılın bilim idealine veya pozitivismine uyan bir hukuk gerçekten varolmuş mudur veyahut olmalı mıdır? Saf bir bilim olarak hukuk mümkün müdür? Fakat bütün bu sorulardan önce belki de ilkin sormamız gereken kritik soru şudur: Hukuk nedir?

Hukuk, Fransız klasik liberalizminin temsilcilerinden Frédéric Bastiat’ın (1801-1850) tanımıyla “bireyin meşru müdafaa hakkının örgütlenmesi” midir?⁸ Hegel’in ifadesiyle “özgür iradenin mevcudiyeti” ya da “ide olarak özgürlük” müdür?⁹ Egemen sınıfa hizmet eden ve sömürünün en güçlü aygıtlarından biri midir? Austin’in tanımıyla “egemenin emri” midir? Kelsen’in idealleştirdiği haliyle “temel norm”a, “anayasaya”, kurallara bağlı bir işleyişe mi sahiptir? Amerikalı ünlü düşünür ve hukukçu Ronald Dworkin’in tespitiyle “ilkelere bağlı yorum”u mu gerektirir? Bugüne kadar hukukun neliğine, kökenine, işleyişine dair yüzlerce açıklama yapılmıştır. Fakat buna rağmen hukuk problematiği veya hukukun neliği tartışmaları son bulmamıştır. Yine de genel olarak hukukun devlet kurumuyla, egemenlik, itaat, meşruiyet kavramlarıyla birlikte düşünülmesi gereken bir yasalar bütünü olarak görüldüğünü söyleyebiliriz. Bilim olarak hukukun da bu yasaları, mevcut kuralları incelediği kabul edilir.

Kelsen’e göre hukuk, devlete meşruiyetini armağan eder. Aslında ona göre devlet ile hukuk özdeşdir. “Devlet bir hukuk düzenidir.” Kelsen için hukuk daima “norm olarak hukuk”tur. Meşrulaştırma konusu da hukukbiliminin değil,

etik ve siyasetin konusudur. “Hukuk bilimi, eğer siyaset değil bilim olmayı hedefliyor ise, sadece objektif bilişle iş görmelidir.”¹⁰ Kelsen, hukuku rasyonel temele oturtmaya çalışan ve analitik hukuk okulunun kurucusu sayılan Austin’den farklı olarak hukuku “egemen”e, “itaat alışkanlığı”na bağlamamış, “norm” olarak karakterize etmiş ve bilim olarak hukuku yalnızca normların bilinmesine bağlamıştır. Böylece “hukuku doğadan ve norm bilimi olarak hukuk bilimini, doğal olayları yasalar çerçevesinde açıklamaya çalışan bütün diğer bilimlerden” ve “kognitif bilimler”den ayırabileceğimizi ileri sürmüştür.¹¹ Saf hukuk teorisinin görevi pozitif hukuku olduğu haliyle analiz etmektir. “Devlet...normatif hukuki bilişin konusudur; -hem harekete geçirilen hem de harekete geçiren, hem psikolojik hem de fiziksel-eylem olarak hukuk ise iktidar, hukuki iktidardır ve böyle bir araştırmancının nesnesi sosyal psikolojiye yahut sosyolojiye aittir.”¹²

Yukarıda da aktardığımız üzere Kelsen, hukuk söz konusu olduğunda meşruiyet meselesine önem verir, ancak meşruiyet konusu hukuk bilimi ya da saf hukuk teorisi kapsamında yer almaz. Kelsen burada, hukuku ideoloji ve “siyaset dışı”, rasyonel, objektif bir bilim haline getirebilmek için diğer bütün bilimlerden ayırma çabasına girişmiştir. Hatta o, hukuk biliminin, hukukun sine qua non’ı olan hukuk felsefesi ve hukuk sosyolojisi gibi alanlarla da bağlantısını koparmıştır. Aslında bu, anlaşılabilir bir çabadır. Rus asıllı sosyolog Georges Gurvitch’in (1894-1965) de belirttiği üzere alanları ve yöntemleri itibarıyla hukuk ile hukuk sosyolojisi arasında ciddi bir ihtilaf süregelmiştir. Hukukçular genellikle hukuk sosyolojisine sıcak bakmazlar; çünkü hukuku özerk bir alan olarak görmek isterler. Hukuku özerk bir alan ya da bilim haline getirebilmek için “sosyal gerçekliği” ve bu gerçekliğin “inşa”sını dışarıda bırakmak zorundadırlar. Gurvitch’e göre hukuk sosyolojisinin nispeten geç doğuşu da bununla alakalıdır.¹³ Aslında o, bu alandaki gecikmeyi büyük ölçüde Comte’un pozitivizmine bağlamıştır.

Comte’un “[s]osyolojik pozitivizmi, gerçeklik aşkıyle -yanlış anlaşılmalı- bir gerçeklik- kendi araştırma sahasından hukuk, ahlâk, din ve saire gibi sosyal gerçekliğin son derece esaslı şubelerinin çıkmasına meydan vermişti. İşte sosyolojik pozitivizmden sosyal naturalizme geçmek için arada ancak bir adımlık yol

kalmasının hikmeti buradadır...Muhakkak ki sosyal natüralizm, hukuk sosyolojisine de hiçbir yer bırakmıyordu...Fransız sosyolojisinin büyük ustası Emile DURKHEİM, COMTE’un fikirlerini esaslı bir şekilde değiştirerek ve aynı zamanda bu yeni ilim dalının naturalizme müteveccih olan bütün temayüllerini büyük bir şiddetle reddederek, Hukuk Sosyolojisinin asıl sosyolojinin sinesinde bir yer bulmasına adamakıllı yardım etmiş oldu.”¹⁴

Gurvitch, hukuk sosyolojisinin hukuk için vazgeçilmez olduğunu ileri sürmüştür. Aslında bunu hukuki pozitivizm eleştirisi ile birlikte yorumlamak gerekir. Ona göre hukuki pozitivizm, devleti hukukun biricik kaynağı sayar. Bu nedenle hukuk sosyolojisine başvurulmadığı sürece hukukun keyfiyete dayanma ya da güçlülerin çıkarlarına hizmet etme potansiyeli ortaya konulamaz veya analiz edilemez. Ona göre hukuk, hukuk sosyolojisine müracaat etmekle “bilimsel”liğinden bir şey kaybetmeyecek, aksine daha sağlam ve kurumlaşmış bir alan haline gelecektir.¹⁵ Kuşkusuz Gurvitch’in hukuka ve hukuk sosyolojisine ilişkin bu tespitlerinden sonra, genelde felsefe ve sosyoloji, özelde hukuk teorisi, hukuk felsefesi veya hukuk sosyolojisi alanlarında çok sayıda farklı ekol ve farklı teori ortaya çıkmıştır. Yeri geldikçe bunlara da kısaca değinilecektir.

Kelsen’in bu çalışmada üzerinde duracağımız saf hukuk teorisi, hukuki pozitivizm teorisidir. Bu teori aynı zamanda “normatif hukuk teorisi” olarak da bilinir. Hem genel olarak hukuki pozitivizm hem de Kelsen’in teorisi uzun zamandır pek çok eleştiri ile yüzleşmek zorunda kalmıştır. Öncelikle yukarıda da belirttiğimiz üzere hukuki pozitivizm ve Kelsen’in saf hukuk teorisi hukuk felsefesi, dil felsefesi, hukuk sosyolojisi, siyaset, etik gibi alanları ve ahlak, adalet gibi değerleri hukuk biliminin dışında tuttuğu için eleştirilmiştir. Çünkü bu alanlar olmadan hukukun neliğini, meşruiyetini, hukukun kaynaklarını, yasa koyucunun ve yargıcın rolünü ve önemini, hukukta yorumu tartışmanın önünde devasa engeller ortaya çıkar.

Bütün bu alanlar ve içerdikleri mülahazalar aynı zamanda hukuk biliminin “bilimsel”liğini sorgulamamıza vesile olmuştur. Örneğin hukuk felsefesine ve genel olarak felsefeye başvurduğumuzda adaleti, hakları, insan haklarını, hatta insanın neliğini, ahlak felsefesini,

normların, devletin ve hukukun doğuşunu ve meşruiyeti meselesini tartışmak zorunda kalırız. Mesela dil felsefesi, sosyal bilimlerin felsefesi ve sosyolojisi, hermenötik de hukukun “bilimsel”liğine hanel getirme potansiyeline sahiptir. Bu nedenle modern hukuk bilimcileri ya da modern hukukçular bütün bunları tartışmaktan imtina etmiştir. Çünkü modern toplumda “bilim” olmak, “bilimsel” olmak imtiyazlı bir konuma sahip olmak demektir.

Modern çağ Tanrı'nın, dinin, Kilise'nin, rahiplerin yerini Akıl'ın, bilimin, laboratuvarın ve bilim adamlarının aldığı çağdır. Modern çağda bilim, “din”e dönüşmüştür; insan aklını yücelten, “evrensel”, “genel-geçer”, “kesin” bilgiyi sunması beklenen bir dine. Dolayısıyla düşünürler, teorisyenler, araştırmacılar bir düşünce sistemini, teoriyi, “disiplin”i bilim haline getirme derdine düşmüştür. Çünkü bir şey bilim ise hurafelerden, geleneklerden, siyasetten, ideolojiden, toplumdan, dinden, önyargılardan, metafizikten “arınık” demektir. Bilimsel olmak, “tarafsız”, “objektif”, yöntemle bağlı olmak ya da deneye, gözleme, olgulara ve Akıl'a dayanmak demektir. Buna göre bilimsel bilgi “pozitif”, geriye kalan neredeyse her şey “negatif”tir. Bilimsel olmak eleştiriden münezzeh olmak demektir. Bu nedenle 1940'lı yıllara kadar bilim sosyolojisi dediğimiz alan doğma fırsatı bulamamıştır. Çünkü sosyologlar, bilgi ve bilim felsefecileri gündelik bilginin sosyolojisinin yapılabileceğine, ancak bilimsel bilginin sosyolojisinin yapılamayacağına inanmıştır.

Kelsen de hukuk sosyolojisinin varlığını kabul etmiş, ancak saf hukuk teorisini ya da normatif hukuku sosyolojik eleştirinin dışında tutmaya çalışmıştır. Bu anlamda Kelsen daha önce de belirttiğimiz üzere klasik pozitivistlerden, Kant'tan ve Viyana Çevresi düşünürlerinin (Rudolf Carnap, Neurath Gödel, Bertrand Russell, Alfred Whitehead vb.) mantıkçı pozitivistten etkilenmiştir. O, öncelikle “doğal hukuk”u ya da “geleneksel hukuk bilimi”ni eleştirerek işe koyulur. Çünkü Kelsen'e göre pozitif hukuk gerçek hukuku, doğal hukuk veya adalet ise ideolojiyi temsil eder. Bu nedenle hukuk bilimini ideolojik, politik olandan ve değerler alanından ayırmak istemiştir. Hukuk bu alanlarla ve farklı disiplinlere mensup kişilerin analizleriyle kirlenilemeyecek kadar değerlidir; dolayısıyla hukukçulara bırakılmalıdır. Kelsen'e göre devlet de bir hukuk düzeni olduğuna göre burada hukuka ve hukukçulara tanınan ayrıcalığı kolaylıkla tespit ve teşhis etmek mümkündür.

Saf hukuk teorisini, normatif hukuk ya da pozitif hukuk objektiftir; hukukçular objektiftir veya objektif olmalıdır. Fakat acaba gerçekten böyle midir?

Bir sonraki kısımda Kelsen'in saf hukuk teorisini ayrıntılı şekilde ele alacağımız için burada birkaç temel noktayı eleştirmekle yetinebiliriz. Öncelikle Kelsen'in hukuk teorisinin normatifiği meselesinden başlayabiliriz. Kelsen'e göre hukuk bilimi normatiftir. Hukuk ve hukukçu normlara dayandığı için objektiftir; ancak burada sorun normların ortaya çıkışı konusunda Kelsen'in çok az şey söylemesidir. Aslında normların ortaya çıkışı, hukuk veya diğer bilimler mevzubahis olduğunda “objektivizm”in modern bir “mit” olduğunu söyleyebiliriz. Hukuk alanında objektivizm miti hukuk kurallarının ortaya çıkışını, meşruiyeti sorununu perdeleyen bir fonksiyona sahiptir.

Kelsen'in saf hukuk teorisini hukukun ahlaki, felsefi, “sosyal” veya “sosyolojik” boyutunu ihmal eder. O, hukuku normatif bir alan olarak gördüğü için hukuk ve devletin meşruiyeti konusunu da hukukun dışında bırakır ve meşruiyet sorunu çözümlenmemiş olarak kalır.¹⁶ Aynı durum “adalet” için de geçerlidir; Kelsen “adil olan”ı veya adaleti hukukun dışında bıraktığı için de hukuk felsefecilerinin ve sosyologlarının hedefi haline gelmiştir. En önemli eleştirmenlerden birinin Dworkin olduğunu söyleyebiliriz. Bir başka husus onun, hukuku devlet ile özdeşleştirmesidir. Kuşkusuz hukuk devletten ayrı düşünülemez, ancak bu özdeşleştirmenin devlet merkezli ya da devletçi bir hukuk anlayışına neden olduğu veya olacağı yönünde ciddi itirazlar gündeme gelmiştir. Son olarak Kelsen'in saf hukukun diğer bütün disiplinlerden, bilimlerden, siyasetten bağımsız olduğu yönündeki iddialarına cevaben şunları ileri sürebiliriz: Hukuk daima “sosyal olan” ile içiçedir; kimi yorumcular etkisini yitirdiğini iddia ediyorsa da “common law” ve Carl von Savigny'nin öncülüğünde gelişen “tarihsel hukuk okulu” geleneği bugünün hukuk tartışmaları açısından bu nedenle hala önemlidir. Ayrıca hukuk, hukuk felsefesi ve sosyolojisi gibi alanlardan soyutlanarak ele alınamaz; alınmamalıdır. Eleştirel hukuk çalışmalarının, feminist teori, postmodernizm, dekonstrüksiyon, hermenötik incelemelerinin bu iddiayı yeterince güçlendirdiğini düşünüyoruz.

2.Hukuki Pozitivizm, Saf Hukuk Teorisi ve Eleştirileri

Kelsen'in saf hukuk teorisini anlayabilmek için yine yukarıda sözünü ettiğimiz pozitivist hukuk anlayışından ya da hukuku pozitivizmden yola çıkmamız gerekir. L.L. Fuller'e (1902-1978) göre Austin, Hart ve Kelsen gibi düşünürlerin paylaştığı hukuki pozitivizmi meydana getiren birkaç temel özellik bulunur: İlk hukuki pozitivizme göre hukuk, "tek yönlü bir otorite"ye ve bu otorite de "yetkili bir kaynağa" dayanır. İkincisi, bu anlayış hukukun neliğini veya yapmakta olduğu şeyden ziyade "nereden geldiğini" sorgular. Hukuki pozitivizmin odaklandığı soru şudur: "Hukuku kim yapar?" Austin'in bu soruya cevabı, "bir veya birden fazla kişinin itaat etme alışkanlığının olduğu egemen"; Kelsen'in, "Grundnorm" ya da "temel norm"; Hart'ın ise "tanıma kuralı"dır. Hukuki pozitivizmin bir diğer özelliği, kanun koyucu için özel bir makam veya rol tasarlamamasıdır. Bu anlayışa göre kanun koyucunun rolünü tanzim edecek bir "etik kod" da yoktur. Aslında saydığımız bu özelliklerin hepsi aynı zamanda birbiriyle ilişkilidir. Bütün bu unsurlar hukuk sisteminin işleyişindeki sosyal boyutu göz ardı eder.¹⁷

Yukarıda ismini zikrettiğimiz düşünürlerin hukuki pozitivizm kontekstinde önemli ortak noktaları bulunsada kuşkusuz ayrı düştikleri hususlar da vardır. Austin ile başlayalım. O, analitik hukuk teorisini aslında "common law" geleneğine tepki olarak ortaya koymuştur. İngiltere'de karşımıza çıkan bu gelenekte yasalar "common law"ın ve "kadim bilgeliğin" simgesidir ve yargıcın yasama karşısında merkezi bir rolü vardır.¹⁸ "...[C]ommon law teorisine göre, yargıçların otoritesi politik karar vericiler olmalarından, yani kralın veya parlamentonun vekilleri olmalarından değil, toplumun temsilcileri olmalarından kaynaklanır."¹⁹ On yedinci yüzyılda common law savunucuları parlamentonun egemenliğini pekiştirmiş ve yazılı olmayan geleneğin üstünlüğünü savunmuştur.²⁰

Austin gibi tabii hukuka karşı çıkan, insan doğasında ya da özünde hiçbir hakkın veya yasanın olmadığını savunan Jeremy Bentham, common law'ı "sahte hukuk" ya da "yapmacık hukuk" olarak nitelendirmiştir. İşte Austin de bu geleneğin "sistemsiz"liğinden ve "rasyonel" boyutunun eksikliğinden rahatsızlık duyan bir şahsiyet olarak common law'ın karşısına Roma

hukukunu çıkarmıştır. Çünkü ona göre Roma, rasyonel hukuku temsil eder.²¹

Austin, savunduğu rasyonel hukuk anlayışından hareketle hukuku ahlaktan ayırır. O, "olması gereken hukuk"a değil, "olan" hukuka yönelir ve common law geleneğinden farklı olarak yasamayı merkezi bir konuma yerleştirir. Belki de bu nedenle Austin, Bentham ile birlikte hukukun kaynağını "egemen"e, egemenliği de "alışkanlığa bağlı itaat"e dayandırmıştır.²² Bu iki düşünür egemenlik konusunda Hobbes'tan etkilenmiştir, ancak onun "sözleşme" doktrinine katılmazlar. Mesela Hobbes'ta sözleşme, egemene yönetme hakkı verir, oysa onlarda "[e]gemenliğin varlığı politik bir olgudur, bir haklılık haksızlık meselesi değildir."²³

Austin'e göre egemen "müşterek" olmalıdır. Onun egemenlik teorisiyle ilgili en çok tepki çeken açıklamalarından biri egemenin hukuk ile sınırlanamayacağı yönündeki iddiasıdır. Fakat Austin burada, egemenin her türlü sınırlamadan bağımsız olduğunu ileri sürmemiştir. Aslında egemenliği monarka, Avam Kamarasına ve Lordlar Kamarasına dayandırır. Britanya'da egemen, Parlamento ve Kraliçe'dir. Anayasaya göre egemenlik hukuken sınırlandırılmaz.²⁴ Aslında Austin'e göre "egemenlik hukuki değil hukuk öncesi bir nosyondur."²⁵ Hukuk, egemenliği geçerli kılan şey olamaz. Anayasa hukuku da bu nedenle "pozitif ahlak" olmalıdır.²⁶

Austin'de hukuk egemene bağlı olduğu için uluslararası hukuk kabul görmemiştir. Çünkü uluslararası hukukta egemen unsur eksiktir. Austin'in hukuk teorisi genel olarak şu eleştirilerle karşı karşıya kalmıştır: Austin'de hukukun empirik bir boyutu vardır. Çünkü o, gözlemlenebilir alışkanlıklara yönelmiş ve bunları evrenselleştirmeye çalışmıştır, ancak empirik olan her durumda genelleştirilemez. Ayrıca Austin, sözünü ettiği pozitif hukukun mahiyeti, işleyişi veya yöntemine dair çok az şey söyler. Aynı şekilde Austin'in, yargıcı "kural-yaratan" veya "kural-yorumlayan devlet görevlisi" olarak görmesi ve "kuvvetler ayrılığı"na mesafeli duruşu da hukuki açıdan problemlidir. Bir diğer sorun onun uluslararası hukuku, hukuk olarak kabul etmemesidir; bu, günümüzde uluslararası hukuk açısından uygunsuz görülmektedir.²⁷

Austin'in analitik hukuk okulunu takip eden Kelsen ise, ondan farklı olarak ilkin hukuku

egemene dayandırmamıştır. Felsefi veya sosyolojik pozitivismden ayrılarak hukuku olgularla da açıklamamıştır. Kelsen'e göre hukukun kaynağında temel norm bulunur. Temel norm aynı zamanda ahlaki düzenin normlarının da taşıyıcısıdır.²⁸ "...[Ö]zel ahlak normları genel temel normdan zihinsel bir işlemle, yani genelden özeli çıkaran dedüksiyon vasıtasıyla çıkarılabilir. Ahlakın temel normu; maddi statik karakterdedir."²⁹ Kelsen'e göre hukuk, yalnızca "pozitif hukuk", "çıkarılmış" veya "koyulmuş" hukuk olarak varolabilir.³⁰

Kelsen, bir tekil normun geçerliliğinin ceza kanununa uygun şekilde çıkarılmış olmasına bağlı olduğunu savunur. Ceza kanunu geçerlidir, çünkü ceza kanunundaki hükümler devlet anayasasına dayanır. Devlet anayasası da tarihsel olarak izi sürüldüğünde "bir konseyin ihdas ettiği ilk anayasa"da temellenir.³¹ "Saf Hukuk [Teorisi]...temel normla varsayımsal bir temel olarak çalışır. Temel normun geçerli olduğu varsayımıyla, ona dayanan hukuk sistemi de geçerli hale gelir."³²

Kelsen, pozitif hukukun doğal hukuktan kaynaklandığı ya da doğal hukukun pozitif hukuka geçerlilik bahşettiği iddiasını reddeder ve daha önce de belirttiğimiz gibi hukuku adaletten ayırır. Çünkü ona göre pozitif hukuku doğal hukuk ve adaletten ayırmadığımızda yasakoyucunun statükoyu onaylayan, adil kabul eden veya sürdüren tavrını benimsemek zorunda kalma tehlikesiyle karşılaşırız. Kelsen bu nedenle, objektif ve pozitif bir hukuk bilimi inşa edebilmek için hukuku "muhafazakar doğal hukuk" teorisinden ve politikadan ayırmak zorunda olduğumuzu savunur. Ona göre saf hukuk teorisinin görevi, pozitif hukuku olduğu şekliyle analiz etmek ve anlamaktır; statükoyu meşrulaştırmak değil. Kelsen için saf hukuk teorisi siyasi çıkarılara, amaçlara alet olmayı reddeder.³³

Keza ona göre hukuk bu çıkarılara, amaçlara alet olmamak ve belirsizlikten kurtulmak için aynı zamanda ahlaktan da ayrılmalıdır. Hukuk ile ahlaki ayıran tez "ayrılabilirlik tezi" olarak bilinir. Ayrılabilirlik tezine göre hukuk-ahlak arasında kavramsal veya apriori bir ilişki yoktur. Yasanın geçerliliği ahlaki kabullerle ilgili değildir. Ayrıca hukukun mahiyeti ahlaki olarak açıklanmak zorunda olamaz; çünkü bu tür bir temel yoktur. Hukukta "indirgeyici tez" olarak bilinen tez, hukukun olgular temelinde açıklanması

gerektiğine ilişkindir. "Normativite tezi"nde ise hukuk olgulardan ayrılır. Bu durumda doğal hukuk "ahlakilik" ve "normativite" tezini birleştirirken, "ampirik-pozitivist" teorisinin ayrılabilirlik tezi ile indirgeyici tezi birleştirdiği söylenebilir. Bu formülasyona göre Kelsen'in bir orta yol arayışı içerisinde, ayrılabilirlik tezi ile normativite tezini bir araya getirmeye çalıştığı öne sürülmüştür. Çünkü ona göre normlar olgulara veya ahlaki tartışmalara dayanmaz.³⁴

Kelsen hukuku normlar üzerine inşa ettiği için mahkemenin ve yargıçların rolü de bu normlara göre hareket etmektir; fakat Kelsen'in teorisi, mahkemenin rolünü de basite indirgemez.

"...[M]ahkemenin eylemi basitçe yasadaki, genel normda zaten varolan hukuku dile getirmekten yahut keşfetmekten ibaret değildir. Bilakis hüküm vermenin işlevi tamamen inşaidir; sözcüğün tam anlamıyla hukuk yaratmaktır...yargı kararının bizatihi kendisi tekil bir hukuk normudur, genel yahut soyut hukuk normunun tekilleşmesi yahut somutlaşmasıdır; genel olandan tekil olan hukukun yaratılması sürecinin devam etmesidir...Her hukuk eylemiyle bir üst düzey norm uygulanır ve bir alt düzey norm yaratılır. Böylece ilk anayasanın ihdas edilmesi (en üst düzeydeki hukuk yaratma eylemi) temel normun uygulanmasını temsil eder; yasama (genel normların yaratılması) anayasanın uygulanmasını temsil eder; (tekil normlar koyan) yargı kararları ve idari eylemler yasaların uygulanmasını temsil eder; ve cebri eylemlerin gerçekleştirilmesi yargı kararlarının ve idari direktiflerin uygulanmasını temsil eder."³⁵

Kelsen'e göre hukukta yorum vardır, fakat bu yorum normun çerçevesine ve bu çerçeveye dayalı farklı uygulama imkanlarına bağlıdır. Yasayı yorumlamak bizi zorunlu olarak "tek bir doğru karar"a götürmez. Muhtemelen ulaşılabilecek birden fazla karar bulunabilir. Fakat bu kararların hepsi "(uygulanacak norma nispetle) eşit değerdedir; hatta bunlardan sadece bir tanesi yargı kararı eylemiyle pozitif hukuk haline gelmiş bile olsa böyledir."³⁶ Onun pozitif hukuk anlayışına göre uygulanan normla ilgili hangi verili imkanın diğerinden üstün olduğunu belirlemede kullanılacak bir kriter yoktur. "Doğru tercih" meselesi de aslında hukuk biliminin değil, hukuk politikasının meselesidir.³⁷ Ona göre "...doğru yasalar anayasadan yorum vasıtasıyla elde edilemiyorsa, doğru hüküm de yasadaki yorum

vasıtasıyla elde edilemez.”³⁸ Kelsen bu süreçte yasakoyucu kadar olmasa da yargıcın da hukuk yarattığını ileri sürer. Çünkü yasanın uygulanması sırasında tekil normu tespit etmek iradenin fonksiyonudur.³⁹

Kelsen’in pozitif hukuk anlayışı veya süreciyle ilgili en dikkat çekici iddialarından biri şudur: “Anayasaya aykırı yasa”, “hukuka aykırı hukuk”, “norma aykırı norm” olamaz. Hukukta bu tür bir mantıksal çelişki yoktur. Ona göre yasanın geçerliliği anayasaya dayanır. Bu yasa için “sakatlık” veya “hukuki hata” nitelemesi yapılabilir, ancak yasanın, “anayasaya aykırı” olduğu söylenemez. Yasa anayasa tarafından yürürlükten kaldırılıncaya kadar geçerlidir.⁴⁰ Kelsen’in ifadesiyle “[a]lt düzey norm, içeriği üst düzey normun içeriğine karşıt bile olsa, geçerlidir –esasında norm geçerliliğini üst düzey normun ihdas ettiği kesin hüküm ilkesine borçludur.”⁴¹

O, aynı iddiayı uluslararası hukuk ile devlet hukuku arasındaki ilişkiye de taşır. Kelsen’e göre “[d]evlet hukuk sistemlerinin temelini oluşturan norm, bir pozitif hukuk normu olarak anlaşılabilir ve bunun için de uluslararası hukukun, devlet-hukuk sistemlerinin üzerinde, onlara yetki veren bir sistem olarak görülmesi gerekir.”⁴² Üst düzey norm ile alt düzey norm arasındaki ilişki, devlet hukuku ile uluslararası hukuk arasındaki ilişki için de geçerlidir.⁴³ Nasıl “[y]asaya aykırı bir yargı kararı...geçerli bir norm...[ise] ve başka bir yargı kararıyla ortadan kaldırılıncaya kadar geçerli olmaya devam ed[iyorsa]” aynı şekilde devlet hukuk sisteminin normları uluslararası hukuku “ihlal” ediyor gibi görünse de geçerlidir.⁴⁴ Çünkü “uluslararası hukuk devlet hukuk sisteminin ‘uluslararası hukuka aykırı’ normlarının geçersiz kılınabileceği usûle dair herhangi bir hüküm içermez.”⁴⁵

Kelsen’in yukarıda özetlemeye çalıştığımız saf hukuk teorisi ya da pozitif hukuk anlayışının eleştirisini sona bırakarak Hart ile devam edelim. Öncelikle *Concept of Law* adlı eseriyle bilinen Hart’ın da Kelsen gibi hukuki kavramların analizini “yasaların eleştirisi”nden, doğal hukuktan, politikadan, ahlaktan, adaletten ve hukuk sosyolojisi alanından ayırmaya çalıştığını belirtelim. Çünkü Hart’a göre hukuk bir “mantık sistemi” ya da “mantıksal normlar sistemi”dir. Tam da bu nedenle hukuk, mesela “rölatif” adalet tartışmalarıyla ilgilenmemelidir.⁴⁶ Hart bu

konuda ve hukukun politikadan üstün olmadığı konusunda Kelsen ile hemfikir olmasına rağmen, devlet ile hukukun özdeşliği konusunda ayrı düşer.⁴⁷ Yani Hart’a göre devlet ile hukuk özdeş değildir. O, hukuku egemenliğe dayandıran Austin ile de hemfikir değildir. Austin’de hukuk, “beşeri politik iktidar”a, egemene bağlı iken, Hart’ın teorisinde hukuk, “kuralların iktidar sahiplerini yönettiği, insanların değil kuralların yönettiği bir sistem”dir. Hukuk, “kendi kendini düzenleyen bir kurallar sistemi”dir.⁴⁸ Fakat mesela hukuk felsefecisi Lon L.Fuller, Hart’ın kendisi reddediyor olsa bile, onun hukuk anlayışının “idari yönetim modeli”ne dayanan bir hukuk olduğunu savunur. Hart, “...bir kurallar sistemi herhangi bir kimse üstüne cebirle dayatılacaksa, buna razı olmayı kabul edecek yeterli sayıda insanın olması gerekir. Onların rızaya dayalı işbirliği ve bunun yaratacağı otorite olmaksızın hukukun ve devletin cebri kuvveti oluşturulamaz” derken, Fuller vatandaş ile devletin herhangi bir işbirliğinin olmadığını ileri sürer.⁴⁹ Sonuç olarak Fuller, Hart’ı aslında Austin’e yaklaştırır.

Yukarıda Hart’ın Kelsen ile devlet-hukuk özdeşliği konusunda ayrı düştüğünü belirtmiştik. Onun hukuk anlayışı bir başka açıdan da Kelsen’inkinden farklıdır, çünkü Hart, Wittgenstein ve Austin’e bağlı lingüistik felsefede temellenen bir empirisizm inşa etmiştir.⁵⁰ Hart’ın benimsediği “lingüistik felsefe kelimelerin tanımsal [kontekstlerde] anlamlarına değil, onların değişik lingüistik [kontekstlerde] kullanılma biçimlerini açığa çıkarmaya odaklandı. Bu yöntem ‘gündelik hayatın söylemini’ ve diğer söylemlerden farklılıklarını bilme başarısızlığının ‘kafa karışıklığı ve keşmekeş’...ile sonuçlanabileceği – hukuk gibi- herhangi bir disiplinin söylemini aydınlatmakta kullanılabilirdi.”⁵¹ Bu tür bir felsefenin üç kazanımı vardır: ilki dilin ve hukuk dilinin “performatif” yönünü ortaya koymasındır; ikincisi, dilin “açık yapılı” olmasıdır. Lingüistik felsefe “dil belirsizliği”ni reddetse bile dil aynı zamanda kısmi olarak belirsizdir; bu da kuralların felsefi olarak incelenmesini zorunlu hale getirir. Üçüncü olarak lingüistik felsefede, dilin “çoklu formları”na ilişkin değerlendirmeler sosyal konteksti de anlamaya yardımcı olur.⁵²

Hart lingüistik felsefesinde, kelimelerin veya ifadelerin “sosyal gerçekliğin” bir temsil i olup olmadıklarıyla ilgilenmez. Kelimeler “doğası

gereği” sosyal gerçeklik olarak görülebilirler. Onlar aynı zamanda sosyal gerçekliği inşa eder. Bütün bunlardan hareketle Hart, çalışmasının yalnızca “analitik hukukbilim”i değil, aynı zamanda “betimleyici sosyoloji”yi içerdiğini savunur. Çünkü o, kavramsalcılığı reddeder ve hukuk felsefesinin “kavramlarını avukatların, yargıçların ve vatandaşların fiili lingüistik pratiklerinde bulma” girişiminde bulunur.⁵³

Hart’ın normatif hukuk teorisi sosyoloji içerir, fakat bu sosyolojinin büyük ölçüde problemlili olduğu ileri sürülmüştür. Çünkü o, sosyal şartları sistematik olarak incelemeye girişmemiştir; ayrıca bir yandan hukukun niteliğini empirik temelde açıklamaya çalışır; diğer yandan hukuk doktrininin teoriye empirik malzeme tedarik ettiğini reddeder.⁵⁴ Sonuç olarak Hart sosyal pratiklere, sosyal olgulara önem veriyor gibi görünür, fakat sosyolojik sorgulamaları sürdürmekten kaçınır. Yine de Hart’ın teorisindeki sosyolojik boyut Kelsen’den farklılaştığı noktayı temsil eder.

Kelsen ile Hart’ın hukuk anlayışlarının benzerliği ise yargıcın takdir yetkisine ilişkin görüşlerinde açığa çıkar. Hart da Kelsen gibi yargıçların hukuku yorumlarken takdir yetkisi kullandıklarını kabul eder. Kurallar ve takdir yetkisi “yargıç-yapımı hukuk”u meydana getirir. Fakat Hart, takdir yetkisinin “hukuki olmayan” bir öge olduğunu savunur; Kelsen’de ise hukuk dışı olan öge politikadır. Her iki düşünürde de yargıçların ihtilafli davalarda karara ulaşma tarzları ve hukuki otoritelerine ilişkin analiz yok denecek kadar azdır. Çünkü onlara göre bu analiz de aslında hukuk biliminin kapsamında yer almaz.⁵⁵

Buraya kadar hukuki pozitivismi, Austin, Kelsen ve Hart gibi analitik hukuk okuluna mensup düşünürlerin görüşlerini özetlemeye çalıştık. Bu görüşlerin ve hukuki pozitivismin eleştirisini içeren muazzam bir literatür bulunmaktadır. Biz çok daha az veya sınırlı kısımdan hareketle Kelsen’e ve hukuki pozitivismeye yönelik eleştirileri özetlemeye çalışacağız. Mesela “temel norm”dan başlayalım.

Kelsen’in pozitif hukuku kendisine dayandırdığı “temel norm” daha önce de belirttiğimiz üzere “varsayımsal” bir temeldir. Bu temel normun yaratıcısı yoktur. Ancak bu norm anlayışına bağlı olarak anayasanın oluşturulma süreci yeterince açıklanamaz, çünkü anayasa “kurucu iktidar”ın iradesinin ürünü olarak görülür. Ayrıca Kelsen’in

bu temel normu hukuk dışı varsayım olarak görmesi, parlamenter rejimlerle diktatörlüğün eşitlenmesi ile sonuçlanmıştır.⁵⁶ Aynı şekilde Kelsen’in devlet ile hukuku eşitlemesi ve devleti “hukuki normlar sistemi” olarak kabul etmesi de problemlidir; çünkü devlet sadece “hukuki normlar sistemi” değildir.

“[D]evletin sadece bir hukukî normlar sistemi olduğunu kabule imkân yoktur. Çünkü, devletin aslı unsurları meyanına, muayyen bir ülke üzerinde ve kendisine tabi olan ferdlerin iradelerinden müstakil olarak tatbik edilen üstün bir kudret de girer. Normlar nizamı, fiilî ve siyasî bir kudrete istinat etmelidir ki müsbet hukuk bahis mevzuu olabilsin. Müsbet hukuk tabiri ancak müşahhas vakalara, fiilî ve üstün bir kudrete veya bu kudretin organlarına istinat eden bir hukuka izafe olunabilir...Devlet, mantikî bir sistem değil, bir sosyal varlıktır ve bizim dışımızdadır. Müellif, insanlardaki devlet fikrini realitede mevcut devlet müessesesi ile birbirine karıştırmaktadır. Devlet bir vakadır, sosyal ve tarihî bir mut’adır ve bu bakımdan bizim sübjektif âlemimiz dışında bir varlıktır. Halbuki, Kelsen devleti sadece bir hukukî normlar nizamı olarak görmekte ve ona göre bu normlar nizamı üstün bir temel - normdan istidlal edilmektedir. Bu temel - norm fikri de çürüktür. Zira, ya temel normun objektif mevcudiyetini kabul etmek ve onu hukukî nizama idhal etmek lâzımdır (ki müellif bu hususu reddediyor), veya bu normu tamamen farazî olarak ele almak icabeder. Ancak bu sonuncu takdirde ona objektif bir mahiyet tanımak imkânsızdır. Böyle olunca, bir faraziyenin gerek hukuka gerek devlete mesnet, esas olmasını mantık kabul etmez. Zira, bir faraziye olan temel-norm devletin esası addolunursa, devletin mevcudiyeti için, bütün tebaanın o faraziyeyi kabul etmeleri lâzımdır. Halbuki devletin mevcudiyeti için ferdlerin onu tanımaları şartı bahis mevzuu olamaz. Çünkü devlet bir vakıdır. Bu farazî temel-normun pratik bakımdan da mahzurları vardır. Filhakika, bu görüş tarzı, fiiliyatta idare edenlerin keyfî tahakkümüne müncer ola<- bilir. Bütün mesele, temel - norm olarak kabul edilecek düsturdadır. Bu düstur mutlakiyete, istibdada, keyfî idareye sevkedebilecek bir düstur oldu mu bütün hukuk sistemi de aynı vasıfları haiz olsa hukukan mer’i ve muteber addedilmesi lâzımgelecektir.”⁵⁷

Kelsen’in temel normunu eleştiren düşünürlerden biri olan Hermann Heller (1891-1933) de benzer bir eleştiriyi dile getirir: “Temel

norm, devletin normatif olmayan iradesinin kılık değiştirmiş hali olarak bilindiğinden, Kelsen hukuk sadece pozitivitesini değil normativitesini de kaybeder.”⁵⁸ Onun devlet ve hukuk anlayışı konusundaki bir başka eleştirisi şu şekildedir: Kelsen, “devlet ve hukuk teorisini...mantığa...bilgi teorisine” indirgemıştır.⁵⁹

Çünkü Kelsen daha önce de sözünü ettiğimiz gibi pozitivist inandır ve bu nedenle “doğal hukuk”u ve “adalet”i hukukun dışında bırakmayan türde bir hukuk anlayışını reddeder. Çünkü ona göre doğal hukuk ideolojik önyargıların taşıyıcısıdır; doğal hukuk statükonun bekçisidir. Aslında doğal hukuk ile pozitivist görüş arasında önemli bir ayırım bulunur: Doğal hukuk, hukukun norm unsurunu reddetmez, fakat etik’i daha merkezi bir yere koyar. Doğal hukuk bu noktada “olan”a değil, “olması gereken”e odaklanır. Halbuki pozitivist hukuk savunucuları “olan” ile meşguldür.⁶⁰ Doğal hukuka göre kanun ve hukuk adalet ile eşitlenemez. Kanun ve hukuk her durumda adil olmayabilir. Dolayısıyla doğal hukukun adalete vurgusunun önemli olduğu savunulabilir.

Kelsen doğal hukuku, ilahi düzene, vahye veya kutsallığa dayalı sorgulanması yasaklanmış normlarla ilişkilendirir. Aslında bu noktada iki tür doğal hukuk anlayışından söz edilebilir. Örneğin ortaçağ doğal hukuku ile Hugo Grotius (1583-1645)’un öncülüğünde gelişen modern doğal hukuk arasında bir ayırım yapılmalıdır. Modern doğal hukuk, ifadesini ortaçağa nazaran daha çok rasyonalizmde (Akılcılıkta) bulan hukuk anlayışdır. Modern çağda diğer bütün kurumlar gibi hukuk da Akıl’a dayandırılmaya, Akıl temelinde açıklanmaya çalışılmıştır.

Akıl Çağı’nın büyük düşünürü Kant’a gelene kadar doğal hukuk ile etik iç içe geçmiştir, fakat Kant ile birlikte “gerçekliğin bilgisi” ile “ideal standart arayışı” birbirinden ayrılır. Bu ayrılmaya pozitivist hukuk ile “olması gereken”in ayrılması da diyebiliriz.⁶¹ Pozitif hukuk anlayışı özellikle Fransız Devrimi sonrasında kristalize olmuştur. Devrim’i “doğal hukuk”, “doğal hak” düşüncesinden hareketle gerçekleştiren devrimciler, daha sonra yorumu ve yargıçların takdir yetkisini saf dışı bırakmak için “formel pozitivist hukuk”a sarılmışlardır.⁶² Yani, ne gariptir ki Kelsen örneğinde doğal hukuk, statükoyu meşrulaştırmaktan, Fransız Devrimi örneğinde de devrime neden olmaktan sorumlu

tutulmuştur. Bu da demek oluyor ki doğal hukuk hem statükoyu muhafaza edebilir, hem de devrimci bir zihniyet üretebilir.⁶³ Ancak bu noktada bir karar verilmelidir; doğal hukuk statükocu mudur, devrimci midir?

Kelsen doğal hukuku, yasakoyucunun keyfi kurallarına boyun eğmeyi meşrulaştırmakla itham eder. Çünkü yasakoyucunun kuralları “doğal hukuka uygun” ya da “adil” oldukları gerekçesiyle reddedilemezler. Fakat aynı şey, pozitivist hukuka da teşmil edilemez mi? Pozitif hukuk da normatif olduğu, temel norma dayandığı, devlet ile özdeşleştirildiği, yasa koyucunun iradesine önem verdiği için statükoyu meşrulaştıran bir anlayış olarak görülemez mi? Kuşkusuz görülebilir.⁶⁴

Hukuku pozitivistlere göre adil olmayan bir kurala ahlaki olarak riayet edip etmemek hukuk biliminin ilgilenmesi gereken bir husus değildir; çünkü ahlak hukukun dışında bırakılmıştır. Fakat bu tür bir anlayış örneğin doğal hukuka da mesafeli duran ve prosedürel hukuk anlayışını benimseyen Fuller için kabul edilebilir değildir. Çünkü ona göre hukuk sistemi asgari ahlaki niteliklere sahip olmalıdır. Mesela Nazi yasaları kabul edilebilir değildir, çünkü ahlak dışıdır ve adaletsizdir.⁶⁵ Yahudi hukukçu, politik aktivist Franz Neumann’ın (1900-1954) sözleriyle “Nasyonal Sosyalist hukuk sistemi kitleyi terör yoluyla manipüle etme tekniğinden başka bir şey değildir.”⁶⁶

Kelsen politik manipülasyonunun ve totaliter rejimlerin yolunu tıkayabilmek için rasyonel bir hukuk bilim veya saf hukuk teorisi inşa etmeye çalışmıştır. Çünkü o, politik manipülasyonların ve totaliter rejimlerin tam da hukuktan kapı dışarı ettiği değerlerle ilgili olduğunu düşünür. Ancak Fuller tam aksine Almanya’daki hukuki pozitivistlerin hukukçularda sorumluluk bilincini yok ettiğine, onları otoritenin verdiği kararları hukuk olarak algılamaya ittiğini düşünüyordu.⁶⁷ Protestan teolog Emil Brunner (1889-1966) de şöyle diyordu:

“Totaliter devlet tamamen hukuki pozitivistlerin politik pratiğinden ibarettir... adalet fikrinin yavaş yavaş dağılmasının kaçınılmaz bir sonucudur...Eğer devleti aşan bir adalet yoksa, devlet istediği her şeyi hukuk diye beyan edebilir; kendi iradesini icra edecek fiili gücü bir yana, keyfiliğinin önüne de bir sınır konmamıştır.”⁶⁸

Brunner tam da böyle düşündüğü için Kelsen'in saf hukuk teorisinin "saf bir masumiyet"e sahip olduğunu savunmuştur. Ona göre Kelsen'in görüşleri, içeriği önemli olmaksızın güçlü olanın kararlarını meşrulaştırmanın yolunu açmıştır.⁶⁹ Dolayısıyla Kelsen'in teorisi, hedeflediği şeyin tam aksine neden olmuştur.

Aynı iddiaya Dworkin gibi teorisyenlerde rastlamak da mümkündür. O da hukuki pozitivism'e karşı çıkan pek çok düşünür, teorisyen veya hukukçu gibi hukukun ahlaki olandan ve adaletten ayrılamayacağını, ayrılmaması gerektiğini savunur. İlkelerin hukuk açısından bağlayıcılığı ile adaletin ve ahlakiliğin tesisi arasında koparılamaz bir bağ vardır. Dworkin'e göre ahlaki ilkeler, Hart'ın savunduğunun aksine "tanıma kuralı" temelinde hukuk meydana getirmezler. Bu ilkeler yalnızca adaletin gereğini yerine getirdiği sürece hukuki olabilir. Tanıma kuralı hukuk kurallarını tanımlayabilir, fakat prensipleri tanımlayamaz. Dworkin'in sözünü ettiği prensiplerin ya da ilkelerin kaynağı ise hukuki değildir. Bu ilkelerin kaynağı hak, adalet, hakkaniyet ve etik değerlerdir. Buradan hareketle Dworkin'in hukuk teorisinde ahlak felsefesinin hukuk ve hukuki yorum açısından vazgeçilemez olduğunu söyleyebiliriz.⁷⁰

Aslında hukuki pozitivism, tam da bu ahlak-hukuk ilişkisini veya ahlak felsefesini hukukun dışına attığı için modern çağda yargıçlar, "fordist sistem"e uygun kararlara imza atmışlardır. Bu nedenle klasik pozitivism İkinci Dünya Savaşı sonrasında acımasız eleştirilerle yüzleşmek zorunda kalmıştır.⁷¹ Bu eleştirilerin ve onlardan doğan tartışmaların odak noktalarından biri yukarıda düşünürlerin görüşlerini aktarırken bahsini açtığımız yargıcın takdir yetkisi meselesidir.

Daha önce de belirttiğimiz üzere Kelsen'e, Hart'a ve genel olarak hukuki pozitivism'e göre yargıç takdir yetkisini kullanabilir. Fakat hukuki pozitivism eleştirmenleri bu takdir yetkisinin kullanımının sınırlarının belirlenmediğini, belirsizlik içerdiğini ve hukuki pozitivism'in takdir yetkisi analizlerinin son derece yetersiz olduğunu savunurlar. Örneğin Kelsen'e göre hukukta yorum vardır; yargıç takdir yetkisine sahiptir ve ihtilafli davalarda alınabilecek birden fazla "doğru karar" olabilir. Üst norma bağlı olarak yargıçlar farklı kararlara imza atabilir.

Fakat mesela Dworkin, hukukta tek bir doğru cevaba ulaşılamayacağı iddiasına itiraz eder.⁷²

Ona göre yargıçlar ilkeler temelinde tek bir doğru cevaba ulaşabilirler. Dworkin bu konuyla ilgili olarak "yargıç Herkül" örneğini kullanır. Yargıçlar yorumlama sürecinin ve davanın sonunda ilkelere bağlı kalarak doğru karara varabileceklerdir.⁷³ Pozitivistlerden farklı olarak Dworkin'de yargıçlar, yasakoyucu konumunda değildir. "Onların otoriteleri, demokratik bir yasakoyucu gibi çoğunluğun iradesini temsil ediyor olmaktan kaynaklanmaz. Bu irade nasıl anlaşılıyor olursa olsun, yargıcın görevi onu uygulamak da değildir. Dworkin'e göre, yargısal otorite yasakoyucudan farklı bir kaynaktan türemeli ve yasakoyucunun rolünden farklı bir rolü desteklemelidir."⁷⁴

Pozitivistler bu rolü temellendirmede veya yargısal kararlara meşruiyet kazandırmada yetersizdir. "Pozitivist analitik hukukçulara göre, yargıçlar zor davalarda karara ulaşmak için hukuku uygulayamazlar, mecburen yaptıkları şey takdir yetkisinin kullanımınıdır."⁷⁵ Fakat aslında yapmaları gereken şey menfaatleri veya hukuk kurallarını öne çıkarmak değil, ilkelere dayanmaktır. Çünkü haklar ve ilkeler hukuk kurallarını önceler. Dworkin'e göre yargıcın takdir yetkisi de nihai noktada sözünü ettiği bu ilkelere dayanır.⁷⁶

Fakat Dworkin'in teorisi hukukta yorumu öne çıkardığı, hukukun normatifiğini zedelediği ve hukuku sadece hukukçulara bırakmadığı için problemli bulunmuştur. Bir başka eleştiri de hukuku common law anlayışına benzer şekilde topluluğa dayandırdığı, ancak bu topluluğun sosyal ve politik şartlarını incelemekten kaçındığına yöneliktir. Hukuk sistemi, adalet, ahlak ilkeleri nihai aşamada toplulukta temellenir. Ancak Dworkin'in teorisinde hukuktaki yorum sürecinde topluluğun nasıl bir etkiye sahip olduğu, katılımın hangi yollarla gerçekleşeceği, katılımın ne anlama geldiğine ilişkin soruların cevapsız kaldığı ileri sürülmüştür.⁷⁷ Yine de Dworkin'in teorisinin hukuki pozitivismle mukayese edildiğinde daha "özgürlükçü" olduğu veya liberal değerleri ön plana çıkardığı söylenebilir.

Sonuç

Hukuki pozitivism'in en önemli temsilcilerinden Kelsen, "özgürlükçü", demokratik değerleri öne

çıkararak bir hukuk bilimi inşa etmeye çalışmışsa da hukuki pozitivizm ne yazık ki onun tasavvur ettiğinden farklı şekilde sonuçlanmıştır. Örneğin Kelsen, hukuk ile devleti özdeşleştirirken aslında devletin hukuk yoluyla meşrulaştırılmasını ve devletin ulus veya Tanrı adına korkunç kararlar almasını engellemeye çalışmıştır, ancak hukuki pozitivizm devlet merkezli bir hukuk anlayışını veya “devletçi pozitivizm”i doğurmuştur. Bir başka açıdan bakıldığında da eleştirmenlere göre hem Hart hem de Kelsen hukukun üstünlüğü tezini savunmuyor olsalar bile, “politikleştirilmemiş bir hukuk imgesi sunduğundan ve bu tür bir imgenin normatif hukuk teorisi için uygun olduğunu iddia ettiğinden, hukukun politikadan bağımsız bir birliğe, sisteme ve bütünlüğe sahip olabileceğini zımnen kabul eder ve böylece *Hukukun Üstünlüğü* fikri bir anlamda hukuk nosyonunun tam da içinde inşa edilmiş olur.”^{lxviii} Bunun da bizi bir tür jürütokrasiye götürme ihtimali bulunmaktadır.

Aslında hukuki pozitivizmin politikadan bağımsız bir hukuk bilim inşa etme çabası büyük ölçüde problemlidir. Mesela Kelsen’e göre hukuk politika ve güç ile ilgili olsa bile bunlarla özdeş değildir; hukuk meşruiyetini devletten veya politikadan almaz. Saf hukuk teorisine göre “hukuk, belli bir güç sistemidir (yahut organizasyonudur).”^{lxix} Fakat o halde hukuk, hangi anlamda politik değildir? Devlet bir hukuk düzeni ise hukuku ve devleti kim, nasıl ortaya çıkarmıştır? Temel norma veya diğer normlara neden uyulmalıdır? Anlaşıldığı üzere aslında Kelsen’de ve Hart’ta hukuk “kendi kendini” meşrulaştıran bir kurallar sistemidir. Fakat bu meşrulaştırma yöntemi ve devleti hukukla özdeşleştirme hukuku veya devleti sorgulamamızı engellemez mi? Aslında Kelsen, devleti hukuk ile özdeşleştirerek ya da devletin bir hukuk düzeni olduğunu söyleyerek belki de “olan”dan değil, “olması gereken”den ya da “ideal” olandan söz etmektedir. Zira Kelsen’den sonraki Marksist, feminist, eleştirel hukuk çalışmaları hukukun bu “ideal” tasvirini tartışmaya açmış; sosyal şartlar, menfaatler, çıkar ilişkileri ile ilgili boyutunu ortaya koymuştur.

Sonuç olarak bugün hukukun veya kanunun adaletle eşitlenemeyeceğini kabul etmek zorundayız. Bize bunu öğreten önemli düşünürlerden biri de Jacques Derrida’dır. Ona göre “[a]dalet ‘sonsuzdur, hesaba gelmez, kurala karşı asidir ve simetriye yabancıdır.’”^{lxxx} Hukuk ise “istikrarlı ve yasal kılınabilir, hesaba gelir, tanzim edilmiş ve kodlanmış bir yönergeler sistemidir.” Hukuk “dekonstrüksiyon”la daima adaleti takip

etmeye sevk edilmelidir. “Dekonstrüksiyon ötekinin (bastırılmış ziddin veya dışlanmışın) tanınmasına yönelik hiç bitmeyen bir çaba olduğuna göre, Derrida’ya göre, bundan çıkan sonuç adaletin ötekine yönelik sorumluluğun sınırsız biçimde tanınması olduğudur.”^{lxxxi}

Hukuki pozitivizm adaleti, ahlaki ve etiği hukuk biliminin dışına atarak hukuku normatif bir alan haline getirmeye çalışmıştır. Buna göre hukuk, norm veya yasalarla ilgilenen normatif bir disiplindir. Fakat adalet ve etik, ötekine yönelik sonsuz sorumluluk ise, hukuki pozitivizm açısından vazgeçilemez olan bu normativite aynı zamanda adaletin ve etikin önünde bir engel olarak da yorumlanabilir.

DİPNOTLAR

¹ Cemil Meriç, *Sosyoloji Notları ve Konferanslar*, İletişim Yayınları, İstanbul, 2017, s.61.

² Niyazi Öktem, “Hukuksal Pozitivizm Akımı”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 43, Sayı:1-4, 1977, ss.282-283.

³ Roger Cotterrell, *Hukukbiliminin Politikası/Hukuk Felsefesine Eleştirel Bir Giriş*, çev.Saim Üye, Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2018, ss. 87-97.

⁴ Hans Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı/Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş*, çev. Ertuğrul Uzun, Nora Kitap, İstanbul, 2016, ss.21-22.

⁵ Fakat burada felsefi pozitivizm, sosyolojik pozitivizm ile hukuki pozitivizm arasında bir takım farklılıkların olduğunu da vurgulamak gerekir.

⁶ Hüsamettin Arslan, “Pozitivizm: Bir Bilim İdeolojisinin Anatomisi”, *Türk Aydın ve Kimlik Sorunu*, ed.Sabahattin Şen, Bağlam Yayıncılık, İstanbul, 1995, ss.545-546.

⁷ Cemil Meriç, a.g.e., s.19.

⁸ Frederic Bastiat, *Hukuk*, çev.Çağrı Aksoy, Liber Plus Yayınları, İstanbul, 2017, s.20.

⁹ G.W.F. Hegel, *Hukuk Felsefesinin Prensipleri*, çev.Cenap Karakaya, Sümer Yayıncılık, İstanbul, 2015, s.10.

¹⁰ Hans Kelsen, a.g.e., s.134; Süleyman Ruhi Aydemir, “Hans Kelsen’in Saf Hukuk Teorisi ve Devlet Anlayışı”, *Uluslararası İnsan Bilimleri Dergisi*, Vol.1, No 1, 2004, s.25.

¹¹ Kelsen, a.g.e., s.10.

¹² a.g.e., s. 18, 133.

¹³ Georges Gurvitch, “Hukuk Sosyolojisinin Konusu ve Problemleri”, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/244/2161.pdf>, ss.222-225.

¹⁴ a.g.e., ss.230-231.

¹⁵ a.g.e., ss.225-227.

¹⁶ Onun meşruiyet konusundaki görüşlerine en vurucu eleştiri Carl Schmitt’ten gelmiştir; “meşruiyet ve kanunilik/yasallık aynı şey değildir.” Hukuki pozitivizm yasallık ile meşruiyeti birbirine karıştırır; meşruiyeti yasal olana bağlar. Schmitt’e göre ise kanuni/yasal olan meşru olmayabilir. Parlamenter yasama devletinde kanun eşittir hukuktur. Ona göre pozitif hukuk ve parlamenter sistemle yargı, devletin önüne geçmiş ve devletin varlığı

anlamsızlaşmıştır. Pozitif hukukun kanunilik iddiası problemlidir; çünkü haksızlığa karşı direnişi “kanundışı”lığa dönüştürür. Bakınız, Carl Schmitt, *Kanunilik ve Meşruiyet*, çev.Mehmet Cemil Ozansü, İthaki Yayınları, İstanbul, 2016, s. xxiii, 4, 8, 35.

¹⁷ L.L. Fuller, *Hukukun Ahlakı*, çev.Engin Arıkan, Tekin Yayınevi, İstanbul, 2016, ss.228-230.

¹⁸ Roger Cotterrell, a.g.e.,ss.45,65,69,87.

¹⁹ a.g.e.,ss.53-54

²⁰ a.g.e., s.59.

²¹ a.g.e., s.59, 101; ss.87-92.

²² a.g.e, ss.87-92; s.110.

²³ a.g.e., s.110. Ayrıca hem Austin hem de Bentham, hukuk yaratımında sosyolojik açıklamaya dayanmanın normatif hukuka zarar vereceğini düşündükleri için bu tür açıklamalardan uzak durmuştur. a.g.e.,s.110.

²⁴ a.g.e, ss.111-112.

²⁵ a.g.e., s.113.

²⁶ a.g.e., s.117. Austine’e göre yargıç ise common law geleneğinden farklı olarak egemenin vekilidir. Buradan hareketle onun teorisinde aslında yargıcın da bir tür yasama faaliyeti yürüttüğünü ileri sürebiliriz. a.g.e., s.120.

²⁷ a.g.e., ss.126-134.

²⁸ Kelsen, a.g.e., s.68

²⁹ a.g.e., s.68.

³⁰ a.g.e., ss.68-69.

³¹ a.g.e., s.70.

³² a.g.e., s.71.

³³ a.g.e., s.17-18.

³⁴ Bonnie Litschewski Paulson ve Stanley L.Paulson, “Kelsen’in Hukukbilimdeki Yeri Üzerine”, a.g.e., ss.170-183.

³⁵ a.g.e., s.84; ss.87-88.

³⁶ a.g.e.,s. 99.

³⁷ a.g.e., s.100,102.

³⁸ a.g.e., s.102.

³⁹ a.g.e., ss.102-103.

⁴⁰ a.g.e., s.90-92.

⁴¹ a.g.e., s.92.

⁴² a.g.e., s.76.

⁴³ a.g.e., s.150.

⁴⁴ a.g.e., s.151.

⁴⁵ a.g.e., 152.

⁴⁶ Niyazi Öktem, a.g.m, ss.278-279; Mehmet Yüksel, “Bilim Felsefesi ve Sosyal Teori Bağlamında Hukuk Öğretimine Bakmak”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3(2), 2013, 1-8, s.10.

⁴⁷ L.L.Fuller, a.g.e., s.235.

⁴⁸ Roger Cotterrell, a.g.e., s.154.

⁴⁹ Fuller, a.g.e., s.256.

⁵⁰ Cotterrell, a.g.e., s.140.

⁵¹ a.g.e., s.141.

⁵² a.g.e., s.141-142.

⁵³ a.g.e, s.143.

⁵⁴ a.g.e., ss.149-150.

⁵⁵ a.g.e.,s.161, 226.

⁵⁶ Süleyman Ruhi Aydemir, a.g.m, s.20.

⁵⁷ Muvaffak Akbay, “Kelsen’in Hukuk ve Devlet Teorisi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı I, Cilt 4, 1947, ss. 46-47.

⁵⁸ Bonnie Litschewski Paulson ve Stanley L.Paulson, a.g.e, s.162.

⁵⁹ Süleyman Ruhi Demir, a.g.m, s.21.

⁶⁰ M.Buhari Çetinkaya, “Hukuksal ve Siyasal Açından Meşruiyet”, *Genç Hukukçular Hukuk Okumaları Birlikleri III*, 2. Baskı, İstanbul 2013 ss.12-13.

⁶¹ Kasım Akbaş, “Friedrich Carl von Savigny: Tarihsel Hukuk Okulu Geleneği”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 74, Sayı I, 2016, ss.55-56.

⁶² M.Balkan Demirdal, “Ronald Dworkin’in Hukuk Teorisi Işığında Yargıçların Rolü”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.XVIII, Sayı 3-4, 2014, s.816.

⁶³ Roger Cotterrell, s. 191.

⁶⁴ Hem doğal hukuk hem de hukuki pozitivizm hem otoriter devlete hem de hukuk devletine uygun olabilir. Bkz.,Yasemin Işıktaç, “Dil, Yorumlama ve Hukuk İlişkisi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı I, 2001, s.32.

⁶⁵ Roger Cotterrell, a.g.e., ss.197-200.

⁶⁶ a.g.e., ss.202-203.

⁶⁷ a.g.e.,s.205, 216, 217.

⁶⁸ a.g.e., s.217.

⁶⁹ a.g.e., s.217.

⁷⁰ M.Balkan Demirdal, a.g.m, ss.793-798.

⁷¹ a.g.m, s.790.

⁷² Kelsen’in üst düzey norm ile alt düzey norm arasında kurduğu ilişki ve doğru cevabı belirleyen bir kriterin olmadığı yönündeki iddiası problemlidir; çünkü üst düzey norma başvurarak verilebilecek bir karar adaletsiz sonuçlar doğurabilir. Kelsen, bu üst norm-alt norm ilişkisine bağlı kararların “hukuka aykırılık” yaratmayacağını söyleyerek hukuku ortaya çıkabilecek adaletsizliklere yönelik itirazlara da kapıyı kapatmış olur.

⁷³ Ronald Dworkin, *Hukukun Hükümleri*, çev. Ertuğrul Uzun, Nora Kitap, İstanbul, 2018, ss.420-422.

⁷⁴ Roger Cotterrell, a.g.e., s.253.

⁷⁵ a.g.e., s.251.

⁷⁶ a.g.e., ss.252-260.

⁷⁷ a.g.e., ss.260-272.

⁷⁸ a.g.e., ss. 172-173.

⁷⁹ Kelsen, a.g.e., s.75.

⁸⁰ Roger Cotterrell, a.g.e., s.379.

⁸¹ a.g.e., s.379, 380.

Kaynakça

AKBAŞ, K.(2016). “Friedrich Carl von Savigny: Tarihsel Hukuk Okulu Geleneği”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 74, Sayı I, ss.53-72.

AKBAY, M. (1947). “Kelsen’in Hukuk ve Devlet Teorisi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı I, Cilt 4, ss. 29-47.

ARSLAN, H. (2004). “Pozitivizm: Bir Bilim İdeolojisinin Anatomisi”, Türk Aydın ve Kimlik Sorunu, ed.Sabahattin Şen, İstanbul: Bağlam Yayıncılık, ss. 541-583.

AYDEMİR, S.R. (2004). “Hans Kelsen’in Saf Hukuk Teorisi ve Devlet Anlayışı”, Uluslararası İnsan Bilimleri Dergisi, Vol.I, No I, ss. 1-35.

- BASTIAT, F. (2017). Hukuk, çev.Çağrı Aksoy, İstanbul: Liber Plus Yayınları.
- COTTERRELL, R. (2018). Hukukbiliminin Politikası/Hukuk Felsefesine Eleştirel Bir Giriş, çev.Saim Üye, İstanbul: Pinhan Yayıncılık.
- ÇETİNKAYA, M.B.(2013). “Hukuksal ve Siyasal Açından Meşruiyet”, Genç Hukukçular Hukuk Okumaları Birikimler III, 2. Baskı, İstanbul.
- DEMİRDAL, M.B. (2014). “Ronald Dworkin’in Hukuk Teorisi Işığında Yargıçların Rolü”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XVIII, Sayı 3-4, ss.789-820.
- DWORKIN, R.(2018). Hukukun Hükümlerliliği, çev. Ertuğrul Uzun, İstanbul: Nora Kitap.
- FULLER, L.L.; Hukukun Ahlakı, çev.Engin Arıkan, İstanbul: Tekin Yayınevi.
- GURVITCH, G.G. “Hukuk Sosyolojisinin Konusu ve Problemleri”, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/244/2161.pdf>,ss.222-245.
- HEGEL, G.W.F. (2015). Hukuk Felsefesinin Prensipleri, çev.Cenap Karakaya, İstanbul: Sümer Yayıncılık.
- İŞIKTAÇ, Y. (2001). “Dil, Yorumlama ve Hukuk İlişkisi”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı I, ss. 23-35.
- KELSEN, H.K. (2016). Saf Hukuk Kuramı/Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş, çev. Ertuğrul Uzun, Nora Kitap, İstanbul.
- MERİÇ, C. (2017). Sosyoloji Notları ve Konferanslar, İstanbul: İletişim Yayınları.
- ÖKTEM, N. (1977). “Hukuksal Pozitivizm Akımı”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 43, Sayı:1-4, ss.271-299.
- PAULSON, B.L ve PAULSON, S.L. (2016). “Kelsen’in Hukukbilimdeki Yeri Üzerine”, Saf Hukuk Kuramı, ss.161-196.
- SCHMITT, C. (2016). Kanunilik ve Meşruiyet,çev.Mehmet Cemil Ozansü, İstanbul: İthaki Yayınları.
- YÜKSEL, M. (2013). “Bilim Felsefesi ve Sosyal Teori Bağlamında Hukuk Öğretimine Bakmak”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 3(2), 1-8, ss.1-13.