

Son Güncelleme Tarihi 20.12.2011

e - akademi

HUKUK, EKONOMİ VE SİYASAL BİLİMLER AYLIK İNTERNET DERGİSİ

ARALIK 2011-SAYI 118

Makale:

HEGEL'İN HUKUK FELSEFESİNİN TEMELLERİ VE TEMELİ OLDUĞU HUKUK FELSEFESİ

Dr. Jale Karakaş

Giriş

Bu çalışmada öncelikle, G.W.F. Hegel'in *Hukuk Felsefesinin Prensipleri* (1821) adlı eserinin dayandığı tarihsel ve düşünsel temeller belirlenmeye çalışılacak, sonra da metnin ilgili bölümleri izlenerek, bu eserin argümanlarının, hukuki pozitivizmi hangi açılardan etkilediği ortaya konmaya çalışılacaktır.

Hegel herşeyden önce, hem tarihsel hem düşünsel olarak çok önemli değişikliklerin yaşandığı bir dönemin insanıdır. Siyasal açıdan şekillenmesini henüz tamamlamamış ve bu nedenle bölgesel savaşların kıyasıya sürdüğü bir Avrupa.. Siyasal şekillenmeyi de belirleyecek olan, Fransız Devrimi ve Sanayi Devrimi gibi, toplumsal ve ekonomik yapıda olağanüstü devrimler.. Ve konumuz açısından en önemli değişikliklerden biri sayılabilecek, Roma hukuku ile yerel hukuklar arasında henüz galibi belli olmayan öncelik ve üstünlük mücadelesi..

Sanayi Devriminin de öncüsü sayılabilecek Rönesans Dönemi düşüncesi, bir yandan Ortaçağın toplumsal yapısını yavaş yavaş değiştirirken, diğer yandan değişen siyasal eğilimlere uygun söylemini de yaratıyordu.

1600'lü yılların ortasından sonraki Avrupa'da, savaş ve barış kararlarını belirleyen artık ulusötesi dinsel nedenler değil, ulusal nedenler olmaya başlamıştı. Bu da Avrupa'daki güçler dengesini, Paul Kennedy'nin ifadesiyle, *çokkutuplu* bir devletler sistemine doğru dönüştürmekteydi (P. Kennedy 1996: 87).

“Güç, ister doğu Avrupa'daki aydın mutlakiyetçilik, ister Britanya'daki parlamenter denetimcilik ve isterse, daha sonraki tarihlerde devrimci Fransa'nın demagojik güçleri aracılığıyla ortaya çıksın, artık, *ulusal* güç demektir.” (1996: 90).

Batı Roma İmparatorluğu'nun M.S. 476 yılında Cermen kavimleri tarafından yıkılmasından sonra, varlığını sürdüren Doğu Roma İmparatorluğu'nun en büyük imparatorlarından biri olarak kabul edilen, 527-565 yılları arasında hüküm sürmüş olan Justinianus tarafından derlenen ve *Corpus Iuris Civilis* (Medeni Hukuk Külliyyatı) adı verilen Roma hukuku kaynakları, o dönemden günümüze değin etkilerini sürdürmüştür. Tüm Ortaçağ ve hatta sonrası, Roma hukuku ile yerel hukuklar (özellikle Cermen hukuku) arasındaki mücadelenin de sahnesi olmuştur. M.S. 800'de Roma imparatoru sıfatıyla ilk kez taç giyen Şarlman'dan sonra, 1804 yılına kadar tüm Alman imparatorları bu sıfatı korumuştur (A.B. Schwarz 1956: 9).

Papalık makamının imparatorluğun kontrolüne girmesi, itibarının zayıflaması sonucunu doğurdu. Bunun için, “963'den 1059'a kadar ... 25 papadan 12'sinin imparatorca atanıp, 5'inin indirildiğini belirtmek yeter.” (A. Şenel 1978: 414). Papalığa itibarını yine bir imparator (III. Henry) kazandırdı. Ancak papalık eski itibarına sahip olduktan sonra, papalarla imparatorlar arasında yaklaşık iki yüzyıl sürecek mücadeleler başladı.

Bu dönem aynı zamanda hukuk alanında yeni bir canlanışın yaşanmaya başlandığı dönemdir. Ortaçağ Avrupasında, hukukun yeniden canlanışında önemli rol oynayan dört merkez olmuştur. Provance, Lombard şehirleri, Ravenna ve Bologna.

“... Roma ve Cermen hukuklarının Lombardiya’daki karma karakterlerinden farklı olarak, saf Romalı zemin üzerinde bir hukuk okulu Ravenna’da yükseldi. ... Ravenna’ya yönelik olarak, belirli bir kanıt, bir hukukçular okulunun Papa VII. Gregory ile İmparator IV. Henry arasındaki mücadelede etkin bir taraf olduğunu ispatlar. ... kökensel olarak Roma’da olan hukuksal çalışmaların merkezi, savaşlar sonucunda Ravenna’ya aktarıldı ve Ravenna’dan da Bologna’ya geldi.” (P. Vinogradoff 1997: 51-52).

IV. Henry ve VII. Gregory arasındaki mücadeleden, IV. Henry galip çıktı, ama papalık hiç bitmeyen çabalarıyla, 1122 yılındaki Worms Anlaşmasıyla, papalık-impatorluk mücadelesinde güçlerin eşitlendiği bir aşamaya gelmeyi başardı.

Hegel’in yaşadığı dönemi hazırlayan tarihsel ve düşünsel arka plan, birbirinden ayrılması pek de kolay olmayan, siyasal, ekonomik, hukuki ve düşünsel mücadelelerle örülmüştür. Papalarla impatorlar arasındaki mücadeleler örneğinde olduğu gibi, bu dönemde yaşanan tüm mücadeleler, birbirinden çok farklı gibi görünen pek çok nedenin biraraya gelmesi sonucu yaşanmıştır.

I.Hegel Düşüncesinin Tarihsel ve Düşünsel Arka Planı

Hegel, her anlamda tarihin düğüm noktalarının çözülmeye başladığı bir dönemde yaşadı ve felsefi düşüncesi de bu ortamda şekillendi. Rönesans ve Reform hareketlerinin yarattığı düşünsel karmaşa, onyedinci ve onsekizinci yüzyıllarda netleşirken Hegel düşüncesini de hazırlıyordu. Düşünsel hareketlerin etkilediği ve düşünsel hareketleri etkileyen toplumsal yaşamın her anlamdaki karmaşası da yine onyedinci ve onsekizinci yüzyılda, onbeş ve onaltıncı yüzyıllara kıyasla, netleşirken Prusya’nın Avrupa’daki rolünün ne olacağı ortaya çıkıyordu.

Ekonomik gelişmelerin ortaya çıkardığı gereksinimler, onaltı ve onyedinci yüzyılda, Avrupa’da bütünleşmiş siyasal birimleri dayatmaya başladı. Siyasal birimlerin bütünleşmesi, yasal bütünleşmeyi sağlarken, ekonomik faaliyetlerin de daha pratik bir

şekilde daha geniş alanlarda gerçekleştirilmesine yardımcı olacaktı. Bu ihtiyacı ancak merkezileşmiş yönetimlerin karşılayacağı açıktı. Machiavelli, Bodin ve Hobbes bu dönem düşünürleridir ve her biri mutlak monarşiyi savunmuştur. Ateşli silahlar teknolojisi de siyasal bütünleşmeyi hızlandırıcı bir etki yarattı. Çok masraflı bu teknolojiye sahip olmak ve masraflı savaşları mali açıdan karşılayabilmek için, kral ve prensler aristokrat olmayan zengin şehir temsilcilerini de meclise almaya başladılar. İngiltere’de Avam Kamarası ve Fransa’da Etajenaro (Genel Meclis) bunun örnekleridir. Böylece askeri güç devlet tarafından tekelleştirilmekte, bu da profesyonel ve daimi orduları ve onların alt-yapısını (askeri akademiler, kışlalar, tersaneler vb.) oluştururken, “uluslaşma” sürecine de hız kazandırdı.

Bu dönem düşünürlerinin mutlak monarşi savunuları daha çok laik kökenli olmasına karşın, pratik politika alanında dinsel savunular hala güçlüydü. Bu savunu, kabaca, kralların tanrısal kökenli hak ve yetkileri olduğu, bu nedenle de kralların halka değil, tanrıya karşı sorumlu oldukları iddiasıydı. Bu düşünceyi uygulamaya sokmaya çalışan İngiltere kralı I. Charles’ın İngiliz iç savaşında, 1649 yılında, “vatana ihanet” suçlaması sonucu idam edilmesi, iktidarın tanrısal kökenli olduğu iddiasına vurulan en büyük darbe oldu.

1600’lü yılların ortalarında Avrupa’da yaşanan “mali devrim”, metal para sınırlılığı vb. nedenlerden dolayı, kambiyo ve kredi senedi kullanımıyla birlikte, uluslararası kredi ve bankacılık sistemini yarattı. Bu sistem, savaşların finansmanında devletler tarafından da kullanıldıkça, hem ulus devletlerin hem de batı kapitalizminin gelişimini hızlandırdı (P. Kennedy 1996: 92). 1600’lerin ortaları aynı zamanda Prusya’nın yükselmeye başladığı dönemdir. Prusya’nın ilk krallarının, askeri, mali ve teşkilatlanma alanlarında sağladığı başarılarla bu ülke yüzyılı aşkın bir süre en güçlü Alman krallığı konumunu korudu. Ancak 1770’lerden itibaren Prusya’nın askeri ve mali gücü yerinde saymaya başladı. “III. Frederick William’ın krallığı da (1797-1840), Avusturya gibi, Büyük Güçlerin en ufakları arasındaydı ve 1860’lı yıllarda sanayi ve askerlik alanında yaşanan değişime kadar da öyle kalacaktı.” (1996: 110).

Fransız Devrimi gerçekleştiğinde Hegel ondokuz yaşındaydı ve yaşanan büyük değişimi hayranlıkla izlemekteydi. Bu devrim, insanların bilinçli bir şekilde eskiyi değiştirip yerine yeniyi yine kendi bilinçli çabalarıyla koyabileceğini göstermişti. Devrimin ilerici düşünceleri tüm Avrupa'ya yayılmaktaydı. Hegel,

“Devrime hayranlıkla bakıyor ve insanlık tarihinde ilk kez *bilinç* (şuûr)’li bir olgunun gerçekleştiğini düşünüyordu. ‘Dünya, kafa üstünde duruyor’ ünlü sözü Fransız devrimi için söylenmiştir. Çünkü, Fransız devrimi onun için tarihte ilk kez insansal eylemlerde *düşünce*’nin (eşdeyişle, *kafa*’nın) egemenliğini onaylamıştı. Artık dünya *düşünce*’yle biçimlenmeliydi, *düşünce*’ye aykırı olan hiçbir şey *gerçek* sayılmamalıydı. Hegel’in kafasında *dünya*’yla *us* ve *düşünce*’yle *gerçek* böylece özdeşleşmişti.” (O.Hançerlioğlu 1985: 225).

Fransız Devriminden sonra Napolyon’un yayılmacı politikaları ve buna karşı verilen askeri ve diplomatik mücadeleler, Avrupa’daki güçler dengesinin, bir anlamda bozulmamacasına, yeniden kurulması sonucunu doğuracaktı. Napolyon’un yayılmacı politikasının, Avrupalı uluslar üzerinde Fransız Devriminin yarattığından daha güçlü bir “ulus bilinci”, her ne kadar bu bilinç “muhafazakar” bir biçime bürünmüş olsa da, yarattığını söylemek mümkündür. Devrimin “özgürlük, kardeşlik ve eşitlik” sloganına sahip olan bir ulus, artık diğer ulusların topraklarını istila ediyor, bu uluslardan zorla vergi topluyor, gençlerini silah altına alıyordu. Napolyon’un İngiltere’ye karşı yürüttüğü ekonomik savaş nedeniyle tüm Avrupa’nın ticari hayatı bozulmuş ve halk kitlelerinin memnuniyetsizliği artmaya başlamıştı.

“1815 tarihli son Viyana anlaşması, bir zamanlar Prusyalıların önerdikleri gibi, Fransa’yı parçalamamıştır. Ancak, XVIII. Louis’in ülkesinin çevresini, toprak bütünlüğüne sahip güçlü devletlerle kuşatmıştır. ... Öyle görünüyordu ki, artık hiçbir gücün Avrupa’nın geri kalan bölümü üzerinde Napolyon’un yaptığı gibi, isteklerini zorla kabul ettirmesine izin verilmeyecekti. 1793-1815 arasında meydana gelen olaylar önde gelen devletlerin bencilliğini hiçbir biçimde azaltıp sile-

memiştir; ama ‘güç ve nüfuzun kabul edilebilir sınırlar içinde kalması ve zararların karşılıklı olarak ödenmesi’ biçimindeki çift yönlü ilke, Avrupa egemenliğinin tek taraflı olarak ele geçirilmesinin artık mümkün olmadığı anlamını taşıyordu; ufak çaptaki toprak değişikliklerinin bile Avrupa Anlaşması ortaklarının çoğunluğu tarafından onaylanması gerekecekti.” (P.Kennedy 1996: 163).

Fransız Devrimini hazırlayan en önemli düşünsel temellerden biri “doğal hukuk” akımıydı. Doğal hukuk akımının ortaya çıkışı, hukuk felsefesi literatüründe Eskiçağa dek geri götürülmesine karşın, toplumsal ve politik alanda belirgin etkilere neden olduğu dönem onyedinci yüzyıl ile birlikte başlar. “Modernleştirilmiş tabii hukuk teorisi” adı da verilen bu dönem doğal hukuk akımının en önemli temsilcisi, Hollandalı Hugo Grotius’tur (1583-1645). Grotius, *Savaş ve Barış Hukuku* adlı kitabıyla devletler hukukunun kurucusu kabul edilir. Ancak Grotius’dan önce, Almanya’da Johannes Althusius (1557-1638) doğal hukukun temellerini attı.

“Althusius ile birlikte ... önemli bir düşünce ortaya çıkıyor: Eğer otorite halkın çıkarlarına göre hareket etmezse, yalnız halkın temsilcileri değil, halkın kendisi bu otoriteyi yerinden alma hakkına sahiptir. ... Çok geçmeden Althusius unutuldu ve öğretisi de etkisini yitirdi. Mutlakiyetçiliğin doğduğu dönemde halkın egemenliği tüm temsilcilerini yitirdi.” (E. Bloch 2002: 130-131).

Ancak artık mutlak monarşiler görevlerini tamamlamışlar, laik devletlerin ilk temellerini atmış, kilisenin siyasi otoritesini nispeten zayıflatmışlardır. Yeni başlayan dönemde mutlak monarşilerin yerini, “yasaların egemenliği” düşüncesiyle birlikte gelişen anayasal monarşiler ve cumhuriyetler alacaktır. Onsekizinci yüzyıl siyasal teorisinin merkezi Fransa’dır. Ancak, o dönemin en önemli iki düşünürü olan, Montesquieu ve Rousseau üzerinde, İngiliz felsefesini her alanda etkilemiş olan, Locke’un izleri vardı. Fransız felsefesi toplumsal sorunlara da yanıt arayışıyla, birey eksenli İngiliz felsefesinden ayrılmakla birlikte, gerek Montesquieu’nun “kuvvetler ayrımı” ilkesinde gerekse Rousseau’nun “toplum sözleşmesi” kuramında Locke’un dolaylı etkisi bulunmaktaydı.

Fransız faydacı ahlak görüşünde de Locke'un izleri vardı. Fransa'da Helvetius'un "herkesin mutluluğu" ilkesiyle getirdiği faydacılık, eşzamanlı olarak ekonomiye de giriyordu. Fizyokratlar, "haz ve acıyı insan eyleminin iki kaynağı olarak görüyor ve akıllı bencilliği iyi düzenlenmiş bir toplumun kuralı sayıyorlardı." (G. Sabine 1969a: 256).

Tüm bu düşünsel gelişmeler bir yandan da doğal hukuk teorisinin içine giriyor, doğal haklar ve fayda ilkelerinin bir arada anılması gibi çelişkili ifadelerle neden oluyor ve yavaş da olsa teoriyi onarılmaz bir biçimde bozuyordu. David Hume'un (1711-1776) felsefesi, rasyonalist kökenli doğal haklar teorisi üzerinde sarsıcı bir etki yarattı. Hume'a göre, ortadan kaldırılamaz doğal haklar yoktur. Sadece kendisini bir takım toplumsal uyuşumlarda gösteren fayda vardır.

"Fransız devriminden ve Devrime karşı beliren tutucu tepkiden sonra felsefeciler, aynı zamanda hem düşünsel bakımdan yetersiz hem de toplumsal açıdan tehlikeli olan birey hakları öğretisinin uğradığı kötü sonucu hak ettiğine inanmaya daha yatkındılar. Bununla birlikte, felsefecilerin Hume'un vardığı sonuçlarla yetinmeye niyetleri de yoktu. ... Dolayısıyla yapılacak tek şey Hume'un temel öncülünü aşmak ve onun akıl, olgu ve değer arasında yaptığı sıkı ayırımı yadsıtmaktı. Yeni bir mantık, yeni bir metafizik ve mutlak değerlere ilişkin yeni bir savunma imkanı, ancak us, olgu ve değeri tek bir işlem içinde birleştirmek veya us'un bunların hepsini aynı anda kapsadığını kabul etmek suretiyle doğabilirdi. İşte felsefenin Kant'ın kılavuzluğu ve eksiksiz olarak Hegel'in idealizmi altında izlemeyi seçtiği yol buydu." (1969a: 297).

Onbeş ve onaltıncı yüzyıllar Avrupasında çağımızda anlaşılan anlamda hukuk sistemlerinden söz etmek mümkün değildi. Roma İmparatorluğu'nun yıkılışından sonra, bir anlamda dağılan Avrupa'da hukukun bütünlüğünden söz etmek gücü ve yerel hukukların örfi kökenli uygulamaları ağırlık kazanmıştı. Teorik çalışmalar başlangıçta kilise ile sınırlanmış, ancak ondördüncü yüzyıldan sonra ciddi bir canlılık kazanmaya

başlamıştı. Özellikle Alman İmparatorluğu gibi parçalı ve gevşek yapılı bir toplumun hukuksal düzenlemeleri zorunlu olarak kendine özgüydü.

“Yargılama yetkisi ve hukuk, böyle bir toplumda olduğu gibi, irili ufaklı parçalardan oluşan bir çokluk içinde bölünüp dağılmıştı. Her bir prenslik, lordluk ve kasaba kendisine özgü bir hukuk takip etti. ... Öte yandan laik ve kiliseye ait mahkemeler arasında da büyük bir çatlak bulunmaktaydı. Alman hukukunun temel prensibi, herbir vatandaş grubunun üyelerinin birbirleri ile ilişkisinde onların geleneksel düşüncelerinin uygulanmasının tanınmasına yönelikti. Bu mükemmel prensip serbestlik ve aşırı gelişme yaratan bir niteliğe sahiptir, ... İmparatorlukta siyasi karışıklık, yerel gelenekleri Devletin ve mahkemelerinin gücüyle bir ortak hukuka dönüştürmeyi imkansız kıldı. Orta Çağın kapanışında Alman hukukunda birlik mevcut değildi. Alman hukuku sayısız yerel geleneğe bölünmüştü ve bu yerel gelenekler, tam da bu nedenle medeni ilişkilerdeki daha kapsamlı soruları çözme gücünden yoksun bulunuyordu.” (P.Vinogradoff 1997: 99-100).

Onbeşinci yüzyıl sonunda artık Roma hukukuna “ortak hukuk” olarak başvurmak kaçınılmazdı. Bu sürece, “Roma hukukunun iktibası” adı verilir. Roma hukukunun yapısında taşıdığı “evrensellik” unsuru aslında tam olarak, imparatorluğun merkezinin doğuya taşınması sonucunda, doğu (ve Yunan) hukuklarıyla harmanlanması ve Roma vatandaşı olmayanlara Roma vatandaşlığının tanınmasıyla gerçekleşmişti. Justinianus tarafından gerçekleştirilen *Corpus Iuris Civilis* derlemesi de onu yüzyıllar sonrasına taşımıştı.

Roma hukukunun iktibasına daha çok, üst sınıflar ve siyasi otoritelerin çabası sonucu gerçekleşmiştir. Dolayısıyla, Roma hukukunun iktibasında esas olarak siyasi ve ekonomik nedenler etkili olmuştur. Kamu ve özel çıkarların birbirine karışması şeklindeki feodalitenin karakteristiği, bir hukuk sistemi olarak Roma hukukunda yoktu ve bu onun üstünlüğünü oluşturuyordu. Özel çıkarlardan ayrı tutulabilen bir kamu fikri üzerinde temellenen bu hukuk sistemi aynı zamanda, Avrupada oluşmaya başlayan “devlet”

fikrine de hizmet etmekteydi. Roma İmparatorluğu'nun gelişmiş sosyal ilişkiler ağından gelmekte olan bu hukuk sistemi, Ortaçağ sonrası Avrupasının geliştirmekte olan ticari ve ekonomik hayatı için de yeterince tatmin ediciydi. Bu özelliğiyle Roma hukuku, gelişen ticari hayatla birlikte çeşitlenen sözleşmesel (akdi) uyuşmazlıklarda da, mahkemelerin fiili olarak başvuru kaynağı haline gelmişti. Tüm bu ihtiyaç ve fiili durumlar iktibas kaçınılmaz kılınmıştı. Ancak toplumun daha alt kademelerinde iktibas aleyhine geniş bir muhalefet oluşmuş ve hukukçular “kötü Hıristiyanlar” olarak kabul edilmeye başlanmıştı.

“Ulrich von Hutten, en basit sorunları bulanıklaştıran ve fakir halkı soymak için bilgilerini gösterişçi bir şekilde kullanan açgözlü, cahil, ukala avukatlar kümesini azarlamaktan asla bıkmamıştı. Ancak, bütününde yabancı Ortak hukukun ‘iktibas’ı, bu deneyimin radikal yapısından beklenebilecek olandan daha az kavga ve muhalefetle karşılaştı.” (1997: 115).

Roma hukukunun iktibas, dönemin politik koşulları gözönüne alındığında, tek bir hukuk sisteminin tüm Alman prensliklerinde ayrı ayrı kabulü gibi bir sonuç doğurmamıştır. İktibasla ortaya çıkan durum şuydu: “ortak hukuk” kavramından da anlaşılacağı üzere, geçerliliğini sürdüren yerel hukuk sistemlerinde (yani bir şehir ya da prenslikte) çözülemeyen sorunlarda, son başvuru mercii olarak Roma hukuku kullanılıyordu. Yani Roma hukukunun iktibasıyla yerel hukuklar uygulamadan kalkmamış, Roma hukuku Almanya çapında yerel hukukları tamamlayıcı bir hukuk niteliğine sahip olmuştu. Ortak hukuk da, *Corpus Iuris Civilis*'in en önemli kısmının adıyla adlandırılmıştı: “Pandekt hukuku” (*Ius Pandectarum*).

“Almanya’da XVI. asırdan XVIII. asra kadar faaliyetini ... yürürlükte bulunan Roma hukukuna hasreden ve bilhassa pratik temayül güden bir romanist doktrin geliyor. Bu doktrin Roma hukukunu daha evvelden yenileştirmiş olan postglossator’ların doktrinine dayanarak onu cermen hukuku görüşleri ve Alman mahkemelerinin içtihatlarıyla telif etmek suretiyle modernleştirmeye devam etmiştir. Bu doktrine

usus modernus Pandectarum (Pandektlerin modern şekilde kullanılması) ismi verilmiştir. Bu doktrin birçok münasebetlerde cermenleşmiş bir Roma hukuku (*iurisprudentia romano-germanica*) manzarasını arz ediyordu. Hiçbir cihetten tarihi olmıyan ve nazari olmaktan ziyade tatbiki olan bu doktrin sağlam ve verimli hukuki fikirler bakımından çok zengindi.” (A. B. Schwarz 1956:195).

Onyedinci yüzyıl başından itibaren Almanya’da doğal hukuk akımı, romanist hukuk akımının yanısıra hukuk hayatında etkili olmaya başlamıştır. Almanya’daki doğal hukuk akımının en önemli temsilcileri arasında, Samuel Pufendorf (1632-1694), G.Wilhelm Leibniz (1646-1716), Christian Thomasius (1655-1728) ve Christian von Wolff (1679-1754) sayılabilir. Bu akım doğrudan Roma hukuku ile ilgilenmemekte, akılla kavranan, tanınan ve ebedi geçerliliği olan bir hukukun varlığına duyulan inançla, hukuk sistemini şekillendirmeyi amaçlamaktaydı. Ancak akımın temel ilkelerinin pek çoğu da bir şekilde Roma hukukunun etkilerini taşımaktaydı. Doğal hukuk akımı, her ne kadar eleştirilere maruz kalmış ve yaşanan politik ve ekonomik gelişmeler karşısında gerilemişse de, özellikle Almanya’nın hukuk hayatında önemli bir yer işgal etmiştir. Her şeyden önce hukukun sistematikleştirilmesi ve genel hukuk teorilerinin kavramlarının netleşmesinde etkili olmuştur. Nitekim modern kanun sistematiğinin vazgeçilmezi olan “genel hükümler” kısmı, doğal hukuk akımının çabası sonucu oluşturulmuş bir ayırımdır (1956: 197).

“...tabii hukuk kuramı siyaset kuramı alanına –hatta buna toplum düşüncesi alanını da ekleyebiliriz- egemendir. Hukukçuların rolü, Fransız Devrimi ve İnsan Hakları Bildirisi’ni hazırlayan fikirlerin gelişiminde filozofların üstlendiği rol gibi, temel niteliktedir. ... O dönemde [modern tabii hukuk dönemi] giderek artan ölçek ve önemde, hukuk üzerine sistemli ve tümevarımcı kuramsal araştırmalar gerçekleştirilmekteydi ve tabii hukuk düşüncesi bu olgunun felsefi açıdan haklılaştırılmasını sağlamaktaydı. ... mantıksal ve kuramsal tabii yaşama halinden sosyal ve siyasi hayatın ilkelerini çıkarsamak, çelişkili ve nankör bir çaba olarak görülebilir. Oysa, modern tabii hukuk ku-

ramcılarının giriştikleri çaba tam da budur ve bu kuramcılar bu çabaları sonucunda modern demokratik devletin temellerini atmışlardır.” (L. Dumont 2000: 151).

Ulus devletlerin güçlenmesi, sınırların bir ölçüde de olsa belirginleşmesi ve 1804 yılında Fransa’da gerçekleştirilen, “Cod Napolyon” veya “Cod Civil” adı verilen, medeni hukuk kodifikasyonu, Avrupa hukuk hayatında yeni bir tartışma başlattı. Ulusal kodifikasyonlar mı yapılmalı, yoksa Roma hukukunun, zaten varolan, kılavuzluğu mu kabul edilmeli? Bu tartışma önemli bir hukuk okulunun, Tarihçi Hukuk Okulunun, ortaya çıkışının nedenlerinden biri oldu.

Heidelberg Üniversitesi profesörlerinden J. Thibaut, 1814 yılında yayınladığı *Almanya İçin Genel Bir Medeni Kanunun Gereği Hakkında* isimli yazısında, Almanya’nın ulusal birliğinin kurulmasının, eski adet ve geleneklerden, özellikle Roma hukuku kaynaklı olanlardan, vazgeçilerek, doğal hukuk ilkelerine dayanan bir medeni kanunun tüm Almanya’da uygulamaya konmasıyla mümkün olabileceğini ileri sürdü.

“Friedrich Carl von Savigny, aynı yıl içinde yani 1814 de yayınladığı “*Zamanımızın Kanun Koyma ve Hukuk Bilimi Alanındaki Ödevi*” başlıklı makalesi ile hem Thibaut’un görüşünü reddetti, hem de tabii hukuk teorisine karşı çıkan yeni bir hukuk felsefesi okulunu kurdu. Bir ülkenin hukuk hayatını küçük bir makalenin bu kadar derin bir şekilde etkilediğini gösteren başka bir örneği dünya hukuk tarihinde bulmak belki mümkün değildir. Savigny’nin makalesi yalnızca Almanya’daki kodifikasyon hareketini yarım yüzyıldan fazla bir süre geri bırakmamış, aynı zamanda bütün batı dünyası hukuk hayatını da belirli ölçüde etkilemiştir.” (A. Güriz 1992: 228).

Savigny herşeyden önce, her zaman ve her toplum için geçerli bir hukuk fikrine karşıdır. Ona göre, toplumsal gerçeklikten kopuk böyle bir ideal hukuk söz konusu bile edilemez. Çünkü hukuk, belli bir toplumda tarihsel süreç içinde ortaya çıkar ve hu-

kuk hayatında gelenek ve sürekliliğin büyük önemi vardır. Oysa doğal hukuk akımı, bu tarihsel bilinçten yoksundur ve bir takım spekülasyonlarla iş görmeye çalışmaktadır.

Savigny, hukukun belli bir toplumun içinde kendiliğinden oluşup geliştiğini, kanun koyucunun yaptığıının bu kendiliğinden gelişen hukuku belirlemek olduğunu ileri sürer. Hukuk bir halkın tarihinin ürünüdür. Bu ürün ilk aşamalarında yeterince olgun değildir. Bu nedenle kodifikasyon, ancak bu ürün olgunlaşmış uygulamaya yerleştikten sonra gerçekleştirilmelidir. Hukuk, “halk ruhu”nun (volksgeist) eseridir, bu nedenle de gerçek niteliği örf hukukudur. Hukuk, dil gibi ulusa has bir şeydir, dolayısıyla da bir başka ulusun kanunlarının iktibasını kabul edilebilir bir şey değildir. Savigny Roma hukukunun iktibasını konusunda da, bu hukukun uzun mücadeleler sonucu benimsenmesiyle birlikte iktibasın gerçekleştiğini söyler.

“Roma hukuku üzerindeki çalışması, Savigny’yi hukuku devletin iradesi sayan fikre yaklaştırmıştır. Bununla birlikte Savigny’de halkın yarattığı maddi hukukun devlet tarafından yazılı hale getirilmesi eğilimi egemen nitelik taşıdığı için onun iradeci olan hukukla, halkın yarattığı hukuk kavramlarını bağdaştırmak konusunda çaba harcadığı görülmektedir.” (1992: 233).

Savigny’nin hukuk teorisine katkısı inkar edilemez boyutlardadır. Onun başlattığı akımla birlikte hukukun tarihselliğine dikkat çekilmiş, tarihsellik boyutunun önem kazanmasıyla birlikte de hukukun toplumsal kaynakları üzerine düşünölmeye başlanmıştır. Her ne kadar sosyolojik hukuk akımının ortaya çıkışı için yirminci yüzyılı beklemek gerekmiş ve araya pozitivist hukuk teorileri girmişse de, bu yolun ilk öncüsünün Savigny olduğu söylenebilir.

II. Hegel’in Hukuk Felsefesi

Hegel’in *Hukuk Felsefesinin Prensipleri* adlı kitabı üç ana kısımdan oluşur: Soyut Hukuk, Sübjektif Ahlaklılık ve Objektif Ahlaklılık. Soyut hukuk kısmı, hukukun temelindeki kavramlar olagelen mülkiyet, mukavale (sözleşme) ve haksızlık bölümler-

rinden oluşur. Her kısmın sonunda bir sonraki kısma geçişi açıklayan bir ara bölüm vardır. Sübjektif ahlaklılık kısmı, tasmin (karar verme) ve sorumluluk, niyet ve refah ve, iyilik ve ahlaki bilinç (vicdan) bölümlerinden oluşur. Son kısım olan objektif ahlaklılık kısmı ise, aile, sivil toplum ve devlet bölümlerinden oluşur. Bu kısımların her biri aynı zamanda, hukukun hareket noktası olan, özgür irade idesinin gelişme aşamalarıdır.

Soyut hukuk veya formel hukuk sferi dolaysızdır, içeriksiz bir kendilik bilinci, yani negatif realitedir. Hegel hukuku, “İde olarak özgürlük” diye tanımlar (Hegel 1991: p.29)¹. En genel anlamda hukuk, iradenin özgürleştiği “tinsel bir alem”dir. Soyut hukuk, bu özgürleşme sürecinin ilk aşamasıdır. “İradenin özellik momenti daha sonra belli gayelerden oluşan bir muhteva edinir, ... bu muhteva onun için dolaysızca verilmiş bir dış dünyadır.” (p. 34). Hegel, soyut hukuku “şahsiyet” (kişilik) kavramı ile incelemeye başlar, ki bu kavram Roma hukukundan itibaren tüm hukuk sistemlerinin en temel kavramı olagelmıştır. Hak sahibi olabilme yeteneği olarak tanımlanabilecek hukuki ehliyet kavramı da, ancak hukuki kişilik kavramı varsayılarak mümkün olabilmektedir. Nitekim Hegel de bunun altını çizer:

“1. Şahsiyet, her şeyden önce, özünde hukuki ehliyet içerir ve somut ve, dolayısıyla, formel hukukun temelini (bu da soyuttur) oluşturur. Şu halde, hukukun emri şudur: bir şahıs ol ve başkalarını da şahıs olarak gör ve say.” (p.36).

Soyut hukuk kısmının birinci bölümü olan mülkiyet konusu, kişinin kendini gerçekleştirmek için özgürlüğünü dışa açması gerektiği önermesiyle başlar. Kişinin kendini bir dış alana açması, yayması ancak mülkiyetle sözkonusu olabilir, “özgürlük için, mülkiyet onun ilk mevcudiyet şekli, asli *kendisi-için* gagesidir.” (p.45-R). Mülkiyet, bir ihtiyacın tatmini gibi görünmesine karşılık, bir “şey”e sahip olabilme gücüdür ki, bu da iradenin gerçek irade olmasından başka bir anlam taşımaz. Mülkiyet için zorunlu şart, “zilyetlik edinme”dir. Zilyetlik, sözkonusu şeyi bir çeşit ele geçirme, elinde tutma kabiliyetidir (p.55). İrade ve eşya (şeyler) arasındaki ilişki biçimleri mülkiyetin

¹ Hegel’in *Hukuk Felsefesinin Prensipleri* adlı kitabından yapılacak alıntılarda paragraf no.su verilecektir.

determinasyonlarını oluşturur. Bu ilişkiler ise, zilyetlik edinme, kullanım ve elden çıkarmadır (p.53). Hegel bu üç ilişki biçimini inceledikten sonra sözleşme (mukavele) bölümüne geçer.

Hegel'e göre, mülkiyet nasıl bir zorunluluksa (iradenin kendini gerçekleştirme- si zorunluluğu), sözleşme de öyle bir zorunluluktur. Çünkü mülkiyet ya da iradenin gerçekleşmesi, zorunlu olarak başkasının mülkiyetini ve dolayısıyla irademin bir başkasının iradesiyle ilişkisini gerektirir. "İradenin irade ile ilişkisi, özgürlüğün, üzerinde mevcudiyet kazandığı hakiki ve asli zemini oluşturur" (p.71). İnsan bilinci için, aralarındaki bu akdi ilişkilerin nedeni "ihtiyaç, rıza, fayda v.s." gibi görünür. Ama sözleşmenin "kendiliğinde nedeni" Hegel'e göre "akıl"dır, "yani gerçek mevcudiyeti içinde özgür şahsiyetin İde'sidir: Mukavele, tarafların birbirlerini şahıs ve mülkiyet sahibi olarak tanımalarını zımnen şart koşar." (p.71-R). Böylece şahıs olmanın şartı mülkiyet olur ki, bu da Hegel'in 36. paragrafta sözünü ettiği hukukun "şahıs ol" emrinin aynı zamanda "malik ol" anlamına geldiğini gösterir.

Çağımızda özel hukuk olarak adlandırılan alanın tamamen mülkiyet ve mülkiyet ilişkilerine göre belirlenmiş olması Hegel'in bu tespitini doğrulamaktadır. Çağdaş hukuk sistemlerinde özel hukukun alt dalları, Şahsın Hukuku, Aile Hukuku, Miras Hukuku, Eşya Hukuku, Borçlar Hukuku ve Ticaret Hukukudur. Şahsın hukukunun konularından biri, dernek, vakıf vb. gibi sivil toplum örgütü adı verilen, "tüzel (hükmi) şahıslar"dır. Bu tür kurumlar ya da tüzel kişilerin de, Hegel'in sivil toplumun en önemli öğelerinden biri saydığı "korporasyonlar"ın daha gelişmiş ve hukuk tarafından tanımlanmış biçimleri olduğu söylenebilir. Her ne kadar çağımızda bunlar meslek odaları, sendikalar biçiminde ayrıntılanmış ve kendi hukukları oluşturulmuş olsa da, korporasyon denilen yapının, bunların ilk biçimi olduğu da açıktır.

Hegel sözleşme tiplerini inceledikten sonra haksızlık bölümüne geçer. Hak (hukuk), yani mülkiyet varsa, haksızlık da olacaktır. Nitekim Hegel de tam bunu ifade eder:

“Hak, kavramının evrenselliğine ve basitliğine karşıt olarak özel bir şey halini aldığı ve bu nedenle sonsuz çeşitlilik arzettiği zaman bir görüntü formu kazanır. Görüntü halindeki hak, ya *kendiliğinde* ve dolaysızdır (kasıtsız zarar veya sivil zarar), ya süjenin kendisi tarafından bu hale sokulmuştur (hile), ya da süje tarafından düpedüz negatif bir şey olarak vaz’ edilmiştir (suç ve cürüm).” (p.83).

Hegel’e göre, suç ve cürüm (şiddet) soyut olarak alındıklarında “haksız fiil”dirler, bu haksız fiili ortadan kaldıracak olan ikinci şiddet “haklı olmakla kalmaz, aynı zamanda zorunlu olur.” (p.93). Soyut hukuk, yani dar anlamda hukuk, Hegel’in ifadesiyle “bir şiddet hukukudur” (p.94), bu ise soyut hukuku sadece “haksız fiil dolayısıyla ortaya çıkan bir sonuca göre tanımlamaktır.” (p.94-R). Dolayısıyla soyut hukuk alanında, ceza ya da suçun ortadan kaldırılması “intikam” biçiminde olur. “İntikam, bir özel iradenin pozitif eylemi olmak nedeniyle, yeni bir tecavüz oluşturur. Bu çelişki dolayısıyla intikam, sonsuz bir süreç içine düşer ve kuşaktan kuşağa geçerek *ad infinitum* sürer.” (p.102). Hegel’e göre suçun ihlal ettiği hakkın cevheri evrensel olduğu ve evrensel de hep aynı kaldığı için, “suç da hep aynı kalır ve kavramıyla mutabakatını korur.” (p.95). Kısacası haksızlık ya da suç, kendi inkarını kendi içinde taşıyan bir haktır (p.97). Zaten Hegel’e göre soyut hukuk sferinde özel menfaatler sözkonusu edilemez.

“...formel hukukta özel menfaatler (benim yararım veya benim refahım) söz konusu değildir; nasıl ki, benim isteğimi, benim niyetimi veya benim bilgimi belirleyen saikler de burada göz önüne alınmaz.” (p.37).

Haksızlığın ortadan kaldırılması ya da cezalandırma, soyut hukuk sferinde kaldığı sürece, intikam niteliği taşımasından, yani yeni bir tecavüz oluşturmasından dolayı çelişkilidir. Bu çelişkiden kurtulmak ancak, sübjektif ahlaklılık kavramı ile mümkündür. Sübjektif ahlaklılık,

“...her türlü subjektif menfaatten, her türlü subjektif formdan ve rastgele kuvvet kullanımından arınmış bir adalet; öç almayan, fakat cezalandıran bir adalet istemek demektir. Bu, bütün özelliğine ve subjektifliğine rağmen, evrenseli sırf evrenselliği için isteyen bir iradenin varlığını istemektir. ... Fakat, bu subjektif ahlaklılık kavramı sadece bir istek değil, bizzat hareketin [düşüncenin mülkiyet, mukavele ve suç'tan geçerek ilerleyen diyalektik hareketinin] bir eseridir.” (p.103).

Subjektif ahlaklılıkta irade, kendini obje edinerek “kendisi-için özgür irade” haline gelir. Formel hukuk sferindeki iradenin soyutluğu, subjektif ahlaklılık sferinde aşılr (p.104).

Hegel'e göre, “subjektif veya ahlaki iradenin dışsallaşması, eylem'dir” (p.113). Bu eylemin özellikleri ise şunlardır: a) eylemin soyut hukuku (tasmim), b) eylemin içsel muhtevası (Eylemin içsel muhtevasını niyet ve refah öğeleri oluşturur. “Niyet”, eylemin değerinin ve o eylemi yapmamın iyi olacağını düşünmemin sebebidir. “Refah” ise, özel varlığımın özel amacıdır), c) “içsel olmakla birlikte, evrensellik derecesine, ... yükselmiş olan bu muhteva, iradenin mutlak gayesidir; ... *İyilik*'tir.” (p.114). Bu özellikler, hakiki eylem denilebilecek ahlaki eylemi, hukuki eylemden de ayırır. Hukuki eylemde, eylemin içeriği benim sorumluluğumda değildir. Çünkü, hukuki eylemin içeriği sadece birtakım hukuki emir ve yasaklara dayanır.

“Somut aksiyona ve subjektif ve objektif ahlaklılık vakıalarına oranla soyut hukuk, bunların karşısında yalnızca bir imkanı ifade eder. Dolayısıyla, hukuk kuralı bir yetkiden [haktan] veya bir müsaadeden başka bir şey değildir. Bu hukukun zorlayıcılığı, negatif bir zorlayıcılıktır ve bununla sınırlı kalır (bir kere daha soyutluğundan ötürü): şahsiyete ve bunun tazammun ettiği şeylere zarar vermiyeceksin. Şu halde, yalnızca hukuki yasaklar vardır ve hukuki emirlerin pozitif formu, son tahlilde, bir yasağa dayanır.” (p.38).

Hegel, subjektif irade için esas olan şeyin sadece iyilik olduğunu ve subjektif iradenin niyetinde iyilikle uyuşması halinde bir değer taşıdığını belirtir. “İyilik, irade

kavramı ile özel iradenin birliği olarak İde'dir. ... Böylece, İyilik, gerçekleşmiş özgürlüktür, alemin mutlak nihai gayesidir." (p.129). Eylemin özelliklerinden içsel muhtevanın öğelerinden biri olan refah, "*kendiliğinde* mevcut irade" ile bağlantılıdır ve bu bağlantı, bu evrensellik momenti "aynı zamanda başkalarının ve hatta -daha tam, ama içi tümüyle boş bir tanımlama ile- herkesin refahını kapsar. Böylece, başka birçok belirlenmemiş özel kişilerin refahı da sübjektivitenin esas amacı ve hukuku içine girer." (p.125). Hegel hemen arkasından ekler: bu durum, "ahlaki niyet" adı altında hak ve hukuka karşı bir eylemi meşru kılmaz. Çünkü refah tek başına bir iyilik değildir. Refah, hak ve hukuk kapsamında bir iyilik olur, hak ve hukuk da ancak refahla birlikte iyilik olur (p.130). Hegel'in verdiği "görev" tanımında, görev ve iyilik bir ve aynı şeydir. Görev,

"a) hak ve hukuka uygun şekilde davranmak ve b) refah ve mutluluğu elde etmeye çalışmak, yani hem bireysel anlamda, hem de evrensel determinasyonu içinde refah ve mutluluğu -herkesin refah ve mutluluğunu- sağlayacak şekilde davranmak." (p.134).

Hegel'in hukuku "İde olarak özgürlük" diye tanımladığı belirtilmişti. Özgürlük kendini, ilk aşamada, soyut hukuk sferinde, şahsiyet ve ampirik mevcudiyeti olarak ortaya koymuştu. İkinci aşamada, yani sübjektif ahlaklılık sferinde, "kendilik bilincinin kendine dönük düşüncesinde İyilik olarak" (p.141-R) ortaya koydu. Son aşama olan objektif ahlaklılık sferinde ise, kendiliğinde ve kendisi-için irade, yani özgürlük idesi olarak ortaya koyacaktır.

Hegel'e göre özgürlük ancak objektif ahlaklılıkta, kavramına uygun mevcudiyeti kazanır (p.152). Bireyler de ancak böyle bir objektif ahlaki realiteye mensup olduklarında, sübjektif olarak özgürlüğe erişme haklarını tatmin ederler. Objektif ahlaklılık sferinin momentleri, aile, sivil toplum ve devlettir. Ailenin kendiliğinden genişlemesi yani dış alana yayılması hareketi ve ailenin kendisi, toplumu dolayısıyla ulusu meydana getirir. Sivil toplum, formel olarak bağımsız bireylerin meydana getirdiği topluluktur.

"Bu topluluğun üyelerini birarada tutan şey, bunların ihtiyaçları, şahıs ve mülkiyet güvenliğini sağlama aracı olan hukuk sistemi ve

özel ve kollektif menfaatleri düzene koyan bir dış organizasyondur.”

(p.157).

Sivil toplum bireylerin karşılıklı ilişkileri çerçevesinde, ihtiyaçların tatmininin, “herkesin geçimi, refahı ve mevcudiyetinin” gerçekleştirilebildiği bir alandır. Sivil toplumda, artık yurttaş olan bireyler, bütünün bir parçası oldukları ölçüde ihtiyaç ve iradelerini gerçekleştirebilirler. Yani sivil toplum aynı zamanda, bireylerin bencil amaçlarının gerçekleştirilmesi sırasında, “karşılıklı bir bağımlılık sistemi”nin (p.183) kurulduğu bir alandır. Dolayısıyla sivil toplumun bir “çelişkiler alanı” olduğu söylenebilir. “Sivil toplum, bu zıtlıkları ve karmaşıklıkları içinde, hem sefahat ve sefalet, hem de bu ikisi için ortak olan fizik ve moral yozlaşma manzaraları gösterir.” (p.185).

Sivil toplumun momentleri ise şunlardır: İhtiyaçlar sistemi, yargı gücü, kamu yönetimi ve korporasyon. İhtiyaçların gerçekleşmesi iki yolla olur. İlk olarak “başkalarının irade ve ihtiyaçlarının mülkiyeti ve ürünü olan dış şeyler”, ikinci olarak da “emek ve faaliyet” aracılığıyla (p.189). Doğadan gelen insanlararası eşitsizlik, sivil toplumda da ortadan kalkmaz. Tam tersine toplumsal hayatın her alanına yayılan bir eşitsizlik haline gelir (p.200).

“Karşılıklı üretim ve mübadele hareketlerinin sonsuz karmaşıklığı ve bu üretim ve mübadelelerde kullanılan vasıtaların yine sonsuz çeşitliliği, muhtevalarının immanent evrenselliği nedeniyle, sonunda birtakım genel gruplar içinde toplanıp farklılaşırlar. ... sınıf farklarını meydana getiren şey işte budur.” (p.201).

Hegel üç temel sınıf olduğunu söyler. Bunlar, tarımsal (cevhersel) sınıf, endüstriyel (formel) sınıf ve sivil hizmetliler (evrensel) sınıfıdır. Ancak hemen belirtmek gerek ki, Hegel bu sınıfları bir kast sistemi çerçevesinde düşünmez. Hak eden, kabiliyetleri ve koşulların belirleyiciliğine göre bu sınıflardan birine mensup olabilir.

Sivil toplumda gerçekleşen “karşılıklı bağımlılık sistemi”, aynı zamanda hukuka mevcudiyetini veren şeydir.

“Hukukun objektif realitesi, önce, onun bilinç için mevcut olmasında, şu ya da bu tarzda bilinen bir şey olmasında; sonra da gerçek bir güce ve geçerliğe sahip bulunmasında ve bunun yanısıra evrensel olarak geçerli bir şey olarak bilinmesindedir.” (p.210).

Objektif realiteye sahip olan hukuk, “var olan ve geçerli olan şey olarak bilinir –yani kanun’dur (*Gesetz*).” (p.211). Bu da pozitif hukuktur. Hegel’e göre hukuk denilen şey, hem evrensellik formunu hem de gerçek determinasyonunu ancak “kanun” haline geldiğinde, yani pozitif hukuk olduğunda alır. Hak da, kanun olarak koyulduğunda (vaz’edildiğinde), belirlenmiş bir mevcudiyet kazanır. Dolayısıyla meşru olan hakkın (kanunla belirlenen hakkın), kaynağı yasal olanda, yani kanundadır. Kanun biçimindeki pozitif hukuk uygulamada, hem sivil topluma özgü durumlarla hem de ahlaki durumlarla ilişkiye girer ve bu ilişkiler de onun içerik olarak gerçekleşmesi anlamını taşır. Yargı gücü ve devletten kaynaklanan hak ve görevler de kanunların içeriğini belirler (p.213). Hegel’e göre, bir “kamu kodundan beklenen, onun basit genel kurallar” koymasındadır, hiçbir koddan tamamlanmış bir mükemmellik beklenemez. Çünkü sürekli bir değişme ve ilerleme içindeki realitenin kendisi, kanun hükmünün öngörmediği ve öngöremeyeceği yeni belirlenimler, durumlar ortaya çıkarır.

“...kanunun uygulandığı maddenin sonlu tabiatı, sonsuz bir sıra determinasyonlara [genel kanunu belirleyici unsurlara] yol açar. Bir yandan, kanun, kapsamlı, kapalı ve eksiksiz bir bütün olmak zorundadır; oysa öbür yandan, durmadan yeni determinasyonlara [hukuki kurallara] ihtiyaç hasıl olur. Bu antinomi, ancak sabit ve değişmez olarak kalan evrensel prensiplerin özel hallere uygulanışında ortadan kalkabileceğinden, hukukun, tamamlanmış, eksiksiz bir kod içinde bütünlüğünü koruyabilmesi, ancak basit ve *kendisi-için* evrensel prensipler uygulanışlarından bağımsız olarak vaz’edilebilir ve anlaşılabilir oldukları takdirde mümkündür.” (p.216).

Sivil toplumda “suç”un niteliği de değişir. Sivil toplumda suç artık sadece subjektiviteye (şahsiyete) karşı yapılmış bir tecavüz değil, kamusal varlığa karşı da bir te-

cavüz olur. Suçun kamusal varlığa yönelmesi, toplum için bir tehlike görünümüne bürünmesi önemini artırır. Ancak “toplumun güçlü ve kendine güvenir hale gelmiş olması, tecavüzün dış önemini azaltır ve cezanın hafiflemesine yol açar.” (p.218). Bundan dolayı da Hegel’e göre,

“Sosyal tehlike görüşü, ilk bakışta, suçu ağırlaştıracakmış gibi görünürse de, aslında tam tersine daima cezanın hafiflemesine yardım eden sebeplerin başında gelmiştir. Bir ceza kanunu, her şeyden önce kendi zamanının ve sivil toplumun o zamanki durumunun ürünüdür.” (p.218-R).

Hukuk, kanun biçiminde mevcudiyet kazanmasıyla birlikte bağımsızlaşır. Hegel’e göre “kendisini evrensel bir şey olarak kabul ettirmek onun tabiatı gereğidir.” (p.219). Hukukun tanınması ve gerçekleşmesini sağlayan kamu gücü, mahkemelerdir. Hegel, “Yargıyı, kamu gücünün hem bir vazifesi, hem de bir hakkı olarak görmek” gerektiğini belirtir (p.219-R). Mahkemeler aynı zamanda, “zarara uğrayan evrenselin kendine özgü” realitesidir (p.200). Suçun kovuşturulması ve cezalandırmayı gerçekleştiren mahkemeler aracılığıyla, cezanın niteliği intikam (öç alma) olmaktan çıkar.

“Misilleme, hukukun cezada kendi kendisiyle uzlaşması halini alır. Objektif bakımdan, suçun ortadan kaldırılması yoluyla sağlanan bir uzlaşmadır bu. Böylece, kanun kendi kendisini onarmış ve geçerliğini gerçekleştirmiş olur.” (p.220).

Hukukun ulaşılabilirlik ve anlaşılabilirlik anlamında bilinebilirliği ve aleniliği, Hegel açısından büyük önem taşımaktadır. Bu anlamda yargının, yargılamanın aleniliği adaletin bir prensibidir.

“Mahkemede taraf veya müdahil olmak [*iudicio stare*] her sivil toplum üyesinin hakkı; buna karşılık, mahkeme huzuruna çıkmak ve bir hakkı ihlale uğradığı zaman bunun ihyasını mahkemeden başka bir yerde aramamak onun vazifesidir.” (p.221).

Yargılama sürecinin iki cephesi vardır. Birincisi, tek durumun, yargılamaya konu olan özel vakanın “dolaysız bireyselliği içinde bilinmesidir”, ikincisi ise, bu özel vakanın ya da tek durumun hangi genel kural altında değerlendirileceğidir (p.225). Yargılamanın ikinci cephesi bir bütün olarak “kanunun yetkili kıldığı” yargıcın görevidir (p.226).

Hegel’e göre yargılama sonucu verilen hüküm, “niteliği tespit edilen bir vakanın, kanunun belli bir maddesi kapsamına sokulması” demektir (p.228). Hükümle birlikte, tarafların sübjektif hakları açısından, hem kanunun tanınması hem de yargılamanın aleniliği sağlanmış olur.

“İde’nin, içinde momentlerini gerçekleştirdiği yer olan sivil toplum, yargıda kendi kavramına, *kendiliğinde* mevcut evrensel ile sübjektif özelliğin birliğine döner.” (p.229). Ancak bu birliğin “bütün özellik alanını” kapsayacak biçimde gerçekleştirilmesi için kamu yönetimi ve korporasyonun görevlerini yerine getirmesi gerekir.

“Kamu yönetimi bu birliği ancak rölatif olarak gerçekleştirir; korporasyon ise, onu tam olarak gerçekleştirmekle birlikte, bu işi ancak somut, ama sınırlı bir bütün içinde yapar.” (p.229).

Hegel, yargı gücüyle her ne kadar mülkiyete ve şahsiyete karşı gerçekleştirilen tecavüzler giderilse de, özelin gerçek hukukunun, mülkiyet ve şahsiyetin mutlak güvenliği ve “bireyin geçim ve refahının güvence altına” alınmasıyla birlikte mümkün olduğunu belirtir (p.230). Bireyin geçim ve refahının sağlanmasında etkin olan yapılar ise, kamu gücü ve korporasyondur. Kamu gücü bir yandan, mülkiyet ve şahsiyete karşı tecavüzler daha gerçekleşmeden, bu tür tecavüzlerin gerçekleşmemesini sağlayan “önleyici” bir rol üstlenirken, diğer yandan da ekonomik faaliyetlerin “kamu yararı”na uygun bir şekilde gerçekleştirilmesini gözetir. Bu iki temel görevin yerine getirilmesi bir takım kurumlar aracılığıyla olur. Hegel, varolan ekonomik düzenin bir yandan sermayenin birikimini sağlarken, diğer yandan da yoksulluğun büyümesine yolaçtığını belirtir (p.243). Kamu gücü, yoksulluğun etkilerinin giderilmesi için de çaba harcar.

Sivil toplum zorunlu olarak dışa açılır. Çünkü kendi dışında yeni pazar, kaynak ve tüketicilere ihtiyaç duyar. Uluslararası ticaret bu zorunlu dışa açılmanın bir ifadesidir. “Ticaret, mukaveleyi doğuran bir hukuki faaliyet ve, aynı zamanda, büyük bir kültür vasıtasıdır; evrensel tarih’teki anlamını buradan alır.” (p.247).

Korporasyon, sivil toplum üyelerinin bazı çıkarları çerçevesinde oluşturdukları birliktir. Korporasyonlar, kamu gücünün gözetiminde olmak kaydıyla, kendi çıkarlarını korumak, üye olma yeterliliğine sahip kişileri üye olarak kabul etmek, üyelerini ortak çıkarlar çerçevesinde korumak hakkına sahiptir (p.252).

“Korporasyonun gayesi ile kamu gücünün dışsallığı ve rölatif aynılığı kendi hakikatlerini *kendiliğinde ve kendisi-için* evrensel gayede ve bunun mutlak realitesinde bulurlar. Bunun için, sivil toplum sfere, giderek devlete varır.” (p.256).

Devlet, özgürlük idesinin gerçekleştiği yerdir, “objektif ahlak İde’sinin fiil halindeki realitesidir”. Devlet kendiliğinde nihai amaçtır ve bu nihai amaç, “en yüksek vazifeleri devletin üyesi olmak olan bireyler karşısında mutlak bir hakka sahiptir.” (p.257). Devletin üyesi olma, keyfi bir şey değildir. Kolektif (evrensel) bir yaşam bireyler için kaçınılmazdır ve bireyin sübjektif iradesi sonuç olarak hep bu evrensel hedefler ve içerir. Sübjektif ve objektif özgürlüğün birliği devletin içeriğidir. Dolayısıyla devlet ve bireyin ilişkisi de ancak bu çerçevede ele alınabilir.

Hak ve görev sadece devlette “tek ve aynı ilişki içinde birleşirler”. Görev, “*kendiliğinde ve kendisi-için* evrensel bir şeye karşı bir davranıştır. Hak ise, aksine, bu cevhersel realitenin genel ampirik mevcudiyetidir” (p.261).

“Özel hukuk [şahsi haklar] ve sübjektif ahlaklılık sfesinde, hak ve vazife arasındaki zorunlu ilişki gerçeklik kazanamaz; bu yüzden bunların arasında muhtevaca ancak soyut bir eşitlik kurulabilir. ... Hak ve vazifenin devlet içindeki mutlak aynılığı, bu sferlerde hakiki bir aynılık olarak değil, yalnızca bir muhteva benzerliği olarak bulunur,

çünkü bu muhteva onlarda tamamen genel bir biçimde belirlenmiştir ve sadece hakkın ve vazifenin temel prensibi –insanın şahıs olarak özgür olduğu prensibi- olarak kalır. ... Hak ve vazifenin bu birliği kavramı, hayati bir önemi haizdir ve devletin dahili gücünü içinde taşır.” (p.261-R).

Devletin siyasi anayapısı, onun organizasyonu ve “organik hayatının kendi kendisiyle ilişkisi içindeki sürecidir.” (p.271). Bir devletin siyasi anayapısı, onun yönetim biçimi, yani çağımızdaki adıyla siyasal rejimidir. Hegel’e göre en iyi yönetim biçimi anayasal monarşidir. Bir devlette üç önemli güç (kuvvet) vardır. Yasama gücü, yürütme gücü ve hükümdarlık gücü. Hegel, “kuvvetler ayrılığı” adıyla literatüre yerleşen ilkeyi eleştirir. Bu ilke, ya devletin içinde yer alan güçlerin birbirlerine karşı mutlak bağımsızlığı, ya da bu güçlerin birbirlerini “negatif” bir biçimde sınırlaması olarak anlaşılmaktadır. Oysa Hegel’e göre, devlette bu farklı güçlerin ortaya çıkması, “realite içindeki aktın” eseridir. Bu nedenle de “devlet güçlerinin ayrılığı çok önemli bir şart olup, hakiki anlamıyla alındığı takdirde, kamu özgürlüğünün garantisi olarak anlaşılabilir.” (p.272-R).

“Bir millete *a priori* olarak, *a priori* bir siyasi anayapı vermeye kalkışmak, bu anayapıyı az çok rasyonel bir muhteva taşısa bile, onu yalnızca bir akıl varlığı olmaktan fazla bir şey yapan unsuru gözardı eden bir fantezi olur. Şu halde, her millet kendisine elverişli olan, kendisine uygun düşen siyasi anayapıya sahiptir.” (p.274-R).

Hegel anayasal monarşiyi savunurken, monarkın gücünün mutlak olmasının, bu gücün tam bir keyfilik içerdiği, yani “despotizm”e vardığı düşüncesinin yanlış olduğunu söyler. Çünkü ona göre despotizm, bir kişinin ya da çoğunluğun özel iradesinin kendi başına kanun sayılması durumu, yani “kanun yokluğu” demektir. “Oysa, tam tersine, yasal, meşruti devlette hükümdarlık, özel sferler ve faaliyetler içinde idesel olarak var olan şeyi temsil eder.” (p.278-R).

Yargı gücünü de içine alan yürütme gücü, en genel anlamda, özeline evrenselin kapsamına sokulması işidir. Yürütme gücü ya da hükümet, monarkın emirleri, daha önceden tespit edilmiş olan işler ve kanunları uygulamakla yükümlüdür. Bu işi gerçekleştirecek olanlar elbette ki bireylerdir. Bu bireyler bilgi ve yeterliliklerine göre belirlenir. Böylece herkese, yöneticiler sınıfına (evrensel sınıfa) katılabilme olanağı sağlanmış olur (p.291). “Kanunların ve hükümet kararlarının bireylerle temasa geldiği ve realite içinde geçerlik kazandığı yer, resmi görevlilerin davranış ve kültür sferidir.” (p.295-R). Bu nedenle, bu kimselerin eğitimi çok büyük önem taşır. Yürütme gücünü icra eden kişiler, orta sınıfın büyük bir kısmını oluşturur.

“Orta sınıf, halk kitlesinin kültürlü [eğitilmiş] zekasının ve hak ve hukuk bilincinin, içinde yer aldığı sınıftır. Yukarıdan hükümdarlık kurumları, aşağıdan da korporasyon hakları, bu kültürlü zekanın ve hak ve hukuk bilincinin [yani orta sınıfın] toplum içinde ayrı [izole] bir aristokrasi durumu elde etmesine ve kültür ve yeteneğin böylece birer keyfilik ve tahakküm aracı haline gelmesine engel olurlar.” (p.297).

Yasama gücü, doğrudan kanunlarla ve genel nitelikteki iç işlerle ilgilidir. Bireylerle ilgili kanunlaştırmalar iki konuda kesindir. Birincisi, devletin bireylerin yararına yapacakları, ikincisi ise, bireylerin devlete karşı görevleridir (p.299). İlki tüm kişisel haklarla ilgili olan medeni kanunlardır, ikincisi ise, devletin bireylerden taleplerini dile getiren bir takım kanunlardır. Bunların başında da, Hegel doğrudan bu sözcüğü kullanmasa da, vergi ile ilgili kanunlar gelmektedir. Yasama gücü içinde özellikle iki moment etkisini gösterir. Bunlar monarşi ve yürütme gücü (hükümet) momentleridir. “Yasama gücünün son momentini ise, stand [sınıf] meclisleridir [veya kısaca standlardır].” (p.300).

“Stand meclislerinin fonksiyonu, genel menfaate, yalnız *kendiliğince* değil, aynı zamanda *kendisi-için* mevcudiyet kazandırmak, yani subjektif evrensel özgürlük unsurunu, kamu bilincini, kitleye has kanunların, özel düşüncelerin ampirik evrenselliği olarak mevcut kılmaktır.” (p.301).

Hegel, bireylerin devlet işleri hakkındaki düşünce, tavsiye ve eleştirileri ile bunları ifade etme özgürlüğünün “genel kanı”da (kamuoyu) kendisini gösterdiğini belirtir. Genel kanı bir yandan, gerçek günlük hayatın ihtiyaçlarını, insanların ortak duyusu şeklinde bulunan “cevhersel adalet prensiplerini, kanunların hakiki muhtevasını ve sonucunu, bütün siyasi anayayı ve genel olarak kolektif hayatı da içine alır.” (p.317). Ancak diğer yandan da, sıradan düşüncenin tüm kesinsizliğini, bulanıklığını ve sığlığını da taşır.

“Şu halde, genel kanı, hem sayılmaya, hem de yerilmeye layıktır. O, dolaysız somut bilinci ve bunun somut tezahürü bakımından yerilmeyi; bu somut tezahürün içinde, az ya da çok bulanık bir şekilde, kendini gösteren mahiyetsel temeli bakımından saygı görmeyi hak eder. Fakat, genel kanının kendisinde, cevhersel unsuru bulup çıkarmaya yarayan bir kriteriyum, yahut onu belirli bir bilgi düzeyine çıkarabilecek bir güç yoktur.” (p.318).

Her devlet, bireysellik olarak bağımsız ve otonom bir yapıdadır. Bu bağımsız ve otonom yapıların birbirleriyle ilişkilerinden, “uluslararası hukuk” ortaya çıkar. Uluslararası hukukun temeli, devletlerin yaptıkları antlaşmalara saygı göstermesi gerekliliğidir. Bu nedenle, “Onun, *kendiliğinde ve kendisi-için* muhtevasının formu, olması-gereken-şey formudur; çünkü, gerçekleşmesi farklı hükümler iradelerine bağlıdır.” (p.330). Devletlerin birbirlerine karşı görevlerinin ne olduğunu, bu hükümler iradelerinin onayladığı antlaşmalardan başka belirleyecek bir şey yoktur. Dolayısıyla devletler arasındaki anlaşmazlıklar, bu antlaşmalarla çözümlenemiyorsa, savaşla çözümlenebilir (p.334). Hegel, *Hukuk Felsefesinin Prensipleri* adlı kitabını “Evrensel Tarih” kısmıyla sona erdirir.

III. Hegel’in Hukuk Felsefesinin Hukuki Pozitivizme Etkisi

Hukuk felsefesi literatüründe hukuki pozitivizmin, doğal hukuka bir tepki olarak, onsekizinci yüzyıl sonu ile ondokuzuncu yüzyıl başında ortaya çıktığı ve yirminci

yüzyılda da doruk noktasına ulaştığı belirtilir. Hukuki pozitivismin kökeni de, doğal hukukun Eskiçağa dek geri götürülmesi gibi, Ortaçağa dek geri götürülür. Bu düşünceyi savunan isimlerden biri olan Louis Dumont, Ockhamlı William'ın hukuki pozitivismin kurucusu olduğunu söyler.

“William vardığı sonuçlara oldukça dikkat çekici ve öğretici bir dolaylı yoldan ulaşır. O bir hukukçu değil, bir mantıkçıydı. Onun hukuku sistematik olarak ele almasına yol açan Papa ve Fransiskenler'le girdiği polemikti. Kurucusu Assisili Francesco'nun kendini yoksulluğa adanmış tarikat çok zengin oldu ve sonuçta papalar, tarikatı, fiilen yararlandığı mülklerin mülkiyetini kabul etmeye zorladılar. Ockhamlı William, yeni yasa ve hukuk tanımlarını, bu politikaya karşı ve Fransiskenler'in, tarikatlarının kurucusunun istencine karşı bu dünyanın işlerine dalıp gitmelerini önlemek amacıyla geliştirdi. ... William'ın niyeti hukuk alanını daraltmaktı, ama sonuçta bu alanı bağımsız ve bireyci pozitivismi nedeniyle, hiçbir zaman olmadığı kadar mutlak ve zorlayıcı kıldı. ... Yoksulluğun savunucusu William, 'hak, pozitif yasa tarafından kabul edilen bir iktidardır' derken, gerçekte özel mülkiyet çağını ilan etmektedir.” (L. Dumont 2000: 144, (8) nolu dipnot).

Tarihsel açıdan hukuki pozitivism, ortaya çıktığı her ülkede farklı özellikler göstermekle birlikte, en temel ortak özellikleri şunlardır: Öncelikle hukuk biçimseldir ve onun biçimi kanundur. Bu özellik, o dönemin gerekliliklerinden biri olan kanunlaştırma (kodifikasyon) hareketi konusundaki tartışmalarla netleşip zenginleştirilmiştir. Kanun, kanun koyucunun (egemenin) iradesidir. Bu, hukuki pozitivismin ilk aşamasını da ifade eden, “iradeci pozitivism”in temel varsayımlarından biridir. Bunun kadar önemli bir özellik de, kanunun, genel olarak da hukukun bir “emir-yasak” dile getirdiğidir.

Pozitif hukukun egemen güç tarafından koyulan hukuk olduğu düşüncesi o dönem hukuk düşüncesine yerleşmiş ve bu anlamda pozitif hukuk, yani kanun şeklinde ifade edilmiş olan doğal hukuk ilkeleri de tartışma konusu dışında bırakılmıştı. Burjuva-

zinin devrimci döneminin hukuk kuramı olan doğal hukuk düşüncesi işlevini tamamlamıştı, artık burjuvazinin yükseliş dönemine uygun bir hukuk kuramı gerekliydi. Toplumsal ve ekonomik koşullardaki büyük değişim de, bu ihtiyacı fazlasıyla zorlamaktaydı.

“...hukuksal düşüncenin gelişimi ile iktisadi düşüncenin gelişimi arasındaki paralelliği belirtmeden de edemeyeceğiz. Öyle ki tarihsel hukuk okulu, feodal aristokrasinin ve bir yönüyle korporatist küçük burjuvazinin tepkisinin ifadesi olarak değerlendirilebilir. Ayrıca, 19. yüzyılın ikinci yarısında burjuvazinin devrimci ateşi kesin olarak söndüğünde klasik öğretilerin yalınlık ve kesinliğinin burjuvazi üzerindeki çekiciliği de sona ermiştir. Burjuva toplumu istikrar ve güçlü bir iktidar arzulamaktadır. İşte bu nedenle, hukuk araştırmalarının konusu artık hukuksal biçimin çözümlenmesi olmaktan çıkmış, bunun yerini, hukuksal emirlerin zorlama gücünün temeli sorunu almıştır. Buradan tarihselcilik ile resmi olmayan tüm hukukun reddi olarak ifade edebileceğimiz hukuksal olguculuğun özgün bir karışımı doğar.”
(E. B. Paşukanis 2002: 65-66).

İngiltere’de hukuki pozitivistin ilk temsilcisi Jeremy Bentham’dır (1748-1832). Bentham, hukukun emir ve yasaklardan oluştuğunu, her hukuk kuralının bir emir veya yasağın ifadesi olduğunu düşünüyordu. Bu nedenle ona göre, ceza yaptırımını olmayan bir hukuk düşünülemezdi. Bentham’a göre, belirli bir dönemdeki geçerli hukuk, egemenliği kullanan kişinin iradesini yansıtır ve bu iradeye uyulmasının nedeni tamamen gelenekseldir.

Fransa’da hukuki pozitivism çok daha geç bir dönemde ortaya çıkmıştır. Çünkü Fransız Devriminin etkisiyle, pozitif hukukun doğal hukuk ilkelerinin bir ifadesinden başka bir şey olmadığı inancı yerleşmişti ve bu inanç pozitif hukuk ve doğal hukuk arasındaki farkı silikleştirmişti. Felsefi pozitivistin en önemli temsilcisi Auguste Comte’u (1798-1857) yetiştiren Fransa, hukuki pozitivistime kapılarını kolayca açmadı.

Hegel, Almanya'nın devlet ve siyaset felsefesi, dolayısıyla hukuk felsefesi üzerinde büyük etkiler yaratmıştır. Öyle ki Alman kökenli devlet ve siyaset felsefesi, özellikle de hukuk felsefesi, hala en etkili kuramların kaynağıdır.

Alman hukuk hayatında, Roma hukuku kaynaklı, kamu fikri yerleşmiş ve pozitif hukukun da egemenin iradesi olduğu kabul görmüştü. Hegel'in hukuk felsefesi ile devlet kavramının içeriği, o dönemdeki diğer Kıta Avrupası ülkelerindekinden daha farklı bir anlam kazanmıştı. Devlet, toplumun karşısında ve karşıtı değildir. Devlet, toplumun bütününün temsilcisidir. Devlet gücü mutlak, ama keyfi (despotik) değildir, bu güç kanuna uygun işler. Çünkü devlet, cevhersel irade olarak "rasyonel"dir ve kanun da "rasyonel"dir. Bu anlamda da devletin iradesi demek, İngiliz pozitivizmindeki gibi fiilen egemen olanın iradesi demek değildir.

"Devlet, cevhersel iradenin fiil halindeki realitesi olarak, bu iradenin evrenselleşen ve evrenselleştğini bilen özel kendilik bilinci içinde aldığı realite olarak, *kendiliğinde ve kendisi-için* rasyonel'dir. Bu cevhersel birlik, *kendiliğinde* mutlak ve hareketsiz bir gayedir ve özgürlük, bu gayede en yüksek değerini bulur. Öte yandan, bu nihai gaye, en yüksek vazifeleri devletin üyesi olmak olan bireyler karşısında mutlak bir hakka sahiptir." (Hegel 1991: 199-200 / p.258).

Hegel'e göre gerçek bir devletin otoritesi, geçerli olan, yani pozitif hukuk haline gelmiş "hukuk formları"ndan alınan prensiplere dayanır (1991: 200). Hegel hukukun pozitif nitelikte olduğunu, bu pozitif niteliğin de bir devlet içinde geçerli olan hukukun formel karakterinde görülebileceğini söyler (1991: 35 / p.3). Hegel, *Hukuk Felsefesinin Prensipleri*'nin 211. paragrafının notunda, Tarihçi Hukuk Okulunun görüşlerine karşı çıkar ve kodifikasyonu savunur. Ona göre, örf ve adet hukukunun özelliği, yazılı kanunlara kıyasla daha az belirli olmasıdır. Ayrıca "bir millette yürürlükte bulunan kanunlar, yazılmış ve kodifiye edilmiş olmakla, onun adetleri olmaktan çıkmazlar.". Hegel'e göre kodifikasyona karşı olmak, daha belirsiz, dolayısıyla daha az bilinebilir olan örf ve adet hukukuyla yetinmek, hukuku "az sayıdaki kişilerin tesadüfi bir imtiyazı" haline getirir.

“...bu devrin önemli bir sorunu olan Alman devletlerinin birleştirilmesi konusunda, tarihçi okulun öğretilerine uyarak, olayların gelişmesini beklemek fikri kabul edilmemektedir. Almanya'nın birleştirilmesinde kararlı bir gücün varlığı istenmektedir. Böyle kararlı ve merkezi bir gücün, hukuki alanda da faaliyet göstermesi doğal olacaktır. ... Bütün bunlar, başta hukuki kesinlik olmak üzere, düzen, istikrar, barış, tutarlılık gibi biçimsel değerlerin hukuki pozitivizmin en belirgin ideolojik özelliğini oluşturduğunu göstermektedir. Bu biçimsel değerleri **kanunilik** ilkesi içinde toplamak mümkündür.” (S. Keyman 1981: 27).

Hegel için kanunların aleniliği, yani ulaşılabilirlik ve anlaşılabilirliği anlamında, bilinebilirliği çok önemlidir. Çünkü bu alenilik Hegel'e göre, aynı zamanda adaleti sağlamanın önemli bir koşuludur. Kanunların genel ve basit kurallar koymasının gerekliliği de, bilinebilirlik anlamındaki alenilikle yakından bağlantılıdır ve bu düşünceler daha sonra hukuki pozitivizm tarafından, “hukuki kesinlik” ilkesi olarak ifade edilmişlerdir.

“Tiran Dionysios'un yaptığı gibi, kanunları hiç kimsenin okuyamayacağı kadar yüksek bir yere asmak, yahut bilgince yazılmış heybetli kitaplara, birbirleriyle çelişen yargı ve içtihat koleksiyonlarına, örf ve adetleri toplayan metinlere, vs. ve üstelik bir de ölü bir dile gömmek ve, böylece, yürürlükteki hukuku ancak özel olarak yetiştirilmiş kişilerce bilinip anlaşılabilir hale getirmek, hep tek ve aynı bir adaletsizliktir.” (Hegel 1991: 178 / p.215-R).

Hegel, kanunların aleniliğinin yanı sıra yargılamanın aleniliğini de çok önemser. Yargılamanın aleniliği ya da tarafsız yargı, ancak subjektif ahlaklılık alanında söz konusu olabilir. Çünkü ancak bu alanda suçun ortadan kaldırılması, ölçme olan intikam şeklinden çıkar ve “her türlü subjektif menfaatten, her türlü subjektif formdan ve rastgele kuvvet kullanımından arınmış bir adalet; ölçmeyen, fakat cezalandıran bir adalet” biçimine dönüşür (1991: 100 / p.103).

“Hukukun genelliği onun bakış açısında özgürlüğün özsel garantisidir. Fakat o, yargıçların keyfi kararlarını kabul etmemek için kanun hukuku tercihe eğilimlidir. ... Adaletin uygulaması, genel norm altına somut bir meseleyi getirmektir (paragraf 214). Fakat hepsi bu değildir, yargıcın eylemi sırf bir makinenin eylemi değildir (paragraf 211, ek). Hatta pozitif hukuk tarafından kontrol edilen yargıcın iradesi, kesin bir öneme sahiptir (paragraf 214). Mahkemeler bağımsız olmalıdır. Onlar ‘özel menfaatin öznel yönlendirmesi olmaksızın’ yönetilmelidir. ... Adaletin uygulaması aleni olarak yerine getirilmelidir (paragraf 224).” (F. Neumann 1986: 165).

Hegel, her fırsatta Tarihçi Hukuk Okulunun savunduğu düşüncelerle polemiğe girmiştir. Ama Hegel hukukun tarihiliğini yadsımaz, tam tersine hukukun tarihi bir bilim olduğunu ve bu yöndeki hukuk araştırmalarının önemli ve gerekli olduğunu belirtir. Ancak tarihi araştırma ile felsefi araştırma birbirinden farklıdır. Tarihi araştırma “kavramın gelişmesi”ni açıklamaz, çünkü tarihi gelişme ile kavramın gelişmesi birebir çakışan şeyler değildir (1991: 36 / p.3-R). Kendi çağında ve sonrasında da tutuculukla suçlanan Hegel aslında; Savigny gibi, dönemi için bile gerici sayılacak düşünceler ileri sürenlerin karşısında yer alarak, düşünsel ve politik alanda ilerici bir rol üstlenir. Tarihin gelişmesi Hegel’den yanadır ve o görmemiş olsa bile, tarih Savigny’den intikamını alır. Hegel’in Berlin Üniversitesine atanmasına da karşı çıkan Savigny, ısrarla karşı durduğu kodifikasyona yenik düşüp 1848 yılında Prusya mevzuat bakanı seçilir (Schwarz 1956: 201).

Hukuki pozitivistizmin önemli özelliklerinden birinin hukukun, kanunun bir emir-yasak olarak kabul edilmesi olduğu belirtilmişti. Hegel’e göre de, hukuk kuralları, hukuki emirler “son tahlilde bir yasağa dayanır.” (Hegel 1991: 60 / p.38).

“Hegel’in gözünde modern devlet, öncesinde yer alan her şeyin tüketilmesi olarak ortaya çıkar. İşte bu yüzden, bu siyaset felsefesinde önemli bir pozitivist yön vardır. Tam anlamıyla hukuk felsefesi pozitivisttir: Yasa emirdir; Ockhamlı’da görmüş olduğumuz gibi ‘ira-

de'dir (buna ek olarak 'özgürlük'tür de). Hegel'in Alman Tarihi Hukuk Okulu'nun (Savigny) pozitivizmini eleştirdiği doğrudur, ama buna koşut olarak Fransız devrimcilerinin salt negatif ve özgürlüğü yıkıcı fikrini de eleştirir ve bu çifte eleştiri zıtların birbiri içinde erimesi sonucunu doğurur. Yasa, yalnızca bireyin özgürlüğünün karşıtı olarak verilmiş değildir, aynı zamanda insan özgürlüğünün en derin ifadesi olarak *akılcıdır*. Bu sentezde, hem pozitivizmin hem de özgürlükçülüğün, bir yandan olumsuz yönleri silinir, öte yandan da gerçeklikleri korunmuş olur." (Dumont 2000: 172).

IV. Sonuç

Buraya kadar anlatılanlar, teorik olarak Hegel ve hukuki pozitivizm arasındaki yakınlığı açıklamak amacını taşıdı. Bu teorik yakınlık gösterilirken de Hegel düşüncesinin, çağının hukuk felsefesinin sunduğu düşünsel olanaklara kıyasla daha ilerici olduğu savunuldu. Hegel'e çağının hukuk felsefesi karşısında bu düşünsel üstünlüğü sağlayan şey ise, içinde yaşadığı toplum ve devlet hakkındaki tespitlerinin yerindeliği ve doğruluğudur. Genç Marx, Hegel'in "çağdaş devlet ve onunla bağlantılı gerçekliğin eleştirel çözümlemesi"nin hakkını bir yandan teslim ederken, diğer yandan "insanı hesaba katmadığı" için yerer (K. Marx 1997: 200). Ancak hala Fransız Devriminin etkisindeki Marx bu yergisinde, Hegel'in değil, Almanya'daki mevcut siyasal durumun "bireyi hesaba katmadığı" gerçeğini atlar. Hegel *Hukuk Felsefesinin Prensipleri*'nde, mevcut ekonomik sistemin yoksulluğu artırıcı etkilerini görmüş ve sistem içi önlemler önermiştir (Hegel 1991: 192-193). Ancak onun asıl sorunlarından birisi, Almanya'nın ulusal birliği ve bu birliğe temel olacak bir siyaset felsefesi idi.

Hegel'in çağının bulunduğu durum konusundaki yerinde tespitleri, ona hukukun ve hukuk felsefesinin gideceği yönü de yerinde tespit edebilme olanağı sağladı. Hukuki pozitivizmin doruk noktası sayılan normativizm, hukuk normunun ayırmedici özelliği olarak "cebiri" unsurunu öne sürerken, aslında Hegel'den bir adım öteye gidebilmiş değildir. Hegel'in önemi ve büyüklüğü de bundan kaynaklanmaktadır.

Hukuki pozitivizm teorik olarak daha ince ayrımlar yapmış, kendi içinde uç ve ılımlı ayrımlara uğramış ve hatta büyük darbeler yemiş olmasına karşın, hala çağımızın uygulamadaki tek etkin hukuk felsefesi kuramıdır. Hukuki pozitivizmin temel varsayımlarının, Nazi Almanyasında “hukuk, kanundur” sloganıyla kullanılması, savaş sonrası hukuki pozitivizme karşı önemli tepkilerin doğmasına ve “doğal hukuk rönesansı” olarak adlandırılan gelişmeye neden olmuşsa da, 1960’lı yıllarda “hukukun genel teorisi” akımıyla birlikte tekrar canlanıp güçlenmesine engel olunamamıştır.

Avusturya Anayasasını da kaleme alan Hans Kelsen’in (1881-1973) kurucusu olduğu hukukun genel teorisine göre, devlet ve hukuk özdeştir. Hukuki pozitivizme göre, her norm geçerliliğini bir üst normdan alır. Bu normlar hiyerarşinin en üstünde anayasa yer alır. Hukuki pozitivizm, “anayasanın geçerliliğini nereden aldığı” sorusuyla karşılaştığında da, varsayımsal bir “temel norm”dan aldığı yanıtını verir, ki bu yanıt Kelsen’de devlet-hukuk özdeşliğinin savunulması sonucu doğurmuştur. Hegel’in şu sözleriyle birlikte düşünüldüğünde, bu yanıtın çarpıcılığı ortaya çıkar: “genel olarak, siyasi anayapının, zaman içinde meydana gelmesine rağmen, hiç yaratılmamış bir şey olarak görülmesi esastır.” (Hegel 1991: 225).

Hukuki pozitivizm tüm aksayan ve eleştiriye açık yanlarına karşın, “kanunilik ilkesi” ile hukuk uygulamasına kesinlik kazandırmıştır. Kanunilik ilkesinin dayandığı alt ilkeler olan, “kanunun tekelciliği, kanunun açık ve kesin olması ve kanunun geçmişe uygulanmazlığı” ilkeleri, yargının keyfilikliğini önleyici özellikleri nedeniyle, özellikle ceza hukuku alanında önemli kazanımlardır. “Kanunsuz suç olmaz” ilkesi ile ceza hukuku uygulamasına yerleşen “kıyas yasağı” da bu kazanımlar arasındadır (N. Toroslu 1998: 13-30).

Hegel, bir hukuki pozitivist değildir elbet, ancak onun devlet ve hukuk felsefesi hukuki pozitivizme önemli katkılar sağlamış ve hala sağlamaktadır. Hegel’in, kodifikasyon tartışmalarında Savigny’nin karşısında yer alan ve bir doğal hukuk yandaşı olan Thibaut’u desteklediği düşünülürse, hukuk felsefesinin de özelliği ortaya çıkar. Hegel, bir yandan doğal hukuk kuramının kazanımlarını sahiplenirken, diğer yandan onun, hu-

kuk düşüncesinin gelişmesine paralel olarak gerçekleştiremediği bazı önemli ihtiyaç ve ilkelere dikkati çekerek, hukuk felsefesinin gelişimine önemli katkılarda bulunmuştur.

Kaynakça

BLOCH, Ernst. *Rönesans Felsefesi* (Çev.H. Portakal), İstanbul: Cem Yayınevi, 2002.

CASSIRER, Ernst. *Devlet Efsanesi* (Çev.N. Arat), İstanbul: Remzi Kitabevi, 1984.

DUMONT, Louis. “Bireycilik Üzerine Denemeler: Doğu. XIII. Yüzyıldan Başlayarak Siyaset Kategorisi ve Devlet” C.B. AKAL (Der.), *Devlet Kuramı*, Ankara: Dost Kitabevi, 2000: 141-174.

GÜRİZ, Adnan. *Hukuk Felsefesi*, Ankara: A.Ü.H. F.Yayımları, No: 493, 1992.

HANÇERLİOĞLU, Orhan. *Felsefe Ansiklopedisi*, İstanbul: Remzi Kitabevi, 1985.

HEGEL, G. W. F. *Hukuk Felsefesinin Prensipleri* (Çev.C. Karakaya), İstanbul: Sosyal Yayınları, 1991.

KELSEN, Hans. “Saf Hukuk Kuramı: Devlet ve Hukuk Özdeşliği” C.B. AKAL (Der.), *Devlet Kuramı*, Ankara: Dost Kitabevi, 2000: 425-456.

KENNEDY, Paul. *Büyük Güçlerin Yükseliş ve Çöküşleri* (Çev.B. Karanakçı), Ankara: Türkiye İş Bankası Yayınları, 1996.

KEYMAN, Selahattin. *Hukuka Giriş ve Metodoloji*, Ankara: Doruk Yayınları, 1981.

MARX, Karl. *Hegel'in Hukuk Felsefesinin Eleştirisi* (Çev.K. Somer), Ankara: Sol Yayınları, 1997.

MARX, K. ve F. ENGELS. *Gotha ve Erfurt Programlarının Eleştirisi* (Çev.M. Kabagil), Ankara: Sol Yayınları, 1989.

NEUMANN, Franz. *The Rule of Law*, Great Britain: Berg Publishers Ltd., 1986.

PAŞUKANIS, Evgeny B. *Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm* (Çev.O. Karahanoğulları), İstanbul: Birikim Yayınları, 2002.

SABINE, George. *Siyasal Düşünceler Tarihi-2 Yeni Çağ* (Çev.A. Öktem), Ankara: Türk Siyasi İlimler Derneği Yayını, 1969a.

SABINE, George. *Siyasal Düşünceler Tarihi-3 Yakın Çağ* (Çev.Ö. Ozankaya), Ankara: Türk Siyasi İlimler Derneği Yayını, 1969b.

SCHWARZ, Andreas B. *Roma Hukuku Dersleri* (Çev.T. Rado), İstanbul: Doğan Kardeş Yayınları, 1956.

ŞENEL, Alaeddin. *İlkçağda, Ortaçağda ve Yeniçağda Toplum ve Siyasal Düşüncesi*, Ankara: A.Ü. S. B. F. Yayını, 1978.

TOROSLU, Nevzat. *Ceza Hukuku*, Ankara: Savaş Yayınevi, 1998.

VINOGRADOFF, Paul. *Ortaçağ Avrupasında Roma Hukuku* M.T. ÖZCAN (Yay. Haz.), İstanbul: Göçebe Yayınları, 1997.

