

Bilim Felsefesi ve Sosyal Teori Bağlamında Hukuk Öğretimine Bakmak

Hakemli Makale

Mehmet YÜKSEL

Prof. Dr., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Sosyolojisi ve Felsefesi Ana Bilim Dalı

ÖZET

Günümüzde hukuk öğretiminde halen ciddi bir yer işgal eden pozitivist hukuk düşüncesinin temelinde aydınlanma felsefesi ve modern bilim anlayışı ile şekillenen modern düşüncenin bulunduğu bilinen ve tartışılan bir husustur. Pozitivist hukuk anlayışının temelinde bulunan modern bilim anlayışı ile felsefi pozitivist yaklaşımda; gözlem ve deney konusu olmayan olgular, bilimsel alan dışında bırakılan metafizik mevzular olarak görülür. Buna göre, sadece somut varlığı olan, gözlem konusu olabilen olgular inceleme konusu yapılabilir. Bu yaklaşım, hukuk alanını da etkileyerek, belli bir hukuk düzenindeki mevcut hukuki kavramlar, kurallar ve kurumları ele alıp inceleyecek bir pozitif hukuk biliminin şekillenmesine katkıda bulunmuştur. Hukuku, esas olarak egemen otorite tarafından konmuş ve zorlama gücüyle donatılmış bir kurallar ve yaptırımlar bütünü olarak gören pozitivist yaklaşımda; doğal olarak, hukuku toplumsal bir olgu ve toplumsal sistemin bir alt sistemi gibi görebilecek bir kavrayışın ortaya çıkması beklenemezdi. Benzer şekilde hukuk bilimini de, toplumsal gerçekliği anlamaya ve açıklamaya çalışan diğer bilim dallarıyla karşılıklı ilişkileri ve etkileşimleri bağlamında disiplinler arası bir anlayışla inşa etmek söz konusu olamazdı.

Oysa bugün, mevcut hukuk öğretiminin temelinde önemli bir yer işgal eden pozitivist anlayışa karşı, bilim felsefesi ve sosyal teori alanında ciddi eleştiriler yöneltilmektedir. Hukuku; kavramları, kuralları ve kurumlarıyla sosyo-kültürel gerçeklikten ve değerler dünyasından dışallaştırarak şeyleştirilen eğilimlere ve görüşlere karşı çıkanlar, hukuku, insani ve kültürel bağlamına yerleştirerek, hukuk ile sosyo-kültürel oluşumlar arasındaki etkileşimi vurgulayarak, hukuk hakkındaki analizlerine değerler ve anlam dünyasını da katarak farklı bir anlayış ortaya koymaktadırlar.

Anahtar Kelimeler

Aydınlanma felsefesi, modern sosyal teori, postmodern sosyal teori, modern hukuk, pozitivist hukuk akımı, hermenötik, hukuki realizm, eleştirel hukuk çalışmaları

ABSTRACT

LOOKING AT LEGAL EDUCATION IN THE CONTEXT OF SCIENCE PHILOSOPHY AND SOCIAL THEORY

It is a well-known and much-discussed issue that the positivist legal thought which is occupying a serious place in the legal education today is based upon the modern thought which has been shaped by the philosophy of enlightenment and the insight of modern science. The insight of modern science and the approach of philosophical positivism which are the basis of the legal positivism, see the phenomenon that are not the subject of observation and experiment as metaphysical subjects which are excluded from the scientific area. Accordingly only the phenomenon which have a concrete existence and therefore are the object of observation could be

made the subject of inquiry. This approach has affected the legal science by shaping a positivist legal science which is analyzing the legal rules, concepts and institutions in a definite legal system. In the scope of positivist approach where it considers law as the collection of rules and sanctions which have the power of enforcement and legislated by a sovereign, it is natural that the existence of an understanding of law as a social phenomenon and as a sub system of the social system would not be expected. Similarly, it could also not be in question to construct the legal science by its mutual relationship and interaction with the other science fields which are trying to understand the social reality.

However, the positivist approach which is mainly the basis of legal education today is being criticized within the fields of philosophy of science and social theory. The people who are criticizing the tendencies of excluding law with its concepts, rules and institutions from its socio-cultural reality and the world of values, are placing law in its humanitarian and cultural scope and are emphasizing the interaction between law and socio-cultural organisms. By doing this they are asserting a different understanding by including the world of values and sense into their analysis in law field.

Key Words

The philosophy of enlightenment, modern social theory, post-modern social theory, legal positivism, hermeneutic, legal realism, critical legal studies

Giriş

Modernleşme sürecinde uzun bir zamandır, hiyerarşik ve bürokratik bir devlet ve toplum kavramlaştırması çerçevesinde sosyal olay, olgu ve kurumlara bakar hale geldik. Dünyaya bakış açımızı ve düşünme biçimimizi bir ölçüde belirleyen mevcut paradigma içinde, bilhassa konu hukuk olunca, siyaset, devlet ve hukuk, siyaset-hukuk ilişkisi üzerinde yoğunlaştık. Hâlbuki günümüz dünyası, artık, sosyal bilimlere de hayat veren siyasal devrimleri, endüstri ve ekonomi alanındaki büyük dönüşümleri geride bırakarak, mevcut devasa yapıları, hiyerarşik ve bürokratik örgütleri sorgular hale geldi. Bu çerçevede hukuk ve ideoloji, hukuk ve söylem, hukuk pratiği gibi hususlar daha fazla inceleme ve tartışma konusu olmaya başladı.

Günümüzde ekonomik, toplumsal, kültürel ve siyasal yapılar ile zihniyet dünyasında meydana gelen köklü değişimlerden ve bu bağlamda; bilgi toplumundan, endüstri ötesi toplumdaki, tüketim toplumundan, sözlü ve yazılı kültür yanında elektronik kültürden bahsedilmektedir. Bu gelişmelerle birlikte insan ilişkilerinde, davranışlarında ve dünsel alışkanlıklarında da büyük değişimler yaşandığına dikkat çekilmektedir. Bundan böyle sosyal kurumlar gibi makro yapılar yanında, günlük pratik içinde yaşanan mikro olaylar ve etkileşimler de analiz konusu edilmekte; hukukun bir kurumlar, kurallar ve kurumlar seti olmaktan ziyade toplumsal yaşam ilişkilerinde nasıl algılanıp, anlamlandırılıp, anlaşıldığı ve yorumlandığı üzerinde daha fazla durulmaktadır. Bütün bunlar, hukuk olgusuna artık yeni veya farklı bir paradigmadan da yaklaşılması gerektiğine işaret etmektedir. Bugün

“hukukun üstünlüğü,” “hukuk devleti” ve “güçler ayrılığı” gibi ilkelerin toplumsal gerçeklikten bağımsız bir şekilde vurgulanması eleştirilmekte, doğal hukuk akımınca soyut birey bağlamında kavramlaştırılan bireysel nitelikteki insan hak ve özgürlükleri anlayışı aşılmakta, bireysel özgürlükler yanında kolektif haklardan, kültürel haklardan, kimlik temelli haklardan söz edilmekte, mevcut paradigma içinde ağırlıklı yere sahip “vatandaşlık” statüsü çerçevesinde inşa edilen soyut hak ve özgürlükler sorgulanmaktadır. Kuramsal veya farazi olarak dile getirilen hukuki ilkeler ve kurallardan ziyade, bunların ne kadar hayata geçirildiği, nasıl ve ne kadar yaşanabildiği üzerinde de durmak gerektiği dile getirilmektedir.

Bundan böyle, modern devletlerin, ulus-devletlerin egemen ya da belirleyici olarak görülmediği, “toplum” ve “toplumsal” kavramlarının sorgulandığı, toplum-birey ikileminin aşılacak bir sürecin öne çıktığı bir dönemden geçilmektedir. Özellikle iletişim ve ulaşım teknolojilerinde ortaya çıkan gelişmelerin de etkisiyle insanlar, toplumlar, kültürler ve ülkeler arasındaki ilişki ve etkileşimlerin arttığı bir süreci yaşıyoruz. Böyle bir ortamda, yerel ve küresel ölçekte insan ilişkilerine yön veren, çerçeve çizen değerler ve normların üretimi ve paylaşımı da farklı bir kapsam ve içerikte, değişik şekillerde ortaya çıkmaktadır. Böylesi değişim ve dönüşümler, diğer toplumsal normlar kadar, belki de onlardan daha çok hukuku etkilemektedir. Böylece mevcut hukuki analiz, düşünüş ve uygulama tarzının da yoğun bir şekilde tartışılmakta olduğu bir ortama girmiş bulunuyoruz. Giderek çok karmaşık ve çok katmanlı hale gelen

olaylar ve sorunlar karşısında mevcut hukuki yapı, teorisiyle ve pratikliğiyle yetersiz kalmaktadır. Bu durum, hukuk eğitimi ve öğretiminin de yukarıda zikredilen sorunlar ve gelişmeler bağlamında gözden geçirilmesini zorlamaktadır.

Küreselleşme ve modernleşme süreçleri ve bu süreçlerin beraberinde getirdiği sorunlar anlaşılmasınan hukuk öğretimini yeni baştan tasarlamak ve hayata geçirmek mümkün gözükmemektedir. Küreselleşme süreciyle birlikte ulus-devlet temelli bilimsel çözümler eski anlamını ve önemini yitirmeye başlamıştır. Gelişen süreci, tüm boyutlarıyla ve faktörleriyle analiz etmeye çalışmak neredeyse bir zorunluluk haline gelmiştir. Klasik sosyolojinin analiz birimleri olan toplumsal sınıfların ve hareketlerin yanında giderek kültürel hareketler, eskiden sesi duyulmayan kesimlerin kimlik, kültür ve dil talepleri öne çıkmaya başlamıştır. İletişim alanındaki gelişmeler, ekonomik ve siyasal iktidar kavramı yanında "sembolik iktidar" kavramını da temel analiz öğelerinden biri olarak sosyal bilim literatürüne yerleştirmiştir. Küreselleşme, salt ekonomik odaklı bir süreç olmaktan ziyade siyasal, sosyal, kültürel, hukuksal ve ideolojik boyutları da öne çıkan bir oluşum niteliğini kazanmıştır. Benzer şekilde devletler arası ilişkiler ve etkileşimler ile ekonomik alış-verişler temelinde kavramlaştırılan küreselleşme analizlerine çokuluslu şirketler yanında sivil toplum örgütleri ve kültürel hareketler de dâhil edilmeye başlanmıştır.

Bugün, toplumbiliminin de temel inceleme birimlerini oluşturan kurumların ve normların parçalanmasından söz edilmektedir. Bu ise halen hukuk düzeninin içindeki, normlar, kurumlar, prosedürler, mekanizmalar ve örgütler üzerinde odaklanan pozitif hukuk biliminin de bundan böyle mevcut yaklaşımını gözden geçirmesini zorlamaktadır.

Aydınlanma Felsefesi, Modern Bilim ve Pozitivist Yaklaşım

Modern bilim anlayışının temelinde yer alan "aydınlanma" düşüncesine göre, akıl ve bilim yoluyla doğanın ve toplumun yasaları keşfedilebilecektir. Aydınlanma düşünürleri; felsefi yaklaşımları, toplumsal ve siyasal olaylara bakış açıları bakımından farklı duruşlar sergilemekle birlikte, akla, bilime ve ilerleme düşüncesine verdikleri önem bakımından birleşirler. Bu temeller üzerinde yükselen modern bilim anlayışında; bilim, doğal ve toplumsal hayatta düzenlilikleri bulmaya çalışan,

büyük ölçüde kesin ve nesnel karakter taşıyan bir etkinlik alanı olarak kavramlaştırılır. Buna göre, bilim sayesinde doğal ve sosyal olaylar açıklanabilir ve geleceğe dönük öngörülerde bulunulabilir.

Aydınlanma düşünürleri için akıl ve bilim yoluyla kavranabilecek tek gerçeklik vardır. Bu, bütün insanlar ve toplumlar için geçerli olan evrensel bir gerçekliktir. Akıl ve bilim ise, bu gerçekliğin evrenselliğini ortaya koyacak araçlardır. Böylece zamandan ve mekândan bağımsız, neredeyse özerk bir gerçeklik kavramı yaratılmıştır. Doğal ve sosyal bilimlerin nesnel olarak kurulabileceğine dayanan bu kabulün temelinde ise, dış gerçekliğin tek bir doğru temsil biçimi olduğu inancı vardır. Böyle bir anlayışta, belirsizliğe, muğlaklığa, göreceliğe ve kuşkuya yer yoktur.

Modernleşme sürecinde "aydınlanma projesi", esas olarak insani gerilemenin kaynağı olan cehaletin ortadan kaldırılıp yerine bilimsel bilginin ikame edilmesinin, sınırsız bir şekilde insani ilerlemenin yolunu açacağı kabulüne dayanır. Buna göre; insanlığın epistemolojik birliği, evrensel geçerliliğe sahip bir metodolojik kabuller çerçevesinde sağlanabilecek; insanlığın moral birliği, benzer şekilde, evrensel akli moral ilkelerin her yerde bağlayıcı hale gelip insan davranışlarına rehberler ve standartlar getirmesiyle başarılabilecek; sadece bilim ve evrensel değerlere dayanan bir toplum, gerçekten özgür ve rasyonel olabilecek; insan hayatı da bir o kadar iyi olacak ve bundan böyle bir toplumun tüm üyeleri mutlu olacaktır¹.

Böyle bir toplumun bilim ve akıl sayesinde şekillendirilmesinde ise, hiç kuşkusuz en önemli araçlardan birisi planlı ve bilinçli bir tasarımın sonucu olarak ihdas edilen hukuk olacaktır. Aydınlanma düşüncesinde; ahlak ve hukuk alanlarının da evrensel geçerliliği olacak biçimde kurulabileceği kabulü vardır. Bu kabulün temelinde; insanların evrensel, değişmez ve ebedi özellikleri olduğu ve bunların akıl ve bilim sayesinde ortaya çıkabileceği inancı vardır². Böyle bir inanç çerçevesinde değişken olana, göreliliğe, müphemliğe, belirsizliğe yer yoktur. Bu anlayış çerçevesinde hukuk, kendi içine kapalı, sistemli bir normlar bütünü olarak kavramlaştırılır. Bu nitelikteki bir

1 Hollinger, Robert, **Postmodernizm ve Sosyal Bilimler**, (çev. Ahmet Cevizci), Paradigma Yayınları, İstanbul, 2005.

2 Tekeli İlhan, **Modernite Açılırken Siyaset**, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 1999.

bütünün ise, ayrıca dışsal unsurlar veya değişkenlerle açıklanmaya ihtiyacı yoktur.

Sosyal bilimler -ekonomik, psikoloji, kültürel antropoloji, tarih, siyaset bilimi, sosyoloji- modernleşme sürecini anlama ihtiyacından doğmuştur. Sosyal bilimler tarafından geliştirilen kavramlar, yöntem ve yaklaşımlar, hem bu bağlam tarafından şekillendirildi hem de toplumu bu bağlamda anlamak için inşa edildi. Modern toplumu anlamaya, açıklamaya ve bu sayede onu kontrol etmeye çalışmanın, sosyal bilimlerin varlık sebebi olduğu söylenebilir³. Aydınlanma düşüncesi bağlamında ilkin doğal bilimler alanında şekillenen modern bilim anlayışı, 19. yüzyılda sosyal bilimlere de damgasını vurdu. Sosyal bilimlere de damgasını vuran bu bilim anlayışına göre toplumlar, işleyiş biçimleri ve yapıları rahatlıkla kavranabilecek ve açıklanabilecek bütünlerdi. İnsanlar rasyonel bir şekilde kendi kapasitelerini kullanarak bilim yoluyla daha iyi bir toplum tarzını gerçekleştirebilirlerdi⁴.

Sosyal bilimler, Yeniçağın "Bilmek, yapabilmektir" sloganı altında pozitivist ve evrenselci bir epistemoloji içinde ve belli politik-ideolojik istek ve amaçlar doğrultusunda yönlendirilmiş bilgi faaliyetleri olarak kurumlaşmıştır. On dokuzuncu yüzyılda "sosyal bilim" olarak kurumlaşan beş temel bilim vardır; sosyoloji, tarih, iktisat, siyaset bilimi ve antropoloji. Bunların hepsi, aydınlanmacı etkilerle, toplumun rasyonel yönden düzenlenmesi, ilerleme, "akılcı ve bilimsel bir toplum" yaratma amaçlarıyla hareket etmiştir. Evrensel insan doğası tasarımından evrensel insan haklarına kadar, bu bilimlerin hepsine, çağa damgasını vuran politik-ideolojik motifler yön vermiştir. Doğa yasaları gibi "toplum yasaları"ndan ve "tarih yasaları"ndan söz edilmiştir. Bilimsel bilginin kesinliğinden, zorunluluğundan, nesnellüğünden ve tabii ki evrenselliğinden dem vurulmuştur⁵.

On dokuzuncu yüzyılda sosyal bilimlerdeki gelişmeler hukuk alanına da yansımış ve bunların etkisiyle hukuku da pozitif bir bilim haline getirme eğilimi güçlenmiştir. Hukuku, metafizik nitelikteki

düşüncelerden arındırılarak bir pozitif bilim konusu haline getirme çalışmaları yoğunlaşmıştır. Böylece, 19. yüzyılın sonuna doğru bağımsız bir bilim dalı olarak "hukukun genel teorisi" ortaya çıkmıştır. Hukuku genel olarak ele alan bu bilim dalı, tüm hukuk dalları için geçerli olan kavram, kurum, yapı ve ilkeleri inceler. Temel odak noktası "hukuk"tur. Bir anlamda hukukun bilimsel (formel) teorisidir⁶. Hukukun içeriğini ve değerleri inceleme alanı dışında bırakan hukukun genel teorisi, formel veya empirik olarak doğrulanamayan önermeleri bilim alanına yabancı kabul eder ve bunları reddeder. Viyana çevresinin "mantıkçı pozitivistizm"den de etkilenen hukukun pozitivist genel teorisine göre, sadece algısal yargılar empirik olarak doğrulanabilirler, bilimin çalışma konusunu oluşturabilirler⁷.

Sosyal bilimlerin doğuş yüzyılı olan 19. yüzyıl, aynı zamanda halen etkinliğini bugün de sürdürmekte olan pozitivist hukuk anlayışının da gelişip sergilendiği bir yüzyıl olmuştur. Aydınlanma felsefesi temelinde şekillenen bu düşünme ve davranış biçimleri, insanların hukuka ilişkin bakış açılarını, tutum ve davranışlarını da etkilemiştir. İnsan aklına ve bilgi sahibi insanlara atfedilen büyük önem, hukukun bilgili insanlar eliyle mükemmel bir şekilde yaratılabileceği düşüncesine yol açmıştır. Buna göre; akıl ve bilim yoluyla doğanın ve toplumun yasaları keşfedilerek, bu çerçevede yapılacak hukuki düzenlemelerle toplumsal istikrar, güven ve barış ortamının sağlanabilecek ve mükemmel bir toplum düzeni kurulabilecektir. Başka bir deyişle, akıl ve bilim sayesinde oluşturulacak kurallar ve kurumlar yoluyla insanlar, daha müreffeh, daha mutlu ve huzurlu bir yaşam sürdürebileceklerdir. Böyle bir toplumsal hayatın kurulmasında ve buna göre bir sosyal düzenin gerçekleştirilmesinde ise, akıl ve bilim sayesinde ortaya konulacak mevzuat derlemeleri, içtihat kitapları, kodifikasyonlar ve kanunlaştırmalar en önemli araçlar haline gelirken hukukçular da vazgeçilmez aktörler olacaktır.

Modern bilim anlayışını, doğal ve toplumsal olaylara bir yaklaşım biçimi ve bir yöntem olarak pozitivistizm temsil eder. Pozitivist akımların ortak özelliği, bilimsel çalışmaları, üzerinde çalıştıkları toplumların sosyal, ekonomik, siyasal ve kültürel

3 Hollinger, 2005, s. 12-13.

4 Wallerstein, Immanuel, **Bildiğimiz Dünyanın Sonu: Yirmi Birinci Yüzyılın Sosyal Bilimi**, (çev. Tuncay Birkan), Metis Yayınları, İstanbul, 2000.

5 Özlem, Doğan, "Evrensellik Mitosu ve Sosyal Bilimler", **Sosyal Bilimleri Yeniden Düşünmek** (Sempozyum Bildirileri), Defter ve Toplum ve Bilim Dergileri Ortak Çalışma Grubu (der.) içinde. Metis Yayınları, İstanbul, 1998.

6 Gözler, Kemal, **Hukukun Genel Teorisine Giriş**, US-A Yayıncılık, Ankara, 1998.

7 Gözler, 1998, s. 15-17

şartlarından bağımsız olarak ele alıp bir anlamda mutlaklaştırma yönündeki eğilimleri olmuştur. Pozitivistler, insanlığın kurtuluşunun, bilimsel düşünce kurallarına ve yöntemlerine sadık kalmakla ve insanların bilimsel ilkelere ve yöntemlere göre davranmalarını sağlamakla gerçekleşeceğine inanırlar⁸. Bu yaklaşımın temelinde yer alan; doğruların bulunacağına, bilinmeyenin keşfedilebileceğine ve insanın kendi kaderine hâkim olacağına ilişkin inanç, hukuki düşünce ve uygulamayla birlikte hukuka bakış açısını da etkilemiştir. Pozitif bilim gibi, pozitif hukuk biliminin de hukuki kavramlar, kurallar ve kurumlar üzerinde odaklaşarak onları, bünyesinde yer aldıkları toplumsal şartlardan soyutlayarak, inceleyip sistemleştirmeye çalıştığı görülür. Yine pozitivist yaklaşımın bilim yoluyla insanlığı kurtarma düşüncesi ile, akılcı insan müdahalesiyle yaratılan hukuk yoluyla toplumsal yaşamın belirli bir hedef doğrultusunda düzenlenebileceğine inanan pozitivist hukuk yaklaşımı arasında da yakın bir bağ vardır⁹.

On dokuzuncu yüzyıldaki endüstriyel ve ticari gelişmeler ile bu gelişmelerden kaynaklanan sözleşme ilişkileri, hukukun uygulama alanını genişleterek ortaya çıkan sorunları ve uyuşmazlıkları hukuk eliyle çözüme kavuşturma ihtiyacını yoğunlaştırmıştır. Bütün bunlar, hukukun mantıksal ve bilimsel açıklanmasını, yasama tekniklerinin geliştirilmesini, temel hukuki kavramların ve normların anlamlarının belirlenmesini gerektirmiştir¹⁰. Bu ise pozitif hukuk biliminin söz konusu temeller üstünde yükselmesine yol açmış, belirlilik, kesinlik, açıklık ve istikrar gibi öğeleri vurgulayan hukuki pozitivism akımına vücut vermiştir. Metafiziğin tamamen dışlandığı, ahlak, adalet, doğruluk ve erdem gibi soyut kavramların göz ardı edildiği modern pozitivist yaklaşımla bağlantılı olarak gelişen hukuki pozitivism akımı, toplumsal sistem içinde mevcut bulunan hukuki kavramları, kuralları ve kurumları ele alıp inceleyerek bir pozitif hukuk bilimi kurulabileceği inancını güçlendirmiştir¹¹. Hukuku, ahlak, erdem, adalet gibi soyut kavram

veya değerlerden arındırarak, yani toplumsal değerlerden ve kişisel tercihlerden soyutlayarak, ona bilimsel bir kimlik kazandırmaya çalışan hukuki pozitivism; tutarsızlıklardan, belirsizliklerden, çelişkilerden uzak sistematik, açık, tutarlı bir sistem yaratmaya çalışmıştır. Böylece hukuk biliminin, kendi içinde sistemli, tutarlı bir bütünlük oluşturan hukuk sistemini incelemekle görevli sayılması, onu diğer disiplinlerden giderek bağımsız ve özerk bir konuma yerleştirmiştir. Anleu'ya göre, pozitivist akım eliyle hukuk, bağlayıcılığını ve devamlılığını kendi içsel yapısında barındıran; ahlak, örf ve adet, gelenek gibi öğelerin dışında ve üstünde yer alan bağımsız bir varlığa sahip ilkeler, kurallar ve kurumlar bütünü olarak kavramlaştırılır¹².

Fransa'da 19. yüzyılın neredeyse sonlarına kadar etkinliğini sürdürmüş, hukuki pozitivismin de habercisi olan anlayışa göre hukuk, kanun koyucunun çıkardığı hükümlerden ibaretti. Başka bir deyişle hukuk kanun anlamına gelirken kanun da devlet idaresi demek oluyordu. Buna göre; gerek hâkimlerin gerekse hukuk bilimi ile uğraşanların görevi de, yalnızca kanunu uygulamaktan ve açıklamaktan ibaret kalıyordu. Bunların asıl fonksiyonu, hukuku yaratmak değil, sadece yapılmış olan hukuku açıklamak ve uygulamaktı. Fransız İhtilali'nin önde gelen figürlerinden birisi olan Robespierre, 1790 yılında bu yaklaşımı şöyle örneklendirmişti: "İçtihat kelimesi dilimizden silinmelidir, yeni rejimde bunun hiçbir anlamı yoktur. Anayasası ve kanunları olan devletlerde, mahkemelerin içtihadı kanundan başka bir şey değildir¹³." Böylesi hukuk anlayışının baskın olduğu bir dönemde ve ortamda, hukukun çok boyutlu, çok yönlü bir toplumsal olgu olduğu gerçeğinden hareketle disiplinler arası bir yaklaşımla ele alınması beklenemezdi. Modern hukuk kültüründe, başta egemen güç olmak üzere bilinçli insan faaliyetiyle, akıl yoluyla ihdas edilen kurallar büyük bir öneme haizdir. Bir anlamda hukuk, egemen gücün iradesinin ürünü olarak yürürlüğe konulan kurallar bütünü olup iki temel unsuru emir ve cebirdir.

İradeci ve pozitivist hukuk akımının en ünlü temsilcisi Austin'e göre pozitif hukuk, siyasal bakımdan üstün durumda olanın, kendisine tabi

8 Horkheimer, Max, **Akıl Tutulması**, (çev. Orhan Koçak), Metis Yayınları, İstanbul, 1994.

9 Yüksel, Mehmet, **Modernite, Postmodernlik ve Hukuk**, Siyasal Kitabevi Yayını, Ankara, 2002.

10 Keyman, Selahattin, **Hukuka Giriş ve Metodoloji**, Doruk Yayınları, Ankara, 1981.

11 Yüksel, **2002**, s. 144-145.

12 Anleu, Sharyn/L. Roach, **Law and Social Change**, Sage Publication, London, 2000.

13 Güriz, Adnan, **Hukuk Başlangıcı**, Siyasal Kitabevi Yayını, Ankara, 2012.

olanların davranışlarını düzenlemek için ihdas ettiği kurallar toplamı anlamına gelir. Normcu hukuki pozitivism ise, hem yönetileni hem de yöneteni bağlayan "norm" kavramına dayanır ve hukuki pozitivism tarihinde yeni bir aşamayı temsil eder. Hukuk teorisini sosyolojik, politik ve ideolojik unsurlardan soyutlayarak bir "Saf Hukuk Teorisi" geliştirmeye çalışan Kelsen de hukuk teorisinin yalnızca pozitif hukukla ilgilenmesi gerektiğini belirterek, adil hukuku veya adalete uygun hukuku araştırmamanın hukuk teorisinin görevi olmadığını ifade eder¹⁴.

Yeni bir iktisadi çıkarlar anlayışıyla, özel girişim, ücretli emek ve serbest ticaret ilkeleriyle bütünleşen kapitalizmle ve burjuva sınıfıyla birlikte yeni bir akılcılık, evrenselcilik ve sekülerlik veya dünyevilik eğilimi de giderek gelişmiştir. Bu gelişmelerle birlikte insan, kendi kişiliğini arayan, keşfetmeye, geliştirmeye, gerçekleştirmeye çalışan "birey"e evrilmiştir¹⁵. Bu dönemde insan aklına ve bilgi sahibi insanlara atfedilen büyük önem, hukukun bilgili insanlar eliyle mükemmel bir şekilde yaratılabileceği düşüncesine yol açmıştır. Başka bir deyişle, toplumsal kurumlar gelenekler tarafından değil de, akıl ve bilim sayesinde oluşturulduğu taktirde insanlar daha mutlu ve daha onurlu bir hayat yaşayabiliirdi. Aydınlanma felsefesi, insanları baskı altında tutan önyargılara ve unsurlara karşı çıkarak, insanların doğuştan özgür ve eşit haklara sahip olduklarını ileri sürüyordu¹⁶.

Modern Bilim Anlayışına ve Pozitivist Paradigmaya Eleştiriler

Modern bilimin amacı, yasalara veya yasalı bilgiye ulaşmaktır. Modern bilim, teorik içeriğine rağmen, esas olarak empirik temelli bir etkinliktir. Bu bilim anlayışına göre, bir önermenin bilimsel olması, deney ve gözleme konu olabilmesi demektir. Genel geçer, evrensel, zorunlu ve objektif olmak, bilimsel bilginin temel amacıdır. Bilim, gücünü olguların empirik incelenmesinden ve elde ettiği sonuçlardan hareketle geleceğe ilişkin öngörülerde bulunabilme özelliğinden alır¹⁷. Modern

bilim, esas olarak pozitivist bilim paradigması çerçevesinde kavramlaştırılan bir etkinlik alanı olmuştur. Modern bilim anlayışına göre bilim, doğal ve toplumsal hayatta gözlenen düzenlilikleri bulmaya çalışan, büyük ölçüde kesin ve nesnel karakter taşıyan bir etkinliktir. Bilim sayesinde doğal ve sosyal olaylar açıklanabilir ve geleceğe dönük tahminlerde bulunabilir. Bu nitelikteki bir bilim modelinde aklın dışında duygulara, hayallere, sezgilere, değerlere ve anlam sistemlerine yer yoktur. Günümüzde bu bilim anlayışına ciddi eleştiriler yöneltilmekte; doğal ve toplumsal dünyanın, modern bilim anlayışının öngördüğünden çok daha çeşitlilik arz eden, farklılık ve değişiklik gösteren bir gerçeklik olduğu ileri sürülmekte, böylesine karmaşık, çeşitli, farklı öge, ilişki ve süreci barındıran doğal ve toplumsal gerçekliği tek bir modelle açıklamanın mümkün olmadığı belirtilmektedir¹⁸.

Toplumsal olgular, modernleşme sürecinin başlarında, daha çok düzen-düzensizlik, egemenlik, otorite, ulus ve devrim gibi siyasal kategoriler çerçevesinde ele alınırken, 19. yüzyılda yaşanan sosyo-ekonomik temel dönüşümlere bağlı olarak sınıf, kazanç, rekabet, yatırım, toplu sözleşme görüşmeleri gibi ekonomik ve toplumsal kategoriler bağlamında düşünülmüştür. Bugün ise, her şeyin toplumsal bakımdan ifade edildiği ve açıklandığı bir dönemden çıkıyoruz. Artık ortak ve kişisel yaşamın bütün alanlarında, varlığını hissettiren yeni bir paradigmanın neresinde olduğumuzu ve bu alanları bizim için anlaşılır kılan dünya ve kendimiz hakkındaki söylemin ne olduğunu bilmemizin zamanı gelmiştir. Bu yeni paradigma, birey ve aktör temelli bir paradigmadır. Bu paradigmanın temelinde yer alan bireycilik, yalnızca üretim tekniklerine değil, aynı zamanda tüketim ve iletişim tekniklerine bağlı bir toplumdaki bireyciliktir¹⁹. Benzer bir gelişme hukuk alanında da yaşanmaktadır. Modern hukukun temelinde bulunan soyut birey hakları ve özgürlükleri anlayışı üzerine inşa edilen "yurttaşlık" statüsü değişmekte; bundan böyle bireysel farklılıkları, kültürel çoğulluğu ve kimlik taleplerini dikkate almayan bir yurttaşlık statüsü sorgulanmaktadır.

14 Güriz, 2012, s. 257-258.

15 Güriz, Adnan, **Feminizm Postmodernizm ve Hukuk**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1997.

16 Öktem, Niyazi, **Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi**, Der Yayınları, İstanbul, 1985.

17 Şimşek, Lütfü, **Sosyal Bilimler ve Felsefe**, Kitap Yayınevi, İstanbul, 2011.

18 Bulutay, Tuncer, **Bilimin Niteliği Üzerine Denemeler**, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, Ankara, 1986.

19 Touraine, Alain, **Bugünün Dünyasını Anlamak İçin Yeni Bir Paradigma**, (çev. Okay Kunal), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2007.

Günümüzde, insan-doğa karşıtlığı yerine, doğal ve toplumsal gerçekliğin tüm karmaşıklığı ve etkileşimleri bağlamında ele alınarak analiz edilmesi, doğal bilimler, sosyal bilimler ve insan bilimleri şeklinde yapılan üçlü bilim sınıflandırmasının açılması yönünde bir eğilimin belirginleştiğine işaret eden Gülbenkian Komisyonunun "Sosyal Bilimleri Açın" başlığı ile yayımlanan raporunda; bundan böyle sosyal bilimlerin, yaptıkları araştırmalarda analiz birimi olarak ulus-devlet çerçevesinde düşünülen toplumsal bütünlüğü incelemekle yetinemeyeceğine; devlet altı ve devlet üstü ölçekte çalışmalar yapılması zorunluluğuna; mutlak bir nesnellik anlayışının imkânsızlığına; sosyal bilimler alanında gözlenen aşırı uzmanlaşmanın aşılarak disiplinler arası işbirliği yapmanın gerekliliğine işaret edilmektedir²⁰. Söz konusu rapor; sosyal bilimlerin her zaman fazlasıyla devlet-merkezci olduğunu belirterek, sosyal bilimlerin çözümlendiği süreçlerin ve olguların çerçevesini devletlerin oluşturduğunu ifade eder. Gülbenkian Komisyonu'na göre, kuşkusuz devleti, analitik önceliği tartışılmadan kabul edilecek denli doğal bir birim olarak görmeyen sosyal bilimciler her zaman var olmuştur. Ancak bunların sayıları, hem az olmuş hem de 1850-1950 döneminde sesleri de pek duyulmamıştır. Devletin sosyal hayatın doğal sınırlarını oluşturduğu kabulü, özellikle 1970'lerden itibaren çok daha ciddi bir şekilde sorgulanmaya başlandı. Bu ise, iki temel dönüşümün bir araya gelmesiyle mümkün oldu: Birincisi, devletlerin, modernleşme ve ekonomik refahın başlıca faili olacakları savının ve taahhüdünün karşılıksız kaldığı görüldü. İkincisi, sosyal bilimlerin ve bu alandaki bilim insanlarının hiç sorgulamadan kabul ettikleri, bilimin kesin bilgiyi sağlayacağı, bunun ilerlemeye katkıda bulunacağı, uzmanlar eliyle bilimsel bilginin kullanılarak sürekli bir iyileşme sağlanabileceği, sosyal refahın ve toplumsal reformların gerçekleşmesinde devletin kilit rol oynayabileceği inancı çöktü. Sosyal bilimlerin akılcı bir tarzda kullanılmasıyla sağlanabilecek ilerlemeler sayesinde toplumsal gelişme sürecine katkıda bulunacağı bekleniyordu. Devlet sınırları ise, söz konusu gelişmenin gerçekleşeceği doğal çerçeveyi oluşturacaktı. Ancak bu beklentilerin

karşılanmadığının anlaşılmasıyla devlete yönelik inanç sarsıldı. Söz konusu raporda; geleneksel sosyal bilimlerin devlet-merkezçiliğinin, aslında teorik bir basitleştirme olduğu, her devletin, homojen ve eşdeğer bir mekân içinde genellikle birbirine paralel süreçlerle işleyen özerk bir sistem oluşturduğu varsayımına dayandığı, artık bu kabullün ciddi şekilde sorgulandığı da vurgulanmıştır²¹.

Bugün, sosyolojide çokça kullandığımız "toplum" kavramının "ulus-devlet" ile eş anlama geldiğini ve toplumun ulus-devlet sınırlarıyla tanımlanmış olduğunu biliyoruz. Sosyolojinin toplum kurgusu, aslında ulus-devletin kurgusudur. Sosyoloji dilinde bu kurgu halen doğa metaforlarıyla anlatılıyor. Buna göre; insanlar toplumun doğal üyesidirler, toplum organik bir bütünlük olup birbirleriyle ilişkili ve birbirini tamamlayan öğelerden oluşur, tüm yaşayan varlıklar gibi farklı aşamalardan geçer ve benzeri genellemeler, yakın zamana kadar sorgulanmasına gerek olmayan evrensel doğrular olarak kabul ediliyordu²². Bugün ise, yaşanan dönemi ve mekânı dikkate almayan evrensel ve nesnel bilim anlayışından kültür ve toplumsal bağlamı dikkate alan bir bilim anlayışına geçilmektedir. Başka bir deyişle, modernizmden kültüralizme, evrenselden tikele, nesnelden öznel doğru yol alınmaktadır. Bütün bunlar, sosyal bilimleri farklı kültürlerle ve toplumlara açılmaya, kenarda kalmışları ele almaya, disiplinler arası arayışlara, hermenötik felsefeye ve postmodern söylemlere doğru itmektedir²³.

"Batı Düşüncesinde Devrim" başlıklı eseri 1961'de yayımlanan Huston Smith'e göre yirminci yüzyıl, Batı düşüncesinde "post-modern zihin"i başlatan bir dönüşüme yol açmış; gerçekliğin insan aklı tarafından kavranabilecek yasalarca düzenlendiğini varsayan modern dünya görüşünden, gerçekliğin düzenlenmemiş ve nihai olarak bilinemez olduğunu kabul eden postmodern dünya görüşüne geçmiştir. Postmodernistler, bilginin dayandırılabilmesi sarsılmaz bir temel

21 Gülbenkian Komisyonu, 1996, s. 77-80.

22 Öncü, Ayşe, "Sosyal Bilimlerde Yeni Meşruiyet Zemini Arayışları", **Sosyal Bilimleri Yeniden Düşünmek** (Sempozyum Bildirileri), Değer ve Toplum ve Bilim Dergileri Ortak Çalışma Grubu (der.) içinde. Metis Yayınları, İstanbul, 1998.

23 Göle, Nilüfer, "Batı-dışı Modernliğin Kavramlaştırılması Mümkün mü?", **Sosyal Bilimleri Yeniden Düşünmek** (Sempozyum Bildirileri), Değer ve Toplum ve Bilim Dergileri Ortak Çalışma Grubu (der.) içinde. Metis Yayınları, İstanbul, 1998.

20 Gülbenkian Komisyonu, **Sosyal Bilimleri Açın: Sosyal Bilimlerin Yeniden Yapılanması Üzerine**, (çev. Şirin Tekeli), Metis Yayınları, İstanbul, 1996.

arayıştırmadan yola çıkan, evrenselleştirici ve totalleştirici iddialar ileri süren, mutlak hakikate ulaşabileceğini varsayan ve rasyonalizme büyük önem atfeden modern bilim anlayışını eleştirerek, gerçekliğin çok katlılığını, çoğulluğunu, bölük pörçüklüğünü ve belirlenmemiş olduğunu ileri sürerler²⁴. Böylece postmodernistler, bu yaklaşımlarıyla; modern sosyal teori karşısında bir postmodern sosyal teori otaya koyarlar. Yazardan ziyade okuyucu üzerinde odaklaşırlar, özne ve öznellik, özne ve nesne, öznellik ve nesnellik gibi konularla ilgilenirler. Toplumsal gerçekliğin farklılığının ve karmaşıklığının tek bir perspektifle yakalanamayacağını ileri sürerek; modern sosyal teorinin yazara tanıdığı üstünlükten, büyük anlatılara dönük eğilimden, totalleştirmeden ve bilimci anlayıştan uzaklaşması gerektiğini savunurlar²⁵. Böylece kendilerini perspektifçi ve görecelikçi bir konuma yerleştirmiş olurlar.

Sosyal bilimlerdeki temel yaklaşımlar arasında yer alan, günümüzde felsefi ve akademik tartışmaların ana konulardan biri haline gelen "perspektifçilik", "pozitivizm" ile "görecelik" arasında yer alır. Bilimi, gerçekliği doğrudan görmeyi ve temsil etmenin emsalsiz bir yolu sayan pozitivizmin aksine; perspektifçilik, her epistemik girişimin, bilim de dâhil olmak üzere, kendi entelektüel, siyasal bağlılık ve çıkarları tarafından belirlenen bir bakış açısından doğacağını ileri sürer. Buna göre, biz, bırakın bütün "gerçekliği", hiçbir şeyi doğrudan göremeyiz. Bütün görülen, belli bir perspektiften görülendir. Bunun, doğa bilimlerinde bile böyle olduğu artık sorgulanmamaktadır. Her bilmiş edimi, her halükarda belli bir perspektif içinde gerçekleştiği için, görecelik, bir perspektifi ötekenden daha iyi saymanın hiçbir rasyonel temelini olmadığını iddia eder. Görecelik için bilim, öteki muhtemel perspektiflerden ne daha iyi ne daha kötü olan herhangi bir perspektiften başka bir şey değildir. Görecelik, bilimin özerklik iddialarını yıkarak, onun geleneksel öncelikli statüsünü sarsar²⁶. Farklılığa, çoğulluğa, değişkenliğe

vurgu yapan görecelik, farklı kültürler arasında karşılaştırmalı bir değerlendirmeye imkân tanımaz. Aksine, sadece farklılıkları doğal karşılamamızı bize öğütler. Ancak böyle bir duruş ya da tutumun, Almanya'daki Nasyonal Sosyalist kültürü veya kadınlara sünnet uygulayan kültürleri de içerip içermeyeceğini bir başka mesele olarak yana koyar. O zamanda sormak gerekir ki, öne sürülebilecek hiçbir mevcudiyet, hiçbir hakikat, hiçbir ahlakilik yoksa, soykırımı, kadınlara veya azınlıklara uygulanan baskıları nasıl niteleyip suçlayacağımızı bilmek de zordur²⁷.

Yorumsamacı ya da Hermenötik yaklaşım ise, toplumun, kendi iradeleri doğrultusunda etkinlikte bulunan insanların bilinçli veya amaçlı eylemlerinden meydana geldiğini, bu nedenle de doğal bilimlerdeki nedenselliğin yerini sosyal bilimlerde amaçlı insan eyleminin aldığı ileri sürer. Bu yaklaşım, sosyal araştırmanın amacının insan eyleminin arkasındaki motifi, kültürel bağlam içinde anlatmak olduğu kabulüne dayanır. Bu yaklaşıma göre sosyal bilimler, toplumsal olguların oluşturucusu olan insanı ve onun güdülerini anlamaya yönelmeli, nedensel bakış açısıyla yasarlar aramak yerine, insanın bakış açısını ve kaygılarını yorumlamaya çalışmalıdır²⁸. Toplumsal gerçekliğin tamamen kendine özgü yorumlama yöntemiyle ele alınması gerektiğini savunan Hermenötik yaklaşımda, açıklama yerini anlamaya bırakır. Hermenötik gelenek, bir anlam dünyası olarak toplumsal gerçekliğin kuruluşunda dilin kurucu önemini vurgulayarak toplumsal gerçekliğin özneler arasılığına dikkat çeker. Bu gelenekte toplumsal gerçeklik, insanın yarattığı kültürel bir dünya olarak kavramlaştırılır ve anlam üzerine kurulu bu dünyanın sadece gözlem yoluyla anlaşılamayacağı düşünülür. Böyle bir nitelikteki gerçekliğin bilgisine ulaşabilmek için; insanın amaç-eylem bağlantısını göz önüne alan yorumlayıcı bir bilime ihtiyaç bulunduğu ileri sürülür²⁹.

Günümüzde, mevcut hukuk öğretiminin temelinde önemli bir yer işgal eden pozitivist anlayışa karşı da bilim felsefesi ve sosyal teori alanında ciddi eleştiriler yöneltilmektedir. Başka bir deyişle, büyük ölçüde modernite koşullarında

24 Best, Steven/Douglas Kellner, **Postmodern Teori**, (çev. Mehmet Küçük), Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1998.

25 Ritzer, George, **Postmodern Social Theory**, The McGraw - Hill Comp, New York, 1997.

26 Fay Brian, **Çağdaş Sosyal Bilimler Felsefesi**, (çev. İsmail Türkmen), Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2001.

27 Benton, Ted/Craib, Ian, **Sosyal Bilim Felsefesi**, (çev. Ümit Tatlıcan/Berivan Binay), Sentez Yayınları, Bursa, 2008.

28 Şimşek, 2011, s. 28.

29 Şimşek, 2011, s. 183.

oluşan pozitivist nitelikli hukuki kavrayışlar ve düzenlemeler, modern sonrası veya postmodern olarak adlandırılan, günümüzü de içeren dönemde cereyan eden postmodernleşme ve küreselleşme tartışmaları bağlamında sorgulanmakta ve eleştirilmektedir. Söz konusu eleştiriler, modern bilim anlayışı ve bu anlayışın temelinde yer alan pozitivist epistemoloji üzerinde yoğunlaşmaktadır. Modern bilim anlayışına göre bilim, doğal ve toplumsal hayatta gözlenen düzenlilikleri akıl ve bilimsel metot yoluyla bulmaya çalışan, büyük ölçüde kesin ve nesnel karakter taşıyan bir etkinliktir. Bu bilim kavrayışında; duygulara, hayallere, sezgilere, değer ve anlam sistemlerine yer yoktur. Oysa günümüzde, içinde yaşanılan toplumsal gerçekliği ve zaman dilimini dikkate almadan evrensellik ve nesnellik peşinde koşan bilim anlayışından kültürü ve toplumsal bağlamı dikkate alan bir bilim anlayışına geçilmektedir. Aynı şekilde, mutlak nesnellik peşinde koşan, kendini tek tek özerk ve bağımsız uzmanlık alanları olarak konumlandıran sosyal bilimlerin anlayışına karşı disiplinler arası işbirliği yapmanın önemi ve gereği vurgulanmaktadır. Sosyal teoride giderek öne çıkan yeni yaklaşımlar; yapılar, normlar ve kurumlardan ziyade ilişkiler, iletişim ve süreçler üzerinde yoğunlaşmaktadır. Toplumsal gerçekliğin karmaşıklığı, değişkenliği, çoğulluğu ve çok katlılığı vurgulanarak bilimsel bilginin mutlak hakikati, kesin ve evrensel bilgiyi ortaya koyamacağı savunulmaktadır.

Bilim felsefesinde ve sosyal teoride ortaya çıkan yeni yaklaşımlar, hukuka ilişkin çalışmalarda da yansımaları bulmuştur. Hukuku; kavramları, kuralları ve kurumlarıyla sosyo-kültürel gerçeklikten ve değerler dünyasından dışsallaştırarak şeyleştirilen eğilimlere ve görüşlere karşı çıkanlar, hukuku, insani ve kültürel bağlamına yerleştirerek, hukuk ile sosyo-kültürel oluşumlar arasındaki etkileşimi vurgulayarak, hukuk hakkındaki analizlerine değerler ve anlam dünyasını da katarak farklı bir anlayış ortaya koyarlar.

Birçok yönden çok farklı eğilimlere sahip olan modernist ve postmodernist yaklaşımların hukuka bakış açıları da buna bağlı olarak farklılık gösterir. Modern bilim anlayışının temelinde bulunan pozitivist bilgi teorisine göre, toplumun yasaları keşfedip geleceğe ilişkin öngörülerde bulunulabilir. Toplum, bu bilgi ve bir araç olarak kullanılacak

hukuk sayesinde planlanarak veya tasarlanarak daha ileri veya daha uygar bir aşamaya çıkarılabilir. Görüleceği üzere bu yaklaşım, hukuku, kavramları, kuralları ve kurumlarıyla, sosyo-kültürel gerçeklikten ve değerler dünyasından dışsallaştıracak şeyleştirir. Buna karşılık postmodernistler, hukuku, kültürel ve insani bağlamına yerleştirerek, hukuk ile sosyo-kültürel süreçler arasındaki etkileşimi vurgulayarak, analizlerine değerler ve zihniyet dünyasını katarak farklı bir hukuk anlayışı sergilerler³⁰.

Postmodernizm, modern hukuk sistemine bir karşı çıkış, bütünlüştürücü düşüncenin ve homojenliğin reddedilişidir. Marjinal olana, farklı olana, kenarda bulunana yolu açmak gerektiği anlayışına bağlıdır. Başka bir deyişle, değişmeye, plüralizme ve yerelliğe yönelim söz konusudur. Temel ilgi özneye yöneliktir. Hukuka değil, hak kavramına önem verilir³¹. Modern hukuk anlayışında başat yeri alan düzen, istikrar, belirlilik ve kesinlik gibi değerlere yapılan vurgunun yerine; mikro olana, somuta, yorum faaliyetine odaklanma geçer, yargıcın hukuk yaratma sürecindeki rolüne ve bu çerçevede etkili olan tercihlerine ve değerlerine yönelik ilgi öne çıkar.

Modernleşme; geleneksel toplum yapısında cemaat mensuplarının paylaştıkları değerlerin ve onların davranışlarına yön veren normların giderek ortadan kalkarak; bunların yerine bilgiye ve rasyonel gerçeğe hükmeden modern devletin ve onun hukukunun geçmesi anlamına gelir. Böylece, özerk, kendi içinde tutarlı bir normlar sistemi olarak kavramlaştırılan modern hukuk, belli grup ve toplulukların değer ve inançlarından soyutlanarak, neredeyse kendi kendine yeterli, bağımsız, tarafsız ve özerk bir mekanizma olarak sunulur. Kısacası modernleşme sürecinde, yasaların yapılması, yorumlanması, kanıtların yargılama sırasında değerlendirilmesi, karşı iddiaların denetlenmesi yoluyla hukuki sonuçlara varılması süreci, adalet, hakikat ve değer alanından uzaklaşır³². Söz konusu modern hukuk anlayışı, temsil edici ifadesini; Hans Kelsen'in "The Pure Theory of Law (1934)" ve H.L.A. Hart'ın "The Concept of Law (1961)" adı eserinde cisimleşen "hukuksal biçimcilik" yaklaşımında bulmuştur. Buna göre hukuk, bir

30 Yüksel, 2002, s. 191

31 Güriz, 1997, s. 150

32 Yüksel, 2002, s. 193-194

ahlaki hakikatler deposu veya bir ahlaki düşünceler makinesi değildir; birbirine bağlı, mantıksal tutarlılığa sahip bir normlar sistemidir. Başka bir deyişle, hukukun hedefi iyiliği teşvik etmek değil, kendi tutarlılığını artırarak bütünlüğünü sağlamaktır. Böylesi bir kavrayış, kuralların, bunların formülasyonunun, yorumlanmasının ve uygulanmasının şeffaf ve tamamen düzenli olduğu, bütünüyle yasaların egemenliğindeki bir dünya hayal eder³³.

Pozitif hukuk biliminin, sadece kavramlar, kurallar ve kurumlar üzerinde yoğunlaştığını beliren Katsh, bunun yalnızca bir kimsenin ağzından çıkan sözcüklere bakmaya benzediğini söyler. Katsh'a göre böyle bir yaklaşım, dış dünyaya yansıyan sözleri mümkün kılan insan zihninde neyin vuku bulduğunu anlamaya yetmez. Bir kimsenin davranışlarını anlamak için sadece onun ne yaptığına değil; aynı zamanda bu davranışlara yön veren hedefleri, algılamaları, değerleri ve tercihleri de kavramak için çaba harcamak gerekir. Benzer şekilde, pozitivist hukuk bilimi, bir hukuk sisteminin hukuk kitaplarından, dile getirilen kurallardan, mahkeme binalarından, yargı örgütünden, avukat, yargıç ve savcı gibi meslek sahiplerinden oluştuğunu düşünür. Aslında bunlar, bir hukuk sisteminin yalnızca görünen parçaları olup, kamunun göremediği ve bundan dolayı da ihmal etme eğiliminde olduğu karmaşık bir sürecin nihai ürünleridir³⁴.

Aydınlanma düşüncesinin sosyal bilimler üzerinde büyük bir etkiye sahip olduğunu ve epistemolojinin de tamamıyla yeni bir formda yeniden yaratıldığı ileri süren Douzinas ve arkadaşlarına göre, modern sosyal düşünce; olgu-değer (fact-value), gerçek beğeni (truth taste), techne-praxis, akıl-önyargı (reason-prejudice) gibi kavramlara ve ayrımlara dayanır. Bu ikilemeler hukuk alanını da etkiledi; subjektif-objektif, olgu-değer gibi ayrımlar pozitif hukuka transfer edildi. Böyle bir temel üzerinde inşa edilen pozitivist hukuk yaklaşımı, esas olarak, kanun hükümlerini ve ifade biçimlerini kendisine inceleme konusu yaparak hukuki beyanların veya sözlerin anlamlarına nüfuz etme yönünde herhangi bir çabada bulunmadı. Buna tepki olarak post-empirik veya anti-pozitivist felsefe,

kültürel antropoloji ve görelilikçi epistemoloji bağlamında süregelen tartışmalar çerçevesinde, sosyal olgulara bir anlam demeti olarak yaklaşma yönünde eğilimler ortaya çıktı. Böylece metinlerin anlamını yorumlamak ve anlamak anlamına gelen, bir açıklama ve yorumlama teorisini ve pratiğini ifade eden "hermenötik" giderek bir kült statüsü kazandı. Hermenötik yaklaşımı benimseyenler, pozitivist rasyonalist sosyal bilimin dayandığı objektivite ve gerçeklik gibi kavramları, bu bilim anlayışının otaya attığı düzenlilikleri ve kesinlikleri sorgularlar³⁵.

Hermenötik veya yorumsamacı teorinin gelişmesiyle birlikte toplumları her zaman ve her yerde kural yönetimli bir karaktere sahip olduğunu ileri süren standart sosyolojik aksiyom da sorgulanmaya başlamıştır. Bu aksiyoma göre, toplumun kural yönetimli özelliği kaybolduğu veya olmadığı takdirde; bireysel ve sosyal davranışlar, rastlantılara ve radikal kopmalara bağlı hale gelir. Kural yönetimi varsayımının sorunlu olduğuna dikkati çeken Dallmayr, kural yönetimini kuşatan problemlerin doğrudan ve dolaylı olarak Batı kültüründen kaynaklandığına dikkati çekerek, bunun en temsil edici örneklerinden birisinin Batı kültüründe saygın bir yeri olan "hukukun üstünlüğü" doktrini olduğunu ifade eder. Oysa ahlak, evrensellik, keyfiliğe karşı kural hâkimiyeti temelinde kavramlaştırılan "hukukun üstünlüğü" veya "hukuk devleti" gibi ilkelere, derin etnik, ekonomik ve politik sorunlarla iç içe yaşayan, adaletsizlik ve eşitsizlikleri bünyesinde barındıran bir toplumda varlıklarını idealize edildiği şekilde sürdüremez.

Postmodernistlere göre, modern hukuk sistemi, kanunların asıl maksadını araştıran hukukçularıyla, uzmanlarıyla ve bunları rasyonelleştirme çabalarıyla giderek kapalı bir sisteme dönüşmüştür. Bu kapalı sistem içinde hukuk, esneklikten ve insani deneyimlerden uzaklaşarak bürokratikleşmiştir. Hukuk pratiği de aşırı derecede biçimselleşerek, temel ilgisini yasanın özünden ziyade sözüne kaydırmıştır. Yurttaşların hukuka ilişkin düşünce ve kanaatleri sistemden dışlanmıştır. Bu ise, hukukun toplumsal hayat alanından büyük ölçüde kopmuş olması anlamına gelir. Oysa hukuk, toplumsal koşullardan, değerlerden, duygulardan ve tasavvurlardan bağımsız bir olgu değildir. İnsanlar da, bir

33 Connor, Steven, **Postmodern Kültür**, (çev. Doğan Şahiner), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul.

34 Katsh, M. Ethan, **The Electronic Media and the Transformation of Law**, Oxford University Press, Oxford, 1989.

35 Douzinas, Costas vd. **Postmodern Jurisprudence**, Routledge, London, 1991.

rasyonel hukuk kuralları setinden çok, komşularıyla, yakınlarıyla, dostlarıyla, kısacası diğerleriyle birlikte yaşarlar. Bundan dolayıdır ki hukuk, insanları soyut kurallara itaate zorlamaktan ziyade hak taleplerini uzlaştırmalı, insanların birbirleriyle ilişki ve etkileşimde bulunmalarını mümkün kılacak ortamı sağlamalıdır³⁶.

Yirminci yüzyılda doğup gelişen hukuka ilişkin teorilerden “hukuki realizm akımı”, pozitivistlerin hukuk kurallarının kesinliğini vurgulayan, yargısal karar mekanizmasını siyasal hayattan ve değerler dünyasından soyutlayan yaklaşımlarına ciddi eleştiriler getirirler. Pozitivist anlayışa göre, belirli ve kesin nitelikteki hukuk kurallarının somut olaylara uygulanmasında mahkemeler, rasyonel ve mekanik bir görevi yerine getirirler. Başka bir deyişle, yargılama sürecinde yargıcın yaptığı iş, soyut hukuk kurallarını somut olaylara uygulamaktan öteye geçemez. Hukuki realizmi savunanlara göre ise, yargı sürecinde ortaya çıkan karar; yargıcın kişiliği, kararın verildiği zaman ve yargıcı etkileyen diğer sosyal, kültürel ve psikolojik birçok değişken arasında önceden öngörülemez bir etkileşim sürecinin sonucudur. Çünkü hukuk, her zaman insani boyutlu bir etkinlik olup, mutlak ve kesin bir nitelik taşımadığı gibi, her yerde ve zamanda hazır ve nazır da değildir.

Tarihsel süreçte, 19. Yüzyılın ikinci yarısında ortaya çıkıp 20. Yüzyılda da varlığını sürdürmüş olan sosyolojik hukuk anlayışının, diğer sosyal, ekonomik ve kültürel faktörler yanında pozitivist hukuk yaklaşımına bir tepki olarak da geliştiği söylenebilir. Bu akım, hukuka biçimci bir yaklaşım sergileyerek, onu egemen bir otoritenin emirleri bütünü olarak gören; hukuku bir kavramlar, kurullar, kurumlar ve yaptırımlar seti olarak kavramlaştıran yaklaşıma ciddi eleştiriler yöneltmiş olmakla birlikte, gerek hukuk öğretilerinde gerekse hukuk uygulamasında başat bir yere sahip olmamıştır. Sosyolojik hukuk anlayışına göre, bütün hukukun devlet hukukundan ve devlet eliyle ihdas edilmiş hukuk kodlarından ibaret olduğu görüşü, bilimsel olarak savunulamayacak bir görüştür. Bir toplumun hukuk hayatı, sadece mevcut hukuk kodlarından oluşmadığı gibi, yalnızca onlardan çıkarılamaz da. Hukuki kodların da içinde yer

aldığı toplumsal gerçeklik alanı ve hukuki ilişkiler dünyası; oldukça zengin, karmaşık ve değişken bir alandır. Pozitivistler, devletten bağımsız bir şekilde var olan ve yürürlükte bulunan asıl büyük hukuk gerçekliğini görmezden gelmektedirler. Böylesine tek boyutlu bir hukuk anlayışının varlık kazanması, hem hukuk öğretisi, hem uygulamalı hukuk bilimi hem de hukuk öğretimi üzerinde ciddi sonuçlara yol açmaktadır. Kısacası, söz konusu anlayış, hukukçuların ve hukuk akademisyenlerin dikkatini devlete, yasalara ve yargılama sürecine yoğunlaştırarak hukuk öğretimini de yoksullaştırıp zayıflatmaktadır.

Yirminci yüzyılın ikinci yarısında ortaya çıkan “eleştirel hukuk çalışmaları” hareketi içinde yer alan teorisyenler, hukuki kuralları ve işlemleri inceleme konusu yaparak hukukun tutarsızlığını, gizlediği çıkarları ve bazı hususlardaki körlüğünü sergilemeye çalışırlar. Marxist bir gelenekten gelmekle beraber, eleştirel hukuk teorisyenleri, sadece hukuk ile ekonomik sınıfsal yapı arasındaki ilişkiler üzerinde değil; aynı zamanda sosyal değişimin önemli bir kaynağı olarak hukuk eğitimi ve bilimi üzerinde de odaklaşırlar. Genel olarak disiplinler arası bir yaklaşımı benimserler ve çözümleme modeli olarak yapı sökülümünü tercih ederler. Dil, anlam, iktidar ve bilgi gibi konulara yoğunlaşırlar. Hukuk söyleminde gömülü iktidar ilişkilerini incelemek için antropoloji, toplumsal tarih ve edebi eleştiri gibi yorumlayıcı disiplinlerin geliştirdiği analiz araçlarını kullanırlar. Böylece, pozitivist temeller üzerine inşa edilmiş bulunan modern hukukun tarihdışılaştırıcı, idealleştirici, şeyleştirici ve soyutlaştırıcı eğilimine karşı bir duruş sergilemiş olurlar.

Modern hukuk, cinsiyet, ırk, sosyo-ekonomik statü ve din gibi faktörleri dikkate almaksızın, hukukun öznesi olarak “soyut birey” kavramına dayanır. Kısacası “soyut birey” ve “soyutlama” modern hukukun iki temel karakteristiğidir³⁷. Modern hukuk, aynı zamanda “normatif” bir karaktere sahiptir. Modern hukuk kültürü, normatifliğin bizzat kendisini, insan ilişkilerini ve davranışlarını yöneten güç olarak kabul eder³⁸. Böylece hukuk, adeta soyut, formel kurullar bütünü olarak görülür ve bunlardan mantıksal çıkarımlar yoluyla varılan

36 Murphy, John W., **Postmodern Sosyal Analiz ve Postmodern Eleştiri**, (çev. Hüsamettin Arslan), Paradigma Yayınları, İstanbul, 2000.

37 Yüksel, 2002, s. 76.

38 Kulcsar, Kalman, **Modernization of Law**, Akademiai Kiado, Budapest, 1992.

sonuçlara aykırı düşen veya uygun düşmeyen her şey, hukuk dışına atılarak görmezlikten gelinir³⁹. Bu anlayışa göre hukuk, giderek bütünleşen ve gelişen, aynı zamanda hukukçular eliyle de işlenen bir prensipler ve prosedürler sistemidir. Böyle bir sistem, aynı zamanda kendi değişme faktörlerini organik olarak kendi bünyesinde taşıyan, kendi içsel mantığı çerçevesinde işleyen bir sistemdir⁴⁰.

Modern kültürde hukuk, önceden belirlenmiş amaçlara ulaşabilme veya toplumsal yaşamda ve ilişkilerde değişime yol açmak için rasyonel bir araç olarak görülür. Oysa hukuk, her şeyden önce sosyal bir olgudur ve toplumsal sistemin alt sistemlerinden birisidir. Bu niteliği ile de toplumun ekonomik, siyasal, kültürel, düşünsel yapılarından ve tarihsel mirasından bağımsız değildir. Modern toplumda hukuk, mantıksal bütünlüğü olan, tutarlı, sistematik, boşluklara yer bırakmayan, geçerliliğini hükümdarın irade beyanından alan bir olgu olarak görülüyordu⁴¹. Hukuk, neredeyse toplumsal sistemin ve yapının diğer tüm öğelerinden bağımsız ve özerk bir alan olarak kavramlaştırılıyordu. Böyle bir anlayışa dayanan hukuk eğitimi de modern toplumdaki egemen pozitivist paradigma çerçevesinde nispeten kendine yeterli, dışarıya kapalı bir süreç olarak işliyordu.

Sonuç

Bugün, mevcut hukuk öğretiminin temelinde önemli bir yer işgal eden pozitivist anlayışa karşı, bilim felsefesi ve sosyal teori alanında ciddi eleştiriler yöneltilmektedir. Başka bir deyişle, büyük ölçüde modernite koşullarında oluşan pozitivist nitelikli hukuki kavrayışlar ve düzenlemeler, modern sonrası veya postmodern olarak adlandırılan günümüzü de içeren dönemde cereyan eden postmodernleşme ve küreselleşme tartışmaları bağlamında sorgulanmakta ve eleştirilmektedir. Söz konusu eleştiriler, modern bilim anlayışı ve bu anlayışın temelinde yer alan pozitivist epistemoloji üzerinde yoğunlaşmaktadır.

Modernlik fikrinin toplumsal yaşamın diğer alanlarında olduğu gibi hukuk hayatında da hepsaplanabilirlik, belirlilik, kesinlik, genellik gibi

değerleri vurguladığı yakından bilinen bir husustur. Bireysel ve evrensel insan haklarının, somut gerçeklikten uzak soyut anlamda vurgulanması, modern hukuk anlayışına has bir özelliktir. Modern toplumun soyut haklardan ziyade somut gerçeklikte ödevleri öne çıkardığı da bilinmektedir. İşte bu yüzden ki, kişisel haklar, toplumsal haklar ve kültürel haklar konusundaki talepler giderek yüksek sesle dile getirilmekte; bundan böyle insanlar, temel hak ve özgürlüklerin kendilerine soyut bir şekilde hukuki olarak tanınmış olmasını yeterli görmemekte, hak ve özgürlükleri somut olarak bizzat yaşamak istemektedirler.

Bugün kişiler, bir yandan iletişim araçlarının büyük katkıda bulunduğu kitle kültürünün imgelerine giderek bağımlı hale gelirken diğer yandan makro ölçekteki güçlerden, kurallardan ve iktidarlardan kaçma eğilimi göstermektedirler. Geline bu aşamada büyük ölçekli hukuksal kodlar ve etik kodlar, bireyselleşen toplum yaşamında insan ilişkilerine ve davranışlarına yön verme ve çerçeveleme işlevini büyük ölçüde yitirmekte; bireyler aile, toplum, devlet gibi bugüne kadar temel kurumlar olarak adlandırılan toplumsal bütünlerden uzaklaşarak mevcut sosyo-kültürel aidiyetlerinden sıyrılmaktadır. Bu oluşumu ifade etmek üzere, dikey hiyerarşilere dayalı bürokratikleşmiş toplumsal yaşamdan uzaklaşarak "yatay toplum" aşamasına geçildiği, böyle bir ortamda eski aidiyetlerinden ve toplumsal bağlarından kopan veya bu bağları zayıflayan kimselerin tek tek bireyler olarak iç ve dış kültürel etkilere, siyasi ve ekonomik etkilere daha açık hale geldikleri vurgulanmaktadır.

Bütün bunlar, bir yandan sosyoloji alanında ciddi tartışmalara ve yeni bilimsel bakış açılarına yol açarken; diğer yandan modernlik fikri üzerinde yükselen pozitif hukuk bilimini de ciddi şekilde sarsar hale gelmiş bulunmaktadır. Sosyoloji alanında makro toplumsal sistemler ve kurumlar üzerinde odaklanan bir yaklaşımdan aktörler ve özneler gibi hususlara da yoğunlaşan bir toplumbilim anlayışına geçilmektedir. Bu tartışmalar ve gelişmeler bağlamında pozitif hukuk biliminin temel kavramlar, kurallar, organlar ve yapılar üzerinde yoğunlaşması giderek yüksek sesle eleştirilmekte; hukuk biliminin ve eğitiminin hukuku algılama, anlamlandırma, yorumlama ve hukuku yaşama gibi hususları da dikkate alan bir paradigma değişikliğine gitmesi gerektiği dile getirilmektedir.

39 Gressner, Valkmer, vd. "Introduction: The Basic Setting of Modern Formal Law", **European Legal Cultures**, Valkmer Gressner, vd. (der.) içinde, Dortmund Publishing, Aldershot, 1996.

40 Kulcsar, 1992, s. 109-110.

41 Yüksel, 2002, s. 80-98.

Sonuç olarak denebilir ki, toplumsal yaşamın hemen her alanında giderek yoğunlaşan sosyal sorunlar, haksızlıklar ve adaletsizlikler karşısında hukuk, hiçbir şey yokmuş gibi, sadece kesinlik, istikrar, belirlilik ve yasa önünde eşitlik gibi değerleri vurgulayarak yoluna devam edemez. Hukuk bilimi de aynı şekilde yalnızca kavramlara, kurallara, kurumlara, prosedürlere ve mekanizmalara yoğunlaşarak yoluna devam edemez. Hukuk bilimi, bütün hukukun devlet hukukundan ibaret olmadığını, kitaplardaki hukuk yanında bir de yaşayan hukuk bulunduğunu, yani devlet hukuku yanında toplumsal hayat alanında işleyen bir hukukun mevcut olduğu gerçeğini görmezlikten gelemez.

KAYNAKÇA

- Anleu, Sharyn/Roach, L., **Law and Social Change**, Sage Publication, London, 2000.
- Best, Steven/Kellner, Douglas, **Postmodern Teori**, (çev. Mehmet Küçük), Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1998.
- Bulutay, Tuncer, **Bilimin Niteliği Üzerine Denemeler**, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, Ankara, 1986.
- Benton, Ted/Craib, Ian, **Sosyal Bilim Felsefesi**, (çev. Ümit Tatlıcan/Berivan Binay), Sentez Yayınları, Bursa, 2008.
- Connor, Steven, **Postmodern Kültür**, (çev. Doğan Şahiner), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul.
- Douzinias, Costas vd. **Postmodern Jurisprudence**, Routledge, London, 1991.
- Fay Brian, **Çağdaş Sosyal Bilimler Felsefesi**, (çev. İsmail Türkmen), Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2001.
- Göle, Nilüfer, "Batı-dışı Modernliğin Kavramlaştırılması Mümkün mü?", **Sosyal Bilimleri Yeniden Düşünmek** (Sempozyum Bildirileri), Değer ve Toplum ve Bilim Dergileri Ortak Çalışma Grubu (der.) içinde. Metis Yayınları, İstanbul, 1998: 310-320.
- Gözler, Kemal, **Hukukun Genel Teorisine Giriş**, US-A Yayıncılık, Ankara, 1988.
- Gressner, Valkmer, vd. "Introduction: The Basic Setting of Modern Formal Law", **European Legal Cultures**, Valkmer Gressner, vd. (der.) içinde, Dartmouth Publishing, Aldershot, 1996: 89-103.
- Gülbenkian Komisyonu, **Sosyal Bilimleri Açın: Sosyal Bilimlerin Yeniden Yapılanması Üzerine**, (çev. Şirin Tekeli), Metis Yayınları, İstanbul, 1996.
- Güriz, Adnan, **Feminizm Postmodernizm ve Hukuk**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1997.
- Güriz, Adnan, **Hukuk Başlangıcı**, Siyasal Kitabevi Yayını, Ankara, 2012.
- Hollinger, Robert, **Postmodernizm ve Sosyal Bilimler**, (çev. Ahmet Cevizci), Paradigma Yayınları, İstanbul, 2005.
- Horkheimer, Max, **Akıl Tutulması**, (çev. Orhan Koçak), Metis Yayınları, İstanbul, 1994.
- Katsh, M. Ethan, **The Electronic Media and the Transformation of Law**, Oxford University Press, Oxford, 1989.
- Keyman, Selahattin, **Hukuka Giriş ve Metodoloji**, Doruk Yayınları, Ankara, 1981.
- Kulcsar, Kalman, **Modernization of Law**, Akademiai Kiado, Budapest, 1992.
- Murphy, John W., **Postmodern Sosyal Analiz ve Postmodern Eleştiri**, (çev. Hüsamettin Arslan), Paradigma Yayınları, İstanbul, 2000.
- Öktem, Niyazi, **Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi**, Der Yayınları, İstanbul, 1985.
- Öncü, Ayşe, "Sosyal Bilimlerde Yeni Meşruiyet Zemini Arayışları", **Sosyal Bilimleri Yeniden Düşünmek** (Sempozyum Bildirileri), Değer ve Toplum ve Bilim Dergileri Ortak Çalışma Grubu (der.) içinde. Metis Yayınları, İstanbul, 1998, s. 48-53.
- Özlem, Doğan, "Evrensellik Mitosu ve Sosyal Bilimler", **Sosyal Bilimleri Yeniden Düşünmek** (Sempozyum Bildirileri), Değer ve Toplum ve Bilim Dergileri Ortak Çalışma Grubu (der.) içinde. Metis Yayınları, İstanbul, 1998, s. 53-69.
- Ritzer, George, **Postmodern Social Theory**, The McGraw - Hill Comp, New York, 1997.
- Şimşek, Lütfü, **Sosyal Bilimler ve Felsefe**, Kitap Yayınevi, İstanbul, 2011.
- Tekeli İlhan, **Modernite Aşılırken Siyaset**, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 1999.
- Touraine, Alain, **Bugünün Dünyasını Anlamak İçin Yeni Bir Paradigma**, (çev. Okay Kunal), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2007.
- Wallerstein, Immanuel, **Bildiğimiz Dünyanın Sonu: Yirmi Birinci Yüzyılın Sosyal Bilimi**, (çev. Tuncay Birkan), Metis Yayınları, İstanbul, 2000.
- Yüksel, Mehmet, **Modernite, Postmodernlik ve Hukuk**, Siyasal Kitabevi Yayını, Ankara, 2002.

