

# KIRCHMANN VE KANTOROWICZ'IN İŞARET ETTİĞİ “DOĞAL HUKUK”UN POZITIF HUKUKA ETKİSİ

Emrah BİLEZİKÇİ\*

## ÖZET

Kirchmann'ın “ Kanun koyucunun üç yeni düzeltici kelimesi, koca kütüphanelerin okkalık kağıt haline dönmesine yeter” biçimindeki alaycı ifadesi hukuki belirsizliğin pozitif hukuktan da kaynaklanabileceğine dikkat çekiyordu. Tıp bilimi olmasa da yaralar iyileşebilmektedir, fizik bilimi olmadan da bir elma ağaçtan düşmektedir. Dolayısıyla hukuk ilmi olmadığına da insanlar sözleşmeler yapacak, mal edinecek, alım-satım yapacaktır. Hukukun konusunun aslında ne olduğu iyi saptanmalıdır. Eğer hukukun özünün yalnızca yazılı metinler olduğu düşünülürse, Kirchmann'ın belirttiği üzere, yazılı metinleri oluşturma yetkisine sahip olanların birkaç lafıyla koca kütüphaneler okkalık kağıt yığınları haline gelecektir. Hukuk dogmatizminin konusu olan kurallar ve kanun metinleri tesadüfi ve değişkendir. Kirchmann'a göre insanların (kanun koyucunun) tesadüfi irade ve seçimlerine bağlı bir durum hukuk ilminin konusu olamaz. Hukuk ilmi var olmaksızın da ortada bir hukuk vardır. Bu hukuk da insanların birbirleriyle olan ilişkilerinden ortaya çıkmış olan ve halen çıkmakta olan hukuktur. Bu gelişigüzel hukuk, pozitif hukukla ne kadar örtüşmektedir? Kantorowicz'in belirttiği üzere serbest hukuk, yaşayan hukuk olduğundan devlet hukukuna kıyasla bilinmek gibi bir üstünlüğe sahiptir. Bu bilinirlik algısı pozitif hukukun bilinebilirliğine ne gibi bir olumlu-olumsuz etki yapmaktadır?

## ANAHTAR SÖZCÜKLER

J.H Von Kirchmann, Hermann Kantorowicz, Serbest Hukuk Okulu, Doğal Hukuk, Hukuk İlmi

---

\* Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi A.B.D Arş. Gör.

## I. SERBEST HUKUK OKULU

19. yüzyıla kadar hukukta egemen olan formalist mantığa tepki olarak ortaya çıkmış okullardan biri olan Serbest Hukuk Okulu (Akı, 2008: 3) hukukun yalnızca kurallardan ibaret olmadığını savunması ve hukukun toplumda an içinde yaşanılan olduğuna vurgu yapmasıyla dikkat çekmiştir. Serbest Hukuk Okulu genel olarak; hakimin kanunun amacını uygularken iş hayatının gerekliliklerini ve o andaki hukuki ihtiyaçları değerlendirmeye alarak serbestçe uygulama yapabilmesini savunur (Gözler, 2010: 241). Buradaki hakimin kanun amacına uygun serbestçe uygulama yapabilmesindeki serbestlik, şerhçi okul ve kavram içtihatçılığından farklı olarak hakimin tamamıyla serbest olduğu, kendi vicdani kanaati, ideolojik görüşü ve bilgisine dayanarak hüküm tesis edebilmesidir (Ediz, 1987:115). Serbest Hukuk okulu erken dönemde boşluk sorununa kabul edilmiş yaklaşıma güvensizlik sonucu olarak ortaya çıkmıştır. (Herget ve Wallece, 1987: 407). Serbest Hukuk Okulu hakimin her hukuki olayda kanun metnine bağlı kalmak mecburiyetinden kurtarmakta, hükmün hakimin vicdanına ve adilane takdirine göre verilmesi ilkesini savunmaktadır (Del Vecchio, 1940: 254).

### A. J.H Von Kirchmann

Öncesinde Tarihçi Hukuk Okulu'na mensup olan ve sonrasında Serbest Hukuk Okulu'nun savunucularından olan Kirchmann'ın 1848'deki eleştirileri Almanya'da hakim olan hukuki düşüncede devrim yapma mecburiyetini başlatmıştır (Gürkan, 1961: 6). Kirchmann'ın “*Kanun koyucunun üç yeni düzeltici kelimesi, koca kütüphanelerin okkalık kağıt haline dönmesine yeter*” (Topçuoğlu, 1960: 24) biçimindeki alaycı ifadesi hukuki belirsizliğin pozitif hukuktan da kaynaklanabileceğini anlatıyordu. Kirchmann'ın 1847 yılında verdiği “Bilim Olmak Bakımından Hukukun Değersizliği” isimli konferansı, hukuku bir bilim olmak bakımından değersiz olduğu yönünde eleştirirken, bu eleştirinin iki ayrı konuyu kapsadığını belirtir (Can, 1989: 54). Hukuk bilimi gerçekliğe bir fayda sağlayamadığı gibi aynı zamanda insanların yaşamına da yön verememektedir. Bu yönüyle diğer bilim dallarından ayrılmaktadır. Sonuç olarak hukuk, bilim olarak bile nitelendirilemez (Can, 1989: 54). Kirchmann özellikle hukukun insanların yaşamına yön verme noktasında durmaktadır. Hukukun karmaşık, bürokratik özelliğinin devam ettiğini, bir kanunlar yığını oluşturduğunu, buna rağmen adalet mekanizmasının olağanca yavaşlığıyla işlediğini vurgulamıştır (Can, 1989: 54). Peki hukukun konu alacağı şey ne olmalıydı? Kirchmann; “Diğer bilim alanlarında olduğu gibi, hukuk biliminin de neden serbest, özerk ve bağımsız bir konusunun olabileceği düşünülmemektedir” (Kirschmann, 1947: 54) diyerek halk arasında zaten yaşanmakta olan hukukun bu özerk ve bağımsız konuyu oluşturduğunu düşünüyordu. Toplumsal bir olgu olarak hukukun var olduğu bir gerçektir. Hukuk sosyal bir grubun içinden kendiliğinden meydana gelen bir sosyal olgudur. Aynı gruptan meydana gelmiş hukuk, aynı grup üyeleri içerisindeki ilişkileri düzenlemektedir (Öktem, 1995: 68). Bireylerin kendi aralarında uyguladıkları bu hukuku ise kendi terminolojisinde “doğal hukuk” olarak adlandırıyor (Topçuoğlu, 1960: 54). Ancak Kirchmann'ın kendi terminolojisinde kullandığı “doğal hukuk” klasik kuramda her toplumda ve zamanda geçerli olan ideal prensipler manasında kullanılmamış, gelişigüzel hukuk anlamında kullanılmıştır (Topçuoğlu, 1960: 24). Kirchmann'ın gelişigüzel hukukunda hukukun var olması, hukuk ilminin var olmasından tamamıyla soyuttur. Yani hukuk ilmi var olmaksızın da ortada bir hukuk vardır. Bu hukuk da insanların birbirleriyle olan ilişkilerinde ortaya çıkmış olan ve halen çıkmakta olan hukuktur. “*Bir millet hukuk ilmi olmadan da yaşayabilir, fakat hukuksuz asla*” (Kirschmann, 1947: 25) diyerek de hukukun, hukuk ilminden bağımsız olarak var olabileceğini vurgulamıştır. Bu durumda Kirchmann tespitini şuna yönlendirmiştir; kanunlar keyfi olabilir, hukuk ilminin asıl amacı ise toplumun etkileşimle ortaya çıkardığı ve kanunları olan gerçek hukuki yaşamın “kanunları”nı ortaya çıkarmak olmalıdır. “*Hukuk ilminin gayesi de yalnız hukukun hakiki kanunlarını bulmak olmalıdır*” (Kirschmann, 1947: 54).

Tıp bilimi olmasa da yaralar iyileşebilmektedir, fizik bilimi olmadan da bir elma ağaçtan düşmektedir. Dolayısıyla hukuk ilmi olmadığında da insanlar sözleşmeler yapacak, mal edinecek, alım-satım yapacaktır (Can, 1989: 55). Hukukun konusunun aslında ne olduğu iyi saptanmalıdır. Eğer hukukun özünün yalnızca yazılı metinler olduğu düşünülürse, Kirchmann'ın belirttiği üzere, yazılı metinleri oluşturma yetkisine sahip olanların birkaç lafıyla koca kütüphaneler okkalık kağıt yığınları haline gelecektir (Can, 1989: 55). Hukuk dogmatizminin konusu olan kurallar ve kanun metinleri

tesadüfi ve değişkendir. Kirchmann'a göre insanların (kanun koyucunun) tesadüfi irade ve seçimlerine bağlı bir durum hukuk ilminin konusu olamaz (Hirş, 1996: 17).

Halkın birbiriyle olan ilişkisinden ortaya çıkan gelişigüzel hukuk yaşayan bir hukuktur. Halkla beraber yaşar, süregelendir. Halk ne oranda değişirse, ya da değişim isterse bu gelişigüzel (spontane) hukuk da aynı paralelde değişim gösterir. Gelişigüzel hukuk güncelliğini korur. Oysa pozitif hukuka baktığımızda bir kere vaz edildikten sonra sabitlik mevcuttur (Can, 1989: 55). Bu sabitlik zaman içerisinde halkın yaşadığı hukuktan kopma gösterir. Pozitif hukuka her gün onlarca belki de yüzlerce metin katılabilir. Bir pozitif hukuk kuralı mevzuat kalabalığından, plansızlıktan bir başkasıyla çelişebilir. Yazılı kurallar arasında boşluklar da bulunabilir. Bu kuralların metinleri aynen kalsa bile, tatbik edilecekleri sosyal ilişkiler büyük bir hızla değişeceğinden, bu metinler eskiyecektir (Gürkan, 2005: 20). Başka bir deyişle hukuk, hukuk ilminden önde olduğu için pozitif hukuk zamanla ihtiyaçlara karşılık veremeyerek, halkın yaşadığı gelişigüzel hukuktan keyfiyetle ayrılır. Hukuki değişiklikler açısından ulusların tarihi incelendiğinde zayıfın hukukunun hep kuvvetli tarafından tespit edildiğini belirten Jhering de bu keyfiyete dikkat çekmiştir (Yörük, 1958: 130). Daha önce de vurguladığımız üzere, hukuk ilminin amacı konulmuş hukuku inceleme konusu yapmak değil, toplum içerisindeki ilişkilerden ortaya çıkan ve zaten var olan yasaları tespit etmek olmalıdır. Çünkü kanun koyucular hukukun yaratıcıları değillerdir. Kanun koyucuların hazırladığı kanunlar, gerçekte toplumun yaşadığı, sürdürdüğü ilişkileri ifade eden formülasyonlardan ibarettir (Gürkan, 2005: 41). Kanun koyucunun fonksiyonu bir yerde olanı tespit etmek, formüle etmek ve yayınlamak olmalıdır.

## **B. Kantorowicz**

Serbest Hukuk Okulu'nun tohumları Kantorowicz'in de dahil olduğu Franz von Liszt seminerine katılmış özgür düşünen Berlin Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğrencileri tarafından atılmıştır (Carter, 1906: 662). Grubu Radbruch ile beraber kuran Kantorowicz ona "Hukuk İlimi Topluluğu" adını vermiştir. Genç hakimlerden oluşan bu grup, düşünülme-yeni düşünme çabasındaydı. Alman Hukuk Sistemi nasıl kökünden değiştirilebilirdi (Carter, 1906: 663)? Daha sonrasında "serbest hukuk doktrini" olarak anılacak olan, hukukta boşluk olarak bilinen ve diğer okullar tarafından görmezden gelinmiş bu sorunun hakim tarafından yapılmış hukukla doldurulması gerektiğini ileri sürdüler (Carter, 1906: 663). Kantorowicz'in savında Serbest Hukuk Okulu'nun genel şeması ve ana iddiaları Hukuk nedir? Hukuk ilmi ne olmalıdır ve adalet uygulaması nasıl gelişecektir? (Topçuoğlu, 1960: 31) konuları üzerinde yoğunlaşıyordu.

Kantorowicz'e göre "Devlet Hukuku" karşısında öne sürdükleri "Serbest Hukuk" genel olarak bilinen doğal hukuktan farklı ve gençleştirilmiş bir hukuktan ibarettir. Klasik doğal hukuktan farklı olan, bu serbest hukukun değişmeye ve esnemeye müsait bir yapıya sahip olmasıdır. Serbest hukuka ait olan, başka bir deyişle, halk arasında yaşanan ilişkilerden meydana gelmiş yaşayan hukuka ait olan ilkelerin pozitif hukuk haline gelebilmesi, egemen gücün bunları kural olarak tanımlamasıyla mümkün olmaktadır. Ancak burada serbest hukukun bir üstünlüğü vardır. Serbest hukuk, yaşayan hukuk olduğundan devlet hukukuna kıyasla bilinmek gibi bir üstünlüğe sahiptir (Topçuoğlu, 1960: 32). Çünkü devlet hukuku, yani kanun koyucu ya da egemen tarafından oluşturulmuş hukuk her zaman yaşayan hukuk gibi olanın bulunmasıyla oluşmuş değil, vaz edilmeye meydana gelmiş hukuktur. Böylece devlet hukuku halk tarafından tanınmasa, bilinmese bile hemen pozitif hukuk niteliği kazanıp bağlayıcı olabilirken, serbest hukuk yani yaşayan hukuk zaten var olan ilişkilerden meydana geldiği için bilindiktir.

Yukarıdaki gibi tanımlanmış bir hukuk artık şekil değiştirmek zorundadır. Hukuk ilmi hareket kabiliyetini geliştirerek, zaten bilinenlerin tekrar keşfini değil, yeni kuralların yaratılabilmesinin kaynağı olmalıdır (Can, 1989: 59). Hukuk ilmi anti-rasyonalist, anti-dogmatik olarak kıyastan, lafta kanun ruhuna uygun yapılmış muhakemelerden, genişletici yorumlardan, tümdengelimden uzak duracaktır. Daha öncesinde ilahiyat modeline göre şekillenmiş olan hukuk ilmi bir reforma ihtiyaç duymaktadır (Topçuoğlu, 1960: 32).

Nihayet hakim, kanunda boşluk bulunan yerlerde yukarıda bahsettiğimiz ilkelerden ilham alarak bu boşlukları dolduracaktır. Eğer hakim herhangi bir konu hakkında, kanunun emrettiğini kendi hür ve vicdani kanaatine göre olanaksız, akıl almaz bulursa, kendisini kanunun emrettiğiyle bağlı saymayacak ve serbest hukuka göre hüküm tesis edecektir (Topçuoğlu, 1960: 33). Hakim hüküm tesis ederken tamamıyla serbest değildir. Bu konuda Kantorowicz'in yanlış anlaşıldığını Arthur Goodhart

1958 yılında belirtmiştir. Kantorowicz'in makalelerini okumayanların, Kantorowicz'in sanki hakim karar verirken tamamıyla serbest olduğunu savunduğunu düşünmüştür çoğu kişi (Carter, 1906: 663). Oysa ki, Kantorowicz, hakimin karar verirken bazı uygulanması uygun prensipleri gözetmesi gerektiğini belirtmiştir. Bunlar; "Yaşayan içtihadın popülerliği", "meslek ve zanaat erbabının elinde ihtisaslaşmış olması" , "istiklal" , "hürriyet" dir. Bu prensipler yeni adalet prensipleri olmalıdır. Kantorowicz'in isteği, zamanında "şekli deliller sistemi" nin yerini "delillerin serbest takdiri sistemi" ne bırakmasında olduğu gibi, kanun metinlerine sıkı sıkıya bağlı kalma sisteminin de yerini serbest hukuka bırakmasıdır (Topçuoğlu, 1960: 33).

## II. SONUÇ

Almanya'da var olan sistemde tüm mahkeme kararlarının yasaya dayanma zorunluluğu Kantorowicz'in deyiimiyle hakimi yasanın hizmetkarından başka bir şey yapmıyordu (Can, 1989: 60). Mevzu hukuk sisteminde eleştirilen noktalardan biri de kararların öngörülebilirliği idi. Serbest Hukuk Okulu'nun hakime verdiği geniş takdir yetkisi hukuki öngörülebilirliği fazlasıyla etkiliyordu. Bu durumda hukuki güvenlik ilkesi açısından sorun yaratabilirdi. Eğer kanun metnine bağlı kalınmadan hüküm tesis edilebilecekse bu objektif ve genel olmayan sonuçlar ortaya çıkabileceği manasına geliyordu. Ancak Serbest Hukuk Okulu'nun yaşayan hukuk-spontane hukuk-gelişigüzel hukuk tanımına belli noktalarda hak vermeyi uygun buluyoruz. Kirchmann'ın belirttiği gibi hukuk, hukuk ilminden önce mevcut bulunmaktadır. Devlet hukuku zamanla yaşayan hukukun gerisinde kalmaya mahkumdur. Soyut olarak ve tek tek bireyler, olaylar düşünülmeden vaz edilmiş kurallar elbette spontane hukukun gerisinde kalacaktır. Bu durumda hakimin hür vicdani kanaatine göre hüküm tesis etmesinde sakınca olmayabilir. Burada korkutucu olan hakimin yanlış karar vermesidir. Ökçesiz'in belirttiği gibi; sistem "*Tekil olayda yasayı yanlış uygulayan ya da hiç uygulamayan yargıcın adaletsizliği ile açık ve ağır biçimde adaletsiz bir yasanın tüm yargıçlarca harfiyen uygulanmasının adaletsizliğini adalet terazisinde tartmalıdır*" (Ökçesiz, 2010). Hakimlere güvenin, hakimlerin kararına güvenin tama yakın olacağı bir toplumda Serbest Hukuk Okulu'nun ileri sürdüğü görüşlere karşı çıkmak için pek sebep bulunmamaktadır. Ancak bu durum uzak bir ihtimal olarak gözükmemektedir. Kantorowicz ; "... hukuk mahkemelerin yönettiği şey değildir; fakat mahkemeler hukuku yöneten müesseselerdir" (Kantorowicz, 1934: 1250) diyerek hakime mahkemede aktif rol tanınmasını vurgulamıştır.

Serbest Hukuk Okulu, özellikle Kantorowicz'in savlarından sonra kavramcı yaklaşıma antitez olmaktan çok, hukuk mantığını tehlikeye düşürecek bir tez olmuştur. Yargıç açık yasa metniyle gereksinimler arasında kendisine göre bir çelişki olduğunu düşündüğü durumda yazılı hukuku yok sayarak hukuku yaratabilecekti. Bu sebeple Serbest Hukuk Okulu'nun kuramsal olarak oluşturduğu bu düşünce ileride Nasyonal-Sosyalist adalet düşüncesinin belki de yolunu açmıştır. Naziler 1935 yılında çıkarılmış bir yasayla herhangi bir kanun metninin öngörmediği cezanın "halkın sağduyusuna uygun düşüyorsa" verilebileceğini düzenlediler (Can, 1989: 60).

Bu kötü örneğe rağmen Serbest Hukuk Okulu, Amerikan Hukuksal Realizmi'ni fazlasıyla etkilemiş ve Kıta Avrupası harici bir hukuk sisteminin temellerinde katkıda bulunmuştur.

Kirchmann ve Kantorowicz'in işaret ettiği yaşayan hukuk, pozitif hukukla ne kadar örtüşmektedir? Örneğin günlük yaşantımızda sıkça karşılaşılabileceğimiz bir suçu ele alalım, hırsızlık suçu. TCK m.143 "*Hırsızlık suçunun gece vakti işlenmesi hâlinde, verilecek ceza üçte birine kadar arttırılır.*" Bu kanun maddesini ve buna benzer olarak günlük hayatımızda sıkça yer alabilecek kanun maddelerini Kirchmann ve Kantorowicz'e göre hukuku oluşturan halka bir hukuksal olgular araştırması disiplini içerisinde sorsak acaba nasıl sonuçlar elde ederiz? Toplumumuzda kaç kişi gece vakti hırsızlık suçunu işlemenin, gündüz vaktinde işlenmesine nazaran daha fazla cezayı gerektirdiğini bilmektedir. Kanun koyucu bu düzenlemeyi getirirken abesle iştigal etmeyeceğine göre, mantıken gece vakti hırsızlık suçunun gündüze nazaran daha kolay işlenebileceğini öngörmüştür. Peki kanun mantığı, kanunun kendisini koruduğu halk mantığıyla ne kadar örtüşmektedir? Halka "sizce gece vakti hırsızlık suçunun işlenmesi gündüz vakti işlenmesine nazaran daha fazla cezayı mı gerektirir, aynı cezayı mı gerektirir ya da daha az cezayı mı gerektirir" şeklinde bir soru yöneltsek ve anket tekniğinden yararlanarak katılımcıları yaş, eğitim durumu, medeni durum, inanç, maddi durum gibi kriterlere dayanarak analiz için ayrıma tutsak karşılaşıcağımız tablo nasıl olurdu? Yaşayan hukukla, kanun koyucunun mantığı birbiriyle örtüşmekte midir? Bu şekilde bir hukuksal olgular araştırmasının yapılması, günlük hayatımızda sıkça karşılaşılabileceğimiz mevzuat düzenlemelerinin, yaşayan

hukukun yaratılmasında birincil rol oynayan halk tarafından nasıl içselleştirildiğinin ortaya çıkarılması bakımından bizce çok önemlidir.

## KAYNAKÇA

Akı, E. İ. (2008). “Amerikan Hukuki Realizmi Çerçevesinde Hukuki Belirsizlik”, Yayınlanmamış Y.L. Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.

Can, C. (1989). Oluşum Süreci İçerisindeki Hukuk Sosyolojisi. Ankara.

Carter, K. “Gustav Radbruch and Herman Kantorowicz: Two Friends and a Book, Reflections on Gnaeus Flavius, German Law Journal, vol. 07 no. 07.

Del Vecchio, G. (1940) Hukuk Felsefesi Dersleri. Çev.: S. Kemal Yetkin) İstanbul.,

Edis, S. (1987). Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri. Ankara.

Gözler, K. (2010). Hukuka Giriş, Bursa.

Gürkan, Ü. (1961) Sosyolojik Hukuk İlimi. Ankara.

Gürkan, Ü. (2005). Hukuk Sosyolojisine Giriş. Ankara.

HERGET James E. / WALLACE Stephen, “The German Free Law Movement As The Source Of American Legal Realism”, Virginia Law Review, (1897), vol. 73-399,

Hirş, E. (1996). Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri. Ankara.

Kirschmann, J. H. (1947). İlim Olmak Bakımından Hukukun Değersizliği. Çev.: Coşkun Üçok. Ankara.

Ökçesiz, Hayrettin; Freirechtschule, <http://yeniaklasimler.org/m.aspx?id=506> (10.06.2012)

Öktem, N. (1995). Sosyoloji ve Felsefenin Verileriyle Devlet ve Hukuk Felsefesi Akımları. İstanbul.

Topçuoğlu, Hamide. (1960). Hukuk Sosyolojisi. Ankara.

Yörük A. K. (1958). Hukuk Felsefesi Dersleri. İstanbul.