

Orta Yolcu Bir Formül Olarak Radbruch Formülü

Hakemli Makale

Arzu BALAN¹

İÇİNDEKİLER

ÖZ	1
GİRİŞ	3
I- GENEL BİR TARTIŞMA: TABİİ HUKUK MU, HUKUKİ POZİTİVİZM Mİ?	4
A- Genel Hatları İle Tabii (Doğal) Hukuk	5
B- Genel Hatları İle Hukuki Pozitivizm	8
II- GUSTAV RADBRUCH'UN YAŞAMI VE RADBRUCH FORMÜLÜ	14
A- Gustav Radbruch'un Yaşamı	15
B- Radbruch Formülü	18
III- İKİNCİ DÜNYA SAVAŞI SONRASI DÖNEM VE ULUSLARARASI HUKUKA YANSIMALAR	21
SONUÇ	25
KAYNAKÇA	26

¹ **Sorumlu Yazar:** Arzu Balan, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Araştırma Görevlisi **e-mail:** arzubalan@hacettepe.edu.tr
Geliş Tarihi: 10.05.2018 ; Kabul Tarihi: 18.06.2018

ÖZ

Hukuk felsefesinde, tabii hukuk mu hukuki pozitivizm mi tartışması ilk çağlardan beri var olan bir tartışmadır. Bu tartışma hukukun ne olduğunu sorgulamada önemli bir bakış açısı sunmaktadır. Gustav Radbruch'un, Radbruch Formülü ise bu temel tartışmayı 20. yüzyıla taşıyan öz bir izlek sağlamaktadır. Doktrinde Radbruch incelemelerinin, 2. Dünya Savaşı öncesi dönem için pozitivist hukuku ve savaş sonrası dönem içinse tabii hukuku esas alıyor olması, yöntemsel bir kolaylık sağlamaktadır. Ancak bu elinizdeki çalışmanın oluşturulmasında benzer bir yöntemden ziyade, öncelikle hukuk felsefesinin iki akımı ve bu akımlara dair tartışmalar kendi içerisinde genel nitelikleri ile aktarılmakta, yeri geldikçe Radbruch Formülü'ne değinilmektedir. Daha sonra Radbruch'un görüşlerinin olgunlaşmasına etki eden yaşamına yer verilmekte ve son olarak Radbruch Formülü'ne yönelik inceleme yapılmaktadır. Çalışma, Radbruch'un orta yolcu bir yaklaşım gösterdiğini ortaya koymayı ve görüşlerinde savaş öncesi-sonrası şeklinde radikal bir değişme olmadığını açıklamayı amaçlamaktadır. Bununla birlikte tabii hukukun ihtilalci tavrı ile pozitivist hukukun ihtilal sonrasını koruma ve sürdürme özelliğinin, 2. Dünya Savaşı sonrasında uluslararası anlamda kullanıldığına yönelik küçük bir pencereyi açabilmek de umulmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Radbruch Formülü, tabii hukuk, hukuki pozitivizm, Yeni-Kantçılık, rölativizm.

ABSTRACT

As A Golden Mean Formula: The Radbruch Formula

In the philosophy of law, the debate about natural law or positivism has existed since the first ages. This discussion provides an important perspective on the question of what law is. Gustav Radbruch, the Radbruch Formula, provides an essential trail that carries this fundamental debate into the 20th century. In its doctrine, Radbruch reviews provide methodological convenience for positivist law for the pre-World War II period and natural law for the post-war period. However, in a similar way to this study, the two currents and debates of the philosophy of law are firstly conveyed by their general qualities within themselves, and the Radbruch Formula is referred to as it comes. Later, his life affecting Radbruch's views is given, and finally the Radbruch Formula is reviewed. The study aims to demonstrate that Radbruch has shown a moderate passive approach and that there is no radical change in pre-war-post-war views. It is hoped, however, that it will be possible to open a small window to the post-World War II post-war internationalization of the naturalistic attitude of revolution with the revolutionary attitude of positivist law.

Keywords: The Radbruch Formula, natural law, legal positivism, Neo-Kantianism, relativism.

GİRİŞ

Tabii hukuk ve hukuki pozitivizm hukuk felsefesi alanında önemli iki bilimsel akımı oluşturmaktadır. 16. yüzyıla dayanan tabii hukuk, olması gereken ve *a priori* bilgiden esinlenirken, hukuki pozitivizm insan iradesinden ve olan hukuktan -yazılı hukuktan- yola çıkmaktadır. Tabii hukukun temel ideolojisini tanrı ve kiliseye itaat oluşturmaktadır. 19. yüzyıl başında etkisini iyice hissettiren hukuki pozitivizm ise günümüzde en temel anlatımıyla şekli kanuniliği esas almaktadır. Hukuki pozitivizmin bakış açısıyla hukuk, egemen tarafından belirgin ve açık bir şekilde, biçimsel kurallara uygun olarak yürürlüğe konulmuş olan normlardan oluşmaktadır. Hukuki pozitivizmde tabii hukuk görüşünün aksine, evrensel adalet, doğal insan hakları, değerler gibi muğlak, soyut değerlendirmeler yapılmamaktadır. Hukuki pozitivizmin temel ideolojisini devlet egemenliği ve kurulu düzenin korunması ile yükselen burjuva sınıfının güvence altına alınması teşkil etmektedir. Buna karşın tabii hukukun tarihin ihtilal zamanlarına, krizlere eşlik ettiği görülmektedir.

20. yüzyılda da aynı minvalde bir değişim yaşanmıştır. 2. Dünya Savaşı sonrasında yaşananlar, hukuki pozitivizmin yeni değerleri kurmaya ve korumaya yetecek içeriği sağlayamayacağına anlaşılmaya neden olmuştur. Nürnberg yargılamaları, hukuki pozitivizmin yetersizliğini gözler önüne seren en açık örneği oluşturmuştur. Sanık sandalyesinde oturan Naziler, egemen oldukları dönemin kanunlarına uygun hareket etmişler ve şekli kanuniliği sağlayarak hukuki pozitivizme aykırı hareket etmemişlerdir. Ancak bu noktada hukuki pozitivizme, Almanya'nın Weimar Dönemi Adalet Bakanı ve ünlü bir akademisyeni Gustav Radbruch'tan etkili bir itiraz gelmiştir. Bu itiraz 2. Dünya Savaşı ile değişen dengeleri kurmayı sağlayacak, ihtilalci yapıda yani tabii hukuk temelinde olmuştur. Ancak Gustav Radbruch'un, Radbruch Formülü ismiyle ortaya koyduğu teori, hem tabii hukuk felsefesine hem de savaş öncesinin hukuki pozitivist yaklaşımına uygun orta yolcu bir yaklaşımı beraber sunmuştur. Radbruch, formülü ile hukuk ve adalet arasındaki çekişmede, olağanüstü durumlara özgü olarak adaletin sağlanması gerektiğini belirtmiştir. Radbruch'un görüşü bir taraftan ihtilalci bir güdüyle savaş sonrası dönemde oluşan uluslararası hukukun günümüzdeki varlığına kaynaklık ederken, diğer taraftan hukuk-adalet sorgulanmasını 20. yüzyıla yeniden taşımıştır.

I- GENEL BİR TARTIŞMA: TABİİ HUKUK MU, HUKUKİ POZİTİVİZM Mİ?

19. yüzyıl boyunca yaşanan bilimsel gelişmeler hukuki, ekonomik, felsefi tüm alanları ve çalışmaları etkisi altına almıştır. 20. yüzyılın gelişi, 19. yüzyıldan belli olmuş ve yeni yüzyıl iki büyük dünya savaşına sahne olmuştur. 2. Dünya Savaşı ise toplumsal düşünüşü bütünüyle değişikliğe uğratmıştır. Savaş sonrasında siyasi, politik, ekonomik ve hukuki anlamda gelişme ve değişimler yaşanmıştır. Radbruch Formülü ve hukuk felsefesi bağlamındaki gelişme ve tartışmalar bu anlamda iki nedenden beslenmiştir. İlkini ahlak kuralları ile hukukun ahlakiliğinin hukuki bir güce sahip olup olmadığı tartışması oluştururken ikinci tartışma ise pozitif hukukun yetersizliği noktasında kilitlenmiştir¹. Hukuk

1 UYGUR, Gülriz, "Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü Mü?", **AÜHFD**, Yıl: 2003, Cilt: 52, Sayı: 2, s. 170.

felsefesi geleneği içerisinde bu iki nedene tabii hukuk ve hukuki pozitivizm yaklaşımları karşılık gelmektedir. Her ne kadar tabii hukuk ile hukuki pozitivizm arasındaki ayrımın, modern demokratik hukuk sistemleri ve bu sistemlerin özünü teşkil eden insan hakları hukukunun varlığı ile ortadan kalktığı iddia edilmekteyse de iki temel yaklaşımın geleneksel bakış açıları farklıdır².

20. yüzyıl hukuku da iki felsefi akımın çatışmasıyla şekillenmiştir. Günümüz *uluslararası hukuku*³ bu düşünüşle insan haklarını ve medeni devletlerin genel hukuk ilkelerini temel almıştır⁴. 2. Dünya Savaşı ertesindeki uluslararası metinler, tabii hukukun eşitliği-adaleti temel alan yayılma politikasıyla, ihtilalci bir tavır göstermiştir. Tartışmalara yön veren bu iki önemli yaklaşım, Radbruch Formülü'nün de temel yapısını oluşturmaktadır. Radbruch Formülü'nün ana eksenini hukuk-ahlak ayrımından ilerlemektedir. Dolayısıyla Radbruch Formülü ile sürdürülen tartışmanın ana hatlarını belirlemeden önce tabii hukuk ve hukuki pozitivizmin genel sınırlarını çizmek gereklidir.

A- Genel Hatları İle Tabii (Doğal⁵) Hukuk

Tabii hukuk, hukuki pozitivizmle karşıtlık içerisinde⁶ ve eski çağlardan beri "*Kanunucu Hareket*"e karşı tepkisel olarak tabii hukukun varlığı söz konusu olmuştur⁷. Tabii hukuk doktrinin temellerinin bu anlamda Antik Yunan'a, Platon ve Aristoteles'e kadar uzandığı görülmektedir⁸. Ancak doktrinde yer alan bir görüş tabii hukukçu bir anlayışla adaleti ilk ele alan kişinin Çinli bir filozof olduğunu da ifade etmektedir⁹. Konunun sınırlı olması nedeniyle tarihsel sürecin nerede başladığı tartışmasından ziyade, tabii hukukun ne dediği üzerine yoğunlaşmak ve Radbruch Formülü'nü anlaşılır kılmak için bir çerçeve çizmek gerekirse:

2 UYGUR, 2003, s. 145-146.

3 Uluslararası hukuktan ilk defa söz eden Stoacı felsefe olmuştur (Bkz: KÖKSAL, Mehmedcan, "Milletlerarası Hukuk Düzenine Karşı Doğal Hukukun Uygulanması", İÜHF, Yıl: 1962, Cilt: 28, Sayı: 3-4, s. 403.

4 AİHS'nin kanunilik ilkesine ilişkin düzenlemesi m. 7:

(1) Hiç kimse işlendiği zaman ulusal ve uluslararası hukuka göre suç sayılmayan bir fiil ya da ihmalden dolayı mahkûm edilemez. Aynı biçimde suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez. (2) Bu madde, işlendiği zaman uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir eylem veya ihmalden suçlu bulunan bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel değildir"

AİHS m.7/2 düzenlemesi tabii hukuku esas alan bir düzenleme olarak dikkat çekmektedir. Diğer taraftan m.7/2 düzenlemesi olağanüstü bir düzenlemeyi de oluşturan ve 'uygar ulus' kavramına yönelik, makalenin sınırlarını aşacak bir konuya da dikkat çekmektedir.

5 Tabii kelimesinin, tabiat (doğa) anlamına geldiği ve diğer anlamları ile birlikte çeşitli görüşlerin tabii hukuk ifadesi ile kastettikleri anlamlara ilişkin öz bir açıklama için bkz. GURVITCH, George, "Tabii Hukuk mu Yoksa Sezgiye Dayanan Müspet Hukuk mu?", (çev. Hamide Uzbark), **AÜHF**, Yıl: 1945, Cilt: II, Sayı: 4, s. 157.

6 BIX, H. Brian, "Doğal Hukuk: Modern Gelenek", (çev. Ertuğrul Uzun), **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2004, Cilt:6, Sayı:2, s. 291, 294.

7 KÖKSAL, 1962, s. 396, 400; "Radbruch'un ifade ettiği gibi "*Hukuk felsefesi, başlangıcından bu zamana, ta 19. yüzyılın başına kadar, tümüyle doğal hukuk kuramlaşmasında örülmüştür*" diyerek bunun ifadesini şu şekilde dönemselleştirmektedir: İlk Çağ'da, doğa ve norm, Orta Çağ'da tanrısal hukuk ile insansal hukuk; Yeni Çağ'da hukuksal cebir ile bireysel usun arasındaki çelişki şeklinde ifade edilmiştir.

8 GURVITCH, 1945, s. 160-161.

9 KÖKSAL, 1962, s. 397.

Tabii hukukun genel anlamı ile çeşitli biçimlerde görünüm arz ettiği ve fakat esasında “*kozmetik düzen, ahlâk ve hukuk*”a ilişkin sistematik bir düşüncesini ifade ettiği söylenmektedir¹⁰. Tabii hukukun içeriğini “*insanlar tarafından yaratılmayan, ancak keşfedilebilen, ahlâki olarak bağlayıcı normlar*”¹¹ oluşturmaktadır¹².

Tabii hukukun maddi içeriğini akıl ve tabiat oluşturmaktadır¹³. Bir diğer ifade ile tabii hukuk normları zorla kabul edilmemektedir¹⁴. Tabii hukuk normları bir davranış modeli oluşturarak, iradeden bağımsız ve insan bilgisinin akıl vasıtasıyla öğrendiği bir görünüm sergilemektedir¹⁵. Bu anlamda normlar insanın “*tinsel yanı*”ndan, değerlerinden ortaya çıkar¹⁶.

Tabii hukukun kaynağı, insanda bulunan bir değere, akla dayanmaktadır¹⁷. Bu görüşten hareketle hak, adalet ve hukuk kaynağını toplumda değil, insanda bulmaktadır¹⁸. Hiçbir koşula bağlı olmayan ahlaki değerlere uyan insan mutluluğa erişir ve bu noktaya erişebilmek için de kendi içine yönelmesi gereklidir¹⁹.

Tabii hukukta, soyut ve evrensel özellikler söz konusu olduğundan insan akıllı ve doğa yeterli kabul edilmektedir²⁰. Tabii hukuka göre yazılı kanunlar ile sağlanan toplumsallık ise doğa kanununa uygun olarak oluşturulmaktadır²¹.

Toplumsallığı sağlayan ve insanları bir arada tutan şey akıldır; akıl ise tamamen doğadan gelmektedir²². Bu anlamda “*Tabii hukuk geçerliliğini sosyolojik veya normatif bir olgudan değil de, tabii aklın tezahürü olan kendi içeriğinden alır*”²³ denmektedir. Akılla birlikte doğadan gelen bir diğer değer ise adalet anlayışıdır²⁴. Bu adalet anlayışından hareketle evrensel ve eşit akla sahip olan insanların bilincinde evrensel bir *vicdan*²⁵

10 BIX, 2004, s. 291.

11 Norm olması gerekeni gösteren yasalardır ve “ancak insan tarafından konur ve dolayısıyla onu gerçekleştirecek olan da yalnızca insandır” (ARAL, Vecdi, “İnsan ve Norm”, İÜHFM, Yıl: 2014, Cilt: LXXII, Sayı:1, s. 17).

12 Naklen UYGUR, 2003, s. 146.

13 KEYMAN, Selahattin, “Tabii Hukuk Doktrininin Epistemolojik Tahlili”, AÜHFD, Yıl: 1998, Cilt: 47, Sayı: 1, s. 18.

14 KEYMAN, 1998, s. 19

15 KEYMAN, 1998, s. 19

16 ARAL, 2014, s. 23.

17 KÖKSAL, 1962, s. 398.

18 KÖKSAL, 1962, s. 398.

19 ARAL, 2014, s. 23.

20 KEYMAN, 1998, s. 18

21 KÖKSAL, 1962, s. 399.

22 KÖKSAL, 1962, s. 398.

23 Chroust s. 70-72, George s. 325'ten aktaran KEYMAN, “Hukuki Pozitivizm”, AÜHFD, Yıl: 1978, Cilt: 35, Sayı: 1-4, s. 18.

24 GÖZLER, Kemal, “Tabii Hukuk ve Hukuki Pozitivizme Göre Adalet Kavramı”, <http://www.anayasa.gen.tr/adalet.htm> (Erişim tarihi: 08.01.2018).

25 Tinsel değerleri algılayıp kavrayabilecek organ olarak açıklanmaktadır (Bkz: ARAL, 2014, s. 26).

yargısının varlığı da söz konusu olmaktadır²⁶. Tabii hukuka göre böylelikle evrensel bir adalet anlayışı, evrensel ve tek bir hukuk doğmaktadır²⁷. Aşağıda aktarılacak olmakla birlikte belirtilmelidir ki, pozitivist hukuk anlayışı tabii hukukun tam aksini söylemekte ve evrensel bir adalet ile hukuk anlayışına karşı çıkmaktadır. Bu noktada Radbruch Formülü ile bağlantılı olarak tabii hukukçularda hukuk ve ahlak arasında zorunlu bir bağ olduğunun altı çizilmelidir²⁸. Pozitivist hukuki yaklaşımda ise bunun tam tersi olarak, hukuk ve ahlak ayrılabilirlik tezi ile ayrılmaktadır.

Diğer taraftan hukukun nasıl bilinebileceği noktasında ise tabii hukukun iki yöntem belirlediği görülmektedir²⁹: Bu yöntemlerden ilki "*a priori*" yöntemdir ve buna göre "*belli bir öze'nin' akıl ve toplum ile zorunlu ya da kesin uyum ya da uyumsuzluğuna*" bakılmaktadır. İkinci yöntemi ise "*a posteriori*" yöntemdir ve "*belirli bir öze' uygar olan ülkelerde görüldüğü ve haklı olduğu*" belirleniminden hareket edilmektedir³⁰. Tabii hukuktaki temel tartışmayı *a priori* ile *a posteriori* tartışması oluşturmaktadır³¹. Bir bilginin *a priori* olması demek deneye gerek kalmadan varlığının peşin bir hükümlerle kabul edilmesi anlamına gelmektedir³². Buradan hareketle tabii hukukun temel özellikleri şu şekilde belirlenmiştir³³:

- "Her nevi hukukun ahlak bakımından meşru kılması.
- Her nevi hukukun *a priori* unsuru.
- Hukukun ideali ve müspet hukukun bu ideale nazaran tenkidi.
- Değişen kaidelere nazaran değişmeyen hukuk kaideleri.
- Muteberliğini kendi değerinden alan muhtar hukuk.
- Kendiliğinden var olan hukuk."

Tabii hukukun ideolojik perspektifi ise yaşanan dönemin egemen gücüne göre değişiklik göstermektedir. Nitekim kimi durumda tabii hukukun düzeni koruduğu görülmekte kimi durumda ise düzen değiştirici bir hareket oluşturduğunu şahit olunmaktadır³⁴. Ancak tarihsel bakımdan *tabii hukuka* çoğu zaman ikinci şekliyle rastlanılmakta ve bu duruma ilişkin tarihsel örneklere İngiliz ve Fransız İhtilalleri ile 20. yüzyıldaki "*Tabii Hukuk Rönesansı*" verilmektedir. Nitekim tabii hukuk, 2. Dünya Savaşı sonrası dönemde ihtilalci bir tavırla yeni egemen düzeni kurmak için tekrar devreye girmiş; tabii hukukun adalet, eşitlik ve insan hakları gibi söylemleri yeni kurulan uluslararası düzlemde yayılmayı uygun ve ideal kılmıştır. Radbruch Formülü de esasında bu ideolojiyi 20. yüzyıl diliyle oluşturmuştur.

26 KÖKSAL, 1962, s. 398.

27 KÖKSAL, 1962, s. 398.

28 UYGUR, 2003, s. 152.

29 KÖKSAL, 1962, s. 412.

30 AİHS m. 7/2 düzenlemesinin tabii hukuka uygun bir düzenleme olduğu "*uygar ulusların genel hukuk ilkelere uygunluğu*" esas aldığı kabul edilebilir görülmektedir.

31 KEYMAN, 1998, s. 19

32 KEYMAN, 1998, s. 19; *A priori* ifadesine uygun olarak vicdanın sesi, tanrının insana seslenmesi, ideal dünyanın sesi şeklinde ifade edilmektedir (ARAL, 2014, s. 26).

33 GURVITCH, 1945, s. 156.

34 GURVITCH, 1945, s. 159.

B- Genel Hatları İle Hukuki Pozitivizm

*Pozitivizm*³⁵, 19. yüzyılda ortaya çıkan ve bilginin sadece deney ve gözlemlerle kazanıldığını ifade eden modern bilimsel düşünce teorilerinden birini oluşturmaktadır³⁶. Bu akım tüm bilimsel alanları etkisi altına aldığı gibi 19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren hukuku da etkisi altına almıştır. Hukuk felsefesi geleneği içerisinde bakıldığında da hukuki pozitivizm, tabii hukuka karşıt yaklaşımıyla tepkisel bir gelişme göstermiştir³⁷.

Tarihsel anlamda hukuki pozitivizmin Fransız Devrimi'nden sonra yapılan Napolyon Dönemi Kanunları ile belirginleştiği görülmektedir. Fransız Devrimi, tabii hukuk temelli ilkelere dayanmaktaysa da, sonraki süreçte pozitivizme yönelim söz konusu olmuştur³⁸. Tabii hukukçu ihtilal ruhu Devrim sonrasında yerini istikrarı sağlayıcı hukuki pozitivizme bırakmıştır. Bu dönemde ortaya çıkan okullar ve temsilcilerinin desteği ile kanunların, hâkimler ve hukukçular tarafından sadece açıklanması gerektiğinin belirtilmesi ve kanun koyucunun iradesinin kaynak olarak kabul edilmesi, eleştirel ve ideal tartışmaların önünü kapatmıştır³⁹.

Pozitivist hukuk anlayışı tabii hukuka karşıt bir yaklaşım geliştirerek, olması gerekeni dışlamış (*sollen*) ve olanla (*ist, sein*) ile ilgilenmiştir⁴⁰. Hukuki pozitivizmin temel savını yürürlükte olan pozitif hukuk dışında hukuk idealini ya da değeri araştırmayı reddetmesi, hukuk biliminin amacının pozitif hukuku yorumlama ve inceleme olarak belirlemesi oluşturmaktadır⁴¹. Nitekim hukuki pozitivizm "*hukuku insanlar tarafından konan kurallar sistemi olarak ele alan ve hukuk bilimine bu sistemi incelemek, hukuk uygulamacısına da yine bu sistemi uygulamak görevi veren bir anlayış*" olarak tanımlanmaktadır⁴². Bu tanımda ise iki kurucu unsur söz konusudur: Hukuk normu, belirli yer ve zamanda insanlar tarafından konulmuş pozitif normlardır ve siyasi iktidar pozitif normlara belirli bir değer atfeden *egemen*⁴³ güçtür. Burada kastedilen değeri, kanun koyucunun iradesini şekli kurallara uygun biçimde ortaya koyması anlamında değer oluşturmaktadır. Hukukun değeri, *a priori* bir adalet anlayışına bağlı ya da uygun olmasından değil, pozitif olarak

35 "...asla anlam sorunlarına girmemesi, doğayı herhangi bir anlamdan uzak, sırf nedensellik bağı içerisinde incelemesi beklenir... bilimin konusunu sınırlı bir gerçeklik parçasından ibaret görmesidir" (ARAL, 2014, s. 18).

36 Pozitivizmin temsilcisi olan Auguste Comte, bilimin *-a priori-* varsayım ve soyutlamaları yerine, somut gözlemi koymaktadır (AKTAŞ, Sururi, "Pozitivist Hukuk Kavramı Üzerine Eleştirel Bir Refleksiyon", AÜHFD, Yıl: 2000, Cilt: IV, Sayı:1-2, s. 257.); KEYMAN, 1978, s. 17.

37 UYGUR, 2003, s. 145; AKTAŞ, 2000, s. 257; KÖKSAL, 1962, s. 435.

38 DEMİRDAL, M. Balkan, "Ronald Dworkin'in Hukuk Teorisi Işığında Yargıçların Rolü", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2014, Cilt: XVIII, Sayı: 3-4, s. 816.

39 Belirtilen görüş için *Tefsirci Okul* (Bkz: KEYMAN, 1978, s. 20.). Hâkimlerin takdir haklarının yadsınması ve pozitif hukuk dışındaki evrensel ilkelerin göz ardı edilmesi söz konusu olmuştur (DEMİRDAL, 2014, s. 816).

40 AKTAŞ, 2000, s. 258.

41 KEYMAN, 1978, s. 20.

42 Naklen KEYMAN, 1978, s. 23.

43 "*Hukuki pozitivizme göre yasanın yaratıcısı gerçeklik değil de, egemen irade yani otoritedir*"(CANİKLİOĞLU DİKMEN, Meltem, "Hukuk Devletinde Siyasi İktidar ve Yargının Karşılıklı Konumu-İlişkileri", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2008, Cilt: 10, Sayı:1, s. 30.

mevcut olmasından kaynaklanmaktadır⁴⁴. Çünkü hukuki pozitivizm, konulan hukuk kurallarının toplumun iyiliği ya da adaletin sağlanması gibi bir amaca hizmet ettiğini yadsır ve hukuku bu şekilde ele almaz⁴⁵.

Hukuki pozitivizmin neredeyse tüm şekilleri için ortak olan şey, etik ve politik sorun alanlarını hukuksal sorunlardan ayrı tutması ve fakat etiği ve politikayı da reddetmesi oluşturmaktadır⁴⁶. Adalet, sadece içerik olarak hukuk biliminin dışındadır. Çünkü adalet sübjektif bir değerdir⁴⁷.

Pozitivist hukuk, hukuk kuralının uygulanması ile ilgilidir ve hukuk normundan adaletin dışlanması ile hukukun herkese eşit uygulandığı sonucuna varmıştır⁴⁸. Nitekim hukuki pozitivizmin adalet anlayışı Antik Yunan'dan itibaren eşitlik olarak algılanmakta ve eşitler arasında eşitlik şeklinde ifade edilmektedir⁴⁹. Buradan yola çıkılarak hukuki pozitivizmde herkese uygulanan eşitlikle biçimsel bir adalet anlayışının hâkim olduğu görülmekte, kanunların tam ve eksiksiz olarak herkese eşit olarak uygulanması yönünde bir anlayış söz konusu olmaktadır⁵⁰.

Bu noktada pozitivist hukuk anlayışında söz konusu olan ayrılabilirlik tezine de değinmek gerekmektedir. Ayrılabilirlik tezi, hukuk ve ahlak arasında bir bağlantının olmadığını ifade etmektedir⁵¹. Buradan hareket edilerek kast edilenin; *"Hukuk ve ahlakın ayrı kavramlar olmasının anlamı, neyin hukuk olmadığını belirleyen tanıma kuralında veya hukuki geçerlik kriterinde ahlaka yer verilmemesi"* şeklinde ayrılabilirlik tezinin özünü oluşturmaktadır⁵². Belirtildiği üzere tabii hukukçular ise pozitivistlerin aksine hukuk ve ahlak arasındaki bağlantıyı reddetmemekte; hukuk-ahlak ilişkisini olan-olması gereken hukuk şeklinde görmektedir⁵³. Ancak hukuki pozitivistler içerisinde de hukuk-ahlak ilişkisi bağlamında farklı yaklaşımlar olduğu görülmektedir⁵⁴. Örneğin ayrılabilirlik tezini savunulara göre ahlaki ilkeler de dâhil olmak üzere hukuk içerisinde ilkelere yer vermek, hukukun bunları da kapsadığı anlamına gelmektedir⁵⁵. Bu anlayışta olmalarının temel nedeni ise *"Modern demokrasilerin gerekleri veya bazı anayasaların ahlaki ilkelere göndermede bulunması ve Amerika Birleşik Devletleri'ndeki yargı kararlarında, ahlaki ilkelerin yer alması"*dır⁵⁶.

44 KEYMAN, **1978**, s. 28.

45 KEYMAN, **1978**, s. 25.

46 AKTAŞ, **2000**, s. 259.

47 KEYMAN, **1978**, s. 33.

48 KEYMAN, **1978**, s. 31.

49 KEYMAN, **1978**, s. 32.

50 KEYMAN, **1978**, s. 33.

51 UYGUR, **2003**, s. 152.

52 AKI, İrem, "Hukukun İç Ahlakı: Lon L. Fuller'in Görüşleri Çerçevesinde Bir İnceleme", **AÜHF**, Yıl: 2015, Cilt: 64, Sayı: 1, s. 3.

53 UYGUR, **2003**, s. 150.

54 UYGUR, **2003**, s. 151.

55 UYGUR, **2003**, s. 156.

56 UYGUR, **2003**, s. 156.

Pozitivizm, hukuku koyan kaynağa bakmaktadır⁵⁷. Pozitif hukuku yaratan siyasi ektir ve zorlama yetkisine sahiptir⁵⁸. Hukuki pozitivizm tarih sahnesine değişik adlarla çıkmışsa da⁵⁹ hizmet ettiği amaç her daim devlet otoritesinin güçlendirilmesi ve kurulu düzenin sürdürülmesi olmuştur⁶⁰. Bu noktada tabii hukukun ihtilalci tavrı kadar radikal bir tutumun pozitivist hukukta olmadığı düşünülmektedir. Pozitivist hukuk bir diğer anlamıyla daha korumacı ve istikrar amaçlı bir içeriğe sahiptir. Pozitif hukuk kaynağını egemene dayandırmakta, hukukun toplumsallığı ve geçerliliğine yönelik eleştirel düşünceleri de engellemektedir⁶¹.

Hukuki pozitivizm “*devlet tekeline benimseyen yani sadece devletin egemen gücü aracılığıyla koyduğu kuralları hukuk kuralı sayan*” görüşü savunmaktadır⁶². Hukukun kesinliği, bireysel özgürlükten önce gelmektedir ve bu nedenle de kanun normu yorumlanırken hâkimin, yasa koyucunun -*egemenin*-değerlendirmesi ile bağlı kalması gerektiği belirtilmektedir⁶³. Radbruch Formülü’nde hâkimlere getirilen eleştiri için bu durumun akılda tutulması gerekmektedir. Pozitivist hukuk anlayışının totaliter rejimlere neden olduğu ve Almanya’da Nazi iktidarının bu gelenekle birlikte şekillendiği görüşü de aynı hususu dile getirmektedir⁶⁴. Bu noktada hukuki pozitivizmle bağlantılı temel bir ilke olan kanunilik ilkesine pozitif hukukun gelişimine ön ayak olması nedeniyle değinilmesi gerekmektedir. Kanunların hâkim tarafından sadece açıklanmasının gerekliliği ve kanunilik ilkesine bağlı kalınarak hukuki boşlukların doldurulmaması, pozitif hukukun sonucu olarak görülmektedir⁶⁵. Nitekim pozitivist hukuk, her şeyden önce hukuki güvenliğin

57 AKI, 2015, s. 3.

58 Hukusal pozitivizmin en ilkel şeklini iradeci pozitivizm oluşturur ve iradenin, yasama organı ya da monark olmasına bağlı kalmaz. İradeci pozitivistler arasında Hobbes, İngiliz *Emircileri Hukuk Teorisi* ile John Austin, Jeremy Bentham gelmektedir (Bkz: AKTAŞ, 2000, s. 260).

59 Hukuk alanında pozitivizm monizm, normativizm, iradecilik, sosyolojik pozitivizm şeklinde değişik versiyonlarına rastlanmaktadır (Bkz: AKTAŞ, 2000, s. 258); Ayrıca hukuki pozitivizmin modern ve klasik görünüşleri farklıdır. Modern hukuki pozitivizm olarak adlandırılan yeni yaklaşıma göre, hukuk normlarının kaynağı toplumu oluşturan insanların kararları (*sosyal kaynaklar tezi*) iken, klasik hukuki pozitivistler hukukun kaynağını egemenin emri olarak belirlemektedir (Bkz: UYGUR, 2003, s. 146-147). Normativist pozitivizm Hans Kelsen ile anılmakta ve özellikleri şu şekilde ifade edilmektedir:

Bilim olarak bir hukuk teorisinin amacı, karmaşıklık ve çokluğu birliğe indirgemektir.

Hukuk teorisi bir irade değil, bilimdir. Onun bilgisi, hukukun ne olduğudur; ne olması gerektiği değil.

Hukuk doğal değil normatif bir bilimdir.

Bir normlar teorisi olarak hukuk teorisi, hukuk normlarının sonuçsallığı ile ilgilenmez. (Naklen AKTAŞ, 2000, s. 264-265).

60 KEYMAN, 1978, s. 35; AKTAŞ, 2000, s. 258.

61 KEYMAN, 1978, s. 27.

62 KEYMAN, 1978, s. 26; Bentham ve Austin’in aynı minvalde monist bir kavrayışla “*hukukun devlet oligusu dışındaki ontolojik yapısını göz ardı*” ettikleri ifade edilmektedir (AKTAŞ, 2000, s. 263).

63 Naklen KEYMAN, 1978, s. 47.

64 Örneğin, Almanya’da hukuki pozitivizmin önemli temsilcilerinden olan Bergbohm’a göre hukukun geçerliliği, ahlaki değerlere sahip olmasıyla değil, siyasi iktidarı elinde bulunduran iradenin bir ürünü olarak bir emir olmasından ve bu nedenle uygulanmasından kaynaklanmaktadır (KEYMAN, 1978, s. 34-35).

65 KEYMAN, 1978, s. 20.

sağlanmasını amaçlamaktadır. Radbruch Formülü'nde de bu hususun altı çizilmiştir⁶⁶.

Hukuki pozitivism hukuki belirlilik ve istikrarı sağlamak adına hukuku kanunlarla sınırlı tutmaktadır⁶⁷. Bu anlamda kanunilik ilkesinin üstlenmiş olduğu bir misyon söz konusu olmuştur. Saf egemenin iradesinin dikkate alınması ve bu iradeden herhangi bir sapma gösterilmeden uygulanması ile kurulu düzenin korunması mümkün kılınmıştır. Dolayısıyla kanunilik ilkesi ve genelde hukuki pozitivismin nihai ideolojisi, 19. yüzyılın yükselen yıldızı olarak burjuva iktidarının korunmasına ve güçlenmesine hizmet etmektedir⁶⁸. Bu tercih esasen ekonomi-politik durumun hukuki görünümünden birini oluşturmaktadır. Dönemin hâkimlerinin aristokrat kesimden olmasının yarattığı tepkiyle burjuvazinin kendini kanunilik ilkesi ve hukuki kesinlik ile güvence altına alma eğilimleri hukuki pozitivismin temel ideolojisini yaratmıştır⁶⁹. Aynı ideoloji 20. yüzyılda da devam etmiştir.

Hukuki pozitivism kendisini ampirik araştırmalarla sınırlandırır ve hukukun içerisinde yer alan adalet, değer gibi gözlemlenemeyen hususların tartışılmasını hukuk biliminin dışında tutar⁷⁰. Bu husustan hareketle rölativizmin tanımına da kısaca yer vermek gerekmektedir. Rölativizm, en genel anlamıyla bilimsel olarak her devir ve her toplum için genel geçer değerlerin, mutlak ve evrensel bir doğrunun olmadığından hareket etmektedir. Rölativizm salt ve objektif değerleri kabul etmez⁷¹. Örneğin adalet anlayışı, içinde yaşanılan toplum ve döneme göre değişebilmektedir⁷².

Son olarak Almanya'da hukuki pozitivismin gelişim çizgisine bakıldığında, Tarihçi Okul, Kavramlar İctihadı Okulu ve Hans Kelsen'in⁷³ Saf Hukuk Teorisi ile bir varlık gösterdiği görülmektedir⁷⁴. Kelsen'in hukuka bakış açısı ise son tahlilde Almanya'da oldukça etkili olmuştur. Kelsen hukukun ne olduğu ile uğraşırken, politik bir pencereden değil de bilimsel bir bakış açısı ortaya koymayı amaçlamıştır⁷⁵. Bu anlamda Alman hukuki

66 "Pozitivizm 'yasa yasadır' inancıyla gerçekte keyfi ve suç içerikli yasalara karşı Alman hukukçuları savunmasız bırakmıştır" (METİN, Sevtap / HEPER, Altan, **Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü**, 2. Basım, Tekin Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 89).

67 DEMİRDAL, **2014**, s. 802.

68 KEYMAN, **1978**, s. 35.

69 Jeremy Bentham da aynı yönde bir yaklaşımla, hâkimin yarattığı hukuku şekilsiz ve tuhaf döküntüler olarak nitelendirmektedir (GÜVEN, Koray, "Hukuk Çevreleri Ayrımında Alman Hukuku'nun Yeri ve Temel Özellikleri", **AÜHF**, Yıl: 2016, Cilt: 65, Sayı: 3, s. 847).

70 KEYMAN, **1978**, s. 23.

71 ARAL, Vecdi, "Hukuk Felsefesinde Değer Rölativizmine Karşı Değer Objektivizmi", **İÜHF**, Cilt:40, Yıl: 1974, Sayı: 1-4, s. 524.

72 KEYMAN, **1978**, s. 19.

73 Kelsen'in katı hukuki pozitivismi, Pandekt hukuk biliminde olan "*kavram icthadı*" temeline dayanmaktadır (GÜVEN, **2016**, s. 867.).

74 KEYMAN, **1978**, s. 21; Tarihçi Okul'un temsilcisi olan Savigny (1779-1861) de hukuk düzeninin kaynağını resmi yasa koyucudan değil, halkın ruhundan aldığını ifade etmektedir (GÜVEN, **2016**, s. 850).

75 ÖKÇESİZ, Hayrettin, "Hukukçu Eğitiminde Bir Denek Taşı 'Radbruch Formülü'" **TBB Dergisi**, Cilt:56, **2005**, s. 168.

pozitivizmi hukuk ve ahlak arasındaki ilişkiyi katı bir şekilde yok saymıştır⁷⁶. Nitekim bu husus “Alman hukukçusu kendisine kanun adı verilen her şeyi kanun diye kabul etmeye ve buna tam bir itaati sağlamaya hazır bulunmakta idi. Öte yandan Almanya’daki totaliter rejim, darbe veya zor yolu ile değil de hukuki yollarla iktidara gelmiştir. Bundan sonra eski kurulu düzene ve hukuka karşı saldırılarda en büyük katkısı olanlar, pozitivist hukukçu ve yargıçlardır. Eğer Alman hukuku bilimi katı pozitivizmden kurtulsa idi, sonuç belki de farklı olurdu” şeklinde eleştirilmiştir⁷⁷. Diğer taraftan Radbruch da aynı noktadan hareket ederek hâkimleri eleştiriye tabi tutmaktadır⁷⁸.

II- GUSTAV RADBRUCH’UN YAŞAMI VE RADBRUCH FORMÜLÜ

Gustav Radbruch, Almanya’nın önemli hukukçularından biridir ve yapmış olduğu tüm çalışmaları sistematik olarak bütünleştirilen ilk Alman hukukçudur⁷⁹. Ancak Radbruch sadece Alman hukukuna değil, 2. Dünya Savaşı sonrasında temel hukuk felsefesi tartışmasına yeni bir boyut getirmesiyle 20. yüzyıl hukukunu bütünüyle etkilemiştir. Bu kapsamda öncelikle Radbruch’un görüşlerini şekillendiren yaşam öyküsüne ve sonrasında Radbruch Formülü’ne yer verilmektedir.

Radbruch gerek ceza hukuku ve gerekse de hukuk felsefesi alanında eserler vermiştir. Ancak ceza hukuku alanında yapmış olduğu çalışmalardan ziyade hukuk felsefesi alanında vermiş olduğu eserler ile tanınmaktadır ki, Radbruch Formülü de bu kapsam içerisinde kalmaktadır⁸⁰. Radbruch, Nazi dönemi -3. Reich Dönemi- Almanyası’nın ceza hukuku vasıtasıyla tasfiyesi edilmesinde ortaya koyduğu ve Nürnberg yargılamalarında uygulama alanı bulan bir formülle dikkatleri üzerine çekmiştir⁸¹. Formül literatürde Radbruch’un adı ile anılmakta ve “Radbruch Formülü” olarak geçmektedir. Radbruch Formülü, ortaya konulduğu günden itibaren olağanüstü dönem kanunlaştırmalarının hukuki biçim ve içeriğini değerlendirmede bir yöntem olarak kullanılmış ve günümüzde de hâlâ kullanılmaya uygun, çağını aşan önemli bir formüldür.

Radbruch Formülü üzerine yapılan akademik çalışmalarda Radbruch’a ait görüşler genelde Nazi öncesi dönem ve Nazi sonrası dönem olarak ikiye ayrılarak incelenmektedir. Tutarlı bir bakış açısı sunabilmek için buna paralel olarak inceleme yapılacak; fakat öncelikle Radbruch’un görüşlerinin oluşmasında doğal olarak etkisi olan yaşam öyküsüne ve toplumsal statüsüne yer verilecektir. Radbruch Formülü’nü anlamlandırabilmek için yazarın yaşamına ve dönemin Almanya’sına bakmak gereklidir. Nitekim Radbruch’un hayatına yönelik olarak yapılacak inceleme, formülün anlaşılması ve

76 KEYMAN, 1978, s. 35.

77 KEYMAN, 1978, s. 35.

78 “Fakat yürürlükteki hukuktan başka bir hukuk bilip tanımayan pozitivizmin nüfuzuyla deforme olmuş yargıçlar söz konusu olduğunda durum ne olacaktır? Pozitif hukukun yasalarını uygulayan bu yargıçlar hukuku tahrif etme kastını taşıyorlar mıydı?” (METİN / HEPER, 2015, s. 50).

79 METİN / HEPER, 2015, s. 17.

80 METİN / HEPER, 2015, s. 11.

81 KÜHL, Kristian, “Radbruch Formülü”, (çev. M. Cemil Ozansü), İÜHFİM, Yıl: 2012, Cilt: LLX, Sayı:1, s. 369-374.

sorgulanması açısından önemli bir adımdır⁸². Gustav Radbruch'un görüşleri, yukarıda özetlenmeye çalışılan iki akım, tabii hukuk ve hukuki pozitivizm açıklamalarında tekrara girmeden dikkate alınarak değerlendirilecektir.

A- Gustav Radbruch'un Yaşamı

Radbruch 21 Kasım 1878'de Lübeck'te doğmuştur ve Lübeck'in soylu aileleri arasında yer alan meşhur, tüccar bir ailenin soyundan gelmektedir⁸³. Genç Radbruch doğduğu şehri, politik ve sosyal durumu itibarıyla gelecek hakkında konuşmaktan ziyade geçmişini konuşuyor olması nedeniyle eleştirmekte, ayrımcı bir seçim sistemi ile tüccar ve hukukçuların söz sahibi olduğu oligarşik yönetimden şikâyet etmektedir⁸⁴. Dönemin Almanya'sı ise Radbruch'a göre onurlu, gururlu ve güvenli olmasına rağmen Kaiser II. Wilhelm'in yönetimi ile birlikte genişleme ve karışıklık bir arada yaşanmış ve bu durum Radbruch'un görüşlerini de etkilemiştir⁸⁵.

Radbruch 1898 yılında Münih Üniversitesi'nde ve ardından üç dönem Leipzig Üniversitesi'nde ve sonrasında iki dönem de Berlin Üniversitesi'nde hukuk eğitimi almıştır⁸⁶. Burada dönemin önemli ceza hukukçusu Franz von Liszt ile tanışmış ve doktora çalışmasını "*Uygun Nedensellik Öğretisi*"⁸⁷ başlığı altında Liszt'in danışmanlığında tamamlamıştır⁸⁸. Aynı zamanda bu dönemde Kantorowicz ile birlikte Franz von Liszt seminerine katılan, özgür düşünen Berlin Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğrencileri olarak, *Serbest Hukuk Okulu*'nu kurmuşlardır⁸⁹. Kantorowicz tarafından Serbest Hukuk Okulu'nun ana konuları "*Hukuk nedir? Hukuk ilmi ne olmalıdır ve adalet uygulaması nasıl gelişecektir?*" şeklinde belirlenmiştir⁹⁰. Akademik ilerleyişi kapsamında doçentlik tezini Karl von Lilienthal danışmanlığında "*Ceza Hukuku Sistemi Açısından Hareket Kavramının Anlamı*"⁹¹ üzerine Heidelberg Üniversitesi'nde tamamlamıştır⁹².

Heidelberg Üniversitesi'nde bulunduğu on yıllık dönem içerisinde (1904-1910) Max Weber, Walter Jellinek, Emil Lask ve Karl Jaspers gibi önemli isimlerle çalışma ve onları

82 KÜHL, 2012, s. 369.

83 KÜHL, 2012, s. 370.

84 NIEKERK, van Barend, "The Warning Voice from Heidelberg - The Life and Thought of Gustav Radbruch", *South African Law Journal*, 1973, s. 234-261.

85 NIEKERK, 1973, s. 235.

86 NIEKERK, 1973, s. 236.

87 "Die Lehre von der Adäquaten Verursachung", "*The Doctrine of Adequate Causation*".

88 NIEKERK, 1973, s. 236, KÜHL, 2012, s. 370.

89 BİLEZİKÇİ, Emrah, "**Kirchmann ve Kantorowicz'in İşaret Ettiği Doğal Hukukun Pozitif Hukuka Etkisi**", http://www.umut.org.tr/UserFiles/Files/Document/document_11%20Ekim13.pdf (Erişim tarihi:07/1/2018). *Freirecht'in* Alman'daki temsilcileri Ehrlich ve Kantorowicz, Amerika'da Roscoe Pound ve Fransa'da Lambert, Leroy ve Morin olarak ifade edilmektedir (GURVITCH, 1945, s. 171).

90 BİLEZİKÇİ, s. 3.

91 "*Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*", "*The Concept of the Act and its Importance in Criminal Law*".

92 NIEKERK, 1973, s. 236, KÜHL, 2012, s. 370.

tanıma imkânı bulmuştur⁹³. Bu kişilerle şekillenen düşünsel dünyası Radbruch'un ceza hukuku teorisyeni olmasının yanında, "*hukuk politikacısı, hukuk felsefecisi, kültür tarihçisi, biyograf ve mukayeseli hukuk uzmanı*" şeklinde birden çok sıfatla anılmasını sağlamıştır⁹⁴. Bununla birlikte Radbruch, Yeni-Kantçı (Neo-Kantisyen) hukuk filozofları arasında yer almaktadır.

Radbruch ceza hukukçusu kimliğinin yanında o kimliğini gölgeleyecek bir şekilde hukuk felsefesi alanında vermiş olduğu eserler ile tanınmaktadır. Özellikle Radbruch Formülü'ne ilişkin olarak tartışma konusu edilen ve Radbruch'un ilk dönem eserini oluşturan 1932 tarihli "*Hukuk Felsefesi*" kitabı önemli çalışmalarından birini oluşturmaktadır. Nitekim bu çalışmasının karşıtı ve dolayısıyla görüşlerinin değıştiği fikrini destekleyen diğer hukuk felsefesi çalışmasını, 2. Dünya Savaşı sonrasında (1946) yayımladığı "*Yasal Haksızlık ve Yasa Üstü Hukuk*" makalesi oluşturmaktadır. Radbruch Formülü'ne ilişkin bu iki eserin ortaya koyduğu görüşler ayrıntısıyla aktarılacaktır ancak Radbruch'un 2. Dünya Savaşı'nın öncesinde ve sonrasında, her iki dönem itibarıyla Yeni-Kantçı ve ahlaki rölativist olduğu akılda tutulmalıdır.

Almanya tarihine bakıldığında tüm önemli gelişmelerin ve dönüm noktalarının savaşlarla yaşandığı görölmektedir⁹⁵. Radbruch'un yaşamı ve görüşleri de aynı minvalde değışim ve gelişim göstermiş, savaşlarla kesişmiştir. Radbruch otuz yaşında Königsberg Üniversitesi'nde çalıştığı sırada 1. Dünya Savaşı başlamış ve henüz bir dönem çalıştığı bu yerden ayrılarak gönüllü olarak askere gitmiştir. Bu kararını ise şu şekilde açıklamaktadır; "*ancak bir kimse savaştan kendini sorumlu tutarsa bunun sonunda savaşı etkili bir şekilde protesto edebilir*"⁹⁶.

1. Dünya Savaşı'nın bitimi ile ekonomik, sosyal ve politik karmaşa Almanya'da yaşanırken, Radbruch siyasi hayata aktif olarak dâhil olmuş ve bir sosyalist olarak Almanya'nın güvültülü politik yaşamında, Alman Sosyal Demokrat Partisi'nde (SPD) siyaset yapmaya girişmiştir. Aynı dönemde -1919-1926 yılları arasında- Kiel Üniversitesi'nde profesör olarak akademik hayatına devam etmiş ve siyasi faaliyetlerini de sürdürmüştür. Radbruch'un siyasi anlamda önemli bir kişi olmasını sağlayan olay ise, işçi ayaklanması ile askerler arasında yaşanan sürtüşmeyi hiç kimsenin zarar görmeyeceği bir şekilde sonlandırması oluşturmıştır⁹⁷. Sosyal Demokrat Parti'de bu şekilde ün kazanan Radbruch, Reichstag'a seçilmiş ve ilk olarak 1921-1922 yılları arasında 13 ay adalet bakanlığı yapmış, ardından ikinci kez 1923 yılında üç aydan az bir süre kadar aynı görevi ifa etmiştir⁹⁸.

Bakanlık yaptığı dönemde odaklandığı ilk konu ceza reformu olmuştur. Ölüm cezasının kaldırılması hususunda azimli bir kampanya yürütmüş ve ceza sisteminin insanlık

93 NIEKERK, 1973, s. 236.

94 KÜHL, 2012, s. 370.

95 STORER, Colin, *Weimar Cumhuriyeti'nin Kısa Tarihi*, (çev. Sedef Özge), İletişim Yayınları, İstanbul, 2015, s. 32.

96 NIEKERK, 1973, s. 237.

97 NIEKERK, 1973, s. 237, METİN / HEPER, 2015, s. 16.

98 NIEKERK, 1973, s. 237.

dışı uygulamalarına karşı durarak mümkün olduğunca son çare olarak hapis cezasını savunmuştur⁹⁹. Radbruch'un insancıl-hümanist bakış açısı Almanya'nın yeni ceza kanununun ruhuna işlemişse de, Weimar Dönemi'nin karışık atmosferi nedeniyle ceza kanunu yürürlük imkânı bulamamıştır. Radbruch, Heidelberg Hukuk Fakültesi'nde akademik yaşamını sürdürmeyi tercih ederek 1926 yılında aktif politikayı bırakmıştır.

Nazilerin 1933 yılında iktidara gelmesi ile "*Milli Alman Devleti*" -3. Reich / Hitler döneminde koltuğundan edilen ilk Alman Profesör Radbruch olmuştur¹⁰⁰. Radbruch'un, Nazi yönetimince görevden alınma gerekçesini, Weimar Dönemi'nde söz sahibi olan önemli bir akademisyen ve sosyal demokrat bir siyasetçi olması oluşturmuş ve "*politik olarak güvenilmez kamu görevlilerinin vazifelerinden uzaklaştırılması yasasına*" dayanarak güvenilmez kişi ilan edilmiştir¹⁰¹.

Radbruch, 1935-1936 yıllarında İngiltere'ye gitmiş ve 2. Dünya Savaşı boyunca Nazi yönetimine karşı yaklaşımını değiştirmeden akademik yaşamını ve Nazilere yönelik eleştirilerini Avrupa'nın çeşitli ülkelerinde sürdürmüştür. Görüldüğü üzere yaşamı boyunca hukukun hem teorik dünyasında hem de hukuku oluşturan politikada aktif bir şekilde yer almıştır. Ortaya koyduğu eserleri de aynı şekilde bulunduğu konunun ve yaşadıklarının yansıması olmuştur.

B- Radbruch Formülü

Radbruch Formülü'ne yönelik incelemeler yapılırken, 2. Dünya Savaşı öncesinde Radbruch'un hukuki pozitivist olduğu ve fakat savaş sonrasında radikal bir değişiklik ile tabii hukukçu yönde bir formül ortaya koyduğu dile getirilmektedir. Aktarıldığı üzere Weimar Dönemi'nde adalet bakanlığı yapan bir akademisyen olarak Radbruch'un görüşlerinin hukuki pozitivist bir çizgide ilerlemesi doğaldır. Ancak bu dönem görüşlerinde de Radbruch, katı bir hukuki pozitivistten hareket etmemiştir. Her zaman için pratiği ve teoriyi birleştiren orta bir yol öngördüğü görülmektedir. Fakat Radbruch'un hukuk felsefesinde savaş öncesi ve sonrası dönem olarak bir kırılmanın olduğunu iddia edenler de mevcuttur¹⁰². Bu başlık altında savaş öncesi ve sonrasında Radbruch'un görüşlerinin tutarlı olduğundan hareket edilerek Radbruch Formülü incelenecektir.

İlk olarak savaş öncesi vermiş olduğu eserlerine bakılacak olursa, Radbruch Formülü'ne ilişkin nüvelerin bu eserlerinde var olduğunu görebilmek mümkündür. Öncelikle Radbruch Yeni-Kantçı akım içerisinde yer almaktadır¹⁰³. Bu yaklaşımı ile Radbruch olan-olması gereken hukuk ayrımı yapmakta ve dolayısıyla katı bir pozitivist bakış açısından da uzak durmaktadır¹⁰⁴. Radbruch, hukuk idesini, olan hukuka dayandı-

99 NIEKERK, **1973**, s. 238.

100 NIEKERK, **1973**, s. 238; KÜHL, **2012**, s. 372.

101 METİN / HEPER, **2015**, s. 16.

102 METİN / HEPER, **2015**, s. 27.

103 AYDIN, Melike Belkıs, "Gustav Radbruch Düşüncesinde Dönemsel Vurgu Değişimi", İÜHF, Yıl: 2015, Cilt: LXXIII, Sayı:2, s. 9; METİN / HEPER, **2015**, s. 29.

104 Wapler, s. 37'den aktaran AYDIN, **2015**, s. 10.

arak tabii hukukla hukuki pozitivizmi birbirine içkin hâle getirecek şekilde buluşturmuştur¹⁰⁵. Bu düşünceden hareketle Radbruch'un hukuk felsefesinin en başından beri orta yolcu bir izlek üzerinden devam ettiği söylenebilir. Nitekim Radbruch'un 1932 yılında yayımladığı hukuk felsefesi eserinde hukuk güvenliği ve adaletin çatışma yaşadığı durumda, hukuk güvenliğine öncelik verilmesi gerektiğini belirtmesi¹⁰⁶, adaletin varlığını yok saymadığı anlamına gelmektedir. Yeni-Kantçı hareket içerisinde yer alan Radbruch'un adalete yaptığı vurgu, hukukta adaletin bir değer olarak incelenmesini önerdiği şeklinde yorumlanmaktadır¹⁰⁷.

Diğer taraftan Radbruch'un ahlaki rölativist görüşte olması da, onu tabii hukuktan uzaklaştırmaktaysa da aslında, insan haklarına ve tabii hukuka dair bir inancı olduğu 1934 tarihli Lyon konuşması ile sabit bulunmuştur¹⁰⁸. Radbruch, evrensel bir hukuku kabul etmemekle birlikte Kant'ın etkisiyle, belirli bir yer ve zamanda kabul edilen hukukun doğru bir hukuk olduğunu ifade etmektedir¹⁰⁹. Diğer taraftan Radbruch'un savaş öncesi dönemde hukuki pozitivist olarak nitelendirilmesinde en büyük etken onun hukuki güvenliğe vermiş olduğu önemdir¹¹⁰. Ancak Radbruch hukuki güvenlikle birlikte, hukukun gerçekleştirilmeyi amaçladığı nihai hedef olarak adaleti ve hukukun adalet amacına uygunluğunu birlikte saymaktadır¹¹¹. Yine de bu üç bileşenin çatışmasında neyin adil olduğu saptanamıyorsa hukuki meşruiyet gereği, pozitif düzenlemeye yani hukuki güvenliğe öncelik tanımaktadır¹¹². Tüm bu açıklamalar birlikte değerlendirildiğinde Radbruch'un savaş öncesi döneme denk gelen bu görüşleri ile klasik pozitivizmden saptığı ve fakat aynı şekilde klasik bir tabii hukukçu da olmadığı görülmektedir. Radbruch'un savaş öncesi ve sonrası görüşlerinde çelişki olarak görülebilecek bir nokta olarak hâkimlerin durumu gösterilebilir. Radbruch savaş öncesinde hâkimlerin, yasaya itaat etmelerini aramaktadır¹¹³. Bu bakış açısıyla Radbruch Formülü'ne bakılacak olursa:

2. Dünya Savaşı sonrasında yayımladığı "*Yasal Haksızlık ve Yasaüstü Hukuk*"¹¹⁴ makalesi Radbruch Formülü'ne kaynaklık etmektedir. Makale şu şekilde başlamakta: "*Emir emirdir' ve 'yasa yasadır'. Bu iki maksim vasıtasıyla Nasyonal Sosyalizm kendine tabi*

105 Wapler, s. 33'ten aktaran AYDIN, 2015, s. 10

106 METİN / HEPER, 2015, s. 24.

107 AYDIN, 2015, s. 11.

108 Schmid, s. 66'dan aktaran AYDIN, 2015, s. 14.

109 *Kültür Hukuku* şeklinde adlandırılmaktadır (Bkz: AYDIN, 2015, s. 15-16).

110 METİN / HEPER, 2015, s. 24.

111 AYDIN, 2015, s. 17; METİN / HEPER, 2015, s. 24.

112 GÜRİZ, Adnan, *Hukuk Felsefesi*, Siyasal Kitapevi, Ankara, 2011, s. 358-360; AYDIN, 2015, s. 22; METİN / HEPER, 2015, s. 24.

113 AYDIN, 2015, s. 22; "*Hukukun otoritatif buyruğuna kendi hukuk duygusunu feda etmek; yalnızca hukuka uygun olanın ne olduğunu sormak ve asla onun adaletli olup olmadığına bakmama; adalet sevgisi olmaksızın zevkle yürütülemeyecek bir meslekte belki de adaletsizliğe hizmet etmek: Bu hukukçunun ödevi ve trajedisidir (1929)*" (METİN / HEPER, 2015, s. 28).

114 "*Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht*"

olanları, askerler ve hukukçuları saygıyla bağlamanın çaresini bulmuştur”¹¹⁵ ve Radbruch bu ifadeyle pozitivizmi açık bir şekilde eleştirmektedir. Nitekim devam eden kısımda pozitivizmin, yürürlükte olan hukuku hiçbir sınırlamaya tabi tutmamasını eleştirerek bir öneri sunmaktadır. Radbruch Formülü olarak ifade edilen bu öneri ise şu şekildedir¹¹⁶:

“Adalet ve hukuk güvenliği arasındaki çatışma belki en iyi şu şekilde çözülebilir: Meriyete geçirme ve güç tarafından güvence altına alınan pozitif hukuk, içeriği haksız ve insanlara yarar sağlamadığı zaman dahi, şayet yasa ve adalet arasındaki çatışma tahammül edilemez bir düzeye erişmedikçe üstünlüğe sahiptir. Tahammül edilemez duruma eriştiğinde yasa, yanlış yasa olduğu kabul edilerek adaletin karşısında geri çekilmelidir. Yasal haksızlık ile yanlışlığına rağmen geçerli yasalar arasında keskin bir sınır çizmek olanaksızdır. Yine de son derece açıklıkla çizilebilecek bir ayırım çizgisi vardır. Bu sınır adaletin özü olan eşitliğe teşebbüs dahi edilmeyip, pozitif yasanın çıkarılmasında eşitliğin bilinçli olarak reddedilmesi halinde, yasanın sadece ‘yanlış hukuk’ değil, her hâlükârda hukukun doğasında tamamen yoksun kalması halidir”.

Radbruch’un bu ifadelerinden hareket edildiğinde Radbruch Formülü’nün; tahammül edilemezlik ve inkar/yadsıma¹¹⁷ şeklinde iki kısımdan oluştuğu görülmektedir¹¹⁸. Ancak ikinci kısım birinci kısmın içerisinde somutlaşmakta ve erimektedir. Dolayısıyla kilit unsuru tahammül edilemezlik kıstası oluşturmaktadır. Ancak dikkat edilmelidir ki Radbruch, tahammül edilemez boyuta gelen aykırılıkların söz konusu olduğu durumda yine de hukuki güvenlik ilkesinin uygulanmasının daha doğru olacağını ifade etmektedir. Formüle göre eğer pozitif düzenlemeler, içermesi gereken hukuki değer olarak adaletten yoksunsa ya da kasten yoksun bırakılmışsa (Nazi Dönemi kanunları gibi) ve bu yoksunluk ancak tahammül edilemez boyuta ulaşmışsa o noktada hukuk yok olmaktadır, demektedir¹¹⁹. Bu yok oluş ise tabii hukuk kaynaklı bir evrensel insan haklarına ve adalet anlayışına dayanmaktadır.

Formülün somut hayata yansımaları ise Nazi Dönemi kanunlarının hukuk olarak görülmemesi ile sonuçlanmıştır. Gerek bu dönemde çıkarılan kanunlar gerekse de pozitif

115 METİN / HEPER, 2015, s. 75.

116 METİN / HEPER, 2015, s. 91.

117 KIRSTE’den aktaran AYDIN, 2015, s. 24.

118 METİN / HEPER, 2015, s. 75

119 RADBRUCH, Gustav, “Beş Dakikada Hukuk Felsefesi”, (çev. Hayrettin Ökçesiz), **Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arkivi**, (der. Hayrettin Ökçesiz), 2. Kitap, Afa Yayını, İstanbul, 1998, s. 8; DREIER, Ralf, “Hukuk Kavramı”, (çev. Altan Heper), **Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arkivi**, (der. Hayrettin Ökçesiz), 2. Kitap Afa Yayını, İstanbul, 1998, s. 12; AKTAŞ, 2000, s. 269.

düzenlemelere göre yapılan yargılamalar geçerliliklerini kaybetmiştir. Bunun sonucunda Nazi Dönemi'nde mağdur olarak yargılamalara katılanlar savaş sonrasında sanık sıfatını kazanırken; Nazi Dönemi yargıçları da, fiile iştirak eden suç ortakları olarak nitelendirilmiştir¹²⁰. Radbruch Formülü ile bir taraftan hukuk-ahlak arasındaki ilişki hukuk felsefesi tartışmaları ile gündeme gelirken¹²¹ diğer taraftan ise hukuki güvenlik ilkesinin meşru halini oluşturan kanunilik ilkesi ve kanunların geriye yürümezliği sorgulanmıştır.

Radbruch Formülü, insan haklarına aykırılık arz eden tahammül edilemez nitelikteki uygulamalara karşı kanunilik ilkesinin ihlalini meşrulaştırırken bu meşruluğun savaş sonrası dönemin ürünü olan uluslararası metinlerde düzenlenmesine de ön ayak olmuştur¹²².

III- İKİNCİ DÜNYA SAVAŞI SONRASI DÖNEM VE ULUSLARARASI HUKUKA YANSIMALAR

Radbruch Formülü 2. Dünya Savaşı sonrası dönemde uluslararası metinlerde ceza hukukunun temel ilkesi olan kanunilik ilkesi ile tam karşılığını bulmuştur. Almanya'da Naziler'in iktidara gelerek, bireylerin temel hak ve özgürlüklerine ağır müdahalelerde bulunması, ağır ihlallerin (*savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar*) önüne geçmek için uluslararası birliğin gerekliliğini şart koşmuştur.

Dört Büyük Müttefik Güç; ABD, İngiltere, Fransa, S.S.C.B bir araya gelerek 08.08.1945 tarihinde Londra Antlaşması'nı imzalamış ve bu antlaşmaya göre Nürnberg Uluslararası Askeri Mahkemesi (*International Military Tribunal-IMT*) kurulmuştur^{123 124}. Nürnberg Mahkemesi, savaş suçlarının kovuşturulması ve cezasız kalmaması için önemli bir adım atmış ve ilk kez insanlığa karşı suçlar tanımlanmışsa da¹²⁵; kanunilik ilkesine ilişkin olarak Nürnberg Mahkemesi Şartının 6/II-c bendinde yer alan "*Mahkemenin*

120 "Göttig'i hukuka ve yasaya aykırı mahkum eden hakimler cinayet nedeniyle suçlu bulunup mahkum edilmeliydiler" (METİN / HEPER, 2015, s. 83).

121 Hart- Fuller tartışması bu kapsamdadır (Bkz: METİN / HEPER, 2015, s. 37 vd.). Savaş sonrası dönemde Almanya'da yapılan yargılamalara yönelik olarak Hart, bir hukuk kuralı haksız nitelik taşısa bile norm hukuk olmaya devam ettiğinden uygulanmalıdır demektedir (AKTAŞ, 2000, s. 259). Dworkin'in Hart'a yönelik eleştirilerinde; "*Hukukta salt yazılı kuralların belirliliği sağlayamayacağı ve 'kanunda boşluk olmaz' argümanının gerçeği yansıtmadığı özellikle hukuki belirsizlik kavramının öne sürülmesiyle pozitivistler tarafından da dikkate alınmıştır. Hart, bu bağlamda hukukta 'açık metin' denilen belirsiz bir alan olduğunu savunmuş ve esnek bir yol izleyerek ahlaki ilkelere hukuk tanımı içerisinde yer vermeye çalışmıştır. Katı bir formalist yaklaşımla birleşen pozitivist bir hukuk sisteminin savunulmasının zorluğuna dikkat çeken Hart, belli durumlarda yargıçlara daha etkin bir konum verilmesi gerektiğini öne sürerek, zor davalarda yargıçların takdir hakkını tanımıştır*" diyerek; aşırı adaletsiz hukuk kuralları ile karşılaşan hâkimin ahlaklılığı dikkate alarak karar vermesi gerektiğinin altını çizmektedir (DEMİRDAL, 2014, s. 817, 814).

122 AİHS m. 7/2 ve ile kanunilik ilkesinin uygulanmasına yönelik uygar ulusların sahip olduğu olağanüstü hal düzenlemesi olarak tabii hukuk felsefesini yansıtan "*emniyet sübabı*"dır.

123 URŞUN, Günel, "Uluslararası Ceza Mahkemesi: Hayal ve Ötesi", http://www.ucmk.org.tr/index.php?option=com_content&view=article&id=17&Itemid=72 (Erişim tarihi: 08.01.2018).

124 ODMAN, Tevfik, "Eski Yugoslavya İle İlgili Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşu ve Yasal Dayanağı", **AÜHFD**, Yıl: 1996, Cilt: 45, Sayı:1, s. 137.

125 ÇAKAR, Ayşen, "İnsanlığa Karşı Suçlar", **TBB Dergisi**, Yıl: 2012, Sayı: 103, s. 169-197.

yarğılama yetkisine giren her bir suçun icrası için veya bu suçla ilgili olarak, savaştan önce veya savaş sırasında, herhangi bir sivil nüfusa karşı işlenmiş insan öldürme, imha, köleleştirme, sürgün ve diğer tüm insanlık dışı fiiller veya siyasal, ırksal veya dinsel sebeplerle yapılan zulümler, **işlendikleri ülkenin iç hukukuna aykırılık oluştursun veya oluşturmasın** insanlığa karşı suç olarak nitelendirilirler” şeklindeki ifade ile “iç hukuka aykırılık oluştursun ya da oluşturmasın” kanunilik ilkesi yok sayılmıştır¹²⁶. Bu yok sayış Radbruch Formülü’nün etkisiyle söz konusu olabilmektedir.

Diğer taraftan 2. Dünya Savaşı sonrasındaki bir diğer uluslararası mahkeme olarak Tokyo Uluslararası Uzak-Doğu Askeri Mahkemesi¹²⁷ de Nürnberg Mahkemesi Şartı’nda geçen ilgili hükmü kabul etmiştir. Tokyo Mahkemesi’ne ait kuruluş şartında yer alan 5/2-c bendi Nürnberg Mahkemesi’nin kabul ettiği şekilde kanunilik ilkesinin koruyuculuğunu ortadan kaldırmıştır¹²⁸. Her iki Uluslararası Ceza Mahkemesi de yarğulamalarını uygar devletlerin hukuk-adalet anlayışına uygun olarak orta yolcu bir formül olan Radbruch Formülü’nün temel düşüncesine uygun şekilde gerçekleştirmiştir.

İlgili hükümler kanunilik ilkesinin gerek belirlilik gerekse de hukuki güvenceyi sağlayıcı yönünü ihlal ettiği gerekçeleriyle eleştirilere maruz kalmışsa da Mahkemelerde uygulanmasına devam edilmiştir¹²⁹. Ayrıca farklı bir tartışma konusu içermesine rağmen yarğulamaların ve soruşturmaların müttefik devletlerce yapılmış olması ve fakat müttefik devletlerin işlemiş olduğu savaş ve insanlığa karşı suçların yarğulamalarının yapılmaması ve hatta savaş suçu işlediklerinin dahi kabul edilmemesi “uygar müttefik ulusların” adalet içeren hukukunun niteliğini tartışılır kılmıştır. Özellikle Almanya topraklarında müttefik devletlerce işlenen suçların uluslararası anlamda suç olarak nitelendirilmemesi, geleneksel savaş suçu dahi kabul edilmemesi oldukça manidar kabul edilmiştir¹³⁰. Ancak bu noktada Radbruch Formülü’nde ifade edildiği üzere *hukuk-adalet* anlayışının kendisinden kaynaklanan bir başka özellik devreye girmiştir.

Radbruch Formülü’nde ifade edilen adalet anlayışı merkezi Avrupa olan uygar ulusların adalet anlayışını temsil etmektedir¹³¹. Nitekim Radbruch, uygar ulusların sahip

126 Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, and Charter of the International Military Tribunal. London, 8 August 1945, <https://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Treaty.xsp?action=openDocument&documentId=87B0BB4A50A64DEAC12563CDO02D6AAE> (Erişim tarihi: 20.05.2015).

127 International Military Tribunal for the Far East at Tokyo

128 ÇAKAR, 2012, s. 178; “Mahkemenin yarğılama yetkisine giren her bir suçun icrası için veya bu suçla ilgili olarak, savaşta önce veya savaş sırasında, herhangi bir sivil nüfusa karşı işlenmiş insan öldürme, imha, köleleştirme, sürgün ve diğer insanlık dışı fiiller veya siyasal veya ırksal sebeplerle yapılan zulümler, işlendikleri ülkenin iç hukukuna aykırılık oluştursun veya oluşturmasın insanlığa karşı suç olarak nitelendirilirler.”

129 ULUSOY, Orçun, **Uluslararası Ceza Mahkemesi**, İnsan Hakları Gündemi Derneği Yayınları, İzmir, 2008, s. 14.

130 GALLANT Kenneth, **The Principle of Legality in International and Comperative Criminal Law**, Cambridge University Press, 2009, s. 76.

131 Samir Amin uygar ulusları Avrupamerkezcilik ekseninde açıklarken “... Avrupamerkezci versiyonunda, modelin yayılmasına direnen halkların ve uygarlıkların yok edilmesi var. Bu bakımdan Nazizm’i başka örneği bulunmayan bir sapma gibi değil, Avrupa merkezli savların aşırı bir ifadesi olarak her zaman ortaya çıkabilecek gizil bir güç gibi değerlendirmek gerekir” demektedir. Bkz. AMİN, Samir, **Avrupamerkezcilik Bir İdeolojinin Eleştirisi**,

olduğu adalet anlayışını savaş sonrası dönemde revize etmiş ve böylelikle kanunilik ilkesinin pozitifliği, Tabii Hukuk Rönesansı'nın etkisiyle olağanüstü durumlar için rafa kaldırılabilmiştir. Hukukun güvenilirliğini bu şekilde rafa kaldırış ise ancak ve ancak uygar ulusların kararı ile söz konusu olabilmektedir. Radbruch Formülü'nün kanunilik ilkesi üzerinden ortaya koyduğu yaklaşım AİHS'nin 7'nci maddesi ile uluslararası bir norm haline getirilmiştir.

AİHS de aynı şekilde 7'nci maddesinde:

- (1) Hiç kimse işlendiği zaman ulusal ve uluslararası hukuka göre suç sayılmayan bir fiil ya da ihmalden dolayı mahkûm edilemez. Aynı biçimde suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.
- (2) Bu madde, işlendiği zaman uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir eylem veya ihmalden suçlu bulunan bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel değildir”

şeklinde bir hükme yer vermiştir. İşlenildiği zaman ulusal ve uluslararası hukuka göre suç sayılmayan bir fiil veya ihmalden dolayı kimsenin cezalandırılmayacağı ve yine suçun işlendiği zamandaki mevcut cezadan daha ağır bir cezanın da söz konusu olamayacağı açık bir şekilde düzenlemiştir. Fakat bununla birlikte işlenildiği zaman uygar ulusların genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir fiil veya ihmal söz konusu ise yargılama ve cezalandırmanın mümkün olacağı da kabul edilmiştir. Maddenin ilk fıkrası kanunilik ilkesinin pozitif hukuk anlayışına uygun hâlini oluşturmakta buna karşın ikinci fıkrası ise tabii hukuk anlayışına uygun istisnai görünümünü teşkil etmektedir. Maddenin 2'nci fıkrasının istisnai bir hüküm olduğuna yönelik görüşler mevcutsa da³² AİHS'nin önemli bir maddesi olduğu gerçeği yadsınamazdır.

AİHS'nin 7'nci maddesinin 2'nci fıkrası Radbruch Formülü çerçevesinde tabii hukuk anlayışının etkisiyle düzenlenmiştir. İlgili fıkra kanunilik ilkesine yönelik istisnai bir düzenlemeyi içermektedir. Nitekim maddenin 2'nci fıkrası ile kanunilik ilkesi göreceli olarak geçerli hale getirilmiştir. Öyle ki fıkroda bahis konusu edilen “uygar uluslar” tarafından kabul edilen genel hukuk ilkelerinin ihlali hali “uygar olmayan devletlere” uluslararası düzlemde bir müdahalenin söz konusu olabilmesini mümkün kılmıştır. Böylelikle uygar ulusların adalet anlayışına göre uluslararası anlamda anti-sosyallik yaratılması mümkün hale gelmiştir. Uygar uluslar bu noktada ulusal hukuk çerçevesinde kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmeyen eylemleri kendi adalet anlayışlarına karşıt olmasına duruma özgü olarak illegal bir eylem şeklinde nitelendirme yetkisine sahip olmuşlardır.

AİHS'nin 7'nci maddesi Radbruch Formülü vasıtasıyla hem ilk fıkrası itibarıyla normatif anlamda kanuniliği sağlayarak pozitif hukuka hem de içerdiği uygar ulusların adalet anlayışı yaklaşımı ile tabii hukuk anlayışına uygun orta yolcu bir yaklaşım geliştirmiştir. *Uygar ulusların* anti-sosyal bilinci ile Radbruch Formülü'nün adalet anlayışı bu noktada birlikte düşünülme gerektirmektedir. Dolayısıyla Radbruch Formülü uluslararası

Chiviyazıları Yayınevi, 2007, s. 138.

132 BOSTANCI, Gülşah, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Türk Ceza Hukukunda Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007, s. 35.

hukukun önemli bir kaynağı olarak AİHS'nin en temel maddesinin istisnai bir hükmü olarak varlığını sürdürmektedir. İhtiyaç duyulduğu anda adalet anlayışını her türlü değişime ve dönüşüme uygulayabilmek üzere hazırda beklemekte, ihtilalci tavrı ile düzeni korumayı bir arada sürdürmektedir.

SONUÇ

Tabii hukuk ve pozitivist hukuk tartışması her dönemin temel hukuk felsefesi tartışması olarak önemini korumaktadır. Değişen dengelere göre benimsenen hukuk felsefesi de değişmektedir. Ancak tabii hukuk ihtilal ruhuna hizmet eden bir nitelikte kriz zamanlarında, aşkın ve sorgulanamaz değerlerle egemen gücü kurmaya elverişlilik göstermektedir. 2. Dünya Savaşı sonrasında uluslararası platformlarda eşit bir şekilde devletlerin bir araya gelmesi için tabii hukukun eşitlik ve adalet ile insan hakları söylemine ihtiyaç duyulması oldukça doğaldır. Yeni düzenin kurulması için tabii hukukun her yere nüfuz eden adalet anlayışı ise devam eden süreçte hukuki pozitivismle sağlanmaktadır. 2. Dünya Savaşı sonrası yeni emperyalizm döneminde tabii hukuka bu nedenle bir geri dönüş yaşanmıştır. Radbruch ise ortaya koyduğu *Radbruch Formülü* ile bu dengede orta yolcu bir bakış açısı ortaya koymuştur.

Radbruch Formülü, tabii hukuk ve hukuki pozitivism tartışmasını 20. yüzyılın değişen koşullarına göre uyarlama imkânı sunmuş ve fakat esasında tartışma iki yaklaşımın temel özellikleri üzerinde tekrar cereyan etmiştir. Tek farkı tartışmanın 2. Dünya Savaşı'nın yarattığı somutlukta ve vahşette yaşanmış olması oluşturmuştur. Diğer taraftan bu tartışmanın temel felsefesini ortaya koyan kişinin Almanya'nın bilinen bir hukukçusu ve eski adalet bakanı olması da pozitivist hukuk anlayışına yapılan vurguyu kalınlaştırmıştır. Fakat Gustav Radbruch'un savaş öncesi ve savaş sonrası görüşleri temelde bir zıtlık içermemektedir. Radbruch savaş öncesi dönemde de Yeni-Kantçı ve ahlaki rölativist bir yaklaşım sergileyerek tabii hukuku tamamen dışlamamıştır. Radbruch Formülü 2. Dünya Savaşı sonrasında uluslararası hukukun önemli bir kaynağı olan AİHS'nin 7'nci maddesinin istisnai hükmü ile değişen ve dönüşen koşullara uygulanmak üzere göze çok fazla çarpmayan istisnai varlığını ise sürdürmektedir. Orta yolcu bir formül olarak emniyeti, durum ve koşulların tüm olasılıklarını sağlayacak şekilde elinde bulundurmaktadır.

KAYNAKÇA

- AKI, İrem, "Hukukun İç Ahlâkı: Lon L. Fuller'in Görüşleri Çerçevesinde Bir İnceleme", **AÜHFD**, Yıl: 2015, Cilt: 64, Sayı: 1, (s. 1-35)
- AKTAŞ, Sururi, "Pozitivist Hukuk Kavramı Üzerine Eleştirel Bir Refleksiyon", **AÜHFD**, Yıl: 2000, Cilt: IV, Sayı:1-2, (s. 257-274).
- AMİN, Samir, **Avrupa Merkezilik Bir İdeolojinin Eleştirisi**, Çivi yazıları Yayınevi, İstanbul, 2007.
- ARAL, Vecdi, "Hukuk Felsefesinde Değer Rölativizmine Karşı Değer Objektivizmi", **İÜHF**, Yıl: 1974, Cilt: 40, Sayı: 1-4, (s. 521-552).
- ARAL, Vecdi, "İnsan ve Norm", **İÜHF**, Yıl: 2014, Cilt: LXXII, Sayı:1, (s. 17-42).

- AYDIN, Melike Belkis, "Gustav Radbruch Düşüncesinde Dönemsel Vurgu Değişimi", **İÜHFİM**, Yıl: 2015, Cilt: LXXIII, Sayı:2, (s. 7-28).
- BIX, H. Brian, "Doğal Hukuk: Modern Gelenek", (çev. Ertuğrul Uzun), **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2004, Cilt:6, Sayı:2, (s. 291-243).
- BOSTANCI, Gülşah, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Türk Ceza Hukukunda Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007.
- CANİKLİOĞLU DİKMEN, Meltem, "Hukuk Devletinde Siyasi İktidar ve Yargının Karşılıklı Konumu İlişkileri", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2008, Cilt: 10, Sayı:1, (s. 9-58).
- ÇAKAR, Ayşen, "İnsanlığa Karşı Suçlar", **TBB Dergisi**, Yıl: 2012, Sayı: 103, (s. 169-198).
- DEMİRDAL, M. Balkan, "Ronald Dworkin'in Hukuk Teorisi Işığında Yargıçların Rolü", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2014, Cilt: XVIII, Sayı: 3-4, (s. 789-820).
- DREIER, Ralf, "Hukuk Kavramı", (çev. Altan Heper), **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi**, (der. Hayrettin Ökçesiz), 2. Kitap Afa Yayını, İstanbul, 1998.
- GALLANT, Kenneth, **The Principle of Legality in International and Comperative Criminal Law**, Cambridge University Press, 2009.
- GURVITCH, George, "Tabii Hukuk mu Yoksa Sezgiye Dayanan Müspet Hukuk mu?", (çev. Hamide Uzbark), **AÜHFD**, Yıl: 1945, Cilt: II, Sayı: 4, (s. 156-196).
- GÜRİZ, Adnan, **Hukuk Felsefesi**, Siyasal Kitapevi, Ankara, 2011.
- GUSTAV, Radbruch, "Beş Dakikada Hukuk Felsefesi", (çev. Hayrettin Ökçesiz), **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi**, (der. Hayrettin Ökçesiz), 2. Kitap Afa Yayını, İstanbul, 1998.
- GÜVEN, Koray, "Hukuk Çevreleri Ayırımında Alman Hukuku'nun Yeri ve Temel Özellikleri", **AÜHFD**, Yıl: 2016, Cilt: 65, Sayı: 3, (s. 837-891).
- KEYMAN, Selahattin, "Tabii Hukuk Doktrininin Epistemolojik Tahlili", **AÜHFD**, Yıl: 1998, Cilt: 47, Sayı: 1, (s. 17-36).
- KEYMAN, Selahattin, "Hukuki Pozitivizm", **AÜHFD**, Yıl: 1978, Cilt: 35, Sayı: 1-4, (s. 17-55).
- KÖKSAL, Mehmedcan, "Milletlerarası Hukuk Düzenine Karşı Doğal Hukukun Uygulanması", **İÜHFİM**, Yıl: 1962, Cilt: 28, Sayı: 3-4, (s. 388-456).
- KÜHL, Kristian, "Radbruch Formülü", (çev. M. Cemil Ozansü), **İÜHFİM**, Yıl: 2012, Cilt: LLX, Sayı: 1, (s. 369-374).
- METİN, Sevtap / HEPER, Altan, **Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü**, 2. Basım, Tekin Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- NIEKERK, van Barend, "The Warning Voice from Heidelberg - The Life and Thought of Gustav Radbruch", **South African Law Journal**, August 1973, Vol. 90, (p. 234-261).
- STORER, Colin, **Weimar Cumhuriyeti'nin Kısa Tarihi**, (çev: Sedef Özge), İletişim Yayınları, İstanbul, 2015.
- ODMAN, Tevfik, "Eski Yugoslavya İle İlgili Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşu ve Yasal Dayanağı", **AÜHFD**, Yıl: 1996, Cilt: 45, Sayı:1, (s. 131-151).
- ULUSOY, Orçun, **Uluslararası Ceza Mahkemesi**, İnsan Hakları Gündemi Derneği Yayınları, İzmir, 2008.
- UYGUR, Güriz, Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü Mü?, **AÜHFD**, Yıl: 2003, Cilt:52, Sayı:2, (s. 145-176).
İnternet Erişimleri
- GÖZLER, Kemal, "**Tabii Hukuk ve Hukuki Pozitivizme Göre Adalet Kavramı**", <http://www.anayasa.gen.tr/adalet.htm> (Erişim tarihi: 08.01.2018)
- BİLEZİKÇİ, Emrah, "**Kirchmann ve Kantorowicz'in İşaret Ettiği Doğal Hukukun Pozitif Hukuka Etkisi**", http://www.umut.org.tr/UserFiles/Files/Document/document_11%20Ekim-1-3.pdf (Erişim tarihi: 08.01.2018)
- KURŞUN, Günal, "**Uluslararası Ceza Mahkemesi: Hayal ve Ötesi**", http://www.ucmk.org.tr/index.php?option=com_content&view=article&id=17&Itemid=72 (Erişim tarihi: 08.01.2018)

HACETTEPE HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

YAYIN İLKELERİ

1. Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi (HFD) ulusal ve hakemli bir dergidir; yılda iki sayı olarak Haziran ve Aralık aylarında elektronik ortamda yayımlanır.
2. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmış veya yayımlanmak üzere değerlendiriliyor olmamalıdır.
3. Derginin yayın dili Türkçedir, bununla birlikte bilimsel iletişim işlevini gören yabancı dillerdeki çalışmalara da yer verilmektedir.
4. Dergiye gönderilen yazıların Türkçe ve İngilizce başlıkları ile en az 100, en çok 300 sözcükten oluşan Türkçe ve İngilizce özetleri ile her iki dilde beş adet anahtar sözcüğün de gönderilmesi gerekmektedir.
5. Yazının ana bölümlerinde 12 punto; dipnot, özet ve tablo gibi bölümlerinde 10 punto harf büyüklüğü ve 1,5 satır aralığı ile " Times New Roman" diğer yazı karakterlerinden biri kullanılmalıdır.
6. Çalışmanın sonunda, yararlanılan kaynakların yazar soyadına göre abece (alfabe) sırasına dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Kaynakça sadece çalışmanın gönderme yaptığı eserleri içermelidir. Metin içinde yapılan göndermeler, her bir sayfa sonunda "dipnot yöntemi" kullanılarak gösterilmelidir. Dipnotlarda bir esere yapılan ilk gönderme ile kaynakçada yer verilen eserler aynı biçimde yazılmalıdır. Derginin bütünselliği açısından aşağıda gösterilen örneklere uyulmalıdır.

Kitaplar için:

ÖKTEN, Kaan H., **Heidegger Kitabı**, 2. Basım, Agora Kitaplığı, İstanbul, 2006.

Aynı kaynağa tekrar dipnot vermek için,

ÖKTEN, **2006**, s. 58.

Çeviri kitaplar için:

GIDDENS, Anthony, **Modernliğin Sonuçları**, (çev. E. Kuşdil), 2. Basım, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1998.

Aynı kaynağa tekrar dipnot vermek için,

GIDDENS, **1998**, s. 22.

İki yazarlı kitaplar için:

ÖKTEM, Niyazi / TÜRKBAĞ, Ahmet Ulvi, **Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet**, 4. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2009.

Aynı kaynağa tekrar dipnot vermek için,

ÖKTEM / TÜRKBAĞ, **2009**, s. 23.

Üç veya daha fazla yazarlı kitaplar için:

KOÇAK, Cemil / ÖZDEMİR, Hikmet / BORATAV, Korkut, vd., **Türkiye Tarihi 4 Çağdaş Türkiye 1908-1980**, 10. Basım, Cem Yayınevi, İstanbul, 2008.

Aynı kaynağa tekrar dipnot vermek için,

KOÇAK / ÖZDEMİR / BORATAV vd., **2008**, s. 166.

Yüksek Lisans veya Doktora tezleri için:

TEMİZ, Özgür, **Basın Özgürlüğünün Sınırlanmasında İlke Sorunu**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007.

Aynı kaynağa tekrar dipnot vermek için,

TEMİZ, **2007**, s. 44.

Kurumsal yayınlar için:

Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği (TÜSİAD), **Yargılama Düzeninde Kalite**, İstanbul, 1998.

Aynı kaynağa tekrar dipnot vermek için,

TÜSİAD, **1998**, s. 56.

Makaleler için:

KONURALP, Haluk "Fransız Hukukunda Kanun Yolları Arasında İstinafin Yeri", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2001, Cilt: 50, Sayı: 1, (s. 25 - 40).

Aynı kaynağa tekrar dipnot vermek için,

KONURALP, **2001**, s. 35.

Derleme Kitap ve Armağan Makaleleri için:

ERGİL, Doğu, "Demokratik ve Katılımcı Yönetimin Önkoşulu Olarak İfade Özgürlüğü", **Türkiye'de İfade Özgürlüğü**, (der. T. Koçak, vd.), 1. Basım, Bgst Yayınları, İstanbul, 2009, (s. 98 - 109).

Aynı kaynağa tekrar dipnot vermek için,

ERGİL, **2009**, s. 100.

Konferanslarda sunulan bildiriler için:

KUÇURADİ, İoanna, "Norm Oluşturma ve Norm Koyma Sorunları", **Ankara Hukuk Toplantıları - Norm Koyma ve Hüküm Verme (17 - 18 Nisan 2009)**, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2011, (s. 13 - 19).

Aynı kaynağa tekrar dipnot vermek için,

KUÇURADİ, **2009**, s. 15.

İnternet için:

BAKER, Ulus, **Spinoza Kitabı: Ethica'nın Sırrı**, <http://korotomedyane.net/kor/index.php?id=21,182,0,0,1,0> (erişim tarihi 28.10.2010)

Aynı kaynağa tekrar dipnot vermek için,

BAKER, (**Spinoza Kitabı**).

Yazar veya yazarların aynı yıl içinde basılmış birden fazla eserine atıf yapılıyorsa yayının yılının yanına "a", "b", "c", gibi harfler eklenerek farklılaştırma yapılabilir. Bu durum kaynakçada da ayrıca gösterilmelidir. Aynı yazara veya yazarların eserlerine art arda atıf yapılması durumunda "age" veya "ibid" gibi kısaltmalar da kullanılabilir.

7. Dergiye gönderilen yazılara, yazıların başlangıcına sayfa numaralarını da içeren bir "İçindekiler" kısmı da eklenmelidir.
8. Dergiye gönderilen yazılar "*.rtf", "*.doc" veya "*.docx" biçimlerinde kaydedilmiş bir CD içerisinde ve ayrıca ikisinde yazarın adı bulunmayan A4 boyutundaki üç örnek çıktısıyla birlikte gönderilmesi kolaylık sağlayacaktır. Bununla birlikte, hukukdergi@hacettepe.edu.tr e-mail adresine iletilen çalışmalar da değerlendirmeye alınacaktır.
9. Değerlendirilmesi istenen çalışmalara ilişkin gönderilerde mutlaka yazar adı, ünvanı, (varsa) çalışma yeri ve iletişim bilgileri (adres, telefon ve eposta adresleri) yer almalıdır.
10. Yazarların çalışmalarını "olduğu gibi" yayımlanmak üzere ilettikleri kabul edilir. Bilimsel ölçütlere uymayan ve / veya olağanın dışında yazım yanlışları içerdiği gözlenen yazılar, Yayın Kurulunca hakeme gönderilmeksizin geri çevrilebilir.
11. Dergiye gönderilen yazıların ilk değerlendirmesi Yayın Kurulunca basit çoğunluk yöntemiyle karar alınarak gerçekleştirilir ve toplantı sonucu bir raporla kayıt altına alınır (sunulan çalışmanın yazar(lar)ı Yayın Kurulu'nda yer alıyorsa, değerlendirme toplantısına katılamaz). İlk inceleme sonucunda değerlendirmeye uygun bulunan yazılar, "nesnel değerlendirme" ilkesi uyarınca yazar adı metinden çıkarılarak, bilimsel açıdan yayıma uygun olup olmadığına bakımından değerlendirilmek üzere Yayın Kurulunca belirlenen hakeme gönderilir. Yazara çalışmanın hangi hakeme gönderildiğine yönelik bilgi verilmez. Hakem raporu doğrultusunda makalenin yayımlanması, yazardan düzeltme istenmesi veya yazının geri çevrilmesi kararlaştırılır. Hakem raporunda bilimsel olarak yetkin görülen yazıların yayımlanıp yayımlanmayacağına veya derginin hangi sayısında yayımlanacağına Yayın Kurulu karar verir. Yazar, tüm bu aşamalardan e-mail yoluyla bilgilendirilir.
12. Dergide, hakemli makalelerin yanı sıra, çeviri, karar incelemesi ve eleştiri vb. çalışmalara da yer verilir. Bu tür çalışmaların, yayımlanıp yayımlanmaması Yayın Kurulunca kararlaştırılır.
13. Yayımlanması kararlaştırılan yazıların her türlü elektronik ortamda tam metin olarak yayımlanması veya yeniden yayımlanması da dahil olmak üzere tüm yayın hakları Hacettepe Üniversitesi'ne aittir. Yazarlar gönderdikleri çalışmalarla ilgili tüm yayım (telif) haklarını Üniversite'ye devretmiş sayılırlar; yazarlara ayrıca bir ücret ödenmez.
14. Dergi internet ortamında bedelsiz olarak erişime açık tutulur.

