ÇAĞDAŞ HUKUK FELSEFESİNDE DOĞAL HUKUK VE HUKUKİ POZİTİVİZM TARTIŞMASINA ELEŞTİREL BİR BAKIŞ

Pamukkale Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Doktora Tezi
Felsefe Ana Bilim Dalı
Felsefe Doktora Programı

Ceren ÖZTÜRK KARAKAPLAN

Danışman: Prof. Dr. Milay KÖKTÜRK

Nisan 2025
DENİZLİ

Bu tezin tasarımı, hazırlanması, yürütülmesi, araştırmalarının yapılması ve bulgularının analizlerinde bilimsel etiğe ve akademik kurallara özenle riayet edildiğini; bu çalışmanın doğrudan birincil ürünü olmayan bulguların, verilerin ve materyallerin bilimsel etiğe uygun olarak kaynak gösterildiğini ve alıntı yapılan çalışmalara atıfta bulunulduğunu beyan ederim.

Ceren ÖZTÜRK KARAKAPLAN

ÖN SÖZ

En basit tanımıyla hukuk, insanların bir arada uyum içinde yaşayabilmesini sağlamak adına oluşturulan ve modern toplumların vazgeçilmez temel kurumlarından biri olarak kabul edilen kurallar sistemidir. Ancak hukuk, modern dönemin vazgeçilmez bir unsuru olmakla birlikte, yalnızca modern çağa özgü bir kavram değildir; aksine, insan toplumlarının en eski dönemlerinden itibaren varlığını sürdüren, tarihsel sürekliliğe sahip bir olgudur. Bu yönüyle hukuk, geçmişin mirasını taşırken her çağın ruhuyla yeniden biçimlenen zamansız bir yapıdır. Hukukun bu niteliği, bu çalışmanın motivasyon kaynaklarından biri olmuştur. Zira, hukukun değişen dönemsel koşullara uyum sağlayabilirliği ve sağlamak zorunda olması, onu sürekli incelenmesi ve yeniden değerlendirilmesi gereken bir felsefe disiplini haline getirmektedir. Ayrıca bu zorunluluk, hukukun tekâmül eden, değişen/dönüşen bir olgu olduğunu ortaya koymaktadır. Bu dinamik yapı içinde hukuk, çeşitli bakış açılarıyla ele alınmış ve bu durum farklı hukuk teorilerinin gelişmesine zemin hazırlamıştır.

Hukuk teorileri arasında hukuki pozitivizm ve doğal hukuk, hukuk üzerine yürütülen en köklü ve kapsamlı tartışmalara yön veren iki temel ekol olarak öne çıkmaktadır. Bu iki ekol, öne sürdükleri iddialar bakımından karşıt yaklaşımlar olarak konumlandırılmış ve aralarındaki sınırlar net bir şekilde belirlenmiştir. Her ne kadar bir dönem bu iki ekol arasındaki tartışmanın sona erdiği ve doğal hukuk ekolünün mağlup gelen taraf olduğu düşünülmüş olsa da, konuya ilişkin yaptığımız araştırmalarda söz konusu tartışmanın çağdaş hukuk felsefesinde yeniden canlandığı ve günümüz hukuki meseleleri bağlamında yeni bir boyut kazandığı görülmüştür. Bu doğrultuda, bu çalışmada ilgili tartışmanın çağdaş hukuk felsefesi kapsamında ele alınması ve sorgulanması gerekliliği doğmuştur.

Bu amaçla, çalışmada hukuki pozitivizm ve doğal hukuk arasındaki tartışma, hukukun özü, kaynağı ve geçerliliği sorunları çerçevesinde eleştirel ve karşılaştırmalı bir perspektifle analiz edilmiştir. Bu analiz, her iki ekolün çağdaş dönemde önde gelen temsilcilerinin genel görüşleri ve birincil kaynakları temel alınarak gerçekleştirilmiştir. Hukuki pozitivizmi savunan düşünürler olarak John Austin, Hans Kelsen, H. L. A. Hart ve Joseph Raz'ın teorileri incelenmiş; doğal hukuk ekolü bağlamında ise Lon L. Fuller, John Finnis ve Robert Alexy'nin yaklaşımları değerlendirilmiştir. Çalışmada, bu düşünürlerin teorilerinden hareketle, hukuki pozitivizm ve doğal hukuk ekollerinin

çağdaş düşüncede karşıt yaklaşımlar olup olmadığı ve aralarındaki sınırların ne ölçüde net olduğu tartışmaya açılmıştır.

Hukuk felsefesi üzerine çalışmanın derinliği içinde geçen yoğun ve zorlu bir sürecin ardından, bu çalışmayı tamamlamış olmanın mutluluğunu ve akademik anlamda bir katkı sunabilmenin heyecanını yaşıyorum. Bu süreçte bana destek olan ve katkı sağlayan hocalarıma ve aileme teşekkür etmek isterim.

Öncelikle, tez danışmanım olmasını istediğim ilk günden, tezimi tamamladığım güne kadar her zaman beni cesaretlendiren, engin bilgi ve deneyimi ile yol gösteren sayın hocam Prof. Dr. Milay KÖKTÜRK'e, emeği ve anlayışı için yürekten teşekkür ediyorum.

Kıymetli vakitlerini ayırarak tez izleme komitesinde yer alan saygıdeğer hocalarım Prof. Dr. Mehmet Ali SARI'ya ve Prof. Dr. Atakan ALTINÖRS'e, bu süreçte gösterdikleri sabır ve ilham veren değerli önerileri için tüm içtenliğimle teşekkürlerimi bir borç bilirim.

Tez savunma sınavıma katılarak görüş ve değerlendirmeleriyle çalışmama katkıda bulunan Sayın Prof. Dr. Lokman ÇİLİNGİR'e ve Sayın Doç. Dr. Alper Bilgehan YARDIMCI'ya teşekkür ederim.

Attığım her adımda beni destekleyen, fedakârlıklarıyla bugünlere gelmemi sağlayan, evlatları olmaktan gurur duyduğum canım annem Özlem ÖZTÜRK'e ve canım babam Murat ÖZTÜRK'e sonsuz teşekkürlerimi sunarım.

Son olarak, tezimi tamamlama sürecimde motivasyonumu daima yüksek tutan, bana olan inancını hiç eksik etmeyen sevgili eşim Ertuğrul KARAKAPLAN'a bana yoldaşlık ettiği için çok teşekkür ederim.

Ceren ÖZTÜRK KARAKAPLAN

ÖZET

ÇAĞDAŞ HUKUK FELSEFESİNDE DOĞAL HUKUK VE HUKUKİ POZİTİVİZM TARTIŞMASINA ELEŞTİREL BİR BAKIŞ

ÖZTÜRK KARAKAPLAN, Ceren
Doktora Tezi
Felsefe Anabilim Dalı
Felsefe Doktora Programı
Tez Yöneticisi: Prof. Dr. Milay KÖKTÜRK
Nisan 2025, VI + 274 Sayfa

Bu çalışmada, doğal hukuk ve hukuki pozitivizm arasındaki tartışma ve bu tartışmanın çağdaş hukuk felsefesindeki yansıması eleştirel bir bakış açısıyla incelenmiştir. Bu kapsamda, hukuki pozitivizmin temsilcileri olan Austin, Kelsen, Hart ve Raz ile doğal hukuk ekolünü savunan Fuller, Finnis ve Alexy'nin hukuk teorileri ele alınmıştır. İnceleme, hukukun özü, kaynağı ve geçerliliği sorunları çerçevesinde sınırlandırılmış ve iki ekol arasındaki tartışma bu bağlamda karşılaştırmalı olarak değerlendirilmiştir. Bu değerlendirmenin esas amacı, çağdaş hukuk felsefesinde doğal hukuk ve hukuki pozitivizm ekolleri arasındaki geleneksel karşıtlığın katı bir biçimde sürdürülmediğini, bunun yerine özellikle doğal hukukçu düşünürler tarafından bu iki ekolün uzlaştırılmasına yönelik bir yaklaşımın benimsendiğini savunmaktır. Bu amaç doğrultusunda, doğal hukuk ve hukuki pozitivizm ekollerinin temel iddiaları yeniden sorgulanmıştır. Bu sorgulama, aynı zamanda çalışmanın bir diğer amacını da ortaya çıkarmaktadır. Bu bağlamda, çalışmanın ikinci amacı, yaygın kanının aksine, doğal hukuk ekolünün hukukun olgusal boyutunu, hukuki pozitivizmin ise değer nitelikli unsurların varlığını bütünüyle reddetmediğini temellendirmeye çalışmaktır.

Anahtar Kelimeler: Hukuk, Çağdaş Hukuk Felsefesi, Doğal Hukuk, Hukuki Pozitivizm, Hukukun Özü, Hukukun Kaynağı, Hukuki Geçerlilik

ABSTRACT

A CRITICAL PERSPECTİVE ON THE DEBATE BETWEEN NATURAL LAW AND LEGAL POSITIVISM IN CONTEMPORARY LEGAL PHILOSOPHY

ÖZTÜRK KARAKAPLAN, Ceren
Doctoral Thesis
Philosophy Department
Philosophy Doctoral Programme
Adviser of Thesis: Prof. Dr. Milay KÖKTÜRK
April 2025, VI + 274 Pages

In this study, the debate between natural law and legal positivism, and the reflection of this debate in contemporary legal philosophy, are examined from a critical perspective. In this context, the legal theories of the representatives of legal positivism including Austin, Kelsen, Hart and Raz, as well as those of Fuller, Finnis and Alexy, who advocate the natural law tradition, are analysed. This analysis is confined to the issues of the nature, source and validity of law and the debate between natural law and legal positivism is comparatively evaluated within this framework. The primary aim of this evaluation is to contend that, in contemporary legal philosophy, the traditional strict dichotomy between the natural law and legal positivism schools is not maintained; rather an approach aimed at reconciling these two schools is adopted, particularly by natural law theorists. In line with this objective, the fundamental claims of the natural law and legal positivism schools have been re-questioned. This questioning, also reveals another aim of the study. The second aim of the study is to demonstrate that, contrary to common belief, the natural law school does not entirely reject the factual dimension of law, nor does legal positivism completely deny the existence of value-based elements.

Keywords: Law, Philosophy of Law, Natural Law, Legal Positivism, Nature of Law, Source of Law, Validity of Law

İÇİNDEKİLER

ÖN SÖZ i
ÖZET iii
ABSTRACT iv
İÇİNDEKİLER v
GİRİŞ 1

BİRİNCİ BÖLÜM

DOĞAL HUKUKUN VE HUKUKİ POZİTİVİZMİN TARİHSEL GELİŞİMİ

1.1. Doğal Hukukun Kaynakları ve Tezleri 24
1.1.1. Doğal Hukuk Düşüncesinin Kökenleri 26
1.1.2. Doğal Hukukun Temel Tezleri 30
1.2. Hukuki Pozitivizmin Kaynakları ve Tezleri 47
1.2.1. Pozitif Hukuk ve Hukuki Pozitivizm 47
1.2.2. Faydacılık ve Hukuki Pozitivizm 54
1.2.3. Hukuki Pozitivizmin Temel Tezleri 58

İKİNCİ BÖLÜM

ÇAĞDAŞ HUKUK FELSEFESİNDE HUKUKİ POZİTİVİZM TARTIŞMALARI

2.1. John Austin ve Buyruk Teorisi 68
2.1.1. Buyruk ve Egemen 68
2.1.2. Pozitif Hukuk ve Hukuk Bilimi 70
2.1.3. Ahlak Duygusu ve Fayda 72
2.1.4. Yaptırım Çeşitleri 74
2.2. Hans Kelsen ve Saf Hukuk Kuramı 77
2.2.1. Hukuk Tanımı ve Hukukun Normatif Yapısı 77
2.2.2. Hukukun Özerkliği 80
2.2.3. Temel Norm ve Normlar Hiyerarşisi 82
2.3. H. L. A. Hart ve Kurallar Mekanizması Olarak Hukuk 88
2.3.1. Betimsel Açıklama ve Kavramsal Analiz Yöntemi 89
2.3.2. Hukuk ve Ahlak İlişkisi 91
2.3.2.1. Hart-Devlin Tartışması 93
2.3.2.2. Kapsayıcı Pozitivizm 95
2.3.3. Birincil-İkincil Kurallar ve Tanıma Kuralı 97
2.4. Joseph Raz ve Otorite Tezi 101
2.4.1. Sebep Kavramı ve Sebep Çeşitleri 102
2.4.2 Hukuk Kavramı 109
2.4.3. Otorite Tezinin Temellendirilmesi 110
2.4.4. Hukuk ve Ahlak İlişkisi 112

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÇAĞDAŞ HUKUK FELSEFESİNDE DOĞAL HUKUK TARTIŞMALARI

3.1. Lon L. Fuller ve Hukukun İç Ahlakı 117
3.1.1. Hart-Fuller Tartışması: Kinci Muhbir Davası 117
3.1.2. İç Ahlakın İlkeleri ve Kral Rex Örneği 122
3.2. John Finnis ve Doğal Hukukun Yeni İfadesi 129
3.2.1. Temel İyiler ve Pratik Aklın Metodolojik Gereklilikleri 131
3.2.2. Ortak İyi ve Hukukun Ortaya Çıkışı 140
3.2.3. Hukukun Biçimsel Özellikleri 143
3.3. Robert Alexy ve Doğruluk Argümanı 145
3.3.1. Hukuk Kavramının Temel Unsurları 146
3.3.1.1. Pozitivist ve Pozitivist Olmayan Yaklaşımlar 147
3.3.2. Hukuk ile Ahlak Arasındaki Zorunlu Bağın Kanıtlanması 150
3.3.2.1. Doğruluk ve Haksızlık Argümanı 154
3.3.2.2. İlkeler Argümanı 158
3.3.2.3. Zorunlu Bağlantı Tezi 161
3.3.2.4. Doğruluğun Dereceleri 165
3.3.3. Hukukun Tanımı 170

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ÇAĞDAŞ HUKUK FELSEFESİNDE HUKUKİ POZİTİVİZM VE DOĞAL HUKUK EKOLLERİNİN KARŞILAŞTIRILMASI

4.1. Hukukun Özüne Dair Tartışmalar 172
4.1.1. Hukuki Pozitivizm: Hukukun Özüne İkili Bakış 174
4.1.2. Doğal Hukuk: Ahlaki ve Normatif Öz Arayışı 184
4.1.3. İki Ekolün Değerlendirilmesi 195
4.2. Hukukun Kaynağı Sorunu 198
4.2.1. Hukuki Pozitivizm: Yetki, Otorite ve Sosyal Pratikler 199
4.2.2. Doğal Hukuk: Ahlaki ve Rasyonel Temellendirme 212
4.2.3. İki Ekolün Değerlendirilmesi 221
4.3. Hukukun Geçerliliği Sorunu 224
4.3.1. Hukuki Pozitivizm: Sisteme Uygunluk ve Toplumsal Etkililik 226
4.3.2. Doğal Hukuk: Adalete Uygunluk 238
4.3.3. İki Ekolün Değerlendirilmesi 251
SONUÇ 254
KAYNAKLAR 263

GİRİŞ

Hukuk felsefesi ekolleri, başta hukuk kavramı olmak üzere hukuk alanına dahil olan tüm kavramlara açıklık getirmeyi amaçlamaktadır. Bu amaçla kavramların mahiyetine yönelik sorulan her sorunun cevabı, soruyu yönelten ekolün bakış açısından bağımsız değildir. Ekoller ortak sorular etrafında birleşmiş olmalarına rağmen onları birbirinden ayıran husus, farklı gerekçeler ve yöntemlerle temellendirdikleri cevaplarıdır. Gerekçe ve yöntemlerin ardında ise ekolün geliştiği konum, zaman, ideolojik ve felsefi düşünce yapısı yer almaktadır. Bu çalışmanın konusu olan, doğal hukuk ve hukuki pozitivizm ekolleri, verdikleri cevaplarda ve bu cevaplar üzerine 19. yüzyıldan bu yana süregelen tartışmada, değişen düşünce yapılarını teşhir etmektedir. Bundan dolayı, çalışmada ulaşılması hedeflenen amaçlardan biri, bu iki ekolün temel sorulara yönelik yanıtları ve ilgili dönem koşullarının yanıtlar üzerindeki etkisini tartışırken iki ekolün hukuk ve hukuki kavramlara yönelik açıklamalarının dayandığı kavramsal temelleri net olarak göstermek olacaktır.

Hukukun ve hukuki kavramların mahiyetine yönelik felsefi sorgulamada doğal hukuk, hukuki pozitivizme göre tarihsel olarak daha eskiye dayanmaktadır. Doğal hukuk ekolü, zaman içerisinde değişen düşünce yapılarının etkisi ile tezahür eden yeni ekoller karşısında belirli dönemlerde otoritesini yitirmiştir. Ekolün otoritesine yönelik en güçlü karşı çıkışı yapan yaklaşım, hukuki pozitivizm olmuştur. Pozitivizm akımının farklı bilim dallarındaki etkisi hukuk alanına da sirayet etmiş; hukuk, toplumsal bir olgu olma niteliğini kazanmıştır. Bu yeni nitelik, hukuk kavramını doğal hukuk ekolünün savunduğu, alışılagelmiş değer yüklü anlamından daha farklı bir zemine taşımıştır. Buna göre artık hukuk, varlığı ve mahiyeti bakımından insan deneyiminin konusu olmayan unsurlara başvurularak tanımlanabilecek bir kavram değildir. Müstakil bir kavram olarak hukukun, öncelikle ahlak olmak üzere tüm farazi ögelerden ayrı bir varoluşa sahip olduğu kabul edilmiş ve hukuki pozitivizm ekolünün yeni hukuk kavrayışı hukuk ve hukuk felsefesi alanlarında etkili olmaya başlamıştır.

Hukuki pozitivizm bu etkiyi sürdürürken doğal hukuk ekolü ise hukukun düzen sağlayıcı rolünün ve bu rolün geçerliliğinin değer nitelikli temellere başvurmaksızın

açıklanamayacağı fikrini sessizce savunmaya devam etmiştir. Ancak bu savunmanın literatürde yeterince yer bulmaması şu soruya neden olmuştur: "Doğal hukuk, öldü mü?"[1]

Bu, önemli bir sorudur ve sorulmaksızın, cevabı aranmaksızın, hukuk düşüncesi ve hukuk felsefesi eksik kalır. Bu nedenle doğal hukuk ekolünün akıbetine yönelik bu soru, çalışmanın temel motivasyon kaynaklarından biridir. Elbette bu temel soru, beraberinde birçok soruyu davet eder. Doğal hukuk sahiden hukuk sistemi üzerindeki etkisini yitirmiş midir? Doğal hukukun, hukuk sisteminde yer almaması için hangi gerekçeler öne sürülebilir? Hukuk kabaca toplumsal düzeni sağlamayı amaçlayan kurallar sistemi olarak kabul edilirse, bu kuralların toplumsal yaşamda benimsenmesi, toplum üyelerinin kurallara karşı yükümlü hissetmesi ancak kuralların geçerlilik kazanması ile mümkündür. Peki, bir toplumda yaşayan insanların geneli tarafından onaylanan ahlak kurallarına veya değer yargılarına yer vermeyen bir hukuk sistemi ne kadar geçerli olabilir? Hukukun değer yargısı içeren hiçbir unsura başvurmaya gereksinim duymadan geçerliliğini yaptırımlar aracılığıyla zorlama prensibine dayanarak sağlayabileceği savunulabilir. Bu durumda kanun yapma, kural belirleme yetkisini elinde bulunduran otoritenin, yaptırımlar ve zorlamalar karşısında sınırları nasıl belirlenebilir? Olgusal olayların dışına çıkmaksızın işleyen bir hukuk sistemi, olayların toplumun ahlak ve değer yargılarını ilgilendiren içsel boyutunu nasıl değerlendirebilir? Doğal hukuk ekolünün hukuk düzeni ve bu düzenin işleyişi üzerine etkisini sorgulama amacı taşıyan bu ve benzeri sorular, çalışmanın cevaplamaya çalışacağı sorulardan bazılarını oluşturmaktadır.

Çalışmada belirlenen bu soruların yanında ele alınması hedeflenen bir diğer husus şudur: Hukuki pozitivizm ekolünün gerçek maksadı, olgusal olanı imtiyazlı bir konuma yerleştirerek, değer yargısı içeren tüm unsurları yok saymak olabilir mi? Ayrıca çalışma, bu soru ile bağlantılı olarak, hukuki pozitivizmin hukukun meşruluk kazanmasında her türlü otoriteyi tam yetki sahibi kabul edip etmediğini de irdelemeyi amaçlamaktadır.

Yukarıda belirtilen sorulardan ve problemlerden anlaşılacağı üzere, çalışmanın alanı, çağdaş hukuk felsefesi olarak belirlenmiştir. Dönem olarak çağdaş hukuk felsefesinin tercih edilme nedeni, doğal hukuk ve hukuki pozitivizm ekollerinin çağdaş dönemde süren tartışmasının literatürde yeterince yer bulmadığı; tıpkı hukuk kavramında olduğu gibi bu iki hukuk felsefesi ekolünün tezlerine ilişkin de belirsizliğin devam ettiği

---

[1] Roger Cotterrell, *The Politics of Jurisprudence A Critical Introduction to Legal Philosophy*, London, 1989, s.122.

düşüncesidir. Bununla birlikte çağdaş dünyada hukuk kavramının daha sık kullanılır olması, toplumsal yaşamda ahlak ve değer yüklü kaygılarla hukuki işleyişe yönelik itirazların duyulur hale gelmesi, hukuk felsefesi çalışmalarının yoğunlaşmasına vesile olmuştur. Bu çalışmalara, belirsizliğini sürdüren hukuk kavramı tanımlarını ve doğal hukuk-hukuki pozitivizm ekollerinin tezlerini yeniden muhakeme ederek, iki ekol arasındaki tartışmada herhangi bir tarafı seçmekten ziyade uzlaşmacı bir yol izlemenin imkânını sorgulayarak hukuk felsefesi tartışmalarına katkıda bulunmak, tezin temel amaçlarından bir diğeridir.

Bu amaçlar doğrultusunda çalışmanın düzeni şu şekilde olacaktır: Giriş bölümünün bir sonraki alt başlığında, doğal hukuk ve hukuki pozitivizm ekolleri ayrıntılı bir şekilde ele alınmadan önce, bu iki ekol hakkında fikir vermek amacıyla kısaca bir değerlendirme yapılacaktır. Ardından hukuk felsefesinde sıklıkla kullanılan kavramlar, bu iki ekolün yaklaşımı dikkate alınarak açıklanacaktır. Doğal hukuk ve hukuki pozitivizm ile hukuki kavramların bu şekilde incelenmesi, hem bahsedilen iki ekolün özelliklerine yönelik genel bir çerçeve çizilmesine hem de iki ekol arasındaki tartışma noktalarının tespit edilmesine yardımcı olacaktır.

Birinci bölüm, doğal hukukun ve hukuki pozitivizmin tarihsel gelişimine ayrılmıştır. Bu bölümde, her iki ekolün geliştiği farklı tarihsel dönemler, bu dönemlerde etkili olan diğer düşünce yapıları ve bunların, ekollerin temel tezleri üzerindeki etkisi analiz edilecektir. Bu analiz yapılırken, doğal hukukçu ve hukuki pozitivist olarak ifade edilen ilk düşünürlerin görüşleri de ele alınacaktır.

İkinci bölümde, çağdaş hukuk felsefesinde hukuki pozitivizm tartışmalarına yer verilecektir. Çağdaş hukuk felsefesinde önce hukuki pozitivizm ekolünün ele alınacak olma nedeni, çağdaş dönemin başlangıcında hukuki pozitivizm ekolünün otorite sahibi olması, doğal hukuk ekolünün ise dönemin ortalarına doğru yeniden önem kazanmasıdır. Böylece bu bölümde, dönemin hukuki pozitivizm tartışmaları, hukuki pozitivist olarak kabul edilen John Austin, Hans Kelsen, Herbert Lionel Adolphus Hart ve Joseph Raz'ın temel tezleri aracılığıyla tetkik edilecek, ana problem noktaları ve bu problemlere ilişkin öne sürdükleri argümanlar belirtilmeye çalışılacaktır.

Üçüncü bölümde ise çağdaş hukuk felsefesinde doğal hukuk tartışmaları konu edinilecektir. Bir önceki bölümde olduğu gibi, dönemin doğal hukuk tartışmaları, doğal hukukçu olarak kabul edilen Lon Luvois Fuller, John Finnis ve Robert Alexy'nin temel

tezleri aracılığıyla tetkik edilecek, ana problem noktaları ve bu problemlere ilişkin öne sürdükleri argümanlar belirtilmeye çalışılacaktır.

Dördüncü ve son bölümde, çağdaş hukuk felsefesinde hukuki pozitivizm ve doğal hukuk ekollerinin karşılaştırmalı değerlendirmesi yapılacaktır. Burada değerlendirme, her iki ekolün ortak tartışma noktaları olarak belirlenen hukukun özü, hukukun kaynağı ve hukukun geçerliliği başlıkları altında sunulacaktır. Bu değerlendirmenin ilk amacı, ortak tartışma noktalarından hareketle, hukuki pozitivizm ile doğal hukuk tartışmalarına ontolojik, epistemolojik, ahlaki ve siyasi bir eleştirel bakış geliştirebilmektir. Bu değerlendirmenin bir diğer amacı ise ortak tartışma noktaları kapsamında bu iki ekolün uzlaştırılmasının imkânını ve gerekliliğini sorgulamaktır.

a. Hukuk Felsefesi Yaklaşımları

Herhangi bir felsefe disiplininde farklı ekoller, görüşler ve içerikler kadar, o felsefe disiplinine ilişkin yaklaşımlar da önemlidir. Zira bu yaklaşımlar o problem alanına ilişkin felsefe yapma tarzını belirler. Bunu özellikle hukuk felsefesi disiplininde çok net görmekteyiz. Hukuk felsefesi, felsefecilerin ve hukukçuların yaklaşımı olmak üzere iki farklı biçimde değerlendirilmektedir.[2] Her ne kadar bu iki yaklaşım birbirini tamamlıyor gibi görünse de, hukuk kavramını ele alış biçimleri açısından farklı nitelikler taşımaktadır. Felsefeciler, hukuk ve hukukun temel kavramlarının özünü saptamak için felsefi sorgulama ve tartışma yaparken, hukukçular bu kavramlar ile hukukun temel ilke ve normlarını, hukuksal olgulardan hareketle açıklamaya çabalamaktadır. Fakat çalışmamızda, hukuk felsefesine ilişkin "felsefecilerin hukuk felsefesi" ve "hukukçuların hukuk felsefesi" ele alınmayacaktır. Bunun yerine, çalışmanın bu bölümünde hukuk felsefesindeki içeriksel tartışmalar ve öne çıkan ekoller incelenecektir.

Genel olarak hukuk felsefesi yaklaşımları, hukukun neliğine yönelik farklı felsefi görüşleri nedeniyle birbirinden ayrılmaktadır. Bu çalışmanın konusu olan doğal hukuk ve hukuki pozitivizm ekolleri yanında hukuki realizm, eleştirel hukuk teorisi, feminist hukuk teorisi gibi farklı hukuk felsefesi yaklaşımları da bulunmaktadır. Burada, yaklaşımlar çalışmanın kapsamına dahil edilmediği için ayrıntılı bir şekilde açıklanmayacak, farklı yaklaşımlar arasında mantıksal bir ilişki kurulabilmesi adına onların içeriklerine yönelik kısa bir açıklama yapılacaktır.

---

[2] Michel Troper, *Hukuk Felsefesi*, Ankara, 2019, s.16-17.

Hukuk felsefesi yaklaşımlardan biri olan hukuki realizm, Amerikan hukuki realizmi ve İskandinav hukuki realizmi olmak üzere iki kola ayrılmaktadır. Genel olarak bu yaklaşım, hukukun pratik kısmına yönelir. Bu yaklaşım gereğince hukuk, pratik amaçlara hizmet etmelidir. Bu amaçlara ulaşabilmek için sosyal gerçekliklere yönelmeli ve sosyolojik verileri kullanmalıdır. Toplumsal yaşamdaki hızlı değişimler nedeniyle sosyal gerçekliler de hızla değişmektedir. Hukuk bu değişimler karşısında sabit kalmamalı ve değişime uyum göstermelidir.[3]

Hukuku toplumsal yaşamdaki konumundan hareketle inceleyen bir diğer yaklaşım, eleştirel hukuk teorisidir. Bu teorinin öncelikli amacı, bir hukuk tanımı vermekten ve hukukun ahlakla olan ilişkisini belirlemekten ziyade hukukun siyasetle olan bağını incelemek ve hukuki olduğu dile getirilen pek çok söylemin aslında siyasi olduğunu göstermektir. Bu amaca ulaşmak için ise toplumsal yaşamdaki ırk ve cinsiyet ayrıştırmaları, yaşanan savaşlar örnek olarak gösterilmiştir. Ayrıca teori Marksizmin sosyal yaşama yönelik bazı görüşlerini benimsemiş ve alt sınıfa dahil olarak kabul edilen grupların deneyimlerine ağırlık vermiştir. Teori, deneyim araştırmaları aracılığıyla hukuki yetersizlikleri eleştirmiştir.[4]

Deneyimlerden hareketle hukuk kavramını ve hukuk sisteminin işleyişindeki temel problemleri ele alan bir diğer hukuk felsefesi yaklaşımı feminist hukuk teorisidir. Bu teori, hukuk sistemini ve toplumsal düzeni kadın bakış açışı üzerinden eleştirmektedir. Sistemin toplumsal cinsiyete ilişkin varsayımlardan yola çıkılarak oluşturulduğunu belirten teori, yasallaştırılmış cinsiyet eşitsizliğine karşı çıkmaktadır. Teoriye göre bu eşitsizliğin ve adaletsizliğin nedeni insan doğası değil, hukuk sistemidir. Bununla birlikte teori, cinsiyet farkı gözetilmeksizin oluşturulan hukuk kurallarının toplumsal yaşamda bir

---

[3] Judith W. Decew, "Realities About Legal Realism", *Law and Philosophy*, 4/3, 1985, s.406. Ayrıca ayrıntılı bilgi için bkz. Max Radin, "Legal Realism", *Columbia Law Review*, 31/5, 1931, ss.824-828. Anthony D'Amoto, "The Limits of Legal Realism", The Yale Law Journal, 87/3, 1978, ss.468-513. D. J. Sherbaniuk, "Scandinavian Realisim", *Alberta Law Review*, 2/1, 1962, s.58-75. Gregory, S. Alexander, "Comparing the Two Legal Realisms-American and Scandinavian", *The American Journal of Comparative* Law, 50/1, 2002, ss.131-174.

[4] Mark V. Tushnet, "Critical Legal Theory", *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory* içinde, (ed. Martin P. Golding & William A. Edmundson), Malden, 2005, s.80-84. Ayrıca ayrıntılı bilgi için bkz. Roberto Mangabeira Unger, "The Critical Legal Studies Movement", *Harvard Law Review*, 96/3, 1983, ss.561-675. Mark Tushnet, "Critical Legal Studies: A Political History", *The Yale Law Journal*, 100/5, 1991, ss.1515-1544.

gerçekliğe sahip olmadığını belirtmektedir. Teori, hukuku teorik ve pratik işleyişinde tutarsız olarak kabul etmektedir.[5]

Bahsedilen yaklaşımların ortak noktası, hukukun ve hukuk kavramlarının ne olduğuna dair teorik bir açıklama sunmaktan önce bu kavramları pratik düzlemdeki sorunlardan hareketle ele almış olmalarıdır. Mevcut hukuku, işleyişi bakımından eleştiren bu yaklaşımlar, kapsamlı bir hukuk teorisi ortaya koymamışlar, hukukun nasıl işlemesi gerektiği sorusunu cevaplamaya ağırlık vermişlerdir. Olan-olması gereken tartışması olarak da ifade edilebilecek bu durum, hukuk felsefesinde ilk olarak doğal hukuk ve hukuki pozitivizm tartışmasında karşımıza çıkmaktadır. Doğal hukuk ve hukuki pozitivizm olan ve olması gereken ayrımını, olgu ve değer tartışması nezdinde ele alarak, hukukun ne olduğunu tanımlamak ve değer yargıları ile olan ilişkisini açıklamak için çabalamıştır. Ancak doğal hukuk ve hukuki pozitivizm bu amaçta hukuk sisteminin işleyişine, bu işleyin ortaya çıkardığı toplumsal sorunlara yönelmemiştir. Olan ve olması gereken ayrımı, hukukun varlığını ve bilgisini temellendirebilmek için kullanılmıştır.

Görülmektedir ki tarihsel olarak doğal hukuk ve hukuki pozitivizm ekollerinden daha sonra gelişen farklı hukuk felsefesi yaklaşımları, doğal hukuk ve hukuki pozitivizm tartışmasının konusu olan pek çok problemi, tezahür ettikleri dönemin koşullarına göre sürdürmeye devam etmektedir. Bu da doğal hukuk ve hukuki pozitivizm tartışmasının, hukuk felsefesinin temelinde yer aldığını göstermektedir. Bu çalışma, bu iki ekolün tartışmasının ve tartışma sonrasında ortaya çıkan problemlerin önemine de vurgu yapmayı amaçlamaktadır.

Doğal hukuk kavramı, tarihsel süreçte pek çok farklı anlama ve özelliğe sahip olmuştur. Kavramın bu şekildeki gelişimi nedeniyle herkesin üzerinde anlaştığı tek bir tanımdan bahsetmek güçtür. Bu güçlüğü aşabilmenin yollarından biri, kavram üzerine inşa olan farklı düşünce sistemlerinin ortak yanlarını tespit ederek yeni bir tanım sunmak olabilir. Bir kavramı doğru anlamak, gerekliliğini ve geçerliliğini savunmak için özünü açıklayan, kendine has niteliklerini içeren bir tanımın olması önemlidir. Bu nedenle tezin bu kısmında bir hukuk felsefesi yaklaşımı olarak doğal hukuk kavramına yönelik genel

---

[5] Gary Minda, *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence At Century's End*, New York, 1995, s.127-131. Ayrıca ayrıntılı bilgi için bkz. Katherine Bartlett, Rosanne Kennedy (eds.), *Feminist Legal Theory*, Colorado-Boulder, 1991. Ann Scales, *Legal Feminism Activism, Lawyering, and Legal Theory*, New York, 2006.

tanımlar verilecek ancak birinci bölümünde kavramın tarihsel kökenleri incelenip farklı özellikleri belirlenerek yeni bir tanıma ulaşmaya çalışılacaktır.

Genel olarak doğal hukuk yaklaşımına göre doğada, insan iradesine ve eylemlerine bağlı olmaksızın kendiliğinden varoluşa sahip bir işleyiş bulunmaktadır. Bu gizli işleyiş her insanda ortak olan akıl yetisiyle hiçbir maddi nedene başvurmaksızın keşfedilmektedir.[6] Akıl bu becerisiyle yalnızca dış dünyadaki işleyişin değil, aynı zamanda insan doğasının işleyişinin ve niteliklerinin de bilgisini edinmektedir. İnsan doğasına yönelik ulaştığı bu bilgiden hareketle akıl, iyi/olması gereken ve kötü/olmaması gereken ayrımına ulaşmaktadır.

Akıl, insan için iyi ve doğru olduğu belirtilen şeylerle doğrudan ve olumlu bir ilişki içerisindedir.[7] Bir başka ifadeyle akıl, insan için kötü ve yanlış olanı onaylayarak insanı bu biçimde eylemesi için yönlendirmemektedir. Olması gereken ve olmaması gereken ortak insan aklının ortaya çıkardığı ve onayladığı ilkelerdir. Eğer çoğunluk tarafından bir eylemin kötü veya yanlış olduğu dile getiriliyor ve bu tür eylemlerde bulunanlar insan doğasına aykırı davranmakla suçlanıyorsa bu çoğunluğun akıl yetileriyle ulaşmış olduğu bir sonuçtur.

Aklın keşfiyle belirginlik kazanan ve eylemlerin iyi/kötü, olması gereken/olmaması gereken şeklinde sınıflandırılmasını sağlayan bu ilkeler, doğal hukuk ilkeleridir. Yaklaşımın ilkelerin kaynağını insan doğasında gören, yöntem aracını ise ortak akıl yetisi kabul eden bu fikir yapısı *grounding thesis* olarak da ifade edilmektedir. Bu teze göre, doğal hukuk ilkelerinin kaynağı rasyonel bir temellendirmeye dayandığı için herhangi bir deneyim olgusu tarafından doğrulanamamakta ve çürütülememektedir.[8]

Akıl tek yöntem aracı olarak kabul edilse de doğal hukuk yaklaşımını savunan her fikir, doğal hukuk ilkelerinin kaynağını insan doğası olarak kabul etmemektedir. Kimi zaman olması gerekenin kaynağı ahlaki olarak kimi zaman ise ilahi bir güç olarak değerlendirilmiştir.[9] Aynı kavram altında kaynak bakımından ayrılan bu fikirlerin uzlaşmış olduğu hususlar da bulunmaktadır. Doğal hukuk ilkeleri tarihsel bir sürecin ürünü, toplumsal olayların sonucunda alınması gereken tedbir, haksızlık karşısında

---

[6] Alexander George Chloros, "What is Natural Law?", *The Modern Law Review*, 21/6, 1958, s.609.
[7] Jonathan Crowe, *Natural Law and The Nature of Law*, Cambridge, 2019, s.15.
[8] J. Crowe, *a.g.e.* s.30; Mark C. Murphy, *Natural Law and Practical Rationality*, Cambridge, 2007, s.13-17.
[9] Michael S. Moore, "Law is Justice", *Natural Law and Modern Moral Philosophy* içinde, (eds. Ellen Frankel Paul, Fred D. Miller, Jeffrey Paul), Cambridge, 2001, s.115.

istenilen talep olarak ortaya çıkan ilkeler değildir. Varoluşu gereği bağımsızdır. Var olmak ve varlığını sürdürebilmek için bir hukuk düzenine ve cebri işleme ihtiyacı yoktur.

Farklı fikirlerin üzerinde anlaştıkları bir başka husus, tüm doğal hukuk ilkelerinin evrensel, nesnel ve anlaşılır olma özelliklerine sahip olduğu yönündedir.[10] İlkelerin ortak akıl yetisiyle kavranması ve bütün insanlara yönelik olması evrenselliğini, insani iradeden bağımsız olması nesnelliğini, hitap ettiği tüm insanlar tarafından kolaylıkla anlaşılması ve onaylanması da anlaşılırlığını belirtmektedir.

Doğal hukuk yaklaşımında genel kabullerden bir diğeri de ilkelerin adaletle zorunlu bir ilişkisi bulunduğu kabulüdür. Burada zorunluluk kavramı olumsuz bir anlam taşımaktan ziyade olması gerekeni ifade etmektedir. Olması gereken, adaletin sağlanmasıdır. Adil olmayan hiçbir durum doğal hukuk ilkelerinde yer almaz. Bir hukuk sisteminde herhangi bir ilkeden yasaya uygun olarak bahsedilecekse bu ilkenin adil ve doğal hukuk ilkelerine uygun olması zorunludur. Bu zorunluluk aynı zamanda ilkenin meşruiyeti için de bir gerekliliktir. İlke adil olduğu müddetçe uyma yükümlülüğü de zorunludur, olması gerekeni benimsemektir. Moore (2001), doğal hukuk ve adalet arasındaki bu zorunlu ilişkiyi, şu argüman üzerinden gösterir:

"1. Bir şey ancak zorunluysa yasaldır.
2. Bir şey ancak adilse zorunlu kılar.
3. Bu nedenle bir şey ancak adaletsiz değilse yasaldır."[11]

Ancak, bunu böyle değerlendirmeyi gerektiren kıstas nedir? Bir ilkenin zorunlu veya adil olup olmadığı akıl ile ulaşılan bir sonuçtur. İnsan doğasına ait olan doğal hukuk ilkelerinin her biri akıl ile uyum içerisindedir. Akılla çelişenin adil olması söz konusu olamaz. Bu nedenle *lex iniusta non est lex* (adil olmayan hukuk/yasa, hukuk değildir) ifadesi, doğal hukuk yaklaşımına atfedilmektedir.[12] Adalet kavramıyla olan bu bağ, doğal hukuk kavramının kimi zaman ahlak ve hukuk arasındaki bir köprü kimi zamanda doğrudan ahlaki bir kavram olarak kabul edilmesine neden olmuştur.

Adaletin özellikle hukuku bir bilim olarak kabul eden düşünürler tarafından salt ahlaki bir kavram olarak değerlendirilmesi, doğal hukukun ahlaki hukuk, doğal hukuk ilkelerinin ise ahlaki ilkeler olarak ifade edilmesine neden olmuştur. Bu ifade, ahlaki

---

[10] Owen Anderson, "Metaphysical Foundations for Natural Law", *New Blackfriars*, 87/1012, 2006, s.617.
[11] M. S. Moore, "a.g.e.", s.118.
[12] Mark C. Murphy, "Natural Law Theory", *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory* içinde, (ed. Martin P. Golding & William A. Edmundson), Malden, 2005, s.18-19.

ilkelerin insanın öz-gelişimine yönelikken doğal hukuk ilkelerinin kamusal düzeni amaçladığı gerekçesiyle eleştirilmiştir.[13] Ancak böyle bir eleştiride özel ve kamusal alanların birbirinden ayrı ve etkileşimsiz olduklarını varsaymak tartışmalı görünmektedir. İnsani öz-gelişim şekli, kamusal düzenin yapısını belirleyebileceği gibi bu yapı da insanın kendini gerçekleştirmesinde etkili olacaktır. Dolayısıyla ahlaki ilkeleri özel alanla, doğal hukuk ilkelerini kamusal alanla özdeş kabul ettiğimizde bu iki alanı birbirinden ayrı varlık alanları olarak kabul etmek pek mümkün olmayacaktır.

Doğal hukukun ahlakla ilişkisi noktasında tartışmalar olsa da bu yaklaşıma yönelik düşüncelerin ortak noktası doğal hukukun, pozitif hukuk kurallarının adalet ölçüsü olduğudur. Doğal hukuk, ahlaki hukuk olarak tanımlandığında pozitif hukuk kurallarının içeriğini belirleyen ve onlara geçerlilik kazandıran ahlak ilkeleri niteliğini taşır. Bu bağlamda, doğal hukuk ilkeleri, geniş kabul gören ahlaki prensipleri yansıtmaktadır.[14] Fakat doğal hukukun böyle bir temsili, toplumun belirli bir kısmını veya kişisel olarak benimsenmiş ahlak ilkelerini nesnel olmadıkları gerekçesiyle kapsamamaktadır. Bu durumda ya çoğunluğun dışında kalan ahlak ilkelerinin yeniden tanımlanması ya da doğal hukuk ilkelerinin evrensellik, nesnellik ve anlaşılır olma özelliklerinin düzenlemesi gerekmektedir.

Doğal hukukun pozitif hukuk kurallarının adalet ölçütü olduğunu savunan bir başka görüş, doğal hukuku ahlaki bir alan olarak kabul etmez. Bu görüşe göre doğal hukukun varlığı hem ahlaktan hem de pozitif hukuktan daha öncedir. Doğal hukuk her ikisinin varlığının, adilliğinin ve geçerliliğinin önkoşuludur.[15] Doğal hukuk yaklaşımının adaletle olan ilişkisi bu şekilde ele alındığında doğal hukuk kendisine atfedilen özelliklerini korumaya devam etmektedir. Bu yaklaşıma göre en önemli husus, ilkelerin nesnel doğrular olmasıdır. İlkelerin daha sonra ahlaki veya ilahi kaynaklı olarak adlandırılmasının bir önemi yoktur. Önemli olan pozitif hukuk kurallarının aklın keşfettiği ve onayladığı olması gerekenin tezahürü olan doğrulara göre belirlenmiş olmasıdır. Eğer pozitif hukuk kuralları bu doğrulara göre oluşturulmazsa ideal hukuk kuralları olarak meşruluk kazanamaz.

Doğal hukuk ilkeleri, pozitif hukuk kurallarının inşasında bu kuralların adil ve evrensel olması için gereken sağlam zemini sunmuş olsa da inşanın geri kalan

---

[13] A. G. Chloros, “a.g.m.”, s.617.
[14] A. G. Chloros, “a.g.m.”, s.622.
[15] O. Anderson, “a.g.m.”, s.617.; A. G. Chloros, “a.g.m.”, s.618.

aşamalarında denetleyici olmayı sürdürmesi gerekmektedir.[16] Teorik olarak doğal hukuk ilkelerine göre düzenlenmiş olan kurallar, denetleyici bir mekanizma olmadığı takdirde keyfi bir uygulama haline dönüşebilir. Böyle bir durumda kurallar bir veya birkaç kişinin hükmünde, belirli kesimlere hitap eden bir hâle bürünebilir.

Doğal hukukun, pozitif hukuk kurallarının denetleyicisi görevini üstlenmesinin bir diğer önemi, değişen dünya karşısında olayların farklı boyutlar kazanması ve pozitif hukuk kurallarının da bu değişimine uyum sağlaması gerekliliğidir. Doğal hukuk bu değişimlerle eşgüdümlü olarak pozitif hukuk kurallarının insan doğasına uygunluğunu denetlemelidir. Ancak, özellikle 20. yüzyıl hukuk felsefesine göre, doğal hukuk denetleyici rolünü yalnızca pozitif hukuk kurallarında değil, kapsamı dahilindeki olması gerekeni belirten ilkeler için de yerine getirmelidir. *Black's Law Dictionary*'de aktarılan bir tanım bu durumu şu şekilde açıklamaktadır:

"Günümüzde yeniden canlandırılan doğal hukuk, hukuktaki ideal unsuru düzenlemeyi, eski yerleşik idealleri eleştiriye tabi tutarak yeni ideallerin oluşturulmasına temel sağlamayı ve değerler konusunda akılcı bir ilke ile bunları uygulama tekniği sunmayı amaçlamaktadır."[17]

Görüldüğü gibi, çağdaş dönem hukuk felsefesine kadar gelen süreçte, doğal hukuk yaklaşımı olması gereken ilkelerin evrensel ve değişmez niteliğini koruduğunu savunmuştur. Ancak yeni dönem hukuk felsefesinde, ilkelerin yeniden düşünülmesi, eleştirilmesi ve yeni ilkelerin belirlenmesi önemli bir konu haline getirmiştir. Deney ve gözlem alanına tabi olmayan her şeyin dışarıda bırakılması karşısında, doğal hukuk yaklaşımının yapması gereken şeyin, rasyonel birer ürün olan ilkelerin uygulama biçimlerini ve olgusal olana etkilerini göstermek olduğu belirtilebilir. Doğal hukuk yaklaşımının geçerliliğini koruması ve pozitif hukuk kuralları üzerinde söz sahibi olması için bu değişikliğin gerekli olduğu savunulabilir. Ancak burada ortaya çıkan bir başka sorun, doğal hukukun denetleyicilik vazifesini hangi yöntemlere göre yapacağı hususudur. Bu sorun çözümlenebilirse, doğal hukuk hukuki pozitivizmin eleştirilerine yanıt verebilecektir.

---

[16] R. Cotterrell, *a.g.e.*, s.120.

[17] Roscoe Pound, *The Formative Era of American Law*, Boston, 1938, s.29. Ayrıca, Akt. Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary 9.Edition*, St. Paul, 2009, s.1127.

Hukuki pozitivizm ekolünü doğal hukuktan ayıran en önemli unsur, yöntem anlayışıdır. Doğal hukuk yaklaşımının aksine hukuki pozitivizm, olması gerekene, adil ilkelere ulaşmayı veya bu ilkeleri koşul alarak kurallar oluşturmayı amaçlamaz. Hukuki pozitivizm yaklaşımına göre yapılması gereken, sosyal bir olgu olan hukukun ne olduğunu açıklamak ve onu toplumdaki diğer sosyal kurumlardan farklı kılan özellikleri analiz yoluyla açığa çıkarmaktır. Bu ancak, belirli bir zaman ve mekânda, bilinçli insan eylemiyle oluşturulan kurallar sisteminin empirik olarak incelenmesi ve ardından rasyonel bir kavrayışın geliştirilmesiyle mümkündür.[18] Dolayısıyla hukuki pozitivizm yöntem bakımından doğal hukuk yaklaşımdan farklı bir yol izlemektedir. Doğal hukuk yaklaşımında olması gereken ilkeler akıl aracılığıyla değerlendirilirken, hukuki pozitivizm olanı, olduğu şekliyle açıklamayı hedeflemektedir. Buradan hareketle, iki yaklaşım arasında olan-olması gereken, somut-soyut veya olgu-değer ayrımının öncelikle ontolojik bir tartışma olduğu çıkarımı yapılabilir.

Coleman'a (1982) göre, hukuki pozitivizm yaklaşımı, doğal hukuk ilkelerinin ve ahlaki yargıların soyut içerikli olduğunu ve bu nedenle de bu yargıların, varlıkları bakımından belirsizlik taşıdığını kabul etmektedir. Ancak pozitif hukuk kuralları, insan iradesiyle düzenlenen ve yazılı hale getirilen somut kurallardır. Bu kuralların varlığı tartışmasız olarak deneyimin konusudur. Deneyime konu olan şey anlaşılabilir, açıklanabilir ve belirlenebilirdir.[19] Hukuki pozitivistlerin büyük bir kısmına göre insan deneyiminin ötesinde olan hiçbir şey, hukukun teorik ve pratik işleyişine dahil edilmemelidir. Teorik olarak hukuk kavramının tanımının ve kavramın kendine mahsus niteliklerinin, ahlaki kavram veya ilkelere başvurmadan açıklanması mümkündür. Pratik düzlemde ise kanun yapıcı egemen gücün hukukun içeriğini belirlerken, yargıcın hukukun uygulanışı sırasında ahlaki kaygılara başvurmaması görevi olarak kabul edilmektedir.[20] Dolayısıyla hukuk felsefesi yaklaşımları arasında doğal hukuk ve hukuki pozitivizmi birbirinden ayıran en temel noktanın ahlak ve hukuk arasındaki ilişki olduğu kabul edilmektedir. Doğal hukuk yaklaşımını açıklarken belirtmiş olduğumuz gibi doğal hukukun ahlakla özdeş olup olmadığına yönelik ortak bir kabul olmasa da doğal hukukun adalet kavramıyla özdeşleşmiş olması bu yaklaşımı ahlak alanına yaklaştırmaktadır. Bu

---

[18] Andrei Marmor, "Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral", *Oxford Journal of Legal Studies*, 26/4, 2006, s.687-688.
[19] Jules L. Coleman, "Negative and Positive Positivism", *The Journal of Legal Studies*, 11/1, 1982, s.145.
[20] Tom D. Campbell, The *Legal Theory of Ethical Positivism*, Abingdon, 2016, s.69-70.

nedenle tartışma, hukuki pozitivizm ve ahlak veya hukuki pozitivizm ve doğal hukuk olarak ifade edilmektedir.

Hukuki pozitivizm yaklaşımı açısından, tüm ahlaki kavramlar gibi adalet kavramı da içeriği bakımından görecelidir. Her insan veya her toplum adalet kavramının içeriğini farklı şekillerde belirleyebilir. Bir davranış veya bir hukuki karar kimi insanlar için adaletli kabul edilirken kimileri için adaletsiz olabilir. Yine, adaletli olduğuna karar verilen birden fazla olay karşısında bunlardan hangisinin diğerlerine oranla daha adaletli olduğunu belirlemenin hiçbir ölçütü bulunmamaktadır. Bu durum adaletsiz olduğu belirtilen olaylar için de geçerlidir. Adaletsiz olaylar içerisinde adaletsizlik derecelendirmesini yapmanın yöntemi yoktur. Bu nedenle adalet ve adaletsizlik tanımlarının çeşitliliği karşısında, evrensel olanı bilimsel bir ölçüt ile belirlemek mümkün değildir. Adalet göreceli olduğu kadar sınırları açısından da belirsizdir.[21] Öyleyse hukuki pozitivizm, doğal hukuk veya ahlak mefhumu olarak adaletin geçerliliğini kabul etmemektedir. Olgusal herhangi bir kaynağa işaret etmeksizin yalnızca ahlaki kaygı veya ilahi referanslar gösterilerek benimsenen bu kavramın farazi olmadığını kanıtlayacak kıstaslar bulunmamaktadır.

Elbette bu tezler beraberinde birçok soru getirmektedir. Belirtilen gerekçeler doğrultusunda adalet kavramının hukuki sistem içerisinde yer almaması gerektiği savunulduğunda, insanların hukuka uyma yükümlülüğü nasıl temellendirilecektir? Bir başka ifadeyle adalet kavramı olmaksızın bilinçli insan eylemi olarak yaratılan hukuk kuralları nasıl geçerli olacaktır?

Hukuki pozitivizm bu sorulara karşı savunusunu, pozitif/yazılı hukuk kuralları üzerinden yapmıştır. Keyman'ın (1978) aktarımına göre, hukuki pozitivizm için adalet, yazılı hukuk kurallarının geçerliliğini koruması ile sağlanabilir.[22] Yazılı hukuk kuralları, durum ve koşullara göre kanun koyucu bir güç tarafından belirlenmiş olan her toplumun kendisine ait olan kurallardır. Bu kurallar, çoğunluk tarafından benimsendiği ve uyum gösterildiği müddetçe geçerlidir. Kuralların geçerliliğini sağlamak ise kanun koyucunun emretme ve emirlerine itaati talep etme gücüne bağlıdır.[23] Dolayısıyla insanlar bu emirlere uydukça pozitif hukuk kuralları geçerlilik kazanacak, geçerliliğini sürdüren de adaletli olacaktır. Aksi bir durumu düşünecek olursak, insanlar kanun koyucunun

---

[21] Selahattin Keyman, "Hukuki Pozitivizm", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 35/1, 1978, s.31.
[22] S. Keyman, "a.g.m.", s.30.
[23] Philippe Nonet, "What Is Positive Law?", *The Yale Law Journal*, 100/3, 1990, s.668.

emirlerine uyma zorunluluğu duymazsa ve hukuk kuralları meşruiyetini yitirirse adaletsizlik ortaya çıkacaktır. Öyleyse, kanun yapıcı kuralların geçerliliği için buyruklarına itaat edilmesi maksadıyla oldukça güçlü yaptırımlar sunmalıdır.

Fakat bu gücün niteliğinin nasıl belirleneceği ve gücün kötüye kullanımını sınırlandıran şeyin ne olacağı belirsiz kalmaktadır. Bu belirsizlik beraberinde birtakım sorunları da getirmektedir: Ahlaki veya ilahi tüm değer içerikli unsurları bir kenara bıraktığımızda, egemenin gücü hangi gerekçelerle sınırlandırılacaktır? Bu güç, akıl tarafından uyma yükümlülüğünün onaylandığı gerekçeler mi yoksa boyun eğmeyi zorunlu kılacak yaptırımlar mı sunacaktır? Kurallar geçerliliğini kaybettiğinde adaletsizliğin oluştuğu ve adaleti bozdukları gerekçesiyle yaptırımların uygulandığı bir ortamda, insanlar hukuk sisteminde değişimi nasıl talep edebilecektir?

Çağdaş dönemde, bu ve benzeri sorular hukuki pozitivistler tarafından da tartışılmış, kimi yorumcular, hukukun ahlakla bir çatışma içerisinde olmadığını savunmuştur. Nitekim Andrei Marmor (2006) hukuki pozitivizmin amacının, hukuk kurallarını belirlerken ahlaki unsurları yok saymak olmadığını belirtir. Hukuki pozitivizm yaklaşımının esas amacı, hukuk kavramını ahlakın veya siyasetin bir parçası olarak kabul etmeden, kendi varlık alanında, diğer sosyal kurumlardan farklı kılan özelliklerini ortaya çıkaracak şekilde analiz etmek, tanımlamak ve açıklamaktır.[24] Ancak bu amacın ne kadar sonuca ulaşacağı belirsiz görünmektedir. Diğer sosyal kurumlar gibi insan yaşamına ilişkin bir disiplin olan hukuk, olgusal bir disiplin olarak kabul edildiğinde değerlerden ne kadar bağımsız niteliklere sahip olabilir?

Hukuki pozitivistler tarafından farklı şekillerde yorumlanan hukuk ve ahlak ilişkisi, bu yaklaşım altında birleşen çeşitli fikir yapıları ortaya çıkarmıştır. Bu yapılar literatürde farklı şekillerde sınıflandırılmaktadır. Örneğin Reynolds (1993), bu yapıları normatif-kuralcı, normatif-analitik ve salt analitik olarak üçe ayırır. İlkine göre, hukuk sisteminde yer alacak kurallar, yasal olarak kabul edilmemiş değer ilkeleri niteliğinde olmamalıdır. Kurallar belirlenirken tüm değer nitelikli ilkelerden ayrıştırılmalı ve kurallar yalnızca "hukuka ait" olarak sınırlandırılmalıdır. Normatif-analitik yaklaşım ise hukuk kurallarının normatifliğini koruyarak, olgulardan hareketle hukukun kavramsal olarak tanımını yapmayı, doğasını açıklamayı ve insanların kurallara uyma yükümlüğünü analiz etmeyi amaçlamaktadır. Son olarak salt analitik yaklaşımın iddiasına göre, hukuka

[24] A. Marmor, "a.g.m.", s.687.

yönelik yapılacak tüm analiz işlemleri değer yargılarından arınmış olmalı ve yalnızca olgular üzerinden sonuçlara ulaşılmalıdır. Analiz yapmayı gerekli kılacak hiçbir neden ahlaki veya ilahi gerekçelerle açıklanmamalıdır.[25]

Bir diğer sınıflandırma, hukuki pozitivizm yaklaşımını, "Dışlayıcı Hukuki Pozitivizm (*Exclusive Legal Positivism/Separation Thesis*)" ve "Kapsayıcı Hukuki Pozitivizm (*Inclusive Legal Positivism/Separability Thesis*)" olarak iki başlık altında ele almaktadır. İlk yaklaşım, hukuk kurallarının, ahlaki ilkeleri ölçüt olarak kabul etmek için hiçbir nedeninin olmadığını savunmaktadır. Hukuk ile ahlak arasındaki ilişkiyi kavramsal olarak inceleyen yaklaşıma göre, hukuk kavramı özsel olarak ahlak kavramına ait özellikleri barındırmamaktadır. Bu nedenle ahlak ilkelerinin, hukuk ilkelerini belirleyici bir rolü yoktur.[26] Ancak bu yaklaşım, ahlakın ve ahlak ilkelerinin varlığını inkâr etmemektedir. Ahlak ve hukuk ayrı varlıksal alana ait iki kavramdır. Hukuk kuralları ahlak kurallarına benzeyebilir veya toplumda geçerli olan ahlaki ilkeleri dikkate alabilir. Fakat bu hukukun, ahlakın bir alt disiplini olduğu veya ahlak ilkelerinin hukuk ilkeleri haline dönüştüğü anlamına gelmemektedir. Hukuk ilkelerini uygularken ahlaka başvurulmasının tek nedeni, uygun yasal ilkelerin olmaması nedeniyle hukuktaki eksikliktir.[27]

Dışlayıcı hukuki pozitivizmin aksine kapsayıcı hukuki pozitivizm, ahlakın kavramsal farklılıklardan dolayı hukuk üzerinde etkili olamayacağı fikrini kabul etmez. Mevcut hukuk sistemleri incelendiğinde, ahlaki ilkelerin hukuk kuralları ile ilişkili olduğu ve hukuk sistemlerinde adalet kavramı gibi ahlak kavramlarının da yer aldığı açıkça görülmektedir. Böyle bir durumda hukuk ile ahlak arasında kavram farklılığı öne sürülerek iki kavramın ilişkisiz olduğu iddia edilemez. Ancak kapsayıcı hukuki pozitivizm, hukuk ile ahlak arasında kesin bir ayrım yapmamakla birlikte, ahlakın hukuk üzerinde zorunlu bir etkiye sahip olduğunu da kabul etmemektedir. Gerekli durumlarda eğer şartlar ahlaki ilkelere başvurmayı gerektiriyorsa, bu gereksinimi karşılamakta hiçbir sakınca yoktur.[28] Bu yaklaşım çerçevesinde, ahlakın hukuki boşlukları tamamlama noktasında gerekli olduğu görüşü genel kabuldür. Fakat ahlaki ilkelerin yeterliliği konusunda yaklaşım radikal ve ılımlı olarak iki farklı görüşe ayrılmaktadır. Radikal

---

[25] Barney Reynolds, "Natural Law versus Positivism: The Fundamental Conflict", *Oxford Journal of Legal Studies*,13/4, 1993, s.445.
[26] Wilfrid. J. Waluchow, "The Many Faces of Legal Positivism", *The University of Toronto Law Journal*, 48/3, 1998, s.395.
[27] Danny Priel, "Farewell to the Exclusive-Inclusive Debate", *Oxford Journal of Legal Studies*, 25/4, 2005, s.676.
[28] A. Marmor, "a.g.m.", s.686.

kapsayıcı hukuki pozitivistlere göre ahlak, eksiklikleri tamamlamak için hem yeterli hem de gereklidir. Ilımlı kapsayıcı hukuki pozitivistlere göre ahlak yalnızca gerekli olabilecek bir unsurdur. Çünkü ahlakı, hukukun eksiklikleri karşısında yeterli kabul etmek, hukuki pozitivizm kuramıyla çelişen bir durum olacaktır.[29] Özellikle ahlaki ilkelerin etkili olduğu bir toplumda, hukukun geçerliliği için ahlaki unsurlar gerekli olabilir. Ancak ahlaki ilkelerin hem gerekli hem de yeterli olarak düşünülmesi hukukun gerekliliği ve geçerliliği için haklı sebepler sunmayı zorlaştırabilir.

Bu zorluk nedeniyle kapsayıcı hukuki pozitivizm, hukukun gerekliliğini diğer sosyal kuramlardan arındırarak gerekçelendirmeye çalışmamaktadır. Yaklaşımın amacı, yürürlükte olan hukukun ahlak ve diğer kurumlarla ilişkili olduğu gerçeğini göz ardı etmeden, sahip olduğu özellikleri ampirik olarak açıklamak ve hukukun işleyişini mevcut durumu üzerinden inceleyerek, hukukun doğasına yönelik gerçekleri açığa çıkarmaktır.[30] Amacı bakımından kapsayıcı hukuki pozitivizm, diğer pozitivist yaklaşımlardan farklı olarak mevcut hukuk sisteminin işleyişini olduğu gibi kabul etmekte, birtakım kavram ve ilkelerden soyutlamaya çalışmamaktadır.

Burada, kapsayıcı hukuki pozitivizm dışındaki diğer hukuki pozitivist yaklaşımların hukuku değer temelli ilkelerden soyutlama veya arındırma amacının tartışmalı olduğu kabul edilebilir. Çünkü hukuki pozitivizme göre, hukukun mevcut durumundan bağımsız olarak, içeriğinin veya işleyişinin nasıl olması gerektiğine dair empirik temele dayanmayan açıklamalar yapmak, doğal hukukçulara özgü bir yaklaşımdır.[31] Ancak hukuki pozitivistler, hukukun geçerliliğini sağlayan unsurları empirik kaynaklar olmadığı gerekçesiyle göz ardı ederek hukuku bu unsurlardan arındırılmış bir kurallar sistemi olarak idealize ettiklerinde, doğal hukuka yönelttikleri eleştirilerin bir kısmına kendileri de açık hale gelmektedir.

Doğal hukuk ile hukuki pozitivizm arasında ahlak üzerinden süren gerilim, hukukun değeri noktasında da devam etmektedir. Hukuki pozitivizm başlığı altında bazı yaklaşımların, hukukun inşasında veya uygulanışında ahlaki hiçbir unsuru kabul etmemesi, hukukun kendine ait bir değerinin olup olmadığı tartışmalarını ortaya çıkarmıştır. Nitekim Marmor (2006), hukuki pozitvistlerin, hukukun ne olduğu ve diğer

---

[29] Stefano Bertea, "A Critique of Inclusive-Positivism", *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, 93/1, 2007, s.71.
[30] S. Bertea, "a.g.m.", s.71.
[31] A. G. Chloros, "a.g.m.", s.616.

kurumlardan hangi özellikleri bakımından ayrıldığı sorularına verdikleri yanıtlarla, hukuka araçsal bir değer atfettiklerini belirtmektedir. Hukukun, toplumsal ilişkileri düzenleyen bir bilim veya kurallar bütünü olduğu varsayıldığında, hukuk belirli amaçlara hizmet eden bir araç olacaktır. Araç olarak belirli amaçlara ulaştırması ise onun iyi ve doğru şeklinde değerlendirilmesini sağlayacaktır.[32]

Hukuki pozitivizmin ele aldığı biçimiyle, hukukun araçsal, sosyal, ahlaki veya başka herhangi bir değere sahip olup olmadığı konusunda iki farklı tez ileri sürülmüştür. Bunlardan ilki, "Yanılabilirlik Tezi (*Fallibility Thesis*)", diğeri ise "Nötrlük Tezi (*Neutrality Thesis*)" dir. İlkine göre hukuk kuralları, ahlaki kavram veya ilkeler içerebilir. Adil ve iyi olarak değerlendirilebilir. Ancak hukuk her durum ve her koşulda bütünüyle ahlaki ölçütlere uygun olmayabilir. Hukuktan sistemli bir şekilde işleyerek hiçbir adaletsizliğe izin vermemesi beklenebilir ama hukuk yanılabilir. Bu nedenle hukuk değişmez, herkes tarafından kabul edilen bir değere sahip olamayabilir.[33]

Nötrlük tezi ise hukuki pozitivist yaklaşımların genel bir tutumu olarak, mevcut hukuk kurallarının tüm değer yargılarından bağımsız olması gerektiğini kabul etmektedir. Bu tezi diğer yaklaşımlardan ayıran nokta, hukukun geçerlilik kazanabilmesi için herhangi bir değer yüklenmesine ihtiyacı olmadığını savunmasıdır. Hukuki geçerlilik için gerekli olan koşullar, tüm değer yargıları karşısında nötr olmalıdır.[34]

Açıkça görülmektedir ki, hukuki pozitivizm ekolünde hukukun, doğal hukuk veya değer yargıları ile münasebetinin nasıl olması gerektiği konusunda oldukça farklı görüşler yer almaktadır. Değer yargılarının deney ve gözleme dayalı bir kanıtlama yönteminin olmaması, hukuki pozitivistleri bu yargılardan epistemolojik yetersizlikleri nedeniyle uzaklaştırsa da bu yargıların toplumsal yaşamdaki etkisi inkâr edilememektedir. Bu da hukuk sisteminin ve hukuk kurallarının, bu yargılardan bağımsız olarak nasıl açıklanacağı sorusunun belirsizliğini korumasına neden olmaktadır. Ancak bu belirsizlik, yalnızca doğal hukuk ve hukuki pozitivizm tartışmasıyla sınırlı kalmamakta hukuka ve hukuki kavramlara da yansımaktadır.

---

[32] A. Marmor, "a.g.m.", s.687.
[33] Green Leslie and Thomas Adams, "Legal Positivism", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2019 Edition)*, (ed. Edward N. Zalta), URL = https://plato.stanford.edu./archives/win2019/entries/legal positivism/ (Erişim Tarihi: 22.12.2021)
[34] Gülriz Uygur, "Nötr İlkeler ve Hukuk", *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi 16.Kitap* içinde, İstanbul, 2007, s.331-332.

b. Hukuk Felsefesi Kavramları

Çağdaş hukuk felsefesinde doğal hukuk ve hukuki pozitivizm tartışmalarına daha iyi nüfuz edebilmek amacıyla literatürde sıklıkla tekrarlanan ve bu çalışmanın içeriğinde de yer alacak bazı kavramların incelenmesinin faydalı olacağı düşünülmüştür. Bunlardan ilki, hukuk kavramıdır.

Hukuk felsefesinde, hukuk kavramını tanımlamak amacıyla yapılan çalışmalar biçimsel ve amaçsal-işlevsel olmak üzere iki gruba ayrılmıştır. Biçimsel açıklamalar, hukukun içeriğinden ziyade toplumsal yaşamdaki yeri, geçerliliği ve kesinliğiyle ilgilenmektedir. Amaçsal-işlevsel tanımlamalar ise hukuku, hukukun varlık sebebinin toplumsal menfaatleri karşılamak olduğu kabulüne dayanarak, olması gereken nitelikleri bakımından açıklamaya çalışmaktadır.[35]

Bu iki sınıflandırmayı hukuki pozitivistlerin ve doğal hukukçuların hukuk tanımlarının sınıflandırılması olarak da düşünmek mümkündür. Söz gelişi, hukuki pozitivist yaklaşımın deney ve gözleme dayalı yöntemi, yalnızca pozitif hukuk kurallarının biçimsel özelliklerine uygulanabilir. Bu nedenle de hukuk kavramının tanımı ancak bu biçimsel özelliklerden hareketle yapılabilir. Hukukun içeriğine yönelik olması gerekenler ise deney ve gözlemle belirlenmesi mümkün olmayan ilkeleri içermektedir. Olması gereken hukuk, doğal hukuk yaklaşımının iddiasıdır. Dolayısıyla amaçsal-işlevsel tanımlar, doğal hukuk yaklaşımının açıklamalarına daha yakın görünmektedir.

Hukukun biçimsel ve içeriksel yapısına ilişkin bu ayrım, hukuk kavramını tanımlamak için ortak bir noktanın olmadığı sonucuna götürmektedir. Farklı yaklaşımları birleştirici bir unsurun olmaması, bir hukuk kavramı tanımı vermeyi zorlaştırmaktadır. Biçimselci anlayış, tanımlama çabasında hukukun amaçsal veya işlevsel kısmını bilginin sınırlarını aştığı gerekçesiyle göz ardı ederken amaçsalcı-işlevselci anlayış, yalnızca biçime odaklanmış bir tanımı yetersiz bulmaktadır. Bu durum hukuk kavramını tanımlamak için yeni bir yöntemin gerekliliğini göstermektedir. Peki bu nasıl bir yöntem olabilir?

Hukuk kavramının tanımlanmasındaki zorluğa dikkat çekerek alternatif bir yöntem öneren H. L. A. Hart, yalnızca hukukun ne olduğunu sorarak hukuk kavramının özünü açıklamanın mümkün olmadığını belirtir. Hukuk gibi olgusal mekânla dolaysız

---

[35] Selahattin Keyman, "Hukukta Bir Tanım Denemesi", *Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri* içinde, (ed. Hayrettin Ökçesiz), İstanbul, 1997, s.185.

ilişki kurulamayan kavramların somut bir karşılıklarının olmaması, bu kavramları ampirik metotlarla tanımlamayı olanaksız kılmaktadır. Bu nedenle yapılması gereken, hukuk kavramını, uygulama alanındaki işlevinden hareketle açıklamaktır. Öncelikle bu işlevlerin hangi bağlamlarda ve hangi amaçlarla kullanıldığı belirlenmeli, ardından kavram biçimsel olarak tanımlanmaya çalışılmalıdır.[36]

Kavramın tanımlanmasındaki zorluğun bir diğer nedeni, pratik alanda hukukun pek çok dala ayrılması ve toplumsal değişimle birlikte hukukun da değişmesidir. Black's Law Dictionary'nin "Law" maddesinde, yer alan otuza yakın hukuk dalının ayrı ayrı tanımlanması, bu zorluğun bir göstergesi olarak belirtilebilir.[37] Bazı hukuk felsefecileri muhtemeldir ki bu nedenle, kurumsallaşmış farklı hukuk dallarını çözümlemenin hukuk felsefesinin amacı olmadığını öne sürmektedir. Örneğin Cotterrell'e (1989) göre, hukuk felsefesinde hukuk kavramı, genel bakış açısı ve felsefi bir inceleme kaygısıyla ele alınmaktadır. Temel ilgi, genel hukuk kavramına ilişkin fikir ve yaklaşımları analiz etmek, kavramın özüne yönelik kavramsal açıklamalar sunmaktır.[38] Bu ilgi, çalışmanın bir diğer amacını belirtmektedir. Bu amaç, doğal hukuk ve hukuki pozitivizm ekollerinin hukuk kavramına yönelik tanımlarını ve düşüncelerini analiz ederek, bir hukuk tanımına ulaşabilmektir.

Hukuk felsefesinin bir diğer önemli tartışma konusu, hak kavramıdır. Bu kavramı tanımlama çabasında hukuk kavramına benzer bir durum söz konusudur. Yaklaşımların hak kavramına yönelik farklı tutumlarının olması ve bu kavramın oldukça çeşitli alt kategorilerinin bulunması, benzerliğin nedeni olarak kabul edilebilir. Hak kavramının oldukça geniş bir yelpazeye sahip olması bu çalışmada kavramı tüm hatlarıyla ele almamızı mümkün kılmamaktadır. Ancak literatürde yer alan genel tanımlardan birine göre, hak kavramı kabaca, "hukuk, ahlak veya diğer normlar tarafından hak sahiplerine verilen avantajlı konumlardır."[39] Bu tanımdan hareketle hak kavramının kaynak, avantaj ve hak sahibi olan farklı varlık türleri bakımından çeşitli kategorilere ayrıldığını söylemek mümkündür.

Doğal hukuk ve hukuki pozitivizm yaklaşımlarının genel teorileri, onların hak kavramına bakışlarında da etkili olmuştur. Hak kavramının ne olduğu, hangi hakların

---

[36] H. L. A. Hart, "Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century: A Reply to Professor Bodenheimer", *University of Pennsylvania Law Review*, 105/7, 1957, s.960-961.
[37] Bryan A. Garner, *a.g.e.*, s.962-963.
[38] Roger Cotterrell, *a.g.e.*, s.2.
[39] Robert Audi, "Rights", *The Cambridge Dictionary of Philosophy* içinde, Cambridge, 1999, s.796.

doğal haklar veya hangi hakların yasal haklar olduğu doğal hukukçular ve hukuki pozitivistlerin tartışma konularından bir diğeridir. Doğal hukuk yaklaşımı, insanın insan olmak bakımından kendi doğası gereği değiştirilemez birtakım haklara sahip olduğu kabulüne dayanmaktadır.[40] Bu kabulle birlikte doğal hukukun adalet kavramıyla özdeş kabul edilmesini de göz önüne aldığımızda, doğal hakların ahlaki haklar olarak da anıldığı ve bu hakların adaletin muhatabı olduğu söylenebilir. Dolayısıyla doğal hukuk yaklaşımında adaletli bir hukuk sistemi, bu sistemin ancak doğal haklar üzerine inşa edilmiş olmasıyla mümkündür.

Hukuki pozitivizm yaklaşımı, doğal hukuktan farklı olarak, hak kavramının insan doğasından, ahlaktan veya ilahi bir unsurdan kaynaklanmış olduğunu kabul etmemektedir. Bu yaklaşım için geçerli olan haklar, **"**hukuk sisteminin kişilere tanımış olduğu yetkilerdir."[41] Belirli eylemleri gerçekleştirme (gerçekleştirmeme) veya bazı durumlar karşısında talepte bulunma ancak hukuk sisteminin belirlediği ilkelere göre mümkündür. Hak sahibi olmak ve bu hakların hukuk sistemi tarafından korunmasını talep etmek için ahlaki veya ilahi bir referansa gereksinim yoktur. Yaklaşımın tutumunda, hakları belirleme gücü olarak belirtebileceğimiz hukuki yetki, hakları koruma ve değiştirme sorumluluğuna sahiptir.

Doğal hukukçu ve hukuki pozitivist olarak anılan bazı düşünürler, hak kavramına ilişkin yaklaşımlarıyla çağdaş dönem irade ve çıkar teorilerinde etkili olmuşlardır. Çağdaş irade teorisine göre hak, hak sahibinin yaptığı seçimleri koruyan en temel unsurdur.[42] Pek çok hak, hak sahibine seçim yapabilme yetkisi verir ve bu durum hak sahiplerini haklar karşısında özgür kılar. Dolayısıyla çağdaş irade teorisi, hak kavramı ve özgür irade ikilemine dikkat çekerek, insanı seçimlerinde özgür bir varlık olarak tasarlamıştır. Hart insanın hak karşısındaki pozisyonunu şu şekilde ifade eder: "Hak sahibi olan kişi, küçük ölçekli bir hükümdardır."[43] Bir başka ifadeyle hak sahibi, haklar karşısında karar verme yetkisi olmaksızın haklara zorunlu olarak boyun eğen değil, haklarının bilincinde olarak yapma veya yapmama seçiminde bulunandır. Ancak teori kapsamında, seçim yapma becerisi olmayan varlıkların hak sahibi olup olamayacağı önemli bir problem olarak görünmektedir.

---

[40] Léon Duguit, *Hak Kavramı ve Devletin Dönüşümü Üzerine Üç Konferans*, İstanbul, 2019, s.26.
[41] Erhan Adal, *Hukukun Temel İlkeleri*, İstanbul, 1985, s.139.
[42] George W. Rainbolt, *The Concept of Rights*, Dordrecht, 2006, s.87.
[43] H. L. A. Hart, *Essays on Bentham*, Oxford, 1982, s.183.

Hak kavramı konusunda çağdaş dönemde ortaya konan düşüncelerden bir diğeri olan çıkar teorisine göre ise hakların en önemli işlevi, hak sahibinin çıkarlarını korumaktır. Hakların var olma nedeni, hak sahibinin refahını, faydasını sağlamak ve sürdürmektir.[44] Teorinin önde gelen isimlerinden olan Joseph Raz hak kavramını, "haklar, menfaat içindir"[45] şeklinde tanımlar. Teoriye getirilebilecek eleştirilerden biri, bütün çıkarların hak olmasının nasıl mümkün olacağına yöneliktir. Raz bu konuda tedbirlidir ve menfaate yönelik her durumda hak sahibi olunamayacağını belirtir. Çünkü menfaatler daimî olarak çatışma içerisindedir. Çatışmaya son vermenin tek yolu, menfaatler arasında üstünlük sıralaması yapmaktır. Bu sıralamada en üstün olan menfaatler belirlenmeli ve hak talebinde bulunulmalıdır.[46]

Norm ve kural, hukuk felsefesinde ele alınan bir diğer kavram çeşididir. Bazı yorumcular bu iki kavramı eş anlamlı olarak kabul etmektedir. Amselek'e göre Latince *norma* ve r*egula* kelimeleri, yön vermek ve şekillendirme yapmak için kullanılan bir ölçü aleti anlamına gelmektedir. Her iki kelime zaman içerisinde anlam genişlemesine uğramış olsa da, norm ve kural yol gösterici olmaları bakımından aynı anlamı taşıyan iki kavramdır.[47] Ancak bu iki kavramın eş anlamlı olduğunu kabul etmeyen düşünürler de vardır. Çeçen'e (1975) göre, norm kavramı hukuk sistemi içerisinde yer alan bir kuralla eş anlama sahip değildir. Norm, tüm kurallar arasında yer alan en üstün kuraldır. Sistem tarafından belirlenen kuralların geçerliliği norma uygun olmasına bağlıdır. Normlar, toplumsal yaşamda insan davranışları üzerinde önemli bir etkiye sahiptir. Pek çok davranışın kabulünün veya reddinin nedeni norma uygun veya aykırı olmasıdır. Bu nedenle kurallar aracılığıyla yasaklanan bir davranışın hukuka uygun veya aykırı olarak belirlenmesinde üst kural olarak norm etkilidir.[48]

Genel anlamda norm kavramı, bir şeyin nasıl olması gerektiğine yönelik yol gösteren bir araç olarak ifade edilir. Norm, olgusal durumlar karşısında sonuca yönelik değerlendirme yapma imkânı veren ölçüttür. Bu özelliği ile norm, olgusal olana hitap etmesi bakımından somut, olgusal olanla kurduğu bağın deneyim konusu olmaması nedeniyle soyuttur. Kurulan bağ, karşılaşılan olay ve bu olayın sonucu arasında olması gerekeni belirleyen gerekliliktir. Gerekliliğin gözlem verisi olması mümkün değildir.

---

[44] G. W. Rainbolt, *a.g.e.*, s.86.
[45] Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain*, Oxford, 1994, s.32.
[46] Margaret Holmgren, "Raz on Rights", *Mind New Series*, 94/376, 1985, s.591-592.
[47] Paul Amselek, "Norm ve Yasa", *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi 1. Kitap* içinde, İstanbul, 1993, s.33-34.
[48] Anıl Çeçen, "Hukukta Norm ve Adalet", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 32/1, 1975, s.76.

Çünkü bir olayın veya davranışın sonucu, normu değil normun etkisini göstermektedir. Dolayısıyla bir olayın sonucunu doğru veya yanlış olarak saptamak norm bağından kaynaklanmaktadır.[49]

Norm kavramının olgusal alana atıfta bulunurken somut bir veri olmadığını Hans Kelsen (2016), şu şekilde ifade etmektedir: "…Norm zaman ve mekânda yoktur, çünkü doğanın parçası değildir…Ancak norm, belirli bir zamanda ve mekânda meydana gelebilecek olaylara atıfta bulunur."[50] Bir başka ifadeyle hukuk normu olana değil, olması beklenene yöneliktir. Bu nedenle de olması gerekeni belirtir. Bir davranışa yönelik "yap" veya "yapma" emri, toplumsal düzeni sağlamak için gerekli olanın ifadesidir. Ancak bu ifade geneldir, belli başlı bir "olana" yönelik değildir. Gerçekleşme ihtimali olan bir olay karşısında hazır bulunan ve "olması gereken" sonucu belirten ölçüttür.

Norm kavramının hem olana hem de olması gerekene ilişkin olması, kavramın doğal hukuk ve hukuki pozitivizm yaklaşımları arasında nasıl ele alınmış olduğunu incelemeyi gerekli kılmaktadır. Öyle ki kavram, olması beklenene yönelik emir niteliğiyle doğal hukuk yaklaşımını, gerçekleşen bir olayda sonuç üzerindeki etkisiyle hukuki pozitivizm yaklaşımını çağrıştırmaktadır. Norm kavramı bu iki yaklaşım doğrultusunda incelendiğinde, ilk sorgulama kavramın kaynağına yönelik olmalıdır. Kavramın kaynağı insan yetileri dışında bir varlığa referans göstererek açıklanacak olursa, kavram pozitivist teoriyle çelişecektir. Eğer norm kavramı, modern hukuk sistemiyle oluşmuş ve insanlar tarafından belirlenmiş üst kural olarak belirtilirse bu durumda da doğal hukuk yaklaşımı tarafından kabul edilmeyecektir.

Doğal hukuk yaklaşımına göre hukuk normlarının kaynağı insan doğasıdır. Normlar belirli bir hukuk sistemi var olmadan önce de mevcudiyete sahiptir. Hukuk sistemi tarafından yapılan, önceden var olan bu normları keşfetmek ve yaptırımlarla etkili kılmak olmuştur. Ancak bir hukuk sisteminin yapması gereken, ortak insan yetisi olan aklın herkes için emrettiği norma ulaşarak, evrensel hukuk normunu belirlemek ve bütün zamanlarda geçerli normları ilan etmektir.[51]

Hukuki pozitivizm ise normun, hukuk düzeni var olmadan önce var olmuş olsa bile değer nitelikli bir kaynak aracılığıyla mevcudiyet kazandığını kabul etmemektedir.

---

[49] A. Çeçen, "a.g.m.", s.75.
[50] Hans Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş*, İstanbul, 2016, s.8.
[51] A. Çeçen, "a.g.m.", s.92.

Norm, insanların geçmişte yaşadıkları olayların ardından çıkardıkları sonuçlar, geliştirdikleri yargılar bütünüdür. Dahası norm, yalnızca geçmişte olup biten olaylarla sınırlı değildir, kavram mevcut zamanda yaşanan olayların sonucuna göre gelişmeye devam etmektedir. Bu özelliği ile norm, analiz ve araştırmanın konusudur.[52]

Hukuk sisteminin geçerli olduğu toplumun geçmişte getirdiği veya mevcut zamanda geliştirdiği normların incelenmesi, hukuki pozitivizm yaklaşımının doğal hukukta olduğu gibi evrensel bir norma ulaşma hedefi taşımadığını belirtir niteliktedir. Nitekim norm görüşü ile hukuki pozitivizm yaklaşımında oldukça etkili bir düşünür olan Kelsen, evrensel norma ulaşma hedefinin hukuk normu ile ahlak normunu birbirinden ayıran en önemli husus olduğunu belirtir. Ahlak normları veya doğal hukuk yaklaşımının savunduğu şekliyle norm kavramı, bütün insanlara hitap etmeyi hedefler. Ancak hukuk normu, belirli bir konum ve zamanda yaşayan ve pozitif hukuk kurallarının tayin ettiği haklara sahip insan topluluğuna yönelir.[53] Dolayısıyla doğal hukuk yaklaşımının ve hukuki pozitivizmin norm kavramına yaklaşımındaki temel ayrılık, norm kavramının kaynağı ve geçerliliği noktasındadır. Çalışmanın ilerleyen sayfalarında bu iki yaklaşımın norm ve kural kavramına yönelik tutumları ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

Doğal hukuk ve hukuki pozitivizm yaklaşımları arasındaki norm kavramına yönelik farklı bakış açısı ve Kelsen'in belirtmiş olduğu ahlak normu-hukuk normu ayrımı, norm kavramının (hukuk ve hak kavramında olduğu gibi) çeşitli kategorilere sahip olduğunu göstermektedir. Ahlaki normlar, bilimsel normlar, örf-adet normları gibi norm çeşitlerinden bahsetmek mümkündür. Ancak ahlak, örf-adet, hukuk normlarının dahil olduğu sosyal alana yönelik normlar arasında ayrım yapmanın güç olduğu kabul edilmektedir. Bu güçlüğün nedeni olarak ise sosyal nitelikli bu normların genel hedefinin toplumsal düzeni sağlamak ve korumak olduğu ileri sürülmektedir.[54]

Doğal hukuk yaklaşımında hak ve kuralların adil olanla eş anlamlı olduğu kabulü, ahlak normları ile hukuk normları arasında ayrım yapma gibi bir zorunluluğu hissettirmemiş görünmektedir. Hukuki pozitivizmde ise durum daha farklı ele alınabilir. Çünkü pozitivist yaklaşım hukukun kendi başına ne olduğunu analiz ederken onu özellikle ilişkili olduğu ahlak gibi alanlardan ayıran noktaları açıklamaya çabalamaktadır. Öyleyse hukuki pozitivizm için hukuki normları ahlak normlarından ayıran hususları

---

[52] A. Çeçen, "a.g.m.", s.77.
[53] H. Kelsen, *a.g.e.,* s.9.
[54] A. Çeçen, "a.g.m.", s.80.

belirlemek oldukça önemlidir. Hans Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı (Reine Rechtslehre*) adlı eserinin "Hukuk ve Ahlak" bölümünde bu amacını açıkça dile getirmektedir: "Hukuku doğadan nasıl ayırıyorsak, aynı şekilde ideal bir fenomen olan hukuku diğer ideal fenomenlerden de, bilhassa diğer norm tiplerinden de ayırmalıyız. Buradaki amaç her şeyden önce hukuku zincirlerinden kurtarmak, hukuk ile ahlak arasında sürekli kurulagelen bağı koparmaktır."[55]

Hukuk normunu diğer normlardan ayırmaya yönelik çabada hukuk normunun iki özelliği öne çıkarılmaktadır. Bilhassa hukuki pozitivistler tarafından savunulan bu niteliklerden ilki, hukuk normunun emir verici olması, diğeri ise hukuk normuna aykırı bir eylemin yaptırımla sonuçlanmasıdır. Hukuk normları belirli davranışların neden yapılması veya yapılmaması gerektiğine yönelik nasihatler değildir. Eğer hukuk normları belirli bir davranışın yapılmasına yönelik yetki veya izin veriyorsa, bu o davranışın emredildiği anlamına gelmektedir. Emre itaatsizliğin neticesi hukuki yaptırımdır. Dolayısıyla hukuki normlar, zorlayıcıdır.[56]

Doğal hukuk ve hukuki pozitivizm ekolleri tarafından sıklıkla kullanılan kavramları incelediğimiz bu bölümde, iki ekol arasındaki olgusal ve değer temelli ayrışmanın, neredeyse tüm hukuki kavramlara yansıdığı görülmektedir. Hukuk, hak ve norm kavramlarına ilişkin bu ayrışmaya uygun olarak tanımlamalar yapılmaya çalışılmış; doğal hukuk ekolü, bu kavramlara öncelikli olarak olması gereken bir çerçevede yaklaşırken, hukuki pozitivizm ise olgusal temellere dayalı bir anlayış benimsemiştir. Ancak her iki ekolün de bu kavramlara ilişkin genel-geçer tanımlara ulaşmada kesin bir başarı sağladığını söylemek güçtür. Çalışmamızın devamında doğal hukuk ve hukuki pozitivizm ekollerinin tartışma noktaları ayrıntılı olarak incelenecek ve iki ekolü uzlaştıracak tanımların imkânı sorgulanacaktır.

---

[55] H. Kelsen, *a.g.e.,* s.14.
[56] H. Kelsen, *a.g.e.,* s.28.

BİRİNCİ BÖLÜM

DOĞAL HUKUKUN VE HUKUKİ POZİTİVİZMİN TARİHSEL GELİŞİMİ

Çağdaş hukuk felsefesinde doğal hukuk ve hukuki pozitivizm yaklaşımlarının anlaşılabilmesi için, her iki yaklaşımın kökenlerinin ve temel tezlerinin incelenmesi önem taşımaktadır. Bu doğrultuda, öncelikle doğal hukuk yaklaşımının kökeni ele alınarak, bu ekol içerisindeki farklı sınıflandırmalar ve temel tezler incelenecektir. Daha sonra, hukuki pozitivizmin ortaya çıkış nedenleri analiz edilecek; pozitif hukuk, pozitivizm ve faydacılık kavramlarının bu yaklaşım üzerindeki etkileri değerlendirilerek, hukuki pozitivizmin temel tezleri üzerinde durulacaktır.

1.1. Doğal Hukukun Kaynakları ve Tezleri

Doğal hukuk yaklaşımın kökenleri oldukça eskiye dayanmaktadır. Crowe (1977), yaklaşımın köklü yapısını şu şekilde ifade etmektedir: "Doğal hukuk fikri neredeyse felsefenin kendisi kadar eskidir".[57] Bu uzun geçmiş nedeniyle, yaklaşımın kökenine yönelik kesin bir fikir birliği bulunmamaktadır. Düşünürlerden bir kısmı, kavramın gelişimi için gerekli olan süreci doğal hukuk yaklaşımının kökeni kabul ederek, İlkçağ doğa filozoflarına kadar geri gitmekte, başka bir kısmı ise yaklaşımın "doğal hukuk" adını aldığı dönemi ve düşünürü esas almaktadır.

Doğal hukuk yaklaşımının oldukça eski bir geçmişinin olması, her dönemde farklı tezlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu farklılığı doğuran sebepler arasında dönemsel koşullar, çeşitli bilimsel yenilikler ve felsefi akımlar sayılabilir. Bu farklılık, hukukun kaynağına yönelik sorgulamalarda da etkili olmuş ve düşünürler arasında tek bir kaynak üzerinde uzlaşım sağlanamamıştır. Bu çok çeşitliliği açıklayabilmek amacıyla doğal hukuk yaklaşımı, farklı sınıflandırmalara tabi tutulmuştur.

Yapılan sınıflandırmalardan ilki, Leo Strauss'a aittir. Strauss (1970), doğal hukuku klasik dönem ve modern dönem olmak üzere iki sınıfa ayırır. Sokrates'ten,

---

[57] Michel Bertram Crowe, *The Changing Profile of Natural Law*, The Hague, 1977, s.246.

17.yüzyıla kadar olan dönem, klasik doğal hukuk düşüncesini; 17.yüzyıl ve sonrası ise modern doğal hukuk düşüncesini ifade etmektedir.[58]

Strauss'a ait bu dönemsel sınıflandırmanın yanında doğal hukuk yaklaşımına yönelik bir diğer sınıflandırma, Michel Villey tarafından yapılmıştır. Villey yaklaşımı, objektif doğal hukuk ve subjektif doğal hukuk olmak üzere iki farklı şekilde ele almıştır.[59] Objektif doğal hukuk, insanların sahip olduğu doğal ilkelerin ve nasıl eyleyeceklerini bildiren eylem ilkelerinin, doğaüstü bir kuvvet tarafından belirlenmiş olduğunu ifade etmektedir. Objektif doğal hukuk için insan aklının bağımsızlığı söz konusu değildir. Bu nedenle objektif doğal hukuk, pasif doğal hukuk olarak da adlandırılmaktadır. Subjektif doğal hukuk ise insan aklının, hiçbir dış kuvvete bağlı olmaksızın doğal ilkeleri keşfedişini ve uygun gördüklerini benimseyişini ifade etmektedir. İnsanın kendisinin seçim yapma ve eyleme hakkını ifade eden subjektif doğal hukuk, aktif doğal hukuk olarak da isimlendirilmektedir.[60] Bu sınıflandırmada objektif doğal hukuk, klasik doğal hukuk yaklaşımı ile benzerlik taşırken subjektif doğal hukuk ise modern doğal hukuk düşüncesi ile benzerlik taşımaktadır. Bu nedenle, sözü edilen sınıflandırma önemlidir.

Her iki sınıflandırmanın ana ayrım noktası doğal hukukun kaynağıdır. Kaynak, hukuki buyruk ile eylemin sebebi arasında kurulacak bağlantı ve hukukun kazanacağı geçerlilik bakımından önemlidir. İtaat edilmesi beklenen hukuku uygun gösterecek temel unsur, hukukun kaynağıdır. Ancak doğal hukuk yaklaşımında tek bir kaynaktan söz etmek mümkün değildir. Klasik dönem doğal hukuk anlayışının tarihsel sürecinin bir kısmında kaynak, akıl olarak kabul edilirken, diğer bir kesitinde ilahi unsur olarak belirtilmektedir. Modern dönemde ise tekrar insan aklına dönüş söz konusudur. Bu aklın, klasik dönem anlayışından farkı, daha bağımsız ve özgür olmasıdır.

Dönemler arasındaki kaynağa ilişkin tezler, doğal hukukun temel tezlerinin incelendiği bir sonraki bölümde ayrıntılı olarak ele alınacaktır. Ayrıca bu çalışmada, klasik dönem düşünürlerinin doğal hukukun kaynağı konusunda ortak bir kabullenişinin olmaması nedeniyle klasik dönem doğal hukuk anlayışı, "İlkçağ klasik doğal hukuk anlayışı" ve "Ortaçağ klasik dönem doğal hukuk anlayışı" olarak incelenecektir. Bir sonraki bölümlerde doğal hukuk yaklaşımın tezleri irdelenirken bu ayrım gözetilecektir.

---

[58] Leo Strauss, *Doğal Hak ve Tarih*, İstanbul, 2011, s.147.
[59] Gary B. Herbert, *A Philosophical History of Rights*, New Jersey, 2002, s.XIII.
[60] Richard Tuck, *Natural Rights Theories*, New York, 1979, s.6.

1.1.1. Doğal Hukuk Düşüncesinin Kökenleri

Doğal hukuk yaklaşımının kökenini araştıran düşünürlerden biri olan Orton (1926), doğal hukuk düşüncesini İlkçağ doğa filozoflarının evren tasarımlarına ve Sophokles'in *Antigone* tragedyasına kadar geri götürmektedir. İlkçağ doğa filozofları evrende gerçekleşen tüm olaylarda başıboşluğun veya rastgeleliğin olmadığını fark etmiş ve evrende her şeyin belirli bir yasallık çerçevesinde gerçekleştiğini kabul etmiştir. Bu filozoflar arasında Anaksimandros ve Herakleitos'a öncelik veren Orton, evrendeki uyumu koruyan ve tekrarlanışları sağlayan büyük ilke olarak *Apeiron'u* ve *Logos'u*, doğal hukuk ilkesine benzetmiştir.[61] Ancak bu filozofların asıl amacı, insanlara doğaları gereği sahip olduklarını göstermek veya insanların eylemlerini düzenlemek adına evrensel bir doğal ilke ve yasa sunmak değildir. İlke arayışındaki amaç, evrendeki çokluğu anlamlandırmak ve tekrarlayan olaylar zincirini temellendirecek bir açıklama sunmaktır. Dolayısıyla İlkçağ doğa filozoflarında hukuk veya ahlak temelli bir doğal hukuk fikrinin bulunduğunu söylemek mümkün görünmemektedir.

İlkçağ doğa filozoflarından olan Leukippos ve Demokritos'un fikirlerine baktığımızda ise farklı bir ilke anlayışı ile karşılaşılmaktadır. Daha sonra Sokrates, Platon ve Aristoteles'te de karşımıza çıkan bu anlayış, evrende yer alan canlı veya cansız varlıkların doğası gereği sahip olduğu özelliklere, eğilimlere ve öze karşılık gelmektedir. Diğer doğa filozoflarında olduğu gibi, evrendeki çeşitliliği, değişimi ve dönüşümü açıklamaya çalışan Leukippos ve Demokritos, doğası gereği farklı biçimlere sahip olan atomları, evrendeki düzenin temel nedeni olarak ileri sürmüştür.[62] Burada önemli olan, atomların ilk ilke olarak kabul edilmesi değil, atomların doğaları gereği birtakım özelliklere sahip olduğu fikridir. Örneğin, atomlar doğaları gereği hareket ederler ve içkin bir hareket eğilimine sahiptirler. Dolayısıyla, her ne kadar Leukippos ve Demokritos'ta diğer doğa filozoflarında olduğu gibi doğrudan hukuki veya ahlaki bir doğa anlayışından söz etmek güç olsa da, bu iki filozofun atomların doğası gereği belirli özelliklere sahip olduğu düşüncesi, doğal hukuk yaklaşımının insanın doğası gereği belirli niteliklere sahip olduğu görüşü açısından önemli bir referans noktası oluşturmaktadır.

Doğal hukuk yaklaşımının kökenini sorgulayan bir diğer düşünür Leo Strauss (1970), yaklaşımı Sokrates'e kadar geri götürmektedir.[63] Sokrates, Hippias ile olan

---

[61] William Orton, "The Sources of Natural Law", *International Journal of Ethics*, 36/2, 1926, s.150-151.
[62] Arda Denkel, *İlkçağ'da Doğa Felsefeleri*, Ankara, 2020, s.78-80.
[63] L. Strauss, *a.g.e.*, s.147.

diyaloğunda doğal hukuk anlayışının açık bir ifadesini sunmaktadır. Burada Sokrates, Hippias'a yazılı halde bulunmayan, evrensel olarak geçerliliğe sahip yasaların varlığını sorgulatmakta ve bu yasaların insan yapımı olmayan doğal yasalar olduğu konusunda anlaşmaktadır.[64] Ancak Sokrates'e atfedilen bu diyaloğun devamında yasaların içeriğine yönelik bir açıklama bulunmamaktadır.

Sokrates'in doğal hukuk yaklaşımının kökenine yerleştirilmesindeki bir diğer neden, Demokritos'un atomlara atfetmiş olduğu doğası gereği birtakım özelliklere sahip olma ilkesinin Sokrates tarafından insanlara uygulanmasıdır. Platon'un *Devlet*'te belirttiği üzere insanların kendi doğalarına ait olan birtakım becerileri bulunmaktadır. Her insanın yapması gereken ve doğru olan bu becerilere göre eylemektir. Bir insan doğası gereği hangi işi yapmaya elverişli ise onu yapmalıdır.[65] Burada önemli olan husus, her insanın doğasının birbirinden farklı olmasıdır. İnsanları ortak kılan yalnızca belirli bir doğaya sahip olarak dünyaya gelmeleridir. Bu doğanın içeriği, her insanın kendisine mahsustur. Ancak doğal hukuk yaklaşımında, insanların doğası gereği sahip olduğu, insanı insan olması bakımından diğer varlıklardan ayıran ortak ilke aranmaktadır. Platon, doğal hukuk yaklaşımın bu arayışını destekleyen ve tüm insanlarda ortak olan bir başka ilke daha öne sürmektedir. Bu ilke, yönetenlerde dahil olmak üzere tüm insanların uymak zorunda olduğu buyrukları veren akıldır.[66] Akıl, insana doğruyu ve yanlışı gösteren ortak yeti olarak doğal hukuk yaklaşımının temelinde yer almaktadır. Dolayısıyla Platon'a göre insanın, doğası gereği sahip olduğu iki tür doğal ilke vardır. Bunlardan ilki, her insanı diğer insanlardan ayıran doğal nitelikleri, diğeri ise insanları diğer varlıklardan ayıran ortak nitelikleridir.

Diyaloglar incelendiğinde, Platon'un yazılı olan yasalardan ve yazılı olmayan yasalardan bahsettiği görülmektedir. Ancak bu diyaloglarda ve özellikle Platon'un son dönem eseri *Yasalar*'da bahsetmiş olduğu yazılı olmayan yasalar, doğal hukuk ilkelerinden oldukça farklıdır. Platon bu yasaları, sezgi veya akıl aracılığıyla keşfedilen evrensel yasalar olarak kabul etmekten ziyade "babadan kalma yasalar", bir başka ifadeyle adet, örf niteliğinde açıklamaktadır. Bu yasaları doğal hukuk ilkeleri ile ortak kılan ise yazılı olan yasalar üzerinde söz sahibi olmalarıdır. Fakat Platon için bu söz sahipliğine yönelik her zaman tedbirli olmakta fayda vardır. Çünkü yazılı olmayan

---

[64] Thomas L. Pangle, *The Socratic Way of Life: Xenophon's Memorabilia*, Chicago, 2018, s.195.
[65] Platon, *Devlet*, İstanbul, 2014, s.132, 433b, 433c.
[66] Platon, *Yasalar*, İstanbul, 2012, s.171, 714a.

yasalar, yazılı yasaların en iyi yasalar olmasını sağlayabileceği gibi bu yasaların mahvolmasına da sebep olabilir.[67] Platon'un yazılı olmayan yasaları, doğal hukuk ilkeleri ile bazı noktalarda benzerlik taşır nitelikte olsa da Platon'un hukuki bir terim olarak doğal hukuk ilkelerinden bahsettiğini söylemek güçtür. Platon, kendisinden önceki düşünürlerde olduğu gibi doğal ilkelerden, insanın doğuştan sahip olduğu niteliklerini anlamakta ve bu niteliklerin amacının erdemli bir yaşam sürmeye aracılık etmek olduğunu savunmaktadır.[68] Dolayısıyla Platon için doğal ilke, ahlaki bir anlama sahiptir.

Platon'da olduğu gibi Aristoteles için de doğal ilke, erdemle ilişkilidir. Aristoteles, tüm insanlarda ortak olan bu ilkenin, bilmeye yönelik iştah olduğunu belirtir.[69] Bu iştah, insanda tercihten bağımsız olarak bulunur ve bu nedenle de insanların engel olabileceği, ortadan kaldırabileceği bir özellik değildir. Tıpkı doğası gereği eğimli bir yolda yuvarlanmaya meyilli olan bir taşın, bu özelliğinin tersine çevrilerek eğime karşı yuvarlanmasının mümkün olmaması gibi, insanın da doğası gereği sahip olduğu temel ilkeleri değiştirmesi mümkün değildir. İnsanda doğal olarak bulunan bu iştah engellenemez bir güç olarak vardır ve amacı mutlu bir yaşam sürebilmek için gerekli olan erdemleri bilmektir.[70]

Aristoteles'e göre insanda doğal olarak birden fazla ilke bulunmaktadır. Bilmeye yönelik iştah ahlaki bir ilke olarak kabul edilirken, insan doğasına ait olan bir başka ilke, siyasal bir varlık olmasıdır. İnsanın diğer varlıklardan farklı olarak sahip olduğu dil ve düşünme, farkında olma, keşfetme gibi tüm akıl yetileri, insanın siyasal bir varlık olmasından dolayı onda bulunmaktadır. Tüm bunlar doğal bir ilke, güdü olarak insana aittir ve insanı siyasal bir yaşam sürmeye yöneltir.[71]

Aristoteles'in doğal hukuk yaklaşımını destekler nitelikteki bir diğer görüşü, hukuki zeminde yer alan özel ve evrensel yasa ayrımıdır. Her toplumun kendine özgü pozitif yasalarını özel yasalar olarak değerlendiren Aristoteles, bu yasaların dışında, doğanın özünde var olan ve evrensel nitelik taşıyan bir yasadan söz etmektedir. Bu, her insanın kendi aklı aracılığıyla varlığını bildiği, aynı toplumda yaşasın veya yaşamasın herkesin bağlı olduğu yasadır.[72] Aristoteles'in yasalar arasında yaptığı bu ayrımı önemli

---

[67] Platon, *a.g.e.*, s.265, 793b
[68] Platon, *a.g.e.*, s.161, 707d.
[69] Aristoteles, *Metafizik*, İstanbul, 2018, s.13, 980a22.
[70] Aristoteles, *Nikomakhos'a Etik*, Ankara, 2012, s.30, 1103a20-25.
[71] Aristoteles, *Politika*, İstanbul, 2014, s.12-13.
[72] Aristoteles, *Retorik*, İstanbul, 2019, s.82-23, 1373b1-10.

kılan, doğal ilkeleri ahlaki, siyasi ve hukuki zeminde ele alırken, bu ilkelerin kaynağını doğada ve aklın keşfinde görmesidir. Bu nedenle Aristoteles'e kadar dolaylı olarak gelen doğal hukuk anlayışı, Aristoteles'in fikirlerinde açıklığa kavuşmuştur.

Doğal hukuk yaklaşımından bahsedildiğinde ele alınan bir diğer eser, Sophokles'in *Antigone* tragedyasıdır. Bu tragedya, Tanrı'nın yasaları ve insanların yasaları arasındaki ayrılığın göze çarptığı eserlerden biridir: "Bir ölümlünün emirleri, tanrıların hatasız, yazıya geçirilmemiş, değişmez yasalarından önemli olamaz. O yasalar dün ya da bugün yürürlüğe girmedi, ezelden beri vardılar ve kimse bilmiyor nereden geldiklerini".[73] Bu alıntıdan hareketle, *Antigone*'de yazılı yasaların ötesinde, hakikati bildiren ve önceliğe sahip bir yasa fikri olduğu açıktır. Ancak bu yasa fikri, dini bir kaygı taşır niteliktedir. Antigone, Kral Kreon'a karşıt eylemlerini insan doğasına aykırı olması nedeniyle değil, ölümden sonraki hayata olan inancı ve gerçek iyinin orada olacağını düşünmesi sebebiyle yapmaktadır.[74] Her ne kadar eserdeki "yazılı olmayan yasa" anlayışı, doğal hukuk ile birebir örtüşmese de insan zihninde bu tür yasaların bulunduğunu göstermesi bakımından önemlidir. Tragedyanın bir diğer önemi, yazılı ve yazılı olmayan yasaların siyasi ve hukuki bir bağlamda tartışmaya açılmasıdır.

Yazılı olmayan yasaları "doğal hukuk" olarak adlandıran ve ilk hukuk felsefecisi olarak kabul edilen düşünür, Cicero'dur.[75] Cicero'ya göre doğal hukuk, aklın doğal olarak tüm insanlarda bulunması gibi doğal olarak herkeste mevcuttur. Bu hukuk, kaynağı bakımından yazılı yasalardan bağımsızdır. Bir keşif veya ihtiyaç ürünü olarak değil, doğası gereği varlığa sahiptir.[76] Ancak Cicero, insanın ve hukukun bağlı olduğu doğayı insanın ötesinde bir gerçeklik olarak kabul etmez. Bu doğa, insan doğasıdır. Hukukun doğasını anlamak ancak insan doğasını kavramakla mümkündür. İnsan doğasının en temel özelliği ise akıl sahibi olmasıdır. Bu özellik, insanı hem diğer canlılardan ayırır hem de Tanrı'ya yakınlaştırır. Çünkü Tanrı da akıl sahibidir ve insan ile Tanrı arasında akıl sahibi olmaları nedeniyle bir bağ bulunmaktadır. Tanrı'nın aklı, en doğru akıldır. İnsanın yapması gereken şey mümkün olduğunca aklını doğru kullanmak ve Tanrı'ya

---

[73] Sophokles, *Antigone*, İstanbul, 2021, s.18.
[74] Sophokles, *a.g.e.*, s.21.
[75] Fernando H. Llano Alonso, "Cicero and Natural Law", *ARSP: Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, 98/2, 2012, s.157.
[76] Cicero, *Yasalar Üzerine*, İstanbul, 2018, s.18-19.

yakınlaşmaktır. Aklın doğru olarak gösterdiği ise doğal hukuktur. Dolayısıyla insan ne kadar aklını doğru kullanır ve doğal hukuk ilkelerine uyarsa o kadar Tanrı'ya yakınlaşır.[77]

Cicero'nun doğal hukuk anlayışında, doğal hukukun kaynağı olarak doğa, akıl ve Tanrı birbirine bağlıdır. Doğanın, aklın ve Tanrı'nın doğası gereği varlığa sahip olması gibi hukuk da bu doğaya bağlıdır. Cicero doğal hukuka yönelik bu görüşleri ile doğal hukukun varlığına, kaynağına, amacına ve farkına yönelik ilk sistemli açıklamayı yapmış görünmektedir. Ancak Orton gibi doğal hukukun kaynağını daha eskiye dayandıran düşünürler, Cicero'nun doğal hukuk anlayışının ilahi kaynaklı olması nedeniyle ilahi yasa ile karıştığını ve uzun yıllar kilisenin etkisinden çıkamayacak bir doğal hukuk anlayışına neden olduğunu savunmuştur.[78] Oysa Cicero, hukukun kaynağına Tanrı'yı yerleştirse de, insanı aşan, insan elinden çıkmayan, insandan önce de var olan bir kaynak betimlemesi yapmıştır.

Bu bilgilerden ve çözümlemelerden anlaşılacağı üzere, doğal hukuk kökeni açısından tartışmalı bir yaklaşımdır. Kesin bir sonuç bulunmasa da insanın doğasına ait, değişmez ilkelerin bulunduğu fikri, oldukça eskiye dayanmaktadır. Bu ilkelerin, hukuk alanı içerisinde ele alınması ise hukuk felsefesi çalışmaları ile ağırlık kazanmıştır. Ancak yaklaşımın doğal hukuk adını almadan önce var olmadığını belirtmek, doğal hukuk kavramının gelişim sürecini göz ardı etmek olacaktır. Çünkü pek çok doğal hukuk tezi, gelişim sürecinde ortaya çıkmış ve daha sonraki dönemlerde değişime uğramıştır. Bir sonraki bölümde bu tezler ve değişimleri dönemsel sınıflandırmalar eşliğinde ele alınacaktır.

1.1.2. Doğal Hukukun Temel Tezleri

Bu kısmın amacı, doğal hukuk yaklaşımına ait tezleri incelemektir. Bu inceleme yapılırken yaklaşıma ait tezler ve bu tezlere yönelik fikirler, dönemsel sıralama dikkate alınarak açıklanmaya çalışılacaktır. Bunun nedeni, uzun bir geçmişe sahip olan doğal hukuk yaklaşımındaki değişimlerin ve gelişim seyrinin daha iyi anlaşılmasını sağlamaktır.

Doğal hukuk yaklaşımına ilişkin öne sürülen tezlerin büyük bir kısmı, uzun süre varlığını sürdürmüş olsa da, bazıları dönemsel koşulların etkisiyle değişime uğramıştır.

---

[77] Cicero, *a.g.e.*, s.13.
[78] W. Orton, "a.g.m.", s.156.

Doğal hukuk ilkelerinin evrenselliğine, değişmezliğine ve pozitif hukuk kurallarının belirleyicisi olduğuna yönelik tezler değişmezken, değişime uğrayanlar genellikle, doğal hukuk yaklaşımının kaynağına yönelik tezler olmuştur.

İlkçağ klasik doğal hukuk yaklaşımında akıl, doğal hukukun kaynağıdır. Akıl, insanı her zaman doğruya yönlendirir, her daim iyi ve adil olana ulaştırır. Bu nedenle akla uygun olan tüm ilkeler, doğal hukuka da uygundur.[79] Akıl, insanı her türlü yanıltıcı unsurdan koruyarak asıl gerçekliği insanlığa sunar. Bu yanıltıcı unsurlar, duyular, duygular ve arzulardır. Akıl bu dönemde, yanıltıcı tüm unsurları yöneten ve onlara işlev kazandıran kuvvet olarak kabul edilir. Örneğin Platon akıldan, içimizde olup biten her şeyi kollayıp yöneten güç olarak bahseder.[80] Benzer şekilde Aristoteles aklın hakimiyetini şu şekilde belirtir: "Akıl, tutkuları anayasal olarak ve kralca yönetir".[81] Aklın bu özelliği, insanın diğer tüm canlılardan ayrılmasını sağlar. Arzu ve iştah tüm canlılarda bulunurken insan aklı sayesinde diğer varlıklar karşısında özel bir konuma sahiptir.

İnsan, doğası gereği sahip olduğu akıl yetisi ile bir başka gücün kararına, yetkisine veya insanlar arasında yapılacak bir sözleşmeye ihtiyaç duymaksızın doğal hukuk ilkelerine erişebilir.[82] Yapılması gereken, insanın doğasına uygun biçimde yaşamasıdır. Stoa felsefesinin de temel doğal hukuk tezi olan bu görüşe göre, insan ancak doğasının bir gereği olan akla göre yaşarsa doğru olana yönelir ve erdemli bir yaşam sürebilir.[83] Böyle bir yaşama erişebilmek için aklın ötesinde herhangi bir dış kuvvete ihtiyaç yoktur. Bu görüş, İlkçağ klasik doğal hukuk düşüncesi ile Ortaçağ klasik doğal hukuk düşüncesinin ayrım noktasını oluşturmaktadır.

Ortaçağ klasik doğal hukuk anlayışında da akıl, insan doğasına ait en temel özellik olarak kabul edilmektedir. Ancak insan aklı, doğal hukuk ilkelerine ulaşmada tek ve bağımsız bir yeti olarak görülmemektedir. Akıl, daha üstün bir kuvvet tarafından insan doğasına yerleştirilmiştir. Üstün kuvvet, Tanrı'nın kendisidir. Aklın gösterdiği her doğru, Tanrı'nın bizzat insan aklına yüklediği ilkelerdir. Aklın görevi bu ilkeleri keşfetmek,

---

[79] M. C. Murphy, *Natural Law and Practical Rationality*, s.52.
[80] Platon, *Devlet*, s.143, 441e.
[81] Aristoteles, *Politika*, s.17.
[82] Joseph Boyle, "Natural Law and Global Ethics", *Natural Law and The Possibility of A Global Ethics* içinde, (ed. Mark J. Cherry), Dordrecht, 2004, s.2.
[83] Maryanne Cline Horowitz, "The Stoic Synthesis of the Idea of Natural Law in Man: Four Themes", *Journal of the History of Ideas*, 35/1, s.4.

anlamak ve boyun eğmektir. Dolayısıyla bu dönemde ezeli-ebedi, evrensel doğal hukuk ilkelerinin, insan aklına Tanrı tarafından ekilmiş tohumlar gibi olduğu düşünülmektedir.[84]

Ortaçağ klasik doğal hukuk yaklaşımının en güçlü düşünürlerinden biri olan Thomas Aquinas, ilahi hukuk, ebedi hukuk, doğal hukuk ve beşerî hukuk olmak üzere dört farklı hukuk çeşidinden bahseder. Tüm hukuk çeşitleri sırasıyla bir zincirin halkaları gibi birbirine bağlıdır. İlahi hukuk, bir başka unsura bağlı olmayan ancak diğer tüm halkaların kendisine bağlı olduğu en baştaki halkadır. İlahi hukuk, Tanrı tarafından gönderilmiş vahiy niteliğindedir ve insanlara gerçek mutluluğa ulaşabilmeleri için gerekli olan ilkeleri bildirir.[85]

İnsan bu ilkeleri ancak aklı aracılığıyla keşfedebilir ve uyum gösterebilir. İnsanın aklı aracılığıyla ilahi hukuka katılımı Aquinas'a göre doğal hukuktur. Doğal hukuk, ilahi hukuktan, bir başka deyişe ilahi akıldan bağımsız değildir. Burada, "Eğer insan ilahi hukuku aklı aracılığıyla fark edebiliyorsa, sahip olduğu hukuk neden doğal hukuk olarak adlandırılıyor?" sorusu sorulabilir. Bunun nedeni, insan aklının ilahi aklı tüm detaylarıyla keşfedemeyeceği kabulüdür. Aquinas'a göre insan aklı, hiçbir zaman ilahi aklın tüm ilkelerine erişemez. Çünkü Tanrısal aklın karşısında insan aklı sınırlıdır. Dolayısıyla Tanrı'ya ait olan bir hukuka insanın tam anlamıyla katılması mümkün değildir. İnsan ancak kendi doğasına ait olan akıl aracılığıyla sınırlı doğal hukuka sahiptir.[86]

Aquinas, kendinden önceki düşünürlerde olduğu gibi aklın, doğal hukuk ilkelerinin kaynağı olduğunu kabul eder. Ancak aklı bu konuda yetkin olarak görmez ve ilahi akıldan ayrılması mümkün olmayan bir doğal hukuk düşüncesi ortaya koyar. Aquinas için doğal hukuk, Tanrı'nın kendi zihninde oluşturmuş olduğu birtakım ilkeleri, akıl aracılığıyla insan doğasına lütfetmesinden başka bir şey değildir.[87]

Aquinas'ı örnek alarak açıklama gayretinde bulunduğumuz Ortaçağ doğal hukuk düşüncesini, İlkçağ doğal hukuk düşüncesinden farklı kılan şey, rasyonalist tavrın ilahi emirle birleştirilmiş olmasıdır. İlahi emrin buyurduğu, her zaman akla ve doğal hukuka uygundur. Aklın gösterdiğine yönelik her direniş, aynı zamanda Tanrı'nın buyurduğuna direniştir. Sonuç olarak Ortaçağ doğal hukuk düşüncesinde aklın buyurduğu ilkeler ilahi

---

[84] F. H. L. Alonso, "a.g.m.", s,163.
[85] Saint Thomas Aquinas, *The Summa Theologica II*, Chicago, 1952, s.1-89.
[86] Jack Donnelly, "Natural Law and Right in Aquinas' Political Thought", *The Western Political Quarterly*, 33/4, 1980, s.521.
[87] Daniel Mcınerny, "Natural Law and Conflict", *Natural Law and The Possibility of A Global Ethics* içinde, (ed. Mark J. Cherry), Dordrecht, 2004, s.90.

kaynaklı olsa da, akıl, evrensel bilgiye ulaştırmaya ve her insanda ortak yeti olarak kabul edilmeye devam etmektedir.

Aralarındaki birtakım farklılıklara rağmen klasik dönem doğal hukuk anlayışında ve Ortaçağ doğal hukuk anlayışında sürdürülen akla güven, modern dönem doğal hukuk anlayışında da devam etmektedir. Ancak modern dönem doğal hukuk anlayışı tarafından akıl, İlkçağ klasik doğal hukuk anlayışında olduğu gibi doğaüstü kuvvetlere gereksinim duymaksızın kendi doğası gereği doğal hukuk ilkelerine ulaşan bir yeti olarak kabul edilmiştir. Modern doğal hukuk, özellikle Aquinas'ın düşüncesinde yer alan ilahi aklın hakimiyetindeki insan aklı fikrinden uzaklaşarak İlkçağ doğal hukukçularına geri dönmüştür.[88]

Michel Villey'in subjektif doğal hukuk yaklaşımı olarak da adlandırdığı modern doğal hukuk, ilahi otoritenin etkisinin azalması, modern mekanik bilimin gelişmesi ve insanın doğanın sahibi olduğunu fark etmesiyle ortaya çıkmıştır.[89] Bu değişimin nedeni, modern dönemde bilimin, rasyonel olduğu kadar deneysel yöntemlere de uygun bir alan olarak kabul edilmesidir. Rasyonel temellere dayalı olan matematik ve matematiksel formüller, pek çok farklı duruma karşı uygulanabilir ve sonuca ulaştırabilir olması nedeniyle oldukça önemli sayılmıştır. Bu dönemde fark edilen bir başka husus, rasyonel olarak elde edilen bilginin geçerliliğini ve güvenilirliğini artıran deneysel yöntem olmuştur. Rasyonel olarak elde edilen bilginin deneysel yöntemle sağlamlaştırılması, bilginin güvenilirliğini artırırken insanlara doğadan güç elde etme, doğayı kendisi için kullanma fikrini de kazandırmıştır.[90]

Ortaçağın sonu ve modern dönemin başında bilimsel alanda ortaya çıkan bu ve benzeri değişimler, doğal hukukun temel tezleri üzerinde de etkili olmuştur. Öyle ki doğal hukuk ilkelerinin kaynağı olan aklın, üstün bir kuvvetten bağımsız olarak gözlem ve deney aracılığıyla doğanın işleyişindeki ilkeleri keşfedebileceği kabul edilmiştir. Bu teze ilişkin en önemli örnek, Hugo Grotius'un felsefesinde karşımıza çıkmaktadır.

Grotius'a göre doğal hukukun kaynağının doğrudan Tanrı veya bir başka doğaüstü varlık olduğunu söylemek mümkün değildir. Tanrı'nın var olmadığı veya Tanrı'nın insan hayatına müdahale etmediği bir evren tasarımında, doğal hukuk varlığını sürdürmeye,

---

[88] L. Strauss, *a.g.e.*, s.191.
[89] G. B. Herbert, *a.g.e.*, s.59.
[90] Alistair Cameron Crombie, *Medieval and Early Modern Science Volume II* , New York, 1959, s.21.

insan doğası işlemeye devam edecektir. Çünkü insan, akıl sayesinde doğru ve yanlış olana karar verir. İnsan, aklın yönlendirmesinden ayrılır ve duygularının hakimiyetine kapılırsa Tanrı'nın buyruklarına değil, kendi doğasına ve dolayısıyla doğal hukuka aykırı davranmış olur.[91] Ancak Grotius, doğal hukuka yönelik bu fikirleri ile Tanrı'nın varlığını veya Tanrı'nın buyruklarını inkâr etmeyi amaçlamamaktadır. Grotius'un gayesi, doğal hukukun, ilahi emirlerin ve pozitif hukukun birbirinden farklı olduğunu gösterebilmektedir. *Savaş ve Barış Hukuku* eserinin devamında Grotius, bu hedefini açıkça belirtmektedir. İlahi hukuk ve pozitif hukuk varlığa gelişleri bakımından belirli bir iradenin ürünüdür. Bu özellik, doğal hukuku ilahi hukuktan ve pozitif hukuktan ayıran esas noktadır. Doğal hukuk, herhangi bir iradenin yaratımı olmaksızın vardır ve akıl tarafından keşfedilir.[92] Dolayısıyla Grotius, doğal hukuku diğer iki hukuktan ayırarak insana ve insan aklına hiçbir gücün etkisi altında kalmaksızın egemenlik hakkı tanımaktadır.

Grotius'un, doğal hukukun ilahi hukuktan bağımsız ve farklı olduğuna yönelik bir diğer görüşü, iki hukukun eylem ve sebebi arasında kurduğu bağdan kaynaklanmaktadır. Grotius'a göre akıl, uyulması veya uyulmaması gereken ilkeleri belirtirken eylemin niteliğine yönelik mantıklı bir gerekçe ile bu işlevini yerine getirmektedir. Tanrısal hukuk ilkelerinde ise bu durum söz konusu değildir. Tanrı buyrukları, herhangi bir gerekçe ile birtakım eylemleri buyurup, bazı eylemleri yasaklamaz. Tanrı yalnızca buyurur veya yalnızca yasaklar. Bu ise doğal hukuku, Tanrısal hukuktan ayırır. Ancak bu durum, doğal hukukun, Tanrısal hukuka karşıt olduğu anlamına gelmemektedir. Doğru aklın gösterdiği ilkeler, Tanrı'nın da buyurduğu ve yasakladığı ilkelerdir.[93]

Grotius'un doğal hukuk yaklaşımından hareketle modern dönem doğal hukuk anlayışında hukukun, yapılması gerekeni emreden ve aksini yasaklayan doğaya yerleştirilmiş en yüksek akıl olarak kabul edildiğini söylemek mümkündür. Hukuk, insan doğasının bir parçasıdır ve insan dışında metafiziksel bir varlığa ait değildir. Doğal hukukun insanüstü bir varlığa ait olmaması aynı zamanda böyle bir varlığın doğal hukuk ilkeleri üzerinde söz sahibi olmadığı anlamını taşımaktadır. Bu da insanların doğal hukuk ilkelerini keşfedip, benimsemek için kendi iradelerine bağlı olduğunu göstermektedir.

---

[91] Hugo Grotius, *Savaş ve Barış Hukuku*, Ankara, 1967, s.7.
[92] H. Grotius, *a.g.e.*, s.20.
[93] H. Grotius, *a.g.e.*, s.20.

Bu konuda John Locke, insanların belirli bir egemen güce bağlı olarak dünyaya gelmediğini, insanların herhangi bir egemen güce bağlı olmayı ve onun belirlediği ilkelere boyun eğmeyi kendi iradesiyle seçmiş olduğunu belirtir.[94] İnsanın seçimlerinden bahsedilmesi, modern dönem doğal hukuk anlayışını özellikle Ortaçağ klasik dönem doğal hukuk anlayışından ayırmaktadır. Bu dönemde doğal hukuk daha bireyci bir yaklaşım olarak ele alınmaya başlamıştır.

Modern dönem doğal hukuk anlayışının bireyci tutumunun, bu dönemde insan fizyolojisine yönelik yapılan çalışmalardan kaynaklamış olduğunu belirtmek mümkündür. Yapılan çalışmalar, insan fizyolojisinde akıl yanında duyuların ve duyguların da etkisini göstermiştir. Bu nedenle, dönemin filozofları aklın yanında duyguların konumuna da açıklık getirmeye çabalamıştır. Örneğin Descartes, insan bedenini bir makine olarak kavrayarak, bu makinenin cansız varlıkları formalize eden yasalarla açıklanabileceğini ileri sürmüştür. Descartes'e göre bedensel hareketler yanında duyguların psiko-fiziksel etkilerini açıklayan formüllere de ulaşmak mümkündür.[95]

Fizyoloji çalışmaları ve bu çalışmaların doğal hukuk yaklaşımına yansımaları sonucunda modern dönem doğal hukuk düşünürleri, klasik dönem doğal hukuk yaklaşımında aşırıya kaçması durumunda kötülüğün ve erdemsizliğin nedeni olarak görülen duyguları tekrar ele almıştır. Öyle ki Hobbes'a göre insanları sahip olduğu arzuları, istekleri veya duyguları nedeniyle kötü veya günahkâr olarak adlandırmak doğru değildir. Çünkü insanlar doğaları gereği arzu, istek ve duygulara sahiptir. Bunlar, akıl dışında insanın eyleme geçmesine neden olan itici güçlerdir. Daha iyi olana ulaşma, daha güçlü olma talebi, üstünlük kurma arzusu, şan ve şöhret sahibi olmaya yönelik iştah, güven duymama gibi duygu temelli istekler aklın dışında yer alan eyleme nedenleridir. İnsanları, türlerinin bir özelliği olarak sahip oldukları bu unsurlar nedeniyle üzerinde anlaşılmış hiçbir yazılı yasa yokken suçlamak mantıklı değildir.[96]

Görülmektedir ki Hobbes, duyguların varlığına doğrudan kötü olarak hüküm vermemekte, duyguları insan doğasına ait özellikler olarak ele alırken duyguların sınırsız kullanımını yazılı yasalarla kısıtlamaktadır. Yazılı herhangi bir yasa yoksa iyi-kötü, doğru-yanlış gibi hiçbir durum yoktur. Dolayısıyla Hobbes için duygular ve akıl, insanın doğası gereği sahip olduğu nitelikleridir. İnsanın bu doğaya göre eylemesinin hiçbir kötü

---

[94] John Locke, *Hükümet Üstüne İkinci Tez*, İzmir, 2013, s.43.
[95] A. C. Crombie, *a.g.e.*, s.239.
[96] Thomas Hobbes, *Leviathan*, İstanbul, 2007, s.94-95.

tarafı yoktur. Ancak bir eylemin ya da yaşanılan durumun akıl ve duygular aracılığıyla kötü olduğu anlaşıldığında ve tüm insanlar bu konuda hemfikir olduğunda kötülüğe ve yanlışa karar vermek mümkündür.

Bir diğer modern dönem doğal hukuk filozofu olan ve rasyonalist fikirleriyle öne çıkan Spinoza, duyguları ve arzuları, insanın varoluş amacıyla özdeş tutar. Ona göre, insanın hayattaki temel amacı, kendi varlığını sürdürebilmektir. Bu amacın kaynağı insanın doğasında bulunan duygusal iştahtır. İştah, insanda doğası gereği bulunur ve insanın bu iştahı giderebilmek için yaptığı ve kendisi için faydalı olduğuna inandığı her eylem doğal hakkıdır.[97] Bu hakkı kullanan insanları, bazı eylemlerinin iyi bazı eylemlerinin kötü olduğu sonucuna ulaştıran, onların duyularına hoş gelen veya hoş gelmeyen şeylerden hareketle ortaya koymuş oldukları çıkarımlardır. Ancak bu çıkarımların tüm insanlarda ortak olduğunu söylemek mümkün değildir. Her insanın hoşnut bulduğu ve hoşnut bulmadığı şeyler birbirinden farklıdır.[98] Dolayısıyla Spinoza da aklın karşısında duyguların etkisiz ve önemsiz olduğunu kabul etmemektedir. Ayrıca Spinoza, Hobbes'un fikirlerinde karşılaşmış olduğumuz gibi insanların bireyselliğine dikkat çekmektedir. Bireysel farklılıklara ve haklara yapılan vurgu, modern doğal hukuk yaklaşımının tezlerinden biri olarak yer almaktadır.

Bireyselliğin ön plana çıkmasıyla birlikte, ortak akla olan güven hakimiyetini sürdürmeye devam etmektedir. Spinoza, hayatta kalabilme iştahını doyurmak için bireysel farklılıklara dikkat çekse de herkesin bu iştahı doyurabilmesini sağlayacak unsurun ortak akıl olduğunu belirtir. Akıl, insanların yaşam amaçlarına ulaşabilmesi için onların duygu, arzu ve iştahlarını kontrol altına alır ve uyum içerisinde yaşamaya teşvik eder. İnsanın hayatta kalma amacına ve mutluluğa ulaşabilmesi ancak aklın ışığında yaşamakla mümkün olur.[99] Ortak akıl, önemi bakımından bireysel arzu ve iştahtan önce gelir.

Modern dönem doğal hukuk düşüncesinin bireysel farklılıklara yaptığı vurgu, doğal hukuk düşüncesinde bir başka değişime daha neden olmuştur. Modern döneme kadar doğal hukuk ve doğal haklar, aynı anlamı taşıyan iki kavram olarak değerlendirilmiştir. Ancak modern dönemde bu iki kavramın farklı anlam ve içeriği sahip olup olmadığı tartışma konusu haline gelmiştir. Genel görüşlerden ilki, doğal haklar

---

[97] Benedictus Spinoza, *Etika*, Ankara, 2016, s.137-138.
[98] B. Spinoza, *a.g.e.*, s.75.
[99] B. Spinoza, *a.g.e.*, s.222.

kavramının modern dönem doğal hukuk yaklaşımını ifade etmek için kullanıldığı yönündedir. Bu görüş, anlam bakımından iki kavram arasında hiçbir farklılık olmadığını kabul etmektedir. Bir başka görüş ise bu iki kavramın arasındaki tek benzerliğin ortak kavramlara sahip olmak olduğunu belirtir.[100] İkinci görüşe örnek olarak Hobbes, doğal hak ve doğal hukuk arasındaki bağıntıyı şu şekilde açıklar. Doğal hak, insanın doğası gereği sahip olduğu hayatta kalma amacına yönelik akla uygun olan her şeyi yapma özgürlüğüdür. Doğal hukuk ise insanın akılla keşfettiği, hayatını sürdürme amacı için yapması veya yapmaması gerekenleri belirten ilkelerdir.[101]

Her iki görüşü incelediğimizde, her ikisinin de doğal hukuk kavramından, doğal haklar kavramına geçişi gerektiren bir değişime işaret ettiğini görmekteyiz. Doğal hak kavramının modern dönem doğal hukuk düşüncesi olduğunu belirtmek, hukuktan hakka götüren bireysel ve toplumsal bir değişimi dile getirmektedir. Aynı şekilde, doğal hukuk kavramıyla doğal haklar kavramı arasında yalnızca "doğal" kavramını kullanmaktan kaynaklanan bir benzerliğin olduğunu belirtmek, değişen insan algısına işaret etmektedir. Buradaki en temel değişim, insanların sahip olduğu birtakım özelliklerin hak olarak kabul edilmesi ve bu hakların korunması için insanın toplumsal bir varlık haline gelmesi gerektiği düşüncesidir.

Klasik dönem doğal hukuk düşüncesinde tek tek bireylerin sahip olduğu haklardan ve bu hakların korunmasından ziyade insanların doğalarına uygun yaşamaları doğal hukuk olarak kabul edilmiştir. Modern dönem doğal hukuk düşüncesinde ise insanın mülkiyet, özgürlük, eşitlik gibi doğal haklarını korumak ve bu amaçla siyasi toplumsal yapıların kurulmasına aracılık etmek doğal hukuk olarak belirtilmiştir.[102]

Klasik dönem doğal hukuk yaklaşımının temel tezlerinden bir diğeri, insanın doğuştan toplumsal bir varlık olduğudur. İnsan hayatta kalabilmek için bir toplumda yaşamak zorundadır. Bu zorunluluk, insanın doğası gereği sahip olduğu özelliklerinden biridir. Toplumsallık insan doğasına aittir ve insan toplum içerisinde yaşadıkça doğal hukuka uygun davranmış olur.[103]

Aristoteles, insanın bir toplumda yaşamasının bireysel hakları korumak için değil, ortak iyiye ulaşmak amacıyla doğal bir zorunluluk olduğunu şu şekilde belirtir:

---

[100] Cennet Uslu, *Doğal Hukuk ve Doğal Haklar*, Ankara, 2011, s.39.
[101] T. Hobbes, *a.g.e.*, s.96-97.
[102] Tom Campbell, *Rights*, Abingdon Oxon, 2006, s.6.
[103] L. Strauss, *a.g.e.*, s.156.

> …üreme için erkekle dişinin birliği zorunludur, çünkü öteki olmadan biri etkisiz kalır. Bu, düşünülerek yapılmış bir seçme değildir; doğanın hayvanlara da bitkilere de verdiği, kendi benzerlerini çoğaltma isteğinden ileri gelmektedir. Yönetenle yönetilenlerin birleşmesi de, tıpkı bunun kadar gereklidir; bunların bir araya gelmelerinden amaç ortak güvenliklerinin korunmasıdır.[104]

Görüldüğü üzere klasik dönem doğal hukuk düşüncesinde, insanın toplumsal bir yaşamda, belirli bir siyasi figürün hakimiyetinde yaşaması kendi seçimine bağlı değildir. Bu durum insan doğasında kendiliğinden veya ilahi gücün bahşetmesiyle bulunmaktadır. İnsan, toplumda yaşar ve bu toplumdaki yönetim koşullarına uyum gösterirse doğal hukuk ilkelerine uygun yaşamış kabul edilir.

Modern dönem doğal hukuk anlayışında ise siyasi düzen ve toplumsal yaşam, doğaüstü bir güç tarafından belirlenmiş veya kendiliğinden oluşmuş yapılar olarak belirtilmez. Bu anlayışa göre hem siyasi düzen hem de toplumsal yapı insanlar tarafından haklarını korumak amacıyla bilinçli olarak inşa edilmiştir. Dolayısıyla insanların siyasal toplum yaşamına geçmeden önce bulundukları bir yaşam şekli bulunmaktadır.

Modern dönem doğal hukuk anlayışında, klasik dönem doğal hukuk anlayışından farklı olarak insanın belirli bir doğal yaşam sürecinin ardından siyasi toplumsal yaşama geçiş yaptığı kabul edilmektedir. Yine bu dönemde önceki doğal hukuk anlayışlarından farklı olarak belirli bir toplumsal yaşamda siyasi bir figür olarak varlığını sürdüren insanın değil, toplumsal hayata geçiş yapmadan önce doğal durumunda yaşayan insan ve onun sahip olduğu özellikler incelenmektedir.[105]

Modern dönem doğal hukuk filozoflarının çoğu, insanın siyasi yaşam öncesi varlığını sürdürdüğü doğal yaşam sürecini ele almaktadır. Ancak, bu filozoflar arasında Hobbes ve Locke, doğal duruma ilişkin görüşleriyle modern doğal hukuk geleneğinin temel tezlerinin oluşumunda belirleyici bir rol oynamaktadır. Bu iki düşünürün doğal durum tasarımı birbirinden farklı olsa da, onları ortak kılan, insanların doğal durumdan siyasi yaşama geçişlerinin sözleşme ile olduğu kabulüdür.

Hobbes'a göre insanın bu dünyadaki en temel amacı, yaşamını sürdürebilmektir. Bu amaca ulaşabilmek için insanın her yaptığı eylem, hakkıdır. Doğal durumda insan sınırsız bir biçimde bu hakkı kullanabilmektedir. Her insanın sınırsızca sahip olduğu bu

---

[104] Aristoteles, *Politika*, s.10.
[105] C. Uslu, *a.g.e.*, s.124.

hak nedeniyle herkesin istediği şekilde eylemeye hakkı vardır. Böyle bir toplulukta insanlar bencildir ve daimî bir kargaşa ortamı hüküm sürer. Kargaşa içerisinde insanların hayatlarını sürdürme amacına ulaşabilmeleri ise mümkün değildir. Sürekli kargaşanın, savaş ortamının hâkim olduğu bir toplulukta insanların iki seçeneği bulunmaktadır. İlk seçenek, herkesin hayatta kalma amacına erişebilmesi için sözleşme aracılığıyla bir barış ortamı oluşturmaktır. İkinci seçenek ise kargaşa halini savaş durumuna getirerek, güçlü olanların zayıf olanları yendiği bir çıkar ortamı oluşturmaktır. [106]

Barış ortamında yaşamayı seçen insanlar, bu karara akılları vasıtasıyla ulaşır. Ancak barış içerisinde yaşamak için akıl ve doğal haklar yeterli değildir. Bu amaca ulaşmak için gerekli olan bir diğer unsur, devlettir.[107] İnsanların kendi iradeleri ile oluşturdukları bu devlet, dilediğince kullanılan hakları sınırlayacak ve herkese hakkı olanı verecektir. Böylece devletin varlığı, hak, adalet, mülkiyet gibi doğal durumda olmayan hukuk kavramlarını da oluşturacaktır.

John Locke da doğal durumda insanın kargaşa ve savaş ortamı içerisinde bulunduğunu kabul eder. Locke için bu ortamın oluşma nedeni mülkiyet meselesidir. Doğal durumda insanlar, istediğini dilediğince alıp kullanma, daha iyisini talep etmeleri durumunda değiş-tokuş yapma hakkına sahiptir. İnsanları savaş durumuna sokan, mülkiyet hakkının başka insanlar tarafından ele geçirilmesidir. Ancak Locke, savaş durumunu, doğal durum ile özdeş kabul etmemektedir. Doğa durumunda insanlar, hiçbir yasa olmaksızın yalnızca sahip oldukları aklın buyruklarıyla bir topluluk içinde yaşamaktadır. Yasaların ve otoritenin olmadığı durumda insanların ilişkisini düzenleyen şey akıldır. Akıl, doğa durumundan itibaren insanlara, başkasına ait olan hiçbir şeye zarar vermemeyi buyurur.[108] Ne zaman aklın bu buyruğuna aykırı eyleyen bir insan ortaya çıkarsa o zaman savaş durumu başlamış olur.

İnsanların savaş durumundan kurtulması, ancak siyasi bir toplumu ve herkes tarafından onaylanmış pozitif hukuk kurallarını kabul etmekle mümkündür. Barış ortamını sağlaması için başvurulacak birinin olması halinde savaş durumu ve anlaşmazlıklar sona erdirilir.[109] Görülmektedir ki Locke doğa durumunda, savaş durumunda ve toplumsal yaşama geçişin her aşamasında insan iradesini ön planda

---

[106] T. Hobbes, *a.g.e.*, s.97.
[107] T. Hobbes, *a.g.e.*, s.127.
[108] J. Locke, *a.g.e.*, s.29-30.
[109] J. Locke, *a.g.e.*, s.40.

tutmaktadır. Locke için aşamalar arasında geçişin, otoriteye bağlılığın, savaşın ve barışın geçerlilik kazanması ancak insanların ortak rızası ile mümkündür.

Locke, insanları tüm koşullar karşısında ortak olarak kabul etmektedir. Tanrı, evreni insanların yaşamlarını en iyi şekilde sürdürebilmeleri amacıyla ortak bir alan olarak tahsis etmiştir. Ayrıca Tanrı insanlara, bu evreni en iyi şekilde kavrayıp, zenginliklerinden faydalanabilmeleri için bir de ortak akıl sunmuştur.[110] Akıl ise insanlara doğal hukukun bir ilkesi olarak herkesin aynı derecede eşit olduğunu ve kimsenin bir başkasının sahip olduğu bir şey üzerinde üstünlük kuramayacağını öğretmiştir.[111] Dolayısıyla, Locke'a göre insanlar dünyaya eşit olarak dünyaya gelirler ve alınacak her kararda ortak iradeyle hareket ederler.

Locke'un eşitlikçi düşüncesi, modern dönem doğal hukuk anlayışını klasik dönem doğal hukuk anlayışından ayıran bir diğer tezi ifade etmektedir. Klasik dönem doğal hukuk anlayışında, tüm insanlar eşit özelliklere sahip olarak dünyaya gelmezler. Bu dönemde eşitsizlik insanların sahip olduğu beceriler üzerinden açıklanmaktadır. Her insanın aynı işi yapmaya yeteneğinin olmaması, insanların farklı yakınlıklarının olması eşitsizliği göstermektedir.[112] Eşitsizlik nedeniyle insanlar birbirine muhtaçtır. Bu muhtaçlık, siyasal bir toplumda yaşamanın da zorunlu nedenidir.

Eşitlik sorunu yalnızca modern dönemde ortaya çıkan bir mesele değildir; aksine, İlkçağ'da da bir problem olarak ele alınmıştır. Bu bağlamda, her insanın yönetici olma yetisine sahip olmadığı düşüncesi, barış ve huzur ortamının ancak üstün niteliklere sahip bir bireyin yönetimi altında sağlanabileceği fikrine dayanak oluşturmaktadır. Örneğin, Platon, insanlar arasındaki eşitsizliği ve yöneticinin diğer insanlardan daha üstün olduğunu şu şekilde açıklar: "…sizi yaratan Tanrı, aranızdan önder olarak yarattıklarının mayasına altın katmıştır. Onlar bunun için baş tacı olurlar. Yardımcı olarak yarattıklarının mayasına gümüş, çiftçiler ve öbür işçilerin mayasına da demir ve tunç katmıştır".[113] Dolayısıyla klasik dönem doğal hukuk anlayışında, insanların Tanrı tarafından veya doğaları gereği eşit olarak yaratılmadıkları kabul edilmektedir. İnsanlar eşit olmadıkları için onları eşit duruma getirecek bir yasaya da ihtiyaç duyulmamaktadır. Olması gereken insanların doğalarının gerektirdiği veya Tanrı'nın bahşettiği şekilde yaşamını

---

[110] J. Locke, *a.g.e.*, s.45.
[111] J. Locke, *a.g.e.*, s.30.
[112] Platon, *Devlet*, s.56, 370b.
[113] Platon, *a.g.e.*, s.111, 415a.

sürdürmesidir. Oysa, modern dönem doğal hukuk düşüncesinde, klasik dönem doğal hukuk düşüncesinden farklı olarak insan, doğa durumunda niteliksel olarak eşit kabul edilmektedir. Ancak bu eşitlik savaş durumunda ve mülkiyet kazanımıyla yitirilmektedir. Siyasal toplumun veya devletin en önemli görevi, insanların eşitliğini sağlamak ve eşitlik durumlarını korumaktır.

Strauss'a göre klasik dönem doğal hukukçularının insanların eşit olmadığına yönelik fikirleri, ahlak alanına da yansımıştır. Öyle ki bu düşünürlere göre sahip oldukları özellikleri bakımından eşit olmayan insanlar, iyi olanı seçme ve iyi olana ulaşma konusunda da eşit değildir. Her insan, doğası gereği aynı düzeyde iyi olana karar veremez.[114] Bu nedenle klasik doğal hukuk düşüncesinde insana iyi ve doğru olanı gösteren bir kuvvetin varlığı savunulmaktadır. İlkçağ klasik doğal hukuk anlayışında bu kuvvet akıl olarak kabul edilirken, Ortaçağ klasik doğal hukuk anlayışında Tanrı'dır. Tanrı insanlara vahiy aracılığıyla veya doğrudan akıllarına işleyerek mutluluğa ulaştıracak iyiye ulaşmanın yollarını vermiştir. Bu nedenle insanın amacı, aklın ilkelerine ve Tanrı'nın buyruklarına göre davranmaktır. Buradan hareketle klasik dönem doğal hukuk düşüncesinde, doğal hukuk ilkelerinin insan davranışlarını düzenleyen ahlaki ölçütler olarak kabul edildiğini söylemek mümkündür.

Burada tekrar ifade edelim; İlkçağdaki akıl anlayışı ile modern dönemdeki akıl anlayışı aynı değildir. Bu farklılık, doğal hukuk yaklaşımın geniş kapsamlı yapısıyla da örtüşmektedir Doğal hukuk, tarihsel süreçte farklı bağlamlarda ele alınmış; kimi zaman, klasik dönem doğal hukuk anlayışında olduğu gibi, insan davranışlarını yönlendiren ilkeler içermesi nedeniyle bir ahlak teorisi olarak değerlendirilmiş, kimi zaman ise modern dönem doğal hukuk yaklaşımında olduğu gibi, insanların hayatlarını sürdürebilmesi ve mülkiyet haklarını koruyabilmesi için kurulan devlet sistemlerinin temelinde yer alan bir siyaset teorisi olarak benimsenmiştir.

Klasik dönem doğal hukuk yaklaşımının, özellikle Ortaçağ kısmında doğal hukuk, ahlak çalışmaları başlığı altında ele alınmıştır. Bu dönem düşünürleri doğal hukuku, ahlakın bir parçası olarak görmekle birlikte bu hukuku Tanrı'nın yazdığını ve insan doğasına yerleştirmiş olduğunu kabul etmiştir.[115] Ahlakın bir parçası olarak doğal hukuk, ahlaken uygun olan bir eylemi, hukuki eylem olarak bağlayıcı göstermektedir. Bir başka

---

[114] L. Strauss, *a.g.e.*, s.161.
[115] M. C. Horowitz, "a.g.m.", s.3.

ifadeyle, hukuki bir eylem, oluşu ve uygulanışı bakımından ahlaktan bağımsız değildir.[116] Dolayısıyla ahlaki olarak iyi ve erdemli davranış, insan aklı ile uyumlu doğal hukuk ilkeleri olarak belirtilmektedir. Ahlaki olarak iyi ve doğru davranışlar, doğal hukukun buyurduğu ilkelerle özdeş sayılmaktadır.

Doğal hukuk ile ahlakı birbiriyle ilişkili kabul eden düşünürlerden biri olan Aquinas, doğal hukuka iki temel işlev yüklemektedir. Bu işlevlerden ilkine göre, doğal hukuk kötü veya yanlış eylemlerde bulunan insanları, doğru olana yönlendirmelidir. İkinci işleve göre ise doğal hukuk, insanların daha erdemli bir yaşam sürmesini sağlamalıdır.[117] Doğal hukukun, akıl aracılığıyla keşfedilir olması nedeniyle, aklın buyurduğu her ilke, aynı zamanda doğal hukukun ilkesidir. Aklın "iyi olan yapılmalı, kötü olandan ise kaçınılmalıdır" şeklinde belirlediği her eylem, doğal hukukun temel ilkeleri arasında kabul edilmektedir. Bu nedenle Aquinas'ın doğal hukuk düşüncesi ahlak öğretisi ile ilişkilidir.

Aquinas'a göre iyi, doğal hukukun en temel kavramıdır. Doğal hukukun tüm ilkeleri iyiyi yapmak, iyinin peşinden gitmek hedefiyle iyi kavramı üzerine temellenir. Aklın keşfettiği ve benimsediği yapılacak veya kaçınılacak şeyler, doğal hukuk ilkelerine aittir.[118] Dolayısıyla klasik dönem doğal hukuk anlayışında iyi kavramı, erdem kavramı ile özdeş kabul edilmiştir. İyi olarak adlandırılacak şey, insanı doğruluğa ve erdeme ulaştıracak olandır. Bu düşüncenin karşılığını açık bir şekilde Platon'da görmekteyiz. Platon *Menon* (98e) diyaloğunda, iyi kavramından, bilgi olmadığı için insanlara öğretilemeyen ancak insanları doğru yola götüren kılavuz olarak bahsetmektedir.[119] Öğretilemeyen bu kılavuz, insan doğasında bulunur ve akılla keşfedilir. Keşfetmek, anlamak, düşünmek gibi akli faaliyetler insan doğasında yer alır. İnsan, bu akli faaliyetlere göre eyledikçe doğasına uyumlu olur ve doğasına uygun yaşar. Bu da insanın eylemlerinin erdemli olmasını sağlayan, insanı iyi yapan şeydir.

Klasik dönem doğal hukuk anlayışını, modern dönem doğal hukuk anlayışından farklı kılan bir diğer özellik, iyi kavramının içeriğine yöneliktir. Klasik dönem İlkçağ doğal hukuk anlayışında iyi, insana haz veren şey olarak kabul edilmemektedir.[120] Haz, kişiden kişiye değişen, kısa süreli mutluluktur. Asıl mutluluk, herkes için ortak olan ve

---

[116] M. C. Murphy, *a.g.e.,* s.47.
[117] J. Donnelly, "a.g.m.", s.521.
[118] T. Aquinas, *a.g.e.*, s.94.
[119] Platon, "Menon" *Diyaloglar* içinde, İstanbul, 2019, s.186.
[120] Platon, *Devlet,* s.225, 509a.

gelip geçici olmayandır. Akla uygun eylemek ve erdemli yaşama ulaşmak, bu mutluluğun kaynağıdır. Gerçek iyi, aklın aracı olduğu mutluluktur. Aklın ilkeleri ise doğal hukukun ilkeleridir. Dolayısıyla doğal hukukun amacı iyi olana ve mutluluğa ulaştırmaktır.

Klasik dönem Ortaçağ doğal hukuk anlayışında da iyi olan, arzu ve tutkulardan elde edilen, zevk veya fayda sağlayan şey değildir. Bu dönem anlayışında iyi, Tanrı ve Tanrı'nın buyrukları ile özdeş kabul edilmiştir. İnsanın amacı, iyi ve erdemli bir yaşam sürmektir. Erdem, Tanrı'nın iyiliğine ulaşmak için insana rehberlik eden unsurdur. İlkçağ doğal hukuk anlayışının aksine bu dönemde erdem, hiçbir nedene bağlı olmaksızın kendisi için istenilen şey olarak kabul edilmemiştir. Erdemin değeri Tanrı'nın iyiliğine ulaştırmasından kaynaklamaktadır. Erdeme ulaşmasının yolu, akıl ilkelerine uygun yaşamaktır. Ancak akıl, erdemli yaşam sürmek için tek başına yeterli değildir. Aklın ilkelerinin, ilahi buyruklarla mutabık olması gereklidir. İnsanın iyiliği ve doğruluğu, akıl ilkelerinin ilahi yasaya uygunluğuyla ölçülür. Çünkü insan aklı, Tanrı tarafından yaratılmıştır. Akıl, doğası gereği sahip olduğu keşfetme ve anlama yetileriyle iyiye ve doğruya ulaştıracak ilkeleri belirler. Aklın ilkelere kendi doğası aracılığıyla ulaşması nedeniyle bu ilkeler, doğal hukuk ilkeleri olarak ifade edilir. Ancak bu ilkeler, ilahi akıl tarafından yaratılmıştır ve ondan bağımsız değildir.[121]

Modern dönem doğal hukuk düşünürlerinin çoğu, Ortaçağ doğal hukuk anlayışında iyi ve erdemli yaşamın ilahi kudrete yakınlıkla mümkün olduğu yönündeki görüşe karşı çıkmıştır. Bu düşünürlere göre, insanın yalnızca Tanrı'nın buyruklarına göre yaşaması ve bu buyruklar dışında kalan her şeyin kötü veya günah olarak sınıflandırılması, insanların pasif bir yaşantıya bürünmesine neden olmuştur. Ancak modern dönemde, insanların kendileri için iyi olana ulaşabilmelerinin yolu, aktif bir yaşam sürmek olarak kabul edilmiştir. Bu anlayışı savunan modern dönem doğal hukukçularından biri olan Spinoza, aktifliği, insanın hayatta kalabilme amacı için bedensel ve zihinsel olarak gösterdiği çaba, ortaya çıkardığı eser olarak ifade eder. Spinoza'ya göre, insan ne kadar hayatta kalabilmek ve faydalı olana erişebilmek için aktif bir yaşam sürerse, o kadar iyi ve erdemli bir hayat sunar.[122] Aktiflik, modern doğal hukuk anlayışı için bir doğal hukuk ilkesi olarak kabul edilir. İnsan pasifliğinin ilerlemeye ve

---

[121] Etienne Gilson, *Ortaçağ Felsefesinin Ruhu*, İstanbul, 2005, s.291-293.
[122] B. Spinoza, *a.g.e.*, s.214.

gelişmeye engel olarak görüldüğü bu dönemde iyi olan, aktif bir yaşam sürmektir. Çünkü insan aklı, bunu buyurmaktadır.

Modern dönem doğal hukuk anlayışı, iyi kavramına yüklenen anlam bakımından da önceki dönem doğal hukuk anlayışlarından ayrılır. Modern dönemde iyi, insanın duygulanışlarından farklı, üstün bir mertebe olarak ele alınmamaktadır. Bu dönem düşünürleri, "iyi" olanı, insana sevinç uyandıran, faydalı olan ve tekrarı için çaba gösterilen şey olarak tanımlamaktadır.[123] Dolayısıyla modern dönem doğal hukuk anlayışında iyi, her insanın yönelmiş olduğu ilahi bir varlık değildir. İyi olan, doğal hukuk ilkesinin insana buyurduğu şekliyle hayatta kalmaya ve faydalı olana ulaşmaya aracılık eden her şeydir.

Modern dönem hukuk anlayışının, eyleme geçmek için aklın yanında duygulanımlara vermiş olduğu önem, Aydınlanma filozoflarında daha belirgin hale gelmiştir. Özellikle David Hume, insan aklına verilen önemi, aklın arzulardan ve tutkulardan üstün olarak kabul edilmesini "sözde bir üstünlük" olarak kabul eder. Çünkü Hume'a göre akıl, arzulardan ve tutkulardan bağımsız olarak hiçbir zaman eylem nedeni değildir. Bir insanın belirli bir eylem sonrasında aldığı haz veya acı, o eylemi iyi veya kötü yapmaktadır. Duyulan acı ve haz eyleme geçmeye yönelten dürtünün nedenidir. Akıl ise aradaki neden-sonuç bağını kurmaya yaramaktadır. Aklın ilkelere yönelik keşfi, eyleme geçiren haz ve acı olmadan hiçbir sonuca ulaştıramayacaktır.[124] Bu nedenle iyi olan, yalnızca akıl aracılığıyla veya ilahi buyrukla ulaşılan ahlak ilkeleri olmayacaktır. Bu fikir, modern dönemde ve sonrasında doğal hukuk ilkelerinin de ahlak ilkeleri ile özdeş olmadığı fikrini doğurmuştur.

Söz konusu fikri savunan düşünürlerden biri olan Kant'a göre, doğal hukukun ahlaki bir unsur olarak kabul edilmesi söz konusu değildir. Doğal hukuk, insan özgürlüğünü ifade eden ilkelerden oluşur. Amacı, iyi olanı aramak değil, insan özgürlüğünün bilincine vardırmak ve özgürlüğü korumaktır. Ahlak yasasının varlığı, insan özgürlüğüne bağlıdır. İnsan özgür olmadıkça ahlaki eylemde bulunması söz konusu değildir.[125] Dolayısıyla doğal hukuk, ahlak ilkelerinden daha öncedir. Doğal hukukla birlikte pozitif hukuku da ahlak unsurlarını barındıran, ahlaki olanı yaptırımlarla öğreten bir sistem olarak görmek mümkün değildir. Pozitif hukuk, insanların özgürlük isteği ve

---

[123] B. Spinoza, *a.g.e.*, s.161.
[124] David Hume, *İnsan Doğası Üzerine Bir İnceleme*, Ankara, 2015, s.277.
[125] Immanuel Kant, *Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi*, Ankara, 2013, s.4.

özgürlüğü koruma amacıyla oluşturdukları yazılı ilkelerdir. Kaynağı bakımından, doğal hukuka bağlıdır.[126] Görülmektedir ki iyi kavramının içeriği ve doğal hukuk ile ahlak arasındaki ilişki, modern dönem sonrası farklı bir boyuta ulaşmıştır. Bu boyut, pozitif hukuk kurallarının da ahlakla olan ilişkisinin sorgulanmasına neden olmuştur. Çünkü pozitif hukukun, doğal hukuk üzerine temellenmiş olduğu fikri, doğal hukuk yaklaşımlarının genel kabulüdür.

Klasik dönem ve modern dönem doğal hukuk anlayışında pozitif hukuk, ilkelerini doğal hukuk kurallarını gözeterek oluşturan bir sistem olarak görülmektedir. Klasik dönemde Cicero, doğal hukukun, pozitif hukuk kuralları üzerinde bir şemsiye gibi durduğunu, gerekli durumlarda bu kuralların düzenlenmesinde ve genişletilmesinde rol oynadığını belirtmiştir[127] Çünkü doğal hukuk, doğası gereği hiçbir zaman ve hiçbir yerde değiştirilmesi mümkün olmayan bir kesinliktir. Grotius'a göre, dünya üzerinde tüm toplumların ortak kabulü olan ve yazılı olarak bulunmayan, insan doğasına ait doğal hukuk ilkeleri mevcuttur. Devletlerin kendilerine ait yazılı kurallarının doğmasının nedeni, bu doğal hukuk ilkeleridir. Grotius için en temel doğal hukuk ilkesi, bir toplumda yaşama isteğidir. Bu ilke, tüm insanlar için ortaktır. Ancak bu ilkenin toplum içerisinde nasıl uygulanacağı, hangi sınırların getirileceği hususu toplumların pozitif hukuk kurallarının oluşum nedenidir.[128]

Doğal hukuk ilkelerinin, pozitif hukuk ilkelerini belirlediğine yönelik tez, doğal hukukçularla hukuki pozitivistler arasında sık tartışılan konulardan biri olmuştur. Ancak doğal hukuk yaklaşımını savunan düşünürler, tüm pozitif hukuk kurallarının doğal hukuk kuralları tarafından belirlendiği iddia etmemektedir. Doğal hukuk yaklaşımında temel tez, pozitif hukuk kurallarına temel oluşturacak birincil, evrensel, değişmez ilkelerin doğal hukuka ait olduğu ve diğer tüm ilkelerin bu genel ilkelerden türetildiğidir.[129]

Buraya kadar yapılan incelemeleri özetlemek gerekirse, şunlar söylenebilir: Bu kısımda, doğal hukuk yaklaşımına ait temel tezler tarihsel arka plan dikkate alarak açıklamaya çalışılmıştır. Ancak doğal hukukun oldukça köklü bir geçmişe sahip olması ve tezlerinin zamanla değişime uğraması, bu tezlerin anlaşılmasını zorlaştırmaktadır. Bu

---

[126] Jes Bjarup, "Continental Perspectives on Natural Law Theory and Legal Positivism", *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory* içinde, (ed. Martin P. Golding & William A. Edmundson), Malden, 2005, s.289-290.
[127] F. H. L. Alonso, "a.g.m.", s.160.
[128] H. Grotius, *a.g.e.*, s.8-10.
[129] C. Uslu, *a.g.e.*, s.46.

nedenle tezlerin kaynak, nitelik ve içerik olacak şekilde kategorileştirilmesinin, anlamayı kolaylaştırmak için faydalı olacağı düşünülmüştür.

Kaynağı bakımından doğal hukuk tezleri:

1. Doğal hukukun kaynağı akıldır. Akıl, doğası gereği sahip olduğu keşfetme ve anlama yetileriyle iyiye ve doğruya ulaştıracak ilkeleri belirler.
2. Ortaçağ düşüncesinde akıl, doğal hukukun tek kaynağı değildir. Akıl insan varlığına Tanrı tarafından yerleştirilmiştir. Ayrıca aklın ilkeleri, Tanrı'nın ilkeleridir. Dolayısıyla doğal hukukun kaynağı Tanrı'dır. Akıl doğal hukuk ilkelerine erişmek için araçtır.
3. Modern dönem doğal hukuk anlayışında da akıl, tek başına yeterli değildir. Duygu, arzu ve iştah gibi unsurlar, aklın doğal hukuk ilkelerine ulaşmasında rol oynar.

Niteliği bakımından doğal hukuk tezleri:

1. Doğal hukuk ilkeleri iyi ve doğru olana ulaştırır. İyi, doğal hukukun en temel kavramıdır.
2. Doğal hukuk ilkeleri, ezeli-ebedi, değişmeyen, evrensel ilkelerdir.
3. Doğal hukuk ilkeleri insanlar tarafından oluşturulmamıştır. Bu ilkeler, insan aklı sayesinde keşfedilir.
4. Doğal hukuk ilkeleri, insan davranışlarını düzenleyen ahlaki ölçütlerdir.
5. Doğal hukuk ilkelerinin amacı, insan özgürlüğünün bilincine vardırmak ve özgürlüğü korumaktır.
6. Doğal hukuk, pozitif hukukun belirleyicisidir. Pozitif hukuk, doğal hukukun yazılı halidir.

İçeriği bakımından doğal hukuk tezleri:

1. İnsanların doğalarına uygun olacak şekilde yaşamaları, doğal hukuk ilkelerinin içeriğini oluşturur.
2. En temel doğal hukuk ilkesi, yaşamı sürdürebilmektir.
3. İnsan doğuştan toplumsal bir varlıktır ve toplum içerisinde yaşadıkça doğal hukuka uygun davranmış sayılır.
4. İnsanlar toplumsal yaşamdan siyasi yaşama bir sözleşme aracılığıyla geçiş yaparlar. Siyasal yaşama uygun davranmak ise doğal hukuk ilkesidir.

5. Tüm insanlar aynı derece eşittir. Kimse bir başkasının sahip olduğu bir şey üzerinde üstünlük kuramaz. Ancak bu ilke genel kabul değildir. Özellikle İlkçağ doğal hukuk anlayışında insanlar eşit değildir ve bu durum siyasal bir toplumda yaşama ihtiyaçlarının nedenidir.
6. Ahlaki olarak iyi ve erdemli olan, doğal hukuk ilkeleri ile özdeştir. Ortaçağ doğal hukuk anlayışında ise iyi olan, Tanrı'nın buyruklarıdır. Dolayısıyla doğal hukuk ilkeleri, Tanrısal buyruklarla uyumludur.

Görüldüğü üzere, bazı tezler dönemsel koşullara göre değişmiş olsa da bazı tezler tüm dönemlerde değişmemiş ve aynen kabul görmüştür. Bu tezler doğrultusunda, doğal hukuk insanın toplumsal yaşamında akıl yetisi aracılığıyla keşfettiği, hukuk sistemindeki yazılı kuralların kaynağı olarak kabul edilen, insan türüne özgü, evrensel ve değişmez ilkeler bütünü olarak tanımlanabilir. Bu hukuk, diğer tüm hukuk sistemlerinden öncedir. Dolayısıyla bu sistemlerin ortaya çıkışında ve gelişiminde etkilidir. Ancak bu etki, doğal hukukun bu sistemler tarafından benimsendiği anlamına gelmemektedir. Nitekim hukuki pozitivizm, doğal hukuka ait tüm ilkeleri reddetmiş ve pozitif hukuk kurallarının, doğal hukuk ilkelerinin yazıya geçirilmiş hali olmadığını belirtmiştir.

1.2. Hukuki Pozitivizmin Kaynakları ve Tezleri

Hukuki pozitivizm yaklaşımının gelişiminde üç temel anlayışın etkisi dikkati çekmektedir. Bunlar pozitif hukuk, faydacılık (*utilitarizm*) akımı ve pozitivizm akımıdır. Bu bölümde, öncelikle üç anlayışa ait temel tezler, gelişim gösterdikleri dönemin şartları göz önünde tutularak incelenecektir. Ardından bu tezlerin hukuki pozitivizmin gelişimine katkısı değerlendirilecek ve hukuki pozitivizme ait temel tezler belirlenmeye çalışılacaktır. Aynı zamanda burada hukuki pozitivizme ait tezlerin uygulanması sonucunda ortaya çıkan problemleri saptamak amaçlanmaktadır.

1.2.1. Pozitif Hukuk ve Hukuki Pozitivizm

Doğal hukuk yaklaşımının, yazılı veya yazılı olmayan tüm hukuk kurallarının temelinde doğal hukuk ilkelerinin bulunduğunu savunan görüşünün aksine hukuki pozitivistler için hukuk yalnızca pozitif hukuktur.[130] Bu hukukun, hukuki pozitivistler tarafından "esas hukuk" olarak kabul edilmesinin ardında, iki düşünceyi benzer kılan

[130] Reginald Parker, "Legal Positivism", *Notre Dame Law Review*, 32/1, 1956, s.31.

birtakım tezlerin bulunması muhtemeldir. Pozitif hukuku ve bu hukukun tezlerini açıklamak, hukuki pozitivizm akımını ve bu akımın doğal hukuk karşısındaki konumunu anlamak için gereklidir.

Pozitif hukuk kavramının tarihsel olarak ilk kez 12. yüzyılın başlarında Chartes Katedrali'nin teolojik hümanistleri tarafından kullanıldığı kabul edilmektedir.[131] Bu düşünürler, Ortaçağ'ın hâkim tanrı merkezli anlayışına yönelik artan şüpheyle birlikte dini çoğulculuğa ve dinlerin sahip olduğu farklı ilkelere saygı prensibini benimsemişlerdir. Bu çeşitlilik, insan davranışını belirleyen ve düzenleyen doğaüstü ilkelere karşı çekimser bir tutuma neden olmuş ve bu ilkelerin insan refahına ulaşmak için genel-geçer nitelikte olmadığı düşüncesi doğmuştur.[132] Böylelikle insan yaşamının bütünlüğü ve gelişimi için gerekli olan ilkelerin, hiçbir unsura bağlı olmaksızın insan aklından türeyebileceği fikri filizlenmeye başlamıştır. Ancak 12. yüzyıldan 18. yüzyıla kadar süren zaman aralığında doğal hukuk yaklaşımının hakimiyeti, bu fikrin gelişimi ve hakimiyet kazanması için uzun bir bekleyiş sürecini gerektirmiştir.

12. yüzyıldan itibaren kardeşlik, eşitlik, toplum sözleşmesi gibi insan varlığının değerine yönelik ilkeler artan bir hızla savunulmuş ve bu savunu, doğal hukuk yaklaşımı aracılığıyla yapılmıştır. Özellikle 17. ve 18. yüzyıl, insan hakları fikrinin gelişmesiyle doğal hukuk için doruk noktası olmuştur. Bu dönemde doğal hukuk yaklaşımına artan ilgi, yaklaşımın insanın devredilemez, değiştirilemez ve evrensel hakları olduğu ve bu haklara akıl yürütme sonucunda ulaşıldığı görüşünden kaynaklanmıştır. Pozitif hukuk ise bu süreçte doğal hukuk ilkelerinin bir araya getirildiği, yürürlükte bulunan yazılı hukuk kuralları olarak yer almıştır. Ancak doğal hukuk yaklaşımının bu hakimiyeti, 18.yüzyılın artan şüpheci tutumu karşısında varlığını sürdürememiştir.[133] Buradaki önemli husus, şüpheci tutumun, dönemin akılcı duruşuna uygun olduğu gerekçesiyle benimsenen doğal hukuk anlayışına duyulan güveni nasıl sarsmış olduğudur. Öyle ki doğal hukuk, 17.yüzyıl akılcı anlayışında olduğu gibi doğru ve kesin bilgiye ulaşmada tümdengelim yöntemini metot olarak kullanmıştır. Örneğin doğal hukuka göre, insanın doğuştan sahip olduğu genel ilkeler, insandan bağımsız olarak bulunmaktadır. Bu ilkelere akıl yürütme aracılıyla ulaşılmakta ve doğru olanın bilgisi çıkarımlar yoluyla elde edilmektedir. Öyleyse

---

[131] James Bernard Murphy, *The Philosophy of Positive Law*, New Haven and London, 2005, s.21.
[132] David E. Klemm, "Introduction: Theology of Culture as Theological Humanism", *Literature and Theology*, 18/3, 2004, 240-241.
[133] R. Parker, "a.g.m.", s.32.

denilebilir ki şüpheci tutum, tam olarak bu akıl yürütme metoduna ve bu metodu kullanan yaklaşımlara kuşkuyla yaklaşmıştır.

Cassirer'in (2000) de belirttiği şekliyle, 18.yüzyılda akla karşı büyük bir bağlılık gösterilmiş olsa da bir akıl yürütme biçimi olan tümdengelime şüpheyle yaklaşılmıştır. Bu dönemde doğa bilimleri ve Newton'un etkisiyle tümdengelimsel çıkarımlardan ziyade analiz yöntem olarak tercih edilmiştir. Bu ise varlığı önceden kabul edilmiş genel ilkelerden hareketle olgulara ulaşmayı değil, olgulardan hareketle ilkeleri ortaya çıkarmayı amaç haline getirmiştir.[134] Dolayısıyla 18.yüzyılda akıl, doğuştan birtakım ideleri içeren, insanın doğası gereği kendiliğinden sahip olduğu ilkeleri açığa çıkaran bir araç olarak görülmemiştir. Akıl, Cassirer'in ifadesiyle, analiz metoduyla bilgiye ulaştıran edinme formu, bilme isteği olarak belirtilmiştir. Bu bilme isteği ile tüm olgusal durumlar akıl tarafından önce analiz edilmekte ardından yeniden inşa edilerek genel ilkeler elde edilmektedir.[135]

Aklın kavranışındaki bu değişim, şüpheci tutumun doğal hukukun hakimiyetini yitirmesindeki etkisini açıklar niteliktedir. Akıl, doğal hukuk yaklaşımında olduğu gibi halihazırda bulunan birtakım genel ilkeleri açığa çıkaran değil, olgusal gerçekliğe yönelip analizler sonucunda yasaları ortaya çıkaran bir araçtır. Bir başka deyişle aklın işlevi, olması gereken ilkeleri, idealleri açığa çıkarmak değil, pozitif olana yönelerek olanın ilkelerini ortaya çıkarmaktadır.[136]

18.yüzyıl akılcılığına göre aklın bu işlevi, doğa bilimlerinde olduğu gibi tüm sosyal alanlarda da geçerlidir. Dolayısıyla devlet, toplum, hukuk gibi alanları aklın olgusal birer gerçeklik olarak analiz etmesi ve bu alanlara yönelik ilkelere ulaşması mümkündür. Akıl, bu olgular alanındaki bilgileri de edinmeye yarayacak; bunun için de kılı kırk yaracak şekilde çözümlemeler yapacaktır. Bu fikri savunarak, doğal hukukun mevcut hakimiyetine şüphe ile yaklaşan, devlet, toplum ve hukuk gibi alanlarda aklın analitik yöntemini kullanmanın mümkün olduğunu gösteren ve pozitif hukukun temel tezlerini açıklayan düşünürlerden biri Montesquieu'dur.

Montesquieu *Kanunların Ruhu Üzerine* isimli eserinde, olması gereken hukuku belirlemeden önce, kendi zamanında mevcut olan veya bildiği kanunları, yönetim

---

[134] Ernst Cassirer, "Aydınlanma Çağının Düşünme Biçimi", *Toplumbilim*, 11, 2000, s.39-40.
[135] Ernst Cassirer, Sembolik Formlar Felsefesi-I Dil, Ankara, 2015, s.25-28.
[136] E. Cassirer, "Aydınlanma Çağının Düşünme Biçimi", s.44.

şekillerini, anayasa tiplerini analiz etmiştir. Bu analizdeki amaç, yalnızca birtakım özellikleri ortaya çıkarmak değil, bu olguları oluşturan ögelerden hareketle doğru olanın bilgisine, genel ilkelere erişebilmektir. Bir başka ifadeyle Montesquieu, kendisinin de belirtmiş olduğu şekilde ele aldığı her olgunun ruhunu yakalamaya çalışmıştır.[137] Örneğin eserinde kanunları inceleyen Montesquieu, kanunları varlıklarla ilişkilerine, farklı yönetim biçimleri tarafından oluşturulma şekillerine, benimsendikleri coğrafyaya ve iklim şartlarına, dini ve ahlaki kabullerin etkisine göre analiz etmiştir. Böylelikle bir kanunun kaynak bakımından tek bir unsura bağlı olmadığı, iklim ve coğrafya gibi unsurların da kanunlar üzerinde etkili olduğu sonucuna ulaşmıştır. Bu durum, doğal hukuk yaklaşımına yönelik ortaya çıkan şüphenin bir diğer gerekçesi haline gelmiştir.[138] Çünkü doğal hukuk yaklaşımına göre, doğal hukuk ilkeleri, iklim veya coğrafi şartlara göre değişiklik göstermeyen, hâlihazırda bulunan evrensel nitelikli ilkelerdir. Bu ilkelerin kaynağı, insan iradesinden bağımsız şekilde varolan akıl, ilahi kuvvet veya ahlaktır. Farklı koşullara göre değişiklik gösteren hukuk ilkeleri fikri ise insan iradesine bağlılığı gerektirmektedir. Bu ilkeler, mevcut ihtiyaçlara ve amaçlara göre belirlenen, zaman ve mekâna göre değişen bilinçli insan ürünleridir.

Böylece 18.yüzyılda akıl kavrayışındaki değişim, doğa bilimlerinde kullanılan yöntemlerin insan ve toplum ile ilgili alanlara da uygulanabilir olması ve insandan bağımsız genel-geçer ilkelerin varlığına karşı duyulan şüphe, doğal hukuk yaklaşımının yerini pozitif hukuk anlayışına bırakmasında etkili olmuştur.

Pozitif hukukun oluşumu, belirli bir iradenin varlığını gerektirmektedir. Bu irade, siyasi bakımdan diğer insanlardan üstün olan bir devletin egemen gücü olarak kabul edilmektedir. Egemen gücün, devletin yurttaşları için emrettiği davranış biçimlerinin her biri pozitif hukuk kuralıdır. Egemen güç bu yasama eylemini gerçekleştirirken, varlığı önceden kabul edilen herhangi bir ilkenin geçerliliğine ve etkililiğine bağlı sayılmamaktadır. Dolayısıyla pozitif hukuk düşüncesine göre, pozitif hukukun temeli ve kaynağı emretme gücü ve bu gücü elinde bulunduran insandır.[139] Ancak bu durumda, pozitif hukukun geçerliliğinin ve etkililiğinin nasıl temellendirileceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Egemen gücün arkasında, emirlerinin geçerliliğini sağlayan başka bir unsur

---

[137] Montesquieu, *Kanunların Ruhu Üzerine*, İstanbul, 2019, s. XXXV.
[138] R. Parker, "a.g.m.", s.32.
[139] P. Nonet, "a.g.m.", s.668-670.

bulunmadığında, bu emirlere uyma yükümlülüğünün dayanağının ne olacağı da ayrı bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır.

Doğal hukuk yaklaşımında, doğal hukuk ilkelerinin geçerli ve etkili oluşu, bu ilkelerin kaynağı olan dini veya ahlaki güce bağlıdır. Bu ilkelerin varlığı insanın ötesindedir, ezeli ve ebedidir. İnsan iradesi doğrultusunda var olmadığı gibi insanın iradesi ile de yok olmayacaktır. Bu nedenle daima geçerliliğe ve etkililiğe sahiptir. Ancak pozitif hukuk, din veya ahlaki unsurlarla temellendirilmemektedir. Bu hukukun geçerliliği ve etkililiği egemen gücün emirlerinin benimsenip uygulanmasına bağlıdır. Eğer bir toplumda emredilen kurallara itaat edilmiyorsa pozitif hukuk varlığını sürdürememektedir.[140] Ancak, bu durumda şöyle bir sorun baş gösterir: Egemen gücün, geçerliliği ve etkililiği sağlamak amacıyla uyulmasını istediği kuralları dayatmasını engellemek nasıl mümkün olur?

Buradan doğabilecek sorun, pozitif hukuk kurallarının geçerliliği ve etkililiği sağlanamadığı müddetçe değişime uğramak mecburiyetinde kalacak olmasıdır. Değişim, doğal hukuk yaklaşımında talep edilmeyen bir durumdur. Çünkü doğal hukuk ilkeleri tüm insanlık için ortaktır. Herkes tarafından benimsenir ve uyum gösterilir. Dolayısıyla pozitif hukukun değişimi mümkün kılan yapısı, bu hukuk sisteminin keyfi olduğu düşüncesine neden olmuştur. Ancak bu durum pozitif hukukçular için bir problem teşkil etmemektedir. Çünkü değişim, pozitif hukukun amacı olarak kabul edilmektedir. Koşullar karşısında daha iyiye ulaşmak gerektiğinde pozitif hukuk kurallarının değiştirilmesi ve geliştirilmesi keyfilik değil, gereklilik olarak belirtilmiştir. [141]

Pozitif hukuk kurallarının değişime ve gelişime açık olması, bu kuralların niteliğine ait bir diğer özelliği açığa çıkarmaktadır. Pozitif hukuk kuralları genel ilkeler olmaktan ziyade sınırlı durumlara hitap eden, şartlar gerektirdiği takdirde başvurulabilecek kılavuz niteliğinde ilkelerdir. Örneğin, hırsızlık eyleminin yasak olması genel bir ilkedir. Doğal hukuk, dini emirler ve ahlaki ilkeler başta olmak üzere pozitif hukuk kuralları için de hırsızlık olmaması gereken bir eylemdir. Ancak pozitif hukuk kurallarının diğer ilkelerden ayrılan özelliği, hırsızlık eyleminin arka planındaki ayrıntılara ilişkin olmasıdır. Bu eylemin işlenmiş olduğu koşullar ve bu koşullara göre uygulanacak kuralların açık ve kesin olarak belirtilmesi pozitif hukuk kurallarının

---

[140] J. B. Murphy, *a.g.e.*, s.5.
[141] J. B. Murphy, *a.g.e.*, s.5.

içeriğini oluşturmaktadır.[142] Genel hatlarıyla bir eyleme bakıldığında, o eylemin yasak olması değişmez, ezeli bir ilke olabilir. Fakat aynı eylemin farklı şekillerde işlenmesi, uygulanacak olan kuralın da farklılık göstermesini, değişen şartlar karşısında ele alınıp yenilenmesini gerektirmektedir. Bu ise pozitif hukuk sisteminde amacın değişmez, ezeli kurallara ulaşmak olmadığını, ayrıntıların gözetildiği açık ve kesin kuralların belirlenerek, bu kuralların geçerliliğini sağlamak olduğunu göstermektedir.

Bu noktada pozitif hukuk sisteminde, genel ilkeler olarak ifade edilen doğal hukuk ilkelerinin, ahlaki kuralların ve dini emirlerin yok sayıldığı düşünülebilir. Pozitif hukuk sisteminde, kuralları belirleyen, yasa koyucudur. Dolayısıyla doğal hukuk ilkeleri gibi genel önermelerin kural olarak kabul edilmesi ve pozitif kurallar içerisinde yer alması ancak yasa koyucunun bu kurallara atıfta bulunması ile mümkündür.[143] Yasa koyucu gerektiğinde bazı genel ilkelerin pozitif hukuk kurallarına dahil olmasına karar verebileceği gibi istediğinde bu kararını değiştirme yetkisine de sahiptir. Yani, pozitif hukuk için genel ilkeler, değişmez, vazgeçilmez, evrensel kurallar olarak kabul edilmemektedir.

Pozitif hukuk sisteminin bir diğer özelliği, sistem içerisinde yasa koyucu tarafından emredilen kuralların mahkemeler tarafından uygulanıyor olmasıdır. Mahkemeler, somut olaylar karşısında devlet otoritesi tarafından belirlenen pozitif hukuk kurallarından hareketle özgül kararlara ulaşan kurumlardır. Mahkemeler aracılığıyla uygulanan pozitif hukuk, insan eylemlerini açıklama, tanımlama ve yönlendirme konusunda diğer hukuk yaklaşımlarına göre daha kesin sonuçlara ulaşılmasını sağlamaktadır.[144]

Mahkemelerin bir diğer vasfı, hukuka uygun olanı belirleyerek haklı ve haksız arasında ayrım yaparak, adaleti sağlamaktır. Pozitif hukuk için adalet, devlet otoritesi tarafından konulan kurallara uyum gösterilmesiyle gerçekleşir.[145] Kurallara uyulmaması, adaletsizliği ortaya çıkarır. Pozitif hukuk için bu durum tamamen olgusaldır. Adalet, ahlakın veya dinin bir parçası değildir. Gerçekleşen bir olay, hukuk kurallarına aykırı ise bu durum adaletsiz, hukuk kurallarına uygunsa adildir.

---

[142] J. B. Murphy, *a.g.e.*, s.5.
[143] Jerome Hall, "Concerning the Nature of Positive Law", *The Yale Law Journal*, 58, 1949, s.548.
[144] J. B. Murphy, *a.g.e.*, s.5.
[145] Edgar Bodenheimer, *Jurisprudence: The Philosophy and Method of the Law*, Cambridge, 1974, s.95.

Bu konuda Hobbes, *Leviathan* adlı eserinde adaletten bahsederken, adaleti devlet otoritesinin varlığına ve pozitif hukukun geçerliliğine bağlar. "Genel bir gücün olmadığı yerde, yasa yoktur; yasa olmayan yerde de adaletsizlik yoktur. Adalet ve adaletsizlik ne bedenin ne de zihnin melekeleridir. Böyle olsalardı, dünyada yapayalnız olan bir insanda da duyuları ve duyguları gibi var olmaları gerekirdi."[146] Bu anlamda Hobbes, insanda adaletin doğuştan gelen birer erdem olduğunu kabul etmemektedir. Çünkü insanlarda doğuştan bu erdem bulunmuş olsaydı, toplum içerisinde hukuk kurallarına, bu kuralların denetimini yapacak bir otoriteye de ihtiyaç olmazdı. Bu nedenle adalet ve adaletsizlik ancak belirlenmiş kurallar var olduğu sürece vardır. Kurallar mevcut değilse, adalet ve adaletsizlikten bahsetmek söz konusu değildir. Bu arada, şu hususu belirtmek gerekir: Hobbes'u doğal hukukun gelişim süreci içinde ele almış olsak da, onun pozitif hukukun gelişiminde de önemli bir etkiye sahip olduğu unutulmamalıdır. Hobbes'un adalet için zorunlu gördüğü "genel güç", herkesin ortak kararıyla, dolayısıyla "yapılan yasa" ile oluşturulmuştur.

Buraya kadar pozitif hukukun ortaya çıkışını ve pozitif hukuka ait tezleri belirlemeye çabaladık. Bu tezlerin kısaca özetlenmesi, hukuki pozitivizmle ilişkisinin daha iyi anlaşılabilmesi için gereklidir. Pozitif hukukun en temel kaygısı, daima olgulardan hareketle ilkelere ulaşmaktır. Pozitif hukuk, olguların ötesinde bulunan ve aklın sınırlarını aşan her unsuru hukuk alanına dahil etmekten sakınmaktadır. Bu unsurlar, geçerliliğe ve etkililiğe sahip olabilir ancak pozitif hukuk kuralları ile aynı kategoride değildir. Dolayısıyla pozitif hukuk kurallarının kaynağı da olgusal bir gerçeklik olmalıdır. Öyle ki bir kuralın, pozitif hukuk kuralı olabilmesinin en temel şartı, devlet otoritesi tarafından emredilmiş olmasıdır. Bu emirler, mevcut devlet yönetimi tarafından belirlenmiş yeni kurallar olabileceği gibi tarihsel birikim sonucu ulaşmış kurallar da olabilir.

Pozitif hukuk, kuralların içeriği noktasında da olgusal olana dayanır. Kuralların içeriğini belirleyen, olguların düzeni ve işleyişidir. Kimi zaman olguların işleyişinde değişimler meydana gelebilir veya hukuk kuralları yetersiz kalabilir. Bu gibi durumlarda kurallar değişim gösterebilir. Aynı zamanda her toplumun, her dönemin pozitif hukuk kuralları birbirinden farklıdır. Çünkü toplumların talepleri, amaçları, yaşam standartları veya alışkanlıkları ortak değildir. Bu nedenle her toplumsal oluşum kendi ihtiyaçları

---

[146] T. Hobbes, *a.g.e.*, s.96.

doğrultusunda kurallar sistemi ortaya çıkarır. Böylelikle pozitif hukuk kuralları zamana, mekâna ve şartlara göre şekillendirmiş olur.

Kuralları geçerliliğini ve etkililiğini belirleme hususunda da pozitif hukuk, olgusal bir gerçekliğin varlığını kabul eder. Bu gerçeklik, insanlar tarafından oluşturulmuş mahkeme kurumudur. Mahkeme olayları analiz eder, sonuca ulaşır ve maddi yaptırımlarda bulunur. Yaptırımlar ne kadar caydırıcı ise kuralların da o kadar geçerli ve etkili olduğu kabul edilir. Dolayısıyla pozitif hukukun en temel dayanağı, olgusallıktır. Pozitif hukuka ait tüm tezler, bu olgusallık üzerine kurulur.

Pozitif hukuk kurallarının olguları dikkate alan bu yapısı, hukuki pozitivistler için bu hukukun, tek hukuk sayılmasını sağlamıştır. Nitekim hukuki pozitivizm de mevcut hukuk sistemlerinin, olgusal gerçekleri aşan her türlü hukuk veya kural fikrini reddetmiştir. Hukuk, bir toplumda yasa koyma yetkisini elinde bulunduran kuvvet veya kuvvetler tarafından oluşturulmuş kurallar sistemi olarak kabul edilmiştir. Bu kurallar belirli durumlar karşısında değişime uğramaya açıktır. Ancak bu değişim, pozitif hukukun geçerliliğini yitirmesine ve ilkelerine olan bağlılığın sürdürülmesine engel değildir. Kurallara bağlılığı belirleyen, insanlar tarafından kuralların benimsenmiş ve uyum gösterilmiş olmasıdır. Bu ise ancak önceden belirlenmiş yaptırımlar ve bu yaptırımların caydırıcılığıyla ilgilidir. [147] Böylece hukuki pozitivizm, doğal hukuka karşıt olarak, hukuku pozitif hukuka indirgemiştir.

Pozitif hukuk, hukukun kaynağı ve hukuk kurallarının niteliği konularında hukuki pozitivizmin gelişimine katkı sağlamıştır. Ancak pozitif hukuk, hukuki pozitivizmin gelişmesinde ve hakimiyet kazanmasında etkili olan tek düşünce değildir. Faydacılık akımı, hukukun bilimsel metotları kullanması, bu metotlar aracılıyla elde edilen bilgilerle hukukla ve toplumla ilgili sorunlara çözüm üretmesi ve üretken bir hukuk anlayışının gelişimine katkı sağlaması açısından önemli bir yere sahiptir. Pozitif hukuk, faydacılık akımı için de geçerli hukuktur. Faydacılığın hukukun bilimsel metotlarına ve bilgiyi kullanımına yönelik tezi, pozitif hukuk temelleri üzerinden yükselir.

1.2.2. Faydacılık ve Hukuki Pozitivizm

Faydacılık, 18. yüzyılın değişen akıl anlayışı ile gelişmeye başlamıştır ve 19. yüzyılın baskın felsefe akımı olarak kabul edilmektedir. Faydacılık akımı, dönemin

---

[147] R. Parker, “a.g.m.”, s.31.

düşünce yapısına uygun olacak şekilde, insan aklının sınırlarını aşan her türlü fikri ve ilkeyi reddetmiş ve konusu insan ve toplum olan her alanda doğa bilimlerine ait metotları kullanmayı amaçlamıştır.[148] Burada, faydacı akımı empirist metodu savunan diğer düşüncelerden ayıran husus; elde edilecek olgusal bilginin, tüm insanların mutluluğu, refahı ve sağlayacağı fayda için isteniyor olmasıdır.

Faydacılığın izlerini, empirik değer teorisinin kurucusu olan David Hume'da görmek mümkündür. Hume, epistemolojisindeki empirik tutumunu değer alanına da uygulamıştır. Salt akıl aracılığıyla insan yaşamına dair hiçbir problemin çözülemeyeceğini belirten Hume, bu problemlerin ancak deneyimlerden yola çıkarak sonuçlanabileceğini ifade eder. Çünkü Hume için tüm bilimlerin yükseleceği tek sağlam temel, deney ve gözlemdir.[149] Hangi davranışların ahlaka veya hukuka uygun olduğu, hangilerinin ise olmadığı ancak insan deneyimlerinin sınırları içerisinde kalınarak cevaplandırılabilir. İnsan davranışlarının ahlaki olarak iyi ve kötü olduğunu bilmemizi sağlayan ise haz ve acıdır.[150] Dolayısıyla hazzın ve acının ilkelerini göstermek, iyi ve kötü davranışları belirlemek, bunlardan sakınmayı veya ulaşmayı sağlayacaktır. Eş deyişle, bir davranışa karşı memnuniyetimizi veya memnuniyetsizliğimizi belirleyen bizde uyandırdığı fayda veya zarardır. İyi ve doğru olan ile fayda arasında zorunlu bir bağ vardır. Böylece Hume, sahip olduğu ahlak anlayışı ile çağdaş faydacılığın temellerini atmıştır.

Çağdaş faydacı anlayışın ölçütü, insanın veya toplumun en yüksek mutluluğa kavuşması olarak kabul edilmiştir. Burada mutluluk, haz ve acı ile bağlantılı olacak şekilde ele alınmıştır. Öyle ki mutluluk, yaşamın hem nitelik hem de nicelik bakımından hazdan zengin, acıdan ise yoksun olması olarak belirtilmiştir.[151] Haz ve acı, insan yaşamını yöneten ve insan eylemlerinin doğruluğunu ve yanlışlığını belirleyen, farklı durumlar karşısında nasıl eylemek gerektiğine karar verdiren iki kuvvettir. Bu iki kuvvetin nitelik ve nicelik bakımından oranlanabilir olması, faydacılığın bir hesaplama felsefesi olarak ifade edilmesine neden olmuştur.[152] Ancak hazza ve acıya yönelik hesaplama faaliyetinin nasıl yapılacağı önemli bir sorun olarak düşünülebilir. Her insanın haz ve acı eğiliminin farklı olduğu göze alındığında genel-geçer bir ölçütün belirlenmesi

---

[148] Geoffrey Scarre, *Utilitarianism*, London, 1996, s.49.
[149] D. Hume, *a.g.e.*, s.12.
[150] D. Hume, *a.g.e.*, s.317.
[151] John Stuart Mill, *Faydacılık*, İstanbul, 2019, s.34.
[152] Tim Mulgan, *Understanding Utilitarianism*, Stocksfield, 2007, s.11.

hususu güçlük taşımaktadır. Öyle ki her insan, hazları arasında karşılaştırma yaparak, hangi hazzın sağladığı mutluluk miktarının daha çok olduğuna karar verir. Bu durumda her bir insanın haz ve mutluluk oranı birbirinden farklı olacaktır. Burada faydacı anlayışın, bu farklılığın üstesinden gelebilmek için tek tek bireylerden hareketle toplumun genel haz tercihlerinin ve oranlarının belirli ölçütlere göre hesaplanabileceğini belirttiği söylenebilir. Böylece genele ait bir ilke sayesinde haz türlerinin mutluluk cetvelindeki yeri belirlenebilecektir.

Jeremy Bentham, hazzın ve acının niceliksel değerinin hesaplanabilir olduğunu savunan faydacı düşünürlerden biridir. Bentham, bireylerde hazzın ve acının değerinin yoğunluk, süre, kesinlik ya da belirsizlik, yakınlık yada uzaklık, çoğalma kabiliyeti, saflık olmak üzere altı koşula göre hesaplanabileceğini ifade etmiştir. Genelin haz ve acı değerinin hesaplanması durumunda ise yedinci bir koşul olarak kapsam ölçütünü eklemiştir. Bentham'a göre, bu koşullara verilecek değerlerin toplamı ile davranışların uyandırdığı haz ve acı miktarını belirlenecektir.[153] Ancak bu haz ve acı hesaplama yönteminin uygulama için yeterli geçerliliğe sahip olduğu tartışmalıdır. Çünkü hesaplama koşulları belirtilmiş olsa da bu koşulların niceliksel ölçümlerinin nasıl yapılacağı, değer toplamının hangi işlem basamakları doğrultusunda elde edileceği belirsiz görünmektedir.

Bentham, haz ve acı hesaplamasının yapılmasıyla insan eylemlerinin iyiye veya kötüye eğilimlerini önceden bilinebileceğini belirtmiştir. Veriler doğrultusunda eylemlerinde hazza yönelik değer toplamı yüksek olan biri iyiye, acıya yönelik değer toplamı yüksek olan ise kötüye eğilimli olacaktır. Bu noktada haz verici olan şeylerin her zaman iyi, acı verici olanların ise her zaman kötü olmadığı düşünülebilir. Ancak Bentham bu ihtimali göz önünde bulundurarak koşulları belirlemiş gibidir. Belirtilen değer ölçüt koşulları, çoğunluğun ortak fikrine ve ortak faydasına ulaştıracak niteliktedir.

Bentham, öne sürdüğü hesaplama sisteminin ahlaki ve hukuki işlemlerde yasa koyucuya kolaylık sağlayacağını belirtir. Ona göre yasa koyucunun iki temel görevi vardır. Bunlardan ilki, faydayı engelleyen ve zarara yol açan tüm eylemlere engel olmaktır. Hazzın ve acının değer oranlarının tespit edilmesi sayesinde yasa koyucu suça yönelik eğilimi ve koşulları gösteren verilere sahip olacak ve gerekli önlemleri alabilecektir. Yasa koyucunun ikinci temel görevi, faydayı engelleyen eylemler için

---

[153] Jeremy Bentham, *Ahlak ve Yasama İlkeleri*, İstanbul, 2017, s.37-39.

caydırıcı yaptırımlar sunmak ve uygulamaktır.[154] Bentham yaptırımın türünü ve şiddetini belirleme noktasında da hesaplama sistemine başvurmuştur. Suçu işleyen kişi bu suç sonucunda belirli bir kazanım elde etmiş ise yaptırımın bu kazanımdan daha ağır bir cezaya sahip olması gerekir. Bu oranın belirlenmesi, suçu işleyen kişinin kazanımı, yaptırımın büyüklüğü, çabukluğu, niteliği, topluma faydası gibi koşulların hesaplanması ile mümkündür.[155] Dolayısıyla Bentham'a göre, yasa koyucunun elinde deney ve gözlemle ulaşılmış iki veri listesi bulunmaktadır. Bu listelerden ilki, hazzın ve acının değer oranını belirtirken ikinci liste, ceza türleri ve ceza şiddetini belirtir. Yasa koyucu, toplumsal veya bireysel faydaya engel olan hukuka aykırı bir durum karşısında bu iki listeyi karşılaştırarak sonuca ulaşır. Bir başka ifadeyle, yasa koyucu nicel verilerden hareketle niteli belirler ve düzenler.

Faydacı anlayışın suç ve ceza arasındaki oranı belirlemeye yönelik hesaplama yönteminin hukuk felsefesi için önemi, mutluluk ile hukuk arasında kurulan bağdır. Faydacı görüş için mutluluk ve hukuk birbirinden ayrı düşünülemez. Acının arttığı, hazzın ise azaldığı bir durum, bazı insanların hazlarından mahrum bırakıldığı anlamına gelecektir. Bu durumun düzelmesi, her insanın hakkı olan mutluluğu elde etmesi ancak hukukun varlığı ile mümkündür. Böylece ahlakın ayrılmaz bir parçası olarak kabul edilen fayda, çağdaş faydacı anlayışla birlikte hukukun da bir parçası haline gelmiştir. Çünkü insan yaşamını yönlendiren, düzenleyen ve düzelten ilke, faydadır. Hukukun da işlevi, yanlış ve kötü olanı engellemek, düzenlemek ve refahı sağlamaktır. Dolayısıyla hukuk, faydalı olana ulaşmak için, olgusal gerçeklikten elde edilen verileri kullanır.

Fayda ile hukuk arasında kurulan bu bağ, pozitivizmin prensiplerinin hukuk alanına uygulanması olarak ifade edilebilir. Pozitivizm akımının en temel özelliği, bilginin kaynağı veya doğaüstü alana ilişkin bilginin nasıl elde edileceği gibi sorularla ilgilenmeksizin, deney, gözlem ve analizler yoluyla olgusal gerçekliğe dair açık ve kesin ilkelere ulaşmayı amaçlamasıdır. Bu ilkelerin belirlenmesiyle hedeflenen ise, olası olayları önceden öngörebilmek ve gerektiğinde bu olayların seyrini fayda doğrultusunda yönlendirebilmektir.[156] Bir başka deyişle pozitivizmin amacı, deney ve gözlem yoluyla doğa yasalarını keşfetmek ve insanın doğaya egemen olması için pratik fayda sağlamaktır. Böylelikle bilginin değeri, sağlayacağı faydaya bağlıdır.

---

[154] J. Bentham, *a.g.e.*, s.69.
[155] J. Bentham, *a.g.e.*, s.171-173.
[156] Auguste Comte, "Pozitif Felsefe Dersleri", *İstanbul Üniversitesi Sosyoloji Dergisi*, 2/19-20, 1964, s.238-239.

Pozitivizm, doğa bilimleri aracılığıyla elde edinilen faydalı bilginin, insan ve toplum konularında da edinilebileceğini savunarak, doğa bilimlerinin metotlarını bu alanlara da uygulamayı hedeflemiştir. Bu hedefe ulaşma çabası, faydacı akımında temel gayretlerinden biri olmuştur. Ancak bu iki akımı ayıran şey, elde edilecek bilginin sağlayacağı faydanın niteliğidir. Pozitivizmin, insan ve topluma yönelik elde ettiği bilgiyle ulaşmak istediği fayda, düzensiz insan ve toplum davranışlarını incelemek, topluma yön veren ve yön verecek yasaları bulmak, ve bu yasalar aracılığıyla toplumsal sorunları çözmektir.[157] Oysa faydacılığın erişmek istediği fayda, insan ve toplum mutluluğunu sağlamaktır. Çünkü insan doğası daima kendisi için faydalı olana yönelerek mutluluğa ulaşmayı amaçlar. Bu mutluluk, olgusal gerçekliğe dayanır. Bilimsel metotlarla bu olgusallığı inceleyen hukuk gibi sosyal alanlardan edinilen bilgi, mutluluğu sağladığı ve koruduğu sürece faydalıdır.

Sonuç olarak faydacı akım, bilimsel metotların hukuk alanında kullanılması ve bilgiden kazanılacak fayda düşüncesi ile hukuki pozitivizm düşüncesine katkı sağlamıştır. Ancak hukuki pozitivizm bu özellikle sınırlı kalmamakta, faydacı akımdan pek çok noktada ayrılmaktadır.

1.2.3. Hukuki Pozitivizmin Temel Tezleri

Pozitivizm akımı, doğa bilimlerinin metotlarını sosyal bilimler alanında uygulama hedefine, 19. yüzyılın ikinci yarısında erişmiş ve hukuk dahil olmak üzere tüm sosyal bilimlerde etkisini göstermiştir. Bodenheimer (1974), bu etkiyi işgal olarak ifade etmektedir.[158] Bu ifade belli ölçülerde kabul edilebilir. Pozitivizm dönemin otorite akımı olarak, diğer tüm alanlarda söz sahibi olma yetkisini ve gücünü kendisinde görmüş olabilir. Ancak bunun bir işgal olabilmesi için işgal edilenin tüm hakimiyetini yitirmesi ve işgalin rızası dışında olması gereklidir. Oysa sosyal bilimler alanı için bu durumun geçerliliği tartışmalıdır. Doğa bilimlerinin başarısı, sosyal bilimlerle ilgilenen düşünürler arasında bir cazibe yaratmış ve dönemin düşünürleri pozitivizm akımının prensiplerini benimsemeyi kabul etmiş olabilirler. Aksi bir durum olarak pozitivizmin işgalci bir akım olduğunu düşünmek, akımın otoritesini kötüye kullandığı anlamına gelebilecektir.

---

[157] Şafak Ural, *Pozitivist Felsefe*, İstanbul, 2012, s.58.
[158] E. Bodenheimer, *a.g.e.*, s.94.

Pozitivizmin, sosyal bilimler alanına müdahalesi sonucunda, hukuk alanında, hâkim doğal hukuk anlayışına karşıt yeni bir görüş ortaya çıkmıştır. Bu yeni görüş, hukuki pozitivizmdir. Hukuki pozitivizm, pozitivizm akımında olduğu gibi doğaüstü tüm iddialara, genel ilkelere ve nihai amaçlara, olması gerekenin araştırılmasına karşı çıkmıştır.[159] Öyle ki pozitivizm kavramı, kelime anlamında bu karşıtlığı dile getirmektedir. Pozitiflik, duyulara konu olan, dış dünyaya ait olguları ifade etmektedir.[160] Bu olguların gözlemlenmesi ve bilinmesi, bilimsel yöntemlerin kullanılmasıyla mümkündür. Hukuk da olgusal alana ait insan ve toplum eylemlerini konu edinmesi nedeniyle bu bilimsel yöntemleri referans almalıdır.

Buraya kadar ele alınanlar, hukuki pozitivizmin ortaya çıkışını hazırlayan düşünsel sistemlerin ve dönemsel koşulların bir özetini sunmaktadır. Bu çerçevede, pozitif hukuk düşüncesi ve faydacılık akımı incelenmiştir. Bu fikirlerin yanı sıra, hukuki pozitivizmin bir alt dalı olarak gelişmesinde ve toplumu konu edinmesinde etkili olan bir başka ekol daha bulunmaktadır. Bu ekol, tarihsel gerçekliğin hukukla olan ilişkisine yönelerek hukuk kökeninde toplumun ve bilimin bulunduğunu kabul eden tarihçi okuldur.[161]

Tarihçi okul, hukukun kaynağını toplum olarak belirtmiştir. Toplumsal eylemlerin, zaman içerisindeki birikimi, hukuku meydana getirmektedir. Dolayısıyla hukuk, doğaüstü bir kaynağa bağlı olmadığı gibi kendiliğinden bir varlığa da sahip değildir. Hukukun varlığı ve gelişimi, toplumun varlığına ve gelişimine bağlıdır. Bu nedenle hukuk için amaç, toplumsal gerçekliklere yönelik uygulanacak bilimsel metotlarla, toplumun varlığını sürdürebilmesidir. Bilimsel metotlar kullanılırken faydalanılacak yapı ise toplumsal gerçeklerin tarihsel birikimidir. Ancak hukukun amacı yalnızca bu birikimin yorumunu yapmak değildir. Hukuk bilim olarak incelemeli, analiz etmeli, sonuca götürmeli ve üretici olmalıdır.[162]

Hukuki pozitivizm için de tarihçi okulda olduğu gibi toplumsal gerçekliğe yönelmek, tarihsel birikimden faydalanmak ve üretici olmak temel tezlerdir. Toplumsal yaşamda, geçmişten gelen hukuk kurallarının hangi koşullar karşısında ortaya konduğuna

---

[159] E. Bodenheimer, *a.g.e.*, s.94.
[160] Gerhard Dilcher, "Bilimsel Metot ve Siyasal Karar Aracı Olarak Hukuki Pozitivizm" *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* 31/1, 1974, s.474.
[161] G. Dilcher, "a.g.m.", s.470.
[162] William Seagle, "Rudolf von Jhering: Or Law as a Means to an End", *The University of Chicago Law Review,* 13-1, 1945, s.83-84.

bakmak, bu kuralların uygulama sonuçlarını incelemek ve mevcut koşullarla karşılaştırmasını yaparak bilimsel geçerliliğe sahip bilgiyi edinmek, tarihsel birikimin araştırılması ile mümkündür. Bu birikim, insan ve topluma ait yaşanmış gerçekliktir. İnsanlar tarafından yaşanmış ve inşa edilmiştir. Her inşa, toplumların kendilerine özgü karakterleri nedeniyle farklı özelliklere sahiptir.

Tarihçi okul tarafından da paylaşılan bu görüşe göre, nasıl ki her milletin gelenek-görenek, dil gibi yapıtaşları birbirinden farklıysa hukuk sistemleri de farklıdır. Bu farklılıklar nedeniyle bir toplumda iyi veya doğru olarak adlandırılan bir eylemin, bir başka toplumda da iyi ve doğru olacağının delili yoktur.[163] Bu görüş, farklı toplumsal gerçekliklerin bilimsel metotlarla incelenmesi ve karşılaştırılması için bir çalışma alanı ortaya koymuş olsa da hukuki pozitivizm için bir başka tezi ortaya çıkarır. Hukuki pozitivizm, evrensel, değişmez ve olması gerekeni bildiren genel ilkelerin varlığını reddederek yalnızca mevcutta bulunan hukukla ilgilenir. Genel ilkelerin varlığını kabul etmek, kendine has özellikleri ve kural sistemi olan farklı toplumları göz ardı etmek anlamına gelecektir. Oysa hukuki pozitivizm için kültürel çeşitlilik, olgusal bir gerçekliğin göstergesidir. Bu nedenle hukuk, bu çeşitliliğe müsaade eden, olan hukuk, bir başka ifadeyle pozitif hukuktur.

Hukukun toplumla ilişkisi, *sosyal olgu tezi* olarak adlandırılır. Bu teze göre hukuk, sadece konusu bakımından toplumla bağlantılı değildir. Hukuk varlığı gereğince de toplumsal bir olgudur. Hukuk, toplumdaki insanların ortak kararıyla çıkarılmış yapay bir oluşumdur. Bu nedenle varlığı, toplumun varlığına bağlıdır. Hukuk kurallarının belirleyicisi ise toplum ve toplumsal kaynaklardır. Bu özellik, hukuk kurallarını, hukuki olmayan diğer kurallardan ayırır. Hukuki pozitivistler arasında hukukun, sosyal bir olgu olduğu tezi kabul edilse de hukuk kurallarını oluşturan güç konusunda farklı kabuller mevcuttur. Klasik dönem hukuki pozitivistlerine göre hukuk kurallarının belirleyicisi, yasa koyma yetkisini elinde bulunduran güçtür. Yasa koyucu, hukuk kurallarını emrederken toplumsal olgulardan hareket eder. Bu emirlerin geçerlilik kazanması ise yine toplumun genel kabulüne bağlıdır. Çoğunluk tarafından benimsenmeyen bir kuralın, hukuk kuralı olması söz konusu değildir.[164]

---

[163] R. Parker, "a.g.m.", s.33.
[164] Jules L. Coleman, Brian Leiter, "Legal Positivism", *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* içinde, (ed. Dennis Patterson), Oxford, 2010, s.244.

Bir başka kabul ise hukuk kurallarının, yasal organların uzlaşması sonucunda oluştuğu yönündedir. Bu anlayış, kuralların ortaya çıkışını tek bir güce değil, birden fazla yetkilinin uzlaşmasına bağlamıştır. *Konvansiyonellik tezi* olarak da adlandırılan bu anlayışa göre, hem hukuk kurallarının ortaya çıkışı hem de bu kuralların geçerlilik kazanması, toplumsal uzlaşma sonucunda gerçekleşmektedir.[165] Buradan hareketle, konvansiyonellik tezindeki kaygının, tek bir yasa koyucunun egemenliği altında oluşturulan kuralların, öznellik, ahlakilik ve keyfilik içerebileceği düşüncesi olduğu söylenebilir. Konvansiyonellik tezi, bu olasılığın önüne geçebilmek için, uzlaşmayı kural oluşturma kriteri olarak sunmuştur. Çünkü hukuki pozitivizmin en temel amacı, yasa koyucuların ahlaki kararlar vermesini önlemek, hukuk ve ahlak arasındaki bir bağlantı olmadığını göstermektir.

Hukuki pozitivizmin ahlak konusundaki bu tutumu, *ayrılabilirlik tezi* olarak ifade edilir. Bu tez aynı zamanda katı veya dışlayıcı pozitivizm olarak da adlandırılır.[166] Bu tezin temelinde, hukuki pozitivizmin hukuka özerklik kazandırma amacı bulunmaktadır. Doğal hukuk, hukukun kaynağını ve kurallarını din, ahlak, insan doğası gibi hukuk dışı unsurlarla açıklamaya girişmiştir. Bu durum hukukun, salt bir varoluşunun bulunmasına engel olmuştur. Hukuk, ahlakın veya siyasetin bir alt dalı olarak tasarlanmıştır. Bu nedenle hukuki pozitivizm, hukuku, özerkliğine engel olacak her türlü unsurdan arındırmayı hedeflemiştir. Böylece hukuk, her hukuki olayı kendine özgü bilimsel metotları ve hukuki kavramları aracılığıyla çözebilecektir.[167]

Hukuki pozitivizme göre hukuk ile ahlak arasındaki ayrımın bir diğer gerekliliği, hukukun yalnızca yürürlükteki hukuku, yani olan hukuku konu edinmesidir. Hukukun ne olması gerektiğine yönelik bir tasarım oluşturmak, hukuki pozitivizm için amaç değildir. Çünkü mevcut hukuk sistemlerinin empirik verilerinden hareketle olması gerekenin bilgisi elde edilemez. Hukuk kuralları, erişilmesi ve doğrulanması kolay gözlemle mümkün olan, anlaşılması ve uygulanması bakımından olgusal kanıtlar sunan kurallardır.[168] Bu nedenle, hukuktan bilim olarak bahsedilebilmesi için olgusal alanda karşılığı bulunmayan tüm değer içerikli düşüncelerin hukuktan ayrı düşünülmesi gereklidir.

---

[165] Şule Şahin Ceylan, *H. L. A. Hart'ın Hukuk Kuramı*, İstanbul, 2014, s.217-218.
[166] Jules L. Coleman, "Negative and Positive Positivism", *The Journal of Legal Studies*, 11/1, 1982, s.139.
[167] G. Dilcher, "a.g.m.", s.473.
[168] E. Bodenheimer, *a.g.e.*, s.94.

Hukuki pozitivizm, hukukun ahlaktan bağımsız bir bilim dalı olabilmesi için hukukun ve hukuk kurallarının insanlar tarafından hiçbir ahlaki gerekçeye başvurulmaksızın benimsenmesi gerektiğini belirtir. Bu durum hem hukuk yetkilileri için hem de hukuk kurallarına uyması beklenen insanlar için amaçlanır. Bir başka ifadeyle hukukun, ahlaki kaygılar nedeniyle değil, kendi varlığının bir gereği olarak ortaya çıkması ve geçerlilik kazanması istenir. Hukuki pozitivistler bu amaçla, kanun yapma ile kanunun uygulanışının birbirinden ayrılması gerektiğini savunmuşlardır. Böylece yasama, yürütme ve yargı organlarının ayrılması, hukuki pozitivizmin bir diğer tezi olmuştur.[169] Bu noktada hukuki pozitivizmin kuvvetler ayrılığı fikrine yeni bir anlayış getirmiş olduğu söylenebilir.

Kuvvetler ayrılığı fikri, devlet otoritesini sınırlamak ve toplumda yaşayan insanların hak ve özgürlüklerini korumak amacıyla ortaya çıkmıştır. Nitekim bu fikri en açık şekilde savunan Montesquieu, yasama, yürütme ve yargının tek bir kişide veya hukuk yetkililerinin görevli olduğu tek bir kurumda birleşmesi durumunda insanların yaşama haklarının ve özgürlüklerinin tehlikeye düşeceğini belirtmiştir. Çünkü bütün gücü elinde bulunduran otorite veya kurum bir zorbaya dönüşecek ve keyfi kararlar alabilecektir.[170] Hukuki pozitivizmde de yasa koyucunun keyfi veya kısıtlayıcı kurallar koymasını engellemek için kuvvetler ayrılığı savunulmaktadır. Ancak burada bir diğer husus, hukuki pozitivizmin ahlakın ve ahlaki kuralların, hukuk kurallarına sirayetini önlemek amacıyla da kuvvetler ayrılığını savunmuş olmasıdır. Kuvvetler ayrılığı, ahlaktan bağımsız, özerk bir hukuk sistemi için geçerli ve gerekli yol olarak kabul edilmiştir. Zira, hukuki pozitivizm açısından kuvvetler ayrılığı ilkesi, tamamen hukuka aittir ve olgusal bir kavramdır. Bu nedenle, hukukun bağımsız bir geçerlilik kazanmasını ve bireylerin özgürlüklerinin korunmasını sağlayan bir yapı olarak değerlendirilir. Dolayısıyla, bu yapı, hukukun ve hukuk kurallarını insanlar tarafından benimsenmesini sağlarken, bu sürecin ahlaki temellere dayandırılmasını zorunlu kılmamaktadır.

Hukuki pozitivistlere göre, ayrılabilirlik tezi her ne kadar hukuk ile ahlakın ayrılması gerektiğini savunmuş olsa da insanların ahlaki doğrularından vazgeçmelerini talep etmemekte ve insanları ahlakdışı olarak nitelendirilebilecek bir yaşama zorlamamaktadır. Ahlak, din veya örf-adet kuralları, hukuk dışı normatif kurallar olarak var olabilirler. Ancak bu kurallar, hukukun belirleyicisi ve hukukun geçerliliği için

---

[169] T. Campbell, *a.g.e.*, s.190.
[170] Montesquieu, *a.g.e.*, s.198-199.

gerekli koşul değildir.[171] Böylece bu tez, hukukun ahlaka yaptığı her türlü referansı reddederek, hukukun ahlaki kriterlere dayanamayacağını savunur.

Ayrılabilirlik tezinin hukuk ve ahlak arasındaki ilişkiye yönelik bu katı tutumu, hukuki pozitivistler tarafından daha ılımlı bir şekilde de savunulmuştur. Yumuşak veya kapsayıcı pozitivizm olarak adlandırılan bu anlayışa göre, ahlaki ölçütler yasa koyucu onayladığı veya yasama yetkilileri tanıdığı takdirde hukuk içerisinde yer alabilir. Ancak bu durum bir zorunluluk olarak düşünülmemelidir. Hukuk, ahlaki ölçütlere yer vermek zorunda olmadığı gibi ahlak da hukuk ile aynı zeminde bulunmak durumunda değildir. Dolayısıyla ancak gerekli olduğu istisnai durumlar karşısında ahlak kuralları, hukuk kurallarına dahil olabilir.[172] Bu noktada hukuki pozitivizmin neden tutum değişikliğine gereksinim duyduğu önemlidir. Burada birkaç gerekçe akla gelebilir:

1. Hukuk kuralları, ahlaki ölçütlere başvurmaksızın toplumda geçerlilik ve etkililik sağlayamamış olabilir.
2. Amaçlandığı şekilde yasa koyucunun öznel kaygılarını veya ahlaki ilkelerini hukuk kurallarına yansıtması engellenememiş olabilir.
3. Hukuk yapma yetkisinin siyasi bakımdan üstün olan kuvvet veya kuvvetlerin elinde bulunması, yetkilerin kötüye kullanılarak zorba bir yönetimin oluşmasına sebebiyet vermiş olabilir.

Bu üç olasılığın, hukuki pozitivizmin hukuk ile ahlak arasındaki ilişkiyi daha ılımlı bir bakış açısıyla ele almasında etkili olduğu belirtilebilir. Ancak tarihsel olaylar, özellikle son olasılığın bu tutum değişikliğindeki etkisini göstermektedir. I. Dünya Savaşı ve II. Dünya Savaşı dönemlerinde hukuki pozitivizmin, totaliter rejimlerin kurulmasında ve sürdürülmesinde rolü olduğu kabul edilmektedir. Hukuki pozitivizmin, hukukun geçerliliği konusunda ahlaka yer vermemesi, hukuku siyasi gücü elinde bulunduran güçlerin ürünü olarak görmesi bu rejimlerin oluşmasında etken olmuştur. [173] Çünkü bu tezler nedeniyle siyasi figür tarafından çıkarılan her emir, içeriğine bakılmaksızın hukuk kuralı olarak ifade edilmiştir. Bu kurallara uyum gösterilmesi için gerekli olan unsur ise yaptırım veya zorlama gücüdür. Dolayısıyla bu durum, devlet tarafından konulan hukuk kuralı ahlaka aykırı olsa da uymanın zorunlu olduğu anlamına gelecektir.

---

[171] R. Parker, "a.g.m.", s.31.
[172] Tom Campbell, *Prescriptive Legal Positivism: Law, Rights and Democracy*, London, 2004, s.25-26.
[173] S. Keyman, "Hukuki Pozitivizm", s.36.

Alman totaliter rejimi, savaş döneminde hukuki pozitivizmin temel tezlerini uygulayan rejimlerden biri olarak kabul edilir. Rejimin uygulamaları ve bu uygulamaların yargılandığı Nürnberg Mahkemeleri, insanlığa karşı işlenen suçları gündeme getirmiştir. Yargılamaların sonucuna göre bu suçların her biri insanların yaşama, barınma, din ve vicdan özgürlüğü gibi doğuştan getirdiği, evrensel temel haklarına karşı işlenmiştir. Bu sonuçlar, hukuki pozitivizmin ahlakı hukuk alanından ayırmaya çalışırken, insanın değerini korumakta başarısız olduğu kabulüne götürmüştür.[174] Ayrıca bu sonuçlar, doğal hukuk anlayışının da tekrar gündeme gelmesine neden olmuştur. Çünkü insanların doğuştan sahip olduğu değişmez, genel-geçer haklarının ve özgürlüklerinin olduğu fikri doğal hukuk yaklaşımının tezidir. Dolayısıyla hukuki pozitivistler için uygulamadaki başarısızlık ve doğal hukuk ilkelerinin yeniden yükselişi, hukuk ile ahlak arasındaki ilişkinin ılımlı hale getirilmesine sebebiyet vermiştir.

Hukuk ile ahlak arasındaki ilişkinin yumuşatılması ve hukuki pozitivizmin değer sorununun çözülebilmesi için bir formül geliştirilmiştir. Radbruch formülü olarak adlandırılan bu yönteme göre, siyasi güç tarafından tanınan ve yürürlükte olan pozitif hukuk kuralları, adaletsiz veya ahlaki ilkelere aykırı olduğu düşünülse bile her koşulda öncelikli olmalıdır. Ancak, kuralların adaletle ve ahlakla ilişkisi tahammül edilemeyecek kadar rahatsız edici bir hal aldığında pozitif hukuk, doğru olmayan hukuk olarak adalete ve ahlaka boyun eğmek zorundadır.[175] Böylece, pozitif hukuk kurallarının adaletsiz olması durumunda, hukukun geçerliliğini yitirmesi mümkün hale gelmektedir. Nitekim bir pozitif hukuk kuralı insanların temel hak ve özgürlüklerini kısıtlayıcı veya engelleyici kurallar içeriyorsa ve bu kurallar toplumda eksiksiz bir biçimde uygulanıyorsa bu durum pozitif hukuk kurallarının adil olduğu anlamına gelmemektedir. Kural, kuraldır ilkesini sona erdiren bu formül, kuralın adil olmadığı durumlarda kural olmadığı ilkesini tekrar dile getirmiştir. Bu ilke, daha önce doğal hukuk yaklaşımı tarafından savunulmuş ve hukuki pozitivistler tarafından hukuku çelişkiye düşürdüğü gerekçesiyle reddedilmiştir. Radbruch formülü, bu iki yaklaşım arasında uzlaştırıcı bir araç olmuştur. Hukuki pozitivizmin ahlaka yönelik katı tutumunu yumuşatmaya çabalarken aynı zamanda pozitif hukukun geçerli hukuk olmaya devam ettiğini belirterek doğal hukukun keyfiliğini önlemeye çabalamıştır.

---

[174] Arzu Balan, "Orta Yolcu Bir Formül Olarak Radbruch Formülü", *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8/1, 2018, s.71.
[175] Kristian Kühl, "Radbruch Formülü", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1, 2012, s.372-373.

Buraya kadar, hukuki pozitivizm yaklaşımına ilişkin temel tezleri ayrıntılı bir şekilde incelemeye çalıştık. Konuyu daha açık bir şekilde anlaşılabilmesi ve hukuki pozitivizm ile doğal hukuk arasındaki farklılıkların ayırt edilebilmesi için, hukuki pozitivizme ilişkin tezlerin kısaca özetlenmesi ve değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

Kaynağı bakımından: Hukuki pozitivizme göre hukuk, toplumsal bir oluşumdur. Bu nedenle olması gerektiği gibi değil, gerçekte olduğu gibi ele alınmalıdır. Olan hukuk ise pozitif hukuktur. Bu hukuk, devlet otoritesi tarafından oluşturulmuş hukuk kurallarını ifade etmektedir. Dolayısıyla hukukun kaynağı, siyasi otorite veya hukuk yetkililerinin uzlaşımıdır. Hukuki pozitivizm, yasa koyucuya büyük bir güven duymaktadır. Ancak yasa koyucunun keyfi kararlar almasını engelleyecek kuvvetin ne olduğu veya kurallara nasıl karar verileceği hususu açıklığa kavuşturulması gereken önemli sorunlar arasındadır.

Niteliği bakımından: Hukuk, olgularla ilgilenir ve temel amacı, bu olguları analiz ederek hesaplanabilir verilere ulaşmaktır. Fakat, doğası gereği çeşitlilik gösteren insan davranışlarının nasıl hesaplanacağı ve bu hesaplamada hangi ölçütlerin kullanılacağı soruları cevaplanmayı beklemektedir. Bu soruları cevaplandırmak ise oldukça güç görünmektedir. Çünkü insan, önceden programlanmış olduğu işleri yapan, kendi akıl yetisini ve duygularını kullanmayan tekdüze bir varlık değildir.

Hukuk kurallarının niteliğine ait bir diğer tez, zaman ve mekân şartlarına göre değişim gösterebilen kurallar olmasıdır. Ancak bu kurallar değişime uğrasa da hukuki pozitivistler için bu kurallara bağlı kalmak esastır. Zira değişim, pozitif hukuk kurallarının temel özelliğidir.

Geçerliliği bakımından: Hukuk kurallarının geçerliliği, kurallara olan bağlılıktan ve hukuk yetkilileri tarafından oluşturulmuş olmasından kaynaklanmaktadır. Kurallara bağlılığın sağlanmasında yaptırımlar önemli role sahiptir. Kurallara uyulmadığı takdirde karşılaşılacak olan yaptırım ne kadar kuvvetli ise caydırıcılık ve kurallara bağlılık da o kadar kuvvetli olacaktır. Bu bağlılığın zorlamaya dönüşmeksizin nasıl gerçekleşeceği bir diğer problem olarak karşımıza çıkmaktadır.

Özerkliği bakımından: Kurallara bağlılığın ahlaki gerekçelere dayanmadığı oldukça açıktır. Hukuki pozitivizmin amacı, ahlaki ilkelerin veya dini buyrukların hukuk alanına dahil olmamasıdır. Bir kuralın hukuk kuralı olup olmadığını belirleyen ölçüt, bir değer sistemine ait olması değildir. Hukuk, kendine has kavramlara sahiptir ve bu

kavramların dış unsurlardan arındırılması gerekmektedir. Hukuka ve hukuk kurallarına bağlılık yalnızca hukuktan kaynaklanan sebepler aracılığıyla olmalıdır.

Oysa hukuki pozitivizme ait tezlerin çeşitli rejimler tarafından uygulanması sonucunda ahlaktan bağımsız hukuk fikrinin insanlık suçu olarak adlandırılan ciddi sorunlara yol açtığı iddia edilmiştir. Bu bağlamda, hukuki pozitivistler, insanlığa karşı işlenen kabul edilemez suçlar karşısında, ahlakın zorunlu bir belirleyici olmamakla birlikte hukuk üzerinde etkili olabileceği tezini kabul etmişlerdir. Ancak bunun kriterinin ne olacağı, hangi eylemlerin insanlık suçu olarak değerlendirileceği açıklığa kavuşturulmuş değildir. Bunun için hukuki pozitivistler tarafından doğal hukuk ilkelerinin tanınması gereklidir. Bu tanıma, pozitif hukuk için gerekli olduğu kadar doğal hukukun geçerliliği için de önemlidir. Çünkü doğal hukuk, pozitif hukuka dönüşmediği sürece işe yarar olamayacaktır.

Bu noktada şu soruları sormak gerekmektedir: Hukuki pozitivizm olguları ve pozitif hukuku esas kabul ettiğine göre, olması gereken ile doğal hukuk nasıl aynı sistem içerisine dahil edilecektir? Hukukun kaynağı, bilinçli insan faaliyeti olarak benimsenirken, ezeli-ebedi doğal hukuk ilkeleri pozitif hukuk kuralları üzerinde nasıl belirleyici güç olacaktır? Hukuki pozitivizmde yer alacak ahlak ilkeleri için bu ve benzeri problemlerin çözüme kavuşması önem taşımaktadır. Öyle ki, çağdaş hukuk felsefesinde hukuki pozitivistlerin ve doğal hukukçuların gayretleri, bu problemlere çözüm üretmektir.

İKİNCİ BÖLÜM

ÇAĞDAŞ HUKUK FELSEFESİNDE HUKUKİ POZİTİVİZM TARTIŞMALARI

Doğal hukuk ve hukuki pozitivizm yaklaşımlarının kökenlerinin ve temel tezlerinin incelenmesinin ardından bu iki akım arasındaki tartışma noktaları daha anlaşılır hale gelmektedir. Bu bölümde ise hukuki pozitivizm akımının, çağdaş hukuk felsefesindeki durumu incelenecektir. Bunun için çağdaş hukuk felsefesinde, hukuki pozitivizm akımını savunan düşünürlerin temel tezleri ve eleştirileri ele alınacak, temel problem noktaları belirlenmeye çalışılacaktır.

Hukuki pozitivizm akımının temel amacı, hukuk kavramını, başta ahlak ve siyaset olmak üzere ilişkili olduğu düşülen tüm unsurlardan arındırarak, hukuka kendi varlık alanında, saf bir varoluş kazandırabilmektir. Bu amaca ulaşmak için hukukun bilimsel niteliklere sahip olması gerektiği fikri, hukuki pozitivizm akımının genel kabulüdür. Hukuki pozitivistlere göre, hukuk bu niteliklere sahip olduğunda, hukukun doğasını, kaynağını ve geçerliliğini değer yargılarına ve ideolojilere başvurmadan açıklamak mümkün olacaktır. Önemli olan husus, hukuku bilimsel bir faaliyet haline getirecek uygun yöntemin ve hukuk teorisinin inşa edilmesidir. Böylece hukuk, diğer sosyal kurumlardan farklı olan özellikleri ortaya çıkacak şekilde analiz edilecek, tanımlanacak ve açıklanacaktır.

Çağdaş hukuk felsefesinde, hukuki pozitivizm akımını savunan ve hukuk teorisi kuran önemli düşünürler, John Austin, Hans Kelsen, Herbert Lionel Adolphus Hart ve Joseph Raz'dır. Bu bölümde, dört düşünüre ait teoriler sırasıyla irdelenecektir. Bu irdelemeye geçmeden önce düşünürlere ait teorilere verilmiş olan isimlerden kısaca bahsetmek faydalı olacaktır.

John Austin'in teorisi, hukuk anlayışının temelinde bağımsız egemen ve sınırsız emir verme yetkisi kavramlarının bulunması nedeniyle, "buyruk teorisi" olarak ifade edilmektedir. Hans Kelsen'in ise inşa ettiği teorisinde başlıca amacı, her türlü dış unsurdan arınmış saf hukuk bilimini kurmaktır. Bu sebeple Kelsen'in anlayışı, "Saf Hukuk Kuramı" olarak anılmaktadır. H. L. A. Hart'ın teorisi, hukukun birçok kural çeşidi

barındıran, karmaşık bir düzen olduğunu belirtmiş olmasından dolayı "kurallar mekanizması" olarak adlandırılmaktadır. Raz'ın teorisi ise hukuku doğası gereği otorite sahibi bir kurum olarak görmesi nedeniyle "otorite tezi" olarak ifade edilmektedir. Bu dört teori incelenirken, bu şekilde isimlendirilmelerine neden olan özellikleri belirtilmeye çalışılacaktır.

2.1. John Austin ve Buyruk Teorisi

John Austin, hukuk düşüncesini akıl, egemenlik, buyruk, itaat ve yaptırım kavramları üzerine inşa eder. Bu kavramlar, Austin'in teorisinin "analitik pozitivizm" veya "buyruk teorisi" olarak isimlendirilmesinin nedeni olarak kabul edilir. Analitik pozitivist olarak Austin, hukuka ait tüm kavramları analiz etmeyi, hukuku ortak kavramlara sahip olduğu diğer alanlardan ayırmayı ve hukukun bir bilim olduğunu kanıtlamayı amaçlar. Bu amaç için kullandığı araç ise akıldır. Austin'e göre akıl, hukukun en temel unsurudur.[176] Hukuka ait kavramların ahlak ve siyasetle karışmasının ve hukukun bir bilim olarak görülmemesinin temel nedeni, akılcı sorgulamanın eksikliğidir. Öyle ki Austin, hukuka ait pek çok kuralın, akıl sahibi bir varlık olmanın kazandırdığı seçim yapma yetisiyle değil, geleneklere olan bağlılıkla kabul edildiğini belirtir.[177] Bu nedenle, hukuka ilişkin belirsizliği ortadan kaldırmak ve ilerleme katetmek için yapılması gereken hukuka karşı sorgulayıcı, analitik bir yöntem kullanmaktır.

2.1.1. Buyruk ve Egemen

Austin'in hukuk düşüncesinde yer alan temel kavramlardan biri, buyruk kavramıdır. Austin için buyruk, "akıl sahibi bir insan tarafından, başka bir akıl sahibi varlığın yapması ve sakınması gerekenler olarak belirlenen, akıl sahibi varlığın isteği, arzusudur".[178] Bu varlık, siyasi bir toplum içerisinde kural koyma gücünü elinde bulunduran, egemendir. Egemen, siyasi bir toplum içerisinde herkesin kendisine itaat ettiği, kendisinin ise kimseye itaat etmediği otoritedir. Egemene itaat edilmesinin nedeni ise insanların üstün olana itaat etmeyi alışkanlık haline getirmiş olmasıdır.[179] Dolayısıyla Austin için egemen, isteklerini emretme ve yasa yapma konusunda bağımsızdır. Egemen, siyasal toplumun en üst organıdır. İtaat etmesi gereken daha üstün bir güç yoktur. Bu

---

[176] John Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, İstanbul, 2015, s.29.
[177] J. Austin, *a.g.e.*, s.71.
[178] J. Austin, *a.g.e.*, s.39.
[179] John Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, Londra, 1940, s.221.

sebeple, egemenin hukuk sistemi aracılığıyla da sınırlandırılması söz konusu değildir. Üstelik egemenin emirleri ve yetkileri bakımından sınırlandırılması, onun aynı anda hem egemen olarak kabul edilmesine hem de egemenlik vasfını yitirmesine neden olur.[180] Bundan dolayı, kuralları belirleyen gücün başka bir güçten kural koyma yetkisini alması, otoritesi ve emirlerinin geçerliliği için bir tehdittir. Öte yandan, egemenin, bağımsız ve yetkileri bakımından sınırsız olmasının birçok sorunu beraberinde getirdiğini söylemek de mümkündür.

Bu sorunlardan ilki, hiçbir sınırlayıcı ve denetleyici güç olmaksızın egemenin keyfi buyruklar vermesinin ve gücünü kötüye kullanmasının nasıl önlenecek olduğudur. Nitekim Hart, egemene yönelik hiçbir sınırlama olmadığında, egemen gücün emirlerini çete faaliyetlerinden ve terör eylemlerinden ayırmanın oldukça zor olduğunu belirtir. Bu nedenle egemen gücün emretme yetkisini aldığı ve emirlerini denetleyecek bir başka mercinin olmasının gerekli olduğunu savunur. [181] Ayrıca Hans Kelsen'e göre böyle bir mercinin bulunması, diğer insanların neden egemen gücün emirlerine uyması gerektiği sorusuna da bir cevap oluşturur. Çünkü yalnızca egemenlik gücüne sahip olmak, emretme ve itaat edilme için geçerli bir sebep değildir. Egemen ancak kendisine emretme yetkisi bir başka mertebe tarafından verildiğinde bu yetkiye sahip olur. Diğer insanlar da verilen bu yetki nedeniyle emirlere itaat eder. Aksi halde emirlerin hiçbir bağlayıcılığı yoktur.[182]

Böylece egemenin kural koyma yetkisini bir başka kaynaktan alacak olması, insanların kurallara neden itaat etmesi gerektiğinin de cevabı olacaktır. Buna karşın, egemen herhangi bir kaynaktan yetki almıyorsa, egemenin nitelikleri bakımından diğer insanlardan üstün olduğu, bu nedenle diğer insanların bir yol gösterici olarak, egemenin yönlendirmesine izin verdiği düşünülebilir. Fakat Austin, egemen gücün otoriteye hangi nitelikleri gereği sahip olduğuna yönelik hiçbir neden belirtmemiştir. Hiçbir tanımlayıcı ilkenin ve egemenlik kriterinin bulunmaması, teoriyi bu konuda belirsiz kılmaktadır. Bu belirsizlik ise egemenin emretme yetkisini nereden aldığı ve insanların neden egemen gücün emirlerine itaat etmeleri gerektiği sorularını yanıtlamayı zorlaştırmaktadır.

Bununla birlikte Austin'in egemene ilişkin düşünceleri, egemene herhangi bir üstün nitelik atfetmemesi, olabildiğince değer yargısı içeren unsurlardan ve ahlaki

---

[180] J. Austin, *a.g.e.*, s.263.
[181] Brian H. Bix, "John Austin and Constructing Theories of Law", *The Legacy of John Austin's Jurisprudence* içinde, (ed. Michael Freeman, Patricia Mindus), Dordrechts, 2012, s.3.
[182] Hans Kelsen, *General Theory of Law & State,* New Jersey, 2006, s.32.

gerekçelerden arınmış bir hukuk düzeni kurmaya çabaladığını gösterir. Öyle ki Austin, egemene algılama, düşünme ve sezgi açısından diğer insanlardan üstün olma ya da kutsal olanla iletişim kurma gibi peygambervari veya efsanevi nitelikler atfettiğinde, bu nitelikler olgusal sınırların ötesine geçecek ve doğrulanmaları mümkün olmayacaktır. Bu nedenle Austin, teorisinde olguları aşan unsurlara mümkün olduğunca yer vermekten sakınır. Bu yaklaşımıyla Austin, ilk hukuki pozitivistlerden biri olarak kabul edilir.[183]

2.1.2. Pozitif Hukuk ve Hukuk Bilimi

Austin, analitik tutumuna ek olarak hukuki pozitivist görüşe sahip olduğunu *Hukukun Belirlenmiş Alanı* isimli eserinin ilk cümlesinde şu şekilde ifade eder: "Hukuk biliminin konusu, pozitif hukuktur".[184] Hukukun bir bilim olması, pozitif hukuku hiçbir değer yargısında bulunmaksızın, olduğu şekliyle incelemesi sonucunda mümkündür. Bu inceleme için öncelikle yapılması gereken, pozitif hukuku diğer hukuk türlerinden veya yasa olarak adlandırılanlardan ayırmaktır.[185] Çünkü başta hukuk olmak üzere ahlak ve siyaset gibi alanlarda, farklı anlamlara sahip pek çok hukuk ve kural çeşidi yer alır. Hukukun diğer alanlardan arınmış, kendine özgü bir bilim olarak var olması ancak konusunun kapsam ve sınırlarının belirlenmiş olmasıyla mümkündür.

Bir hukuk kuralının, pozitif hukuk kuralı olarak kabul edilmesinin ilk şartı, egemenlik gücünü elinde bulunduran kişi veya kişiler tarafından bir toplum içerisinde yaşayan insanlar için buyurulmuş olmasıdır.[186] Bir başka ifadeyle, bir kuralın pozitif hukuk kuralı olabilmesi için kaynağının açık ve erişilebilir olması gerekir. Kuralları oluşturan güç bariz olduğunda, kuralların içeriğine yönelik belirsizlik olabildiğince azalır. Bir kuralın neden emredildiği, yaptırımın gerekliliği ve bağlayıcılığı doğrudan kuralları oluşturan güç tarafından netliğe kavuşturulur. Kuralların kaynağının belirsiz olması durumunda, hukuk kuralları herkes tarafından farklı şekillerde yorumlanır, yaptırımların uygulanışı keyfiliğe bağlı olur.

Austin'in bir kuralın hukuk kuralı sayılabilmesi için şart koştuğu bilinç sahibi egemen güç kriteri, aynı zamanda yasanın, "kelimenin tam anlamıyla yasa olan ve

---

[183] Gerard Maher, "Analytical Philosophy and Austin's Philosophy of Law", *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, 64/3, 1978, s.4.
[184] J. Austin, *a.g.e.*, s.27.
[185] J. Austin, *a.g.e.*, s.109.
[186] J. Austin, *a.g.e.*, s.110.

kelimenin tam anlamıyla yasa olmayan"[187] şeklinde ayrılması için bir araçtır. Bilinçli bir egemen güç tarafından çıkarılan kurallar tam anlamıyla yasa olarak kabul edilirken, bu özellikten yoksun olan kurallar, tam anlamıyla yasa olarak değerlendirilmez. Diğer insanlardan üstün ve bilinç sahibi olma niteliğine sahip varlıklar ise Tanrı ya da insandır.

Akıl ve bilinç sahibi varlıkların üretimi olarak kelimenin tam anlamıyla iki yasa vardır: Tanrı'nın yasaları ve insanın yasaları.[188] Austin'e göre bunlardan ilki, Tanrı tarafından doğrudan vahyedilen kurallar ile Tanrı tarafından dolaylı olarak vahyedilen kurallar olarak ikiye ayrılır.[189] Vahyi doğrudan gerçekleşmeyen kuralların insanlar tarafından nasıl bilinebilir olduğu ve bu kuralların yasa olarak kabul edilip edilemeyeceği, Austin'in pozitivist teorisi için cevaplanması önemli sorunlar gibi görünmektedir. Bu sorunlara ve Austin'in cevabına bu bölümün devamında değinilecektir.

Austin'in tam anlamıyla yasa olarak ifade ettiği insana ait yasalar da ikiye ayrılır: İlki, siyasi bir toplumda, bağımsız egemen güç tarafından, kendisine itaat eden insanlar için oluşturulan pozitif yasalardır.[190] Diğeri ise pozitif ahlak kurallarıdır. Pozitif ahlak kuralları, tanrısal yasalardan ve pozitif yasalardan farklı olarak, oluşumları bakımından kendi içerisinde ikiye ayrılır. Bu kurallar ya bir egemene dayanma şartı olmaksızın, zamanla insanlar tarafından yine insanlara yönelik oluşur ya da insanların kişisel kanaatleri ile eylemlere yönelik hissiyatları doğrultusunda, genelliği ve geçerliliği kesin olarak bilinmeksizin meydana gelir. Austin'e göre, ilk gruba ait pozitif ahlak kuralları, kaynağının insan olması sebebiyle tam anlamıyla yasa olarak kabul edilebilir. İkinci tür pozitif ahlak kuralları ise kaynağının belirsiz olması ve genele hitap etmemesi nedeniyle tam anlamıyla yasa değildir.[191]

Görülmektedir ki Austin, bir yasanın tam anlamıyla yasa olabilmesi için kaynağının bariz olmasına büyük önem verir. Nitekim "pozitif" ifadesini, hukuk ya da ahlak kavramı tek başına kullanıldığında ortaya çıkan kaynak belirsizliğini ortadan kaldırmak için kullanır. Tek başına hukuk kavramı veya tek başına ahlak kavramı, doğal hukuku, pozitif hukuku, pozitif ahlakı ve hatta tanrısal kuralları belirtebilir. Austin bu belirsizliğin, hukukun iç içe geçtiği kavramlardan bağımsız bir bilim olarak var olmasına engel olacağını düşünmüş olabilir. Bu endişeyle onun, insan üretimi olduğu için tanrısal

---

[187] J. Austin, *a.g.e.*, s.104.
[188] J. Austin, *a.g.e.*, s.27.
[189] J. Austin, *a.g.e.*, s.52.
[190] J. Austin, *a.g.e.*, s.106, s.217-219.
[191] J. Austin, *a.g.e.*, s.106-107, s.111, s.122.

olamayacak kurallar ile insan üretimi olmakla birlikte ahlaki olduğu için hukuki sayılamayacak kurallar arasında ayrım yaptığını belirtmek mümkündür.

Peki kavramlar arasında yapılan bu ayrımın, pratikte geçerliliği var mıdır? Pozitif hukuk kavramsal olarak diğer kural türlerinden ayrıldığında, bu kuralların pozitif hukuk içerisinde yer alması önlenebilir mi?

Austin, teorisinde karşılaşılan bu soruna çözüm olarak egemen gücün inisiyatif yetkisini sunar. Buna göre, egemen güç gerekli gördüğü durumlarda, pozitif hukuk kurallarının varlığını tehlikeye atmaksızın pozitif ahlak kurallarını veya tanrısal kuralları, pozitif hukuka dahil etme yetkisine sahiptir. Ancak bu kurallar, pozitif hukuk kuralları içerisinde yer alsa da pozitif hukuk kuralına dönüşmeleri söz konusu değildir. Pozitif ahlak kuralları; hukuki olmayan insan kaynaklı kurallar olmaya, tanrısal kurallar da hukuki olmayan tanrı kaynaklı kurallar olmaya devam eder.[192] Dolayısıyla birtakım kuralların, doğrudan egemenin bilinçli üretimi olmadığı halde yalnızca egemen gerekli gördüğü için pozitif hukuk kuralları içerisinde yer alıyor olması, bu kuralların pozitif hukuk kuralları olduğu anlamına gelmez. Austin böylece tekrar, amacının ahlak ve değer yargısı içeren unsurları, hukuktan uzak tutmak olduğunu gösterir. Kökeni ahlaki veya tanrısal olan bir kural, hukuki olarak geçerlilik kazansa da gerçek anlamda hukuk kuralı kategorisine dahil edilmez.

2.1.3. Ahlak Duygusu ve Fayda

Austin'in tam anlamıyla yasa olarak sınıflandırdığı yasalara ilişkin bir diğer sorun, daha önce belirtilmiş olan, vahyedilmemiş tanrısal yasaların insanlar tarafından nasıl bilineceği ve onlara yasa olarak nasıl uyum gösterileceğidir. Austin, bu sorulara yanıt bulabilmek amacıyla iki kavrama başvurur. Bunlardan ilki, ahlak duygusu diğeri ise faydadır. Austin'e göre ahlak duygusunun, tanrı kaynaklı zımni emirleri açığa çıkarmada rehber olduğunu savunanların en temel ilkesi, bu duygunun tüm insanlar için ortak olduğu fikridir. Ancak Austin bu fikre karşı çıkar. İnsanların bazı olaylar karşısında aynı veya benzer ahlaki hassasiyeti gösteriyor olması, tüm insanlığın aynı hassasiyeti göstereceğine yönelik bir kanıt olamaz. Ahlak duygusu karşısında rölativist bir tutuma sahip olan Austin, farklı zamanda ve farklı mekânda varlığını sürdürmüş veya sürdürmekte olan farklı toplumların kendilerine özgü ahlaki duygularının olabileceğini, ancak hepsini

---

[192] J. Austin, *a.g.e.*, s.125.

kapsayan evrensel bir ahlaki duygunun olamayacağını ifade eder. Buna ilaveten Austin'e göre, her insanın aklını kullanma biçimi ve aklın insana doğru olarak gösterdiği şey farklıdır. Akıl her zaman doğruya yönlendiremeyebilir, hataya düşürebilir.[193] Bu nedenle Austin için zımni emirler, ahlaki duygu veya akıl aracılığıyla açığa çıkarılamaz ve benimsenemez.

Austin'in ahlak duygusuna ve özellikle akla dair bu yaklaşımı, teorisinde bir çelişkiye yol açmaktadır. Önceden ifade edildiği üzere, Austin için akıl, pozitif hukuk kurallarının belirlenmesinde önemli bir araçtır. Bu kurallar, akıl sahibi bir insan olarak egemen güç tarafından, diğer akıl sahibi insanlara yol göstermek amacıyla oluşturulur.[194] Bu noktada şunu sormak gerekir: Eğer her insanın aklı kullanım becerisi ve doğru olana yönelik tercihi farklı ise egemen gücün sahip olduğu aklı diğerlerinden ayıran nedir? Bu soru, Austin'in teorisinde oluşan çelişkiye işaret etmektedir. Zira Austin'in hiyerarşik düzeninde, egemen gücün, sahip olduğu akıl nedeniyle diğer insanlardan üstün olduğuna ilişkin bir açıklama bulunmamaktadır.

Dolayısıyla Austin için, zımni emirleri açığa çıkaran ve insanlara bu emirlere uyma gerekliliğini hissettiren ahlak ve akıl dışında tek bir unsur kalmaktadır; o da fayda ilkesidir. Austin'e göre fayda, insanlar arasında değişmeden kalan, zaman ve mekâna göre farklılık göstermeyen, herkesçe anlaşılabilir olan tek ilkedir. Hukukta ve ahlakta, geçmişten bugüne geçerliliğini ve etkililiğini yitirmeksizin varlığını sürdürmeye devam eden kuralların bulunmasının nedeni, ortak ilke olan faydadır.[195] Fayda, kurallara uygun olarak eylemenin sonucunda elde edilen, anlık bir kazanç değildir. Fayda, örtülü kuralları aşikâr kılarken, yeni kuralların emredilmesinin kriteri olan genel rehber ilkedir. İnsan eylemi kurallara, kurallar ise fayda ilkesine bağlıdır. Fayda kuralları, kurallar ise eylemleri şekillendirir. Eğer kurallar doğru bir biçimde fayda kriterine göre emredilirse insanlar hiçbir gerekçe olmaksızın, kurallara kendiliğinden uyum gösterir.[196] Bu durumda, tanrısal kurallar olarak belirtilmiş ancak vahiy ile doğrulanmamış kurallar, insanlar tarafından hiçbir zorlama olmaksızın, öyle olması gerektiği için kabul edilmişse, bunun nedeni faydadır.

---

[193] J. Austin, *a.g.e.*, s.92-93.
[194] J. Austin, *a.g.e.*, s.27.
[195] J. Austin, *a.g.e.*, s.92.
[196] J. Austin, *a.g.e.*, s.60-61.

Burada Austin'in, temel kriter olan fayda ilkesinin içeriğini ve genel-geçerliğini temellendirme konusunda yeterli gerekçeler sunmadığı söylenebilir. Farklı zamanlarda, mekânlarda ve yaşam tarzlarında yetişen insanların ahlaki duyarlılıkları nasıl farklıysa, faydalı buldukları şeyler de aynı şekilde farklı olabilir. Austin bu çeşitliliğin farkında olarak, farklı fayda ilkeleri arasında herkes için ortak olanı belirlemenin mümkün olduğunu belirtir. Ona göre, insanların yönelimlerini ve faaliyetlerini gözlemleyip, gözlem sonuçlarını değerlendirerek ortak fayda ilkesini belirlemek mümkündür.[197] Ancak Austin'in belirtmiş olduğu bu yöntem, içeriği ve aşamaları gereği oldukça yüzeysel görünmektedir. Oysa ondan önce Bentham, ortak faydanın belirlenmesi ve farklı fayda ilkelerinin sağladıkları fayda açısından derecelendirilmesi gibi sorunlara ilişkin bir hesaplama yöntemi geliştirmiştir. Fakat Austin, bu yöntemi "vakit kaybı" olduğu gerekçesiyle kabul etmemiş ve buna rağmen kendisi bir hesaplama yöntemi öne sürmemiştir.[198] Burada şu husus dikkati çekmektedir: Austin'in öne sürdüğü şekilde, geliştirilecek bir yöntemle ortak fayda ilkesi belirlenebiliyorsa, aynı şekilde uygun bir yöntemle ortak ahlak ilkelerinin belirlenmesinde de bir sakınca olmayacaktır. Bu bağlamda, Austin'in iddiasına yönelik ayırıcı bir yöntem belirlememiş olması, teorisinde fayda ilkesini savunmayı güçleştirmektedir.

2.1.4. Yaptırım Çeşitleri

Austin'e göre bir kuralın, tam anlamıyla yasa olması için kaynağının açık ve belirgin olması dışında gerekli olan bir diğer unsur, yaptırımdır. Tam anlamıyla yasa, egemenin buyruklarına itaat edilmediğinde karşılaşılacak olan yaptırımın açıkça belirtildiği yasadır. Bu yasaya göre, egemenin buyruklarına uymak veya uymamak bir tercih değil, zorunluluktur. Diğer insanlara, buyruklara uymadıkları takdirde bir yaptırımla karşılaşacakları önceden bildirilmiştir. Bu insanlar, yasalara uyma bilincine sahip oldukları için kötülükten kaçınmak adına buyruklara uymaya mecburdurlar. Egemen tarafından buyrulan her emir, beraberinde itaat etme ödevini de getirir.[199] Burada Austin tarafından kullanılan ödev kavramının, ahlaki bir nitelik taşımadığının belirtilmesi gerekir. Ödev, yasaya uymayı kendi istencimizle kabul ettiğimiz, uymakla sorumlu hissettiğimiz buyrukları ifade eder.[200] Ancak Austin'in ödev anlayışında, buyruk insanın

---

[197] J. Austin, *a.g.e.*, s.68-69.
[198] J. Austin, *a.g.e.*, s.61.
[199] J. Austin, *a.g.e.*, s.38-39, s.46.
[200] Ahmet Cevizci, *Paradigma Felsefe Sözlüğü*, "Ödev Maddesi", İstanbul, 2010, s.1211.

kendi istencinin ötesinde bir otorite tarafından verilir. Dolayısıyla bu buyruk, ödevden ziyade insanların sorumlu tutulduğu bir görev niteliği kazanır. Görevi yerine getirmekle yükümlü olan insanın, buyruğa kendi isteğiyle benimseyerek ya da sırf zorunda olduğu için isteksizce uyum sağlamasının hiçbir bir önemi yoktur. Egemene tabi olmayı kabul eden kişi, bağlılığı kabul ettiği andan itibaren yasa koyucuya ve onun yasalarına itaat etmekle yükümlüdür. Yasalara itaat etmeyi kabul etmediği takdirde ise sonuç, yaptırımlardır.

Austin'e göre, yaptırımları açıkça belirtilmiş olan pozitif hukuk yasaları ve tanrı yasalarıdır. Bu yaptırımlar farklı şekillerde isimlendirilir. Pozitif hukuk kurallarına ait yaptırımlar hukuki, tanrı yasalarına ait yaptırımlar ise dinidir. Bu iki yaptırım çeşidi dışında pozitif ahlak kurallarına ait yaptırımlar ise ahlaki olarak ifade edilir.[201] Ancak pozitif ahlak kuralları, pozitif hukuk kurallarından ve tanrı kurallarından farklı olarak kendine özgü yaptırımlar ve ödevler barındırsa da bunların hukuki olma durumu yoktur.[202]

Austin, pozitif ahlak kurallarına ait yaptırımların hukuki olamayacağını belirtirken, tanrısal alana ait yaptırımların hukuki olup olamayacağına yönelik bir açıklamada bulunmaz. Bu durumda yalnızca ahlaki yaptırımları belirtmiş olması, dini yaptırımların hukuki olabileceğine yönelik bir izlenim oluşturur. Bu izlenimin nedeni, pozitif hukuk kurallarında olduğu gibi, tanrısal yasaların da doğrudan kaynağı tarafından bildirilmiş olmasıdır. Austin'in teorisinde kaynağı belirgin olmayan bir kuralın, hukuk kuralı olamayacağı genel bir prensip olarak kabul edilir. Bu bağlamda, kaynağı açık olan dini yaptırımların hukuki olarak kabul edilmesi, ahlaki yaptırımların ise kaynağının belirsiz olması nedeniyle hukuki sayılmaması gerektiği düşünülebilir. Ancak, Austin kavramsal sınıflandırmasında, pozitif ahlak kurallarının ve tanrısal kuralların pozitif hukuka dahil edilseler de, bu kuralların hiçbir zaman pozitif hukuk kuralına dönüşemeyeceğini ifade eder.[203] Bu yaklaşım, tanrısal yasaların belirgin bir kaynağa dayandığı ve bu gerekçeyle pozitif hukuk kuralı sayılması gerektiği gerçeğiyle çelişmektedir.

Austin bir başka ifadesinde, benimsenmesi ve uyum gösterilmesi gereken birtakım ilkeleri barındıran, ancak bu ilkelere uyulmadığı takdirde herhangi bir yaptırım

---

[201] J. Austin, *a.g.e.*, s.122.
[202] J. Austin, *a.g.e.*, s.111.
[203] J. Austin, *a.g.e.*, s.125.

öngörmeyen -uygun olmayan şekilde yasa olarak adlandırılan- kurallar bütününü eksik yasalar olarak tanımlar.[204] Austin'e göre, bu yasalar aynı zamanda metaforik yasalar olarak adlandırılsa da, bu yasaların yasa olarak nitelendirilmesi doğru değildir. Çünkü bu yasalar ile tam anlamıyla yasa olanlar arasında benzerlik oldukça azdır.[205]

Austin'in teorisinde, metaforik yasalar kategorisinde yer alan kurallar bütününden biri, doğal hukuktur. Doğal hukuk, belirli bir düzen sistemi sunmasına rağmen, hukuki bağlayıcılığı olmayan belirsiz yaptırımlar içermesi nedeniyle tam anlamıyla yasa değildir.[206] Ayrıca doğal hukukun yaptırımlarının belirsizliği, bu hukukun kaynağının da belirsiz olduğunu gösterir. Yine de bu durum, doğal hukuk ilkelerinin mevcut pozitif hukuk sisteminde hiçbir etkisinin olmadığı anlamına gelmez. Tıpkı pozitif ahlak kuralları ile tanrısal yasalarda olduğu gibi toplum tarafından kendiliğinden benimsenmiş ve toplumsal yaşama etki etmiş doğal hukuk ilkeleri de hukuk sisteminde yer alabilirler. Fakat belirsiz yaptırımları nedeniyle pozitif hukuk kuralları olarak değil, eksik yasalar olarak değerlendirilirler.[207]

Austin doğal hukuka ilişkin bir başka görüşünde, doğal hukuk ile tanrısal hukuk arasında bir ayrım yapılamayacağını ve doğal hukuk ilkelerinin Tanrı'nın buyruklarından farklı olamayacağını ifade eder.[208] Bu görüş oldukça önemlidir; çünkü Austin'in teorisinde tanrısal hukuk, kaynağının ve yaptırımlarının bariz olması nedeniyle tam anlamıyla yasa, doğal hukuk ise kaynağının ve yaptırımlarının belirsiz olması nedeniyle eksik yasa olarak sınıflandırılır. Oysa doğal hukukun tanrısal hukuk olduğunu belirtmek, doğal hukukun kaynağının Tanrı, yaptırımlarının ise dini olduğunu söylemektir. Bu ise her ne kadar hukuk kuralı olamayacak olsa da, doğal hukukun da tam anlamıyla yasa olduğu anlamına gelecek ve bir başka çelişkiye yol açacaktır.

Görüldüğü üzere, Austin'in buyruk teorisi, doğal hukuk, ahlak ilkeleri ve tanrısal yasalar arasında birtakım çelişkiler barındırmaktadır. Hukuki pozitivizme ait prensiplerle inşa edilen bu teoride asıl amaç, hukukun değer içerikli tüm unsurlardan arınması ve objektif bir bilim dalı olarak gelişmesidir. Austin'in teorisinin, çağdaş hukuk felsefesinde bu amaca ulaşmak için ilk deneme olduğu söylenebilir. Öyle ki bu teorinin barındırdığı

---

[204] J. Austin, *a.g.e.*, s.46.
[205] J. Austin, *a.g.e.*, s.131.
[206] J. Austin, *a.g.e.*, s.134.
[207] J. Austin, *a.g.e.*, s.48-49.
[208] J. Austin, *a.g.e.*, s.28.

çelişkiler ile egemen, buyruk, yükümlülük gibi temel kavramlar, diğer hukuki pozitivistler tarafından eleştirilmiş ve onların teorilerinin çıkış noktası olmuştur.

2.2. Hans Kelsen ve Saf Hukuk Kuramı

Hans Kelsen, hukukun bilimsel bir alan olması için geliştirdiği kuramını, "Saf Hukuk Kuramı" olarak adlandırır. Kuramın temel amacı, hukukun nasıl olması gerektiğini açıklamaktan ziyade hukukun ne olduğunu bilmektir.[209] Bu amaca ulaşmak için hukuku yakından ilişkili olduğu ahlak, siyaset, din gibi alanlardan arındırmak ve yalnızca hukuka ait problemleri tespit ederek, çözüme kavuşturmak, kuramın saf olarak isimlendirilmesinin nedenidir. Aslında Kelsen'e ait bu fikir yeni değildir. Bir önceki bölümde belirtmiş olduğumuz gibi, Austin de benzer bir tavırla hukuku ve hukuka ait kavramları, hukukun ilişkili olduğu alanlardan analiz yöntemi ile ayırmaya çabalamıştır. Buna istinaden Kelsen de kuramındaki amacının yeni olmadığını belirtir. Ayrıca kuramın kendisinden önceki kuramları reddeden ya da bu kuramlarla hesaplaşma hedefiyle oluşturulan bir kuram olmadığını ifade eder. Ona göre Saf Hukuk Kuramı, çağın gereği olarak gelişen doğa bilimleri, çöken dini ideolojiler ve doğal hukuktan hukuki pozitivizme geçiş sonucunda kendiliğinden meydana gelmiştir.[210] Çünkü hukuk, ahlakla, doğal hukukla, dini ve siyasi ideolojilerle iç içe geçmiş, ancak bu alanların hiçbiri ile tam anlamıyla özdeşlik kuramamıştır. Bu durum karşısında hukukun varlığı, bir belirsizlik içerisinde kalmıştır. Belirsizlikten kurtulmanın tek yolu ise hukuku, normatif açıdan özerk bir alan haline getirmekte görülmüştür.

2.2.1. Hukuk Tanımı ve Hukukun Normatif Yapısı

Kelsen, hukuku saf ve özerk bir bilim haline getirmek için geliştirdiği kuramında, öncelikle hukuk kavramının anlamının ne olduğu sorusuna yanıt arar:

> Hukuk kuramı -veya çoğunlukla ifade edildiği gibi jurisprudence- en eski bilim dallarından biriyse de, hukuk kavramının genel olarak kabul edilen bir tanımı yoktur. Bu konuda, iki farklı görüş bulunmaktadır. İlk görüşe göre, hukuk bir olgudur; zaman ve mekân içerisinde yer alan, duyularımızla algılayabileceğimiz belirli bir beşerî davranıştır. Olgular fizik, kimya, biyoloji, psikoloji, sosyoloji gibi doğa biliminin konusudurlar. Bu nedenle, bu görüşe göre jurisprudence, doğa bilimlerinden farklı değildir. Tıpkı bu bilimler gibi jurisprudence, kendi nesnesini bir şeyin olduğu veya olmadığı

---

[209] Hans Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş*, İstanbul, 2016, s.1.
[210] H. Kelsen, *a.g.e.*, s.21.

> şeklindeki ifadelerle, yani olan ifadeleri ile betimler. Diğer görüşe göre ise, hukuk bir olgu değil, normdur. Norm gerçekte o şey öyle olmasa veya öyle yapılmasa da, bir şeyin olması gerektiği veya yapılması gerektiği anlamına gelen bir kuraldır.[211]

Kelsen'e göre, dış dünyada olup biten, duyularla algılanan, deney ve gözleme konu olan her şey doğa bilimlerine aittir ve belirli bir nedenselliğe tabidir. Oysa hukuk ve hukuki biliş, doğa bilimlerine ait olgulardan ve nedensellikten tamamen farklıdır. Bu farklılık, hukukun ve doğa bilimlerinin başka varlık alanlarında yer aldıkları anlamına gelmez. Hukuk, toplumsal bir fenomendir ancak toplum ile doğa birbiriyle özdeş değildir.[212] Çünkü doğa bilimlerinin deneye ve gözleme dayanan inceleme ve kanıtlama metotları, hukuka ve diğer toplumsal fenomenlere kullanılamaz.[213] Toplum ile doğa arasında yöntem bakımından bir farklılık bulunur. Dolayısıyla Kelsen'e göre hukuk, doğa bilimlerinin konusu olduğu şekliyle "olgu" olarak düşünülemez.

Kelsen'e göre hukuk, doğa alanında yer almayan bir normdur, olması gerekendir ya da normatif düzendir.[214] Burada önemli olan husus, Kelsen'in hukuku bir norm olarak tanımlamakla birlikte hukuku diğer normatif düzenlerden ayırma çabası içerisinde olmasıdır. Bu çabada, kuramının merkezinde yer alan normatif düzen, doğal hukuktur. Kelsen, kurmuş olduğu Saf Hukuk kuramı ile diğer hukuki pozitivistler gibi doğal hukuka karşı çıkar. Ancak Kelsen'in doğal hukuka karşı çıkarken, aynı zamanda hukuku normatif bir düzen olarak kabul etmiş olması nedeniyle, kuramı tam anlamıyla pozitivist değildir.[215] Kelsen'in kuramı, normativist pozitivizmdir.

Saf Hukuk Kuramı'nın konusu, hukuki bilişe açık olan şey, yani pozitif hukuktur. Bu kuramın amacı, hukukun nasıl olması gerektiğini ya da nasıl yapılması gerektiğini yanıtlamak değildir. Bu kuramın amacı, insan eylemleri sonucunda ortaya çıkarılan pozitif hukukun ne olduğunu açıklamaktır.[216] Burada Kelsen'in, hukuku doğa bilimlerinin olgularından ayırarak, "olması gereken" şeklinde ifade ederken, kuramın konusunun "olan hukuk" olduğunu belirtmesi çelişkili görünmektedir. Çünkü bu ifade edişe göre hukuk, hem olması gereken hem de olan hukuktur.

---

[211] Hans Kelsen, "What is the Pure Theory of Law?", *Tulane Law Review*, 34, 1960, s.269.
[212] H. Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş*, s.2.
[213] H. Kelsen, *a.g.e.*, s.39.
[214] H. Kelsen, *a.g.e.*, s.7.
[215] H. Kelsen, *a.g.e.*, s.22.
[216] H. Kelsen, *a.g.e.*, s.1, s.17.

Hukuk normları, belirli bir davranışın yapılması gerektiğini belirtir nitelikte oldukları için, hukuk bir olması gerekendir. Bir norm, içeriğini oluşturan davranışın var olup olmadığına veya var olamayacağına yönelik bir bilgi içermez. Örneğin, "cinayet işlenmemelidir" şeklindeki bir norm, cinayetin işlendiğini veya işlenmeyecek olduğunu belirtmez. Yalnızca "olması gerekeni" belirtir. Bu nedenle hukuk bir norm olarak, deneye ve gözleme konu edilen bir olgu, somut var olan değildir. Bir şeyin olmasından, onun olması gerektiğine yönelik bir anlam çıkarılamaz. Dolayısıyla hukuk olması gerekendir ve doğa bilimlerinin olanı incelerken kullandığı yöntemlerle hukukun ve olgularının incelenmesi mümkün olamaz. Böylelikle Kelsen, hukuk normları (olması gereken) ile olgular (olan) arasında mantıksal olarak varolan bir farklılığa işaret eder.

Hukuku bir olması gereken olarak tanımlayan normatif düzenlerin pek çoğu, hukukun kaynağına ilişkin doğa üstü bir güce veya değer sistemlerine atıfta bulunur. Bu durumda hukukun kaynağı Tanrı, vicdan, akıl, doğa gibi farklı unsurlarla açıklanır. Ancak Kelsen'in olması gereken hukuku, bu normatif düzenlerden farklıdır. Kelsen'in amacı, hukuku bir bilim alanı haline getirebilmek için onu tüm unsurlardan arındırmaktır. Doğa üstü unsurların ise bilimsel bir dayanağı yoktur. Bu nedenle Kelsen'in Saf Hukuk Kuramı'nda olması gereken hukuk, kaynağı gereği insana bağlı olan pozitif hukuktur.[217] Saf Hukuk Kuramı, yalnızca olan hukukla ilgilenir. Olan hukukun ardında herhangi bir asıl gerçekliğin olup olmadığını ve eğer varsa bu gerçekliğin, olan hukuk üzerinde bir etkisinin bulunup bulunmadığını irdelemez.

Kelsen'in, "olması gereken" hukuku gerçek hukuk olarak kabul etmesi ve bu hukuku bilimsel bir disiplin haline getirme çabası, Kant'ın yöntemine benzer bir yaklaşım izlediğini gösterir. Kant, bilim olma özelliğine sahip bir metafizik inşa etme imkânını, teorik aklı aşan her türlü unsurdan arınmakta ve teorik aklın sınırlarını belirlemekte görür.[218] Kelsen, bu yöntemi hukuk için uygular. Saf Hukuk Kuramı'nda, hukukun bilim dalı olma imkânını, hukuki bilişi aştığı halde hukuka dahil olan tüm unsurlardan hukuku arındırmakla ve hukukun sınırlarını belirleyerek kaynağını pozitif hukuka indirgemekle mümkün görür.

Kelsen, "olması gereken" hukukun, pozitif hukukla olan ilişkisini açıklarken de Kant'ın transandantal yöntemine başvurur. Kant'a göre transandantal yöntem, "belirli bir

---

[217] H. Kelsen, "What is the Pure Theory of Law?", s.274.
[218] Murat Satıcı, *Kant'ın Hukuk Felsefesi*, İstanbul, 2020, s.23.

nesneye yönelmiş olan bilginin değil, bilginin kendisinin analizidir; o, bilginin nasıl mümkün olduğuna yönelir, bilginin kendisini araştırır".[219] Kelsen için Saf Hukuk Kuramı'nın konusu pozitif hukuktur. Kelsen pozitif hukukla, yalnızca belirli bir zamana ve mekâna ait, yazılı olan hukuka yönelmez. Saf Hukuk Kuramı, genel olarak pozitif hukukun ne olduğunun analizini yapmayı amaçlar ve pozitif hukukun nasıl mümkün olduğunu sorgular.[220] Ulaşmak istenilen sonuç, pozitif hukukun nasıl olması gerektiğini belirlemek değil, hukuku tanımaktır. Hukukun bir bilim olarak görevi, hukuk bilgisinin olanak ve koşullarını incelemektir.

2.2.2. Hukukun Özerkliği

Saf Hukuk Kuramı, hukuku tanımak amacıyla, hukuku hukuka ait olmayan tüm unsurlardan arındırırken, önce ahlakın da dahil olduğu ideolojik eğilimlere ve doğal hukuka cephe almıştır. İdeoloji kavramı, özellikle pozitivizmin popülerlik kazandığı dönemde aklın biliş sınırlarının ötesine geçmiş, gerçekliğin ötesinde bir ideal olana ulaşmaya çalışmış ve bilimsel olma niteliğini yitirmiştir. Kavram, toplumsal yaşamda hâkim sınıfa ait olan görüşlerin gerçekliğine, doğrululuğa bakmaksızın yalnızca bu görüşleri yüceltme amacı taşıyan ve pek çok zaman gerçek olanı örtbas eden, gerçeklik karşıtı ve tahripçisi bir unsur haline dönüşmüştür. Bu nedenle Saf Hukuk Kuramı, yalnızca gerçek olanı konu edinmesin gereği olarak, hukuki pozitivizme ait bir kuramdır.[221] Kelsen, hukuku ideolojilerden arındırarak, hukuku tahrip edebilecek, pozitif hukukun gerçekliğini çarpıtacak veya gizleyecek unsurlardan sakınmaya çalışır. Aksi halde bu unsurların varlığı, pozitif hukukun geçerlilik kazanması için tehdittir.

Kelsen, ideolojik unsurlardan arınmış hukuk kavramına ulaşabilmek için hukukun tüm etmenleriyle ahlaktan da ayrılması gerektiğini savunur.[222] Çünkü ideoloji kavramı, inanç ve değer içerikli olması nedeniyle ahlak ile ortak bir niteliğe sahiptir. Değer içerikli hiçbir kavramın, rasyonel biliş ve hukuki biliş ile açıklanması söz konusu değildir. Eğer Saf Hukuk Kuramı'nın başlıca amacı, herkes tarafından onaylanan meşru hukuk yaratmak olsaydı, hukuk ahlakın bir parçası olabilirdi. Bu durumda hukukun bir bilim

---

[219] M. Satıcı, *a.g.e*, s.28.
[220] Vecdi Aral, *Kelsen'in Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri*, İstanbul, 1978, s.11-12.
[221] H. Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş*, s.40-41.
[222] H. Kelsen, *a.g.e.*, s.24.

olarak bağımsız bir varoluşa sahip olmasını amaçlayan hukuki bilişe gereksinim kalmazdı. Ancak kuramın amacı bu değildir.

Saf Hukuk Kuramı, kendisine ait biliş düzeyi olan bir hukuk bilimi oluşturmayı hedefler. Bu hedef için hukukun tüm zincirlerinden kurtulması gerekir. Zincirdeki ilk halka ise ahlaktır. Dolayısıyla "…ilk hamle hukuk ve ahlak arasında var olduğu öne sürülmüş olan halkayı koparmak olmalıdır".[223] Bu işlem yapılmadığı takdirde, hukuk normları ahlak normları arasında yer alır ve hukukun kendine özgü nitelikleri ahlaka dahil olur. Burada belirtilmesi gereken, Kelsen'in hukuk normları ile ahlak normlarının zıt içeriklere sahip olduğunu veya olmadığını, hukukun ahlaka uyduğunu veya uymadığını savunma amacı taşımadığıdır. O, burada yalnızca hukuk normlarının geçerliliğini sağlayan kaynağın ahlak olmadığını belirtir.[224]

Hukukun varlık alanıyla ahlakın varlık alanı birbirinden farklıdır. Kelsen, hukukun ahlakın bir parçası olmadığını ve hukukun tek başına bir bilim olduğunu belirtirken ahlakın varlığını inkâr etmemektedir. Ahlak ve ahlak normları vardır. Bunlar, peygamberler, din görevlileri, gelenekler veya çeşitli insan etkinlikleri sonucunda meydana gelmiştir. Her toplumun dininin, geleneğinin ve insani amaçlarının farklı olması nedeniyle birçok farklı ahlaki düzen oluşmuştur.[225] Ancak hukuk düzeni, varlığını ahlaki düzene borçlu değildir.

Kelsen'e göre, bir hukuk düzeninin meydana gelişinde ve geçerliliğinde ahlakın etkili olduğunu savunan görüş, doğal hukuktur. Doğal hukuk, hukuku ahlakla bağımlı kılarak, hukukun bir ideolojiye dönüşmesine neden olur. Esasen Kelsen, doğal hukukun da bir ideoloji olduğunu belirtir. Tıpkı ahlak gibi doğal hukuk da pozitif hukukun geçerliliğin temeli değildir. Doğal hukuk, mevcudiyeti apaçık ortada olmayan ancak gerçek olduğuna inanılan kaynaklardan çıkarılır. Fakat bu kaynaklar, pozitif hukukun gerçekliği için engel teşkil eder.[226] Çünkü, hukukun bir bilim olarak konusu pozitif hukuktur. Pozitif hukukta normlar, bilinçli ve yaratıcı insan eylemleridir. Bu eylemlerin gerçekliği, inanç konusu değildir. Gerçeklik, mevcudiyeti kanıtlanabilir olandır.[227] Pozitif hukukun temelinde ahlakın veya doğal hukukun bulunduğunu savunmak, bilimsel

---

[223] H. Kelsen, *a.g.e.*, s.13.
[224] H. Kelsen, "What is the Pure Theory of Law?", s.273.
[225] H. Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş*, s.13-14, s.23.
[226] H. Kelsen, *a.g.e.*, s.41.
[227] H. Kelsen, *a.g.e.*, s.69.

olmayan unsurlardan hareketle gerçekliği tespit etmeye çalışan, bilimselmiş gibi görünen bir hukuk bilimine neden olur.

Doğal hukukun kaynağı genellikle, bizzat doğa veya akıl sahibi insan varlığının doğası olarak kabul edilir. Bu kabul, doğaya veya insan aklına irade atfederek, bu iki unsuru kanun koyucu otorite olarak tasarlar. İnsan yaşamını düzenleyecek her türlü kuralın doğayı gözlemleyen ve analiz eden akıl sayesinde keşfedileceğine inanılır. Doğanın ve insan aklının yaratıcısı Tanrı olarak görüldüğünde ise doğa ve insan aklı, Tanrı'nın yeryüzündeki görünümleri olarak ifade edilir. Kelsen'e göre bu düşünce, doğal hukuku, mevcudiyeti apaçık ortada olmayan bir kaynağa dayanması nedeniyle bilimsellikten uzaklaştırarak, metafizik haline getirir. Ayrıca doğa, nedensellik ilkesine bağlı olması nedeniyle irade sahibi değildir. İrade sahibi olmayan bir unsur, beşerî davranış normları buyuramaz. Normlar ancak belirli bir irade tarafından meydana getirilir. Bu irade, metafiziğin konusu olması nedeniyle Tanrı da değildir. Bu durumda geriye, irade sahibi olma vasfına sahip olabilecek tek unsur olarak insan aklı kalır. Ancak Kelsen'e göre insan aklı, norm yaratamaz. İnsan aklı yalnızca, beşerî bir irade tarafından meydana getirilmiş normları anlar, tanımlar ve uygular. İnsan aklının niteliği bilmektir.[228] O halde normları yaratan, hukuk normlarına uymayı buyuran, pozitif hukuk kurallarının geçerliliğini sağlayan beşerî irade nedir?

2.2.3. Temel Norm ve Normlar Hiyerarşisi

Günlük dilde normların geçerliliği, genellikle emretme yetkisi olduğu düşünülen bir güce atıfta bulunarak temellendirilir. Tanrı yasakladığı için öldürmeyeceksin veya baban söylediği için okula gideceksin gibi ifadelerde, geçerlilik Tanrı veya babaya atfedilir. Ancak Kelsen'e göre, Tanrı'nın yasaklamış olması veya babanın söylemesi, normların geçerliliği için yalnızca görünüşteki nedendir. Gerçek neden, zımnen kabul edilmiş olan genel normlardır. Öldürmeyeceksin ifadesinin geçerlilik nedeni, doğrudan Tanrı'nın yasaklamış olması değil; "Tanrı'nın emirlerine uymalısın!", genel normudur. Aynı şekilde, okula gideceksin ifadesinin geçerlilik nedeni babanın emretmiş olması değil; "Çocuklar, babalarının sözünü dinlemelidir!", genel normudur. Kelsen için bir kimsenin bir davranışı yasaklamış olması veya bir davranışın yapılmasını emretmiş olması, yasaklanan veya emredilen davranışa uygun eylemek için geçerli bir neden

[228] H. Kelsen, "What Is The Pure Theory of Law?", s.274.

değildir. Geçerliliğin, yasaklayan veya emreden kişiye bağlı olduğunu belirtmek için hiçbir gerekçe yoktur. Nihayetinde, pozitif hukuk normlarının tek geçerlilik nedeni, genel normlardır.[229]

Kelsen, bir hukuk normunun otorite sahibi bir güç tarafından emredilmiş olmasının, hukukun geçerliliği için gerekçe olamayacağını belirtirken Austin'i eleştirir. Bir önceki bölümde incelemiş olduğumuz şekliyle Austin, hukuku devletin egemen iradesinin emirleri olarak ifade eder ve hukuk kurallarının geçerliliğini sadece egemen güç tarafından emredilmiş olmasıyla temellendirir. Egemen güç, emir verme yetkisini kullanırken bağımsız ve sınırsızdır. Egemenin, insanlara emirlerine uymaları için bir gerekçe sunması gerekli değildir. Çünkü insanlar, itaat etmeye yönelik sahip oldukları alışkanlık nedeniyle, kendilerinden üstün olan güce boyun eğerler. Kelsen'in, Austin'in bu fikirlerine yönelik değerlendirmesini ve egemenin neden hukuki geçerliliğin temeli olamayacağını şu maddelerle açıklayabiliriz:

a) Otorite sahibi bir güç tarafından verilen bir emir ancak kendisine emir verme yetkisi verildiği müddetçe geçerli ve bağlayıcıdır. Böyle olduğu takdirde, emri veren otorite sahibi olmasa bile, yetkili olduğu için emri, geçerli ve bağlayıcıdır.[230]

b) Bir emrin var olması için iki unsur şarttır: irade eylemi ve eylemin kelimeler, jest ve mimiklerle ifade edilmesi. Bu iki unsur olmadığında emir yazılı bile olsa, emre uyması gereken kişi için hiçbir bağlayıcılığı yoktur. Örneğin, bir egemen bana emir vermişse ve ben emri veren iradenin ölüm gibi bir nedenden dolayı artık emir veremeyeceği biliyorsam, o halde emrin benim için hiçbir bağlayıcılığı yoktur. Bunun aksine, varlığını ve geçerliliğini yasama kuruluna borçlu olan bir norm, yürürlükten kaldırılmadığı sürece kuruldaki herkes ölse de varlığını sürdürmeye devam eder.[231] Bu nedenle hukukun geçerliliği, tek tip bir kaynağın varlığına bağlı olamaz.

c) Egemenin emirlerine yönelik itaatin insani bir alışkanlık olarak ifadesi, hukuki bilişe ait bir konu değildir. Alışkanlıkla itaat edilen, ancak kendisinin kimseye alışkanlıkla itaat etmediği bir egemenin varlığı hukuk dışıdır, sosyal bir

---

[229] H. Kelsen, *General Theory of Law & State*, s.110-111.
[230] H. Kelsen, *a.g.e.*, s.31.
[231] H. Kelsen, *a.g.e.*, s.32-33.

olgudur. Dolayısıyla bir toplumun ortak alışkanlığı olarak belirtilen bir itaat durumu, hukukun geçerliliğini açıklayamaz.[232]

Nihayetinde Kelsen, doğal hukuku reddederek, hukukun geçerliliğinin doğa, ahlak, insan aklı ve Tanrı, Austin'i eleştirerek de egemen güç ile temellendirilemeyeceğini kabul eder. Aslında bu noktada Kelsen, doğal hukuka ait unsurları reddederek, Saf Hukuk Kuramı'nı metafizikten, egemenin sınırsız gücünü eleştirerek ise sosyolojiden ve politikadan arındırmaya çabalar. Bu çaba, hukukun saf bir bilim olabilmesi için gereklidir. Bu sebeple sorulması gereken, Kelsen'e göre, genel normların geçerliliğini temellendiren unsurun ne olduğudur. Eğer insanların uyması beklenen normların geçerliliği genel normlara dayanıyorsa bu normları geçerli kılan hukuki bilişe ve bilime uygun kaynak nedir?

Kelsen'e göre, bir hukuk normunun geçerliliği ancak onun yaratılmasına izin veren başka bir hukuk normuna dayandırılabilir. Tüm normlar geçerliliklerini, diğer tüm hukuk normlarının oluşturulmasına doğrudan veya dolaylı olarak yetki veren ve geçerli olduğu varsayılması gereken temel bir normdan almalıdır.[233]

Yukarıda da belirtilmiş olduğu gibi, Kelsen'e göre temel norm, bir beşerî varlığın veya insan üstü bir gücün irade eylemi sonucunda meydana gelmemiştir. Temel norm, hukuki biliş vasıtasıyla varlığı *önvarsayılmış* olan, en üstün normdur. Bu normun önvarsayılmış olması, insan faaliyetleri ile kurulmuş pozitif hukuk düzeninin normlar sistemi olarak geçerlilik kazanması için gerekli olan koşuldur.[234]

Temel norm, hem geçerliliğin nedeni hem de normların oluşumunu ve norm sisteminin içeriğini belirleyen kaynaktır. Bu belirleme, bir defaya mahsus değildir. Hukuk sistemi, temel normun en üst katmanda bulunduğu bir hiyerarşik normlar düzeninden oluşur. Bu düzen sayesinde, hukuk var olma sürecinden bağımsız, önceden meydana gelmiş bir sistem olarak değil oluşum, gelişim ve yenilenme süreçlerinde etkin olan bir sistem olarak tasarlanır.[235] Kelsen, hukukun etkin oluşunu şu örnekle açıklar: Mevcut sistemden rahatsız olan bir grup, darbe ile bu sistemi yıkıp yerine yeni bir düzen getirebilirse, ilk sistem etkililiğini kaybeder ve yeni sistem etkin hukuk düzeni olarak

---

[232] Lars Vinx, "Austin, Kelsen, and the Model of Sovereignty: Notes on the History of Modern Legal Positivism", *The Legacy of John Austin's Jurisprudence*, içinde, (ed. Michael Freeman, Patricia Mindus), Dordrechts, 2012, s.61.
[233] H. Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş,* s.67.
[234] H. Kelsen, "What Is The Pure Theory of Law?", s.275-276.
[235] H. Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş,* s.113.

kabul görür. Bu durumda temel norm, eski sistemin değil yeni düzenin geçerliliğini sağlayan kaynak halini alır.[236] Böylece hukuk düzeni değişim, yeniden yaratılma ve yenilenme sürecine tanık olur.

Kelsen'e göre varolan her norm, geçerliliğini kendisinden üstün olan bir başka normdan alır. Normların hiyerarşik düzeninde, alt-üst ilişkisi hakimdir. Başka normların oluşmasını sağlayan norm üst düzey, varlığı bir üst norma bağlı olan normlar alt düzeydir. Her normun bir üst düzeydekine bağlı olduğu bu *regressus,* hukuk düzeninin nihai geçerlilik nedeni olarak normlar arasındaki birliği oluşturan temel normda son bulur.[237]

Kelsen'e göre, hiyerarşik düzenin en üstünde, temel normu önvarsayması sonucunda oluşan anayasa yer alır. Anayasa, genel normların ve kanunların oluşmasını düzenleyen, genel normların içeriğini belirleyen kurallardan oluşur. Anayasayı diğer normlardan ayıran şey, anayasanın değiştirilmesinin ve iptal edilmesinin oldukça zor olmasıdır. Herhangi bir norm, anayasayı değiştirme ve iptal etme yetkisine sahip değildir. Çünkü anayasa, yasama organlarını ve bu organların işleyişini belirleyen, denetleyen mekanizma olarak bir hukuk düzeninde asli unsurdur. Anayasa değiştirilmesi veya iptal edilmesi gereken koşulları ancak kendisi belirleyebilir.[238]

Hiyerarşik düzenin bir sonraki aşaması, temel normun önvarsayılması ve anayasanın uygulanması sonucunda oluşan yargı kararlarıdır. Yargı aşamasında, gerçekleşen bir olay ve hukuki sonuç arasındaki ilişkiyi belirlemek esastır. Tek tek olayların mevzu olduğu bu aşama, genel normlardan tekil normların çıkarıldığı süreçtir. Bu aşamada yargısal bir karara varılmasının nedeni, kararın bir otorite tarafından verilmiş olması değildir. Otorite, karar vermekle yetkilendirildiği için herhangi bir karar geçerlilik kazanmaktadır. Bu yetkiyi veren ise anayasadır.[239]

Yargı kararlarının verilmesinin ardından hiyerarşik düzenin bir sonraki aşaması, yaptırımdır.[240] Kelsen, diğer pozitivist düşünürler gibi pozitif hukukun, cebri bir eylem olduğunu kabul eder. Belirlenmiş hukuk normlarına aykırı olan her eylemin, mutlaka cebri bir karşılığının bulunması gerekir. Çünkü hukuka aykırı eylemler olmadan ve bu

---

[236] H. Kelsen, *a.g.e.*, s.72.
[237] H. Kelsen, *General Theory of Law & State*, s.124.; H. Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş*, s.79.
[238] H. Kelsen, General Theory of Law & State, s.125; H. Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş*, s.80; H. Kelsen, "What Is The Pure Theory of Law?", s.275.
[239] H. Kelsen, "What Is The Pure Theory of Law?", s.275; H. Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş*, s.80.
[240] H. Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş*, s.88.

eylemlere yaptırım uygulanmadan hukuk düzeni varlık kazanamaz. Hukuka aykırı eylem, hukukun kendini gösterişinin zemini ve gerekçesidir. Bu nedenle hukuka aykırı bir eylemin gerçekleşmesi, her zaman sosyal düzeni bozarak çöküşe veya yıkıma sebep olan bir durum değildir. Bu eylemler, hukuk sisteminin varlığı için gereklidir.[241]

Sonuç olarak Kelsen'in hiyerarşik düzeninde, her aşamanın kabulü ve uygulanışı bir sonrakinin oluşumunu hazırlar ve hukuk sistemini inşa eder. Bu inşada hukuk, hem uygulayıcı hem de yaratıcı olarak aktif rol alır. Hukukun uygulanması ve yaratılması birbirinden ayrı süreçler değildir. Sürecin başında yer alan temel norm, tüm hukuk normlarını oluşturan ve geçerlilik kazandıran önvarsayılmış başlangıç noktasıdır. Temel norm, bir başka kaynak tarafından yaratılmaz. Geçerliliği bir başka gücün yetki vermesine bağlı değildir.

Kelsen'in temel norm anlayışı, Saf Hukuk Kuramı'nın hukuk bilimine ulaşma hedefi ve hukuki bilişi diğer tüm disiplinlerden uzaklaştırma amacına göre şekillenmiştir. Hukukun kaynağını olgulardan ve doğal hukuktan arındırma çabası, Kelsen'in yeni bir kaynak sunmasını gerekli kılmıştır. Ancak yeni bir kaynak olarak sunulan temel norm, Kelsen'in teorisine yönelik önemli eleştirilere sebep olmuştur.

Bu eleştirilerin ana teması, temellendirilemeyen bir unsur olarak temel normun, Kelsen'in teorisini kaçındığı metafiziğe ve doğal hukuka dönüştürmüş olmasıdır. Anayasa, tekil normları belirleyen yargı kararları ve yaptırımlar bilişe açık olmaları nedeniyle, pozitif hukuk düzeninde yer alan hukuki unsurlardır. Fakat temel norm, bu düzen içerisinde doğrudan atıf yapılamayan, geçerliliği kanıtlanamayan, deneyim ötesi bir şey olarak pozitif hukukun dışında kalır. Bu durum, temel normun varlığı ve işlevi açısından doğal hukukun reddedilmesini gerektiren, ayırıcı bir özelliğinin bulunmadığını gösterir.[242]

Kelsen'e yönelik bir diğer eleştiri, temel normun hukuki biliş ve önvarsayım yoluyla bilinir olduğu düşüncesidir. Kelsen'in kuramında hukuki biliş, bilimselliğin aracı olarak görülür. Ancak Alf Ross, bu kavramın hukuk içerisinde, tanrısal hukuktan veya doğal hukuktan kaynaklanan fikir ve inançları belirtmek için kullanıldığını söyler. Bu nedenle Ross'a göre hukuki biliş kavramı, gerçekliği saptanamayan doğaüstü deneyimleri

---

[241] H. Kelsen, *a.g.e.*, s.28-30.
[242] V. Aral, *a.g.e.*, s.123.

veya gerçekliği çarpıtan ideolojileri barındırmaya uygun bir kavramdır.[243] Bu ise hukuki bilişle ulaşılacak bir temel normun bilimsel olamayacağını ifade eder.

Önvarsayım kavramı da benzer bir sonuca götürür. Temel normun varlığının önvarsayılmış olması gerektiği fikri, Kelsen'in kuramını doğal hukukun veya tanrısal hukukun zincirlerinden kurtarmak için yeterli değildir. Öyle ki, Saf Hukuk Kuramı'nda temel normun, doğal hukukta ise doğanın önvarsayılmış bir temel olarak kabul edilmesi arasında hiçbir fark yoktur. Kelsen'in temel norma gelinceye dek bilimsel olarak ilerleyen hiyerarşik düzeni, temel normun önvarsayılmış olduğu fikriyle bilimsellikten uzaklaşır.[244]

Kelsen'in temel norm düşüncesine yönelik, belirtmiş olduklarımız dışında pek çok farklı eleştiri bulunmaktadır. Ancak bu çalışmada tüm eleştirilere değinmek konunun kapsamını aşmak olacaktır. Biz burada kapsamı aşmama gayretiyle, yapılan eleştirilerden doğal hukuk ve temel norm ilişkine yönelik olanları ifade etmeye çalıştık. Yukarıda ifade etmiş olduğumuz eleştiriler ve benzerleri, hem Kelsen'in kendisi tarafından fark edilmiş hem de henüz Kelsen hayatta iken kendisine yöneltilmiştir.

Kelsen son dönem eserlerinde, her ne kadar itiraz edilip eleştirilse de temel normun pozitif hukukun önvarsayılmış, üst düzey unsuru olduğunu kabul etmeye devam etmiştir. Çünkü temel norm ile Saf Hukuk Kuramı'nın amacı olan, hiçbir ahlaki veya dini unsura atıfta bulunmayarak, dış unsurlardan arınmış hukuk fikrine ulaşıldığını savunmuştur. Kelsen'e göre önemli olan, temel normun Saf Hukuk Kuramı'nda hedeflenen amacı gerçekleştirmiş olmasıdır. Temel normu bir doğal hukuk unsuru olarak görmek isteyenlere karşı çıkmaya gerek yoktur. Çünkü Kelsen'e göre, "…temel norm kuramı, Kant'ın transandantal mantığı ile uyumlu bir doğal hukuk doktrinidir."[245]

Kant'ın transandantal mantığına göre, doğaya aşkın olan her şey mantığa da aşkındır. Mantığın ve doğanın sınırlarını aşan saf aklın kavramları, kendilerine ait bir gerçekliğe sahiptir. Mantığın, bu gerçekliğe yönelmesi, yanıltıcı bilginin ortaya çıkmasına neden olur. Bu nedenle aşkın olana ilişkin bilgi, mantığın dış dünyanın gerçekliğinden çıkardığı tarzda bir bilgi değildir. Bu bilgi, mantığın nesnesi olmayan ama

---

[243] Alf Ross, "Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law", *Normativity and Norms* içinde, (ed. Stanley L. Paulson & Bonnie Litschewski Paulson), Oxford, 1998, s.161.
[244] Yahya Berkol Gülgeç, *Normlar Hiyerarşisi*, İstanbul, 2022, s.16-17, Yahya Berkol Gülgeç, "Uluslararası Hukukun Teorik Kaynağı Olarak Temel Norm ve Tanıma Kuralının Değerlendirilmesi", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2, 2017, s.87.
[245] H. Kelsen, *General Theory of Law & State*, s.437.

aklın inandığı zorunlu kavramları içerir. Kant'a göre bu kavramlar postulattır. Postulatlar, aklın kanıtlanmadan kalan, gerçekliği gösterilemeyen ama varlığı yadsınamaz olan kavramlarıdır. Bu kavramlar karşısında yapılması gereken, mantıksal bir kanıtlama beklemeden, aklı düşeceği çıkmazdan kurtarmak adına kavramları postulat olarak kabul etmektir.[246]

Bu doğrultuda, Kelsen'in temel normu bir postulat olarak varsaymamız gerektiği fikrine sahip olduğu belirtilebilir. Temel norm, bilimsel olarak varlığı kanıtlanamaz olması nedeniyle doğaya aşkındır. Bu nedenle varlığı mantık sınırlarını aşan bu kavramın gerçek bilgisine ulaşılamaz. Ancak hukukun geçerliliğini sağlamak istiyorsak ve bu düzeni sağlayacak bir kaynağın olması gerektiği fikrini inkâr edemiyorsak o halde temel normun varsayılması zorunludur. Bu şekilde bir kabul, Kelsen tarafından hukukun geçerliliğini doğa ve tanrı gibi doğal hukukla ilişkilendirilen kavramlara başvurmadan açıklamanın tek yolu olarak görülmüştür. Fakat Kelsen'in de belirtmiş olduğu gibi temel norma ilişkin bu açıklama az da olsa doğal hukuk içeriyor görünmektedir.[247]

Peki, hukuki pozitivizm akımı için hukuk kuramlarının az da olsa doğal hukuk içermesi ne kadar uygundur? Doğal hukuka referans vermeyen her unsur, amaç doğal hukuktan arınmak olduğu için hukukun geçerlilik nedeni sayılabilir mi? Hukukun geçerliliğini alışkanlık veya varsayım ile açıklamak, hukuku bir bilim dalı haline getirmek için yeter sebep olacak mıdır? Eğer hukuki pozitivizm akımı bu sorulara olumlu yanıt veriyorsa iki akım arasındaki tartışmanın gerekliliği sorgulanması gereken bir mesele halini almaktadır. Austin ve Kelsen'in ardından çağdaş hukuk felsefesinde hukuki pozitivizm akımı bu sorular etrafında şekillenmektedir. Bu sorulara vermiş olduğu cevaplarla teorisini oluşturan Herbert Lionel Adolphus Hart'ın pozitivist felsefesi bu durumu temsil etmektedir.

2.3. H. L. A. Hart ve Kurallar Mekanizması Olarak Hukuk

H. L. A. Hart, hukuku yalnızca egemenin buyruklarına dayalı bir sistem olarak görmek ve hukuk kavramına ilişkin soyut açıklamalar yapmak yerine, hukuku, bir toplumda yürürlükte olan ve insanlar tarafından içselleştirilen sosyal kurallara dayanarak analiz eder. Hart tarafından hukuk, bir kurallar ağı olarak algılanmakta ve toplumsal

---

[246] Heinz Heimsoeth, *Immanuel Kant'ın Felsefesi*, İstanbul, 1986, s.144-147.
[247] H. Kelsen, *General Theory of Law & State,* s.437-438.

düzeni sağlayan normatif kurumlarla bağlantılı görünmektedir. Bu bağlamda, Hart'a göre hukuk, "kurumsallaşmış bir kurallar sistemi" olarak değerlendirilmektedir.[248] Bu değerlendirme, Hart'ın betimsel ve kavramsal analizinin bir sonucudur. Hart, bu analiz yönteminde hukuku, toplumsal pratiklerle şekillenen olgusal bir kavram olarak ele alır ve bu kavramın, topluluk içinde hangi anlamlarda kavramsallaştırıldığını tahlil eder. Bu tahlilde, özellikle hukukun ahlakla olan ilişkisini ele alır. Hart, hukuk ile ahlak arasında kesin bir ayrım yapmakla birlikte, hukukun ahlakla tamamen bağlantısız olmadığını ve bazı durumlarda ahlaki ilkelerin hukukun geçerliliğinde ölçüt olabileceğini kabul eder. Böylece Hart, hukuki pozitivizmin ahlaka karşı duruşunda daha yumuşak ve kapsayıcı bir perspektif benimsemiştir.[249]

2.3.1. Betimsel Açıklama ve Kavramsal Analiz Yöntemi

H.L.A Hart, hukuk teorisini inşa etmeye *The Concept of Law* eserinde, hukukun doğasına ilişkin sorduğu üç temel soruyla başlar. Bu sorular şunlardır: Hukuk kuralı nedir? Hukuk ve ahlak arasındaki benzer ve farklı noktalar nelerdir? Bir hukuk sistemi nedir?[250]

Hart, bu sorulara cevap arama amacının, hukukun ne olduğuna dair umumi ve betimsel bir hukuk teorisi oluşturmak olduğunu belirtir. Soruların her biri, genele ilişkindir. Belirli bir zaman diliminde, belirli bir mekânda varolan pozitif hukuk düzeni, soruların doğrudan yöneldiği hukuk değildir. Ancak soruların genel cevabı, hukuk kuralları ile yönetilmek isteyen pozitif hukuk düzenleri için betimsel bir açıklama sunar. Hart, teorisinin betimselliğini iki unsura bağlar. Kavramsal analiz aracılığıyla, hukuku ve hukukun ilişkili olduğu kavramları hukukun bağlantılı olduğu diğer alanlardan bağımsız bir şekilde cevaplandırmamak ve hukuka ait unsurların hiçbirini ahlaki veya başka bir temele dayandırmamak.[251]

Buradan hareketle şunu belirtmek mümkündür: Hart, teorisinde hukuk ve hukukun ilgili olduğu kavramlar arasında keskin ayrımlar belirlemeye çalışmaz. Hukukun ne olduğunu, bağlantılı olduğu alanlarla temellendirmeye çalışmaksızın anlamaya

---

[248] Gerald J. Postema, *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World-A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, 11, New York, 2011, s.268.
[249] G. J. Postema, *a.g.e.*, s.314.
[250] Anthony Townsend Kronman, "Hart, Austin and the Concept of a Legal System: The Primacy of Sanctions", *The Yale Law Journal*, 84/3, 1975, s.584.
[251] Herbert Lionel Adolphus Hart, *The Concept of Law*, New York, 1994, s.239-240.

çabalar. Burada yapılmak istenen, pozitif hukuku ahlak veya doğal hukuk karşısında haklı çıkarmak değildir. İstenen şey, yaşanmakta olan hukukun kullanım alanını, toplumsal uygulamalarını gözeterek, hukukun ilişkili olduğu diğer alanlarla arasındaki benzerlik ve farklılıklarını analiz ederek, hukukun doğasını aydınlatmaktır.[252]

Hart, hukukun ne olduğu sorusunu sorarken bu kavrama yönelik bir tanım sunma endişesi taşımaz. Çünkü Hart'a göre, hukuk kavramı doğrudan somut bir varlığı temsil etmediğinden, bu kavramla olgular arasında bir bağlantı kurmak mümkün değildir. Bu durum, hukuk kavramını tanımlamak için engeldir. Dış dünyada yer alan her somut varlığın bağlı olduğu bir kategori vardır. Örneğin bir masa, mobilya kategorisine veya bir köpek hayvan kategorisine aittir. Bu varlıklara ilişkin bir tanımlamada, öncelikle ait oldukları kategori, ardından aynı kategoride yer alan diğer varlıklardan farklı olan nitelikleri belirtilerek, bir tanıma ulaşılır. Hukuk kavramları söz konusu olduğunda ise bu kavramların ait olduğu genel bir kategori yoktur. Bu da hukuk kavramlarına yönelik kafa karışıklığına ve yanıltıcı tanımlara sebep olur.[253] Öyleyse tanım aracılığıyla, olgusal olarak karşılığı bulunmayan bu kavramların ne olduğuna yönelik tatmin edici bir cevap verilemediği için farklı bir yöntemin kullanılması gerekmektedir.

Hart'ın, daha önce Bentham tarafından uygulandığını belirttiği bu farklı yöntem, ona göre, kavramların kullanım alanlarını, kullanım biçimlerini ve diğer kavramlarla ilişkilerini inceleyerek, kavramlara ilişkin genel bir anlama ulaşılmasını sağlar.[254] Bu yönteme göre, kavramın ne olduğunu anlamanın yolu, ilgili kavramı bağlamında analiz etmektir.

Hart'ın bu yöntemi uygulama şeklini, *The Concept of Law* isimli eserinin hukuk kavramının tanımı için ayrılan kısmında görmek mümkündür. Hart, bu kısımda hukuk kavramının ne olduğunu açıklamak için birkaç soru yöneltir: Hukuk ile tehdit içeren emirler arasındaki benzer ve farklı yönler nelerdir? Hukuki yükümlülük, ahlaki yükümlülüğün bir türü müdür? Kurallar nasıl oluşturulur? Farklı kural sistemlerinin, hukuk üzerindeki rolü nedir? Hart'a göre, bu soruların her biri, hukuku ilişkili olduğu kavramlarla birlikte anlamaya yöneliktir. Hukuku, tehdit içeren emirlerden, ahlak kurallarından farklı kılan birtakım hususlar vardır ki bu kavramlar aynı isimle

---

[252] H. L. A. Hart, *a.g.e.*, s.15.
[253] Herbert Lionel Adolphus Hart, "Definition and Theory in Jurisprudence", *Essays in Jurisprudence and Philosophy* içinde, New York, 2001, s.31-32.
[254] H. L. A. Hart, *a.g.e.*, s.33.

anılmamaktadır. Ya da ahlakın ve hukukun insanları yükümlü kılma konusunda ayırt edici özellikleri olmalı ki ahlak ve hukuk ayrımı yapılmaktadır. Hukukun ne olduğunu anlamak için bu sorgulama gereklidir. Aksi halde geçmişte olduğu gibi hukukun ne olduğuna yönelik spekülasyonlar var olmaya devam edecektir.[255]

Bu bağlamda Hart'ın yöntemi, doğa bilimlerinin açıklama ve tahmin ağırlıklı metotlarından ziyade, anlam ve yoruma dayanır. Hart, kavramların anlamına ulaşmak için sorduğu sorularda daha çok insani ve toplumsal deneyimlere yönelir; bu deneyimleri doğa bilimlerinin metotlarına indirgemekten kaçınır. Ona göre, insan yaşamında ve toplumsal yaşamdaki deneyimler, yalnızca zihinsel durumlar veya davranış kodları olarak açıklanması mümkün eylemler değildir. Bu nedenle oluşturulması planlanan bir hukuk sistemi ve anlamlandırılması gereken bir hukuk düzeni için kullanılması gereken vasıta, kavramları analiz eden felsefedir. Böylelikle Hart, yöntemiyle insani ve toplumsal deneyimleri felsefe aracılığıyla yorumlamayı ve anlamayı amaçlar.[256]

2.3.2. Hukuk ve Ahlak İlişkisi

Hart'ın betimsel açıklama ile kavramsal analizi bir arada kullanması, karma bir yöntem kullanmış olduğunu gösterir. Hart bu yöntem ile hukuk sistemine ait kavramları analiz ederken, aynı zamanda toplumsal bir kurum olarak hukuku da incelemiş olur.[257]

Hart bu incelemede, hukuku hiçbir unsurdan ayırmaya çabalamaz. Buradaki en önemli unsur ahlaktır. Ahlakın kuralları ile hukukun kuralları arasındaki ilişkinin nasıl olduğu veya ahlakın hukuku ne derecede etkilediği, hukukun ne olduğunu anlamak için önemli sorulardır. Çünkü Hart'a göre, hukuki pozitivizm ve doğal hukuk, hukuk ile ahlak arasındaki ilişkiyi sonu gelmez bir tartışma haline getirerek, bu ilişkinin bulanık bir hale bürünmesine neden olmuştur.[258]

Hart'a göre, bir hukuk sistemi olan her toplumun, hukuk kuralları dışında, toplumsal düzenin sağlanmasında önemli etkiye sahip olan ve içerik bakımından hukuk kuralları ile örtüşen birtakım ahlak kuralları vardır. Genel olarak ahlak kuralları ve birçok hukuk kuralı, toplumsal yaşamda sıklıkla karşılaşılan olaylar karşısında hangi

---

[255] H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, s.13.
[256] G. J. Postema, *a.g.e.*, s.264-265.
[257] Brian Leiter, Alex Langlinais, "The Methodology of Legal Philosophy", *University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper*, 407, 2012, s.8.
[258] Herbert Lionel Adolphus Hart, *Hukuk, Özgürlük ve Ahlak*, İstanbul, 2020, s.14.

davranışların yapılıp hangi davranışların yapılmaması gerektiğiyle ilgilenir. Ahlak kurallarını benimsemek ve uyum göstermek tıpkı hukuk kurallarında olduğu gibi özel bir müdahale gerektirmeden, kendiliğinden gerçekleşmesi gereken bir durumdur. Çünkü ahlak kurallarına veya hukuk kurallarına uygun bir yaşam sürmek, toplumsal düzene ve birlikte yaşamaya katkı sağlamak demektir. Bu nedenle, bu kurallara uyum göstermek doğal bir durumdur. Doğallığın bozulması ve ikisinin de ihmal edilmesi birtakım yaptırımlarla karşılaşmaya neden olur. Dolayısıyla ahlak kuralları ve hukuk kuralları, ortak kavramlara sahip olmalarının tesadüfi olmadığını göstermeye yetecek kadar önemli benzerliklere sahiptir.[259]

Hart, bu benzerliklere rağmen hukuk ile ahlak arasında önemli farklar olduğunu belirten görüşlerin bulunduğunu belirtir. Bu görüşlerden en yaygın olanı, hukukun eylemlerin içsel nedenlerine kayıtsız kaldığı ve yalnızca sonuçlarla ilgilendiğini, ahlakın ise içsel nedenleri dikkate aldığını öne sürer. Fakat bu farklılık, hukukun ve ahlakın kendilerine özgü karakteristik özelliklerinin olduğunu, bu nedenle aralarında hiçbir benzerliğin olamayacağını söylemek için yeterli değildir. Öyle ki Hart'a göre, gelişmiş hukuk sistemlerinde *mens rea* kavramı, bir suç işleyen kişinin niyetini değerlendirmek ve bu değerlendirmenin ardından cezasını belirlemek için kullanılır.[260] Bu ise hukukun içsel nedenlerle de ilgilendiğini gösterir.

Ahlakın içsel, hukukun ise daha çok dışsal sebeplere ilişkin olduğu düşüncesinden hareketle ortaya çıkan bir diğer ayırt edici özellik, ahlakın ve hukukun belirli davranışların yapılmasına veya yapılmamasına yönelik baskı biçimlerinin farklı olmasıdır. Buna göre, bir davranışın sonucunda yalnızca fiziki yaptırımlar sunan kuralların, ahlak kuralları içerisinde yer alması mümkün değildir. Ahlak kuralları, gerekli olan eylemi, insanların vicdanen hissedecekleri içsel huzursuzlukla veya kurallara duyulması gereken saygı ile hatırlatır. Hukuk kuralları ise yapılan eylemin sonucunda yaptırımlara dayanan yasal bir baskı kurar. Ancak, bu ayırıcı özellik de hukuk ile ahlak arasındaki bağı tamamen ortadan kaldırmak için yeterli değildir. Baskı biçimi farklı olsa da hukuk kuralları aynı davranışın zorunlu kılınması veya yasaklanması anlamında ahlâk kurallarına karşılık gelebilir.[261]

---

[259] H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, s.170-172.
[260] H. L. A. Hart, *a.g.e.*, s.178.
[261] H. L. A. Hart, *a.g.e.*, s.175.

Hart bu bağlamda şu soruya yanıt arar: "Belli bir davranışın ortak standartlara göre ahlaka aykırı olması, bu davranışı hukuk tarafından cezalandırılabilir kılmayı meşrulaştırmaya yeterli midir?"[262] Bir başka deyişle, hukukun, toplumsal düzeni sağlamak ve korumak amacıyla toplum tarafından benimsenen ahlaki normları dikkate almak, uygulamak veya dayatmak gibi bir yükümlülüğü var mıdır? Hart, bu soruya, hukuk ile ahlak ilişkisine yönelik Lord Devlin'in görüşlerini eleştirerek yanıt verir.

2.3.2.1. Hart-Devlin Tartışması

Hart'ın Devlin'e yönelik söz konusu eleştirisi, literatürde "Hart-Devlin Tartışması" olarak adlandırılır. Bu tartışmada, Lord Devlin'e ait görüşler kısaca şu şekilde belirtilebilir: Devlin'e göre, bir toplumun varlığını tehdit eden şey, dışsal faktörlerden ziyade içsel çözülmelerdir. Bu çözülme, toplumsal birliği ve sürekliliği sağlayan ahlaki bağların zayıflamasıyla başlar. Tarih, bu zayıflamaya örnek teşkil edecek pek çok olaya tanıklık eder. Bu tarihsel veriler, bir topluma yalnızca devlet düzenini değil, aynı zamanda ortak ahlaki değerleri de koruması için bir gereklilik sunar. Ahlakı korumak ve ahlaksızlığı önlemek ise hukukun görevidir.[263]

Hart, ahlakın toplum ve hukuk üzerindeki etkisi konusunda Lord Devlin ile hemfikirdir ve bu konudaki görüşünü şu şekilde ifade eder: "…toplumun, hukukun başkalarına zarar verici fiilleri yasaklamasını yansıtan ve tamamlayan bir ahlak olmaksızın var olamayacağı açıktır".[264] Ancak Hart'a göre, bu önermeden hareketle, toplumu oluşturan her bir unsurun ahlakla tamamen uyum içerisinde olduğu ve bu uyumun bozulması durumunda toplumun yok olacağı sonucuna ulaşmak mümkün değildir. Ayrıca, tarihte bu sonucun doğruluğundan ziyade aksini kanıtlayan birçok örnek vardır.[265] Öyle ki tarihsel veriler, toplumsal düzeninin bozulmasını önlemek adına mevcut ahlaki yapının korunması için alınan hukuki tedbirlerin, ahlaki açıdan çok daha büyük sorunlara neden olduğunu gösterir. Bu doğrultuda Hart, kendi varlıklarını korumak için insanlık dışı uygulamalara başvuran toplumların dağılmasının, ahlaken daha doğru ve daha iyi olduğunu belirtir.[266]

---

[262] H. L. A. Hart, *Hukuk, Özgürlük ve Ahlak*, s.15.
[263] Patrick Devlin, "The Enforcement of Morals", *Proceedings of the British Academy*, 45, 1959, s.140-141.
[264] H. L. A. Hart, *a.g.e.*, s.58.
[265] H. L. A. Hart, *a.g.e.*, s.58.
[266] H. L. A. Hart, *a.g.e.*, s.28-29.

Hart'a göre, Devlin, bir toplumun bütünlüğünün ve ahlakının korunması için hukukun her türlü önlemi almasının uygun olduğu ilkesini, mevcut pozitif ahlakın bir parçası olarak değil, evrensel bir ahlak ilkesi olarak sunar. Oysa Hart, bir ilkenin evrensel bir ahlak ilkesi olarak kabul edilebilmesi için, pozitif ahlak ilkelerinin rasyonel temellere dayalı evrensel ilkeler ışığında eleştirilmesi gerektiğini savunur. Bu eleştirel yöntem aracılığıyla, bir toplumun nasıl bir toplum olduğu, hangi hukuki önlemlerin alındığı ve pozitif ahlakın hukuken dayatılmasının genel ahlak ilkelerine göre doğru olup olmadığı sorgulanır. Elde edilen yanıtlara göre, ilgili toplumun varlığını korumak için alınan veya alınacak hukuki tedbirlerin haklı olup olmadığına karar verilir.[267] Aksi takdirde alınan tedbirler, daha önce belirtildiği gibi, evrensel ahlak ilkelerine göre kabul edilmesi mümkün olmayan daha ciddi sonuçlar doğurabilir.

Böylece Hart, Devlin'den farklı olarak, hukukun tek işlevinin ahlaka uygun bir davranışı dayatmak veya ahlaka uygun olmayan bir davranışı cezalandırmak olmadığını belirtir. Hukukun tek işlevi ahlakın dayatılması olduğunda, hukuk insanların iradi seçimlerini kısıtlar ve bireysel özgürlüklerini ihlal eder. Hart'a göre, hukukun insan eylemlerine müdahalesi iki durumda meşru sayılabilir. İlk olarak müdahale, "başkalarına gelecek zararı önlemenin" gerekli olduğu durumlarda haklı görülür.[268] İkinci olarak ise "bireylerin kendilerine verecekleri zararı önlemek" amacıyla gerçekleştiğinde doğru kabul edilir.[269]

Bu noktada, şu soru sorulabilir: İkinci durumda, hukuk bireylerin karar verme özgürlüğünü sınırlamaz mı? Hart bu soruya, insanların seçimlerinde her zaman rasyonel karar verme potansiyeline sahip olmadığını belirterek cevap verir. Öyle ki, kimi zaman kişisel arzular, kafa karışıklıkları, psikolojik sorunlar veya diğer insanların kötü niyetli ya da kurnazca eylemleri, insanların sonuçlarını yeterince değerlendirmeden seçim yapmasına neden olur.[270] Bu nedenle hukuk, insanların hem başkalarına hem de kendilerine zarar vermesini önlemek için müdahalede bulunur. Bu müdahale, hukuki olmasının yanı sıra ahlaki bir gerekliliktir.

Bu düşüncelerinin neticesinde Hart, hukuk ile ahlak arasındaki zorunlu ayrılığın yüzeysel ve yanlış olduğunu belirtir. Ona göre, bu iki kavramı ayırmak hukuki

---

[267] H. L. A. Hart, *a.g.e.*, s.28-29.
[268] H. L. A. Hart, *a.g.e.*, s.16-17.
[269] H. L. A. Hart, *a.g.e.*, s.40-42.
[270] H. L. A. Hart, *a.g.e.*, s.42.

pozitivizmin işlemiş olduğu en büyük günahlardan biridir. Bu ayrım aynı zamanda olan hukuka ve olması gereken hukuka yöneliktir. Austin, olan hukuk ve olması gereken hukukun ayrılmasına yönelik ısrarcı tutumlarıyla günaha ortak olmuştur.[271] Burada önemli husus, Hart'ın bu irdelemeyi pozitivist bir düşünür olarak yapıyor olmasıdır. Hart hukuki pozitivizmi, bir hukuki pozitivist olarak eleştirir ve hukuki pozitivizme yeni bir yön verir.

2.3.2.2. Kapsayıcı Pozitivizm

Hart'a göre hukuki pozitivizm, beş farklı anlamda ele alınmıştır:[272]

1. Yasalar insanların buyruklarıdır.
2. Hukuk ile ahlak arasında, hukukun ne olduğu ile ne olması gerektiği arasında zorunlu bir bağ yoktur.
3. Hukuk kavramlarının anlamına ilişkin çalışma veya analiz, tarihsel ve sosyolojik incelemelerden, ahlak, toplumsal amaç ve işlevler vs. ile ilgili olarak yöneltilen eleştirilerden ayırt edilmesi gereken (ancak bunlara da düşman olmayan) önemli bir çalışmadır.
4. Bir hukuk sistemi "kapalı bir mantıksal sistem" olup, dahilindeki doğru kararlar, önceden kararlaştırılmış hukuk kurallarından, sadece mantıksal yollarla çıkarsanabilir.
5. Ahlaki yargılar, olgusal durumlar gibi rasyonel argüman, delil veya sınama yoluyla oluşturulamaz.

Hart, hukuki pozitivizme ait bu beş içerikten ilk üçünün, Austin tarafından benimsenmiş olduğunu belirtir.[273] Kanaatimizce bu noktada Hart'ın, Austin eleştirisine kısaca değinmek hukuki pozitivizm eleştirisini anlamak için yerinde olacaktır. Hart' göre, Austin'in buyruk teorisinde olduğu gibi, hukukun yalnızca itaat edilmesi zorunlu olan egemen buyrukları olarak ifade edilmesi ve hukuk ile ahlak arasında hiçbir bağın bulunmadığı düşüncesi, hukuku toplumsal yaşamda varolan diğer tüm kurallardan soyutlar. Oysa buyruklar ve zorunlu itaat, hukuk sistemini oluşturan unsurları ve hukuki yükümlülüğü gerekli kılan gerekçeleri açıklamak için yetersizdir. Hukukun ve egemenin bu şekilde ele alınışı, bir soyguncunun kurbanına, "Ya malını ya canını!" demesinden farksız değildir. Fakat hukuk, bir haydut meselesi olamaz, tehdit ve yaptırımlar üzerine

---

[271] Herbert Lionel Adolphus Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals", *Essays in Jurisprudence and Philosophy* içinde, New York, 2001, s.50-51.
[272] H. L. A. Hart, *The Concept of Law,* s.302.
[273] H. L. A. Hart, *a.g.e.,* s.302.

inşa edilemez. Hukukun bu yetersizliğe düşmesinin nedeni, ahlakla olan bağının yok sayılmasıdır.[274] Zira birçok hukuk sisteminde ahlak kuralları, örf-adetler, içtihatlar gibi doğrudan buyruk olmayan unsurlar, kuralların belirleyicisi olabilmektedir.[275] Tüm bu unsurlardan arınmış bir hukuk sisteminde, egemenin buyruklarını sınırlaması için bir neden olmayacaktır. Dolayısıyla Hart için pozitif hukuk kurallarının belirleyicisi yalnızca egemen değildir.

Bununla birlikte Hart'a göre, Austin'in hukuk kurallarını, itaat edilmediği takdirde sonucu yaptırım olan buyruklar olarak açıklaması, farklı hukuk çeşitlerinin de ihmal edilmesine neden olur. Austin'in teorisi, yalnızca kişilere ödev yükleyen kurallara yer verir. Ancak hukuk sisteminde her kural, insanlara belirli davranışları yapıp belirli davranışları yapmamaları gerektiğini belirtmez. Hart'ın yetki verici kurallar olarak ifade ettiği kurallar, kişilere haklar tanıyan, bu hakları diledikleri zaman kullanmaları için gerekli imkânları sunan veya kişilere birtakım işleri yerine getirmeleri için yetki veren kurallardır.[276]

Bir önceki bölümde hukuk teorisini incelemiş olduğumuz Kelsen, yetki verici kuralların gerekliliğini fark etmiş ve Austin'den farklı olarak egemene buyurma yetkisini verecek bir başka gücün olması gerektiğini belirterek, hukukun bir haydut meselesi haline dönüşmesini engellemeye çalışmıştır. Ancak Kelsen, teorisinin en önemli amacı olan, hukuku dış unsurlardan arındırarak, kendine özgü bir bilim dalı haline getirme isteğiyle, hukuk ile ahlak arasına kesin bir sınır çizmiş ve hukuk kavramına yönelik tüm analizlerin bu ayrım gözetilerek yapılması gerektiğini belirtmiştir. Böylece Kelsen, Hart'ın belirtmiş olduğu hukuki pozitivizm maddelerinden ikinci, üçüncü ve beşinci görüşlerin temsilcisi olmuştur.[277]

Hukuki pozitivizme ait bu beş görüş içerisinde Hart'ın teorisine en yakın olan ise Austin ve Kelsen tarafından da benimsenmiş olan ikinci görüştür. Teorisinin temellerini hukuk ve ahlak arasındaki ilişkinin inkâr edilemeyeceği görüşü üzerine kuran Hart'ın ikinci görüşü benimsemiş olması şaşırtıcı görünmektedir. Fakat Hart, hukuki pozitivisttir. Hukuk ile ahlak arasında bir bağ olduğunu kabul etmekle birlikte bu bağın kurulmasının

---

[274] Herbert Lionel Adolphus Hart, "Pozitivizm ve Hukuk İle Ahlakın Ayrılması", *H. L. A. Hart ve Hukuk-Ahlak Ayrımı* içinde, İstanbul, 2017, s.114-115.
[275] Herbert Lionel Adolphus Hart, *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory*, New York, 2001, s.143-144.
[276] H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, s.26-28.
[277] H. L. A. Hart, *a.g.e.*, s.302.

zorunlu olmadığını belirtir.[278] Bu kabul, Hart'ı doğal hukukçulardan ayırır. Çünkü doğal hukuk için hukuk ile ahlak her zaman birlikte ele alınmalıdır.

Bu doğrultuda hukuki pozitivizm, tezin giriş bölümünde belirtmiş olduğumuz gibi hukuk ile ahlak arasındaki ilişkiye yönelik iki farklı görüş barındırmaktadır: Bu iki kavram arasında kesinlikle bir ilişki olamayacağını savunan "dışlayıcı pozitivizm" ve bu iki kavram arasında zorunlu olmamakla birlikte gerekli durumlarda bir bağlantı kurulabileceğini savunan "kapsayıcı pozitivizm". Hart, bu iki görüş arasında kapsayıcı pozitivizme daha yakındır. Öyle ki tanıma kuralı kavramı ile hukuk kurallarının ahlaki içeriklere sahip olabileceğini kabul etmiştir.[279] Bu doğrultuda Hart'ın hukuki pozitivist yaklaşımını anlamak için kural anlayışını incelememiz gereklidir.

2.3.3. Birincil-İkincil Kurallar ve Tanıma Kuralı

Hart'ın hukuk teorisinde kurallar sistemi, yalnızca akıl yürütmelere dayanan, mantıksal çıkarımlarla elde edilen bir soyut kurallardan oluşmaz. Bunun yerine Hart, bir toplumda insanlar tarafından benimsenen ve uygulanan kurallara odaklanır. Çünkü Hart'a göre, bir kurallar mekanizması olarak hukuk, bir toplumda kuralların oluşturulmasından, uygulanmasından ve denetlenmesinden sorumlu kurumlarla, yakından bağlantılıdır. Bu anlamda Hart'ın gözünde hukuk, kurumsallaşmış bir kurallar mekanizmasıdır.[280]

Hart, kurallar mekanizmasının "birincil" ve "ikincil" olmak üzere iki tür kural çeşidinden oluştuğunu kabul eder. Böylece yalnızca hukukun ve kuralların doğasını değil, çeşitli kural türlerinin de ayrıntılı bir biçimde incelenmesi gerektiğini savunur.[281]

Birincil kurallar, insan davranışlarına yönelik olarak yapılması ve yapılmaması gereken eylemleri belirten kurallardır. Bu kurallar, insanlara belirtilen eylemleri yapıp-yapmama konusunda tercih hakkı vermezler. İkincil kurallar ise varlığı birincil kurallara bağlı olan kurallardır. Bu tür kurallar, belirli kurumlara birincil türde kurallar oluşturma, gerektiğinde bu kuralları değiştirme veya yürürlükten kaldırma gibi görevler tayin ederek, bu kurumların işleyişini takip eder. Bir başka ifadeyle, birincil kurallar insanlara birtakım yükümlülükler getirirken, ikincil kurallar yetkiler verir.[282] Ayrıca birincil kurallar, ikincil

---

[278] H. L. A. Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals", s.81.
[279] H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, s.162.
[280] G. J. Postema, *a.g.e.*, s.268.
[281] G. J. Postema, *a.g.e.*, s.268.
[282] H. L. A. Hart, *a.g.e.*, s.81.

kurallar sayesinde bir hukuk sistemi halini alır.[283] Burada ortaya çıkan iki sorun dikkati çekmektedir. Bunlardan ilki, Hart'ın tanımına göre, birincil ve ikincil kurallar var olmak için birbirine bağımlı görünmektedir. Diğeri ise ikincil kuralları oluşturan yetkililerin, birincil kural olarak hukuk sistemine dahil edilecek kurallara nasıl karar verecek olduğu hususudur.

Hart, yetkililerin kuralları belirlemesinin tanıma kuralıyla mümkün olduğunu ifade eder. Hart'a göre tanıma kuralı, birincil kuralları belirleme yetkisine sahip olan kişilere, bu keşfi yapmaları için imkân tanıyan kriterdir. Bir kriter olarak tanıma kuralı, yazılı bir hukuk belgesi, yasal düzenleme, içtihatlar, teamüller gibi farklı şekillerde somut görünüme sahip olabilir.[284] Dolayısıyla Hart için tanıma kuralı, toplumsal yaşamdaki pratiklere dayanır. Bu pratikler, yetkililerin kararları için gerekçe oldukları gibi varlığa gelişleri de yetkililer tarafından alınan kararlara bağlıdır.[285]

Hart için toplumsal pratiklerle temellendirilen tanıma kuralı, aynı zamanda toplumsal bir kural olma anlamı taşır. Bir toplumsal kuralın geçerlilik nedeni, bu kuralın içsel bakış açısıyla benimsenmiş olmasıdır. İçsel bakış, toplumsal kuralları diğer kural biçimlerinden ayıran en önemli kıstastır.[286] Bu kıstas, insanların kuralları yalnızca davranışlara yönelik bir düzenleme olarak görmemelerini, kuralları benimseyerek davranışlarına uydurmak için çabalamalarını ifade eder. İçsel bakışı dışsal bakıştan ayıran en önemli nokta, dışsal bakışta kurallara uyum gösterme nedeninin alışkanlık olarak kabul edilmesi, içsel bakışta ise kuralların benimsenmesidir. Böylece içsel bakış, toplumsal kuralların ve alışkanlıkların birbirinden farklı olduğuna işaret eder.[287]

Hart, toplumsal kural ve alışkanlık arasındaki bu farklılığı satranç oyunundan bir örnekle açıklar. Satranç taşlarının hareket kurallarına yönelik hiçbir bilgisi olmayan bir kişi, oyunu oynayan kişileri izlediği sırada, piyon taşının hep aynı şekilde hareket ettirilmesinin bir alışkanlık olduğunu düşünebilir. Ancak oyunu oynayan kişiler için piyonun her zaman aynı şekilde hareket etmesi ve bu hareketlerin doğru olması, benimsenmiş genel bir kuraldır. Hareketin doğruluğunun benimsenmiş olması, oyunu oynayanlar arasında birbirlerine yönelik eleştiri yapma, oyunun yanlış oynanması durumunda doğrusu için uyarma şeklinde kendini gösterir. Oyunu oynayan kişi, hem

---

[283] H. L. A. Hart, *a.g.e.*, s.94.
[284] H. L. A. Hart, *a.g.e.*, s.100.
[285] Brian H. Bix, *Jurisprudence*, London, 1999, s.36.
[286] H. L. A. Hart, *a.g.e.*, s.56.
[287] Jules Coleman, "Rules and Social Facts", *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 14/3, 1991, s.705.

kendi hareketlerini hem de rakibinin hareketlerini içsel bir bakış açısıyla değerlendirir, bu değerlendirme doğrultusunda hamlelerine gerekçelendirerek karar verir.[288]

Eğer piyon, her zaman alışkanlık olduğu için aynı şekilde hareket ettiriliyor olursa, oyunu oynayanlardan biri piyonu alışılmışın dışında hareket ettirdiğinde, hamlesinin yanlış olduğu gerekçelendirilemez ve eleştirilemez. Oysa piyonun hareket kuralı benimsenirse, piyonu yanlış hareket ettiren kişinin hamlesinin neden yanlış olduğu gerekçelendirilebilir ve eleştirilebilir. Bu durum, toplumsal kurallar için de geçerlidir. Toplumsal kurallara uyum gösterme gerekçesi, yalnızca alışkanlık olarak ifade edilirse, kurallara neden uyulması gerektiği sorusu yanıtsız kalacak, bir kişi kurallara uymadığında eyleminin yanlış olduğu gerekçesiyle eleştirilemeyecektir.

Bu doğrultuda, dikkate değer bir husus ortaya çıkmaktadır. Herkesin satranç oynamayı bilmemesi veya satranç kurallarını benimsememiş olması gibi, toplumsal kurallar da tüm bireyler tarafından benimsenmeyebilir. Nitekim toplumsal yaşamda bazı insanlar, dışsal bir bakış açısıyla kurallara alışkanlık nedeniyle uyum gösterildiğini düşünebilir ve bu kuralların hayatlarındaki rolünü açıklayamayabilir. Hart'a göre bu durum, oldukça normaldir. Tanıma kuralını içsel bakış açısıyla benimseyenler, yalnızca belirli bir hukuk eğitimi almış olan yetkililerdir. Dolayısıyla birincil kuralları belirlemek, yalnızca tanıma kurallarını benimsemiş olan kişilerin görevidir. Onlar için bu kurallar, hukuk düzenini sağlamak için gerekli olan temeldir.[289] Ancak Hart, içsel bakış açısının nasıl geliştiği ve nasıl kullanıldığı hakkında ayrıntılı bir açıklama yapmamıştır.

Hart için hukuk sisteminin en yüksek kuralı olarak tanıma kuralı, ne Austin'de olduğu gibi yetkisiz egemenin alışkanlıkla itaat edilen bir buyruğu, ne de Kelsen'in Saf Hukuk Kuramı'nın toplumsal gerçeklikten arınmış soyut bir normudur. Bir önceki bölümde belirtmiş olduğumuz gibi, Kelsen'in temel normuna ilişkin eleştirilerin birçoğu, Kelsen'in temel normun geçerliliğini temellendirememiş olmasına yöneliktir. Bu nedenle Hart, tanıma kuralını toplumsal yaşamdaki pratiklere indirgeyerek, doğal hukuk ile hukuki pozitivizm arasındaki önemli bir tartışma konusu olan hukukun geçerliliğini temellendirmeye çalışmıştır.

Hart'a göre, bir hukuk sisteminin var olması ve geçerliliği sürdürmesi için iki koşul gereklidir. Bunlardan ilki, davranışları yönlendiren birincil kurallara itaat edilmesi,

---

[288] H. L. A. Hart, *a.g.e.,* s.56-57.
[289] H. L. A. Hart, *a.g.e.,* s.90.

diğeri ise hukuk yetkililerinin tanıma kuralını içsel bakışla benimsemiş olmasıdır. Çünkü bir hukuk kuralının geçerliliği, tanıma kuralıyla uyumlu olmasına bağlıdır.[290] Nihayetinde Hart'a göre, hukuk kurallarının geçerliliği, geçerliliğinin sorgulanmasına gerek olmayan tanıma kuralına bağlıdır. Tanıma kuralı, geçerliliği sorgulanacak bir kural çeşidi değildir. Toplumsal pratiklere dayanması nedeniyle tanıma kuralının ancak toplumsal bir olgu olup olmadığı sorulabilir. Zira tanıma kuralı hukuki değil, toplumsal bir kuraldır.[291]

Böylece hukuk sistemi içerisindeki tanıma kuralı, bir hukuk kuralı olmadığı gibi metafiziksel temellere sahip bir kural da değildir. Tanıma kuralı, bulunduğu toplumun karmaşık toplumsal pratiklerinden oluşan ve hukuk yetkilileri tarafından benimsenerek yeni kuralların oluşmasında ve bu kuralların gelişmesinde etkili olan kuraldır. Hart, toplumsal pratikler konusunda bir sınırlama yapmamaktadır. Geçmişten gelen yazılı hukuk belgeleri tanıma kuralının içeriğini oluştururken, örf ve adetler de bu kural içerisinde yer alır. Bu durumda, tanıma kuralının içeriğini oluşturan pratiklerin metafiziksel dayanaklarının olması, Hart için önemli görünmemektedir. Aksine Hart, hukuk ile ahlak arasında, zorunlu olmamakla birlikte gerektiğinde bir bağın olabileceğini savunmuş ve tanıma kuralının ahlaki unsurları içermesinin mümkün olduğunu ifade etmiştir. Burada asıl önemli olan, ahlakın tanıma kuralının otoritesini belirleyen temel unsur olmamasıdır. Böyle bir düşünce, pozitivist düşüncenin doğal hukuka dönüşmesine neden olacaktır. Dolayısıyla tanıma kuralının otoritesi, toplumsal bir kural olmasına dayanmaktadır.[292]

Hart'ın tanıma kuralı kavramı, pozitivist teoriler arasında hukukun geçerliliğini temellendirme konusunda başarı sağlamış olsa da birçok eleştiriye maruz kalmıştır. Bu eleştirilerin her birine bu çalışmada yer vermemiz mümkün olmamakla birlikte doğal hukuk ve hukuki pozitivizm arasındaki temel tartışmayla doğrudan ilgili görünen bir eleştiriye değinmemek eksiklik olur. Bu eleştiriye göre, her ne kadar toplumsal pratiklere indirgense de hukuk sisteminde yer alacak kuralların belirleyicisi olan tanıma kuralının, birçok kural arasında nasıl bilinebilir olduğu ve nasıl ayırt edileceği, belirsiz görünmektedir. Tanıma kuralı birincil kuralların sorumlusu iken, tanıma kuralına bu sorumluluğu veren otorite kimdir? Bu soru Hart'ın teorisinde cevapsız kalmaktadır. Bir taraftan, hukuk kuralları yalnızca hukuk yetkilileri tarafından oluşturulabilir. Diğer

---

[290] H. L. A. Hart, *a.g.e.*, s.116-117.
[291] Neil MacCormick, *H. L. A. Hart*, Stanford, 2008, s.52.
[292] J. Coleman, "a.g.m.", s.707.

taraftan da hukuk yetkililerine kural koyma otoritesi yalnızca hukuk kuralları aracılığıyla verilebilir. Bu durum, kural koymak için kurala ihtiyaç duyulduğu sonu gelmeyen bir tavuk-yumurta problemine yol açmaktadır: "Eğer yasal otorite yalnızca kurallarla oluşturulabiliyorsa, otoriteyi yaratan kuralları kim koyuyor?"[293]

Bu eleştiriye yanıt olarak, hukuk kuralları için bir belirgin bir kaynağın olması gerekmediği veya kuralların hayatın doğal akışı içerisinde insanlar tarafından oluşturulmuş olduğu öne sürülebilir. Ancak hukuki pozitivizm ile doğal hukuk arasındaki tartışmaların temelinde hukukun ve hukuk kurallarının kaynağı meselesi yer almaktadır. Bu nedenle Hart'ın teorisinde cevapsız kalan bu mesele, ardından gelen hukuki pozitivist ve doğal hukukçular için tartışma konusu olmaya devam edecektir.

2.4. Joseph Raz ve Otorite Tezi

Joseph Raz, hukuk felsefesini pratik felsefenin bir dalı olarak kabul eder. Pratik felsefe, insan eylemlerini inceleyen, insan yaşamının nasıl olması gerektiğini sorgulayan ve insanlar tarafından inşa edilmiş kurumlarla ilgilenen felsefe alanıdır. Raz, pratik felsefeyi içeriksel-değerlendirici ve kavramsal-formel olmak üzere ikiye ayırır. Pratik felsefenin temeli olarak belirtmiş olduğu içeriksel-değerlendirici pratik felsefe, insanların hangi değerleri benimsemesi ve davranışlarını hangi eylem sebeplerine göre şekillendirmesi gerektiğini veya hangi normların insanlar üzerinde bağlayıcı olduğunu göstermeyi amaçlayan argümanlardan oluşur. Bu çizgideki pratik felsefe, değer, davranış, eylem sebebi veya norm gibi kavramların içeriği ile ilgilenir. Kavramsal-formel pratik felsefe ise bu kavramların içeriğinden ziyade mantıksal analizini konu edinir. Bunu yaparken aynı zamanda akıl yürütmeyi yöneten mantık kurallarının doğasını da inceler. Raz, pratik felsefeyi bu şekilde ikiye ayırmış olsa da bu iki pratik felsefe çeşidinin birbirinden tamamen bağımsız olduğunu düşünmez. Öyle ki ahlak felsefesi, siyaset felsefesi ve hukuk felsefesi gibi pratik felsefe dalları, içeriksel-değerlendirici veya kavramsal-formel bir yapıya sahip olmasına rağmen kullanmış oldukları ortak kavramlar nedeniyle ilişkilidir.[294]

---

[293] Scott J. Shapiro, "On Hart's Way Out", *Hart's Postcripts* içinde, (ed. Jules Coleman) New York, 2001, s.152.
[294] Joseph Raz, *Practical Reason and Norms,* New York, 2002, s.10.

2.4.1. Sebep Kavramı ve Sebep Çeşitleri

Raz'ın düşünceleri, pratik felsefeye yönelik yapmış olduğu sınıflandırmada kavramsal-formel pratik felsefeye dahildir. Raz, felsefesinin en önemli kavramlarından biri olan "sebep" kavramına ilişkin düşünceleri ile bunu açıkça belirtir. Raz'a göre sebep, "Belirli bir eylemin, belirli bir fail tarafından gerçekleştirilmesinin sebepleri olan olgu ifadeleri, sonucu failin eylemi gerçekleştirmesi için bir sebep olduğu ya da bunu yapması gerektiği olan bir argümanın öncülleridir".[295]

Sebepler, insanların eylemlerinin gerekçeleridir. Bir davranışın neden yapıldığının açıklanmasında, davranışın uygunluğunun değerlendirilmesinde veya insanların bir davranışa yönlendirilmesinde her zaman sebeplere başvurulur. Sebeplerin açıklama, değerlendirme ve yönlendirme özelliklerine vurgu yapan Raz, bunlarda ilkinin teorik, diğer ikisinin ise pratik özellikler olduğunu belirtir. Bu durum, insan eylemlerini şekillendiren sebeplerin açıklanmasını zorlaştırır. Çünkü kavram, pek çok anlama gelecek şekilde ve farklı amaçlara ulaşmak için kullanılır. Ancak Raz'a göre bu zorlukla başa çıkmanın yolu, öncelikle sebep kavramının kavramsal-formel analizinin yapılması, ardından bu kavramın açıklama özelliğinin anlaşılması ile mümkündür. Bu çaba, kavramın değerlendirme ve yönlendirme özelliklerinin de anlam kazanmasına imkân tanır. Yapılan bir eylemin gerekçesi olan sebepler, açıklama özellikleri sayesinde değerlendirme ve yönlendirme için kullanılabilirler. Dolayısıyla kavramsal analize yönelik yapılacak yeterli bir çalışma, kavrama ait üç özelliğin birbiri ile olan bağlantısını da açıklar.[296]

Bir eylemi yapmayı gerektiren sebepler her zaman olgusal karşılıklara sahip değildir. Kimi zaman eylemin gerekçesi inançlar veya duygusal durumlar da olabilir. Bu ise kavramsal-formel analiz yöntemini, her türlü sebep için kullanmanın imkânını sorgulamayı gerekli kılar. Raz'a göre kavramsal-formel analizin, olgusal ifade biçiminde belirtilen sebeplere uygulanabilir olması gibi inanç biçiminde belirtilmiş olan sebeplere uygulanması da mümkündür. Bunun nedeni, konuşma dilinin ve sezgilerin, belirtilen bir eylem sebebinin olgusal bir ifade mi yoksa inanç mı olduğu konusunda yanıltıcı olmasıdır. Örneğin, "Kar yağacak", ifadesi arabanın lastiklerine zincir takmak için bir sebep olabilir. Burada sebep, karın yağacağını gösteren olgusal bir ifade olarak

---

[295] J. Raz, *a.g.e.*, s.28.
[296] J. Raz, *a.g.e.*, s.15-16.

gösterilebileceği gibi bir inanç olarak da belirtilebilir. Sebebin türüne ilişkin bir sonuca ulaşmak, kavramsal-formel analizin uygulanması ile mümkündür.[297]

Sebebin olgusal bir ifade mi yoksa inanç mı olduğu sorusunu cevaplandırmak neden önemlidir? İnançlar, sebep olarak kabul edilemez mi? Raz, inançların nadiren sebep olabileceğini belirtir. Sebeplerin en önemli özelliklerinden biri, yönlendirici olmasıdır. Eylemlerin inanılan şeylere göre değil, gerçeklere göre yönlendirilmesi gerekir. Eğer eylem sebebi X ise ve ben X'e inanmıyorsam, bu, eylemi gerçekleştirmem için X'in gerçek bir sebep olmadığı anlamına gelmeyecektir. Sebebin varlığına inanıyor veya inanmıyor olmak, o sebebin gerçekliğine ilişkin kesin bir sonuca ulaştırmayacaktır. Bu nedenle, inançlar veya zihinsel-duygusal durumlar, gerçeklik karşısında yanıltıcı olma ihtimali taşımalarından dolayı eylem sebebi değildirler. Ancak bu durum inançların ve zihinsel-duygusal durumların eylemler üzerinde etkisiz olduğu anlamına gelmemektedir. Raz'a göre, insan eylemlerinin açıklanmasında, bir eylemin neden yapıldığının anlaşılmasında, inançlara ve zihinsel-duygusal durumlara başvurulması gerekebilir. Çünkü bir eylemin yapılması, eylem sebeplerinin var olduğuna inanılmasına bağlıdır. Bu durum yine de inançları eylem sebebi olarak kabul etmeyi gerektirmemektedir. İnançlar eylemlerin yönlendirilmesinde değil, açıklanmasında öneme sahiptir.[298]

Raz'ın sebep kavramına yönelik bu kısma kadar belirtmiş olduğumuz fikirleri göstermektedir ki Raz, insan eylemlerinin olgusal ifadelerden ziyade değerlerle açıklanmasını, olması gerekene ulaşma idealiyle yönlendirilmesini eleştirmektedir. Bu nedenle eyleme sebep olan ifade, inanç gibi unsurların kavramsal-formel analizinin yapılmasını, bu analize göre eylem sebeplerinin sınıflandırılmasını amaçlamaktadır. Böylelikle insan eylemlerinin sebeplerini iyi-kötü, doğru-yanlış, haklı-haksız gibi şekillerde temellendirmek mümkün olacaktır.[299] Ayrıca eylem sebeplerinin sınıflandırılması fikri, bazı sebeplerin diğer sebeplerden daha öncelikli olduğu sonucunu da beraberinde getirmektedir.

Raz'a göre sebepler, geçersiz kılma güçlerine göre önceliğe sahiptir. Bazı durumlarda bir eylemin yapılmasına veya yapılmamasına yönelik birden fazla sebep bulunabilir. Sebeplerden biri eylemin yapılmasına yönlendirirken, bir başka sebep aynı eylemin yapılmamasına yönlendirebilir. Raz'a göre bu gibi durumlarda kazanan sebep,

---

[297] J. Raz, *a.g.e.*, s.17.
[298] J. Raz, *a.g.e.*, s.17.
[299] J. Raz, *a.g.e.*, s.29.

diğer sebebi geçersiz kılacak kadar güçlüdür. Burada bahsedilen güç, mantıksal güçtür. Sebepler arasındaki mantıksal güç, bir sebebin diğerlerini geçersiz kılarak tercih edilmesinin ve sebepler arasındaki çatışmanın nedenidir. Böyle bir durumda eylem faili, çatışan sebepler arasında pratik muhakemesi aracılığıyla denge sağlayabilir.[300] Raz, aralarında güç çatışması bulunan ve çatışmanın failin muhakemesi ile çözüldüğü bu sebepleri, *birincil dereceden sebepler (first order reasons)* olarak isimlendirir.[301]

Bazı durumlarda ise eylemi gerçekleştiren fail, pratik muhakemesini kullanarak çatışan sebepler arasında bir sonuca ulaşmaz. Birincil dereceden sebepler arasında sonuca ulaşmaktan kaçınır ve bu kaçınmayı başka sebeplere başvurarak yapar. Raz, bu başka sebepleri *ikincil dereceden sebepler (second order reasons)* olarak tanımlar. Ayrıca Raz bu sebeplerden, *dışlayıcı sebepler (exclusionary reasons)* olarak da bahseder. İkincil sebeplerin veya dışlayıcı sebeplerin en önemli niteliği, kişiyi pratik muhakeme yetisini kullanarak, sebepler arasında tercih yapmaktan ve eyleme geçmekten sakındıracak gerekçeler sunmasıdır.[302]

Raz, *Practical Reason and Norms* adlı eserinde birincil dereceden sebepleri ve ikincil dereceden sebepleri birkaç örnekle açıklar. Bunlardan biri, Ann örneğidir. Ann, yatırım yapmak isteyen bir kişidir. Etrafındaki insanlardan bu konuda yardım istiyor ve kendisine çeşitli yatırım teklifleri geliyor. Ann'in gelen tekliflerden birine aynı günün akşamında karar vermesi gerekiyor. Bu teklif Ann için karlı görünüyor ancak bir gün önce gelen teklif mi daha iyi, yoksa bu teklif mi emin olamıyor. Emin olmak için birkaç saatini ayırıp, tekliflerin kar ve zarar olasılığını karşılaştırması gerekiyor. Ancak Ann, o gün iş yerinde oldukça stresli ve yorucu bir gün geçiriyor. Stresli ve yorgun olması nedeniyle teklifler arasında rasyonel bir karar veremeyeceğini düşünüyor. Teklifler arasında bir karşılaştırma çalışması yapmaktan kaçınarak teklifi reddediyor. Ann bu durumda teklifi kötü bir yatırım olacağına karar verdiği için değil, sebepler arasında muhakeme etme becerisine güvenemediği için kabul etmiyor.[303]

Bu örnekte, Ann'in yatırım tekliflerini değerlendirmek için harekete geçmesini, pratik muhakemesi aracılığıyla yatırımı reddetmesini veya yatırımı kabul etmesini gerektiren sebepler, birincil dereceden sebeplerdir. Bu sebepler, konunun esasına

---

[300] J. Raz, *a.g.e.*, s.26-27.
[301] Joseph Raz, "Reasons for Action, Decisions and Norms", *Mind*, 84/336, 1975, s.483.
[302] J. Raz, "a.g.m.", s.487.
[303] J. Raz, *Practical Reason and Norms*, s.37.

ilişkindir. Yatırım iyi ve karlı ise kabul etmek için bir sebeptir. Aksine yatırım, Ann'i zarar uğratacaksa reddetmek için bir sebeptir. Raz'a göre sebepler dengesinin ancak bu şekilde sağlanması mümkündür. Ancak Ann, yatırım konusu ile ilgisi olmayan sebeplerle teklifler üzerine değerlendirme yapmaktan ve muhakeme yetisini kullanmaktan kaçınmaktadır. Ann'in stresli olması veya yorgun olması, yatırım teklifini reddetmesi için değil, dinlenmesi için bir sebep olabilir. Oysa Ann, yatırım kararının dayanmış olduğu bu sebeplerin geçerli olduğuna inanmaktadır. Raz'a göre birincil sebepler için eyleme geçmeyi dışlayan ve verilen kararı mantıklı kılan bu sebepler, ikincil dereceden sebeplerdir.[304]

İkincil dereceden sebeplerin, birincil dereceden sebeplerden kaçınmaya neden olması ile yeni bir çatışma durumu oluşur. Bu kez çatışma, birincil dereceden sebepler ve ikincil dereceden sebepler arasındadır. Birincil dereceden sebepler arasında çatışma, hangi sebep diğerini geçersiz kılacak kadar güçlü ise onun lehine sonuçlanır. Ancak birinci dereceden sebepler ve ikinci dereceden sebepler arasında çıkan bir çatışmanın nedeni güç değildir.[305] Çünkü ikinci dereceden sebepler, doğrudan pratik muhakeme üzerinde etkili, kategori bakımından üstün sebeplerdir. Olası bir çatışma durumunda ikinci dereceden sebeplerin, diğer sebeplere kıyasla sahip olduğu güç tartışma konusu değildir. Çatışmalarda ikinci dereceden sebepler her daim üstündür.[306] Bu üstünlük, olayın esasına ilişkin gerçekleşmesi beklenen eylemin sebepleri olması bakımından değil, bu sebeplerin göz ardı edilebilmesini sağlayan sebepler olmasından kaynaklanır. Bir başka ifadeyle ikinci dereceden sebepler, muhakeme yetisi üzerindeki etkisi bakımından üstündür.

Raz, temelde eylem sebeplerini bahsedildiği gibi birinci dereceden sebepler ve ikinci dereceden sebepler olarak sınıflandırır. Ancak bu sınıflandırma dışında, eylemi gerçekleştirecek kişi ile eylem gerektiren olgu arasındaki ilişkiden yola çıkarak başka eylem sebeplerinden de bahseder. Bu eylem sebepleri şunlardır: Tam sebep-eksik sebep, etkin sebep-yardımcı sebep, açıklayıcı sebep-normatif sebep. Raz'a göre bu sebeplerin her birinde belirleyici unsur, eylemi gerçekleştirecek olan kişinin pratik muhakeme yetisidir. Bu yeti ile elde edilecek pratik çıkarımın ayırt edici özelliği, elde edilen sonucun uygunluğuna bağlıdır. Bir başka ifadeyle çıkarımın önermeleri, çıkarım sonucunu

---

[304] J. Raz, *a.g.e.*, s.37-38.
[305] J. Raz, *a.g.e.*, s.36.
[306] J. Raz, *a.g.e.*, s.46.

geçersiz kılmayacak doğru değere sahipse o önerme geçerlidir veya çıkarımın sonucunu geçersiz kılacak yanlış değere sahipse o önerme geçersizdir. Çıkarım sonucunun geçerli veya geçersiz olması, önermelerde bildirilen eylem sebebinin türünü de belirtir. Raz'a göre doğru önermelerden oluşan bir geçerli çıkarımın bildirdiği sebep, tam sebeptir.[307] Dolayısıyla geçerli bir çıkarım sonucunun bildirdiği tam sebep, gerekli eylemin yapılması için yeterli ve geçerli bir sebebin olduğu anlamına gelir.

Raz, tam sebep kavramını mantıksal olarak ele almasının yanında bu kavramı etik kapsamında da açıklar. Raz'a göre eylem gerektiren olgusal sebepler, eylemin gerçekleşmesinde etkili olan tek koşul değildir. Bu sebeplerin ardında, eylemi gerçekleştirecek failin veya eylemin gerçekleşmesi gerektiğini düşünen diğer faillerin kimi zaman farkında olduğu veya olmadığı değerleri, inançları, farklı motivasyon kaynakları da yer alır. Tam sebep, eylemin gerçekleşmesini sağlayan tüm sebeplerin ifadesidir. Örneğin, tren istasyonuna giden bir kişiye neden istasyona gittiğinin sorulduğunu ve bu kişinin, kardeşini karşılamak için istasyona gittiğini söylemiş olduğunu varsayalım. Belirtilen sebep, eyleme geçmek için geçerlidir ancak yeterli olmayabilir. İstasyona giden kişi yalnızca kardeşini karşılamak için değil, onun karşılanmaktan mutlu olacağını düşündüğü için veya kardeşini memnun etmek istediği için de istasyona gitmiş olabilir. Bir eylemin gerçekleşmesinde etkili olan bu tek tek sebepler bir araya geldiğinde, tam sebebin ifadesi mümkün hale gelebilir.[308]

Eksik sebep ise tam sebebi oluşturan sebeplerin yalnızca bir kısmının, eylemin gerçekleşmesinin gerekçesi olduğu fikriyle ortaya çıkar. Yapılan eylemin gerekçesi olarak belirtilen sebebin ardında pek çok sebep vardır. Eylemin faili, sebepler arasında pragmatik bir bakış açısıyla değerlendirme yaparak, eylemin sonuçlarına uygun olacak bazı sebepleri ifade eder. İstasyona gitme sebebi, gelen yolcuyu tanımayan bir kimseye açıklanıyorsa sebep yalnızca yolcu karşılamaktır. Ancak gelen yolcuyu tanıyan biri için eylemin sebebi, gelen kişinin karşılanmaktan çok mutlu olacağı olarak açıklanabilir. Bu anlamda belirtilen sebep, eylemin sonucunu geçersiz kılmamakla birlikte eylem gerekçesi olarak yeterli değildir.[309]

Raz'ın eylem sebeplerine ilişin bir diğer sınıflandırması, etkin sebep ve yardımcı sebeptir. Etkin sebep, eylemi gerçekleştiren failin eylem sebeplerinin değerlere, arzulara

---

[307] Joseph Raz, "Introduction", *Practical Reasoning*, Oxford, 1978, s.5.
[308] J. Raz, *Practical Reason and Norms*, s.22-23.
[309] J. Raz, *a.g.e.*, s.22-23.

ve niyetlere bağlı olan kısmıdır. Raz bu kavramla, bir eylemin gerçekleşmesinde etkili olan sebeplerin yalnızca olgusal koşullar değil, içsel koşullar da olduğunu belirtir. Örneğin, herhangi bir eylemi yapmak için söz vermiş olmak bir eylem sebebidir. Oysa söz vermek, olgusal karşılığı olan bir sebep biçimi değildir. Bu sebebin kaynağı, failin inanç ve değer gibi içsel motivasyonlarıdır. Ayrıca her etkin sebep, aynı zamanda mantıksal olarak tam sebebin bir kısmıdır.[310]

Yardımcı sebep ise etkin sebep ile ulaşılması amaçlanan eylemler için gerekli yolları gösteren sebep türüdür. Raz yardımcı sebepleri ve bu sebeplerin, etkin sebeplerle olan ilişkisini şu şekilde belirtir:

1. G, benim menfaatimedir.
2. P, G için yeterlidir.
3. A'yı yapmak P'yi gerçekleştirecektir veya gerçekleştirmesi muhtemeldir.

1,2 ve 3 değerlendirildiğinde A'nın yapılması gerektiği kanısına varılır. 1, eylemin yapılması için etkin bir sebep bildirir. Burada sebep, içsel faktörlerle ilgilidir. Failin niyeti, inancı veya çıkarları eylemin istenme sebebidir. 2 ve 3 ise eylemin yapılması için etkin sebebi destekleyen, dışsal faktörlere bağlı olan yardımcı sebeplerdir.[311]

Yardımcı sebeplerin bir diğer özelliği, bir sebep neticesinde yapılacak bir eylemin pratik tutuma aktarımını tanımlamasıdır. Yardımcı sebepler bu özelliği ile tanımlayıcı sebepler olarak da isimlendirilebilir. Örneğin, ihtiyaç sahibi bir kimseye borç vermek istemek, etkin sebeptir. Verilecek olan paranın 500 ₺ olması ise etkin sebebe bağlı eylemin pratikteki tanımıdır.[312] Bu özelliği ile yardımcı sebepler, eylem gerektiren bir sebebin ayrıntılarını belirtmektedir.

Raz'ın eylem sebeplerine yönelik bir diğer ayrımı, açıklayıcı sebep ve normatif sebep şeklindedir. Açıklayıcı sebepler, herhangi bir olayın açıklanmasına katkı sağlayan olguları ifade eder. Bir başka ifadeyle açıklayıcı sebepler, gerçekleşen bir eylemin, yaşanan bir olayın neden gerçekleştiğini veya neden yaşanmış olduğunu anlamaya yardımcı olur. Normatif sebepler ise duygular, inançlar ve eylemler doğrultusunda

---

[310] J. Raz, *a.g.e.*, s.33-34.
[311] J. Raz, "Introduction", *Practical Reasoning*, s.15.
[312] J. Raz, *Practical Reason and Norms*, s.34.

verilecek en uygun tepkinin hangisi olduğunu belirleyen sebeplerdir. Bu sebepler, gerçekleşen bir eylemin ardındaki inancı veya duygusal durumu açıklar.[313]

Bu iki sebebi birer örnekle açıklamak mümkündür. Bir öğrenci, sınavdan düşük not aldığında neden düşük aldığını açıklamak için birtakım sebepler sunabilir. Yeterli kaynağa sahip olmadığını, düzenli olarak çalışmadığını, derslere katılım göstermediğini veya sınav döneminde sağlık durumunun kötü olduğunu belirtebilir. Bu sebeplerin her biri, öğrencinin düşük not alma eyleminin ardındaki olguları ve koşulları açıklar. Sebep olan olgu ile bu olgunun sebep olduğu eylem arasındaki ilişkiyi açıklayan sebepler, açıklayıcı sebeplerdir.

Normatif sebepler için ise şöyle bir örnek verilebilir. Gönüllü olarak bir yardım kuruluşunda çalışan bir kişiye, neden maddi bir kazancı olmadığı halde yardım kuruluşunda çalıştığı sorulabilir. Bu kişi sebep olarak, ihtiyaç sahibi insanlara yardımcı olmanın ahlaki olarak doğru olduğunu, kendisini mutlu hissettirdiğini veya toplumun genel faydasına katkıda bulunduğunu belirtebilir. Bu sebeplerin her biri, yapılan eylemi anlamlandırır ve bu tür eylemlerin yapılması için yönlendirir. Normatif sebepler, eylemin ardındaki ahlaki, hukuki, etik veya sosyal değerleri içerir.

İki örnek incelendiğinde, eylemin ardındaki sebebi açıklamasından dolayı normatif sebeplerin de birer açıklayıcı sebep olduğu görülmektedir. Normatif sebepleri açıklayıcı sebeplerden ayıran, içeriğinin değerlerle ilgili olmasıdır. Esasen Raz'ın sebepler teorisinde, yalnızca normatif sebepler açıklayıcı sebepler sınıfına dahil değildir. Tüm sebepler, yapılan bir eylemin neden-niçin gerçekleştirildiğini anlama ve açıklama amacı taşıdıkları için açıklayıcı sebeplerdir. Fakat Raz, sebeplerin tek anlamlılığını kabul etmemektedir. Sebepler açıklayıcı olmakla birlikte farklı anlamlarda sebep olmaları bakımından birbirlerinden ayrılırlar.[314]

Sonuç olarak Raz, eylem sebeplerine yönelik yapmış olduğu bu sınıflama ile insanların belirli eylemleri gerçekleştirmesinin ardındaki sebepleri açıklar. Bu sebeplerin bir kısmını rasyonel gerekçeler olarak sınıflandırılırken bir kısmını ise normatif sebepler olarak kabul eder. Bu sebepler, hem insanların eylemlerini anlamlandırmaya yardımcı olur hem de insanları yapılması gereken eylemlere yönlendirir. Buradaki önemli husus, Raz'ın eylem sebeplerini bu şekilde açıklamasının ardındaki sebebinin ne olduğudur. Raz

---

[313] Joseph Raz, *From Normativity to Responsibility*, New York, 2011, s.13-14.
[314] J. Raz, *a.g.e.*, s.18.

bu açıklama ile hukuk kavramını ve hukuk kurallarını analiz etmeyi, hukuk kurallarının eylem sebebi olarak eylemler üzerindeki etkisini ve geçerliliğini göstermeyi amaçlamıştır. Hukuk kuralları da insan eylemlerini gerekçelendiren veya eylemleri yönlendiren sebepler arasındadır. Bu kuralların, sebep olmak bakımından sebepler sınıflamasında konumunun ne olduğu ve sebepler arasındaki bir çatışmada, hukuk kurallarının geçerliliğini koruyup koruyamayacağı Raz'ın ele aldığı konular arasındadır.

2.4.2 Hukuk Kavramı

Raz, hukuk kavramını incelemeye, hukukun üç temel özelliğinden bahsederek başlar. Bunlardan ilki, hukukun sistemli bir yapı olmasıdır. İkincisi, bu sistemin birtakım kurallardan oluşmasıdır. Üçüncü özellik ise hukuki akıl yürütmenin yoruma dayanmasıdır. Bu üç özellik arasında Raz'a göre en temel olanı, hukukun kurallara sahip olmasıdır. Çünkü kurallar, herhangi bir eylemin neden yapıldığını gerekçelendiren sebeplerdir. Yapılan bir eylem, kurallarda karşılığının bulunması sebebiyle hukuka uygun olarak veya hukuka uygun olmayarak addedilir.[315]

Raz'a göre kuralların açıklanması, kuralların eylem sebepleriyle olan ilişkisinin anlaşılmasıyla mümkündür. Raz, bazı kuralların doğrudan eylem sebebi olduğunu bazılarının ise bu eylem sebepleri ile ilişkili olduğunu belirtir.[316] Doğrudan bir eylemin yapılmasını veya yapılmamasını bildiren sebepler olarak hukuk kuralları, Raz'ın birincil dereceden sebepler sınıflamasına dahildir.[317] Örneğin, din, dil, ırk, cinsiyet ayrımı gözetilmeksizin herkese eşit davranılmasını bildiren bir anayasa hukuk kuralı veya işverenlerin çalışanlarına en az asgari ücret ödemesi gerektiğini bildiren bir iş hukuku kuralı, yapılması gereken eylemi doğrudan bildirmeleri nedeniyle birincil dereceden eylem sebepleridir.

Raz'a göre birincil dereceden sebep olan hukuk kurallarının, bir diğer özelliği aynı zamanda dışlayıcı eylem sebepleri olmalarıdır.[318] Dışlayıcı eylem sebepleri, bir sebebe dayanarak, belirli bir eylemi gerçekleştirme veya gerçekleştirmeme konusunda ilgili tüm sebepleri geçersiz kılan eylem sebepleridir. Daha önce belirtmiş olduğumuz gibi Raz'ın sınıflamasına göre bu sebepler, bir eylemin yapılmasını veya yapılmamasını bildiren

---

[315] Joseph Raz, *Otorite ile Yorum Arasında Hukuk Teorisi*, Ankara, 2022, s.14-16.
[316] J. Raz, *Practical Reason and Norms*, s.9.
[317] J. Raz, *a.g.e.*, s.58-59.
[318] J. Raz, *a.g.e.*, s.58-59.

birinci dereceden eylem sebeplerini başka gerekçeler sunarak etkisiz bırakan sebeplerdir. Ancak dışlayıcı sebep olarak hukuk kurallarında durum farklıdır. Dışlayıcı sebep olarak hukuk kuralları, insanların birincil dereceden sebep olan hukuk kurallarına göre davranmalarını engelleyecek diğer tüm eylem sebeplerini geçersiz kılmayı amaçlar. Böylece insanların, birincil dereceden eylem sebebi bildiren hukuk kurallarına uygun olacak şekilde eylemlerini yönlendirmesini zorunlu kılar. Örneğin, trafik kurallarına uymak birincil dereceden sebep bildiren zorunlu bir hukuk kuralıdır. Bu kural, trafik kurallarına uymamayı gerektiren (yasada belirtilen durumlar dışında) tüm sebepleri dışlar ve trafik kurallarına uymayı zorunlu hale getirir.

Raz'ın, eylem sebepleri ve hukuk kuralları arasında kurmuş olduğu bu bağlantı ile hukuk kurallarının insan davranışlarını yönlendirme gücüne sahip olduğu ve bu davranışları anlama, açıklama, değerlendirme durumlarında hukuk kurallarının ölçüt olarak kabul edilmesi gerektiği sonucu çıkmaktadır. Raz'ın hukuk kurallarına vermiş olduğu bu yetki, hukuki pozitivizm ve doğal hukuk tartışmasında temel sorunlar arasında olan hukuka itaat etme yükümlülüğü ve hukukun geçerliliği problemlerini tekrar gündeme getirmiştir. Bu durum birtakım soruların cevaplanmasını gerekli kılmıştır. Hukuka, eylemlere yönelik standartlar belirleme ve bu standartları zorunlu kılma gücünü veren kaynak nedir? Neden hukukun bildirdiği bir eylem sebebi, insanlara bu sebebe itaat etme yükümlülüğü vermektedir? Herhangi bir eylemin yapılması veya yapılmaması gerektiğini hukukun söylemesi ile sıradan bir insanın söylemesi arasındaki fark nedir?

Hukukun kaynağına, itaat etme gerekliliğine ve geçerliliğine ilişkin bu gibi sorular, daha önce teorilerini incelediğimiz Austin, Kelsen ve Hart tarafından da ele alınmış, bu düşünürler hukuk teorilerini bu sorular üzerine inşa etmeye çabalamıştır. Bu düşünürler gibi Raz da hem belirtilen sorulara cevap aramış hem de "otorite tezini" bu sorular üzerine inşa etmiştir.

2.4.3. Otorite Tezinin Temellendirilmesi

Raz'a göre, hukuka itaat yükümlülüğünü gerekli kılan ve bir toplumda hukuk kurallarının geçerliliğini sağlayan kaynak, hukukun kendisidir. Hukuk, doğası gereği otorite sahibidir.[319] Hukuk, otorite kavramı ile özdeştir ve otorite olma özelliğini kendiliğinden barındırır. Bu nedenle varolan her hukuk sistemi, otorite iddiasında

[319] Joseph Raz, *Otorite ile Yorum Arasında Hukukun Doğası*, Ankara, 2022, s.147

bulunur. Bir otorite olarak hukuk, kurallara bağlı olmayı ve itaat etmeyi talep eder.[320] Bir başka ifadeyle hukuk, insanlardan, eylemlerini hukuk kurallarına göre yönlendirmelerini, herhangi bir eylemi yapma veya yapmama kararı alırken gerekçe olarak hukuk kurallarına uymalarını ister. Hukukun bir otorite olarak varlığı, öznelerin bu isteği kabul etmesiyle meşruluk kazanır.[321] Dolayısıyla Raz'ın teorisinde hukukun bir otorite olarak meşruluğu oldukça önemlidir. Bu meşruluk, insanların neden hukuka itaat etme yükümlülüğünün bulunduğunu ve hukukun nasıl geçerlilik kazandığı sorularını da yanıtlayacaktır.

Raz, doğası gereği otorite olan hukukun meşruluğunu üç farklı tezden yararlanarak açıklamaktadır. Bunlardan ilki, "bağımlılık tezi (*dependence thesis*)" dir. Bu teze göre tüm hukuk kuralları, kuralların içeriğinden bağımsız olarak uygulanmakta olan, ancak gerektiğinde kuralların bildirdiği eylemlerle ilgili olan sebeplere dayanmalıdır.[322] Örneğin trafik kurallarının amacı, sürücüler ile yayaların can ve mal güvenliğini sağlamak, toplumsal düzeni korumaktır. Bu amaç, herhangi bir kuralı doğrudan bildirmemekle birlikte akla uygun olması ve doğru kabul edilmesi nedeniyle insanlar için bağımsız bir geçerliliğe sahiptir. Raz'a göre, hukuk kuralları ancak insanlar tarafından benimsenmiş bu tür bağımsız sebeplere göre inşa edildiği müddetçe meşruluk kazanabilir. Bu kural, belirtilen bağımsız sebebe dayanarak şehir içinde hız sınırının 50 olmasını talep edebilir. Böyle bir talep, bağımsız sebebe uygun olması nedeniyle meşru olacaktır.

Raz'ın ele aldığı bir diğer tez, "normal gerekçelendirme tezi (*normal justification thesis*)" dir. Doğası gereği otorite olarak hukuk, insanlar üzerinde kurallarına bağlılığı ve itaati gerektirecek bir otoriteye sahiptir. Hukukun bu şekilde bir otoriteye sahip olduğunu kanıtlamanın normal yolu, bir otorite olarak hukuk tarafından bildirilen kuralların, bu kurallar dışında insanların eylemlerini gerekçelendirecek sebeplere uymaktan daha iyi olacağını göstermektir.[323] Bir başka ifadeyle eğer hukuk, eylem sebepleri olarak bildirdiği kuralları ile insanların hayatlarını başvurulacak diğer sebeplerden daha iyi hale getirip, insanların çıkarlarını daha iyi koruyorsa meşruluğa sahiptir.

Raz'ın, hukukun bir otorite olarak meşruluğunu açıklamak için kullandığı son tez, "üstünlük tezi (*the pre-emptive thesis*)" dir. Bu teze göre, bir kişinin veya bir kurumun otorite olduğu şu şekilde belirlenir: Otorite tarafından, bir eylemin gerçekleştirilmesi için

---

[320] Joseph Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, New York, 2009, s.IX.
[321] Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford, 1988, s.40.
[322] J. Raz, *a.g.e.*, s.47; Joseph Raz, "Authority and Justification", *Philosophy & Public Affairs*, 14/1, 1985, s.14.; Joseph Raz, "Authority, Law and Morality", The Monist, 68/3, 1985, s.299.
[323] J. Raz, *The Morality of Freedom*, s.53., J. Raz, "Authority, Law and Morality", s.299.

bildirilen bir sebep, bu eylemin gerçekleştirilmesinin gereği üzerine değerlendirilmesi söz konusu olan tüm sebepleri dışlayarak onların yerini alıyorsa, otorite meşrudur. Otoritenin bildirdiği kurallar, konunun esasına ilişkin failin muhakemesinde bulunan diğer sebeplerden üstündür. Dolayısıyla bu kuralların geçerliliği, konuyla ilgili olan diğer sebeplerle birlikte değerlendirilemez.[324] Örneğin, bir hukuk kuralına göre trafik kurallarının ihlal edilmesi durumunda, belirlenen para cezasının, tutanağın tebliğ edildiği tarihten itibaren bir ay içerisinde ödenmesi gerekmektedir.[325] Bu kuralın uygulanması, trafik kuralını ihlal ettiği için para cezası kesilen fail için sebeptir. Bu durumda kişi, otoritenin bildirdiği kurala uymakla yükümlüdür. Maddi koşullar, kişisel çıkarlar, zihinsel veya duygusal durumlar gibi kişisel sebeplerin hiçbiri otoritenin bildirdiği eylem sebebini değerlendirme, bu sebebi dışlama üstünlüğüne sahip değildir. Dolayısıyla hukuk kuralları, eylem gerektiren bir olaya sebep oldukları durumda, diğer tüm ilgili sebepleri geçersiz kılarak dışlayıcı eylem sebebi oluyorsa meşrudur.

Raz'ın hukukun meşruluğunu açıklamak ve bir otorite olarak hukukun sahip olduğu gücü nasıl kullanması gerektiğini bildiren bu üç tez, hukuki pozitivizm açısından oldukça önemlidir. Çünkü Raz, bu tezler arasında bağımlılık tezini ve normal gerekçelendirme tezini birer ahlaki tez olarak kabul etmektedir.[326] Daha önce Raz'ın eylem sebeplerine ilişkin görüşlerinden bahsettiğimiz kısımda da eylem sebeplerinin her zaman olgulardan oluşmadığını, bazı eylem sebeplerinin inançlardan, değerlerden ve duygulardan kaynakladığını belirtmiştik. Bu noktada bir hukuki pozitivist olarak Raz'ın, hukuk ile ahlak ve değerler ile inançlar arasında nasıl bir ilişki kurmuş olduğunu anlamak elzem bir konudur. Zira bu konu, hukuki pozitivizm ve doğal hukuk akımları arasındaki tartışmanın temelidir.

2.4.4. Hukuk ve Ahlak İlişkisi

Raz, hukuk ile ahlak arasındaki ilişkiyi açıklamak için bu ilişkiye yönelik temel görüşleri üç ayrı tez olacak şekilde sınıflandırmıştır. Bu tezlerden ilki, "kaynaklar tezi (*the sources thesis*)" dir. Bu teze göre, hukuk ve hukuk kuralları kaynak temellidir. Hukukun ne olduğu ve kurallarının içeriği değer yargılarına başvurmaksızın sadece sosyal olgulardan hareketle açıklanıyorsa hukuk, kaynağa dayalıdır.[327] Hukukun

---

[324] J. Raz, *The Morality of Freedom*, s.46.
[325] Karayolları Trafik Yönetmeliği (KTY), *Resmi Gazete* 29329 (17/4/2015), md.165.
[326] J. Raz, *a.g.e.*, s.53.
[327] J. Raz, "Authority, Law and Morality", s.295-296.

geçerliliği ve otoritesi, kuralların adil veya doğru olup olmamasından bağımsızdır. Geçerlilik ve otorite, pozitif hukuk kuralları, yönetmelikler ve mahkeme kararları gibi olguların varlığına ve benimsenmiş olmasına bağlıdır.

Raz tarafından belirtilen ikinci tez, "birleştirme tezi (*the incorporation thesis*)" dir. Bu tez, Hart'ın hukuk teorisini ve hukuk ile ahlak arasında kurduğu ilişkiyi açıklamaktadır. Birleştirme tezine göre hukuk ve hukuk kuralları, iki şekilde geçerliliğe ve otoriteye sahip olabilir. Ya hukuk ve hukuk kuralları kaynağa dayalı olmalıdır ya da kaynağa dayalı hukuki bir otorite tarafından onaylanmış olmalıdır.[328] Birleştirme tezi, otorite sahibine vermiş olduğu yetki ile hukukun otorite olma iddiasını mümkün kılmaktadır. Hukuk kurallarının oluşturulması, tanınması ve geçerlilik kazanması, otorite tarafından onaylanmasına bağlıdır. Otorite tarafından tanınan ve onaylanan her standart, hukuk kuralı olma niteliğine sahiptir. Bu standartlara ahlak kuralları da dahildir. Eğer ahlak kuralları otorite tarafından tanınır ve hukuk kuralı olması gerekli görülürse ahlak kuralları, hukukun bir parçası olabilir ve bağlayıcı hale gelebilir. Bu nedenle bu teze göre, kuralların belirlenmesinde hukuk ve ahlak arasında zorunlu bir bağlantı olması oldukça muhtemeldir.[329]

Raz'ın hukuk ve ahlak arasındaki ilişkiye yönelik belirttiği son tez, "tutarlılık tezi (*the coherence thesis*)" dir. Tutarlılık tezine göre hukukun geçerliliği, yalnızca olgulara bağlı nesnel, kaynak temelli hukuk olmasına değil, bu hukukun ahlaki iyiye uygun olarak gerekçelendirilmesine bağlıdır.[330] Böylece hukuk hem yasal kaynaklara hem de ahlaki doğrulara dayalı tutarlı bir sistem olacaktır.

Raz'a göre bu üç tezin ortak özelliği, her birinin kaynak temelli hukuka atıfta bulunmasıdır. Bu ise bir hukuk sisteminin ahlakla olan ilişkisini açıklamaya çalışırken kaynaklar tezinden vazgeçilemeyeceği anlamına gelmektedir. Bu nedenle Raz'a göre kaynaklar tezi, diğer iki teze oranla daha önemlidir ve savunulması gereken tez, kaynaklar tezidir.[331] Raz, diğer iki tezin aksine hukukun varlığının ve içeriğinin değer içerikli terimlerden ve ahlaki argümanlardan bağımsız olarak tanımlanması gerektiğini

---

[328] J. Raz, "a.g.m.", s.295-296.
[329] J. Raz, "a.g.m.", s.311.
[330] J. Raz, "a.g.m.", s.295.
[331] J. Raz, "a.g.m.", s.296.

belirtmektedir. Ancak böyle bir tanımlama sayesinde geçerli bir hukuk teorisinden bahsetmek mümkün olacaktır.[332]

Kaynaklar tezi, hukuki pozitivizmin temel tezlerinden biridir. Raz bu nedenle, hukuki pozitivistler arasında değerlendirilmektedir. Fakat Raz, bir hukuki pozitivist olarak kaynaklar tezini savunmuş olsa da hukuk ve ahlak arasında bulunan etkileşimin varlığını inkâr etmemektedir. Bu ise Raz'ı klasik hukuki pozitivist düşünceden ayırmaktadır. Raz'ın pozitivist düşüncesindeki önemli nokta etkileşim kavramıdır. Öyle ki hukuk, insanlara bazı eylemleri yapıp-yapmama konusunda eylem sebepleri sunar. Hukukun bu eylem sebeplerinin ahlaka uygun olması için bir çabası olmasa da sebepler, insanlar için ahlaki nitelik taşıyabilir. Bu ise hukukun ortak kavramlara veya ortak amaçlara sahip olmasından kaynaklanır. Nitekim hukuka ait toplumsal düzeni sağlamak, hakları korumak gibi bazı amaçlar, ahlakın da ulaşmak istediği amaçlar arasında yer alabilir. Dolayısıyla hukuk, eylem sebeplerini ve amaçlarını belirlerken ahlakla kendiliğinden bir etkileşim içerisindedir. Ancak bu etkileşim, hukukun ahlakın bir parçası olduğu anlamına gelmemektedir.

Raz, kaynaklar tezini savunarak hukukun varlığının, geçerliliğinin ve içeriğinin yalnızca toplumsal olgulardan hareketle oluşturulmuş anayasa, yönetmelik, tüzük, mahkeme kararı gibi hukuka ait gereçlerle açıklanabileceğini belirtmiştir. Bu savunu nedeniyle Raz'ın pozitivist tutumu, sert/dışlayıcı pozitivizm olarak kabul edilmiştir.[333] Buna göre ahlak ve ahlaka ait tüm ilkelerin hukukun kavramsal alanına dahil olması mümkün değildir. Ancak bu durum ahlakın ve ahlaki ilkelerin hukuktan bağımsız olarak var olmadığı anlamına gelmemektedir.

Raz'a göre ahlak ve ahlaki ilkeler, insanların herhangi bir eylemi yapıp-yapmama kararını verirken dayandığı eylem sebeplerindendir. Bu sebepler, hukuki olarak bir bağlayıcılıkları bulunmasa da insan yaşamında etkilidir. Eğer hukuki bir otorite, meşruluk kazanmak istiyorsa insan eylemleri üzerinde etkiye sahip olan bu sebepleri göz ardı etmemelidir. Bu noktada, Raz'ın hem insan eylemleri üzerinde etkiye sahip olan sebeplerin hukuk tarafından dikkate alınması gerektiğini hem de hukukun kendiliğinden bir otorite olarak meşruluk talep ettiğini belirtmesi, teorisinin doğal hukuka yaklaştığına yönelik eleştiriye neden olmuştur.[334] Fakat Raz'a göre hukukun bir otorite olarak,

---

[332] J. Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, s.40.
[333] Mark C. Murphy, "Natural Law Jurisprudence", *Legal Theory*, 9/4, 2003, s.255- Dipnot 51.
[334] M. C. Murphy, "a.g.m.", s.260-262.

hukuktan bağımsız ahlaki eylem sebeplerini, hukuk kuralları haline getirmesi ve bu kuralların insanlar tarafından kabul görmesiyle hukukun meşru olması, hukuku ahlakın bir parçası haline getirmeyecektir.

Raz bu görüşünü, daha önce bahsetmiş olduğumuz üstünlük teziyle temellendirmeye çalışmıştır. Hukuk kurallarının temel özelliklerinden biri, eylem sebepleri arasında dışlayıcı eylem sebepleri olmalarıdır. Hukuk, insanlar için önemli olan bağımsız eylem sebeplerinden hareketle, hukuken bağlayıcı kılacak yeni eylem sebepleri oluşturur ve hareket noktası olan bağımsız eylem sebeplerini dışlayarak bu sebeplerin yerini geçer.[335] Böylece ahlak ilkelerinin de dahil olduğu bağımsız eylem sebepleri, hukuken bağlayıcı olmalarıyla birlikte hukuka ait dışlayıcı eylem sebepleri haline gelir. Dolayısıyla Raz'a göre, bu sebeplerin başlangıçtaki ahlaki içeriği, hukuki içeriğinden bağımsızdır.

Raz'ın hukuk ile ahlak arasındaki ilişkiye yönelik bu açıklaması, hukuk kurallarının kaynağının ne olduğu gibi soruların cevaplanmasında tatmin edici yanıtlara ulaşmak için yeterli görünmeyebilir. Hukuktan bağımsız ahlaki bir eylem sebebinin, hukuki dışlayıcı bir eylem sebebi halini alması durumunda bu sebebin kaynağı ahlak mı olacaktır hukuk mu? Eğer bu sebep, olgulara dayanmıyorsa geçerli bir hukuk kuralı olması mümkün olacak mıdır? Bu gibi sorulara ek olarak, Raz'ın hukukun doğası gereği meşru otorite olduğunu belirtmesi de hukuki pozitivist tutumunu anlamayı zorlaştırmaktadır. Çünkü doğası gereği veya kendiliğinden olmak, doğal hukuka ait niteliklerdir. Dolayısıyla Raz hukuk teorisinde hem pozitivist hem de anti-pozitivist bir görünüm sergilemektedir.

---

[335] Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain*, Oxford, 1996, s.214-215.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÇAĞDAŞ HUKUK FELSEFESİNDE DOĞAL HUKUK TARTIŞMALARI

Doğal hukuk akımının temel amacı, hukukun yalnızca olgulara dayalı yazılı kurallardan oluşan bir sistem olmadığını, hukukun, zorunlu olarak evrensel ahlaki ilkelerle bağlantılı olduğunu göstermektir. Doğal hukuk akımı bu amaç doğrultusunda, hukukun merkezine insanı yerleştirir. Hukukun amacı, insan onurunu, insanlara ait hakları, adaleti, ahlaki değerleri gözetmek ve bunları korumaktır. Hukukun geçerlilik kazanması ve insanların hukuka itaat etme yükümlülüğü duyması, ancak bu amacın gerçekleşmesi ile söz konusudur. Hukukun meşruluğu olarak da ifade edilen bu durum, hukukun evrensel ilkelerle uyumlu olması ile mümkündür.

Çağdaş hukuk felsefesinde doğal hukuk akımını savunan ve hukuk teorisi inşa eden düşünürler, Lon Luvois Fuller, John Finnis ve Robert Alexy'dir. Bu bölümde üç düşünüre ait teoriler sırasıyla incelenecektir. Bu incelemeye geçmeden önce düşünürlerin teorilerine verdikleri isimlerden kısaca bahsetmek faydalı olacaktır.

Luvois Fuller'in teorisi, hukukun düzenli bir sistem olarak işlemesini, hukuk kurallarının ise daha adil, anlaşılır, tutarlı, uygulanabilir olmasını sağlamak için hukukun kendisine ait içsel bir ahlakının bulunduğunu savunur. Bu nedenle Fuller'in hukuk teorisi, "hukukun iç ahlakı" olarak tanımlanır. John Finnis'in hukuk teorisinde başlıca amacı, geleneksel doğal hukuk anlayışını modern düzlemde yeniden yorumlamaktır. Bir başka deyişle Finnis, geleneksel doğal hukuk anlayışında yer alan evrensel ahlaki ilkeleri, modern düzlemde temel insani değerler olarak yeniden düşünür ve hukukun amacının bu değerleri korumak olduğunu belirtir. Finnis'in, geleneksel doğal hukuk anlayışına kattığı yeni modern görünüm sebebiyle teorisi, "doğal hukukun yeni ifadesi" veya "modern/çağdaş doğal hukuk teorisi" olarak isimlendirilir. Robert Alexy'nin hukuk teorisine göre ise hukuk, yalnızca olgusal gerçekliklerin bir yansıması değil, aynı zamanda doğruluk iddiasında bulunan, ahlaki ve etik ilkelerle uyumlu bir sistemdir. Bu iddia, rasyonel argümantasyon aracılığıyla değerlendirilebilir veya savunulabilir. Çünkü hukuk, rasyonel tartışma ve argümantasyon yoluyla gelişir. Buradan hareketle Alexy'nin teorisi, "doğruluk argümanı" kavramı ile ifade edilir.

Bu üç hukuk teorisi incelenirken, teorilere ait özellikler belirlenecek, doğal hukuk akımının yeniden söz sahibi olmasının ayrıntıları irdelenecektir.

3.1. Lon L. Fuller ve Hukukun İç Ahlakı

Doğal hukuk yaklaşımının 20.yüzyıldaki temsilcisi kabul edilen Lon Luvois Fuller, hukuk ile ahlak arasında zorunlu bir ilişki bulunduğunu savunmuştur. Fuller bu ilişkiyi, H. L. A. Hart ile aralarında geçen tartışma ve Kral Rex örneği ile temellendirmeye çalışmıştır. Tartışma, Hart'ın *Positivism and The Seperation of Law and Morals*[336] adlı makalesini yazması ve Fuller'in bu makaleye *Positivism and Fidelity to Law-A Response to Professor Hart*[337] adlı makalesi ile cevap vermesi sonucunda başlamıştır. İkili arasında geçen tartışmanın ana konusu, "kinci muhbir davaları" ekseninde gelişen hukuk ile ahlak arasındaki ilişkiye yöneliktir. Kral Rex örneğinde ise Fuller, hukukun iç ahlakı olarak bahsettiği, hukuka ait sekiz ilkenin belirlenmesine odaklanmıştır. Burada öncelikle Fuller ve Hart arasında gerçekleşen tartışmaya değinilecek ardından ise Kral Rex örneğinden bahsedilecektir. Çünkü Fuller'in hukuk ve ahlak ilişkisini, hukukun doğası konusundaki görüşlerini yansıtan en mükemmel kaynak, bu tartışmadır. Tartışmanın devamında, Fuller'in fikirleri daha net ortaya konabilecektir.

3.1.1. Hart-Fuller Tartışması: Kinci Muhbir Davası

Hart-Fuller tartışmasında söz konusu olan dava, Hart tarafından aktarılmıştır. Dava şu şekildedir: 1944 yılında kocasından ayrılmak isteyen bir kadın, Hitler'e hakaret ettiği gerekçesiyle kocası hakkında suç duyurusunda bulunur. O dönem, hükümet karşıtı söylemlerde bulunmak, hukuk kurallarının ihlal edilmesi anlamına geliyordu. Suçu işleyen kişiye yaptırım olarak ise idam cezası uygulanıyordu. Ancak böyle bir suç işleyen kişinin ihbar edilmesi hukuki olarak zorunlu değildi. Dolayısıyla kadının, kocasını ihbar etmek için hiçbir yükümlülüğü bulunmuyordu. Buna rağmen kocasını ihbar eden kadın, kocasının yargılanmasına ve uygulanmamış olsa da hakkında idam cezası verilmesine neden olur.[338]

---

[336] H. L. A. Hart, "Positivism an the Seperation of Law and Morals", *Harward Law Review*, 71/4, 1958, ss.539-629.
[337] Lon L. Fuller, "Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart", *Harward Law Review*, 71/4, 1958, ss.630-672.
[338] H. L. A. Hart, "Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlakın Ayrılması", s.136.

1949 yılına gelindiğinde ise uygulanacak olan cezanın idam olduğunu bildiği ve ihbar etmek için hukuki yükümlülüğü olmadığı halde, kocasını ihbar eden kadın, Batı Alman mahkemesi tarafından yargılanır. Yargılamanın gerekçesi, kadının, kocasının kişi özgürlüğünü hukuka aykırı olacak şekilde engellemiş olmasıdır. Mahkemeye göre, kadının yapmış olduğu eylem, 1871'den beri yürürlükte olan Alman Ceza Kanunu'na göre suç sayılmaktadır. Fakat kadın, eyleminin ve kocasına verilen cezanın, dönemin ilgili Nazi yasalarına uygun olduğu gerekçesiyle mahkemeye itirazda bulunur. İtiraz doğrultusunda kararı tetkik eden temyiz mahkemesi, her ne kadar kocası bir kuralı ihlal ettiği gerekçesiyle suçlu sayılmış olsa da kadının, kocasının özgürlüğünü engellediği, "vicdan ve adalete aykırı" davrandığı için suçlu sayılmasına karar verir.[339]

Hart, mahkemenin bu şekildeki akıl yürütmesinin daha sonra pek çok olayda uygulanmış olduğunu ve bunun "pozitivizmin yıkılışı, doğal hukukun zaferi" sayıldığını belirtir. Oysa Hart, bu kabulün taraftarı değildir. Davada yapılan, belirli bir dönem var olan hukuk kurallarının artık geçersiz olduğunu ilan etmektir. Hart'a göre, dava iki farklı şekilde de sonuçlanabilirdi. Bunlardan ilkine göre, kadın hiçbir ceza almadan bırakılabilirdi. Ancak böyle bir karar, "kötü" olarak kabul edilirdi. İkinci ihtimalde ise geriye yönelik yapılacak bir yasa ile ihbara ilişkin kurallar yürürlükten kaldırılabilirdi ve kadın bu şekilde cezalandırılabilirdi. Hart'a göre, böyle bir yargılama ve cezalandırma şekli, çok daha açık, anlaşılır ve uygulanabilir sayılırdı. Çünkü bu durumda, "geçmişe yönelik kural belirlememe" ilkesiyle uyumsuz olsa da iki kötü arasından daha iyinin seçildiği açıkça ifade edilmiş olurdu.[340] Böylece pozitivizmin yıkıldığı sonucuna varılmazdı.

Görüldüğü üzere, Hart birtakım pozitif hukuk kurallarının ahlaki açıdan kötü olmasından dolayı hukuk olamayacağı düşüncesini kabul etmez. Ona göre, bu gibi durumlarda çözümü ahlaki perspektiften değil, hukuktan hareketle çözmek gerekir. Eğer geçerli hukuka uygun olarak yapılan bir eylem, ahlaki olarak kötü kabul ediliyorsa, bu geçerli olan hukukun, hukuk olamayacak kadar değil, uyulamayacak kadar kötü olduğunu belirtir. Bu durumda, hukuka ait birtakım ilkelerden feragat ederek, geçerli hukuku geçersiz kılmak amacıyla oluşturulacak geçmişe yönelik bir kanunla, sorunu, gerekçelerini açıkça belirterek çözmek mümkündür. Aksi durumda, ahlaki olarak kötü olanın hukuk olamayacağını bildirmek; kuralları yok sayar, sorunların özünü örtbas eder.

---

[339] H. L. A. Hart, "a.g.m.", s.136.
[340] H. L. A. Hart, "a.g.m.", s.137-138.

İlaveten, sorunları çözmek için hiçbir ilkeden vazgeçmenin gerekli olmayacağı, tüm ilkelerin ve değerlerin tek bir sistemde toplanabileceği düşüncesini içeren duygusal bir iyimserliğe neden olur.[341] Oysa Hart'a göre, hukukta geçerli olan bir kurala geçerlilik kazandıran, tanıma kuralıdır. Tanıma kuralı ancak hukuk yetkililerinin bu kuralı kabul etmesiyle var olur.[342] Bu nedenle bir yetkilinin hem tanıma kuralını kabul etmesi hem de bir kuralı geçersiz olduğu gerekçesiyle yok sayması mümkün değildir. Bir kuralın geçersizliği, yetkisiz bir otorite tarafından oluşturulmasında, anayasaya aykırı olmasında veya hukuk sisteminin işleyiş prosedürlerine uygun olmamasında söz konusudur. Dolayısıyla Hart, pozitivist bakış açısıyla, dava örneği üzerinden, hukuk kurallarının geçerliliğinin ahlaki ilkelere bağlı olmadığı düşüncesine sadık kalır.

Fuller ise Hart'ı, Nazi rejiminin nasıl bir hukuk sistemine sahip olduğu ve bu sistemin nasıl işlediği hakkında derinlemesine bir inceleme yapmadan, Nazi hukuk sisteminde, hukuk olarak adlandırılabilecek birtakım kuralların bulunduğu sonucuna ulaşmış olduğu gerekçesiyle eleştirir.[343] Fuller'e göre bu sonuç, Hart'ın hukuk ile ahlak arasında zorunlu bir ilişki olmadığını gösterme çabasından doğmuştur. Fuller, yönelttiği bir soru ile Hart'tan hem Nazi rejiminde yaşamanın nasıl bir durum olacağını tasavvur etmesini hem de hukukun gerçekten ahlaki gerekçelerden bağımsız olup olamayacağını sorgulamasını ister. Bu soruda Fuller, Hart'ın, her ikisinin de ahlak sisteminin tamamen yıkıldığı bir ülkede, inançları nedeniyle aforoz edilmiş bir azınlık grubunda yaşamış olduklarını düşünmesini ister. Böyle bir ülkede yaşamak azınlık grup olmanın doğurduğu endişeyle birlikte hukuk sisteminden de korkmaya neden olacaktır. Çünkü zedelenmiş ahlak, hukuk sisteminin azınlık grupların lehine kararlar almasında engelleyici güç olmayacaktır. Ahlakın hukuk üzerinde etkili olduğu, hukuka güvenen her insanın ister istemez kabullendiği bir durumdur. Öyle ki hukuka duyulan güven, hukukun acımasız, insanlığa aykırı ve hoşgörüsüz kurallar içeremeyeceği düşüncesinden kaynaklanır. Peki bu düşüncenin temelinde hukukun ve ahlakın birbirinden ayrı olması mı, hukukun birtakım ahlaki ilkelere sahip olması mı yer almaktadır?[344]

Fuller'e göre Hart, hukuk ile ahlak arasındaki bağlantıyı ayırmaya çalışırken hukukun sahip olduğu iç ahlakını göz ardı etmektedir. Hukuk, yalnızca kurallar

---

[341] H. L. A. Hart, "a.g.m.", s.137-138.
[342] H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, s.116-117. H. L. A. Hart'ın hukuk teorisine ayrılan bölümde tanıma kuralına yer verilmiş olduğu için bu bölümde tekrar ele alınmamıştır.
[343] Lon. L. Fuller, "Pozitivizm ve Hukuka Bağlılık-Profesör Hart'a Bir Cevap", *H. L. A. Hart ve Hukuk-Ahlak Ayrımı* içinde, (ed. Sercan Gürler), İstanbul, 2017, s.157.
[344] L. L. Fuller, "a.g.m.", s.163.

aracılığıyla insanların bazı eylemleri yapmaları için baskı uygulayan bir araç değildir. Hukuk aynı zamanda işleyen bir düzeni simgelemektedir. Bu düzen iyi olabileceği gibi kötü bir düzen de olabilir. Düzenin iyi bir düzen olabilmesi için adaleti sağlaması, insanların taleplerini ve ahlakın temel gereklerini karşılaması gerekmektedir.[345] Ancak böyle bir düzenin güvenilir ve meşru olması mümkündür.

Hart'ın ihmali, hukukun iyi bir düzen olabilmesi için gerekli olan koşulların analizini yapmamış olmasıdır. Belirlenmiş birtakım kuralların uygulanması, hukuk düzeninin insanlar için iyi düzen olduğu anlamına gelmemektedir. Bu bakış açısı hukuku, insan çabasının ürünü değil, "kendisini insan deneyimine yansıtan bir veri"[346] olarak görmeye neden olmaktadır. Bu ise hukuka uyma yükümlülüğü bulunan insanın, hukuk karşısında söz sahibi olmadığı anlamına gelmektedir. Oysa Fuller'e göre hukuk düzeni içerisinde insanlar aktif olabilmeli, kendi özgür iradelerine dayanarak kararlar alabilmeli ve bu kararlara uygun olacak şekilde eyleyebilmelidir. Bu, hukukun iç ahlakında saklı olarak bulunan insana ilişkin görüştür. Hukukun, insanlardan belirli kurallara göre eylemelerini talep ederken onlara karşı tarafsız bir duruş sergilemesi mümkün değildir. Hukuk, insanların eylemleri üzerinde sorumluluk sahibi olma, hukuk kurallarını anlama, kurallara uyma ve eylemlerini savunma yetilerine karşı duyarlı olmak durumundadır. Bu duyarlılığı gerektiren iç ahlakın ihmal edilmesi veya bu ahlakın yozlaşması, eylemlerinden sorumlu olan insanın onuruna yönelik bir hakaret olacaktır.[347] Bu nedenle hukukun, belirli ahlaki ilkelere uygun olması gerekmektedir. Hukukun iç ahlakı, insanların özgür iradelerine imkân tanıyacak ve onurlarını koruyacak şekilde ahlaki taleplerle desteklenmelidir.

Bu doğrultuda Fuller'e göre Hart, Nazi dönemine ait dava örneğinden hareketle hukukun geçerliliğinde ahlakın rolü olmadığını ve geçmişe yönelik kuralların mümkün olduğunu kabul ederek, insan onurunu esas alan hukukun iç ahlakına önem vermemiştir. Fuller'e göre, hukukun iç ahlakı açısından bir kural, yürürlüğe girdiği tarihten sonra gerçekleşen eylemler için uygulanabilir. Bir insanın geçmişte yapmış olduğu bir eylemi yargılamak amacıyla çıkarılacak geçmişe yönelik bir kural, insanın özgür iradesine karşı ilgisizliği ifade edecektir. Bu ise hukuki özne olarak insanın, eylemlerinin sorumluluğuna sahip olmadığı anlamına gelecektir. Bu durumda hukukun ahlakiliği için bir varlık sebebi

---

[345] L. L. Fuller, "a.g.m.", s.173.
[346] L. L. Fuller, "a.g.m.", s.176.
[347] Lon Luvois Fuller, *Hukukun Ahlakı*, İstanbul, 2019, s.195.

kalmayacaktır. Geçmişe yönelik kuralların sayısında yaşanacak olası artış, hukuka içkin ahlakta çürümeye neden olarak hukuku önemsiz kılacaktır.[348]

Fuller, Hart'a yönelik bu eleştirisinden sonra Nazi döneminde hukuka ait içsel ahlakın nasıl ihlal edilmiş olduğunu da açıklamaya çalışır. Fuller'e göre geçmişe yönelik kural oluşturmanın en korkutucu hali Nazi döneminde ortaya çıkmıştır. Bu dönemde hukukun iç ahlakının yozlaşmış olması, hukuki yetkililer tarafından, anlamları gizli kuralların uygulanmasına, ilan edilmeden uygulamaya geçilen kuralların varlığına neden olmuştur. Yine bu dönemde kuralların yazılı hale getirilmesine gerek duyulmadan sözlü emirler, hukuken geçerli sayılmıştır. Ancak hukuk kurallarının geçerliliğinde istikrarlı davranılmamış, kendileri tarafından çıkarılan ve geçerli kabul edilen bir kural amaca hizmet etmediği takdirde devre dışı bırakılmıştır.[349]

Fuller'e göre, İkinci Dünya Savaşı sonrasında Alman mahkemelerinin kararlarını hakkaniyetli bir şekilde değerlendirebilmek için bu ihlallerin dikkate alınması gereklidir. Fakat Hart, bu ihlalleri görmezden gelmiş ve başarısız olmuştur.[350] Aslında hukuki pozitivist olarak Hart'ın, hukukun içeriğinden ziyade biçimsel yapısı ile ilgilendiğini belirtmek mümkündür. Bu nedenle mahkeme kararlarını değerlendirirken de hukukun daha iyi veya daha kötü olmasına ilişkin bir sorgulama yapmamıştır. Hart için önemli olan, hukukun ahlaktan bağımsız olması ve hukuki prosedürlerin kesintisiz bir şekilde uygulanıyor olmasıdır.

Fuller'e göre bu tutum yalnızca Hart tarafından sergilenmemiş, dönemin pozitivist Alman hukukçuları, hukuk ve ahlak arasında herhangi bir bağın olmadığını kabul ederek, her türlü ahlaki amacı hukukun dışında tutmaya çalışmıştır.[351] Fuller, makalesinin *The Moral Implications of Legal Positivism (Hukuki Pozitivizmin Ahlaki Sonuçları)* başlıklı bölümünde, pozitivist Alman hukukçularına ait bu çabanın Nazilerin yükselişinde etkisi olup olmadığını ele almıştır. Fuller, görüşlerini şu şekilde belirtir:

> Bu düşünceler ışığında Alman hukukçularının cari tutumlarının, Nazilere yardım ettiği düşüncesinde ne absürtlük ne de bir terslik görebiliyorum. Hitler, şiddete dayalı bir devrimle iktidara gelmemişti. Lider olmadan evvel Başbakan [Chancelor] idi. Hukuk kuramlarının sömürülmesi ihtiyatlı şekilde başlamış, iktidarı sağlamlaştıkça daha da cüretkârlaşmıştı. Kurulu düzene ilk saldırılar kale duvarlarına yönelmiş, herhangi birilerinin değil, hukukçuların

[348] L. L. Fuller, *a.g.e.*, s.195.; L. L. Fuller, "Pozitivizm ve Hukuka Bağlılık-Profesör Hart'a Bir Cevap", s.183.
[349] L. L. Fuller, "a.g.m.", s.185.
[350] L. L. Fuller, "a.g.m.", s.185.
[351] L. L. Fuller, "a.g.m.", s.196.

> ve yargıçların eliyle gerçekleşmiştir. Kalenin duvarları neredeyse hiçbir direniş olmadan düşmüştür.[352]

Alıntıda görüldüğü gibi Fuller, hukuki pozitivizmin Nazi rejimi üzerinde etkili olduğunu açıkça belirtmiştir. Hukuki pozitivizmi benimsemiş olan yetkililerin, hukukun ahlaki ilkelerden bağımsız olduğunu düşünmesi, her türlü kuralın yalnızca resmi süreçler aracılığıyla meşrulaştırılmasına imkân tanımıştır. Bu ise zamanla keyfi ve öngörülemez kurallara sebebiyet vermiş olduğu gibi insan onuruna aykırı, adaletsiz kuralların uygulanmasına da sebep olmuştur. Dolayısıyla Fuller, Hart'a ve hukuki pozitivizme karşı yöneltmiş olduğu eleştirilerinde, hukukun ahlaki boyutunu ve toplumsal düzene yönelik işlevini vurgulamaktadır. Nazi rejimi ve dava örnekleri, hukukun ahlakiliğinin göz ardı edilmesinin doğurduğu adaletsizliği ve insan haklarının ihlalini göstermektedir. Fuller'e göre yapılması gereken, Nazi rejiminde olduğu gibi kötü bir hukuk oluşturulmuş olsa bile hukukun ahlakiliğine saygı duymaktır.[353]

Fuller'in "kötü bir hukuk" ifadesi, hukukun iç ahlakı ile amacının mükemmel bir hukuk düzenine ulaşmak olmadığını belirtmektedir. Hukukun içsel ahlakı, her türlü zalimliği önleme gücüne sahip değildir. İçsel ahlak yalnızca uygulanması muhtemel zalimliğin şiddetini zayıflatabilir.[354] Hukuk sistemine karşı temenni, iyi bir düzen olmasıdır. İyi bir düzen olmadığı takdirde ise beklenen, hukukun insanlığa karşı zalimce uygulamalar için sınırlandırılmasıdır.

3.1.2. İç Ahlakın İlkeleri ve Kral Rex Örneği

Fuller, Hart ile arasında geçen tartışmanın ve Nazi rejimine yönelik araştırmalarının ardından, hukuk ile ahlak arasındaki zorunlu ilişkiyi daha güçlü savunabilmek için hukukun iç ahlakını oluşturduğunu iddia ettiği sekiz ilkeden bahseder. Bu sekiz ilke, hukuk yapma gücünü elinde bulunduran yetkilinin, kuralları belirlerken uyması gereken ilkelerdir. Fuller'in bu ilkeleri belirlerken hareket noktası Nazi uygulamaları olsa da Fuller bu ilkeleri, *The Morality of Law* adlı eserinde Kral Rex hikayesi ile temellendirmeye çalışır.

Hikâye kısaca şu şekildedir: Rex, tahta geçmesinin ardından uzun zamandır yenilenmediğini ve bozulmuş olduğunu düşündüğü hukuk sistemini reformdan

---

[352] L. L. Fuller, "a.g.m.", s.196.
[353] L. L. Fuller, "a.g.m.", s.174.
[354] Kristen Rundle, *Forms Liberate*, Oxford, 2012, s.113.

geçirmeye karar verir. Böylece hem hukuk sistemi yenilecek hem de Rex, nesiller boyu hatırlanacak önemli bir yasa koyucu olacaktı.[355]

Reform hareketi ilk olarak, yürürlükte olan tüm hukuk kurallarının kaldırılması ile başlar. Rex, yeni oluşturulacak tüm kuralları doğrudan kendisi yazmak istemekteydi. Ancak bir prens olmasından dolayı aldığı özel eğitim, yeterli hukuk bilgisi içermiyordu. Bu ise Rex'in en basit hukuk terimlerini bile anlamasını zorlaştırmaktaydı. Rex genelleme yapmakta, anlaşmazlıklara karşı verdiği kararların gerekçelerini açıklamakta güçlük çekmekteydi.[356]

Rex, çok geçmeden yetersizliğinin farkına varır. Hukuk kuralları yazmaktan vazgeçer. Halkına, artık hukuk kurallarının olmadığını, herhangi bir anlaşmazlık yaşamaları durumunda çözüm için kendisine gelmelerini belirtir. Bu sayede Rex, bir hâkim vazifesi görerek hukuku elinde bulunduracak, kazandığı tecrübelerle de tek tek olaylar üzerinden genel hukuk kuralları inşa edecekti. Fakat sonuç, başarısız oldu. Hukuk bilgisi o kadar yetersizdi ki yüzlerce anlaşmazlığı karara bağlamış olsa da kararlar arasında tutarlılık bulunmuyordu. Tek tek olaylar üzerinden yapılan basit genellemeler de hem kendisinde hem de halkında ciddi kafa karışıklığına neden olmuştu.[357]

Durumun farkında olan Rex, başarısızlığını kabul ederek bu girişiminden de vazgeçer. Hukuk alanında özellikle genelleme yapmaktaki yetersizliğinden dolayı eğitim almaya karar verir. Uzun süren bir eğitim sürecinin ardından hukuk kuralları yazabilmek için hazır olduğunu düşünür. Ancak yine de geçmiş başarısızlıklarından dolayı endişelidir. Bu endişeyle mücadele edebilmek için halkına kurallar yazdığını, olaylar karşısında bu kurallara göre karara varacağını ama bu kuralların içeriğinin halktan gizli tutulacağını duyurur. Böylece kurallar devlet sırrı olarak kalacak, halk kuralların içeriğine itiraz edemeyecek, Rex de başarısızlık hissetmeyecekti. Ne var ki işler Rex'in planladığı gibi gitmez. Halk, içeriğini hiçbir zaman bilemeyecekleri kurallarla yönetilmeyi kabul etmez.[358]

Rex bir kez daha yenilgiye uğrar. Olup biteni, yeterliliklerini ve yetersizliklerini en ince ayrıntısına kadar analiz eder. Analiz sonucunda geçmişten faydalanmayarak geleceğe yönelik hukuk kuralları planlamaya çalıştığı için hayatın kendisine ders verdiği

---

[355] L. L. Fuller, *Hukukun Ahlakı*, s.47-48.
[356] L. L. Fuller, *a.g.e.*, s.48.
[357] L. L. Fuller, *a.g.e.*, s.48.
[358] L. L. Fuller, *a.g.e.*, s.49.

sonucuna ulaşır. Geçmiş tecrübelerden yararlanmanın, verilen kararları gerekçelendirmek için de büyük kolaylık sağlayacağını düşünür. Bu düşünceden hareketle Rex, yeni bir adım atar. Buna göre, her yeni yıl başlangıcında, geçmiş bir yıl boyunca yaşanan tüm anlaşmazlıklar karara bağlanacak ve bu kararlar ayrıntılı gerekçeleri ile halka sunulacaktır. Halk bu kez yüksek sesle itiraz etmese de temsilcileri aracılığıyla kuralları sonradan değil, karara varmadan önce bilmek istediklerini bildirir. Çünkü ancak önceden bildikleri kurallara göre eyleyebilirlerdi. Eylemlerinin sonrasında kararı ve gerekçeyi bilmek yapılan davranışı önlemeyecekti. Halkın bu tepkisi karşısında Rex yine başarısız olur.[359]

Rex, son denemesinin de başarısız olmasına rağmen vazgeçmez. Artık gelecekte meydana gelebilecek anlaşmazlıklara karşı genel kurallar belirlemek zorunda olduğunun farkındadır. Halk, kuralları önceden bilmek istiyordu. Bunun için genelleme derslerine tekrar ağırlık verir ve kısa bir süre sonra halka yeni hukuk kurallarının duyurulacağını ilan eder. Lakin kurallar duyurulduğunda sonuç yine fiyasko olur. Kuralların içeriği ne halk tarafından ne de hukuk eğitimi almış kişiler tarafından anlaşılır. Halkın öfkesi gittikçe büyür. Bir grup sarayın önünde, "Kimsenin anlamadığı bir kurala kim uyabilir?" yazılı pankartlarla protesto yapar. Paniğe kapılan Rex, yayınlanan kuralları hızla geri çeker.[360]

Rex bu kez, yazdığı ancak kimsenin anlamadığı gerekçesiyle geri çekilen bu kuralları, uzmanların yardımıyla anlaşılır hale getirmeye çalışır. Kurallar üzerine çalışan uzmanlar, kuralların birbirleriyle çelişkili olduğunu fark eder. Her kural, bir başka kural tarafından geçersiz kılınır. Halk bu duruma giderek artan bir öfkeyle yanıt verir. Kalabalık bir grup tekrar sarayın önüne toplanır. Ellerinde "Bu sefer kral kendisini açıkladı, hem öyle hem böyle olarak" yazılı pankartlar bulunmaktaydı. Ve artık başarısızlıktan yorulan Rex, bir kez daha kuralları geri çeker.[361]

Rex, yorgunluğunun verdiği tahammülsüzlükle halkına karşı tavrını değiştirmeye başlar. Halkının iyiliği için uğraş vermesine rağmen sürekli memnuniyetsiz olmalarından rahatsız olur. Onlara hadlerini bildirmek ister. Önce uzmanlarına yazdığı kuralları çelişkisiz olacak şekilde düzenlemelerini söyler. Ardından düzenlenen bu kurallardaki mecburi davranışların ve cezaların ağırlaştırılmasını, yeni suçların ve yeni cezaların

---

[359] L. L. Fuller, *a.g.e.*, s.49-50.
[360] L. L. Fuller, *a.g.e.*, s.50.
[361] L. L. Fuller, *a.g.e.*, s.50-51.

eklenmesini emreder. Uzmanların yaptığı düzenlemenin ardından oluşan kurallardan bazıları şunlardı: Saraya çağrılan bir kişi eskisi gibi on gün içerinde değil, on saniye içerisinde saraya gelmek zorundadır. Eğer kral huzura kabul etmişse karşısında hapşırmak, düşmek, bayılmak, öksürmek yasaktır. Bu eylemlerden herhangi birini yapan bir kişi on yıl hapis cezasıyla cezalandırılacaktır. Elbette bu kurallar halk tarafından kabul edilmez. Halk, krala devrimle karşılık verir. Kurallara kesinlikle uyulmayacağı belirtilir. Krala yazılan yüzlerce dilekçede şu cümleler yazar: "Yapılamayacak bir şeyi emretmek hukuk yapmak değildir; bu hukuku bozmaktır çünkü itaat edilemeyecek bir emir hiçbir amaca hizmet etmez; sadece karmaşa, korku ve düzensizlik yaratır".[362]

Bu olay sonrasında da Rex, yazılan kuralları tekrar geri çeker. Uzmanlar bir kez daha kuralları itaat edilebilir hale getirmek için görevlendirilir. Fakat uzmanlar bunun yapılabilmesi için kuralların yeniden yazılması gerektiği sonucuna varır. Kurallar daha açık, tutarlı ve yapılması mümkün şeylerden oluşan bir içerikle yeniden yazılır. Yürürlüğe girmeden basılarak halka dağıtılır.[363]

Bu kez hiçbir sorun olmadığı düşünülür. Ancak yeni kurallar yürürlüğe girmeden fark edilir ki, hukuk kurallarını oluşturmak için harcanan uzun zamanda ülkede pek çok olay yaşanmış, ekonomik, sosyal ve kurumsal alanlarda değişiklikler meydana gelmiştir. Bu durum, yazılan hukuk kurallarını yetersiz kılar. Değişen koşullar, hukuk kurallarında her gün farklı bir değişiklik yapmayı gerektirir. Halk bu değişiklik karşısında tekrar rahatsızlık duymaya başlar. "Her gün değişen bir hukuk hiç hukuk olmamasından daha kötüdür", başlığı altında yazılmış olan bir metin ve kralın çizilmiş karikatürleri elden ele dolaşır.[364]

Bir süre sonra kurallarda yapılan değişiklikler ve halkın tepkisi günden güne azalmaya başlar. Rex, bu sakinlikten önce aldığı bir kararı paylaşır. Bu karara göre Rex'in başarısız olmasında en büyük etken, uzmanlardan aldığı yardımlardır. Bu nedenle tekrar tüm yetkiyi kendi üzerine alır. Böylece kuralların uygulanmasını kendisi takip edecektir. Gerekli kontrolleri sağlayacak ve yaşanacak memnuniyetsizlikleri önleyecektir. Kararının ardından Rex, hükümdarlığı süresince zamanının çoğunu davaları sonuçlandırmak için harcar. Bu uğraş, Rex'in genelleme yapma, karara varma, kararlarını

---

[362] L. L. Fuller, *a.g.e.*, s.51.
[363] L. L. Fuller, *a.g.e.*, s.51-52.
[364] L. L. Fuller, *a.g.e.*, s.52.

gerekçelendirme yetilerini geliştirmeye başlar. Sonunda halkın davranışlarını şekillendirecek tutarlı kurallara ulaşılması mümkün gibidir.[365]

Maalesef son çaba da istenildiği gibi olmaz. Rex'in anlaşmazlıkları çözmek için vermiş olduğu kararlar incelendiğinde, bu kararların, uygulanması beklenen hukuk kuralları ile ilgisi olmadığı ortaya çıkar. Rex, hiçbir kararını kuralları gözeterek vermemiştir. Sanki yürürlükte bulunan hiçbir hukuk kuralı yoktur. Bu son olay üzerine halk, Rex'in tahttan indirmenin yollarını değerlendirmeye başlar. Fakat onlar hangi yolun uygun olduğuna karar veremeden, Rex ölür.[366]

Fuller'e göre, Rex'in hikayesinde başarısız olmasına neden olan sekiz ilke bulunmaktadır. Fuller bu sekiz ilkeyi, "felakete giden sekiz yol" olarak da ifade eder. Bu ilkelerden en önemlisi, pek çok uğraşa rağmen kural belirleyememek ve sorunları mevcut durum koşullarına göre karara bağlamaktır. Başarısızlığın ikinci ilkesi, hukuk kurallarını herkesin ulaşabileceği şekilde ilan etmemektir. Üçüncü ilke, geçmişe yönelik kural belirleme yetkisini kötüye kullanmaktır. Dördüncü ilke, kuralların içeriğini herkesin anlayabileceği şekilde yazmamaktır. Beşinci ilke, kuralların birbirleriyle çelişmesidir. Altıncı ilke, insanların yapabileceklerinden daha fazlasını isteyen kurallar yazmaktır. Yedinci ilke, kuralların içeriğini sıklıkla değiştirmektir. Başarısızlığın son ilkesi olan sekizinci ilke, yürürlüğe giren kurallar ile alınan kararlar arasında uyumsuzluk olmasıdır.[367]

Fuller'e göre Kral Rex'in amacı, kurduğu hukuk sistemi ile yıllarca hatırlanacak bir kural koyucu olmaktı. Ancak Fuller, Rex'in bir hukuk sisteminin nasıl kurulamayacağının ve nasıl başarısızlıkla sonuçlanacağının örneği olduğunu belirtir. Bu sekiz ilke, hukuk sistemi inşa etmeye engeldir. Bir hukuk sisteminin inşa aşamasında bu ilkelerden en az bir tanesi varsa sistemin inşasının tamamlanması mümkün değildir. Çünkü başarısızlığı ifade eden bu ilkelerden herhangi birinin olduğu bir yerde, insanların kurallara uymasını gerektirecek hiçbir ahlaki gerekçe yoktur.[368]

Fuller, Kral Rex örneği ile açıkladığı başarısızlıktan yola çıkarak, başarılı olmanın nasıl mümkün olduğunu göstermeye çabalar. Bir hukuk sistemi oluşturmaya engel olan bu sekiz ilkeden hareketle mükemmel bir hukuk sisteminin nasıl olması gerektiğini

---

[365] L. L. Fuller, *a.g.e.*, s.52-53.
[366] L. L. Fuller, *a.g.e.*, s.52-53.
[367] L. L. Fuller, *a.g.e.*, s.53-54.
[368] L. L. Fuller, *a.g.e.*, s.54.

gösteren sekiz ilkeye ulaşır. Bu ilkeleri hukukun iç ahlakının koşulları olarak tekrar belirtmek faydalı olacaktır:

1. Kurallar belirlenmeli ve bu kurallar genele ilişkin olmalıdır.
2. İnsanların kuralları bilmeye hakkı vardır. Bu nedenle kurallar, ilan edilmelidir.
3. Kurallar, eylemlerden önce belirlenmiş olmalıdır. Bugün yapılan bir eylem, yarın çıkarılacak kurallarla değerlendirilmemelidir.
4. Kurallar, herkes tarafından anlaşılabilecek düzeyde açık olmalıdır.
5. Kurallar, birbiri ile çelişmemelidir.
6. Kurallar, insanlardan yapılması imkânsız olan taleplerde bulunmamalıdır.
7. Kuralların içeriği çok sık değiştirilmemelidir.
8. Teorik kurallar ile bu kuralların pratiğe yansıması olan eylemler uyumlu olmalıdır.[369]

Bu sekiz ilke, Fuller için hukukun, yalnızca egemen gücün emirlerini bildirdiği ve insanların da bu emirlere uyum gösterdiği bir kurallar birikimi olmadığını göstermektedir. Hukuk, tek taraflı olmaktan ziyade kanun koyucu ile insanların birbirlerine karşı sorumluluk sahibi oldukları, karşılıklı talepleri gözeten bir ilişkiye dayanmaktadır.[370] Hukuk, kanun koyucunun ve insanların saygı temelli, ortak girişimi sonucunda var olmaktadır. Hukukun bu şekilde gerçekleşen inşası, insanların hukuka güven ve bağlılık duymasını sağlayacaktır.[371] Bu görüş Fuller'i, hukuki pozitivist düşünürlerden ayırmaktadır. Hukuki pozitivist düşünürlere göre, hukuk kurallarına uyulması için, insanların hukuka güvenmesi veya bağlılık göstermek için ahlaki gerekçelerin bulunması şart değildir. Önemli olan kanun koyucu tarafından belirlenen yazılı kuralların yürürlükte olmayı sürdürmesi ve düzeninin korunmasıdır. Ancak Fuller'e göre bu durum, hukukun varlığı için yeter-sebep değildir.

Fuller için hukuk birtakım kurallarla insan davranışlarını düzenleyen bir sistem olmanın ötesinde bir iletişim aracıdır. Bir toplum içerisinde yaşayan insanların birbirleri ile anlamlı ilişkiler kurabilmesi; karşılıklı taleplerini bilmeleri, yapılacak eylemleri ve bu eylemlerin sonuçlarını tahmin edebilmelerine bağlıdır. Bu ise ancak hukuk çerçevesinde oluşan bir sosyal ortamla mümkündür.[372] Böylece hukuk, kural koyucuda dahil olmak

---

[369] L. L. Fuller, *a.g.e.,* s.62-101.
[370] Lon Luvois Fuller, "A Reply to Professors Cohen and Dworkin", *Villanova Law Review*, 10/4, 1965, s.661.
[371] Lon Luvois Fuller, *The Morality of Law*, New Haven, 1969, s.222.
[372] Lon Luvois Fuller, "Human Interaction and Law", *Principles of Social Order Selected Essays of Lon L. Fuller* içinde, (ed. Kenneth I Winston), Oxford-Portland Oregon, 2001, s.233.

üzere bir toplum içerisinde yaşayan insanların birbirleri ile etkileşim kurmasına ve kurulan etkileşimleri düzenlemeye olanak sağlayan amaçsal bir faaliyettir. Bu ise hukukun amacının, kural koyucunun belirlediği ilkelerle insanları zapturapt altına almak olmadığının ifadesidir.

Fuller, belirttiği sekiz ilke ile aynı zamanda kural koyucunun sahip olduğu yetkileri de sınırlandırır. Fuller'e göre kural koyucunun yetkilerinin sınırlandırılması, hukuki pozitivistlerin yeterince önem vermediği bir konudur. Oysa kural koyucunun yetkisi gereği bir rolü ve bu rolün birtakım sınırları vardır. Fuller bunu, "*rol ahlakı*" olarak ifade eder. Bu ahlak, herhangi bir dış kuvvetten değil, hukukun kendi iç ahlakından kaynaklanır.[373]

Hart ise Fuller'in hukuki pozitivistlere yönelik yaptığı bu eleştiriyi kabul etmez. Hart'a göre, hukuk yetkilileri, ahlaki olarak yanlış olan bir kuralı diledikleri takdirde geçersiz sayma, anayasanın ahlaka veya adalete aykırı olduğu durumlarda kural koyucunun yetkilerini elinden alma gücüne sahiptir. Ancak bu durumda hukuk yetkililerinin ve anayasanın almış olduğu kararın geçerliliği, olgusal verilere değil, belirsizliğe bağlı olacaktır.[374] Bu ise hukuki pozitivizm için tercih edilir değildir.

Fuller'in teorisini Hart'ın teorisinden ayıran, Fuller'in, henüz bir hukuk sistemi yokken, sistemin inşasının başlangıcında kural koyucunun sınırlarını belirlemiş olmasıdır. Fuller için bu sınırı belirleyen dış bir ahlak değil, hukukun kendiliğinden sahip olduğu içsel ahlakıdır. Bu ahlak, kural koyucuya veya toplumda yaşayan insanlara ait eylemlerin, önceden tahmin edilmesini ve bu tahmine göre harekete geçilmesini sağlar. Dolayısıyla Hart'ın aksine Fuller için içsel ahlak belirsizlik değil, hukuki öngörülebilirlik ve kesinlik yaratır.[375]

Sonuç olarak Fuller'in hukuk anlayışında, Nazi rejimine yönelik eleştirileri önemli bir yer tutar. Fuller'in teorisi, bu eleştiriler vasıtasıyla gelişmiş, hukukun ahlaki niteliğini vurgulayan güçlü bir argümandır. Bu argümanda öncelik hukuki öznedir. Hukukun en temel özelliği, insan onurunu muhafaza etmektir. Sekiz ilke, hukukun insan onurunu koruması için gerekli olan yolları belirtir. Her ne kadar Fuller'in eleştirileri ve öne sürmüş olduğu sekiz ilke, doğal hukukun yeniden canlanmasına aracılık etmiş olsa

---

[373] L. L. Fuller, *The Morality of Law*, s.192-193.
[374] H. L. A. Hart, "Lon L. Fuller: The Morality of Law", *Essays in Jurisprudence and Philosophy* içinde, Oxford, 1983, s.361.
[375] Jeremy Waldron, "The Concept and the Rule of Law", *Georgia Law Review*, 1/43, 2008, s.6-7.

da birtakım soruları beraberinde getirmektedir. Nitekim toplum yapısı ve insanlar arası iletişim karmaşık ve çok katmanlı olabilmektedir. Bu gibi toplumlarda hukukun sekiz ilkesinin pratikte uygulanabilirliğinin nasıl sağlanacağı önemli bir sorun olarak görünmektedir. Örneğin sekiz ilkeden biri hukuk kurallarının herkes tarafından anlaşılabilir olmasıdır. Bir toplumda, bir kuralın herkes tarafından aynı düzeyde anlaşılması nasıl mümkün olabilir? Bu durum yoruma açık olduğu gibi belirsizlik de taşımaktadır.

Ancak belirtilmelidir ki eleştirilerle ve sorularla Fuller'in teorisinin uygulanabilirliği sorgulansa da Fuller'in adaleti sağlama, insan onurunu koruma ve toplumsal düzeni oluşturma konusunda yaptığı vurgu, hukuk ve ahlak arasındaki bağlamı anlamak için oldukça önemlidir.

3.2. John Finnis ve Doğal Hukukun Yeni İfadesi

Çağdaş hukuk felsefesinde, doğal hukuk yaklaşımını benimseyen düşünürlerden bir diğeri John Finnis'tir. Finnis'in doğal hukuk teorisi, genellikle doğal hukukun yeni bir ifadesi olarak tanımlanır. Teorisinin bu şekilde tanımlanmasının nedeni, Finnis'in doğal hukuku "temel iyiler, pratik akıl ve ortak iyi" kavramlarıyla yeniden yorumlaması ve bu hukuku, akıl yürütme ile evrensel ahlak ilkelerine dayandırarak teorisine seküler bir nitelik kazandırmasıdır. Bu bağlamda, temel iyiler, pratik akıl ve ortak iyi kavramları ile bu kavramlar arasındaki ilişki, Finnis'in doğal hukuk teorisinin temel yapı taşlarını oluşturur. Bu teorinin ayrıntılarına geçmeden önce, kavramsal çerçevenin kısaca açıklanması, Finnis'in doğal hukuk yaklaşımının daha iyi anlaşılması için faydalı olacaktır.

Finnis'e göre doğal hukuk ilkelerinin temellendirilmesi, kendiliğinden değerli olan ve insan varoluşuna anlam kazandıran temel iyilerin, pratik akıl tarafından kavranmasıyla mümkündür.[376] Pratik akıl, yalnızca bu iyileri kavramakla kalmaz; aynı zamanda metodolojik gereklilikler aracılığıyla, insan eylemlerini temel iyilere katılmaya yönlendiren normatif ilkeleri de ortaya çıkarır. Bu ilkeler, doğal hukukun ve ahlakın temel prensiplerini oluşturur. Bu ilkeler aracılığıyla pratik akıl, insanların bireysel olarak iyiler

[376] Finnis, *Natural Law and Natural Rights* isimli eserinde belirttiği üzere, pratik akıl kavramını Aristotelesçi bir çerçevede teorik akıldan ayırarak kullanır. Finnis, bu konuda Aristoteles'in *Nikomakhos'a Etik* eserinin 1139a 26-31 bentlerine atıfta bulunarak, teorik aklın eyleme yönelik olmadığını vurgular. Ona göre, insan eylemlerini yönlendiren ve karar alma süreçlerini şekillendiren akıl yürütme biçimi pratik akıldır. Bkz. John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, New York, 2011, s.20-21.

arasında seçim yapmasını sağlar. Bununla birlikte pratik akıl, temel iyilere tam anlamıyla katılımın sağlanabilmesi için bireysel seçimlerin yeterli olmadığını, bu katılımı destekleyecek toplumsal bir düzene ihtiyaç olduğunu gösterir. Bu düzenin koşullarını belirleyen ise ortak iyidir. Ortak iyi, toplumdaki tüm insanların temel iyilere katılmasını sağlayacak koşullar kümesidir. Bir toplumun bu koşullar kümesine göre düzenlenmesi ve temel iyilere katılımın sürekliliğinin denetlenmesi ise bir otorite olarak hukukun görevidir.

Bu kısa açıklamadan çıkarılabilecek ilk sonuç, Finnis'e göre, doğal hukukun yalnızca hukuku ilgilendiren ilkelerle sınırlı olmadığıdır. Doğal hukukun sınırlanması, bu hukukun sadece hukuki düzenin meşruiyeti ile ilgilendiği, hukuk düzeni dışındaki ahlaki ya da toplumsal düzeni kapsamadığı anlamına gelir. Oysa Finnis'e göre doğal hukuk, akla uygun olan ile akla uygun olmayan arasında tercih yapabilmek için gerekli ölçütleri sunan, ahlaka göre doğru olan eylemleri ve yanlış olan eylemleri bildiren, bu eylemler arasında ayrım yapmanın yollarını gösteren, genel ahlak ilkeleridir.[377] Dolayısıyla Finnis için doğal hukuk ile ahlak, aynı temel iyilerden ortaya çıkan ve bu temel iyileri gerçekleştirme amacı taşıyan, iç içe geçmiş normatif ilkeler bütünüdür. Bu iki unsur arasındaki tek fark, ahlakın yalnızca temel iyilerin gerçekleşmesini sağlayan ilkeler bütünü olması, doğal hukukun ise aynı temel iyilerin hukuk düzeni tarafından korunmasını ve gerçekleştirilmesini sağlayan aracı olmasıdır. Böylece Finnis'in, doğal hukuk teorisini genel ahlak ilkeleri üzerine inşa ettiğini söylemek mümkündür.

Yapılan kısa açıklamadan çıkarılabilecek bir diğer sonuç, Finnis'e göre, doğal hukuk ilkeleri ile ahlak ilkelerinin kaynağının, pratik akla dayalı akıl yürütme faaliyeti olduğudur. Finnis bu sonuca ulaşmadan önce, bir ahlak teorisi olarak doğal hukukun kaynağını sorgular ve ilk olarak, bu kaynağın olgular olmadığını vurgular. Kaynağın olgular olduğunu belirtmek, olgulardan değer yargılarının türetildiğini söylemek anlamına gelir. Finnis, kendisinin ve diğer doğal hukukçuların hiçbir zaman olandan olması gerekeni türetmeye teşebbüs etmediklerini ifade eder.[378]

Buna ilaveten Finnis'e göre, doğal hukukun kaynağı insan eylemlerine ilişkin insanın özü, iyiliğin doğası gibi metafiziksel unsurlar veya doğanın teleolojik yapısı da değildir.[379] İnsan doğası ve teleolojik doğa anlayışı, insan yaşamında kanıtlanmaya

---

[377] John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, New York, 2011, s.23.
[378] J. Finnis, *a.g.e.*, s.33.
[379] J. Finnis, *a.g.e.*, s.33-34.

ihtiyaç duyulmaksızın kendiliğinden aşikar olan iyiden; insanların iyiliğe yönelik akıl yürütme ve amaçlı eyleme biçimlerinden, benzetme yoluyla türetilmiştir.[380] Bu da demektir ki tüm varlıkların nihai amaca ulaşabilmesi için işleyen bir düzen ve varlıkların bu düzene uyum göstermesini zorunlu kılan bir doğa yoktur. Buradan hareketle Finnis, doğal hukukun ahlaki ilkelerini rasyonel temellere dayandırma çabasını açıkça ortaya koyar.

3.2.1. Temel İyiler ve Pratik Aklın Metodolojik Gereklilikleri

Finnis'e göre pratik akıl, doğal hukuk ilkelerinin kaynağı olarak akıl yürütme sürecinde tek başına yeterli değildir; işlevini yerine getirebilmek için iki temel unsura dayanır. Bunlardan ilki, "temel iyiler" veya "temel pratik ilkeler" olarak adlandırılan yedi temel ilkedir. Bu iyiler, her insanın sonucun doğru ya da yanlış olmasından bağımsız olarak, yapacağı eylemin ne olduğunu düşünürken başvurduğu temel ilkelerdir. Pratik aklın başvurduğu ikinci temel unsur ise pratik akılcılığın, metodolojik olarak gereksinim duyduğu temel şartlardır. Bu şartlar, hem akla uygun olan ile akla uygun olmayanı ayırt etmeye hem de ahlaki olarak doğruyu ve yanlışı belirleyen ahlaki standartlar oluşturmaya yönelik yöntem sunan ilkelerdir. Finnis'e göre, pratik akılda bu iki temel unsurun bir araya gelmesi sonucunda genel ahlak ilkelerinin formüle edilmesi mümkün olur.[381]

Finnis, pratik akıl yürütmenin ilk unsuru olan temel iyileri açıklarken, iyi kavramını klasik doğal hukuk anlayışından farklı bir şekilde yorumlar. Finnis'e göre iyi olan, insanın doğasına, doğadaki erekselliğe veya Tanrı'nın varlığına değil; insanın akıl yürütmesine, kendi varlığını gerçekleştirmek ve anlamlı kılmak için gerek duyduğu doğal ihtiyaçlara bağlıdır. Bu nedenle iyi olana ulaşmak, insanlar için bir amaçtır. Ancak bu amaç, klasik anlayışta olduğu gibi insan aklından bağımsız olarak önceden belirlenmiş tek ve nihai bir iyiye ulaşmak yerine, birden fazla temel iyiyi gerçekleştirmeye yöneliktir. Bu iyiler, insanların kendi potansiyellerini keşfetmeleri, kendi öz varlıklarını inşa etmeleri ve kişisel gelişimlerini sağlamaları için katılım gösterdikleri amaçlardır. Bu katılım, hiçbir zaman nihayete ermeyen, sürekli gelişen ve yaşam boyu devam bir süreçtir.[382] Dolayısıyla Finnis'e göre temel iyiler, insanın varoluşunu sonlandıran nihai

---

[380] J. Finnis, *a.g.e.*, s.52.
[381] J. Finnis, *a.g.e.*, s.23.
[382] J. Finnis, *a.g.e.*, s.96.

bir amaç olmaktan ziyade, insanın varoluşunu sürekli geliştirmesine ve anlamlandırmasına yön veren temel amaçlardır.

Finnis'e göre temel iyiler başlığı altında yer alan yedi iyi şunlardır: *Yaşam (life), bilgi (knowledge), oyun (play), estetik deneyim (aesthetic experience), sosyallik/dostluk (sociability/friendship), pratik akla yatkınlık (practical reasonableness)* ve *din (religion)*.[383] Bu iyiler kısaca şu şekilde açıklanabilir:

1. *Yaşam (life)*: Kendini koruma dürtüsüne karşılık gelen temel iyidir. Bu iyi yalnızca insanın biyolojik olarak varlığını sürdürmesini değil, insanın kendi iradesiyle hayatını yönetmesi için gerekli olan canlılığı ve yaşam gücünü de ifade eder.[384]

2. *Bilgi (knowledge)*: Finnis'e göre, insan, gerçek gelişimi için olabildiğince cehaletten kaçınmalı, yeni düşüncelere ve farklı deneyimlere açık olmalıdır. Bu ise ancak saf bilme arzusu ile bilginin kendisi için istenmesi yoluyla mümkündür.[385] Temel iyi olarak bilgi, bir amaca ulaşmak için gerekli olan araçsal bilgi değil, kendisi değerli olduğu için istenen bilgidir.[386]

3. *Oyun (play)*: Geçmişten bu yana, farklı insan kültürlerinde yer alan, vazgeçilmez bir temel iyidir. Oyun, kendisinin ötesinde bir anlamı bulunmayan, sağladığı keyif için istenen bir iyidir. Oyun, insanın tek başına katılabileceği bir faaliyet olduğu gibi birden fazla kişinin dahil olduğu, sosyal bağları güçlendiren bir etkinlik de olabilir.[387] Oyun, sadece boş zamanları değerlendirme uğraşı değil, insanın bireysel gelişimini ve sosyal ilişkilerini destekleyen temel iyidir.

4. *Estetik Deneyim (Aesthetic Experience)*: İnsanın kendi eylemleri dışında, herhangi bir şeye ait güzellik karşısında deneyimlediği hayranlığı, bu hayranlığın yarattığı tatmin ve takdir duygusunu ifade eder. Bu duyguların yanında estetik deneyim, insanın yaratıcılığını destekler, entelektüel merakını besler ve yaşamını anlamlı kılar. Bu temel iyi, bilgi ve oyun iyileri ile bağlantılıdır. Elde edilen bir bilgi veya bir oyundan alınan keyif, estetik deneyim yaşanmasını sağlayabilir. Ancak bu zorunlu bir durum değildir. Herhangi bir bilgi veya oyun, estetik bir

---

[383] J. Finnis, *a.g.e.*, s.86-89.
[384] J. Finnis, *a.g.e.*, s.86.
[385] J. Finnis, *a.g.e.*, s.63.
[386] J. Finnis, *a.g.e.*, s.86.
[387] J. Finnis, *a.g.e.*, s.87.

deneyim taşımayabilir. Ayrıca estetik deneyim için insanın, oyunda olduğu gibi faaliyette bulunmasına gerek yoktur.[388] Bu deneyim için çoğunlukla dış dünyanın algılanması yeterlidir.

5. *Sosyallik/dostluk (sociability/friendship)*: İnsanların topluluk halinde yaşama, barış ve saygı temelli ilişki kurma, uyumlu iş birliği sağlama isteğinin, dostluk içerisinde gerçekleşmesini ifade eder. Bu temel iyi, insanların kendi çıkar ve istekleri doğrultusunda sosyal ilişkiler kurmasını değil, her insanın, diğerlerinin iyiliğini gözetmesini, bu iyiliklere göre hareket etmesini ve ortak bir iyi inşa etme imkânını içerir.[389] Finnis'e göre, eğer karşılıklı kurulan ilişki yalnızca kişisel çıkarları elde etmek için olursa, bu ilişki dostluk üzerine kurulan bir ilişkinin sağlayacağı değeri sağlayamaz. Dostluğun gerçek değeri, insanların birbirlerini karşılıklı olarak geliştirmesi, potansiyellerini gerçekleştirmesi ve sağladığı derin tatminden kaynaklanır. Bu nedenle, insanın refahı için dost sahibi olması, temel iyiliklerden biridir.[390]

6. *Pratik akılcılık/pratik akla yatkınlık (practical reasonableness)*: İnsanın sahip olduğu aklı, eylemler arasında seçim yaparken, hayat tarzını belirlerken ve kişiliğini şekillendirirken aktif bir biçimde kullanma iyiliğidir.[391] Ayrıca bu temel iyi, insanların diğer temel iyilere katılımına da yön verir. Bir insanın, temel iyilerin her birine tam anlamıyla katılması ve bağlılık göstermesi mümkün değildir. Bu nedenle, insanlar hayatlarında farklı iyilere odaklanmayı tercih edebilirler ve seçtikleri iyiye katılabilmek için farklı projeler arasında tercihte bulunabilirler. Bu gibi süreçlerde, pratik akılcılık, insanların bilinçli kararlar almasına rehberlik eder.[392]

7. *Din (religion)*: Finnis'e göre, her insanda, özgürlüğünü, zekasını ve yeteneklerini mümkün kılan; aynı zamanda hiçbir insanın olamayacağı kadar özgür ve akıllı olan bir varlığı sorgulama, dünyadaki geçici düzenin ötesinde kalıcı olan düzeni arama gibi dini kaygılar vardır. Bu dini kaygılar, insanın kendisi ve ilahi olan

---

[388] J. Finnis, *a.g.e.*, s.87-88.
[389] J. Finnis, *a.g.e.*, s.88.
[390] J. Finnis, *a.g.e.*, s.141-143.
[391] J. Finnis, *a.g.e.*, s.88.
[392] J. Finnis, *a.g.e.*, s.100.

arasında ilişki kurma, bu ilişki doğrultusunda yaşamına yön verme ihtiyacını ifade eder.[393] Temel iyi olarak din, insanın evrendeki yerini anlama çabasını içerir.

Finnis, bu yedi temel iyinin yanı sıra pek çok iyi biçiminin bulunduğunu belirtir. Fakat Finnis'e göre, bu iyi biçimleri analiz edildiğinde, yedi temel iyi dışındaki her bir iyinin temel iyilerden birini veya birkaçını gerçekleştirme ya da bu iyilere katılma yolları arasında olduğu görülür. Nitekim, cömert ve cesur olmak, nazik davranmak gibi iyi biçimleri, kendi başlarına temel iyiler değildir. Bu iyi biçimleri yalnızca hitap ettikleri temel iyinin veya temel iyilerin gerçekleşmesine aracı olurlar. Öyle ki, bu iyi biçimleri sayesinde insanların birbirleriyle olan ilişkileri güçlenir; böylece sosyallik/dostluk temel iyisinin takip edilmesi, sürdürülmesi ve korunması mümkün olur.[394]

Daha önce belirtildiği gibi, Finnis, temel iyilerin pratik akıl yürütmenin ilk aşamasında ahlaki ilkeler olmadığını ileri sürer. Bu iyilerin ahlaki ilkeler haline gelmesi, insanların temel iyilere katılması ve bu iyilerin insan eylemlerinde yer almasıyla mümkündür. Ancak temel iyiler, insanların kurallarına uygun davrandıklarında ulaşabilecekleri belirli bir projenin nihai amaçları değildir. Bu iyiler, insanların kendi refahlarını sağlamaları ve yaşamlarını daha anlamlı hale getirmeleri için bilinçli olarak katıldıkları hedeflerdir.[395] Bu iyilere nasıl katılım sağlanacağı ve iyilerin nasıl eyleme geçirileceği ise pratik aklın çözmesi gereken bir problemdir. Finnis'e göre, pratik aklın bu problemi çözmek için yol gösterici dokuz metodolojik gerekliliği vardır. Bu gereklilikler, temel iyilerin ahlaki ilkeler olarak kabul edilmesinin şartıdır. Diğer bir ifadeyle, pratik akılcılığın metodolojik gereklilikleri, ahlaki doğal hukuk ilkelerinin, ahlak öncesi temel iyilerden nasıl çıkarılacağını belirleyen "doğal hukuk yöntemini" ifade eder.[396]

Finnis'e göre, temel iyilerin doğal hukuk ilkelerine dönüşmesini sağlayan pratik akılcılığın metodolojik gereklilikleri şunlardır:

1.*Tutarlı bir yaşam planı*: Temel iyiler, katılım sağlanacak iyiye dair bilinçli bir seçim yapılmadan önce, hissedilen ihtiyaçlara göre eylemlere yönelten dürtü ve eğilimlerle uyum içerisindedir. Bu uyum, temel iyilerin, dürtü ve eğilimler gibi bir uyaran veya içsel bir etki şeklinde hissedilmesiyle kendini gösterir. Bu etkinin fark edilerek,

---

[393] J. Finnis, *a.g.e.*, s.89.
[394] J. Finnis, *a.g.e.*, s.90-91.
[395] J. Finnis, *a.g.e.*, s.104.
[396] J. Finnis, *a.g.e.*, s.101-103.

dürtü ve eğilimlerin akıl aracılığıyla kontrollü bir şekilde yönetilmesi halinde, temel iyilere katılım gerçekleşir. Çünkü Finnis'e göre, insan yaşamının sadece kısa vadeli tatmin sağlayan dürtülerle ya da anlık zevklerle sürdürülmesi akla uygun değildir. Bu nedenle dürtü ve eğilimler üzerinde aklın kontrollü yönetimi gereklidir. Ancak bu durum, dürtü ve eğilimlerden tamamen sakınarak, önceden tanımlanmış bir plana göre yaşamanın rasyonel olduğu şeklinde anlaşılmamalıdır. Finnis, insan yaşamı için önemli olanın, yaşam ile dürtü ve eğilimler arasında hem tutarlı hem de rasyonel bir plan inşa edebilmek olduğunu belirtir. Bu plan, yaşamın içindeki tüm unsurları bir bütün olarak görmeyi, bu unsurlar arasında dengeli bir ilişki kurmayı ve birbiriyle uyumlu amaçlara bağlılık göstermeyi içerir.[397]

2. *Temel iyiler arasında keyfi seçimler yapılamaması*: Pratik akılcılığın bu gerekliliğine göre, bazı iyiler daha önemli kabul edilip, geri kalan iyiler önemsiz olduğu gerekçesiyle keyfi veya irrasyonel olarak göz ardı edilemez. Eğer seçim kişinin bağlı olduğu amacını, yaşam koşullarını, kişisel yeteneklerini ve zevklerini değerlendirmesi sonucunda yapılırsa, seçim rasyoneldir. Buna karşılık, kişinin seçimi, temel iyilerin değersizleştirilmesine, servet gibi araçsal iyilerin ya da şöhret gibi koşullu iyilerin aşırı derecede değerli sayılmasına göre yapılıyorsa, keyfidir, irrasyoneldir. Temel iyilerin değersizleştirildiği keyfi seçimler, tutarlı ve rasyonel bir yaşam planı oluşturmaya engeldir.

3. *Kişiler arasında keyfi tercihler yapılamaması*: Temel iyiler, insanların refahına dair değerler olduğu için bütün insanlar bu temel iyilere katılabilir. Öyle ki her insanda, refaha ulaşabilmek amacıyla temel iyileri gerçekleştirmeye yönelik ortak bir ilgi, kaygı ve gayret bulunur. İnsanların kendi refahını öncelemesi bencillik değil, rasyonel bir seçimdir. Bu seçimin rasyonel olmasının nedeni, bütün insanların kendi iradesiyle temel iyilere katılmaya karar vermesi ve bu iyilerin gerçekleşmesi için pratik akılcılığın gerekliliklerini yerine getirmesidir. Bu ortaklık, hiçbir insanın refahının diğer insanların refahından değerli olmadığı anlamına gelir. Bu nedenle, üçüncü gerekliliğe göre, insanların bencilce kendi refahını öncelemesinin, insanlar arasında yaşam planlarına ve seçimlerine göre ayrımcılık yapmasının, diğer insanların temel iyileri gerçekleştirmesine kayıtsız kalmasının geçerli bir nedeni yoktur.[398]

---

[397] J. Finnis, *a.g.e.*, s.103-104.
[398] J. Finnis, *a.g.e.*, s.106-107.

4-5. *Mesafelilik ve Bağlılık (detachment and commitment)*[399]: Finnis, pratik akılcılığın dördüncü ve beşinci gerekliliklerini birbirlerini tamamladıkları gerekçesiyle birlikte ele alır. Bu iki gereklilik, insanların odaklandıkları temel iyiye katılmak için üstlendikleri projelerine ve amaçlarına olan bağlılıklarıyla ilgilidir. Bunlardan ilkine göre, insanlar, yaşam boyunca karşılaşacakları öngörülemeyen olumsuzluklarla başa çıkabilmek ya da karşılarına çıkacak yeni iyilere katılabilmek için projelerine ve amaçlarına fanatik bir şekilde bağlı olmamalıdır. Böyle bir bağlılık, insanların proje ve amaçlarda başarısız olmaları halinde yaşamın değersiz ve anlamsız olduğu sonucuna varmalarına neden olabilir. Oysa bu sonuç, rasyonel değildir. Çünkü temel iyiler, insanların projelerinde başarılı veya başarısız olmalarından bağımsız olarak, kendiliğinden değere sahiptir.[400]

Bu değerin gözden kaçırılmaması ve insanların değişen koşullarda refaha erişme fırsatlarını görebilmeleri için projelerine ve amaçlarına dengeli bir bağlılık gösterebilmeleri gerekir. Bu gereklilik, pratik akılcılığın beşinci ilkesidir. Bu ilkeye göre, insanların temel iyilere katılımda tam anlamıyla başarılı olabilmeleri için projelerine ve amaçlarına aşırılığa izin vermeden sadık olmaları, bu sadakati farklı, yaratıcı ve daha etkili yollar arayarak sürdürmeleri gerekir.[401] Böylece insanlar hem projelerine ve amaçlarına bağlı kalırlar, hem de bu bağlılığı, geleneksel yöntemlere sıkışıp kalmadan esnek, yeniliklere açık ve yaratıcı yöntemlerle geliştirirler.

6. *Sonuçların (sınırlı) uygunluğu ve mantıksal etkinlik*: Finnis'e göre, pratik akılcılığın metodolojik gerekliliklerinin altıncısı, bir insanın temel iyilere katılmak amacıyla belirlediği projelere ve amaçlara uygun eylemler gerçekleştirerek, hem kendisi hem de diğer insanlar için iyi sonuçlara ulaşmasını ifade eder. Bu sonuçlara ulaşırken kullanılan yöntemlerin, mantığa uygun etkinlikler olması önemlidir. Çünkü temel iyiye katılmak, pek çok alternatif durum arasında uygun olanı seçebilmek için mantıksal karar verebilmeyi gerektirir. Örneğin, zararın kaçınılmaz olduğu bir eylemde sakatlanmayı ölmeye, yaralanmayı sakatlanmaya tercih etmek ya da sadece acıyı hafifleten bir ilaç yerine hem acıyı hafifleten hem de tedavi eden bir ilacı seçmek mantıklıdır. Finnis burada

---

[399] Finnis'in dördüncü gerekliliği belirtmek için "detachment" kavramını kullanır. Bu kavram dilimize "ayrılma, ayırma, kayıtsızlık, tarafsızlık vb." şeklinde çevrilmiştir. Ancak bu çevirilerin, metinde anlatılan anlamı karşılamadığı düşünülmüştür. Bu nedenle, "detachment" kavramının karşılığı olarak "mesafelilik" kavramı kullanılmıştır.
[400] J. Finnis, *a.g.e.*, s.109-110.
[401] J. Finnis, *a.g.e.*, s.110.

kullanılan yöntemin, aynı temel iyiye ulaştıracak yollar arasında daha iyi sonuç için mantıksal fayda-maliyet analizi yapmak olduğunu belirtir.[402]

Finnis, fayda söz konusu olunca, altıncı gerekliliğin faydacılıktan ve sonuçsalcılıktan farklı olduğunu özellikle vurgular. Finnis'e göre, faydacılık ile sonuçsalcılık kullandıkları kavramlar ve yöntemler bakımından irrasyoneldir. "Daha iyi sonuçlar, "en büyük iyilik", "en üstün mutluluk" gibi kavramları, rasyonel temellere dayanmadan, eylem sonuçlarından hareketle açıklamak anlamsızdır. Üstelik daha iyi olanı, bu sonuçların matematiksel olarak hesaplanmasıyla belirlemek de mantıksızdır. İnsani iyilerin birbiriyle kıyaslanması, bu iyilerin ölçülmesi mümkün değildir. Çünkü her insanın aynı iyiye yönelik tek bir yaşam planı yoktur. İnsanların, farklı iyilere katılmak istedikleri birden fazla yaşam planları olabilir. Bu nedenle hangi iyinin, daha iyi olduğunu belirleyen sabit bir ölçüm tekniği belirlemenin imkânı yoktur.[403]

7. *Her eylemde her temel iyiye saygı*: Finnis'e göre yedinci gerekliliğin ilk formülasyonu, insanların, temel iyilerden birine veya birkaçına katılmasına engel olan, bu iyilere zarar veren eylemlerden uzak durması gerektiğini ifade eder. Bir eylem, her zaman temel iyilerden birini veya birkaçını korumak, doğrudan veya dolaylı olarak bu iyilere katılımı desteklemek için yapılıyorsa, bu eylem mantıksal olarak uygundur. Ancak insanların her zaman akla uygun davrandığını, temel iyilere zarar verecek eylemlerden uzak durduğunu söylemek pek olası değildir. Bunun nedeni, yapılan bir eylemin sonucunda elde edilen iyinin, eylem yapılırken verilen zarardan üstün kabul edilmesidir. Finnis için bu akıl yürütme, sonuçsalcı yaklaşıma aittir.[404]

Sonuçsalcı perspektiften bakıldığında, birden fazla insanı kurtarmak için masum bir insanın öldürülmesi kabul edilebilir bir eylemdir. Eylemin sonucunda, bir insanın hayatına karşılık çok sayıda insanın hayatı kurtulacaktır. Yapılan bu hesaplama insani olarak düşünüldüğünde makul gelebilir, ancak Finnis'e göre, böyle bir akıl yürütme biçimi anlamsız ve keyfidir. Sonucunda kaç insan kurtulacak olursa olsun öldürme eylemi, yaşamı sürdürme temel iyisine verilen bir zarardır. Bir insanın sahip olduğu temel iyinin önemi ile beş insanın sahip olduğu aynı temel iyinin önemi nesnel olarak aynıdır. Temel iyiler kendi aralarında ölçülemez ve kıyaslanamaz olduğu gibi, aynı iyiliğe katılan insan sayısına göre de değeri belirlenemez. Bu nedenle Finnis, sonuçsalcı akıl

---

[402] J. Finnis, *a.g.e.*, s.111.
[403] J. Finnis, *a.g.e.*, s.112-115.
[404] J. Finnis, *a.g.e.*, s.119.

yürütmenin, "bir yaşam, birçok yaşam karşısında" şeklinde ifade edilen hesaplama yönteminin, akla uygun olmadığını belirtir.[405]

Finnis, eylem sonucunda elde edilecek daha üstün bir iyi için temel iyilere zarar verilmesini doğru bulmasa da bazı durumlarda temel iyilerden birinin veya birkaçının ihmal edilebileceğini kabul eder. Daha önce belirtilmiş olduğu gibi, pratik akılcılığın metodolojik bir gereği olarak insanlar, yaşam koşulları nedeniyle temel iyilerden birine veya birkaçına odaklanabilir. Tüm iyilerin aynı anda korunması ve her birine mükemmel katılımın gösterilmesi mümkün değildir. Örneğin, bir doktor bilimsel çalışmalarına ağırlık vermeyi tercih ettiğinde, hastalarını tedavi edemeyebilir. Ancak bilimsel çalışmaları yeni araştırmalara ve yeni çözümlere kapı aralayabilir. Finnis'e göre, böyle bir durumda pratik akılcılığın yedinci gerekliliği ihlal edilmiş olmaz. Verilen örnekte, temel iyilerden biri eylemi yapan insanın daha iyi bir sonuca ulaşmak istemesinden dolayı değil; başka bir temel iyiyi gerçekleştirdiği için göz ardı edilir.[406] Dolayısıyla Finnis için temel iyilere katılmaya engel olan veya bu iyilere zarar veren eylemler çeşitli şekillerde gerçekleşebilir. Bu eylemlerden bazıları pratik aklın bir gereği olarak kabul edilirken, diğerleri irrasyoneldir.

Buradan hareketle Finnis, temel iyilere zarar veren eylemleri dolaylı ve doğrudan olmak üzere iki gruba ayırır. Yukarıda verilen örnekte olduğu gibi, eğer bir temel iyi ihmal edilirken başka bir temel iyi gerçekleştirilirse, bu dolaylı olarak zarar vermedir. Bu tür eylemler, rasyonel ve ahlaki olarak meşrudur. Ancak, eğer temel iyilere zarar veren bir eylem, temel iyilerden bağımsız olarak daha iyi, daha faydalı sonuçlara ulaşabilmek için tercih ediliyorsa, bu doğrudan zarar vermedir. Finnis'e göre bu eylemler, sonuçsalcı yaklaşıma aittir ve mantıksızdır. Bu eylemlerin tercih edilme nedenini, akıl aracılığıyla açıklamak mümkün değildir. Çünkü akıl, her eylemde temel iyilere doğrudan zarar vermekten kaçınmayı ve her temel iyiye saygı göstermeyi zorunlu kılar.[407]

8. *Ortak iyinin gerekliliklerini destekleme*: Pratik akılcılığın sekizinci gerekliliğine göre, insanların çabası yalnızca kendi iyilerine odaklanmak değil, aynı zamanda içinde yaşadıkları toplumun ortak iyisini gerçekleştirmek ve desteklemek olmalıdır. Bu çaba, ahlaki görevlerin ve ahlaki sorumlulukların temelini oluşturur.[408]

---

[405] J. Finnis, *a.g.e.*, s.119.
[406] J. Finnis, *a.g.e.*, s.119-120.
[407] J. Finnis, *a.g.e.*, s.119-120.
[408] J. Finnis, *a.g.e.*, s.125.

9. *Vicdanın takip edilmesi*: Metodolojik gerekliliklerin sonuncusu olan bu ilke, bir insanın herhangi bir eylemi yapmaması gerektiğini düşündüğünde ya da bu eylemi yaparsa kötü bir sonuçla karşılaşacağını hissettiğinde, o eylemi yapmaması gerektiğini bildirir. Başka bir ifadeyle, bu gerekliliğe göre, insan vicdanının sesine göre hareket etmelidir. Zira vicdan, insanları aklın gereği olan pratik yargılara yönlendirme niteliğine sahiptir. Bu yönlendirme, insanın cömert olma, adil davranma gibi iyilik biçimlerine sahip olması, insan iyiliğine derin bir sevgi duyması ve içinde yaşadığı toplumun akla uygun örf ve adetlerle şekillenmiş olması durumunda gerçekleşebilir. Ancak her insanın doğal eğilimleri ve yaşadığı çevre açısından bu kadar şanslı olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu şansa sahip olmayan bir insan, vicdanın rehberliğinde yanılgıya düşebilir. Bu durumda, insanın yanılgıdan kurtulmak ve makul yargılara ulaşmak için olabildiğince akılcı kararlar almaya, akla uygun eylemler yapmaya çabalaması gerekir. Buna ilaveten insanlar, kararlar ile eylemlerin kişisel çıkarlara dönüşmemesi ve kısa zamanda faydalı sonuçlara ulaşabilmek için insan iyiliğinin ihmal edilmemesi adına, bu iyiliğin biçimlerini anlamaya yönelik aktif bir zekaya sahip olmalıdır.[409] Bu nedenle Finnis'in bu son gereklilikte, vicdanı yargıya varmada önemli bir yol gösterici olarak kabul ettiği, ancak vicdanın yanılabilir bir niteliğe sahip olması nedeniyle, akıl ışığında ilerlemeyi öncelikli saydığı söylenebilir.

Pratik akılcılığın metodolojik gereklilikleri olarak belirtilen bu dokuz ilkenin sonucunda ulaşılan şey, ahlak ilkeleridir. Gerekliliklerin her biri, ahlak başlığı altında birleşecek olan akla uygun ilkelerin, eylemlerin ve sorumlulukların üreticisidir. Bu üretimde her gereklilik, kendi rolünü birtakım argümanlar geliştirerek oynar.[410] Finnis, geliştirilen argümanları ve bunların sonucunda akla uygun yargılara nasıl ulaşıldığı şu şekilde özetler:

> 1. Dokuz gereklilik, özgürlüğün ve aklın gerçek temel iyiliğinin görünümleridir.
> 2. Bu gerekliliklerden biri veya bir başkası, falanca durumlarda sadece (veya en iyi şekilde, veya daha uygun bir biçimde) Ø eyleminin yapılması/yapılmaması yoluyla elde edilebilir/yapılabilir/ifade edilebilir; bu yüzden,
> 3. Ø eylemi yapılmalıdır/yapılmamalıdır, yapılması zorunludur/yapılmaması zorunludur, yapılması gerekir/yapılmaması gerekir.[411]

---

[409] J. Finnis, *a.g.e.*, s.125.
[410] J. Finnis, *a.g.e.*, s.126.
[411] J. Finnis, *a.g.e.*, s.126-127.

Bu üçlü işleyiş, temel iyilerin bildirdiği ahlak öncesi ilkelerden, metodolojik gereklilikler aracılığıyla ahlaki ilkelere geçişi sağlayan ahlaki akıl yürütmenin ifadesidir. Bu akıl yürütmeyle, insanların temel iyilere katılmak için hangi eylemleri yapması veya yapmaması gerektiği açık hale gelir. Akıl yürütme sonucunda dokuz gereklilik, ahlaki seçimlerde kullanılacak bir ahlak dili üretir.[412] Bu noktada bir kez daha altı çizilmelidir ki, ortaya çıkan akla uygun yargılar ve gelişen ahlaki dil, yalnızca ahlaka değil, doğal hukuka da aittir. Finnis'in teorisinde bu iki unsur birbirinden ayrılmaz; ahlak ilkeleri aynı zamanda doğal hukuk ilkeleri olarak kabul edilir.

3.2.2. Ortak İyi ve Hukukun Ortaya Çıkışı

Finnis'e göre bir sonraki aşama, pratik akıl yürütme ile temel iyilerden türetilen doğal hukuk ilkelerinin toplumsal yaşamda etkili bir biçimde uygulanmasıdır. Bunun için gerekli olan, siyasal toplum ve ortak iyinin tesis edilmesidir. Siyasal toplumun temeli, bireylerin haklarını korumasından önce insanların kendilerini gerçekleştirmesine dayanır. Bu kendini gerçekleştirme sürecinin ilk adımı ise insanın bireysel ve toplumsal gelişiminin başladığı ilk yer olan, ailede atılır.[413] Ancak aile, bu gelişime gereken katkıyı sağlama konusunda her zaman yeterli imkân ve uygun koşullara sahip olamayabilir. Bireyin ve ailenin bu konularda yetersiz kalması durumunda, siyasal toplum kendiliğinden değil, rasyonel olarak şekillenmiş bir yapı olarak ortaya çıkar. Böylece Finnis'e göre siyasal toplumun ortaya çıkış amacı, "…iş birliği biçimleri de dahil olmak üzere her bireyin kendi kişisel gelişimini gerçekleştirmesini destekleme, kolaylaştırma ve teşvik etme eğiliminde olan maddi ve diğer koşulların bütününü güvence altına almaktır".[414]

Finnis bu noktada, "devlet gemisi" benzetmesi ile önemli bir ayrıma dikkat çeker. Bu benzetme, devletin amacını; insanları belirli bir hedefe yönlendirmek ve bu hedefe ulaşmaları için gerekli koşulları sağlamak olarak açıklar. Bu durum, siyasal toplumdaki her insanın, siyasal yapının önceden belirlediği nihai amaca ulaşması adına, yine yapının önceden belirlediği koşullara göre yaşaması gerektiği anlamına gelir. Ancak Finnis'e göre, siyasal toplumun insanlara kendilerini adayacakları bir hedef ve bu hedefe erişebilmeleri için geçerli tek bir yaşam planı sunması söz konusu değildir.[415] Bunun

---

[412] J. Finnis, *a.g.e.*, s.127.
[413] J. Finnis, *a.g.e.*, s.138.
[414] J. Finnis, *a.g.e.*, s.147.
[415] J. Finnis, *a.g.e.*, s.154-155.

sebebi, daha önce belirtildiği gibi, insanların sahip olduğu ortak yedi temel iyidir. İnsanların kendini gerçekleştirmesinin yolu, pratik aklın gereklilikleri aracılığıyla bu temel iyilere katılmaktır. Fakat yaşam koşulları nedeniyle, insanların her bir iyiye aynı anda ve aynı şekilde katılması mümkün değildir. Bu durum, birbirinden oldukça farklı amaçların ve sonsuz çeşitlilikte yaşam planlarının ortaya çıkmasına yol açar. Siyasal toplumun bu farklılık ile çeşitlilik karşısında, tek bir amaç ve planlanmış bir yaşam modeli sunmasının rasyonel bir gerekçesi yoktur. Dolayısıyla siyasal toplumda ortak iyi, her bir toplum üyesinin ortak bir hedefe ulaşması için gerekli koşulların sağlanması değil; her bir üyenin rasyonel amaçlarına ulaşabilmesi için diğer üyelerle iş birliği yapmasını sağlayacak koşulların makul bir biçimde yerine getirilmesidir.[416]

Finnis'in teorisinde ortak iyi kavramı oldukça kompleks bir yapıya sahiptir. Nitekim bu kavram, bir taraftan her insanın kendiliğinden değerli olan temel iyilere sahip olmasındaki ortaklığı ifade ederken, diğer bir taraftan, pratik aklın metodolojik bir gerekliliği olarak bu iyilere katılım sağlanması durumunu belirtir. Ayrıca Finnis'in toplum içerisinde ele aldığı şekliyle ortak iyi, insanların kişisel amaçlarına ulaşabilmesi için diğer insanlarla iş birliği yapmasını anlamlı kılacak rasyonel koşullar bütünü olarak tanımlanır.[417] Bu üç tanım değerlendirildiğinde, tanımları birleştiren temel unsurun, hem bireysel hem de toplumsal düzeyde temel iyilere katılımın gerçekleşmesi olduğu söylenebilir.

Mark Murphy (2005), doğal hukuk teorileri içerisinde ortak iyi kavramını tanımlanış biçimine göre araçsalcı ortak iyi, ayırıcı ortak iyi ve birleştirici ortak iyi olmak üzere üç farklı şekilde sınıflandırır. Bu sınıflandırmaların ilkine göre ortak iyi, bir toplumda yaşayan insanların, bireysel amaçlarını gerçekleştirmelerine imkân tanıyan koşullar bütünüdür. İkinci sınıflandırmaya göre ortak iyi, bireysel iyilerle bağlantısı bulunmayan, toplumun kendine özgü ve bütünü ilgilendiren bir iyi anlayışı olduğunu ifade eder. Sınıflandırmalardan sonuncusuna göre ise ortak iyi, bir toplumda yaşayan insanların bireysel iyilerinin sağlanması sonucunda oluşur.[418]

Bu bağlamda, Finnis'in ortak iyi kavramına araçsalcı bir anlam yüklemiş olduğunu söylemek yerinde olacaktır. Murphy'e göre, Finnis bazı eserlerinde ortak iyi kavramına birleştirici bir anlam yüklemiş gibi görünse de teorisinde yer verdiği iki

---

[416] J. Finnis, *a.g.e.*, s.155-156.
[417] J. Finnis, *a.g.e.*, s.154.
[418] Mark C. Murphy, "The Common Good", *The Review of Metaphysics*, 59/1, 2005, s.136.

gerekçeyle aslında kavramı araçsalcı bir bağlamda kullanır. Bu gerekçelerden ilki, ortak bir iyi başlığı altında toplanacak temel iyilerin aynı anda gerçekleştirilebilir bir hedef olmamasıdır. İkinci gerekçe ise devletin bireylerin amaçları üzerinde sınırlı bir yetkiye sahip olmasıdır. Bu sınırlı yetki, bireysel amaçlara müdahale etmeden, bu amaçların gerçekleşmesi için gereken koşulların tümünü, yani ortak iyiyi sağlamaktır.[419] Böylece Finnis, araçsal ortak iyi anlayışıyla devlet otoritesini ortak iyiye hizmet etme görevi ile sınırlar.

Finnis'in otoriteyi bu şekilde sınırlamış olması, onun otoriteyi önemsiz gördüğü şeklinde anlaşılmamalıdır. Nitekim, Finnis'e göre eğer bir toplum, kendiliğinden bir düzen oluşturamayacak kadar yetersizse ve belirli amaçları olmayan insanlardan oluşuyorsa, bu toplumun bir otoriteye sahip olması oldukça önemlidir. Ancak, Finnis için otoriteyi gerekli kılan asıl neden bu değildir. Otoritenin varlığını gerçekten gerekli kılan şey, amaçlarına kendini adayan insanların eylemlerini, bu amaçlara ulaşmak için sundukları karmaşık koşullara ve kurdukları birden fazla iş birliğine göre koordine etmesidir. Dolayısıyla Finnis'e göre, eylemlerin nasıl koordine edileceği problemini çözmek için otoriteye ihtiyaç vardır.[420] Aksi halde, insanların tüm çaba ve isteklerine rağmen bireysel amaçlarına erişmesi mümkün olmayacaktır.

Finnis'e göre, eylemleri düzenleyen bu sınırlı otorite, hukuk ve hukuk sistemidir. Finnis, otorite olarak hukuku şu şekilde tanımlar: Hukuk sistemleri, insanların her türlü eylemini koordine etme yetkisine sahip olan, toplum üyelerinin diğer normatif sistemlere katılabilmesi için gerekli koşulları belirleyen, siyasal topluma dahil olan ya da olmayan diğer birliklerin kurallarını ve düzenlemelerini kabul eden ve bunlara hukuki geçerlilik kazandıran, bütüncül ve üstün nihai otoritedir. Finnis'e göre bu tanım, hukuk sisteminin, farklı toplum düzenlerinin uyumlu bir şekilde iş birliği yapması ve ortak iyinin sağlanması için gerekli olduğu düşüncesine dayanır.[421]

Aynı zamanda Finnis bu tanım aracılığıyla, hukuk sisteminin eylemleri koordine ederek ortak iyinin sağlanmasını desteklediğini ve bunu yaparken insanların temel iyilere katılmasına da dolaylı olarak aracılık ettiğini ifade eder. Daha önce belirtildiği gibi, temel iyiler, ahlak ilkelerinin ve doğal hukuk ilkelerinin başlangıç noktasıdır. Bu iyilere katılımın sağlanması için gereken koşulların (ortak iyi) koordine edilmesi, pratik

---

[419] M. C. Murphy, "a.g.m.", s.143.
[420] J. Finnis, *a.g.e.*, s.232.
[421] J. Finnis, *a.g.e.*, s.148-149.

akılcılığın gerekliliği olarak ahlaki bir görevdir. Finnis'in doğal hukuk teorisinin odak noktasını, bu ahlaki görevin yerine getirilmesi oluşturur. Dolayısıyla Finnis'in teorisinde, hukuk sisteminin ahlaki bir temel üzerine inşa edildiğini söylemek mümkündür.

3.2.3. Hukukun Biçimsel Özellikleri

Finnis'e göre, hukuk sistemi, ahlaki görevi yerine getirebilmek için birtakım biçimsel özelliklere sahip teknik bir yapıdır. Bu özellikler, hukuk sistemine pozitif hukuk niteliği kazandırır. Ancak, bu nitelik hukuk sisteminin amacı değil, sadece bir aracı olarak kabul edilir.[422]

Finnis'in teorisinde, pozitif hukukun araçsal olduğunu gösteren biçimsel özellikler kısaca şu şekilde açıklanabilir: Bu biçimsel özelliklerden ilkine göre, hukuk sisteminde yer alan kurallar ile kurumlar meydana gelişleri ve işleyişleri bakımından birbirleriyle ilişkilidir. Kurallar, kurumların niteliklerini açıklar ve yapılandırır. Kurumlar ise kuralları belirler, yönetir ve uygulamada ortaya çıkan sorunları çözer. Hukuk, kurallar ile kurumlar arasındaki bu ilişki yoluyla insan etkileşimlerine açıklık, ayırt edicilik ve öngörülebilirlik kazandırır.[423]

İkinci biçimsel özellik, hukukun geçerliliği ile ilgilidir. Finnis'e göre, hukuk sistemindeki kurallar ile kurumlar, yasalarca tanımlanmış hüküm koşulları ve fesih kuralları doğrultusunda yürürlükten kaldırılmadıkları müddetçe geçerlidir.[424]

Hukuk sisteminin üçüncü biçimsel özelliğine göre, hukuk yalnızca genel kurallar ile kurumların meydana gelişleri, işleyişleri ve yürürlükten kaldırılmaları ile ilgili değildir. Hukuk, aynı zamanda bireylerin yasal işlemler çerçevesinde gerçekleştirdiği sözleşme, evlilik ve alım-satım gibi eylemlerden kaynaklanan, kuralların işleyişinde değişikliğe neden olabilecek koşulları düzenler.[425] Dolayısıyla, hukukun değişime açık ve sürekli işleyiş halinde olduğunu söylemek mümkündür.

Dördüncü özellik, hukukun insan etkileşimlerinde açıklığı ve öngörülebilirliği sağlayan özel bir tekniğe sahip olduğunu ifade eder. Bu tekniğe göre, geçmişte çıkarılan bir kural veya alınan bir mahkeme kararı, o dönemde geçerli olduğu gibi, yürürlükten kaldırılmadığı sürece bugün de benzer olaylar karşında yeterli ve bağlayıcı bir gerekçe

---

[422] Pauline C. Westerman, *The Disintegration of Natural Law Theory: Aquinas to Finnis*, Leiden, 1998, s.263.
[423] J. Finnis, *a.g.e.*, s.268.
[424] J. Finnis, *a.g.e.*, s.268.
[425] J. Finnis, *a.g.e.*, s.268-269.

olmaya devam eder. Bir diğer ifadeyle, geçmişte yapılmış bir hukuki eylem, günümüzde alınacak bir karara dayanak olarak kabul edilir. Bu teknik, hukuk sistemine iki açıdan fayda sağlar. Bu faydalardan ilki, bugün insanlar arasında yaşanan anlaşmazlıkların veya çıkar çatışmalarının geçmişe ait hukuki kararları etkileyemeyecek ve değiştiremeyecek olmasıdır. Tekniğin sağladığı ikinci fayda ise bugün kısa bir süre sonra geçmişe dönüşeceği için insanların gelecekteki yaşamlarını şimdi belirlemelerine olanak tanımasıdır. Bu iki fayda, hukuka süreklilik, istikrar, güvenilirlik ve öngörülebilirlik kazandırır.[426]

Hukuk sisteminin son biçimsel özelliği, "boşluk bırakmama" ilkesine dayanır. Bu ilkeye göre, hukukun çözmesi gereken bir koordinasyon sorunu için geçerli bir kural veya karar yoksa, çözümde boşluk oluşmaması adına geçmişteki hukuki eylemler referans olarak alınabilir. Çünkü hukuk sistemi, geçmişte oluşturduğu çözüm yollarıyla her türlü sorunun çözümünü sağlama kapasitesine sahiptir. Böylece bu ilke, hukukun sürekliliğini ve sorunların hızlı bir şekilde çözüme kavuşmasını sağlar. Fakat Finnis'e göre, hukuk sisteminde bu ilkenin tamamen doğru kabul edilmesi, hukukun yasama yetkisi olmadan da gelişebileceği yanılgısına neden olur. Oysa, hukukun yenilenmesi, güncellenmesi ve hızla gelişim göstermesi ancak yasama yetkisiyle mümkündür. Yasama yetkisi olmadan bu gelişim sınırlı ve yavaş olacaktır. Dolayısıyla beşinci özellik, kendiliğinden değil, diğer dört biçimsel özelliği desteklediği için değerlidir.[427]

Bu beş özellik, Finnis'in pozitif hukuk yaklaşımının ayırt edici yanlarını anlamamız açısından oldukça önemlidir. Özellikle ilk ikisi, Finnis'in doğal hukuk ve hukuki pozitivizm arasındaki tartışmada hukukun kaynağına ve hukukun geçerliliğine ilişkin görüşlerini ortaya koyması bakımından belirgin bir öneme sahiptir. Bu görüşlerin önemi, çalışmanın son bölümünde ayrıntılı olarak ele alınacağından, bu aşamada daha detaylı bir incelemeye yer verilmeyecektir.

Sonuç olarak, John Finnis'in doğal hukuk anlayışını, klasik geleneğin kavramlarından kopmayan ama metafizik ve teleolojik unsurlara da yer vermeyen, temel iyiler ile pratik akıl yürütme üzerine inşa edilmiş, seküler bir doğal hukuk yaklaşımı olarak nitelendirmek mümkündür. Finnis'in, özellikle temel iyiler kavramı aracılığıyla doğal hukuku, ahlak ilkeleri ve insani amaçlarla ilişkilendirerek açıklaması, doğal hukuku

---

[426] J. Finnis, *a.g.e.*, s.269.
[427] J. Finnis, *a.g.e.*, s.269.

soyut bir kavram olmaktan öteye taşımış ve pratik bir rehber haline getirmiştir. Bu bağlamda Finnis'in doğal hukuk yaklaşımı, bir hukuk sisteminin yalnızca toplumsal düzeni sağlayan pozitif hukuk kurallarından oluşmadığını, insanların refaha ulaşabilmesi için gerekli olan ortak iyiyi desteklemesi gerektiğini vurgular. Böylece Finnis'in doğal hukuka ilişkin bu yenilikçi yorumu, doğal hukuk yaklaşımını hem ahlaki değerlere hem de pratik akıl yürütmeye dayanan rasyonel bir zeminde yeniden canlandırır.

3.3. Robert Alexy ve Doğruluk Argümanı

Robert Alexy, hukuk teorisini birçok farklı tez ve argüman üzerine inşa eder. Bu tezler ve argümanlar, birbirinden bağımsız değildir; aksine birbiriyle derinden bağlantılı bir sarmal oluşturur. Bu bağlantı, Alexy'in teorisini savunmak için oldukça güçlü bir gerekçe sağlar. Fakat bu bağlantının komplike yapısı, teoriyi sistematik bir şekilde açıklamayı zorlaştırır. Bu nedenle Robert Alexy'e ayrılan bu bölümde öncelikle, Alexy'in temel amacını, başlıca tezlerini, kullandığı argümanları kısaca tanıtarak bir yol haritası çizilmesinin ve ardından teorinin ayrıntılarından bahsetmeye geçilmesinin faydalı olacağı düşünülmüştür.

Robert Alexy'nin hukuk teorisi, bir temel iddia ve iki temel tez üzerine kuruludur. Temel iddia, hukukun zorunlu olarak "doğruluk talebinde" bulunan bir sistem olmasıdır. Tezlerden ilki ise hukukun doğası gereği ikili bir yapıya sahip olduğunu iddia eden, "ikili doğa tezi" dir. Bu teze göre, hukuk bir taraftan olgusal-gerçek, diğer tarafından ideal-eleştirel bir yapıya sahiptir. Alexy, teorisinde bu ikiliği hukuk ile ahlak, hukukun olgusal boyutu ile ideal boyutu, adalet ilkesi ile hukuki güvenlik ilkesi olarak farklı şekillerde belirtir. Esasen, bu ikili yapıların her biri, hukuk ile ahlak arasında bulunan zorunlu bağlantıyı temsil eder. Bu teze göre, hukuk ile ahlak arasında hem kavramsal hem de normatif olarak koparılması mümkün olmayan bir bağ vardır. Dolayısıyla Alexy'in teorisindeki ikinci temel tez, "zorunlu bağlantı tezi" dir. Zorunlu bağlantı tezi, "dahil etme tezi", "ahlak tezi" ve "doğruluk tezi" olmak üzere üç tezle desteklenir. Alexy'in başlıca amacı, doğruluk iddiasını ve bu iki temel tezi ispatlamaktır.

Alexy, bu amaç için çeşitli mantıksal argümanlara başvurur. Bu argümanlar, "doğruluk argümanı", "haksızlık argümanı" ve "ilkeler argümanı" dır. Alexy için bu üç argümandan en önemlisi, doğruluk argümanıdır. Diğer iki argüman, sahip oldukları farklı tezlerle, doğruluk argümanını güçlendirir. Bu da demektir ki, bu iki argüman kendi içerisinde çeşitli alt tezlere sahiptir. Haksızlık argümanının temelinde "Radbruch

formülü", "genişletme tezi" ve "çökme tezi" yer alır. İlkeler argümanının temelinde ise "optimizasyon tezi", "çatışma yasası", "dengeleme yasası" vardır. Alexy bu argümanlara ve tezlere ilaveten, hukuk ile ahlak arasındaki zorunlu bağlantıyı ispatlamak için "özel durum tezi", "anayasal haklar tezi" ve "müzakereci demokrasi tezinden" bahseder.

Burada belirtilmesi gereken bir husus, Alexy'in bu argümanları ve tezleri yalnızca hukukun doğruluk iddiasını, ikili doğa tezini ve zorunlu bağlantı tezini ispatlamak için kullanmamış olduğudur. Alexy bu argümanlar ve tezlerle, aynı zamanda bir hukuk tanımı geliştirmeyi, pozitivist yaklaşımlar ile pozitivist olmayan yaklaşımlar arasında kabul edilebilir olanı belirlemeyi hedefler. Alexy, bu hedefe ulaşabilmek için pozitivist olan yaklaşımların savunduğu "ayrılık tezini" ve pozitivist olmayan yaklaşımların savunduğu "bağlantı tezini" ele alır. Ayrıca burada kullanılan "pozitivist olmayan yaklaşımlar" ifadesinin Alexy'e ait olduğunu da belirtmek gerekir. Alexy, bir doğal hukukçu olmakla birlikte teorisinde, "doğal hukuk" ifadesi yerine "pozitivist olmayan yaklaşımlar" ifadesini kullanmayı tercih eder. Bunun nedeni, Alexy'nin pozitivist yaklaşımların belirli ilkelerini reddederken, bazı yönlerini tamamen dışlamaması olarak belirtilebilir. Buraya kadar yapılan bu kısa açıklamanın ardından teorinin ayrıntılarına geçilebilir.

3.3.1. Hukuk Kavramının Temel Unsurları

Alexy'e göre, hukuk kavramı üç temel unsurdan oluşur. Bunlardan ilki, yasaların usulüne uygun çıkarılması, ikincisi toplumsal etkinlik ve üçüncüsü içeriğin ahlaki doğruluğudur.[428] Bu unsurlar, Alexy'nin teorisinde oldukça önemli bir yere sahiptir, öyle ki teorisini temellendirirken sıklıkla bu üç unsura atıfta bulunur. İlk olarak, bu üç unsur aracılığıyla hukukun ikili doğasını gösterir. Hukuk kavramının, usulüne uygun çıkarılma ve toplumsal etkinlik unsurlarının, hukukun gerçek veya olgusal boyutunu, içeriksel ahlaki doğruluk unsurunun ise ideal veya eleştirel boyutunu temsil ettiğini belirtir. Ardından bu iki boyuttan hareketle, pozitivist yaklaşımlar ve pozitivist olmayan yaklaşımlar ayrımını yapar. Hukukun gerekliliklerini belirlerken yalnızca olgusal boyutun dikkate alınması gerektiğini savunanları pozitivist yaklaşımlar, bu belirlemede ideal boyutun da zorunlu olduğunu ileri sürenleri ise pozitivist olmayan yaklaşımlar olarak sınıflandırır.[429] Alexy, bu ayrımın akabinde, hukuka yönelik farklı geçerlilik şartlarını belirler. Hukukun üç temel unsuru, üç farklı geçerliliğe karşılık gelir. Bunlar

---

[428] Robert Alexy, *The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism*, Oxford, 2004, s.3; 13.
[429] Robert Alexy, "The Dual Nature of Law", *Ratio Juris*, 23/2, 2010, s.167.

sırasıyla hukuki geçerlilik, toplumsal geçerlilik ve etik geçerliliktir. Pozitivist yaklaşımlar, hukukun geçerliliğinin yalnızca toplumsal geçerliliğin şartlarına dayandığını iddia ederken, pozitivist olmayan yaklaşımlar ise hukukun geçerliliğinin, toplumsal geçerlilikle birlikte etik geçerliliğin şartlarına da bağlı olduğunu öne sürer.[430] Alexy'in hukuk kavramının üç unsuruna referansla yaptığı bu tasnif işlemi, hukukun olgusal ve ideal boyutu olmak üzere iki boyutu olduğunu iddia eden pozitivist olmayan yaklaşımın doğruluğunu ispatlamak için attığı ilk adım olarak ifade edilebilir. Bu adımın gelişimini takip edebilmek adına Alexy'nin pozitivist yaklaşımlar ile pozitivist olmayan yaklaşımlar arasında yaptığı tasnifi derinleştirmek yararlı olacaktır.

3.3.1.1. Pozitivist ve Pozitivist Olmayan Yaklaşımlar

Alexy' göre, pozitivist yaklaşımların yalnızca olgusal boyutu, pozitivist olmayan yaklaşımların ise olgusal boyutla birlikte ideal boyutu dikkate alması, bu yaklaşımların hukukun ne olduğu sorusunu farklı şekillerde yanıtlamasına neden olur. Bu yanıtlar, hukuk kavramına dair çok sayıda tanım ortaya çıkarır. Alexy, bu çeşitlilik karşısında hangi tanımın ve hangi yaklaşımın doğru ve yeterli olduğunu sorgular.[431] Bu sorgulamada öncelikle pozitivist yaklaşımları inceler. Pozitivist yaklaşımların ortak kabulü, hukuk nedir sorusuna verilecek olan cevabın yalnızca yasaların usulüne uygun çıkarılması ve toplumsal etkinlik unsurlarına bağlı olduğu, içeriksel ahlaki doğruluk unsurunun hiçbir önemi olmadığıdır. Bu yaklaşımları birbirinden ayıran nokta ise usulüne uygun çıkarılma ve toplumsal etkinlik unsurlarının değişik biçimlerde yorumlanması ve değerlendirilmesidir. Bunun sonucunda hukuki pozitivizmin çeşitli versiyonları ortaya çıkmıştır.[432]

Pozitivist yaklaşımlarda ilk grup, hukuku toplumsal etkinliğine göre tanımlayan sosyolojik ve realist kuramlardan oluşur. Bu kuramları birbirinden ayıran, hukukun dışsal boyutuna veya içsel boyutuna odaklanmış olmalarıdır. Hukukun dışsal boyutu, bir norma toplumda düzenli olarak uyulmasını ve uyulmadığı takdirde yaptırımların uygulanmasını ifade eder. İçsel boyut ise bir norma uyulmasının yaptırım tehdidinden veya

---

[430] R. Alexy, *The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism*, s.85-87.
[431] R. Alexy, *a.g.e.*, s.13.
[432] R. Alexy, *a.g.e.*, s.3-4.

zorunluluktan değil, birlikte yaşayan insanların içsel bir motivasyonundan kaynaklandığını belirtir.[433]

Pozitivist yaklaşımda ikinci grup hukuku usulüne uygun yasa belirleme unsuruna göre tanımlar. Bu gruba analitik hukuk teorileri dahildir. Bu teoriler, yasaların belirlenmesinin ve yetkililerin bu sürece katılmasının mantıksal-kavramsal analizini yaparak, hukuku tanımlamaya çalışır. Alexy'e göre, Austin'in, Kelsen'in ve Hart'ın pozitivist teorileri bu grupta yer alır. Bu üç yaklaşım hukuku, yasaları belirleyen bir kaynağa dayanarak açıklar. Austin'de bu kaynak egemen, Kelsen'de temel norm, Hart'ta ise tanıma kuralıdır. Alexy, bu yaklaşımların ortak noktasını, usulüne uygun yasa belirleme unsurunu, toplumsal etkinlik unsuru ile birleştirmeleri olarak ifade eder.[434]

Pozitivist yaklaşımların aksine pozitivist olmayan yaklaşımlar, hukuk kavramını tanımlarken içeriğin doğruluğunu yansıtan ahlaki ögelerin de gözetilmesi gerektiğini ileri sürerler. Pozitivist olmayan yaklaşımlar arasında, hukuku tanımlarken yalnızca bu üçüncü unsuru benimseyen istisnalar olsa da yaklaşımın önemli bir kısmı, hukuk kavramını üç temel unsurdan hareketle tanımlaya çalışır. Dolayısıyla hukuki pozitivistlerde olduğu gibi bu yaklaşımlar da hukukun tanımına yönelik çok farklı yorumlarda ve değerlendirmelerde bulunur.[435] Alexy, hukuk kavramının üç unsuruna bağlı olarak ayrışan pozitivist ile pozitivist olmayan yaklaşımları, teorisine eklenen yeni kavramlarla birlikte farklı bağlamlarda birçok kez ele alır. Bu nedenle, bu yazıda teorinin ayrıntıları geliştikçe pozitivist yaklaşımlar ve pozitivist olmayan yaklaşımların çeşitli versiyonlarına tekrar dönüş yapılacaktır.

Alexy, sorgulamanın ikinci aşamasına geçtiğinde, ilk aşamadan hareketle iki yaklaşımın hukuk tanımları arasındaki tezatlığın ana sebebinin, hukuk kavramı ekseninde süren hukuk ile ahlak ilişkisi olduğunu belirtir. Ardından iki yaklaşım arasındaki farklılığı, bir kez de hukuk ile ahlak ilişkisine dair savundukları tezler bağlamında tasnif eder. Alexy'e göre, pozitivist yaklaşımlar "ayrılık tezini", hukuki pozitivist olmayan yaklaşımlar ise "bağlantı tezini" savunur.[436] Bu tezler, analitik argümanlar ve normatif argümanlarla desteklenir.[437]

---

[433] R. Alexy, *a.g.e.*, s.14-16.
[434] R. Alexy, *a.g.e.*, s.16-19.
[435] R. Alexy, *a.g.e.*, s.4.
[436] R. Alexy, *a.g.e.*, s.3-4.
[437] R. Alexy, *a.g.e.*, s.20.

Ayrılık tezini savunan pozitivist yaklaşım için en güçlü analitik argüman, hukuk ile ahlak arasında kavramsal olarak zorunlu bir bağın bulunmadığıdır. Bu argümana göre, hukuk ile ahlak birbirinden bağımsız sistemlerdir. Her sistem, kendine özgü iç işleyişe sahiptir. Hukuk, ahlak gibi dışsal ögelere başvurmadan geçerliliğini sağlayabilir. Bu argüman, pozitivist yaklaşımların bütün versiyonları tarafından kabul edilir. Aksi halde, ahlaki ögelerden bağımsız bir hukuk tanımına ulaşmak mümkün değildir.[438]

Pozitivist olmayan yaklaşımlar ise hukuk ile ahlak arasındaki kavramsal bağa yönelik analitik argümanlar sunarken daha geniş bir hareket alanına sahiptir. Bu yaklaşımlar, kavramsal olarak zorunlu bir bağın olduğunu iddia edebilecekleri gibi böyle bir iddiada bulunmaya da bilirler. İlk durum söz konusu olursa ve bu bağın zorunlu olduğu mantıksal olarak açıklanırsa pozitivist yaklaşımlar haklı olur. Ancak açıklanamazsa bu durum pozitivist olmayan yaklaşımlar için bir son değildir. Çünkü pozitivist olmayan yaklaşımlar, hukuk tanımlarında ahlaki ögelerin zorunlu olarak bulunduğunu normatif argümanlar aracılığıyla da açıklayabilir.[439]

Burada önemli olan, normatif argümanların yalnızca pozitivist olmayan yaklaşımlara ait olmamasıdır; pozitivist yaklaşımlar da tezlerini ispatlamak için normatif argümanlara başvurur. Her iki yaklaşım da kendi tezlerine göre normatif gerekçeler sunar. Örneğin, pozitivist yaklaşımlar hukuk kavramına dilsel açıklık kazandırmak amacıyla ahlaki ögelerin hukuka dahil olmadığını, pozitivist olmayan yaklaşımlar ise yasaların sebep olduğu adaletsizliği önlemek için hukuk ve ahlakın bağlantılı olması gerektiğini savunur.[440] Ancak pozitivist yaklaşımlar için normatif argümanlar tek başına yeterli değildir. Pozitivistlerin, hukuk ile ahlak arasında kavramsal olarak zorunlu bir bağın olmadığını ispatlamak için önce analitik argümanlar sunması zorunludur. Çünkü pozitivist yaklaşımların iddiası, radikal bir temele oturur. Hukuk ile ahlak arasında zorunlu bir bağ olduğu genellikle toplumsal ve tarihsel örneklerle desteklenir ve sezgisel olarak kendiliğinden kabul edilir. Buna karşın, pozitivist yaklaşımların iddiasına yönelik geçmiş örnekler, ayrılık tezinin kabul edilemez olduğunu gösterir. Alexy'nin vermiş olduğu örneklerden biri, 1968 yılında Anayasa Mahkemesi tarafından Yahudilerin vatandaşlıktan çıkarılmasıyla ilgili alınan karardır. Bu karara göre, 1941 tarihli İmparatorluk Vatandaşlık Yasasına dayanarak savaştan kısa bir süre sonra Amsterdam'a

---

[438] R. Alexy, *a.g.e.*, s.21.
[439] R. Alexy, *a.g.e.*, s.21.
[440] R. Alexy, *a.g.e.*, s.21-22.

göç eden Yahudi bir avukatın Alman vatandaşlığının elinden alınması, ilgili yasanın adaletin temel ilkelerini ihlal etmesinden dolayı yok hükmündedir. Nasyonal sosyalist hukuk kuralları, hukukun ve adaletin değerlerden bağımsız olarak otoritenin takdirine ve yaptırımlarına bağlı olamayacağını, adaletsizliğin tahammül edilemez bir boyuta ulaşması durumunda yasanın geçerliliğini sürdüremeyeceğini göstermiştir.[441] Dolayısıyla geçmiş örnekler, ayrılık tezini benimseyen pozitivist yaklaşımların hukuku yalnızca usulüne uygun olarak ve toplumdaki etkin varlığına dayanarak açıklamasının, adaletsizliği ve hukuksuzluğu önlemek için yeterli olmadığını ortaya koymuştur. Bu nedenle, pozitivist olmayan yaklaşımların hukuk ile ahlak arasındaki zorunlu bağı ispatlamak için katı analitik savunmalar yapması mecburi değilken pozitivist yaklaşımlar güçlü analitik argümanlara zorunlu olarak ihtiyaç duyar.

3.3.2. Hukuk ile Ahlak Arasındaki Zorunlu Bağın Kanıtlanması

Alexy, her ne kadar pozitivist olmayan yaklaşımların hukuk ile ahlak arasındaki zorunlu kavramsal bağı göstermek için analitik argümanlar sunmasının mecburi olmadığını belirtse de teorisinin amacı, pozitivist olmayan yaklaşımların haklılığını ispatlamak adına bu bağı gösterebilmektir. Böylece Alexy, sorgulamasının yeni aşamasında, doğru ve kabul edilebilir olduğunu ileri sürdüğü pozitivist olmayan yaklaşımların ve bağlantı tezinin haklılığını kanıtlamaya çalışır. Alexy'e göre, hukuk ile ahlak arasında hem kavramsal olarak hem de normatif olarak zorunlu bir bağ vardır. Bu bağın zorunlu olduğunu, beş ayrımdan meydana gelen kavramsal bir çerçeve içerisinde temellendirmek mümkündür.[442] Bu beş ayrım şunlardır:

1. Geçerliliği göz ardı eden ve geçerliliği benimseyen hukuk kavramları
2. Norm sistemleri ve süreç sistemleri olarak hukuk sistemleri
3. Gözlemci ve katılımcı perspektifleri
4. Sınıflandırıcı ve nitelendirici bağlantılar
5. Kavramsal olarak gerekli ve normatif olarak gerekli bağlantılar.[443]

Alexy bu çerçeve aracılığıyla, hukuk ile ahlak arasındaki kavramsal bağı ve normatif bağı zorunlu kılan kavramları gösterir, bu kavramlar arasındaki ilişkileri açıklar ve mantıksal bir sistem içine yerleştirmeye çalışır. Bu beş ayrım ve her bir ayrımda yer

---

[441] R. Alexy, *a.g.e.*, s.5-7.
[442] R. Alexy, *a.g.e.*, s.23.
[443] R. Alexy, *a.g.e.*, s.23-26.

alan kavramlar, hukuk ile ahlak ilişkisindeki ikilikler olarak değerlendirilebilir. Bu ikilikler, hukuk ile ahlakın karşı karşıya geldiği kritik durumları ifade eder. Bunlar üzerine bir sorgulama, hukuk ile ahlak ilişkisini hem teorik temellerine göre hem de pratik sonuçlarına göre değerlendirme fırsatı sunar.

Alexy, teorisinde beş ayrımın her birine önem verse de gözlemci ve katılımcı perspektifleri ayrımı ile sınıflandırıcı ve nitelendirici bağlantılar ayrımından diğerlerine kıyasla daha sık bahseder. Çünkü bu iki ayrım, aynı zamanda diğer üç ayrımın içeriğini kapsar. Gözlemci ve katılımcı perspektifleri ayrımı ile sınıflandırıcı ve nitelendirici bağlantılar ayrımına yönelik bir açıklama, dolaylı olarak diğer üç ayrıma göndermede bulunur. Dolayısıyla bu çalışmada da bu iki ayrıma daha çok yer verilecektir. Bu iki ayrımın ayrıntılarına geçmeden önce bu beş ayrım kısaca şu şekilde izah edilebilir: Birinci ayrıma göre, hukukun geçerliliğine ilişkin iki tür hukuk kavramı vardır. Bunlardan ilki, hukukun geçerli olup olmadığını dikkate almaksızın hukuku, var olan kurallar sistemi olarak belirtir. İkincisi ise hukuku, hem var olan hem de varlığı geçerlilik şartını içeren bir hukuk sistemi olarak tanımlar. Alexy'e göre, pozitivizme karşı hukuk ile ahlak arasındaki zorunlu bağlantıyı ispatlayabilmek için bu ikilik arasından ikinci tanımı seçmek gerekir.[444] Zira ikinci tanım, hukukun hem olgusal boyutunu hem de ideal boyutunu içerir.

Kavramsal çerçevenin ikinci ayrımı, hukuk sisteminin, süreç sistemi veya norm sistemi olarak görülmesiyle ilgilidir. Hukuk sistemi bir süreç sistemi olarak değerlendirildiğinde, normların oluşturulma, uygulanma ve yürütülme yöntemlerine bir diğer ifadeyle, hukukun iç işleyişine odaklanılır. Bu sistemin bir norm sistemi olduğu kabul edildiğinde ise hukuk sisteminin belirli prosedürler sonucunda ortaya çıkan dışsal ürünleri olarak normlar dikkate alınır.[445] Böylece, bu ayrımdan hareketle hukuk ve ahlak ilişkisi üzerine yapılacak bir analizde, hukukun iç işleyişinde ahlaki gerekçelerin rolü olup olmadığı veya ortaya çıkan normların ahlaki geçerlilikleri tartışılabilir.

Üçüncü ayrım, gözlemci perspektifi ve katılımcı perspektifi arasındaki farkları ifade eder. Gözlemci perspektifi, bir hukuk sistemindeki kararlar ile kuralların doğruluğunu değerlendirmeksizin kararların nasıl alındığını ve kuralların nasıl uygulandığını anlamaya çalışanların bakış açısıdır. Örneğin, beyaz ırkın üstünlüğünü

---

[444] R. Alexy, *a.g.e.*, s.23-24.
[445] R. Alexy, *a.g.e.*, s.24-25.

ifade eden *Apartheid* yasalarının geçerli olduğu bir Afrika ülkesine gitmek isteyen siyah tenli bir insanın, gideceği ülkenin hukuk sistemi hakkında araştırma yapması, gözlemci perspektifidir. Burada gözlemci, ilgili yasanın doğruluğuna veya adilliğine değil, hukuk sisteminin nasıl işlediğine odaklanır. Buna karşılık katılımcı perspektifi, kararların ve kuralların doğruluğunu sorgulayan, hukuk sistemini dışarıdan gözlemlemek yerine sistemin işleyişine aktif olarak katılan, hukuk yetkililerinin ve vatandaşların bakış açısıdır.[446] Farklı bir şekilde ifade etmek gerekirse, gözlemci perspektifi deneyimlere ve gözlemlere dayalı olgusal argümanlara dayanırken, katılımcı perspektifi olgusal argümanlara ilaveten doğru ve adil olana ilişkin normatif argümanlar da ileri sürmek zorundadır.[447] Bu ayrım doğrultusunda, Alexy'nin tezini destekleyen bakış açısının katılımcı perspektifi olduğu belirtilebilir. Çünkü Alexy'e göre, bir hukuk sisteminin gözlemciler olmadan inşa edilmesi mümkünken katılımcılar olmadan inşa edilmesi söz konusu değildir. Bu nedenle katılımcı perspektifi, "pozitivist olan yaklaşımlar ve pozitivist olmayan yaklaşımlar arasındaki tartışmanın savaş alanıdır".[448]

Kavramsal çerçevenin bir sonraki ayrımı, sınıflandırıcı bağlantılar ve nitelendirici bağlantılardır. Sınıflandırıcı bağlantılar, bir hukuk sisteminin veya hukuk normlarının belirli ahlaki ölçütlere sahip olmadığında veya ahlaki ölçütleri yerine getirmediğinde hem kavramsal olarak hem de normatif olarak bir hukuk sistemi veya hukuk normu olamayacağını belirtir. Sınıflandırıcı bağlantılar, bağlantı tezi ile ilişkilidir. Niteleyici bağlantılar ise ahlaki ölçütlere sahip olmayan veya ahlaki ölçütleri yerine getirmeyen hukuk sistemlerinin veya hukuk normlarının, hukuki olarak varlığını sürdürmeye devam ettiğini ama kavramsal ve normatif nedenlerden dolayı bu varlığın hem hukuken hem de ahlaken kusurlu ve eksik olduğunu ifade eder. Nitelendirici bağlantıların bu ifadesi, hukukun birtakım hukuki ideallere sahip olduğu düşüncesine dayanır.[449] Sonuç olarak, sınıflandırıcı bağlantılar, hukukun varlığı için ahlaki ölçütlerle bağının zorunlu olduğunu savunur. Niteleyici bağlantılar ise hukukun ahlaki ölçütleri içermesinin zorunlu olmadığını, ancak hukuki ideallere erişebilmek için gerekli olduğunu kabul eder.

Hukuk ile ahlak arasındaki ikiliği ifade eden son ayrım, kavramsal olarak gerekli bağlantılar ve normatif olarak gerekli bağlantılardır. Bunlardan ilki, hukukun tanımı icabı

---

[446] R. Alexy, *a.g.e.*, s.25.
[447] R. Alexy, "The Ideal Dimension of Law", *Natural Law Jurisprudence* içinde, (eds. George Duke and Robert P. George), Cambridge, 2017, s.324.
[448] R. Alexy, "a.g.m.", s.326.
[449] R. Alexy, *The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism*, s.26.

ahlakla zorunlu bir bağlantısı olup olmadığını, ikincisi ise hukukun ahlaka uygun olmasının gerekli olup olmadığı tartışmasını içerir. Bu iki kavram, hukuk ile ahlak arasındaki zorunlu bağlantıya karşı öne sürülen argümanları belirtir. Daha önce ifade edildiği gibi Alexy'nin amacı, hukukun ahlakla olan zorunlu bağlantısını hem kavramsal argümanlarla hem de normatif argümanlarla ispatlayabilmektir. Bu nedenle Alexy, bu iki argüman arasında bir tercihte bulunmaz; bilakis bu iki argümanı bir arada kullanmak için çabalar. Bu bir aradalık şu şekilde izah edilebilir: Alexy'e göre, hukukun ne olduğunu tanımlama amacı taşıyan kavramsal argümanlar, hukuk kavramının kapsamına giren tüm soruları yanıtlayabilmek için normatif argümanlarla bağlantılı olmalıdır. Çünkü kavramlar, yalnızca kavramsal olarak çözümlenecek bir doğaya sahip değildir. Kavramlar, hukukun olgusal ve ideal boyutlarını içeren ikili bir doğadan oluşur. Kavramlar bir taraftan, ortak dil kullanımıyla ortaya çıkan kelimelere ilişkin toplumsal kabullerdir. Bu hukukun, olgusal boyutunu ifade eder. Diğer taraftan kavramlar, doğru olma talebinde bulunan toplumsal kabullerdir. Bu ise hukukun ideal boyutunu temsil eder. Dolayısıyla hukuk, toplumsal bir kavramdır. Toplumsal bir kavram olarak hukukun analitik-kavramsal analizi, normatif değerlendirmeleri de gerektirir. Normatif argümanlar, toplumsal pratiklerin olması gerekenin en iyi şekline göre değerlendirilmesini içerir.[450] Ayrıca hukuku yalnızca normatif argümanlara dayanarak açıklamak, hukukun yapısını, unsurlarını ve işlevlerini göz ardı etmek anlamına gelir. Bu nedenle kavramsal argümanlar ve normatif argümanlar birlikte ele alınmalı ve birbirini tamamlamalıdır.

Alexy'e göre, bu beş ayrım, hukuk ile ahlak arasında zorunlu bir bağlantı olup olmadığına yönelik tartışmaların çok boyutlu olduğunu ve bu tartışmaların daha da derinleşebileceğini gösterir. Öyle ki Alexy, bu beş ayrımda yer alan kavramlarla 32 kombinasyon yapar. Her bir kombinasyonda, hukuk ile ahlak arasındaki ilişkinin hem zorunlu olarak var olduğu hem de var olmadığı ileri sürülebilir. Bu ise kombinasyon sayısını 64'e çıkarır. Tartışmanın, belirtilen beş ayrım dışında farklı kavramlar üzerinden de yürütülebileceği düşünüldüğünde, kombinasyonların sayısı çok daha büyük olabilir. Alexy'e göre bunun nedeni, tartışmacıların hukuk ile ahlak arasındaki ilişkiye aynı perspektiften bakamıyor olmalarıdır. Bazıları bu ilişkiyi gözlemci bakış açısı ile tartışırken, diğerleri meseleyi katılımcı bakış açısı ile ele alır. Dolayısıyla Alexy, tartışmanın kaotik hale gelmesini ve sonuçsuz kalmasını önlemek için hukuk ile ahlak

[450] R. Alexy, "The Ideal Dimension of Law", s.320-321.

arasındaki zorunlu bağlantıyı gözlemci perspektifi ve katılımcı perspektifini karşılaştırarak analiz eder.[451]

Alexy, bu analizi yaparken iki yöntem kullanır. Önce analizin merkezine, hukuk ile ahlak arasındaki tartışmanın temelinde yer alan geçerlilik ve doğruluk iddialarını yerleştirir. Daha sonra, bu iki iddianın münferit normlardaki ve hukuk sistemindeki yerini gözlemci perspektifi ile katılımcı perspektifi açısından ayrı ayrı değerlendirir. Örneğin, gözlemci perspektifinden hareketle hukuk ile ahlak arasındaki ilişkiyi analiz ederken gözlemcinin hukukun geçerliliğine ve doğruluğuna bakışını, hem münferit normlar hem de hukuk sisteminin bütünü açısından inceler. Her iki perspektifin bu şekilde incelenmesiyle Alexy, hukuk ile ahlak arasındaki tartışmayı, bu tartışmanın zorunlu olduğunu gösterecek şekilde neticelendirmeye çalışır. Ayrıca Alexy, bu analizle pozitivist ve pozitivist olmayan yaklaşımlar ile bu yaklaşımlara ait ayrılık ve bağlantı tezlerinden hangisinin doğru ve kabul edilebilir olduğunu belirler.

3.3.2.1. Doğruluk ve Haksızlık Argümanı

Alexy, analizin merkezinde yer alan geçerlilik ve doğruluk iddialarını, haksızlık ve doğruluk argümanlarıyla açıklar. Doğruluk argümanına göre, bir hukuk sisteminin genelinde ve sistemi oluşturan her unsurunda zorunlu olarak doğru olma talebi vardır. Belirlenen münferit kurallar ve alınan münferit kararlar gibi hukukun tek tek her parçası, doğru olma amacını taşır.[452] Ancak Alexy'e göre, hukukta teorik olarak iddia edilen doğruluk talebinin, pratik olarak her zaman yerine getirilmesi mümkün değildir. Bu durum, doğruluk talebini ortadan kaldırmaz; hukuk kavramının bir gereği olarak doğruluk talebi zorunlu olarak ileri sürülmeye devam eder. Bir hukuk sisteminde bu iddianın tam olarak yerine getirilmemesi, ortaya çıkan adaletsizlikle fark edilir. Bu ise hukuk ile ahlak arasında çatışmaya neden olur. Bu çatışmanın çözümü, haksızlık argümanını gerektirir. Haksızlık argümanına göre, "bir normlar sistemi, eğer genel olarak aşırı derecede adaletsizse hukuki niteliğini yitirir".[453] Bir diğer ifadeyle haksızlık argümanı, hukuk ile ahlak arasındaki bağlantının zorunlu olduğunu belirtir. Hukukun doğruluk talebini veya adil olma talebini yerine getirememesinden kaynaklanan bir hukuk-ahlak çatışması, hukukun geçerliliğini yitirmesiyle sonuçlanır.

---

[451] R. Alexy, *The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism,* s.26-27.
[452] R. Alexy, *a.g.e.,* s.35-36.
[453] R. Alexy, *a.g.e.,* s.63-64.

Alexy, doğruluk argümanı ve haksızlık argümanı aracılığıyla ulaşılan bu sonucun, münferit normlar ve hukuk sistemi açısından geçerliliğini önce gözlemci perspektifinden daha sonra katılımcı perspektifinden hareketle şu şekilde analiz eder:

1. Gözlemci perspektifi-Münferit Normlar Analizi: Alexy, haksızlık argümanının münferit normlardaki geçerliliğini çalışmamızda daha önce bahsedilmiş olan Gustav Radbruch formülü ile temellendirir. Hatırlatmak amacıyla formül kısaca şu şekilde belirtilebilir: Pozitif hukuk kuralları tahammül edilemeyecek düzeyde adaletsizlik içerdiğinde geçerliliğini kaybeder. Ancak eğer haksızlık ve adaletsizlik tahammül edilemeyecek düzeyde değilse pozitif hukuk kuralları içerdiği haksızlık ve adaletsizlikle yürürlükte kalmayı sürdürür.[454]

   Alexy, burada tekrar yukarıda örnek olarak verilen vatandaşlık yasasına başvurur. Gözlemci perspektifiyle bu yasaya bakıldığında gözlemcinin tespiti, Alman yasalarının ve mahkemesinin usulüne uygun olarak yürürlüğe girmiş bir normun lafzına dayanarak Yahudi avukatın vatandaşlıktan çıkartılmasına karar verdiği, ancak, Yahudi avukatın Alman hukukuna göre vatandaşlıktan çıkartılmadığı olacaktır. Bu ise gözlemcinin tespitinde bir çelişki ortaya çıkarır. Çünkü herhangi bir ülkenin hukuk sistemini gözlemleyen biri için o ülkenin hukuku yalnızca hukuk normlarına göre işleyen mahkemeler, kurumlar ve kararlardan oluşur. Gözlemci, bir başka ülkenin hukukuna, nesnel bir bakış açısıyla ahlaki değerlendirmelerde bulunmaksızın bakar. Dolayısıyla bir başka hukukun münferit normlarında hukuk ile ahlak arasındaki zorunlu bağlantıyı araştıracak olan bir gözlemcinin, pozitivist ayrılık tezinin doğru olduğu sonucuna ulaşması muhtemeldir. Gözlemci bakış açısına göre, Radbruch formülü münferit normlar için geçerli değildir.[455]

2. Gözlemci Perspektifi-Hukuk Sistemi Analizi: Alexy, gözlemci bakış açısının münferit normlar için ulaştığı bu sonucun ardından aynı sonucun bir hukuk sisteminin bütünü için de geçerli olup olmadığını sorgular ve şu soruyu sorar: "Ahlaki ilkelere yönelik ihlaller, normlardan oluşan bir hukuk sisteminin hukuk olma niteliğini ortadan kaldırır mı?"[456]

---

[454] R. Alexy, *a.g.e.*, s.28.
[455] R. Alexy, *a.g.e.*, s.28-31.
[456] R. Alexy, *a.g.e.*, s.31.

Alexy, bu soruya verdiği cevabı doğruluk argümanından hareketle açıklar. Bu açıklamada, öncelikle hukuk sistemi ve silahlı çeteler arasında yaptığı ayrımdan bahseder. Alexy'e göre, hukukun belirli bir amaca yönelik bütünlük içerisinde işleyen düzenli bir sistem olması gibi silahlı çeteler de amaçlarına ulaşabilmek için belirli bir sisteme sahiptir. Ancak çetelerin belirli bir sisteminin olması veya kuralların geçerliliğinin olması, bu sistemin hukuk sistemi olarak kabul edilmesi için yeterli değildir. Hukuk sistemini bu tür çetelerin sisteminden ayıran şey, doğru olma talebidir. Bu talep, hukuk kavramına ait zaruri unsurlarından biridir. Hukuk sisteminin varlığı, yalnızca kurallar belirlemeye ve kararlar almaya değil, bu kural ve kararların doğru olmasına bağlıdır. Bu nedenle, doğru olma talebinin hukuka sınıflandırıcı bir anlam kattığını söylemek mümkündür. Çünkü hukukun doğru olma talebi, ahlaki bir kriteri yerine getirme amacını ifade eder. Hukuk sisteminde hem hukuki hem de ahlaki sorunlar bu talep sağlanmadığında ortaya çıkar. Dolayısıyla bu talep, gözlemcinin pozitivist ayrılık tezini bütün hukuk sisteminde doğru kabul etmesini sınırlar.[457]

3. Katılımcı Perspektifi-Münferit Normlar Analizi: Alexy'e göre, katılımcı perspektifi için doğru olan hukuk ile ahlak arasındaki bağlantının zorunlu olduğunu bildiren bağlantı tezidir. Bu nedenle, bir katılımcı için hem münferit normların hem de hukuk sisteminin ahlakla bağlantısı olmalıdır. Münferit normlar söz konusu olduğunda bağlantı, sınıflandırıcı ve nitelendiricidir. Buna göre, tüm münferit normlar doğruluk iddiası taşır. Bu iddiayı taşımayan veya taşıdığı halde yerine getirmeyen münferit normlar, hukuki olma niteliğini kaybeder ve kusurlu olarak geçerli sayılır.[458] Ancak bu normlar adaletsizlikte tahammül sınırını aştığı takdirde hukuken geçersiz ilan edilir.[459] Böylece katılımcı perspektifine göre, Radbruch formülü münferit normlar için doğru kabul edilir.

4. Katılımcı Perspektifi-Hukuk Sistemi Analizi: Alexy, hukuk sisteminin tamamen kusurlu veya geçersiz olma olasılığını katılımcı açısından analiz ederken haksızlık argümanının iki alt tezine başvurur. Bu tezler, genişletme ve çökme tezidir.

   Genişletme tezine göre, bir hukuk sisteminin, temelinde yer alan maddi normların aşırı adaletsizliği nedeniyle hukuki niteliğini kaybetmesi, adaletsiz olmasalar bile

[457] R. Alexy, *a.g.e.*, s.32-35.
[458] R. Alexy, *a.g.e.*, s.36.
[459] R. Alexy, *a.g.e.*, s.40.

sistemin bütün normlarını etkiler ve bu normların da hukuki niteliğini kaybetmesine neden olur. Bunun sonucunda bütün hukuk sistemi kusurlu hale gelir. Ancak Alexy'e göre bu tez, hukukun güvenliğini tehdit eder. Radbruch formülü, normların adaletsiz olsalar da tahammül edilemeyecek duruma gelmedikçe kusurlu normlar olarak hukuk sisteminde yer alması gerektiğini belirtir. Tahammül eşiğinin altında olan normların ve hukuk sisteminin hukuki niteliğini kaybetmesi hukuk sistemine güvensizlik duyulmasına neden olur. Bu nedenle aşırı adaletsizlik sınırını aşmayan normlar, hukuk sisteminin genel adaletsizliği içerisinde yer alsalar da hukuki niteliklerini korumalıdır. Hukuk güvenliğinden ancak adaletsizlikte tahammül sınırını aşan, aşırı uç münferit normlar söz konusu olduğunda taviz verilebilir.[460]

Çökme tezine göre, adaletsizlikte tahammül eşiğini aşan çok sayıda münferit normun varlığı, zamanla hukuk sisteminin çökmesine neden olur. Çökmenin nedeni, genişleme tezinde olduğu gibi adaletsizliğin tüm sistemi etkisi altına alması değil, hukuk sisteminde aşırı adaletsiz olduğu gerekçesiyle hukuki niteliğini kaybeden normlardan geriye bir şey kalmamasıdır. Alexy'e göre, çökme tezinin çok sayıda münferit normun hukuki niteliğini kaybetmesi durumunda hukuk sisteminin öz yapısının değişeceğini belirtmesi doğrudur. Ancak buradaki değişim, hukuk sisteminin varlığının sona ermesi olarak düşünülmemelidir. Değişim, hukuk sisteminin bağlı olduğu değerler, temel ilkeler ve adalet anlayışı gibi unsurları kapsayan içeriksel kimlikte yaşanır. Çöken hukuk sisteminin varlığı değil, değişime uğrayan eski içeriksel kimliktir. Ayrıca Alexy, hukuki niteliğini kaybeden münferit normların sayısı ne kadar artarsa artsın niteliğini kaybetmeyen asgari sayıda normun, hukukun varlığını sürdürmesi için yeterli olduğunu belirtir.[461]

Sonuç olarak Alexy'e göre, bir hukuk sisteminin, münferit normlarındaki adaletsizlik nedeniyle tamamen kusurlu sayılması veya hukuki niteliğini kaybetmesi hukukun güvenliği için tehlikelidir. Bir hukuk sisteminin geçerlilik niteliğini kaybetme tehlikesinden ancak, adaletsiz kuralların ve kararların tahammül edilemeyecek sayıya ulaşması ve hukuk sisteminin geneline dağılması durumunda bahsedilebilir. Böyle bir durumda yapılması gereken, hukuk

---

[460] R. Alexy, *a.g.e.*, s.64-66.
[461] R. Alexy, *a.g.e.*, s.66-67.

sisteminin doğru olma iddiasına ve dolayısıyla adalet ilkesine göre yeniden yapılanmasıdır. Böylece Alexy, katılımcı perspektifinden hukuk ile ahlak arasındaki bağlantının hukuk sisteminin geneli için de zorunlu olduğu yargısına ulaşır. Bu perspektife göre hem münferit normlar hem de hukuk sisteminin bütününde doğru olan, pozitivist olmayan bağlantı tezidir.

Alexy, bu analiz sonucunda, hukuk ile ahlak arasında zorunlu bir bağlantı olmadığını savunan pozitivist ayrılık yaklaşımının yalnızca gözlemcinin münferit normlara bakışında geçerli olabileceğini ancak bu geçerliliğin hukuk sistemlerinin doğruluk iddiası nedeniyle sınırlı olduğunu belirtir. Bir hukuk sistemini, suç örgütlerinden ayıran en temel unsur, doğru olma iddiasında bulunmasıdır. Pozitivist ayrılık yaklaşımı, yalnızca hukukun olgusal boyutuna odaklanarak, hukukun doğruluk talebinde bulunan ideal boyutunu göz ardı ettiğinde hukuk sistemini bu örgütlerden ayıramaz. Dolayısıyla gözlemci perspektifinin pozitivist ayrılık tezini savunması, hukuki geçerliliği temellendirememesi nedeniyle eksik bir bakış açısını ifade eder.

Bu bakış açısının aksine katılımcı perspektifinin pozitivist olmayan bağlantı yaklaşımı, bir hukuk sisteminin doğruluk iddiasını öne süren ideal boyutu ile bu sistemin münferit normlardan oluşan olgusal boyutu arasında zorunlu bir bağlantı olduğunu savunur. Bu bağlantı, bir hukuk sisteminin suç örgütlerinden ayrılmasını ve insanların güvenini kazanmasını sağlayan haklı bir temel oluşturur. Böylece bu temel, hukukun geçerliliğini doğruluk iddiası ile gerekçelendirerek pozitivist ayrılık yaklaşımının eksikliğini giderir. Bu nedenle Alexy'e göre doğru ve kabul edilebilir olan yaklaşım, katılımcı perspektifinin pozitivist olmayan bağlantı tezidir.

3.3.2.2. İlkeler Argümanı

Alexy, hukuk ile ahlak arasındaki zorunlu bağlantıyı göstermek için yaptığı bu analizin sonuçlarını daha güçlü savunabilmek ve pozitivist ayrılık yaklaşımının eksikliğini bir kez daha ispatlayabilmek için ilkeler argümanına başvurur. İlkeler argümanı, hem pozitivist yaklaşımlar hem de pozitivist olmayan yaklaşımlar tarafından kabul edilir ve pozitif hukuktaki "boşluk" durumuna odaklanır. Hukuki boşluklar, pozitif hukuk kurallarının belirli bir sorunu çözmekte yetersiz olduğu durumları ifade eder. Bu argümana göre, hemen her hukuk sisteminde boşluk oluşturacak pek çok neden vardır.

Bunlar arasında hukuk dilinin belirsiz olması, normlar arasında çelişkilerin ortaya çıkması, verilen karara dayanak olacak normun bulunmaması sayılabilir.[462]

İlkeler argümanı, bu nedenlerin yarattığı boşluk durumunu çözmenin tek yolunun, hukuk dışı unsurlara başvurmak olduğunu belirtir. Alexy'e göre, böyle bir durumda hukuk dışı unsurlara başvurmak zorunda olan, hukuk ile yasayı özdeş kabul eden pozitivist yaklaşımlardır. Çünkü, eğer boşluk durumunda sorunu pozitif hukuktan hareketle çözebilselerdi, boşluk hiç ortaya çıkmazdı. Bu nedenle, herhangi bir davada uygulanacak yasa belirsizse ve hukuksal yöntemin kuralları kesin bir sonuca götürmüyorsa pozitivistler için tek yol, kararın hukuk dışı unsurlardan hareketle çözülmesidir. Pozitivist olmayan yaklaşımların ise bu konuda bir zorunluluğu yoktur. Onlar, hukuk ile yasayı özdeş kabul etmeyerek, hukukun dış etkenlerle ilişkisini tanırlar ve hukuki boşluk durumunda, hukukun gerekli sonuca ulaşacağını ifade ederler.[463] Dolayısıyla pozitivist yaklaşımlar, hukuk ile ahlak arasındaki zorunlu bağlantıyı kabul etmeyerek, hukuki boşluk durumlarında da eksik kalırlar.

Bu sonucu daha iyi temellendirebilmek amacıyla Alexy, kurallar ve ilkeler arasında ayrım yapar. Bu ayrımı, kuralların ve ilkelerin kendi içerisinde çatışması durumunda çatışmayı çözmek için kullandıkları farklı yöntemler üzerinden gerçekleştirir. Alexy'e göre bu çatışmaların ortak sorunu, aynı hukuki durum için iki ayrı kuralın veya iki ayrı ilkenin uygulanması sonucunda birbiriyle çelişen, farklı hukuki kararlara ulaşılmasıdır.[464]

Kurallar arasında ortaya çıkan bir çatışma, kurallardan birine "istisna hükmü" eklenmesi veya kurallardan birinin ya da her ikisinin geçersiz ilan edilmesiyle çözülür. Örneğin, trafik kurallarına göre kırmızı ışıkta geçmek yasaktır. Ancak bu kural, trafiğin normal akışında geçerlidir. Acil durumlarda hem olaya müdahale eden araçların hem de bu araçlara yol verecek araçların kırmızı ışıkta geçmesine izin verilir. Bu izin, trafik kurallarının kırmızı ışıkta geçmeyi yasaklayan hükmüne bir istisna olarak eklenir ve kırmızı ışıkta geçmeyi yasaklayan kural ile kırmızı ışıkta geçmeye izin veren kural arasındaki çatışmayı önler. Fakat çatışma, bir istisna hükmünün eklenmesi ile

---

[462] R. Alexy, *a.g.e.*, s.68-69.
[463] R. Alexy, *a.g.e.*, s.10; s.69.
[464] Robert Alexy, "On the Structure of Legal Principles", *Ratio Juris*, 13/3, 2000, s.295.

önlenemiyorsa yapılması gereken ilgili kuralın veya kuralların geçersiz kabul edilmesidir.[465]

Kurallar çatışmasından farklı olarak, ilkeler arasında ortaya çıkan bir çatışmanın istisna hükmü ve geçersiz kılma yöntemleriyle çözülmesi mümkün değildir. Çünkü ilkeler, kurallar gibi değişmez ve kesin emirler değildir; ilkelerin koşullara göre en iyi derecede gerçekleşmesini isteyen, değer nitelikli optimizasyon emirleridir. Bu da demektir ki, ilkeler her olayda farklı öncelik derecelerinde gerçekleşir. Herhangi bir olayda ilkelerden biri, diğer ilkelerden daha öncelikli olabilirken aynı ilke, başka bir olayda daha az öncelikli hale gelebilir. Dolayısıyla hiçbir ilke, diğer ilkelerden kesin olarak daha öncelikli veya daha üstün değildir. Kuralların aksine ilkeler, dinamik ve esnek bir yapıya sahiptir. İlkeler arasında bir çatışma olduğunda, ilkelerden birine sabit bir istisna hükmü eklemek bu ilkeyi diğer ilkeler karşısında daha üstün kılar. Bu durum, üstün olduğu ileri sürülen ilkenin farklı bağlamlarda değerlendirilmesini engeller. Örneğin, ifade özgürlüğü ilkesi ile özel hayatın gizliliği ilkesinin çatıştığı bir olayda, ifade özgürlüğünün, özel hayatın gizliliğine istisna sayılması, bu iki ilkenin karşı karşıya geldiği her olayda özel hayatın gizliliği ilkesinin ikinci plana atılmasına veya geçersiz sayılmasına neden olur. Ancak bir başka olayda, söz gelimi kamu yararını ilgilendiren bir meselede, özel hayatın gizliliği ilkesi daha öncelikli olabilir. Bu nedenle, ilkeler arasında ortaya çıkan bir çatışmanın çözüm yolu, tartma ve dengeleme yöntemini kullanmaktır. Bu yöntem sayesinde çatışan ilkeler olayın bağlamına göre değerlendirilir; önceliği ağır basan ilkeye karar verilir ve bu ilkeye koşullu bir öncelik tanınarak sorun çözülür.[466]

Alexy için bu çözüm yolu, katılımcı perspektifinden pozitivist olmayan bir yaklaşıma aittir. Bir pozitivist için çatışmayı tartma ve dengeleme yöntemiyle çözmek pozitif hukuk kurallarının ötesine geçerek ahlaki bir değerlendirme yapmak anlamına gelir. Pozitivist için doğru olan, sorunları mümkün olduğunca pozitif hukuk kurallarına istisna hükmü ekleyerek çözmektir. Ancak boşluk durumlarının varlığı gösterir ki bazı olayların çözümü için yalnızca yazılı kurallara istisna hükmü eklemek yeterli değildir. Yukarıda verilen örnekte olduğu gibi bazı olaylar yalnızca ilkelerle ilgilidir ve ilkelerin yöntemlerine göre çözülür. Alexy'e göre, bu gibi olaylara her hukuk sisteminde rastlanır ve ilkeler zorunlu olarak bütün hukuk sistemlerine dahil olur. Pozitivist yaklaşımların, buna itiraz ederek pozitif hukuk sistemlerine ilkeleri ve ilkelerin yöntemlerini dahil

---

[465] R. Alexy, "a.g.m.", s.295-296.
[466] R. Alexy, "a.g.m.", s.296-297; R. Alexy, *The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism*, s.70.

etmemeleri, bir kez daha eksik olduklarını gösterir. Çünkü Alexy'e göre, hukuk sistemi, yalnızca karara odaklanan bir normlar sistemi değildir. Hukuk sistemi aynı zamanda karar alma süreçlerinde başvurulan usullerin, kullanılan yöntemlerin de sistemidir. Bu nedenle bu süreçte sistem tarafından dikkate alınan her şey hukuk sistemine dahildir.[467]

Bununla birlikte Alexy, ilkelerin hukuk sistemine dahil olmadığı iddiasını çürütmenin bir diğer yolunun doğruluk argümanı olduğunu belirtir. Alexy'e göre, ilkelerin hukuk sistemine dahil olmadığı iddiasını öne sürenlerin gerekçesi, ilkelerin ahlaki gerekçeler olması nedeniyle hukuki nitelik taşımadığıdır. Buna karşılık doğruluk argümanı, katılımcının (yargıcın) aldığı ve alacağı kararlarda zorunlu olarak doğruluk talebini yerine getirmeyi amaçladığını belirtir. Çünkü hukuk sisteminin karakteristik özelliği, doğru olma talebinde bulunmasıdır. Peki, ilkeler ahlaki oldukları gerekçesiyle hukuk sistemine dahil olamıyorsa, doğruluk iddiası hukuki bir niteliğe sahip değil midir? Alexy'e göre, doğruluk argümanı yargı kararının yalnızca ahlaki olarak değil, hukuki olarak da doğru olması gerektiğini belirtir. Öyle ki doğru olma talebi, doğrudan yargı kararı ile zorunlu bir bağlantı içerisindedir. Bu bağlantı, talebin yalnızca ahlaki olmadığını, yargıcın yerine getirilmesi gereken hukuki bir yükümlülüğü olduğunu gösterir. Doğruluk argümanı, yükümlülüğü yerine getirmek ve doğru karara ulaşabilmek için boşluk durumlarında yargıcın ilkelere başvurmasını ve ilkeler arasında denge kurmasını zorunlu kılar. Böylece, hukuki boşluğun bulunduğu tüm hukuk sistemlerinde ilkeler ve ilkelere ait yöntemler zorunlu hukuk unsurları olarak sisteme dahildir.[468]

3.3.2.3. Zorunlu Bağlantı Tezi

Alexy, ilkelerin hukuk sistemine dahil olduğu savını, "dahil etme tezi" olarak ifade eder. Dahil etme tezi, hukuk ile ahlak arasında zorunlu bir bağ bulunduğunu savunan "zorunlu bağlantı tezi"nin alt tezlerinden biridir. Dahil etme tezi, "ahlak tezi" ve "doğruluk tezi" ile, zorunlu bağlantı tezinin üç temel bileşeninden birini oluşturmaktadır. Alexy, bu üç tezin katılımcı perspektifine göre hukuk ile ahlak arasında hem kavramsal hem de nitelendirici bir bağlantı kurduğunu belirtir.[469] Alexy bu bağlantıyı, pozitivist yaklaşımların yanılgısı olarak düşündüğü bir noktaya daha dikkat çekerek kurar.

---

[467] R. Alexy, *The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism,* s.72-73.
[468] R. Alexy, *a.g.e.*, s.73-74.
[469] R. Alexy, *a.g.e.*, s.70.

Alexy'e göre, günümüzde asgari düzeyde gelişmiş hukuk sistemlerinden tam anlamıyla gelişmiş hukuk sistemlerine kadar bütün hukuk sistemlerinin içeriğinde zorunlu olarak ilkeler vardır. Örneğin, Almanya hukuk sisteminde, insan haysiyeti, eşitlik, özgürlük gibi modern doğal hukuk ilkeleri pozitif hukuk kuralları olarak bulunur. Alexy'e göre, bu durum gösterir ki pozitivist yaklaşımlar, ilkelerin pozitif hukuk sisteminde yer aldığını veya alması gerektiğini kabul ederler. Fakat bu gerekliliğin, hukuk ile ahlak arasında kavramsal olarak zorunlu bir bağ oluşturduğunu reddederler. Çünkü pozitivistler için ilkelerin hukuk sistemi içerisinde yer alması bir zorunluluktan değil, sistemin karar vermesinden kaynaklanır. Eğer hukuk sistemi ilkelere ihtiyaç duyar ve ilkeleri sisteme dahil ederse hukuk ile ahlak arasında kurulan bir bağdan söz edilebilir. Dolayısıyla kural ile ilke veya hukuk ile ahlak arasındaki bağ, pozitif hukukun kararına bağlıdır.[470] Alexy, pozitivist yaklaşımın bu iddiasına karşılık ahlak tezini ileri sürer.

Ahlak tezi, hukuki boşluk durumlarında başvurulması için sisteme dahil edilmesi gereken ilkelerin ahlaki ilkeler olduğunu belirtir. Ancak Alexy'e göre, tezin bu şekilde ifade edilmesi pozitivist yaklaşımın görüşünü çürütmek için yeterli değildir. Çünkü pozitivist yaklaşım, yargıcın boşluk sorununu çözmek için sistemin kararı doğrultusunda başvuracağı hukuk dışı etkenler arasında ahlaki ilkelerin de bulunduğunu kabul eder. Alexy, tam bu noktada pozitivist yaklaşımların önemli bir hususu göz ardı ettiğini belirtir ve şu eleştiriyi yöneltir: Dahil olma tezinde kanıtlandığı gibi, ilkeler hukuk sisteminin zorunlu unsurlarıdır. Ahlak tezine göre ise hukuk sistemine dahil edilen bütün ilkeler, ahlak ilkeleridir. Dolayısıyla yargıç, boşluk sorununu çözmek için ilkelere başvurduğunda ahlaki değerleri içeren ve hukukun zorunlu unsurları olan ilkeleri temel alır. Bu durum, pozitif hukuk sisteminin izin vermesinden dolayı değil, hukukun normatif yapısının bir gereği olarak gerçekleşir. Hukuktaki boşluk durumunda yargıcın ahlaki ilkelere başvurarak almış olduğu bir karar, sistemin kararına ve hukuki standartlara göre belirlenmiş gibi görünse de kararın içeriği, ahlaki ilkelere bağlıdır. Bu nedenle, pozitivist yaklaşımların iddiasının aksine alınan karar içeriksel değil, yalnızca biçimsel olarak hukukidir. Bu durum, yargıcın karara varırken hem hukuki hem de ahlaki temellere dayandığı anlamına gelir ve hukuk ile ahlak arasında zorunlu bir bağlantının olduğu gösterir.[471]

---

[470] R. Alexy, *a.g.e.*, s.71-72.
[471] R. Alexy, *a.g.e.*, s.75-76.

Alexy'nin, pozitivist yaklaşımlara karşı hukuk ile ahlak arasındaki bağlantının zorunlu olduğu tezini daha güçlü savunabilmek için başvurduğu bir diğer alt-tez, doğruluk tezidir. Bu tez, ilkeler argümanı içerisinde doğruluk argümanının uygulanmasının bir sonucudur ve şu iddiayı savunur: Hukuk ile ahlak arasında zorunlu bir bağlantı olduğunu göstermek yeterli değildir; bu bağlantıda ahlakın, "doğru ahlak" olması gerekir. Hukuk sistemleri doğru olma iddiasında bulunurken aynı zamanda bu doğruluğun gerekçelendirilebilir olduğu iddiasını da öne sürmelidir. Aksi halde ırkçılık ilkesini uygulan bir yargıç, kararının doğru olduğu iddiasında bulunabilir ama bu kararın gerekçelendirdiği ilkenin doğru olduğunu savunamaz. Bu nedenle, doğruluk talebi ahlaki bir doğru talebi olmalıdır. Bir başka deyişle, yargıcın doğru olma talebiyle ilkelere başvurduğu boşluk durumunda, kararını gerekçelendirdiği ilkenin ahlaki olarak doğru kabul edilen bir temele dayanması gerekir. Böyle olmadığı takdirde yargıcın aldığı karar, kusurlu olacaktır.[472]

Alexy'e göre, "doğru ahlak" ile kastedilen, belirli bir ahlaki sistem değildir. Burada doğru ahlak, genel bir ide olarak düşünülmelidir. Hukuka dahil olan ilkeler belirli bir ahlaki içerikle değil, genel olarak ahlaki doğrulukla uyumlu olmalıdır. Ahlak idesi ile hukuk arasında kurulan zorunlu bağlantı, hukuki temellendirmelerde hukuk kurallarının yanı sıra ahlaki argümantasyonun genel kurallarının da rol oynamasından kaynaklanır. Ahlak idesi için doğru olan her şey, ahlaki argümantasyonun kurallarına göre doğrudur. Bir başka ifadeyle, ahlaki doğruluk, ahlaki akıl yürütmeye bağlıdır. Ahlaki akıl yürütme, akla uygun olmayan ve adaletsiz olan her şeyi dışarıda bırakır. Bununla birlikte doğru ahlak, belirli bir düzene uymaya yönlendiren düzenleyici idedir. Böylece doğruluk talebi, hukukun ahlaki doğruluğa ulaşmayı hedeflediği ve hukukla zorunlu olarak bağlantılı olduğu ideal bir boyuta yol açar.[473]

Alexy'e göre, doğruluk talebinin ahlaki bir talep olması, bu talebin hukuki bir niteliğe sahip olmadığı anlamına gelmez. Hukukun zorunlu olarak ideal bir boyutu olduğu tezine göre, doğruluk iddiası hukuk kavramının kendisinde saklıdır. Bunu açığa çıkarmanın yolu, performatif çelişki yöntemidir. Alexy'e göre performatif çelişki yöntemi, hukuk ile doğruluk talebi arasında kavramsal olarak zorunlu bir bağın olduğunu gösterir.[474] Bir diğer ifadeyle, Alexy için bu yöntem, pozitivist olmayan yaklaşımların

---

[472] R. Alexy, *a.g.e.*, s.77-79.
[473] R. Alexy, *a.g.e.*, s.80-81.
[474] R. Alexy, "The Dual Nature of Law", s.169.

hukuk ile ahlak arasında zorunlu olarak kurduğu kavramsal bağı, mantıksal olarak kanıtlar. Çalışmanın başında belirtildiği gibi, Alexy'e göre pozitivist yaklaşımların ve pozitivist olmayan yaklaşımların, doğru ve kabul edilebilir olduklarını ispatlamaları için hukuk ile ahlak arasındaki bağa yönelik tezlerini hem kavramsal hem de normatif olarak açıklamaları gerekir. Burada Alexy, pozitivist olmayan yaklaşımlar için normatif ispatın yeterli olduğunu ve kavramsal ispatın mecburi olmadığını belirtse de pozitivist olmayan yaklaşımların doğruluğunu, güçlü kanıtlarla desteklemek adına kavramsal ispata ulaşmayı teorisinin bir amacı olarak belirtir. Bu amaca performatif çelişki yöntemi ile ulaşır.

Bu yöntem, şu örnekle açıklanabilir: "X bağımsız, federal ve adaletsiz bir cumhuriyettir" ifadesinin, bir hukuk sistemine ait anayasanın ilk maddesi olduğu belirtildiğinde burada açıkça bir çelişki mevcuttur. Buradaki çelişki, bir anayasanın örtük olarak adil olmayı iddia ederken aynı zamanda açık biçimde adaletsiz olduğunu ilan etmesinden kaynaklanır. Adalet, doğru olmanın özel bir biçimidir. Dolayısıyla belirtilen örnek, hem adalet ve adaletsizlik arasındaki çelişkiyi, hem de doğru olan ve doğru olmayan arasındaki çelişkiyi ifade eder. Hukukun örtük olarak sahip olduğu adil olma ve doğru olma talebini reddetmekse mümkün değildir. Böyle bir reddediş kabul edildiğinde, bahsedilen sistem hukuk sistemi olmayacaktır.[475] Çünkü bir hukuk sistemini, birtakım kurallara ve kararlara sahip suç çetelerinden ayıran husus doğruluk talebinde bulunmasıdır.

Alexy'e göre, pozitivist yaklaşımların hukukun ideal bir boyutu olduğunu kabul etmeyerek hukukun olgusal boyutuna odaklanması, bu yaklaşımları performatif çelişkiye düşürür. Pozitivist yaklaşımların hukuk sisteminin yalnızca pozitif hukuk kurallarından oluştuğunu belirtmesi, hukukun doğruluk iddiası taşıması ile çelişir. Bu durumda, hukuk doğruluk iddiasını sürdüremez. Ancak Alexy'e göre, pozitivizme dayanarak hukukun pozitifliğinin ahlaktan bağımsız olduğunun belirtilmesi veya pozitif hukuk kurallarının adaletsiz olması, hukukun doğruluk iddiasını ortadan kaldırmaz. Doğruluk iddiası, her zaman hukukun arka planında, temel amaç olarak varlığını sürdürmeye devam eder. Performatif çelişki yöntemi, hukukun doğruluk iddiası ile olgusal boyutunun kavramsal

[475] R. Alexy, "The Ideal Dimension of Law", s.315.

olarak ayrılmaz bir şekilde birbirlerine bağlı olduğunu gösterir. Bunun kanıtı ise doğruluğun ikili bir yapıya sahip olmasıdır.[476]

3.3.2.4. Doğruluğun Dereceleri

Alexy, hukukun ikili doğa tezi ile zorunlu bağlantı tezini sağlam gerekçelerle kanıtlayabilmek için teorisindeki hemen her unsurun olduğu gibi doğruluk unsurunun da iki boyutu bulunduğunu belirtir. Bu iki boyutu, birinci dereceden doğruluk ve ikinci dereceden doğruluk olarak adlandırır. Alexy'e göre, bu iki doğruluk derecesinin konusunu, adalet ilkesi ve hukuki güvenlik ilkesi oluşturur. Adalet ilkesi hukukun doğruluk iddiasını içeren ideal boyutunu temsil ederken, hukuki güvenlik ilkesi hukukun pozitifliğini içeren olgusal boyutunu temsil eder.[477] Bu nedenle Alexy, ideal boyut ve olgusal boyut olarak tanımladığı hukukun ikili yapısını, adalet ilkesi ve hukuki güvenlik ilkesi olarak da ifade eder.

Doğruluğun birinci derecesi, hukukun adaletle ilgili olan ideal boyutunu konu edinir. Doğruluğun ikinci derecesi ise hukukun hem ideal boyutunu hem de olgusal boyutunu tanımlar. Bunun anlamı, doğruluğun adaletle olduğu kadar hukuki güvenlik ilkesiyle de ilgili olmasıdır. Hukuki güvenlik ilkesi, hukuk sisteminin düzenli ve istikrarlı olarak işlemesini gerektirdiğinden hukukun olgusal boyutuna dahildir. Hukukun pozitifliği, hukuki güvenlik ilkesini sağlamak ve sürdürmek için oldukça önemlidir. Zira hukuki güvenlik ilkesi, bir otorite tarafından usulüne uygun olarak belirlenmiş yazılı normlara, toplumsal olarak etkili olan hukuk sistemine bağlılığı talep eder. Bu talepte, normların veya hukuk sisteminin içeriksel doğruluğunun herhangi bir etkisi yoktur. Dolayısıyla hukuki güvenlik ilkesine göre doğru olan, hukukun biçimsel özelliklerine bağlı olmaktır. Oysa adalet için doğruluk, hukuk sisteminde yer alan normların, alınan kararların ve hukuki işleyişin ahlaken doğru olmasıdır.[478]

Doğruluğun ikinci derecesinde, bu ikili boyutun, çoğu zaman birbiriyle rekabet içerisinde olduğu belirtilir. Fakat Alexy'e göre bu rekabet, birinin diğerini hiçbir zaman dışlayamayacak olması nedeniyle sonu gelmez bir niteliğe sahiptir. Örneğin, hukuk sisteminin istikrarlı bir biçimde işlemesi hukuki güvenliği sağlayabilir, ancak bu işleyiş adil olmayan uygulamaları içerebilir. Benzer şekilde, hukuk sistemindeki bütün

---

[476] R. Alexy, "a.g.m.", s.323.
[477] R. Alexy, "a.g.m.", s.330.
[478] R. Alexy, "a.g.m.", s.323.

normların adil olmasını tek şart olarak kabul etmek, normların işleyişinde aksamalara neden olarak hukuki güvenliği tehlikeye atabilir. Bu durumda, hukukun ikili doğasına göre yapılması gereken, doğruluğun bu iki boyutu arasında bir denge kurmaktır. Dengeleme, olgusal durumlar karşısında hukuki güvenlik ve adaleti doğru oranda bir araya getirmekle sağlanabilir.[479]

Alexy'e göre denge kurmak, hukukun doğası gereği sahip olduğu bir özellik olarak hukuk sisteminin temelinde yer alır.[480] Hukukta alınan kararlar genellikle dağıtım ve dengeleme sorunlarıyla ilgilidir. Esasen bu sorunlar, adalet ilkesinin temelini oluşturur. Adalet, dağıtımın hakkaniyetli yapılmasını ve bozulan dengenin yeniden kurulmasını gerektiren birinci dereceden doğruluk ilkesidir.[481] Ancak Alexy'e göre, hukukun birinci dereceden doğruluk talebini temsil eden ideal boyutu, hukuki karar alma süreçlerinde tek başına yetersizdir. Çünkü bu boyutta hukukun doğruluk talebi, olgusal karşılığı olmayan ahlaki bir niteliğe sahiptir. Böyle bir talebin, salt bir biçimde bağlayıcı hukuki kararlar oluşturması mümkün değildir. Bunun için hukukun olgusal boyutunun, yani pozitif hukukun varlığı gereklidir.[482]

Alexy, pozitif hukukun gerekliliğini aklın kurumsallaşması olarak ifade eder. Alexy'e göre, ideal olarak bulunan doğruluk talebinin somut gerçeklik kazanabilmesi için aklın bir sistem içerisinde kurumsallaşması gerekir. Hukuk sisteminde aklın kurumlaşması, üç aşamada gerçekleşir. İlk aşamada, hukukun zorunlu olarak doğruluk talebine sahip olduğunu ileri süren ideal boyut yer alır. İkinci aşamada, hukukun pozitif hukuk kurallarından oluştuğunu ve hukuki kararların, bu kuralların uygulanmasının bir sonucu olduğunu ileri süren olgusal boyut vardır. Son aşamada ise bu iki boyutun birbirinden bağımsız olması durumunda, zorunlu olarak bağlantılı olan adalet ilkesi ile hukuki güvenlik ilkesinin yerine getirilemeyeceğini ve bu nedenle ideal boyutun ve olgusal boyutun uzlaştırılması gerektiğini savunan argüman bulunur.[483] Böylece akılda olan ancak bu iki boyutun birleşmesi sayesinde bağlayıcılık kazanır. Bu kurumsallaşma sayesinde hukuk sistemi, aynı anda hem adalet ilkesini hem de hukuki güvenlik ilkesini gerçekleştirme imkânı bulur. Öyle ki olgusal boyut, hukukun önceden belirlenmiş, açık ve net kurallarla, istikrarlı bir biçimde uygulanmasını sağlarken, ideal boyut bu

---

[479] R. Alexy, "a.g.m.", s.323-324.
[480] R. Alexy, "a.g.m.", s.323-324.
[481] R. Alexy, "The Dual Nature of Law", s.171.
[482] R. Alexy, "a.g.m.", s.173.
[483] R. Alexy, "a.g.m.", s.167-168.

uygulamanın doğruluk iddiasına göre işlemesi gerektiği fikrini canlı tutar. Dolayısıyla ikinci dereceden doğruluk, hukuk ile adalet ilkesi ve hukuk güvenlik ilkesi arasında zorunlu bir bağ kurar.

Alexy, ileri sürdüğü diğer tüm tezlerde olduğu gibi, hukukun doğruluk talebinin ikinci dereceden doğruluk olduğunu da farklı argümanlarla ispatlamaya çalışır. Burada öncelikle Radbruch formülüne başvurur. Radbruch formülü, doğruluğun hem olgusal hem de ideal boyutunu temsil eden ikinci dereceden doğruluğun pratik bir ifadesidir. Bu formül, iki boyut arasında bir denge sağlamayı amaçlarken aynı zamanda hukukun olgusallığını sınırlayan bir ölçüt sunar. Buna göre, pozitif hukuk adaletin asgari gereklerini yerine getirdiği müddetçe hukuki güvenlik ilkesi, adalet ilkesi karşısında önceliklidir ve hukukun geçerliliği engellenemez. Bu duruma karşılık, adalet ilkesini hukuki güvenlik ilkesinden daha öncelikli kılan durum, olağanüstü adaletsizliktir. Pozitif hukuk, adaletsizliğin tahammül seviyesini aşarsa adaletsizliğe neden olan hukuki unsurların her biri hukuki geçerliliğini yitirir. Böylece Radbruch formülü, aşırı adaletsizlik durumlarında, hukukun adaletle olan zorunlu bağını savunur ve bu bağın göz ardı edilmesinin hukuku geçersiz kılacağını belirtir.[484] Burada dikkat edilmesi gereken bir husus, formül yalnızca adalet ilkesinin önemini değil, aynı zamanda adalet ilkesinin toplumsal düzende bağlayıcı olabilmesi için hukuki güvenlik ilkesinin de zorunlu olduğunu savunur. Hukukun ideal boyutu, hukukun olgusal boyutu olmaksızın somut gerçeklik kazanamaz; ancak hukukun olgusal boyutu da ideal boyutundan bağımsız olarak doğruluk talebini yerine getiremez. Dolayısıyla Radbruch formülü, ikinci dereceden doğrulukta hukukun adalet ilkesi ile hukuki güvenlik ilkesinin birbirini nasıl tamamladığını açıkça ortaya koyar.

Alexy, ikinci dereceden doğruluk talebinin ispatına yönelik sunduğu ikinci argümanı, özel durum tezi olarak isimlendirir. Bu teze göre, hukuki argümantasyon veya hukuki söylem, genel pratik argümantasyonun özel bir halidir. Genel pratik argümantasyon, herhangi bir otoriteye sahip olmamasına rağmen toplumsal geçerliliği olan ahlaki argümanlar, etik argümanlar veya faydacı argümanlar olmak üzere pek çok argümanı içerir.[485] Hukuki argümantasyonun, bu argümanlarla ortak noktası, yapılması ve yapılmaması gereken eylemlere yönelik pratik sorunlarla ilgilenmesi, bu sorunları doğruluk iddiasında bulunarak ele almasıdır. Bu ortak özellikler, hukuki

---

[484] R. Alexy, "The Ideal Dimension of Law", s.330-331.
[485] R. Alexy, "a.g.m.", s.336.

argümantasyonun ideal boyutunu temsil eder. Ancak doğruluk iddiası, ortak bir unsur olmakla birlikte aynı zamanda hukuki argümantasyonu genel pratik argümantasyondan ayırır ve hukuki argümantasyonu özel bir konuma yerleştirir. Hukuki argümantasyonun doğruluk iddiası, mutlak olarak ahlaki doğrulukla ilgili değil, belirli bir hukuk sistemi içerisinde doğru olanla ilgilidir. Hukuki argümantasyon, belirli bir hukuk sisteminde, otorite tarafından belirlenmiş yasalara, içtihatlara ve hukuk dogmatiğine bağlıdır. Bu nedenle hukukun talep ettiği doğruluk, bağlı olduğu hukuki unsurlarla uyum içerisinde olan, ikinci derecede doğruluktur.[486] Dolayısıyla özel durum tezi, hukuki argümantasyonun genel pratik argümantasyonun bir parçası olarak ahlaki doğruluk iddiasını içerdiğini, ancak bu iddianın pozitif hukukun gerekliliklerivle sınırlı olduğunu göstererek ikinci dereceden doğruluğu ispatlar.

Alexy, ikinci dereceden doğruluk iddiasına dayanarak hukuk ile ahlak arasındaki zorunlu bağlantıyı ispatlamanın bir diğer yolunun, adalet ilkesi ile hukuki güvenlik ilkesini hukuk sisteminin işleyişinde birleştirmek olduğunu belirtir. Burada başvurduğu iki kavram, hukukun işleyişindeki siyasi mekanizmalar olan demokrasi ve anayasal haklardır.[487]

Alexy'e göre, ideal boyut ve olgusal boyut olmak üzere ikili bir doğaya sahip olan bir diğer kavram demokrasidir. Demokrasinin çoğunluk ilkesine dayanan bir karar alma yöntemi olması, olgusal boyutunu ifade ederken çoğunluk tarafından alınan kararın, doğruluk iddiası ile bağlantılı kamusal bir argümantasyonun sonucuna dayanması, ideal boyutunu belirtir. Bir başka deyişle, ideal boyut demokrasiyi yalnızca bir yönetim biçimi olarak değil, politik olarak iddia edilen doğruluğun katılımcılar tarafından rasyonel gerekçelerle temellendirildiği bir süreç olarak tanımlar. Alexy'e göre, siyasal toplumda ve özellikle kamu hukukunda adaleti ve hukuki güvenliği temsil eden ikinci dereceden doğruluğun gerçekleşmesi için demokrasinin bu iki boyutunun birleşmesi gerekir. Alexy bu birleşimi, müzakereci demokrasi olarak isimlendirir.[488] Bu demokrasi biçiminde kararlar yalnızca sayısal çoğunluğun oyuyla değil, müzakere sürecinde kararların gerekçelendirilmesiyle alınır.

---

[486] Robert Alexy, "The Special Case Thesis", *Ratio Juris*, 12/4, 1999, s.375; R. Alexy, "The Ideal Dimension of Law", s.336.
[487] R. Alexy, "The Dual Nature of Law", s.177.
[488] R. Alexy, "The Ideal Dimension of Law", s.338.

Alexy, müzakereci demokrasinin temelinde insan haklarının bulunduğunu belirtir. İnsan hakları, sahip olduğu ahlakilik, evrensellik, mutlaklık ve üstünlük gibi özelliklerle hukukun yalnızca ideal boyutuna aittir. İnsan haklarının varlığı ve geçerliliği gerekçelendirilebilir olmasına bağlıdır. Gerekçelendirme doğruluğun bir ölçütüdür; doğru olduğu iddia edilen şey, ancak gerekçelendirilirse geçerli kabul edilir. İnsan haklarının gerekçelendirilmesi, bu haklara diğer normlar karşısında üstünlük kazandırır. Bu üstünlük ve geçerlilik, insan haklarının pozitif haklar haline gelmesini gerektirir. Alexy'e göre, insan haklarının pozitifleşmesi, müzakereci demokraside yer alan katılımcıların insan haklarını gerekçelendirerek anayasal haklar olarak yazılı hale getirmesiyle mümkündür.[489] Ancak, insan haklarının anayasal haklar olarak olgusal hale gelmesi, bu hakların ideal boyutunun sona erdiği anlamına gelmez. Aksine müzakereci demokrasi sürecinde insan haklarının ideal boyutu, anayasal hakların sistem içerisindeki yetkilerinin belirlenmesi, bu hakların uygulanması ve korunması için normatif bir rehber olarak varlığını sürdürmeye devam eder.[490] Dolayısıyla bu süreç, insan haklarının ideal boyutu için bir tamamlanmışlığı değil, anayasal haklar üzerinde sürekli tartışma ve müzakere yoluyla süregelen bir etkiye sahip olduğunu ifade eder.

Alexy'e göre, bazı durumlarda demokratik sistem içerisinde anayasal haklar ve çoğunluğun kararı çatışır. Bu gibi durumlarda, insan haklarına dayanan anayasal yargı devreye girer ve gerekirse parlamenter yasamanın kararlarını geçersiz kılar.[491] Bu bağlantı, hukukun doğruluk talebinin yalnızca insan hakları veya yalnızca olgusal boyutla sınırlı olmadığını gösterir. İnsan hakları ve anayasal haklar arasındaki ilişkide, insan hakları adaletin sağlanmasını; anayasal haklar ise hukuki güvenliğin korunmasını hedefler. Bu iki boyut arasında denge kurulması, hukukun hem adaleti sağlamasını hem de normların bağlayıcılığını korumasını sağlar. Böylece Alexy, bu ilişkinin hukukun ikinci dereceden doğruluk talebini ve hukuk ile ahlak arasındaki zorunlu bağlantıyı açıkça ortaya koyduğunu savunur.

---

[489] R. Alexy, "The Dual Nature of Law", s.178.
[490] R. Alexy, "The Ideal Dimension of Law", s.337-338.
[491] R. Alexy, "The Dual Nature of Law", s.178.

3.3.3. Hukukun Tanımı

Alexy, hukukun doğruluk talebinin ikinci dereceden doğruluk olduğunu ispatlamak için ileri sürdüğü bu son tezin ardından bir hukuk tanımına ulaşır ve hukuku şu şekilde tanımlar:

> Hukuk, (1) doğruluk iddiasında bulunan, (2) büyük ölçüde toplumsal açıdan etkili bir anayasaya ait olan ve aşırı derecede adaletsiz olmayan normlardan, bu normların anayasaya göre yürürlüğe girmiş olduğu, toplumsal etkinlik veya etkinlik şansı gösteren ve aşırı derecede adaletsiz olmayan normların bütününden oluşur ve (3) bu normlar sistemi doğruluk talebini karşılaması için hukuk uygulaması sürecinin veya prosedürünün dayandığı ve/veya dayanması zorunlu olan ilkeleri ve diğer normatif argümanları içerir.[492]

Alexy'nin bu tanımı, teorisinin üç temel tezine de yer verir. Bu tezler, doğruluk argümanı, haksızlık argümanı ve ilkeler argümanıdır. Ayrıca bu tanım, onun gözlemci ve katılımcı perspektifinde yaptığı ayrımda, katılımcı perspektifine aittir. Yine bu tanım, Alexy'nin sınıflandırıcı bağ ve nitelendirici bağ ayrımında teorik yanı ile sınıflandırıcı bağ, pratik yanı ile nitelendirici bağ niteliğini içerir. Tanımın teorik yanını doğruluk talebinde bulunması oluştururken, pratik kısmını, doğruluk talebinin yerine getirilmemesi durumunda hukukun kusurlu hale gelmesi oluşturur.[493]

Bu tanıma göre hukukun geçerliliği, anayasaya uygun yürürlüğe konmasına ve anayasanın toplumsal etkinliğe sahip olmasına bağlıdır. Tanım bu anlamıyla pozitivist yaklaşımlara uygundur. Ancak tanımın ikinci bölümünün son aşamasında normların adaletsiz olmamasına yönelik yapılan vurgu, haksızlık argümanını ifade eder ki bununla hukuk tanımı, pozitivist olmayan yaklaşımlara ait bir anlam kazanır. Burada Alexy, toplumsal etkinlik unsurundan farklı olarak normların adaletsiz olmama kriterini bir bütün olarak hukuk sistemine değil, münferit normlara ait olarak kabul eder. Bu durum bir hukuk sisteminin geçerliliğinin, ahlaki geçerliliğe değil, toplumsal geçerliliğe bağlı olduğunu gösterir.[494]

Alexy'nin hukuk tanımına göre, münferit normların geçerliliği, anayasaya uygun yürürlüğe girmiş olmalarına bağlıdır. Bu normların büyük ölçüde toplumsal geçerliliğe sahip olması, bir ön koşul değildir. Ancak, normların belirli bir hiyerarşik düzen içerisinde inşa edildiği, her normun geçerliliğinin bir üst norma bağlı olduğu hukuk

---

[492] R. Alexy, *The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism*, s.127.
[493] R. Alexy, *a.g.e.*, s.127-128.
[494] R. Alexy, *a.g.e.*, s.128.

sistemlerinde normların geçerliliği, toplumsal olarak etkin bir anayasa uygun olarak çıkarılma kriterine bağlıdır. Bu kriter, anayasanın toplumsal etkinliğinin zarar görmemesi adına normlara ilişkin iki kısıtlama getirir: Eğer anayasaya uygun olarak yürürlüğe giren münferit normlar, toplumsal olarak etkin değilse veya tahammül edilemeyecek kadar adaletsizse bu normlar, hukuki olarak geçerli değildir. Bu ifade, pozitivist olmayan yaklaşımların hukuk kavramını ifade eder.[495]

Alexy, hukuk tanımının üçüncü özelliğinde, hukuku uygulama süreçlerini veya prosedürlerini kavrama dahil ederek, hukukun kapsamını genişletir. Böylece pozitivist yaklaşımın, hukuku yalnızca normlara indirgeyen tutumundan uzaklaşır. Hukukun doğruluk talebini yerine getirebilmesi için başvurulan her unsur, hukukun bir parçası olarak kabul edilir. Bu unsurlar, hukuki olmayan ilkeler veya alınan kararları destekleyen normatif argümanlar olabilir. Alexy'e göre, hukukun uygulama sürecinde bu unsurlara dayandığını veya dayanmak zorunda olduğunu söylemek, hukukun olgusal boyutu ile ideal boyutu arasında bir bağlantı olduğunu ifade eder. Hukukun olgusal boyutu, doğruluk talebini yerine getirip getirmediğine bakılmaksızın alınan hukuk kararlarının dayandığı argümanları içerir. Hukukun ideal boyutu ise doğruluk talebini yerine getirmek için kararların dayanması gereken argümanları tanımlar.[496]

---

[495] R. Alexy, *a.g.e.*, s.129.
[496] R. Alexy, *a.g.e.*, s.129-130.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ÇAĞDAŞ HUKUK FELSEFESİNDE HUKUKİ POZİTİVİZM VE DOĞAL HUKUK EKOLLERİNİN KARŞILAŞTIRILMASI

Bu bölümde, çağdaş hukuk felsefesinde hukuki pozitivizm ve doğal hukuk ekolleri arasındaki temel ayrımlar ve ortak yönler, üç alt başlık altında karşılaştırmalı olarak değerlendirilecektir. Bu kapsamda öncelikle, her iki ekolün hukukun ne olduğu sorusuna verdikleri yanıtlar incelenerek hukukun özüne yönelik anlayışları ele alınacaktır. Ardından, hukukun hangi temeller üzerine inşa edilmesi gerektiğine dair görüşleri analiz edilerek hukukun kaynağına ilişkin yaklaşımları ortaya konacaktır. Son olarak, her iki ekolün hukuki normların geçerliliğine dair ileri sürdükleri ölçütler irdelenerek, hukukun geçerliliği sorununa yaklaşımları sorgulanacaktır.

4.1. Hukukun Özüne Dair Tartışmalar

Çağdaş hukuk felsefesinde hukuki pozitivizm ile doğal hukuk arasındaki tartışma, temelde hukukun doğası ve hukuk kavramı üzerine bir meseledir. Bir şeyin "doğası" ile kastedilen, onu her ne ise o şey yapan özü, ayırt edici nitelikleri ve varlığını anlamlandıran temel özellikleridir.[497] Doğa, bir anlamda o şeyin ne olduğunu tanımlayan ve değişmez sayılan mahiyetidir. Bu mahiyeti anlamak, o şeyin varlık sebebini ve karakteristik yapısını kavramak demektir. Bu bağlamda hukukun doğası ise hukukun ne olduğu, hukuka özgü zorunlu özelliklerin neler olduğu ve hukukun neden gerekli olduğu sorularına verilen cevapları içerir. Bu nedenle, bu kısımda, özü ve doğası kavramları, filozofların kullandığı şekliyle bazen birlikte bazen ayrı kullanılacaktır.

Hukukun doğasını araştırmanın, hukuk kavramını sorgulamak anlamına geldiğini belirten Alexy'e göre, bu soruların cevaplaması iki açıdan oldukça önemlidir. İlk olarak, verilen cevaplar hukukun özsel niteliklerini ortaya çıkarır ve bu nitelikler olmaksızın hukuk kavramına ait bir tanımdan söz etmek mümkün değildir. Diğer yandan, hukuki

---

[497] Ahmet Cevizci, *Paradigma Felsefe Sözlüğü*, "Doğa Maddesi", İstanbul, 2010, s.518.

pozitivizm ile doğal hukuk arasındaki tartışmanın çözümü, hukukun doğasına ilişkin soruların cevaplanmasına bağlıdır.[498]

Bu açıdan bakıldığında, çağdaş hukuk felsefesinde hukukun kendine özgü bir doğaya sahip olduğu fikrinin her iki ekol tarafından da kabul edildiği ve bu iki ekol arasındaki tartışmanın yalnızca hukukun doğasına ilişkin özsel niteliklerin belirlenmesine yönelik olduğu düşünülebilir. Ancak çalışmada ele aldığımız düşünürlerin hukuk teorileri gösterir ki, hukuki pozitivizm ile doğal hukuk arasındaki tartışmanın konusu yalnızca bununla sınırlı değildir. Hukukun doğasının ve hukuka ait özsel niteliklerin neler olduğu sorusu, cevaplanması gereken birçok soruyu beraberinde getirir. Bu sorulardan bazıları şunlardır: Hukuk kavramının doğası sadece özsel niteliklerinin ortaya çıkarılması yoluyla mı açıklanabilir? Yoksa hukukun ne olduğu, özsel niteliklerinden ziyade onunla sıklıkla ilişkilendirilen ama zorunlu olmayan özellikler üzerinden mi tanımlanabilir? Ya da hukukun doğasını anlamak için ilişkili olduğu diğer normatif sistemlerle ortak olan özelliklerine mi odaklanılmalıdır?[499] Dolayısıyla, bu sorular çerçevesinde çağdaş hukuk felsefesinde, hukukun kendine özgü niteliklere sahip olduğunu ve hukukun bu nitelikler aracılığıyla ayırt edici bir tanımının yapılabileceğini savunan düşünürler kadar, hukuk kavramının toplumsal, tarihsel ve pratik bağlamlarda sürekli değiştiğini, bu nedenle hukukun özsel niteliklerden ziyade genel ve ortak özelliklerden hareketle tanımlanabileceğini öne süren düşünürler de vardır. Bu nedenle, önde gelen hukuk filozoflarının, hukuki pozitivizm ve doğal hukuk ekollerinin tartışma konularından biri olan hukukun doğası sorununa ilişkin yaklaşımları karşılaştırılmalı ve değerlendirilmelidir. Bu doğrultuda, öncelikle çağdaş hukuk felsefesi içerisinde hukuki pozitivizm ekolüne mensup Austin, Kelsen, Hart ve Raz'ın hukukun doğasına ilişkin yaklaşımları ele alınacak; ardından çağdaş hukuk felsefesinde doğal hukuk ekolünü benimseyen Fuller, Finnis ve Alexy'nin hukukun doğasına dair görüşleri incelenecektir. Son olarak, bu ekollerin hukukun doğası soruna yönelik tartışmaları eleştirel bir perspektifle değerlendirilecektir.

---

[498] Robert Alexy, "On the Concept and the Nature of Law", *Ratio Juris*, 21/3, 2008, s.290.
[499] Frederick Schauer, "On the Nature of the Nature of Law", *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, 2012, 98/4, s.457-458.

4.1.1. Hukuki Pozitivizm: Hukukun Özüne İkili Bakış

Çağdaş hukuk felsefesinde hukuki pozitivizm ekolüne mensup düşünürler arasında, hukukun doğası konusunda bazı görüş ayrılıkları bulunmakla birlikte, bazı ortak görüşleri de paylaşmaktadırlar. Onların bu ortak noktaları şu şekilde ifade edilebilir: Bu düşünürlere göre hukuk, tarihsel ve toplumsal gelişme sürecinde insanların bilinçli bir çabası olarak meydana gelen ve bu süreç içerisinde geçerlilik kazanan olgusal bir kurumdur. Bir kurum olarak hukuk, toplumsal düzeni sağlama amacıyla inşa edilir. Bu amacı yerine getirmesi için hukuk, yazılı kurallar bütününden oluşan sistematik ve normatif bir yapı olarak tasarlanır. Bir diğer ifadeyle, hukuki pozitivistler için hukuk, pozitif hukuktur. Bu hukukun temel özellikleri, belirli bir zaman ve mekânda yürürlükte olması, yapılması veya yapılmaması gereken eylemleri belirtmesi, yaptırımlarla desteklenmesi ve toplumsal ihtiyaçlara göre yeniden düzenlenmesidir. Hukuk sistemi, bu özelliklerin yerine getirilmesi ve hukukun istikrarlı bir biçimde işlemesi için birçok alt kuruma sahiptir. Bu kurumlar arasında yasama, yürütme ve yargı organları sayılabilir. Bu alt kurumlar dışında hukukun işleyişini değerlendirecek herhangi bir dış etken yoktur.

Hukukun doğası, kaynağı ve geçerliliği çerçevesinde, en çok tartışılan problemlerden biri hukuk-ahlak ilişkisidir. Bu tartışmada, ahlakın bazen hukukun işleyişi üzerinde söz sahibi olabileceği öne sürülür. Ancak hukuki pozitivistlere göre, ahlakın hukuk üzerinde zorunlu bir etkisinin olduğu kabul edilemez. Hukukun geçerliliği prosedürel ölçütlere uygun çıkarılmış olmasına, hukukun etkililiği ise toplum tarafından benimsenmiş olmasına bağlıdır. Bu noktada, ahlak ile hukuk arasında zorunlu bir bağlantı yoktur.

Hukuki pozitivizm ekolünün çağdaş dönemdeki ilk temsilcisi olarak tanınan Austin, hukukun, onu diğer normatif sistemlerden ayıran belirli özsel niteliklere sahip olduğunu ve bu niteliklerden hareketle hukukun ne olduğunun tanımlanabileceğini öne sürer. Austin, hukukun özünü ve özsel niteliklerini egemen, emir ve yaptırım kavramlarıyla açıklar. Ona göre, pozitif hukuk akıl sahibi bir insan tarafından emredilen kurallardan, bu emirlere itaat etme yükümlülüğünden ve itaatsizlik durumunda uygulanacak yaptırımlardan oluşur. Bu üç unsuru içermeyen hukuk, tam anlamıyla hukuk değildir.[500] Buna ilaveten, Austin için hukuk, yürürlükte olan hukuki düzeni nesnel bir

[500] J. Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, s.39, 46, 115.

biçimde analiz etmeyi amaçlayan bir bilim dalıdır.[501] Bix'e göre, Austin hukuku bir bilim olarak kabul ederek, hukuki düzenin normatif yönlerini sosyal olgulara ve empirik verilere indirgeyerek anlamaya çalışır.[502] Bu, Austin'in hukukun normatif doğasını reddettiği anlamına gelmez; o, bu doğayı ahlaki ölçütlerden ve ahlaki değerlendirmelerden bağımsız bir şekilde tanımlamayı amaçlar. Bu bağlamda Austin, hukukun özünü, normatif işlevlerinden ziyade hukukun işleyişine ve egemenin emirlerine dayalı biçimsel bir çerçevede ele alır.

Hukukun belirli özsel niteliklerinin bulunduğunu ve hukuku anlamanın en iyi yolunun, bu özsel nitelikleri belirlemek olduğunu savunan bir diğer hukuki pozitivist Kelsen'dir. Kelsen, hukukun özünü oluşturan şeyin onun saf normatifliği olduğunu belirtir. Kelsen'e göre, hukuk doğası gereği olması gerekeni ifade eden bir normlar sistemidir.[503] Bu nedenle, hukukun doğa bilimlerinin konusu olan olgusal bir gerçeklik olarak kabul edilmesi ve varlığının doğa bilimlerine ait yöntemlerle araştırılması mümkün değildir.[504] Bir diğer ifadeyle Kelsen, Austin'in aksine hukukun normatif doğasının, gözlemlenebilir olgulara ve empirik verilere indirgenemeyeceğini savunur.[505] Hukuk, doğa bilimlerinin konusu ve yöntemlerinden farklı, kendine özgü mantıksal bir yapıya sahip olan bir bilimdir.[506] Kelsen'e göre bu mantıksal yapı, hukuku yalnızca doğa bilimlerinden ayırmakla kalmaz, aynı zamanda onu başta ahlak olmak üzere diğer normatif sistemlerden de bağımsız hale getirir. Bu yapıya göre, hukuk normları hiyerarşik bir düzen içerisinde gelişir. Her bir norm, kendisinden daha üst bir katmanda bulunan bir başka norm tarafından üretilir. Bu normların geçerliliği, en üstte bulunan ve varlığı önvarsayılmış olan temel norma bağlıdır.[507] Böylece Kelsen için hukuk normlarının, temel normdan türeyen varyasyonlar olarak görülmesi mümkündür. Bu açıdan Kelsen'e göre, hukuk normlarının tek bir normatif ifade çerçevesinde açıklanması, hukukun ayırt edici niteliğini oluşturur. Başka bir deyişle, Kelsen'e göre hukukun özü ve doğası normatifliktir.

---

[501] J. Austin, *a.g.e.*, s.108.
[502] Brian H. Bix, "Legal Positivism", *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory* içinde, (ed. Martin P. Golding & William A. Edmundson), Blackwell Publishing, Malden, 2005, s.34.
[503] H. Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş*, s.7.
[504] H. Kelsen, *a.g.e.*, s.2, 39.
[505] B. H. Bix, "a.g.m.", s.34.
[506] H. Kelsen, *a.g.e.*, s.1, s.17,
[507] H. Kelsen, *What Is The Pure Theory of Law?*, s.275-276.

Hart, hukukun doğası sorununu diğer hukuki pozitivist düşünürlerden farklı bir bakış açısıyla ele alır. Ona göre, hukuk kavramını hukukun özünü oluşturan niteliklerin belirlenmesi yoluyla tanımlamak mümkün değildir. Bu durumun birçok nedeni olmakla birlikte Hart, başlıca nedenin hukuk kavramının semantik yapısından kaynaklandığını belirtir. Bu doğrultuda, kavramın anlamının farklı bağlamlara göre değişiklik göstermesi ve bundan dolayı çok boyutlu ve belirsiz bir içeriğe sahip olması, onun semantik yapısıyla ilgilidir. Hart'a göre, bu semantik yapıya rağmen hukukun belirli bir öze indirgenerek açıklanması, hukuk kavramına yönelik yanıltıcı ve bulanık tanımların ortaya çıkmasının sebebidir.[508] Buradan hareketle, Hart'ın özcü yaklaşımlara karşı olduğunu söylemek mümkündür. Oysa yapılması gereken, hukukun ne olduğunu tanımlamaya çalışmaktan ziyade, kavramın taşıdığı farklı anlamları, değişen kullanım biçimlerini ve bağlantılı olduğu diğer alanlarla ilişkisini analiz ederek, kavramı anlamaya çalışmaktır.[509] Böylece Hart, hukukun doğasını anlamak için, onu ortak özelliklere sahip olduğu diğer normatif sistemlerden ya da sıklıkla ilişkilendirildiği ama zorunlu olmayan özelliklerini taşıyan farklı anlamlarından ayırmaya çalışmaz. Bunun yerine, öne sürdüğü yeni yöntemle hukuku toplumsal bir gerçeklik olarak kendi bağlamında anlamayı tercih eder.

Hart'a gelinceye kadar, hukuki pozitivizm ekolünde hukuk kavramını tanımlayan özsel niteliklerin varlığı kabul edilirken, Hart'ın teorisiyle birlikte bu özün varlığı sorgulanmaya başlanmıştır. Bu, oldukça şaşırtıcı bir değişimdir. Çünkü genel anlamda hukuki pozitivist düşünürlerin ortak amacı, hukuku diğer normatif sistemlerden bağımsız bir inceleme alanı haline getirebilmek için hukuk kavramının ayırt edici niteliklerini belirlemektir. Bu ortak görüş karşısında, Hart'ın yöntemi, onun hukuki pozitivizm ekolü ile aynı amacı taşımadığı izlenimini yaratmaktadır. Ancak Hart'ın teorisi daha ayrıntılı incelendiğinde, bu izlenimin tam olarak doğru olmadığını söylemek mümkündür. Öyle ki Hart, ahlak gibi diğer normatif sistemlerle hukuk arasında zorunlu bir bağ olmadığını, hukukun bu sistemlerden farklı bir anlama sahip olduğunu ifade eder.[510] Bu düşünceyle Hart, ekolün, hukukun diğer normatif sistemlerden bağımsız bir anlama sahip olduğunu savunan geleneksel görüşüne katılır. Fakat o, hukuki pozitivizmin alışılagelmiş yönteminin göz ardı ettiği iki hususu hareket noktası olarak seçmesi nedeniyle, hukuki pozitivizmin sözü edilen geleneksel görüşünden ayrılır. Bu hususlardan ilki hukuk ile

---

[508] H. L. A. Hart, "Definition and Theory in Jurisprudence", s.31-32. H. L. A. Hart, *Hukuk, Özgürlük ve Ahlak*, s.14.
[509] H. L. A. Hart, "Definition and Theory in Jurisprudence", s.33. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, s.15.
[510] H. L. A. Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals", 2001, s.81.

diğer normatif sistemler arasındaki rastlantısal ilişkiyi kabul etmesi, diğeri hukukun anlam çeşitliliği bakımından çok boyutlu olduğunu onaylamasıdır. Hart böylece, bu iki kabulü teorisinin yöntemi halini getirmiştir. Hukuki pozitivizmin genel kabulü göz önüne alındığında, Hart'ın bir bakış açısı değişimi ortaya koyduğu görülmektedir.

Hart'ın teorisiyle birlikte ortaya çıkan bu değişimin arkasındaki neden nedir? Hart, neden bir hukuk tanımı yapmak yerine hukukun ne olduğunu anlamaya odaklanmayı tercih etmiştir? Dworkin'e göre bu değişimin nedeni, dil felsefesinde gelişen ileri düzey anlam teorileridir. Bu teorilerde yaşanan gelişmeler, hukuk felsefesinde filozofların teorilerini sunma biçimini değiştirmiştir. Önceden her filozof teorisini hukuk kavramını tanımlama iddiası üzerine inşa ederken, sofistike anlam teorilerinin gelişmesi bu iddianın bırakılmasına ya da bu iddianın daha ihtiyatlı dile getirilmesine neden olmuştur. Hukukun ne olduğuna yönelik iddialarında daha ihtiyatlı olmayı tercih eden düşünürler, doğrudan hukukun özünü belirten tanımlar yapmamış, hukuk ve hukuki kavramları kullanıldıkları farklı bağlamlara göre betimleme yöntemini benimsemişlerdir.[511]

Bu doğrultuda Schauer'e göre, Hart'ın teorisinde, çağdaşı John Langshaw Austin'in ve Wittgenstein'ın düşüncelerinin etkisinden söz etmek mümkündür.[512] Bu etkiyi özetlemeden önce çağdaş dil felsefesindeki iki temel anlam teorisinden kısaca bahsetmek faydalı olacaktır.

Çağdaş dil felsefesinde anlam teorilerinin gelişimi, iki ayrı dönem olarak ele alınabilir. 20.yüzyılın ortalarına kadar hâkim olan anlayış, anlamlı ifadelerin yalnızca olgusal bildirimlerde bulunan ifadeler olduğunu ve bu ifadelerin doğrulanabilirlik ölçütü ile açıklanabileceğini savunan mantıkçı pozitivizmdir. Dönemin ikinci yarısında hakim olan anlayış ise anlamlı ifadelerin yalnızca olgulara ilişkin olmadığını, bir ifadenin anlamının sadece doğrulanabilirlik ölçütü ile açıklanamayacağını, olgusal ifadelerin dışında kalan ve doğrulanamayan dilsel ifadelerin de anlamlı olduğunu öne süren kullanımbilimsel (pragmatik) yaklaşım veya gündelik dilci felsefedir.[513] "Gündelik dilci felsefe" kavramından, pratik yaşamda kullanılan dilin felsefi anlam boyutları olduğunu savunan düşünceyi anlamak uygun olacaktır.

---

[511] Ronald Dworkin, *Hukukun Hükümranlığı*, İstanbul, 2018, s.57.
[512] F. Schauer, "a.g.m.", s.464.
[513] Atakan Altınörs, *Anlam, Doğrulama ve Edimsellik: Austin Üzerine Bir İnceleme*, İstanbul, 2001, s.4-6.

Bu iki anlayış karşısında J. L. Austin'in anlam teorisi, gündelik dilci felsefeyi temsil ederken, Wittgenstein, teorisine ilişkin erken dönem eserlerinde mantıkçı pozitivizmi, geç dönem eserlerinde ise kullanımbilimsel (pragmatik) ve gündelik dilci felsefeyi yansıtan bir perspektif benimsemiştir. Hart, her iki düşünürün gündelik dilci felsefe görüşlerinden etkilenmiştir. Burada, söz konusu görüşlerden kısaca bahsedilmesi uygun olur. J. L. Austin'e göre, bir sözcelemin anlamını açıklamak, onun yalnızca doğruluğunu veya yanlışlığını göstermekle değil, sözcelemin farklı bağlamlarda nasıl kullanıldığını ve hangi edimlerle ilişkilendirildiğini dikkate almakla mümkündür. Bu anlayışta dil, sadece bilgilendirme ya da gerçeklik tasviri için bir araç değildir. Dil, aynı zamanda toplumsal uzlaşımlarla bağlantılı olarak ortaya çıkan edimlerin icra edilmesine imkân tanıyan bir sistemdir. Bu nedenle, bir sözcelemin anlamı sadece özsel niteliklerini belirten tanımlara indirgenemez. Anlam sorununu çözmek için en iyi yöntem, sözcelemin kullanıldığı gündelik dilin zenginliğinden faydalanmaktır. Bu zenginlik, sayısız çeşitlilikte anlam ayrımı yapmaya fırsat verir.[514] Böylece Hart'ın, J. L. Austin'in dilin edimsel boyutuna ve anlamın gündelik dildeki yerine ilişkin analizlerinden etkilenerek, hukukun özünü belirlemek yerine hukukun ne olduğunu açıklamaya çalıştığı söylenebilir.

Diğer taraftan, Wittgenstein ikinci dönem eserlerinden biri olan *Philosophical Investigations*'ta, mantıkçı pozitivist düşüncelerinden farklı olarak tümcelerin anlamını olgularla bağlantısı üzerinden açıklamak yerine, gündelik dildeki kullanım biçimlerine dayanarak ele alır.[515] Bu değişim, Wittgenstein'ın dilin belirli bir öze ya da tanıma sahip olduğu fikrinden vazgeçtiğini, bunun yerine, dili farklı bağlamlara göre değişen kullanımlarıyla çok yönlü bir yapı olarak kabul ettiğini gösterir. Hart, bu noktada Wittgenstein ile hem fikir olsa da, Schauer'e göre, Hart'ın Wittgenstein'ın teorisinde etkilendiği esas husus "aile benzerliği" kavramıdır.[516] Wittgenstein, bu kavramla, farklı bağlamlarda kullanılan dilin tüm örneklerinin ortak bir öz taşıdığı fikrine karşı çıkar. Ona göre, dilin farklı örnekleri ortak özellikler değil, birtakım benzerlikler taşır. Bu benzerlikler, bir aileyi oluşturan bireylerin yüz hatları, vücut tipleri veya karakterleri bakımından taşıdıkları benzerlikleri andırır. Dildeki her bir kavram, örtüşen benzerliklere sahip olduğu farklı anlamları ile bir aile meydana getirir.[517] Bir kavramın ne olduğu, ait olduğu ailenin üyeleri ile ilişkisi ve bu üyelerin birbiriyle olan benzerlikleri üzerinden

---

[514] A. Altınörs, *a.g.e.*, s.24-29.
[515] Ludwig Wittengestein, *Philosophical Investigations*, Basil Blackwell, Oxford, 1986, s.20.
[516] F. Schauer, "a.g.m.", s.464.
[517] L. Wittengestein, *a.g.e.*, s.32.

anlaşılabilir. Buradan hareketle, Hart'ın, Wittgenstein'ın aile benzerliği yaklaşımını hukuk kavramına uyarladığını ve hukuk kavramının farklı anlamları arasındaki ilişkiler ve benzerlikler üzerinden anlaşılması gerektiğini savunduğu belirtilebilir.

Bu noktada dikkat çekilmesi gereken önemli bir husus bulunmaktadır. Hart'ın özcülüğe yönelik görüşlerini değerlendiren birçok düşünür, onun *The Concept of Law* eserinin son bölümlerinde hukuku tanımlamaya çalışması ve hukukun varlığı için gerekli koşullar öne sürmesi nedeniyle, özcülüğe yönelik söz konusu görüşlerinde çelişkiye düştüğünü ifade eder.[518] Hatırlanacağı üzere, Hart, hukuku kurumsallaşmış kurallar mekanizması olarak tanımlar ve hukukun varlığı için birincil kurallar ile tanıma kuralının gerekli koşullar olduğunu kabul eder.[519] Hart, hukuk kavramını bu şekilde açıklarken hukukun anlam çeşitliliğine ve diğer normatif sistemlerle olan ilişkisine çok fazla değinmez. Dolayısıyla hukukun özsel niteliklerini belirlemeye çalıştığına dair bir izlenim oluşturur. Kanaatimizce, Hart'ın bu tutumunun nedeni, hukuk kavramını farklı bağlamlardaki çeşitliliğiyle anlamaya çalışırken, onun belirsiz ve tutarsız bir yapıya dönüşmesini engellemeye yönelik bir çaba içerisinde olmasıdır. Hukuk kavramının tamamen özcülük karşıtı bir çerçevede ele alınması, kavramın sınırlarını açıklamada yetersiz kalabilir. Buna karşın kavramın tamamen özcü bir perspektifle incelenmesi, hukukun dinamik yapısının göz ardı edilmesine neden olabilir. Bu sebeple Hart'ın belirli noktalarda özcü bir çerçeveye yaklaşması, hukukun dinamik ve karmaşık doğasını anlamaya yönelik çabasının bir gereği olarak değerlendirilebilir.

Hart, özcülük karşıtlığında daha sınırlı bir yaklaşım benimserken, Joseph Raz hukuk kavramının özsel niteliklere indirgenmesi fikrine karşı daha radikal bir duruş sergilemektedir. Raz, özellikle Hart başta olmak üzere kendisinden önceki hukuki pozitivist düşünürleri, hukuk kavramını açıklama çabalarında, hukukun doğası ile hukuk kavramını özdeş kabul ettikleri gerekçesiyle eleştirir. Raz'a göre, hukukun doğasının yalnızca "hukuk" kavramı üzerinden ifade edilmesi zorunlu değildir; hukukun doğası, farklı bağlamlarda ve çeşitli kavramlar aracılığıyla da incelenebilir. Raz verdiği bir örnekte, hukuk kavramını kullanmadan, bir ülkenin yasama ve yürütme organı veya mahkeme sistemi hakkında konuşarak da hukuktan bahsedilebileceğini belirtir. Başka bir örnekte ise hukuktan söz ederken, ele alınan hukukun pozitif hukuk mu yoksa bilimsel

---

[518] F. Schauer, "a.g.m.", s.464. Brian H. Bix, "Raz on Necessity", *Law and Philosophy*, 22/6, 2003, s.545.
[519] H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, s.116-117.

veya başka türden bir hukuk mu olduğuna, dilsel veya dil dışı bağlama göre karar verilebileceğini söyler. Raz'a göre, kavramın anlamının bağlama göre belirlenebilir olması, hukukun özünün belirli bir kavramla tanımlanmasının zorunlu olmadığını ortaya koyar.[520] Buradan hareketle, Raz'ın düşüncesinde hukukun doğası ve hukuk kavramının birbirinden ayrı şeyler olarak kabul edildiği; hukukun özünü tanımlayan özel ve tekil bir kavram olmasa da hukukun bağlama göre açıklanabileceği yönünde bir anlayışı benimsediği ifade edilebilir.

Ancak, Raz'ın bu konudaki görüşleri irdelendiğinde, onun çelişkili görünen fikirler öne sürdüğünü söylemek mümkündür. Nitekim Gaido'nun da belirttiği gibi, Raz bir yandan, hukukun kavramsallaştırmalardan bağımsız olarak açıklanabileceğini vurgularken, diğer yandan, hukukun doğası ile hukukun kavramı arasında bir tür karşılıklı bağımlılık olduğuna dikkat çeker.[521] Bu çelişkili görünüm, Raz'ın hukukun özüne dair görüşlerini anlamayı zorlaştırmaktadır. Dolayısıyla bu durum, onun, kavram anlayışını nasıl temellendirdiğini sorgulamayı gerektirmektedir. Bu noktada belirtilmelidir ki, Raz'ın kavram anlayışı oldukça kapsamlı bir çerçeveye sahiptir. Fakat ilk başta ve temelde, hukukun doğası ile hukuk kavramı arasında kurulan bağlantının ele alınması daha uygun olacaktır.

Raz'ın hukuk doğası ile hukuk kavramı arasında kurduğu bağımlılık şu şekilde izah edilebilir: Raz'a göre, bir hukuk filozofunun birincil görevi hukukun doğasını; ikincil görevi ise hukuk kavramını açıklamaktır. Zira hukuk kavramını açıklamak, hukukun doğasını açıklama görevinin ayrılmaz bir parçasını teşkil etmektedir.[522] Çünkü Raz'a göre, bir kavramın açıklanması, o kavramın temsil ettiği şeyin doğasını anlamaya yardımcı olacak bir çabadır. Raz'ın ifadesiyle, "Kavramlar, dünyayı nasıl kavradığımıza dair unsurlardır ve bir yanda bunların ifade edildiği kelimeler ve bu kelimelerin anlamları, diğer yanda ise bu kavramların uygulandığı şeylerin doğası arasında bir yerde bulunurlar".[523] Dolayısıyla Raz için kavramlar, bir köprü vazifesi görerek, hem kelimelerin ötesine geçip gerçekliğin doğasına ulaşmaya yardımcı olur, hem de bu

---

[520] Joseph Raz, "Can There be a Theory of Law?", *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason* içinde, Oxford, 2009, s.19-20.
[521] Paula Gaido, "The Purpose of Legal Theory: Some Problems with Joseph Raz's View", *Law and Philosophy*, 30/6, 2011, s.693.
[522] J. Raz, "a.g.m.", s.24.
[523] J. Raz, "a.g.m.", s.19.

gerçekliği ifade etmeyi sağlar. Bu durum, onun hukukun kavramsal bir karşılığı olmadan da var olabileceği görüşüyle uyuşmazlık yaratır.

Ayrıca burada vurgulanması gereken bir diğer önemli husus, Raz'ın hukukun doğasını açıklamak için hukukun kavramını bir araç olarak kullanmasının, onun özcülük karşıtı yaklaşımıyla tutarsızlık oluşturma potansiyeli taşımasıdır. Çünkü kavramsal özcülüğe göre, kavramlar şeylerin özünü yansıtır. Bu nedenle bir kavramı incelemek, kavramın temsil ettiği şeyin özsel niteliklerini anlamak için gerekli bir yöntemdir. Bu bağlamda, Raz'ın hukukun doğasının hukukun kavramı aracılığıyla açıklanabileceğini öne sürmesi, onun, hukukun doğası gereği tanımlanabilir birtakım özsel niteliklere sahip olduğunu ve hukukun kavramının bu nitelikleri yansıttığını kabul ettiği şeklinde yorumlanabilir.[524]

Fakat Raz'ın teorisi incelendiğinde, görüşlerinin bu yorumla tam olarak örtüşmediği söylenebilir. Öncelikle, yukarıda verilen Raz'a ait alıntı irdelendiğinde, kavramları "kelimeler ile bu kelimelerin anlamları" ve "uygulandıkları şeylerin doğası" arasında belirsiz bir konuma yerleştirerek tanımladığı görülmektedir. Oysa özcü yaklaşım, kavram ve temsil ettiği şey arasında doğrudan bir özdeşlik olduğunu savunur. Raz'ın kavramlar ile uygulandıkları şeyler arasındaki ayrıma dikkat çekmesi, onun kavramlara dair özcü bir yaklaşım benimsemediğini gösterir niteliktedir. Öte yandan, aynı alıntıda Raz'ın kavramları "dünyayı nasıl kavradığımıza dair unsurlardır" şeklinde açıklaması, kavramların temsil ettikleri şeyin değişmez ve evrensel özünü değil, birbirinden farklı dünyayı anlama biçimlerini yansıttığını ima eder gibidir. Böyle bir ima, kavramların toplumsal, tarihsel ve dilsel bağlamlara göre farklı anlamlar taşıdığını ve gerçekliğin bu kavramlara göre şekillendiğini ifade eden kavramsal göreceliğe neden olur.[525] Nitekim Raz, hukuk kavramının tarihsel süreç içerisinde çeşitli kültürlerin etkisiyle değiştiğini ve bugünkü hukuk kavramının, geçmişteki hukuk kavramlarından daha farklı olduğunu belirten görüşüyle kavramsal göreceliği destekleyen bir bakış açısı sunar.[526]

Bu bakış açısından hareketle, Raz'ın hukukun özüne dair görüşünü ifade eden üç farklı olası sonuca ulaşılabilir: Bu sonuçlara göre, onun, (1) hukuk kavramının çeşitliliği

---

[524] P. Gaido, "a.g.m.", s.687.
[525] P. Gaido, "a.g.m.", s.687.
[526] Joseph Raz, "Two Views of the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison", *Legal Theory*, 4/3, 1998, s.280-281.

karşısında hukukun doğası gereği zorunlu niteliklere sahip olmadığını düşündüğü, (2) hukukun özüne ilişkin birtakım özellikleri tanımlayan genel bir hukuk kavramının mevcut olmadığı fikrini savunduğu, (3) birbirinden farklı hukuk kavramları karşısında hukukun bağımsız bir gerçeklik olarak bulunduğunu kabul ettiği belirtilebilir. Ancak Raz, hukukun doğası gereği zorunlu olarak otorite sahibi olduğunu[527] öne sürerek, belirtilen üç olası sonuç karşısında şaşırtıcı bir tezat ortaya koymaktadır.

Bu tezat şu şekilde değerlendirilebilir: Öncelikle, Raz'ın hukukun doğası gereği otorite sahibi olduğunu belirten ifadesi, onun, hukukun özüne yönelik zorunlu bir nitelik atfettiğini açıkça göstermektedir.[528] Bu durumda, hukukun doğası gereği zorunlu niteliklere sahip olmadığını iddia eden birinci olası sonuç geçersiz olacaktır. Raz'ın görüşlerini, hukukun zorunlu özelliğini tanımlayan genel bir kavramın bulunmadığını ileri süren ikinci sonuç açısından incelediğinde, onun hem genel bir kavramın varlığını kabul ettiği hem de bu genel kavramın hukukun özünü tam anlamıyla yansıttığını söylemenin yanıltıcı olacağını savunduğu görülmektedir.[529] Bu noktada, Raz'ın genel kavram ifadesi ile neyi kastediyor olduğunu anlamak önemlidir. Raz'a göre genel kavram, bir kavramın tarihsel süreçte değişen tüm atalarını kapsar ve bu ata kavramları birbirine bağlayarak, kavramın günümüzdeki kullanımıyla ilişkilendirir.[530] Dolayısıyla Raz'ın görüşünde genel kavramın, hukukun özünü tanımlayan tek ve evrensel bir kavram olarak yer almadığı belirtilebilir. Onun için genel kavram, hukukun otorite olma özelliğinin, geçmişten günümüze farklı bağlamlarda nasıl evrildiğini anlamamıza olanak tanır; ancak hangi otorite anlayışının hukukun özünü doğrudan yansıttığını kesin olarak belirleyemez.

Bu doğrultuda, Raz'ın, yukarıda üçüncü olası sonuç olarak belirtilen hukukun belirli bir kavramdan veya bağlamdan bağımsız bir gerçeklik olduğu fikrini kabul ettiği düşünülebilir. Gaido, bu fikrin doğru olması durumunda Raz'ın hukukun özüne dair görüşlerinin ontolojik realizmle ilişkili olacağını belirtir.[531] Ontolojik realizme göre, "gerçek olan, kendi değişmez varoluşu içinde ve kendi başına, ne ise o olarak

---

[527] J. Raz, *Otorite ile Yorum Arasında Hukukun Doğası*, s.147. Joseph Raz, "On the Nature of Law", *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason* içinde, Oxford University Press, Oxford, 2009, s.104.
[528] B. H. Bix, "a.g.m.", s.539.
[529] Joseph Raz, "The Problem of Authority: Revisiting the Service Conception", *Minnesota Law Review*, 90, 2006, s.1010.
[530] J. Raz, "a.g.m.", s.1010.
[531] P. Gaido, "a.g.m.", s.687.

mevcudiyetini sürdürmektedir. Onun var olmak için bilince, özne tarafından kabul edilmeye ihtiyacı yoktur".[532] Bu anlamda, Raz'ın, hukukun herhangi bir kavramsallaştırma olmadan da var olabileceğini belirtmesi[533] ve hukukun doğası ile hukuk kavramının özdeş olmadığını öne sürmesi, ontolojik realizmle uyumlu gibi görünür. Fakat, eğer hukukun doğası evrensel ve kavramlardan bağımsız bir gerçeklikse, hukuk yerel ve bağlama özgü kavramlarıyla nasıl ilişkilendirilebilir? Ayrıca daha önce belirtildiği gibi, Raz hukukun doğasını açıklamak için öncelikle hukuk kavramını açıklamanın gerekli olduğunu ifade eder ve bu bağlamda, hukukun doğası ile hukuk kavramı arasında karşılıklı bir bağlılık bulunduğunu savunur. Kanaatimizce, bu durumda Raz için yalnızca ontolojik bir realist demek doğru olmayacaktır. Çünkü Raz, bir taraftan hukukun otorite olma niteliğinin nesnel bir gerçekliğe sahip olduğunu kabul ederken, diğer taraftan bu gerçekliğin açıklanabilmesi için söz konusu niteliğin farklı şekillerde nasıl kavramsallaştırıldığının incelenmesi gerektiğine vurgu yapar.

Bu değerlendirmenin sonucunda, Raz'ın hukukun doğasına ilişkin zorunlu nitelik anlayışının, geleneksel felsefi söylemin bir şeyin o şey olabilmesi için her koşulda mutlaka taşıması gereken özellikleri ifade eden zorunluluk anlayışından farklı olduğu söylenebilir. Bix'e göre, Raz'ın anlayışı, zorunluluğun yumuşak bir türüdür. Onun teorisinde, zorunluluk ve rastlantısallık bir arada ele alınır. Zorunluluk, hukuk ile otorite arasındaki içsel bir bağlantıyı ifade eder; otorite olmadan hukuktan bahsedilemez. Ancak bu içsel bağlantının nasıl tanımlandığı veya kavramsallaştırıldığı çeşitli bağlamlarda rastlantısaldır. Başka bir zaman diliminde veya toplumda hukuk ve otorite farklı şekillerde anlamlandırılabilir.[534] Burada şu sorular sorulabilir: Otorite olmak hukukun zorunlu bir özelliğiyse, bu özellik neden bağlama göre değişkenlik gösterir? Otorite ve hukuk kavramları rastlantısalsa, hukukun ve otorite olma niteliğinin bu rastlantısallıktan bağımsız olduğu nasıl gerekçelendirilebilir? Raz'ın teorisinde bu soruların cevaplarını açıkça cevap verdiği söylenemez. Bu durum, onun hukukun özüne dair görüşlerini anlamayı zorlaştırmaktadır.

---

[532] Milay Köktürk, "Realizm (Felsefe Maddesi)", https://ansiklopedi.tubitak.gov.tr/ansiklopedi/realizm_ felsefe (Erişim Tarihi: 24.01.2025).
[533] J. Raz, "On the Nature of Law", s.32-33.
[534] B. H. Bix, "a.g.m.", s.549.

4.1.2. Doğal Hukuk: Ahlaki ve Normatif Öz Arayışı

Çağdaş hukuk felsefesinde doğal hukuk teorisini benimsediği ifade edilen üç düşünürün, hukukun neliğine ilişkin görüşlerindeki ortak noktalar kısaca şu şekilde belirtilebilir: Öncelikle, bu düşünürler için hukukun işleyişinde yürürlükte olan pozitif hukuk önemli bir rol oynar. Ancak, pozitif hukuk bu işlevini yerine getirirken tek başına etkin ve geçerli olma kapasitesine sahip değildir. Bu hukuk, yalnızca doğal hukukun temel ilkeleriyle uyumlu olduğu sürece tam anlamıyla etkin ve geçerli olabilir. Doğal hukuk, pozitif hukuku yönlendiren, geçerliliğini değerlendiren ve ahlaki bir temel sağlayan normatif bir çerçeve olarak konumlandırılır. Bu bağlamda, pozitif hukuk, ahlaki ya da normatif boyuttan arınmış değildir; aksine, hukukun ve doğası gereği sahip olduğu normatifliğin, ahlak ile kavramsal, mantıksal ve zorunlu bir bağ vardır.[535] Hukukun özü ve temel özellikleri bu bağın kavranması ile anlaşılabilir. Dolayısıyla, hukuku ahlaktan veya doğal hukuktan arındırarak tanımlamak ve hukuku tek bir kavrama indirgeyerek açıklamak mümkün değildir. Hukukun ahlaki temellerini ve insan doğasıyla olan bağlantısını göz ardı etmemek gerekir. Burada belirtilmesi gereken önemli bir nokta, ele alınacak olan üç düşünürün de, hukukun doğasında ahlaki bir içeriğin bulunduğu görüşünü benimsemiş olmalarına rağmen, bu düşünürlerin ahlak kavramı ile neyi ifade ettiklerinin ayırt edilmesi gerektiğidir. Bu nokta, bu düşünürlerin hukukun özüne dair görüşleri açıklarken ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

Fuller, hukukun özünü ve özsel niteliklerini doğal hukukun temel unsurları olan ahlak ve insan doğası ile temellendirir. Fuller'e göre hukuk, doğası gereği, insan davranışlarını kurallar çerçevesinde düzenlemeye ve insanların bu kurallara uygun şekilde eylemesini sağlamaya yönelik amaçlı bir faaliyettir.[536] Dolayısıyla Fuller'e göre, hukukun özü düzenleyiciliktir. Viner'in yorumuna göre, Fuller'in belirttiği bu amaç, hukukun ne olduğunu tanımlamak için bir başlangıç noktasıdır. Hukukun amacını göz ardı ederek yalnızca bir kavrama indirgemek, hukukun gerçek doğasını kavramayı zorlaştırır. Bu nedenle, önce hukuk ile ne yapılması gerektiğinin anlaşılması gerekir.[537]

Fuller, amaçlı bir faaliyet olan hukukun amacını yerine getirebilmesi için özünde bir tür ahlaki düzenin bulunduğunu öne sürer. Daha önce belirtildiği üzere, bu ahlaki

---

[535] Jeffrie G. Murphy & Jules L. Coleman, *Philosophy of Law: An Introduction to Jurisprudence*, 1990, Oxford. s.11.
[536] L. L. Fuller, *The Morality of Law*, s.106, 115-117.
[537] Steve Viner, "Fuller's Concept of Law and Its Cosmopolitan Aims", *Law and Philosophy*, 26/1, 2007, s.5.

düzen sekiz temel ilkeden oluşur. Bu ilkeler, hukukun başarılı bir şekilde işlemesini sağlayan genellik, anlaşılabilirlik, bilinebilirlik gibi biçimsel ve evrensel ahlak ilkeleridir.[538] Luban'a göre, Fuller, bu ilkelerle uyumlu olmayan bir hukukun kötü bir hukuk değil, hiç hukuk olmadığını savunur. Dolayısıyla bu ilkeler, hukukun varlığı için olmazsa olmaz zorunlu niteliklerdir.[539]

Burada belirtilmesi gereken önemli husus, Fuller'in, hukukun içsel ahlakı ile hukukun içeriği arasında doğrudan bir ilişki kurmamış olmasıdır. İçsel ahlak yalnızca hukukun işleyişi için gerekli olan ve süreci oluşturan zorunlulukları ifade eder. Hukukun içeriği ile ilgilenen ahlak, dışsal ahlaktır. Fuller bu iki ahlakın karşılıklı olarak birbirini etkilediğini belirtir. Ona göre, hukukun bu iki ahlaktan biriyle uyumsuz olması durumunda diğerinin işleyişi de sekteye uğrayacaktır.[540] Ancak bu karşılıklı etki tartışmalı görünmektedir. Çünkü Fuller, dışsal ahlakın hukukun doğasına içkin zorunlu bir nitelik olup olmadığı konusunda kesin bir görüş belirtmez. Aksine, onun, "Hukuki ahlakın pek çok etik meseleye karşı nötr olduğunun söylenebileceğini defalarca gözlemledim"[541] ifadesi, hukukun içsel ahlakının, dışsal ahlakla uyumlu olmadan da var olabileceğine dair bir görüş benimsemiş olduğunu gösterir niteliktedir. Dworkin de bu konuda Fuller'i eleştirir ve onun, hukuk ile dışsal ahlak arasında zorunlu bir bağlantı kuramamış olması nedeniyle, hukuk ile ahlak arasında kavramsal bir bağ olmadığını savunan hukuki pozitivizmle anlaşmazlık içerisinde olmadığını ifade eder.[542]

Bu noktada, Fuller'in hukukun özünde yer alan bir dış ahlaktan bahsetmemesinin nedeni sorgulanabilir. Luban'a göre, bu neden, Fuller'in hukukun özünde yer alan ahlakı, genel ahlak sisteminden bağımsız olarak, doğrudan hukukun kendi yapısından kaynaklanan bir meslek etiği olarak değerlendirmesidir. Genel ahlak ya da Fuller'in deyimiyle dış ahlak, bireysel veya toplumsal davranışları düzenleyen, doğru ve yanlış, iyi ve kötü üzerine gelişen normatif kuralları ifade ederken, hukukun içsel ahlakı hukuk yetkililerinin yasama sürecinde uymaları gereken özel ahlaki ilkeleri belirtir.[543] Dolayısıyla, Fuller'in düşüncesinde hukukun içsel ahlakı, hukuk yapma görevini

---

[538] L. L. Fuller, *a.g.e.*, s.33-39.
[539] David Luban, "Natural Law as Professional Ethics: A Reading of Fuller", *Social Philosophy and Policy*, 18/1, 2001, s.178.
[540] L. L. Fuller, "Positivism and Fidelity to Law", s.645.
[541] L. L. Fuller, *The Morality of Law*, s.162.
[542] Ronald Dworkin, "Philosophy, Morality, and Law-Observations Prompted by Professor Fuller's Novel Claim", *University of Pennsylvania Law Review*, 113/5, 1965, s.673.
[543] D. Luban, "a.g.m.", s.194.

üstlenmiş yetkililere yöneliktir. Fuller'in rol ahlakı olarak da ifade ettiği bu ahlak, hukuki yetkililere görevlerine ilişkin ahlaki sorumluluklar yükler.[544]

Fuller'in görüşleri, hukukun özüne dair tartışmalar çerçevesinde değerlendirildiğinde, Fuller'in hukukun içeriğine ilişkin evrensel ve zorunlu bir nitelik benimsemediği belirtilebilir. Fuller, hukuk ile ahlak arasında zorunlu bir bağın olduğunu kabul etmekle birlikte, hukuku mutlak bir ahlaki içerikle tanımlamaya çalışmaz. Buna karşın Fuller, Viner'in de vurguladığı üzere, hukukun doğasından kaynaklanan ve hukukun işleyişinde gözetilmesi gereken prosedürel ahlak ilkelerinin evrenselliğini savunan bir hukuk kavramı ortaya koyar.[545] Bu bağlamda, Fuller'in, hukukun içeriğine dair özsel niteliklere dayanan katı bir özcü teori ileri sürmediği, ancak hukukun işleyişine yönelik özsel ahlaki ilkeler öne sürmesi nedeniyle tamamen özcülük karşıtı bir pozisyonda da değerlendirilemeyeceği söylenebilir.

Çağdaş hukuk felsefesinde doğal hukuk düşüncesini benimseyen bir diğer isim olan Finnis, hukukun özüne dair görüşlerini ortaya koyarken, kendisinden önceki düşünürleri eleştirmekle işe başlar. İlk önce Austin'i ele alan Finnis'e göre, Austin, hukukun özünü egemen, emir ve yaptırım kavramlarıyla tanımlarken ve hukukun bir bilim olduğunu iddia ederken herhangi bir dayanak sunmamıştır. O, hukuka ilişkin basit ve belirgin kavramları içeren tanımlar öne sürmüş ve bu tanımların doğuracağı karmaşık sonuçlara ilişkin herhangi bir sorgulama yapmadan kabul etmiştir. Kelsen ise hukuku, değerlerden ve farklı bağlamlardaki işlevsel çeşitliliğinden bağımsız olarak ele almış ve onu, hukukun özü olarak nitelendirilebilecek tek bir unsur temelinde açıklamaya çalışmıştır. Finnis'e göre, Kelsen bunu yaparken, hukuk kavramını nasıl seçtiğini eleştirel bir bakış açısıyla tartışmamış ve hukuku neden tek bir unsura indirgediğini gerekçelendirmemiştir.[546] Hart, Raz ve Fuller ise Austin ve Kelsen'in hukukun özüne ilişkin yaklaşımlarına kıyasla daha gelişmiş teoriler öne sürmüş olsalar da, hukukun özünü değer-yüklemeyen betimleyici bir çerçevede tanımlamaya devam etmişlerdir.[547]

---

[544] L. L. Fuller, *a.g.e.*, s.192-193.
[545] S. Viner, "a.g.m.", s.20.
[546] J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, s.4-6.
[547] J. Finnis, *a.g.e.*, s.9.

Finnis'in bu eleştirileri, onun hukukun özüne dair görüşlerini yalnızca betimleyici bir yöntemle ele almayıp, hukukun özünü değer içeren ilkelerle ilişkilendiren ve tek bir anlamla sınırlandırmayan daha kapsamlı bir teori olarak sunduğunu düşündürmektedir.

Finnis, hukukun özünü ve işlevini kapsamlı bir şekilde tanımlayabilmek için "odak anlam (*focal meaning*)", "merkezi örnek (*central case*)", "ikincil/çevresel örnek (*secondary/peripheral case*)" ve "analoji (*analogy*)" kavramlarına başvurur. Finnis'e göre odak anlam, bir kavramın ne olduğunu belirten en temel ve en açıklayıcı anlamıdır. Bir kavramın farklı bağlamlarda gelişen anlamlarının her biri sistematik bir biçimde odak anlama bağlıdır. Bu doğrultuda odak anlam, bir kavramın çok anlamlılığının dayandığı referans noktasıdır. Merkezi örnek ise bu çok anlamlılık içinde odak anlamın en eksiksiz ve ideal biçimde tezahür ettiği örneği ifade eder. Bu örneğe ve odak anlama tam olarak uymayan; merkezi örneğe kıyasla anlam bakımından sapma gösteren, belirli unsurları eksik olan ya da zamanla bozulmuş kavramlar ise ikincil veya çevresel örneklerdir. Ancak buna rağmen, ikincil örnekler merkezi örnekten kopuk değildir; onlar merkezi örnekle analojik bir bağ taşırlar. Bu bağ, hem merkezi örneğin hem de ikincil örneklerin odak anlamı referans almasından kaynaklanır. Merkezi örnek, bu referansı en tutarlı şekilde temsil ederken, ikincil örnekler bağlama göre değişen ölçülerde sapmalar gösterir.[548] Bu kapsamda, ikincil örnekler kavramın özünü tam olarak yansıtmayan ama yine de ilgili kavrama atıfta bulunan ifadelerdir. Böylece Finnis, bir kavramın odak anlamı ve merkezi örneği ile ikincil örnekleri arasında sistematik bir ayrım yapar. Finnis, bu ayrım sayesinde elde edilecek sonucu ise şu şekilde belirtir:

> Teorik terimlerin sistematik çok anlamlılığından yararlanarak (bu çok anlamlılığın 'ilkesi veya gerekçesini' gözden kaçırmaksızın), insani ilişkilerde olgun olanı gelişmemiş olandan, sofistike olanı ilkel olandan, gelişmiş olanı yozlaşmış olandan, iyi örneği sapkın durumdan, 'doğrudan', 'basit anlamda' (*simpliciter*) ve 'sınırsız olanı', 'bir anlamda', 'bir şekilde' ve 'belli bir açıdan' (*secundum quid*) olan durumdan ayırt etmek mümkündür. Ancak tüm bunlar, ele alınan konunun gelişmemiş, ilkel, yozlaşmış, sapkın veya diğer 'nitelikli anlam' ya da 'genişletilmiş anlam' örneklerini göz ardı etmeden, başka bir disipline sürgün etmeden yapılmalıdır.[549]

Bu yargılardan hareketle, Finnis'in hukuku çok anlamlı ve karmaşık bir kavram olarak kabul ettiği, bu kavramın sistematik bir şekilde analiz edilmesi yoluyla hukukun

---

[548] John Finnis, "What is the Philosophy of Law?", *The American Journal of Jurisprudence*, 59/2, 2014, s.140-141.
[549] J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, s.10-11.

odak anlamının, merkezi örneklerinin ve ikincil örneklerinin belirlenebileceğini savunduğu söylenebilir. Böylelikle, hukukun merkezi örneğinin odak anlamla uyumlu zorunlu niteliklerini ve bu niteliklere sahip olmayan ikincil türevlerini ayırt edebilmek mümkün hale gelir. Ayrıca alıntıdan anlaşıldığı üzere, Finnis için bu yöntemde önemli olan, hukukun tüm farklı anlam katmanlarını hesaba katarak, hukuk kavramının doğasına ilişkin bir açıklamaya ulaşabilmektir. Bu durum ise hukukun özünü tanımlamaya çalışırken, onunla ilişkili olduğu düşünülen hiçbir unsuru saf dışı bırakmamayı ifade eder.

Bu bağlamda, Murphy'e göre Finnis, hukukun ne olduğunu anlamak için onun özüne dair zorunlu ve değişmez nitelikleri tanımlamaya yönelik bir çabanın yetersiz olduğunu savunmaktadır. Finnis'e göre, hukukun zorunlu ve değişmez niteliklerinin olduğunu varsayıldığında, bazı hukuk sistemleri bu nitelikleri karşıladıkları için hukuk olarak değerlendirilecek; bu nitelikleri taşımayanlar ise hukuk kapsamına alınmayacaktır. Ancak böyle bir yaklaşım, hukukun kavramsal ve amaçsal çeşitliliğini tam anlamıyla açıklamaya engel olacaktır. Bu nedenle Finnis'e göre yapılması gereken, hukukun ne olduğunu, hukukun en ideal ve en belirgin özelliklerini temsil eden merkezi örneklerini ortaya koyan bir tanım geliştirerek izah etmektir. Böyle bir izah sayesinde, sosyal düzen sistemleri merkezi örneğe olan yakınlığına göre açıkça hukuk olanlar, tamamen hukuk dışı olanlar ve merkezi örnekten belirli yönleriyle eksik veya farklı olanlar şeklinde sınıflandırılabilecektir.[550] Dolayısıyla Finnis'e göre, hukukun doğası gereği ne anlama geldiğini ve hangi sistemlerin bu doğaya uygun olduğunu kavramak için en doğru değerlendirme ölçütü merkezi örnektir. Merkezi örnek hem hukukun odak anlamını ortaya koyar hem de bu odak anlamdan sapmış olan ikincil örnekleri anlamaya yardımcı olur.[551]

Finnis, hukukun özünü yansıtan odak anlamı şu şekilde tanımlar: Hukuk, yetkisi hukuk kuralları çerçevesinde tanımlanmış ve kurumsal bir yapı olarak tesis edilmiş, belirli ve etkin bir otorite tarafından tam/siyasal topluluk için konulan düzenleyici kurallar sistemidir. Bu kurallar sistemi, yargı organlarının hukuki kurallar çerçevesinde belirlediği hükümlere uygun olacak şekilde yaptırımlarla desteklenir. Bu sistemin varlık nedeni, ortak iyiliği amaçlayan bir tam topluluğun eylemlerinde ortaya çıkan koordinasyon sorunlarını en uygun şekilde çözmektir. Aynı zamanda bu sistem, koordinasyon

---

[550] M. C. Murphy, "Natural Law Theory", s.23.
[551] Michael Baur, "In Defense of Finnis on Natural Law Legal Theory", *Vera Lex*, 6, 2005, s.40.

sorunlarına ilişkin olarak diğer sosyal kurumlar veya normatif sistemler tarafından önerilen çözümleri kabul etme, belirli sınırlar içinde müsamaha gösterme, düzenleme ya da gerektiğinde reddetme yetkisine sahiptir. Ortak iyiliğe uygun şekilde tasarlanmış olan bu sistem, temelinde belirlilik, keyfiliğin asgari düzeye indirilmesi, otorite ile bireyler arasındaki yahut bireylerin kendi aralarındaki ilişkilerde karşılıklı hak ve yükümlülüklerin korunması ilkelerine dayanır.[552]

Finnis'e göre hukukun bu şekilde tanımlanan odak anlamı, hukukun yalnızca tek bir perspektiften ele alınmasıyla değil, bireylerin ve toplumların hem temel değerlerinin hem de birtakım empirik özelliklerinin göz önünde bulundurulmasıyla inşa edilmiştir. Bu inşa, insanların eylem ve karar alma süreçlerinde pratik aklın ortaya koyduğu zorunlu, makul ve uygulanabilir gerekliliklerin doğrultusunda gerçekleştirilen düşünsel bir çaba ve eleştirel analiz sonucunda şekillenmiştir.[553] Finnis'in bu görüşünü değerlendiren Leiter'e göre, Finnis, hukukun doğasına ilişkin tartışmaların kapsamını genişletmeye çalışarak, yalnızca biçimsel veya değerden bağımsız tanımlara odaklanmak yerine, doğası gereği ahlaki açıdan iyi olan hukuka ya da pratik akıl yürütme açısından makul hukuka yönelmenin gerekli olduğunu iddia etmiştir. Ancak Leiter'e göre, Finnis her ne kadar bu yaklaşımını hukukun ne olduğu açıklama çabası olarak sunsa da, aslında konunun odağını değiştirmiş ve ideal hukuk örneklerini öne çıkarmaya çalışmıştır.[554]

Finnis, hukukun odak anlamını tanımlamasının ardından, bu anlamı en ideal şekilde temsil eden ve hukukun doğasını anlamak için başvurulması gereken merkezi örneğin, tam topluluk ve bu topluluğun hukuk sistemi olduğunu belirtir.[555] Daha önce bahsedildiği gibi, Finnis için tam topluluk, insanların temel iyilere katılma ve kendini gerçekleştirme sürecinde ihtiyaç duyduğu tüm koşulların sağlandığı, ortak iyiliğin elde edilmesi için gerekli olan iş birliği ve koordinasyonun tesis edildiği kapsamlı bir birlikteliği ifade eder.[556] Bu bağlamda, hukuk ancak insanların temel iyilere ve ortak iyiye katılımını desteklediği, insan eylemlerini pratik aklın gerekliliklerine göre yönlendirdiği sürece gerçek anlamda hukuk olarak var olabilir. Hukukun varlığı açısından pratik akıl önemlidir; zira temel iyilere ve ortak iyiye nasıl katılım sağlanacağı, bu katılım için

---

[552] J. Finnis, *a.g.e.*, s.276-277.
[553] J. Finnis, *a.g.e.*, s.277.
[554] Brian Leiter, "The Demarcation Problem in Jurisprudence: A New Case for Scepticism", *Oxford Journal of Legal Studies*, 31/4, 2011, s.677.
[555] J. Finnis, *a.g.e.*, s.148, s.260.
[556] J. Finnis, *a.g.e.*, s.147-148.

eylemlerin nasıl koordine edileceği, ancak pratik aklın rehberliğiyle çözülebilecek meselelerdir.

Bu noktada sorulması gereken şudur: İnsanların ihtiyaçları için gereken koşulları sağlama ve koordinasyon problemlerini çözme işlevlerini yerine getirmek, hukukun doğasını açıklamak için yeterli midir? Bu işlevleri yerine getiren ancak baskıcı ve kötü niyetli amaçlara sahip bir otorite, merkezi bir hukuk örneği olarak değerlendirilebilir mi? Kramer'e göre, Finnis hukukun işlevleri ile otoritenin amaçları arasındaki ahlaki ilişkiyi yeterince açıklayamamıştır. Bu durum, hukukun işlevlerinin otoritenin amaçlarından bağımsız olabileceğini gösterir. Bir diğer ifadeyle, otorite kötü niyetli amaçlara sahip olsa dahi, tam topluluk için gerekli olan işlevleri yerine getiriyorsa, hukukun merkezi bir örneği olmasında herhangi bir sakınca yoktur. Dolayısıyla, Kramer'in de vurguladığı üzere, hukukun odak anlamının tanımlanması ve merkezi örneğin belirlenmesinde, hukukun yalnızca birtakım ahlaki beklentilere yönelik normatif işlevleri yerine getirmesi yeterli bir ölçüt olarak görünmemektedir.[557] Kanaatimizce bu noktada, Finnis'in merkezi örnek ile ikincil örnekler arasında ayrım yapmasına rağmen, ikincil örnekleri tamamen hukuk dışı bırakmaması da hukukun doğasını anlamayı zorlaştırmaktadır. İkincil örneklerin hukukun odak anlamından sapmış olmasına karşın hâlâ hukuk olarak kabul edilmesi, hukukun mahiyeti konusunda kesin bir sınır koymayı güçleştiren kavramsal bir gerilime neden olmaktadır.

Bununla birlikte, Finnis, yalnızca hukuk kavramının değil, aynı zamanda hukukun odak anlamını oluşturan "belirli", "etkili", "topluluk", "yaptırıma bağlılık", "kurala bağlılık" gibi her bir bileşen terimin de kendine özgü bir odak anlamı, merkezi örneği ve ikincil örneği bulunduğunu ifade eder. Bu terimlerin her biri, odak anlamlarını en iyi şekilde yansıtan merkezi örnekleriyle veya merkezi örnekten sapmış, belirli yönleriyle bozulmuş ikincil örnekleriyle hukuki bağlam içinde yer alırlar. Hukuk kavramının odak anlamı, ancak bu terimler kendi merkezi örneklerinin tüm özelliklerini eksiksiz bir şekilde karşıladığı takdirde tam anlamıyla ortaya çıkar.[558] Fakat, Finnis'in bu görüşünün, teorisinin dayandığı kavramsal çerçeve içinde tutarlı görünmekle birlikte, hukukun ne olduğunu anlamayı zorlaştıran kavramsal bir genişlemeye ve metodolojik sorunlara yol açtığı söylenebilir.

---

[557] Matthew H. Kramer, *In Defense of Legal Positivism: Law without Trimmings*, Oxford, 1999, s.237-238.
[558] J. Finnis, *a.g.e.*, s.277.

Sonuç olarak, Finnis hukukun ne olduğunu ahlaki gerekçelere dayanan, normatif ve kavramsal bir çerçevede açıklamaya çalışmıştır. Bu amaca ulaşmak için hukukun özüne dair odak bir anlam ve merkezi bir örnek belirlemesi, mevcut hukukun ne olduğunu açıklamak yerine, hukukun nasıl olması gerektiğine dair bir çerçeve sunduğu izlenimi yaratır. Bu durumun, Finnis'in ideal bir hukuk modeli inşa ettiğini belirten eleştirileri güçlendirdiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Zira, söz konusu odak anlamın ve merkezi örneğin pratik bir karşılığı yoktur. Sadece Finnis'in tasarımıdır.

Hukukun doğasını, ahlaki temelleriyle olan zorunlu bağlantısı üzerinden açıklamaya çalışan çağdaş doğal hukuk düşünürlerinden bir diğeri de Alexy'dir. Onu çağdaşlarından ayıran nokta, kavramların ikili bir doğaya sahip olduğunu belirten görüşüdür. Alexy'e göre, kavramlar kısmen yerel ve kısmen evrensel olmak üzere iki boyuttan oluşur.[559] Kavramlar, kültürel ve tarihsel bağlamlarda şekillenir. Bazı kavramların ne ifade ettiğini anlamak için kavramın kullanıldığı kültürün içinde olmak, o kültürü tanımak gerekir. Zira kavramların anlamları, aynı kültürel bağlamı paylaşan insanların ortak uzlaşılarına dayalıdır ve bu kavramlar zamanla toplum tarafından kabul gören yerleşik kurallara dönüşür. Bu çerçevede, Alexy'e göre, kavramların kısmi yerelliği, onların uzlaşıya dayalı ve toplumsal sözleşme niteliğindeki yapısını ifade eder. Öte yandan, kavramlar yalnızca bu yapıdan ibaret olmayıp, kendine özgü bir sözleşmeye veya özel bir kurala sahiptir. Bu kurala göre, kavramlar, temsil ettikleri nesnelerin doğasını doğru yansıtmayı hedefler ve nesnelerin doğasına uygun olduklarını iddia ederler. Bir kavram, bu iddiayı yerine getirecek şekilde kullanıldığında ve temsil ettiği nesnenin doğasıyla uyum gösterdiğinde, tüm kullanıcılar arasında ortak, nesnel ve geçerli bir anlayışa ulaşmak mümkün olur. Bu ise, kavramların kısmi evrensel boyutunu oluşturur.[560]

Bu doğrultuda, Alexy'e göre, hukuk kavramı hem yerel hem de evrensel boyuta sahiptir. Hukuk, tarihsel ve toplumsal bağlamlara göre farklı anlamlarda kavramsallaşsa da, kavramların nesnelerin uygun olma iddiası nedeniyle, onun özünde yer alan birtakım nitelikler tüm hukuk kavramlarında yer alır. Bu nedenle, hukukun doğasını anlamak yalnızca kavramlar aracılığıyla mümkündür. Kavramlar üzerine yapılacak bir analiz,

---

[559] Robert Alexy, "On Two Juxtapositions: Concept and Nature, Law and Philosophy", *Ratio Juris*, 20/2, 2007, s.162.
[560] R. Alexy, "a.g.m.", s.164.

hukukun doğasını analiz etmeye eş değer olacaktır.[561] Alexy'in bu görüşüyle, Raz'ın tartışmalı yaklaşımını açıklığa kavuşturmaya çalıştığı söylenebilir. Belirtildiği üzere, Raz hukukun doğası ile hukuk kavramını hem birbirinden bağımsız unsurlar olarak ele almakta hem de aynı zamanda bu iki unsurun birbiriyle bağlantılı olduğunu kabul etmektedir.

Bununla birlikte, Alexy'nin, kavramların doğasının iki boyutlu olduğunu ve bu boyutların birbiriyle bağlantılı olduğunu öne süren görüşü, hukukun *ikili doğa tezini* temellendirme çabasını ifade eder. Hatırlanacağı üzere, Alexy'e göre, hukuk doğası gereği bir yönüyle olgusal, diğer yönüyle ise ideal bir yapıya sahiptir. Alexy, bu ikili yapıyı yerel-evrensel, gerçek-eleştirel, adalet ilkesi-hukuki güvenlik ilkesi gibi çeşitli karşıtlıklar üzerinden tanımlasa da, bu tanımların tümü özünde hukukun doğası gereği ahlakla olan zorunlu bağlantısını göstermektedir. Alexy, teorisinde bu zorunlu bağlantıyı kanıtlamak için birçok tez ve argüman geliştirmiştir. Ancak, bu tez ve argümanlar çalışmanın Alexy'in görüşlerine ayrılan bölümünde ayrıntılı olarak ele alındığından burada tekrar edilmeyecektir. Bu bağlamda, burada Alexy'nin hukukun doğasına dair görüşü, hukukun zorunlu olarak doğruluk iddiasında bulunduğu yönündeki görüşleri çerçevesinde incelecektir.

Alexy'e göre, hukukun en temel ayırt edici niteliği doğruluk iddiasında bulunmasıdır. Bir hukuk sistemi bu iddia üzerine inşa edilir ve sistem her bir unsuru zorunlu olarak doğruluğunu ileri sürer.[562] Hukukun doğası gereği ikili bir yapıya sahip olduğu için, hukukun doğruluk iddiasının da iki boyutu vardır. Bu boyutlardan ilki, birinci dereceden doğruluktur ve hukukun ideal boyutu ile ilgilidir. Diğer boyut ise ikinci dereceden doğruluktur ve hukukun hem ideal boyutuyla hem de olgusal boyutuyla ilgilidir. Bu iki doğruluk derecesinin konusunu adalet ilkesi ve hukuki güvenlik ilkesi oluşturur. Adalet ilkesi hukukun ideal ve ahlaki boyutuna, hukuki güvenlik ilkesi hukukun olgusal ve hukuki boyutuna karşılık gelir.[563] Bu bağlamda, birinci dereceden doğruluk adaleti, ikinci dereceden doğruluk hem adaleti hem de hukuki güvenlik ilkesini temsil eder.

---

[561] R. Alexy, "a.g.m.", s.164.
[562] R. Alexy, *The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism*, s.35-36.
[563] R. Alexy, "The Ideal Dimension of Law", s.323-324.

Alexy'e göre hukukun, doğası gereği sahip olduğu doğruluk iddiası, ikinci dereceden doğruluktur. Bunun nedeni de hukukun özünde ikili bir doğaya sahip olmasıdır. Hukukun bu ikili doğası, ikinci dereceden doğruluk anlayışının da iki boyutlu olmasını gerektirir. Bunun anlamı, hukukun doğruluk iddiasının adaletle olduğu kadar hukuki güvenlik ilkesiyle de ilgili olmasıdır. Alexy'e göre, geçmişte, olgusal boyut ile ideal boyutun, hukuk ile ahlakın veya adalet ilkesi ile hukuki güvenlik ilkesinin birbirine rakip olduğu düşünülmüştür. Oysa, hukukun özsel niteliklerinden bir diğeri, dağıtım ve denge sağlamaktır. Bu nitelik, birbirine rakip olduğu düşünülen bu ikilikleri doğru oranda bir araya getirmeye yardımcı olur. Hukuki güvenlik ilkesi için doğruluk, hukukun insanların hak ve yükümlülüklerine uygun olarak, güvenilir bir çerçevede işlemesini ifade eder. Adalet ilkesinde ise doğruluk, bu işleyişin ahlaki olarak doğruluğu hususunu denetler. Hukukun doğruluk iddiasının bu iki ilkeden yalnızca birini içermesi, istikrarsızlığa ve öngörülemezliğe, keyfi ve haksız uygulamalara sebebiyet verebilir. Bu nedenle, hukukun doğruluk iddiasının bu iki ilkeyi uzlaştırması gereklidir.[564] Dolayısıyla, Alexy'e göre, hukuk doğası gereği ikinci dereceden doğruluk iddiasında bulunur.

MacCormick, Alexy'nin hukukun doğruluk iddiasında bulunduğunu belirten görüşünü eleştirir ve bunu söylemenin ontolojik bir kategori hatası olduğunu belirtir. Ona göre, hukuk bilinçli bir özne değildir; söz edimleri gerçekleştirmesi veya herhangi bir talepte bulunması beklenemez. Dolayısıyla, hukukun doğruluk iddiasında bulunduğunu söylemek, hukukun doğasına aykırıdır.[565]

Alexy, MacCormick'in eleştirisine yanıt olarak, hukukun doğruluk iddiasının hukuki özneler tarafından öne sürülmesi durumunda, bu iddianın kişisel yorumlara açık hale geleceğini belirterek kendi teorisini savunur. Bu kapsamda, Alexy'e göre, eğer doğruluk iddiası hukuki öznelere atfedilirse, bir yargıç doğruluk iddiasında bulunup bulunmamaya kendisi karar verebilir, mahkemede aldığı bir kararın doğruluğunu sorgulayabilir ve hatta daha sonra kararını yanlış olarak nitelendirebilir. Bu ise birçok olumsuz duruma sebep olabilir. Bu nedenle, Alexy'e göre, öznel doğruluk ve nesnel doğruluk arasında bir ayrım yapmak gerekir. Bir kişinin kendi isteğine bağlı olarak doğruluk iddiasında bulunması öznel doğruluk, hukuk sisteminin bir parçası olarak iddiada bulunması ise nesnel doğruluktur. Zira, yargıç karar verirken kendi kişisel

---

[564] R. Alexy, "a.g.m.", s.323-324. R. Alexy, "The Dual Nature of Law", s.167-168.
[565] Neil MacCormick, "Why Law Makes No Claims", *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy* içinde, (ed. George Pavlakos), Oxford, 2007, s.59.

tercihlerine değil, sistemin ilkelerine ve işleyişine dayanır; hukuk adına doğruluk iddiasında bulunur. Alexy'e göre, bu ayrım, hukukun doğası gereği doğruluk iddiasında bulunmasının sezgisel açıdan kabul edilebilir olduğunu gösterir.[566] Ancak Alexy'nin bu açıklamasının hukukun doğruluk iddiasının nesnelliğini temellendirme açısından yeterli olup olmadığı tartışmaya açıktır. Öyle ki, eğer hukukun nesnel doğruluk iddiasını son neticede hukuk yetkilileri dile getiriyorsa, bu durum hukukun doğruluk iddiasını kısmen öznel yapmaz mı? Bu soru, Alexy'nin hukukun doğası gereği ikili bir yapıya sahip olduğunu öne süren tezi çerçevesinde ele alındığında, hukukun doğruluk iddiasının hem öznel hem de nesnel olduğu sonucuna varılabilir. Ancak bu sonucun, öznel ve nesnel doğruluk arasındaki ilişkinin nasıl kurulduğuna ve öznellik-nesnellik ölçütünün nasıl belirlendiğine yönelik kavramsal ve metodolojik soruları yanıtlamak için yeterli olmadığı belirtilebilir.

Alexy'nin hukukun doğruluk iddiasında bulunduğunu belirten teorisini eleştiren bir diğer isim Gardner'dir. Gardner'a göre, Alexy'nin teorisi, hukuki pozitivistlerin hukuk anlayışını destekleyen bir yaklaşım sunar. Zira doğruluk iddiası, ahlaki bir söylemdir. Dolayısıyla hukuk, ahlaki olduğunu iddia eder. Bu bağlamda Gardner'a göre, eğer hukuk ahlaki olduğunu ileri sürüyorsa, bu aynı zamanda hukukun ahlaki olmayabileceğini de ima eder. Gardner, hiçbir iddianın, yanlış olma olasılığı olmadan ortaya çıkmayacağını belirtir. Hukuk doğası gereği her zaman ahlaki olsaydı, onun ahlaki olduğunu iddia etmesine gerek kalmazdı. Ayrıca MacCormick gibi Gardner da, hukuk doğruluk iddiasında bulunma kapasitesine sahip olmadığını savunur ve doğruluk iddiasının onun hukuki özneler tarafından dile getirilmesi gerektiğini belirtir. Oysa Gardner'a göre, ahlak ne kendisi birtakım iddialarda bulunur ne de onun yerine iddiada bulunan özneler vardır. Bu durum, hukuki pozitivistlerin hukuk ile ahlak arasında zorunlu bir bağ olmadığını belirten tezini kuvvetlendirir.[567]

Alexy, Gardner'ın eleştirisine, kendi teorisini hukuki pozitivizmle karşılaştırarak yanıt verir. Alexy'e göre, hukukun doğruluk iddiası pozitivist yaklaşımlara ait bir tez olarak düşünülemez; çünkü hukuki pozitivistlere göre hukuk, yalnızca pozitif hukuk normları çerçevesinde rasyonel olarak gerekçelendirilebilir. Oysa Alexy, hukukun doğruluk iddiasının, hukukun yalnızca pratik hukukun rasyonelliği temelinde değil, aynı

---

[566] Robert Alexy, "Law and Correctness", *Current Legal Problems*, 51/1, 1998, s.206.
[567] John Gardner, "How Law Claims, What Law Claims", *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy* içinde, (ed. Matthias Klatt), Oxford, 2012, s.42.

zamanda ahlaki akıl yürütme kapsamında da gerekçelendirilebilir olduğunu savunur.[568] Ayrıca Alexy, hukuk ile ahlak arasındaki zorunlu bağlantıdan hareketle, hukukun doğruluk iddiası ile ahlakın doğruluk iddiasının özdeş olduğunun düşünülmemesi gerektiğini belirtir. Alexy'e göre, hukuk ile ahlak arasındaki zorunlu bağlantı, hukukun doğruluk iddiasının ahlaki akıl yürütme tarafından gerekçelendirilme gerekliliğine dayanır. Hukukun doğruluk iddiası ile ahlakın doğruluk iddiası arasında anlaşmazlıklar olabilir, ancak bu durum, hukukun ahlaki bir temele dayanmasına engel oluşturmaz.[569] Bu nedenle Alexy'e göre, hukukun doğruluk iddiası doğrudan pozitivist olmayan yaklaşımların bir parçasıdır.[570]

Bütün bunlar göz önüne alındığında, Alexy'in hukukun özü gereği ikili bir doğaya sahip olduğunu savunması, hukuki pozitivizm ile doğal hukuk ekolleri arasındaki, hukukun özüne ilişkin süregelen hukuk-ahlak tartışmasını uzlaştırıcı bir bakış açısıyla ele alma çabasını yansıtmaktadır. Bu bağlamda Alexy, uzlaştırıcı bakış açısını, hukukun ahlaki boyutuna yer verdikleri gerekçesiyle pozitivist olmayan yaklaşımlar içerisinde konumlandırır. Ona göre, pozitivist yaklaşımlar, hukukun özünü yalnızca hukuki kavramlara veya pozitif hukuka indirgemeye çalışarak, hukukun ahlakla olan zorunlu bağlantısını göz ardı etmektedir. Oysa, hukukun ikili doğası, hukukun yalnızca hukuki kavramlara veya yürürlükte olan hukuka dayalı olmadığını, ahlaki gerekçelendirmelere de bağlı olduğunu gösterir. Dolayısıyla, Alexy'e göre hukukun özü, belirli bir kavrama veya pozitif hukuka indirgenemeyeceği gibi ahlaka da indirgenemez. Hukukun ikili doğası hem olgusal hem de normatif boyutları barındırır.

4.1.3. İki Ekolün Değerlendirilmesi

Sonuç olarak, çağdaş hukuk felsefesinde hukuki pozitivizm ve doğal hukuk ekolleri, hukukun özünü ve doğasını açıklama çabasında iki farklı perspektifi temsil etmektedir. Genel olarak hukuki pozitivizm, hukukun özünü, onu diğer normatif sistemlerden ayıran belirleyici niteliklere indirgeyerek açıklamaya çalışırken, doğal hukuk teorisi, hukuku belirli özsel niteliklere indirgemekten ziyade, onun doğasını ahlak ve insan yaşamıyla olan ilişkisi çerçevesinde anlamlandırmayı amaçlamaktadır. Bu iki

---

[568] Robert Alexy, "Comments and Responses", *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy* içinde, (ed. Matthias Klatt), Oxford, 2012, s.321-322.
[569] Robert Alexy, "On The Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin's Critique", *Ratio Juris*, 13/2, 2000, s.143.
[570] R. Alexy, "Comments and Responses", s.322.

ekol, hem kendi içinde hem de birbirine karşı güçlü ve zayıf yönler taşımaktadır. Bu yönler, iki ekolü birbirinden ayırırken, aynı zamanda aralarındaki etkileşimi ve uzlaşma zeminlerini de ortaya koymaktadır.

Hukuki pozitivizm, hukukun mahiyetini betimleyici ve kavramsal analiz yöntemleriyle açıklamaya çalışmaktadır. Bu doğrultuda, betimleyici analiz, pozitif hukuku nesnel ve sistematik bir şekilde inceleyerek, hukukun biçimsel özelliklerini ortaya koymaya yardımcı olmaktadır. Kavramsal analiz ise hukuk kavramının ne anlama geldiğini, sınırlarını ve diğer kavramlarla olan ilişkisini mantıksal tutarlılığı içerisinde ele alarak hukukun ayırt edici niteliklerini tanıma imkânı sağlamaktadır. Bu bağlamda, hukuki pozitivizm, hukukun biçimsel özelliklerini ve özsel niteliklerini açığa çıkarması bakımından oldukça güçlü yönlere sahiptir. Bu noktada esas mesele, hukuki pozitivizmin amacının hukukun ne olduğunu açıklamak olmasından dolayı, hukukun nasıl olması gerektiğini konu edinen normatif yöntemlere başvurmamasıdır. Bu husus, özellikle doğal hukukçular tarafından hukuki pozitivizmin zayıf yönü olarak kabul edilmektedir. Çünkü onlara göre, hukuki pozitivizm, hukukun mahiyetini özellikle ahlakla olan ilişkisinden bağımsız bir şekilde analiz ederek, hukukun toplumsal boyutunu ve insanların hukukla ilişkisini ve hukukun karmaşık yapısını göz ardı etmektedir. Bu bağlamda, Bix, hukuki pozitivizmin yalnızca "Bu bir hukuk mudur" veya "Bu hukuk normu değil midir?" sorularına yanıt verebileceğini, ancak söz konusu normların insan yaşamına, toplumsal düzene ya da adalet ilkesine göre nasıl değerlendirilmesi ya da düzeltilmesi gerektiğine ilişkin herhangi bir yönlendirici argüman sunmadığını ifade etmektedir.[571] Bu görünüm, hukuku pozitivizmin hukuku kavramsallaştırmasında bir eksiklik olarak nitelendirilmektedir.

Ancak, çağdaş hukuki pozitivizm ekolünde, özellikle Hart ve Raz'ın görüşleri doğrultusunda bir perspektif değişikliğinin olduğu görülmektedir. Bu iki düşünür, Austin ve Kelsen'in aksine, hukuk kavramını farklı bağlamlardaki anlamlarından bağımsız olarak açıklamamakta, hukukun özünü bağlamsal dinamikleri içerisinde ele almaktadırlar. Bu durum, hukuki pozitivizm ekolünde, toplumların kendi pratiklerine dair kavrayışını dikkate alan bir tutumun gelişmesine neden olmaktadır. Böylece hukukun ne olduğu, hukukun kullanım biçimlerinin, toplumsal işlevlerinin ve ilişkili olduğu diğer normatif unsurların analiz edilmesiyle aydınlatılmaya çalışılmaktadır. Bu değişim,

---

[571] B. H. Bix, "a.g.m.", s.31.

çağdaş dönem hukuki pozitivizm ekolünde, hukukun özünün açıklanmasına yönelik iki farklı bakış açısının bulunduğunu göstermektedir. Finnis'in de belirttiği üzere, bu bakış açılarının arasındaki temel fark yöntemsel gelişmişlikten kaynaklanmaktadır.[572] Fakat, bu yöntemsel farklılık, hukuki pozitivizm ekolünün, hukukun bağımsız özünü açığa çıkarma amacından vazgeçtiği anlamına gelmemektedir. Hart, hukukun merkezine birincil kuralları ve ikincil kuralları yerleştirerek, Raz ise hem hukuk kavramı ile hukukun doğası arasındaki ayrımı vurgulayarak, hem de hukukun doğası gereği otorite iddiasında bulunduğunu belirterek, hukukun özüne ilişkin arayışını sürdürmektedir.

Bu bağlamda, Coleman'ın da belirttiği üzere, hukuki pozitivizm ile doğal hukuk arasındaki temel ayrım, hukukun bağımsız bir öze sahip olup olmadığı meselesine dayanmaktadır.[573] Çağdaş hukuk felsefesinde doğal hukuk ekolü, hukukun doğası gereği ahlakla zorunlu bir bağlantıya sahip olduğunu savunmaktadır. Bu çerçevede, hukuk yalnızca nesnel bir şekilde analiz edilebilecek bir olgu olarak değil, aynı zamanda belirli bir toplumsal ve normatif düzen içerisinde ahlaki amaçlar taşıyan bir insan tasarımı olarak ele alınmaktadır. Bu nedenle, hukukun ne olduğunu tam anlamıyla kavrayabilmek için onu birtakım özsel niteliklere indirgemenin yeterli olmadığı, hukukun ulaşmak istediği ahlaki amaçları da anlamanın gerekli olduğu kabul edilmektedir.[574] Doğal hukuk ekolüne göre, hukukun ahlaki amaçları, rasyonel ve ahlaki gerekçeler temelinde insan davranışlarını iyi bir yaşam için koordine etmek ve hukukun işleyişini ahlaki ilkelerle uyumlu bir şekilde düzenlemektir. Hukukun doğasını, bu ahlaki amaçlardan bağımsız düşünmek eksik bir yaklaşım olacaktır. Bunlar neticesinde, doğal hukuk ekolünün hukuku, insan yaşamının iyiliğini önceleyen ve onu ahlaki ilkeler doğrultusunda şekillendiren bir sistem olarak ele alması, doğal hukuk ekolünün güçlü yönü olarak değerlendirilebilir.

Ayrıca, burada vurgulanması gereken bir husus da şudur: Çağdaş dönem doğal hukuk teorisinde, hukuk ile ahlakın zorunlu bir bağlantısının olduğu ve hukukun birtakım ahlaki hedeflerinin bulunduğu belirtilirken, hukuk ile ahlakın özdeş olduğu öne sürülmemektir. Yani, hukuki pozitivizmde olduğu gibi, doğal hukuk ekolünde de hukuk pozitif hukuktur. Ahlak ise bu hukukun yapılandırılmasında zorunlu olarak rol oynanan

---

[572] J. Finnis, *a.g.e.,* s.6.
[573] Jules L. Coleman, "The Conventionality Thesis", *Philosophical Issues,* 11, 2001, s.355.
[574] Frederick Schauer, "Necessity, Importance, and the Nature of Law", *Neutrality and Theory of Law* içinde, (ed. J.F. Beltrán, J.J. Moreso, D.M. Papayannis), Dordrecht, 2013, s.31.

temel unsur olarak görülmektedir. Fakat, doğal hukukçu düşünürler arasında ahlak kavramının ve ahlak ilkelerinin neyi ifade ettiği konusunda tam bir fikir birliğinin bulunduğunu söylemek güçtür. Nitekim, Fuller için ahlak, hukukun işleyişini düzenleyen ve denetleyen hukuka içkin ilkelerden oluşur; Finnis ise ahlakı, insan yaşamını yönlendiren temel insani iyiler ve pratik akıl yürütme doğrultusunda ortaya çıkan evrensel ilkeler olarak ele alır. Alexy'e gelince; o da ahlakı, hukukun ideal boyutunu oluşturan ve rasyonel olarak temellendirilebilen ahlaki doğrular çerçevesinde değerlendirir. Bu durum, doğal hukuk teorisinin geliştirilmesi gereken yönlerinden biri olarak değerlendirilmektedir.

Bu açıklamalar doğrultusunda, çağdaş hukuk felsefesinde hukuki pozitivizm ve doğal hukuk ekollerinin hukukun özüne dair yaklaşımlarını bir arada değerlendirdiğimizde, geleneksel olarak zıt kutuplar şeklinde ele alınan bu iki ekol arasındaki keskin sınırların giderek belirsizleştiğini ifade etmek mümkündür. Hukuki pozitivizmin, hukukun özünü değişmez ve zorunlu özelliklerle açıklama çabasından uzaklaşarak, farklı bağlamlardaki ele alınış biçimlerine göre anlamaya yönelmesi değişimin ilk aşaması olarak değerlendirilebilir. Bununla birlikte, doğal hukuk ekolünün hukukun doğasını yalnızca ahlaki temellere dayandırmak yerine, aynı zamanda pozitif hukukun işlevi ve işleyişini de dikkate alarak değerlendirmesi bu değişimin önemli bir göstergesi olarak düşünülebilir. Bu bağlamda, hukukun ne olduğuna dair bir açıklama getirme noktasında, hukuki pozitivizmin betimleyici yönü ile doğal hukukun normatif yönünün bir araya geldiği uzlaşmacı bir anlayışın geliştiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

4.2. Hukukun Kaynağı Sorunu

Hukukun kaynağının ne olduğu meselesi, hukuk felsefesinin esas tartışma konularından bir diğeridir. Bu mesele, hukukun bağlayıcılığının neye dayandığını anlamak açısından kritik bir önem taşımaktadır. Çünkü hukuk, insan davranışlarını belirli kurallar çerçevesinde düzenlemeyi amaçlamakta ve bu düzenlemeyi yalnızca hukuk olma niteliğine sahip olduğu için yapmaktadır. Peki, hukuka bu yetkiyi tanıyan otorite veya kaynak nedir? Bir kuralın, sadece hukuk kuralı olması nedeniyle insan davranışları üzerinde bağlayıcı olması nasıl gerekçelendirilebilir?[575] Bu sorular, hukukun kaynağına

[575] J. L. Coleman, "a.g.m.", s.354.

ilişkin tartışmaların içeriğini oluşturmaktadır. Ayrıca, bu sorulara verilen yanıtlar, hukukun sınırlarını belirlemekte ve hukuki olarak kabul edilecek olanları da doğrudan etkilemektedir. Ancak, hukukun özüne ilişkin tartışmalarda olduğu gibi, hukukun kaynağının ne olduğu sorusuna dair üzerinde uzlaşılmış tek ve kesin bir yanıtın bulunduğunu söylemek mümkün değildir. Bu soru karşısında ortak sayılabilecek tek yanıt, hukukun ne olduğunu tanımlayacak, geçerliliğini ve içeriğini belirleyecek bir kaynağının olması gerektiğidir. Bu kaynağın ontolojik niteliği ise hukuki pozitivizm ekolü ile doğal hukuk ekolü arasındaki merkezi ihtilaf noktasıdır.

Bu bağlamda, çağdaş hukuk felsefesinde hukuki pozitivist düşünürler, hukukun kaynağını yalnızca hukuki yetkililerin otoritesi ve pozitif hukuk sisteminin işleyişi çerçevesinde açıklarken, doğal hukukçular ise hukuki yetkilileri ve pozitif hukuku kabul etmekle birlikte, hukukun kaynağını bunlarla sınırlı görmeyerek ahlaki ve rasyonel akıl yürütmeyi asıl kaynak olarak bu çerçeveye dahil ederler. Böylece, hukuki pozitivizme göre hukukun kaynağının olgusal bir niteliğe sahip olduğunu, doğal hukuk ekolüne göre ise hem olgusal hem de normatif bir yapıyı içerdiğini söylemek mümkündür.

Bu doğrultuda, iki ekolün hukukun kaynağına ilişkin benimsediği farklı tutumlar, aralarındaki tartışmayı anlamak açısından oldukça önemlidir. Zira, bu tutumlar yalnızca hukukun kaynağına dair teorik bir ayrımı değil, aynı zamanda söz konusu ekollerin hukuka, geçerliliğe ve meşruiyete dair savlarını temellendirdikleri ontolojik zemini de ortaya koymaktadır. Bu nedenle, hukuki pozitivizm ekolü ile doğal hukuk ekolü arasındaki tartışmanın, hukukun kaynağı meselesi bağlamında da ele alınması gerekli görülmüştür. Bu amaçla, öncelikle Austin, Kelsen, Hart ve Raz'ın hukukun kaynağına ilişkin yaklaşımları incelenecek; ardından Fuller, Finnis ve Alexy'nin hukukun kaynağına dair görüşleri değerlendirilecektir. Son olarak, bu ekollerin hukukun kaynağı sorununa yönelik tartışmaları eleştirel bir perspektifle analiz edilecektir.

4.2.1. Hukuki Pozitivizm: Yetki, Otorite ve Sosyal Pratikler

Hatırlanacağı üzere, Austin'e göre hukuk, pozitif hukuktan ibarettir ve bu hukukun kaynağı egemendir. Egemen, siyasi bir toplum düzeninde, kendisine itaat edilen ancak kendisinin kimseye itaat etmediği, en üstün otoriteye sahip bağımsız güçtür.[576] Bu gücün en temel özelliği, yetkisini herhangi bir hukuki kurumdan veya hukuki bir kuraldan

[576] J. Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, s.110, 217-219.

almamasıdır. Zira egemen, hukukun asli kurucusudur ve kendisinin hukuki kurallar tarafından belirlenmesi mümkün değildir. Egemenin bir başka güç tarafından belirlenmesi, onun hakimiyetinin sınırlı olduğu anlamına gelir. Bu nedenle, Austin'e göre, egemen bağımsız ve sınırsız olmakla birlikte, aynı zamanda tektir. Egemenlik, aynı anda iki veya daha fazla kişi tarafından paylaşılamaz. Aksi takdirde, düzenin korunabilmesi için egemenlerin birbirine itaat etmesi gerekir. Ancak bu durum, egemenlik kavramıyla bağdaşmaz; çünkü egemen, nihai hakimiyeti ve mutlak otoriteyi ifade eder.[577] Bu doğrultuda, Austin'in hukukun kaynağını kısır bir döngüye yol açmaksızın egemenlik kavramı temelinde açıklamaya çalıştığı söylenebilir.[578] Çünkü egemen, bağımsız, sınırsız ve tek değilse, bir başka üstün otorite tarafından yetkilendirilmiş olması, belirli kurallara tabi bulunması ve egemenliği paylaşması gerekir. Bu noktada, egemeni yetkilendiren üstün otoritenin hangi yetkiye dayandığı ve kuralların kim tarafından belirlendiği sorunu ortaya çıkar; dolayısıyla hukukun nihai kaynağının ne olduğu meselesi yeniden gündeme gelir. Egemen başka bir egemenin egemenliğinde olursa, o takdirde hukukun nihai kaynağı en üst egemen olmuş olur. Dolayısıyla Austin'in, yetki devrinin sonsuza kadar geri gitmesini önleyebilmek adına egemeni hukukun üzerinde konumlandırdığı belirtilebilir.

Austin'in hukukun kaynağını egemenle özdeşleştiren bakış açısı, çeşitli açılardan eleştiriye açıktır. Nitekim, Dewey'in de vurguladığı üzere, Austin, hukukun kaynağını egemenlikle ilişkilendirirken, egemenin hukuku neden oluşturduğu ve hangi nitelikleri dolayısıyla kaynak olduğu konusunda yeterli gerekçe sunmamaktadır. Bununla birlikte, egemenin değişmesi durumunda yeni egemenin hangi ölçütlere göre belirleneceği ve her egemen değişiminde hukukun kaynağının yeniden tanımlanıp tanımlanmayacağı soruları da belirsizlik taşımaktadır.[579]

Austin'in teorisinde egemen, yalnızca hukukun değil, aynı zamanda hukuk kurallarının da bağımsız, sınırsız ve tek kaynağıdır. Egemen tarafından buyrulmamış hiçbir kural, pozitif hukuka dahil değildir. Bu nedenle, pozitif hukuk ile diğer normatif sistemler arasındaki temel fark, pozitif hukuk kurallarının egemen tarafından buyrulmuş olmasından kaynaklanır.[580] Egemen tarafından buyrulmayan kurallar, belirsiz ve muğlaktır. Bunlar, ilahi yasalar ve ahlak kurallarıdır. İlahi yasaların kaynağı tanrı iken,

---

[577] Pavlos Eleftheriadis, "Law and Sovereignty", *Law and Philosophy*, 29/5, 2010, s.541.
[578] J. L. Coleman, "a.g.m.", s.355.
[579] John Dewey, "Austin's Theory of Sovereignty", *Political Science Quarterly*, 9/1, 1894, s.41.
[580] J. Dewey, "a.g.m.", s.35.

ahlak kurallarının kaynağı insani kanaatlerdir. Austin, bu normların varlığını reddetmez; fakat, kaynaklarının niteliği açısından onları pozitif hukuktan ayrı bir kategoriye yerleştirir. Bu durum, ilahi yasaların veya ahlak kurallarının pozitif hukuk sistemine dahil edilemeyeceği anlamına gelmemektedir. Egemen, bu normları pozitif hukukun bir parçası olarak tanıdığı takdirde, söz konusu normlar pozitif hukuk sistemine dahil olur. Burada önemli olan husus, egemenin iradesiyle pozitif hukuka dahil olan bu normların, hiçbir zaman doğrudan pozitif hukuk kuralı niteliği taşıyamayacağıdır. Nitekim, bir ahlak kuralı pozitif hukuka dahil edildiğinde, kaynağı insani kanaatler ve türü ahlak kuralı olmaya devam eder.[581]

Bu bağlamda, Austin, hukukun kaynağını ahlaki veya ilahi bir temele başvurmaksızın, toplumsal olgular temelinde açıklamaya çalışır. Austin teorisinde egemen, hukuku mümkün kılan belirleyici bir olgu olarak kabul edilir.[582] Ancak, bu görüşün modern hukukun karmaşık yapısını ve hukukun normatif karakterini açıklamak için yeterli bir teorik çerçeve sunduğunu söylemek güçtür. Austin sonrası bu güçlüğü fark eden hukuki pozitivist düşünürler, hukukun kaynağını olgusal zeminde tamamen egemene indirgemek yerine, bu kaynağı normatif kaynaklarla ve sosyal pratiklerle ilişkilendirerek ele almıştır.

Bu düşünürlerden biri olan Kelsen'e göre, olgusal gerçeklikte insanları buyruklarıyla harekete geçiren, özgün ve kendi kendine yeten mutlak bir egemenin varlığından söz etmek mümkün değildir. Hukukun kaynağının, söz konusu niteliklere sahip bir egemene indirgenmesinin nedeni, antropomorfizmdir. Birçok insan, hukukun belirli bir özne veya psikolojik bir taşıyıcı olmaksızın var olamayacağını düşünür. Bu nedenle, hukukun kaynağını kişiselleştirilmiş bir otoriteye dayanarak temellendirmeye çalışır. Ancak bu durum, hukukun olgusallığı üzerine yapılan hatalı bir analizin sonucudur. Hukuk, egemenin buyruklarının toplamı değildir. Egemenin buyruk vermesi ve insanların bu buyruklara uyması, toplumsal bir düzen içerisinde gerçekleşir. Bu düzeni sağlayan ve insanların bir arada yaşamasını mümkün kılan ise hukuktur. Dolayısıyla, hukuk, egemenin iradesinden üstündür. Egemen, hukukun kaynağı değil, insan davranışlarını düzenleyen normlar aracılığıyla toplumu bir arada tutan araçtır.[583] Egemen yalnızca kendisine otorite sahibi olma ve buyruk verme yetkisi verildiği takdirde hukuk

---

[581] J. Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, s.125.
[582] P. Eleftheriadis, "a.g.m.", s.541.
[583] Henry Janzen, "Kelsen's Theory of Law", *The American Political Science Review*, 31/2, 1937, s.210-211.

üzerinde söz sahibi olabilir. Egemene bu yetkiyi veren ise, hukukun kaynağı olan temel normdur.[584]

Kelsen'e göre, hukukun kaynağı olarak temel norm, "özgür bir icadın ürünü" değildir.[585] Temel normun, bağımsız bir otorite tarafından ortaya çıkarıldığını ileri sürmek, söz konusu otoritenin yetkisinin hangi kaynağa dayandığı sorusunu beraberinde getirecektir. Bu durum, hukukun kaynağı konusunda "sonsuz bir geriye dönüşe (*infinite regress*)" neden olacaktır. Kelsen, bu geriye dönüşü önlemek adına, hukukun nihai kaynağı olarak daha yüksek bir kaynağa dayandırılamayacak olan temel normun "varsayılmasının" zorunlu olduğunu savunur.[586]

Daha önce belirtildiği gibi, temel normun varsayılan bir kaynak olarak kabul edilmesi, Kelsen'in teorisinde en fazla eleştiriye konu olan meselelerden biridir. Çünkü, temel normun neden varsayılması gerektiği veya bu varsayımı kimin belirlediği soruları, hukukun nihai kaynağını temellendirme noktasında yanıtsız kalmaktadır. Bu meseleye ilişkin eleştirilerden biri, eğer temel normun hukukun kaynağı olduğu iddia edilecekse ve bu iddia söz konusu soruları yanıtlamaksızın ileri sürülecekse, bu normun doğal hukukun savunduğu gibi kendiliğinden açık ve zorunlu olarak doğru kabul edilmesi gerektiği yönündedir. Öyle ki yalnızca apaçık normlar, belirli bir gerekçeye ihtiyaç duymadan kendi geçerliliğini temellendirebilen bir yapıya sahiptir. Ancak Kelsen, pozitivist olmasının bir gereği olarak, kendiliğinden apaçık normların varlığını kabul etmez.[587] Hukukun kaynağını kendiliğinden apaçık bir norma dayandırmak, hukuku metafiziksel kavramlarla ilişkilendirmek anlamına gelir. Oysa, Kelsen'in başlıca amacı, hukuku olguların, metafiziğin ve ideolojinin zincirlerinden kurtarmak ve arı bir hukuk inşa etmektir.[588] Dolayısıyla Kelsen, hukukun kaynağını empirik ve metafiziksel bir temele dayandırmadan, onu kendi normatifliği içerisinde temellendirmeye çalışır. Kelsen'in şu ifadesi, bu tespiti doğrular niteliktedir: "Pozitivist bir hukuk teorisine göre, hukukun kaynağı yalnızca hukuk olabilir".[589] Buradan hareketle, Kelsen için temel normun ontolojik bir gerçeklik olmadığı, hukukun kaynağını hukukun dışında bir temele başvurmadan açıklamak ve teorisinin tutarlığını sağlamak için kullanılan metodolojik bir araç olduğu söylenebilir. Fakat kanaatimizce bu durum, hukukun kaynağını pozitivist bir

---

[584] Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, New Jersey, 2005, s.194-195.
[585] H. Kelsen, *a.g.e.*, s.201.
[586] H. Kelsen, *a.g.e.*, s.195, 234.
[587] Bruno Celano, "Kelsen's Concept of the Authority of Law", *Law and Philosophy*, 19/2, 2000, s.177-180.
[588] H. Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş*, s.10, 13, 16.
[589] H. Kelsen, *Pure Theory of Law*, s.233.

şekilde açıklamak isteyen bir teorinin, en temelde varsayımsal bir ilkeye dayanmasına açıklık getirmemektedir. Bu nedenle, birçok düşünür Kelsen'in teorisi "yarı-pozitivizm" olarak nitelendirmektedir.[590]

Kelsen, temel normun hukukun nihai kaynağı olduğunu belirtirken, aynı zamanda hukukun kaynağının çok anlamlı bir ifade olduğunu öne sürer.[591] Bu ifade, Kelsen'in temel normu hukukun nihai ama tek kaynağı olarak görmediğini göstermektedir. Kelsen'e göre, hukukun kaynağı bir normun oluşturulmasını düzenleyen üst normları veya hukukun yaratılmasına ilişkin tüm yöntemleri de kapsar. Hukukun bu farklı kaynakları, varsayımsal değildir. Bu kaynaklar, pozitif hukuka ait olup, hukuk düzeninin işleyişinde somut bir rol oynar.[592] Bu bağlamda, Kelsen'e göre pozitif hukuk, temel norma bağlı hiyerarşik bir yapı içinde farklı kaynaklardan türeyerek varlık kazanır. Bu hiyerarşik yapıda, her normun oluşturulması, bir üst basamaktaki norm tarafından belirlenen yetkiye ve onlara norm yaratma yetkisi kazandıran temel norma dayanır.[593] Basamaktaki bir norm, sahip olduğu yetkiyle yeni bir norm meydana getirdiğinde fiilen uygulanmış olur. Kelsen'e göre, hukukun uygulanması aynı zamanda hukukun yaratılması demektir. Norm oluşturma eylemi, daha üst basamaktaki bir normun uygulanması ve daha alt basamaktaki bir normun yaratılması anlamına gelir.[594] Bu doğrultuda, hiyerarşik yapı içinde üst basamakta yer alan ve uygulanan her norm, alt basamaktaki normların ortaya çıktığı hukuki kaynağı oluşturur.

Kelsen'e göre, hiyerarşik yapıda en üstte bulunan norm, temel normdur. Temel normun uygulanması sonucunda ortaya çıkan norm, pozitif hukukun ilk somut kaynağı olan anayasadır.[595] Ancak, burada vurgulanması gereken bir husus bulunmaktadır. Kelsen, varsayımsal temel normun nasıl uygulandığı veya bu normdan somut bir hukuki normun nasıl türetildiği konusunda tatmin edici bir açıklama sunmamıştır. Anayasa temel normun bir ürünü ise, bir anayasanın o anayasa olmasını gerektiren neden veya gerekçe nedir? Farklı anayasalardan söz edilebildiğine göre, her hukuk çevresinde ayrı bir temel norm var demektir. Bu durumda da, niye o temel normun bu çevrede, diğer temel normun

---

[590] Bkz. Bruno Celano, "Kelsen's Concept of the Authority of Law", s.189, Alf Ross, *On Law and Justice*, Stevens & Sons, London, 1958, s.64-70, Eugenio Bulygin, "An Antimony in Kelsen's Pure Theory of Law", *Ratio Juris*, 3/1, 1990, ss.29-45, s.29.
[591] H. Kelsen, *a.g.e.*, s.233.
[592] H. Kelsen, *a.g.e.*, s.233.
[593] H. Kelsen, *a.g.e.*, s.194, s.233.
[594] H. Kelsen, *a.g.e.*, s.234.
[595] H. Kelsen, *a.g.e.*, s.234. H. Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş*, s.87.

şu çevrede ortaya çıktığı sorusu sorulmaksızın yapılamaz. Ayrıca ve özellikle de temel normun, anayasa yapım sürecinde nasıl işlev gördüğü belirsizdir. Bu belirsizliğe rağmen, Kelsen'e göre temel norm, insan eylemleriyle oluşturulmuş ve pozitif hukuk normlarının kaynağını teşkil eden anayasanın hukuki bağlayıcılığının dayanağıdır.[596] Bu bağlamda, Kelsen'in temel normun uygulanmasıyla aslında onun varlığına yönelik kavramsal bir ön kabulü kastettiği düşünülebilir. Zira temel norm varsayılmazsa, anayasanın bağlayıcılığının dayanağı açıklanamaz. Dolayısıyla, temel norm anayasa yapım sürecinde doğrudan uygulanan bir norm değil, anayasanın bağlayıcılığını sağlayan normatif bir kaynak işlevi görür.

Kelsen, anayasanın oluşmasının ardından pozitif hukukun ortaya çıkışını şu şekilde açıklar: Pozitif hukuk normları, genel normlarla bireysel normların bir bütünüdür. Anayasa, öncelikle, pozitif hukukun genel normlarının (yasalar, tüzükler vb.) oluşturulması için yasama organlarına yetki verir. Bu aşamada, yasama organları örf-adet hukukunu da genel normların bir kaynağı olarak kabul edebilir; ancak bu, yalnızca anayasanın tanıdığı yetki çerçevesinde mümkündür. Anayasanın vermiş olduğu yetkinin uygulanmasıyla birlikte pozitif hukukun genel normları oluşur.[597] Böylece anayasa, yasama organları ve örf-adet hukuku, genel normların hukuki kaynağı olarak konumlanır.

Bir sonraki aşamada, anayasa bireysel normların oluşturulması için yargı organlarına genel normları uygulaması için yetki verir. Yargı organlarının, genel normları uygulamasıyla birlikte, mahkeme kararları ve idari düzenlemeler gibi bireysel normlar yaratılır. Bireysel normlar, bazı durumlarda cebri eylemlerin uygulanmasını içerir. Bu normların uygulanmasıyla, cebri eylem yerine getirilir. Cebri eylem sürecin son aşamasıdır; bu aşamada yeni bir norm yaratılmaz ve pozitif hukukun inşası tamamlanmış olur.[598] Bu inşa sonucunda, bireysel normların kaynağı olarak genel normları oluşturan tüm hukuki uygulamalar ve yargı organları gösterilebilir. Dolayısıyla, hukukun hiyerarşik yapısında yer alan ve cebri eylemlerin icrasını da kapsayan her aşama, pozitif hukukun kaynağını teşkil eder.

Tüm bu bahsedilenler doğrultusunda, Kelsen açısından hukukun kaynağının yalnızca yaratıcı kaynak olan temel normla sınırlı olmadığı; hem uygulayıcı hem de bilgi sağlayıcı işlevler üstlenen farklı niteliklere sahip pozitif kaynakların da hukukun kaynağı

---

[596] H. Kelsen, "What is the Pure Theory of Law", s.275-276. H. Kelsen, *Pure Theory of Law*, s.222.
[597] H. Kelsen, *a.g.e.*, s.222-223.
[598] H. Kelsen, *a.g.e.*, s.234-235.

kabul edildiğini söylemek mümkündür. Buradan hareketle, söz konusu kaynakları birincil ve ikincil kaynaklar olarak sınıflandırmak da yerinde olacaktır. Temel norm, hukukun ve pozitif kaynakların birincil kaynağını oluştururken, pozitif kaynaklar ise hukukun ikincil kaynakları olarak kabul edilebilir. Ancak, Kelsen'in teorisindeki esas mesele, pozitif kaynakların, varsayımsal temel normla bağlantısının nasıl kurulacağıdır. Çünkü temel norm, empirik ve sosyal bir olguya dayanarak temellendirilemeyen farazi bir kaynaktır. Bu ise hukuki pozitivizmin, hukuku olgulara dayalı bir sistem olarak açıklama iddiasıyla çelişir. Zira temel normun olgusal dayanağı yoktur. Kelsen'in bir hukuki pozitivist olduğu düşünüldüğünde, temel normun temellendirilemeyişi çözülmemiş bir sorun olarak kalır.

Kelsen'in ardından Hart, bu sorunu, temel normla aynı teorik işlevi üstlenen ancak "tanıma kuralı" olarak adlandırdığı hukuki bir kural aracılığıyla çözmeye çalışmıştır. Tanıma kuralını temel normdan ayıran husus, bu kuralın varsayıma değil, "kabul edilen sosyal kurallara" dayanmasıdır.[599] Aslında, Hart'ın tanıma kuralına ilişkin görüşlerini, Kelsen'den ziyade Austin'in egemen anlayışına yönelik eleştirileri üzerine inşa ettiğini söylemek doğru olacaktır. Zira Austin ve Hart, hukukun kaynağını, hukukun varlık koşullarının sosyal olgulara bağlı olduğunu savunan "sosyal olgu tezine" dayanarak açıklamaya çalışmışlardır. Kelsen ise hukukun kaynağını, hukukun özsel normatif yapısı içerisinde temellendirmeyi amaçlamıştır. Bu nedenle Coleman'a göre, Hart kendi teorisini Austin'in görüşlerindeki eksiklikler çerçevesinde geliştirmiştir. Bu durum, Hart'ın hukukun kaynağını sosyal kurallara dayandıran görüşünde açıkça görülmektedir.[600] Bu bağlamda, öncelikle, Hart'ın Austin'e yönelik eleştirisini kısaca özetlemek faydalı olacaktır.

Hart'a göre, egemenlik kavramı, hukuki çerçevede anlam kazanan, hukuka ait bir kavramdır. Bu nedenle, egemenin hukukun kaynağı olarak kabul edilmesi mümkün değildir.[601] Egemenin ardında, ona yasa koyma yetkisini veren ve sosyal kurallara dayanan bir kaynağın olması gerekir. Bu kaynak aynı zamanda insanların egemenin buyruklarına itaat etmesinin de gerekçesi olmalıdır. Daha önce belirtildiği gibi, Austin'e göre insanlar, egemenin buyruklarına herhangi bir normatif gerekçeye dayanmaksızın, yalnızca alışkanlık haline getirdikleri için itaat ederler.[602] Ancak Hart'a göre, itaatin alışkanlık haline gelebilmesi için egemenin buyruklarının uzun bir süre boyunca düzenli

---

[599] Andrei Marmor, *Philosophy of Law*, Princeton-New Jersey, 2011, s.50.
[600] Jules Coleman, "Rules and Social Facts", s.703.
[601] A. Marmor, *a.g.e.*, s.36-37.
[602] J. Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, s.221.

olarak yerine getirilmesi gerekir. Dolayısıyla, insanların bir egemenin buyruklarına itaat etme alışkanlığını edinmesi zaman içerisinde gerçekleşir. Bu durum, egemenin değişmesiyle birlikte insanların yeni egemenin buyruklarına itaat etme alışkanlığını hemen kazanamayacakları anlamına gelir. Yeni egemen ancak insanların alışma sürecini tamamlamasının ardından buyruklarına itaat edilmesini bekleyebilir. Hart'a göre, eski egemenden yeni egemene geçiş sürecindeki bu alışma dönemi, *interregnuma* (yönetim boşluğuna) neden olur ve Austin'in teorisi bunu açıklamakta yetersiz kalır.[603] Oysa Hart'a göre, hukukun en temel özelliği sürekli ve kalıcı olmasıdır.[604]

Hart, Austin'e yönelttiği bu eleştirilerden hareketle, hukukun temelinde egemenle veya alışkanlık haline gelmiş itaat eylemiyle açıklanamayacak kadar karmaşık ve genel bir sosyal pratiğin bulunduğunu öne sürer. Bu pratik, "yeni yasa koyucunun halefiyet hakkına sahip olduğunu belirleyen bir kuralın toplum tarafından kabul edilmiş olması gerektiği anlamına gelir".[605] Bir başka ifadeyle, Hart'a göre hukukun esas dayanağı, belirli bir kişiye veya gruba hukuk yapma yetkisini veren ve "tanıma kuralı" olarak adlandırılan hukuki bir kuralın, sosyal uzlaşı yoluyla benimsenmedir.[606] Sosyal uzlaşı, bir grup insan arasında düzenli olarak tekrarlayan ortak davranış örüntülerini ve bu örüntülerin herkes tarafından uyulması gereken normatif standartlar olduğu yönündeki genel tutumu ifade eder. Kısaca belirtmek gerekirse, sosyal uzlaşma, ortak davranış örüntüleri ile bu davranışlara yönelik normatif tutum olmak üzere iki unsurdan oluşur. Hart, bu unsurlardan ilkini dışsal yön, diğerini ise içsel yön olarak tanımlar. Dışsal yönde, birey toplumdaki sosyal kuralları gözlemleyip kaydeder ve uygun koşullarda bu kurallara uyum sağlar; ancak, bu kuralların gerekçelerini veya doğruluğunu sorgulamaz. İçsel yön ise bireylerin yalnızca sosyal kurallara uymakla kalmayıp, bu kuralları toplumun tamamı tarafından benimsenmesi gereken normatif bir geçerlilik ölçütü olarak görmelerini ifade eder.[607] Bu ölçüt, insanlara hem kurallara uymaları hem de kurallara uymayanları eleştirmeleri için haklı gerekçeler sunar.[608] Hart'a göre, sosyal kurallar bu iki unsurun bir araya gelmesi sonucunda oluşur. Tanıma kuralı da bu sosyal kurallardan biridir ve

---

[603] H. L. A. Hart, *The Concept of Law,* s.51-53.
[604] Jules L. Coleman, "Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis", *Legal Theory,* 4, 1998, s.390.
[605] H. L. A. Hart, *a.g.e.,* s.54-55.
[606] R. Dworkin, *Hukukun Hükümdarlığı,* s.59.
[607] H. L. A. Hart, *a.g.e.,* s.55-56.
[608] J. Coleman, "Rules and Social Facts", s.705-706.

kaynağını söz konusu iki unsurun birleşiminden alır.[609] Ancak tanıma kuralını, sosyal kurallardan ayıran bir husus bulunmaktadır. Sosyal kurallar, toplumun tüm üyeleri tarafından içsel bir bakışa açısıyla benimsenme potansiyeline sahipken, tanıma kuralı yalnızca hukuk yetkilileri tarafından benimsenebilir.[610]

Bu noktada, Hart'ın hukukun kaynağı olarak neyi ifade ettiğini ayırt etmek oldukça önemlidir. Çünkü Hart'a göre, tanıma kuralı kendiliğinden var olan, bağımsız bir norm değildir. Tanıma kuralının varlığı, hukuk yetkilileri tarafından içsel bakış açısıyla benimsenmesine ve ortak bir geçerlilik ölçütü olarak kabul edilip uygulanmasına bağlıdır.[611] Bu bağlamda, yetkililer arasında tanıma kuralına yönelik uzlaştıkları bir içsel kabul bulunmadığı takdirde, tanıma kuralı var olamaz ve yetkililere eylemleri için gerekçe sunma işlevini yerine getiremez.[612] Dolayısıyla, Hart'a göre tanıma kuralı, yetkililer tarafından içsel bir bakış açışıyla uygulanıp uygulanmamasına bağlı olarak sosyal bir olgu niteliği taşır; bu nedenle, ya vardır ya da yoktur. Bu açıdan, Hart'ın teorisinde, tanıma kuralının doğrudan hukukun yaratıcı kaynağı olduğunu söylemek doğru olmayacaktır.

Tanıma kuralı, zaman içerisinde hukuk yetkililerinin sosyal pratikleri aracılığıyla gelişen ve yetkililerin hukuk oluşturma süreçlerinde üzerinde uzlaştıkları geçerlilik ölçütleri dizisini ifade eder.[613] Bu ölçütler, geleneksel uygulamalar, geçmişte alınmış dava kararları, yetkili kişilerin beyanı gibi çeşitli unsurlar olabilir. Ancak Hart'a göre, bu unsurlar hukukun kaynağı değildir. Nitekim, Hart'ın hukukun kaynağı ile tanıma kuralı arasında yaptığı ayrım, şu ifadesinde açık bir şekilde görülmektedir: "Modern bir hukuk sisteminde, hukukun çeşitli kaynakları bulunduğu için tanıma kuralı da buna bağlı olarak daha karmaşıktır: hukuku tanımlama kriterleri çoğuldur ve genellikle yazılı bir anayasa, yasama organı tarafından çıkarılan yasalar ve yargısal içtihatlar gibi unsurları içerir".[614] Buradan hareketle, Hart'ın düşüncesinde, hukukun kaynağı ile tanıma kuralının birbiriyle ilişkili olsa da, aynı şey olmadığı sonucuna ulaşılabilir. Zira, hukukun kaynağı, hukuk kurallarının nereden geldiğini gösterirken, tanıma kuralı bu kaynaklardan hangilerinin

---

[609] Stephen Perry, "Hart on Social Rules and The Foundations of Law: Liberating the Internal Point of View", *Fordham Law Review*, 75/3, 2006, s.1171-1172.
[610] H. L .A. Hart, *a.g.e.*, s.116-117.
[611] H. L. A. Hart, *a.g.e.*, s.109.
[612] J. Coleman, "The Conventionality Thesis", s.363.
[613] Gerald J. Postema, "Coordination and Convention at the Foundations of Law", *The Journal of Legal Studies*, 11/1, 1982, s.166.
[614] H. L. A. Hart, *a.g.e.*, s.100-101.

geçerli olduğunu ve kaynaklar arasındaki hiyerarşiyi belirleyen bir üst kuraldır.[615] Fakat belirtilmelidir ki, Hart'ın teorisinde hukukun kaynağının ne olduğuna ve hukukun çeşitli kaynaklarının nasıl ortaya çıktığına ilişkin kapsamlı bir açıklama bulunmamaktadır.

Bununla birlikte, hukukun kaynağının tanıma kuralı olarak tanımlanması durumunda, dikkate alınması gereken bir sorun ortaya çıkmaktadır. Hukukun kaynağına ilişkin bu durumu, Shapiro'nun ifadesiyle, "tavuk-yumurta problemi" olarak belirtmek mümkündür. Shapiro'ya göre bu problemin temel sorusu şudur: Eğer yasa koyucunun yetkisi tanıma kuralı tarafından sağlanıyorsa, bu durumda söz konusu tanıma kuralını belirleyen kaynak nedir?[616] Hart'ın görüşlerinden hareketle, bu soruya tanıma kuralının, yetkililer tarafından kabul edilip uygulandığında varlık kazandığı şeklinde bir yanıtın verilmesi, kaçınılmaz olarak tanıma kuralından önce hukuk yetkililerinin mevcut olduğu varsayımını beraberinde getirmektedir. Bu noktada yine aynı soru ortaya çıkmaktadır: Tanıma kuralından önce hukuk yetkililerine söz konusu yetkiyi veren kimdir?

Hart'ın teorisinde, bu sorulara dair yeterli bir cevabın bulunduğunu söylemek güçtür. Onun için tanıma kuralı, hukukun birincil kaynağı olmaktan ziyade kuralların geçerliliğini belirleyen bir sosyal kuraldır. Hatırlanacağı üzere, Hart'a göre hukuk, bir kurallar bütünüdür ve farklı kurallardan oluşur. Bu kuralların bir kısmı, Hart'ın hukuk öncesi dönem olarak belirttiği ve tanıma kuralının henüz kabul edilmediği ilkel toplumlarda uygulanan birincil yükümlülük kurallarıdır. Bu kurallar, bir hukuk sistemi veya hukuk yetkilileri olmasa da, sosyal kontrol aracı olarak işlev görür ve insanlar söz konusu kurallara içsel bir bakış açısıyla bağlı olarak yaşar.[617] Dolayısıyla Hart'a göre, yetkililer tarafından tanıma kuralı kabul edilmeden önce de insanların davranışlarını yönlendiren birtakım sosyal kurallar vardır. Ancak bu kurallar muğlaktır, değişime kapalıdır ve yaptırımları yetersizdir. Tanıma kuralının önemi, bu kurallar arasında hukuk sistemi açısından geçerli olanları belirlemesidir.[618]

Burada gözden kaçırılmaması gereken nokta, tanıma kuralının da bir sosyal kural olarak tanımlanmasıdır. Sosyal kurallar, insanlar bu kurallara yalnızca dışsal baskılar nedeniyle değil, aynı zamanda söz konusu kuralları bağlayıcı olarak kabul ederek ve bu

---

[615] H. L. A. Hart, *a.g.e.*, s.105-106.
[616] Scott J. Shapiro, "On Hart's Way Out", *Legal Theory*, 4/4, 1998, s.471.
[617] H. L. A. Hart, *a.g.e.*, s.91-92.
[618] W. J. Waluchow, "Legality, Morality, and the Guiding Function of Law", *The Legacy of H. L. A. Hart Legal, Political, and Moral Philosophy* içinde, (ed. Matthew H. Kramer, Claire Grant, Ben Colburn and Antony Hatzistavrou), New York, 2008, s.89-90.

kurallara uygun sosyal pratikler sergileyerek uydukları müddetçe geçerli olur. Bu bahsedilenler sonucunda, Hart'ın teorisinde hukukun, yetkililerin içsel bakış açısıyla uzlaşarak, tekrarlayan belirli davranış standartlarını normatif birer sosyal kural olarak kabul etmeleri ve davranışları bu kurallara göre yönlendirmeleri sonucunda varlık kazandığı söylenebilir. Fakat, kanaatimizce hukukun kaynağına ilişkin bu açıklama, yetkililerin ve tanıma kuralının nasıl belirlendiği, içsel bakış açısıyla neyin ifade edildiği ve tanıma kuralının yetkililer tarafından hangi ölçütlere göre uygulandığı hususlarında belirsizlik taşımaktadır.

Bir diğer hukuki pozitivist filozof olan Raz'a gelince; onun hukukun kaynağına ilişkin görüşleri incelediğinde, teorisinin genelinde olduğu gibi, bu konudaki düşüncelerinin de oldukça kapsamlı ve karmaşık bir yapıya sahip olduğu görülmektedir. Onun bu konu hakkındaki görüşlerini, "kaynak temelli tez", ve otorite tezi arasında kurduğu ilişki çerçevesinde değerlendirmek mümkündür. Bu bağlamda, öncelikle Raz'ın kaynak temelli teze yönelik görüşleri şu şekilde ifade edilebilir: Raz, tıpkı Austin ve Hart gibi, hukukun kaynağını sosyal olgulara dayanarak temellendirmeye çalışır. Ancak Raz, teorisini "sosyal olgu tezi" olarak değil, "kaynak temelli tez" olarak adlandırır. Zira Raz'a göre, Hart gibi sosyal olgu tezini savunan düşünürler, hukuku, ahlakla arasında raslantısal ve kırılgan bir ilişki bulunan toplumsal bir olgu olarak değerlendirmişlerdir. Bu nedenle, sosyal olgu tezi hukukun yalnızca sosyal olgulara dayandığı iddiasından ayrılır. Raz'a göre, hukukun varlığı ve içeriği değer nitelikli argümanlara başvurulmaksızın sadece sosyal olgular temelinde açıklanıyorsa, hukuk kaynak temelli teze bağlıdır.[619] Bu tez, aynı zamanda, Raz'ın dışlayıcı hukuki pozitivist olarak nitelendirilmesinin de gerekçesini oluşturmaktadır. Daha önce belirtildiği gibi, hukuki pozitivizmin en katı yorumu olan dışlayıcı hukuki pozitivizm, hukuk ile ahlak arasında kavramsal, yani mantıksal ve teorik olarak zorunlu bir bağ bulunmadığını savunur. Buna göre, bir davranış standardının hukuki olup olmadığı ve hukukun insanlardan ne talep ettiği ahlaki unsurlardan ziyade, hukukun olgusal gerçekliğine bağlıdır.[620]

Bu bahsedilenler doğrultusunda, Raz'ın teorisinde hukukun kaynağını oluşturan sosyal kaynakların neler olduğu sorgulandığında, onun, Austin'in egemen anlayışı veya Hart'ın tanıma kuralı gibi genel bir sosyal olguyu tarif etmediği söylenebilir. Raz,

---

[619] J. Raz, *Ethics in the Public Domain*, s.210-211.
[620] W. J. Waluchow, "The Many Faces of Legal Positivism", s.394. Kristen Rundle, "Form and Agency in Raz's Legal Positivism", *Law and Philosophy*, 32/6, 2013, s.784.

hukukun kaynağının asla tek bir unsurdan ibaret olmadığını, aksine farklı türde bir dizi olguyu içerdiğini belirtmekte ve bu olgular arasında herhangi birini üst kural veya temel norm olarak sınıflandırmamaktadır.[621] Bununla birlikte, Raz'ın farklı türdeki olgulara ilişkin görüşleri incelendiğinde, dikkat çekici bir durumla karşılaşılmaktadır. Bu durum, Raz'ın kaynak temelli tezi ve dışlayıcı hukuki pozitivizmi savunmasına karşın, hukuk ile ahlak veya başka değer nitelikli unsurlar arasında kısmi bir ilişkinin bulunduğunu belirtmesinden kaynaklanmaktadır. Raz'ın bu konudaki görüşleri şu şekildedir:

> Bir hukuk kuralının kaynağı, içeriği ve varlığı ahlaki argümanlar kullanılmadan (ancak yorumlama için gerekli olan insanların ahlaki görüşleri ve niyetleri hakkındaki tartışmalara izin vererek) belirlenebiliyorsa vardır. Bir yasanın kaynakları onu geçerli kılan ve içeriğini tanımlayan olgulardır. Bu anlamdaki 'kaynak' kavramı, bir hukuk kuralının geçerliliğini belirleyen 'resmi kaynaklar' kavramından daha geniştir (örneğin, bir veya daha fazla Parlamento Yasası ile bir veya daha fazla yargı içtihadı, bir hukuk kuralının resmi kaynağını oluşturabilir). Burada kullanılan 'kaynak' terimi, aynı zamanda 'yorumlayıcı kaynakları' da içerir, yani ilgili tüm yorumlayıcı materyalleri kapsar.[622]

Raz'ın kaynaklar teorisinin, hem hukuk olgusunun ilk kez ortaya çıkışını, hem de oluşmaya başlayan kurallar silsilesinin gelişim seyrini kapsadığı anlaşılmaktadır. Onun "yorumlayıcı kaynakları" gerçekte şekillenmeye başlamış olan hukuk sisteminin yeni olgulara göre yeni kurallar türetmesini ve böylece hukukun gelişip serpilmesini ifade etmektedir. Ayrıca Raz, bu ifadelerinin devamında açıkça bir hukuk sisteminde yargıcın aldığı kararların doğal olarak ahlaki ve hukuk dışı diğer değerlendirmelere dayanabileceğini öne sürmektedir.[623] Raz'ın bu görüşleri, hukukun varlığının hem sosyal kaynaklara hem de aynı zamanda değer nitelikli kaynaklara dayandığı izlenimini vermesi nedeniyle, savunduğu tezle çelişkili bir görünüm sergilemektedir. Bununla birlikte, Raz'ın teorisinde bu çelişkili görünümü destekleyen farklı açıklamalar da bulunmaktadır.

Nitekim Raz'a göre, hukuk ve ahlak ortak bir terminolojiye sahip olmaları nedeniyle ilişkilidir. Otorite, hak, yükümlülük ve özgürlük gibi terimler hem hukuk hem de ahlak alanında kullanılmaktadır. Fakat, Raz'a göre bu durum, hukukun kaynağının ahlak olduğu veya hukukun ahlakın bir alt dalı olarak değerlendirilebileceği anlamına gelmemektedir. Öte yandan, söz konusu ortak terimlerin ahlaki olmadığını savunmak ve bunları hukuki olduğu öne sürülen emir veya yaptırım gibi terimlere indirgemek de doğru

---

[621] J. Raz, *The Authority of Law*, s.48.
[622] J. Raz, *a.g.e.* s.47-48.
[623] J. Raz, *a.g.e.*, s.50.

bir yaklaşım değildir. Raz bu noktada bir ayrıma dikkat çekerek, hukukun ahlakla paylaştığı terimlerin hukukun ne olduğunun değil, ne olmayı amaçladığının bir ifadesi olduğunu belirtir. Hukukun amaçladığı şey ise meşru bir otorite olarak kabul görmektir. Raz'a göre, hukuk bu olgusal amacı kendi doğasında taşır.[624] Ancak, hukuk yalnızca otorite olma iddiasını ahlaki olarak gerekçelendirilirse bağlayıcı olabilir ve iyi olarak değerlendirilebilir. Aksi takdirde, hukukun otorite iddiası sorgulanır. Bu nedenle, Raz, otoritenin bağlayıcılığı için ahlaki doktrinin hayati bir öneme sahip olduğunu öne sürer.[625]

Raz'ın bu görüşleri, şu soruyu gündeme getirmektedir: Bir hukukun otoritesinin ahlaki gerekçelendirmeye bağlı olması, ilgili hukukun ahlaki bir değer taşıdığı veya ahlaki bir temele dayandığı sonucuna götürmez mi? Oysa, dışlayıcı hukuki pozitivizme göre, hukukun hukuk olma statüsü ahlaki değerinden bağımsız değil midir?[626] Raz bu soruların farkındadır; ancak bu sorulara yönelik kesin bir yanıt sunmaz. Ona göre, eğer hukukun kaynağı olarak kabul edilen sosyal kaynaklar, hukuka ahlaki bir değer atfederse, hukuk zorunlu olarak ahlaki bir karaktere sahip olur. Buna karşın, sosyal olgular hukuka ahlaki bir değer atfetmezlerse de, "insan doğası ve insan varoluşunun genel koşulları göz önüne alındığında, fiilen bir toplumun etkin hukuku olan her hukuk sisteminin zorunlu olarak bazı ahlaki değerlere ve ideallere uygun olup olmadığı sorusu hala açık kalır".[627] Raz, bu sorunun açık kaldığını belirtmiş olmasına rağmen, aynı eserin devamında şu ifadeleri kullanır: "Bir hukuk teorisi, ancak hukukun içeriğini belirleme ve varlığını saptama ölçütleri, değerden bağımsız terimlerle tanımlanabilen insani davranışa ilişkin olgulara dayanıyor ve ahlaki argümanlara başvurmaksızın uygulanabiliyorsa kabul edilebilir".[628] Fakat, bir başka eserinde Raz, hukuk ile ahlak arasında zorunlu bir bağlantının ve hukuk sistemlerinin ahlaki bir değere sahip olmasının oldukça muhtemel olduğunu öne sürmektedir.[629] Dolayısıyla, Kramer'in de belirttiği üzere, Raz'ın hukuk ile ahlak arasında zorunlu bir bağ olmadığı yönündeki iddiaya karşı şüpheci ve anti-pozitivist bir tutum sergilediğini söylemek mümkündür.[630] Kanaatimizce, Raz'ın bu konudaki tutumu, hukukun kaynağı ve bu kaynağın dayandığı temeller konusunda da etkilidir. Bu

---

[624] Joseph Raz, *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason,* New York, 2009, s.111-112.
[625] J. Raz, *Otorite ile Yorum Arasında Hukukun Doğası,* s.153-154.
[626] Matthew H. Kramer, "On the Separability of Law and Morality", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 17/2, 2004, s.320.
[627] J. Raz, *The Authority of Law*, s.38-39.
[628] J. Raz, *a.g.e.*, s.39-40.
[629] J. Raz, *Ethics in the Public Domain*, s.227.
[630] M. H. Kramer, "a.g.m.", s.327, s.329.

durum, hukukun sadece olgulara dayanması gerektiğini öne süren klasik pozitivist görüşü tartışmalı hale getirmektedir.

Burada vurgulanması gereken bir diğer önemli husus, Raz'ın, "hukukun ne olduğu" ile "ne olmayı amaçladığı" arasında yaptığı ayrımdır. Bir önceki bölümde, Raz'ın hukukun özüne dair görüşlerini incelerken, onun "hukukun doğası" ile "hukuk kavramı" arasında da bir ayrım yaptığını belirtmiştik. Bununla birlikte, Raz, "otoritenin doğası" ile "otorite kavramı" arasında da bir ayrım yapar. Raz'a göre, bir otoritenin niteliğini belirleyen unsur, insanların onun ne olduğuna yönelik ortak inancıdır. Bu anlamıyla otorite konvansiyoneldir. Otoritenin içeriği, belirli toplumsal uzlaşımlar sonucunda şekillenir. Fakat Raz, otoritenin doğasının değil, otorite kavramının konvansiyonel olduğunu belirtir. Buna göre, otoritenin kendisi toplumsal uzlaşıdan bağımsız olarak nesnel bir anlama sahiptir.[631] Murphy'e göre, Raz'ın teorisindeki bu ayrımlar, Austin'in "hukukun varlığının bir şey; değerinin ve kusurunun ise başka bir şey" olduğunu belirten görüşüne yakındır.[632] Bu bağlamda, Raz'ın görüşlerine ilişkin şu şekilde bir çıkarım yapılabilir: Hukukun varlığı ve içeriği yalnızca sosyal kaynaklar temelinde belirlenir. Bu kaynakların hukuka ahlaki bir değer atfetmesi veya yargı kararlarında toplum genelinde bağlayıcılığı kabul edilen değer temelli unsurlara başvurulması, hukukun kaynağının sosyal kaynaklar dışında başka bir temele dayandığı anlamına gelmez. Raz'ın teorisinde hukukun kaynağını oluşturan sosyal kaynaklar ile hukukun uygulanması sürecinde etkili olan faktörler birbirinden ayrı meselelerdir. Ancak bu şekildeki bir çıkarım, Raz'ın dışlayıcı hukuki pozitivizmi ile uyumlu kabul edilebilir.

4.2.2. Doğal Hukuk: Ahlaki ve Rasyonel Temellendirme

Hukuk insan dünyasında sonradan ortaya çıkan bir olgu olduğuna göre, her hukuk felsefecisi, bu ortaya çıkışı açıklamakla yükümlüdür. Bu nedenle, hukuki pozitivistler gibi doğal hukukçular da hukukun kaynağı sorununu yanıtlamak zorundaydılar. Bu noktada, doğal hukukçuların kaynak sorununu nasıl çözmeye giriştiklerini ele almak lazımdır.

Fuller, hukukun kaynağına ilişkin bütüncül bir bakış açısı geliştirmiştir. Bu bakış açısına göre, hukukun kaynağı akıl ve iradedir. Fuller'e göre, bu iki unsur görünüşte

---

[631] Kenneth Einar Himma, "The Instantiation Thesis and Raz's Critique of Inclusive Positivism", *Law and Philosophy*, 20/1, 2001, s.71-72.
[632] M. C. Murphy, "Natural Law Theory", s.22.

çelişkili olmakla birlikte, esasen birbirini tamamlayan iki temel kaynaktır. Hukuk sisteminde herhangi bir çelişkiye veya belirsizliğe neden olmaksızın bu iki kaynağa dayanmak mümkündür. Fuller, bu bütüncül bakış açısını açıklamak için hayali bir senaryo kurgulamıştır. Bu senaryoda, hukuki ve geleneksel yaşamlarına dair tüm anıları silinmiş, bir çeşit *sosyal tabula rasa* yaşayan bir grup insanın, dünyadan izole bir bölgede bir araya getirildiği varsayılır. Senaryo şu şekilde gelişir: Grup halinde yaşayan insanlar arasında zamanla anlaşmazlıklar ortaya çıkmaya başlar ve anlaşmazlıkların giderilmesi için bir yönteme ihtiyaç duyulur. Nihayetinde, grup içerisinde diğer insanlardan daha akıllı ve sorumluluk sahibi olduğu düşünülen bir kişi yargıç olarak seçilir ve hukuki düzenin temelleri atılmaya başlar. Yargıç, en başından itibaren otoritesinin birtakım doğal ilkelerle sınırlı olduğunu fark eder. Bu nedenle, alacağı kararların gruptaki insanların doğrularıyla, amaçlarıyla ve ortak beklentileriyle uyumlu olması gerektiğinin bilincindedir. Dolayısıyla, yargıç başlarda yalnızca grup yaşamının doğal ilkelerini akıl aracılığıyla keşfetmeye ve bu ilkelere uygun kararlar vermeye çalışır. Ancak zaman ilerledikçe, doğal ilkelerin keşfedilmesiyle her sorunun çözülemeyeceğini, bazı hukuk kurallarının bizzat kendisi tarafından oluşturulması gerektiğini anlar. Özellikle bazı eylemlerin cezalandırılması gerektiği durumlarda keşfedilecek kesin bir ölçüt olmadığı için, yargıç kendi iradesiyle inşa etmesi gereken hukuki bir alanın gerekli olduğunu düşünür. Bu hukuki alanda yargıç, iradesini diğer insanların beklentisine ve grubun düzenine uydurmak zorunda olan biri olarak değil, aksine grup üyelerinin uyması gereken düzeni kendi iradesiyle yaratan biri olarak işlev görür.[633]

Fuller, bu senaryodan hareketle, hukuktan ve gelenekten tamamen yalıtılmış bir toplumda dahi hukukun kaynağının akıl ve iradenin bir birleşimi olduğunu göstermeyi amaçlamaktadır. Ona göre hukukun kaynağı, hem akıl aracılığıyla bir düzenin keşfedilmesine hem de otoritenin iradesi aracılığıyla bir düzenin dayatılmasına dayanır. Bu bağlamda, Fuller'e göre, "hukuk sistemi, belirsiz bir ölçüde 'doğal hukuka' yaklaşan bir 'pozitif hukuk' sistemidir.[634] Akıl sayesinde bilincine varılan ve keşfedilen doğal hukuk ilkeleri, yargıcın grup yaşamının iyiliğini belirlerken kararlarının doğruluğunu değerlendirmesi ve gerekçelendirmesi için bir standart oluşturur.[635]

---

[633] Lon L. Fuller, "Reason and Fiat in Case Law", *Harvard Law Review*, 59/3, 1946, s.377-379.
[634] L. L. Fuller, "a.g.m.", s.379.
[635] L. L. Fuller, "a.g.m.", s.379.

Fuller'e göre, kurumsallaşmış hukuki düzene ve geleneklere sahip bir toplumda akıl ile irade arasındaki antinomi çok daha karmaşık düzeydedir. Bu toplum yapısında karmaşıklığa neden olan temel sorun, hukukun varlık amacının unutulmasıdır. Hukukun amacı, insanların toplumsal olarak ulaşmak istedikleri amaçları gerçekleştirmek için gerekli olan doğal hukuk ilkelerini keşfetmek ve bu ilkelere uygun bir hukuk sistemi uygulamaktır. Bu noktada, yargıcın temel dayanağı akıldır. Ancak, pozitif hukuk sistemi içerisinde yargıcın dayandığı anayasa, tüzük, yönetmelik ve içtihat gibi pek çok farklı kaynağın olması, çoğu zaman hukukun esas amacının gözden kaçırılmasına neden olmaktadır. Oysa Fuller'e göre, yargıç yalnızca pozitif hukuk kaynaklarını uyguluyor gibi görünse de, bu uygulamanın arkasında daha üstün bir hukuki ölçüt olarak akıl bulunmaktadır. Söz konusu ölçüt, yargıcın karar verirken insanların amaçlarına yönelik en uygun hukuki kuralı belirlemesini ve bu belirlemeyi rasyonel bir temele dayandırmasını mümkün kılmaktadır. Bu nedenle, Fuller'e göre, pozitif hukuk sisteminin karmaşıklığı içinde hukukun amacı ve kararların dayandığı hukuki ölçüt gözden kaçırılsa da, bunlar yargısal sürecin içkin kaynağı olarak varlığını korumaktadır.[636]

Bahsedilenler neticesinde, Fuller'in hukukun kaynağına ilişkin görüşleri, kendi ifadeleriyle şu şekilde özetlenebilir:

> Hukuku yalnızca tanımlar ve yetkili kaynaklar açısından değil, sorunlar ve işlevler bağlamında ele aldığımızda, onun kaçınılmaz olarak akıl ve iradenin, keşfedilen düzen ile empoze edilen düzenin bir bileşimi olduğunu görürüz. Hukukun bu iki yönünden birini ortadan kaldırmaya çalışmak, hukuku kaynağından ve doğasından uzaklaştırmak, çarpıtmak anlamına gelir.[637]

Bu bağlamda, Fuller'e göre hukukun kaynağı, klasik doğal hukuk anlayışında olduğu gibi salt bir doğa ya da akıl verisine indirgenemez. Böyle bir indirgeme, hukukun yetkiye dayanan yönünün göz ardı edilmesine yol açar. Benzer şekilde, hukukun kaynağını hukuki pozitivizm çerçevesinde yalnızca iradi kurallarla veya sosyal olgularla açıklamak da yeterli değildir. Çünkü, hukukun kaynağını egemen veya sosyal olgular temelinde kabul etmek, bu kabulün neye dayandığı sorusunu yanıtsız bırakır.[638] Fuller'e göre, hukukun varlığı bu iki unsurun bir arada işlev görmesine bağlıdır. Dolayısıyla

---

[636] L. L. Fuller, "a.g.m.", s.380-381.
[637] L. L. Fuller, "a.g.m.", s.382.
[638] L. L. Fuller, "a.g.m.", s.387-388.

Fuller'in, hukukun kaynağına dair akıl ile irade veya doğal hukuk ile pozitif hukuk arasında bir köprü kurmaya çalıştığı söylenebilir.

Finnis'in hukukun kaynağına ilişkin görüşleri incelediğimizde, onun, pozitif hukuk sistemini doğrudan ortak iyiye, dolaylı olarak ise temel iyilere dayanan ahlaki bir sistem olarak tanımlandığını görmekteyiz. Hatırlanacağı üzere, Finnis, hukuku, insanların ortak iyiye ulaşabilmesi için gerekli olan eylem koordinasyonunu sağlamak amacıyla ortaya çıkan bir otorite olarak tarif eder. Finnis, hukukun bu amacı yerine getirebilmek için birtakım biçimsel özelliklere sahip olduğunu belirtir. Bu özelliklerden ilkine göre hukuk, "kendini düzenleyen", "kendi yaratımını mümkün kılan" döngüsel bir sistem olarak ifade edilmektedir. Kanaatimizce, bu noktada Finnis, hukukun kaynağı sorununa dair farklı bir bakış açısı ortaya koymaktadır. Hukuku, belirli bir kaynak temelinde açıklamak yerine, onun kendi kendini inşa eden bir yapı olduğundan bahsetmektedir. Bu nedenle, Finnis'in hukukun kaynağına ilişkin görüşlerini değerlendirirken, söz konusu biçimsel özelliğin incelenmesi önemli görülmüştür.

Hukukta "kendi kendini üreten sistemler (*autopoietic theory*)", iki farklı şekilde tanımlanır. İlk tanıma göre, hukuk sistemi işleyişi ve düzeni bakımından tüm dış unsurlardan bağımsız, kendi iç mekanizmasına göre gelişen, fakat başlangıçta kendi kendini var edemeyen bir yapıdır. İkinci tanıma göre ise hukuk sistemi, yalnızca kendi işleyişini belirlemekle kalmaz, aynı zamanda kendini var eden unsurları da kendisi üretir. İlk tanımda hukuk sistemi işleyişi bakımından bağımsızken, ikinci tanımda dış unsurlardan tamamen arınmış kabul edilir. Her iki anlamda da kendi kendini üreten hukuk sistemlerinin özelliği, bağımsız olması, döngüsel bir gelişim seyri izlemesi ve referans noktasının kendisi olmasıdır.[639]

Hukuk sisteminin bu şekilde ifade edilmesindeki esas amacın, hukuk kurallarını doğru-yanlış ya da iyi-kötü gibi bilimsel veya ahlaki yargılardan bağımsız olarak, yasal ya da yasadışı kategorilerinde değerlendirmek olduğu belirtilir. Bir hukuk kuralını iyi ya da kötü şeklinde değerlendirmek veya hukukun kaynağının ahlaki yargılar olduğunu söylemek, hukukun ahlakın alanına dahil olduğunu öne sürmek anlamına gelir.[640] Bu açıklama, pozitivist düşünürlerin görüşleri ile benzerlik taşır. Örneğin Kelsen, saf bir hukuk kuramı inşa etme planında bu kuramın, tüm bilimsel ve değer içerikli unsurlardan

---

[639] Dimitris Michailakis, "Law as an Autopoietic System", *Acta Sociologia*, 38/4, 1995, s.329.
[640] D. Michailakis, "a.g.m.", s.327.

arınmış, kendi özerkliğine sahip bir kuram olmasını amaçlar. Dolayısıyla burada, kendini bir doğal hukukçu olarak tanımlayan Finnis'in, hukukun "kendini üreten" bir sistem olduğuna işaret etmesi dikkat çekicidir. Finnis bu konuya yönelik açıklamasında, hukuk sisteminin kendine referans vererek oluşmasının ve gelişmesinin paradoksal bir döngü olduğunu; ancak örf ve adetlerin oluşumuna yönelik yaptığı analiz ile bu döngünün kırılabileceğini gösterdiğini belirtir.[641]

Bu döngünün paradoksal olmasının sebebi, inşa edilmiş olan her şeyin, bir temelinin veya desteğinin olması gerektiği varsayımıdır. Doğal hukuka göre hukuk sistemi, kurallarını ve kurumlarını kendi içsel mekanizmasına bağlı olarak oluştursa da bu kuralların temellendirildiği bir dayanak noktasının olması gerekir. Aksi halde, hukuk sisteminin kendi varlığı için temel olan kuralları ve kurumları kendisinden hareketle oluşturması, bir kısır döngüye yol açar. Hukuk, dış bir kaynağa gerek duymaksızın kendi kurallarını belirleyen otorite olarak varsayılırsa, hukuk sisteminde yer alan ilk hukuk kuralının nasıl belirlendiği ve nasıl geçerlilik kazandığı soruları cevapsız kalır. Bu sorunun cevapsız kalması, hukukun otorite sahibi bir güce başvurmaksızın, geçerliliğini kendi kendine meşru kılmaya çalışan bir sistem olduğu paradoksunu yaratır. İşte Finnis bu paradoksa, "…otorite sahibi biri tarafından yapılmaksızın ve hatta kurallar oluşturmak için yetkilendirilmiş bir yol olmadan nasıl bir yetkili kuralın ortaya çıkabileceğini …"[642] göstererek son verdiğini iddia eder.

Finnis, örf ve adetlerin oluşumuna yönelik yaptığı analizde[643], bir davranışın yetkili bir kural olma sürecindeki mantıksal ilerlemeyi açıklamak için pratik yargıları, PJ_o, PJ_1 ve PJ_2 olmak üzere sınıflandırır. Bunlar kısaca şu şekilde açıklanabilir:

> PJ_o— a) belirli, ortak ve istikrarlı bir davranış örüntüsü ve buna uygun otoriter bir kuralın olması,
>
> b) belirli bir davranış örüntüsü olan Ø, (genel olarak kabul edilip benimsenirse) yetkili bir ortak kural olarak benimsenmeye uygun bir otoritedir.
>
> PJ_1—: PJ_o'a yaygın bir katılımın olması ve davranış örüntüsü Ø'ye yaygın uyum ve onay, artık Ø'yü gerektiren (veya izin veren) otoriter bir örf-adet kuralının varolduğu yargısına (PJ_2) varmak için yeterlidir.

---

[641] J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights,* s.268.
[642] J. Finnis, *a.g.e.,* s.238.
[643] Finnis örf-adet kurallarının oluşumuna yönelik analizini, bu kuralların uluslararası hukukun kaynağı olarak görülmesi nedeniyle uluslararası hukuk çerçevesinde yapar. Ancak uluslararası hukuk tartışmaları bu çalışmanın konusuna dahil olmadığından analizin uluslararası hukuku kapsayan kısmı ayrıntılı olarak ele alınmamıştır. Finnis'in bu konudaki görüşleri için bkz. Finnis, J. (2011). *Natural Law and Natural Rights,* Oxford University Press, New York, ss.238-245.

> PJ_2— Ø, uluslararası hukukun otoriter bir örf-adet kuralına istinaden gereklidir (veya izin verilmiştir).[644]

Bu sınıflandırma, Ø gibi belirli bir davranış örüntüsünün örf-adet kuralı olarak kabul edilebilmesi için davranış örüntüsüne geniş çapta katılım sağlanması ve bu davranış örüntüsünün yetkili bir kural olarak kabul edilebilmesi için ortak bir kanaatin mevcut olması gerektiğini belirtir. Ancak Finnis'e göre davranış örüntüsüne katılım ve ortak kanaat, bu davranış örüntüsünün yetkili bir kural olması için mantıksal olarak yeterli olmayabilir. Bu nedenle, pratik yargıların ardında mantıksal yetersizliğe imkân tanımayacak gizli bir öncülün bulunması gerekir. Finnis için bu öncül, PJ^m olarak gösterilen "hukuki çerçeve" veya "meta-ilke"dir.[645]

PJ^m, şu yargıyı ifade eder: "Örf ile adet kurallarının ortaya çıkması ve tanınması, uluslararası toplulukta etkileşim ya da koordinasyon sorunlarını çözmenin arzu edilen veya uygun bir yöntemidir."[646] Bu yargıdan anlaşılacağı üzere Finnis'in teorisinde, ahlaki ilkeler ve hukuk kuralları gibi örf-adet kurallarının oluşum nedeni de, ortak iyi koşullarını sağlamak amacıyla eylemlerin düzenlenmesidir. Bu amaç, pratik eylemlerin arka planında hukuki otoritenin temeli olarak bulunur.[647]

Finnis'e göre, PJ^m öncülünü ne kadar çok devlet kabul ederse uluslararası koordinasyon problemlerini çözebilmek için örf-adet kurallarının gerekli bir yöntem olduğuna ilişkin arzu ve istek de o kadar artar. Bu arzu ve isteğin artışı, örf-adet kurallarının geçerliliğine olan yasal inancı da güçlendirir. *Opinio juris* olarak adlandırılan bu duruma göre, örf ile adet kurallarının oluşması, yükümlülük ve geçerlilik kazanması için yalnızca belirli davranışlara katılım yeterli değildir. Aynı zamanda devletler tarafından uygulanan bu davranışların, hukuki bağlayıcılığı olduğuna yönelik inancın da olması gerekir.[648] Böylece, yetkili kuralların oluşumu bir yetkilendirme olmaksızın, kuralların varlığına duyulan inanç, istek ve eğilimden kaynaklanır.

Sonuç olarak Finnis, örf-adet oluşumuna yönelik analizinde pratik akılcılık ve ortak iyi kavramları aracılığıyla hukukun "kendi kendini üretmesi" paradoksuna bir çözüm önerir. Bu analize göre, örf-adet kurallarının otorite kazanması veya yetkili birer kural haline gelmesi için üstün bir temel ilke veya otorite tarafından yetkilendirilmesine

---

[644] J. Finnis, *a.g.e.*, s.242.
[645] J. Finnis, *a.g.e.*, s.243.
[646] J. Finnis, *a.g.e.*, s.243.
[647] J. Finnis, *a.g.e.*, s.244.
[648] J. Finnis, *a.g.e.*, s.238.

gerek yoktur. Bu kuralların yetkisi ve geçerliliği, ortak iyinin gerçekleşmesi için koordinasyon problemlerinin çözümüne olanak sağlamasından ve bu yetkinin devletler tarafından tanınmasından kaynaklanır. Bir başka ifadeyle, örf-adet kuralları, koordinasyon probleminin çözümü için ortak iyinin gereğidir. Bu kuralların tanınması ise ortak iyiye ulaşmanın bir gerekliliğidir. Dolayısıyla örf-adet kurallarının otoritesi, bir başka otorite varsayılmadan doğrudan ortak iyinin kendisine dayanır.

Böylece Finnis, yaptığı analiz aracılığıyla hukuka atfettiği ilk biçimsel özelliğin, paradoksal bir düşünce olmadığını göstermeye çalışır. Ona göre, hukukun, kararlar ile kurumlar arasındaki ilişkiyle oluşan ve gelişen bir sistem olması, bir kaynağının ya da dayanak noktasının olmadığı şeklinde anlaşılmamalıdır. Fakat bu kaynağın, yetki verme gücüne sahip üstün bir otorite olarak varsayılmasına gerek yoktur. Kuralların kaynağı, böyle bir otoriteden ziyade insanların amaçlarına ulaşması için gerekli olan ortak iyiyi sağlama gerekliliğidir. Hukuk sistemi, bu gerekliliği sağlamak için insanların eylemlerini koordine eder ve bunun sonucunda meşruluk kazanır. Finnis'in hukukun kaynağına yönelik bu açıklamasından hareketle, teorisini, hem klasik doğal hukukun doğaüstü otorite anlayışına hem de hukuki pozitivizmin yasa koyucu egemen veya kurum düşüncesine başvurmadan, rasyonel ve ahlaki bir zeminde temellendirmeye çalıştığını söylemek mümkündür.

Hukukun kaynağına ilişkin görüşlerini inceleyeceğimiz son düşünür olan Alexy, hatırlanacağı üzere, hukukun ikili bir doğaya sahip olduğunu öne sürer. Alexy'e göre, hukuk, hukuki yetkililer tarafından çıkarılan ve sosyal etkililiği ile varlık kazanan olgusal boyuttan ve ahlaki doğruluk iddiası taşıyan ideal boyuttan oluşur. Bu bağlamda, Alexy'nin teorisinde hukukun kaynağı hem sosyal olgulara hem de ahlaki doğruluk değerine dayanır.[649] Ancak, bu iki unsur arasında doğruluk kavramı, Alexy'nin teorisinde merkezi bir öneme sahiptir. Nitekim, Alexy'e göre, bireysel hukuk kurallarından hukuk sisteminin bütününe kadar hukukun her unsuru doğruluk iddiasında bulunur ve bu iddia doğrultusunda işlev görür. Doğruluk iddiasının yerine getirilmesi için doğru dağıtım ve doğru denge ilkelerinin sağlanması gerekir. Bu ilkeler ve bu ilkelerden kaynaklanan sorunlar ise adalete aittir.[650] Dolayısıyla, Gardner'in de belirttiği gibi, Alexy'nin teorisinde adalet, hukuka ait "özel bir ahlaki doğruluk türü" olarak kabul edilir. Her hukuk

---

[649] Matthias Klatt, "Robert Alexy's Philosophy of Law as System", *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy* içinde, (ed. Matthias Klatt), New York, 2012, s.12.
[650] R. Alexy, "The Ideal Dimension of Law", s.317. R. Alexy, "The Dual Nature of Law", s.171.

sistemi doğruluk iddiası üzerine inşa edilir ve doğruluk iddiası, nihayetinde, bir adalet iddiasına indirgenir.[651] Ancak, Alexy'e göre her hukuk sistemi doğruluk ve adalet iddiasıyla inşa edilse de, her birinin bu iddiayı tam anlamıyla yerine getirmesi her zaman mümkün olmayabilir. Fakat bu durum, doğruluğun ve adaletin bir hukuk sisteminin varlığı için zorunlu olmadığı anlamına gelmez. Nasıl ki bilimde hakikat iddiasının öne sürülmesi kaçınılmazsa, hukukta da doğruluk ve adalet iddiasının öne sürülmesi zorunludur.[652] Çünkü, hukukun doğruluk ve adalet iddiası, herhangi bir dış unsura bağlı olmaksızın, zorunlu olarak kendi doğasında saklıdır.

Daha önce belirtildiği üzere, Alexy'i bu zorunluluğu "performatif çelişki yöntemi" ile ispatlamaya çalışır. Bu yöntemi hatırlamak amacıyla kısaca şu şekilde ifade edebiliriz: Alexy, performatif çelişki yöntemi için "X, bağımsız, federal ve adaletsiz bir cumhuriyettir" ifadesini örnek olarak sunar. Alexy'e göre, böyle bir ifade oldukça saçma ve hatalıdır. Zira, bir anayasa yapım süreci örtük olarak adil bir düzen oluşturma amacını taşır ve anayasanın öngördüğü sistemin adil olduğu varsayılır. Burada, anayasa ile adalet arasında kavramsal bir zorunluluk vardır. Buna karşın, "X'in adaletsiz bir cumhuriyet" olarak tanımlanması, açıkça anayasanın adil olma zorunluluğuyla çelişir. Çünkü, adaletsiz bir cumhuriyet kurduklarını düşünenler, aynı zamanda bu cumhuriyetin adil olduğunu iddia etmektedirler. Alexy, ortaya çıkan bu çelişkinin yalnızca adil olma ve adil olmama ile sınırlı olmadığını, aynı zamanda doğru olan ve doğru olmayan arasındaki ayrımla da ilişkili olduğunu belirtir.[653]

Murphy, Alexy'nin doğruluk iddiasını adalet iddiasıyla özdeşleştirmesini eleştirir. Ona göre, hukuk sistemleri doğruluk iddiasında bulunabilir, ancak bu iddia doğrudan adalet kavramına dayanmaz. Bir hukuk sisteminde adaletin önemli bir doğruluk değeri olduğu kabul edilmekle birlikte, onun mutlak bir değer olmadığı ileri sürülebilir. Murphy, verdiği örnekte, bazı olumsuz yaşam koşullarında hayırseverliğin adaletten daha önemli bir doğruluk değeri olarak kabul edilebileceğini belirtir. Bu tür koşullarda, yetkililer adaletten sapmayı, insanların yaşam koşullarını daha iyi hale getirebilmek için gerekli görebilir. Bu durumda, Murphy'e göre, "X, bağımsız, federal, hayırsever, ancak açıkça adaletsiz bir cumhuriyettir" ifadesi çelişkili olmayacaktır. Zira, akıl sayesinde hayırseverlik ve adalet arasındaki ilişki anlaşılır olacaktır. Dolayısıyla, bir hukuk

---

[651] J. Gardner, "a.g.m.", s.39.
[652] R. Alexy, "The Ideal Dimension of Law", s.317.
[653] R. Alexy, *The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism,* s.36-38. R. Alexy, "The Ideal Dimension of Law", s.315.

sisteminin adaletsiz olması, onun doğru olmadığı anlamına gelmez. Murphy'e göre, Alexy'nin doğruluk iddiasını adalet kavramına indirgemesi, hukukun aklın buyruğu olduğu gerçeğinin göz ardı edilmesine yol açar.[654]

Alexy, Murphy'nin eleştirisine verdiği yanıtta, adalet kavramının yalnızca eşit muamele ilkesiyle sınırlandırıldığı dar bir anlamda ele alınması durumunda, "X, bağımsız, federal, hayırsever, ancak açıkça adaletsiz bir cumhuriyettir" ifadesinin çelişkili olmayacağını belirtir. Ancak Alexy, bu anlamda bir adalet anlayışının kendisinin savunduğu adalet fikri ile aynı olmadığını öne sürer. Alexy'e göre, Murphy'nin adaleti dar bir çerçevede yorumlaması, adalet kavramının kendisini değil, yalnızca belirli bir adalet anlayışını yansıtmaktadır. Adalet kavramı, sadece eşitlik veya basit bir dağıtım ilkesiyle sınırlı kalmayıp, aynı zamanda dengeleme ilkesini de içerir. Bu geniş anlamıyla adalet, hayırseverlik gibi ilkeleri de kapsayan daha kapsamlı bir kavramsal çerçeveye sahiptir.[655] Bu bağlamda, ahlaki bir kavram olarak adalet, adil olanın belirlenmesi gereken çatışma durumlarında tüm ahlaki değerlere atıfta bulunur ve bu değerlerin doğru şekilde dengelenmesini sağlar.[656] Dolayısıyla, zımnen adalet ve doğruluk iddiasında bulunan bir hukuk sisteminin adaletsiz bir şekilde var olabileceğini öne sürmek, söz konusu hukuk sisteminin hukuki bir sistem olmaktan çıkıp başka bir yapıya dönüşmesi anlamına gelir.[657] Bununla birlikte, Alexy'e göre, doğruluk iddiası aynı zamanda temellendirilebilirlik iddiasını da içerir. Doğruluğun temellendirilebilir olması, hukukun doğruluk iddiasının rasyonel ve ahlaki gerekçelerle savunabilir olduğunu ifade eder.[658] Böylece, Alexy, Murphy'nin hukukun aklın buyruğu olmadığını belirten eleştirisine karşı, hukukun doğruluk iddiasının akıl yürütme yoluyla temellendirilen bir süreç olduğunu savunarak yanıt verir.[659]

---

[654] Mark C. Murphy, "Defect and Deviance in Natural Law Jurisprudence", *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy* içinde, (ed. Matthias Klatt), New York, 2012, s.55-56.
[655] R. Alexy, "Comments and Responses", s.322-323.
[656] R. Alexy, "a.g.m.", s.320.
[657] R. Alexy, "The Ideal Dimension of Law", s.315.
[658] R. Alexy, "Law and Correctness", s.208.
[659] Alexy, hukukun doğruluk iddiasının akıl yürütme yoluyla temellendirme sürecini rasyonel pratik söylem teorisi ile açıklar. Söylem teorisinde, akıl yürütme koşullarını yirmi sekiz söylem kuralı kapsamında analiz eder. Bunlar arasında, çelişkiden kaçınma, dilin açıklığı, empirik öncüllerin güvenilirliği gibi kurallar yer alır. Ancak, söz konusu teorinin ayrıntıları çalışmamızın kapsamına girmediğinden, bu bölümde söylem teorisine yer verilmeyecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Robert Alexy, "A Discourse-Theoretical Conception of Practical Reason", *Ratio Juris*, 5/3, 1992, ss.231-251. Robert Alexy, *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, (çev. Neil MacCormick & Ruth Adler), Oxford, Oxford University Press, 2009.

Alexy'e göre, bu süreç sonucunda belirlenen doğruluk kriterleri hukukun ideal boyutunu şekillendirir. Alexy, hukukun bu boyutunu, tamamen ideallere dayanan bir sistem olarak tanımlar. Ancak, bu sistem bazı açılardan yetersizdir ve hukukun olgusal boyutunu zorunlu kılar. Yetersizliğin ilk nedeni, pratik sorunlar karşısında insanlara arasında uzlaşmanın sağlanamamasından kaynaklanır. Bu durum, anlaşmazlıkların giderilmesi için yetki sahibi bir otoritenin sosyal bir olgu olarak varlığını gerektirir. Fakat, otoritenin tek başına varlığı insanların onun kurallarına uyması için yeterli değildir. Bu, yetersizliğin ikinci nedenini oluşturur. Kurallara gerekli uyumun sağlanması, otoritenin yetkilerine cebri uygulamaların dahil edilmesiyle çözülür. Bununla birlikte, insanlar toplumsal yaşamda kendi imkânlarıyla ihtiyaçlarını karşılama ve amaçlarına ulaşma konusunda yetersizdir. Bu nedenle, örgütlenmeye gereksinim duyarlar. Örgütlenme ise ancak pozitif hukukun varlığıyla mümkündür. Böylece Alexy'e göre, ideal boyutun bu üç yetersizliği, hukukun olgusal boyutunu zorunlu kılar. Bu zorunluluk, pozitif hukuktan değil, kaosun yol açacağı zararlardan kaçınmanın ve toplumsal düzenin getireceği avantajlardan yararlanmanın ahlaki ve rasyonel gerekliliğinden kaynaklanır.[660] Tüm bu bahsedilenlerden hareketle, Alexy açısından hukukun kaynağının ahlaki ve rasyonel akıl yürütme ile doğruluk ve adalet iddiası olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

4.2.3. İki Ekolün Değerlendirilmesi

Sonuç olarak, çağdaş hukuk felsefesinde hukuki pozitivizm ve doğal hukuk ekollerinin hukukun kaynağı sorununa dair görüşleri incelendiğinde, dönemin düşünürlerinin hukukun kaynağı sorununu ya oldukça sınırlı bir çerçevede ele aldığı ya da bu soruna ilişkin değerlendirmelerin örtük bir biçimde yapıldığı görülmektedir. Nitekim, hukuki pozitivist ve doğal hukukçu düşünürler, teorilerinde hukukun kaynağı sorununu ayrı bir başlık altında ele almamış, kaynak sorununa daha çok hukukun geçerliliğini temellendirmek amacıyla yer vermişlerdir. Ancak bu durum, ilgili düşünürler için hukukun kaynağı sorununun önemsiz olduğu anlamına gelmemektedir. Zira, hukukun kaynağı meselesi, yalnızca hukukun kökenini açıklamamakta, aynı zamanda hukuki pozitivist ve doğal hukukçu düşünürlerin teorilerini inşa ettikleri temel yapı taşını da ortaya koymaktadır. Bu nedenle, düşünürlerin hukuk kaynağına ilişkin görüşleri, genel hukuk teorilerine dayanarak analiz edilmiştir. Bu analiz sonucunda, hukuki pozitivizm ve doğal hukuk arasındaki tartışmada, iki ekol arasındaki temel

---

[660] R. Alexy, "The Ideal Dimension of Law", s.322-323.

ihtilafın hukukun kaynağı sorununda belirgin bir şekilde ortaya çıktığı kanısına varılmıştır.

Hukukun kaynağı sorunu karşısında hukuki pozitivizm ekolünün genel ayırt edici özelliği, hukuku sosyal olgu temelinde açıklamaya çalışmasıdır. Bu ekole göre, hukukun ve hukuk kurallarının varlığı, belirli sosyal kaynaklara ve kurumsal eylemlere dayanmaktadır.[661] Bu kaynaklarla ve eylemlerle ilişkilendirilen herhangi bir değer nitelikli unsur, hukukun asıl kaynağı olarak kabul edilmemektedir. Çünkü bu unsurlar, netlikten uzak ve kaynağı bakımından belirsizdir. Açık ve nesnel olmayan bir unsurun hukukun kaynağı olarak kanıtlanması mümkün değildir. Hukukun varlığı, yalnızca sosyal kaynaklar temelinde açıklanabilir, analiz edilebilir ve gerekçelendirilebilir. Bu kaynaklar, hukuki otorite, anayasa, kanunlar ve kararnameler gibi bir pozitif hukuk sistemini inşa eden ve hukukun yeni kaynaklarını belirleyen dayanaklardır.[662] Bu dayanakların kaynağı ise ahlaki gerekliliklere değil, insanların kabullerine, uzlaşılarına veya sosyal pratiklerine bağlıdır.

Bu noktada şu soru ortaya çıkmaktadır: Kabuller, uzlaşılar veya sosyal pratikler tamamen ahlaktan bağımsız olabilir mi? Hukuki pozitivizm ekolü, bu soruya "hayır" yanıtını vermektedir. Campbell'in de belirttiği gibi, hukuki pozitivist düşünürlerin büyük bir kısmı, insanlar arasındaki ortak kabullerin ve toplumsal eylemlerin ahlakla ilişkili olduğunu; ahlaki uzlaşının ve toplumsal ahlakın ise hukuk üzerinde belirli bir etkiye sahip olduğunu kabul etmektedir.[663] Ancak, bu düşünürlere göre, ahlakın hukuk üzerindeki etkisi zorunlu değildir. Hukuk ile ahlak arasında, kullanılan terminoloji ve ele alınan konular bakımından gerek önemli gerekse önemsiz birçok benzerlik bulunmaktadır. Fakat, bu benzerlikler hukukun kaynağının doğrudan ahlak olduğu sonucunu doğurmamaktadır.[664] İncelemiş olduğumuz hukuki pozitivist düşünürlerin her biri için hukuk ve ahlak, hem ontolojik olarak hem de kavramsal olarak farklı varlık kategorilerine aittir. Bu düşünürler arasında Hart, ahlaki ilkelerin tanıma kuralında yer alabileceğini savunarak daha ılımlı bir yaklaşım benimsemiş olsa da bu, Hart'ın teorisinde hukukun varlık koşulunun ahlak olduğu anlamına gelmemektedir. Zira, ahlaki ilkelerin tanıma

---

[661] J. L. Coleman, "Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis", s.395.
[662] Neil MacCormick, "Natural Law and the Separation of Law and Morals", *Natural Law Theory: Contemporary Essays* içinde, (ed. Robert P. George), Oxford, 1994, s.106-107.
[663] Tom D. Campbell, *The Legal Theory of Ethical Positivism*, Abingdon, 2016, s.70.
[664] M. H. Kramer, "a.g.m.", s.335.

kuralında yer alması hukukun kaynağıyla değil, hukukun içeriğiyle ilgili tesadüfi bir mesele olarak görülmektedir.

Bu bağlamda, hukukun kaynağı sorunu karşısında hukuki pozitivizm ve doğal hukuk arasındaki temel ayrım, hukukun kaynağının ahlaki ilkelere bağlı olup olmadığı meselesine dayanmaktadır. Çağdaş hukuk felsefesinde doğal hukuk ekolü, sosyal olguların hukukun kaynağı olmak için yeterli olmadığını, aynı zamanda hukukun varlığının ahlaki ve rasyonel gerekliliklere bağlı olduğunu savunarak hukuki pozitivizme karşı çıkmaktadır. Burada dikkat edilmesi gereken husus, çağdaş hukuk felsefesinde doğal hukuk ekolünün, hukukun olgusal kaynaklarını reddetmediğidir. Fuller'in de vurguladığı üzere, ne ahlak ilkeleri ne de egemen, tek başına hukukun kaynağı olmak için yeterli değildir. Ahlak ilkelerinin belirlenmesi, kural haline gelmesi ve uygulanması için bir egemenin varlığı zorunludur. Benzer şekilde, egemenin otoritesinin geçerli ve bağlayıcı kabul edilebilmesi için ahlaki ve rasyonel açıdan meşru olması gerekir.[665] Dolayısıyla, doğal hukuk ekolü, hem sosyal kaynakların varlığını kabul etmekte, hem de bu kaynakların dayandığı temel gerekçeyle ilgilenmektedir.

Doğal hukuk ekolü açısından belirtilmesi gereken bir diğer önemli nokta, hukukun kaynağı olarak gösterilen ahlaki ve rasyonel gerekliliklerle kastedilenin ne olduğudur. Yukarıda da belirtildiği üzere, hukuki pozitivizmin temel eleştirisi, değer nitelikli ilkelerin kaynağı bakımından açık ve nesnel olmamasıdır. Ancak, muhtemeldir ki, çağdaş doğal hukuk düşüncesinde bu ilkelerin, daha önceki dönemlerde olduğu gibi ilahi düzenden veya doğadaki işleyişten kaynaklandığı öne sürülmemektedir. Bu dönemde ahlak, insan yaşamı için iyi olanı ve toplumsal düzen açısından uygun olanı belirlemeye yönelik pratik akıl yürütmenin bir gerçekliği olarak kabul edilmektedir.[666] Nitekim, Finnis ve Alexy, teorilerinde pratik akıl yürütmenin işleyişini ve mantıksal olarak geçerliliğini temellendirmeye çalışmıştır. Buna bağlı olarak, hukukun kaynağı olarak ahlaki ve rasyonel gereklilikler, sistematik bir düşünce süreciyle açıklanmakta ve hukukun kaynağının yalnızca olgusal temellere indirgenemeyeceği savunulmaktadır.

Hukuki pozitivizm ve doğal hukuk ekollerinin hukukun kaynağına ilişkin görüşleri birlikte değerlendirildiğinde, doğal hukukun, hukukun özüne dair yaklaşımında olduğu gibi, hukukun kaynağı meselesinde de hukuki pozitivizmle belirli noktalarda

---

[665] L. L. Fuller, "a.g.m.", s.387-388.
[666] Joseph Boyle, "Natural Law and the Ethics of Traditions", *Natural Law Theory: Contemporary Essays* içinde, (ed. Robert P. George), Oxford, 1994, s.7.

uzlaşmacı bir tutum sergilediğini söylemek mümkündür. Buna karşılık, hukuki pozitivizmin, hukukun ahlakla olan ilişkisini bütünüyle reddetmemekle birlikte, hukukun kaynağını sosyal olgularla temellendirdiği ve bu görüşü sürdürmekte ısrarcı olduğu ileri sürülebilir.

4.3. Hukukun Geçerliliği Sorunu

Hukukun geçerliliğini belirleyen ölçütün ne olduğu hususu da hukuki pozitivizm ve doğal hukuk arasındaki tartışmanın merkezinde yer alan temel meselelerden biridir. Bu sorun, hukuka itaat etme yükümlülüğü olgusuyla ve hukuktaki yaptırımlar konusuyla doğrudan ilişkilidir. Zira hukukun insan davranışları üzerinde normatif ve bağlayıcı bir etkiye sahip olduğu, bu etkinin yaptırımlarla desteklendiği ve bireylerin de bu bağlayıcılığı fiili bir gerçeklik olarak kabul ederek uyum sağladığı öne sürülmektedir. Bu bağlamda, bir toplumda hukuka itaat edilmemesi ve itaatsizlik karşısında yaptırımların uygulanmaması durumunda, o hukukun geçerli olduğundan söz etmek mümkün değildir.[667] Ancak bu noktada, şu soruları cevaplama zorunluluğu doğar: Herhangi bir hukuksal düzenlemenin veya hukuk sisteminin geçerli veya bağlayıcı oluşunu belirleyen nedir? Bir hukuk kuralının geçerli sayılabilmesi için yetkili bir otorite tarafından oluşturulması ya da hukuk sisteminin işleyişine uygun olması yeterli midir? Hukukun geçerliliği yalnızca yaptırımların etkin bir şekilde uygulanmasıyla sağlanabilir mi? Yoksa bir hukuk kuralının geçerli sayılabilmesi için onun ahlaki değerlere de uygun olması mı gerekir? Eğer hukukun geçerliliği, ahlaki değerlere uygunluğundan bağımsız olarak yalnızca kuralların usulüne uygun şekilde oluşturulmasına dayanıyorsa, bu durumda usulüne uygun çıkarılmış adaletsiz bir kuralın geçerli olduğunu ileri sürmek mümkün müdür? Bu sorular, hukuki pozitivizm ile doğal hukuk ekolleri arasındaki hukukun geçerliliğine ilişkin tartışmanın odak noktasını oluşturmaktadır.

İki ekol arasındaki tartışmaya dair Alexy'nin yaptığı sınıflama, bu tartışmanın kavramsal çerçevesini anlamak açısından oldukça önemlidir. Hatırlanacağı üzere, Alexy hukuk kavramının, usulüne uygun çıkarılma, toplumsal etkililik ve içeriksel doğruluk olmak üzere üç unsurdan oluştuğunu belirtmektedir. Bu unsurlar, aynı zamanda hukukun geçerliliğini belirleyen ölçütler olarak görülmektedir; sırasıyla da hukuki geçerlilik,

---

[667] Yahya Berkol Gülgeç, "Interrelationship Between Validity, Efficacy and Coerciveness", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 66/4, 2017, s.691.

sosyolojik geçerlilik ve ahlaki geçerlilik olarak ifade edilmektedir.[668] Alexy'e göre, hukuki geçerlilik tek başına hukukun geçerli olması için yeterli değildir; aynı zamanda zorunlu olarak toplumsal etkililiğe, yani sosyal geçerliliğe de sahip olması gerekir. Çünkü bir hukuk sistemi, usulüne uygun biçimde oluşturulmuş olsa da, toplum tarafından benimsenmiyor ve kurallara uyulmadığında yetkililer tarafından yaptırım uygulanmıyorsa, geçerli değildir. Alexy'e göre, hukukun usulüne uygun olarak oluşturulması ve toplumda etkili olması, hem pozitivist yaklaşımlar hem de pozitivist olmayan yaklaşımlar tarafından hukuki geçerliliğin bir koşulu olarak savunulmaktadır. Bu iki yaklaşımı birbirinden ayıran husus, pozitivist olmayan yaklaşımların, hukukun geçerli olması için ahlaki doğruluğu da zorunlu bir ölçüt olarak ileri sürmesidir.[669]

Alexy'e göre, pozitivist olan ve pozitivist olmayan yaklaşımlar, hukukun dayandığı geçerlilik türlerine verdikleri önceliğe bağlı olarak, farklı hukuk kuramları geliştirmektedir. Örneğin, pozitivist yaklaşımlar genel olarak hukukun geçerliliğinin hukuki ve sosyal geçerliliğe bağlı olduğunu savunsa da, bazı pozitivist yaklaşımlar hukuki geçerliliğe, bazıları ise sosyolojik geçerliliğe öncelik vererek kendi içerisinde farklı kuramsal yönelimler oluşturmaktadır. Alexy'e göre sosyolojik geçerliliği öncelikli olarak ele alan pozitivist yaklaşımlar realist hukuk kuramları iken, hukuki geçerliliğe öncelik veren pozitivist yaklaşımlar ise analitik hukuki pozitivist kuramlardır.[670] Benzer şekilde, pozitivist olmayan yaklaşımlar da hukukun geçerliliğini belirlerken ahlaki geçerliliğe verdikleri önceliğe bağlı olarak çeşitli alt kuramlara sahiptir. Buna göre, hukuktaki her ahlaki kusurun hukuku geçersiz kıldığını savunan pozitivist olmayan yaklaşım "dışlayıcı (*exclusive*) non-pozitivizm" olarak adlandırılırken, ahlaki kusurların yalnızca belirli durumlarda hukuki geçersizliğe yol açabileceğini öne süren yaklaşım ise "kapsayıcı (*inclusive*) non-pozitivizm" olarak tanımlanmaktadır.[671]

Her ne kadar Alexy, hukukun geçerliliğini üç farklı boyutta sınıflandırarak açıklamış olsa da, bu ayrımın kesin ve evrensel bir sınıflama olduğu söylenemez. Bununla birlikte, söz konusu sınıflama, hukuki geçerlilik meselesinin çok boyutluluğunu ortaya

---

[668] R. Alexy, *The Argument from Injustice A Reply to Legal Positivism*, s.85.
[669] R. Alexy, *a.g.e.*, s.87.
[670] R. Alexy, *a.g.e.*, s.13-19.
[671] M. Klatt, "Robert Alexy's Philosophy of Law as System", s.11. Ayrıca, Alexy, üçüncü bir yaklaşım olarak "süper-kapsayıcı (super-inclusive) non-pozitivizm" den de bahsetmektedir. Alexy'nin Kant'a atfettiği bu yaklaşıma göre, pozitif hukukun geçerliliği akılcı ve evrensel ilkeler üzerine dayanmakla birlikte, ahlaki kusurların hukuki geçerlilik üzerinden doğrudan bir etkisi yoktur. Alexy'e göre Kant, hukukun yetkili bir otorite tarafından çıkarılması ve toplumsal olarak etkili olması durumunda geçerli olduğunu belirterek, hukukun ideal boyutundan ziyade olgusal boyutuna daha çok odaklanmıştır. Bkz. M. Klatt, "a.g.e.", s.11-12.

koyması bakımından tartışmaya elverişli bir zemin sunar. Bu bölümde, hukukun geçerliliğine ilişkin mesele, hukuki pozitivizm ve doğal hukuk teorisi arasındaki tartışma kapsamında, bu iki yaklaşımın temel argümanları ve temsilci düşünürlerin görüşleri ışığında ele alınacaktır. Ancak önceki bölümde de belirtildiği üzere, hem hukuki pozitivist hem de doğal hukukçu düşünürler, teorilerinde hukukun kaynağı sorununu esasen hukukun geçerliliğini temellendirmek amacıyla tartışmışlardır. Bu doğrultuda, hukukun kaynağı olarak belirtilen unsurlar, aynı zamanda hukukun geçerliliğini belirleyen ölçütler olarak kabul edilmektedir. Bu bağlamda, ilgili unsurlar bu bölümde tekrar ele alınmayacak; bunun yerine, hukuki pozitivizm ile doğal hukuk arasındaki hukuki geçerlilik tartışması, hukuk, toplumsal etkililik ve ahlaki doğruluk arasındaki ilişki temelinde değerlendirilecektir.

4.3.1. Hukuki Pozitivizm: Sisteme Uygunluk ve Toplumsal Etkililik

Alexy'nin belirttiği gibi, hukuki pozitivist düşünürler, hukukun geçerliliğinden söz edebilmek için belirli bir pozitif hukuk sisteminin varlığını ve bu sistemin toplumda etkili olmasını zorunlu bir koşul olarak görmektedirler. Bu düşünürler, pozitif hukuk sisteminin gerekliliği konusunda ortak bir görüşe sahip olmakla birlikte, hukukun toplumda nasıl etkililik kazandığı hususunu farklı şekillerde yorumlamışlardır. Nitekim, Austin ile Kelsen, hukukun toplumdaki etkililiğini yaptırımlarla açıklarken, Hart ile Raz hukukun toplumdaki etkililiğini insanların hukuku içselleştirmesi ve eylem sebebi olarak kabul etmesiyle temellendirmektedir.

Hukuki pozitivistlerin genel olarak mutabık olduğu bir diğer nokta, ahlakın, hukukun içeriğini ve geçerliliğini zorunlu bir ölçüt olarak belirlemediğidir. Ancak, bu ortak noktaya ilişkin olarak da düşünürler arasında görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Hatırlanacağı üzere Hart, diğer hukuki pozitivistlerden farklı olarak, hukukun doğası gereği ahlakla zorunlu bir bağı bulunmadığını, ancak tarihsel ve toplumsal koşullara bağlı olarak hukuk ile ahlak arasında rastlantısal bir bağlantı kurulabileceğini ileri sürmüştür. Bu doğrultuda, Hart'a göre, bazı hukuk sistemlerinde hukukun geçerliliğinin ahlaki kriterlere dayanması mümkündür.[672] Bununla birlikte, Raz, hukukun yalnızca sosyal kaynaklara dayandığını ve ahlaki gerekçelerin hukuku hiçbir şekilde belirleyemeyeceğini iddia ettiği gerekçesiyle dışlayıcı pozitivist olarak anılsa da, önceki bölümlerde de

[672] H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, s.269.

değinildiği gibi, onun bu yaklaşımı oldukça tartışmaya açık ve kavramsal açıdan anlaşılması güçtür.

Hukuki pozitivizm ile doğal hukuk arasındaki tartışmayı daha kapsamlı bir şekilde analiz edebilmek için bu iki ortak noktanın ayrıntılı olarak ele alınması uygun olacaktır.

Bu bağlamda, daha önce belirtildiği gibi Austin'e göre, bir hukuk kuralının — ya da onun ifadesiyle bir buyruğun — geçerli olabilmesi için onun, mutlaka hukuk yapma yetkisine sahip bir egemen tarafından konulmuş olması şarttır. Eğer kuralı koyan egemen belirsizse, kural tam anlamıyla bir hukuk kuralı olma niteliği taşıyamaz.[673] Bununla birlikte, Austin'e göre bir kuralının tam anlamıyla hukuk kuralı sayılabilmesi için gerekli olan bir diğer koşul, bir eylemin suç olduğunu belirten kuralın, aynı zamanda bu suçun işlenmesi halinde uygulanacak yaptırımı da içermesidir. Bir kural uygulanacak olan yaptırımı içermediği takdirde, eksik ve hukuken geçersiz kabul edilir.[674] Böylece, Austin'e göre, hukuk kurallarının geçerliliği ve toplumsal etkililiği, insanların bu kurallara uymamaları halinde karşılaşacaklarını öngördükleri yaptırımların oluşturduğu zorlayıcı etkiyle sağlanır. Çünkü yaptırım korkusu, insanlara egemenin buyruklarına uyulması yönünde bir ödev verir. Bu nedenle, buyruk, yaptırım ve ödev birbiriyle bağlantılıdır.[675] Bu kapsamda, Austin, Hobbes'a atıfta bulunarak egemenin yalnızca hukuku oluşturan değil, otoritesiyle hukukun sürekliliğini sağlayan kişi olduğunu vurgular[676]

Egemen, hukukun sürekliliğini sağlayan otorite olarak, hukuk kurallarının içeriğini de belirler. Austin'e göre, ahlak ilkelerinin pozitif hukuk içerisinde yer alması, ancak, egemenin bu ilkeleri yaptırımlarla donatarak hukuk sistemine dahil etmesiyle mümkündür. Ancak bu ilkelerin pozitif hukuka dahil edilmesi, onların tam anlamıyla bir hukuk kuralı niteliği kazandığı anlamına gelmez. Zira bu ilkeler kendiliğinden açık ve belirli yaptırımlara sahip olmadığından, doğası gereği eksik kalmakta ve hukuki anlamda geçerlilik kazanamamaktadır.[677] Buna ek olarak, bir pozitif hukuk kuralının, toplumun ahlaki standartlarına uygun olup olmaması, onun hukuki geçerliliğini doğrudan

---

[673] J. Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, s.36, 106-107, 110-111.
[674] J. Austin, *a.g.e.*, s.46, 131.
[675] J. Austin, *a.g.e.*, s.38-39.
[676] J. Austin, *a.g.e.*, s.217.
[677] J. Austin, *a.g.e.*, s.48-49, 125.

etkilemez. Egemen tarafından söz konusu kuralın geçersizliğine dair yasal bir düzenleme yapılmadığı sürece, ilgili kural yürürlükte kalmaya devam eder.[678]

Bu bahsedilenlerden hareketle, Austin'in hukukun geçerliliğine ve toplumsal etkililiğine dair yaptırım temelli açıklamasının, hukukun normatif yapısını, insanların kurallara uyum sağlamaya yönelik bilişsel süreçlerini ve hukukun sosyal gerçeklik içerisindeki işleyişini göz ardı ettiği söylenebilir. Kramer'in de belirttiği gibi, büyük ve modern toplumlarda insanlar, egemenin buyruklarından, yaptırımların niteliğinden veya bu yaptırımların uygulanma ihtimalinden haberdar olmayabilir ya da bunları yanlış yorumlayabilir. Dahası, yaptırımların şiddeti ne kadar ağır olursa olsun, eğer insanlar ahlaki veya dini inançları doğrultusunda kurallara uymamaya kararlıysa, hukukun geçerliliğinden ve etkililiğinden söz etmek mümkün olmayacaktır.[679] Dolayısıyla, hukukun geçerliliğini ve toplumsal etkililiğini yalnızca yaptırım temelli bir çerçevede açıklamak, hukukun insanlar ve toplum üzerindeki işlevini tam anlamıyla kavramakta yetersiz kalmaktadır.

Kelsen, Austin'den farklı olarak, hukukun geçerliliğinin toplumsal etkililiğiyle özdeş olmadığını vurgulamakta ve bu iki kavramın birbirinden bağımsız değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır.[680] Kelsen'e göre hukukun geçerliliği, uygulanması ve uyulması gerekeni, yani "olması gerekeni" belirtir. Buna karşılık, hukukun toplumsal etkililiği ise normların fiilen uygulanıp uygulanmadığını, insanların bu normlara uyup uymadığını, bir başka deyişle "olanı" gösterir.[681]

Daha önce belirtildiği gibi, Kelsen, "olan ile olması gereken" arasında bir ayrım yapar ve pozitif hukuku "olması gereken" kategorisine yerleştirir.[682] Kelsen'e göre hukuk, insanların eylemlerini ve toplumsal ilişkileri düzenleyen normatif bir sistemdir. Bu nedenle, hukuk salt olgusal bir düzenleme olmayıp, insanların nasıl davranması gerektiğini belirleyen normlardan oluşur. Nitekim Kelsen, "Hiç kimse, 'bir şey vardır' ifadesinden 'bir şey olması gerekir' ifadesinin veya bunun tersinin mantıksal olarak

---

[678] J. Austin, *a.g.e.*, s.126. H. L. A. Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals", 1958, s.599-600.
[679] Matthew H. Kramer, "John Austin on Punishment", *University of Cambridge Faculty of Law Legal Studies Research Paper*, 45, 2011, s.3-6.
[680] Graham Hughes, "Validity and the Basic Norm", *California Law Review*, 59/3, 1971, s.698.
[681] H. Kelsen, *Pure Theory of Law*, s.10-11.
[682] H. Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş*, s.25.

çıkarılabileceğini iddia edemez"[683] diyerek, hukukun normatif yapısının olgusal gerçeklikten bağımsız olduğunu öne sürmektedir.

İlk bakışta, hukukun "olması gereken" olarak ele alınması, onun ahlaki bir normatif sistemle ilişkilendirildiği izlenimini yaratabilir. Ancak Kelsen, hukuk ve ahlakın farklı türde normatif sistemler olduğunu ifade eder. Bu iki sistem arasındaki temel fark, hukukun toplumsal etkililiğini sağlamak için yaptırımlara dayanması, buna karşın ahlakın yalnızca toplumsal onay ya ve kınama yoluyla davranışları yönlendirmesidir.[684] Kelsen'e göre hukuk, temel niteliği bağlayıcılık olan cebri bir sistemdir. Bu bağlayıcılık, hukuk normlarının yaptırımlar aracılığıyla insanları hukuk sistemine uymaya yükümlü kılmasıyla sağlanmaktadır.[685] Hukuki norm, insanların belirli davranışlarda bulunmasını şart koşmakta olup, bu şartın ihlali hukuka aykırı bir eylem olarak tanımlanmaktadır. Eğer bu hukuka aykırı eylem, zorlayıcı bir yaptırımın uygulanmasını gerektiren bir koşul olarak düzenlenmişse, insanlar belirli bir şekilde davranmaya hukuken yükümlü kabul edilmektedir.[686] Burada belirtilmesi gereken önemli bir husus bulunmaktadır. Kelsen'e göre, hukukun cebri bir sistem olması, insanların sırf yaptırımların zorlayıcı sonuçlarından kaçınmak için hukuka uydukları anlamına gelmemektedir.[687] Hukuk düzeninde cezalandırıcı ve caydırıcı yaptırımların yanı sıra tazmin edici yaptırımlar da bulunmaktadır.[688] Bu doğrultuda, Austin'den farklı olarak Kelsen, hukuki yaptırımları yalnızca zorlayıcı bir unsur olarak değil, aynı zamanda hukuki ilişkileri düzenleyen ve ihlalleri telafi eden normlar olarak ele almaktadır. Bununla birlikte, Kelsen yaptırımları salt egemenin buyrukları olarak değil, normatif bir sistem içinde üst normlar tarafından düzenlenmiş hukuki bir mekanizma olarak kabul etmektedir. Dolayısıyla, Kelsen'in hukuku "olması gereken normlar" olarak tanımlaması, hukuk teorisinin normatif yapısını açıklamaya yönelik metodolojik bir yaklaşımı yansıtmaktadır.

Bu bağlamda, Kelsen'in normativist pozitivizm yaklaşımına göre hukukun geçerliliği, doğrudan egemenin otoritesine veya normların toplumda fiilen uygulanmasına değil, normlar arasındaki hiyerarşik ilişkiye dayanır. Kelsen'e göre, her norm, normatif hiyerarşik yapının bir halkasını oluşturur. Norm zinciri, kaynağını temel normdan alan anayasa ile başlar ve anayasanın belirlediği çerçeveye uygun olarak

---

[683] H. Kelsen, *Pure Theory of Law,* s.6.
[684] H. Kelsen, *a.g.e.,* s.62.
[685] H. Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş,* s.50.
[686] H. Kelsen, *a.g.e.,* s.51-52.
[687] Roger Stenson Clark, "Hans Kelsen's Pure Theory of Law", *Journal of Legal Education* , 22/2, 1969, s.179.
[688] H. Kelsen, *General Theory of Law and State,* s.50-51.

oluşturulan tüm normlar geçerli kabul edilir.[689] "Eğer bu anayasa geçerliyse, ona uygun bir şekilde çıkarılmış olan normlar da geçerlidir".[690] Ancak Kelsen, hukukun geçerliliğinin normların hiyerarşik düzenine bağlı olduğunu belirtmesine ve geçerlilik ile etkililik arasında olan-olması gereken ayrımı yapmasına rağmen, bu iki unsur arasında asgari düzeyde bir bağlantı bulunduğunu ifade etmektedir. Buna göre, geçerliliğini üst bir normdan alan bir hukuki norm, ancak insanların belirli bir ölçüde davranışlarını bu norma uygun şekilde düzenlemeleri halinde geçerli kabul edilebilir. Toplumda hiçbir karşılığı olmayan ve uygulanmayan bir norm, geçerli bir hukuki norm sayılamaz.[691]

Kanımızca, Kelsen'in bu yaklaşımı, normların geçerliliğinin normatif bir süreç içinde belirlendiği iddiasıyla çelişkili görünmektedir. Çünkü bir hukuki normun toplumsal etkililiğe sahip olmadığında geçerli olmadığı söylenebiliyorsa, hukukun geçerliliği temel norma ve diğer üst normlara dayanmaktan ziyade sosyolojik geçerliliğe bağımlı hale gelecektir. Ancak sosyolojik geçerlilik olgusal bir durumdur ve Kelsen'e göre olgusal olanın olması gerekenin geçerliliğini belirlemesi mümkün değildir. Üstelik, toplumsal etkililik, temel norm gibi normatif bir kaynağın öngördüğü zorunlu bir unsur da değildir.[692] Öte yandan, daha önce belirtildiği gibi, Kelsen'in temel normun hukukun kaynağı olarak "varsayılması" gerektiğini öne süren düşüncesi oldukça tartışmalıdır. Temel normun, sistemdeki tüm normların geçerliliğinin nihai dayanağı olduğu kabul edildiğinde şu soru ortaya çıkmaktadır: Salt "varsayımsal" bir varlığa sahip olan temel norm, hukukun geçerliliğini nasıl temellendirebilir? Bu noktada, Kelsen'in teorisinin hukukun geçerliliğini hangi unsurun belirlediği sorusuna kesin bir yanıt verip vermediği meselesi tartışmaya açıktır. Eğer hukukun geçerliliği yalnızca temel norma dayanıyorsa, temel normun geçerliliği neye dayanacaktır? Öte yandan, hukukun geçerliliği toplumsal etkililiğe bağlıysa, bu durumda Kelsen'in normatif teorisi, hukuku olgusal bir temele dayandırmakla Saf Hukuk Kuramı'nın temel ilkeleriyle çelişmektedir.

Hart'ın hukukun geçerliliğine ilişkin görüşleri incelendiğinde, onun bu konudaki yaklaşımının kendisinden önceki düşünürlerden birkaç temel noktada ayrıldığı görülmektedir. Öncelikle Hart, hukukun geçerliliğini yaptırımların zorlayıcı gücüyle temellendirmez; hukuku yalnızca emir ve tehdit ilişkisine indirgeme yaklaşımını

---

[689] Önceki bölümde ve çalışmanın Kelsen'in görüşlerine ayrılan kısmında normların hiyerarşik yapısı detaylı bir biçimde ele alınmıştır.
[690] H. Kelsen, *a.g.e.*, s.77.
[691] H. Kelsen, *Pure Theory of Law*, s.10-11.
[692] Y. B. Gülgeç, "a.g.m.", s.693.

reddeder. Ayrıca onun kuramında, geçerli hukuk kuralları, kendisi herhangi bir kurala uyma yükümlülüğü taşımayan üstün veya varsayımsal bir güç tarafından belirlenmez. Aynı şekilde, bir kuralın geçerliliği, hukuki yetki taşıyan bireylerin kişisel ve keyfi tercihlerine dayanmaz; aksine, bu geçerlilik, sistem içinde kabul gören tanıma kuralına göre belirlenir.

Hatırlanacağı üzere, Hart'a göre tanıma kuralı, hukuki yetkililerin sosyal pratikleri sonucunda ortaya çıkan ve bir hukuk sisteminde, sistemin geçerlilik ölçütlerini belirleyen temel bir kuraldır. Bu kural, hukuk düzeninin normatif yapısı içerisinde bir tür "sistemik geçerlilik testi" işlevi görmektedir.[693] Bu bağlamda, bir kuralın geçerli olduğunu söylemek, söz konusu kuralın tanıma kuralı tarafından öngörülen tüm ölçütleri karşıladığının kabul edilmesi anlamına gelmektedir. Hart'a göre hukuki geçerlilik, ancak bu ölçütlerin eksiksiz bir biçimde yerine getirilmesiyle mümkündür. Tanıma kuralının en dikkat çekici özelliklerinden biri, geçerliliği belirleyen ölçütlerin çoğu durumda açıkça ifade edilmemesidir. Bu ölçütler, yetkililerin uygulamada sürekli olarak başvurduğu, fiili kullanımlarıyla zımnen kabul ettikleri normatif ifadelerdir.[694] Bu durum, hukuki geçerliliğin yalnızca biçimsel bir nitelik taşımadığını, aynı zamanda kuramsal içselleştirme ve toplumsal kabul yoluyla tesis edilen bir yönü olduğunu da ortaya koymaktadır.

Bu doğrultuda, Hart, hukukun geçerliliğini şu iki koşula bağlar: "Bir yandan, hukuk sisteminin nihai geçerlilik ölçütlerine göre geçerli kabul edilen davranış kurallarına genel olarak uyulmalıdır. Öte yandan, hukuki geçerlilik ölçütlerini belirleyen tanıma kuralları ile değişim ve yargılama kuralları, yetkililer tarafından ortak kamu standartları olarak etkin bir şekilde kabul edilmelidir".[695] Hart, bu iki koşulu ayrıntılı biçimde ele aldığında, ilk koşul kapsamında bir hukuk sisteminin geçerliliğinin, ancak yurttaşların ilgili kuralları belirli bir motivasyon ve gönüllülük esasına dayalı olarak ortak davranış standartları şeklinde benimsemeleri ve bu kurallara uyma yükümlüğünü anayasal düzene duyulan saygı temelinde içselleştirmeleri halinde mümkün olacağını ifade eder. İkinci koşulda ise Hart, hukukun geçerliliği için yetkililerin de kurallara uyma yükümlülüğü altında olmalarının zorunlu olduğu belirtir. Ona göre, yetkililer bireysel statüleri gereği tabi oldukları kuralların yanı sıra, sistemin kurallarını resmi davranışlarını yönlendiren

---

[693] Scott J. Shapiro, "What is the Rule of Recognition (And Does it Exist)?" *Yale Law School Public Law & Legal Theory Research Paper Series*, 181, 2006, s.4.
[694] H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, s.103.
[695] H. L. A. Hart, *a.g.e.*, s.116.

ortak standartlar olarak benimsemeli ve bu çerçevede hem kendi uygulamalarını hem de diğer yetkililerin tutumlarını eleştirel bir yaklaşımla değerlendirme sorumluluğunu üstlenmelidir.[696]

Bu bağlamda, Hart'a göre "Z ülkesinin hukuk sistemine göre herkesin X'i yapma yükümlülüğü vardır" şeklindeki bir ifadenin normatif yönü, Z ülkesinde yaşayan bireylerin gerçekten X'i yapma yükümlüğüne sahip olup olmadıklarıyla ilgili değildir. Bu tür ifadelerin normatif niteliği, esasen Z hukuk düzeni uyarınca böyle bir yükümlülüğün bulunduğu görüşünün onaylanmasına dayanır. Başka bir deyişle, bu tür normatif ifadelerin anlamı, bu ifadeyi dile getiren bireylerin Z ülkesinin hukuk sistemine yönelik olarak içsel bakış açısını benimsediklerini ortaya koymalarıyla belirlenir.[697] Buradan hareketle, Hart'ın hukuki geçerliliği, yalnızca hukuk kurallarının fiilen uygulanıp uygulanmadığına ilişkin olgusal bir durum olarak değil, yetkililer ve yurttaşlar tarafından benimsenerek kabul edilen, içsel ve normatif bir tutum çerçevesinde açıklamaya çalıştığı söylenebilir.

Hart'ın bu yaklaşımının, hukukun normatifliğini — bir başka deyişle, "insanlar hukuka neden uymalıdır? sorusunu — açıklamakta ne ölçüde yeterli olduğu tartışmalıdır. Bu noktada Hart'ı eleştiren Dworkin, tanıma kuralının kabul edilmesinin ne anlama geldiğinin belirsiz olduğunu ve yalnızca korkudan bir kurala uyum gösteren birey ile tanıma kuralını içselleştirerek benimseyen birey arasında herhangi bir fark olup olmadığının yeterince açık olmadığını öne sürer. Dworkin bu eleştirisini şu örnekle somutlaştırır: "Nazi Almanya'sındaki pek çok görevli Hitler'in buyruklarına hukuk olarak, ama sadece korkudan itaat etti. Bu, onların Hitler'e hukuk yapma yetkisi veren bir tanıma kuralını kabul ettikleri anlamına mı geliyordu?"[698] Dworkin'e göre, eğer Hart bu soruya olumlu yanıt veriyorsa, onun teorisinin Austin'in korkuya dayalı itaat teorisinden temelde farklı olduğu ileri sürülemeyecektir. Ancak Hart bu soruya olumsuz yanıt veriyor, yani hukuki kabulün yalnızca itaatten ibaret olmadığını ve bireylerin kurallara sadece korku ve zorunluluktan değil, içsel olarak benimseyerek uymaları gerektiğini kabul ediyorsa, bu durumda Nazi Almanyası'nda hukuki bir sistemin varlığını ileri sürmek zorlaşmaktadır. Zira, Nazi Almanyası'nda birçok kişi kurallara yalnızca korkudan dolayı itaat etmiştir. Dworkin'e göre, bu durumda baskıcı veya ahlaken kötü olarak

---

[696] H. L. A. Hart, *a.g.e.*, s.116-117.
[697] Stephen Perry, "Hart on Social Rules and the Foundations of Law: Liberating the Internal Point of View", s.1173-1174.
[698] R. Dworkin, *Hukukun Hükümranlığı*, s.59.

değerlendirilen diğer hukuk sistemlerinde de hukukun geçerli olup olmadığı tartışmalı hale gelecektir.[699]

Hart, Dworkin'in bu eleştirisine verdiği yanıtta, hukukun geçerliliği ile ahlaki değeri arasında kavramsal bir ayrım olduğunu belirtir. Ona göre, ahlaki açıdan en ağır biçimde eleştirilebilecek Nazi yasaları, hukukun ortaya çıkış biçimi, yargılama süreçleri ve uygulama mekanizmaları gibi ayırt edici kuramsal özellikleri taşıdıkları sürece, hukuken geçerlidir. Dolayısıyla, bu tür yasaların yalnızca ahlaki içeriği nedeniyle hukuk dışı kabul edilmesini gerektiren bir zorunluluk yoktur. Bu yasalar, tanıma kuralının belirlediği ölçütlere uygun olarak yürürlüğe girdikleri, hukuki normlara özgü temel biçimsel ve kurumsal özellikleri taşıdıkları ölçüde, pozitif hukuk perspektifinde hukuk düzeninin bir parçası sayılırlar.[700] Bununla birlikte, Hart her ne kadar hukuki geçerliliği ahlaki içerikten bağımsız biçimde tanımlasa da, tanıma kuralının ahlaki ilkelere geçerlilik ölçütü olarak yer vermesi halinde, bir kuralın geçerliliğinin belirlenmesinde ahlaki kıstaslara başvurulabileceğini kabul etmektedir.[701] Daha önce de belirtildiği üzere, Hart'ın teorisinde tanıma kuralı, insanlar arasındaki sosyal uzlaşı sonucunda oluşan, toplumsal ve tarihsel nitelikte bir olgudur. Bu çerçevede, belirli bir dönemde ve belirli bir hukuk sisteminde tanıma kuralının "ahlaka uygunluk" gibi ölçütler içermesi rastlantısal olarak mümkündür. Bu bağlamda, Z hukuk sistemine ilişkin tanıma kuralının ahlaki ilkeleri geçerlilik ölçütü olarak belirlemesi durumunda, söz konusu sistemin ahlaki ölçütlere uygunluk göstermemesi halinde hukuki geçerliliğe sahip olmadığı ileri sürülebilir.

Ne var ki, Hart'ın bu yaklaşımı, teorisinin iç tutarlılığı açısından tartışmaya açıktır. Zira, geçerlilik ölçütleri arasında ahlaki ilkelere yer verilmesi, hukuk sistemini yalnızca sosyal olgulara dayalı bir yapı olmaktan çıkararak, değer temelli bir normatif düzen haline getirmektedir. Bu durum ise hukuki pozitivizmin hukukun normatifliğini ahlaktan bağımsız biçimde tanımlama yönündeki temel tezini zayıflatmaktadır. Ayrıca, Hart'ın tanıma kuralına içsel bir bakış açısıyla bağlılık gösterilmesini gerektiren "sebebe" ilişkin açık bir gerekçelendirme sunduğunu söylemek de güçtür. Yetkililerin tanıma kuralını kabul etmelerinin ya da yurttaşların kurallara uyma yükümlülüğünün arkasında ahlaki bir bağlılık mı, rasyonel bir kabulleniş mi, yoksa sadece korku, alışkanlık ya da

---

[699] R. Dworkin, *a.g.e.*, s.59-60.
[700] H. L. A. Hart, *a.g.e.*, s.270.
[701] H. L. A. Hart, *a.g.e.*, s.269.

çıkar temelli bir motivasyon mu bulunduğu hususu, Hart'ın kuramında yeterince açık değildir. Bu belirsizliğin, hukukun insanlar açısından neden bağlayıcı olduğu sorusuna tatmin edici bir yanıt sunmadığı ifade edilebilir. Hart'ın bu yaklaşımı, hukukun normatif yönünü açıklamak yerine, onu büyük ölçüde öznel bağlılıkla sınırlı fiili bir sosyal pratiğe indirgemektedir. Bu nedenle, Hart'ın teorisinin, hukukun insanlar nezdindeki meşruiyetini ve itaat yükümlülüğünü temellendirmede yeterli olduğu kolaylıkla savunulabilir görünmemektedir.

Hart'ın, hukukun geçerliliğini yetkililerin tanıma kuralını kabul etmeleri ve yurttaşların hukuk kurallarına içsel bir bakış açısıyla uymaları temelinde açıklamasının başlıca amacı, hukukun geçerliliğini salt yaptırımların varlığına indirgemekten kaçınmasıdır. Hart'a göre, bir hukuk sisteminin geçerli sayılabilmesi için sistemdeki her bir kuralın yaptırımlarla desteklenmesi zorunlu değildir.[702] Zira, Hart'ın düşüncesinde sosyal gerçeklik, insanların hukuka ilişkin tutumlarının yalnızca yaptırımların uygulanma ihtimalini değerlendirmekle sınırlı olmadığını göstermektedir. Bunun yerine insanlar, sosyal pratiklerinde hukuku ortaklaşa benimsedikleri; davranışlarını belirleyen ve yönlendiren normatif bir rehber olarak gördüklerini ortaya koyarlar.[703] Dolayısıyla, Hart'ın teorisinde hukukun geçerliliği ve bağlayıcılığı otoritenin uyguladığı yaptırımlardan değil, insanların içsel ve ortak kabulünden kaynaklanmaktadır. Bununla birlikte Hart, hukukun geçerliliğinde yaptırımların hiçbir rolü olmadığını iddia etmez. Aksine, bir normatif düzenin hukuk sistemi olarak nitelendirilebilmesi için en azından bazı kuralların ihlali halinde yaptırım öngörülmesin gerekli olduğu yönündeki görüşlerin makul ve savunabilir olduğunu ifade eder.[704] Bu bağlamda, Hart açısından hukukun geçerliliği karşısında yaptırımların ikincil bir öneme sahip olduğunu söylemek mümkündür.

Raz, Hart'ın hukuk teorisinde tartışmalı kalan "insanlar hukuka neden uymalıdır?" sorusunu, "sebepler kuramı" ve "hizmet temelli otorite anlayışı" çerçevesinde yanıtlamaya çalışmıştır. Ancak bu iki unsurun ayrıntılarına geçmeden önce, Raz'ın hukuki geçerliliğe ilişkin yaptığı temel ayrıma kısaca değinmek faydalı olacaktır. Raz, hukukun geçerliliğini doğrudan ve sistemik olmak üzere ikiye ayırır. Bir hukuk kuralının doğrudan geçerliliği, onun ne tür amaçlara hizmet ettiğine, hangi değerlere dayandığına

---

[702] H. L. A. Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals", s.621.
[703] H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, s.138.
[704] H. L. A. Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals", s.621.

ve nasıl sonuçlar ortaya çıkardığına bağlı olarak haklı gösterilip gösterilemeyeceğiyle ilgilidir. Öte yandan, bir hukuk kuralının sistemik geçerliliği ilgili kuralın hukuk sistemi tarafından belirlenmiş bir sosyal kaynağa dayanarak yürürlükte olmasına bağlıdır.[705] Raz, doğal hukuk ile hukuki pozitivizm arasındaki tartışmada, doğal hukuku savunan düşünürlerin hukukun doğrudan geçerliliğini esas aldıklarını, buna karşılık hukuki pozitivistlerin ise geleneksel olarak hukukun sistemik geçerliliğini kabul ettiklerini belirtir. Bu bağlamda, hukukun doğrudan geçerliliği "olması gereken hukuku", sistemik geçerliliği ise "etkin olan hukuku" ifade etmektedir. Daha önce belirtildiği üzere, hukukun geçerliliği ve toplumsal etkililiği arasındaki olan-olması gereken ayrımı Kelsen tarafından açıkça ortaya konmuştur. Raz da bu konuda Kelsen'in izinden giderek, hukukun geçerliliğini doğal hukukçu anlamda, yani normatif ve olması gereken bir nitelik olarak ele aldığını söylemiştir.[706]

Bu noktada şu hususu hatırlatmak yerinde olacaktır: Kelsen, hukuku "olması gereken" şeklinde nitelendirirken, hukukun geçerliliğini ahlaki ölçülerle temellendirmez. Bu ifadeyi, yalnızca hukukun normatif bir yapı arz eden normlar bütünü olduğunu vurgulamak amacıyla kullanır. Benzer şekilde Raz da hukukun geçerliliğini ahlaki ölçütlere dayandırmaz; zira ona göre, bir hukuk düzeninin geçerliliğini ve etkililiğini belirleyen ölçütler ile bir ahlaki düzenin geçerliliğini ve etkililiğini belirleyen ölçütler birbirinden faklıdır.[707] Bu doğrultuda Raz, hukukun geçerliliğini "olması gereken" anlamında kullanmasının nedenini şöyle açıklar: "Bir kuralın geçerli olması, onun iddia ettiği normatif sonuçları doğurduğu anlamına gelir".[708] Böylece Raz, hukuki geçerliliği yalnızca kuralların usulüne uygun çıkarılması ve yürürlükte olmasıyla sınırlamaz; aksine, geçerli bir hukuk kuralının, insanlar üzerinde normatif etki oluşturması gerektiğini savunur. Bu normatif etki, insanların belirli bir eylemi gerçekleştirmeleri yönünde birtakım sebepler teşkil eder. Bu çerçevede Raz, hukukun yönlendirici niteliğini göz önünde bulundurarak, hukuki geçerliliğini normatif zeminde, yani "olması gereken" ile ilişkili bir kavramsal düzeyde ele alır.

Raz'a göre hukukun temel niteliği, onun doğası gereği otorite olma vasfına sahip olmasıdır. Bu nitelik, insanlar açısından hukuka uyma yükümlülüğü için bir gerekçe oluşturur; zira hukukun otorite olma vasfı, aynı zamanda meşruluk iddiasını da içerir.

---

[705] Joseph Raz, "Legal Validity", *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, 63/3, s.345.
[706] J. Raz, "a.g.m.", s.343.
[707] J. Raz, "a.g.m.", s.344.
[708] J. Raz, "a.g.m.", s.343.

Hukuk, her zaman geniş bir siyasi topluluğa hitap etmese de, otorite olarak meşru kabul edilme iddiasından vazgeçmez.[709] Bu iddia ile hukuk, geçerliliğini temellendirecek bir meşruluk talebinde bulunur. Hukukun tam anlamıyla meşru olması, yalnızca siyasi veya hukuki değil, ahlaki olarak da onaylanmış olmasına bağlıdır.[710] Ancak bu durum, hukukun ahlakın bir parçası olduğu ya da tüm hukuk kurallarının ahlaki kurallarla örtüşmesi gerektiği anlamına gelmez. Aksine, hukuk kimi zaman ahlaki açıdan yanlış ya da temellendirilemez kurallar içerebilir.[711] Bu nedenle, Raz'ın yaklaşımında ahlak, hukukun içeriksel bir unsuru olmaktan ziyade, onun meşruluk iddiasını destekleyen harici bir gerekçelendirme kaynağı olarak konumlandırılır.

Raz'a göre hukukun bağlayıcılığı ve ahlakla ilişkisini kavrayabilmek için hukuka değil, onun öznesine odaklanmak gerekir. Zira herhangi bir kavramın veya kurumun doğasını açıklamaya çalışan insan, kaçınılmaz olarak kendi değer yargılarını, deneyimlerini, ahlaki doğrularını ve yanlışlarını bu açıklamaya yansıtır. Bu öznel arka plan, insanların hukuku algılama, anlama ve temellendirme biçimini de belirler. Toplumsal yaşamda sürekli karşılaşılan pratik bir kurum olarak hukuk, bu öznel etkilerden bağımsız düşünülemez.[712] Dolayısıyla insanlar, hukukun meşru bir otorite olup olmadığını, kendi ahlaki gerekçeleri doğrultusunda bireysel veya toplumsal düzeyde temellendirir.

Bu temellendirme çerçevesinde hukukun rolü, Raz'ın ifadesiyle "hizmet etmek"tir. Hukukun bu hizmeti iki şekilde yerine getirmesi beklenir. İlk olarak, hukuk kurallarının sunduğu gerekçeler, insanların ahlaki olarak iyi ve doğru kabul ettikleri, dolayısıyla yapmaları gerektiğini düşündükleri eylem sebepleriyle örtüşmelidir. İkinci olarak ise hukuk, insanların yapmaları gereken ancak bireysel olarak yerine getiremedikleri eylemleri destekleyecek gerekçeler sunmalıdır. Bu iki işlev sayesinde hukuk, insanların eylem sebepleri ile hukuki yükümlülükleri arasında uzlaştırıcı bir rol üstlenir. Raz'a göre hukuk, ancak bu hizmet işlevini yerine getirdiği ölçüde geçerlilik ve meşruluk kazanabilir; bu anlayış, onun "hizmet temelli otorite" kuramının temelini oluşturur.[713]

---

[709] J. Raz, "Authority, Law and Morality", s.215.
[710] J. Raz, *Otorite ile Yorum Arasında Hukukun Doğası*, s.154.
[711] J. Raz, *a.g.e.*, s.155.
[712] J. Raz, *a.g.e.*, s.153.
[713] Brian Leiter, "Hukuki Pozitivizmin Radikalliği", TAÜHFD, 2/2, 2020, s.315.

Raz'a göre hukukun hizmet etme niteliği; hukukun hangi koşullarda otorite sayılabileceğini, geçerliliğini nasıl sürdüreceğini ve bireylerin hukuka neden itaat etmesi gerektiğini izah eder.[714] Buna göre hukuk, insanların doğru sebeplere dayanarak eylemde bulunmalarına hizmet ettiği ölçüde meşru bir otorite haline gelir; bu durumda hukuka itaat etmek de rasyonel olarak gerekçelendirilebilir. Bu tür bir itaatin varlığı ise hukuk kurallarının geçerliliğini destekleyen temel unsurlardan biridir.

Raz, her hukuk sisteminin otorite olma iddiasını gerçekleştirmek ve meşru bir otorite olmak için kullandığı yöntemin farklı olduğunu belirtir. Kullanılan yöntemlerden en yaygın olanı ise yaptırım mekanizmasıdır. Ne var ki, Raz'ın hizmet temelli otorite anlayışına göre, bir hukuk sistemi yalnızca yaptırımlara dayalı olarak değil, insanlara sunduğu eylem sebepleri aracılığıyla da meşruiyet ve geçerlilik kazanabilir; dolayısıyla hukuk yaptırım olmaksızın da geçerli sayılabilir.[715] Bu tür hukuk sistemlerinin etkin olduğu toplumlarda yaşayan insanlar, hukuka yaptırımlar aracılığıyla itaat etmezler; aksine, hukukun kendiliğinden meşru bir otorite olduğu inancıyla kurallara uyum gösterirler.[716] Hukukun otoritesi, insanlara sunduğu bağımsız ve rasyonel eylem sebeplerine dayanır. Yaptırımlar ise bu sebeplere eklenen ikincil bir unsur olarak, yalnızca bazı durumlarda uyumu pekiştirici işlev görür.[717]

Raz'ın hukukun geçerliliğini hizmet temelli otorite tezinde dayandıran yaklaşımı, bazı eleştirilere açıktır. Raz, çağdaş hukuki pozitivizmin en etkili savunucularından biri olarak kabul edilse de, özellikle otoritenin hizmet etme rolüne ve yükümlülüğe dair görüşleri, onun pozitivist duruşuyla bir gerilim yaratmaktadır. Zira, Raz'ın bu görüşleri, pozitivist kimliğiyle bağdaştırması zor olan bir ahlaki içerik taşır. Ayrıca, Raz'ın yaklaşımının özne merkezli olduğunu söylenebilir. Hukukun geçerliliği, insanların hukuku gerekçelendirme sürecinde ona rasyonel olarak uyum sağlayıp sağlayamadığına bağlıdır. Oysa hukuki pozitivizm, hukuku esasen sosyal bir olgu olarak inceler ve bireysel ahlaki akıl yürütmeden bağımsız bir şekilde açıklamayı hedefler.

---

[714] J. Raz, *Otorite ile Yorum Arasında Hukuk Teorisi*, s.68.
[715] J. Raz, *Otorite ile Yorum Arasında Hukukun Doğası*, s.149-150.
[716] J. Raz, *a.g.e.*, s.149-150
[717] J. Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, s.246-247.

4.3.2. Doğal Hukuk: Adalete Uygunluk

Çağdaş hukuk felsefesinde doğal hukuk anlayışını benimseyen düşünürlerin ortak paydası, hukukun geçerliliğini yalnızca usule uygunluk ve toplumsal etkililik gibi biçimsel ölçütlere indirgemeyip, aynı zamanda ahlaki doğruluğu da zorunlu bir koşul olarak kabul etmeleridir. Bu düşünürlere göre, hukukun geçerliliği ve hukuka itaat etme yükümlülüğü, hukuk kurallarının yalnızca yaptırımlarla desteklenmesine değil, rasyonel biçimde gerekçelendirilebilir olmasına, adalete ve insan onuruna saygı temelinde şekillenmesine bağlıdır. Bu kapsamda, hukukun otoritesi yalnızca biçimsel geçerliliğinden değil, aynı zamanda ahlaki meşruiyetinden kaynaklanır.

Daha önce belirtildiği gibi, Fuller, hukuk yapma yetkisini elinde bulunduran otoritenin hukuku belirlerken uyması gereken sekiz ilkenin varlığından söz etmiştir. Bu ilkeler, hukukun kendi iç işleyişine dair ahlaki nitelikteki ölçütlerdir. Söz konusu ilkeler; genellik, ilan edilme zorunluluğu, geçmişe yönelik olmama, açıklık, çelişmezlik, mümkün olanı talep etme, istikrar ve uygulamayla uyumluluk şeklinde özetlenebilir.[718] Fuller, "hukukun iç ahlakı" olarak adlandırdığı bu ilkeler aracılığıyla, bir kuralın hukuk kuralı olabilmesi için yalnızca belirli biçimsel özelliklere uygun olmasını değil, aynı zamanda belirli ahlaki gerekleri de karşılaması gerektiğini savunur. Zira ona göre, hukukun biçimsel özellikleri ile içeriği arasında keskin bir ayrım yapılamaz. Hukukun iç ahlakını oluşturan sekiz ilke, bir yandan hukukun biçimsel özelliklerini ifade ederken, öte yandan ahlaki bir değeri de bünyesinde barındırır. Bu bağlamda, bir kural yalnızca adil bir içeriğe sahip olduğu için değil, aynı zamanda hukukun iç ahlakına uygun biçimsel özellikleri taşıdığı için de ahlaken değerlidir.[719]

Fuller'e göre, hukukun iç ahlakını oluşturan sekiz ilkenin herhangi birinde başarısız olan bir hukuk sistemi, yalnızca ahlaken kötü bir hukuk düzenine yol açmakla kalmaz, aynı zamanda hukuki varlığını ve geçerliliğini de kaybeder. Çünkü insanların, varlığı bilinmeyen, gizli tutulan, geçmişe yönelik oluşturulan, anlaşılmaz, çelişkili, yerine getirilmesi imkânsız ya da sürekli değişen kurallara itaat etmekle yükümlü olduğunu ileri sürmek, rasyonel bir temele dayandırılamaz.[720] Bu nedenle hukuka itaat etme yükümlülüğü ve hukukun bağlayıcılığı, ancak kuralların hukukun iç ahlaki ilkelerine

---

[718] L. L. Fuller, *Hukukun Ahlakı*, s.62-101.
[719] Peter P. Nicholson, "The Internal Morality of Law: Fuller and His Critics", *Ethics*, 84/4, 1974, s.311.
[720] L. L. Fuller, *a.g.e.*, s.54.

uygun oluşturulması halinde meşruiyet kazanabilir. Böylece Fuller, hukukun geçerliliği ile ahlaki meşruiyeti arasında zorunlu bir bağ kurar.

Fuller'in hukukun geçerliliğini, hukukun iç ahlakı olarak tanımladığı sekiz ilkeye dayandırması, söz konusu ilkelerin ahlaki nitelik taşıyıp taşımadığı konusunda çeşitli eleştirilere konu olmuştur. Nitekim Hart, hukukun iç ahlakını oluşturan sekiz ilkenin hukuki pozitivizmle çelişmediğini, aksine bu ilkelerin pozitivist yaklaşım çerçevesinde rahatlıkla temellendirilebileceğini savunmuştur. Zira Hart'a göre, hukukun iç ahlakını oluşturan sekiz ilke, hukuki düzenin işleyişine dair biçimsel ölçütlerdir; ancak bu ilkeler, doğası gereği ahlaki bir içeriğe sahip değildir.[721] Bu bağlamda Hart, Fuller'e yönelik eleştirisini "zehirleme" örneğiyle destekler. Hart'a göre zehirleme gibi açıkça ahlaki olmayan amaçlı bir etkinlik bile, etkili bir şekilde amaca ulaşmak için bazı içsel ilkeler taşır. Bu ilkeler, "etkili zehirleme sanatı" için gerekli olan içsel ölçütlerdir. Ancak bu ilkelere "zehirlemenin ahlaki ilkeleri" demek, belirli bir amaca yönelik etkinliğin işlevsel ilkeleri ile ahlak ilkelerinin karıştırılmasına neden olur. Dolayısıyla Hart'a göre, Fuller, "hukuki zanaatkârlığın iyi uygulamasına ilişkin ilkeler ile ahlak arasında yapılması gereken hayati bir ayrımı bulanıklaştırmaktadır".[722]

Summers'a göre ise Fuller'in hukukun iç ahlakı kuramında, ahlak kavramını hangi anlamda kullandığı belirsizdir. Fuller'in toplumda fiilen geçerli olan dışsal ahlaka mı yoksa olması gereken ahlaki ilkelere mi atıfta bulunduğunu söylemek güçtür.[723] Ancak Fuller'in ahlak kavramını geleneksel anlamının ötesine taşıyan bir biçimde kullandığı oldukça açıktır. Onun benimsediği anlayış, dürüstlük veya adalet gibi klasik ahlaki ideallerden ziyade, hukukun düzgün işlemesini sağlayan biçimsel özelliklere atıfta bulunan bir ahlaktır. Summers'a göre, Fuller'in ahlakı bu şekilde genişletilmiş bir anlamda kullanmasının nedeni, hukuk ile ahlak arasında kesin bir ayrım yapan hukuki pozitivistlere karşı çıkmaktır. Zira Fuller'in teorisine göre, hukukun içsel bir ahlaka sahip olması, hukuk ile ahlakın birbirinden ayrılamaz olduğunu göstermektedir. Fakat Summers'ın da belirttiği üzere, bazı hukuki pozitivist düşünürler, hukukun geçerliliği açısından Fuller'in öne sürdüğü sekiz biçimsel ilkeye uyulması gerektiğini zaten kabul etmektedir. Bu düşünürlerin itiraz ettikleri asıl husus, söz konusu ilkelerin ahlaki bir

---

[721] Jennifer Nadler, "Hart, Fuller and the Connection between Law and Justice", *Law and Philosophy*, 27/1, 2008, s.21.
[722] H. L. A. Hart, "Lon L. Fuller: The Morality of Law", s.349-350.
[723] Robert S. Summers, "Professor Fuller on Morality and Law", *Journal of Legal Education*, 18/1, 1965, s.3-5.

nitelik taşıyıp taşımadığıdır. Dolayısıyla Summers'a göre, Fuller, hukuki pozitivistleri bu ilkeleri kabul etmemekle suçlayarak adeta yel değirmenleriyle savaşmaktadır.[724]

Hukuki pozitivistlerle Fuller arasındaki kavramsal fark, hukukun iç ahlakını oluşturan sekiz ilkenin doğasına dair değerlendirmelerinde ortaya çıkmaktadır. Hukuki pozitivistler bu ilkeleri hukukun geçerliliği ve toplumsal etkililiği için gerekli usul koşulları olarak görürken, Fuller ise onları ahlaki gereklilikler olarak temellendirmektedir. Oysa kanaatimizce, bir hukuk kuralının geçerliliğini belirlemek amacıyla işlevsel ölçütlere başvurmak başka, bu ölçütlerin ahlaki nitelikte olduğunu ileri sürmek başka bir meseledir. Zira bir hukuk sistemi, Fuller'in öne sürdüğü sekiz ilkeye bütünüyle uygun olsa dahi, eğer bu yapı adalet yerine kötü amaçlar için kullanılıyorsa, o hukuka yalnızca biçimsel anlamda geçerli demek mümkün olur. Bu durumda, söz konusu hukuk düzeninin "bir anlamda ahlaki" olduğunu, çünkü belirli biçimsel düzenlilikleri sağladığını; ancak "bir başka anlamda ahlaka aykırı" olduğunu, çünkü içerik bakımından adaletsizlikler içerdiğini söylemek gerekebilir. Bu doğrultuda, Fuller'in hukukun biçimsel gerekliliklerini ahlaki bir çerçevede konumlandırması, hukukun geçerliliği ile adalet arasındaki ilişkinin içeriğe değil, biçime dayalı olarak kurulmasına yol açmakta ve adaletin rolünü ikincil bir mesele haline getirmektedir. Öte yandan Fuller'in pozitif hukukla ahlak arasında kurmaya çalıştığı biçimsel bağ, teorisini eleştiriye açık hale getirse de, hukukun geçerliliğine ilişkin usul koşullarını normatif düzeyde ciddiyetle ele alması bakımından, klasik doğal hukuk ve çağdaş hukuki pozitivizm arasında yapıcı bir köprü kurma girişimi olarak değerlendirilebilecek özgün bir yaklaşım sunmaktadır.

Hukukun geçerliliği ve hukuka itaat etme yükümlülüğü bağlamında Fuller'in teorisinde yaptırımların rolü incelendiğinde ise onun hukukun geçerliliği ile yaptırım arasındaki ilişkiyi sistematik biçimde ele almadığı; özellikle de bir hukuk kuralının geçerli sayılabilmesi için toplumda ne ölçüde etkili olması gerektiği gibi sorulara yeterince açıklık getirmediği görülmektedir.[725] Zira Fuller, hukuku yalnızca toplumsal düzeni sağlamak amacıyla başvurulan bir yaptırım sistemi olmanın ötesinde, insanın rasyonel ve ahlaki kapasitesine hitap eden normatif bir yapı olarak kavramsallaştırmaktadır. Bu çerçevede hukuk, insanlardan hukuka itaat etmelerini beklerken, aynı zamanda insan varlığına ilişkin belirli bir anlayışı temel almaktadır. Bu anlayışa göre, "insan; sorumlu, kuralları anlama ve bunlara uyma yetisine sahip ve

[724] R. S. Summers, "a.g.m.", s.24-25.
[725] R. S. Summers, "a.g.m.", s.19.

kabahatleri için hesap veren veya en azından verebilen bir fail olmalıdır".[726] Bu bağlamda, Fuller için hukukun iç ahlakını oluşturan sekiz ilke yalnızca düzen oluşturmaya yönelik araçlar değil, aynı zamanda insan onuruna yönelik saygının bir ifadesidir. İlan edilmemiş, geriye etkili veya çelişkili kurallarla insanları yargılamak, onların özerklik ve akıl yürütme kapasitesini hiçe saymak anlamına gelir. Hukukun sekiz ilkesinde yaşanabilecek bu tarz sapmalar, "sorumlu bir fail olan insanın onuruna bir hakarettir".[727] Bu bağlamda Fuller'e göre, bir hukuk sisteminde iç ahlakı oluşturan sekiz ilkenin yerine getirilmesi, insanların hukuka uyumunu sağlamak için zorlayıcı yaptırımlara duyulan ihtiyacı azaltır. Bu durum, yaptırımların tamamen işlevsiz olduğu anlamına gelmemekle birlikte, Fuller'in teorisinde hukukun meşruiyet kaynağının yaptırımlar değil, kuralların ahlaki doğruluğu ve insan onuruna uygunluğu olduğu söylenebilir.

Daha önce belirtildiği üzere, Finnis'e göre hukuk sisteminin temel işlevi, insan eylemlerini koordine ederek ortak iyinin gerçekleştirilmesini sağlamak ve insanların temel iyilere katılımını mümkün kılmaktır. Finnis, hukuk sisteminin bu ahlaki işlevi yerine getirebilmesi için belirli biçimsel özelliklere sahip olması gerektiğini ifade etmektedir.[728] Bu özelliklerden ikincisine göre, hukuk kuralları yasalar çerçevesinde yürürlükten kaldırılmadığı sürece geçerlidir.[729] Buna göre, yasalar dışında hukukun geçerliliğini etkileyecek başka bir unsur söz konusu değildir. Finnis'in belirttiği bu özellik, hukuki pozitivizmin hukukun geçerliliğine yönelik temel teziyle örtüşmektedir. Nitekim hukuki pozitivistlere göre, bir kuralın hukuken geçerli sayılabilmesi için yetkili bir makam tarafından usulüne uygun biçimde oluşturulmuş olması yeterlidir; geçerlilik, kuralın ahlaki içeriğinden bağımsızdır. Bu yaklaşıma göre, ahlaken kötü ya da adaletsiz bir kural, sırf adaletsiz olduğu gerekçesiyle hukuken geçersiz sayılamaz. Bir kuralın geçersiz olduğuna karar verecek olan, yine hukuk düzeni içinde tanımlanmış yetkili mercilerdir. Oysa Finnis, doğal hukukçu bir filozof olarak, hukukun geçerliliğini, adalet ve ahlaki ilkelere uygunlukla temellendiren klasik yaklaşımı benimser. Buna rağmen, Finnis'in hukukun geçerliliğini hukuk ile ahlak arasındaki zorunlu bağı kabul etmeyecek şekilde açıklaması, teorisinin hukuki pozitivizme yakın olduğu düşüncesini doğurur.

---

[726] L. L. Fuller, *Hukukun Ahlakı*, s.195.
[727] L. L. Fuller, *a.g.e.*, s.195.
[728] Bkz. Finnis'in ortaya koyduğu biçimsel özelliklere, çalışmanın Finnis'e ayrılan bölümünde ayrıntılı olarak değinilmiştir.
[729] J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, s.268.

Düşünürün bu konudaki pozisyonunu tam olarak açıklamak için onun hukuki yükümlülük konusundaki düşüncelerine başvurmak uygun olacaktır.

Finnis yükümlülüğü, "hukuki anlamda yükümlülük" ve "ahlaki anlamda hukuki yükümlülük" olmak üzere ikiye ayırır. Hukuki anlamda yükümlülük, yasalar tarafından zorunlu tutulan belirli eylemleri yerine getirme mecburiyetini ifade eder. Ahlaki anlamda hukuki yükümlülük ise hukuk tarafından zorunlu tutulan bu eylemleri yapma yükümlülüğünün, ahlaka uygun olduğu için gerekli olduğunu belirtir.[730]

Finnis, bu iki yükümlülük arasındaki ilişkiyi, kurallara uyum gösteren bir insanın akıl yürütme şeması üzerinden açıklar:

> A. Ortak iyi uğruna yasalara uymamız gerekir.
> B. Ancak Ø'nün yasa tarafından zorunlu olarak şart koşulduğu durumda, yasalara uymanın tek yolu Ø'yü yapmaktır.
> C. Bu yüzden, Ø'nün yasal olarak zorunlu olduğu şart koşulduğunda Ø'yü yapmamız gereklidir [bu bizim için zorunludur].[731]

Bu şemaya göre, yasalara uyma yükümlülüğü ortak iyinin sağlanması adına önemlidir (A). Yasalara uymanın yolu, hukuken belirlenmiş olan kurallara göre eylemektir (B). Bu nedenle eğer yasalar nezdinde zorunlu kılınmış kurallar varsa ortak iyiye ulaşmak için bunlara uymak yükümlülüktür (C).

İlk öncül, ahlakidir ve yasaların ortak iyiyi desteklemediği durumlarda değişir. Pratik akıl yürütmede, bu öncülün değişmeden kalmasını gerekli kılacak hiçbir zorunlu ilke veya gereklilik yoktur. Bu öncülün gereği, ortak iyinin zorunlu tutması nedeniyle yasalara uymak değil; uygun yasalar aracılığıyla ortak iyiye ulaşmaktır. Dolayısıyla, bazı durumlarda ortak iyiyi korumak veya gerçekleştirmek için yasaya itaat etmemek gerekebilir.[732] Bu öncülde, hukuka itaat etme yükümlülüğü, yasanın ahlaken uygun olmasına bağlıdır.

İkinci öncül ise olgusal ve hukukidir. İlk öncülün aksine içeriğinin değişmesi söz konusu değildir. Yasalara itaat etmek, tüm kurallara her zaman, her yerde ve her koşulda uymakla mümkündür. Yükümlülük getiren her yasa, hukuk sisteminin eşit derecede öneme sahip olan parçalarıdır. Bu nedenle, yasalar arasında tercih yapmak ve yükümlülük veren bir yasadan kurtulmak için başka bir yasaya başvurmak düşünülemez. Hukuka itaat,

---

[730] Maris Köpcke Tinturé, "Finnis on Legal and Moral Obligation", *Reason, Morality and Law: The Philosophy of John Finnis* içinde, (eds. John Keown and Robert P. George), Oxford, 2013, s.381-382.
[731] J. Finnis, *a.g.e.*, s.316.
[732] J. Finnis, *a.g.e.*, s.316.

bireysel bir tercih olmaktan ziyade hukuk sistemine bağlılığın bir göstergesi olarak kabul edilir.[733] Bu öncüle göre, itaat yükümlülüğün hukuk sistemi tarafından zorunlu kılınması yeterlidir. Ancak bu noktada, şu sorunun cevaplanması gerekir: Hukuki anlamda yükümlülüğün hukuken değişmezlik gücü nereden kaynaklanır?

Finnis'e göre bu kaynak, B öncülüdür. B öncülünde, A öncülünün değişimine neden olan değer ve ilkeler göz ardı edilir; A öncülü ise değişmeyen, zorunlu bir ilke olarak kabul edilir. Bununla birlikte, A öncülü, pratik akıl yürütmeden izole edilmiş bir varsayım olarak değerlendirilir. Böylece öncül, akıl yürütme sürecinden ayrılır ve ahlaki pratik kaygılardan bağımsız bir güç olarak benimsenir. Burada amaç, C öncülünde belirtilen yasalara itaat etmenin, yalnızca hukuk sisteminde geçerli ve sabit bir zorunluluk olduğunu gösterebilmektir.[734] Önemli olan, yasalara salt hukuk olduğu için itaat etmektir. Yasaların ahlaki veya ahlaki olmayan içeriği, hukuka itaat etmek için bir gerekçe değildir.

Finnis'in, akıl yürütme şemasından hareketle yükümlülükler arasında yapmış olduğu bu ayrım, literatürde varsayımsal yükümlülük (*presumptive*) ve genel (*generic*) yükümlülük olarak da ifade edilir.[735] Bunlardan ilki, ahlaki anlamda hukuki yükümlülüğe ikincisi, hukuki anlamda yükümlülüğe karşılık gelir. İki yükümlülüğü birbirinden ayıran temel husus, ilkinin içeriğe bağımlı diğerinin ise içerikten bağımsız olmasıdır. Varsayımsal yükümlülüğe göre, bir insan yükümlü olduğu yasaları ahlaki olarak değerlendirirken bu yasalardan birinin ortak iyiye aykırı, adaletsiz bir içeriğe sahip olduğunu fark ederse ilgili yasaya itaat etmeyebilir. Bu nedenle varsayımsal-ahlaki yükümlülüğe göre, yasalara itaat etme yükümlülüğü mutlak değildir ve gerekli durumda geçersiz kılınabilir. Genel-hukuki yükümlülükte ise yasanın belirlediği Z eylemi, Z'nin iyi veya kötü olmasından dolayı değil, yasanın Z eylemini zorunlu kılmasından dolayı yapılır.[736]

Bu ayrım sonucunda, Finnis'in hukuki yükümlülük anlayışında bir çelişkinin olduğu düşünülebilir. Çünkü bir tarafta, içeriğe bağımlı olan ve ahlaki ilkelere uygunluğuna göre değişen yükümlülük bulunurken diğer tarafta, içerikten bağımsız olan, belirli durumlara göre değişmeyen, hukuk sisteminin zorunlu tuttuğu yükümlülük yer alır.

---

[733] J. Finnis, *a.g.e.*, s.317.
[734] J. Finnis, *a.g.e.*,s.316-317.
[735] S. Aiyar, "The Problem of Law's Authority: John Finnis and Joseph Raz on Legal Obligation", *Law and Philosophy*, 19/4, 2000, s.465.
[736] S. Aiyar, "a.g.m"., s.477-478.

Çelişkili görünen bu ayrımı, Finnis'in teorisinin temel tezlerinden hareketle değerlendirmek faydalı olacaktır.

Hatırlanacağı üzere, Finnis'in teorisinde hukukun varlık nedeni, insanların amaçlarına ulaşabilmesi için gerekli olan ortak iyi koşullarını desteklemesi, güvenliğini sağlaması ve eylemleri koordine etmesidir. İnsanlar bu nedenle hukuka itaat eder ve hukuku bir otorite olarak benimser. Bir şey otorite olarak benimsendiğinde, başka şekilde davranmak için geçerli olan tüm sebepler göz ardı edilir ve otoritenin yaptığı her yönlendirme, bildirdiği her kural, ona göre hareket etmek için yeterli kabul edilir.[737] Eğer ortak iyiye ulaşmak için hukuk otorite olarak seçilirse yalnızca hukukun belirdiği yasalara uymak gerekir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken, hukuka uyma yükümlülüğünün ortak iyiye ulaşmaya hizmet eden ahlaki bir görevin parçası olmasıdır.[738] Yani hukuk, (yukarıdaki şemada görüldüğü gibi) hukuka uyma yükümlülüğünü ahlaki değişimlerden izole ederek talep ediyor olsa da bu talep, zımnen ahlaki bir ideali gerçekleştirme amacı taşır. Bu ahlaki ideal, temel iyilere katılmayı ve pratik aklın gerekliliklerini yerine getirmeyi destekleyen, insanların amaçlarına ulaşması için yaptıkları iş birliğinin rasyonel koşullarını ifade eden "ortak iyiye" ulaşmaktır.

Buradan çıkarılabilecek sonuca göre, hukuk ahlaki bir temel üzerine inşa edilir. Fakat bir otorite olarak üstünlüğünü kanıtlamak için otoritesini etkileyecek tüm dış unsurlardan bağımsız olmalıdır. Otorite olması nedeniyle yaptırma, yasaklama ve yükümlü kılma yetkilerine sahiptir. Bu yetkilerin her birinin ardında ortak iyiye hizmet etme amacı vardır. Lakin hukukun hem otorite olması hem de ahlaki bir görevi yerine getirmesi için öncelikle yasaların tanınması ve bu yasalara uyum gösterilmesi gerekir. Bu nedenle, hukukun otoritesinin temsili olarak genel-hukuki yükümlülük, tüm geçerli sebepleri bir kenara bırakıp yalnızca yasalara uyulmasını zorunlu kılar. Bir diğer ifadeyle bu yükümlülük, hukukun içeriksel değil, yöntemsel bir özelliğini belirtir.

Hukukun yöntemsel özelliği bu şekilde açıklanırken, hukukun içeriğine ilişkin şu soru varlığını sürdürmeye devam eder: Hukuk sisteminin, içeriğinden bağımsız olarak yükümlülüğü zorunlu kıldığı yasalar ortak iyiye aykırı veya adaletsiz bir içeriğe sahip olursa, bu yükümlülük zorunlu olmaya devam eder mi? Finnis'e göre, eğer bir yasa adaletsizse, yetkililerin bu yasaya itaat edilmesini talep etme hakları yoktur. Yetkililerin

---

[737] J. Finnis, *a.g.e.*, s.233-234.
[738] S. Aiyar, "a.g.m"., s.478.

böyle bir durumda yapması gereken, adaletsiz yasayı yürürlükten kaldırmaktır.[739] Ancak Finnis, her durumda yasanın yürürlükten kaldırılmasının ve insanların bu yasaya karşı yükümlü olmamasının mümkün olmadığını söyler. Çünkü bazen toplumsal düzenin korunması için adaletsiz yasaların geçerliliğinin sürmesi ve insanların dolaylı olarak bu yasalara uyması gerekir. Bu tür bir uyum, doğrudan yasanın adaletsizliğine değil, toplumda hukukun sağladığı sistemin bozulmamasına ve diğer adil yasaların etkililiğinin zayıflamamasına gösterilen sınırlı bir uyumdur. Dolayısıyla burada, yasalardan kaynaklanmadığı için ahlaki anlamda yükümlülükten farklı olan bir yükümlülük söz konusudur.[740] Bu yükümlülük, hukukun otorite olmasından dolayı talep ettiği, hukuka uyma yükümlülüğüne duyulan saygıdan doğar.

Bu açıdan bakıldığında, Finnis'in düşüncesinde hukukun düzen sağlama ve bu düzeni koruma işlevinin, adaletsiz yasalara uyma yükümlülüğü karşısında birincil öneme sahip olduğu söylenebilir. Finnis'in bu düşüncesi, klasik doğal hukuk anlayışının sloganı olarak kabul edilen "*lex injusta non est lex*: adaletsiz bir yasa, yasa değildir", ifadesine ilişkin yaptığı yorumda da karşımıza çıkar. Finnis'e göre bu ifadenin doğru kullanımı, "adil olmayan bir yasa, yasa gibi görünmez" şeklindedir. Çünkü bir yasanın adaletsiz olması durumunda yasa olamayacağını söylemek, bu yasanın hiçbir yasallık niteliğine sahip olmadığı anlamına gelir. Oysa bir yasa adaletsiz olsa da hukuki anlamda yetkili biri tarafından çıkarılmış olmak veya mahkemelerde uygulanabilir olmak gibi yasal niteliklere sahiptir. Adaletsiz bir yasa, içeriği nedeniyle kelimenin tam anlamıyla yasa sayılmaz; ancak noksan bir yasa olarak geçerli olmaya devam eder. Bir yasanın yasa olduğunun reddedilmesi, bütün geçerliliğini ve bağlayıcılığını ortadan kaldırır. Bunun sonucunda, hukukun sağladığı toplumsal düzen bozulma tehlikesi ile karşı karşıya kalır.[741] Toplumsal düzenin bozulması, hukukun ortak iyiye ulaşmak için eylemleri koordine etmesine ve gerekli koşulları desteklemesine engel olur.

Bu noktada ortaya çıkan bir diğer sorun, toplumsal düzenin bozulmaması için sınırlı şekilde itaat edilen adaletsiz yasaların, ortak iyiyi tehdit edecek derecede genişlemesi durumunda ne olacağı hususudur. Finnis'e göre, insanlar artan ve sürekli hale gelen adaletsiz yasalar karşısında yasal yollarla çözüm bulamıyorsa, talep etmelerine rağmen bu yasalar yasal yollarla yürürlükten kaldırılmıyorsa, yasalara uyma

---

[739] J. Finnis, *a.g.e.*, s.362.
[740] J. Finnis, *a.g.e.*, s.361.
[741] J. Finnis, *a.g.e.*, s.363-364.

yükümlülüğü zorunlu değildir. Ortak iyiyi engelleyen adaletsiz yasalara uymaya zorunlu olarak devam edildiğinde, yükümlülüğün gerekçesi olan ortak iyiyi sağlama amacı başarısızlıkla sonuçlanır. Bu sorunu çözmek için Finnis, yasaya uyma yükümlülüğünün sınırsız ve koşulsuz olmadığını, ortak iyinin korunması gereken durumlarda yükümlülüğün geçersiz olabileceğini belirtir.[742]

Bu bağlamda, Finnis'in yükümlülük üzerine görüşlerinin oldukça karmaşık ve anlaşılması zor olduğunu söylememiz mümkündür. Bu karmaşık ve anlaşılması zor görüşlerin ardından Finnis'in, içeriğe bağlı olan yükümlülük ve içeriğe bağlı olmayan yükümlülük arasındaki çelişkiyi şu şekilde çözmeye çalıştığı belirtilebilir: Hukuk sistemi, ortak iyiyi sağlamak için birbirinden farklı içeriklere sahip yasalar belirler. Bu yasalar farklı olmasına rağmen yasaların bir bütün olarak genel amacı, ortak iyiye hizmet etmektir. Bu nedenle yasaların geçerliliği içeriklerinden ziyade ortak iyiye hizmet etmelerinden kaynaklanır.[743] İnsanların hukuku bir otorite olarak kabul etmesinin nedeni de ortak iyiye ulaşmaktır. Finnis'e göre bu kabul, otorite olmanın bir gereği olan yasalara uyma yükümlülüğünü de beraberinde getirir. Buradaki önemli ayrım, yasalara uyma yükümlülüğünün doğrudan tikel yasaların içeriğine değil, tümele ilişkin olmasıdır. Tümel olan, yasaların ortak iyiye hizmet etmesidir. Dolayısıyla yasalar bu hizmeti yerine getirdiği müddetçe yasalara uyma yükümlülüğü içerikten bağımsız bir biçimde zorunlu olarak devam eder. Ancak yasalar, bu hizmeti yerine getiremez ve adil olmayan yasalarla ortak iyiye zarar verilmeye başlanırsa, yasaya uyma yükümlülüğü, yasaların içeriği nedeniyle ahlaki anlamda geçersiz hale gelir. Yasalar adil değilse insanların bu yasalara uyma yükümlülüğü olmaz. Bazı durumlarda, ortak iyiye yönelik daha büyük zararları önlemek amacıyla adil olmayan yasalar insanlar tarafından göz ardı edilebilir ve bu yasalar hukuken geçerli olmayı sürdürebilir. Fakat bir yasanın hukuken geçerli olması ve bu yasaya uyma yükümlülüğü birbirinden farklıdır. İnsanlar, adaletsiz olduğu halde hukuken geçerli olan yasalara zorunlu olarak uyma yükümlülüğüne sahip değildir.[744] Bu yasaların geçerli kabul edilme nedeni, ortak iyiye ve hukukun otoritesine duyulan saygıdır.

Alexy, hukukun geçerliliği sorununa ilişkin görüşlerini "Radbruch formülü" ve "doğruluk argümanı" üzerine inşa etmiştir. Bilindiği üzere Radbruch formülü, pozitif

---

[742] S. Aiyar, "a.g.m.", s.476-477.
[743] S. Aiyar, "a.g.m.", s.478-479.
[744] Kenneth Einar Himma, "The Substantive Neo-Naturalism of John Finnis" in "Natural Law", *The Internet Encyclopedia of Philosophy,* https://iep.utm.edu/natlaw/#H3 (Erişim Tarihi: 08.11.2024).

hukuk ile adalet arasındaki gerilimi konu edinen ve Almanya'da II. Dünya Savaşı sonrasında Nazi dönemine ait yasaların yargısal denetimi çerçevesinde tartışılan formülü ifade etmektedir.[745] Radbruch'a göre, usulüne uygun şekilde oluşturulmuş bir pozitif hukuk kuralı, içeriği adalete aykırı olsa ya da toplumun taleplerini karşılamasa dahi, tahammül edilebilir olduğu sürece ahlaka karşı önceliklidir. Ancak pozitif hukuk kuralları ile adalet arasındaki gerilim tahammül edilemeyecek bir seviyeye ulaşırsa, bu durumda söz konusu kurallar "kusurlu hukuk olarak adalete boyun eğmek zorundadır".[746] Radbruch'un öne sürdüğü bu formülü benimseyen Alexy, adaletsizlikte aşırılığa kaçarak tahammül seviyesini aşması halinde, ilgili kuralların hukuki geçerliliğini yitireceğini ve insanların bu tür kurallara uyma yükümlülüğünün bulunmayacağını kabul etmektedir.

Bununla birlikte, Alexy'nin teorisinde hukukun geçerliliğini belirleyen bir diğer unsur, doğruluk iddiasıdır. Hatırlanacağı üzere, Alexy'e göre bir hukuk sisteminin bütünü ve onu oluşturan her bir kural, doğru olma yönünde bir iddia taşır ve bu iddiayı yerine getirme amacı güder. Bu iddiada bulunmayan ya da bu iddiayı yerine getirmekte başarısız olan bir hukuk sistemi, kusurlu ve hukuken geçersiz sayılır.[747] Alexy'nin Radbruch formülünü benimsediği dikkate alındığında, onun doğruluk iddiası ile adalet iddiasını kastettiğini söylemek isabetli olacaktır. Bu konuda Alexy'i eleştiren Bix, adaleti açıkça reddeden ve yalnızca topluma ya da devlete faydalı olacağı varsayılan doğrulara dayanan bir kurallar sisteminin hukuk olarak kabul edilemeyeceğini söylemenin, yetersiz bir gerekçelendirme olduğunu belirtir. Bix, böyle bir sistemin ahlaki açıdan eleştirilebileceğini kabul etmekle birlikte, hukuki geçerliliğinin yalnızca adalet ölçütüne dayandırılarak reddedilmesini teorik olarak sorunlu bulur. Zira Bix'e göre Alexy, adaletsizliğin belirli bir eşiği aşması halinde kuralların hukuki statüsünü tümüyle kaybedeceği yönünde kesin bir kavramsal ayrımı varsayar; oysa böyle bir ayrımın sınırları hem pratikte hem teorikte oldukça belirsizdir.[748]

Bu noktada Bix'le aynı görüşü paylaşmadığımızı belirtelim. Alexy'nin hukuk teorisi; hukuki geçerlilik, toplumsal geçerlilik ve ahlaki geçerlilik olmak üzere üç geçerlilik biçimini dikkate alan bütüncül bir model sunmaktaydı. Bu doğrultuda, bir kuralın hukuken geçerli sayılabilmesi için yalnızca adaletle çelişmemesi ve doğruluk

---

[745] Brian H. Bix, "Robert Alexy, Radbruch's Formula, and the Nature of Legal Theory", *Rechtstheorie,* 37/2, 2006, s.139.
[746] Gustav Radbruch, Bonnie Litschewski Paulson, Stanley L. Paulson, "Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law (1946)", *Oxford Journal of Legal Studies,* 26/1, 2006, s.7.
[747] R. Alexy, *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism,* s.36.
[748] B. H. Bix, "a.g.m.", s.147-148.

iddiası taşıması yeterli değildir; aynı zamanda usulüne uygun oluşturulmuş olması ve toplumsal etkililiğe sahip bulunması da gereklidir. Ayrıca Bix'in eleştirisi, adaletsizliğin kesin sınırlarla belirlenemeyeceği ve bu nedenle hukuki geçerlilik ölçütü olarak kullanılmasının kavramsal olarak sorunlu olduğu varsayımına dayanmaktadır. Ancak kanaatimizce, adaletsizliğin sınırlarının belirlenmesindeki güçlük, adaletin hukukla olan bağını bütünüyle göz ardı etmeyi gerektirmez. Nitekim daha önce belirtildiği üzere, Alexy'nin doğruluk anlayışı yalnızca hukukun adaletle ilgili ideal boyutunu değil, aynı zamanda onun biçimsel özelliklerine bağlılığı talep eden olgusal boyutunu da içermektedir. Alexy'nin teorisinde bu iki boyut birbirine karşıt değil, tamamlayıcı unsurlar olarak ele alınmakta ve hukukun geçerliliği bu iki boyut arasında kurulacak dengeye dayanmaktadır. Bu yönüyle Alexy'nin yaklaşımı, özellikle otoriter rejimlerde rastlanabilen ve biçimsel olarak yasallık taşımasına rağmen içerik bakımından ciddi adaletsizlikler barındıran kuralların hukuk olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğine ilişkin önemli bir tartışma zemini sunmaktadır. Dolayısıyla Bix'in görüşü, hukukun yalnızca biçimsel ve işlevsel yönlerini esas alarak onun normatif iddiasını göz ardı etmektedir. Bu nedenle, Bix'in eleştirisine katılmıyoruz.

Yukarıda belirtildiği gibi, Alexy geçerlilik anlayışında hukuki, toplumsal ve ahlaki olmak üzere üç geçerlilik biçimine de yer vermektedir. Onun amacı, bu geçerlilik biçimleri arasındaki çatışmayı uzlaştırmaktır. Bu doğrultuda Alexy, söz konusu geçerlilik biçimlerini hukuk sistemin geneli ve münferit normlar düzeyinde ayrı ayrı değerlendirir. Bu değerlendirmeye göre Alexy, hem hukuk sisteminin geneli hem de münferit normlar açısından ortak geçerlilik biçiminin hukuki geçerlilik olduğunu ifade eder. Bu bağlamda, çağdaş hukuk felsefesinde, gerek toplumsal geçerliliğe gerekse ahlaki geçerliliğe öncelik veren yaklaşımların her birinin, temelde hukuki geçerliliğin varlığını kabul ettiğini belirtir.[749] Alexy, geçerlilik biçimleri arasındaki çatışmayı bu nedenle "hukuki geçerlilik ve toplumsal geçerlilik" ile "hukuki geçerlilik ve ahlaki geçerlilik" başlıkları altında incelemiştir. Burada önemli olan bir diğer husus, Alexy'nin hukuk kurallarının geçerliliğiyle hukuk sisteminin geçerliliği arasında yaptığı ayrımdır. Ona göre, bir hukuk kuralının geçersiz olması, bütün hukuk isteminin geçersiz olduğu anlamına gelmemektedir. Zira, geçerlilik biçimleri hukuk sisteminin geneli ve münferit normlar üzerinde farklı etkilere sahiptir.

---

[749] R. Alexy, *a.g.e.*, s.87.

Alexy'e göre, hukuki geçerlilik ile toplumsal geçerlilik arasındaki çatışmada hukuk sisteminin geneli için hukukun geçerliliğini belirleyen unsur, normların toplumsal olarak belirli bir etkinliğe sahip olmasıdır. Belirli bir kurumsal olgunluğa erişmiş hukuk sistemlerinde bir normun geçerliliği, anayasal düzenlemelere dayanır. Anayasa, bir normun hangi koşullarda hukuki nitelik kazanacağını ve geçerli sayılacağını belirler. Anayasaya göre, usule uygun şekilde oluşturulmuş münferit normların adaletsizlik nedeniyle tahammül sınırını aşmaları, bu normların hukuki geçerliliğini yitirmesine yol açsa da, bu durum anayasanın veya tüm hukuk sisteminin geçersiz hale geldiği anlamına gelmez. Bir anayasa ya da normlar bütününün hukuki geçerliliğini yitirmesi, ancak sistemdeki tüm normların hem toplumsal etkinlikten yoksun kalması hem de adaletsizlik bakımından tahammül sınırını aşması halinde söz konusu olur.[750]

Münferit normlar açısından ise usule uygun şekilde yürürlüğe girmiş bir norm, yalnızca daha az uyum sağlanması ya da daha az yaptırım uygulaması nedeniyle hukuki geçerliliğini yitirmez. Alexy'e göre, norm sistemlerinden farklı olarak, münferit normlar açısından toplumsal etkililik hukuki geçerlilik için zorunlu bir koşul değildir. Bu normların geçerliliği, toplumsal olarak geçerli bir hukuk düzenine dahil olmalarına bağlıdır. Ancak uzun süre uygulanmayan münferit normlar, geçerliliklerini yitirme riskiyle karşı karşıya kalabilir. Bu nedenle, hukuki geçerliliğin sürdürülebilmesi için münferit normların asgari düzeyde de olsa toplumsal etkililik göstermesi gerekli görülebilir.[751] Bu bağlamda, Alexy'e göre toplumsal etkililik, hukuki geçerlilik için tek başına yeterli veya kurucu bir unsur olmasa da, geçerliliğin sürekliliği ve uygulanabilirliği açısından tamamlayıcı bir rol oynar. Bu durum, Alexy'nin saf bir normatif anlayış ile salt bir toplumsal geçerlilik görüşü arasında denge kurmaya çalıştığını gösterir.

Alexy, hukuki geçerlilik ile ahlaki geçerlilik arasındaki çatışmaya dair görüşünde, bir normlar sisteminin geçerliliği açısından içeriksel doğruluğu esas alan ahlaki geçerliliğin zorunlu bir koşul olmadığını savunur. Alexy'e göre, bir normlar sisteminin ahlaki açıdan kabul edilemez olması, onun hukuki geçerliliğini doğrudan ortadan kaldırmaz. Ahlaken sorunlu olsa dahi bir normlar sistemi, varlığını uzun süre sürdürebilir. Buna karşılık, sistemi oluşturan münferit normlar, aşırı derecede adaletsiz olduklarında hukuki geçerliliklerini yitirmektedir. Bu durum, münferit bir normun hukuken geçerli sayılabilmesinin ön koşulunun, ahlaki açıdan kabul edilebilir olması olduğunu ortaya

---

[750] R. Alexy, *a.g.e.*, s.89-90.
[751] R. Alexy, *a.g.e.*, s.91.

koyar. Alexy'e göre, bir hukuk sistemine ait münferit normlar, adaletsizlik gerekçesiyle teker teker hukuki niteliklerini yitirdiğinde ve bu nedenle geçerlilikleri reddedildiğinde, sistemin bütünlüğü zarar görür. Eğer hukuk sisteminin geçerliliğini sürdürebilmesi için gerekli olan asgari sayıdaki norm artık yürürlükte değilse, bu durumda sistem bir bütün olarak hukuki varlığını kaybeder. Fakat bu süreç, toplumsal geçerliliğe kıyasla çok daha uzun bir süreçte gerçekleşir. Bu nedenle, norm sistemlerinin hukuki geçerliliğinde toplumsal ve ahlaki geçerlilik aynı düzeyde etkili değildir. Alexy'e göre, üç geçerlilik arasında ilişkinin dengeli ve hiyerarşik bir düzen içinde kurulması halinde normlar sisteminin geçerliliğinden bahsetmek mümkündür. Dolayısıyla, normlar sistemi açısından hukukun geçerliliği yalnızca usule uygun olmasıyla sınırlı değildir; bunun yanında toplumsal etkililiğin ve içeriksel doğruluğun da sırasıyla dikkate alınması gerekir.[752]

Münferit normlar söz konusu olduğunda ise toplumsal ve ahlaki geçerlilik benzer yapısal özellikler taşır. Bu iki unsur, ancak istisnai ve uç durumlar ortaya çıktığında hukuki geçerlilik üzerinde etkili olur. Bu tür olağanüstü durumlar gerçekleşmediği müddetçe, münferit normların geçerliliğinde belirleyici olan unsur, normun usule uygun olacak şekilde yürürlüğe konulması ve mevcut hukuka uygunluğudur. Toplumsal ve ahlaki geçerliliğin rolü ise ancak olağan işleyişin dışına çıkan kriz anlarında kendini gösterir.[753] Böylece Alexy'e göre, hukukun geçerliliği esasen usule uygunluk ve normun yetkili makamlarca oluşturulması gibi biçimsel koşullara dayanır; ancak aşırı adaletsizlik gibi durumlarda, ahlaki geçerlilik hukuki geçerliliği sınırlayıcı bir rol üstlenebilir. Bu çerçevede hukuki geçerlilik, ahlaki geçerlilikten tamamen bağımsız değildir; fakat her ahlaki eksiklik hukuki geçersizliği doğurmaz. Bu bağlamda Alexy, hukuki geçerliliğin normatif yönünü göz ardı etmeksizin, hukukun hem biçimsel hem de içeriksel boyutlarını dikkate alan bir geçerlilik anlayışı ortaya koyar.

Alexy, hukukun geçerliliğini hem biçimsel hem de içeriksel unsurları gözeten uzlaştırıcı bir yaklaşımla temellendirmeye çalışarak, hukuk teorisine önemli bir katkı sunar. Bununla birlikte, hukuki geçerliliği içeriksel doğrulukla ilişkilendirmesi, çeşitli tartışmaları da beraberinde getirir. Özellikle aşırı adaletsizlik gibi kavramların net sınırları belirlenemeyen ve değerlendirmeye açık oluşu, geçerlilik ölçütlerinin belirsizleşmesine neden olabilir. Bir normun hangi noktada aşırı adaletsiz sayılacağı ve

---

[752] R. Alexy, *a.g.e.*, s.92-93.
[753] R. Alexy, *a.g.e.*, s.93-94.

bu değerlendirmeyi kimin yapacağı gibi sorular, hukukun geçerliliği sorunu açısından önem arz etse de, Alexy'nin teorisinde bu sorulara net bir yanıt verilmemektedir.

4.3.3. İki Ekolün Değerlendirilmesi

Çağdaş hukuk felsefesinde hukuki pozitivist ve doğal hukukçu düşünürlerin hukukun geçerliliği sorununa dair görüşleri incelendiğinde, Munzer'in de ifade ettiği üzere, çoğu zaman tek bir sorundan söz ediliyormuş izlenimi oluşsa da, esasen bu başlık altında birbirinden ayırt edilebilen fakat birbiriyle bağlantılı çok sayıda sorunun ele alındığı görülmektedir. Bu çerçevede, hukuki geçerlilik başlığı altında yer alan sorunlar arasında, bireylerin hukuka itaat etme yükümlülüğünün temellendirilmesi, hukuk kurallarının bağlayıcılığı, yaptırımların rolü ve geçerlilik ile meşruiyet arasındaki ilişkinin niteliği gibi konular öne çıkmaktadır. Her ne kadar çağdaş hukuk felsefesine kadar geçen süreçte, hukuki pozitivizm ile doğal hukuk arasında hukukun geçerliliğine ilişkin sorunlarda ortak bir görüşe ulaşılamadığı genel olarak kabul edilse de[754], bu çalışmada çağdaş dönemde iki ekol arasında sınırlı da olsa bazı noktalarda uzlaşmanın bulunduğu belirlenmiştir.

Bu bağlamda, hukuki pozitivizm ve doğal hukuk ekollerinin hukukun geçerliliği tartışmasında öncelikli olarak hukuki geçerlilik kavramını esas aldığı; sosyolojik geçerlilik ve ahlaki geçerlilik biçimlerinin ise hukukun bağlayıcılığına veya meşruiyetine ilişkin ikincil değerlendirmelerde dikkate alındığı gözlemlenmektedir. Bu durum, özellikle çağdaş doğal hukuk teorileri açısından oldukça önemlidir. Bilindiği üzere, klasik doğal hukuk anlayışında hukuki geçerlilik, doğrudan ahlaki geçerlilikle özdeş kabul edilmiştir. Bu kapsamda, açıkça adaletsiz olan yasalar, yetki ve usule uygun olarak çıkarılmış olsalar dahi hukuken geçersiz sayılmıştır. Buna karşılık çağdaş doğal hukuk ekolüne mensup düşünürler, bu katı yaklaşımdan ayrılarak hukukun geçerliliği sorununu, pozitif hukuk sistemi içerisinde belirli yetki ve usul ölçütlerini karşılayan normlar temelinde ele almaya yönelmişlerdir. Özellikle Finnis ve Alexy, hukuki geçerliliği bağımsız bir kavramsal alan olarak incelemiş; ahlaki ölçütleri ise hukukun geçerliliğini sınırlayan veya tamamlayan unsurlar olarak değerlendirmiştir. Bu dönem düşünürleri, hukuk sisteminin toplumsal düzeni sağlamak için istikrarlı biçimde işlemesinin, adaletsiz yasalara karşı mutlak bir dirençten zaman zaman daha öncelikli olabileceği görüşünü

---

[754] Stephen Munzer, *Legal Validity*, Martinus Nijhoff, Lahey, 1972, s.1-2.

benimsemişlerdir. Fuller ise bu konuda Finnis ve Alexy'den farklı bir tutum sergilemiştir. Zira Fuller, hukuki geçerliliği doğrudan ahlaki bir zemine dayandırmıştır. Fakat onun ahlaki gerekçelendirmesi, klasik doğal hukuk anlayışında olduğu gibi içeriksel bir adalet ölçütüne değil, hukuk kurallarının biçimsel tutarlılığına ve işlevsel rasyonelliğine bağlıdır. Bu yönüyle Fuller geçerlilik anlayışında, adaletin içeriksel yorumlarından ziyade, hukukun insan davranışlarını denetim altına alabilmesi için gerekli olan insan doğasına ve insanlık durumuna ait biçimsel koşulları esas almıştır.[755] Böylece çağdaş hukuk felsefesinde doğal hukuk ekolünün, geçerlilik tartışmalarında hem pozitif hukuk kurallarının sistem içindeki statüsünü hem de kuralların ahlaki sınırlarını dikkate alan ve bu iki boyutu uzlaştırmayı amaçlayan bir yaklaşım sergilediği ileri sürülebilir.

Çağdaş hukuk felsefesinde hukuki pozitivizm ve doğal hukuk ekollerinin hukukun geçerliliği sorununa ilişkin görüşlerinde dikkat çeken bir diğer husus, her iki ekolün özellikle son dönem düşünürlerinin, hukuki geçerliliğin hukuka itaat etme yükümlülüğünü zorunlu kılmadığı noktasında ortak bir yaklaşım benimsemiş olmalarıdır. Klasik dönem hukuk kuramlarında, hukuki geçerlilik ile hukuka itaat etme yükümlülüğü arasında doğrudan ve zorunlu bir ilişki olduğu varsayılmış; geçerli bir normun bireyler açısından aynı zamanda bağlayıcı olduğu kabul edilmiştir.[756] Ancak geçerlilik ile yükümlülük arasında kurulan bu otomatik ve tek yönlü bağ, çağdaş hukuk felsefesinde hem hukuki pozitivist hem de doğal hukukçu düşünürler tarafından ciddi biçimde sorgulanmış; geçerliliğin tek başına hukuka itaat yükümlülüğü doğuracağına ilişkin varsayımlar, bu ekoller nezdinde ikna ediciliğini büyük ölçüde yitirmiştir. Nitekim Raz, hukuki geçerliliği bir kuralın hukuk sistemine ait olmasıyla sınırlı bir statü olarak değerlendirirken, yükümlülüğün ise ancak rasyonel sebepler temelinde, bireyin kendi karar alma kapasitesinden daha iyi sonuçlar doğuracak otoriteye sahip kurallar için söz konusu olabileceğini savunmuştur. Benzer şekilde Finnis de, geçerliliği bir kuralın sistem içindeki konumuna bağlamakla birlikte, insanlar açısından bağlayıcılığın yalnızca ortak iyiye hizmet eden ve pratik akın gerekleriyle uyumlu normlar için geçerli olduğunu ileri sürmüştür.

Hukukun geçerliliği ile hukuka itaat etme yükümlülüğü arasındaki zorunlu bağın çözülmesi, iki ekol arasındaki tartışmanın geçirdiği dönüşümü anlamak bakımından oldukça önemlidir. Zira bu çözülmenin temelinde, insanın yalnızca dışsal otoritelerden

---

[755] R. S. Summers, "a.g.m.", s.23-24.
[756] Roscoe E. Hill, "Legal Validity and Legal Obligation", *The Yale Law Journal*, 80/1, 1970, s.48.

gelen buyruklara yaptırım korkusuyla uyan pasif bir varlık değil, ahlaki akıl yürütme yetisine ve sorumluluk duygusuna sahip özerk bir varlık olarak görülmeye başlaması yer almaktadır. İnsan artık, hukuki bir kuralın geçerli olmasıyla yetinmeyip, o kurala uyup uymama kararını gerekçelendirmek isteyen bir özne olarak konumlandırılmaktadır. Bu yönelim, özellikle Hart'ın içsel bakış açısı yaklaşımıyla belirginlik kazanmış; Raz'ın ve çağdaş doğal hukukçu düşünürlerin görüşlerinde ise daha da derinleşmiştir. Doğal hukuk ekolü açısından insanın normatif özneliğine yapılan vurgu köklü bir değişim sayılmasa da, bu yaklaşımın hukuki pozitivizm içinde gelişmiş olması, ekolün klasik yapısından belirli ölçüde uzaklaştığını ve insan merkezli, daha açıklayıcı bir doğrultuya evrildiğini göstermesi bakımından dikkat çekicidir. Dolayısıyla, çağdaş hukuk felsefesinde hukuki pozitivizm ile doğal hukuk ekollerinin bütünüyle ilişkisiz ve karşıt düşünce gelenekleri olmadığını; aksine, hukukun sistemsel geçerliliğinin öncelenmesi ve insan merkezli yükümlülük anlayışı gibi temel meselelerde örtüşen yönlere sahip olduklarını ileri sürmek mümkün görünmektedir.

SONUÇ

Çağdaş hukuk felsefesinde öne çıkan iki ekol üzerine yaptığımız bu inceleme ve değerlendirme çalışmasında, hem hareket noktasını oluşturan sorulara cevap arandı hem de bu iki akım, hukukun ve hukuk felsefesinin temel problemleri açısından karşılaştırıldı. Bu meyanda, öne çıkan ekollerin düşünürlerinin, hukukun ortak sorunlarına dair fikirleri, dolayısıyla hukuki pozitivizm ve doğal hukuk ekollerinin hukuka ilişkin genel görüşleri çözümlenmeye çalışıldı. Böylece iki ekol arasındaki tartışmanın çağdaş hukuk felsefesindeki yansıması eleştirel bir bakışla sunulmaya gayret edildi.

Doğal hukuk, hukukun ne olduğu ve ne olması gerektiği sorularına yanıt arayan hukuk felsefesinin en köklü sistematik ekollerinden biridir. Doğal hukuk, hukukun ve yazılı hukuk kurallarının temelinde akıl aracılığıyla keşfedilen ahlaki ve evrensel ilkelerin bulunduğunu savunan bir ekol olarak özetlenebilir. Hukuk felsefesi tarihinde uzun süre hâkimiyetini sürdüren bu ekol, modern hukuk sistemlerinin gelişimi ve hukuki pozitivizmin yükselişiyle birlikte birçok eleştiriye maruz kalmış ve etkisi önemli ölçüde zayıflamıştır. Hukuki pozitivizm ekolü, doğal hukukun aksine, hukuku toplumsal bir olgu olarak ele almış ve onu değer nitelikli unsurlardan bağımsız bir şekilde tanımlamayı amaçlamıştır. Bilimde pozitivist düşüncenin sağladığı başarıların da etkisiyle, hukuki pozitivizmin bu amacı birçok düşünür tarafından desteklenmiş ve hukuki pozitivizm hâkim görüş haline gelmiştir. Bu çalışma, hukuki pozitivizmin üstünlüğü karşısında "Doğal hukuk öldü mü?" sorusuna duyulan felsefi bir merakla başlamış ve bu soru, çağdaş hukuk felsefesinde hukuki pozitivizmi ve doğal hukuku savunan düşünürlerin teorileri çerçevesinde sorgulanmıştır.

Bu bağlamda, çalışmada ulaşılan temel sonuç, doğal hukukun çağdaş hukuk felsefesinde tümüyle etkisini yitirmiş ve tarihsel bir kuram olarak sona ermiş sayılmasının mümkün olmadığıdır. Zira doğal hukuk, klasik biçiminden farklılaşmış olsa da, hukukun yalnızca olgusal gerçekliklere, sosyal uygulamalara ya da kurumsal pratiklere indirgenemeyeceğini savunmakta; hukukun anlamının ve bağlayıcılığının ahlaki, rasyonel ve normatif temellerle açıklanması gerektiğini ileri sürmeye devam etmektedir. Bu çerçevede çağdaş dönem doğal hukuk anlayışını klasik yorumundan ayıran temel fark, hukuku aşkın bir gerçekliğe dayalı evrensel bir düzen olarak görmek yerine, onu pozitif hukukla etkileşim içinde, insanın amacı, değeri ve gelişimiyle ilişkilendiren pratik bir alan olarak ele almasıdır. Bu anlayış, insanın yalnızca hukuk düzeninin pasif bir unsuru

değil, hukuki düşüncenin merkezî öznesi olduğunu vurgulayan bir yaklaşıma dönüşmüş durumdadır. Bu dönüşüm, yalnızca içeriksel bir yeniden konumlanma ile sınırlı kalmamış, çağdaş doğal hukuk anlayışı, aynı zamanda yöntemsel düzeyde de dönüşüm geçirmiştir. Çağdaş temsilciler, görüşlerini rasyonel argümanlarla temellendirmekte, mantıksal çözümlemelere başvurmakta ve analitik çerçevede tartışma yürütmektedir. Bu durum, doğal hukukun yalnızca kavramsal değil, yöntemsel olarak da çağdaş hukuk düşüncesiyle uyumlu hale gelerek varlığını sürdürdüğünün bir diğer göstergesidir.

Hukuki pozitivizm, kurumsal ve biçimsel açıklama gücüyle çağdaş düşüncede güçlü bir konuma sahip olsa da; Bix'in de belirttiği üzere, günümüzde pozitif hukukun tarihsel ve kültürel bağlamından bağımsız, ayrı bir bilimsel araştırma nesnesi olduğunu savunan hukuki pozitivizm ekolü, geçmişe kıyasla daha az önem taşımaktadır.[757] Zira, hukuki pozitivizm ekolünün, pozitif hukukun kaynağını gözlem ve analiz yöntemleriyle temellendirme, normatifliğini ahlaktan bağımsızlaştırarak gerekçelendirme ve pozitif hukukun adaletle olan ilişkisini açıklama çabalarında kimi zaman yetersiz kaldığı, çelişkili sonuçlara ulaştığı veya kaçınılmaz olarak değer nitelikli unsurlara başvurduğu görülmektedir. Çağdaş dönemde doğal hukukun canlanışı, hukuki pozitivizmin hukuku, insani, ahlaki ve rasyonel yönleriyle ifade edilen ideal boyutundan bağımsız olarak açıklamakta yaşadığı bu güçlüklerle doğrudan ilişkilidir. Bu çerçevede doğal hukuk, pozitif hukukun insan yaşamıyla kurduğu değer temelli ilişkinin yeniden düşünülmesine duyulan ihtiyaç doğrultusunda gelişmiş ve hukuk düşüncesinde, hukukun yalnızca olgusal boyutunu değil, aynı zamanda ideal boyutunu da vurgulayan tamamlayıcı bir düşünsel kaynak olarak yer edinmiştir. Üstelik, bu gelişim doğrultusunda, özellikle hukukun özü, kaynağı ve geçerliliği gibi meselelerde, doğal hukuk ve hukuki pozitivizm arasında kavramsal düzeyde dikkat çekici bir yakınlaşma olduğu tespit edilmiştir. Dolayısıyla "Doğal hukuk öldü mü?" sorusuna verilecek en güçlü yanıt, onun yalnızca yaşamakta olduğu değil, aynı zamanda hukukun normatif boyutuna anlam kazandırma potansiyelini hâlâ taşıdığı yönündedir. Böylece, çağdaş dönemde doğal hukuk ekolünün geçirdiği içeriksel ve yöntemsel dönüşüm göz önüne alındığında, doğal hukukun hukuk felsefesindeki etkisinin sona erdiği yönündeki yaygın kanaatin ikna edici görünmediğini düşünüyoruz.

---

[757] B. H. Bix, "Legal Positivism", s.30.

Doğal hukuk ekolünün çağdaş hukuk felsefesinde tümüyle etkisini yitirmediği yönündeki bu değerlendirmeyi daha sağlam bir zemine oturtabilmek için, doğal hukuk ve hukuki pozitivizm ekollerinin çağdaş dönemde birbirleriyle kurdukları kuramsal ilişkilerin daha derinlikli biçimde incelenmesi gerekli hale gelmiştir. Bu sorgulama kapsamında, çalışmada yanıt aranan bir diğer temel soru şu olmuştur: Çağdaş hukuk felsefesinde hukuki pozitivizm ile doğal hukuk ekolleri arasında mutlak bir ayrım yapmak ve bu iki ekolün birbirine karşıt olduğunu söylemek mümkün müdür? Bu soru, öncesinde şu alt soruları tartışmayı gerekli kılmıştır: (1) Çağdaş hukuk felsefesinde doğal hukuk ekolü, hukukun olgusal boyutunu; hukuki pozitivizm ekolü ise hukukun ideal boyutunu tamamen reddetmekte midir? (2) Çağdaş hukuk felsefesinde ortak bir hukuki pozitivizm ve ortak bir doğal hukuk anlayışına yönelik uzlaşıdan söz edilebilir mi? (3) Bu iki ekolün uzlaştırılmasının ve bütüncül bir yaklaşım geliştirmenin imkânı nedir? Çalışmada bu sorular bağlamında, hukuki pozitivizm ile doğal hukuk ekolü arasındaki etkileşim ve olası sentez imkanları değerlendirilmiştir. Bu değerlendirme, her iki ekolün çağdaş dönem düşünürlerinin hukukun özü, kaynağı ve geçerliliği sorunlarına dair geliştirdikleri teorileri kapsamında gerçekleştirilmiştir. Bu bağlamda, hukuki pozitivizm ekolünü benimseyen Austin, Kelsen, Hart ve Raz'ın; doğal hukuku savunan düşünürler olarak ise Fuller, Finnis ve Alexy'in hukuk teorilerine başvurulmuştur.

Bu düşünürler, temsil ettikleri ekoller içerisinde savundukları tezler bakımından farklı sınıflara dahil edilmektedir. Nitekim, çalışmanın çeşitli bölümlerinde bahsedildiği üzere, hukuki pozitivist düşünürler arasında Kelsen normativist pozitivist, Hart kapsayıcı/ılımlı hukuki pozitivist, Raz ise dışlayıcı/sert pozitivist olarak değerlendirilmektedir. Benzer şekilde, hukukun hem olgusal hem de ideal bir doğaya sahip olduğunu savunan Alexy, ne tamamen hukuki pozitivist ne de tamamen doğal hukukçu olarak sınıflandırılmakta; bu yönüyle, non-pozitivist bir düşünür olarak nitelendirilmektedir. Biz bu çalışmada, düşünürlere atfedilen farklı sınıflandırmaların onların görüşleriyle ne ölçüde örtüştüğünü sorgulamaktan ziyade, hukukun temel meselelerine ilişkin öne sürdükleri tezlere odaklandık.

Klasik anlamda doğal hukuk ve hukuki pozitivizm ekollerinin, hukukun farklı boyutlarını ele alan teorik çerçeveler sunduğu ortaya konulmuştur. Bu kapsamda, hukuki pozitivizm hukuku yalnızca olgusal kaynaklara, doğal hukuk ise hukuku sadece ahlaki ve rasyonel ilkelere dayanan bir sistem olarak değerlendirmektedir. Bu durum karşısında, hukuki pozitivizm hukukun ahlaki meşruiyet ve adalet boyutunu göz ardı etmesi; doğal

hukuk ise hukukun nesnellik, öngörülebilirlik ve kesinlik gibi niteliklerine yeterli önemi vermemesi nedeniyle eleştirilmiştir. Buradan hareketle, çağdaş hukuk felsefesinde bazı hukuki pozitivist düşünürlerin hukukun ideal boyutunu teorik düzlemde ele almaya başladıkları, doğal hukukçu düşünürlerin ise hukukun olgusal yapısını dikkate alan daha bütüncül yaklaşımlar benimsedikleri görülmektedir. Bu durum, her iki ekole yöneltilen eleştirilerin etkisiyle, düşünürlerin pozisyonlarını yeniden değerlendirdiklerini ve kendi yaklaşımlarını belirli noktalarda genişleten iddialar öne sürdüklerini göstermektedir.

Bu doğrultuda, çağdaş hukuk felsefesinde, hukuki pozitivizm ekolünün hukukun ideal boyutunu bütünüyle reddettiği ya da doğal hukuk ekolünün hukukun olgusal boyutunu tamamen dışladığı söylenemez. Her iki yaklaşım, tarihsel gelişimleri boyunca kendi merkezî önceliklerini korumakla birlikte, çağdaş temsilcileri aracılığıyla karşıt kutuplar olmaktan uzaklaşmış; hukukun hem ahlaki hem olgusal yönünü içeren daha bütüncül çerçeveler geliştirmeye yönelmişlerdir. Örneğin, Hart ve Raz gibi çağdaş hukuki pozitivistler, hukuk ile ahlak arasında kavramsal olarak zorunu bir bağlantı olmadığını savunsalar da, hukuk sistemlerinin meşruiyeti ve otorite ilişkileri söz konusu olduğunda ahlaki değerlere dolaylı biçimde başvurmuşlardır. Özellikle dışlayıcı hukuki pozitivist olarak anılan Raz, hukuki pozitivistlerin belirli durumlarda ahlaki terimlerle konuşabileceğini ve hukukun içsel normatifliğini kabul edebileceğini açıkça ifade etmektedir.[758] Benzer biçimde bir doğal hukukçu olarak Finnis, hukukun ahlaki temellerini savunmakla birlikte, hukuki pozitivizm tarafından vurgulanan hukukun biçimsel özelliklerini de göz ardı etmemektedir. Nitekim Hart, bu yönüyle Finnis'in "pozitivist hukuk teorisinin rakibi olmaktan ziyade onun tamamlayıcısı" olduğunu söylemiştir.[759] Bu çerçevede yapılan değerlendirmeler neticesinde, çağdaş dönemde hukuki pozitivist düşünürlerin normatifliğin açıklanmasında değer tartışmalarını bütünüyle dışlamanın zorluklarını fark ettikleri ve hukuk ile ahlak arasında yeni ilişki kurma biçimlerine yöneldikleri; doğal hukukçu düşünürlerin ise hukukun uygulanabilirliği, biçimsel özellikleri ve kurumsal işleyişi gibi olgusal yönleri göz ardı etmeden, ahlaki gerekçelendirmenin gerekliliğini vurguladıkları savunulmuştur. Bu nedenle, çağdaş hukuk felsefesinde her iki ekolün de birbirlerinin temel meselelerine karşı daha duyarlı hale geldiği, hatta bazı tartışmalarda örtüşen bakış açıları geliştirdikleri görülmektedir.

---

[758] J. Raz, "Legal Validity", s.351-352.
[759] H. L. A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, s.10.

Buna ilaveten, Hart ve Raz'a kıyasla, hukukun tanımında ahlaki ölçütlere yer verilmemesi gerektiğini daha katı biçimde savunan ve hukuk ile ahlak arasında çok daha keskin bir ayrım yapan Austin ve Kelsen'in, ahlakın varlığını reddettikleri ya da ahlak teorilerine ilgisiz kaldıkları söylenemez. Nitekim Austin, ahlaki duyguların ve ahlaki ilkelerin insan davranışları üzerinde etkili olduğunu ve ahlaki değerlendirmelerin zaman zaman pozitif hukukla örtüşebileceğini kabul etmekte; ancak, ahlakın kaynağı bakımından belirsiz olması ve nesnel ilkeler içermemesi nedeniyle hukuk alanına dahil edilmemesi gerektiğini vurgulamaktadır.[760] Kelsen ise, hukukun ahlaki değerlere uygun olması gerektiği yönündeki beklentiyi bütünüyle reddetmez. Onun karşı çıktığı asıl yaklaşım, hukukun ahlaki bir karakter taşıdığı veya ahlakın bir dalı olduğu yönündeki görüştür. Kelsen'e göre, bu tür kavrayışlar hukukun tanımına değer yüklü unsurlar ekleyerek, onun bağımsız ve tarafsız yapısını zedeler.[761] Ancak bu durum, Kelsen'in ahlaki değerlendirmelerin toplumsal veya hukuki düzlemde önemini inkâr ettiği anlamına gelmez. Dolayısıyla Austin ve Kelsen, hukuk ile ahlakı normatif ya da kuramsal düzlemde birbirinden ayırmakla birlikte, ahlakın varlığını ve hukuk üzerindeki etkisini dışlamamaktadır. Ayrıca, kanaatimizce, hukuki pozitivist düşünürlerin hukukun tanımında ahlaka yer vermemesi ya da hukuku değer içerikli tüm unsurlardan bağımsız bir şekilde ele alması, ahlaki değerlerden tamamen arınma çabası olarak değil; aksine, değerler arasında bilinçli bir tercihin ifadesi olarak değerlendirilmelidir. Bu durum, nihayetinde belirli bir ahlaki pozisyonun benimsenmesini de beraberinde getirmektedir.

Çalışmada ele alınan ikinci alt soru, çağdaş hukuk felsefesinde ortak bir hukuki pozitivizm veya ortak bir doğal hukuk anlayışından söz edilip edilemeyeceğidir. Bu soruya ilişkin yapılan değerlendirmeler neticesinde, hukuki pozitivist ve doğal hukukçu düşünürlerin kendi aralarında tam bir fikir birliğine vardığını söylemenin mümkün olmadığı sonucuna varılmıştır. Bu çalışmada yer verdiğimiz her bir düşünür, kendi teorisini inşa ederken, mensubu olduğu ekolün önceki temsilcilerinden ya da karşıt ekolün düşünürlerinden etkilenmiş; onların argümanlarını eleştirmiş veya bu argümanlara yöneltilen eleştirileri dikkate alarak konumlanmıştır. Bu durum, düşünürlerin savundukları yaklaşımlara zamanla yeni kavramlar ve argümanlar eklemelerine, dolayısıyla her iki ekolün de başlangıçtaki temel iddialarından farklılaşarak daha kapsamlı ve çeşitli kuramsal yapılara evrilmesine yol açmıştır. Ancak, bu dönüşüm, bir

---

[760] J. Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, s.62, 92, 111.
[761] H. Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş*, s.13-14.

kırılma ya da tutarsızlık olarak değil; düşünsel gelişim sürecinin doğal ve kaçınılmaz bir sonucu olarak yorumlanmalıdır.

Bununla birlikte, çalışmada yapılan felsefi değerlendirmeler neticesinde, gerek her iki ekolün kendi içinde gerekse ekoller arasında tam bir fikir birliği bulunmasa da, her iki ekolün çağdaş temsilcilerinin genel olarak hukukun ne yalnızca olgusal ne de yalnızca ahlaki dayanaklara indirgenemeyeceği yönünde ortak bir anlayış geliştirdikleri savunulmuştur. Elbette amacımız, bu iddianın çağdaş hukuk felsefesinde hukuki pozitivizmi ya da doğal hukuku savunan tüm düşünürler açısından geçerli ve kapsayıcı olduğunu ileri sürmek değildir. Esasen, böyle bir beklenti içerisinde olmak, felsefi düşüncenin çoğulcu ve eleştiriye dayalı dinamik yapısıyla da bağdaşmayacaktır. Fakat bu duruma istinaden, her dönemin ruhunu şekillendiren genel eğilimlerin ve ortak yönelimlerin olduğu da göz ardı edilemez. Çağdaş dönemin genel eğilimi göstermektedir ki, ortak bir doğal hukuk ve ortak bir hukuki pozitivizm anlayışı olmasa da, bu iki ekol arasındaki geleneksel karşıtlık mutlak bir ayrım olarak sürdürülememekte; hukuk olgusal ve ahlaki boyutlarıyla birlikte daha uzlaşımcı ve bütüncül bir yaklaşımla ele alınmaktadır. Nitekim Alexy de bu dönüşüme işaret ederek, günümüzde hem pozitivist hem de pozitivist olmayan düşünürlerin, hukukun yalnızca salt olgusal unsurlardan ibaret olmadığını, hukukun aynı zamanda doğruluk ya da adalet gibi normatif iddialar taşıdığı konusunda ortak bir anlayış geliştirdiklerini belirtmektedir.[762] Alexy'nin bu tespiti, çağdaş hukuk felsefesinin mutlak karşıtlıklardan uzaklaşarak daha bütüncül bir yaklaşıma yöneldiği yönündeki kanaatimizi desteklemektedir.

Bu bağlamda, çalışmada hukuki pozitivist ve doğal hukukçu düşünürlerin hukukun özü, kaynağı ve geçerliliği gibi temel sorunlara yönelik görüşleri üzerine yapılan değerlendirmeler, uzlaşımcı ve bütüncül yaklaşımların özellikle çağdaş doğal hukuk ekolünde daha belirgin bir biçimde ortaya çıktığını göstermektedir. Ele aldığımız doğal hukukçu düşünürler, bu temel sorunları mutlak içeriksel doğruluk ölçütlerine dayandırmak yerine, aşırı adaletsizlik gibi sınır durumlar üzerinden değerlendirmekte; pozitif hukuk sisteminin biçimsel yapısını göz ardı etmeksizin görüşlerini sisteme uygunluk ilkesi zemininde temellendirmekte; ayrıca aşkın ve sezgisel değer iddialarından ziyade, rasyonel gerekçelendirme ve analitik açıklık çerçevesinde savunularını yapılandırmaktadır. Bu durum, çağdaş doğal hukuk anlayışının hukuki pozitivizmle

[762] R. Alexy, "Law and Correctness", s.205.

uyumlu bir çerçevede yeniden yorumlandığı ve karşıtlıktan uzak bir yaklaşımın benimsendiği yönünde güçlü bir izlenim vermektedir.

Bu izlenimi destekleyen bir örnek olarak, Fuller'in doğal hukuk anlayışı gösterilebilir. Fuller, hukuk anlayışını sekiz ahlaki ilkeye dayanan biçimsel tutarlılık ve işlevsel rasyonellik çerçevesinde temellendirmiştir. Bu ilkeler, yalnızca hukuki kuralların yapısal koşullarını tanımlayan teknik gereklilikler değil, aynı zamanda insan onuruna saygıyı ve hukukun iç ahlakını korumayı amaçlayan unsurlar olarak kabul edilmiştir. Bu yaklaşımıyla Fuller, hem doğal hukuk geleneğiyle bağını sürdürmüş hem de pozitif hukukla kuramsal çatışmaya yol açmayan bir teori sunmuştur.

Doğal hukuk ekolünün hukukun olgusal yönüyle daha uzlaşımcı bir ilişki kurmaya yönelmesine karşın, çağdaş hukuki pozitivist düşünürlerin hukukun ideal boyutuna daha temkinli ve sınırlı bir biçimde yaklaştıkları görülmektedir. Nitekim bu düşünürler, hukukun toplumdaki işlevi ve insan davranışlarını düzenleme kapasitesiyle ilgili pek çok meselede ahlaki değerlere başvursalar da, hukuk ile ahlak arasında kavramsal bir ayrımın olduğunu savunmaya devam etmektedirler. Bu nedenle, doğrudan doğal hukukla ya da ahlaki temellendirmelerle kuramsal bir uzlaşı arayışını açıkça dile getirdikleri örneklere pek rastlanmamaktadır. Bu noktada ifade edilmelidir ki, hukuki pozitivist düşünürlerin doğal hukuk anlayışına yönelttikleri temel eleştiriler, daha çok klasik doğal hukukun metafiziksel kabullerine ve teleolojik yapısına yöneliktir. Hukukun kaynağının aşkın bir akılla temellendirilmesi ve her hukuk kuralının evrensel bir amaca yönelik olması gerektiği varsayımı, hukuki pozitivistlerce problemli bulunmuş ve reddedilmiştir. Ancak daha önce de belirtildiği üzere, çağdaş dönemde doğal hukuk anlayışı, klasik formülasyonundan önemli ölçüde uzaklaşmıştır. Hatta Finnis, —her ne kadar bu görüşe katılmasak da— geçmişten bugüne, hukuki pozitivistlerin eleştirdiği türde evrensel bir amaçtan ya da kendi ifadesiyle genel bir "ortak iyiden" söz eden hiçbir doğal hukukçunun olmadığını öne sürmüştür.[763] Bu çalışmada ulaşılan sonuca göre, çağdaş doğal hukuk ekolü, hukuku insan yaşamının temel gereksinimleri, toplumsal pratikler ve insanların adalet, güvenlik, eşitlik, saygı gibi gözlemlenebilir talepleri doğrultusunda şekillenen ahlaki ilkelerle temellendirmekte; bu yönüyle aşkın ve teleolojik bir düzenden ziyade, insan merkezli ve yaşanabilir bir hukuk düzenini esas alan bir yaklaşıma evrilmiş görünmektedir. Kanaatimizce bu anlamıyla doğal hukuk ekolünün ahlak anlayışı, hukuki

[763] J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, s.29-30.

pozitivist düşünürlerin toplumsal işlevsellik ve insani ihtiyaç temelli normatiflik fikrinden farklı değildir.

Bu bağlamda, hukuki pozitivist bakış açısından Hart'ın ve Raz'ın görüşleri, çağdaş hukuk felsefesinde hukuki pozitivizm ile doğal hukuk arasında varsayılan keskin ayrımın mutlak olmadığını ve iki ekol arasında sınırlı da olsa bir uzlaşımın mümkün olduğunu ortaya koyan önemli örneklerdir. Hart, insan doğasında yer alan yaşamın korunması, güvenliğin sağlanması, gönüllü iş birliğinin teşvik edilmesi gibi bazı temel gerekliliklerin hukuk sistemlerinde kaçınılmaz olarak yer alması gerektiğini kabul etmektedir. Bu kabul, onun "doğal hukukun asgari içeriği" anlayışında ifadesini bulmakta ve hukukun, asgari düzeyde dahi olsa belirli insani değerleri içermeden işlerliğini sürdüremeyeceğini göstermektedir.[764] Ancak Hart, bu yaklaşımın bir doğal hukuk savunusu olarak değerlendirilmemesi gerektiğini özellikle vurgular; zira ona göre hukukun tanımına ahlaki ölçütlerin dahil edilmesi zorunlu değildir. Bu yönüyle Hart, diğer hukuki pozitivist düşünürler de olduğu gibi, doğal hukuk anlayışıyla arasında belirli bir kavramsal sınır çizme çabasını sürdürmektedir.

Hukuk kurallarının geçerli olması için ahlaki sebepler barındırmasının zorunlu olmadığını belirten Raz ise "eğer hukukla ilgili ifadeler bağlamdan bağımsız olarak ahlaki bir onay anlamına gelmiyorsa, o zaman hukuki pozitivizm ve doğal hukuk arasındaki uçurum abartılmıştır"[765] şeklindeki değerlendirmesi ile hukuki pozitivizmin doğal hukukla kurduğu ilişkinin sanılandan daha ılımlı ve esnek bir niteliğe sahip olduğunu göstermektedir. Zira çağdaş hukuk felsefesinde doğal hukuk ekolü, her hukuki ifadenin zorunlu olarak ahlaken doğru olması gerektiğini savunmaz; aksine, ahlaken geçerli olmayan kurallara pozitif hukuk sisteminin istikrarını ve öngörülebilirliğini korumak amacıyla belirli durumlarda uyulması gerekebileceğini öne sürer. Dolayısıyla çalışmada ulaştığımız sonuca göre, hukuki pozitivizm doğrudan uzlaşımcı bir tutumu benimsemese ve hukuk ile ahlak arasında kavramsal olarak zorunlu bir bağın bulunduğu iddiasını reddetmeye devam etse de, hukuk ile ahlak arasında mutlak bir kopuş olmadığını ve pozitif hukuk ile doğal hukuk arasında belirli düzeyde bir etkileşimin kaçınılmaz olduğunu zımnen kabul etmektedir.

---

[764] H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, s.193.
[765] J. Raz, "a.g.m.", s.352.

Bu doğrultuda, çalışma kapsamında son olarak yanıt aranan, “iki ekolün uzlaştırılması ve bütüncül bir yaklaşım geliştirilmesinin imkânı” sorusuna ilişkin ulaştığımız sonuç şu şekilde özetlenebilir: Çağdaş hukuk felsefesinde hukuki pozitivizm ve doğal hukuk ekolleri arasındaki teorik düzeydeki farklılıklar göz ardı edilemez olsa da, bu iki ekolün mutlak karşıtlık içinde konumlandırılmasının giderek zorlaştığı görülmektedir. Hukukun hem toplumsal işleyişe uygunluk hem de ahlaki temellere dayanan meşruiyetle açıklanmasına yönelik ihtiyaç, her iki yaklaşımın kavramsal katkılarını bir araya getiren daha bütüncül bir perspektifi gerekli kılmaktadır. Bu doğrultuda, iki ekolün uzlaştığı sınırlı zeminlerin güçlendirilmesi, hukukun hem normatif değerini hem de pratik işlevini gözeten daha dengeli ve insan merkezli bir hukuk anlayışına katkı sağlayabilir.

KAYNAKLAR

Adal, E. (1985). *Hukukun Temel İlkeleri*, Fatih Yayınevi, İstanbul.

Aiyar, S. (2000). "The Problem of Law's Authority: John Finnis and Joseph Raz on Legal Obligation", *Law and Philosophy,* 19/4, ss.465-489.

Alexy, R. (1998). "Law and Correctness", *Current Legal Problems,* 51/1, ss.205-221.

Alexy, R. (1999). "The Special Case Thesis", *Ratio Juris,* 12/4, 1999, ss.374-384.

Alexy, R. (2000). "On the Structure of Legal Principles", *Ratio Juris,* 13/3, ss.294-304.

Alexy, R. (2000). "On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin's Critique", *Ratio Juris,* 13/2, ss.138-147.

Alexy, R. (2004). *The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism*, (çev. Stanley L. Paulson and Bonnie Litschewski Paulson), Clarendon Press, Oxford.

Alexy, R. (2007). "On Two Juxtapositions: Concept and Nature, Law and Philosophy", *Ratio Juris,* 20/2, ss.162-169.

Alexy, R. (2008). "On the Concept and the Nature of Law", *Ratio Juris,* 21/3, ss.281-299.

Alexy, R. (2010). "The Dual Nature of Law", *Ratio Juris,* 23/2, ss.167-182.

Alexy, R. (2012). "Comments and Responses", *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy* içinde, (ed. Matthias Klatt), Oxford University Press, Oxford, ss.319-356.

Alexy, R. (2017). "The Ideal Dimension of Law", *Natural Law Jurisprudence* içinde, (eds. George Duke and Robert P. George), Cambridge University Press, Cambridge, ss.314-341.

Alonso, F. H. L. (2012). "Cicero and Natural Law", *ARSP: Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy,* 98/2, ss.57-168.

Altınörs, A. (2001). *Anlam, Doğrulama ve Edimsellik: Austin Üzerine Bir İnceleme,* Alfa Yayınları, İstanbul.

Amselek, P. (1993). "Norm ve Yasa", *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi 1. Kitap* içinde, (çev. Zeynep Özlem Üskül), Nüans Basın Yayın, İstanbul, ss.33-53.

Anderson, O. (2006). "Metaphysical Foundations for Natural Law", *New Blackfriars,* 87/1012, ss.617-630.

Aquinas, T. (1952). *The Summa Theologica II*, (çev. Fathers of the English Dominican Province), University of Chicago Press, Chicago.

Aral, V. (1978). *Kelsen'in Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul.

Aristoteles. (2012). *Nikomakhos'a Etik*, (çev. Saffet Babür), BilgeSu Yayıncılık, Ankara.

Aristoteles. (2014). *Politika*, (çev. Mete Tunçay), Remzi Kitabevi, İstanbul.

Aristoteles. (2018). *Metafizik*, (çev. Y. Gurur Sev), Pinhan Yayıncılık, İstanbul.

Aristoteles. (2019). *Retorik*, (çev. Mehmet H. Doğan), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul.

Audi, R. (1999). "Rights", *The Cambridge Dictionary of Philosophy* içinde, Cambridge University Press, Cambridge.

Austin, J. (1940). *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, (Robert Campbell tarafından gözden geçirilmiş ve düzenlenmiş basım), John Murray, Londra.

Austin, J. (2015). *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, (çev. Ülker Yükselbaba, Saim Üye, Umut Koloş), Tekin Yayınevi, İstanbul.

Balan, A. (2018). "Orta Yolcu Bir Formül Olarak Radbruch Formülü", *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8/1, ss.69-93.

Baur, M. (2005). "In Defense of Finnis on Natural Law Legal Theory", *Vera Lex*, 6, ss.35-56.

Bentham, J. (2017). *Ahlak ve Yasama İlkeleri*, (çev. Ömer Saruhanlıoğlu ve Uğur Kaşif Boyacı), Litera Yayıncılık, İstanbul.

Bertea, S. (2007). "A Critique of Inclusive-Positivism", *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, 93/1, ss.67-81.

Bix, B. H. (1999). *Jurisprudence*, Sweet&Maxwell, London.

Bix, B. H. (2003). "Raz on Necessity", *Law and Philosophy*, 22/6, ss.537-559.

Bix, B. H. (2005). "Legal Positivism", *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory* içinde, (ed. Martin P. Golding & William A. Edmundson), Blackwell Publishing, Malden, ss.29-49.

Bix, B. H. (2006). "Robert Alexy, Radbruch's Formula, and the Nature of Legal Theory", *Rechtstheorie*, 37/2, ss.139-149.

Bix, B. H. (2010). "Natural Law Theory", *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* içinde, (ed. Dennis Patterson), Wiley-Blackwell Publishing, Chichester, ss.211-227.

Bix, B. H. (2012). "John Austin and Constructing Theories of Law", *The Legacy of John Austin's Jurisprudence* içinde, (ed. Michael Freeman, Patricia Mindus), Springer, Dordrechts.

Bjarup, J. (2005). "Continental Perspectives on Natural Law Theory and Legal Positivisim", *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory* içinde, (ed. Martin P. Golding & William A. Edmundson), Blackwell Publishing, Malden, ss.287-299.

Bodenheimer, E. (1974). *Jurisprudence: The Philosophy and Method of the Law*, Harvard University Press, Cambridge.

Boyle, J. (1994). "Natural Law and the Ethics of Traditions", *Natural Law Theory: Contemporary Essays* içinde, (ed. Robert P. George), Clarendon Press, Oxford, ss.3-30.

Boyle, J. (2004). "Natural Law and Global Ethics", *Natural Law and The Possibility of A Global Ethics* içinde, (ed. Mark J. Cherry), Kluwer Academic Publishers, Dordrecht.

Campbell, T. (2004). *Prescriptive Legal Positivism: Law, Rights and Democracy*, UCL Press, London.

Campbell, T. (2006). *Rights*, Routledge, Abingdon Oxon.

Campbell, T. D. (2016). *The Legal Theory of Ethical Positivism*, Routledge, Abingdon.

Cassirer, E. (2000). "Aydınlanma Çağının Düşünme Biçimi", (çev. Doğan Özlem), *Toplumbilim Aydınlanma Özel Sayısı,* 11, ss.37-50.

Cassirer, E. (2015). *Sembolik Formlar Felsefesi-I Dil*, (çev. Milay Köktürk), Hece Yayınları, Ankara.

Celano, B. (2000). "Kelsen's Concept of the Authority of Law", *Law and Philosophy*, 19/2, ss.173-199.

Ceylan, Ş. Ş. (2014). *H. L. A. Hart'ın Hukuk Kuramı,* On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.

Cevizci, A. (2010). *Paradigma Felsefe Sözlüğü*, Paradigma Yayıncılık, İstanbul.

Chloros, A. G. (1958). "What is Natural Law?", *The Modern Law Review*, 21/6, ss.609-622.

Cicero. (2018). *Yasalar Üzerine*, (çev. C. Cengiz Çevik). Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul.

Clark, R. S. (1969). "Hans Kelsen's Pure Theory of Law", *Journal of Legal Education*, 22/2, ss.170-196.

Coleman, J. L. (1982). "Negative and Positive Positivism", *The Journal of Legal Studies*, 11/1, ss.139-164.

Coleman, J. L. (1991). "Rules and Social Facts", *Harvard J. L.&Public Policy*, 14, ss.703-725.

Coleman J. L. (1998). "Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis", *Legal Theory*, 4, ss.381-425.

Coleman, J. L. (2001). "The Conventionality Thesis", *Philosophical Issues*, 11, ss.354-387.

Coleman, J. L., Leiter B. (2010). "Legal Positivism", *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* içinde, (ed. Dennis Patterson), Oxford.

Comte, A. (1964). "Pozitif Felsefe Dersleri", (çev. Ümid Meriç), *İstanbul Üniversitesi Sosyoloji Dergisi*, 2/19-20, ss.213-258.

Cotterrell, R. (1989). *The Politics of Jurisprudence A Critical Introduction to Legal Philosophy*, Butterworth, London.

Crombie, A. C. (1959). *Medieval and Early Modern Science Volume II* , Doubleday Anchor Books, New York.

Crowe, M. B. (1977). *The Changing Profile of Natural Law*, Nijhoff, The Hague.

Crowe, J. (2019). *Natural Law and The Nature of Law*, Cambridge University Press, Cambridge.

Çeçen, A. (1975). "Hukukta Norm ve Adalet", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 32/1, ss.71-115.

Decew, J. W. (1985). "Realities About Legal Realism", *Law and Philosophy*, 4/3, ss.405-422.

Denkel, A. (2020). *İlkçağ'da Doğa Felsefeleri*, Doğu Batı Yayınları, Ankara.

Devlin, P. (1959). "The Enforcement of Morals", *Proceedings of the British Academy*, 45, ss.129-151.

Dewey, J. (1894). "Austin's Theory of Sovereignty", *Political Science Quarterly*, 9/1, ss.31-52.

Dilcher, G. (1974). "Bilimsel Metot ve Siyasal Karar Aracı Olarak Hukuki Pozitivizm" (çev. Ahmet Mumcu). *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* 31/1 s.467-485.

Donnelly, J. (1980). "Natural Law and Right in Aquinas' Political Thought", *The Western Political Quarterly*, 33/4, ss.520-535.

Duguit, L. (2019). *Hak Kavramı ve Devletin Dönüşümü Üzerine Üç Konferans*, (çev. Edip Serdengeçti), Pinhan Yayıncılık, İstanbul.

Dworkin, R. (1965). "Philosophy, Morality, and Law-Observations Prompted by Professor Fuller's Novel Claim", *University of Pennsylvania Law Review*, 113/5, ss.668-690.

Dworkin, R. (2018). *Hukukun Hükümranlığı*, (çev. Ertuğrul Uzun), Nora Kitap, İstanbul.

Eleftheriadis, P. (2010). "Law and Sovereignty", *Law and Philosophy*, 29/5, ss.535-569.

Finnis, J. (2011). *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, New York.

Finnis, J. (2014). "What is the Philosophy of Law?", *The American Journal of Jurisprudence*, 59/2, ss.133-142.

Fuller, L. L. (1946). "Reason and Fiat in Case Law", *Harvard Law Review*, 59/3, ss.376-395.

Fuller, L. L. (1958). "Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart", *Harward Law Review*, 71/4, ss.630-672.

Fuller, L. L. (1965). "A Reply to Professors Cohen and Dworkin", *Villanova Law Review*, 10/4, ss.655-666.

Fuller, L. L. (1969). *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven.

Fuller, L. L. (2001). "Human Interaction and Law", *Principles of Social Order Selected Essays of Lon L. Fuller* içinde, (ed. Kenneth I Winston), Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, ss.231-266.

Fuller, L. L. (2017). "Pozitivizm ve Hukuka Bağlılık-Profesör Hart'a Bir Cevap", *H. L. A. Hart ve Hukuk-Ahlak Ayrımı* içinde, (ed. Sercan Gürler), Tekin Yayınevi, İstanbul, ss.153-217.

Fuller, L. L. (2019). *Hukukun Ahlakı*, (çev. Engin Arıkan), Tekin Yayınevi, İstanbul.

Gaido, P. (2011). "The Purpose of Legal Theory: Some Problems with Joseph Raz's View", *Law and Philosophy*, 30/6, ss.685-698.

Gardner, J. (2012). "How Law Claims, What Law Claims", *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy* içinde, (ed. Matthias Klatt), Oxford University Press, Oxford, ss.29-44.

Garner, B. A. (2009). *Black's Law Dictionary 9.Edition*, Thomson Reuters, St. Paul.

Gilson, E. (2005). *Ortaçağ Felsefesinin Ruhu*, (çev. Şamil Öçal), Açılım Kitap, İstanbul.

Grotius, H. (1967). *Savaş ve Barış Hukuku*, (çev. Seha L. Meray), Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara.

Gülgeç, Y. B. (2017). "Interrelationship Between Validity, Efficacy and Coerciveness", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 66/4, ss.677-729.

Gülgeç, Y. B. (2017). "Uluslararası Hukukun Teorik Kaynağı Olarak Temel Norm ve Tanıma Kuralının Değerlendirilmesi", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2, ss.81-148.

Gülgeç, Y. B. (2022). *Normlar Hiyerarşisi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.

Hall, J. (1949). "Concerning the Nature of Positive Law", *The Yale Law Journal*, 58/4, ss.545-566.

Hart, H. L. A. (1957). "Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century: A Reply to Professor Bodenheimer", *University of Pennsylvania Law Review*, 105/7, ss. 953-975.

Hart, H. L. A. (1958). "Positivism an the Seperation of Law and Morals", *Harward Law Review*, 71/4, ss.539-629.

Hart, H. L. A. (1982). *Essays on Bentham*, Oxford University Press, Oxford.

Hart, H. L. A. (1983). "Lon L. Fuller: The Morality of Law", *Essays in Jurisprudence and Philosophy* içinde, Oxford University Press, Oxford.

Hart, H. L. A. (1994). *The Concept of Law*, Oxford University Press, New York.

Hart, H. L. A. (2001). "Definition and Theory in Jurisprudence", *Essays in Jurisprudence and Philosophy* içinde, Oxford University Press, New York, ss.21-48.

Hart, H. L. A. (2001). *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford University Press, New York.

Hart, H. L. A. (2001). "Positivism and the Separation of Law and Morals", *Essays in Jurisprudence and Philosophy* içinde, Oxford University Press, New York, ss. 49-87.

Hart, H. L. A. (2017). "Pozitivizm ve Hukuk İle Ahlakın Ayrılması", (çev. Ertuğrul Uzun), *H. L. A. Hart ve Hukuk-Ahlak Ayrımı* içinde, (ed. Sercan Gürler), Tekin Yayınevi, İstanbul, ss.101-153.

Hart, H. L. A. (2020)*, Hukuk, Özgürlük ve Ahlak*, (çev. Erol Öz), Islık Yayınları, İstanbul.

Heimsoeth, H. (1986). *Immanuel Kant'ın Felsefesi*, (çev. Takiyettin Mengüşoğlu), Remzi Kitabevi, İstanbul.

Herbert, G. B. (2002). *A Philosophical History of Rights*, New Brunswick, New Jersey.

Hill, R. E. (1970). "Legal Validity and Legal Obligation", *The Yale Law Journal*, 80/1, ss.47-75.

Himma, K. E. (2001). "The Instantiation Thesis and Raz's Critique of Inclusive Positivism", *Law and Philosophy*, 20/1, ss.61-79.

Himma, K. E. "The Substantive Neo-Naturalism of John Finnis" in "Natural Law", *The Internet Encyclopedia of Philosophy*, https://iep.utm.edu/natlaw/#H3 (Erişim Tarihi: 08.11.2024).

Hobbes, T. (2007). *Leviathan*, (çev. Semih Lim). Yapı Kredi Yayınları, İstanbul

Holmgren, M. (1985). "Raz on Rights", *Mind New Series*, 94/376, ss. 591-595.

Horowitz, M. C. (1974). "The Stoic Synthesis of the Idea of Natural Law in Man: Four Themes", *Journal of the History of Ideas*, 35/1, ss.3-16.

Hughes, G. (1971). "Validity and the Basic Norm", *California Law Review*, 59/3, ss.695-714.

Hume, D. (2015). *İnsan Doğası Üzerine Bir İnceleme*, (çev. Ergün Baylan), BilgeSu Yayıncılık, Ankara.

Janzen, H. (1937). "Kelsen's Theory of Law", *The American Political Science Review*, 31/2, ss.205-226.

Judith W. D. (1985). "Realities About Legal Realism", *Law and Philosophy*, 4/3, 405-422.

Kant, I. (2013). *Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi*, (çev. İoanna Kuçuradi), Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara.

Kelsen, H. (1960). "What is the Pure Theory of Law?", *Tulane Law Review,* 34, ss.269-276.

Kelsen, H. (2005). *Pure Theory of Law*, (çev. Max Knight), The Lawbook Exchange, Clark-New Jersey.

Kelsen, H. (2006). *General Theory of Law & State,* Transaction Publishers, New Jersey.

Kelsen, H. (2016). *Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş*, (çev. Ertuğrul Uzun), Nora Kitap, İstanbul.

Keyman, S. (1978). "Hukuki Pozitivizm", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 35/1, ss.17-56.

Keyman, S. (1997). "Hukukta Bir Tanım Denemesi", *Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri* içinde, Alkım Kitapevi, İstanbul, ss.182-203.

Klatt, M. (2012). "Robert Alexy's Philosophy of Law as System", *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy* içinde, (ed. Matthias Klatt), Oxford University Press, New York, ss.1-26.

Klemm, D. E. (2004). "Introduction: Theology of Culture as Theological Humanism", *Literature and Theology,* 18/3, ss.239-250.

Köktürk, M. "Realizm (Felsefe Maddesi)",https://ansiklopedi.tubitak.gov.tr/ansiklopedi/realizm_felsefe (Erişim Tarihi: 24.01.2025).

Kramer, M. H. (1999). *In Defense of Legal Positivism: Law without Trimmings*, Oxford University Press, Oxford.

Kramer, M. H. (2004). "On the Separability of Law and Morality", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 17/2, ss.315-336.

Kramer, M. H. (2011). "John Austin on Punishment", *University of Cambridge Faculty of Law Legal Studies Research Paper*, 45, ss.1-22.

Kronman, A. T. (1975). "Hart, Austin and the Concept of a Legal System: The Primacy of Sanctions", *The Yale Law Journal*, 84/3, ss.584-607.

Kühl, K. (2012) "Radbruch Formülü", (çev. Mehmet Cemil Ozansü), *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1, s.369-374.

Leiter, B. (2011). "The Demarcation Problem in Jurisprudence: A New Case for Scepticism", *Oxford Journal of Legal Studies*, 31/4, ss.663-677.

Leiter, B., Langlinais A. (2012). "The Methodology of Legal Philosophy", *University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper*, 407, ss.1-26.

Leiter, B. (2020). "The Radicalism of Legal Positivism", *National Lawyers Guild Review*, 66/3, 2009, ss.165-172, (çev. Engin Arıkan), "Hukuki Pozitivizmin Radikalliği", *TAÜHFD,* 2/2, 2020, ss.309-320.

Leslie G., Adams T. (2019). "Legal Positivism", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2019 Edition)*, Edward N. Zalta (ed.), URL = https://plato.stanford.edu./archives/win2019/entries/legal positivism/ (Erişim Tarihi: 22.12.2021).

Locke, J. (2013). *Hükümet Üstüne İkinci Tez*, (çev. Aysel Doğan), İlya İzmir Yayınevi, İzmir.

Luban, D. (2001). "Natural Law as Professional Ethics: A Reading of Fuller", *Social Philosophy and Policy*, 18/1, ss.176-205.

MacCormick, N. (1994). "Natural Law and the Separation of Law and Morals", *Natural Law Theory: Contemporary Essays* içinde, (ed. Robert P. George), Clarendon Press, Oxford, ss.105-133.

MacCormick, N. (2007). "Why Law Makes No Claims", *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy* içinde, (ed. George Pavlakos), Hart Publishing, Oxford, ss.59-67.

MacCormick, N. (2008). *H. L. A. Hart*, Stanford University Press, Stanford.

Maher, G. (1978). "Analytical Philosophy and Austin's Philosophy of Law", *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, 64/3, ss.401-416.

Marmor, A. (2006). "Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral", *Oxford Journal of Legal Studies*, 26/4, ss.683-704.

Marmor, A. (2011). *Philosophy of Law*, Princeton University Press, Princeton-New Jersey.

Mcınerny, D. (2004). "Natural Law and Conflict", *Natural Law and The Possibility of A Global Ethics* içinde, (ed. Mark J. Cherry), Kluwer Academic Publishers, Dordrecht.

Michailakis, D. (1995). "Law as an Autopoietic System", *Acta Sociologia*, 38/4, ss.323-337.

Mill, J. S. (2019). *Faydacılık*, (çev. Gökhan Murteza), Pinhan Yayıncılık, İstanbul.

Minda, G. (1995). *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End*, New York University Press, New York.

Montesquieu. (2019). *Kanunların Ruhu Üzerine*, (çev. Berna Günen), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul.

Moore, M. S. (2001). "Law is Justice", *Natural Law and Modern Moral Philosophy* içinde, (eds. Ellen Frankel Paul, Fred D. Miller, Jeffrey Paul), Cambridge University Press, Cambridge.

Mulgan, T. (2007). *Understanding Utilitarianism*, Acumen Publishing, Stocksfield.

Munzer, S. (1972). *Legal Validity*, Martinus Nijhoff, Lahey.

Murphy, J. B. (2005). *The Philosophy of Positive Law*, Yale University Press, New Haven and London.

Murphy, J. G., Coleman, J. L. (1990). *Philosophy of Law: An Introduction to Jurisprudence*, Westview Press, Oxford.

Murphy, M.C. (2003). “Natural Law Jurisprudence”, *Legal Theory*, 9/4, ss.241-267.

Murphy, M. C. (2005). “The Common Good”, *The Review of Metaphysics*, 59/1, ss.133-164.

Murphy, M. C. (2005). “Natural Law Theory”, *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory* içinde, (ed. Martin P. Golding & William A. Edmundson), Blackwell Publishing, Malden, ss.15-28.

Murphy, M. C. (2007). *Natural Law and Practical Rationality*, Cambridge University Press, Cambridge.

Murphy, M. C. (2012). “ Defect and Deviance in Natural Law Jurisprudence”, *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy* içinde, (ed. Matthias Klatt), Oxford University Press, New York, ss.45-60.

Nadler, J. (2008). “Hart, Fuller and the Connection between Law and Justice”, *Law and Philosophy*, 27/1, ss.1-34.

Nicholson, P. P. (1974). “The Internal Morality of Law: Fuller and His Critics”, *Ethics*, 84/4, ss.307-326.

Nonet, P. (1990). “What Is Positive Law?”, *The Yale Law Journal*, 100/3, ss.667-699.

Orton, W. (1926). “The Sources of Natural Law”, *International Journal of Ethics*, 36/2, ss.147-161.

Pangle, T. L. (2018). *The Socratic Way of Life: Xenophon’s Memorabilia*, University of Chicago Press, Chicago.

Parker, R. (1956). “Legal Positivism”, *Notre Dame Law Review*, 32/1, ss.31-42.

Perry, S. (2006). “Hart on Social Rules and The Foundations of Law: Liberating the Internal Point of View”, *Fordham Law Review*, 75/3, ss.1171-1209.

Platon. (2012). *Yasalar*, (çev. Candan Şentuna-Saffet Babür), Kabalcı Yayıncılık, İstanbul.

Platon. (2014). *Devlet*, (çev. Sabahattin Eyüboğlu-M. Ali Cimcoz), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul.

Platon. (2019). “Menon”, *Diyaloglar* içinde, (çev. Adnan Cemgil). Remzi Kitabevi, İstanbul.

Postema, G. J. (1982). “Coordination and Convention at the Foundations of Law”, *The Journal of Legal Studies*, 11/1, ss.165-203.

Postema, G. J. (2011). *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World-A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence,*11, Springer, New York.

Pound, R. (1938). *The Formative Era of American Law*, Little, Brown and Company, Boston.

Priel, D. (2005). “Farewell to the Exclusive-Inclusive Debate”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 25/4, ss.675-696.

Radbruch, G., Paulson, B. L., Paulson, S. L. (2006). “Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law (1946)”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 26/1, ss.1-11.

Rainbolt, G. W. (2006). *The Concept of Rights*, Springer, Dordrecht.

Raz, J. (1975). “Reasons for Action, Decisions and Norms”, *Mind*, 84/336, ss.481-499.

Raz, J. (1977). “Legal Validity”, *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, 63/3, ss.339-353.

Raz, J. (1978). “Introduction”, *Practical Reasoning* içinde, Oxford University Press, Oxford.

Raz, J. (1985). “Authority and Justification”, *Philosophy & Public Affairs*, 14/1, ss.3-29.

Raz, J. (1985). “Authority, Law and Morality”, *The Monist*, 68/3, ss.295-324.

Raz, J. (1988). *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford.

Raz, J. (1996). *Ethics in the Public Domain*, Clarendon Press, Oxford.

Raz, J. (1998). “Two Views of the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison”, *Legal Theory*, 4/3, ss.249-282.

Raz, J. (2002). *Practical Reason and Norms*, Oxford University Press, New York.

Raz, J. (2006). “The Problem of Authority: Revisiting the Service Conception”, *Minnesota Law Review*, 90, ss.1003-1044.

Raz, J. (2009). *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford University Press, New York.

Raz, J. (2009). “Can There be a Theory of Law?”, *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason* içinde, Oxford University Press, Oxford, ss.17-46.

Raz, J. (2009). “On the Nature of Law”, *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason* içinde, Oxford University Press, Oxford, s.91-125.

Raz, J. (2009). *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford University Press, New York.

Raz, J. (2011). *From Normativity to Responsibility*, Oxford University Press, New York.

Raz, J. (2022). *Otorite ile Yorum Arasında Hukuk Teorisi,* (çev. Ertuğrul Uzun). Fol Kitap, Ankara.

Raz, J. (2022). *Otorite ile Yorum Arasında Hukukun Doğası*, (çev. Ertuğrul Uzun). Fol Kitap, Ankara.

Reynolds, B. (1993). “Natural Law versus Positivism: The Fundamental Conflict”, *Oxford Journal of Legal Studies*,13/4, ss.441-456.

Ross, A. (1998). "Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law", *Normativity and Norms*, (ed. Stanley L. Paulson & Bonnie Litschewski Paulson), Clarendon Press, Oxford.

Rundle, K. (2012). *Forms Liberate*, Hart Publishing, Oxford.

Rundle, K. (2013). "Form and Agency in Raz's Legal Positivism", *Law and Philosophy*, 32/6, ss.767-791.

Satıcı, M. (2020). *Kant'ın Hukuk Felsefesi*, Doruk Yayıncılık, İstanbul.

Scarre, G. (1996). *Utilitarianism*, Routledge, London.

Schauer, F. (2012). "On the Nature of the Nature of Law", *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, 98/4, ss.457-467.

Schauer, F. (2013). "Necessity, Importance, and the Nature of Law", *Neutrality and Theory of Law* içinde, (ed. J.F. Beltrán, J.J. Moreso, D.M. Papayannis), Springer, Dordrecht, ss.17-31.

Seagle, W. (1945). "Rudolf von Jhering: Or Law as a Means to an End", *The University of Chicago Law Review*, 13-1, ss.71-89.

Shapiro, S. J. (1998). "On Hart's Way Out", *Legal Theory*, 4/4, ss.469-507.

Shapiro, S. J. (2001). "On Hart's Way Out", *Hart's Postcripts* içinde, (ed. Jules Coleman), Oxford University Press, New York, ss.149-191.

Shapiro, S. J. (2006). "What is the Rule of Recognition (And Does it Exist)?" *Yale Law School Public Law & Legal Theory Research Paper Series*, 181, ss.1-33.

Sophokles. (2021). *Antigone*, (çev. Ari Çokona), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul.

Spinoza, B. (2016). *Geometrik Düzene Göre Kanıtlanmış ve Beş Bölüme Ayrılmış Olan Etika*, (çev. Hilmi Ziya Ülken), Dost Kitabevi Yayınları, Ankara.

Strauss, L. (2011). *Doğal Hak ve Tarih*, (çev. Murat Erşen ve Petek Onur), Say Yayınları, İstanbul.

Summers, R. S. (1965). "Professor Fuller on Morality and Law", *Journal of Legal Education*, 18/1, ss.1-27.

Tinturé, M. K. (2013). "Finnis on Legal and Moral Obligation", *Reason, Morality and Law: The Philosophy of John Finnis* içinde, (eds. John Keown and Robert P. George), Oxford University Press, Oxford, ss.379-395.

Troper, M. (2019). *Hukuk Felsefesi*, (çev. Işık Ergüden), Dost Kitabevi, Ankara.

Tuck, R. (1979). *Natural Rights Theories*, Cambridge University Press, New York.

Tushnet, M. V. (2005). "Critical Legal Theory", *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory* içinde, (ed. Martin P. Golding & William A. Edmundson), Blackwell Publishing, Malden, ss.80-89.

Ural, Ş. (2012). *Pozitivist Felsefe*, Alfa Yayınları, İstanbul.

Uslu, C. (2011). *Doğal Hukuk ve Doğal Haklar*, Liberte Yayınları, Ankara.

Uygur, G. (2007). "Nötr İlkeler ve Hukuk", *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi 16.Kitap* içinde, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, ss.330-343.

Viner, S. (2007). "Fuller's Concept of Law and Its Cosmopolitan Aims", *Law and Philosophy*, 26/1, 2007, ss.1-30.

Vinx, L. (2012). "Austin, Kelsen, and the Model of Sovereignty: Notes on the History of Modern Legal Positivism", *The Legacy of John Austin's Jurisprudence* içinde, (ed. Michael Freeman, Patricia Mindus), Springer, Dordrechts.

Waldron, J. (2008). "The Concept and the Rule of Law", *Georgia Law Review*, 1/43, ss.1-61.

Waluchow, W. J. (1998). "The Many Faces of Legal Positivism", *The University of Toronto Law Journal*, 48/3, ss.387-449.

Waluchow, W. J. (2008). "Legality, Morality, and the Guiding Function of Law", *The Legacy of H. L. A. Hart Legal, Political, and Moral Philosophy* içinde, (ed. Matthew H. Kramer, Claire Grant, Ben Colburn and Antony Hatzistavrou), Oxford University Press, New York, ss.85-97.

Westerman, P. C. (1998). *The Disintegration of Natural Law Theory: Aquinas to Finnis*, Brill, Leiden.

Wittengestein, L. (1986). *Philosophical Investigations*, (çev. G. E. M. Anscombe), Basil Blackwell, Oxford.

Wolff, R. P. (1990). "The Conflict Between Authority and Autonomy", *Authority* içinde, (ed. Joseph Raz), Oxford University Press, Oxford.