

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİMDALI**

SERT POZİTİVİZM, GÜNCEL TEMSİLCİLERİ, ELEŞTİRİLERİ



DOKTORA TEZİ

Engin ARIKAN

Danışman: Prof. Dr. Ahmet Ulvi TÜRKBAĞ

HAZİRAN 2019

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİMDALI**

SERT POZİTİVİZM, GÜNCEL TEMSİLCİLERİ, ELEŞTİRİLERİ



DOKTORA TEZİ

Engin ARIKAN

Danışman: Prof. Dr. Ahmet Ulvi TÜRKBAĞ

HAZİRAN 2019

ÖNSÖZ

Analitik hukuk felsefesi pek çok kişi için anlamsız veya lüzumsuz gelebilir. Hukuk dünyası, sayısız sorun ve ciddi tartışmalar ile karşı karşıya. Böyle bir durumda hukuk felsefesinin kavramsal tartışmalarına eğilmek budalalık olarak görülebilir. Ancak analitik hukuk felsefesi her ne kadar bazı noktalarda gereksiz tartışmalara yönelme riskini taşısa da hukuk anlayışını diğer hukuk çalışmalarının sağlayamayacağı derinlikte arttırabilir. Bu anlayış ile de yüzeysel olmayan çözüm ve pratiklere imkân sağlanmış olur.

Pek çok hukukçu hukuk felsefesine soğuk; bazıları ise ilgili olmasına rağmen kuramları erişilebilir bulmuyor. Analitik hukuk felsefesi kuramlarının açık, erişilebilir, karşılaştırmalı ve bir bütünlük içinde sunulması hukuk felsefesine olan ilgiyi arttırabileceği gibi mevcut ilgiyi de daha doğru ve faydalı alanlara çekecektir. Çağdaş hukuk felsefesinde önemli bir yer işgal eden sert pozitivizm kuramının bu çalışmadaki sunumu bu amaca yöneliktir.

Bu önsözde sekiz yıl boyunca bana mesleğimi sevdiren ve desteğini benden esirgemeyen tez danışmanım Sayın Prof. Dr. Ahmet Ulvi TÜRKBAĞ'a saygılarımı sunarım. Aynı zamanda tez izleme komitesinde yer alan Sayın Prof. Dr. Zeynep Özlem Üskül Engin'e ve Sayın Doç. Dr. Sevtap Metin'e de bu süreçte gösterdikleri sabır ve değerli önerileri için teşekkür ederim.

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR.....	v
ÖZETLER.....	vi
GİRİŞ.....	1
1. SERT POZİTİVİZM ÖNCESİ HUKUK FELSEFESİ VE SERT POZİTİVİZMİN KURUCUSU JOSEPH RAZ.....	7
1.1. Hart-Dworkin Tartışması.....	9
1.1.1. Hart'ın Kuramı.....	10
1.1.2. Dworkin'in Hukuki Pozitivizm Eleştirisi.....	23
1.1.3. Hart'ın Savunması.....	28
1.1.4. Dworkin'in Gelişen Argümanı.....	34
1.1.5. Tartışmanın Getirdikleri.....	43
1.2. Sert Pozitivizmin Kurucusu Joseph Raz.....	44
1.2.1. Kariyeri, Kuramsal Pozisyonu ve Önemi.....	45
1.2.2. Hukuk ve Otorite.....	46
1.2.3. Kaynaklar Tezi.....	66
1.2.4. Hukuk Sistemi.....	82
1.2.5. Hukukun İşlevleri.....	104
1.2.6. Yargı Süreci.....	110
1.2.7. Hukuk Devleti ve İnsan Hakları.....	119
1.2.8. Hukuka Yönelik Ahlaki Tutumlar.....	128
2. JOSEPH RAZ SONRASI SERT POZİTİVİST GÜNCEL TEMSİLCİLER VE ELEŞTİRİLER.....	151
2.1. Güncel Temsilciler.....	151
2.1.1. Andrei Marmor.....	152
2.1.1.1. Kariyeri, Kuramsal Pozisyonu ve Önemi.....	152
2.1.1.2. Hukukun Konvansiyonel Niteliği.....	153
2.1.1.3. Hukuk ve Ahlak.....	163
2.1.1.4. Yorum ve Dil.....	171
2.1.2. Scott J. Shapiro.....	188
2.1.2.1. Kariyeri, Kuramsal Pozisyonu ve Önemi.....	188
2.1.2.2. Karşıt Kuramlardaki Yetersizlikler.....	189
2.1.2.3. Planlama Kuramı.....	195
2.1.2.4. Hukukun Yorumlanması.....	213

2.1.3. Brian Leiter.....	230
2.1.3.1. Kariyeri, Kuramsal Pozisyonu ve Önemi.....	230
2.1.3.2. Amerikan Hukuki Realizm Akımının Yeniden Yapılandırılması.....	232
2.1.3.3. Sert Pozitivizm ile Bağlantısı ve Savunusu.....	242
2.1.3.4. Doğalcılık Yaklaşımı ve Hukuk Felsefesinin Geleceği.....	257
2.2. Eleştiriler.....	265
2.2.1. Doğal Hukuk Kuramcılarının Gelen Eleştiriler.....	265
2.2.1.1. Robert Alexy	266
2.2.1.2. John Finnis.....	270
2.2.1.3. Ronald M. Dworkin.....	275
2.2.1.4. Stephen R. Perry.....	282
2.2.1.5. Michael S. Moore.....	284
2.2.2. Yumuşak Pozitivist Kuramcılardan Gelen Eleştiriler.....	286
2.2.2.1. Jules L. Coleman.....	286
2.2.2.2. Wil Waluchow.....	290
2.2.2.3. Kenneth E. Himma.....	292
2.2.2.4. Matthew Kramer.....	298
2.2.3. Sert Pozitivist Kuramcılar Arasındaki Eleştiriler.....	300
2.2.3.1. Andrei Marmor.....	300
2.2.3.2. Scott J. Shapiro.....	303
2.2.3.3. Brian Leiter.....	304
SONUÇ.....	307
KAYNAKÇA.....	323
ÖZGEÇMİŞ.....	344

KISALTMALAR

A.g.e. : Adı geçen eser
s. : Sayfa
ss. : Sayfalar



RÉSUMÉ

Le titre de ce travail est "Positivisme Dur, Représentants Contemporains et Ses Critiques". Le positivisme dur a commencé à occuper une place importante depuis 1985 dans la philosophie analytique du droit, avec le philosophe juridique israélien Joseph Raz qui a fondé le positivisme juridique sur des bases plus nouvelles et a plaidé pour de nouvelles thèses en apportant d'importantes modifications aux thèses positivistes de H. L. A. Hart, le plus important penseur du positivisme juridique moderne. Le positivisme dur s'écarte du positivisme mou, qui accepte la réponse de Hart à Dworkin et l'idée que les principes moraux peuvent être incorporés dans la loi, et il adopte des thèses différentes. Après que Joseph Raz ait présenté cette nouvelle approche, différents auteurs ont présenté des contributions et introduit de nouveaux éléments à cette théorie avec leurs propres idées. Andrei Marmor, Scott J. Shapiro et Brian Leiter ont porté cette théorie à son apogée en vingt-et-unième siècle. Le positivisme dur, comme d'autres théories, a été critiqué par de nombreux théoriciens et ces critiques ont pris un poids considérable dans la littérature de philosophie du droit. Ces critiques, qui sont à la fois du droit naturel et du positivisme mou, ainsi que les critiques au sein de positivisme dur, ont jointé les débats fondamentaux de la philosophie analytique du droit.

Dans cette étude, trois thèses principales seront proposées. La première thèse est que les approches de positivisme mou conduites par Hart et celles de droit naturel, y compris Dworkin, sont défectueuses pour diverses raisons et que le positivisme dur apporte des réponses correctes aux problèmes fondamentaux de la philosophie du droit. La deuxième thèse proposée dans cette étude est que la perception du positivisme juridique au sein de la communauté juridique est inexacte et doit être mise à jour. La troisième thèse est que les éléments théoriques démontrés par le positivisme dur ont des implications pratiques.

Ce travail se compose de deux chapitres. Dans le premier chapitre, le débat Hart-Dworkin, qui marque un tournant dans la philosophie du droit analytique, et les explications théoriques de Joseph Raz, le fondateur du positivisme dur, sont présentées. Le deuxième chapitre analyse les théories des représentants contemporains du positivisme dur et les critiques qui sont formulées contre le positivisme dur.

Dans la première section du premier chapitre, dans le débat Hart-Dworkin, Hart décrit le droit principalement comme un système de règles, tandis que Dworkin soutient que les principes (les principes moraux, si on insiste sur l'élément de droit naturel) constituent un élément essentiel du droit. Hart répond à Dworkin que si un système juridique reconnaît les principes moraux comme source de droit, alors ils peuvent obtenir une qualification juridique, mais sinon, ils ne peuvent pas être considérés comme tels. Cette manœuvre semble expliquer le rôle joué par les principes moraux dans le droit qui est souligné par Dworkin, tout en préservant le cadre général du positivisme juridique fondé sur des faits sociaux. Hart, dans sa

réponse à Dworkin, décrit sa position intellectuelle comme *le positivisme mou* ou *le positivisme inclusif*. En conséquence, les principes moraux qui ne sont pas basés sur des faits sociaux ne peuvent pas être légaux en eux-mêmes, mais peuvent être incorporés dans le système juridique s'ils sont reconnus par celui-ci. La théorie positiviste de Hart est douce à cet égard; parce que même si les principes moraux ne sont pas inclus dans la loi par eux-mêmes, il existe une certaine flexibilité quant à l'incorporation de la moralité dans le droit si le droit le permet.

Dans la deuxième section du premier chapitre, Joseph Raz, fondateur du positivisme dur, soutient que la réponse de Hart à Dworkin crée d'autres problèmes et conduit à des incohérences dans les thèses du positivisme juridique. Selon Raz, le droit est constitué exclusivement des lois qui ont des sources de faits sociaux. Les lois, dans un sens large, représentent articles constitutionnels, principes juridiques, législations, lois, règlements, décisions judiciaires et cetera. À cet égard, le positivisme juridique de Raz est *dur* ou *exclusif*. Parce qu'il soutient que les principes moraux qui ne sont pas basés sur des faits sociaux ne peuvent jamais être incorporés dans le domaine conceptuel du droit. Dans cette revendication, Raz n'a aucune préoccupation en matière de la politique judiciaire, telle que les principes moraux rendent la loi obscure ou que l'Etat limite son contrôle. L'argument de Raz est un argument analytique dans le domaine conceptuel. Raz argue dans son argument, qui repose sur la revendication de l'autorité légitime du droit, que le droit doit nécessairement avoir certaines capacités pour pouvoir conceptuellement remplir cette fonction et que ces capacités ont certaines conséquences analytiques. Le positivisme juridique, avec cette nouvelle approche de Raz, s'est scindé en positivisme mou et en positivisme dur. Bien que les deux approches préconisent le caractère concluant des faits sociaux, elles diffèrent l'un d'autre en termes de statut conceptuel de la moralité dans le contexte du droit.

Raz, avec un aperçu très profond et abstrait, fait référence aux capacités nécessaires découlant de la revendication de l'autorité légitime. Le droit, en fait, est une autorité *de facto*, et les autorités de facto, encore une fois en fait, revendiquent d'être une autorité légitime (*de jure*) même si elles ne sont pas légitimes. En conséquence, une norme qui revendique d'avoir une autorité légitime doit nécessairement être présentée comme le point de vue d'une personne, c'est-à-dire de l'autorité, sur la manière dont ses sujets doivent agir et être identifiable sans recourir à des évaluations morales. Ainsi, l'existence et le contenu du droit ne peuvent être déterminés que par la recherche des faits sociaux et non par des évaluations morales. Raz appelle son affirmation *la thèse des sources*. Bien que les commentaires de Raz mènent à la conclusion selon laquelle la morale et la loi résident dans des domaines conceptuels différents, cela ne signifie pas que les évaluations morales ne jouent aucun rôle dans les processus et activités juridiques. Pour Raz, précisément à cause des conclusions de thèses positivistes dures, nous en arrivons à l'inférence que le droit ait une texture ouverte ou il contient des lacunes dans sa structure puisque le droit ne règle pas beaucoup de cas par des lois. Pour cette raison, les juges utilisent leur discrétion pour régler ces lacunes inévitables. Ils créent la loi à travers des évaluations morales dans ce processus. Raz a également analysé les caractéristiques des systèmes juridiques dans leur ensemble ainsi que les qualités des normes juridiques individuelles. Selon l'auteur, trois critères doivent être examinés pour tester l'existence d'un système juridique et l'identification des normes de ce système. Ceux-ci sont; caractère institutionnel, efficacité et sources. Raz offre des analyses uniques pour tous ces trois composants. Raz fournit des inférences sur la validité, la

continuité, l'unité, l'unicité et les limites du droit lors de l'examen de ces composants. L'auteur présente également un compte rendu détaillé des fonctions du droit, à propos desquelles une analyse holistique n'a pas été fournie jusqu'à ce moment même si de nombreux philosophes du droit s'y sont penchés en partie. Un autre sujet abordé par Raz concerne le procès juridique. Raz explore le fonctionnement des tribunaux et les activités d'interprétation. Pour Raz, les juges n'appliquent pas simplement le droit dans les procédures judiciaires, ils créent et modifient le droit dans de nombreux cas. En conséquence, le caractère moral des juges est important, de même que leurs connaissances et compétences juridiques. Bien que Raz ne préconise pas une méthode ou une approche unique sur la question de l'interprétation, il souligne les éléments importants d'interprétation: continuité, autorité, développement juridique et équité. Les éléments de continuité et autorité créent un poids en faveur d'une interprétation prudente, tandis que les éléments de développement juridique et d'équité orientent l'interprétation vers l'innovation. Étant donné que l'interprétation est directement liée à la mise en œuvre actuelle, Raz affirme que ces éléments ne peuvent constituer un poids identique dans tous les cas et que cet équilibre doit être corrigé par les juges dans chaque cas. Raz a également exprimé des opinions sur l'état de droit et les droits de l'homme, qui sont des sujets fréquemment abordés dans les discussions juridiques. Pour Raz, en raison du fait que ces concepts sont associés à des définitions ou à des éléments dysfonctionnels dans les débats juridiques, il est de plus en plus difficile de tirer des conclusions et des engagements significatifs. Ainsi, Raz tient compte de ces concepts avec des éléments plus modestes mais plus raisonnables. Enfin, Raz présente un large éventail d'analyses des attitudes morales vis-à-vis du droit. Dans ce contexte, l'auteur examine l'obligation d'obéir à la loi, la désobéissance civile et l'objection de conscience.

Dans la première section du deuxième chapitre, trois représentants contemporains de la théorie positiviste dure sont présentés: Andrei Marmor, Scott J. Shapiro et Brian Leiter. Marmor considère les fondements du droit comme une convention constitutive et, par conséquent, rend compte des qualités du droit. Selon l'auteur, la manière dont Hart et ses disciples traitent les fondements du droit comme une convention de coordination va à l'encontre des qualifications du droit. Marmor fournit également un compte-rendu positiviste du langage, des concepts moral dans le droit et examine les relations entre le langage et l'interprétation. Marmor prétend que seul un cadre théorique positiviste dure peut tenir compte de tous ces domaines d'analyse. Shapiro, quant à lui, considère le droit comme un moyen de planification sociale et associe cette qualité du droit au positivisme dur. En même temps, Shapiro présente une théorie d'interprétation originale qui rend compte des désaccords théoriques qui occupent une place importante dans les derniers écrits de Dworkin. Selon Shapiro, le droit devrait être considéré comme une économie de confiance et en choisissant une méthode d'interprétation, seules celles qui sont compatibles avec cette économie de confiance devraient être préférées. Sinon, il y aura des conséquences négatives contre le droit, qui est en fin de compte un plan. Leiter, contrairement aux autres, n'est pas principalement un philosophe juridique analytique. Sa philosophie du droit met l'accent sur le mouvement réalisme juridique Américain et sa reconstruction. Néanmoins, Leiter prétend que les vérités dont ce mouvement fait état ne peuvent être en harmonie qu'avec une théorie positiviste dure et il en fournit une défense. L'auteur suggère également que la philosophie du droit devrait aller au-delà du raisonnement *a priori* conceptuel en soulignant les contraintes de la philosophie analytique du droit, qui inclut également le positivisme dur, et explore des domaines que la philosophie du droit peut aborder au-delà.

Dans la deuxième section du deuxième chapitre, les critiques qui sont formulées contre cette théorie sont présentées. Dans cette section, les objections contre le positivisme dur découlant des approches droit naturel et du positivisme mou, sont engagées, ainsi que les points de divergence entre les théoriciens du positivisme dur. Cinq théoriciens qui ont critiqué le positivisme dur du point de vue du droit naturel sont examinés: Robert Alexy, John Finnis, Ronald M. Dworkin, Stephen R. Perry et Michael S. Moore. En ce qui concerne les critiques contre positivisme dur du point de vue du positivisme mou, quatre théoriciens sont examinés: Jules L. Coleman, Wilfrid Waluckow, Kenneth E. Himma et Matthew Kramer. En ce qui concerne les critiques parmi les théoriciens du positivisme dur, les points de vue des représentants contemporains sont engagés: Marmor, Shapiro et Leiter. Étant donné que Raz avait écrit sa propre littérature de philosophie du droit avant ces représentants et qu'il s'était tourné vers d'autres domaines que la philosophie du droit après des théoriciens positivistes durs contemporains, il n'a pas critiqué ces théoriciens.

En conclusion, à la lumière de la présentation du positivisme dur par différents théoriciens et de l'évaluation des critiques, les valeurs conceptuelles et pratiques qui émergent de cette étude sont examinées. Dans le prolongement de ces analyses, les thèses mentionnées ci-dessus sont justifiées. Dans ce contexte, premièrement, il est établi que le positivisme dur occupe une position théorique plus précise que le positivisme mou et les théories de la loi naturelle. Deuxièmement, il est déterminé que le positivisme juridique est une théorie analytique plutôt qu'une idéologie d'État conservatrice. Troisièmement et enfin, il est démontré que cette théorie permet de tirer des conclusions très utiles sur des sujets tels que la compréhension du processus judiciaire, l'interprétation du droit, la réforme du droit, la détermination de l'obligation de respecter le droit.

ABSTRACT

The title of this work is "Hard Positivism, Contemporary Representatives and Its Criticisms". Hard positivism has begun to occupy an important position since 1985 in analytic legal philosophy, with Israeli legal philosopher Joseph Raz who based legal positivism on increasingly new grounds and argued for new theses by making important amendments on the legal positivist theses of H. L. A. Hart, the most important thinker of modern legal positivism. Hard positivism diverges from soft positivism, which accepts Hart's response to Dworkin and the idea that moral principles can be incorporated into law, and adopts different theses. After Joseph Raz put forward this new approach, different authors presented contributions and introduced new elements with their own ideas to this theory. Andrei Marmor, Scott J. Shapiro and Brian Leiter brought this theory to significant heights in the twenty-first century. Hard positivism has been criticized by many theorists like other currents of thought, and these criticisms have reached a considerable weight in legal philosophy literature. With these criticisms and their responses, hard positivism has joined to the fundamental debates of the philosophy of law.

In this study, three main theses are proposed. The first thesis is that soft positivism approach led by Hart and natural law approaches, including Dworkin, are faulty due to various reasons and that hard positivism provides correct answers to the fundamental problems of philosophy of law. The second thesis is that the perception around legal positivism in the legal community is inaccurate and needs to be updated. The third thesis is that the theoretical elements demonstrated by hard positivism, provide practical implications.

This work consists of two chapters. In the first chapter, the Hart-Dworkin debate, which is a turning point in analytical legal philosophy, and the theoretical explanations of Joseph Raz, the founder of hard positivism, are presented. In the second chapter, the contemporary representatives of hard positivism, and the criticisms which are levelled against hard positivism, are analyzed.

In the first section of the first chapter, in the Hart-Dworkin debate, Hart describes law principally as a system of rules while Dworkin argues that principles (the moral principles, if we emphasize the natural law element) are an essential element of law. Hart responds to Dworkin that if a legal system recognizes moral principles as a source of law then they can gain legal qualification but if not, they cannot qualify as such. This maneuver seems to be explaining the role which is played by the moral principles in law which Dworkin points to, as well as preserving the general framework of legal positivism which is based on social facts, at the same time. Hart, with this response to Dworkin, describes his intellectual position as soft positivism or inclusive positivism. Accordingly, moral principles which are not based on social facts cannot be legal on their own but can be incorporated into the legal system if they are recognized by it. Hart's positivist theory is soft in this respect; because even if the moral principles are not included in the law by

themselves, there is flexibility as to the incorporation of morality into law if the law allows it.

In the second section of the first chapter, Joseph Raz, who is the founder of hard positivism, argues that Hart's response to Dworkin creates other problems and leads to inconsistencies in terms of legal positivism's theses. According to Raz, the law consists exclusively of laws which have social fact sources. Laws, in a broad sense, stand for; constitutional articles, legal principles, legislations, statutes, regulations, court decisions et cetera. In this respect, Raz's legal positivism is *hard* or *exclusive*. Because it argues that moral principles which are not based on social facts can never be incorporated in the conceptual domain of law. In this claim Raz has no legal policy concern such as moral principles make the law obscure, or that the state restricts its control. Raz's argument is an analytical argument in the conceptual domain. Raz argues in his argument, which is based on the claim of the legitimate authority of law, that law must necessarily have certain capacities in order to be able to conceptually fulfill this function and that these capacities have certain analytical consequences. Legal positivism, with this new approach of Raz, has split up as soft positivism and hard positivism. Although both approaches advocate the conclusiveness of social facts, they differ from each other in terms of the conceptual status of morality in context of law.

Raz, with a very deep and abstract insight, refers to the necessary capacities arising from the claim of legitimate authority. Law, as a matter of fact, is *de facto* authority, and *de facto* authorities, again as a matter of fact, claim to be legitimate (*de jure*) authority even if they are not legitimate. Accordingly, a norm which claims to have legitimate authority, necessarily has to be presented as the view of a person, that is of the authority, as to how should its subjects act, and has to be identifiable without recourse to moral evaluations. Thus, the existence and the content of law can only be determined by the investigation of social facts, not moral evaluations. Raz calls his claim *sources thesis*. Although Raz's comments leads to the conclusion which states that morality and law reside in different conceptual domains, this does not mean that moral evaluations do not play a role in legal processes and activities. For Raz, precisely because of the conclusions of hard positivist theses, we reach the inference that the law is open textured or holds gaps in its structure since the law do not settle many cases by laws. For this reason, the judges use their discretion to settle these inevitable gaps. They create law through moral evaluations in this process. Raz, has also analyzed the features of legal systems as a whole as well as the qualities of individual legal norms. According to the author, three criteria have to be examined in order to test the existence of a legal system and the identification of the norms of that system. These are; institutional character, efficacy, and sources. Raz offers unique analyses for all those three components. Raz provides inferences about the validity, continuity, unity, uniqueness and limits of law while examining these components. The author also presents an extensive account of the functions of law, about which a holistic analysis has not been provided until this time even though many legal philosophers partially delved into it. Another topic, which Raz addresses, is legal process. Raz explores the operation of courts and interpretative activities. For Raz, judges don't just apply the law in legal process, they create and change the law in many cases. Accordingly, the moral character of judges are important as well as their legal knowledge and skill. Although Raz do not argue for a unique method or approach on the interpretation issue, he points to important elements in interpretation. They are: continuity, authority, legal development, and equity.

Continuity and authority elements create a weight in favor of a conservative direction in interpretation, while legal development and equity elements direct interpretation to innovation. Since interpretation address directly to actual implementation, Raz states that these elements cannot constitute weight in the same way in every case, and this balance has to be redressed by judges in each case. Raz has also expressed opinions about the rule of law and human rights, which are topics what are frequently addressed in legal discussions. For Raz, because of the fact that these concepts are associated with dysfunctional definitions or elements in legal debates, it is getting harder to make meaningful conclusions and engagements. Thus, Raz accounts for these concepts with more modest but more reasonable elements. Finally, Raz presents a wide range of analysis about the moral attitudes to the law. In this context, the author examines the obligation to obey law, civil disobedience and conscientious objection.

In the first section of the second chapter, three contemporary representatives of hard positivist theory are presented: Andrei Marmor, Scott J. Shapiro and Brian Leiter. Marmor treats the foundations of law as a constitutive convention and consequently provides an account for the qualities of law. According to the author, the way which Hart and his followers treat the foundations of law as a coordination convention goes against the qualifications of the law. Marmor also provides a positivist account of moral language and concepts in law and examines the relationships between language and interpretation. Marmor claims that only a hard positivist theoretical framework can consistently account for all these analysis areas. Shapiro on the other hand, treats law as a means of social planning and associates this quality of law with hard positivism. At the same time Shapiro presents an original interpretation theory which accounts for the theoretical disagreements which occupy an important place in Dworkin's late writings. According to Shapiro, law should be considered as a trust economy and while choosing an interpretation method, only those who are compatible with this trust economy should be preferred. Otherwise, there will be adverse consequences against the law, which is ultimately a plan. Leiter, unlike the others, is not principally an analytical legal philosopher. The emphasis of his legal philosophy is around American legal realism movement and its reconstruction. Nevertheless, Leiter claims that the truths of which this movement point to can only be in harmony with a hard positivist theory and provides a defense for it. The author also suggests that legal philosophy should go beyond *a priori* conceptual reasoning by pointing out the constraints of analytic legal philosophy, which includes hard positivism as well, and explores areas which legal philosophy can address beyond.

In the second section of the second chapter, criticisms which are levelled against hard positivism are presented. In this section, the objections to hard positivism from natural law and soft positivist approaches are addressed, as well as the points of divergence between hard positivist theorists. Five theorists who criticized hard positivism from the standpoint of natural law are examined: Robert Alexy, John Finnis, Ronald M. Dworkin, Stephen R. Perry, and Michael S. Moore. As to criticisms of hard positivism from the view point of soft positivism, four theorists are examined: Jules L. Coleman, Wilfrid Waluckow, Kenneth E. Himma and Matthew Kramer. As to criticisms among hard positivist theorists, the views of contemporary representatives are addressed: Marmor, Shapiro and Leiter. Since Raz had written his own legal philosophy literature before these representatives, and

since he turned to other fields rather than legal philosophy after contemporary hard positivist theorists, he did not provide sizeable criticism against these theorists.

In the conclusion, in the light of the presentation of hard positivism by different theorists and the evaluation of the critics, the conceptual and practical values that emerge from this study are examined. In line of these analyses, the theses mentioned above are justified. In this context, firstly, it is established that hard positivism is in a more accurate theoretical position than soft positivism and natural law theories. Secondly, it is determined that legal positivism is an analytic theory rather than a conservative state ideology. Third and lastly, it is shown that this theory make very useful conclusions on subjects such as the understanding of the judicial process, the interpretation of the law, the reform of the law, the determination of the obligation to obey the law.



ÖZET

Bu çalışmanın başlığı “Sert Pozitivizm, Güncel Temsilcileri ve Eleştirileri”dir. Sert pozitivizm, İsraili hukuk felsefecisi Joseph Raz’ın modern hukuki pozitivizmin en önemli düşünürü olan H. L. A. Hart’ın kuramında ciddi değişikliklere giderek hukuki pozitivizmi yeni temellere dayandırması ile oluşmuş bir felsefi akımdır. Bu kuram, analitik hukuk felsefesinde 1985’ten itibaren önemli bir yer işgal etmeye başlamıştır. Sert pozitivizm, Hart’ın Dworkin’e verdiği karşılıklar ile ahlaki ilkelerin hukuka dâhil edilebileceği fikrini kabul eden yumuşak pozitivizmden ayrılır ve farklı tezleri benimser. Joseph Raz’ın bu yeni yaklaşımı ileri sürmesinden sonra da farklı yazarlar bu kurama katkılar sunmuş ve kendi fikirleri ile yeni unsurlar getirmişlerdir. Andrei Marmor, Scott J. Shapiro ve Brian Leiter bu kuramı yirmi birinci yüzyılda önemli noktalara ulaştırmışlardır. Sert pozitivizm de diğer akımlar gibi birçok düşünür tarafından eleştirilmiş ve bu eleştiriler de hukuk felsefesi yazınında önemli bir ağırlığa erişmiştir. Bu eleştiriler ve bunlara getirilen karşılıklarla beraber sert pozitivizm hukuk felsefesinin asli tartışmaları arasına katılmıştır.

Bu çalışmada üç temel tez öne sürülmektedir. İlk tez, Hart’ın başını çektiği yumuşak hukuki pozitivizm yaklaşımı ile Dworkin’in de içinde bulunduğu doğal hukuk yaklaşımlarının çeşitli sebeplerden dolayı hatalı olduğu ve sert pozitivizmin hukuk felsefesinin temel sorunlarına doğru cevaplar verdiğiidir. Bu çalışmada öne sürülecek ikinci tez, hukuk camiasında hukuki pozitivizme dair oluşmuş kanının hatalı olduğu ve doğru bir şekilde güncellenmesi gerektiğidir. Üçüncü tez ise sert pozitivizmin temellendirdiği kuramsal öğelerin pratik anlamda faydalı çıkarımlar sağladığıdır.

Bu çalışma iki bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde analitik hukuk felsefesi açısından bir dönüm noktası olan Hart-Dworkin tartışması ve sert pozitivizmin kurucusu olan Joseph Raz’ın kuramsal açıklamaları sunulmaktadır. İkinci bölümde ise sert pozitivizmin güncel temsilcileri ve sert pozitivizme yöneltilen eleştiriler incelenmektedir.

Birinci bölümün ilk alt başlığında ele alınan Hart-Dworkin tartışmasında, Hart, hukuku esasen bir kurallar sistemi olarak betimlerken, Dworkin, ilkelerin (doğal hukuk unsuru vurgulanırsa, ahlaki ilkelerin) hukukun asli bir unsuru olduğunu öne sürmüştür. Hart ise hukuk sisteminin ahlaki ilkeleri bir hukuk kaynağı olarak tanınması halinde bunların hukuk niteliği kazanabileceğini, ama tanımıyorsa da bu niteliği kazanamayacaklarını ifade etmiştir. Bu manevra, Dworkin’in işaret ettiği ahlaki ilkelerin hukukta oynadığı rolü açıkladığı gibi hukuki pozitivizmin toplumsal olgu temelli genel çerçevesini muhafaza ediyor gibi gözükmemektedir. Hart, Dworkin’e verdiği bu karşılık ile beraber düşünsel pozisyonunu *yumuşak pozitivizm* veya *kapsayıcı pozitivizm* olarak niteler. Buna göre toplumsal olgu temelli olmayan ahlaki ilkeler kendi başlarına hukuk olamazlar ama hukuk sistemi tarafından tanınmaları halinde o sistem tarafından kapsanırlar. Hart’ın pozitivist kuramı bu açıdan yumuşaktır çünkü her ne kadar ahlaki ilkeler kendiliklerinden hukuka dâhil

olmasalar da hukukun imkân vermesi halinde ahlakın hukuka dâhil olmasında bir esneklik söz konusudur.

Birinci bölümün ikinci alt başlığında ele alınan sert pozitivistizmin kurucusu olan Joseph Raz ise Hart'ın Dworkin'e verdiği bu karşılığın başka sorunlar yarattığını ve hukuki pozitivistizmin tezleri açısından tutarsızlığa yol açtığını öne sürer. Raz'a göre hukuk, sadece toplumsal olgu kaynaklı yasalardan ibarettir. Buradaki yasa (*law*); anayasa maddeleri, hukuki ilkeler, kanunlar, tüzükler, yönetmelikler ve mahkeme kararları gibi hukuk parçalarını geniş anlamda ifade etmektedir. Bu açıdan Raz'ın savunduğu hukuki pozitivistizm, *sert* veya *dışlayıcıdır* çünkü yazar toplumsal olgu temelli olmayan ahlaki ilkelerin hukukun kavramsal alanına hiçbir şekilde dâhil olamayacağını ileri sürmektedir. Raz'ın ahlaki ilkelerin hukuku belirsiz hale getirdiğine veya devletin kontrolünü kısıtladığına dair bir hukuk politikası endişesi yoktur. Raz'ın argümanı, analitik bir önermedir. Düşünür, hukukun meşru otorite iddiası üzerinden temellendirdiği kuramında, hukukun bu işlevini kavramsal olarak yerine getirebilmesi için belli yetilere zorunlu olarak sahip olması gerektiğine ve bu yetilerin de belli kavramsal sonuçlarının olduğuna işaret eder. Hukuki pozitivistizm, Raz'ın bu yeni yaklaşımı ile birlikte yumuşak pozitivistizm ve sert pozitivistizm olarak ayrılmıştır. Her iki yaklaşım da toplumsal olguların belirleyiciliğini savunsa da ahlakın hukuk bağlamındaki kavramsal statüsü konusunda çeşitli gerekçelerden dolayı farklılaşmaktadırlar.

Raz, oldukça derin ve soyut bir iç görüş ile hukukun meşru otoriteyi haiz olma iddiasından doğan zorunlu yetilerine dikkat çeker. Hukuk bir olgu olarak fiili (*de facto*) otoritedir ve fiili otoriteler de yine bir olgu olarak her ne kadar meşru olmasalar dahi meşru (*de jure*) otorite iddiasındadırlar. Meşru otoriteyi haiz olma iddiasındaki bir kurum da zorunlu olarak bir kişinin yani otoritenin, sükûnelerin nasıl eylemleri gerektiği hakkındaki görüşü olarak sunulmalı ve bu görüş de ahlaki değerlendirmelere başvurulmadan teşhis edilebilir olmalıdır. Hukukun varlığı ve içeriği bu nedenle ancak toplumsal olguların araştırılması ile belirlenebilir, ahlaki değerlendirmeler ile değil. Raz bu düşüncesini kaynaklar tezi olarak niteler. Raz'ın bu açıklamaları her ne kadar ahlak ile hukukun farklı kavramsal alanlarda bulunduğu çıkarımına varsa da ahlaki değerlendirmelerin hukuki süreç ve faaliyetlerde rol oynamadığını ifade etmez. Raz'a göre tam da sert pozitivist tezlerin sonucu olarak hukuk, birçok konuyu yasalar ile hükme bağlamaz ve bundan dolayı oldukça açık dokulu veya boşluklu bir yapıda olduğu çıkarımına ulaşılır. Bu nedenle hâkimler bu kaçınılmaz boşlukları takdirleri vasıtası ile hükme bağlarlar. Bu süreçte de ahlaki değerlendirmeleri ile hukuk yaratırlar. Raz, tekil hukuk normlarının nitelikleri kadar bir bütün olarak hukuk sistemlerinin özelliklerini de incelemiştir. Yazara göre bir hukuk sisteminin varlığının ve sistemin normlarının teşhisinin sınanması için üç ölçütün ele alınması gerekir. Bunlar, kurumsal karakter, etkililik ve kaynaklardır. Raz her üç unsura dair özgün analizler sunmaktadır. Raz bu unsurları incelerken hukukun geçerliliği, sürekliliği, birliği, özgünlüğü ve sınırları hakkında çıkarımlar yapar. Düşünür aynı zamanda hukuk felsefesi yazınında bütüncül bir açıklama sunulmayan hukukun işlevleri konusunda da ayrıntılı bir çözümleme vermektedir. Raz'ın eğildiği bir diğer başlık, yargı sürecidir. Raz bu başlıkta mahkemelerin işleyişini ve yorum faaliyetini inceler. Raz'a göre yargısal faaliyette hâkimler sadece hukuku uygulamaz, birçok halde onu yaratır ve değiştirirler. Bu nedenle hâkimlerin hukuki bilgi ve hünerleri kadar ahlaki karakteri de önemlidir. Raz her ne kadar yorumda tek bir metodu veya yaklaşımı önermese de yorumda önem arz eden unsurların olduğunu belirtir. Bunlar; devamlılık, otorite, hukuki gelişim ve

hakkaniyettir. Devamlılık ve otorite unsurları, yorumda muhafazakâr yönde bir ağırlık oluştururken, hukuki gelişim ve hakkaniyet unsurları yorumu yenilikçiliğe yöneltir. Yorum doğrudan somut uygulamaya yönelik olduğundan yazar, bu unsurların her vakada aynı şekilde ağırlık teşkil edemeyeceğini, bu dengenin her vakada hâkimler tarafından kurulması gerektiğini ifade eder. Raz, hukuk devleti ve insan hakları konularında da görüş beyan etmiştir. Düşünüre göre ilgili kavramlar mevcut tartışmalarda işlevsel olmayan tanımlar ve gerekçeler ile ilişkilendirildiğinden anlamlı çıkarımlar yapmak ve bağlantılar kurmak zorlaşmaktadır. Bu nedenle Raz bu kavramları daha mütevazı ancak daha makul unsurlar ile izah eder. Raz son olarak, hukuka yönelik ahlaki tutumlara dair geniş yelpazeli bir analiz sunar. Yazar bu kapsamda hukuka itaat yükümlülüğü, sivil itaatsizlik ve vicdani ret konularını incelemektedir.

İkinci bölümün ilk alt başlığında, sert pozitivist kuramdaki üç güncel temsilciye yer verilmektedir: Andrei Marmor, Scott J. Shapiro ve Brian Leiter. Marmor, hukukun temellerini kurucu bir konvansiyon olarak ele almakta ve bundan hukukun niteliklerine dair açıklamalar getirmektedir. Yazara göre Hart ve onu takip edenlerin, hukukun temellerini bir koordinasyon konvansiyonu olarak düşünmeleri, hukukun nitelikleri ile terstir. Marmor aynı zamanda hukuktaki ahlaki dil ve kavramların varlığına pozitivist bir karşılık getirmekte ve dil ile yorum arasındaki ilişkileri incelemektedir. Marmor, tüm bu analiz alanlarının ancak sert pozitivist bir çerçeve içerisinde tutarlı bir şekilde ifade edilebileceğini savunur. Shapiro ise hukuku bir toplumsal planlama aracı olarak ele almakta ve hukukun bu niteliği ile sert pozitivismi ilişkilendirmektedir. Shapiro aynı zamanda özgün bir yorum kuramı oluşturarak Dworkin'in geç dönem yazınında önemli bir yer işgal eden kuramsal anlaşmazlıklar argümanına itiraz eder. Shapiro'ya göre hukuk bir güven ekonomisi olarak ele alınmalı ve yorum metodu seçilirken bu güven ekonomisi ile uyumlu olanlar tercih edilmelidir. Aksi takdirde nihayetinde bir plan olan hukuka ters sonuçlar ortaya çıkacaktır. Leiter ise diğerlerinin aksine ilk planda analitik bir hukuk felsefecisi değildir. Hukuk felsefesindeki çalışmalarının ağırlıklı bölümü Amerikan hukuki realizm akımı ve onun yeniden yapılandırılması üzerinedir. Bununla beraber Leiter bu akımın gösterdiği doğruların yalnızca sert pozitivism ile uyumlu olabileceğini belirtir ve bu kuramın savunusunu yapar. Yazar aynı zamanda sert pozitivismin de dâhil olduğu analitik hukuk felsefesinin kısıtlamalarına işaret ederek hukuk felsefesinin *a priori* kuramsal akıl yürütmelerin ötesine geçmesini önerir ve hukuk felsefesinin bunun ötesinde nelere eğilebileceğine bakar.

İkinci bölümün ikinci alt başlığında, sert pozitivism'e yöneltilen eleştiriler sunulmaktadır. Bu başlıkta, doğal hukuk ve yumuşak pozitivism yaklaşımlarının sert pozitivism'e karşı itirazları ele alındığı gibi sert pozitivist kuramcıların kendi aralarındaki ayrışma noktaları da gösterilmektedir. Sert pozitivism'e doğal hukuk bakış açısından eleştiri getiren beş düşünür incelenmiştir: Robert Alexy, John Finnis, Ronald M. Dworkin, Stephen R. Perry ve Michael S. Moore. Sert pozitivism'e yumuşak pozitivism bakış açısından yapılan eleştirilerde ise dört düşünür ele alınmıştır: Jules L. Coleman, Wilfrid Waluckow, Kenneth E. Himma ve Matthew Kramer. Sert pozitivist kuramcılar arasındaki eleştirilerde ise güncel temsilcilerin görüşlerine yer verilmiştir: Marmor, Shapiro ve Leiter. Raz, kendi hukuk felsefesi yazını bu temsilcilerden daha önce oluşturduğu ve güncel sert pozitivist kuramcılardan sonra hukuk felsefesinden ziyade başka alanlara yöneldiğinden dolayı bu temsilcilere eleştiride bulunmamıştır.

Sonuç bölümünde, sert pozitivizmin farklı kuramcılar tarafından sunumu ve eleştirilerin değerlendirilmesi ışığında bu çalışmadan çıkan kavramsal ve pratik değerdeki unsurlara bakılmaktadır. Bu analizler doğrultusunda da yukarıda öne sürülen tezler gerekçelendirilmektedir. Bu bağlamda ilk olarak sert pozitivizmin, yumuşak pozitivizm ve doğal hukuk kuramlarından daha doğru bir kavramsal pozisyonda olduğu temellendirilmiştir. İkinci olarak hukuki pozitivizmin, muhafazakâr bir devlet ideolojisi olmaktan ziyade analitik bir kavram olduğu tespit edilmiştir. Üçüncü ve son olarak, bu kavramın; yargılama süreçlerinin anlaşılması, hukukun yorumlanması, hukukun reform edilmesi, hukuka itaat yükümlülüğünün belirlenmesi gibi birçok konuda oldukça faydalı çıkarımlarda bulunduğu gösterilmiştir.



GİRİŞ

2015 yılında ilk kez bir Türk bilim insanı Nobel ödülünü kazanmıştır. Aziz Sancar'ın çalışmaları medyada ilk başta kanser hastalığı ile ilişkilendirilmiş ve hastalık için bir çare olabileceği ifade edilmiştir. Buna karşın Sancar'ın çalışmaları kanser tedavisine yönelik olmamıştır. Onun çalışmaları esasen hücrelerin hasar gören DNA'larını nasıl onardığı ve genetik bilgisini nasıl koruduğu hakkındadır. Sancar, hücrelerin nasıl işlediğine dair tespitler sunmuştur, hasar görmüş hücreleri tedavi edecek yeni bir ilaç veya başka bir tedavi yöntemi geliştirmemiştir. Ama yapılan yorumlar her ne kadar bir miktar eksik olsa dahi özünde doğrudur: Sancar'ın çalışmalarından hareketle belli kanser tedavilerinin geliştirilmesinin önü açılmıştır.

Bilim ve düşünce tarihinde toplumlar doğal olarak esasen pratik çözümler getiren çalışma ve yeniliklere ilgi göstermiştir. Bunca hastalık, zorluk ve adaletsizliğin olduğu bir dünyada asıl beklentinin bu olması doğaldır. Bununla beraber bilim ve felsefe yapanların tecrübeleri, doğrudan çözüm getirme girişimlerinin çoğu defa başarısız ve yetersiz kaldığını da göstermiştir. Örneğin bir kanser ilacı geliştirmek oldukça zordur. Kanser ilacının hedef alacağı sorunların tespit edilebilmesi ve ilacın etki sürecinin takibinin sağlanması gerekir. Bunun için de hücrenin nasıl çalıştığının ve ne gibi evrelerden geçtiğinin bilinmesi lazımdır. Ancak o zaman bu süreci olumlu yönde değiştirebilecek araçlar geliştirilmeye girişilebilir.

Hukuk konusunda da benzer bir durum olduğunu söylenebilir. Kamuoyunun asıl beklentisi, hukuk uygulamasının olumlu sonuçlar vermesi ve gelecekte daha da iyi işlemesi için reformlar yapılmasıdır: kamu hizmetlerinin ucuz ve kaliteli bir şekilde sağlanması, özgürlüklerin ihlal edilmemesi, yüksek vergi borçları için vergi barışı, artan suçlar için caydırıcı cezalar, siyasi sorunlar için anayasa değişiklikleri gibi. Mesleğin içinde olanlar açısından da farklı bir durum yoktur. Bu pratik

gelişmelerin öncesinde yapılan felsefi, sosyolojik çalışmalar kamuoyunun dikkatini fazla çekmez.

Ancak avukatlar, savcılar, hâkimler, akademisyenler, siyasetçiler gibi hukukun içinde olanlar hukukun basit bir şekilde işlemediğini, değişikliklerin hiç de kolay gerçekleşmediğini, yapılan reformların her zaman arzu edilen sonuçları veremediğini ve uygulamanın kâğıt üzerindeki kurallardan daha karmaşık olduğunu bilir. Kamuoyu da genel olarak mevcut uygulamalardan veya yapılan değişikliklerden beklediğini alamayınca her ne kadar hukuk konusunda detaylı bir bilgiye sahip olmasa da gitgide basit söylemlerden ve çözüm önerilerinden daha fazlasının gerekli olduğunun farkına varmaktadır.

Analitik hukuk felsefesi işte bu “daha fazlasını” bulmaya gayret eder. Analitik hukuk felsefesinin ana çalışma konusu olan “hukuk nedir?” sorusuna verilen iyi cevaplar, hukuka dair daha derin bilgiler sağlar. Bu ana soruya cevap vermek için de hukukun ne gibi özelliklerinin olduğu, nasıl işlediği veya nasıl değiştiği sorularına da cevaplar bulunması gerekir. Bu cevaplar hukuka ilişkin beklentileri kendiliğinden gerçekleştirmez ancak meselelerin daha iyi anlaşılmasını sağlar ve arzu edilen değişimin gerçekleştirilebilmesi için araçlar sunar. Bu bilgiden de hareketle hukuktaki sorunlar daha doğru tespit edilerek daha başarılı değişiklikler yapılabilir. Hukuku icra edenler de hukukun ne olduğunu daha iyi bilirse onu mevcut haliyle daha doğru ve etkin bir şekilde kullanabilirler. Akademisyenler hukuku öğretirken bu unsurları da öğrencilerine aktarabilir. Vatandaşların da hukuka dair bilgileri arttıkça ondan beklentilerini ve ona karşı tutumlarını daha iyi bir şekilde değerlendirebilirler.

Analitik hukuk felsefesi, en azından doğrudan “hukuk ne olmalıdır?”, “adalet nedir?” sorularına eğilmez. Bu sorular esasen normatif hukuk felsefesinin çalışma alanıdır. Hukuki pozitivistler bu soruların, “hukuk nedir?” veya “hukukun özellikleri nedir?” sorularından ayırık ve bağımsız olarak cevaplanabileceği görüşündedirler. Hukuki pozitivistler, “hukuk nedir?” sorusuna verdikleri cevaplarda bir betimleme yapma iddiasındadırlar, mevcut sisteme veya sistemlere dair olumlu veya olumsuz bir değer yargısında bulunmazlar. Diğer yandan doğal hukuk yaklaşımları bu betimleyici ve normatif soruların, hukukun özgün niteliklerinden dolayı birlikte ele

alınması gerektiğini öne sürerek hukuk felsefesi içinde normatif değer yargılarının da olmasını savunurlar.

Analitik hukuk felsefesi, her felsefe alanında olduğu gibi uzun bir düşünce öyküsünü temsil eder. Tarihin gelişimi, değişen toplumsal koşullar ve sayısız düşünürün karşılıklı tartışmaları bu öyküyü ilerletmiştir. Analitik hukuk felsefesindeki ana tartışma eksenini, doğal hukuk ile hukuki pozitivizm arasında olmuştur. Doğal hukuk, hukukun özünü ahlaktan aldığını iddia ederken hukuki pozitivizm ise hukuku esasında toplumsal olgu kaynaklı bir normatif sistem olarak ele almıştır. Bu çalışmanın konusu olan sert pozitivizm yaklaşımı ise bu öykünün en son bölümü olmasa da sonlarında bir yer işgal eder.

Sert pozitivizm kuramının ismini ve çıkışını anlamak için bu öykünün önceki bölümlerine bakmak gerekir. Bu önceki bölüm de Hart-Dworkin tartışmasıdır. H. L. A. Hart, hukuku bir kurallar sistemi olarak betimlerken, Ronald M. Dworkin, ilkelerin (doğal hukuk unsuru vurgulanırsa, ahlaki ilkelerin) hukukun asli bir unsuru olduğunu öne sürmüştür. Hart ise Dworkin'e karşılık verirken eğer bir hukuk sistemi ahlaki ilkeleri bir hukuk kaynağı olarak tanır ise o zaman hukuk niteliği kazanabileceğini ama tanıımıyorsa da bu niteliği kazanamayacağını ifade etmiştir. Bu manevra, hukukta Dworkin'in işaret ettiği ahlaki ilkelerin hukukta oynadığı rolü açıkladığı gibi aynı zamanda hukuki pozitivizmin toplumsal olgu temelli genel çerçevesini muhafaza ediyor gibidir. Hart, Dworkin'e verdiği bu karşılık ile beraber düşünsel pozisyonunu *yumuşak pozitivizm (soft positivism)* veya *kapsayıcı pozitivizm (inclusive positivism)* olarak niteler. Buna göre toplumsal olgu temelli olmayan ahlaki ilkeler kendi başlarına hukuk olamazlar ama hukuk sistemi tarafından tanınmaları halinde o sistem tarafından kapsanırlar. Hart'ın pozitivist kuramı bu açıdan yumuşaktır çünkü her ne kadar ahlaki ilkeler kendiliklerinden hukuka dâhil olmasalar da hukukun imkân vermesi halinde ahlakın hukuka dâhil olmasında bir esneklik söz konusudur.

Joseph Raz ise Hart'ın Dworkin'e verdiği bu karşılığın başka sorunlar yarattığına ve hukuki pozitivizmin tezleri açısından tutarsızlığa yol açtığını öne sürer. Raz'a göre hukuk, sadece toplumsal olgu kaynaklı yasalardan ibarettir. Buradaki yasa (*law*); anayasa maddeleri, hukuki ilkeler, kanunlar, tüzükler, yönetmelikler ve

mahkeme kararları gibi hukuk parçalarını geniş anlamda ifade etmektedir. Bu açıdan Raz'ın savunduğu hukuki pozitivizm, sert veya dışlayıcıdır. Çünkü toplumsal olgu temelli olmayan ahlaki ilkelerin, hukukun kavramsal alanına hiçbir şekilde dâhil olamayacağını savunur. Raz'ın bu görüşünde, ahlaki ilkelerin hukuku belirsiz hale getirdiğine veya devletin kontrolünü kısıtladığına dair bir hukuk politikası endişesi yoktur. Raz'ın argümanı, kavramsal düzlemde analitik bir tespittir. Raz, hukukun meşru otorite iddiası üzerinden temellendirdiği argümanında, hukuk kurallarının bu özelliği kavramsal olarak taşıyabilmesi için belli yetilere zorunlu olarak sahip olması gerektiğini ve bu yetilerin de belli kavramsal sonuçlarının olduğuna işaret eder.

Raz'ın bu yeni yaklaşımı ile birlikte *sert pozitivizm (hard positivism)* veya diğer adıyla *dışlayıcı pozitivizm (exclusive positivism)*, yumuşak pozitivizmden ayrılmıştır. Her iki yaklaşım da toplumsal olguların belirleyiciliğini savunsa da ahlakın hukuk bağlamındaki kavramsal statüsü konusunda çeşitli gerekçelerden dolayı farklılaşmaktadırlar.

Sert pozitivizm sadece Raz'ın felsefi yazını ile sınırlı kalmamıştır. Birçok yazar bu akımı ileriletmiş ve kendi kuramlarında farklılaştırmıştır. Hukuk felsefesinde önemli ağırlıkları olan yazarlardan Andrei Marmor, Scott J. Shapiro ve Brian Leiter, sert pozitivizme kuramsal ve pratik konularda özgün katkılar sunmuşlardır. Pek tabii ki bu yaklaşım da hukuk felsefesi öyküsünün tüm bölümleri gibi birçok taraftan eleştiri çekmiştir. Gerek doğal hukuktan gerekse hukuki pozitivizmin kendi içerisinden sert pozitivizme itirazlar yükselmiş ve bu itirazlara da karşılıklar verilmiştir.

Bu çalışmanın planı da yukarıdaki mantık silsilesine denk düşecek şekilde hazırlanmıştır. Birinci bölümde modern hukuk felsefesinin en büyük isimleri olarak nitelenen Hart, Dworkin ve Raz incelenecektir. Bu bölümün ilk alt başlığında, sert pozitivizmin anlaşılabilmesi ve ele aldığı sorunların açığa çıkması için Hart-Dworkin tartışması değerlendirilecektir. Daha sonra da bu bölümün ana konusu olan, Joseph Raz'ın sert pozitivist kuramı detaylı alt başlıklarda açıklanacaktır. İkinci bölümde ise Raz sonrası hukuk felsefesinde sert pozitivist kurama ilişkin gelişmeler sunulacaktır. Bu bölümün ilk alt başlığında Marmor, Shapiro ve Leiter'in bu yaklaşıma getirdiği

güncel katkılar işlenecektir. Bu bölümün ikinci alt başlığında ise sert pozitivizme yöneltlen eleştirilere ve bunlara verilen karşılıklara yer verilecektir.

Bu çalışmada üç temel tez öne sürülecektir. İlk olarak, hukuk felsefesi tartışmalarının merkezinde olan Hart'ın başını çektiği hukuki pozitivizm yaklaşımı ve Dworkin'in de içinde bulunduğu doğal hukuk yaklaşımlarının çeşitli sebeplerden dolayı hatalı olduğu ve hukukun ne olduğuna, hangi özelliklere sahip olduğuna dair açıklamaların daha doğru tespitler ile güncellenmesi gerektiği iddia edilecektir. Bir hukuk felsefesi çalışmasının ilk amacı doğal olarak asli hukuk felsefesi sorularına cevaplar vermektir. Bu kapsamda “hukuk nedir?”, “hukukun nitelikleri, kaynağı, işlevleri nedir?” sorularına sert pozitivizmin bakış açısından cevaplar verilecektir. Bu sayede oldukça zengin iç görüler sunan bu kuram aydınlatılmış olacak ve hukuka ilişkin bu temel sorulara yanıtlar sunulacaktır.

Bu çalışmada öne sürülecek ikinci tez, hukuk camiasında hukuki pozitivizm hakkında oluşmuş kanının hatalı olduğu ve düzeltilmesi gerektiğidir. Pek çok felsefi kavram ve akım layık oldukları halleriyle ele alınmamakta ve günümüz hayatının hızı ve sabırsızlığı sonucunda yalnızca kısa, karikatürize edilmiş sloganlar şeklinde sunulmakta ve anlaşılmaktadır. Hukuki pozitivizm ve doğal hukuk kuramları açısından da bu farklı değildir. Hukuki pozitivizm, pek çok hukukçu tarafından “hukuk hukuktur” veya “hukuku hukuka bağlı olarak uygulamak gerekir” gibi basit formüller ile anlaşılırken, doğal hukuk akımı da buna paralel olarak “adil olmayan hukuk, hukuk değildir” ve “hukuk adaletten gelir” gibi cümleler ile özetlenmektedir. Bu ifadelerin söz konusu akımlar ile belli bağlantıları olsa da bu kadar yoğun akademik ve düşünsel çalışmanın yapıldığı bu alanın ancak bu kadar basit formülleri geliştirebildiğini beklemek doğru olmaz. İlgili kuramların gerçek içeriklerinin teşhis edilmesi için bu çalışmada mevcut algıya dair ögeler ile kuramların temsilcilerinin açıklamaları arasında karşılaştırmalar yapılacak ve bu algının kaynağı incelenecektir. Bu tez, çalışmanın konusuna uygun düşecek şekilde ağırlıklı olarak sert pozitivist temsilcilerinin görüşleri ön planda tutularak temellendirilecektir ancak diğer hukuki pozitivistlerin de görüşleri bu kapsamda sunulacaktır.

Üçüncü tez ise sert pozitivizmin temellendirdiği kuramsal ögelerin pratik anlamda faydalı çıkarımlar sağlayacağıdır. Sert pozitivist düşünürler; yargılama

süreci, yorum, hukuk devleti, insan hakları, hukuka itaat yükümlülüğü gibi pratik boyutu ön planda olan birçok konuda argümanlar ileri sürmüştür. Bu çıkarımların incelenmesi ile sert pozitivizmin sadece soyut düzlemde kuramsal bir açıklama sunmadığı, aynı zamanda pratik değeri olan ögeler açısından da hukuk anlayışına katkıda bulunduğu savunulacaktır.

Günümüz hukuk felsefesi yazınında oldukça geniş bir yelpazeli münazaralar gelişmektedir. Bu çalışmada bu münazaraların hepsi olmasa da önemli bir kısmı ele alınarak hukukun doğası ve niteliklerine dair felsefi analizlerin gerek akademik gerek toplumsal düzlemde daha da ön plana taşınması amaçlanmaktadır.



1. SERT POZİTİVİZM ÖNCESİ HUKUK FELSEFESİ VE SERT POZİTİVİZMİN KURUCUSU JOSEPH RAZ

Bu çalışmanın konusu olan sert pozitivizm, hukuki pozitivizmin bir dalıdır. Hukuki pozitivizm de pozitivist düşüncenin hukuk alanındaki görünümü olmuştur. Pozitivizm ise sadece gözleme dayanan metotlarla veya akılcı mantıksal çıkarımlarla temellendirilen bilgilerin geçerliliğini kabul eden, metafizik ve teizmi reddeden bir felsefe sistemidir¹.

Hukuki pozitivizm hukuku bir insan ürünü olarak görür ve incelemesini toplumsal olgu temelli bir yaklaşım güderek yapar. Hukuki pozitivizm hukuk felsefesindeki bir diğer ana akım olan doğal hukuk kuramının metafizik ve teolojik temellendirmelerini reddeder çünkü bunlar ampirik kanıtlara, mantıksal çıkarımlara dayanmaz.²

Hukuki pozitivist kuramların hepsinde toplumsal olgu temelleri mevcut olsa da bunlar farklı bağlamlarda farklı görünüm almaktadırlar. Kıta Avrupası'nda hukuki pozitivist kuramlar, hukukun açıklanması ve betimlenmesinden öte hukukun nasıl yorumlanması, uygulanması ve itaat edilmesi gerektiğine dair normatif bir değer yargısı içeren iddialar ileri sürmektedir. Bunun temel sebebi, Kıta Avrupası'ndaki kodifikasyon çalışmalarından doğan ihtiyaçlar ve bu kodifikasyonlara temel teşkil eden radikal siyasi değişimlerin beklentileridir³.

Fransız hukuki pozitivist kuramlarından *yorumcu hukuk okulu (l'école de l'exégèse)*, hukuku devletin çıkardığı yasalar olarak ele almakla beraber hâkimlerin de bu yasaların lafzına bağlı şekilde hukuku uygulamakla yükümlü olduklarını

¹ <https://en.oxforddictionaries.com/definition/positivism> (Son erişim tarihi: 1.6.2019)

² Zeynep Ö. Üskül Engin, **Bireyciliğe Tarihsel Bakış**, İstanbul: Büke Yayıncılık, 2003, ss. 74-75.

³ Mauro Barberis, "Legal Positivism in the 20th Century", **A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence - Volume 12: Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World**, Editörler: E. Pattaro & C. Roversi, Basel: Springer International Publishing, 2016, ss. 181-182.

savunmuştur⁴. Fransız devrimi, radikal bir siyasi değişim yaratarak yeni rejimin kurmak istediği düzen ile eski rejimin gelenekleri ve alışkanlıkları arasında ciddi bir karşıtlık oluşturmuştur. Bu karşıtlığın doğurduğu ihtiyaç, Fransız hukuki pozitivismi bu konu ile ilgili normatif bir çözüm önermeye yöneltmiştir. Yorumcu hukuk okulunun çözümüne göre hâkimler hukuk güvenliğinden ödün vermeksizin yasaların lafzına bağlı kalmalı ve hukuku yasa içinde kalmak kaydıyla teşhis ederek olduğu gibi uygulamalıdır. Alman hukuki pozitivist kuramlarda da toplumsal olgulardan doğan yasaların nasıl kodifiye edileceği ve bunların nasıl uygulanması gerektiği hakkında pratik bir endişe söz konusudur. *Tarihçi hukuk okulu* (*historische Rechtsschule*), *pandekt bilimi* (*Pandektenwissenschaft*) ve *kavramlar hukuk bilimi* (*Begriffsjurisprudenz*) yaklaşımları olarak nitelenen pek çok kuram, hukuku otonom bir bilim olduğu iddiası kapsamında betimleyici bir analiz sunmakla beraber hukuk politikasına dair belli yargılar da ileri sürmüşlerdir. Buradaki hedef de hukukçuların hukuku keyfî olarak farklılaştırmalarını, diğer bilimlerle karıştırmalarını engellemek ve hukuk devletini güvence altına almaktır.⁵

Anglosakson hukuki pozitivismi ise Kıta Avrupası hukuki pozitivisminden farklı bir gelişim izlemiştir. Anglosakson temsilciler de Kıta Avrupası temsilcileri gibi hukuku diğer bilimlerden ayırma ve bilimsel bir şekilde inceleme konusundaki hassasiyetleri paylaşmışlardır. Ancak bu temsilciler, hukukun temsil ettiği rejime itaat edilmesi veya yasalarının oldukları gibi uygulanması gerektiğine dair esaslı bir iddia öne sürmemişlerdir. Avusturyalı hukuk felsefecisi Kelsen de bu açıdan Anglosakson temsilciler ile paralel bir çizgidedir. Bu çizgide hukuku bir ideoloji olarak ele alma endişesi söz konusu değildir.⁶

Önde gelen İtalyan hukuk felsefecisi Norberto Bobbio da hukuki pozitivismin üç farklı anlamda değerlendirilebileceğini ve hepsinin yekpare bir kuram olarak anlaşılmasının hatalı olduğunu belirtir. Hukuki pozitivism ilk anlamında, hukuktaki “olan” ile “olması gerekeni” ayırarak hukuk biliminin icra edilmesini öneren metodolojik bir yaklaşımı ifade eder. İkinci anlamda hukuki pozitivism, hukuku

⁴ Adnan Güriz, **Hukuk Başlangıcı**, 14. Baskı, Ankara: Siyasal Kitabevi, 2012, ss. 249-250.

⁵ Alessandro Baratta, “Rechtspositivismus und Gesetzespositivismus: Gedanken zu einer ‘naturrechtliche’ Apologie des Rechtspositivismus”, **Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie**, Cilt: 54, Sayı: 3, 1968, ss. 333-339.

⁶ François Chevrete & Hugo Cyr, “De Quel Positivisme Parlez-Vous?”, **Mélanges en l’honneur d’Andrée Lajoie**, Editörler: P. Noreau & L. Rolland, Montreal: Thémis, 2008, ss. 56-59.

toplumsal olgular ile açıklama hedefinde olan bir kuramı temsil eder. Hukuki pozitivism üçüncü anlamında ise, mevcut hukukun muhafazasını ve resmi devlet görevlilerinin buna itaatini savunan bir ideolojidir⁷. Bobbio, kendi yaklaşımının birinci ve ikinci anlamla sınırlı olduğunu ve birçok hukuki pozitivistin de bu kuramı bir ideoloji olarak benimsemediğini ifade eder. Hatta “olan” ile “olması gereken” arasında fark koyan birinci anlamdaki hukuki pozitivism, tam da bu sebeple hukukun mevcut geçerliliğinden dolayı ona itaate yönelik bir değer yükleme anlayışına ters düşer.⁸

Sert pozitivism, Anglosakson hukuki pozitivismi geleneği içerisindedir. Modern Anglosakson hukuk felsefesinin esas temsilcisi ise Hart’tır. Hart’ın kuramı hem kendisinden önceki hukuki pozitivist temsilcilere eleştiriler içerdiği hem de sert pozitivismin karşıtı olan yumuşak pozitivismi temsil ettiği için sert pozitivismin anlaşılması için önem arz eder. Yazarın kuramının yumuşak pozitivismine evrilmesine sebep olan düşünür ise Dworkin’dir. Bu sebeplerden dolayı sert pozitivismin kurucusu Joseph Raz’ın görüşlerinin anlaşılabilmesi için Hart ve Dworkin’in kuramlarının açıklanması gerekmektedir. Bu nedenle bu bölümde ilk önce analitik hukuk felsefesinde bir dönüm noktası olan Hart-Dworkin tartışması ele alınacaktır (1.1.). İkinci olarak da bu bölümün esas konusu olan Joseph Raz’ın kuramı incelenecektir (1.2.).

1.1. Hart-Dworkin Tartışması

Hart ile Dworkin arasındaki tartışma, hukuk felsefesinin en önemli odak noktalarından biri olmuştur. Bununla birlikte Hart-Dworkin tartışması bu çalışmanın konusu olan sert pozitivismin de çıkış noktasını teşkil eder. Bu nedenle Hart ve Dworkin’in kuramları ile tartışmanın getirdiği karşılıklı eleştiriler, konu ile bağlantılı olan kısımlarına odaklanılarak değerlendirilecektir. Bu tartışmadaki savlar süreç içerisinde ilerlediği ve geliştiğinden bu iki düşünürün fikirleri bu etapları temsil edilecek şekilde sunulacaktır. Bu başlıkta ilk önce, Hart’ın hukuk kuramı ele alınacaktır (1.1.1.). İkinci olarak, Dworkin’in hukuki pozitivism eleştirisine

⁷ Niyazi Öktem & Ahmet U. Türkbağ, **Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet...**, 6. Baskı, İstanbul: Der Yayınları, 2014, ss. 444-446.

⁸ Pierre Brunet, “Norberto Bobbio et le Positivisme Juridique”, **Analisi e Diritto 2005: Ricerche di Giurisprudenza Analitica**, Ed: P. Comanducci & R. Guastini, Torino: Giappichelli, 2006, ss. 159-162.

bakılacaktır (1.1.2.). Üçüncü olarak, Hart'ın Dworkin'in eleştirilerine karşı yaptığı savunma incelenecektir (1.1.3.). Dördüncü olarak, Dworkin'in argümanlarını bu savunmalar karşısında nasıl geliştirdiği ve farklılaştırdığı açıklanacaktır (1.1.4.). Beşinci ve son olarak da, bu karşılıklı tezlerin sonundaki pozisyonlar ile beraber tartışmanın getirdikleri analiz edilecektir (1.1.5.).

1.1.1. Hart'ın Hukuk Kuramı

H. L. A. Hart, modern hukuki pozitivistizmin kurucusu olarak kabul edilmektedir. *The Concept of Law* (Hukuk Kavramı) kitabı, hukuk kuramları içerisinde bir klasiktir. Hart bu kitabı ilk olarak 1961'de yayınlamıştır. Vefatından sonra bu kitabın ikinci baskısı, Penelope A. Bulloch ile Joseph Raz tarafından Hart'ın kitabının ilk baskısından sonra kaleme aldığı yazıları ve notları derlenerek ek bir bölümle (*Postscript*) birlikte 1994'te yayınlanmıştır⁹.

Hart, çalışmasında hukukun ne olması gerektiğinden ziyade ne olduğu konusuna eğilir. Yazar, hukukun açıklanmasında metot olarak *betimleyici sosyolojiyi* (*descriptive sociology*) benimsediğini söyler. Ancak bu, yazarın kuru bir ampirik yaklaşıma sahip olduğu manasına gelmez; sadece hukukun ele alınmasında normatif bir “olması gereken” arayışından ziyade betimleyici bir “olan” arayışını ifade eder. Bu arayışta da düşünür, gündelik dilde hukuka dair kavramların nasıl kullanıldığı üzerine derinlemesine bir akıl yürütmenin, hukukun aydınlatılması ve ona dair unsurların daha iyi kavranması konusunda önemli bir araç olduğunu belirtir. Bu tipteki bir analiz sadece kelimelerin anlamlarına tanım vermenin de ötesinde gerçek dünyadaki toplumsal olguların özelliklerinin belirlenebilmesini de sağlar.¹⁰ Aşağıda ilk olarak, *Hart'ın kendisinden önceki kuramlara getirdiği eleştiriler* (I); ikinci olarak, *Hart'ın kuramının unsurları* (II); üçüncü ve son olarak da *Hart'ın kuramından çıkan tezler* (III) incelenecektir.

Hart'ın kendisinden önceki kuramlara getirdiği eleştiriler (I) dört gruba ayrılabilir. Bunlar; emir kuramına yönelttiği eleştiriler (a), Hans Kelsen'in kuramına

⁹ H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 2. Baskı, Oxford: Clarendon Press, 1994.

¹⁰ James Penner, *McCoubrey & White's Textbook on Jurisprudence*, 4. Baskı, Oxford: Oxford University Press, 2008, ss. 74-76.

yönelttiği eleştiriler (b), formalizm ile Amerikan hukuki realizm akımlarına yönelttiği eleştiriler (c) ve doğal hukuk kuramına yönelttiği eleştirilerdir (d).

Emir kuramına yönelttiği eleştiriler (a) bahsinde Hart'ın hedefinde Jeremy Bentham ve John Austin vardır. *Emir kuramı (command theory)* temsilcileri, hukuku temel olarak egemenin yaptırımla desteklenmiş emirlerine ve hukuk sükelerinin bu emirlere itaat etmesine indirgemıştır¹¹. Bu yaklaşımdaki ana unsur güç ve yaptırımdır¹². Yazara göre böyle bir tanımlama, hukuk olarak kabul edilemeyecek tipteki emirlerin de hukuk tanımına girmesiyle sonuçlanır. Örneğin silahlı bir adam, bir kimsenin karşısına çıkıp “ya paranı ya canını” tehdidini ileri sürdüğü zaman, o kimse üzerinde bir yaptırım tehdidi oluşur ve bir emir altına girer. Bu haldeki bir kimse itaat etmek zorunda kalabilir. Ama tabii ki de silahlı adamın emirleri hukuk değildir. “Yükümlü kılmak” ile “zorunlu kılmak” arasında bir fark vardır. Emir kuramcılarının tanımı ise silahlı adamın emirlerini hukuktan ayırtıramaz ki bu da gündelik dilde hukuka dair kullanılan ifadeler ile çelişmektedir.¹³

Emir kuramcıları, hukuk kurallarının sadece emredici boyutuna odaklandığı için de hatalıdır. Hart, hukukta *yükümlü kılan kuralların (duty-imposing rules)* olduğu gibi *yetki veren kuralların (power-conferring rules)* veya hakların da olduğunu belirtir. Vatandaşlar arzu ederlerse bu haklarını kullanabilirler ancak kullanmaları yönünde bir yükümlülükleri yoktur. Kaldı ki hukuk yaptırım odaklı da değildir. Örneğin hukuki şartların yerine getirilmemesi yokluk, butlan gibi sonuçlar doğurabilir ama bunlar cezai nitelikte değildir. Son olarak, bu hak ve yükümlülükler egemenin iradesinden de çıkmayabilir. Örf ve adet hukuku, egemenin iradesinden ortaya çıkmaz.¹⁴

Hart, bu sorunların da ötesinde emir kuramında hukukun kurumsallığının gösterilemediği iddia eder. Eğer hukuk, emir kuramcılarının ifade ettiği gibi bir egemene odaklı ise o egemenin ortadan kalkması durumunda hukukun da onunla

¹¹ Zeynep Ö. Üskül Engin, “Olan Hukuk – Olmayan Hukuk”, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi** – 23, Editörler: H. Ökçesiz ve diğerleri, İstanbul Barosu Yayınları, 2012, s. 156.

¹² John Austin, **Hukukun Belirlenmiş Alanı**, Çevirenler: Ü. Yükselbaba ve diğerleri, İstanbul: Tekin Yayınevi, 2015, ss. 37-39.

¹³ Aydan Ö. Surlu, “Hart’ta Kurallar Sistemi”, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi** – 21, Editörler: H. Ökçesiz & G. Uygur, İstanbul Barosu Yayınları, 2010, ss. 197-200.

¹⁴ Aydan Ö. Surlu, **H. L. A. Hart’ta Tanıma Kuralı**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2008, ss. 14-16.

beraber yok olması ve yeni bir egemen ile yeni bir hukukun ortaya çıkması gerekir. Fakat bu da hukuka dair genel kabuller ile çelişmektedir. Egemenler ölse veya değişse dahi hukukta bunun karşılığına denk gelecek kesintiler gerçekleşmez. İkinci olarak, egemenin emirleri eğer hukukun ne olduğu konusunda nihai ve mutlak nitelikte ise bu yaklaşım pek çok modern hukuk sistemindeki egemenliği sınırlayan, egemenin belli irade beyanlarını hukukun dışına iten düzenlemeleri izah edemez. Örneğin, anayasal sınırlar ve kurumsal yetki bölüşümleri bu kapsamdadır.¹⁵ Sonuç olarak emir kuramcıları her ne kadar hukukun toplumsal olgu kimliğini ön plana çıkarsalar dahi onun normatif niteliklerini açıklayamamışlardır.

Hans Kelsen'in kuramına yönelttiği eleştiriler (b) bahsinde ise Hart'ın gerekçeleri bu sefer farklı eksikliklere işaret eder. Kelsen'in kuramı, hukuku bir normlar sistemi olarak ele alır. Buna göre hukuki normlar saf bir şekilde diğer toplumsal olgu ve normlardan (örneğin ahlaki veya siyasi normlardan) farklıdır ve bu minvalde incelenmelidir. Kelsen'e göre hukuki normlar geçerliliklerini bir üst hukuki normdan alırlar. Aksi takdirde hukuki geçerlilikleri mantıken söz konusu olamaz. Hukuk sistemi, alttaki normların üstteki normlardan geçerliliklerini aldığı ve belli bir alanda etkililiğini sağlamış bir normlar hiyerarşisinden oluşur¹⁶. Bu normlar hiyerarşisinin en üstünde de *Grundnorm* yer alır. *Grundnorm*, Kelsen'in kuramında mantıksal bir varsayımdır. Herhangi bir toplumsal olguyu temsil etmez. Bunun nedeni, Kelsen'in “olan” ve “olması gereken” ayrımı ilkesi doğrultusunda toplumsal olgulardan, normların türetilmeyeceği iddiasıdır.¹⁷ Kelsen'in kuramında hukuk bu açıdan toplumsal olgulardan ve hukuki olmayan normlardan ayrık bir normatif sistemdir ve hukuk bilimi de bu hukuku, hukuki olmayan ögelerden bağımsız olarak inceleyen bir disiplindir¹⁸.

Hart ise bu argümanı hatalı bulur. Hukukun sadece normatif biçimde ele alınması yanlıştır çünkü bir hukuk sisteminin var olması, toplumsal bir olgu meselesidir. Hukuki geçerliliğinin kaynağı olan *Grundnorm*'un bir varsayım olması, bu açıdan hukukun toplumsal olgu karakteri ile çelişmektedir. Diğer hukuki

¹⁵ Hart, *The Concept of Law...*, ss. 50-78.

¹⁶ Hans Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı*, Çeviren: E. Uzun, İstanbul: Nora Kitap, 2016, ss. 74-79.

¹⁷ Alain Renaut & Lukas Sosoe, *Philosophie du Droit*, Paris: Presses Universitaires de France, 1991, ss. 351-365.

¹⁸ Ahmet H. Atalay, “Kelsen ve Hart: Bilinebilir Hukuk”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi – 19*, Editörler: H. Ökçesiz & G. Uygur, İstanbul Barosu Yayınları, 2010, ss. 105-109.

normların geçerliliğinin bu varsayımsal normdan doğması mümkün değildir, sadece toplumsal bir olgu bunu sağlayabilir. Yazar, hukuki geçerliliğin kaynağının, soyut bir mantıksal varsayım yerine toplumsal olgular ile izah edilmesi gerektiğini belirtir.¹⁹ Sonuç olarak Kelsen, emir kuramcılarının aksine hukukun normatif karakterinin hakkını vermiş olsa dahi bu sefer de hukukun toplumsal olgu niteliğini tam manasıyla açıklayamamıştır.

Formalizm ile Amerikan hukuki realizm akımlarına yönelttiği eleştiriler (c) bahsinde Hart, bu iki çatışmalı kuramın uç özelliklerine işaret eder. Formalizm, hukukun ve yargılama başta olmak üzere tüm hukuki faaliyetlerin sadece mevcut geçerli hukuki kurallar ile sınırlı olabileceğini, resmi devlet görevlilerinin hukuki yetkileri çerçevesinde yalnızca geçerli hukuk kurallarını uyguladıklarını ve uygulamaları gerektiğini savunur²⁰.

Amerikan hukuki realizm akımı ise hukuk kurallarının mahkeme kararlarında bir belirleyiciliğinin olmadığını, hâkimlerin bu kurallardan bağımsız hüküm verdiklerini ve hukukun hukuk kurallarından ziyade mahkeme kararlarından ibaret olduğunu ileri sürer. Amerikan hukuki realizm akımının kuralların belirleyici olmadığına dair iddiasına *kural şüpheciliği (rule skepticism)* denir.²¹ Buna göre hukuka hukuk sisteminin geçerli kıldığı kurallar açısından bakmaktansa, doğrudan mahkemenin hükmünün sonucunu merak eden bir “kötü adamın” gözünden bakmak daha gerçekçidir. Kurgusal bir figür olan bu kötü adam, hukuk kurallarından ziyade mahkemenin vereceği hükmün oluşmasına yol açan hukuk dışı sebeplere ve mahkemenin hükmünün kendisine ilgi duyar²².

Hart, ilk başta Amerikan hukuki realizm akımının formalizme karşı yönelttiği eleştirideki bazı kısımları kabul eder ve formalizmin, hukuki faaliyetin sadece yasalardan ibaret olduğu, hâkimlerin hiçbir koşulda takdir kullanmadığı iddiasını hatalı bulur. Gerçekten de hukuk, tüm hukuki vakaları kendi kaynakları ile hükme bağlayamaz. Yazar, hukukun bu özelliğini onun *açık dokulu (open textured)* yapısı olarak niteler. Hukuk; dilin belirsizliği, kullandığı kavramların genel nitelikte olması,

¹⁹ Hart, **The Concept of Law...**, ss. 292-293.

²⁰ **A.g.e.**, ss. 129-130.

²¹ Yasemin Işıktaç, **Hukuk Felsefesi**, 3. Baskı, İstanbul: Filiz Kitapevi, 2010, ss. 333-334.

²² Oliver W. Holmes, “The Path of Law”, **Harvard Law Review**, Cilt: 8, Sayı: 10, 1897, ss. 458-462.

tercih edilebilecek emsal kararların ve kullanılabilecek yorum yöntemlerinin çeşitliliği nedeniyle ancak sınırlı sayıda hukuki vakayı belirleyici bir şekilde hükme bağlayabilir. Belirleyici bir şekilde hükme bağlanmayan vakalarda ise hâkimlerin *takdiri (discretion)* söz konusudur. Anglosakson hukuk anlayışında kanun boşluğu ile hüküm içi boşluk arasında bir fark konulmaz ve hâkimin her iki durumda da gerçekleştirdiği faaliyet takdir olarak nitelenir. Her ikisinin de ortak noktası bu unsurların hukuk tarafından hükme bağlanmamış olması ve hâkimin bunları takdiri vasıtası ile hükme bağlayacağıdır²³. Hâkimler bu durumlarda kurallar yerine takdirlerini kullanırlar. Bununla birlikte Hart'a göre hukukun genelinde hâkimlerin belirleyicilik konusunda şüpheyne düşmeden uygulayabileceği kaynaklar ve metotlar vardır. Hukukun çoğunluğunu oluşturan bu unsurlara Hart, hukukun *gövdesi (core)* der.²⁴

Fakat bunun ötesinde hukukun vakaları hükme bağlayıp bağlamadığının belirsiz olduğu alanlar da mevcuttur. Bu istisnai alanlar, hukukun hükme bağladığı vakalar ile açıkça hâkimlerin takdirine bıraktığı boşluklar arasındaki belirsiz *yarı gölge (penumbra)* alanlarıdır. İşte tam bu durumlarda kural şüpheciliği Hart'a göre makuldür. Diğer yandan yazar, bunların istisnai olduğunu vurgular ve hukukun geri kalan çoğunluğunu temsil eden gövdesi açısından kural şüpheciliğinden bahsetmenin makul olmadığını ifade eder.²⁵ Amerikan hukuki realizm akımının sorunu, hukuktaki istisnai bir durumu hukukun olağan hali gibi betimleyip bunun üzerine iddialarını inşa etmesidir.

Yazarın Amerikan hukuki realizm akımına dair dikkat çektiği bir diğer konu ise bu akımın hukuk tanımına ilişkindir. Hart'ın okumasında realizme göre hukuk, mahkemelerin ne yaptıklarıdır veya bunlara dair tahminlerdir. Bu tanımda hukuk, kurallardan meydana gelmez. Düşünür, bir hâkimin karar verirken bu tanımı nasıl kullanabileceğini sorgular. Hâkim önüne gelen uyuşmazlık hakkında hükümde bulunurken ister istemez uygulaması gereken hukukun ne olduğunu araştırmak zorunda kalacaktır. Ancak bu tanımda hukuk, hâkimin gelecekte vereceği kararın kendisidir ki bu da karar verme aşamasında dairesel bir muhakemeye dönüşür. Hart

²³ Ahmet U. Türkbağ, "Böyle Yazıldı Böyle Uygulansın: Hâkimin Takdir Yetkisinin Teori ve Pratiği", **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı**, Cilt: 2, Sayı: 1, 2006, ss. 581-582.

²⁴ Hart, **The Concept of Law...**, ss. 124-135.

²⁵ Gülriz Uygur, "Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 51, Sayı: 2, 2002, ss. 2-4.

ise hukuk kurallarının, mahkemelerin karar alma süreçlerinde uygulamakla yükümlü oldukları davranış ölçütleri olduğuna işaret ederek realistlerin bu yaklaşımını hatalı bulur.²⁶ Yazar bu açıklamaları ile her iki kuramın da haklılık payı olduğu orta noktadaki bir pozisyonu savunur. Formalizm ve Amerikan hukuki realizm akımı ise belli unsurlara aşırı odaklanarak gerçeği temsilden uzaklaşmışlardır.

Doğal hukuk kuramına yönelttiği eleştiriler (d) bahsinde Hart'ın ele aldığı iki figür vardır: Gustav Radbruch ve Lon L. Fuller. Radbruch, İkinci Dünya Savaşı sırasında Nazi Almanyası tecrübesi ile hukuki pozitivizm arasında bir nedensellik ilişkisi kurar. Buna göre başka hâkimler olmak üzere birçok Alman resmi devlet görevlisi bu dönemde hâkim görüş olan “hukuk hukuktur” şablonu ile hareket ederek adaletten tamamen uzaklaşmış olan Nazi iktidarının kanunlarını ve bunlar ile ilişkili politikaları tereddütsüz bir şekilde uygulamışlardır. Bunun sonucunda da muazzam bir insanlık dramı yaşanmıştır. Radbruch'a göre kanunların adaletten açıkça uzaklaşması halinde hukuk niteliklerini kaybettikleri ve bu nedenle uygulanmamaları gerektiği düşüncesi eğer Alman hukuk sisteminde hâkim olsa idi o zaman Nazi Almanyası tecrübesi önlenebilirdi.²⁷ Bu nedenle Radbruch açıkça adaletsiz kanunların her ne kadar şekil şartlarını taşısa dahi hukuk olarak nitelenemeyeceğini öne sürer²⁸.

Hart, ilk önce bu iddianın çok naif olduğunu söyler. Bu kadar derin nedenleri ve sonuçları olan tarihi bir dönemin ancak akademik çevrelerce tartışılan bir hukuk kuramına dayandırılması makul değildir. Kaldı ki hukuki pozitivizm, hukukun ne olduğu sorusuna cevap arar. Bu soru, hukukun ne olması gerektiği veya adil olmayan hukuk karşısında ne yapılması gerektiği sorularından bağımsızdır. Pekâlâ, bir hukuki pozitivist bir ülkedeki hukuku doğru bir şekilde tespit ettikten sonra onu adil bulmadığı için eleştirebilir, değiştirilmesi için gayret gösterebilir veya bir vatandaş olarak itaat etmemeyi tercih edebilir. Bir devlet görevlisi olarak da eğer imkân olursa onu uygulamaktan imtina edebilir. Hukukun ne olduğuna dair tespitler bunlarla ahlaki açıdan ne yapılması gerektiğine dair eylemlerden farklıdır. Diğer

²⁶ Hart, *The Concept of Law...*, ss. 137-154.

²⁷ Sevtap Metin & Altan Heper, *Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü*, İstanbul: Tekin Yayınevi, 2014, ss. 75-99.

²⁸ Gustav Radbruch, “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht”, *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, Cilt: 1, Sayı: 5, 1946, ss. 107-108; Hayrettin Ökçesiz, “Hukukçu Eğitiminde Bir Denek Taşı: ‘Radbruch Formülü’”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 56, 2005, ss. 168-169.

yandan bir sistemin kanunlarının gayriahlaki olmaları, onları yasa olmaktan alı koymaz. Bunu reddetmek hukuk hakkında doğru olgusal tespitler yapılmasını engeller.²⁹ Bu açıdan hukuki bir yükümlülüğün varlığı ile ona itaate dair ahlaki yükümlülüğün varlığı farklı anlamlar ifade eder. Hukuki bir normun varlığı ve geçerliliği teşhis edilirken onun ahlaki niteliği zorunlu bir koşul olarak aranmaz çünkü hukuk bir olgu olarak her zaman ahlakilik niteliğini taşımayabilir. *Nötrlük tezi* (*Neutralitätsthese*) şeklinde nitelenen bu yaklaşım, hukuki bir yükümlülüğün varlığının teslim edilmesinin kaçınılmaz olarak ona itaati icap ettirdiğini savunan *riayet tezi* (*Befolgungsthese*) ile karıştırılmamalıdır³⁰. Nitekim hukuk felsefesi yazınında *yanılabilme tezi* (*fallibility thesis*) olarak da ifade edilen görüş açısından hukuk, hatalı, gayriahlaki olabilir ve bunun neticesinde de her ne kadar itaat talep etse dahi bu talep, ahlaki bir yükümlülük doğurmayabilir³¹. Alman hukuk felsefesi yazınında hukukun teşhis ve tespiti ile ona sadakat ve itaati bir tutan *kanuni pozitivizm* (*Gesetzespositivismus*) ile Anglosakson düşüncesinde bir mihenk taşı olan Hume'un "olan" ile "olması gereken" ayrımına dayalı modern *hukuki pozitivizm* (*Rechtspositivismus*) yaklaşımı birbirinden farklıdır³².

Hart'ın ele aldığı ikinci doğal hukukçu düşünür olan Fuller'a göre ise *hukukun iç ahlakı* (*inner morality of law*) gereği hukuk, belli ahlaki değerleri haiz şekillerde işlemek zorundadır. Fuller, kurgusal olarak yarattığı Kral Rex karakterinin hukuk oluşturma serüvenini anlatarak hukuk sistemindeki yönetenler ile yönetilenler arasında müteakabiliyete dayalı bir ilişki olduğunu gösterir. Örneğin hukuk; ağırlıklı olarak gizli, geriye etkili, tutarsız, belirsiz yasalardan oluşursa kaçınılmaz olarak çöker. Nitekim bir hukuk sistemi, bu ahlaki değerlere sahip şekli koşulları ihlal ederse hukuk sükelerinin davranışlarını yönetemez. Bundan dolayı hukuk ile ahlak arasında zaruri bir ilişki vardır.³³

²⁹ H. L. A. Hart., "Positivism and Separation of Law and Morals", **Essays in Jurisprudence and Philosophy**, Oxford: Clarendon Press, 1983, ss. 72-75.

³⁰ Norbert Hoerster, **Was ist Recht?: Grundfragen der Rechtsphilosophie**, München: Verlag C. H. Beck, 2006, ss. 76-78.

³¹ Leslie Green, "Positivism and the Inseparability of Law and Morals", **New York University Law Review**, Cilt: 83, Sayı: 4, 2008, ss. 1056-1058.

³² Nikolaus Forgo & Alexander Somek, "Nachpositivistisches Rechtsdenken", **Neue Theorien des Rechts**, 2. Baskı, Editörler: S. Buckel ve diğerleri, Stuttgart: Lucius & Lucius, 2009, ss. 254-260.

³³ Sevtap Metin, "Lon L. Fuller ve Prosedürel Doğal Hukuk Yaklaşımı", **Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş**, 2. Baskı, Editör: E. Uzun, İstanbul: İthaki Yayınları, 2015, ss. 175-181.

Buna karşı Hart, Fuller’ın işaret ettiği şekli işleyiş koşulları sağlansa dahi söz konusu hukuk sistemlerinin mutlaka adil olması için bir sebep bulunmadığını iddia eder. Pekâlâ, baskıcı bir rejim tüm hukuki şekli işleyiş şartlarını taşıyabilir ama yine de açıkça gayriahlaki olabilir³⁴. Hart’ın bir diğer itirazı ise Fuller’ın argümanının hukuk ile ahlak arasında alışıl gelmiş anlamda bir bağlantı kurmadığıdır. Bir kişiyi zehirlerken de belli şeylere dikkat edilmesi gerekebilir. Örneğin zehirlemek istenilen kişinin kusup zehri atmaması için çok fazla zehir kullanılmamalıdır ve zehir ilk etapta fark edilecek derecede çok acı vermemelidir. Ancak bu durum, zehirlemenin bir iç ahlakı olduğunu göstermez. Hukukun kötülük yapabilmek bağlamında belli kısıtlamalar altında olması, hukuk ile ahlak arasında alışıl gelmiş bir anlamda zorunlu bir ilişki olduğu manasına gelmez.³⁵

Hart, doğal hukuk kuramının hukuk felsefesine katkıları konusunda diğer pozitivist düşünürlere kıyasla daha ilgilidir. Yazar, “olan hukuk” ile “olması gereken hukuk” kavramlarının ayrık olduğu düşüncesini savunsa da bir hukuk sisteminin etkili olarak ayakta durabilmesi için doğal hukuk kuramının vurguladığı belli değerleri asgari olarak taşıması gerektiğini kabul eder³⁶. Düşünür, hukukta beş konuda doğal hukukun asgari içeriğinin (*the minimum content of Natural Law*) bir zorunluluk olduğuna işaret eder. İlk olarak, hukukta şiddet yasakları bulunmalıdır. Bunun nedeni insanların saldırı halinde incinebilir olmasından gelir. İkincisi, hukuk, toplumda belli bir eşitlik ve kişilere saygı düzeni sağlamalıdır. Buradaki sebep, hukuk süjeleri olan insanların genel manada denk özelliklere sahip olmasıdır. Üçüncüsü, hukuk belli bir karşılıklı müsamaha rejimi oluşturmalıdır. Çünkü insanların sınırlı özgecil eğilimleri vardır; kişilerin birbirlerine müdahaleleri kısıtlanmaz ise sorunlar baş gösterir. Dördüncüsü, hukuk belli bir özel mülkiyet sistemi sağlamalıdır. Zira kaynaklar kısıtlı olduğundan dolayı bu kaynakların nasıl kullanılacağı belirlenmelidir. Beşinci ve son olarak da hukuk bir dizi yaptırımlar öngörmelidir. Çünkü insanların anlayış gücü ve iradeleri zayıftır, bundan dolayı yaptırımların yokluğunda kurallar işlev gösteremez. Bu özelliklerin yokluğu durumunda bir toplumsal olgu olarak hukukun ortaya çıkması veya ayakta kalması

³⁴ Raymond Wacks, **Hukuk Felsefesine Kısa Bir Giriş**, 8. Baskı, Çeviren: E. Arıkan, İstanbul: Tekin Yayınevi, 2018, s. 51.

³⁵ H. L. A. Hart., “Lon Fuller: The Morality of Law”, **Essays in Jurisprudence and Philosophy**, Oxford: Clarendon Press, 1983, ss. 344-353.

³⁶ Penner, **McCoubrey & White’s Textbook on Jurisprudence...**, s. 84.

mümkün değildir.³⁷ Hart bu özellikleri doğal hukuk akımının ele aldığı gibi hukukun özündeki bir takım değerler veya itaat için gerekli bir dizi şartlar şeklinde düşünmemiştir. Bu unsurlar doğal hukuk kuramlarında vurgulanan derin ahlaki temellendirmelere başvurulmaksızın gözlemlenebilen, toplumların makul biçimde işleyebilmesi için elzem, ispata ihtiyaç duymayan, aşikâr öğelerdir³⁸. Görüldüğü üzere düşünür, doğal hukukçuların ahlaka dair tespitlerindeki bariz doğruların, hukukun toplumsal bir olgu olarak var oluş koşullarının belli bir kısmını teşkil ettiğini onaylayarak makul bir orta nokta bulmayı hedeflemiştir. Ancak bunu yaparken de bir değer yargısı ifade etmediği için hukuki pozitivizmin genel yaklaşımından ödün vermemiştir. Bu anlamda doğal hukuk, hukuk sistemlerinin ahlaki değeri olan bir takım unsurları genellikle sağladıkları ve bu asgarileri dahi sağlamamaları halinde etkililiklerini kaybedecekleri konusunda doğru bir tespitte bulunmuştur. Ama bu durum betimleyici bir şekilde de ele alınabilir. Kaldı ki bu iddia, bu mütevazı asgari içeriğin ötesinde hukukun ahlaki bir özünün olduğunu veya ciddi gayriahlaki yasalar içeren hukuk sistemlerinin var olmadığını, olamayacağını göstermez.

Hart'ın hukuk kuramının unsurları (II) da işte bu eleştirilerin hedefindeki eksiklikleri tamamlayacak şekilde, tutarlı bir pozitivist açıklama sunma gayesindedir. Yazar bunu taze bir başlangıç olarak niteler. Kuramının en temel ögesi hukukun bir kurallar sistemi olarak ele alınmasıdır. Bir hukuk sisteminde iki tip kural vardır: *birincil kurallar* (*primary rules*) ve *ikincil kurallar* (*secondary rules*). Birincil kurallar, hukuk süjelerine yönelik davranış kurallarını oluşturur. Onları bazı hallerde yükümlü kılar veya belli şartlarda onlara yetkiler verir. “Z’de sigara içilmez”, “Y tarihinde P vergisi ödenir”, “A’nın K hakkına saygı gösterilir”, “Vasiyetname, H şartları sağlanırsa düzenlenir” gibi kurallar birincil kurallardır. Bunların hepsi için bir yaptırım söz konusu değildir.³⁹ Bu analizler, emir kuramcılarının izah edemediği cezai nitelikte olmayan hukuki görünümleri aydınlatır.

Düşünürün işaret ettiği bir diğer husus, hukukun “kurallar hakkında kurallar” olan ikincil kuralları da içerdiğidir. Bu tespite göre hukuk tek başına birincil

³⁷ Şule Şahin Ceylan, **H. L. A. Hart’ın Hukuk Kuramı**, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2014, ss. 201-208.

³⁸ Mehmet T. Özcan, **Hukuk Sosyolojisine Giriş**, 5. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2012, ss. 37-38.

³⁹ Türkbağ, “Böyle Yazıldı Böyle Uygulansın: Hâkimin Takdir Yetkisinin Teori ve Pratiği”, s. 571.

kurallardan oluşmaz. Hart, sadece birincil kuralların varlığı halinde uygulamada belirsizlik, durağanlık ve etkisizlik sorunları ile karşılaşılacağını öne sürer. Yazara göre çağdaş hukuk sistemleri bu sorunları çözmek için *tanıma kuralı* (*rule of recognition*), *değiştirme kuralları* (*rules of change*) ve *yargılama kurallarını* (*rules of adjudication*) içerir⁴⁰. Bu kurallar ikincil kurallardır. Tanıma kuralı, hukuk sisteminde neyin hukuk olup neyin olmadığını belirler. Hangi kuralların hukuk sistemine dâhil olduğu, hangilerinin hukuk kuralı olmadığı tanıma kuralı ile belirlenir. Hart'ın ikincil kurallarının en önemlisi tanıma kuralıdır. Tanıma kuralı bir hukuk sisteminin en üst nihai kuralıdır çünkü diğer kuralların tamamının geçerliliği tanıma kuralının geçerlilik ölçütüne tabiidir. Tanıma kuralının, bir tanıyıcısı yoktur. Bu nedenle hukuk sisteminin nihai kuralıdır. Değiştirme kuralları, hukuk kurallarının nasıl değiştirilebileceğini öngörür. Bu şekilde hukuk sistemi değişen koşullara göre durağanlığa düşmeksizin kendisini yenileyebilir. Son olarak yargılama kuralları, somut olaylar ve uyuşmazlıklar karşısında hukuk kurallarının nasıl uygulanacağını düzenler. Bu sayede birincil kurallar etkili bir şekilde somut olaylar ve uyuşmazlıklar üzerinde sonuç doğurabilir.⁴¹ Bu kapsamda hukuk, tanıma kuralı vasıtasıyla ölümlü veya değişken bir egemenden bağımsız olarak sistemin kurallarının geçerliliğini sağlar. Öte yandan değiştirme ve yargılama kuralları vasıtasıyla da hukukun kurumsal olarak nasıl değiştirileceği ve uygulanacağı belirlenmiş olur. İkincil kurallara dair bu analizler, emir kuramcılarının açıklayamadığı hukukun kurumsallık niteliğini akılcı bir şablona oturtur.

Hart hukuku bir kurallar sistemi olarak aldığı gibi hukuku uygulamakla ve hukuka uymakla yükümlü tarafların hukuk kuralları karşısındaki tutumlarını da ele alır. Yazar daha önce de belirtildiği gibi hukukun salt yaptırım temelli olamayacağını savunur. Yaptırımın varlığı hukukun dışsal boyutudur. Ancak bunun da ötesinde kuralların süjeler açısından yarattığı bir de “içsel boyut” söz konusudur. Hukuk süjeleri kurallara sadece belli bir yaptırımdan korktukları için itaat etmez. Aynı zamanda eleştirel düşünümsel bir tutumla bunları kendi eylemleri için bir kılavuz olarak kabul ettikleri için kurallara itaat ederler. *Eleştirel düşünümsel tutum* (*reflective critical attitude*), insanların bir kuralı, o kuralın öngördüğü eylemin

⁴⁰ Hart, **The Concept of Law...**, ss. 95-97.

⁴¹ Ahmet U. Türkbağ, "Evren ve İnsan Anlayışlarının Hukuka Yansıması Olarak İki Pozitivizm: Austin ve Hart", **Erdoğan Teziç'e Armağan**, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2007, s. 249.

gerekçesi alması ve çevresindeki kişilerin de bu kurala uymaları gerektiği yönünde tepki vermesidir⁴². Örneğin bir kişi kapalı bir alanda sigara içmeme kuralına dair eleştirel düşünümsel bir tutum içerisinde ise, bu kuralın buyurduğu davranışı (sigara içmemeyi) sadece o kuralın arkasındaki yaptırım nedeniyle değil ama bunun da ötesinde bu kuralın gerekçesi nedeniyle yapmayı benimser ve çevresindeki kişilerden de benzer bir davranış bekler. Hart bu unsurun özellikle hukuku uygulamakla sorumlu *resmi devlet görevlileri (officials)* açısından önemli olduğunu ifade eder. Resmi devlet görevlileri geçerli kuralların uygulanması konusunda sadece kendilerine düşenleri uygulamaktan ziyade çevrelerindeki kişilerden de bunları uygulamalarını bekler. Resmi devlet görevlileri bu tutuma sahip olmaz ise söz konusu hukuk kurallarının verimli olamamasının da ötesinde hukuk sisteminin varlığı ve birliği çözülür.⁴³ Düşününün bu analizi, emir kuramının hukuku sadece cebri unsurlara indirgemesinden kaynaklanan sorunsalları çözmektedir. Bu modelde hukuktaki aktör ve sükjelerin tutumlarından kaynaklı yükümlölük halleri, cebri tehditten kaynaklı zorunluluk hallerinden ayrılmış olur. Bununla birlikte, resmi devlet görevlileri baskıcı bir rejimin kurallarını gayriahlaki bir biçimde de benimseyebilir⁴⁴. Burada vurgu yapılan mesele, itaat davranışının dışsal bir yaptırımdan ziyade içsel bir benimsemeden kaynaklı olduğudur. Bu benimseme normatif bir öge içermektedir ancak benimsenen norm gayriahlaki de olabilir. Burada Hart, hukuk sükjelerinin hukuk kurallarına dair tutumlarını betimlemektedir; farklı insanların farklı koşullardaki hukuk kurallarına dair tutum ve eylemleri hakkında bir yargı veya ahlaki bir değerlendirme içinde değildir.

Yazar, bu unsurları bir hukuk sisteminin varlığı için elzem koşullar olarak birleştirir. Bir hukuk sisteminin var olabilmesi için ilk önce birincil kuralların tanıma kuralına göre geçerli olmaları ve genel olarak toplum tarafından bunlara uyulması gerekir. İkincisi, ikincil kurallar resmi devlet görevlileri tarafından etkin bir şekilde kabul görmelidir. Hart burada resmi devlet görevlilerine ve özellikle hâkimlere dikkat çeker. Düşünöre göre bu kişilerin başta tanıma kuralı olmak üzere ikincil kuralları sadece yaptırımdan korktukları için değil (dışsal boyut) ama aynı zamanda *içsel bakış açısı (internal point of view)* ile benimsemeleri gerekmektedir. Eğer

⁴² Şule Şahin Ceylan, “H. L. A. Hart’ın Yaklaşımıyla Hukuk Kavramı”, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi** – 23, Editörler: H. Ökçesiz ve diğerleri, İstanbul Barosu Yayınları, 2012, ss. 82-83.

⁴³ Hart, **The Concept of Law...**, ss. 55-61.

⁴⁴ Brian Leiter, “The Radicalism of Legal Positivism”, **National Lawyers Guild Review**, Cilt: 66, Sayı: 3, 2009, ss. 168-169.

ikincil kurallar, resmi devlet görevlileri tarafından ortak ölçüt olarak onaylanmamış ise tanıma kuralının varlığı ve bununla beraber tüm hukuk sisteminin geçerlilik ölçütü boşluğa düşer.⁴⁵ Bu durum güç dengelerinin değiştiği dönemlerde gözlemlenebilir. Devrim veya iç savaş dönemlerinde hangi tarafın ülkenin hukuk sistemine hâkim olduğu, resmi devlet görevlilerinin tutumuna bağlıdır. Bir taraf askeri üstünlüğü sağlamış olsa dahi resmi devlet görevlileri bu tarafın tanıma kuralını henüz benimsememiş ise rejimi ele geçiremeyebilir⁴⁶. Bu ihtimaller, tanıma kuralı başta olmak üzere ikincil kuralların içsel bakış açısı ile kabul edilmesinin belirleyici olduğunu gösterir. Aksi takdirde dışsal boyutun tek belirleyici olması gerekirdi. Bu analiz Hart'ın tanıma kuralını, Kelsen'in *Grundnorm* kavramından farklılaştırır. *Grundnorm* yukarıda ele alındığı üzere soyut bir varsayımdır. Hart ise tanıma kuralını bir toplumsal olguya indirgemıştır. Bu toplumsal olgu da resmi devlet görevlilerinin tanıma kuralını içsel bakış açısı ile benimsemelerine dair toplumsal pratiktir.

Yazarın açıklamaları ile hukuk kavramı, Bentham ile Austin'in emir kuramlarının ele aldığı gibi yaptırım itkisi ile oluşan itaatten, salt dışsal boyuttan uzaklaşmıştır. Diğer yandan Kelsen'in normatif pozitivizminin aksine Hart, kuramını mantıksal, soyut bir varsayım olan *Grundnorm* yerine resmi devlet görevlilerinin tanıma kuralı üzerindeki uzlaşısına oturtur. Bu uzlaşısı da tanıma kuralının konvansiyonel bir nitelikte olduğunu gösterir. Yazar, felsefi yazınının erken döneminde tanıma kuralının konvansiyonel niteliğini vurgulamasa da geç dönemki çalışmalarında (*Postscript*) kuramının ilk halindeki tanıma kuralının “konvansiyonel tipte bir yargısal konsensüs” olarak anlaşılması gerektiğini belirtir. Buna göre tanıma kuralı, “mahkemelerin hukuku teşhis ve uygulama faaliyetlerinde kabul ve tatbik etmeleri halinde vücut bulan yargısal, örfi bir kuraldır” ve hâkimlerin birbirleri ile uyumlu bir şekilde hareket etmelerini sağlar.⁴⁷

⁴⁵ Sururi Aktaş, “Hukuksal Geçerlilik Sorunu”, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi – 11**, Editör: H. Ökçesiz, İstanbul Barosu Yayınları, 2005, ss. 69-70.

⁴⁶ Penner, **McCoubrey & White's Textbook on Jurisprudence...**, ss. 94-95.

⁴⁷ Hart, **The Concept of Law...**, ss. 255-268.

Hart'ın kuramından çıkan tezler (III) üçe ayrılabilir: konvansiyon tezi, toplumsal olgu tezi ve ayrılık tezi⁴⁸. Yazar, kuramında hukukilik ölçütünün yer aldığı tanıma kuralının resmi devlet görevlileri arasındaki bir konvansiyon olduğunu belirtmiştir. Bu iddia konvansiyon tezi olarak nitelenebilir. Konvansiyon tezi, resmi devlet görevlilerinin hukukun temelleri hakkında bir anlaşma halinde olduklarını ifade eder. Bu tez, emir kuramcılarının kişisel egemen odaklı yaklaşımından ve hukukiliğin evrensel veya Tanrısal değerler ile ilişkilendiren doğal hukuk kuramlarından ayrışır. Konvansiyon tezi, bir yandan hukuku toplumsal bir olgu olarak ele alırken diğer yandan da onu tekil kişilerin iradelerinden ziyade kurumsal bir yapıya oturtur.

İkinci olarak Hart, söz konusu konvansiyonun temeli ve kaynağının bir toplumsal olgu olduğunu iddia etmiştir. Bu da, toplumsal olgu tezidir. Bu tez, hukukun özünü ahlaki olgularda gören doğal hukuk kuramları kadar hukukun temelini *Grundnorm* gibi akılcı bir mantıksal varsayım olarak ele alan Kelsen'in normatif pozitivizminden ayrışır. Bu göre hukukun temeli toplumsal olgulardadır.

Üçüncü ve son olarak Hart, hukuk ile ahlak arasında asli bir kavramsal bağlantı olmadığını ve hukukilik ölçütünün kavramsal olarak ahlaki bir unsur içermesinin hukukun zorunlu bir ögesi sayılamayacağını iddia eder. Bu da ayrılık tezidir. Hukuk sistemlerinin ve kurallarının ahlakiliği, bunların varlığı ve geçerliliğinden farklı ve bağımsızdır. Yazar, analizlerinde, doğal hukukun asgari içeriğini, sülhlerin içsel bakış açısını ve hâkimlerin takdirini açıklayarak bu normatif ve ahlaki öğelerin hukuktaki rolünü teslim eder. Ayrılık tezi hukuk ile ahlak arasında hiçbir bağ bulunmadığı manasına gelmez. Bu teze göre hukuk ile ahlak arasında belli etkileşimler mevcuttur. Ancak hukukun varlığı ve sistem içindeki geçerliliği açısından ahlakilik olmazsa olmaz bir koşul değildir⁴⁹. Sıradaki alt başlıkta Dworkin'in bu argümanları nasıl ele aldığı ve eleştirilerini hangi noktalara yönelttiği incelenecektir.

⁴⁸ Bu isimlendirmeler hukuki pozitivizm yazınında sıkça kullanılmaktadır. Bakınız: Kenneth E. Himma, "Inclusive Positivism", **Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law**, Editörler: J. L. Coleman ve diğerleri, New York: Oxford University Press, 2004, ss. 125-165.

⁴⁹ Şule Şahin Ceylan, "H. L. A. Hart'a Göre Hukuk-Ahlak İlişkisi", **H. L. A. Hart ve Hukuk-Ahlak Ayırımı**, Editör: S. Gürler, İstanbul: Tekin Yayınevi, 2015, s. 41.

1.1.2. Dworkin'in Hukuki Pozitivizm Eleştirisi

Ronald M. Dworkin, oldukça zengin bir felsefi yazın üretmiştir. Bunun içerisinde hukuk felsefesi olduğu gibi ahlak, siyaset, değer felsefesi gibi farklı alanlar da vardır⁵⁰. Bu başlıkta Dworkin'in hukuki pozitivizm eleştirilerine odaklanılarak düşünürün hukuk felsefesi kuramı açıklanacaktır. Dworkin'i felsefi yazınında ön plana çıkaran çalışmaları da zaten bu alandadır. Hart'ın kuramı uzun bir süre hukuk felsefesi çevrelerinde genel itibarıyla kabul görmüş olsa da Dworkin bu entelektüel mutabakatı çetin bir tartışmaya çevirmiştir. Aşağıda ilk önce *Dworkin'in Hart'ın kuramını ele alışı* (I), ikinci olarak *Dworkin'in eleştirileri* (II), üçüncü ve son olarak da *Dworkin'in eleştirilerden doğan çıkarımlar* (III) sunulacaktır.

Dworkin'in Hart'ın kuramını ele alışında (I), hukuki pozitivizmin özelliklerini temsil eden üç düşünce söz konusudur. Bunlardan ilki, bir toplumda neyin hukuk olup neyin hukuk olmadığını belirleyen toplumsal olgulara dayalı özel ölçütlerin varlığını ifade eder. Buna göre bir kuralın hukukiliği onun doğru toplumsal soy ağacına veya doğru kaynağa sahip olmasına bağlıdır. “Anayasadaki usul şartlarına uygun olacak şekilde meclis tarafından kabul edilen yasalar hukuk kuralları haline gelir” hükmü bu tip bir soy ağacına örnektir. Buna göre belli bir normun hukukiliği, onun ahlaki değerinden tamamen bağımsızdır. Neyin hukuk olup neyin hukuk olmadığını gösteren bu ölçüt, ahlaki bir koşul getirmez. İkinci düşünce, hukukun açık dokulu yapısından dolayı hukuk kurallarının düzenlemediği vakalarda hukukun olmadığını ve mahkemelerin bu vakalarda hukuku uygulamaktan ziyade takdirlerini kullanarak hukuk yarattığını iddia eder. Üçüncü düşünce ise, hukuk kurallarının varlığı durumunda bir hukuki yükümlülüğün mevcut olduğunu teslim etmekle beraber hukuk kurallarının yokluğunda herhangi bir hukuki yükümlülüğün bahsedilemeyeceği çıkarımına ulaşır.⁵¹ Dworkin'in Hart'ın kuramında üzerine

⁵⁰ Bakınız: Ronald M. Dworkin, **Life's Dominion: An Argument About Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom**, New York: Alfred A. Knopf, 1993.; Ronald M. Dworkin, **Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality**, Massachusetts: Harvard University Press, 2000.; Ronald M. Dworkin, **Religion Without God**, Massachusetts: Harvard University Press, 2013.

⁵¹ Ahmet U. Türkbağ, **Kanıtlanamayanı Kanıtlamak: Ronald Dworkin'in Hukuk Kuramı**, 3. Baskı, İstanbul: Derin Yayınları, 2012, ss. 61-3.

eğildiği bu üç düşünce sırasıyla, *soy ağacı tezi* (*pedigree thesis*), *takdir tezi* (*discretion thesis*) ve *yükümlülük tezi* (*obligation thesis*) olarak ifade edilebilir⁵².

Dworkin'in eleştirilerinde (II), ilk hedef takdir tezidir. Yazar bu kapsamda kuramında merkezi bir yer işgal eden *ilkelere* (*principles*) işaret eder. Yargılama sürecinde açıkça görüleceği üzere, hukukta ilkeler de mevcuttur. Dworkin'in buna vurgu yapmasının sebebi, hukuk kurallarının düzenlemediği vakalarda dahi ilkelerin uygulama alanı olduğu ve bundan dolayı hâkimlerin hukuk yaratacak anlamda bir takdir yetkilerinin olamayacağı düşüncesidir. Eğer hukuk, hukuk kurallarının ötesinde ilkeleri de içeriyor ve bunlar tüm vakalarda hâkimlerin kararlarını belirliyor ise o zaman pozitivist takdir tezinin hatalı olduğu ortaya çıkacaktır. Örneğin *Henningsen, Bloomfield Motors'a karşı* davasında davacı, satın aldığı otomobildeki imalat hatasından dolayı yaralanmıştır ve otomobilindeki zararının da ötesinde sağlık masraflarından dolayı da tazminat talep etmektedir ama yaptığı satın alma sözleşmesinde böyle bir durum gerçekleşmesi halinde tazminat hakkından feragat etmiştir. Mahkeme her ne kadar hukuk kurallarında davacı lehine bir kural bulamasa da davacı lehine karar vermiş ve ilkelere atıf yapmıştır. Bu ilkeler sözleşme serbestisinin sınırsız olmayacağı ve büyük şirketlerin belli özel sorumluluklarının olduğu yönündedir. Mahkeme, önündeki uyuşmazlıkta bu ilkelerin sözleşme serbestisi gibi karşıt ilkelerden daha ağır bastığına ve davacının haklı olduğuna hükmetmiştir. Düşünöre göre hukuk sadece hukuk kurallarından oluşamaz. Mahkemeler kuralların öngördüğü sonuçlar yerine ilkelerin gerektirdiği yönde de hüküm verebilir. Bu davada da görüleceği üzere mahkemeler ilkeleri uygulamaktadır ve bundan dolayı hukuk yaratma niteliğinde bir takdire sahip değillerdir. Yazar, hâkimlerin zayıf anlamda takdir kullandıklarını reddetmez. Hâkimlerin hukukun çizdiği sınırlar dâhilinde bazı yargılarda bulunmaları gerekebilir veya yüksek mahkemeler belli bir konuda nihai kararı vererek yargı sürecini sonlandırabilir. Ancak bunların hiçbirisi hukuki pozitivistlerin iddia ettiği üzere hâkimlerin hukukun bittiği noktada takdirleri vasıtasıyla hukuk yarattıkları veya mevcut hukukun ötesinde vakaları hükme bağladıkları manasına gelmez.⁵³

⁵² Bu isimlendirmeler hukuk felsefesi yazınında sıkça kullanılmaktadır. Bakınız: Kenneth E. Himma, "Philosophy of Law", **Internet Encyclopedia of Philosophy**, ISSN 2161-0002, <https://www.iep.utm.edu/law-phil/> (Son erişim tarihi: 1.6.2019)

⁵³ Öktem & Türkbağ, **Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet...**, ss. 480-484.

Dworkin'e göre, hukuku kurallar olarak ele alıp bunun ötesindeki faaliyetleri hukuk yaratma seviyesinde, güçlü anlamda takdir olarak nitelemek doğru bir tespit olmaz. Hukuki pozitivizm tam da bu hatadan dolayı ilkelerin rol oynadığı *zor davalarda* (*hard cases*) hukuku açıklayamamaktadır.⁵⁴ Buna göre hukuk, kurallar kadar ilkeleri de kapsar ve hâkimlerin ilkeleri uygulama yükümlülükleri olduğu gibi güçlü takdir yetkileri de yoktur.

Yükümlülük tezi açısından da bu analizler önem taşımaktadır. Dworkin'e göre takdir tezinin pozitivist çıkarımları hukuki yükümlülüklerle dair genel kabuller ile çelişkilidir. Çünkü eğer hâkimler bu şekilde hukuk yaratıyorlar ise önlerindeki uyuşmazlığı çözmek için sanki bir yasa koyucu gibi yeni bir kural oluşturmaktadırlar. Ancak hâkimler seçilmiş yasa koyucular değildirler ve bu nedenle kural yaratma yetkileri yoktur. Bu durum, kuvvetler ayrılığı ilkesine de aykırı olur çünkü yargının görevi ile yasamanın görevi bu şablonda iç içe geçmiş hale gelir. Daha da kötüsü, bu yeni yaratılan kurallar kaçınılmaz olarak bundan önce gerçekleşen bir uyuşmazlığa uygulamakta, geriye etkili kurallar ortaya çıkmaktadır. Buna göre çağdaş bir hukuk devletindeki bireyler rutin bir şekilde önceden haberdar olmadıkları geriye etkili kurallarla yargılanmaktadırlar. Yazara göre bu problematik çıkarımlar hukuk ile ilgili genel kabullere ters düşmekte ve vatandaşların yükümlülüklerinin geriye etkili olarak yargı erki tarafından belirlendiği sonucunu doğurmaktadır. Bundan dolayı takdir tezi, yükümlülük tezi ile beraber alındığında belli bir gerginlik taşımaktadır. Yükümlülük tezine göre hukuki yükümlülükler yalnızca hukuki kurallar ile söz konusu olabilecekken takdir tezinin çıkarımları yargı erkinin geriye etkili olarak verdiği hükümler ile hukuki yükümlülükler doğurduğunu göstermektedir.⁵⁵ Dworkin bu nedenle hukukun Hart'ın hukuki pozitivizmindeki gibi açık dokulu bir yapıdan ziyade ilkeler vasıtasıyla her vakada hukuki hakların ve doğru hükümlerin olduğu bir *dikişsiz örtü* (*seamless web*) gibi ele alınmasının hukuka dair genel kabuller ile daha uyumlu olacağını savunur⁵⁶.

Soy ağacı tezi de Dworkin'e göre ilkelerin hukuktaki varlığı ve uygulama biçiminden dolayı hatalıdır. *Henningsen* kararında mahkeme uyguladığı ilkenin

⁵⁴ Matthias Mahlmann, *Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, 5. Baskı, Baden: Nomos Verlag, 2019, ss. 192-193.

⁵⁵ Ronald M. Dworkin, "Hard Cases", *Harvard Law Review*, Cilt: 88, Sayı: 6, 1975, ss. 1061-1068; ss. 1093-1095.

⁵⁶ Wacks, *Hukuk Felsefesine Kısa Bir Giriş...*, s. 93.

hukukiliğini, toplumsal olguya dayalı bir soy ağacına dayandırmamıştır. Mahkeme bunu, ekonomide ciddi bir güce sahip oligopollerin ürettikleri riskli ürünler hakkında belli yükümlülükleri olması gerektiğine dair ahlaki bir temele dayandırmaktadır. İlkeler, soy ağaçlarından ziyade ahlaki içeriklerinden ötürü hukuka dâhil olurlar. Yazar, söz konusu ilkelerin hukuken sonuç doğurması için mahkemelerin kurumsal olarak bu ilkelere destek verip kararlarına yansıtması gerektiğini teslim eder. Ancak burada da mahkemeleri bunu yapmaya yönelten unsur, ilkelerin kendi ahlaki ağırlıklarıdır. Ahlaki ağırlığı sağlayan unsur kurumsal destek değildir. Tam tersine ahlaki ağırlık, kurumsal destek verilmesi yönündeki itkiyi sağlayan belirleyici ögedir.⁵⁷

Kurallar ve ilkelerin uygulama biçimleri nitelik açısından farklıdır. Kurallar soy ağaçlarından aldıkları geçerliliğe bağlı olarak “ya hep ya hiç” şeklinde uygulanır. Soy ağacının koşulları sağlanırsa kurallar uygulanır, sağlanmaz ise uygulanmazlar. Hâkimler bu aşamada önlerindeki kuralın soy ağacındaki toplumsal olgu şartlarını taşıyıp taşımadığını tespit eder. Ahlaki bir değerlendirme gerçekleşmez. İlkeler ise her durumda ağırlıklarına göre uygulanırlar. Hâkimler ilkeleri kurumsal olarak benimserken bunu ilkelerin vakadaki ahlaki ağırlığını tartarak yaparlar⁵⁸. Bundan dolayı da hukukun içeriğinin tespiti sadece toplumsal olguların sınanması ile sağlanamaz; yürürlükteki yasalara uygun düşen siyasi ahlakın da teşhis edilmesi gerekir. Son olarak, ilkelerin varlığı ve uygulama biçimi kodifiye edilmez. İlkeler yavaş yavaş uygulamaya dâhil olup yavaş yavaş uygulamadan kalkarlar. Tanıma kuralı, her ne kadar belirli bir şekilde nelerin hukuk kuralı olup nelerin olmadıklarını tespit edebilse de buna benzer bir faaliyeti farklı niteliklere sahip olan ilkeler için yapamaz. İlkelerin ilgili vakalarda sunacağı hükümlerin hepsini yansıtabilecek bir tanıma kuralının oluşturulması mümkün değildir. İlkelerin zamanla değişen ağırlıkları da düşünüldüğünde tüm bu sayısız ihtimalin kodifiye edilmesi imkânsızdır. Bundan dolayı ilkeler, hukuki pozitivizmin iddia ettiği gibi basit bir üst kuralın içerdiği şekli bir hukukilik ölçütü tarafından tespit edilmeye ve istikrarlı bir şekilde tanınmaya müsait değildir.⁵⁹ Sonuç olarak, soy ağacı tezi, ilkelerin soy

⁵⁷ Scott J. Shapiro, “The ‘Hart/Dworkin’ Debate: A Short Guide for the Perplexed”, **Ronald Dworkin**, Editör: A. Ripstein, Cambridge: Cambridge University Press, 2007, ss. 27-29.

⁵⁸ Sevtap Metin, “Ronald Dworkin’in Hukuk Teorisinde Yorum Yaklaşımı”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 61, Sayı: 1-2, 2003, ss. 66-70.

⁵⁹ Ronald M. Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak**, Çeviren: A. U. Türkbağ, Ankara: Dost Kitapevi Yayınları, 2007, ss. 66-72.

ağacından ziyade ahlaki niteliklerinden dolayı bağlayıcı olmasını izah edemediği ve ilkelerin hukukiliğini tasdik etmek aşamasında elverişsiz bir kavrama dayandığı için hatalıdır. Hukuki pozitivizm de soy ağacı tezini benimsediği için hukukun uygulamasında önemli bir rol oynayan ilkeleri açıklamakta yetersiz bir kuramdır.

Dworkin'e göre hukuki pozitivizm ve bu kuramın temel aldığı hukuk kuralları, sadece *kolay davalar* (*easy cases*) hakkındadır. Örneğin hız sınırı saatte elli kilometre olan bir yolda saatte altmış kilometre ile herhangi bir mazereti olmaksızın araç süren bir sürücünün mevzuattaki idari yaptırım ile cezalandırılması ve bundan sonraki muhakeme süreci kolay bir davadır. Fakat her dava bu kadar kolay olmaz ve bu kadar tatmin edici kesin kurallar ortada yoktur. Yazar bu gibi vakaları, zor davalar olarak nitelendirir ve iyi bir hukuk kuramının, mahkemelerin hukuki sorunları çözerken yaptıkları uygulamaları açıklaması gerektiğine işaret eder⁶⁰. Düşünür, hukuki pozitivizmin kural modeli ile izah edilmesi mümkün gözükmeyen bir dava örneği olarak *Riggs, Palmer'a karşı* davasına dikkat çeker. Bu davada murisini öldüren bir kişi, mahkemeden mirasın kendisine intikal etmesini talep etmektedir. O dönemki mevzuattaki kurallarda da murisini öldüren bir kişiye dair özel bir düzenleme yoktur. Bu nedenle, adam öldürme suçundan bağımsız olarak miras ilişkisinin mevzuattaki kurallara göre belirlenmesiyle alelade bir miras intikalinin gerçekleştirilmesi talep edilmektedir. Katilin adam öldürme suçuna dair cezası sabittir ama mirasın intikali karşı ayrı bir düzenleme yoktur. Ancak New York Mahkemesi kararında her ne kadar mevcut mevzuatta bu özel durumu düzenleyen bir istisna hükmü bulunmasa da “kimse kendi kusurlu hareketinden kazanç elde edemez” ilkesi gereği miras intikali talebini reddetmiştir. Görüldüğü üzere mahkeme, hukuku sadece kurallar olarak ele almamış ve herhangi bir soy ağacı testinin uygulanmadığı bir ilkeye dayanarak hüküm vermiştir.⁶¹

Dworkin'in eleştirilerinden doğan çıkarımlar (III), toplumsal olgu tezi ve ayrılık tezini hedef almaktadır. Eğer yazarın iddiaları doğru ise bu tezler hatalıdır çünkü ilkelerin geçerliliği toplumsal olgulara değil ahlaki olgulara dayandığından toplumsal olgu tezi doğru olamaz. İlkeler hukuka dâhil iseler ve bu katılımları onların ahlaki niteliklerinden kaynaklanıyor ise o zaman hukuk sadece toplumsal

⁶⁰ Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak...**, ss. 120-123.

⁶¹ Ahmet U. Türkbağ, “Hart-Dworkin Tartışmasının Ana Hatları”, **Anayasa Yargısı**, Cilt: 28, Sayı: 1, 2011, ss. 79-81.

olgular ile ifade edilemez. Mahkeme kararlarında asıl belirleyici olan unsur ahlaki olgular ise o zaman hukuki pozitivizm hukukun asli karakterini gözden kaçırmaktadır. Buna paralel olarak, eğer hukukta ilkeler önemli bir rol oynuyor ise ahlak ile hukuk arasında ciddi bir ilişki vardır ve bunların birlikte incelenmesi gerektiğinden ayrılık tezi de doğru olamaz. Bu açıklamalardan da hukuk ile ahlak arasında zorunlu bir bağın olduğu ortaya çıkmaktadır⁶². Buna göre eğer bir hukuk kuramı mevcut hukuk pratiğini aydınlatacak ise betimleyici olduğu kadar değerlendirci de olması gerekir çünkü ilkelerde görüldüğü üzere bunların hukuka dâhil olmaları ve faaliyetleri yalnızca ahlaki değerlendirmeler ile izah edilebilir.⁶³ Dworkin'in hukuk felsefesi bu açıdan hukukun varlığı ve içeriğinde toplumsal olgular kadar ahlaki olguların da rol oynadığına işaret ederek hukuku sadece toplumsal olgular ile ele alan hukuki pozitivizme karşı durur. Sıradaki alt başlıkta Hart'ın bu eleştirilere nasıl karşılık verdiği bakılacaktır.

1.1.3. Hart'ın Savunması

Hart ve Hart'ı destekleyen düşünürler, Dworkin'in eleştirilerinin çoğunlukla Hart'ın eserlerinin yanlış bir okuması üzerinde temellendiğini belirtmişlerdir⁶⁴. Hart'ın Dworkin'in eleştirilerine karşı savunmaları vefatından sonra ikinci baskısı yayınlanan *The Concept of Law* kitabının ek bölümünde (*Postscript*) yer almaktadır. Aşağıda ele alınacak olan Hart'ın savunması üç kısma ayrılmıştır: *soy ağacı tezi eleştirisine verdiği karşılık* (I), *takdir ve yükümlülük tezlerinin eleştirilerine verdiği karşılık* (II) ve *savunmadan doğan çıkarımlar* (III).

Soy ağacı tezi eleştirisine verdiği karşılıkta (I) Hart, eserlerinde her ne kadar ağırlıklı olarak kurallar kavramını kullansa da bu kavramın geniş anlamda *standartlar* (*standards*) şeklinde anlaşılması gerektiğini belirtir. Bu standartlar kavramının içinde kurallar kadar Dworkin'in üzerinde durduğu ilkeler de vardır. Hukuki pozitivizmin tezleri, ilkelerin varlığı ile çelişkili değildir. Pekâlâ, tanıma kuralı vasıtasıyla ilkeler de hukuka dâhil olabilirler. Hatta tanıma kuralı, kural ve

⁶² Üskül Engin, **Bireyciliğe Tarihsel Bakış...**, s. 137.

⁶³ Michel Troper, **La Théorie du Droit, Le Droit, L'État**, Paris: Presses Universitaires de France, 2001, ss. 42-43.

⁶⁴ Bakınız: Scott J. Shapiro, "The 'Hart/Dworkin' Debate: A Short Guide for the Perplexed", **Ronald Dworkin**, Editör: A. Ripstein, Cambridge: Cambridge University Press, 2007, ss. 22-50.; Michael S. Moore, "Hart's Concluding Scientific Postscript", **Legal Theory**, Cilt: 4, Sayı: 3, 1998, ss. 301-327.

ilkelerin geçerlilikleri konusunda ahlaki bir geçerlilik ölçütü dahi getirebilir. Hukuki pozitivizm, meclis kararı gibi bir soy ağacına dayalı olmadığı gibi ahlaki içerikleri vasıtasıyla hukuka dâhil olabilecek ilkelerin olamayacağını da iddia etmez. Bu kuram sadece söz konusu ilkelerin tanıma kuralı tarafından tanınması gerekliliği veya tanıma kuralındaki belli ahlaki geçerlilik ölçütlerinin tanıma kuralının kendi içeriği vasıtasıyla hukuka dâhil olabileceğine işaret eder.⁶⁵

Hart, tanıma kuralının, hukuki geçerlilik ölçütü olarak bazı toplumsal olguları şartları koşmasının yanında belli adalet ve ahlak ölçütlerini de içerebileceğini ifade eder. Örneğin bir tanıma kuralı, yasama meclisinden salt çoğunlukla kabul edilen bir kanun metnini geçerli bir kanun olarak (toplumsal olgu şartı) tanıyabileceği gibi bu şarta ilaveten söz konusu kanun metninin anayasadaki belli ilkelere aykırı olmaması koşulunu da (ahlak ölçütü şartı) geçerlilik şartı olarak arayabilir⁶⁶. Yazara göre bu nedenle kendi kuramı Dworkin'in iddiasının aksine kuru bir toplumsal olguya dayanmamaktadır. Dworkin bu ihtimali gözden kaçırmıştır. Bunun ötesinde Dworkin, tanıma kuralı tarafından açıkça reddedilen veya imkân verilmeyen ilkelerin nasıl hukukta yer alabileceği konusunda bir açıklama sunmamaktadır. Buna karşın ayrılık tezi ise tüm bu ihtimalleri içerebilmektedir: ahlaki ilkeler hukukun bir parçası haline gelebilir ama yalnızca tanıma kuralı tarafından imkân verildikleri durumlarda. Diğer yandan, ahlaki ilkeler sadece kendi ahlaki nitelikleri vasıtasıyla hukuka dâhil olamazlar. Tanıma kuralının varlığının ve tasdikinin gerekliliği, hukukun nihayetinde toplumsal olgu temelli olduğuna işaret eder.⁶⁷ Görüldüğü üzere Hart, ilkelerin hukuktaki varlığını, işleyişini ve hatta ahlaki geçerlilik niteliklerini kabul etmekle beraber bunların hukuka dâhil olmaları aşamasında toplumsal olguların belirleyici olduğunu ifade ederek hukuki pozitivist tezleri doğrular.

Hart aynı zamanda Dworkin'in tanıma kuralı ile ilkeler arasındaki ilişkiye dair analizlerini de yanlış bulur. İlk olarak Hart, Dworkin'in iddiasının aksine tanıma kuralının ilkelere geçerlilik sağladığı pek çok halin olduğunu söyler. Birçok hukuk sisteminde ilkeler açıkça yazılı kaynaklarda kodifiye edilmiştir. Demokratik anayasalardaki ifade özgürlüğü ilkesi buna bir örnektir. İkinci noktada Hart,

⁶⁵ Hart, *The Concept of Law...*, ss. 250-258.

⁶⁶ Jules L. Coleman, "Rules and Social Facts", *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Cilt: 14, Sayı: 3, 1991, ss. 719-720.

⁶⁷ Hart, *The Concept of Law...*, ss. 259-267.

Dworkin'in tanıma kuralını basit bir şekil kuralı olarak ele almasının bir hata olduğunu belirtir. Tanıma kuralı yargısal bir anlaşmaya dayalı bir konvansiyondur. Bu nedenle tanıma kuralı, kanunların geçerli olması için meclis çoğunluğunun kararını arayan kodifiye edilmiş bir şekil kuralı değildir. Bu nedenle yargısal anlaşmayı temsil eden tanıma kuralının Dworkin'in hukuki pozitivizme attığı nihai belirlilik işlevinin her durumda gerçekleştirmesine gerek yoktur. Hart, işte bu konvansiyonel anlaşmanın tanıma kuralının içeriğini ifade ettiğini ve yalnızca anlaşmaya uygun ilkelerin hukukilik kazanabileceğini söyler. İlgili anlaşmanın içeriği birkaç şekli ölçütten fazlası da olabilir ve bu nedenle çeşitli ahlaki geçerlilik ölçütleri de buna dâhil olabilir⁶⁸. Ancak yine de ilgili ilkelerin hukuka dâhil olmasından bahsedilecek ise bunların yargısal anlaşmanın kapsamında olmaları gerekir. Bazıları bu anlaşmanın dışında da kalabilirler ki bu durumda hukuki olmaları söz konusu olamaz.⁶⁹ Bu analizler ile Hart, soy ağacı fikri ile ilkelerin hukuktaki geçerliliklerinin makul bir biçimde izah edilebileceğini göstermektedir.

Bu açıklamalar Dworkin'in öne sürdüğü mahkeme kararları çerçevesinde de ele alınabilir. Örneğin *Riggs, Palmer'a karşı* davasında, mirasın mirasçıya intikaline dair kural kadar “kimse kendi kusurlu hareketinden kazanç elde edemez” ilkesi de hukuki bir kaynaktır. “Kimse kendi kusurlu hareketinden kazanç elde edemez” ilkesi de ilgili kural gibi tanıma kuralı tarafından tanınarak hukuka dâhil olmaktadır. Mahkeme, bu ilkenin hukuk olup olmadığına, yargısal anlaşmaya dayalı bir konvansiyon olan tanıma kuralına bakarak ulaşmıştır. Gerçekten de ilgili hukuk sisteminde bu ilke bu konvansiyonun kapsamındadır. Öyle ki eğer böyle bir anlaşma olmasa idi mahkeme böyle bir karar alamazdı. Mahkemeler bu açıdan kendi başlarına ahlaki olduklarına kanaat getirdikleri ilkelere dayanarak hüküm vermezler. Hâkimler bu ilkelerin içinde bulundukları hukuk sistemlerindeki yargısal konvansiyonu temsil eden tanıma kuralına uygun olup olmadığına bakmaktadırlar⁷⁰. Bunun istisnası Hart'ın da belirttiği üzere hâkimlerin hukukun hükme bağlamadığı vakalarda takdir vasıtası ile hukuk yaratmalarıdır ki bu durumda hukukun uygulanmasından bahsedilmez.

⁶⁸ M. D. A. Freeman, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, 9. Baskı, London: Sweet & Maxwell, 2014, s. 325.

⁶⁹ Kenneth E. Himma, “Inclusive Positivism”, *Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Editörler: J. L. Coleman ve diğerleri, New York: Oxford University Press, 2004, ss. 138-139.

⁷⁰ Hart, *The Concept of Law...*, ss. 265-267.

Takdir ve yükümlülük tezleri eleştirilerine verdiği karşılıkta (II) ise Hart, ilk olarak Dworkin'in iddiasının aksine kuralların hukuktaki asli rolünün altını çizer. Yazara göre modern hukuk sistemlerinde kurallar çoğu durumu düzenlemiştir. Bu çoğunluktaki hallerde kuralların uygulanması vakaları hükme bağlamada yeterli olur⁷¹. Ancak pek tabii ki bazı durumlar, öngörülemediği veya hâkimlere belli bir takdir alanının verilmesinin uygun düşeceği için kesin kurallarla belirli hale getirilmemiştir. Düşünre göre bunlar istisnaidir. Bu istisnalar, pratik imkânsızlıklar ve gereklilikler nedeniyle kaçınılmazdır fakat sistemin geneline dair bir zaaf yaratmazlar. Bu tespitinden sonra Hart, dilin belirsizliği meselesinden kaynaklanan hukukun açık dokulu niteliğinin kaçınılmaz bir olgu olduğunun altını çizer. Kanun koyucular ister istemez her vakayı teker teker önceden hükme bağlayamaz. Bundan dolayı her ne kadar çoğu hukuki durum hukuk tarafından düzenlenmiş olsa da istisnai olarak bunun ötesinde belli alanlarda belirsizliğin olması kaçınılmazdır.⁷²

Hart, Dworkin'in eleştirilerinin neredeyse tamamında merkezi bir konumda olan kurallar ve ilkeler arasındaki nitelik farklılıkları analizini de sorunlu bulur. Hart'a göre ilkeler, kurallara kıyasla sadece "daha" genel ve soyuttur. Kurallar da "ya hep ya hiç" şeklinde uygulanmaz; bunların da hâkimler tarafından tartılması gerekir. Bir uyuşmazlıkta uygulanabilecek iki kuraldan birinin diğerinden daha fazla ağırlığı olabilir. Hâkimler bunları da değerlendirir. İlkeler kendi aralarında çatıştığı gibi kurallar da kendi aralarında çatışırlar, ilkelerin kurallar ile de çatışabileceği gibi. Bu nedenle Hart kurallar ve ilkeler arasındaki farkların bir tür farkından ziyade bir derece farkı olduğunu savunur. İlkeler, kurallara kıyasla daha geniş ve geneldir, uygulamaları daha soyuttur ancak kurallar da (en azından bir kısmı) bu özellikleri (genellik, soyutluk gibi) belli derecelerde taşımaktadır.⁷³

Hart, takdirin sınırları konusunda da Dworkin'in hukuki pozitivizme dair abartılı bir varsayım üzerinden eleştiri getirdiğini öne sürer. Hart'a göre bir hukuk sisteminde kurallar vasıtasıyla hâkimlerin hangi konularda ne kadar takdir kullanabileceği sınırlanabilir. Çoğu hukuk sisteminde takdiri sınırlayan bu tip kurallar vardır. Dworkin'in iddia ettiği gibi kuralların tüketildiği her durumda

⁷¹ Martin Stone, "Formalism", **Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law**, Editörler: J. L. Coleman ve diğerleri, New York: Oxford University Press, 2004, s. 173.

⁷² Hart, **The Concept of Law...**, ss. 251-254.

⁷³ A.g.e., ss. 259-263.

hâkimlerin sınırsız bir takdire sahip olduğu doğru değildir. Bununla birlikte hukukun getirdiği kısıtlamaların da kaçınılmaz olarak belli sınırları vardır ve bu sınırların ötesinde artık takdir vasıtasıyla hukuk yaratıldığı kabul edilmelidir. Dworkin'in argümanı bu noktada kavramsal çıkarımlardan ziyade arzu edilmeyen sonuçlara dikkat çekmeye yönelmektedir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, mahkemelerin takdir kullanarak hukuk yarattıkları onaylanırsa geri etkili yükümlülük doğuracak şekilde hüküm verdiklerini teslim etmek gerekir. Hart, yükümlülöklere dair bu problematik meselenin yaygın olmaktan ziyade istisnai olduğunu belirtir. Kaldı ki sadece sınırlı sayıda gerçekleşen bu durumlar açısından Dworkin'in aklındaki hukuk modeli de pek faydalı değildir. Mahkemelerin tıpkı Dworkin'in öngördüğü gibi hukuku yaratmaktan ziyade ilkeler vasıtasıyla onu uyguladıkları farz edilse dahi taraflar açısından bu sürecin nasıl sonuçlanacağına dair ellerinde belirli bir hukuk kaynağı olmadığı için bir beklenti içinde olamazlar⁷⁴. Hukuk sùjeleri Dworkin'in modelinde de ilkelerin nasıl uygulanıp hüküm doğuracağı konusunda belirsizlik içinde olduklarından mahkemenin vereceğı karar yine geriye etkili nitelikte bir sonuç doğuracaktır. Öyleyse Dworkin'in kuramı da vatandaşların haklı beklentilerini daha iyi koruyacak bir yargı modeli oluşturamaz.⁷⁵

Bu açıklamalar Dworkin'in ileri sürdüğü mahkeme kararları çerçevesinde de ele alınabilir. *Henningsen* kararında, satın alma sözleşmelerinde yer alan bazı unsurlar belli ilkeler doğrultusunda geçersiz kılınmıştır. Fakat bu durum hukuki pozitivizm açısından bir terslik yaratmaz. İlkelerin hukuktaki varlığı, hiçbir satın alma sözleşmesinin hukuk kuralları tarafından düzenlenmediğı veya hepsinin tespiti için ahlaki bir değerlendirmenin yapılması gerektiğı manasına gelmez. Hukuk, genel itibarıyla satın alma sözleşmelerinin geçerlilik şartlarını düzenlemiştir. Örneğın bir satın alma sözleşmesinde belirlenen ücretin sözleşmedeki haliyle geçerli olduğu hukukun gövdesindeki bir durumdur. Ancak her vakanın kesin bir şekilde düzenlendiğı söylenemez⁷⁶. Mesela bu davada olduğu gibi satım sözleşmelerinde, piyasadaki büyük üreticilerden kaynaklı zararlardan ötürü tazminat talep etme haklarından feragat kapsamının, sağlık masraflarını da içine alıp almadığı gölge alandadır. Hâkimlerin ilgili ilke ve kurallar karşısında nasıl bir çözüme ulaşacakları

⁷⁴ H. L. A. Hart, "The New Challenge of Legal Positivism", *Oxford Journal of Legal Studies*, Cilt: 36, Sayı: 3, 2016, s. 468.

⁷⁵ Michael Bayles, "Hart vs. Dworkin", *Law and Philosophy*, Cilt: 10, Sayı: 4, 1991, ss. 361-364.

⁷⁶ Hart, *The Concept of Law...*, ss. 272-274.

ise bir takdir meselesidir. Pekâlâ, hâkimler davalıdan yana da bu takdirlerini kullanabilirlerdi ve bu ihtimalde de kararları bağlayıcı olurdu. Diğer yandan mahkemenin bu model çerçevesinde verdiği karar gerçekten de belirsiz bir vakaya dair eskiden mevcut olmayan bir hüküm vermektedir. Bu açıdan bakıldığında mahkemenin kararından önce tarafların yükümlülüklerinin neler olduğu konusunda tam bir netlik yoktur. Ama bu mesele Dworkin'in modelinde de farklı bir şekilde gerçekleşmez. Taraflar mahkemenin ilgili kural ve ilkeleri nasıl takdir edeceğini önceden bilemediklerinden bu durum yine belirsiz kalacaktır.

Hart'a göre takdir tezi Dworkin tarafından hatalı ele alınmıştır. Yazarın kuramında hukuki faaliyetler, sadece kurallar ve geniş takdiri ifade etmez. Standartlar çatısı altında ilkeler de tanıma kuralının tasdiki şartı ile hukukun içindedir. Hâkimlerin yetkileri de birçok standart ile sınırlanabilir, sınırlanmaktadır. Bununla birlikte, mahkemelerin mevcut kuralların ötesinde takdir kullandıkları da bir gerçektir. Hatta hukukun açık dokulu yapısı sebebiyle bu kaçınılmazdır⁷⁷. Dworkin'in yükümlülük tezi eleştirisi ise bu kaçınılmaz durumdan kaynaklanabilecek kötü sonuçlara ve meşruiyet sorunlarına vurgu yapsa da kendi modelinde de vatandaşlar fiiliyatta daha iyi bir pozisyonda olmadığından dolayı bu eleştiriler boşa düşer. Bu nedenle her ne kadar takdir tezi ile yükümlülük tezlerinin belli hallerdeki görünimleri arzu edilmeyen sonuçları ortaya çıkarsa da bunlar hukuka dair kaçınılmaz durumlara işaret eder, hukuki pozitivist tezlerin hatalı olduğuna değil.

Hart, yumuşak pozitivizm olarak nitelediği kuramının, Dworkin'in eleştirilerinin iddia ettiği sorunları taşımadığı gibi hukuk kavramını ve içerdiği unsurları tutarlı bir biçimde izah ettiğini savunur. Hart'a göre bu çerçevede ahlaki yargıların objektifliği meselesi dahi çeşitli ihtimalleri kapsayacak şekilde açıklanmaktadır. Buna göre eğer ahlaki önermeler gerçekten objektif olarak varlar ise, hâkimler tanıma kuralında tasdik edilen ahlaki ilkeleri veya ahlaki geçerlilik ölçütlerini uygulurlar. Diğer taraftan eğer ahlaki önermelerin objektifliği söz konusu değil ise o zaman hâkimler bu kapsamda takdirlerini kullanarak hukuku yaratırlar.⁷⁸ Yazar her iki durum açısından da pratik bir fark olmadığını ve doğru bir kuramın

⁷⁷ Remi Bachand, "Indetermination et L'interpretation Chez les Positivistes Analytiques: Un Echange avec Austin, Hart, et ...Dworkin", *La Revue de Droit d'Ottawa*, Cilt: 37, Sayı: 1, 2005, ss. 50-52.

⁷⁸ Hart, *The Concept of Law...*, ss. 253-254.

tartışmalı bir konu olan ahlaki yargıların objektifliği sorusunu açık bırakarak her iki ihtimali de kapsayacak bir çerçeve çizmesinin yerinde olduğunu belirtir⁷⁹.

Savunmadan doğan çıkarımlara (III) bakılırsa, Dworkin'in ilkelere dayalı normatif nitelikli eleştirileri hukuk pozitivistizmin betimleyici çerçevesi içinde ele alınabilmekte ve bu öğelerle dahi tutarlı bir görünüm sergileyebilmektedir⁸⁰. Toplumsal olgu tezi hatalı değildir çünkü hukuktaki ilkelerin varlığı toplumsal olguların öncelikli rolünü ve nihai pozisyonunu ortadan kaldırmaz. Dworkin'in öne sürdüğü unsurlar bu çerçeve içinde de açıklanabildiği gibi aynı unsurlar, ilgili toplumsal olgu şartlarını sağlamadıkları sürece hukukta var olamazlar. Ayrılık tezi de hatalı değildir çünkü hâkimlerin faaliyeti, hukuka dair diğer genel kabuller ile çelişmeden ve toplumsal olgulara bağlı kalınarak betimleyici bir şekilde incelenebilmektedir. Son olarak ayrılık tezi, hukuki geçerlilik ölçütlerinin asla ahlaki olamayacağı veya ahlaki ilkelerin hukuka dâhil olamayacağı iddiasında olmadığından dolayı Dworkin'in eleştirilerinden etkilenmez. Dworkin'in kuramı ise ahlaki ağırlığa sahip olsa dahi tanıma kuralı tarafından tasdik edilmeyen veya ahlaki açıdan kötücül olsa dahi tanıma kuralı tarafından tasdik edilen kural ve ilkelerin hukuktaki varlığını izah edememektedir⁸¹. Öte yandan Dworkin, felsefi yazını genişlettikçe bu karşılıkların dahi tam olarak cevap vermediği unsurların olduğuna işaret eder. Sıradaki alt başlıkta Dworkin'in bu gelişen argümanına bakılacaktır.

1.1.4. Dworkin'in Gelişen Argümanı

Dworkin'in 1967'de kaleme aldığı *Model of Rules I* makalesinden sonra 1972 tarihli *Model of Rules II* makalesi ve özellikle 1986 tarihli *Hukukun Hükümranlığı* kitabında öne sürdüğü savlar erken dönem hukuk felsefesi yazını genişleterek farklılaştırmıştır⁸². Hukuki pozitivistizm lehine verilen savunmalar her ne kadar bazı eksiklikleri kapatsa da sorgulamaya açık başka öğeler hala mevcuttur. Bu bahiste

⁷⁹ Suri Ratnapala, **Jurisprudence**, New York: Cambridge University Press, 2009, s. 56.

⁸⁰ E. Philip Soper, "Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart/Dworkin Dispute", **Michigan Law Review**, Cilt: 75, Sayı: 3, 1977, ss. 517-519.

⁸¹ Hart, **The Concept of Law...**, ss. 268-269.

⁸² Bu noktada Dworkin'in geç dönem felsefi yazınının Hart'ın *The Concept of Law* kitabının ikinci baskısından önce olduğu akla gelebilir. Her ne kadar ikinci baskı 1994'te yapılsa da bu baskı Hart'ın vefatından önce yayınlanmamış olan yazılarının derlenmesinden oluşmaktadır. Hart'ın bu çalışmaları ağırlıklı olarak Dworkin'in erken dönem felsefi yazını ele almakta, geç dönem yazınına ise kısıtlı karşılıklar sunmaktadır.

öncelikle Dworkin'in hukuki pozitivizme karşı *konvansiyon tezi eleştirisi* (I), ikinci olarak *yorum kuramı* (II), üçüncü ve son olarak *Dworkin'in gelişen argümanının sonuçlarını* (III) ele alınacak.

Konvansiyon tezi eleştirisinde (I) Dworkin ilk önce, tanıma kuralının hukuki pozitivizm açısından oynadığı merkezi rolün altını çizer. Hart'ın Dworkin'e karşı verdiği karşılıkların önemli bir bölümü, tanıma kuralı kavramının muhafaza edilerek bu kavramın ilkeleri de kapsayabileceği düşüncesine dayanmaktadır. Buna göre tanıma kuralı toplumsal olgulara dayalıdır. Bu toplumsal olgu nitelikli tanıma kuralının ahlaki geçerlilik ölçütleri öngörmesi halinde, bazı ilkeler yasama meclisi gibi yalın toplumsal olgu temelli bir soy ağacından ziyade ahlaki içerikleri ile de hukuka dâhil olabilirler⁸³. Buna karşın Dworkin, hukuki pozitivizme göre tanıma kuralının, konvansiyona dayalı bir toplumsal kural olduğunu ve bunun da ancak belli bir anlaşma ile sağlanabileceğini belirtir. Bu kapsamda resmi devlet görevlilerinin içlerinde bulundukları hukuk sistemindeki normları uygulayacaklarına dair bir toplumsal kural, zorunlu olarak resmi devlet görevlilerinin mevzubahis normların uygulanması konusunda bir anlaşmaya varmaları ile ortaya çıkabilir.⁸⁴ Bu noktada bir anlaşmazlık var ise toplumsal bir kuralın varlığından bahsedilemez. Görüldüğü üzere Dworkin, Hart'ın tanıma kuralına ilişkin konvansiyon tezini hedef almaktadır.

Dworkin, zor davalarda hâkimlerin hangi ilkelerin nasıl uygulanacağı konusunda yaygın bir tartışma içinde olduklarını belirtir. Eğer tanıma kuralı hâkimleri ilkeleri uygulamakla yükümlü kılıyor ve zor davalarda hâkimler ilkeler hakkında tartışma içinde ise, bu durum hâkimlerin tanıma kuralının içeriği hakkında bir tartışma içinde olduğunu gösterir.⁸⁵ Fakat bu kavramsal olarak çelişkilidir çünkü konvansiyon tezine göre tanıma kuralı, bir toplumsal olgu olarak resmi devlet görevlilerinin anlaşması halinde var olabilir. Tartışma ile anlaşma bir arada olamaz.

Dworkin, bu anlaşmazlıkların hukukun nasıl yorumlanması gerektiğine dair bir tartışma teşkil ettiğini ve bunların ahlaki nitelikte olduğunu öne sürer. Hâkimler tartışmalarında, tartışmanın konusu olan hukuki gerekçelerin ampirik anlamda soy

⁸³ Coleman, "Rules and Social Facts", ss. 718-720.

⁸⁴ Ronald M. Dworkin, **Hukukun Hükümranlığı**, Çeviren: E. Uzun, İstanbul: Nora Kitap, 2018, ss. 55-62.

⁸⁵ Tim Dare, "Disagreeing about Disagreement in Law: The Argument from Theoretical Disagreement", **Philosophical Topics**, Cilt: 38, Sayı: 2, 2010, ss. 3-5.

ağacı testinden geçip geçmediğini tartışmaktan ziyade (örneğin bir yasanın usulüne uygun şekilde meclis çoğunluğunca kabul edilip edilmediği veya yürürlük tarihinin gelip gelmediği bu kapsamdadır) ellerindeki ilkelerin ahlaki anlamda kararlarını nasıl meşrulaştırabileceğini tartışırlar. Yazar, hukukun sadece toplumsal olgular üzerinde durmadığına, aynı zamanda siyasi ahlak gibi değerlere bağlı olduğuna işaret eder. Düşünüre göre hukuki faaliyet tartışmacıdır. Yargılama sırasında taraflar hukukun ne gerektirdiğine dair çeşitli iddialar ileri sürer ve bunları çeşitli argümanlar ile destekler. Hukuki önermeler, hukuki temellere dayandırılarak yargılama süresince tartışılır. Doğru bir hukuk kuramı bu faaliyeti ele almalı ve inceleyebilmelidir⁸⁶. Buna karşın hukuki pozitivistizmin hâkim olduğu modern hukuk bilimi bu noktada sınıfta kalmıştır. Mevcut pozitivist argümanların çıkarımları takip edilirse yargılamadaki tarafların ve hâkimlerin kendi aralarındaki tartışmalar ya yoktur ya da hiçbir temeli olmayan saçmalıklardır⁸⁷.

Düşünür bu iddiasını somut bir olayda göstermek için *Tennessee Valley Authority, Hill'e karşı* davasını ele alır. Bu davada çevreci gruplar, inşaatı sona yaklaştırmış bir barajın tamamlanması halinde akarsuda yaşayan bir balık türü yok olacağından dolayı “1973 tarihli tükenme tehdidi altında olan türler kanununa” dayanarak inşaatın sona erdirilmesini talep etmiştir. İnşaatı yürüten kamu kuruluşu ise ruhsat verilmiş, ciddi bir yatırım ve emek harcanmış bir kamu girişiminin hiçbir özelliği olmayan basit bir balık türünün korunması için gözden çıkarılmasının absürt olacağını ileri sürmüştür.⁸⁸

Hâkimlerin çoğunluğu, kanunda açıkça tükenme tehdidi altında olan türler mevzubahis olduğunda inşaat projelerinin sonlandırılmasının hükme bağlanmış olması ve dava konusu durumu düzenleyen bir istisnanın olmamasından dolayı çevreci grupları haklı bulurken, azınlık görüşü ilgili mevzuatın bu şekilde uygulanmasının absürt bir sonuca varacağından kanunun bu olayda uygulanmaması gerektiğini savunmuştur. Çoğunluk görüşünün gerekçesini kaleme alan Yargıç Burger, baraj inşaatının durdurulmasının muazzam miktarda israfa yol açacağını ve bunun absürt olduğunu kabul etmiştir. Ancak Burger, kanun tükenme tehdidi altında olan türlerin korunması hakkında açık bir hüküm içerdiğinden ve yasa koyucunun

⁸⁶ Türkbağ, *Kanıtlanamayanı Kanıtlamak: Ronald Dworkin'in Hukuk Kuramı...*, ss. 118-126.

⁸⁷ Dworkin, *Hukukun Hükümleri...*, s. 55.

⁸⁸ A.g.e., ss. 42-43.

yasanın lafzının aksi yönünde yorumlanabilecek açık bir iradesinin olmadığından dolayı mahkemenin yasanın lafzını uygulamaktan başka bir imkânının olmadığını ifade etmiştir. Azınlık görüşünü kaleme alan Yargıç Powell ise yasa koyucunun absürt sonuç yönünde yorumlanabilecek açık bir iradesi olmadığı durumda mahkemelerin mevzuatı absürt sonuçlara yol açacak şekilde yorumlamaması gerektiğini öne sürmüştür. Hiçbir özelliği olmayan bir balık için yüz milyon dolarlık bir yatırım boşa çıkarılmamalı, sağduyu ve kamu vicdanına uygun bir yorum benimsenmelidir. Dworkin'e göre Burger ile Powell arasındaki tartışma, bir *kuramsal anlaşmazlıktır (theoretical disagreement)*. Her iki taraf da ilgili kanunun geçerli bir yasa olduğu, baraj inşaatının durdurulması halinde büyük bir maddi israfın gerçekleşeceği ve kanun koyucunun somut olaydaki bu sonucu istediğine dair açık bir iradesinin olmadığı konusunda hemfikirdir. Demek ki ampirik bir anlaşmazlık yoktur. Asıl tartışma, bu hukuki iddiaların temellerinin nasıl ele alınacağı üzerinedir. Burger'e göre absürt sonuçlara yol açsa dahi yasa koyucunun aksi yönde açık bir iradesi gösterilmediği sürece kanunun lafzı yönünde hüküm verilmelidir. Powell'a göre ise yasa koyucunun absürt sonuç yönünde açık iradesi gösterilmedikçe kanunun lafzı absürt sonuca yol açacak şekilde yorumlanamaz.⁸⁹

Bu noktada hukuki pozitivistler hâkimlerin kuramsal anlaşmazlıklar hakkında tartışmaktan ziyade aslında takdir faaliyeti vasıtasıyla hukuk yarattıklarını söyleyebilirler. Buna göre hâkimler her ne kadar kuramsal anlaşmazlıklarda sözde hukuku teşhis ve uygulama iddiasında olsalar dahi esasında var olmayan hukuku hükümleri ile yaratırlar⁹⁰. Ancak Dworkin bu olası karşılığı iki sebepten dolayı yetersiz bulur. İlk olarak, eğer hukuki pozitivistlerin savunduğu gibi hâkimler bu hukuku uygulama beyanlarına rağmen hukuk yaratıyorlar ise o zaman bu kurnazlığın bir noktada insanlar tarafından fark edilip siyasi kültürün bir parçası haline gelmesi beklenir. Fakat böyle bir durum görülmemektedir. İkinci olarak, eğer hâkimler hukuki pozitivistlerin ifade ettiği gibi bu kuramsal anlaşmazlıklar sırasında hukuku yaratıyorlarsa o zaman mantıken kamuoyunun desteğine paralel ve tipik bir yasa koyucu gibi genel menfaati arttırıcı şekilde hüküm vermeleri gerekir. Ama *Tennessee Valley Authority, Hill'e karşı* davasında mahkeme, kamuoyunun beklentilerine ve kamu yararına aykırı bir hüküm vermiştir. *Riggs Palmer'a karşı* davasında azınlık

⁸⁹ A.g.e., ss. 43-46.

⁹⁰ Shapiro, "The 'Hart/Dworkin' Debate: A Short Guide for the Perplexed", s. 39

görüşü de toplum değerlerine ters biçimde katilin mirasa hakkı olduğu yönünde oy kullanmıştır. Bu örnekler hâkimlerin hukuku bir yasa koyucu gibi yaratıp geliştirmekten ziyade mevcut hukuku yorumlayıp uyguladıklarına işaret etmektedir.⁹¹

Dworkin, hukuki pozitivistizmin ölçütsel semantiği benimsediğinden dolayı da kuramsal anlaşmazlıkları açıklamaktan aciz olduğunu belirtir. Ölçütsel semantik, hukuk ölçütlerinin var olabilmesi için hukukçuların bu ölçütlerin taşıdığı anlam hakkında bir anlaşma içerisinde olmasını ifade eder. Yazara göre hukuki pozitivistler bu fikri benimsediklerinden dolayı onlara *semantik iğne* (*sematic sting*) batar. Çünkü hukukçular hukukun geçerlilik ölçütlerinin anlamı hakkında anlaşma içerisinde değillerdir. Sonuç olarak hukuki pozitivism, hukukta ciddi bir yer işgal eden kuramsal anlaşmazlıkları izah edememektedir.⁹² Dworkin bu analizleri ile hukukun olgusal bir durumdan ziyade yorumsal bir faaliyet olarak ele alınabileceğine işaret etmiş olur.

Yorum kuramında (II) Dworkin, işte bu kuramsal anlaşmazlıklar bahsindeki faaliyeti hukukun inşacı yorumu (*constructive interpretation*) olarak nitelendirir. Yazara göre inşacı yorum, yoruma konu olan nesneye ya da faaliyete, onun dâhil olduğu formun veya türün en iyi örneği olacağı şekilde, bir amaç yüklemektir. Söz konusu nesneyi en iyi halde ortaya çıkaracak amaç ise ona olası tüm alternatiflerden daha iyi “uyan” ve onu içeriksel olarak maddi anlamda “meşrulaştıran” amaçtır⁹³. Nesneye *uygun* (*fit*) amaç, mevzubahis nesnenin varlığını destekler ve onun niteliklerini taşır. Dworkin uygunluk niteliğini bir analogi ile açıklar. Analoginin ilk kısmında yağmurlu bir akşamda bir grup arkadaş evde bir oyun oynar. Oyundakiler zincirleme bir hikâye yazmaktadır. Her kişi kendisinden önce yazılan bölümün sonrasına kendi bölümünü eklemekte ve bu süreç böyle devam ederek bir hikâye oluşmaktadır. Analoginin ikinci kısmında Dworkin aynı sürecin bir hukuk sistemindeki içtihat zincirinde de geliştiğini ileri sürer. Her mahkeme içinde bulunduğu hukuk sisteminin kurumsal tarihindeki kararları ele alarak, onlar ile uyumlu olacak şekilde hüküm verir. İçtihatlar kendilerinden sonraki kararlar için bir çekim gücü yaratır. Benzer kararların benzer şekilde sonuçlandırılması için bir

⁹¹ Dworkin, *Hukukun Hükümleri...*, ss. 62-64.

⁹² Ronald M. Dworkin, *Justice in Robes*, Cambridge: Harvard University Press, 2006, ss. 223-226.

⁹³ Dworkin, *Hukukun Hükümleri...*, s. 80.

ağırlık oluştururlar. Bir hukuk sisteminin tutarlı olması ve vatandaşlara davranışlarını belirlerken güven vermesi için bu gereklidir.⁹⁴

Amacın *meşrulaştırılması* (*justification*) ise yorumun temsil ettiği değer in korumaya ve geliştirmeye layık olması ile yani içeriği ile ilişkilidir. Dworkin'e göre hâkim sadece içtihatları takip edemez. Aynı zamanda elindeki hukuk kaynaklarını içinde bulunduğu hukuk sistemini en iyi aydınlatacak şekilde yorumlamalıdır. Bunu yaparken de kaçınılmaz olarak ahlaki ilkeleri ve değerlendirmeleri akıl yürütme sürecine katacaktır. Buna göre tüm mahkeme kararları bir hukuk bilimi eseridir çünkü her karar bu değerlendirmeyi yaptığına dair bir gerekçelendirme sunar.⁹⁵ Modern hukuk sistemlerinde vatandaşların kararlara güç zoruyla itaat etmesi beklenmez. Devletin yaptığı işlemdeki meşruluk, sistemin geçmişi ve siyasi ahlakı ile gerekçelendirilir. Mahkemeler bunu sağlamak için yasaları mümkün olduğunca ahlaki bir şekilde yorumlar ve içtihatları mümkün olduğunca az değiştirir⁹⁶. Yazar, hâkimlerin ortak değer, inanç ve menfaat paylaştığından dolayı bu yorumsal faaliyette ortak doğrularda buluşacaklarını söyler⁹⁷.

Dworkin, bu yorum faaliyetinin nasıl gerçekleşmesi gerektiğini betimlemek için muazzam bir entelektüel birikim ve akli yetkinliğe sahip bir kurgusal figür kullanır: *Herkül* (*Hercules*). Yazarın yorum anlayışında Herkül, *hukuku bütünlük olarak* (*law as integrity*) kabul eder. Buna göre hukuk; adalet, hakkaniyet ve hukuki usule dair tutarlı bir dizi ilkeler ile yapılanmıştır ve bu ilkeler gelecekteki vakalara da sirayet eder. Herkül, emsalleri ve hukuk sisteminin tarihini tutarlı bir öyküye oturttuğu gibi bu öyküdeki ilkelerin temsil ettiği hakları da meşrulaştıracak şekilde en iyi ışık altında onları aydınlatır.⁹⁸

Dworkin, hukuki pozitivistlerin ve eleştirel hukuk kuramcılarının iddia ettiklerinin aksine hâkimlerin takdirlerini kullanırken kuru bir faydacı çerçeve ile

⁹⁴ Philippe Malaurie, *Anthologie de la Pensée Juridique*, 2. Baskı, Paris: Editions Cujas, 2001, ss. 354-355; Mehmet Turhan, "Anayasanın Yorumlanmasında Felsefi Yaklaşım: Ronald Dworkin'e Göre Anayasanın Ahlaksal Okunuşu", *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi* – 26, Editörler: H. Ökçesiz ve diğerleri, İstanbul Barosu Yayınları, 2014, ss. 451-459.

⁹⁵ Dworkin, *Hukukun Hükümleri...*, ss. 123-124.

⁹⁶ Ronald M. Dworkin, "'Natural' Law Revisited", *University of Florida Law Review*, Cilt: 2, Sayı: 1, 1982, ss. 165-172.

⁹⁷ Dworkin, *Hukukun Hükümleri...*, ss. 219-223.

⁹⁸ A.g.e., ss. 318-323.

hüküm verdiklerini kabul etmez. Düşünür bu tip bir takdir anlayışının yalnızca yasa koyucuların yapabileceği *politikalar* (*policies*) ile uyumlu olduğunu belirtir. Hâkimler ise ilkeler temelinde hukuku uygular. Dworkin ilkeler ile politikalar arasında bir fark olduğunu savunur. İlkeler ekonomik, siyasi ya da toplumsal bir menfaati sağladıkları için değil, adaletin, eşitliğin veya başka bir ahlaki değer gereği olarak bir ölçüt oluşturdukları için politikalardan ayrılırlar. Bir politika ise toplumdaki belli bir ekonomik, siyasi veya toplumsal hali iyileştirmeye yöneliktir. Örneğin “herkes geliri oranında vergi verir” bir ilke iken “çiftçilerin üretimi devlet desteği ile arttırılmalıdır” bir politikadır. İlkeler, kişilerin haklarını ifade eder ve onları korur. Politikalar ise toplumsal hedefleri temsil eder ve o hedeflere toplumu yönlendirir. İlkeler ekonomik, siyasi ve sosyal sonuçlardan bağımsız olarak yalnızca adalet, hakkaniyet ya da başka bir ahlaki öge sebebiyle takip edilir; politikalar ise tam da bu sonuçlara ulaşma amacıyla izlenir⁹⁹. Yazara göre hakların politikalar karşısında bir eşik ağırlıkları vardır. Kişilerin hakları toplumdaki belli politikalar karşısında ezilmemelidir. Hâkimler birden çok olası seçenek arasında kendilerine uygun olan yönünde hüküm vermekten ziyade davadaki *tek doğru cevaba* (*one right answer*) yönelik bir yorum faaliyeti yürütürler¹⁰⁰. Gerçekten de mahkemelerde hâkimin kendisine sorduğu soru “davacının veya davalının davayı kazanmaya hakkı var mı?” sorusudur. “Hangi karar ile toplumsal hedeflere daha fazla ulaşılır?” sorusuna cevap aranmaz. Bu nedenle davalar hakları ifade eden ilkelere göre karara bağlanır. Hâkimlerin faaliyetini ele alan bu açıklama, Hart’ın iddia ettiği hukukun açık dokulu yapısı yerine Dworkin’in hukuku dikişsiz bir örtü olarak modellemesi ile uyumludur.¹⁰¹

Politikalar genellikle faydacı bir hesap ile oluşturulur. Dworkin’e göre faydacılık, kişilerin haklarını ciddiye almadığı için politikaların belirlenmesi dışındaki alanlarda sorunlu bir ahlaki kuramdır. Faydacılık, toplayıcı nitelikte bir kuram olarak ahlaki olan ile ahlaki olmayanı bir fayda hesabı ile belirler. Fayda, toplam haz ve acı üzerinden hesaplanır. Mümkün olduğunca fazla haz ve az acı iyidir. Faydayı azami hale getiren davranış ve eylemler de ahlakidir. Ancak kişilerin

⁹⁹ Ahmet U. Türkbağ, “Haklar, Hakkaniyet, Bütünlük ve Adalet: Dworkin’in Adalet Perspektifi”, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi - 9**, Editör: H. Ökçesiz, İstanbul Barosu Yayınları, 2004, s. 90.

¹⁰⁰ Kasım Akbaş, “Ronald Dworkin: Pozitivizmin ve Doğal Hukukun Eleştirisinden Bir ‘Yargılama Kuramı’na”, **Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş**, 2. Baskı, Editör: E. Uzun, İstanbul: İthaki Yayınları, 2015, ss. 208-209.

¹⁰¹ Türkbağ, **Kanıtlanamayanı Kanıtlamak: Ronald Dworkin’in Hukuk Kuramı...**, ss. 90-92.

kendi hakları yoktur. Eğer toplam fayda sağlanıyor ise bazı kişilerin hakları feda edilebilir. Yazar ise genellikle hukuki pozitivistler arasında popüler olan bu siyasi ahlak yaklaşımını hatalı bulur ve hukukta hâkimlerin tarafların hakları hakkında hüküm verdiklerini ifade eder. Bu açıdan haklar, olası politikalara karşı özgül bir ağırlığı olan kozlar gibidir.¹⁰²

Bununla beraber Dworkin, hâkimlerin kararlarında belli politikalara atıfta bulunduğunu kabul eder ama bunların da aslında ilkeler olarak düşünülmesi gerektiğini savunur. Hâkimler daha fazla kişinin daha önemli haklarını korumak için bazı durumlarda bu haklar ile çatışan daha az önemli hakların sınırlandırılması yönünde hükümlerini kurabilirler¹⁰³. Örneğin *D, Ulusal Çocuk İstismarının Önlenmesi Kurumu'na karşı* davasında, bir kişi “ulusal çocuk istismarının önlenmesi kurumuna” *D*’nin çocuğunu istismar ettiğini ihbar etmiştir. Bu ihbar karşısında kurum yetkilileri *D*’nin evine baskın düzenlemiştir. Soruşturma sonucunda *D*’nin çocuğunu istismar etmediği ortaya çıkmıştır. Bununla beraber yapılan baskın *D* ve ailesinde büyük bir korku yaratmıştır. *D* de bu nedenle manevi tazminat davası açmak için bu yersiz ihbarı yapan kişinin kimliğini öğrenmek amacıyla kuruma talepte bulunmuştur. Ancak kurum, ihbar sahiplerinin kimliklerini anonim olarak korumuştur. Bunun üzerine *D* kuruma dava açmıştır. Mahkeme *D*’yi haksız bularak yapılan ihbarların anonim kalmasının kuruma gelen bilgi akışının devamı için hayati derecede önemli olduğunu belirtmiştir. İhbar yapanların kimliklerinin aleni olması durumunda her ihbar sahibi dava edilme tehdidi altında kalacağı için kimse ihbarda bulunma riskini almayacaktır. Bunun sonucunda da çocukların istismardan kurtulması için gerekli ihbarların sayısı ciddi miktarda düşecektir. Dworkin’e göre mahkemenin kararı yerindedir. Fakat bunun nedeni faydacı bir toplumsal politikanın izlenmesi değildir. Mahkeme doğru bir tespitle, kararı ile etkilenebilecek birçok çocuğun vücut bütünlüğü hakkı gibi daha temel hakları, bir kişinin zararının karşılanması hakkından daha üstün tutmuştur. Toplam faydanın arttırılmasından ziyade belli hakların korunması için bazı hakların korunmaması yönünde karar verilmiştir.¹⁰⁴

¹⁰² A.g.e., s. 105.

¹⁰³ Gülriz Uygur, “Ronald Dworkin’de Adalet ve Haklar”, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi - 5**, Editör: H. Ökçesiz, İstanbul Barosu Yayınları, 2002, s. 105.

¹⁰⁴ Ronald M. Dworkin, **A Matter of Principle**, Massachusetts: Harvard University Press, 1985, ss. 75-78.

Bu açıklamalar sonunda Dworkin, hukuki önermelerin temellerinin ortaya çıkarılması için zorunlu olarak inşacı yorum yapılması gerektiğini öne sürer. Yorumcu, söz konusu hukuki unsurları mümkün olabilecek en iyi ışık altında sunmalıdır. Bunun için de bunlara uyan ve onları meşrulaştıran bir yorum yapılmalıdır. Ancak bundan sonra elindeki hukuki önermelerden bir hukuki çıkarımda bulunabilir. Yargılama safhasındaki tartışmalarda sadece ampirik iddialara dayanılarak hukuki önermeler savunulmaz çünkü genellikle her iki taraf da ilgili mevzuatın geçerli hukuk kaynaklarından ortaya çıktığı konusunda hemfikirdir. Asıl tartışma kuramsal düzeydedir. Bundan dolayı hukukun temelinde hâkimler arasında anlaşma ile oluşturulmuş konvansiyonel nitelikte bir tanıma kuralı olduğundan bahsedilemez¹⁰⁵. Tanıma kuralını hukuki pozitivist çerçeveden ele alarak oluşturulan tezler ve ulaşılan çıkarımlar da buna göre hatalıdır.

Dworkin'in gelişen argümanının getirdiklerine (III) bakıldığında Dworkin'in önceki düşünürler tarafından incelenmemiş bir konu olan kuramsal anlaşmazlıklara bir açıklama getirmiş olduğu görülmektedir. Dworkin'in anlayışına göre söz konusu tartışmalar hukukun ve hukuk pratiğinin ahlaki değeri hakkındadır. Bundan dolayı yalın sosyal olguya dayalı kuramlar bu durumu izah edemez. Hâkimler hukukun ne olduğuna cevap ararken hukukun ne olması gerektiğine dair ahlaki değerlendirmelere başvurur. Görüleceği üzere yazarın bu ikinci analiz çizgisi, ilk hukuki pozitivism eleştirisinden farklıdır¹⁰⁶. İlk eleştirisinde Dworkin, hâkimlerin hüküm verirken ahlaki nitelikli hukuki temellere dayandıklarına işaret etmektedir. İkinci ve daha derin eleştirisi ise hâkimlerin hukuki temellerin neler olduğuna dair tartışma içerisinde olduklarına ve bunların da inşacı bir yorum faaliyeti gerektiren ahlaki değerlendirmeleri içerdiğine dayanır. İlk eleştiri, Hart'ın kuramının çerçevesinde dahi tutarlı olarak bertaraf edilebilirken ikinci eleştiri çizgisi farklı sorunlar ortaya çıkarmıştır çünkü bu eleştiri, doğrudan hukuki pozitivismin mihenk taşı olan tanıma kuralının kavramsal niteliğine yöneliktir. Bu eleştiri, tanıma kuralını ayakta tutan konvansiyon tezine doğrudan zarar verdiği gibi onunla bağlantılı diğer tezlere de şüphe düşürmektedir. Eğer hukukun temelinde neyin hukuk neyin hukuk olmadığını belirleyen, resmi devlet görevlilerinin hakkında anlaşmaya varmış olduğu bir ölçüt yok ise ve hâkimler yaygın olarak kararlarında ahlaki nitelikli yorum ve tartışma

¹⁰⁵ Ronald M. Dworkin, "Hart's Posthumous Reply", **Harvard Law Review**, Cilt: 130, Sayı: 8, 2017, ss. 2116-2124.

¹⁰⁶ Shapiro, "The 'Hart/Dworkin' Debate: A Short Guide for the Perplexed", ss. 40-41.

faaliyetinde bulunuyorlar ise o zaman gerek toplumsal olgu tezi gerekse ayrılık tezi sorunlu hale gelmektedir.

1.1.5. Tartışmanın Getirdikleri

Hart-Dworkin tartışmasının, hukuk felsefesi sorularına çeşitli cevaplar sunduğu gibi yeni soruları da beraberinde getirdiğini söylenebilir. Bu çalışmanın konusu olan sert pozitivist yaklaşım da bu yeni cevap ve soruların etkisi ile hukuk felsefesi tartışmalarına katılmıştır. Analitik hukuk felsefesi de bu farklı sorulara farklı cevap imkânları ile çeşitli yol ayrımlarına gelmiştir.

Bu yol ayrımlarından en önemlisi ahlakın hukuktaki kavramsal yeri ve niteliğidir. Hart ve onu takip eden pozitivist yaklaşım, ahlaki ilkelerin tanıma kuralı vasıtasıyla hukuka dâhil edilebileceğini kabul ederek toplumsal tezi ve ayrılık tezini bu anlamda yumuşatmıştır. Buna göre hukuk kaynaklarının sadece toplumsal olgular olması ve hukuk ile ahlak arasında kavramsal bir ayrılık olması bir zorunluluk değildir. Tanıma kuralının tasdik etmesi halinde ahlak hukuka dâhil olabilir veya tanıma kuralının bir parçası olarak ahlak, hukukilik ölçütünde rol oynayabilir¹⁰⁷. İlerleyen başlıklarda işleneceği üzere bu strateji pek çok hukuki pozitivist tarafından hukuki pozitivistin ana tezleri ile tutarlı bulunmamıştır. Sert pozitivist yaklaşım, toplumsal tezin ve ayrılık tezinin bu şekilde yumuşatılmasını hatalı görür ve ahlaki ilkelerin tanıma kuralı vasıtasıyla hukuka dâhil olamayacağını savunur. Bunun neticesinde de toplumsal olgu tezi ve ayrılık tezinin yeniden yapılandırılması gerekliliği ortaya çıkar.

İkinci mesele, hukukun temellerine ilişkin konvansiyon tezinin ve hukuktaki yorum unsurunun Dworkin'in eleştirileri karşısında nasıl izah edileceği hususudur. Hart'ın oluşturduğu tanıma kuralı kavramı her ne kadar emir kuramcılarındaki ve Kelsen'deki belli sorunları çöze de farklı sorunları beraberinde getirmiştir. Sert pozitivist yaklaşım, hukukun temellerini Hart ve Dworkin'den farklı şekillerde ele alarak konvansiyon tezini yeniden yapılandırır ve yorum konusunda pozitivist çerçeveden farklı açıklamalar sunar.

¹⁰⁷ Kenneth E. Himma, "Legal Positivism", **Internet Encyclopedia of Philosophy**, 2001, <https://www.iep.utm.edu/legalpos/> (Son erişim tarihi: 1.6.2019)

Üçüncü bir analiz alanı; söz konusu kavramsal iddiaların kurallar, ilkeler, ahlaki dil, takdir yetkisi, yargılama faaliyetleri, kurumsal yapı, hukukun işlevleri gibi hukuk biliminde ele alınan diğer unsur ve süreçlere dair genel kabuller ile uyumlu hale getirilmesidir. Hart'ın Dworkin'in ilk eleştirisine karşı bunları kendi yumuşak pozitivist yaklaşımı ile bağdaştırma manevrası bu unsurları pozitivist bir çerçeveye yerleştirse de sert pozitivistin bu manevrayı reddetmesi halinde hukuktaki bu unsur ve süreçlere dair tutarlı ve farklı açıklamalar getirmesi gerekmektedir. Sert pozitivist temsilciler bu konuda da özgün katkılar sağlamakta ve bu hukuki unsurlara farklı yönlerden eğilmekteirler.

Son olarak, analitik hukuk felsefesi tartışmaları her ne kadar yukarıda belirtilen esaslı sorulara cevap vermeye çalışmakla beraber bunlarla bağlantılı olan ve belki de bunlardan daha fazla pratik önem arz eden hukuki belirsizlik, yorum yöntemleri, hukuk devleti, insan hakları, hukuka yönelik ahlaki tutum gibi başka konulara dair de iddialar sunmaktadır. Sert pozitivistler, bu tip tartışma alanlarına sundukları katkılarda kendilerinden önceki kuramcılardan farklı sonuçlara ve gerekçelere işaret etmektedirler. Sıradaki başlıkta tüm bu meselelere dair hukuk felsefesinde yeni bir kuram oluşturan Joseph Raz'ın sert pozitivist yaklaşımı incelenecektir.

1.2. Sert Pozitivizmin Kurucusu Joseph Raz

Hukuk felsefesinde sert pozitivist yaklaşım Joseph Raz ile başlamıştır¹⁰⁸. Raz, Hart ve Dworkin'den sonraki hukuk felsefesi yazınında her ne kadar pozitivist çatı altında kalsa da diğer pozitivistlerden farklı, özgün bir kuramsal çizgi oluşturmuştur. Bu kısımda ilk önce hukuk, ahlak ve siyaset felsefesi konularında yirminci ve yirmi birinci yüzyılın önde gelen düşünürlerinden olan Joseph Raz'ın kariyeri, kuramsal pozisyonu ve önemi anlatılacaktır (1.2.1.). İkinci alt başlıkta, yazarın kuramında merkezi bir rol oynayan otorite kavramı ve hukuk ile olan ilişkisi incelenecektir (1.2.2.). Üçüncü alt başlıkta, Raz'ın sert pozitivistin ana iddiası olarak öne sürdüğü kaynaklar tezi temellendirilecektir (1.2.3.). Dördüncü alt başlıkta, düşünürün hukuku bir sistem olarak ele alışı açıklanacaktır (1.2.4.). Beşinci alt başlıkta, yazarın hukukun işlevlerine dair tespitlerine bakılacaktır (1.2.5.). Altıncı alt başlıkta, Raz'ın

¹⁰⁸ Brian Leiter, "Legal Realism, Hard Positivism, and the Limits of Conceptual Analysis", *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford: Oxford University Press, 2007, s. 121.

yargı süreci hakkındaki analizleri sunulacaktır (1.2.6.). Yedinci alt başlıkta, düşünürün hukuk devleti ve insan hakları üzerine görüşleri değerlendirilecektir (1.2.7.). Sekizinci ve son alt başlıkta da, Raz'ın hukuka yönelik ahlaki tutumlara dair argümanlarına yer verilecektir (1.2.8.).

Takip eden alt başlıklarda görüleceği üzere Raz, doğrudan Hart-Dworkin tartışmasında öne sürülen tezler ile bağlantı kurmadan önce hukukun niteliklerine dair başka unsurları analiz eder ve bundan elde ettiği tespitler ile mevcut tartışmalara müdahil olur. Bu nedenle bir önceki başlıkta öne çıkan sorulara Raz'ın kuracağı bağlantılar üçüncü alt başlık olan kaynaklar tezinde başlayacak ve dördüncü alt başlıktaki hukuk sistemi açıklamaları ile tam olarak vücut bulacaktır. Bundan sonraki alt başlıklar ise yazarın analitik tezlerinin hukuktaki diğer unsurlar açısından getirdiği sonuçları ve bunlardan doğan özgün çıkarımları ele almaktadır.

1.2.1. Kariyeri, Kuramsal Pozisyonu ve Önemi

Joseph Raz, 1939'da dönemin Filistin Mandası'nda doğmuştur. 1963'te Kudüs İbrani Üniversitesi hukuk fakültesinden mezun olmuştur. Daha sonra da bu üniversitenin sağladığı burs imkânları ile doktorasını Oxford Üniversitesi'nde yapmıştır. Yazarın Oxford Üniversitesi'ndeki danışmanı H. L. A. Hart olmuştur. Doktora çalışmalarını *The Concept of a Legal System* tezi ile 1967'de tamamlamıştır.¹⁰⁹

Raz daha sonra Kudüs İbrani Üniversitesi'nde çalışmak üzere İsrail'e dönmüştür. 1971'e kadar burada çalışan düşünür, 1972'de Oxford Üniversitesi'nde çalışmaya başlamıştır. 1985'te bu üniversiteden hukuk bilimi profesörü unvanını almış ve aynı üniversitede hukuk bilimi kürsüsü başkanlığını yürütmüştür. 2009'da Oxford Üniversitesi'nden emekli olan yazar, 2011'den itibaren King's College London'da yarı zamanlı olarak çalışmaya başlamıştır. Düşünür, bu görevlerinin dışında Rockefeller Üniversitesi, Avustralya Ulusal Üniversitesi, California Üniversitesi, Toronto Üniversitesi, Yale Hukuk Fakültesi gibi birçok üniversitede misafir öğretim görevlisi olarak ders vermiştir. Raz aynı zamanda *Law and Philosophy*, *Clarendon Law Series*, *Current Legal Theory*, *Ratio Juris*, *the American*

¹⁰⁹ <https://sites.google.com/site/josephnraz/cv> (Son erişim tarihi: 1.6.2019)

Journal of Jurisprudence, Ethics, Legal Theory, Philosophy & Public Affairs, The Journal of Moral Philosophy, Journal of Ethics and Social Philosophy gibi birçok yayının editör kurulunda yer almıştır.¹¹⁰

Düşünürün yayınladığı on kitap vardır: *The Authority of Law, The Concept of a Legal System, Özgürlük Ahlakı, Practical Reason and Norms, Ethics in the Public Domain, Engaging Reason, On the Theory of Value and Action, Value, Respect and Attachment, The Practice of Value, Between Authority & Interpretation, From Normativity to Responsibility*. Bunların yanı sıra yüz yirmi dokuz makale yayınlamıştır.¹¹¹ Raz'ın çalışmalarının tamamı hukuk felsefesine yönelik değildir. Yazar, hukuk felsefesinin dışında ahlak felsefesi, değer felsefesi ve siyaset felsefesi konularında da çalışmaktadır¹¹².

Raz, hukuk felsefesinde sert pozitivist yaklaşımın ilk temsilcisidir. Yazar, hukukun belli bir tanımını vermeye girişmez; bunun yerine hukukun belli özelliklerini ortaya çıkarmaya çalışır. Bu yaklaşım hukuku anlamak, ona yönelik doğru bir tutum belirlemek ve eğer mümkünse onu reform etmek için faydalı bilgileri ortaya çıkaracaktır. Raz, hukuk ile ilgili belli analitik doğrulardan mantıksal çıkarımlarda bulunup bunları hukuk ile ilgili mevcut gözlemler ile karşılaştırarak, hukuk ve hukuk ile ilişkili kavramları aydınlatmaya çalışır. Düşünürün eserlerindeki merkezi bir unsur, hukukun meşru otorite iddiasında bulunması olgusudur. Raz, bu özelliğin hukukun esaslı bir özelliği olduğunu öne sürdükten sonra, hukuku ve hukuk sistemini anlamak için otorite kavramının anlaşılması gerektiğini belirtir. Yazara göre hukukun meşru otorite iddiasından kaynaklanan özellikleri, doğal hukuk tezleri ile Hart'ın hukuki pozitivist tezlerinden farklı sonuçlara işaret etmektedir. Aşağıda bu analizlerin unsurları ve bundan doğan çıkarımlar incelenecektir.

1.2.2. Hukuk ve Otorite

Raz, kuramını hukukun meşru otorite iddiasında olduğu ve bu iddiada bulunabilmesi için belli yetilere sahip olmasının zorunluluğu fikri üzerine inşa eder.

¹¹⁰ <https://sites.google.com/site/josephnraz/cv> (Son erişim tarihi: 1.6.2019)

¹¹¹ <https://sites.google.com/site/josephnraz/publicationlist> (Son erişim tarihi: 1.6.2019)

¹¹² Bakınız: Joseph Raz, **Engaging Reason: On the Theory of Value and Action**, Oxford: Oxford University Press, 2000.; Joseph Raz, **The Practice of Value**, Oxford: Oxford University Press, 2003.

Sert pozitivist yaklaşımı da bu tespitten kaynaklanan gerekliliklerin beraberinde getirdiği çıkarımlar üzerinde şekillenir. Yazar, hukukun meşru otorite iddiasından kaynaklanan nitelikleri ile mevcut hukuk kuramlarının tezlerini sınar ve bunların zaaflarına dikkat çekerek sert pozitivist tezleri savunur. Bu başlıkta Raz'ın *meşru otorite iddiasının gerekliliği ve kavramsal tutarlılığı* (I), *otoritenin işleyiş biçimi* (II), *meşru otorite iddiasının unsurlarına dair tezler* (III) ve *meşru otorite iddiasının getirdiği zorunlu özellikler* (IV) konularındaki tespitleri incelenerek hukuk ve otorite arasındaki ilişki gösterilecektir.

Meşru otorite iddiasının gerekliliği ve kavramsal tutarlılığı (I) bahsinde ele alınacak olan ilk unsur, neden meşru otorite iddiasının önem arz ettiğiidir. Hukuki pozitivism, hukuka dair kavramsal analizlerini toplumsal olgular üzerine inşa eder. Buna göre, kavramsal analizlerin belli bir anlamı ve doğruluğu olacak ise, kuramlar toplumsal olguları gerçeğe uygun bir şekilde açıklayabilmelidir. Raz, bu toplumsal olgular özelinde hukukun meşru otorite iddiasına vurgu yapar¹¹³. Hukukun bu iddiası gözlemlenebilir bir olgudur. Yazar, bu olgunun unsurlarını izah ederek ve çıkarımlar yaparak analitik saptamalara ulaşır. Bu açıdan düşünür, belli tartışma götürmeyen toplumsal olgulardan hareketle başka kavramsal doğrulara ilerlemeye çalışmaktadır. Raz'ın argümanının çerçeve fikri, hukukun meşru otorite iddiasından dolayı, bunun kavramsal gereği olarak hukukun meşru otorite iddiasında bulunabilme yetisini haiz olduğudur¹¹⁴. Yazar, bu yetinin gereksinimlerinin kendisinden önceki düşünürler tarafından dikkate alınmadığını ve bu nedenle mevcut analitik hukuk felsefesi kuramlarının hatalı sonuçlara vardığı görüşündedir.

Raz, hukukun fiili bir otorite olduğu konusunda bir tartışma olmadığını söyler. Fiili olarak etkili olmayan bir sistem hukuk olamaz. Ancak düşünür, otorite kavramının sadece fiili otorite kavramına odaklanarak açıklanamayacağını çünkü salt güç ile otorite sağlamanın mümkün olmadığını belirtir. Yalnızca meşru otorite iddiasında bulunan ve bu iddiası da belli bir kesim tarafından kabul görenler, fiili bir otorite konumuna erişebilirler. Her meşru otorite iddiasında olan fiili otorite olamaz ama her fiili otoritenin meşru otorite iddiasında olması gerekir. Bu nedenle tüm fiili otoriteler, meşru otorite olma iddiasındadırlar. Hukuk da fiili bir otorite olduğuna

¹¹³ Joseph Raz, **The Authority of Law**, 2. Baskı, Oxford: Oxford University Press, 2011, s. 33.

¹¹⁴ Yasutomo Morigiwa, "Authority, Rationality, and Law: Joseph Raz and the Practice of Law", **Southern California Law Review**, Cilt: 62, Sayı: 3-4, 1989, ss. 900-902.

göre meşru otorite iddiasında olduğu aşikârdır. Buradaki bir diğer ince ayrım, Raz'ın meşru otorite “iddiasına” işaret ettiğidir. Pekâlâ, söz konusu fiili otoriteler meşru olmayabilir ve bu otoriteyi meşru görenler da hata yapıyor olabilirler. Fakat bu ihtimaller fiili otoritenin meşru otorite iddiasında bulunması gerekliliğini değiştirmez.¹¹⁵

Meşru otorite iddiası ise felsefi açıdan tartışmasız bir kavram değildir. Bazı düşünürler meşru bir otoritenin mantiken mümkün olmayacağını savunurlar. Bu kavram Raz'ın kuramı için merkezi bir konumda olduğundan dolayı yazar, meşru bir otoritenin kavramsal olarak mümkün olduğuna dair açıklamalar sunar. Bu eleştirel yaklaşımlar otorite kavramının akılcılık veya otonomi ilkeleri ile çelişik olduğunu ileri sürmüştür¹¹⁶. Buradaki itiraz, otoriteyi tanımanın veya direktiflerine onun otorite niteliğinden dolayı itaatin lüzumsuz olduğu üzerinedir. Bu bağlamda kişi, eylemini belirlerken bu eylemini temellendirecek akılcı ve ahlaki sebeplere göre karar vermelidir. Eğer otorite, süjesine yönelttiği bir direktifinde hatalı ise otorite takip edilmemelidir. Otorite doğru bir sebebe dayanarak direktifte bulunuyorsa da bu doğru sebep takip edilmelidir, otoritenin kendisini değil. Buna göre bir direktif değerlendirilirken otoritenin kimliğinden ziyade direktifin kendisine bakılmalıdır ki bu da otoriteden bağımsızdır. Bireyler sözde otoritenin direktifini onu otorite konumuna yerleştirmeden de değerlendirip akılcı karar verebilirler. Neyin ahlaki olup olmadığı hakkında da otonom bir yargıda bulunulup eyleme geçilebilir. Otoriteye itaat ise bu bireysel yargıyı dışladığından kişilerin otonomisine dair genel kabuller ile çelişkilidir.¹¹⁷

Raz, bu itirazın kişilerin pratik eylem muhakemelerine dair yüzeysel bir anlayış üstüne temellendiğine işaret eder. Pekâlâ, bireyler eylemlerine temel alacakları sebepleri kendi başlarına akıl yürütürken hataya düşebilir veya belli kolektif eylem sorunlarına kendi başlarına çözüm geliştiremeyebilirler. Otorite bu noktada eyleme konu olan sebepleri, eylemde bulunacak kişilerden daha iyi bilen, tartan ve koordine eden bir unsur olarak akılcı bir işlev gerçekleştirebilir. Bu durumda bireyler, eylemlerine temel teşkil eden sebeplerin hepsini kendileri araştırıp, kendi bilgi

¹¹⁵ Sevtap Metin, “Joseph Raz’da Hukuki Otorite Kavramı”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 1, 2006, ss. 43-44.

¹¹⁶ Bakınız: Robert P. Wolff, *In Defence of Anarchism*, New York: Harper & Row, 1970.

¹¹⁷ Raz, *The Authority of Law...*, ss. 3-4.

seviyeleri dâhilinde tartıp, kendi güçleri ile diğer kişiler ile koordine etmektense, otoriteyi takip ederek sonuçları itibarıyla daha akılcı bir noktaya ulaşabilirler. Benzer şekilde neyin ahlaki olup olmadığı konusunda da otorite, bireye kıyasla eylem seçenekleri arasından daha doğru bir denge belirleyebilir.¹¹⁸ Bu tespit, her zaman ve her durumda otoriteye itaatin akılcı ve otonomi ile uyumlu olduğu sonucunu doğurmaz; sadece otoriteyi takip etmenin belli hallerde akılcı ve otonomi ile uyumlu olabileceği ihtimalinin kavramsal olarak mümkün olduğunu gösterir.

Raz'ın bu analizi onun pratik eylem felsefesindeki açıklamalarından destek alır. Yazara göre pratik akıl yürütmede *eylem sebepleri (reasons of action)* değerlendirilir ve bunlar doğrultusunda eyleme geçilir. Bu akıl yürütmenin konusu olan eylem sebepleri, belli bir yönde eylemde bulunulması için kişi açısından sebep doğurur. Söz konusu sebeplerin kişi tarafından bilinmemesi ya da bilmesine rağmen umursanmaması bu sebeplerin ona tesir etmediği manasına gelmez.¹¹⁹ Örneğin bozuk bir telefon satın almak üzere olan bir adam açısından telefonun bozuk olması, telefonun satın alınmaması yönünde bir eylem sebebidir ve kişi bunu bilmesede dahi ona tesir eder. Dışarıdan izleyenlerin, adamın telefonu satın almaması gerektiğini düşünmesi bu durumu temsil eder. Başka bir örnek vermek gerekirse, babası hasta olan bir adamın babasına destek olma yönünde ahlaki bir eylem sebebi vardır. Kişinin bunu umursamaması o ahlaki eylem sebebinin ona tesir etmediği manasına gelmez. Dışarıdan izleyenlerin adamın babasına bakması gerektiğini düşünmesi bunu ifade eder. Pratik akıl yürütmede ele alınan eylem sebepleri genellikle çoğuldur ve çatışırlar¹²⁰. Örneğin bir kişi, yeni bir iş teklifini değerlendirirken bu yeni işin sağlayacağı ekonomik getirileri, saygınlığı kadar bununla birlikte gelecek stresi, riskleri, aile ilişkilerini etkileyebilecek durumları da dikkate alır.

Tüm bu çoğul sebeplere Raz *birinci düzey sebepler (first order reasons)* der. Ancak bazı sebepler vardır ki bunlar *ikinci düzey sebeplerdir (second order reasons)*. İkinci düzey sebepler, “belli sebeplere göre” eylememe veya eyleme sebepleridir. Yazarın en çok üstünde durduğu ve aşağıda sıkça tekrarlanacak olan bir ikinci düzey sebep tipi, *dışlayıcı sebeplerdir (exclusionary reasons)*. Bunlar, belli sebeplere göre

¹¹⁸ A.g.e., ss. 23-26.

¹¹⁹ Joseph Raz, **Practical Reasons and Norms**, 2. Baskı, New York: Oxford University Press, 2002, ss. 35-37.

¹²⁰ A.g.e., ss. 25-26.

“eylememe” sebebidir.¹²¹ Yukarıda belirtilen örnekte iş teklifini değerlendiren kişinin o gün çok yorgun olması ve kız arkadaşından ayrılması sebebiyle bu kararı sonraki güne bırakması, bu tip sebeplerin varlığını gösterir. Bu tip hallerde eylemde bulunmayı ertelemek akılcıdır. Kişi, birinci düzey sebeplere göre eylemez çünkü mevcut durumda bu birinci düzey sebeplere göre eylememesine dair ikinci düzey sebepler söz konusudur. Otoritelerin meşruluk olasılığı da işte bu ikinci düzey sebeplerden gelir. Bazı hallerde kişiler kendi yargıları ile sebep dengesini iyi kuramayabilir. Bu şartlar altında otoritenin yargısına uyulması, söz konusu sebep dengesine daha iyi riayet edilmesi sonucuna ulaştırıyor ise o zaman otoritenin meşru olabileceği söylenebilir¹²². Örneğin iş teklifini değerlendiren yorgun adamın akliselim bulduğu bir arkadaşının bu kararı yarına bırakması veya teklifi reddetmesi yönündeki direktifini otoriteyi haiz kabul ederek uyması da buna benzer. Kendisi bu kararı vermektense arkadaşını otorite olarak görmesi belli koşullarda akılcı olabilir.

Görüldüğü üzere Raz, kişilerin kendilerini otorite için feda etmeleri veya otoriteye koşulsuz itaat etmeleri gerektiğine dair bir düşünce taşımaz. Tam tersine bu modelde kişiler, belli durumlarda kendilerine tesir eden sebepler hakkında kendileri eylemekten ziyade otoriteyi takip etmeleri halinde bu sebeplere daha iyi riayet etmeleri koşuluyla otoritenin meşruluğundan bahsedilebilir. Otoritenin varlığı, kişinin otoriteyi değerlendirmemesi ya da eleştirmemesi manasına gelmez. Otorite, sadece kişinin eylemesi için bir eylem sebebi teşkil eder. Bu açılarından bakıldığı zaman meşru otorite iddiası gerek akılcılık gerekse otonomi anlayışı ile uyumlu olabilme olasılığını sahip bir kavramdır. Netice itibarıyla meşru otorite iddiası, kavramsal olarak akılcılık veya otonomi ile çelişkili ve bundan dolayı her türlü ihtimalde hatalı bir iddia değildir.¹²³ Yazar bu analizler ile hukukun meşru otorite iddiasının zorunluluğunu ve kavramsal tutarlılığını göstermiş olur.

Otoritenin işleyiş biçimi (II) bahsinde Raz, bu sürecin anlaşılabilmesi için otoritenin kişilerin eylemlerine nasıl müdahale ettiğini açıklar. Düşünür bunu hakemlik müessesine dair bir örnek vererek yapar. Bu örnekte uyuşmazlık içerisindeki iki kişi uyuşmazlıklarını çözmesi için bir hakeme başvurur. Hakem,

¹²¹ Christopher Essert, “A Dilemma For Protected Reasons”, **Law and Philosophy**, Cilt: 31, Sayı: 1, 2012, ss. 52-54.

¹²² Raz, **Practical Reasons and Norms...**, ss. 35-37.

¹²³ Raz, **The Authority of Law...**, ss. 26-27.

uyuşmazlığı çözüme bağlama konusunda kendisine başvuran tarafların iradesi doğrultusunda otorite sahibidir¹²⁴. Tarafların uyuşmazlıklarından dolayı birçok eylem sebebi vardır. Mesela taraflardan biri diğerine şiddet uyguladığı için onun zararını tazmin etme sebebi olduğu gibi diğer tarafında da ona hakaret ettiği için benzer bir eylem sebebi olabilir. Bu sebeplerin tespiti ve tartılması sonucunda bunlara en iyi şekilde riayet edecek eylemi belirleme konusunda taraflar, bu işi kendi kendilerine yapmaktansa bunu daha iyi bir şekilde yapabilecek olan bir hakeme başvurmuştur. Raz bu basit durumda dahi otoriteye dair iki özelliğin ortaya çıktığını belirtir. Bunlardan ilki, hakemin hükmünün taraflar açısından uyulması gereken bir eylem sebebi teşkil ettiğidir¹²⁵. Hakemin hükmü ile bir tarafın diğerine belli bir meblağ tazminat ödemesi yönünde bir eylem sebebinin oluşması buna örnektir. Taraflar hakemin dediğini hakem dediği için yapmalıdırlar, kendi değerlendirmeleri de hükmü doğruladığı için değil¹²⁶. Buna karşılık hakem de önündeki uyuşmazlık konusunda bir hüküm kurarken bunu, tarafları uyuşmazlığa taşıyan sebepler üzerinden yapar. Hakem, taraflardan birini hoş bulması veya taraflar ile görüşmeleri sırasında bunlardan birinin sesini yükseltmesi sebebiyle karar veremez. Hakem, kararını bu uyuşmazlık bağlamında taraflara tesir eden sebeplere dayanarak vermelidir¹²⁷.

Hakemin hükmü, uyuşmazlıktaki tarafların eylem sebeplerine “bağımlıdır”. Örneğin bir kavga edilmiş ise, kavgayı kimin başlattığı ve büyüttüğü, kavgadan önceki sarf edilen sözlerin ağırlığı, kavga sırasındaki yaşanan arbedede oluşan zarar, tarafların maddi durumu bu tip sebeplerdendir. Hakem kafasından o an geçen bir tazminata hükmedemez, uyuşmazlıktaki eylem sebeplerini doğru bir şekilde dengeye getirerek onları hükmüne yansıtır. Hüküm bu “bağımlı sebepleri” temsil eder. Kişi, otoritenin hükmüne göre eyleyerek, bu bağımlı veya “nihai sebeplere” riayet etmiş olur.¹²⁸

Otoritenin ikinci özelliği ise onun dışlayıcı niteliğidir. Hakemin kararı, taraflara tesir eden diğer eylem sebeplerinin yanına ek bir sebep olarak gelmez. Aynı

¹²⁴ Halit Uyanık, **Hukukun Otoritesi: Joseph Raz'da Otorite Olarak Hukuk**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014, s. 160.

¹²⁵ **A.g.e.**

¹²⁶ **A.g.e.**, ss. 160-161.

¹²⁷ Joseph Raz, **Özgürlük Ahlakı**, Çeviren: G. Özturan, Sakarya: Sakarya Üniversitesi Kültür Yayınları, 2016, ss. 45-46.

¹²⁸ **A.g.e.**, s. 46.

zamanda bunların yerine geçerek onları “dışlar”. İşte bu ikinci eylem sebebi de, hükmün karara bağladığı şekilde eylemeye dair birinci düzey eylem sebebi ile çatışan diğer sebeplere göre “eylememeye” dair bir sebeptir. Bu ikinci sebep, “dışlayıcı bir sebeptir”.¹²⁹ Örneğin kavgada burnu kırılan tarafın, hakemin belli bir meblağ tazminat ödenmesi yönünde hüküm vermesinden sonra bunu yeterli bulmayıp, hala karşı tarafa burnunun kırılmasından kaynaklı tazminat sebebini ileri sürmesi hakemlik müessesinin mantığına aykırıdır.

Hakem kararını verdikten sonra artık uyuşmazlık hükme bağlanır ve taraflar bu kararı pratik eylem muhakemelerinde eylem sebebi olarak alırlar. Bu karara uymama yönündeki diğer sebeplere göre de eylemezler. Kararın ele aldığı sebepleri tekrar değerlendirerek yeni bir eylem sebebi oluşturmazlar. Zaten tarafların hakeme başvurmasındaki mantık da budur. Hakemin uyuşmazlık ile ilgili sebepleri yansıtan bir hüküm vermesi ve tarafların artık hakemlik sürecinden önceki sebepler doğrultusunda eyleme geçmektense hakemin kararına uymaları bu müessesenin esasını teşkil eder. Otoritenin direktiflerine göre eylemde bulunularak taraflar, kendilerine tesir eden birinci düzey eylem sebeplerine riayet etmiş olur.¹³⁰

Bu bahiste otoritenin nasıl işlemediğine dair birkaç açıklama yapmak da faydalı olacaktır. İlk olarak, otoritenin hükmünün bağlayıcılığı, hükmün eleştirilemez olması manasına gelmez. Taraflar tabii ki bu kararı eleştirebilirler. Ancak esas olan, tarafların eylemlerinde bu karara uymalarıdır. İkinci olarak, otoritenin bu işleyişi hükmün her koşulda bağlayıcılığını muhafaza edeceği anlamına gelmez. Hakemin kararı verirken sarhoş olması veya taraflardan biriyle akraba olması gibi bir durumun ortaya çıkması halinde kararın bağlayıcılığı ortadan kalkabilir. Fakat bu istisnalar hakemin kararının taraflarca beğenilmemesi halinde dahi eylem safhasında uyulması gerektiği gerçeğini değiştirmez.¹³¹

Son olarak, verilen hakem örneğinin hukukun otorite niteliğini tam manasıyla temsil etmediği ve yapılan çıkarımların hukuka atfedilemeyeceği öne sürülebilir. Buna göre hakemlik müessesinde otorite, tarafların sebeplerine dayanan ve bunların

¹²⁹ Margaret Martin, “Raz’s The Morality of Freedom: Two Models of Authority”, **Jurisprudence**, Cilt: 1, Sayı: 1, 2010, ss. 70-72.

¹³⁰ Raz, **Özgürlük Ahlakı...**, ss. 46-47.

¹³¹ **A.g.e.**, s. 47.

yerine geçen hükümler verir. Diğer yandan yasama organları, taraflardan bağımsız sebeplere dayalı hareket edebilir. Raz bu itiraza karşın meşru yasama otoritelerinin de direktiflerini hukuk sūjelerinin sebeplerine dayanarak oluşturması gerekliliğine işaret eder.¹³² Mesela meşruluk iddiasında olan bir vergi kanunu; vatandaşların ekonomik beklenti, sosyal ihtiyaçlar veya diğer vatandaşlara yardım ödevlerine dair sebeplerine dayalı şekilde oluşturulduğu iddiasında olması gerekir. Kişiler de otoritenin direktifi doğrultusunda vergi ödeyerek otoritenin koyduğu vergi ödeme sebebinin arkasındaki birinci düzey sebeplere daha iyi riayet etmiş olurlar. Bu şekilde vatandaşlar vergi ödeyerek aslında diğer vatandaşlara yardım etme ödevlerini yerine getirmiş ve kendi sosyal güvenliklerini sağlamış olurlar. Vatandaşlar bu sebepleri (diğerlerine yardım etme ödevi, sosyal güvence gibi) kendi başlarına tespit etmeye ve ağırlıklarını tartmaya kalkarsa bu girişimlerinde başarılı olamayabilirler. Otorite ise bu sebepleri dışlayarak onun yerine farklı bir sebep oluşturup kişilerin kendi yargılarından daha iyi bir sebep dengesini oluşturduğunu ve bu sebebe göre eylemesi durumunda kişilere tesir eden sebeplere daha iyi riayet edileceğini iddia eder. Aksi takdirde yasama otoritesinin meşru otorite iddiasında bulunması mümkün olmaz.

Meşru otorite iddiasının unsurlarına dair tezler (III) bahsinde Raz, bir otorite kavramından bahsedilebilmesi için üç unsurun gerçekleşmesi gerektiğini öne sürer. Bu unsurları, *bağımlılık tezi* (*dependence thesis*), *normal meşrulaştırma tezi* (*normal justification thesis*) ve *önceliklilik tezi* (*pre-emption thesis*) olarak adlandırır. *Bağımlılık tezi*; “tüm otoriteyi haiz direktiflerin, direktifin sūjelerine zaten tesir eden ve direktifin kapsadığı koşullarda sūjelerin eylemlerine bağımlı olan sebeplere dayanması gerektiğini ifade eder”¹³³. *Normal meşrulaştırma tezi*; “bir kişinin bir başka kişi üzerinde otorite kurmasının normal bir şekilde meşrulaştırılabilmesi için, sūjenin kendisine tesir eden sebepleri doğrudan kendisi ele alıp bu sebeplere göre hareket etmeye çalışmaktan ziyade söz konusu otoritenin direktiflerini otoriteyi haiz şekilde bağlayıcı kabul etmesi ve bunlara uyması halinde kendisine tesir eden sebeplere daha iyi riayet edeceğinin gösterilmesinin icap ettiğini iddia eder”¹³⁴. *Önceliklilik tezi* göre ise “bir otoritenin bir eylemin gerçekleştirilmesini talep

¹³² Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain*, 2. Baskı, Oxford: Clarendon Press, 1996, ss. 213-214.

¹³³ Kenneth M. Ehrenberg, “Joseph Raz’s Theory of Authority”, *Philosophy Compass*, Cilt: 6, Sayı: 12, 2011, s. 886.

¹³⁴ Leslie Green, “Three Themes from Raz”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Cilt: 25, Sayı: 3, 2005, ss. 509-510.

etmesi, süje açısından o eylemin gerçekleştirilmesi için bir sebep teşkil eder ki bu sebep, süjenin ne yapacağına dair akıl yürütmesinde diğer sebeplerin yanına eklenmez; bunların bir kısmını dışlar ve onların yerine geçer”¹³⁵.

Bağımlılık ve önceliklilik tezleri, yukarıda açıklanan örnekteki hakemin tarafların uyuşmazlık sebeplerine bağımlı biçimde hüküm vermesini ve bu hükmün de taraflar açısından öncelikli biçimde mevcut sebeplerinin yerine geçerek ve onları dışlayarak ayrı bir eylem sebebi teşkil etmesini ifade eder. Normal meşrulaştırma tezi ise otoritenin süje veya süjeler üstünde sahip olduğu otoritenin normal olarak nasıl meşrulaştırılacağı hakkındadır. Yazar, verdiği örnekteki tarafların anlaşma ile hakemi otorite tayin etmeleri hususunun yerine bu tezin içeriğini ileri sürer. Bu tezin şartları sağlanması halinde mutlak anlamda rıza veya anlaşmaya dayalı olmayabilecek otoritelerin meşruluğu ve bağlayıcılığı iddia edilebilir.¹³⁶ Raz bu tanımları yaptıktan sonra bu tezler hakkında akla gelebilecek muhtemel soruları cevaplayarak onları inceler.

Bağımlılık tezi hakkında akla gelebilecek ilk soru, gündelik hayatta etkileşimde olunan otoritelerin gerçekten bu tezin şartlarını yerine getirip getirmediği şüphesidir. Pekâlâ, hâkimler bazı davalarda mizaçlarına veya siyasi yönelimlerine göre hüküm veriyor ya da yasa koyucular vatandaşların menfaatlerinden ziyade kendi çıkarlarını gözetken yozlaşmış kanunlar çıkartıyor olabilir. Söz konusu otoriteler her ne kadar bağımlılık tezindeki şartları taşımasa da hala otorite pozisyonlarını korumaktadırlar. Buna karşı Raz, bağımlılık tezinin fiili bir durumu açıklamadığını, sadece meşru bir otoritenin koşullarını temsil ettiğini belirtir. Meşru bir otorite kavramsal zorunluluk gereği bu şekilde işlemelidir. Dolayısıyla bu kavram asıl işlevi üzerinden tanımlanmalı ve anlaşılmalıdır. Raz’ın argümanı, otoritelerin fiili olarak bu özelliği sağladıklarına değil, meşru otorite iddiaları gereği bu şekilde işlediklerini iddia ettiklerine işaret eder.¹³⁷

Raz’ın altını çizdiği bir diğer önemli nokta da, otoritenin direktifini oluştururken tarafların sebeplerinden sadece menfaatlerine dayanmadığıdır. Süjelere tesir eden bazı sebepler ahlaki de olabilir. Örneğin emrindeki askerlere bir tepeyi ele

¹³⁵ Uyanık, *Hukukun Otoritesi: Joseph Raz’da Otorite Olarak Hukuk...*, s. 142.

¹³⁶ Raz, *Ethics in the Public Domain...*, s. 214.

¹³⁷ Raz, *Özgürlük Ahlakı...*, ss. 50-51.

geçirme emri veren bir komutan onların menfaatlerini öncelemez. Raz'ın modelinde bu durumdaki bir komutan, askerlerin ülkelerine olan yükümlülüklerinden dolayı onlara tesir eden ahlaki sebeplere dayanarak emir verir. Askerler de komutanın emrini yerine getirerek kendilerine tesir eden ahlaki sebeplere riayet etmiş olurlar.¹³⁸

Son olarak bağımlılık tezi, otoritenin bireylerin zaten yapmaları gerekeni yapması yönünde direktifte bulunduğu şeklinde anlaşılabilir. Mesela otoritenin cinayeti yasaklayan bir direktifte bulunması, zaten herkesin otoriteden bağımsız olarak yapmaması gereken bir şeyi ifade eder. Cinayet işlememek için ahlaki sebepler zaten vardır. Gerçekten de otoriteler genellikle kişilerin zaten yapmaları gerekeni buyururlar. Bu direktiflerin oluşturduğu eylem sebepleri, bağımlı sebeplerin öngördüğü eylem sebepleri ile denktir. Cinayeti yasaklayan hukuk kuralı ile cinayeti yasaklayan ahlak kuralının eylem sebebi aynıdır: cinayet işlememek. Buna karşın Raz en azından üç ihtimalde otoritenin bağımlılık tezine uygun şekilde bir fark da yarattığına işaret eder. Bunlardan birincisi, mevcut sebeplerin yeterli belirlilik sağlamaması halidir.¹³⁹ Örneğin bireylerin içinde yaşadıkları toplumdaki diğer bireylere yardım etmeleri yönünde belli sebepler mevcut olsa da bu yardımın ne kadar olması gerektiği ve bu edimin ne zaman gerçekleştirileceği kendiliğinden tespit edilemez. Bir uyuşmazlıkta bir kişinin diğerine zarar vermiş olması da bunun telafi edilmesi yönünde bir sebep doğurur ancak bunun hangi boyutta ve hangi tipte olacağı belirsizdir. Otorite, bu sebeplere dayanarak oluşturduğu direktifler ile eski hallere kıyasla farklı sebepler ortaya çıkarır. Örneğin her ocak ayının ilk haftasında ödenecek yüzde on gelir vergisi ödeme yükümlülüğü veya bin lira manevi tazminat ödeme yükümlülüğü gibi.

İkinci fark yaratan durum, otoritenin koordinasyon sorunlarına çözüm getirmesidir. Burada da sükûnün karşısındaki soruna bir şekilde çözüm getirme yönünde sebepleri vardır fakat belli bir şekilde eylemde bulunma yönünde sebepleri henüz yoktur. Otorite bu sebeplere dayanarak oluşturduğu direktif ile bir çözüm takdir ederek yeni bir eylem sebebi sağlayabilir.¹⁴⁰ Resmi tatil günlerinin belirlenmesi veya trafik akış düzeninin belli bir yönde sabitlenmesi buna örnektir.

¹³⁸ A.g.e., s. 51.

¹³⁹ Ehrenberg, "Joseph Raz's Theory of Authority", ss. 889-890.

¹⁴⁰ A.g.e., s. 890.

Üçüncü fark yaratan durum, “mahkûmlar ikilemi” senaryolarıdır. “Mahkûmlar ikilemi”, belli sayıda kişinin içinde bulundukları koşullarda bireysel olarak kendi menfaatlerinin peşinde koşmaları halinde kolektif olarak hepsinin menfaatlerinin olumsuz etkilenmesi halini ifade eder.¹⁴¹ Örneğin kısıtlı balık popülasyonunun olduğu bir avlanma bölgesinde tarafların kendi menfaatleri peşinde koşması halinde, sınırsız bir şekilde mümkün olduğunca çok balık avlamaları akılcı olur. Çünkü kendileri bunu yapmasalar da başkaları bunu yapacaktır. Uzun vadeli balık popülasyonunu korumaya yönelik bir sebep var olsa da bunu sağlayacak bir yapı olmadığından dolayı öyle ya da böyle birileri balık popülasyonunu hızla tüketecektir. Hâlbuki bu durumda hukuk, aşırı avlanmanın yasaklanmasına dair kotalar koyarak veya avlanma bölgeleri oluşturup kolektif avlanma alanlarını özelleştirerek bu soruna çözüm getirebilir. Bu sayede balıkçıların “mahkûmlar ikilemi” koşulları altındaki çözüm arayışı sebeplerine dayanılarak yeni bir eylem sebebi oluşturulmuş olunur.

Raz, otoritenin dayanması gereken sebepleri dolaylı olarak de yansıtabileceğini belirtir. Bürokrasilerde bu özellik ön plandadır. Bürokrasiler, sükelerin sebeplerini doğrudan ele alıp bunları yansıtmaktansa o sebepler ile bağlantılı başka sebeplere dayanıp direktiflerini oluşturur.¹⁴² Belli formların oluşturulması, belli eşiklerin aranması, bazı şekli koşullarının talep edilmesi bunlara örnektir. Bu işleyiş sonunda otorite, her vakada optimal eylem sebebini oluşturamasa da genel itibarıyla başarılı olması halinde meşru otoritenin gereklerini yerine getirmiş olur. Mesele sürücülere uygulanan alkol testleri veya araçlarına getirilen kalite standartları aslında dolaylı olarak sürücülerin sürüş kabiliyetlerini ve güvenlik risklerine dair sebepleri belirlemektedir. Pekâlâ, otorite çok daha fazla sebebe dayanarak da karar verebilir. Alkole dirençli ve çok tecrübeli bir sürücünün sürüş kabiliyeti, sıradan ayık bir sürücüden dahi iyi bile olabilir. Ama böylesi bir araştırma faaliyeti bürokrasilerin altından kalkamayacağı bir yük oluştururken sınırlı bürokratik modeller genel itibarıyla makul sonuçlar verir. Otoritenin dolaylı olarak bazı sebeplere dayanması, bunları yansıtmaları akılcıdır ve bağımlılık tezi ile uyumludur.¹⁴³

¹⁴¹ Raz, **Özgürlük Ahlakı...**, s. 53.

¹⁴² **A.g.e.**, s. 54.

¹⁴³ Otoritenin indirgeme yaparak bazı sebeplere dolaylı bir biçimde dayanması sadece bürokrasilerin işleyiş biçimi değildir. Pekâlâ, hukuk sistemlerinin bir bütün olarak birçok direktifini bu şekilde oluşturduğu söylenebilir. Bu tespit, Alman hukuk sosyoloğu Niklas Luhmann’ın hukukun karmaşıklığı indirgeme niteliği tespiti ile yakındır. Bakınız: Niklas Luhmann, **Law As a Social System**, Editörler: F. Kastner ve diğerleri, Oxford: Oxford University Press, 2004, ss. 219-220.

Normal meşrulaştırma tezi ise tuhaf bir isme sahip olsa da aslında basit bir fikri temsil etmektedir. Raz, otoritenin birçok yoldan meşrulaştırılabileceğini ancak otorite kavramına dair akılcı bir çerçeve çizilecek ise bu meşrulaştırmanın normal halinin açıklanması gerektiğini belirtir. Örneğin yetişkin bir kişi, yaşlı bir akrabasını kırmamak için önerilerini otoriteyi haiz şekilde bağlayıcı kabul edip dediklerini yapabilir veya bir vatandaş devletin yasalarını ya da mevcut hükümet başkanının söylemlerini, ülkesi veya lideri ile bir bağ kurmak, o yapının içindeki kimlik hissini yaşamak için bağlayıcı kabul edebilir. Fakat bunlar, otoritenin normal bir şekilde meşrulaştırılmasını ifade etmez. Özellikle son örnek açısından düşünülürse, ilk önce kimlik bağı kurulacak devletin buna layık olduğuna dair bir gerekçelendirme yapılmalıdır. Otoritenin meşrulaştırılması bu açıdan bir tavsiyenin gerekçelendirilmesi ile oldukça benzerdir. Tavsiyeye uymanın normal sebebi, söz konusu tavsiyenin makul olmasından kaynaklanır. Otoritenin bağlayıcı olarak kabul edilmesinde de bu akıl yürütmenin sağlanması gerekir.¹⁴⁴

Normal meşrulaştırma tezi, otoritenin meşruluk şartının, sükûletlerin otoriteyi takip etmeleri halinde, kendi başlarına eylem sebeplerine dair sebep dengelerini belirlemelerine kıyasla, bu eylemlere bağımlı olan sebeplere daha iyi riayet edecek olmalarını ifade eder. Yazara göre otorite, bir *hizmet anlayışı* (*service conception*) çerçevesinde meşruluk iddiasında olabilir. Otorite sükûletlerine bu hizmeti her durumda başarılı bir şekilde sağlayamasa da en azından sükûletlerin kendilerine kıyasla başarılı olma ihtimalinin daha yüksek olması beklenir.¹⁴⁵

Raz, bu hizmet iddiasının belli hallerde temellendirilebileceğini savunur. Bunlardan birincisi otoritenin sükûletlerden daha fazla bilgiye sahip olması halidir. Bazı hallerde ise bireyler kendi başlarına karar verirken zayıf irade veya taraflılıklarından dolayı doğru eylemi gerçekleştiremeyebilirler. Bu durumda otoritenin bireylerin eylemlerine karar vermesi meşru olabilir. Son olarak koordinasyon problemleri ve mahkûmlar ikilemleri ihtimallerinde otoritenin sunduğu çözümler sükûletlere hizmet sağlayabilir.¹⁴⁶ Devletin hangi ilaçların etkili olduğuna karar vermesi, uyuşturucuları yasaklaması, uyuşmazlıkların mahkemeler vasıtasıyla çözümlenmesini sağlaması,

¹⁴⁴ Raz, *Özgürlük Ahlakı...*, ss. 55-57.

¹⁴⁵ William Lucy, *Understanding and Explaining Adjudication*, New York: Oxford University Press, 1999, ss. 168-169.

¹⁴⁶ Raz, *Özgürlük Ahlakı...*, s. 73.

karşılıklı mutabakatlar için sözleşme tipleri öngörmesi, kamu hizmetlerini sağlayan kurumlar için vergi toplaması bunlara örnektir.

Bununla beraber, kişilerin kendi hayatlarını arzu ettikleri gibi yönetmelerinin daha makul olduğu ve bir devletin buna müdahalesinin akılcı olamayacağı itirazı Raz'a göre ciddi bir ağırlık taşır. Yazar, normal meşrulaştırma tezinin sağlanması için otoritenin bu ağırlığı dengeleyecek kadar akılcı bir karşı ağırlık teşkil etmesi gerektiğini ifade eder. Bundan dolayı Raz, özellikle devletler gibi hayatın pek çok alanında meşru otorite iddiasında olan kurumların bu iddialarını temellendirmesinin zor olduğunu ve bu şartları muhtemelen çoğu durumda taşımadıklarını belirtir. Buna karşın otoriteye dair kavramsal analiz açısından bu şartların anlaşılması hala elzemdir. Fiili otoritelerin pek çoğunun bu şartları çoğu zaman sağlamaması, otorite kavramının hepten yanlış olduğunu göstermez. Meşru otorite iddiası da bu kavramsal olasılığı kullandığından, meşru otorite iddiasını anlamak ve özelliklerini tespit etmek için bu iddianın dayandığı kavramsal alanın anlaşılması lazımdır.¹⁴⁷

Bu konudaki son husus, normal meşrulaştırma tezinin sağlanması için mevzubahis meşru otoritenin fiili otoriteyi de haiz olması gerektiğidir¹⁴⁸. Aksi takdirde otoritenin sağlayacağı hizmeti sunması mümkün olamaz. Fiili otoriteler meşru olmayabilir ancak meşru otoritelerin fiili olmaması mümkün olamaz çünkü hizmet işlevlerini yerine getirmeksizin meşruluklarından bahsedilemez. Yukarıdaki örnekte hakemin belli bir yaptırımı olsun veya olmasın kendisine başvuranlar üzerinde fiili otorite sahibi değilse ve taraflar arzu ettikleri gibi kararına göre eylememeyi tercih edebiliyorlarsa hizmet işlevinin gerçekleşebileceği söylenemez.

Önceliklilik tezi, üçüncü ve son unsurdur. Bu tez, normal meşrulaştırma tezi ve bağımlılık tezinin hizmet işlevinin gerçekleşmesini sağlar. Raz açısından bu hizmet, eylem sebepleri ile süjeler arasındaki *aracılıktır (mediation)*. Bu aracılığın sağlanması için otorite, süjelere mevzubahis sebeplerin yerine geçen bir eylem sebebi sunmalıdır. Otoritenin mantığı da süjelerin doğru eyleme kendi başlarına bu sebepleri dengeleyerek değil de otoritenin direktifini takip etmesi ile ulaşacağıdır. Önceliklilik tezinin göre otoritenin kavramsal işlevi gereği süjelerin eylem sebeplerinin bazılarını

¹⁴⁷ A.g.e., ss. 74-77.

¹⁴⁸ A.g.e., s. 58.

dışlayarak önüne geçmesi gerekir. Bu dışlama az veya çok olabilir¹⁴⁹. Ancak otorite söz konusu ise bunun bir miktar olması lazımdır. Otoritenin direktifleri, süjelerin belli eylem sebeplerinin en azından bir kısmını dışlayıp onların yerine geçmez ise o zaman süjeler mevcut sebeplere göre eylemler ki bu durumda otorite, süjelerini yönlendirememiş olur. Yukarıdaki örnekteki hakemin “doğru olanı yapın” demesi halinde bu beyan otoriteyi haiz olamaz çünkü bu karar, süjeleri değerlendirmeleri gereken sebeplere tekrar yönlendirmektedir. Bu durumda herhangi bir aracılık hizmeti sunulmamış olur. Önceliklilik tezi, otoriteyi haiz bir direktifin kavramsal iddiası gereği, süjelerin eylemine dair sebepleri kendisi dengeleyerek süjelerin takip edecekleri yeni bir eylem sebebi getirmesi ve bu eylem sebebinin temsil ettiği sebepleri dışlayıp onların yerine geçmesi zorunluluğuna işaret eder. Ancak bu şekilde süjeler ile sebepler arasında bir aracılık hizmeti gerçekleşebilir.¹⁵⁰

Otoritenin işleyişi ve otoriteye dair tezlerin daha iyi anlaşılabilmesi için örnekler artırılabilir. Bu modeldeki aktör ve ögeler şu şekilde temsil edilebilir: Süje (S) ile ona tesir eden eylem sebepleri (v, w, x, y, z) mevcuttur. S bu şartlar altında, ilgili sebepleri teşhis etmek, tartmak ve eylemde bulunmak (hiçbir şey yapmamak da geniş anlamıyla eylemde bulunmanın içindedir) durumundadır. Otorite (O), bu durumda eğer bir hizmet sağlayacak ise farklı bir eylem sebebi koyarak S’nin eylem sebeplerini tespit ve dengeye getirme yükünü kaldırmalı veya en azından azaltmalıdır. Örneğin otorite, S’nin bir eylem olan F’yi “eylemesi” için birinci düzey bir eylem sebebi olan K ile K’nın dışındaki sebeplere dayanarak “eylememesi” için de ikinci düzey dışlayıcı eylem sebebi olan J’yi ortaya koyar. J, K dışındaki diğer sebepleri dışlar. Otoritenin, S’nin sadece K ve J’ye dayanarak F’yi eylemesine imkân vermesi halinde artık S’nin eylem sebepleri indirgenmiş olur (v, w, x, y, z yerine K ve J). Ama otorite bunu yapmaz ise o zaman ortada bir hizmetten bahsedilemez. Önceliklilik tezi işte bunu ifade eder. Otorite sadece birinci düzey bir sebep ortaya koymaz, aynı zamanda diğer sebepleri dışlar¹⁵¹. Eğer bu gerçekleşmez ise hizmet işlevi sağlanamaz. Bu durumda S’nin tespit ve tartması gereken sebepler daha da artmış olur (v, w, x, y, z ve K).

¹⁴⁹ Raz, *The Authority of Law...*, s. 22.

¹⁵⁰ Raz, *Ethics in the Public Domain...*, ss. 214-215.

¹⁵¹ Raz, *Practical Reasons and Norms...*, ss. 58-59.

Otoritenin koyduğu bu sebepler (*K* ve *J*), otoritenin bağımsız olarak oluşturduğu bir sebep değildir. Otorite, meşruluk iddiasını yönelttiği süjeye bir hizmet sağlamalıdır ve yönelttiği direktif süjelerin sebeplerini temsil etmelidir. Bu çerçevede *K* ve *J* aslında *v*, *w*, *x*, *y*, *z* sebeplerine bağımlıdır ve onların doğru bir dengesini temsil ettiği iddiasındadır. Bağımlılık tezi bunu ifade eder. *O*'nun getirdiği *K* ve *J* eylem sebepleri, bağımlı olduğu sebepler olan *v*, *w*, *x*, *y*, *z* ile *S* arasına konumlanarak *S*'nin doğrudan *K* ve *J*'ye göre eylemesi halinde bu nihai sebeplere (*v*, *w*, *x*, *y*, *z*) daha iyi riayet etmesini sağlar. Aracılık hizmeti işte budur. Bazı hallerde bu dışlama geniş kapsamlı bazen de dar kapsamlı olabilir¹⁵². Örneğin *K* ve *J*; *v*, *w*, *x*, *y*, *z* sebeplerinden sadece *y* ve *z*'yi dışlaması ve onların yerine geçmesi halinde de hizmet işlevi gerçekleşmiştir; artık *S* bu sebepleri (*y* ve *z*) pratik eylem muhakemesinden çıkaracaktır. Bu durumda da *S*; *K* ve *J*'ye göre eyleyerek *y* ve *z*'ye daha iyi riayet etmiş olur. Otoritenin, tüm eylem sebeplerini dışlamasına gerek yoktur¹⁵³. Son olarak, otoritenin meşruluğundan bahsedebilmesi için *S*'nin otoritenin direktiflerini takip etmesi halinde nihai sebeplere daha iyi riayet etmesi gerekir. Aksi takdirde meşru bir otoriteden söz edilemez ki bu da normal meşrulaştırma tezini ifade eder.

Bu örnekler hukuk dalları üzerinden de oluşturulabilir. Yukarıda belirtildiği üzere vergi hukuku, vatandaşların birbirlerine yardım etme, kişisel ekonomik güvence ve refahlarını arttırma sebeplerine ilişkin eylem sebeplerini dışlayarak bunların yerine vergi kanunlarına uyulmasını talep eder. Bu modelde vatandaşlar vergi kanununun getirdiği eylem sebebine göre eyleyerek ona bağlı olan diğer sebeplere (birbirlerine yardım etmeye, kişisel ekonomik güvence ve refahlarını arttırmaya yönelik sebeplere) riayet etmiş olurlar. Hukukun meşruluğu vatandaşların otoritenin olmadığı bir hale kıyasla bu sebeplere daha iyi riayet etmelerinden gelir¹⁵⁴. Vatandaşlar bu yasalara uyarak birbirlerine yardım etme yükümlülüklerini daha doğru bir şekilde yerine getiriyor, kişisel ekonomik güvence ve refahlarını daha fazla arttırıyorlar ise otoritenin meşru olduğu söylenebilir.

Ceza hukukunda ise genellikle, hukukun dışladığı eylem sebeplerinin yerine koyduğu eylem sebebi, dışlanan ahlaka dair eylem sebebinin içeriğine neredeyse

¹⁵² A.g.e., s. 40.

¹⁵³ Raz, *The Authority of Law...*, s. 22.

¹⁵⁴ Raz, *Özgürlük Ahlakı...*, s. 57.

denk olur. Örneğin bir kişinin başka bir insana zarar vermek için belli eylem sebepleri olabilir. Ancak bunlar çoğu durumda insanların vücut bütünlüğüne ve yaşam haklarına saygı göstermeye yönündeki ahlaka dair eylem sebeplerinin ezici ağırlığından dolayı nihai eylemde bu sebeplere dayanılmaması gerekir. Hukuk da cinayet, adam yaralama gibi eylemleri suç haline getirerek, bu sebeplerin tamamını dışlar ve öngördüğü suç tipinin gerçekleştirilmemesi doğrultusunda bir eylem sebebi oluşturur. Vatandaşlar bu suçu işlemeyerek, insan öldürmemeye yönelik ahlaka dair eylem sebeplerine riayet etmiş olur. Ancak ceza hukukundaki her durum bu kadar basit değildir. Örneğin bir insanı öldürmek için ciddi sebeplerin olması halinde hukuk dengenin nerede kurulması gerektiğini kararlaştırabilir. Mesela meşru müdafaa'nın koşullarının belirlenmesi veya ötenazi hakkının kabul edilmesi halinde hangi şartların aranacağını düzenlenmesi bu kapsamdadır. Ceza hukukunun pratik eylem muhakemesinde yarattığı bir diğer fark cezalandırmaya ilişkindir. Kişilerin ne kadar ceza alacağı, hangi süreçlerin izleneceği konularında mağdurların ve devlet görevlilerinin birçok eylem sebebi mevcuttur. Bu eylem sebepleri kapsamında suçlunun cezalandırılmasına ilişkin sebepler olduğu gibi suçlunun ahlaki haklarının abartılı cezalar ile ihlal edilmemesi yönünde de sebepler mevcuttur. Ceza hukuku bu eylem sebeplerini dışlayarak yerine kendi eylem sebeplerini koyar ve kişiler bunlara uyarak nihai sebeplere riayet eder. Otoritenin meşruluk temeli ceza davalarında açıkça görülebilir. Mağdurların haklarını kendileri araması halinde, muhtemelen kendilerine de tesir eden ahlaki sebeplerin hepsine iyi bir şekilde riayet edecek pozisyonda olmazlar. Kan davalarında gözlemlenebileceği üzere kişisel intikam çoğu zaman aşırı cezalandırma ve yıkıcı misillemelere yol açar. Bu nedenle mahkeme gibi tarafsız ve bağımsız bir kurumun aracılığı ile kişilerin hukukun koyduğu eylem sebeplerine yönelmesi, nihai sebeplere riayet edilmesi için daha iyi bir yoldur.

Anayasa ve idare hukukundaki hükümler iki açıdan ele alınabilir. Bu hükümler bir yandan vatandaşlara hak ve özgürlük alanları sağlayarak yetki veren kurallar oldukları gibi diğer yandan resmi devlet görevlilerinin işlerini yaparken uymaları gereken yükümlü kılan kurallardır. Anayasadaki hak ve özgürlükler ile ilgili hükümler yasa koyucuların eylem sebeplerinin bir kısmını dışlar ve bunlara dokunulmaması yönünde bir eylem sebebi oluşturur¹⁵⁵. Örneğin yasa koyucular, güvenliğe ilişkin eylem sebepleri olsa dahi kişilerin ifade özgürlüklerine veya kişilik

¹⁵⁵ Joseph Raz, "Incorporation By Law", **Legal Theory**, Cilt: 10, Sayı: 1, 2004, s. 13.

haklarına dokunamaz. Anayasa hukukunun meşruluğu da kanun koyucuların bu sınırlamalar olmadığı bir duruma kıyasla anayasal düzen altında yasa koymaya dair sebeplere daha iyi riayet edecekleri iddiasındadır. İdare hukuku da benzer bir şekilde devlet kurumlarının yürütmeye ilişkin işlemlerini belli kıstaslara bağlı kılarak bu işlemlere dair sebeplere daha iyi riayet edilmesine imkân verir.

Özel hukuk dallarında eylem sebeplerinin dışlanması görece daha azdır. Yukarıda belirtildiği üzere dışlayıcı sebepler tüm eylem sebeplerini dışlamaz; az veya çok dışlayıcı olabilirler. Örneğin ticaret, borçlar ve sözleşmeler hukukunda kişilerin ekonomik faaliyetlerindeki menfaatlerini koruma ve geliştirmeye dair eylem sebeplerinin önemli bir kısmı dışlanmaz. Sözleşmenin konusu ve içeriği genellikle taraflara bırakılmıştır. Ancak bu alanlarda hukukun varlığı kaçınılmaz olarak belli eylem sebeplerinin dışlandığını göstermektedir. Belli tipteki sözleşmelerin kanundaki şekil şartlarına bağlanması ve uyumsuzlukların belli usullere tabi tutulması bu kapsamdadır. Tarafların birbirleri ile olan ilişkilerini istikrarlı ve güvenli bir şekilde yürütmelerine dair sebepleri hukuk, kendi koyduğu sebepler ile dışlar ve tarafları bu sebeplere bağımlı olan kendi koyduğu sebeplere uymaya yönlendirerek bu ilişkileri koordine eder. Diğer yandan mahkemeler de bu sözleşme şartlarına dayanarak tarafların haklılık sebeplerine riayet ederler. Aile hukukunda da hukuk, vatandaşların belli eylem sebeplerini dışlar ve onların yerine başkalarını koyar. Örneğin aile müessesesi incelenirse, eşlerin pratik muhakemelerine tesir eden birçok çatışan sebep vardır. Tarafların bir yandan maddi ve manevi olarak kendi refahlarını arttırma sebepleri olduğu gibi, birbirleri ile dayanışmaya ilişkin sebepler de söz konusudur. Eğer bu birliktelik devam edecek ise bu eylem sebepleri dengesinin nerede kurulması gerektiği konusunda hukuk belli eylem sebeplerini dışlar: örneğin terk, zina gibi. Hukuk, ilgili eylem sebebine göre eylememesi halinde ortaya çıkacak uyumsuzluklar hakkında da dışlayıcı eylem sebepleri de sunar. Mesela eşlerden birinin diğerini terk etmesi halinde terk edilen eşin bundan dolayı hakkının karşılığını alma yönünde sebepleri mevcuttur. Ama buna ek olarak, eylemi ile kendi hakkının karşılığını almanın ötesine geçerek diğerinin hakkını almamaya dair ahlaki eylem sebepleri de vardır. Hukuk, bu durumda da kişilerin eylem sebeplerini dışlayıp kendi sebeplerini koyar. Terk edilen eş, hakkını terk eden eşe şiddet uygulayarak veya mallarına el koyarak alamaz. Bunun yerine hukuk, terk edilen eşe dava açma ve bu dava neticesinde boşanma ve tazminat imkânı sağlar. Terk edilen eş, hukukun

koyduğu bu sebeplere göre eyleyerek hakkının karşılığını almaya dair sebebe daha iyi riayet etmiş olur.

Yukarıdaki açıklamalar hukukun meşru otorite “iddiasının” nasıl modellenebileceğine ilişkindir. Pekâlâ, bir hukuk sistemindeki yasa koyucular ve mahkemeler hiç de meşru olmayacak şekilde de faaliyet gösteriyor olabilir. Örneğin bir kentsel dönüşüm yasası vatandaşlara hizmet etmekten ziyade rant sağlanması için çıkartılıyor veya ceza davalarında bazı kişiler kayırılıyor olabilir. Bu öğeler otoritelerin fiili olarak meşruluk şartlarını sağladıklarına değil, meşru otorite iddiaları gereği bu şekilde işlediklerini iddia ettiklerine işaret eder¹⁵⁶.

Bu analizler ağırlıklı olarak Türk hukuk doktrininde emredici hukuk kuralları veya Raz’ın ve diğer birçok hukuk felsefecisinin yükümlü kılan kurallar olarak ele aldığı kurallar üzerinden verilmiştir. Bu noktada diğer kuralların da hukukta oynadığı rol akla gelebilir. Bu hususta yazar, yetki veren kuralların da hukukta ciddi bir rol oynadığını ancak bunların da nihayetinde yükümlü kılan kurallara bağlandığını ifade ederek hukukun karakterinin yükümlü kılan kurallar ve emredici hükümler ile daha basit bir şekilde izah edilebileceğini belirtir¹⁵⁷. Örneğin sözleşme serbestisi yetki veren bir kuraldır. Bununla beraber, sözleşmelere uyulması için tarafları ve mahkemeleri yükümlü kılan kurallar da bu bahiste zorunludur. Anayasal hak ve özgürlükler de vatandaşlara yetki veren kurallardır. Ama bu kurallar aynı zamanda yasa koyucular başta olmak üzere resmi devlet görevlileri açısından yükümlü kılan kurallardır. Sonuç olarak emredici hukuk kuralları veya yükümlü kılan kurallar üzerinden verilen gerekçelendirmeler hukukun otoriteyi haiz karakterini açıklamak için yeterlidir. Diğer kuralların varlığı hukukun bu niteliğini dışlamaz. Tam tersine, onlar da bir noktada yükümlü kılan kurallar ile bağlantılıdır.

Meşru otorite iddiasının getirdiği zorunlu özellikler (IV) bahsinde Raz, hukukun meşru otorite iddiasında olduğunu belirtir ve bir şeyin iddiasında olan bir kurumun en azından o şeye sahip olma *yetisine* sahip olmasının bir zorunluluk olduğunun altını çizer¹⁵⁸. Eğer “hukuk meşru otorite iddiasındadır” önermesi anlamlı kabul ediliyor ise, hukukun en azından bu iddiayı sağlayabilecek yetiye sahip

¹⁵⁶ Raz, **Özgürlük Ahlakı...**, ss. 50-51.

¹⁵⁷ Raz, **Ethics in the Public Domain...**, s. 218.

¹⁵⁸ Morigiwa, “Authority, Rationality, and Law: Joseph Raz and the Practice of Law”, ss. 900-902.

olduğunu teslim etmek gerekir. Aksi takdirde söz konusu iddianın kendisi anlamsız hale gelir. Örneğin bir kişinin volkanların, ağaçların meşru otorite iddiasında olduğunu söylemesi anlamsızdır. Bu önerme ciddiye alınmaz çünkü bunların en baştan meşru otorite iddiasında bulunma yetisine sahip olmadığı bilinir. Hukuk her zaman meşru olmasa da bu iddiasından dolayı meşru otorite olma yetisine sahiptir. Otoriteler iddialarının aksine meşru olmayabilirler ama iddialarına dair önermeler en azından anlamlı bulunuyor ise o zaman buna yetilerinin olması bir zorunluluktur¹⁵⁹. Yazar bundan sonraki analizlerini işte bu kavramsal gereklilik üzerine inşa eder ve hukuki direktiflerin zaruri nitelikleri hakkında açıklamalar sunar. Bu aşamada düşünür, hukukun bir direktifler sistemi olduğunu ve bunu geniş anlamda kullandığını söyler. Normlar, kurallar, ilkeler, doktrinler bu kapsamda direktifler olarak anlaşılmalıdır.¹⁶⁰ Yukarıda ifade edildiği üzere Raz açısından haklar, üçüncü kişilerin o hakkın gerektirdiklerini yapmaları veya yapmamaları yönünde bağlayıcı direktifler ile vücut bulduğundan dolayı hukukun direktifler üzerinden ele alınması makuldür.

Raz, tüm bu açıklamalar sonunda şu çıkarıma varır: hukuki bir direktifin otoriteyi haiz bir şekilde bağlayıcı olabilmesi için direktifin, *bir kişinin* süjelerin nasıl eylemleri gerektiği hakkındaki *görüşleri* olarak sunulması (1) ve mevzubahis direktifin onun hükme bağlama iddiasında olduğu sebepler veya değerlendirmelere bel bağlanmadan *teşhis edilebilir* olması (2) gerekir. Her iki koşul da meşru otorite olma iddiasındaki hizmet işlevinin doğal çıkarımlarıdır.¹⁶¹

Birinci özellik ele alınırsa, otoritenin hizmet işlevi ve buna dayalı meşruluk iddiası, süjelerin eylem sebeplerini süjelerin kendilerinden ziyade otoritenin daha iyi şekilde yöneteceği iddiasına dayanır. Bunun olabilmesi için süjeden farklı bir kişinin görüşlerinin varlığı zorunludur. Aksi takdirde süjeler direktifin içeriğini takip ederek yine kendi eylem sebeplerine geri dönecekler ise otoriteyi haiz bir direktiften bahsedilemez.¹⁶²

¹⁵⁹ Sururi Aktaş, “Hart ve Dworkin’e Karşı Otorite Olarak Hukuk”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 1-2, 2004, ss. 2-4.

¹⁶⁰ Raz, **Ethics in the Public Domain...**, ss. 216-218.

¹⁶¹ Morigiwa, “Authority, Rationality, and Law: Joseph Raz and the Practice of Law”, ss. 900-901.

¹⁶² Raz, **Ethics in the Public Domain...**, ss. 218-219.

İkinci koşul da birinci koşul ile ilişkilidir. Süjenin, direktifin içeriğinin belirlenmesinde kendi değerlendirmelerine dönmemesi ve mevcut sebeplerin dışlanıp bunların yerine yeni eylem sebeplerinin sağlanabilmesi için, direktifin içeriği bu değerlendirmelere bel bağlanmadan teşhis edilebilmelidir. Bu koşullar yukarıda verilen hakem örneği üzerinden de sınanabilir. Hakem, eğer kendisine başvuran taraflara “kararımı verdim: adil olanı yapmanıza hükmediyorum” der ise o zaman bu karar otorite niteliğini taşıyamaz. Çünkü taraflar açısından zaten adil olanı yapmaya yönelik ahlaktan kaynaklanan eylem sebepleri vardır. Onların aradığı hizmet, hakemin bu sebepleri taraflardan daha iyi bir şekilde değerlendirip bunların yerine geçecek bir eylem sebebi oluşturmastır. Ancak hakemin böylesi bir karar vermesi halinde taraflar hakeme başvurmadan önceki noktaya geri dönmüş olurlar. Bu durum da bir direktifin otorite niteliğini taşıyabilmesi için direktifin içeriğinin hükme bağlama iddiasında olduğu sebeplere veya değerlendirmelere bel bağlanılmadan teşhis edilebilir olması gerektiğine işaret eder.¹⁶³

Raz, otoriteyi haiz olma yetisine dair daha mütevazı bir argümanın da verilebileceğini öne sürer. Bu alternatif modelde otorite, süjelere hizmet ettiğini dahi iddia etmez, sadece meşru olanı buyurduğu iddiasındadır. Örneğin bir devlet, vatandaşlarının ahlaki hak ve ödevlerini doğru bir şekilde dengeye getirme hizmetine girişmeksizin belli bir siyasi ajandanın meşruluğunu iddia ederek yasalar yapar. Yazar bu genel çerçevede dahi otorite yetisinin sağlanması için benzer özelliklerin olması gerektiği çıkarımına ulaşır. Yukarıda belirtilen edilen “direktifin, bir kişinin süjelerin nasıl eylemleri gerektiği hakkındaki görüşleri olarak sunulması” koşulu bu alternatif argüman için de geçerlidir. Çünkü hizmet işlevi olmasa da otoritenin meşruluk iddiasını yerine getirebilmesi için süjelerin ne yapmaları gerektiği hakkındaki görüşünü ifade etmek zorundadır. Alternatif argümanın genel çerçevesinde değişen koşul ikinci unsurdur. Hizmet fonksiyonu bu argümanda olmadığından süjelerin direktifleri kendi eylem sebeplerine dair değerlendirmelere başvurmadan teşhis etmesinin bir anlamı yoktur. Ancak Raz meşru otorite iddiasında olan bir direktifin, süjelerin sebep dengelerinde bir fark yaratması gerektiğini söyler¹⁶⁴. Otorite kendi meşruluk ajandasını gerçekleştirmek için süjelerin eylemlerini yönetmeli ve değiştirebilmelidir. Eğer bir otorite söz konusu ise bu

¹⁶³ A.g.e., ss. 219-220.

¹⁶⁴ Donald H. Regan, “Authority and Value: Reflections of Raz’s Morality of Freedom”, **Southern California Law Review**, Cilt: 62, Sayı: 3, 1989, ss. 1023-1024.

süjelerin eylem sebeplerinde bir farklılık gerçekleşmelidir. Aksi takdirde otoritenin varlık sebebinden bahsedilemeyeceği için meşruluk iddiası da boşa çıkar. Direktiflerin bir fark yarattıkları kabul edildiğinde de ilgili sebeplerin bu direktiften bağımsız olarak kendiliklerinden bağlayıcı olamayacağı görülür. Meşru otorite iddiasının gerçekleştiği bir durum ele alınıyor ise bu süreçte direktifin varlığı ve yokluğu arasında bir fark olmalıdır. İlgili nihai sebepler zaten otoriteden bağımsız olarak mevcuttur. Bu sebepler ancak otoriteyi haiz direktifin bunları yansıtması, hükme bağlaması ve bunların yerine geçmesi vasıtasıyla bağlayıcılık kazanır, bir fark oluşur. Söz konusu sebepler kendi başlarına otorite niteliğinde bir direktif haline gelmediği gibi ilgili sebepler otoritenin içeriğini kendi başlarına şekillendiremez¹⁶⁵. Örneğin vatandaşların ülkelerinin milli güvenliğini sağlamaya dair belli eylem sebepleri olabilir. Ancak bunlar kendi başlarına bağlayıcı bir askerlik celbine dönüşmez. Bu, otoritenin direktifi ile gerçekleşir. İlgili sebeplere dair olumlu veya ahlaki bir eylem dengesi mevcut olabilir fakat bu durum kendiliğinden otoriteyi haiz bir direktifi doğurmaz. Eğer öyle olsa idi direktiflerin yokluğunda dahi ilgili sebepler bağlayıcılığa sahip olurdu veya ilgili sebepler herhangi bir müsebbip olmaksızın otoriteye haiz direktifler oluştururdu. O zaman da otoritenin varlığı ile yokluğu arasında bir farkın olmadığı sonucuna ulaşılır ki bu absürttür.¹⁶⁶

Otoriteye dair bu açıklamalar, hukuki direktiflerin kavramsal olarak sağlaması gereken niteliklere işaret eder. Aşağıda Raz'ın hukukun meşru otorite iddiasından kaynaklanan bu çıkarımlar ile hukuk felsefesindeki pozisyonları sınaması incelenecektir.

1.2.3. Kaynaklar Tezi

Raz, otorite analizinde ortaya çıkarttığı hukuka dair özelliklerin incelenmesi halinde birçok hukuk felsefesi yaklaşımının bu özelliklerin çıkarımları ile ters düşeceğini söyler. Yazar, kendi pozisyonunu ve karşıt kuramları temsil etmek için üç tez belirtir: *kaynaklar tezi* (*sources thesis*), *kapsama tezi* (*incorporation thesis*), *uyumluluk tezi* (*coherence thesis*). Raz'ın sert pozitivizmi, kaynaklar tezini savunur. Kaynaklar tezi, hukukun sadece kaynak temelli yasalardan ibaret olduğunu öne sürer.

¹⁶⁵ David Dyzenhaus, **Hard Cases in Wicked Legal Systems: Pathologies of Legality**, 2. Baskı, New York: Oxford University Press, 2010, ss. 247-248.

¹⁶⁶ Raz, **Ethics in the Public Domain...**, s. 220.

Yumuşak pozitivizme karşılık gelen kapsama tezi, hukukun ya sadece kaynak temelli yasalardan ya da bunlarla beraber kaynak temelli yasaların şartlarını yerine getiren kaynak temelli olmayan unsurlardan meydana geldiğini iddia eder. Uyumluluk tezi ise doğal hukuk kuramlarının ve Dworkin'in kuramsal pozisyonuna denk gelir. Bu tez, hukukun kaynak temelli yasalar ile beraber bunların kendi şartlarından bağımsız olarak en makul ahlaki meşrulaştırmasından oluştuğunu savunur. Raz, bir yasanın *kaynak temelli (source-based)* oluşunu, onun varlığı ve içeriğinin sadece toplumsal olgulara başvurularak yani herhangi bir ahlaki değer biçmeye başvurulmaksızın teşhis edilebiliyor oluşu ile ifade eder. Bu ifadedeki yasa kavramı da tekil anlamda hukuk veya hukuk parçası (*law*) manasındadır: anayasa maddeleri, kanunlar, tüzükler, hukuk ilkeleri, mahkeme kararları, örf ve adet hukuku gibi. Tüm pozisyonlar esasında kaynak temelli yasaların hukuktaki yerini bir derece teslim eder. Ancak kaynaklar tezi kaynak temelli yasaların ötesinde hukukun olabileceğini reddederken, diğer iki tez kaynak temelli olmayan unsurlar ile hukukun zenginleşebileceğini kabul eder. Uyumluluk tezi bir miktar daha ileri giderek, tüm hukuk sistemlerinin zorunlu bir şekilde bu tip kaynak temelli olmayan unsurları içerdiğini iddia eder.¹⁶⁷ Bu alt başlıkta düşünürün ele aldığı bu tezler incelenecektir. İlk olarak Raz'ın *uyumluluk tezine* (I) ikinci olarak da *kapsama tezine* (II) karşı yaptığı eleştiriler değerlendirilecektir. Son olarak da Raz'ın *kaynaklar tezi* (III) sunulacaktır.

Uyumluluk tezi (I) bahsinde Raz, bu tezin en önde gelen temsilcisi olan Dworkin'in görüşlerini analiz eder. Raz'ın Dworkin'e itirazları iki etaplıdır. İlk etapta Raz, Dworkin'in yargılama kuramındaki çelişki ve eksikliklere dikkat çeker. İkinci ve daha önemli olan etapta ise Raz, Dworkin'in kuramını hukukun meşru otorite iddiasından kaynaklanan özellikler ile sınar.

İlk etapta Raz, Dworkin'in hâkimlerin ülkelerinin siyasi ahlakına saygı gösterme ve onu genişletme yükümlülüğünde olduğu fikrine itiraz eder. Dworkin'e göre hâkimlerin kaynak temelli yasalara ve bunları tutarlı bir ahlaki çerçeveye oturtan siyasi ahlak ilkelerine göre hüküm vermesi gerekir¹⁶⁸. Dworkin'in uygunluk ölçütü buna işaret eder. Raz'a göre bu iddia hatalıdır. Raz, mevcut hukuku uygulama

¹⁶⁷ Joseph Raz, "Authority, Law, and Morality", *The Monist*, Cilt: 68, Sayı: 3, 1985, ss. 295-296.

¹⁶⁸ Dworkin, "'Natural' Law Revisited", ss. 165-172.

yönündeki siyasi ahlak yükümlülüğünün, söz konusu hukukun içeriğine bağlı olduğunu savunur. Pekâlâ, Nazi Almanyası'nın yasaları sırf devlet hukuku diye ahlaki bir uygulama yükümlülüğünü kendiliğinden doğurmaz. Ancak Dworkin'in formülü bu açıdan her hukuk sisteminin içeriğinden bağımsız olarak hâkimler açısından bir mesleki sorumluluk yükümlülüğü doğurmaktadır. Dahası, bu yükümlülük Dworkin'in modelinde mevzubahis yasaların lafzının da ötesinde ruhuna da itaat ve uygulama yükümlülüğünü getirmektedir. Örneğin Apartheid dönemindeki Güney Afrikalı bir hâkimin yasaların lafzını uygulamasının da ötesinde bunlar belirsiz kaldığı hallerde Apartheid'ın siyasi ahlak yaklaşımını vaka özelinde genişletilerek uygulaması gerekir. Bu da siyasi ahlak ile kaynak temelli yasaların her daim ahlaki beklentilere uygun şekilde uzlaştırılamayacağını gösterir.¹⁶⁹

Dworkin'e eleştirisinin ikinci etabında ise Raz, uyumluluk tezinin hukukun meşru otorite iddiasından kaynaklanan çıkarımlar ile ters düştüğünü ileri sürer¹⁷⁰. Yukarıda işaret edildiği üzere, eğer hukuk meşru otorite iddiasındaysa ve bu iddia anlamlı bulunuyorsa, o zaman hukuk otoriteyi haiz olma yetisine sahiptir. İlk olarak, bu yetinin de kavramsal bir gerekliliği doğrultusunda, otoriteyi haiz direktiflerin; bir kişinin, sükûletlerin nasıl eylemleri gerektiği hakkındaki görüşleri olarak sunulması lazımdır. Eğer hukuk da meşru otorite iddiasında ise o zaman hukuki direktifler de bu kavramsal şartı sağlamak zorundadır: hukuki direktiflerin; yasa koyucunun, hâkimlerin veya genel anlamda resmi devlet görevlilerinin, sükûletlerin nasıl eylemleri gerektiğine ilişkin görüşleri olarak sunulması icap eder. Aksi takdirde otoritenin hizmet işlevinden bahsedilemez ve bu kavramın zorunlu şartları sağlanmamış olur. Dworkin'e göre ise bir yasanın, bir kişinin sükûletlerin nasıl eylemleri gerektiği hakkındaki görüşleri olarak sunulmasına lüzum yoktur. Bu yaklaşımda hukuk, kaynak temelli yasaların en iyi ahlaki meşrulaştırmasından oluşur. Söz konusu en iyi meşrulaştırma, hiç kimse tarafından daha düşünülmemiş ve hatta kimse tarafından benimsenmemiş dahi olabilir. Dworkin tam da bunu çözmek amacıyla hukukun ne olduğunun teşhisi için mitolojik bir kahraman olan Herkül'ün niteliklerine başvurur. Herkül daha kimse tarafından dahi bilinmeyen veya benimsenmemiş siyasi ahlakı ve buna bağlı olan hukuku keşfedecektir. Görüldüğü üzere bu yaklaşımda hukuk,

¹⁶⁹ Joseph Raz, "Dworkin: A New Link in the Chain", **California Law Review**, Cilt: 74, Sayı: 3, 1986, ss. 1111-1112.

¹⁷⁰ John Eekelaar, "Judges and Citizens: Two Conceptions of Law", **Oxford Journal of Legal Studies**, Cilt: 22, Sayı: 3, 2002, ss. 503-504.

birilerinin hukuk süjelerinin nasıl eylemesi hakkındaki görüşleri olamaz, bu şekilde de sunulmazlar.¹⁷¹

İkinci olarak, yukarıda açıklandığı üzere, hukuki bir direktifin, hükme bağlama iddiasında olduğu sebeplere veya bunlara dair değerlendirmelere bel bağlanmadan teşhis edilebilir olması icap eder¹⁷². Bir önceki paragrafta ele alınan “resmi devlet görevlilerinin, süjelerin nasıl eylemeleri gerektiği hakkındaki görüşleri olarak sunulması gerektiği” şartındaki “görüş” ancak bu şekilde teşhis edilebilir. Raz’a göre bu teşhis edilebilme şartı sağlanmaz ise o zaman otoritenin direktifi belirlenemez, hizmet işlevi sağlanamaz ve zaruri kavramsal unsurlar oluşmadığı için kavram boşa düşer.¹⁷³ Böyle bir teşhis söz konusu değil ise o zaman ilk koşul olan otoritenin görüşünden de bahsedilemeyeceği için ortada hukuki bir direktifin var olduğu da söylenemez.

Buna karşın Dworkin’in analizine göre hukukun teşhisi, siyasi ahlaka başvurularak gerçekleşir. Dworkin’in kuramında hukukun ne olduğunun belirlenmesi faaliyeti, onun ne olması gerektiğine dair bir yargıda bulunularak gerçekleştirilir. Örneğin kaynak temelli yasaların belirsiz olduğu bir vergi hukuku probleminde çoğu kişi bu durumda vakanın kesin bir şekilde hükme bağlanmadığını ve mahkemenin hukukun ne olması gerektiği sorusunu sorarak buna göre karar vereceğini düşünür. Bunun sonunda da eğer yüksek bir mahkeme hüküm verecekse, kararı nihai bağlayıcı bir içtihat olur ve yeni bir kural ortaya çıkar. Dworkin’e göre ise bu durumda hâlihazırda bir yasa zaten vardır¹⁷⁴. Bu da kaynak temelli yasanın en iyi ahlaki meşrulaştırmasıdır. Bu vakada hâkim, hukukun ne olduğunu teşhis etmek için adil bir vergi hukukunun ne olması gerektiğine eğilmeli ve kaynak temelli hukukun buna uyabilmesi için içtihadı nasıl tutarlı hale getirebileceğine karar vermelidir. Bu siyasi ahlak değerlendirmeleri vasıtasıyla hukuk teşhis edilir. Raz, Dworkin’in hukuki faaliyet kapsamında siyasi ahlaka biçtiği bu rollerin hukukun otoriteyi haiz olma iddiasının ikinci özelliği ile ters düştüğüne işaret eder. Dworkin’in kuramında otoritenin direktifi teşhis edilmektense siyasi ahlak teşhis edilmektedir¹⁷⁵. Bu da

¹⁷¹ Raz, “Authority, Law, and Morality”, s. 309.

¹⁷² Fernando Atria, **On Law and Legal Reasoning**, Oregon: Hart Publishing, 2002, s. 65.

¹⁷³ Dale Smith, “Must the Law Be Capable of Possessing Authority?”, **Legal Theory**, Cilt: 18, Sayı: 1, 2012, ss. 71-73.

¹⁷⁴ Dworkin, **Hukukun Hükümleri...**, ss. 5-6.

¹⁷⁵ **A.g.e.**, ss. 225-226.

Dworkin'in argümanının aksine meşru otorite iddiasında olan hukukun direktifi olamaz. Hukuki bir direktif, kapsamı dâhilindeki ilgili sebepleri hükme bağlar ve sùjelerinden bunu takip etmesini talep eder. Otoritenin hizmet işlevi ancak bu şekilde olabilir. Eğer bu gerçeklememiş ise hukuki bir direktif oluşmamıştır. Hâkim ilgili sebepleri kendisi değerlendiriyor ise demek ki bu gerçekleşmemiştir ve hâkimin hukuki bir direktifi uyguladığı söylenemez. Hâkim burada hukuki sınırlar dâhilinde kendi takdirini kullanarak hukuk yaratır. Yazar, söz konusu eleştirisinin hâkimlerin nasıl hüküm vermeleri gerektiğine ilişkin normatif bir nitelik taşımadığının altını çizer. Raz'ın itirazı hukukun ne olduğuna dair betimleyici bir önermedir.¹⁷⁶

Raz, benzer sebeplerden dolayı Dworkin'in kuramının otoriteye dair alternatif argümanın şartlarını da ihlal ettiğini belirtir. Buna göre otoriteler belli sebeplere dayanarak eylerler ve otoritenin meşru olabilmesi için bu sebepleri doğru bir şekilde dengelemelidir. Bu açıklamadan doğan ilk çıkarım aynıdır: hukuk, yasa koyucunun veya resmi devlet görevlilerinin, sùjelerin ne yapmaları gerektiğine dair doğru sebep dengesi hakkındaki görüşünün sunumudur. Dworkin'in kuramı bu nitelik ile yukarıda ele alınan sebeplerden dolayı ters düşer. Alternatif argümanın ikinci çıkarımı ise yukarıda ifade edildiği üzere, otoritenin direktifinin sadece belli ahlaki sebeplerin veya değerlerin varlığı ile sağlanamayacağıdır. Ege öyle olsa idi otoriteyi haiz bir direktifin bir fark yaratmasından bahsedilemez ve meşru otorite iddiası kavramı anlamsız hale gelir. Dworkin'in kuramında ise en azından kaynak temelli yasalar ile uyumlu bazı kaynak temelli olmayan yasalar ahlaki arzu edilirlilikleri veya doğrulukları ile geçerlilik kazanırlar ve kendiliklerinden hukuken bağlayıcı olurlar.¹⁷⁷

Raz işte bu analizleri ile Dworkin'in kuramının hukukun otoriteyi haiz doğası ile çelişkili olduğunu gösterir. Dworkin'in kuramı, hukukun zorunlu olarak otorite iddiasını sağlayabilme yetisine sahip olmasından kaynaklı niteliklere yer verememekte ve bu sebeple hukuka dair kavramsal unsurları tutarlı bir şekilde temsil edememektedir. Raz, Dworkin'in işaret ettiği üzere, hâkimlerin yargılama süreçlerinde ahlaki değerlendirmelerde bulunduklarını veya bu değerlendirmelerde bulunma konusunda yükümlülükleri olduğunu reddetmez; sadece bunların hukuk olarak nitelenemeyeceğini ve hukuku uygulamak şeklinde görülemeyeceğini

¹⁷⁶ Raz, "Authority, Law, and Morality", ss. 309-310.

¹⁷⁷ A.g.e.

belirtir¹⁷⁸. Sonraki alt başlıklarda daha ayrıntılı şekilde ele alınacağı üzere yazar, bu faaliyetleri hâkimlerin takdir vasıtası ile hukuk yaratması veya hukuku değiştirmesi olarak niteler.

Kapsama tezi (II) ise yukarıda ifade edildiği üzere, tüm hukukun ya kaynak temelli olduğunu ya da kaynak temelli hukukun şartlarını yerine getiren kaynak temelli ve kaynak temelli olmayan unsurlardan meydana geldiğini iddia eder. Hart'ın yumuşak pozitivizm yaklaşımı bu tezi benimsemektedir. Buna göre tanıma kuralı tarafından geçerli kılınan yasalar kadar tanıma kuralı tarafından tanınan ahlaki kural ve ilkeler de hukuktur¹⁷⁹. Raz, bu tezin en azından uyumluluk tezine kıyasla kaynak temelli yasalara öncelik vermesinden dolayı daha avantajlı görüldüğünü teslim eder fakat bu tezin de hatalı olduğunu öne sürer. Yazar, bu tezin içindeki hatayı göstermek için hukuk dışındaki otoriteler üzerinden analogiler kurar.

Raz, ilk analogisinde Andrew adlı bir matematikçinin ikiden büyük her çift sayının iki asal sayının toplamı şeklinde yazılabileceğini iddia eden Goldbach hipotezinin, “belli bir denklem pozitif olması halinde” doğru olduğunu kanıtladığını farz eder. Ne kendisi ne de başka bir kimse Andrew'un işaret ettiği denklemin çözümünü, bu denklemin pozitif veya negatif olduğunu bilmemektedir. Elli yıl sonra da söz konusu denklem başka bir matematikçi tarafından çözülür ve bu sayede Goldbach hipotezi kanıtlanır. Bu durumda Andrew'un kendi başına hipotezi kanıtladığı söylenemez. Her ne kadar Andrew bu konuda ciddi bir ilerleme kaydetse de ve çalışmaları sonraki denklemin çözümüne katkı sağlıyor olsa da hipotezi bir bütün olarak Andrew kanıtlamamıştır. İkinci analogisinde Raz, Betty adlı bir astrofizikçinin evrenin başlangıcına dair Büyük Patlama teorisinin “ancak bazı formüllerin belli bir çözümü olması halinde” doğru olduğunu kanıtladığını farz eder. Bu durumda da mevzubahis formüllerin çözümü bilinmemektedir. Bunlar gelecekte başkaları tarafından keşfedilecektir. Betty'nin de aynı Andrew gibi Büyük Patlama teorisinin doğruluğunu veya yanlışlığını kanıtladığı söylenemez. Yazar bir adım daha giderek, Alice'in Andrew'un keşfini, Bernard'ın da Betty'nin keşfini başkalarına ilettiklerini farz eder. Alice ve Bernard eğer alanlarında uzman ise o zaman verdikleri

¹⁷⁸ Joseph Raz, “Profesor Dworkin's Theory of Rights”, **Political Studies**, Cilt: 26, Sayı: 1, 1978, ss. 136-137.

¹⁷⁹ Himma, “Inclusive Positivism”, ss. 137-140.

tavsiye otoriteyi haizdir¹⁸⁰. Ama bu durumda ne Alice Goldbach hipotezinin ne de Bernard Büyük Patlama teorisinin kabul edilmesini önermektedir. Bu tavsiyeler Goldbach hipotezi açısından sadece ilgili denklem pozitif çıkması halinde onun doğruluğunu kabul edilmesini önerirken, aynı şekilde Büyük Patlama teorisi açısından da sadece ilgili formüllerin belli bir çözümü olması halinde onun doğruluğunun kabul edilmesini önermektedir.¹⁸¹

Raz bu analogilerden şu çıkarımda bulunur: otoritenin aracılık rolü, otoriteyi haiz direktifin içeriğinin bağlayıcı olduğu alanla sınırlıdır¹⁸². Alice ve Bernard'ın verdiği tavsiye, Andrew ve Betty'nin yaptıkları ilerleme ile sınırlıdır; buna karşın onların atıfta bulunduğu denklemleri kapsamaz. Andrew ve Betty'nin bilimsel çalışmaları da yalnızca çözüm getirdikleri alan ile sınırlıdır; başka sonuçların ortaya çıkması için şart koştukları denklemler açısından bilimsel bir ilerleme kaydetmemişlerdir. Pratik bir otorite olan hukukta da aynı durum söz konusudur. Alice ve Bernard'ın, Andrew ve Betty'nin bilimsel ilerlemesini anlatması, yasa koyucunun geçerli bir sözleşmenin şekil şartlarını saydıktan sonra sözleşmenin sadece genel ahlaka uygun olması halinde geçerli olacağını söylemesi ile benzerdir. Bu durumda sözleşme genel ahlaka aykırı ise geçersiz, genel ahlaka aykırı değilse de geçerli olacaktır. Fakat sözleşmenin genel ahlaka aykırı olup olmadığı hükme bağlanmamıştır. Tıpkı Andrew'un işaret ettiği denklemin pozitif çıkması halinde Goldbach hipotezinin doğru, negatif çıkması halinde de yanlış olacağının kanıtlanacağı ama bu denklemin sonucunun pozitif mi negatif mi olduğunun daha çözülmediği gibi. Belirtilen hukuk direktifinin içeriği, bağlayıcı olduğu alanla sınırlıdır; bunun içerisinde genel ahlak ilkesinin kapsadığı ahlaki sebepler yoktur. Ahlaki sebepler zaten hukuktan bağımsız olarak hâlihazırda vardır¹⁸³. Hukukun otorite iddiasından gelen bağlayıcılığı işte bu ahlaki sebepler de dâhil olmak üzere ilgili sebeplerin bazılarını hükme bağlayıp onları dışlayarak onların yerine geçen eylem sebepleri koymasındır. Bu sayede sùjeler ile bu nihai sebepler (ahlaki sebepler de dâhil olmak üzere diğer ilgili sebepler) arasında bir aracılık hizmeti sağlanıp sùjeler yönlendirilebilir. Söz konusu yasanın içeriği, bu ahlaki ilke şartının kapsadığı

¹⁸⁰ Alice ve Bernard hukuk gibi ne yapılmasına dair eylem sebepleri sunan pratik bir otorite değillerdir ancak neye inanılması gerektiği konusunda bir kanaat sebebi sunan kuramsal otoritelerdir.

¹⁸¹ Raz, "Authority, Law, and Morality", ss. 312-313.

¹⁸² Jordi F. Beltran & Giovanni B. Ratti, "Validity and Defeasibility in the Legal Domain", **Law and Philosophy**, Cilt: 29, Sayı: 5, 2010, ss. 611-613.

¹⁸³ Raz, "Incorporation By Law", ss. 2-4.

ahlaki sebeplerin daha sonra imkân olması halinde hükme bağlanarak yapılabilecek yönlendirmeyi veya bu sebeplerin hükme bağlanması açısından tüm ihtimal dâhilindeki sonuçları kapsayamaz. Aksi takdirde yönlendirmeye dair hizmet işlevinin sanki sağlanmış gibi kabul etmek gerekir ki bu bir hatadır. Kapsama tezinin hatası da işte bu unsurların da hukuka dâhil olduğunu iddia etmesidir.¹⁸⁴

Kaynak temelli yasaların uygulanmasını şart koştuğu ahlaki ilkelerin kapsadığı ahlaki sebepler, “kendi başlarına” bu hükme bağlama ve yönlendirme faaliyetini sağlayamaz. Bunların ancak bir kişi tarafından hükme bağlanması halinde hukuki bir direktiften bahsedilebilir. Tıpkı Andrew’un atıfta bulunduğu denklemin kendi başına bir bilimsel ilerleme olmadığı, onun da bilimsel bir ilerleme konusu olacak ise bir bilim insanı veya kurumu tarafından çözülmesi gerektiği gibi. Raz, kapsama tezinin bu hatasının otoriteye dair bir algı hatasından kaynaklanabileceğini belirtir. Yazar, tekil direktiflerin, otoritenin görüşlerinin ifadesi olduğu ve bu direktiflerin, hükme bağlama iddiasında olduğu sebeplere veya değerlendirmelere bel bağlanmadan teşhis edilebilir olduğu konusunda kuşku duyulmadığını söyler. Fakat hukukun bütün olarak bir *müsebbibinin* (*author*) olduğu fikri ise o kadar olağan karşılanmaz.¹⁸⁵

Raz, bu yanlış algının iki sebebi olduğuna işaret eder. İlk olarak, hukuk belli bir yasama sürecinden geçer. Bu süreçte birçok yasa koyucu ve kurum, hukukun oluşumunda rol oynar. Bir kanun yasalaştıktan sonra da pek çok vasıta ile değiştirilebilir. Bu nedenle nihai kanun ilk müsebbibinden kopmuş gibi gözükür. Yazar, bu süreçlerin her ne kadar hukukun tekil, şahsi bir otoriteyi haiz direktiften daha girift bir olgu haline gelmesine sebep olsa da bu karmaşıklığın, yapılan her işlemin ilgili kurumlara isnat edilebileceği gerçeğini değiştirmedikçe belirtir. Hukuk kuralları tabii ki tek bir gerçek kişinin görüşünü yansıtmayacak kadar karmaşıktır. Ancak yine de hukuk kuralları, bir bütün ya da parça parça olarak hukuki makamlarda bulunanların bireysel veya kolektif iradelerini yansıtır. Bu iradeleri o makamlara isnat etmek bazen bu kurumsal yapının karmaşıklığından dolayı kolay olmayabilir. Fakat bu durum, hukukun bir müsebbibinin veya müsebbiplerinin olduğu gerçeğini değiştirmez. Bu karmaşık yapı müsebbipten bağımsız bir direktifin

¹⁸⁴ Raz, “Authority, Law, and Morality”, s. 313.

¹⁸⁵ A.g.e., ss. 313-314.

olabileceği düşüncesine varmamalıdır.¹⁸⁶ Raz, hukuki aktörler olan yasa koyucular ve hâkimlerin de nihayetinde kişiler olduğunu ifade eder¹⁸⁷¹⁸⁸. Ahlaka atıfta bulunan yasaların şart koştuğu normlar da yargı sürecinde hâkimler tarafından uygulanır ve kapsamı dâhilindeki sebepleri hükme bağlarlar. İşte bu aşamada mahkemenin verdiği karar, ilgili ahlaki ilkenin kapsamını hükme bağladığından dolayı otoriteyi haizdir ve hukuktur. Bu hüküm verilmeden önce ahlaki ilkenin var olması söz konusu ahlaki sebepleri hükme bağlamaz. Yukarıdaki analogiyi hatırlanırsa Andrew'un bahsettiği denklemin daha sonra başka biri tarafından pozitif olduğunun kanıtlanması halinde Goldbach hipotezinin çözümü bu sürece benzerdir.

Raz, ahlaki kural ve ilkelerin hukukun kavramsal alanına dâhil olamayacakları önermesi ile bunların yasalardaki varlıklarını ve hukukla olan etkileşimlerini tutarlı bir çerçeveye yerleştirir. Anayasa veya yasalarda geçen ahlaki kural ve ilkeler gerçekten de vatandaşların, mahkemelerin, yasa koyucuların bu kural ve ilkeleri uygulamalarını yükümlü kılmaktadır. Yazar, hukukun bu şekilde ahlakın uygulanmasına atıfta bulunmasını milletlerarası özel hukuk kurallarına benzetir. Bu atıfta bulunan kurallar, başka bir sistemin kurallarının uygulamasını yükümlü kılar. Ancak atıfta bulunan kurallar her ne kadar uygulanmakla yükümlü kılınsalar da sistemin parçası haline gelmezler. Burada da aynı durum söz konusudur. Ahlaki bir kural veya ilkenin uygulanmasını yükümlü kılan kaynak temelli bir yasa, hukuktur. Fakat bu atıf, atıfta bulunan ahlaki kural ya da ilkeyi hukuk sistemine dâhil etmez.¹⁸⁹ Örneğin Türk Medeni Kanunun 2. maddesi bir hukuk kuralıdır ancak bu hukuk kuralının atıfta bulunduğu bir ahlak ilkesi olan dürüstlük kuralı hukuk değildir.

Yukarıda da açıklandığı üzere otoritenin işlevi ve kavramsal olarak mümkün olmasının koşulu, sükelerin sebeplerinden bazılarını dışlayarak onların yerine geçen

¹⁸⁶ A.g.e., ss. 313-314.

¹⁸⁷ Gülriiz Uygur, "The Rule of Law: Is the Line Between the Formal and the Moral Blurred?", **Law, Liberty and the Rule of Law**, Editörler: I. B. Flores & K. E. Himma, Basel: Springer International Publishing, 2012, s. 105.

¹⁸⁸ Bu tespit Raz'ın kuramını bir açıdan emir kuramına yaklaştırır. Emir kuramı da hukukun müsebbibinin varlığının vurgulamaktadır. Ancak Raz, emir kuramcılarının egemenin tekliği, yaptırım unsurunun merkezi değeri ve kurumsal yapının tali niteliği konusunda onlardan ciddi biçimde ayrılarak başka bir kuramsal pozisyon işgal eder. Raz'ın işaret ettiği hukukun müsebbibi bir yasa koyucu olduğu gibi bir hâkim veya bir memur dahi olabilir.

¹⁸⁹ Antoine Bailleux, "Actualité du 'Combat des Chefs' Dans la Littérature Anglo-Saxonne", **Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques**, Cilt: 59, Sayı: 2, 2007, ss. 199-201.

eylem sebepleri koymasındır¹⁹⁰. Bu sayede süjeler otoritenin koyduğu eylem sebebini takip ederek nihai sebeplere daha iyi riayet ederler. Örneğin yasa koyucu karşılıklı ekonomik ilişkilere dair birçok sebebi dışlayarak geçerli sözleşmeler için belli şartlar öngörür ve bu şartlar süjeler için eylem sebebi haline gelir. Süjeler bu şartlara uyarak karşılıklı ekonomik ilişkilere dair verimlilik, taraflara saygı, dürüstlük gibi nihai sebeplere daha iyi riayet eder. Süjeler eskiye kıyasla daha az sebebi tartıp eyleme geçer. Görüldüğü üzere bu dışlanan sebepler arasında ahlaki sebepler de vardır. Raz’a göre hukukun söz konusu olması için ahlakın dışlanması gerekir. Ahlaki kuralların ve ilkelerin uygulanmasını yükümlü kılan kaynak temelli kurallar ise bu dışlamayı durdurur. Bu kurallar süjelere ve resmi devlet görevlilerine, ilgili ahlaki sebeplerin sözü edilen eylemler açısından dışlanmadığını ifade eder.¹⁹¹

Bu durumda süjeler eylemde bulunurken en başta olduğu gibi mevzubahis kuralın atıf yaptığı ahlaki kuralın sebeplerini pratik eylem muhakemelerine almak durumundadır. Örneğin sözleşme yapılırken sözleşmenin genel ahlaka aykırı olup olmadığı değerlendirilmelidir. Mahkemeler açısından böyle bir kuralın varlığı, muhtemel bir uyuşmazlıkta bu kuralın atıf yaptığı ahlaki kuralın temsil ettiği ahlaki sebeplerinin değerlendirmeden dışlanmadığını ifade eder. Mahkeme ilgili sözleşmeyi sadece kaynak temelli yasalar doğrultusunda geçerliliğini tespit etmez. Çünkü bunlar artık ahlaka atıf yapan kural gereği ahlaki dışlayamamaktadır. Bu nedenle mahkeme bu kaynak temelli yasaların şartları sağlansa dahi sözleşmeyi söz konusu kuralın atıfta bulunduğu ahlaki sebeplere göre de değerlendirir. Bu açıdan bu tip kurallar mahkemeleri takdire davet eder. Son olarak bu tip bir kural, anayasada varsa yasa koyucular bağlamında da bir etki yaratır. Ahlaka atıf yapan bu tip kurallar çoğunlukla “ifade özgürlüğü” gibi genel ilkeler olur. Bu durumda yasa koyucunun kendisine tesir eden sebeplerden bir denge kurarken kurduğu dengenin ifade özgürlüğünü dışlamaması gerekir. Örneğin yasa koyucunun böyle bir kural yokken milli güvenlik sebeplerinin ağırlığı ile eylem dengesinde ifade özgürlüğünü dışlanması olasılık içinde iken, bu kural yasa koyucunun bu dışlamayı yapmasına dair sebepleri dışlar. Anayasa mahkemeleri de bu tip kurallara dayanarak ilgili

¹⁹⁰ Raz, **Ethics in the Public Domain...**, ss. 214-215.

¹⁹¹ Joseph Raz, **Between Authority and Interpretation**, New York: Oxford University Press, 2009, ss. 195-198.

yasaların denetiminde ahlaki sebepleri de değerlendirmeye alabilir çünkü bu sebepleri dışlayan sebepler artık bu kural ile dışlanmıştır.¹⁹²

Hukukta ahlaka atıf yapan kurallar ahlaki sebepleri ortaya çıkarmazlar. Yukarıda ifade edildiği üzere ahlaki sebepler zaten hâlihazırda ve her zaman süjelere tesir etmektedir. Hukukta ahlaka atıf yapan kurallar, ahlaki sebepleri hukuka dâhil etmez. Çünkü kapsama tezi ele alınırken başta belirtildiği gibi, ahlaki sebepleri değerlendirmeyi şart koşturmak, bu sebepleri değerlendirmeden çıkarıp hükme bağlamadığından otoritenin aracılık işlevi ve buna bağlı olarak bağlayıcılığı söz konusu olamaz. Hukukta ahlaka atıf yapan kurallar, ahlaki sebeplerin başka direktifler ile dışlanmasına dair sebepleri dışlayarak bu sebepleri korur. Yumuşak pozitivizmin veya diğer adıyla kapsayıcı pozitivizmin iddia ettiği gibi hukukun ahlaki “sözde” kapsaması, Raz’a göre aslında ahlakın dışlanmasının dışlanması veya dışlanmanın yumuşatılması manasına gelir.¹⁹³

Bu açıklamalar ile beraber Raz’ın hukuki pratikte yaşananları aslında diğerlerinden çok farklı sunmadığı akla gelebilir ki bu doğru ve normaldir. Analitik bir kuram hukuku betimler ve bu betimleme faaliyeti aşikâr gözlemler ile çatışmamalıdır. Yazarın bu konuda dikkat çektiği husus, hâkimlerin bu ahlaki sebepleri değerlendirmelerinin hukuku uygulamaktan ziyade yukarıda izah edilen nedenlerden dolayı hukuku yaratmak olarak ele alınması gerektiğidir. Bu farklı isimlendirme sadece mahkeme faaliyetlerini gözlemleyen biri için gereksiz gözükebilir ama başta hukuk felsefecileri olmak üzere hukuk hakkında daha derin bir anlayış arayanlar için neyin hukuk olup neyin olmadığı ciddi önem taşır.¹⁹⁴

Raz’a göre ilkeler; kuralların yorumlanması, kuralların mahkeme kararları ile değiştirilmesi, kurallara istisnalar konulması, yeni kurallar yapılması ve kuralların olmadığı halde saf takdir alanı sağlaması işlevlerini yerine getirir. Fakat yazar açısından bu faaliyetler hukukun uygulanması değil, onun yaratılması ve değiştirilmesi manasına gelir. Bu faaliyetler hukukun uygulanması olmadığı gibi ilgili ilkeler de hukuk değildir. Hâkimler bunları uygulamakla yükümlüdür ancak bu uygulamakla yükümlü oldukları normlar, hukuk sisteminin dışında olan

¹⁹² Raz, “Incorporation By Law”, ss. 12-14.

¹⁹³ A.g.e., ss. 14-15.

¹⁹⁴ A.g.e., ss. 15-17.

normlardır¹⁹⁵. Raz bu hukuk yaratma ve değiştirme faaliyetlerine dair olumsuz bir değer yargısında bulunmaz. Hatta bunları hukuktaki boşluklu yapıdan kaynaklanan kaçınılmaz bir zorunluluk olarak görür.¹⁹⁶

Kaynaklar tezi (III) açıklamasında Raz, hukukun, hukuk sűjelerinin eylemleri ile nihai sebepler arasındaki aracılık rolünü üstlenebilmesi için, yasaların, belli kişilerin veya bu kişilerin yer aldığı kurumların, sűjelerin nasıl eylemeleri gerektiği hakkındaki görüşleri olarak sunulması gerektiğini söyler. Bir kuralın hukuk kuralı olarak teşhis edilmesi esasında, sűjelerin nasıl eylemesi gerektiğine dair belli bir yargının ilgili hukuki otoriteyi haiz kiři veya makama isnat edilmesi manasına gelir¹⁹⁷. Meřru otorite iddiasından kaynaklanan zorunlu kavramsal şartlardan ilki ancak bu şekilde sağlanır. Bu isnadın mutlaka söz konusu kiři ya da kurumun açık ifadesine dair olmasına lüzum yoktur. Pekâlâ, mevzubahis isnat belli bir çıkarım vasıtasıyla ilgili kurumun zımni yargısını da temsil edebilir. Ama nihayetinde, hukuki bir yargı olduğu iddia edilen görüşün, ilgili hukuki kuruma isnat edilmesi bir zorunluluktur. Böylesi isnatlar sadece ve sadece olgusal olarak kurulabilir. Ahlaki argűmanlar hukuki kurumların nasıl bir yargıda bulunmaları gerektiğini aydınlatılabilir fakat nasıl bir yargıda “bulunduklarını” gösteremez. Bu nedenle neyin hukuk olduğu ancak olgusal olarak belli yargılar belli kurumlara isnat edilerek belirlenebilir. “Hukuk ne diyor?”, “hukuk ne?” sorularına verilecek cevaplar, ilgili kurumların yargısını ifade edecek ise bu sorulara verilecek cevap arayışı da kaçınılmaz olarak belli normların ilgili kurumların yargısını ifade edip etmediğine dair olgusal bir araştırmadan geçecektir. Meřru otorite iddiasından zorunlu kavramsal şartlardan ikincisi de ancak bu şekilde sağlanır. Neyin olması gerektiği hakkındaki ahlaki değerlendirmeler ise bir şeyin varlığı veya yokluğuna ilişkin sorulara hiğbir şekilde cevap veremez. Bu da kaynaklar tezini doğrular: tüm hukuk, sadece kaynak temelli yasalardan oluşur. Hukuk, varlığı ve içeriği sadece toplumsal olgulara başvurularak, herhangi bir ahlaki değer biçmeye başvurmaksızın teşhis edilebilen yasalardan ibarettir.¹⁹⁸

¹⁹⁵ Raz, *The Authority of Law...*, s. 46.

¹⁹⁶ Joseph Raz, “Legal Principles and Limits of Law”, *Yale Law Journal*, Cilt: 81, Sayı: 5, 1972, ss. 839-842.

¹⁹⁷ Mathieu Carpentier, “Sources and Validity”, *Legal Validity and Soft Law*, Editörler: P. Westerman ve diğerleri, Basel: Springer International Publishing, 2018, s. 83.

¹⁹⁸ Raz, “Authority, Law, and Morality”, ss. 315-316.

Raz bu argümanına gelebilecek üç tip itirazı ele alır. Bunlardan birincisi, belli bir yargının belli bir kişi veya kuruma olgusal olarak isnat edilmesinin ahlaki bir tartışmadan daha kolay olmayabileceği itirazıdır. Buna göre, bir konuda hangi ahlaki çözümün doğru olduğu sorusunun çözümü zor olsa da, ilgili kurumun yargısının tam olarak ne olduğuna yönelik olgusal araştırma da pekâlâ zor ve tartışmalı olabilir. Bu noktada yazar, amacının hukukun belirlenmesinin kolaylaştırmak olmadığını veya hukukun böyle olması gerektiğine dair bir normatif önermede bulunmadığını söyler. Raz'ın tespiti, yukarıdaki diğer analizleri ile paralel olarak kavramsal düzlemde dir. Otoriteyi haiz bir direktiften bahsediliyorsa, bu direktifin hukuk süjelerinin ne yapmaları gerektiğine ilişkin yargısını bir kişi ya da kuruma isnat etmek icap eder. Bu, hukuk ve otoriteye dair kavramsal niteliklerden kaynaklı bir zorunluluktur. Bu isnat da yine kavramsal sebeplerden dolayı mecburen olgusal bir faaliyettir. Söz konusu isnat faaliyeti zor veya belirsiz olabilir ama bu, faaliyetin olgusal olma zorunluluğunu değiştirmez.¹⁹⁹

 kinci itiraz ise, direktifin taşıdığı yargının isnadının tekil bir kişiye basit bir şekilde yapılamayacağı iddiasına dayanabilir. Raz, hukukun bir bütün ya da parça parça olarak farklı hukuki makamlar tarafından oluşturulduğunu söyler. Yukarıda da a ıklanıldığı üzere bu süreç her ne kadar karmaşık bir yapıda ger ekle se de, her zaman hukukun bir müsebbibi veya m sebbipleri vardır ve hukuki yargılar ilgili otoritelere söz konusu yapının karma ıklılığının hakkı verilerek isnat edilebilir.²⁰⁰

Raz,    nc  itirazın kaynaklar tezinin doğurabileceği absürt sonuçlar üzerinde  ekillenebileceğini belirtir. Örneğin oldukça eskiden kabul edilmiş ama halen yürürlükte olan bir anayasada zalimane cezalandırma yöntemlerinin yasakladığı ancak anayasa koyucuların kendi dönemlerinde kırba lamayı zalimane bulmadıkları ve kendi dönemlerindeki ceza kanunlarında bu cezalandırma şeklini korudukları farz edilsin. Düşünülebilir ki kaynaklar tezi bu sistemde kırba lamanın hala anayasal olduğu ve anayasal denetimin dışında kaldığı sonucuna varır çünkü herhalde anayasa koyucular kırba lamayı anayasaya aykırı bulmamı lar ki bunu ceza kanunlarından  ıkartmamı lardır. Eğer hukuk anayasa koyucunun yargısından ibaret ise o zaman anayasa koyucuların yargısı kırba lamayı anayasaya uygun görme yönündedir. Fakat

¹⁹⁹ A.g.e., s. 316.

²⁰⁰ A.g.e.

bu durum absürttür. Normal şartlarda anayasa mahkemesinin en azından belli bir tarihten sonra kırbaçlamayı anayasaya aykırı bulup buna izin veren yasayı iptal etmesi beklenir.²⁰¹

Raz'a göre, bu itirazdaki hata, belli bir yargıyı belli bir kişiye isnat edilmesi faaliyetinin sadece açık ifadeler hakkında yapılabileceği düşüncesinden kaynaklanır²⁰². Pekâlâ, zımni yargılar veya açık ifadelerden doğan başka yargılar da kişilere isnat edilebilir. Bu ihtimaller de dikkate alındığı zaman itirazın işaret ettiği zorlama senaryoların kısıtlamaları ile bağlı kalınmasına gerek kalmaz. Örnekteki anayasa koyuculara isnat edilebilecek tek yargı, kırbaçlamanın adil bir cezalandırma yöntemi olduğu yargısı değildir. Anayasa koyucular gelecekte mahkemelerin bu konuda kendi takdirleri ile neyin zalimane olduğuna karar vermeleri gerektiği yönünde bir yargıya da sahip olabilirler. Bu isnadın nasıl yapılacağı ve hangisinin doğru olduğu bir yorum tartışmasıdır. Bu konuda kaynaklar tezi herhangi bir yorum kuralını zorunlu tutmamaktadır. Bazı hukuk sistemlerinde belli yorum kuralları hükme bağlanmıştır ve uygulanması mecburidir. Fakat bu durum ilgili hukuk sisteminin özelliklerinden kaynaklanır, hukukun kendisine içkin değildir. Örneğin anayasal yorumda bulunurken anayasa koyucuların konu özelindeki yargılarını dikkate alan bir yorum, yöntemi sistematik bir şekilde mahkemeler tarafından uygulanmış veya kodifiye edilmiş ise o zaman bu hukuk sisteminde ancak o yorum tekniği uygulanır. Öte yandan çoğu hukuk sistemlerinde hangi yorum tekniklerinin uygulanacağı hükme bağlanmamıştır ve mahkemeler burada kendi takdirlerini kullanırlar. Raz'ın yaptığı vurgu, kaynaklar tezi açısından hangi yorum kurallarının hukuk sisteminde yürürlükte olması meselesinin, ahlaki bir meseleden ziyade olgusal bir mesele olduğudur. Yazar bu açıklamalar ile kaynaklar tezinin absürt çıkarımlara yol açmadığını gösterir.²⁰³

Raz, tüm bu muhtemel itirazlara verdiği karşılıklar ile kaynaklar tezi ile ilgili bazı muhtemel yanlış anlaşılımların da engellendiğini söyler. İlk olarak, kaynaklar tezi sadece açık ifadeli yasaların hukuk olduğu görüşünü savunmaz. Açık ifadeli olmayan yasalar da hukuken bağlayıcıdır. Yasalardaki ifadelerin açık olmaması, ilgili

²⁰¹ Raz, **Ethics in the Public Domain...**, ss. 231-232.

²⁰² Bakınız: David Lyons, "Moral Aspects of Legal Theory", **Midwest Studies in Philosophy**, Cilt: 7, Sayı: 1, 1982, ss. 223-254.

²⁰³ Raz, **Ethics in the Public Domain...**, ss. 232-233.

yasanın müsebbiplerinin görüşlerini teşhisi zorlaştırır ancak bu görüşlerin onlara isnat edilemeyeceği veya ortada birilerinin süjelerin nasıl eylemesi gerektiğine dair bir görüşünün olmadığı manasına gelmez. İkinci olarak, kaynaklar tezi hukukun tartışmalı olamayacağını iddia etmez. Hukukun varlığı ve içeriğinin bir toplumsal olgu meselesi olduğu iddiası, söz konusu olgusal meselelerin tartışmasız olduğu veya olması gerektiği önermesi ile ilişkisizdir. Hukukun aracılık rolünü daha iyi bir şekilde yerine getirmesi için daha belirli ve tartışmasız olması belki olumlu olabilir ancak bundan hukukun sadece sarıh içerikten ya da tartışmasız unsurlardan oluştuğu veya oluşması gerektiği yönünde analitik bir genelleme yapılamaz.²⁰⁴

Yazar, kaynaklar tezinin sonucu olarak mahkemelerin çoğu zaman takdir kullandıklarını ve hukuk yaratma faaliyetine katıldıklarını belirtir²⁰⁵. Kaynaklar tezi hâkimlerin sadece hukuku uyguladıklarını veya uygulamaları gerektiğini iddia etmez. Bu tez yalnızca, hâkimlerin uyguladıkları hukukun zorunlu olarak kaynak temelli yasalar olduğunu öne sürer. Hâkimler, kaynak temelli yasalar dışındaki normları da (mesela ahlaki ilkeleri) kararlarında takdirlerini kullanırken ve hukuk yaratırken kullanır ancak bu normlar hukuk değildir²⁰⁶. Bu tespit normatif bir yargıyı temsil etmez, sadece mevcut durumu betimler. Hâkimlerin hukukun dışındaki normları uygulamamaları veya hukukun dışına çıkmamaları gerektiği yönünde bir önermede bulunulmamaktadır. Tam tersine bu tespit, hukuktaki tüm vakaların kaynak temelli yasalar ile düzenlenemeyeceğine göre bu tip hukuki olmayan normların hukukta oynadığı rolün kaçınılmaz olduğunu gösterir.

Raz'a göre, ne hukuki pozitivizm ne de kaynaklar tezi genel anlamda hukuk ile ahlak arasında zorunlu bir ilişki olmadığını iddia eder. Hart'ın da işaret ettiği üzere hukuk sistemleri ancak belli insani ihtiyaçları karşılayabilmesi durumunda istikrarlı bir şekilde ayakta kalabilir. Demek ki hukukun belli iyileri içermesi elzemdir. Başka bir açıdan bakılırsa, hukuk sistemlerinin belli kötülükleri yapma imkânı yoktur: örneğin hukuk sistemleri bilfiil adam öldüremez veya tecavüz edemez²⁰⁷. Yazar, hukuk ile ahlak arasındaki bu zorunlu ilişkilere dair önermelerin doğruluğunu kabul eder ve sert veya yumuşak pozitivizmin bunlara aykırı bir tezinin olmadığını belirtir.

²⁰⁴ A.g.e, s. 234.

²⁰⁵ A.g.e.

²⁰⁶ Raz, *The Authority of Law...*, s. 46.

²⁰⁷ A.g.e, s. 224.

Fakat bu tip önermeler zaten aşikârdır ve hukuk anlayışını arttırmamaktadır.²⁰⁸ Kaynaklar tezi de bu aşikâr ilişkileri reddetmez. Bu tez sadece analitik bir şekilde neyin hukuk olup neyin hukuk olmadığını ve bundan kaynaklanan, aşikâr olmayan çıkarımları açıklayarak hukuk anlayışını zenginleştirir. Bu nedenle hukukun teşhis ve tespiti faaliyetini ahlaki ölçütlerden ayırık tutarak betimleyici bir yaklaşım benimsemek (nötrlük tezi), hukukun ahlak ile olan ilişkilerini inkâr etmez.

Bu bahiste Raz, Dworkin'in hukuki pozitivizme dair genel eleştirisine cevap vererek kaynaklar tezini netleştirir. Dworkin, hukuki pozitivizmin siyasi bir kuram gibi hukuka bir işlev yüklediğinden dolayı hukuku bir kurallar sistemi olarak ele aldığını savunur. Bu işlev de, özel veya kamusal alanlardaki davranışlar için hükme bağlanmış resmi ve güvenilir bir standartlar dizisi sağlamaktır ki, bu standartların bağlayıcılığı bir takım insanların kendi siyasi veya ahlaki görüşleri ile sorgulanmaz. Dworkin, bu şekilde hukuki pozitivizmin hukukun belirliliğine dair işlevsel bir ajanda içinde olduğuna işaret eder. Ancak Raz hukuki pozitivizmin bir siyasi ahlak kuramı olmadığını, betimleyici ve analitik bir kuram olduğunu ifade eder.²⁰⁹

Raz'ın kaynaklar tezi, toplumsal olgu tezi ve ayrılık tezinin sert pozitivist bir yaklaşım ile yeniden yapılandırılmasını ifade etmektedir. Yazarın argüman çizgisi ve felsefi dayanağı, Hart-Dworkin tartışmasından farklı bir alandan, hukukun meşru otorite iddiasından doğan kavramsal zorunluluklardan gelmektedir. Raz bu özgün fikirden yaptığı çıkarımlar ile hem Dworkin'in hem de Hart'ın kuramlarını çürütür ve ahlak ile hukukun her zaman farklı kavramsal alanlarda olduğunu göstererek toplumsal olgu ve ayrılık tezlerini bir anlamda sertleştirir.

Bu analizler, hukuki yasaların sahip olduğu özellikler hakkındadır. Bununla beraber Raz, hukukun anlaşılması için onun bir bütün olarak da ele alınması gerektiğini söyler. Ancak bunların bir arada değerlendirilmesi ile hukuk doğru bir şekilde açıklanabilir. Sıradaki alt başlıkta hukuk sistemine dair unsurlar, bu başlıkta sunulan kaynaklar tezinden sağlanan çıkarımlar da kullanılarak incelenecektir.

²⁰⁸ Joseph Raz, "About Morality and the Nature of Law", *American Journal of Jurisprudence*, Cilt: 48, Sayı:1, 2003, ss. 1-5.

²⁰⁹ Raz, "Authority, Law, and Morality", ss. 320-321.

1.2.4. Hukuk Sistemi

Raz, hukukun meşru otorite iddiasından doğan nitelikleri açıklayarak ve hukuk felsefesindeki çeşitli pozisyonlara eleştiriler yönelterek kavramsal çerçevede hukuk ile ilgili ağırlık sahibi argümanlar öne sürmüştür. Bu alt başlıkta ise yazarın hukuk sistemini inceleyerek ile ulaştığı fikirlere bakılacaktır. Düşünür, bir hukuk sisteminin varlığının ve sistemin normlarının teşhisinin sınanması için üç ölçütün ele alınması gerektiğini savunur. Bunlar, *kurumsal karakter* (I), *etkililik* (II) ve *kaynaklardır* (III).

Kurumsal karakter (I) hakkında belli tartışmalar olsa dahi, bir normlar sisteminin söz konusu sistemdeki normların uygulanmasından kaynaklanan uyumsuzlukları çözmekle görevli mahkemeler olmadıkça bir hukuk sisteminin olamayacağı ortadadır. *Kurumsal karakter (institutional character)* ölçütü de hukukun varlığı ve teşhisinden bahsedilebilmesi için işte bu kurumsal yapıların gerekliliğine ve hukukun da bunlarla zorunlu bir ilişkide olduğuna işaret eder.²¹⁰

Raz, hukukun bu karakterini cisimleştiren iki tip kurumun incelenmesiyle bu niteliğin aydınlatılabileceğini söyler. Bunlar, *norm yaratan kurumlar (norm-creating institutions)* ve *norm uygulayan kurumlardır (norm-applying institutions)*²¹¹. Gerçekten de meclisler, mahkemeler, icra kurumları gibi kurumlar ele alınmaksızın hukukun kurumsal karakterini aydınlatmak ve içinde bulundukları sistemi ortaya çıkarmak zordur. Norm yaratan kurumlar açısından yasama meclisleri, norm uygulayan kurumlar açısından da mahkemeler tipik örneklerdir. Yazar, norm uygulayan kurumları da ikiye ayırır: *cebren norm uygulayan kurumlar (norm-enforcing institutions)* ve *birincil norm uygulayan kurumlar (primary norm-applying institutions)*. Cebren norm uygulayan kurumlar, yeni normlar oluşturmada mevcut normları fiziki olarak uygular. Hapishaneler, icra daireleri, zabıta bu gruba girer. Diğer yandan mahkemeler bundan farklıdır. Mahkemeler, mevcut kanunları, kendileri de birer norm olan kararlar vererek uygularlar. Raz işte bunlara birincil norm uygulayan kurumlar der.²¹²

²¹⁰ Raz, *The Authority of Law...*, ss. 43-44.

²¹¹ Richard Collins, *The Institutional Problem in Modern International Law*, Oxford: Hart Publishing, 2016, s. 108.

²¹² Joseph Raz, "The Institutional Nature of Law", *The Modern Law Review*, Cilt: 38, Sayı: 5, 1975, ss. 491-493.

Düşünüre göre bir hukuk sistemi, cebren norm uygulayan kurumlar olmasa dahi var olabilir ama birincil norm uygulayan kurumların olması zorunludur. Bir hukuk sistemi, yeni normlar yaratmadan, belli gelenekler ve emsal kararlara dayanarak normatif bir düzen oluşturabilir. Birincil norm uygulayan kurumların kararlarının cebren uygulanması gerekmebilir ya da bu cebri faaliyet toplum tarafından gerçekleştirilebilir. Bu ihtimallerden dolayı cebren norm uygulayan kurumlar ve norm yaratan kurumlar zorunlu unsurlar değildir. Buna karşın sistemin normlarını somut vakalara dair normlara dönüştürmeyen birincil norm uygulayıcı kurumlar olmaksızın sistem işleyemez. Cebren norm uygulayan kurumlar da bu işlevi sadece cebri faaliyetleri ile sağlayamaz.

Mahkemeler gibi birincil norm uygulayan kurumlar, bireylerin hak ve ödevlerini mevcut normları uygulayarak belirleme yetkisine sahiptir. Raz bu işlevi bir başkasının da yerine getirip getiremeyeceğini sorgulayarak mahkemelerin özel bir niteliğine işaret eder. Pekâlâ, herkes hukuki iddialarda bulunarak birilerinin kendilerine borçlu olduğunu veya belli bir haklara sahip olduklarını ilan edebilir. Mahkemelerin farkı, otoriteyi haiz bir şekilde insanların hukuki durumlarını belirleme yetkisine sahip olmalarıdır²¹³. Kişiler, konu hakkında kendi görüşlerini ifade edebilirler ama bunlar bağlayıcı değildir. Mahkemelerin bağlayıcı karar veriyor olması onların hata yapamayacağı manasına gelmez. Ancak mahkemelerin özel niteliği tam da budur: kararları hatalı olsa dahi bağlayıcıdır. Birincil norm uygulayıcı kurumların doğası ve işlevi bu olguya dayanır.²¹⁴ Tabii ki birçok hukuk sisteminde olduğu gibi bu kararlar belli şartlarda temyiz edilebilir ve bozulabilir. Ama bu da sadece başka birincil norm uygulayıcı kurumlar (örneğin üst mahkemeler) tarafından yapılabilir. Kaldı ki bu bozma kararı verilmeden önce diğer karar bağlayıcıdır ve az önceki mantık burada da geçerlidir: üst mahkemenin verdiği karar da hatalı olabilir fakat yine de bağlayıcıdır.

Raz, buraya kadarki açıklamalardan sonra belli çıkarımlarda bulunur. Hukukun kurumsal karakterine dair çıkarımlardan ilki, *hukukun sınırlarının (limits of law)* olduğudur. Hukukun sınırlarının varlığı, hukuk olan ile hukuk olmayan arasında bir

²¹³ Michael Torrance, "Persuasive Authority Beyond the State: A Theoretical Analysis of Transnational Corporate Social Responsibility Norms as Legal Reasons Within Positive Legal Systems", **German Law Journal**, Cilt: 12, Sayı: 8, 2011, s. 1591.

²¹⁴ Raz, "The Institutional Nature of Law", ss. 493-496.

sınır ve bu sınırı oluşturan koşulların mevcut olmasını ifade eder²¹⁵. Yazar bu argümanını izah ederken mevcut alışlagelmiş hukuk sistemleri ile farazi bir normatif sistemi karşılaştırır. Bu senaryoda mahkemelerin sınırsız takdir yetkisi olduğu ve mahkemelerin uygulaması gereken kuralları meydana getiren herhangi bir yasama kurumu veya örfi kural sistemi olmadığı farz edilsin. Bu sistemde mahkemeler önlerine gelen uyuşmazlıkları arzu ettikleri gibi karara bağlayabilsin ve bir mahkeme kararının diğer mahkeme açısından bağlayıcılığı olmasın. Düşünür, alışlagelmiş hukuk sistemlerinin bu sınırsız takdir sisteminden farkının bireylere uymaları gereken normlar sunarak onlara kılavuzluk sağlaması olduğunu vurgular.²¹⁶ Hukuk sistemlerinde bireylerin hak ve ödevlerini belirleyen hukuk kuralları mevcuttur. Bunlar bazı hukuk sistemlerinde yazılı ve düzenli, bazılarında ise sözlü ve daha düzensiz olabilir. Bazı kurallar parlamentolar vasıtası ile yasalar şeklinde vücut bulurken, bazı kurallar örfi nitelikte ve içtihat tipinde olabilir. Ama her şekilde, insanların davranışlarını kurallara göre düzenleyebilecekleri hukuk normlarının varlığı kavramsal bir zorunluluktur.

Mahkemeler, birincil norm uygulayıcı kurumlar olarak uyuşmazlıklarda en başta hukuk kurallarını uygularlar ve tam da bu yüzden taraflar mahkemelere bu hukuk kurallarına dayanarak başvurur. Raz bu açıdan hukukun bir iç değerlendirme sistemine sahip olduğunu söyler. Uyuşmazlıklara konu olan davranışlar, hukuki bir bakış açısı ile değerlendirilebilir ve mahkemeler de bu bakış açısı ile mevzubahis davranışları değerlendirmekle yükümlüdür. Bu, mahkemelerin her vakada formalist bir şekilde işlev gördükleri manasına gelmez²¹⁷. Hukuk sistemleri belli konularda mahkemelere takdir yetkisi tanır. Birçok durumda hukuk sistemi mahkemelerin önündeki seçenekleri sınırlasa da tek bir doğru çözüm öngörmez. Ancak her halükarda mahkemelerin sınırsız takdir kullanma veya sistemin belirlediği şartların dışında hukuku uygulamaktan imtina etme yetkileri olmadığı gibi hukuk sükeleri de mahkemelerin kararlarını hatalı bulsalar dahi bu kararlarının bağlayıcı olmadığını otoriteyi haiz şekilde iddia edemezler.²¹⁸

²¹⁵ Raz, "Legal Principles and Limits of Law", s. 842.

²¹⁶ Raz, "The Institutional Nature of Law", ss. 495-497.

²¹⁷ Raz, **Ethics in the Public Domain...**, ss. 332-333.

²¹⁸ A.g.e, ss. 497-499.

Hukuktan bahsedildiğinde belli bir hukuki kurumun oluşturduğu veya mahkemeler gibi belli hukuki kurumların uyguladığı bir takım normlar akla gelir. Hukuki normların şu ya da bu şekilde ilgili kurumlar ile belli bir bağlantısı olmalıdır. Hiçbir kurum ile herhangi bir bağlantısı bulunmayan bir norm hukuki olamaz. Kurumsal karakter de zaten bunu ifade eder. Bu hukuk kuralları da, tüm meşru kuralları (ahlaki, dini ve benzeri) kapsamaz²¹⁹. Eğer öyle olsa idi yukarıda belirtilen farazi sınırsız takdir sisteminin de bir hukuk sistemi olarak ele alınabiliyor olması gerekirdi. Hukuk, yalnızca bunların bir alt grubunu teşkil eden, uygun kurumsal bağlantısı olan kuralları kapsar. Hukukun sınırları olduğuna dair bu analiz, bir normun ancak ilgili kurumsal bağlantıyı sağlaması halinde gerekli kavramsal sınırı geçerek hukuk alanına dâhil olabileceğini gösterir.²²⁰

Raz'ın hukukun kurumsal karakteri hakkındaki ikinci çıkarımı, bir sistemin veya kuralın hukuk olarak sayılması için ahlaki niteliklerin ölçüt olarak alınamayacağıdır. Bu tespit hukukun geçerlilik ölçütünde ahlaki şartların olmasına ilişkin değildir; bu bahis yukarıdaki alt başlıklarda incelenmiştir. Burada işaret edilen husus, hukuka dair bir tespitte bulunurken gözlemlenen olguların ahlaki niteliklerine göre hukuktan elenemeyeceği veya hukuka katılamayacağıdır. Eğer hukuk, kurumsal karaktere sahip bir sistem ise o zaman ilgili kurumsal bağlantıyı sağlaması halinde bu kümeye ait olan kurallar gayriahlaki olsalar dahi bu sistem altında hukuk kuralları haline gelirler. Hukukun teşhisine dair bağımsız ahlaki koşullar aranırsa gerçekleşebilecek ilk ihtimal, bazı doğal hukuk kuramlarının yaptığı gibi, söz konusu hukuk sisteminin parçasını oluşturan bazı kuralların gayriahlaki olmalarından dolayı aslında hukuk olmadıkları sonucunun benimsenmesidir ki bu yanlıştır. Örneğin gayriahlaki bir vergi sistemi ilgili kurumsal şartları sağlıyor ise bu açıkça hukuktur. Ahlaki nitelikler de aranırsa o zaman bunun hukuk olmadığı çıkarımına ulaşılır ki bu da hukukun hatalı bir şekilde teşhis edilmesine ve ciddi toplumsal gelişmelerin görmezden gelinmesine yol açar. İkinci ihtimal ise yine bazı doğal hukuk kuramlarının yaptığı gibi, hukuk kurumları ile bağlantısı olmayan bazı kuralların sırf belli ahlaki nitelikleri taşıdıklarından dolayı hukuk oldukları sonucuna varmaktır ki bu da hatalıdır.²²¹ Örneğin antidemokratik baskıcı bir sistemde, siyasi ahlaka dair adil

²¹⁹ Raymon A. Belliotti, **Justifying Law: The Debate over Foundations, Goals, and Methods**, Philadelphia: Temple University Press, 1992, s. 60.

²²⁰ Raz, **The Authority of Law...**, ss. 44-45.

²²¹ **A.g.e.**, s. 45.

demokratik ilkelerin sırf bu ahlaki niteliklerinden dolayı hukuk haline gelmiş olduklarını söylenemez.

Bu açıklamalar bir hukuk sistemi açısından kurumların merkezi bir konumda olduğunu göstermektedir. Raz bu özelliğin, hukuk sistemlerinin “sürekliliğinin” tespiti açısından kurumsal yapının muhafazasının önemine işaret ettiğini belirtir. Bu sürekliliği incelemek için de hukuku siyasi bir sistemin içinde ele almak gerekir. Eğer siyasi sistemdeki değişiklikler, hukuk sistemindeki anayasal ve idari kurumlarda ciddi değişikliklere yol açarsa o zaman bir hukuk sisteminin sona erip farklı bir kurumsal yapı ile farklı bir hukuk sisteminin başladığı düşünülebilir. Bu değişim sürecinde anayasanın kendisi hala muhafaza ediliyor olabilir. Fakat yine de kurumsal yapıyı ciddi biçimde değiştirecek kapsamda anayasal ve idari değişiklikler, sistemi sona erdirip bir diğerini başlatmaya yeterli olabilir. Birçok hükümet darbesi veya yeni kurulan devlet eski anayasalarını korumakla beraber kurumsal yapıda değişiklikler yaparak kendilerinden önceki sistemi sona erdirip yenilerini başlatmışlardır. Her ne kadar hukuk kendi içerisinde bir otonomiye sahip olsa da nihayetinde siyasi bir sistemin parçasıdır²²². Hukuk sistemleri kaçınılmaz olarak içinde bulundukları siyasi sistemlerin devamına bağlı olduklarından, dolaylı olarak içinde bulundukları siyasi sistemlerdeki hukuki olmayan gelişmelerin gidişatından etkilenirler. Fakat tabii ki her yeni siyasi gelişme veya iktidar değişimi sistem değişikliği yaratmaz. Yeni bir hukuk sisteminden bahsedebilmek için kapsamlı anayasa veya idare hukuku değişiklikleri beklenir; ticaret kanunundaki birkaç maddenin değiştirilmesi bu sonucu yaratmaz. Yalnızca kurumsal yapının kökten değişimi halinde bu durum söz konusu olur. Yazar, bu bahiste Kelsen’in devleti siyasi bir sistem olarak ele alamadığı için anayasal sürekliliği bozulmamakla beraber siyasi anlamda yeni kurulan devlet ve hukuk sistemlerini açıklayamadığını ve bu nedenle kuramının hatalı olduğunu belirtir.²²³ Kelsen hukuku şekli bir normlar hiyerarşisi olarak gördüğünden hukuk sisteminin sürekliliği ancak farklı bir anayasa ile kesintiye uğrayabilir ve bunun sonucunda farklı bir sistem ortaya çıkarabilir. Raz, Kelsen’in kuramındaki işte bu çıkarımı hatalı bulur.

²²² Joseph Raz, **The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System**, 2. Baskı, Oxford: Clarendon Press, 1980, ss. 210-211.

²²³ Joseph Raz, “The Identity of Legal Systems”, **California Law Review**, Cilt: 59, Sayı: 3, 1971, ss. 813-814.

Kurumsal yapının önceliği ve gerekliliğine dair açıklamalar, her ne kadar kurumsal bağlantısı olmayan normlar hukuk olmasa da, kurumsal olarak uygulanan tüm normların hukuk sisteminin parçası olduğu algısını yaratabilir. Raz’a göre bu bir hatadır. Hukuk tarafından uygulanan tüm normlar sistemin parçası haline gelmezler. Bir normun sistem tarafından uygulanıyor olması, onun sistemin kendi normu olması (hukuk olması) için gerekli ama yeterli olmayan bir unsurdur. Sistemin kurumları tarafından uygulanan normlar ile sistemin normları arasındaki fark, hukuk sisteminin “kapsamı” meselesidir.²²⁴

Mahkemeler birçok durumda hukuki olmayan normları uygulamakla yükümlüdürler. Örneğin toplumsal normlar, kişilerin veya toplumsal grupların kendi içlerinde yarattığı normlar, başka ülke sistemlerinin normları gibi. Mahkemeler; ticari örf ve adetleri, taraflar arasında yapılan sözleşmeleri, derneklerin tüzüklerini, yabancı ülkelerin kanunlarını belli şartlar gerçekleşmesi halinde uygulamakla yükümlüdür. Bentham ve Hart, bu bahiste mahkemelerin uyguladığı normların, bunları uygulayan mahkemelerin dâhil olduğu hukuk sisteminin bir parçası halinde geldikleri çıkarımında bulunmuşlardır²²⁵²²⁶. Raz ise her ne kadar devlet gücü vasıtasıyla normların uygulanması ulusal bir hukuk sisteminin tanımlayıcı bir niteliği olsa dahi, bunun hukukun kimliği açısından tek ölçüt olmadığını belirtir. Yazar, bu tip durumların hukukun diğer toplumsal gruplaşmaları muhafaza ve destekleme işlevinden kaynaklandığını savunur. Ancak bu, normların onları uygulayan ulusal hukuk sisteminin birer parçası haline gelmeleri için yeterli değildir. Bazı normlar her ne kadar bir sistemin parçası olmasa dahi o sistem tarafından çeşitli diğer toplumsal gruplaşmaları destekleme işlevinden dolayı tanınıp uygulanabilir. Fakat bu normlar hukuk sisteminin kapsamına dâhil olmazlar. Bir devletin kendi nitelikleri ve doğası ile diğer toplumsal sistemler ile ilişkileri arasında nasıl bir fark varsa bir hukuk sisteminin normları ile her ne kadar bu sisteme dâhil olmasa da o sistem tarafından uygulanan normlar arasında da bir fark olmalıdır. Bu çizginin nereden çizileceği konusunda Raz kesin bir cevap vermekten kaçınır ama çözümün normun uygulamada hangi işlevi gördüğünün araştırılmasından geçtiğini söyler. Eğer bu uygulama, hukukun kendi sistemine dair bir işleve yönelik ise söz konusu norm o

²²⁴ A.g.e., ss. 811-813.

²²⁵ Jeremy Bentham, **Of Laws in General**, Güncellenmiş baskı, London: Continuum International Publishing, 1970, ss. 22-30.

²²⁶ Hart, **The Concept of Law...**, ss. 108-109.

sisteme dâhil olarak değerlendirilmelidir. Fakat eğer uygulama hukukun diğer toplumsal gruplaşmaları muhafaza ve destekleme işlevine yönelik ise ilgili norm o sisteme dâhil değildir.²²⁷

Raz, hukukun kurumsal karakterinin neyi temsil ettiğini ve bundan doğan çıkarımları ele aldıktan sonra kurumsal karakterin hukuka özgü olan niteliklerine eğilir. Yazar, belli norm yaratan ve norm uygulayan kurumların oluşturulması ile bunların uygulaması için belli sistem normlarının varlığı şartlarının başka toplumsal sistemlerde de söz konusu olabileceğini söyler. Örneğin bir üniversite kurulu, spor kulübü veya bir sendika da yukarıda belirtilen unsurlara sahip olabilir. Raz'a göre, hukuk sistemleri kurumsal açıdan üç farklı özelliğinden sahip olduklarından diğer toplumsal sistemlerden ayrışırlar.²²⁸

Bunlardan ilki, hukuk sistemlerinin kapsayıcı olmasıdır. Hukuk, diğer sistemlerin aksine tüm toplumsal davranış biçimlerini düzenleme otoritesine sahip olduğunu iddia eder. Üniversite kurulları, spor kulüpleri veya sendikalar gibi diğer kurumsal sistemler ise belli bir toplumsal davranış biçimi alanını düzenlemeye yöneliktir. Hukuk belli alanlarda bu düzenleme otoritesini süklerini serbest bırakarak da kullanabilir. Bu şartın sağlanması için hukuk sisteminin her alanda düzenleme yapma otoritesine sahip olduğunu iddia etmesi yeterlidir. İlla her bir kişinin her bir davranışının hukuk tarafından belli bir şekilde sokulmasına gerek yoktur.²²⁹

İkinci farklılaşma alanı, hukukun üstünlük iddiasıdır. Hukuk, diğer normatif organizasyonları yasaklama, onlara izin verme ve bunların kuruluş, işleyiş şartlarını düzenleme konusunda otorite iddiasındadır.²³⁰ Diğer sistemlerin böyle bir iddiası yoktur veya böyle bir iddiaları olursa hukuk tarafından bastırılırlar. Bir toplumda hukuk dışında da normatif organizasyonlar mevcut olabilir ama bunlar sadece hukukun izin verdiği ölçüde etkili olabilirler.

²²⁷ A.g.e., ss. 814-815.

²²⁸ Raz, **Practical Reasons and Norms...**, ss. 149-150.

²²⁹ A.g.e., ss. 150-151.

²³⁰ Halit Uyanık, "Kurumsallaşmış bir Normatif Sistem Olarak Hukuk ve İkincil Eylem Sebepleri", **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi** – 25, Editörler: H. Ökçesiz ve diğerleri, İstanbul Barosu Yayınları, 2012, s. 210.

Üçüncü farklılaşma alanı ise hukuk sistemlerinin açık sistemler olmasıdır. Kendisine dâhil olmayan normlara kendi sistemi içinde bağlayıcılık gücü veren sistemler, açık sistemlerdir. Hukuk sistemleri diğer toplumsal birliktelik hallerini muhafaza eder ve destekler. Sözleşmelerin, örf ve adetlerin, dernek tüzüklerinin, diğer ülkelerin kanunlarının hukuk tarafından bağlayıcı kılınması ve uygulanması bu kapsamdadır. Bunlar hukuk sisteminin kendi normları değildir, hukukun bir parçası olmazlar. Ancak bunlara sistem içerisinde bağlayıcılık gücü tanınarak sistemin kurumları tarafından uygulanırlar²³¹. Hukuk bu açılardan, insan davranışı yönetme ve uyuşmazlıkları çözümlmek için oluşturulmuş ve her türlü aktiviteye müdahale etmeye dair üstün bir otorite iddiasında olan açık bir sistemdir.²³²

Raz, bu kapsayıcılık, üstünlük ve açıklık niteliklerini taşıyan hukuk sistemlerinin devlet olarak var olduklarından dolayı modern hukuk kuramlarının genelde ulusal hukuk sistemlerine eğilmelerini doğal ve yerinde bulur. Bununla beraber yazar, devletlerin bu nitelikleri ellerine almasının tarihsel bir süreçle gerçekleştiğine ve geçmişe bakıldığında kilise hukukunun veya Roma hukukunun daha öncelikli olduğuna işaret eder. Son olarak Raz, küreselleşmenin gelişmesi ile beraber ulusal hukuk sistemlerinin öncelikli pozisyonunu yavaş yavaş kaybedebileceğini de belirtir. Uluslararası hukuk her ne kadar ulusal hukuk sistemlerine kısıtlama getirdiğini iddia etse de bu kısıtlama küreselleşme öncesinde ağırlıklı olarak söz konusu devletlerin rızasına ve devam eden işbirliğine bağlı olmuştur. Ancak küreselleşme ile beraber Birleşmiş Milletler, Dünya Ticaret Örgütü ve Avrupa Birliği gibi yapılardan çıkılması ya neredeyse imkânsız ya da çok maliyetli olduğu ve bu örgütlerin, üyelerinin politikalarını yönlendirme veya engelleme noktasında büyük güce sahip olduğu için artık durum değişmektedir. Düşünre göre bu tip yapıların hukuk sistemi olarak gelecekte ön plana çıkmaları ve ulusal sistemlerin geriye çekilmeleri mümkündür.²³³ Ulusal üstü yapıların gücü arttıkça, ulusal hukuk sistemlerinin kapsayıcılık ve üstünlük nitelikleri zayıflamaktadır.

²³¹ Leslie Green, "Legal Positivism", **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, 2018, <https://plato.stanford.edu/archives/spr2018/entries/legal-positivism/> (Son erişim tarihi: 1.6.2019)

²³² Raz, **Practical Reasons and Norms...**, ss. 152-154.

²³³ Joseph Raz, "Why the State?", **In Pursuit of Pluralist Jurisprudence**, Editörler: N. Roughan & A. Halpin, Cambridge: Cambridge University Press, 2017, ss. 147-155.

Etkililik (II) unsurunun, bir hukuk sisteminin varlığının ve sistemin normlarının teşhisinin sınanması için kurumsal karakter ve kaynaklara kıyasla en bariz ölçüt olduğu söylenilebilir. Her ne kadar bu başlık hakkında belli fikir ayrılıkları olsa dahi, hukuk olma iddiasındaki bir sistem, toplumun en azından belli kesimleri tarafından benimsenmiyor ve genel olarak itaat edilmiyor ise bu sistemin yürürlükte olduğu düşünülemez.²³⁴

Raz, *etkililik (efficacy)* bahsinde genel olarak bir sistemin etkili olması gerekliliğinin bariz olduğunu ifade eder. Ancak tekil hukuk kuralları açısından etkililiğin oynadığı rol tartışmalıdır. Bu konuda iki karşıt pozisyondan bahsedilebilir. Bunlardan ilkinde göre, bir hukuk kuralının varlığı için etkililiğin hiçbir ağırlığı yoktur; geçerliliğinin sağlanması için söz konusu sistemdeki usule uygun şekilde oluşturulmuş olması yeterlidir. İkinci yaklaşım ise hukukun varlığını sadece etkililiğe bağlayarak toplumsal itaati yeterli sayar. Raz, her iki görüşte de doğruluk payı olduğunu söyler. Gerçekten de hiçbir kurumun veya kişinin davranışına etkide bulunamayan bir kuralın hukuk olarak nitelenmesi makul değildir. Diğer yandan sadece toplumsal pratiklere bakılması durumunda da toplumsal normlar ile hukuki normlar arasındaki fark gözden kaçırılmış olur.²³⁵

Raz bu bahiste her iki görüşün makul noktalarını birleştirerek bir açıklama getirir. Yazar kendi çözümünde vurguyu, toplumsal itaat ve parlamentolar gibi norm yaratan kurumlar yerine aslen mahkemelerin temsil ettiği norm uygulayan kurumlara yapar ve etkililik ölçütünün bu kurum özelinde incelenmesi gerektiğini savunur. Buna göre, bir norm ancak norm uygulayan kurumlar tarafından uygulanması durumunda sistemin bir parçası olabilir.²³⁶

Raz bu iddiasını üç unsura dayandırır. İlk olarak, her ne kadar hukukun norm yaratan kurumları günümüz devlet sistemleri açısından oldukça önemli olsa da ilkel hukuk sistemlerinde durum böyle değildir. Bu sistemlerde norm yaratan kurumlar

²³⁴ Raz, *The Authority of Law...*, ss. 42-43.

²³⁵ Raz, "The Identity of Legal Systems", ss. 801-802.

²³⁶ Hanoch Sheinman, "The First Virtue of the Law Courts and the First Virtue of the Law", *Legal Theory*, Cilt: 13, Sayı: 2, 2007, s. 121.

yoktur. Diğer yandan norm uygulayan kurumlar, her zaman her toplumda hukukun asli bir unsuru olmuştur.²³⁷

İkinci olarak, çoğu hukuk sistemi oldukça çeşitli hukuk kaynaklarını tanır. Norm yaratan kurumları ve geçerli hukuk yaratma usullerini tespit etmenin tek yolu hangi hukuk kaynaklarının norm uygulayan kurumlar tarafından tanındığına bakmaktır.²³⁸

Üçüncü ve son olarak da, hukukun kurumsal ve normatif bir sistem olmasından dolayı bu çözüm, sadece itaate dayalı görüşün aksine, hukuka dair genel kabuller ile uyumludur. Bir kural her ne kadar norm yaratan kurumlar tarafından usule uygun şekilde kabul edilmiş olsa da, norm uygulayıcı kurumlar tarafından dikkate alınmıyor ise hukukun bir parçası haline gelemmez. Diğer yandan norm uygulayan kurumlar, norm yaratan kurumların oluşturduğu kuralı belli bir minvalde yorumlayıp istikrarlı bir şekilde bu yönde uygularlar ise söz konusu kuralın yasama sürecindeki lafzından ziyade ancak mahkemelerin yorumladığı halinin hukuk sisteminin parçası olduğu söylenebilir. Norm yaratan ve norm uygulayan kurumlar çatıştığında, hukuk süjelerini doğrudan etkileyen kararları norm uygulayan kurumlar verdiğinden dolayı, neyin hukuk olduğunu ilan etmeye dair nihai otorite norm uygulayan kurumlardadır. Sonuç olarak bir kuralın hukuk sisteminin içinde olması için norm uygulayıcı kurumlar tarafından etkili bir şekilde uygulanıyor olması lazımdır. Bu gerçekleşmiyor ise mevzubahis norm hukuk sistemine dâhil olamaz.²³⁹ Tabii ki bu unsur gerekli bir koşul olsa da yeterli değildir. Etkililiğin yanı sıra kurumsal karakter bahsinde belirtilen koşulların ve aşağıda açıklanacak kaynaklar ölçütünün de sağlanması gerekir.

Kaynaklar (III) ölçütü, Raz'ın bir hukuk sisteminin varlığının belirlenmesi ve içeriğinin teşhisi için kullandığı ölçütlerden üçüncüsüdür. *Kaynaklar* (sources) ölçütü, hukukun kaynaklarının varlığı ve içeriğinin sadece toplumsal olguların araştırılması ile teşhis edilebileceğini ifade eder. Bir önceki alt başlıkta Raz'ın kaynaklar tezi açıklamaları ve itirazlara verdiği cevaplar incelenmiştir. Hukuk

²³⁷ Raz, *The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System...*, ss. 192-193.

²³⁸ Raz, "The Identity of Legal Systems", s. 803.

²³⁹ A.g.e., ss. 803-804.

sisteminin varlığı ve teşhisi açısından yumuşak pozitivizm, etkililik ve kurumsal karakter ölçütlerini benimsese de kaynaklar ölçütünü zorunlu tutmaz. Sert pozitivizmin kurucusu Raz ise hukukun bir bütün olarak ele alınmasında da aynı fikri savunarak hukukun sadece toplumsal kaynaklardan oluşabileceğini ve kaynaklar ölçütünün de ele alınması gerektiğini ileri sürer²⁴⁰.

Bu bahiste toplumsal kaynak temelli yasaların nasıl birbirleri ile bir bütünlük teşkil ederek sisteme bağlandıklarının ve bu yasaların dışındaki normların hukuki faaliyette nasıl bir rol oynadığının açıklanması gerekir. Bir önceki alt başlıkta da vurgulandığı üzere mahkemeler, yalnızca toplumsal kaynak temelli yasaları kullanıp hukuku uygulamaz²⁴¹. Aynı zamanda bu yasaların dışındaki normları kullanıp hukuk yaratırlar. Bu tespitler norm uygulayan kurumların mevcut hukuk kurallarının ötesinde yeni kurallar da yaratabilecekleri bir takdir alanının olduğuna işaret eder. Bu takdir alanı olmasa idi mahkemeler sadece hukuku uygulayacaklarından yukarıdaki tüm saptamalar hukuk pratiğine dair anlayış ve gözlemlere ters düşerdi. Raz, bu nedenle bu bahsin tam olarak izah edilebilmesi için yeni bir kural yaratma ile mevcut olan bir kuralı uygulama arasındaki farkın gösterilmesi gerektiğini söyler. Bu sayede toplumsal kaynaklı kuralların birbirleriyle olan bağları ile diğerlerinden ayıran sınırlar daha iyi anlaşılabilir.²⁴²

Bu konuda değerlendirmelerde bulunan esas kişi Hart olduğu için Raz öncelikle onun görüşlerini ele alır. Hart, yeni bir kural yaratma ile mevcut bir kuralın uygulama arasındaki farkı, söz konusu kuralı uygulamaya dair bir yükümlülüğün var olması ile olmaması arasındaki fark ile açıklar. Eğer mahkeme bir kuralı uygulamakla yükümlü ise o zaman mevcut bir kuralı uygular. Eğer mevzu bahis kuralı uygulamakla yükümlü değilse o zaman mevcut bir kuralı uygulamamakta ve yeni bir kural yaratmaktadır. Hart'ın tanıma kuralı da bu noktada hangi kuralların hukuk sistemine dâhil olduğunu ve resmi devlet görevlilerinin hangi kuralları uygulamakla yükümlü olduğunu tespit eder. Tanıma kuralı, hukuk sistemine geçerlilik ölçütü sağlayarak birincil kuralların belirlenmesi işlevini görür. Bu açıdan tanıma kuralı tektir; tüm hukuk sistemlerinde bulunur ve onun içerdiği koşulları

²⁴⁰ Raz, *The Authority of Law...*, ss. 45-47.

²⁴¹ Raz, *Ethics in the Public Domain...*, ss. 233-234.

²⁴² Raz, *The Authority of Law...*, s. 90.

sağlayan kurallar hukuk sisteminin parçası olurlar. Tanıma kuralının kendisi ise bir toplumsal pratiktir, başka bir kural tarafından geçerliliği tasdik edilemez.²⁴³

Raz, Hart'ın tanıma kuralına dair bu analizlerin netleştirilmesi gerektiği görüşündedir. Yazar, Hart'ın tanıma kuralının her vakada kesin bir şekilde neyin hukuk olup neyin olmadığını hükme bağlamadığının altını çizer. Bu hallerde hukuki olan ile olmayan arasında kalın bir çizgi olmayabilir ve hâkimler muhtemelen hem hukuku uygular hem de hukuk yaratır. Hart'ın da kabul ettiği üzere tanıma kuralı diğer kurallar gibi açık dokuludur ve bir noktaya kadar belirsiz veya tamamlanmamış olabilir. Tanıma kuralı, her soruna tam bir cevap veremeyeceğinden dolayı bazı sorunlar cevapsız kalacaktır. Mahkemeler de bu tip durumlarda belli çözümleri düzenli olarak tercih ettiklerinde tanıma kuralını değiştirmiş olurlar. Bu da zaten tanıma kuralının örfi bir kural olma niteliği ile uyumludur. Her örfi kural gibi tanıma kuralı da toplumsal pratikler ile beraber değişikliğe uğrar. Raz'ın Hart'ın tanıma kuralına dair ilk iddiası, bu kuralın yukarıdaki tespitler ışığında hukuk sistemindeki tüm geçerlilik ölçütlerini ifade etmediğidir. Hart'ın da değerlendirmeleri buna paraleldir. Bazı hallerde tanıma kuralı açısından da boşluklar söz konusudur ve bunlar da hâkimlerin hukuk yaratması ile doldurulur.²⁴⁴

Raz'ın tanıma kuralına dair ikinci iddiası, ilk iddiası ile bağlantılı olarak tanıma kuralının mutlaka tek bir üstün kural olması zorunluluğunun olmadığıdır. Pekâlâ, bir hukuk sisteminde birden fazla tanıma kuralı geçerli olabilir. Her hukuk sisteminin, hukuk normlarını diğer toplumsal normlarından ayıran belli bir geçerlilik ölçütünün olması zorunludur. Hart'ın haklı olduğu nokta, her hukuk sistemi en azından bir tanıma kuralına sahip olması gerektiğidir. Fakat birden fazla tanıma kuralı ile birden fazla geçerlilik ölçütü de söz konusu olabilir. Tanıma kuralları çoğul bir şekilde hukuk sisteminde yer alabilirler.²⁴⁵ Türk hukuku açısından bakılırsa Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 96. maddesi, Türk Medeni Kanunun 1. maddesi, Türk Ticaret Kanunun 1. maddesi tanıma kurallarıdır. Bu kurallar, sistemdeki hangi kuralların hukuk sükeleri ve mahkemeler açısından bağlayıcı olduğunu teşhis eder. Görüldüğü üzere bir sistemde birden fazla tanıma kuralı olabilir. Tanıma kuralları da

²⁴³ Hart, *The Concept of Law...*, ss. 110-117.

²⁴⁴ Raz, "The Identity of Legal Systems", ss. 808-809.

²⁴⁵ Raz, *The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System...*, ss. 199-200.

başka bir üst norm tarafından geçerli kılınabilir. Örneğin Medeni Kanunun 1. maddesinin üstün bir pozisyonu yoktur. Başka tanıma kuralları tarafından bu tanıma kuralı tanınmaktadır. Bu açıdan her tanıma kuralı örfi kural olmak zorunda değildir; bazıları yasalaşmış da olabilir. Tanıma kurallarına dair bu çoğulcu durum, hangi kuralların hukuken geçerli veya hangilerinin uygulanacağı noktasında tespiti daha zorlaştırabilir ancak bu kolaylık sağlama işlevi tanıma kurallarının kavramsal zorunluluğu değildir. Yukarıda da açıklandığı üzere tek bir tanıma kuralında dahi belli belirsizlikler ve uygulanması aşamasında zorluklar olabilir²⁴⁶.

Bununla beraber Raz, Hart'ın işaret ettiği üzere bu hukuk içi geçerlilik silsilesinin bir noktada kesileceğini kabul eder²⁴⁷. Belli bir kanunun neden hukuken geçerli ve bağlayıcı olduğu sorgulandığı zaman onun geçerliliğini ve buna bağlı olarak bağlayıcılığını tanıyan bir tanıma kuralına ulaşılır. Bu tanıma kuralının neden hukuken geçerli ve bağlayıcı olduğu sorgulandığı zaman da bu sefer onun geçerliliğini ve buna bağlı olarak bağlayıcılığını tanıyan bir başka tanıma kuralına ulaşılabilir. Ancak bir noktada bu sorgulamaya hukuk sisteminin içinden bir hukuki gerekçe bulunmayacaktır. İşte bu son noktalarda artık *nihai tanıma kurallarına* (*ultimate rules of recognition*) varılır. Nihai kuralların hukuki bir dayanağı yoktur; tam da bu niteliklerinden dolayı nihaidirler. Bu kurallar hukuki bir dayanağı olmamalarına rağmen resmi devlet görevlileri tarafından benimsenerek uygulanırlar ve diğer kuralların hukukiliklerini tanıyarak geçerlilik silsilesini başlatırlar. Nihai tanıma kuralları, tıpkı nihai olmayan tanıma kuralları gibi birden fazla olabilir. Örneğin bir nihai tanıma kuralı anayasadaki hukuki geçerlilik ölçütünün hukukiliğini tasdik ederken, başka bir nihai tanıma kuralı yüksek mahkeme kararlarının kanun hükmünde olduğunu onaylayabilir. Tüm bu geçerlilik ölçütlerinin tek bir kuralda toplanmasına gerek yoktur.²⁴⁸

Raz'ın tanıma kurallarına dair üçüncü iddiası, nihai tanıma kurallarının dahi emsalsiz olmadığına ilişkindir. Yazarın burada işaret ettiği bir diğer olası nihai kural, *nihai takdir kurallarıdır* (*ultimate rules of discretion*). Yukarıda da belirtildiği üzere hâkimler tanıma kurallarının tanıdığı kuralları uygular fakat bunun dışındaki alanlarda hukuk yaratarak hüküm verirler. Çoğu hukuk sisteminde hâkimlerin bu

²⁴⁶ Raz, "The Identity of Legal Systems", s. 810.

²⁴⁷ Hart, *The Concept of Law...*, s. 110.

²⁴⁸ Raz, *The Authority of Law...*, s. 68.

takdirlerini nasıl kullanmaları gerektiğine dair kurallar vardır²⁴⁹. Örneğin bu kurallar hâkimlerin takdirlerini kullanırken kanun koyucu gibi hareket etmeleri, sadece taraflar açısından en adil sonucu hedeflemeleri, vicdanları ile karar vermeleri, doktrindeki görüşleri dikkate almaları, orantılılığa ve hakkaniyete dikkat etmeleri, bazı hallerde hukuk yaratırken mümkün olduğunca temkinli olmaları doğrultusunda yönlendirebilir. Bu kuralların birçoğu tıpkı tanıma kuralları gibi birden çoktur ve yasalaşmışlardır. Bunlar nihai olmayan alelade *takdir kurallarıdır* (*rules of discretion*). Öte yandan takdir kuralları da yasalaşmamış olabilir ve hukuki bir temele dayanmayabilirler. Mahkemeler bunları örfi kural olarak uyguluyor olabilir. Bu durumdaki takdir kuralları nihai takdir kurallarıdır, kaynakları hukuki bir yasadan gelmez. Tanıma kurallarını, takdir kurallarından emsalsizlik bağlamında ayırabilecek tek unsur, nihai tanıma kurallarının zorunlu olarak olması gerektiği ancak tüm takdir kurallarının yasalaşabileceği ve hepsinin kaynağını tanıma kurallarından alabileceği ihtimalidir. Ama bu da zaruri değildir. Takdir kuralları herhangi bir tanıma kuralı tarafından tanınmadan doğrudan nihai takdir kuralları olarak da hukuk sisteminde var olabilirler. Bu durumda nihai takdir kurallarının kaynağı, tıpkı nihai tanıma kurallarında olduğu gibi mahkemelerin pratiklerindedir.²⁵⁰

Raz'ın tanıma kurallarına dair dördüncü ve son iddiası, nihai tanıma kurallarının nihai takdir kuralları ile birlikte “hukuki dayanağı olmayan örfi kurallar” olduğudur. Örneğin bir hukuk sisteminde mahkemelerin yasama organının kanunlarını uyguluyor oluşu (toplumsal pratik) hâkimler açısından mevzubahis kanunların uygulamasında hukuki bir sebep teşkil etmez. Bunu yapmalarındaki sebep, böyle bir hukuki kuralın var oluşudur. Söz konusu pratik, ilgili kuralın örfi olduğunun ve hukukta uygulandığına göre hukuki bir kural olduğunun gözlemlenebilir kanıtıdır ama kuralın hukuki temelini göstermez. Nihai kuralların hukuki bir dayanağı yoktur; tam da bu niteliklerinden dolayı nihaidirler²⁵¹. Hukuki geçerlilik silsilesinin bir noktada bitmesi kaçınılmazdır. Bu kuralların başka dayanakları olabilir. Fakat bunlar hukuki olamaz. Diğer yasalar açısından böyle bir sorun yoktur. Bunların hukuki geçerliliğini başka yasalar sağlar. Bu nedenle hâkimler, nihai kurallara hukuki bir dayanak sunmak için mahkemelerin pratiklerine

²⁴⁹ Raz, “Legal Principles and Limits of Law”, ss. 846-847.

²⁵⁰ Raz, “The Identity of Legal Systems”, ss. 810-811.

²⁵¹ William E. Conklin, **The Invisible Origins of Legal Positivism: A Re-Reading of a Tradition**, Amsterdam: Springer, 2001, ss. 290-291.

bakamazlar. Hâkimlerin mahkemelerin pratiklerine bakmasındaki gaye, bu kuralların içeriğini teşhis etmektir. Mahkemelerin nihai tanıma kuralına dair pratikleri, kuralların içeriğini gösterir, tıpkı tüccarların pratiklerinin ticari örfi ve adet kurallarının içeriğini göstermesi gibi. İlgili örf ve adetlerin nasıl ortaya çıktığı incelenirken belli toplumsal pratiklerin bu kuralı nasıl ortaya çıkardığına bakılabilir ancak bu araştırma hukuki bir çalışmadan ziyade sosyolojik bir incelemeyi ifade edecektir. Hukukilik, mahkemelerin nihai kuralları uygulamaları ile başlar; onun öncesini kapsamaz. Nihai kuralların hukuki bir dayanağının olmaması kaynaklarının olmadığı manasına gelmez. Her örfi kuralda olduğu gibi nihai kuralların da kaynakları toplumsal pratikler yani toplumsal olgulardır. Bu durum da kaynaklar tezinin tüm yasaların kaynak temelli olduğu savı ile uyumludur.²⁵²

Raz'ın tanıma kurallarına dair bu açıklamaları, hukuki kaynakların geçerlilik ölçütlerinin nasıl söz konusu olabileceği ve özelliklerini göstermektedir. Yazar bundan sonra yasaların nasıl geçerli olduğunu inceler. Doğal hukuk yaklaşımları hukuki geçerlilikte toplumsal olgular kadar ahlaki olguların da rol oynadığını savunurken hukuki pozitivizm buna karşı çıkar. Raz, geçerlilik kavramının ahlaki ve hukuki bağlamda nasıl farklı olduğunu ve buna hukuki pozitivizm açısından nasıl yaklaşılması gerektiğini analiz eder.²⁵³

Düşünüre göre ahlaki kuralların geçerliliği ancak onların meşruluğuna dair gerekçelendirmeler ile sağlanabilir. Ama hukuki kuralların geçerliliği için buna lüzum yoktur. Hukuk kuralları, sistemin öngördüğü geçerlilik şartlarını sağlaması durumunda geçerlidir. Hukuk kuralları sistematik bir geçerlilik şekli ile geçerli olurlar, belli bir meşrulaştırma ile değil. Ahlak kuralları geçerliliğini meşruluktan alırken, hukuk kuralları geçerliliğini ilişkide olduğu hukuk sisteminden alır. Hukuk kurallarının geçerliliği, sistemin tanıma kurallarının öngördüğü şartları taşıdığı gösterilerek ortaya konulur²⁵⁴. Tanıma kurallarının geçerliliği de aynı şekilde belirlenir. Buradaki tek istisna nihai tanıma kuralları ve nihai takdir kurallarıdır ki bunlar sistematik bir geçerlilik şekli ile geçerli hale getirilmemişlerdir; örfi kurallar

²⁵² Raz, *The Authority of Law...*, ss. 68-69.

²⁵³ Joseph Raz, "Legal Validity", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Cilt: 63, Sayı: 3, 1977, s. 343.

²⁵⁴ Wil Waluchow, "Four Concepts of Validity: Reflections on Inclusive and Exclusive Positivism", *The Rule of Recognition and the U.S. Constitution*, Editörler: M. D. Adler & K. E. Himma, Oxford: Oxford University Press, 2009, s. 139.

olarak kaynakları toplumsal pratiklerdedir. Tüm bunlar toplumsal olgu kaynaklı olduğu için hukuk, toplumsal bir sistemdir. Eğer sistem toplumda etkili değilse o zaman hukuk kurallarının geçerliliğinden bahsedilemez. Diğer yandan her hukuk kuralının bir kaynağı vardır. Meclis işlemleri, mahkemelerin kararları, örf ve âdete yol açacak şekilde tekrar eden toplumsal pratikler bu kaynaklara örnektir. Raz sonuç olarak hukuki geçerliliğin yalnızca toplumsal olgular ile açıklanabileceğini söyler.²⁵⁵

Bu tespit, hukuki normların da ahlaki normlar gibi hak, ödev ve yükümlülük kavramlarını kullanmadığı ya da aynı anlamda beyanlarda bulunmadığı manasına gelmez. Ancak Raz’a göre hukuki geçerlilik, ahlaki geçerlilikten farklı olarak *kopuk hukuki önermeler (detached legal statements)* ile ifade edilebilir. Hukukçular, belli bir normun hukuki geçerliliğini beyan ederken kendi değer, yargı veya isteklerinden bağımsız önermelerde bulunurlar. Tabii ki kendileri de belli hukuk normlarını ahlaki açıdan meşru bulabilirler fakat bu, ele aldıkları hukuk normlarının geçerliliği bahsinde zorunlu bir unsur olmaz. Yazar burada konuyu aydınlatmak için bir analogi kullanır. Dini meselelerde çok bilgili olmasa dahi oldukça inançlı bir Musevi adam, Katolik olmasına rağmen Musevilik konusunda uzman bir arkadaşından tavsiye istesin. Musevi adam, arkadaşına “ne yapmalıyım?” diye sorduğunda bundan, Museviliğe göre bir kişinin ne yapması gerektiğinin sorulduğu anlaşılmalıdır. Katolik arkadaşı, kendi dinine göre ne yapması gerektiği hakkında farklı yargılara sahip olabilir ama verdiği cevaplar Museviliğin bakış açısından olacaktır. Bir hukuk normunun geçerliliğine dair olumlu veya olumsuz önermeler de bunun gibidir. Normun ahlaki değerinden bağımsız olarak onun kaynağından hareketle belli önermelerde bulunulabilir. Bu geçerlilik önermeleri söz konusu hukuk sisteminin bakış açısından ve onun ahlaki iddiasını yansıtır ancak önermeyi ifade eden bu iddiadan kopuktur²⁵⁶. Belli bir hukuki normun geçerli olduğunu söylemek, onun ahlaken de geçerli olduğu manasına gelmez. Bir normun ahlaken geçerli olması da onun hukuken geçerli olduğunu göstermez.²⁵⁷

Diğer yandan Raz, hukuki pozitivizm yaklaşımının doğal hukuk kuramlarının vurguladığı belli unsurları mutlaka dışlaması zorunluluğunun olmadığını da belirtir.

²⁵⁵ A.g.e., ss. 343-346.

²⁵⁶ Torben Spaak, “Legal Positivism, Conventionalism, and the Normativity of Law”, *Jurisprudence*, Cilt: 9, Sayı: 2, 2018, ss. 331-332.

²⁵⁷ Luis D. D’Almeida, “Legal Statements and Normative Language”, *Law and Philosophy*, Cilt: 30, Sayı: 2, 2011, ss. 176-182.

Her ne kadar hukuki normların geçerliliği, onların ahlaken meşru olup olmadığı bilinmeden de belirlenebilse dahi hukukun geçerliliğine dair önermelerin buna ek olarak meşruluk unsurları da taşıması mümkündür. Hukukun etkili olabilmesi için en azından toplumun belli kesimleri tarafından meşru görülmesi gerekir²⁵⁸. En azından bu kesimler hukukun geçerliliği hakkındaki önermelerde bulunurken bu önermelerinin aynı zamanda meşru olduğunu da düşünürler. Kaldı ki hukuk, haydut çetelerinden farklı olarak meşruluk iddiasındadır. Hukuk sistemi, sùjelerinden itaatin de ötesinde bağılılık da talep eder. Söz konusu meşruluk iddiaları ahlaken yanlış da olabilir ancak burada vurgulanan semantik öge, hukuki geçerlilik önermelerinin ahlaki önermelerin içerdiği anlamları ifade edebileceğidir. Düşünür, bu önermelere karşı çıkmamakla beraber, kavramsal olarak bunlara ilgisiz, kopuk önermelerin de mümkün olduğuna işaret ederek doğal hukuk ile hukuki pozitivizm yaklaşımlarının ayrıldığı noktayı belirtir. Hukuki pozitivistler, hukuk sisteminin bakış açısından kopuk tipte hukuki önermelerin mümkün olduğunu kabul ederken doğal hukuk kuramcıları bunu reddeder. Raz’a göre kopuk bakış açısından gelen önermelerin geçerliliğini onaylayan hukuki pozitivizm, hukukun geçerli olmasına rağmen ahlaken meşru olmayabileceği ihtimalini açıklayabilir.²⁵⁹ Hukuki pozitivizm, kişilerin kendi ahlaki değer yargılarına aykırı olsa dahi hukuk hakkında toplumsal kaynaklardan hareketle geçerlilik önermelerinde bulunabileceğini de teslim eder.

Raz’ın bu analizleri, kaynaklar ölçütünün hukukun doğrudan içinde olan veya hukukla ilişkili diğer kavram ve ögeler ile ters düşmediğini gösterir. Yazar aynı zamanda bu ölçütün bir hukuk sisteminin varlığı ve içeriğinin teşhisi açısından doğruluğuna dair iki nokta vurgular. İlk olarak bu ölçüt, gözlemlenen hukuk pratiğini aslına uygun bir şekilde yansıtır ve açıklar. İkinci olarak bu ölçüt, hukukun işlevlerini sağlaması için kavramsal bir gerekliliği temsil eder.²⁶⁰

Birinci noktada Raz, iddiasını hukuk pratiği üzerinde göstermek için hâkimlerde aranan nitelikleri ele alır. Hâkimlerin seçilmesi, atanması ve yükseltilmesi aşamalarında bu insanların belli yetkinlik ve erdemlere sahip olmaları istenir. İlk olarak, bu adayların mevzuata hâkim olmaları ve mevzuatın getirdiği hukuk tekniğini iyi kullanabilmeleri beklenir. İkinci olarak, hâkimlerin bilge, ahlaklı,

²⁵⁸ Raz, *The Authority of Law...*, s. 9.

²⁵⁹ Raz, “Legal Validity”, ss. 350-352.

²⁶⁰ Raz, *The Authority of Law...*, s. 48.

insan doğasına duyarlı olması gibi bazı erdemlere sahip olması da arzu edilir. Bunlardan ilki hâkimin hukuki yetkinliği, ikincisi de hâkimin ahlaki karakteri olarak sınıflandırılabilir. Gerçekten de mahkemelerin kararları değerlendirilirken bu niteliklere atıfta bulunulur. Kararlar hukuken kabul edilebilir veya kabul edilemez şeklinde değerlendirildiği gibi, bunun yanı sıra ahlaken iyi ya da kötü olarak da nitelenir. Bazı kararlar hukuken hatalı olarak görülürken, bazı kararlar ise her ne kadar hukuken kabul edilebilir olsa da büyük adaletsizliğe neden olduğu, ahlaken duyarsız kaldığı şeklinde eleştirilir. Raz burada hâkimlerin hukuku uygularken hukuki hünerlerini, hukuku geliştirirken de ahlaki karakterleri doğrultusunda ahlaki argümanları kullandığını savunur²⁶¹. Hâkimler ne sadece hukuku uygular ne de hukuku sınırsız bir şekilde arzu ettikleri gibi yaratır. Genellikle her ikisini beraber yaparlar. Bu iki işi de yukarıda bahsedilen iki farklı özelliklerini kullanarak yaparlar. Bir diğer dikkat edilmesi gereken unsur, hükme bağlanmış vakalar ile hükme bağlanmamış vakalardır. Hükme bağlanmamış vakalarda belirli bir hukuki cevap yoktur. Bu tip vakalarda hâkimler ahlaki, toplumsal ve diğer hukuk dışı savlar ile hukuku yaratmış ve geliştirmiş olur. Hükme bağlanmış vakalarda ise hâkimler hukuki hünerlerini kullanır ve hukuku uygularlar. Çoğu durumda ise vakalar hâkime belli bir takdir alanı bırakacak şekilde kısmen hükme bağlandığından hâkimler neredeyse her vakada hem hukuki hünerlerini hem de ahlaki karakterlerini ortaya koyarlar. Kaynaklar tezi, hâkimlere dair bu beklentileri açıklar ve vaka tiplerine dair ayrımları akılcı bir kalıba oturtur.²⁶²

Eğer kaynaklar ölçütü reddedilip doğal hukuk kuramlarının öne sürdüğü gibi ahlaki ilkelerin hukuk olduğu veya yumuşak pozitivizmin öne sürdüğü gibi ahlaki ilkelerin hukuk olabileceği kabul edilirse o zaman yukarıda açıklanan ayırım anlamsız hale gelir. Bu kuramların çıkarımına göre hâkimlerin ahlaki karakteri iyi de olsa kötü de olsa mesele sadece hukukun uygulanması olduğundan sadece hukuki yetkinlik ile bu faaliyet sorunsuz şekilde gerçekleştirilebilir. Yine bu kuramların çıkarımları takip edilirse, mahkeme kararları eleştirilirken sadece hukukun yanlışlığına ve hâkimin hukuki hünerlerinin zayıflığına işaret edilebilir. Hâlbuki yukarıda açıklandığı üzere, hâkimlerin ahlaki karakteri hukuki faaliyette önemli bir rol oynar ve mahkeme kararlarının değerlendirilmesinde eleştiri konusu olurlar. Hâkimler, hukukun ahlaki

²⁶¹ David Lyons, **Moral Aspects of Legal Theory: Essays on Law, Justice and Political Responsibility**, New York: Cambridge University Press, 1993, ss. 91-92.

²⁶² Raz, **The Authority of Law...**, ss. 48-50.

ilkelere atıfta bulunduğu hallerde hukuku uygulamazlar; bu takdir alanları içerisinde ahlaki karakterlerini yansıtarak normlar da yaratırlar²⁶³. Söz konusu yeni yaratılan normun oluşturunca yasa koyucu veya üstün bir hukuktan ziyade tam da hâkimin kendisi olduğu bilindiği için hâkimlerin ahlaki karakterine önem verilir. Kaynaklar tezini reddeden yaklaşımlar hukuka dair bu öğeleri açıklayamaz.

Raz'ın bu tespiti, Hart'ın ahlaki olguların objektiflik statüsüne göre hukuku uygulamaları ve hukuku yaratmaları arasında pratikte bir fark olmadığı iddiasını²⁶⁴ da çürütür. Ahlaki olgular objektif olsun veya olmasın, hâkimlerin takdiri söz konusu ise o zaman bu takdir alanındaki ahlaki sebepleri “hâkim” hükme bağlar ve bu hüküm onun görüşünü temsil eder. Buna karşın hukukun uygulanmasında ise, “hukuktaki” sebep dengesi vakayı hükme bağlar. Bu hüküm, söz konusu yasayı oluşturanların, sükûletlerin nasıl eylemesi gerektiği hakkındaki görüşünü temsil eder. Hukukun uygulanması ile hukukun yaratılması kavramsal olarak farklı olduğu gibi pratikte de farklı süreçler doğurmaktadır.

İkinci noktada ise Raz, kaynaklar ölçütünün hukuka dair genel kabuller ile uyumlu olmasının da öte kavramsal bir zorunluluk olduğunu savunur. Yazar, hukukun toplumsal hayatı düzenleme işlevi ile kaynaklar ölçütü arasında bir bağlantı kurar. Toplumsal hayatın düzenlenmesi için belli müsamaha, işbirliği ve koordinasyon yapılarına ihtiyacın olduğu kabul edilir. Farklı insanlar, mevzu bahis müsamaha, işbirliği ve koordinasyon yapıları hakkında farklı görüşlere sahip olabilirler. Hatta kendi aralarında bu yapıları özel olarak da oluşturabilirler. Hukukun işlevlerini yerine getirmesine ilişkin çok temel bir unsur ise, hukukun oluşturduğu müsamaha, işbirliği ve koordinasyon yapılarının, toplumdaki bireylerin kişisel görüşlerine bağlı olmaksızın genel anlamda tüm toplum üyelerini bağlayacak şekilde kamusal olarak belirlenmesidir²⁶⁵. İnsanların bunlara dair aykırı görüşleri bağlayıcılık bahsinde etkili olmaz. Hukuk, bu işlevi de ancak davranışı yönlendirebilecek ve toplumsal hayatın unsurlarını düzenleyecek olan kuralların içeriğinin kamusal olarak teşhis edebilmesi halinde sağlayabilir. Bu teşhis yalnızca toplumsal olgular ile gerçekleştirilebiliyor olması halinde kamusal olarak erişilebilir

²⁶³ Himma, “Legal Positivism”, <https://www.iep.utm.edu/legalpos/> (Son erişim tarihi: 1.6.2019)

²⁶⁴ Hart, *The Concept of Law...*, ss. 253-254.

²⁶⁵ Lyons, *Moral Aspects of Legal Theory: Essays on Law, Justice and Political Responsibility...*, s. 92.

hale gelir ve değer tartışmalarını ortadan kaldırır. Ama söz konusu tespit ahlaki olguların da araştırılmasını gerektirir ise o zaman kamusal olarak erişilemez ve değer tartışmalarını dışlayamaz. Hukuk, insanın kendi davranışı gibi diğerlerinin davranışlarını da tartabileceği kamusal bir ölçüttür. Hukuk, otorite iddiası ile hükümde bulunduğu konularda başka bir meşrulaştırmaya dayanmaksızın bağlayıcı kurallar oluşturur. Bunu yapabilmesi için de kuralların herhangi bir meşruluk tartışmasına girilmeksizin teşhis edilebilir olması gerekir.²⁶⁶

Örneğin vergi sistemi, toplumsal hayatın düzenlenmesi için elzem bir işbirliği ve koordinasyon yapısıdır. Toplumda yaşayanların ne kadar vergi ödemeleri gerektiğine dair farklı görüşleri olabilir. Bir vergi sisteminin temel işlevini yerine getirebilmesi için, vergi oranlarının ne olduğu kamusal olarak erişilebilir halde olmalıdır. Kişiler ne kadar vergi ödeyeceklerini toplumsal olgulara başvurarak teşhis edemiyor, bunun için ahlaki tartışmalara giriyorlar ise bu işlev sağlanamaz. Sadece “herkes gücü oranında toplumsal dayanışma ödevlerini yerine getirmelidir” şeklindeki bir kural ile bir vergi sistemi oluşturulamaz. Buna karşın “kişiler aylık gelirlerinin yüzde onunu vergi olarak ödemekle yükümlüdür” şeklindeki bir kuralın gereklilikleri toplumsal olgulara başvurularak teşhis edilebilir ve bireyler bu doğrultuda davranışlarını düzenleyerek vergilerini ödeyebilirler.

Yalnızca toplumsal olgu temelli yasaların hukuk olabileceğini öne süren kaynaklar tezi ve kaynaklar tezini benimseyen sert pozitivizm, bu kavramsal şartları sağlayarak hukuka ilişkin bu unsurları açıklayabilir. Tüm ya da bazı ahlaki olguların hukuk olduğunu savunan doğal hukuk veya bazı ahlaki olguların hukuk olabileceğini savunan yumuşak pozitivizm, bu kavramsal şartları sağlayamıyor gözükmektedir. Buradaki analizler hukukun belli bir şekilde olması gerektiğine dair normatif bir yargıyı ifade etmez; hukukun bir olgu olarak sağladığı işlevlerin gerçekleşebilmesi için kavramsal bir zorunluluğu belirtir. Öte yandan Raz ahlakın, hukuk sistemi içerisinde önemli bir rol oynadığını da teslim eder. Hâkimler sıkça takdir kullanmakta ve hukuk yaratma faaliyetinde bulunmaktadır²⁶⁷. Keza kanun koyucuların da yasa oluşturma aşamasında ahlaki değerlendirmeler yaptıkları

²⁶⁶ Raz, **The Authority of Law...**, ss. 50-51.

²⁶⁷ Raz, “Authority, Law, and Morality”, s. 319.

aşikârdır. Ancak bunlar ahlakın kavramsal düzlemde hukuk haline geldiğini göstermez.

Sert pozitivizme göre sadece toplumsal kaynaklı yasalar hukuk olabileceğinden toplumsal olgu tezi, yumuşak pozitivizmdeki gibi tanıma kuralının şartlarını taşıması halinde ahlaki ilkelerin hukuka dâhil olabileceği şeklinde ileri sürülemez; bu açıdan sert pozitivist toplumsal olgu tezi dışlayıcıdır. Diğer yandan her ne kadar sert pozitivizm hukuki faaliyetlerde hâkimlerin takdir alanında gerçekleşen ahlaki değerlendirmelerin oynadığı rolü reddetmese de bu vakaları hukuk yaratmak olarak niteler ve tanıma kuralı tarafından tasdik edilen ahlaki ilkelerin varlığında dahi bunları hukukun uygulanmasından ayırır. Bu nedenle hukukun varlığının ve içeriğinin teşhisindeki betimleyici tespitler ile takdir faaliyetinde söz konusu olan ahlaki değerlendirmeler ayrı kavramsal alanlardadır. Aynı durum, mevcut hukuka dair kopuk hukuki önermeler ile bunların eleştirisi veya övgüsüne ilişkin ahlaki önermeler için de geçerlidir. Sert pozitivist ayrılık tezi bu şekilde yeniden yapılandırılmıştır.

Raz'ın bu açıklamaları toplumsal olgu tezi ve ayrılık tezi kadar konvansiyon tezinin yeniden yapılandırılmasına da dairdir. Yazar, Hart'ın tanıma kuralını diğer normlara hukuki geçerlilik tanıyan ve örfi tipte olan nitelikli bir kural olduğu tespitine katılır. Bununla beraber Raz, Hart'ın tanıma kuralına atfettiği özellikleri eksik ve hatalı bulmaktadır. Yazar tanıma kurallarının çeşitli niteliklerine ve bunların kurumlar vasıtası ile hukuk sistemindeki rolüne işaret ederek konvansiyon tezini farklı bir noktaya taşır. Belirtmek gerekir ki Raz'ın bu bahiste Dworkin'in kuramsal anlaşmazlıklara dair konvansiyon tezi eleştirisine karşı kurduğu doğrudan bir bağlantı yoktur. Raz'ın Dworkin'e yönelik esas eleştirisi kaynaklar tezinde ele alınan hukukun sadece kaynak temelli yasalardan ibaret olduğu fikridir ve bu fikir de hâkimlerin yargılama faaliyetlerindeki ahlaki değerlendirmelerini hukukun kavramsal alanının dışına taşır²⁶⁸. Raz, Dworkin'in ifadesi ile kuramsal anlaşmazlıklar da dâhil olmak üzere tüm bu süreçlerdeki ahlaki yargıların hukuki faaliyetlerdeki rolünü dışlamaz; sadece bunların hukukun uygulanmasını ifade etmediğini, takdir faaliyeti içerisinde kaldıkları görüşündedir. Yine Raz'ın analizlerine göre hâkimler ve genel olarak hukukçular, örfi kurallar olan tanıma

²⁶⁸ Eekelaar, "Judges and Citizens: Two Conceptions of Law", ss. 503-504.

kurallarının içeriğini toplumsal olgulara başvurarak teşhis edebilirler ve etmektedirler. Bundan da hareketle ahlaki bir iddia taşımayan kopuk hukuki önermelerde bulunabilirler. Bu da hukukun betimleyici bir şekilde ele alınabileceğini gösterir. Ahlaki değerlendirmeler ise takdir faaliyetleri ve mahkeme kararlarının veya yasaların eleştirisi kapsamında yapılır.

Netice itibarıyla sert pozitivizm, kaynaklar tezine bağlı olarak hukukun sadece kaynak temelli yasalardan ibaret olduğu görüşü ile doğal hukuk ve yumuşak pozitivizmden ayrılır. Kaynaklar tezi, hukukun meşru otorite iddiasının taşıdığı özelliklerinden dolayı hukukun varlık ve teşhisinin sadece toplumsal olgular ile gerçekleşebileceğini ifade eder. Bu tezi benimsemeyen doğal hukuk kuramları hukukun varlığı ve teşhisi için onun ne olması gerektiğine dair meşrulaştırmalara başvurur²⁶⁹. Yumuşak pozitivizm ise eğer tanıma kuralı ahlaki geçerlilik ölçütleri içermiyor ise bu ahlaki öğelerin hukuka dâhil olmayacağını söyler ancak eğer içeriyor ise de bunların hukuka dâhil olacağını kabul eder²⁷⁰. Sert pozitivizme göre her iki yaklaşım da hukukun otoriteyi haiz olma niteliğinin kavramsal gerekliliklerini sağlayamadığı için hatalıdır. Öte yandan sert pozitivizm hukuku bir sistem olarak ele alırken kurumsal karakter, etkililik ve kaynaklar şartlarını arar. Doğal hukuk kuramları bunların hiçbirini zorunlu birer koşul olarak almıyor gözükmektedir. Sert pozitivizm, yalnızca kurumsal bağlantıları sağlayan ve etkili olan normların hukuk olabileceğini savunur ve bunun aksinin savunulması halinde hukuka dair genel kabullere aykırı kavramsal çıkarımlara varılacağına işaret ederek Doğal hukuk kuramlarının hatalı olduğunu gösterir. Öte yandan sert pozitivizm, kaynaklar şartını da arayarak yumuşak pozitivizmden ayrılır. Yumuşak pozitivizm, tanıma kuralının geçerlilik sağladığı ve mahkemeler tarafından uygulanan her normun hukuk normu vasfı taşıdığı görüşündedir. Buna karşın sert pozitivizm, mahkemelerin uygulamakla yükümlü oldukları her normun hukuk normu olmadığını gösterir. Ahlaki normlar hukukun meşru otorite iddiasından gelen kavramsal zorunlulukları taşımadığı için yumuşak pozitivizmin bu kapsayıcı yaklaşımı hatalıdır. Belirtilen argümanlar ile bu çalışmanın ilk tezi temellendirilmiş olur. Hukuk felsefesi tartışmalarının merkezinde olan Hart'ın başını çektiği yumuşak hukuki pozitivizm yaklaşımı ile Dworkin'in de içinde bulunduğu doğal hukuk yaklaşımları hatalıdır. Sert pozitivizm ise açıklanan

²⁶⁹ Dworkin, “‘Natural’ Law Revisited”, ss. 165-172.

²⁷⁰ Himma, “Inclusive Positivism”, ss. 138-139.

gerekçelerden dolayı hukuka dair kavramsal ögeleri doğru bir şekilde temsil edebilmektedir.

Raz'ın buraya kadarki analizleri onun hukuk felsefesindeki en tartışmalı meseleleri nasıl ele aldığı ve sert pozitivizmin temel iddialarına yöneliktir. Bundan sonraki alt başlıklarda ise yazarın bu açıklamalar çerçevesinde hukukta önem arz eden ve pratik boyutu daha ön planda olan unsurları nasıl değerlendirdiği incelenecektir.

1.2.5. Hukukun İşlevleri

Hukukun kavramsal özellikleri ve sistemsal nitelikleri dışında onun toplumsal alandaki işlevlerinin aydınlatılması da bu olgunun anlaşılması için elzemdir. Hukukun işlevlerine dair açıklamalar hukukun yorumlanması ve uygulanmasına ilişkin analizlerde gerekli olduğu gibi hukukun diğer normatif sistemler ile olan etkileşimi açısından da önem arz eder. Raz, hukukun işlevlerini, *doğrudan işlevler* (I) ile *dolaylı işlevler* (II) olarak ikiye ayırır. *Doğrudan işlevler* (*direct functions*), hukuka itaat edilmesi ve hukukun uygulanması ile sağlanan işlevlerdir. *Dolaylı işlevler* (*indirect functions*) ise hukuka itaat ve hukukun uygulanmasından ziyade hukukun varlığının veya hukukun uygulanıyor oluşunun farkındalığından dolayı hukuk sùjelerinin tutumları, duyguları, görüşleri, davranış biçimlerinin etkilenmesi ile sağlanan işlevlerdir. Örneğin şiddetin engellenmesi hukukun doğrudan bir işlevi iken, insanlarda şiddet karşıtı bir tutum oluşturulması ise dolaylı bir işlevdir. Dolaylı işlevlerin sağlanması için sadece hukuka uygun davranılmasını sağlamak yeterli olmaz. Vatandaşların hukuk kuralları ve kurumlarıyla hedeflenen şekilde etkileşime geçmesiyle bu işlev yerine getirilmiş olur.²⁷¹

Doğrudan işlevleri (I) Raz, *birincil işlevler* (*primary functions*) ve *ikincil işlevler* (*secondary functions*) olarak da iki alt gruba ayırır. Birincil işlevler, ileriye dönük sonuçları olan ve toplumun geneline etkide bulunan işlevlerdir. İkincil işlevler ise hukuk sisteminin kendi iç işleyişine dair işlevlerdir. Bunlar, sistemin varlığını ve işleyişini mümkün kılar. İkincil işlevler, hukukun birincil işlevlerini kolaylaştırması

²⁷¹ Kenneth M. Ehrenberg, "Functions in Jurisprudential Methodology", *Philosophy Compass*, Cilt: 8, Sayı: 5, 2013, s. 450.

ile değerlendirilirler.²⁷² Örneğin bir emeklilik sisteminin sağlanması birincil bir işlev kapsamındadır. Bu idari işi yürüten idari bir organın oluşturulması ve işleyişinin düzenlenmesi ise ikincil bir işlevdir.

Raz, doğrudan birincil işlevleri de dörde ayırır. Bunlardan ilki, sistem tarafından arzu edilmeyen davranışların engellenmesi ve arzu edilir davranışların güvenceye alınmasıdır. Bu işlev esas olarak ceza hukuku ve haksız fiil hukuku dalları ile sağlanır. Çeşitli suç ve haksız fiillerin tanımlanıp bunlara karşı cezalar öngörülmesi bu başlık altına girer. Bu işlev genellikle yükümlü kılan kurallar ile sağlanır ama yetki veren kurallar da bu işlevde kullanılan araçlardır. Örneğin meşru müdafaa hakkı yetki veren bir kuraldır ve bu işleve yöneliktir.²⁷³ Burada bahsedilen arzu edilmeyen davranışlar, hukuk sisteminin arzu etmediği davranışlar olarak anlaşılmalıdır. Pekâlâ, bir sistemde cinayet suç haline getirilebileceği gibi belli toplumsal grupların kültürel, dini veya siyasi faaliyetleri de kısıtlanabilir. Genel geçer kötülerin bastırılması dışındaki sınırlamalar da bu genel çerçevenin içindedir.

Bu işlev açısından hukukun yaptırımlar ile olan ilişkisi akla gelebilir. Raz ise yaptırımların pratik eylem muhakemelerine dışlayıcı bir sebepten ziyade bir *destekleyici sebep* (*auxiliary reason*) olarak katıldığını söyler. Yaptırımların varlığı mevzubahis eylemin yapılmaması için bir sebep teşkil eder ama bu asli nitelikte değildir²⁷⁴. Pratik eylem muhakemesine sadece bu sebep müdahil olsa idi o zaman bu sebebin zayıf, karşıt sebeplerin ise güçlü halde olduğu hallerde eylemi yapmamak için bir sebep kalmazdı. Özellikle yaptırımın gerçekleşme olasılığının düşük olması hallerinde bu durum söz konusu olur. Bazı zamanlarda güvenlik güçlerine yakalanmadan hukuku ihlal etme imkânları doğabilir. Hukukun pratik eylem muhakemesine olan katılımı, dışlayıcı sebepler vasıtasıyla belli sebepleri eylem muhakemesinden çıkartmasıdır. Hukuk, yaptırımları sükûterin tartması için ek bir sebep olarak ileri sürmez. Mevcut sebeplerin en azından bir kısmını dışlayarak sükûterin muhakeme şekillerini değiştirir. Bu açıklama Hart'ın emir kuramcılarını eleştiri için kullandığı silahlı adam figürünü hukuktan daha net bir şekilde ayırmaya imkân verir. Silahlı adam, tehdidi ile ağır bir eylem sebebi vermiş olur ancak yine de

²⁷² A.g.e., ss. 450-451.

²⁷³ Raz, *The Authority of Law...*, s. 169.

²⁷⁴ Kenneth E. Himma, "The Authorisation of Coercive Enforcement Mechanisms as a Conceptually Necessary Feature of Law", *Jurisprudence*, Cilt: 7, Sayı: 3, 2016, ss. 593-626.

diğer sebepleri kendiliğinden dışlamaz. Bir vergi kanunu ise, sùjelerin vergi ödememeye dair diğer eylem sebeplerini dışlayarak pratik akıl yürütmesine katılır. Bu çerçevede vergi ödememe yönündeki sebepler otoritenin direktifi ile tartışılmaz. Bu değerlendirme yapılmaksızın otoritenin dışladığı sebeplerin yerine koyduğu sebep yönünde eylemesi beklenir. Bir diğer fark ise vergi kanundaki meşru otorite iddiasıdır. Vergi kanunu ile otorite, sùjelerin onun koyduğu eylem sebebine uyarak onun dışladığı diğer sebeplere daha iyi riayet edeceklerini iddia eder. Raz her ne kadar tüm hukuk sistemlerinde yaptırımlar mevcut olsa da bunun zorunlu bir unsur olmadığını belirtir. Farazi bir melekler toplumu da koordinasyon problemlerini çözmek, toplumsal hayatlarını düzenlemek ve uyuşmazlıklarını hükme bağlamak için hukuka ihtiyaç duyarlar ama melekler irade zayıflığı veya karakter zaafları taşımadığından yaptırımların yokluğunda da bu sistemin işleyebileceği söylenebilir.²⁷⁵ Bu açıdan Raz, güç kullanımını hukukun asli unsuru saymayan bir yaklaşım sergiler²⁷⁶.

Raz'ın ele aldığı doğrudan birincil işlevlerin ikincisi, bireyler arasında özel anlaşmalara yönelik imkânlar sağlanmasıdır. Özel hukukun ana gövdesini oluşturan medeni hukuk, borçlar hukuku, ticaret hukuku gibi alanlar bu kapsamda olduğu gibi ceza hukuku ve haksız fiil hukuku da bu işlev ile ilgilidir. Sözleşmeler, özel mülkiyet, aile, şirketler, dernekler bu işleve hizmet ederler. Bunlar, insanların kendi menfaatlerini korumak ve arttırmak amacıyla özgür iradeleri ile girebilecekleri hukuki ilişki kalıpları sağlar. Burada hem yükümlü kılan hem de yetki veren kurallar birlikte rol oynar. Sözleşme kurma hakkı, bireylere yetki veren kurallar sayesinde oluşsa da sözleşmede kararlaştırılan edimlerin ödev sahipleri tarafından yerine getirilmesi konusunda yükümlü kılan kurallar devreye girer. Hukuk bu işlevi sayesinde belli anlaşmaların oluşturulması için bir çerçeve belirler. Bu sayede belli anlaşma tipleri hukukun korumasından faydalanmış olur. Hukuk bunu yaparken tarafların birbirini sömürmemesi veya üçüncü bir kişiye zarar vermemesi için de belli şartlar öngörür.²⁷⁷

Yazarın incelediği doğrudan birincil işlevlerin üçüncüsü, hizmetlerin sağlanması ve malların dağıtımına ilişkindir. Özellikle ikincil kuşak hakların

²⁷⁵ Raz, **Practical Reasons and Norms...**, ss. 154-161.

²⁷⁶ Cemal B. Akal, **Hukuk Nedir?**, Ankara: Dost Kitapevi Yayınları, 2017, s. 225.

²⁷⁷ Raz, **The Authority of Law...**, ss. 169-171.

gelişmesi ile beraber devlet, hukuk sistemi çerçevesinde birçok hizmeti sağlamaktadır ve bunu finanse etmek için de ülke içindeki malvarlıklarına müdahale etmektedir. Bu işlev esas olarak kamu hukukunu ilgilendirmektedir. Bu işlevin sağlanması için vatandaşlara bu sosyal haklarını talep etmelerine imkân sunan yetki veren kurallar söz konusu olduğu gibi bu işlevin nasıl sağlanması gerektiğine dair resmi devlet görevlilerini ve vatandaşları yükümlü kılan kurallar da rol oynar. Vergi kanunları gibi bu işlevin sağlanması için vatandaşlardan maddi kaynak toplanmasına yönelik yükümlü kılan kurallar da bu başlık altındadır.²⁷⁸

Raz'ın ele aldığı doğrudan birincil işlevlerin dördüncüsü, hakkında düzenleme yapılmamış olan uyuşmazlıkların hükme bağlanmasıdır. Hukuk, toplumda ileriye dönük sonuçlar yaratmak ve vatandaşların davranışlarını etkilemek için genellikle kurallar koyar ve bu ilişkileri düzenler. Yukarıdaki incelenen üç doğrudan işlev bu tiptedir. Ancak bununla beraber hukuk sistemleri düzenleme yapmadığı konulara dair uyuşmazlıklarda da hüküm vermekten kaçınmaz. Başta mahkemeler olmak üzere hukuki kurumlar hukukta düzenlenmemiş vakaları da hükme bağlayarak ileriye dönük sonuç yaratır ve vatandaşları yönlendirir. Hukuk sistemleri çoğu durumda hukuki meseleleri kısmi olarak düzenler. Bunun bir nedeni dilin belirsizliğinden dolayı hukukun da kaçınılmaz olarak kısmen belirsiz olması olduğu gibi, bir diğer nedeni de yasa koyucu organların bazı belirsiz kavramlar kullanarak mahkemelere bilinçli olarak takdir alanı bırakmış olmasıdır. Bu işlev kapsamında mahkemelere takdir imkânı sağlayan yetki veren kurallar söz konusu olduğu gibi mahkemelerin takdirlerini nasıl kullanacaklarını düzenleyen ve mahkemelerin hükümlerinin vatandaşlar nezdinde bağlayıcılığı sağlayan yükümlü kılan kurallar da buna hizmet eder.²⁷⁹

Hukukun doğrudan ikincil işlevleri ise hukuk sisteminin iç işleyişi ile ilgilidir. Bu işlev sistemin toplumsal koşullar ile uyumlu ve etkili şekilde yürütmesine dairdir. Raz, iki adet doğrudan ikincil işlevin olduğunu söyler: sistemin değişen koşullara göre uyarlanması ve sistemin muhafaza edilmesi. Her ikisi de sistemin devamlılığı için gereklidir.²⁸⁰

²⁷⁸ A.g.e., ss. 171-172.

²⁷⁹ A.g.e., ss. 172-175.

²⁸⁰ Kenneth M. Ehrenberg, *The Functions of Law*, Oxford: Oxford University Press, 2016, ss. 187-188.

Doğrudan ikincil işlevlerin ilki olan sistemin değişen koşullara göre uyarlanması için hukuku değiştirmeye yetkili organlar ve bunlara dair çeşitli usuller oluşturulur. Örneğin anayasa meclisleri, parlamentolar, yerel otoriteler, idari yapılar, mahkemeler, bağımsız kamu kuruluşları bu organlar kapsamındadır. Çeşitli usul kanunlarındaki şartlara uygun olmaları halinde bu organların işlemleri (Örneğin yasalar, tüzükler, mahkemelerin yarattığı hukuk gibi) hukuku değiştirir.²⁸¹

Doğrudan ikincil işlevlerin ikincisi olan sistemin muhafaza edilmesi için de hukuku uygulamaya yetkili organlar ve bunlara dair çeşitli usuller oluşturulur. Mahkemeler, güvenlik birimleri, icra ve infaz teşkilatları bu kapsamdaki kurumlardır. Kurumların işlemleri çeşitli usul kanunlarındaki şartlara bağlanarak hukukun doğru biçimde uygulanması hedeflenir. Her iki doğrudan ikincil işlevin sağlanması için ilgili kurumların ihtiyaç duyduğu finansal kaynak ve insan gücünü sağlayan yasal düzenlemeler ve kurumlar önemli rol oynar. Bundan dolayı kamu hukukunun içindedirler. Her ikisi için de yetki veren kurallar söz konusu olduğu gibi bunlara uyulması için yükümlü kılan kurallar da yine önemli bir rol oynar.²⁸² Örneğin yasa koyucuların hukuku değiştirme yetkileri olsa da anayasadaki usulleri takip etme yükümlüğü altındadırlar veya güvenlik güçlerine cebir kullanma yetkisi veren kurallar olduğu kadar onları sınırlayan yükümlü kılan kurallar da vardır. Son olarak tüm bu işlemlerin sonuç vermesi için mevzubahis değişimleri ve kararları, resmi devlet görevlileri ve vatandaşlar açısından bağlayıcı yapan yükümlü kılan kurallar vazgeçilmezdir.

Dolaylı işlevler (II) bahsinde ise Raz, bu işlevlerin hukuk dışı etmenlere son derece bağlı olduğunu belirtir ve yer, kişi, zaman gibi farklı koşullarda farklı sonuçlar vereceğini işaret eder. Yasalar farklı kişi, yer ve zamanlarda farklı dolaylı etkiler yaratacaktır. Bu dolaylı etkiler oldukça çeşitlidir. Hayatın kutsallığına dair kanaatlerin güçlenmesi veya genel anlamda devlet otoritesine itaat alışkanlığının gelişmesi bunlara örnek olarak verilebilir. Bu dolaylı etkiler ahlaken olumsuz da olabilir²⁸³. Örneğin bazı yasalar neticesinde toplumsal ayrışmalar artabilir veya belli toplumsal grupların statüsü yükselirken geri kalanlarınkinin düşebilir. Dolaylı

²⁸¹ Joseph Raz, "Functions of Law", **Oxford Essays in Jurisprudence (Second Series)**, Editör: A. W. B. Simpson, Oxford: Clarendon Press, 1973, ss. 298-300.

²⁸² **A.g.e.**

²⁸³ Ehrenberg, "Functions in Jurisprudential Methodology", ss. 450-451.

işlevlerin doğrudan olmaması, bu işlevlerin etkilerinin önemsiz olduğu manasına gelmez. Örneğin üniversite öğrencilerine askerlik hizmetinden muafiyet sağlayan bir kural, dolaylı olarak eğitim seviyesini yükseltme işlevi görüyor olabileceği gibi en önemli işlevi de bu olabilir.²⁸⁴

Raz, bu açıklamalarda mahkemelerin birçok farklı işlevi yerine getirdiği için hukuk sistemi açısından merkezi bir rolde olduğunun altını çizer. Mahkemeler, kanun koyucu tarafından hükme bağlanmamış uyuşmazlıkları hükme bağlayarak doğrudan birincil bir işlev görürken, hukuk yaratma faaliyeti ile hukukun değiştirilmesi ve hukuku uygulayarak onun muhafazası konularında da doğrudan ikincil işlevlerin her ikisini sağlar. Mahkemeler aynı zamanda vatandaşların hukuka dair itaat ve saygı tutumlarını da şekillendirdiği için dolaylı bir işlev de yerine getirir.²⁸⁵

Yazar bu sınıflamalarının tüketici olduğunu ve tamamıyla orijinal bir katkıda bulunduğunu iddia etmez. Ancak kendisinden önceki düşünürlerin bu konuya dar bir bakış açısından yaklaştıklarını ve eksik bir analiz sunduklarını belirtir. Örneğin Bentham, odak noktası olarak sadece ceza hukukunu ve hukukun doğrudan birincil işlevlerinden arzu edilmeyen davranışların engellenmesini ele almış ama diğer işlevleri göz ardı etmiştir²⁸⁶. Hart ise Bentham'ın ötesine geçerek, Raz'ın birincil işlevler arasında saydığı bireyler arasında özel anlaşmalara yönelik imkânlar sağlanması işlevini ve ikincil işlevler olarak saydığı hukuk sisteminin iç işleyişine dair olan hukukun değiştirilmesi ve muhafazasına ilişkin işlevleri incelemiştir. Öte yandan Raz, Hart'ın kurallar bağlamında normatif tipler ile hukukun işlevleri arasında bir bağlılık ilişkisi kurma hatasına düştüğünü belirtir. Hart bu nedenle yükümlü kılan kuralların, ilk doğrudan birincil işlev olan arzu edilmeyen davranışların engellenmesini sağladığı, yetki veren kuralların ise ikinci birincil işlev olan özel anlaşmalara yönelik imkânların oluşturulmasını sağladığı sonucuna varmıştır²⁸⁷. Raz, ise bu iki normatif kural tipinin bu işlevlerin her ikisinde de rol oynadığını savunur. Raz'a göre Hart'ın normatif kural tipleri ile hukukun işlevleri arasındaki bu bağlantı kurma yaklaşımı onun sınırlı sayıda işlevi ele almasına ve geri

²⁸⁴ Raz, *The Authority of Law...*, ss. 176-177.

²⁸⁵ *A.g.e.*, ss. 175-176.

²⁸⁶ Jeremy Bentham, *The Works of Jeremy Bentham: Volume III*, Editör: J. Bowring, Edinburgh: William Tate, 1839, s. 16.

²⁸⁷ Hart, *The Concept of Law...*, ss. 27-33.

kalan işlevleri göz ardı etmesine neden olmuştur. Hart'ın bu hatası ikincil işlevler açısından da farklı yanlış çıkarımlara yol açar. Örneğin doğrudan ikincil işlevlerde sadece yetki veren kurallar rol oynamaz. Birçok yükümlü kılan kural, hukukun değiştirilmesi ve uygulanması noktasında yetkili resmi devlet görevlilerini bağlar. Son olarak, Hart'ın ifadelerinin bu konuda açık olmamasından dolayı Hart'ın birincil kurallarının yükümlü kılan kurallar, ikincil kurallarının da yetki veren kurallar olduğu sonucuna varılabilir ki bu açıkça yanlıştır.²⁸⁸ Örneğin ikincil kurallardan tanıma kuralı, resmi devlet görevlilerini yükümlü kılar, onlara yetki vermez²⁸⁹.

Raz, hukukun işlevlerine dair bu açıklamaların hukuku oldukça çeşitli işlevler yerine getiren ve birçok kural tipinden beslenen bir yapı olarak sunar. Bu analizler kendisinden önceki değerlendirmelerin aşırı indirgemeci çıkarımlarını düzeltir. Yazarın bu tespitleri mahkemelerin hukuku uygulamak kadar hukuku geliştirme ve yeni hukuk yaratma işlevini yerine getirdiğine işaret ettiği gibi yükümlü kılan kurallar ile yetki veren kuralların hukukun her alanında ortaklaşa oynadıkları rolü göstermiş olur.

1.2.6. Yargı Süreci

Raz, yargı süreci açısından *mahkemelerin işleyişi* (I) ve *yorum faaliyetini* (II) inceler. Bu alt başlıklar, hem yukarıda anlatılan kavramların uygulamadaki görünümelerini gösterecek hem de birçok karşıt kuramın dikkat çektiği bu alanın sert pozitivist bir yaklaşım çerçevesinde nasıl ele alındığını açıklayacaktır.

Mahkemelerin işleyişi (I) bahsinde Raz, iki vaka tipi arasında bir ayrım koyar: hükme bağlanmış vakalar ve hükme bağlanmamış vakalar. Hükme bağlanmış vakalar, bağlayıcı içtihat veya yasalar ile mahkemenin takdirini, yorumunu gerektirmeyecek şekilde uyuşmazlığın çözümünün öngörüldüğü vakalardır²⁹⁰. Bunun kapsamı oldukça dardır. Örneğin bir uyuşmazlıkta belli bir eylemin makul, haklı, zaruri olup olmadığına dair bir yargıda bulunulacak ise bu durumda bir takdir söz konusudur. Eğer bir vakada verilebilecek tek bir doğru cevap var ise bu, hükme

²⁸⁸ A.g.e., ss. 177-178.

²⁸⁹ Raz, *The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System...*, ss. 198-200.

²⁹⁰ Melvin A. Eisenberg, "The Concept of National Law and the Rule of Recognition", *Florida State University Law Review*, Cilt: 29, Sayı: 4, 2002, ss. 1229-1230.

bağlanmış bir vakadır. Eğer tek bir doğru cevap yoksa bu hükme bağlanmamış bir vakadır. Hükme bağlanmamış vakalarda da mahkemeler, kendilerini yönlendiren yasalar ile bağlıdır. Yasa, belli çözümleri dışlasa da geri kalan alanda mahkeme takdirini kullanacaktır. Hükme bağlanmamış vakalarda birden fazla kural mevzubahis olabilir ve bunlar çatışabilir. Eğer çatışma kuralları sayesinde bunlar çözümleniyor ve tek bir doğru cevap mevcut ise o zaman burada hükme bağlanmış bir vaka vardır. Bu açıdan bakıldığında hükme bağlanmış vakaların da çözümü oldukça zor olabilir. Pekâlâ, bir vergi veya miras uyuşmazlığı, hukuk tarafından tek bir doğru çözümü olacak şekilde hükme bağlanmış olabilir ancak mevzuatın anlaşılması ve hesaplamaların doğru yapılması meşakkatli bir meseledir.²⁹¹

Raz, hükme bağlanmamış vakaların tamamının, bilinçli veya bilinçsiz olarak dilin veya yasa koyucunun iradesinin belirsizliğinden kaynaklandığını söyler. Kanunlardaki kavramların tanımına girip girmeme konusunda arada kalınan vakalar bunların en basit örneklerindendir. Mesela elektriğin bir mal olup olmadığı ya da karavanın bir ikametgâh sayılıp sayılamayacağı gibi sorular bu vakalar kapsamındadır. Başka bir ihtimal, söz konusu uyuşmazlık hakkında çatışan iki yahut daha fazla kuralın olması ve bu çatışmayı düzenleyecek bir başka kuralın bulunmaması veya var olan kuralın da belirsiz olmasıdır. Bazı hallerde de kanun koyucu bilinçli olarak belli konuların takdirini mahkemelere bırakmak için “makul özen”, “iyi niyet”, “haklı sebep” gibi belirsiz kavramlar ile vakaları hükme bağlanmamış olarak bırakır. Bu durumda, mahkeme takdiri vasıtasıyla kuraldaki boşluğu doldurarak hükümde bulunur²⁹². Hükme bağlanmamış vakalar, hiç hükme bağlanmamış değildir; hepsi bir miktar hükme bağlanmıştır. Bu vakalarda kanun koyucu her ne kadar hükme bağlanmış vakalarda olduğu gibi tek bir doğru cevap öngörmese de belli cevapları yanlış olarak tespit etmiştir. Bu durumlarda mahkemeler, kanun koyucunun çizdiği çerçeve içerisinde takdirlerini kullanarak hukuk yaratır.²⁹³

Bu saptamalar mahkemelerin ciddi bir hukuk yaratma ve hukuku geliştirme alanının ve gücünün olduğunu gösterir. Raz’a göre hâkimler sadece mevcut kuralları muntazam şekilde uygulayıp kuralların kapsamının dışında takdir kullanmaz. Çoğu

²⁹¹ Raz, *The Authority of Law...*, pp. 181-182.

²⁹² Atria, *On Law and Legal Reasoning...*, s. 75

²⁹³ Raz, *The Authority of Law...*, ss. 193-4.

vakada kurallar belirsiz veya çatışmalıdır. Hâkimler bu hallerde de takdirleri ile kuralların nasıl hükme bağlanacağına karar vererek hukuku değiştirir ve geliştirir²⁹⁴. Ama yine bu açıklamalar, mahkemelerin bu imkânlarını kullanırken ciddi kısıtlamalar altında kaldıklarına da işaret eder. Neredeyse hiçbir zaman mahkemeler saf hukuk yaratma gücünü kullanmaz.²⁹⁵

Raz, yasamanın hukuk yaratması ile hâkimlerin hukuk yaratması arasında belli farklar olduğunu söyler. Hâkimlerin yargı faaliyetleri ile yarattıkları hukuk, kendilerinden sonra gelen sayısız mahkeme kararı ile birlikte tekrar geliştirilebilir ve değiştirilebilir. Bu açıdan hâkimlerin geliştirdiği hukuk, yasamanın yarattığı hukuktan daha az bağlayıcı niteliktedir denilebilir²⁹⁶. Hukuk bu yargı faaliyetlerinde hâkimler tarafından sürekli tekrar ele alınarak üzerinde değişiklikler yapılarak işlenir. Bu değişiklikler sınırlı olma eğilimindedir. Hukukun, hâkimler tarafından radikal bir şekilde değiştirilmesi oldukça nadir gerçekleşir. Kanun koyucu ile hâkimler arasındaki bir fark olması mantıklıdır çünkü hâkimlerin eğitimi ve mesleki tecrübeleri geniş çaplı reform yapmaya elverişli değildir. Hâkimler eğitimleri ve mesleki pratikleri gereği mevcut hukukun uygulamasına yönelik detaya ilişkin meselelerde daha fazla bilgi ve hüner sahibidir. Hâkimlerin hukuk sistemlerinde sahip oldukları ve sahip olmadıkları yetkiler bu nitelik farkı düşünüldüğünde mantıklıdır.²⁹⁷ Aynı durum, hâkimleri argümanları ile belli çözümlere yönlendiren avukat ve savcılar için de geçerlidir.

Yazar, mahkemelerin yeni hukuk yaratma ve hukuku değiştirme konusunda getirilen eleştirileri hatalı bulur. Bu eleştirilerden ilki hâkimlerin demokratik şekilde seçilmemelerinden dolayı hukuk yaratma haklarının olmaması gerektiği iddiasıdır. Raz, bu durumun parlamentonun üstünlüğü ilkesinden kaynaklanan yasamanın delege edilmesi hali olduğunu belirtir. Hukuk yaratma yetkisine tartışmasız olarak sahip olan parlamento, bu yetkilerinin bir kısmını kendi iradesi ile mahkemelere verdiği için, antidemokratiklik iddiası yersizdir. Seçilmemiş kişilerden oluşan idari makamlarda gerçekleşen kural koyma işlemleri de bu anlamda antidemokratik değildir, parlamentonun kural koyma yetkisini delege etmesidir. Bir diğer eleştiri,

²⁹⁴ Himma, "Legal Positivism", <https://www.iep.utm.edu/legalpos/> (Son erişim tarihi: 1.6.2019)

²⁹⁵ Raz, **The Authority of Law...**, ss. 193-195.

²⁹⁶ Jan Komarek, "Reasoning With Previous Decisions", **Practice and Theory in Comparative Law**, Editörler: M. Adams & J. Bomhoff, New York: Cambridge University Press, 2012, s. 64.

²⁹⁷ Raz, **The Authority of Law...**, ss. 195-197.

mahkemelerin hukuk yaratmasının geriye etkili olduğundan dolayı kötücül niteliğine vurguda bulunur. Raz, bu eleştirinin özünün mahkemelerin hukuk yaratmasıyla beraber haklı beklentilerin gerçekleşmemesinden dolayı yaşanan hüsrana dayandığını söyler. Ancak hükme bağlanmamış vakalarda veya zor davalarda zaten haklı bir beklenti oluşması mümkün olmadığı için bu argüman boşta kalır. Bu durum yalnızca içtihadın değiştirilmesi ve hükmün bozulması hallerinde söz konusudur ki mahkemelerin bu seçeneklere yönelik temkinli yaklaşımı bu meseleyi açıklamaktadır.²⁹⁸

Raz, hâkimler takdirde bulunurken belli hukuki kısıtlamalara tabi olduklarını belirtir. Takdir kuralları bu kısıtlamaları getirir. Hâkimler çoğu vakada yasa koyucular gibi kısıtlama altında olmaksızın hüküm vermez.²⁹⁹ Bununla birlikte hâkimlerin takdirini kısıtlayan tek unsur takdir kurallarından gelen yasal sınırlandırmalar değildir. Raz, hâkimlerin takdir faaliyetlerinde muhafazakâr olmaya yönelten belli dinamiklerin olduğunu öne sürer. Bunun sebebi mahkemelerin yasamaya kıyasla farklı bir pozisyonda olmalarıdır. Mahkeme kararları sadece kısmi ve dolaylı etkileşimler ile belli toplumsal ve ekonomik koşullara dokunabilir. Mahkemelerin yarattığı hukuk, her ne kadar davanın tarafları açısından bir takım doğrudan etkiler yaratsa dahi bunun beklenmedik yan etkileri de olabilir. Bunların neler olabileceği belirsizdir ve daha önemlisi mahkemenin kontrolü dışındadır. Örneğin bir mahkemenin kadınların erkekler ile eşit maaşa hakkı olduğu yönünde yarattığı hukuk, ilk başta kadınlar lehine kısa vadeli bir ilerleme sağlayabilir. Ancak diğer destekleyici reformlar arkadan gelmediğinde bu sefer kadınların istihdamını düşebilir ki bu da karardan önceki durumdan daha kötü olabilir. Arzu edilen değişim çok nadiren bir veya birkaç mahkeme kararı ile gerçekleştirilebilir. Toplumda ciddi bir değişim ancak birçok boyutta yapılacak reformlar ile sağlanabilir. Bu nedenle çoğu zaman mahkemeler, tartışmalı vakalarda reform yönünde bir adım atmak ile yerleşik içtihadı takip etmek arasında kalır. Mahkemenin kendi düşüncesi doğrultusunda reform yönünde atılacak bir adım, kanun koyucunun destekleyici başka politikaları ile ilerletilmemesi halinde arzu edilen hedeflere ulaşılabilmesi ve mevcut sistemin iyi işleyen yönleri açısından da uyumsuzluk oluşması riski taşır. Bu nedenle mahkemeler genellikle bu güçlerini kullanırken temkinli olurlar. Diğer

²⁹⁸ A.g.e., ss. 197-198.

²⁹⁹ A.g.e., s. 199.

yandan parlamentolar, mahkemeleri kısmı reform ile mevcut durumun muhafazası arasında bırakan kısıtlamaların ötesinde araçlara sahip oldukları için sistemde değişiklikte bulunma konusunda mahkemelere göre daha serbest hareket ederler. Mahkemeler her ne kadar kanun koyucular gibi vicdanları ile karar verme durumunda kalsalar dahi içinde bulundukları konumdan dolayı kanun koyucuların akılcı bir şekilde varacakları çözümlerden farklı çözümlere ulaşmaya meyillidirler.³⁰⁰

Bu analizler mahkemelerin mevcut pratiğinin akılcı bir açıklamasıdır. Ancak Raz'a göre mahkemelerin hukuku değiştirme konusunda genellikle muhafazakâr davranması, her zaman öyle davrandıkları ya da ahlaken böyle davranmaları gerektiği manasına gelmez. Pekâlâ, belli şartlarda mahkeme kararının getirdiği kısmi bir değişiklik, kanun koyucu tarafından da desteklenerek uyumlu bir reforma dönüştürülebilir. Öte yandan bazı hallerde mevcut mevzuatın veya içtihadın yarattığı sonuçlar çok büyük haksızlıklara ve adaletsizliklere yol açar ki bu hallerde kısmi, kısa vadeli ve sadece uyuşmazlığın taraflarını etkileyecek bir iyileştirme dahi mevzuat veya içtihat içinde yaratılacak uyumsuzluğu meşru kılabilir.³⁰¹

Raz, her ne kadar hukukun uygulanması ile hukuk yaratmanın farklı iki kavram olduğunu söylese de, bunların çoğu zaman benzer gerekçeler ile temellendirildiğini ve faaliyetleri sırasında benzer unsurlara dikkat edildiğini belirtir. Örneğin hukuk yaratma faaliyetinde çoğu zaman kanunun geri kalanı ile tutarlılık sağlamak amacıyla kanun koyucunun iradesi araştırılır. Bu aynı zamanda mevcut hukukun doğru yorumlanması ve uygulanması için de elzemdir. Bu durum her ne kadar hukukun uygulanması ve hukuk yaratmanın aynı şeyler olduğunu göstermese de birbirleri ile devamlı ilişki içinde olduklarına işaret eder. Bu nedenden dolayı da mahkemeler çoğu zaman bu ikisi arasında kesin bir çizgi çekmekle uğraşmadığı gibi hükme bağlanmamış vakalardaki (kısmen hükme bağlanmış vakalardaki) kaçınılmaz belirsizliklerden dolayı bu çizginin nerede çizileceği de tam olarak belli değildir.³⁰² Bu kesişim niteliğinin daha iyi anlaşılması için sıradaki konu olan hukukun yorumlanması faaliyetinin incelenmesi gerekmektedir.

³⁰⁰ Aileen Kavanagh, "Judicial Restraint in the Pursuit of Justice", **The University of Toronto Law Journal**, Cilt: 60, Sayı: 1, 2010, ss. 28-29.

³⁰¹ Raz, **The Authority of Law...**, s. 201.

³⁰² **A.g.e.**, ss. 207-209.

Hukukun yorumlanması (II) bahsinde Raz, hukukun nasıl yorumlanması gerektiği sorusunun zorunlu olarak yorumun ne olduğu ve neden yapıldığı soruları ile bağlantılı olduğunu belirtir. İlk önce bu soruların cevaplanması lazımdır. Yazar, hukukun yorumlanması faaliyetinin sebeplerini ele alırken en başta hukukun kaynaklarının varlığını vurgular. Hukukun yorumlanması, esasen hukukun kaynaklarının yorumlanmasından çıkar. Hukuk ile çoğu zaman dirsek temasında olan ahlak konusunda ise yorumdan bahsedilmez. Bunun nedeni ahlakın kaynaklarının olmamasıdır.³⁰³³⁰⁴ Hukukun yorumlanmasının mevzubahis olabilmesi için bir diğer unsur ise yorum konusu olan hukuk normunun anlamının aşikâr olmamasıdır³⁰⁵. Aşikâr bir şey hakkında yorum yapılamaz.

Raz, yorumun dört özellik taşıdığını söyler. Birinci özellik, yorumun bir nesne hakkında olmasıdır. Yorum faaliyeti, yorum konusu nesneden bağımsız olamaz. İkinci özellik, yorumun belli bir değerinin olması ve farklı yorumların göreceli olarak farklı değerleri taşımalarıdır. Yorumlar, iyi yorumlar ve kötü yorumlar olarak değerlendirilebilir, karşılaştırılabilir, ayrılabilir. Her yorum eşit derecede kıymetli değildir. Üçüncü olarak, mevzubahis nesnenin yorumlanmasında birden fazla iyi yorum mevcut olabilir. Bu, yorum faaliyetinin çoğulcu olma niteliğidir. Pekâlâ, farklı açılardan yapılan birden fazla yorum, söz konusu nesneyi başarılı şekilde yorumlayabilir. Dördüncü olarak, yorumların değerlendirilmesindeki esas ölçüt, ele alınan nesnenin anlamının insanlar tarafından kavranmasının sağlanmasıdır. Bunda başarılı olan yorumlar iyi yorumlardır.³⁰⁶

Özellikle bu son özellik tartışma konusudur. Raz, yorumun bu özelliği açısından iki uç pozisyonun olduğuna işaret eder. Bunlardan ilki olan aşırı objektivist yaklaşım, nesnenin anlamının sadece nesnenin yaratıcısının saikı açısından aydınlatılması vasıtasıyla doğru yoruma ulaşılacağını iddia eder. Yazar bu görüşü hatalı bulur çünkü nesnenin anlamı yaratıcının saikından fazlasıdır. Sanat eserlerinden bir örnek vermek gerekirse, eser sahibi, eserini oluştururken kendi ebeveynlerine karşı duyduğu suçluluğu eserine yansıtmak istemiş olabilir ve eser

³⁰³ Raz, *Between Authority and Interpretation...*, ss. 223-225.

³⁰⁴ Hukuk gibi başka bir normatif alan olan dinde de yorumun söz konusu olması, hukuka benzer şekilde kaynakları olmasındandır.

³⁰⁵ Benjamin Ewing, "Conventionality, Disagreement, and Fidelity", *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, Cilt: 30, Sayı: 1, 2017, s. 107.

³⁰⁶ Raz, *Between Authority and Interpretation...*, ss. 226-227.

kendisi için bu anlamı taşıyabilir³⁰⁷. Ancak sanat eserinin anlamı, sadece bu eser sahibinin kendi ebeveynlerine dair hislerinden tabii ki fazlasıdır. İkinci uç pozisyon, yapılan her yorumun eşit derecede kıymetli olduğu ve tamamıyla kişiden kişiye değiştiğini iddia eden aşırı sübjektivist yaklaşımdır. Bu görüş ise izleyiciden bağımsız bir yorum nesnesinin varlığını gözden kaçırır ve gündelik hayattaki farklı yorumlara yönelik eleştirel tutumu açıklayamaz.³⁰⁸

Raz bu sorunu çözmek için yorum nesnelerinin “kültürel nesneler” olarak ele alınmasını önerir. Kültürel nesneler, izleyicilerden bağımsız birer varlık oldukları gibi eser sahibinden öte toplumun kültürel hayatında bir anlam teşkil eden nesnelerdir.³⁰⁹ Yazar bu nedenle başarılı bir yorumun, mevzubahis nesneye ve onun yorumuna ilgi duyma sebepleri ile bağlantı kurduğunu ve bunların kavranmasını sağladığını iddia eder³¹⁰. Yorum faaliyetinin değerlendirme yargısı bu ölçüttür.

Bu nedenle, ister sanat ister hukuk ister tarih alanındaki yorum faaliyetini anlamak ve onu iyi bir şekilde yapmak için yorumun nesnesine toplumsal bağlam dâhilinde ilgi duyma ve değer verme sebeplerine eğilmek gerekir. Bu sebepler, yorum konusu olan nesnelerin türüne bağlı olarak değişir. Örneğin bir sanat eserinin yorumu ile bir kanun metninin yorumunda farklı dinamikler söz konusudur çünkü bu farklı nesnelere dair ilgi duyma ve değer verme sebepleri farklıdır. Toplumların sanata yönelmelerinin sebepleri arasında sanatın insanların içindeki duyguları ortaya çıkartması, yaratıcılığı kamçılaması, yeni düşüncelere kapı açması gibi unsurlar yer alır. Bu nedenle yapılan yorumda da bu sebeplere paralel bir yenilikçiliğin olması yorumun başarısına katkıda bulunabilir. Ancak hukuka duyulan ilginin ve verilen değerlerin sebepleri sanattan farklı olduğu için doğal olarak hukukun yorumlanmasında farklı unsurlara dikkat etmek lazımdır. Raz, hukukta ilk değer verilen unsurun devamlılık olduğuna işaret eder. Hukuk belli kamusal davranış standartları oluşturarak toplumsal yaşantıda istikrar ve düzen sağlar. Hukuk, bu devamlılığı temsil eder. İkinci olarak, hukuka otoriteyi haiz olma niteliğinden dolayı değer verilir. İlgili kamusal davranış standartları sadece var oldukları için değil, aynı zamanda hukuk tarafından, yasa çıkartma otoritesine sahip hukuki kurumlar vasıtası

³⁰⁷ A.g.e., ss. 244-245.

³⁰⁸ A.g.e., ss. 227-229.

³⁰⁹ Joseph Raz, “Interpretation Without Retrieval”, **Interpretation in Law**, Editör: A. Marmor, Oxford: Oxford University Press, 1995, ss. 159-163.

³¹⁰ Raz, **Between Authority and Interpretation...**, ss. 231.

ile oluşturulduğu için kabul edilir ve kıymetli bulunur. Üçüncü olarak, hukuka toplumsal hayatın ihtiyaçlarını karşıladığı için değer verilir. Yazar bunu, hukuki gelişim olarak niteler. Son olarak, hukuk adil olmasıyla, özellikle de uygulama aşamasında adil olmasıyla değerli görülür. Raz, bunu hakkaniyet olarak niteler. Hukukta yorum yapılırken, bu kültürel nesneye ilgi duyma ve değer verme sebeplerinden işte bu dört temel unsur ele alınır.³¹¹

Hukukun nasıl yorumlanması gerektiği sorusuna da Raz, işte bu dört unsura dikkat çeker. Devamlılık ve otorite unsurları, yapılacak yorumun yenilikçilikten ziyade muhafazakâr sınırlar içinde kalmaya yöneltir. Aşırı yenilikçi bir yorum, hukukun devamlılığını bozacak ve hukuku olağan yasa koyma otoritesi sahibi kurumlardan koparacaktır. Diğer yandan yazar, hukuki gelişim ve hakkaniyet unsurlarının da belli durumlarda yenilikçi yorumları destekleyebileceğini vurgular. Pekâlâ, aşırı muhafazakâr bir yorum da hukukun toplum ihtiyaçlarını karşılayamamasına, atıl kalmasına ve ciddi adaletsizliklere sebep olabilir. Bu nedenle Raz, yorumun bu unsurların somut olay özelinde değerlendirilmesi zorunluluğuna işaret eder³¹². Belli hallerde yorumcunun, hukukun uygulanmasından doğan kısmi adaletsizlikleri, hukukun devamlılığını ve otorite yapısını korumak için kabullenmesi icap edebilir. Başka durumlarda ise yorumcunun, büyük toplumsal ihtiyaçlara cevap vermek veya belli kişiler açısından gerçekleşebilecek büyük adaletsizlikleri engellemek için hukukun mevcut yapısını değiştirmesi ve değişimi de kendi eliyle sağlaması gerekebilir. Düşünür bu farklı ve belli vakalarda çatışan değer sebeplerinden dolayı yorumun nasıl yapılmasına dair genel bir kuramın ya da yaklaşımın doğru olmayacağını savunur.³¹³ Her zaman muhafazakâr veya her zaman yenilikçi yorum yapılması hatalı olur. Bu yaklaşımlara ile ilişkilendirilen lafzi, sistematik, tarihsel veya amaçsal yorum yöntemlerinden sadece birinin her zaman her vakada uygulanması gerektiği de söylenemez.

Bununla beraber Raz, yorum faaliyetinin nasıl gerçekleştirileceğine dair hukuk sistemlerinin konvansiyonları olabileceğini de belirtir. Pekâlâ, belli hukuk sistemleri, yorumda kullanılabilecek bazı unsurlara izin verirken (örneğin meclis

³¹¹ Jeffrey Goldsworthy, “Raz on Constitutional Interpretation”, **Law and Philosophy**, Cilt: 22, Sayı: 2, 2003, ss. 187-188.

³¹² Julie Dickson, “Interpretation and Coherence in Legal Reasoning”, **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, 2010, <https://plato.stanford.edu/entries/legal-reas-interpret/> (Son erişim tarihi: 1.6.2019)

³¹³ Raz, **Between Authority and Interpretation...**, ss. 233-239.

tutanakları, doktrin görüşleri), başka sistemler buna imkân vermez. Ancak yazar, bu tip konvansiyonların fazla ayrıntılı ve geniş kapsamlı olarak oluşturulmadığını veya oluşturulamadığını ifade eder. Bunun nedeni, bu kadar somut ve tekil olaylar ile temasta olan yorum faaliyetinin genel konvansiyonlar ile düzenlenmesinin çoğu zaman mümkün olmamasıdır.³¹⁴

Raz'ın bu analizleri, mahkemelerin oldukça dinamik ve birçok ögeden beslenen bir süreç içerisinde olduklarını gösterir. Yazar yorumun genel bir kuramsal çözüm ile öngörülmesi mümkün olmayan, birden fazla başarılı ihtimale imkân veren bir faaliyet olduğuna işaret ederek Dworkin'in inşacı yorum kuramı ve tek doğru cevap tezindeki sorunlu öğeleri ortaya çıkarır. Diğer yandan Raz, hukukta hükme bağlanmış vakalar ile kısmen hükme bağlanmış vakaların da olduğunu ifade eder. Bu sayede yorumun her vakada ve sınırsız bir kapsamda olamayacağını göstererek Dworkin'in yorum anlayışındaki abartılı unsurları çürütmüş olur. Düşünür, mahkemelerin işleyişi ve yorum faaliyetlerine ilişkin bu saptamaları ile Dworkin'in hukuki pozitivistizmin izah edemediğini iddia ettiği bu alanlara dair doğal hukuk öğelerine dayalı olmayan bir açıklama getirmiştir. Bu şekilde, Dworkin'in hâkimlerin yorum faaliyetlerinde tipik bir yasa koyucu gibi hareket etmedikleri tespiti hukuki pozitivistizm çerçevesi dâhilinde de izah edilerek konvansiyon tezinin hatalı olduğu çıkarımına dolaylı olarak bir cevap verilmiş olur.

Raz'ın yargı sürecine dair bu açıklamaları hukukun hükme bağlanmamış birçok vaka barındırdığını ve hâkimlerin bunları takdirleri vasıtasıyla hükme bağladığını gösterir. Yazara göre hâkimler bu faaliyeti belli hallerde temkinli bir şekilde gerçekleştirse de ahlaki gerekçeler doğrultusunda yenilikçi adımlar da atabilirler. Diğer hukuki pozitivistler için de benzer kuramsal pozisyonlar benimsemişlerdir. Hart'ın kuramı yukarıda ifade edildiği üzere hukukun açık dokulu olduğunu ve hâkimlerin bu alanlarda takdir kullandıklarını savunur³¹⁵. Kelsen de hukukta birçok vakada tek bir doğru cevabın olmadığını ve geçerli tek bir yorum yönteminin olmadığını ifade eder³¹⁶. Bu tespitler bu çalışmanın ikinci tezi olan hukuki pozitivistizm hakkında oluşmuş kanının hatalı olduğunu temellendirmektedir.

³¹⁴ Joseph Raz, "On the Authority & Interpretation of Constitutions", **Constitutionalism: Philosophical Foundations**, Editör: L. Alexander, Cambridge: Cambridge University Press, 1998, ss. 279-280.

³¹⁵ Hart, **The Concept of Law...**, ss. 124-135.

³¹⁶ Kelsen, **Saf Hukuk Kuramı...**, ss. 99-106.

Modern hukuki pozitivizm, hukuki faaliyeti sadece yasaların uygulanması olarak görmez ve kategorik bir lafzi yorum yaklaşımı benimsemez.

Yargı sürecine dair bu analizler sadece kuramsal manada doğru değildir, aynı zamanda pratik bir değere sahiptir. Hukukun birçok vakayı hükme bağlamadığı veya kısmen hükme bağladığı tespiti, mesleki pratik açısından önemlidir. Raz'ın da belirttiği üzere hâkimlerin ahlaki karakteri bu bağlamda verilen hükümlerde belirleyicidir. Bu sebeple hâkimler yasaları ve içtihatları iyi bilmelidir ama bu yeterli değildir; ahlaki değerleri de özümsemelidirler. Bu ihtiyaç, hukukçuların eğitiminde bu öğelere de yer verilmesi gerektiğini gösterdiği gibi hukuk reformlarının sadece yasaların değiştirilmesi ile sağlanamayacağına da işaret eder. Hukukun birçok vakada tek bir doğru cevap barındırmadığı, hâkimlerin bu vakalarda takdirde bulundukları bilgisi avukatlar açısından da bir fark yaratır. Avukatlar da hâkimler gibi sadece yasalara dayanarak müvekkillerinin haklarını savunmazlar, aynı zamanda hâkimin ahlaki değerlendirmeler içeren takdirine de hitap etmeleri gerekir. Öte yandan hükme bağlanmamış veya kısmen hükme bağlanmış vakaların çokluğuna dair tespit, hukukun birçok vakada belirsiz olduğuna işaret eder. Hukuk çoğu vakada tek, erişilmesi kolay ve tartışmasız çözümler getirmez. Bu bilgi, vatandaşların yargı süreçlerindeki ihtimalleri daha doğru bir şekilde değerlendirebilmelerini sağlar. Son olarak Raz'ın yorum analizleri mesleklerinde hukuki yorumlar yapanlar açısından bu faaliyetlerini akılcı bir şekilde gerekçelendirebilecekleri elverişli araçlar sağlar. Bu çalışmanın üçüncü tezinde ifade edildiği üzere sert pozitivizm sadece kuramsal boyutta doğru değildir, aynı zamanda pratik açıdan faydalı bilgiler de sunmaktadır.

1.2.7. Hukuk Devleti ve İnsan Hakları

Raz'ın hukukun özellikleri, yapısı ve pratiğine dair argümanları dışında normatif değere sahip olabilecek kavramlar hakkındaki fikirlerine de bakmak yazarın hukuk hakkındaki görüşlerini aydınlatmada faydalı olacaktır. Bu bahiste yazarın *hukuk devleti* (I) ve *insan hakları* (II) analizleri incelenecektir.

Hukuk devleti (I) açıklamalarında Raz, felsefe yazınında bu kavrama dair ciddi bir sorunun olduğunu iddia eder. Yazara göre *hukuk devleti* (*rule of law*) kavramına gereğinden fazla unsurlar eklenmesiyle hukuk devleti faydalı bir kavram olmaktan

çıkıştır³¹⁷. Gerçekten de hukuk devleti kavramı çoğu bilimsel kaynak ve görüşte; insan hakları, insan haysiyeti, eşitlik, özgürlükler gibi birçok değer ile iç içe ele alınmaktadır. Raz, bunu yanlış bulur çünkü eğer bu yapılırsa o zaman hukuk devleti kavramı “iyi hukukun devleti” kavramına dönüşür. Bu durumda da hukuk devletine inanmak veya onu istemek, iynin kazanmasını istemek gibi işlevsiz bir noktaya varır. Eğer bu ifade edilmek isteniyor ise ayrı bir kavrama ihtiyaç duyulmaması gerekir. Düşünre göre, hukuk devleti, iyi bir hukuk sisteminin sahip olabileceği erdemlerden sadece biri olarak anlaşılmalıdır. Bu kavram; demokrasi, eşitlik, özgürlük, insan hakları gibi diğer önemli erdemler ile karıştırılmamalıdır. Ancak o zaman hukuk devleti kavramı diğer kavramlardan ayrık, kendi özgül anlam ve işlevi olan bir konuma erişir.³¹⁸

Raz, eleştirdiği maddi içerik temelli hukuk devleti kavramına karşı Friedrich A. Hayek’in tanımını işleyerek bu konuyu ele alır. Geniş anlamıyla hukuk devleti kavramı, herkesin hukuka itaat etmesi ve hukuk ile yönetilmesi manasına gelir. Siyaset ve hukuk kuramında ise hukuk devleti kavramı, daha dar anlamıyla devletin hukuk sınırları içinde olması şeklinde ifade edilir. Bu modelde devlet, kurallarını önceden ilan ederek ve bunlara bağlı kalarak, vatandaşlara otoritenin hangi hallerde cebri araçlarını kullanacağını görebilmesine ve kişisel hayatını bu bilgiye göre korkmadan düzenleyebilmesine imkân verir. Bu açıdan bakıldığında hukuk devleti, devleti yönetenlerin de diğer insanlar gibi hukuka itaat etmelerini ve onun dışına çıkmamalarını temsil eder.³¹⁹ Raz, Hayek’in tanımındaki unsurların hatalı olmasa da eksik olduğunu belirtir. Eğer hukuk devleti sadece resmi devlet görevlilerinin veya bir miktar daha genişletilirse güçlü insanların hukuka uymaları gerektiği fikri ise, kavramın bu hali de yeni bir şey söylememektedir. Zaten hukuk kurumları ve bu kurumlarda çalışanların hukuka uyma yükümlölükleri yönünde bir ağırlık vardır. Hukuk devleti kavramı bu formülde hukuka itaat kavramından ayrışamamış olur.³²⁰

Raz’a göre hukuk devleti kavramını tam olarak izah etmek için hukukun sokaktaki insan için ne manaya geldiğine bakılmalıdır. Hukukçu için hukuk,

³¹⁷ Paul Craig, “Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework”, **The Rule of Law and the Separation of Powers**, Editör: R. Bellamy, Oxford: Routledge, 2005, s.96.

³¹⁸ Helen Fenwick & Gavin Phillipson, **Text, Cases & Materials on Public Law and Human Rights**, 2. Baskı, London: Cavendish Publishing, 2003, ss. 78-80.

³¹⁹ Friedrich A. Hayek, **Kölelik Yolu**, Çevirenler: T. Feyzioğlu & Y. Arsan, Ankara: Liberte Yayınları, 2004, ss. 105-111.

³²⁰ Raz, **The Authority of Law...**, s. 212.

geçerlilik şartlarını sağlayan tüm mevzuat ve idari işlemler olsa da sokaktaki adam için hukuk, bunların yalnızca bir kısmını ifade eder. Sokaktaki adam açısından sadece açık, genel ve görece istikrarlı olan kurallar hukuktur. Ancak bu tipteki kurallar insanların hayatını düzenlemelerine imkân verir. Yazar bu unsurla beraber her sistemde özel hükümler ve değişiklikler olduğu düşünüldüğünde hiçbir sistemin bu tanıma dâhil olamayacağı riskinin farkında olarak bu açıklamasına bir unsur daha ekler: yapılacak özel düzenlemeler, açık ve görece istikrarlı genel kurallara tabi olmalıdır. Raz hukuk devletinin esas anlamının, insanların (yönetenler de dâhil olacak şekilde) hukuka itaat etmelerinin ötesinde, insanların davranışlarını hukuka göre düzenleyebilmeleri olarak ifade edilmesi gerektiğini söyler. Bu tanım doğası gereği şekli bir formüldür.³²¹

Raz bu doğrultuda hukuk devletinin sağlanabilmesi için çeşitli ilkeler sunar. Buna göre hukuk kuralları ileriye dönük, genel, kamuya ilan edilmiş, açık ve istikrarlı olmalıdır. Yazar bu niteliklerin pratikte hayata geçirilebilmesi için, yargı bağımsızlığı ve denetiminin sağlanmasının, hukuki usullerin oluşturulmasının, vatandaşların mahkemelere erişiminin kolay olmasının ve güvenlik güçlerindeki istismarın önlenmesinin büyük önem arz ettiğini ifade eder.³²²

Hukuk devleti kavramı çerçevesinde ele alınması gereken bir diğer unsur, keyfi yönetimin önlenmesi meselesidir. Bu noktada Raz, hukuk devletinde alınan kararların gerekçelerinin de aleni olarak ilan edilmesinin, karar süreçlerinin adil, tarafsız, temsil ve savunma öğelerine saygılı şekilde yürütülmesinin, devlet işlerinin vatandaşların genel menfaatine yönlendiren teamüllerin oluşturulmasının ve hukuk devletine dair ilkelerin siyasetin üstünde tutularak toplumun kültürüne yerleşmesinin önem arz ettiğini belirtir.³²³ Bunların sağlanması ile keyfi yönetim önlenir ve keyfiyetten kaynaklı öngörülemez müdahaleler engellenir.

Raz, hukuk devletinin önemi ve değerine dair açıklamalarında hukuk devletinin iki erdemine vurgu yapar. Bunlardan birincisi, iktidarın belli sınırların içinde

³²¹ Gülriz Uygur, “Adalet ve Hukuk Devleti”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 53, Sayı: 3, 2004, ss. 36-37.

³²² Joseph Raz, “The Rule of Law and its Virtue”, *Law Quarterly Review*, Cilt: 93, Sayı: 1, 1977, ss. 198-203.

³²³ Joseph Raz, “The Law’s Own Virtue”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Cilt: 39, Sayı: 1, 2019, ss. 4-8.

tutulması sayesinde bireylerin güvenli ve düzenli bir şekilde hayatları hakkında plan yapabilme imkânına kavuşmasıdır. İkinci erdem ise, bireysel özgürlüklerin korunmasıdır. Eğer bireyler ellerindeki seçenekleri net olarak bilirse onları etkin bir şekilde kullanabilirler. Ancak hukuk sistemi belli davranışların sonuçları hakkında açık bir öngörülebilirlik sağlayamaz ise o zaman bireyler bu seçenekleri kullanmak aşamasında serbest olamazlar.³²⁴

Yazar, bu bahiste insan haysiyetine saygılı bir devletin söz konusu olabilmesi için hukuk devletinin sağlanmasının zaruri bir koşul olduğunun altını çizer. İnsan haysiyetine saygı göstermek, kişileri kendi gelecekleri hakkında plan yapan ve eyleme geçen bireyler olarak görmeyi gerektirir. Bunun için de insanların otonomilerine, geleceklerini kontrol edebilme hakkına saygı gösterilmelidir. Hukuk devletinin sağlanması, insan haysiyetine saygının sağlanması için yeterli olmasa da gerekli bir şarttır.³²⁵

Hukuk devleti konusunda felsefi yazındaki önemli bir diğer düşünür Fuller'dır. Fuller, bir hukuk sisteminin hukuk devleti ilkelerine bir yere kadar bağlı kalmak zorunda olduğunu, aksi halde bir sistem olarak ayakta kalamayacağını savunur. Buna göre her ne kadar hukuk devleti bir ideal olsa da ve bu idealden hukuk sistemleri belli seviyelerde uzaklaşıp da mevzubahis ilkelerden tamamıyla uzaklaşamazlar. Fuller bu argümanı hukuk ile ahlak arasında zorunlu bir ilişki olduğuna işaret eder.³²⁶

Raz da söz konusu hukuk devleti ilkelerinin tamamıyla bir hukuk sistemi tarafından dışlanamayacağını kabul eder. İster istemez bir hukuk sisteminde bir takım genel kurallar olması gerekir ve bunlar belli bir açıklıkta olmalıdır. Ancak bu asgari tespitten hareketle her hukuk sisteminde belli bir ahlaki değer olduğu sonucuna varmak yanlıştır. Yazara göre hukuk devleti esasında negatif bir değerdir³²⁷. Hukuk, toplumsal hayattaki üstün konumundan dolayı vatandaşlara karşı büyük bir istismar riski oluşturur. Hukuk devleti aslında hukukun kendisi tarafından

³²⁴ Raz, "The Rule of Law and its Virtue", ss. 203-204.

³²⁵ Kirsten Rundle, "Form and Agency in Raz's Legal Positivism", **Law and Philosophy**, Cilt: 32, Sayı: 1, 2013, ss. 774-778.

³²⁶ Lon L. Fuller, **Hukukun Ahlakı**, Çeviren: E. Arıkan, İstanbul: Tekin, 2016, ss. 225-235.

³²⁷ Jeremy Waldron, "The Concept and the Rule of Law", **Georgia Law Review**, Cilt: 43, Sayı: 1, 2008, s. 11.

yaratılan bu riski dizginlemeye yönelik oluşturulur. Bu bağlamda hukuk devletine bağlılığın yarattığı iyilik, önlenen kötülüktür. Raz, hukuk devletini dürüstlük erdemine benzetir. Dürüstlük erdeminin iyiliği kişinin kandırmaktan kaçınmasından gelir. Bundan dolayı yalnızca kandırma yetisine sahip birinin dürüst olup olmadığından bahsedilebilir. Bir kişinin hiç iletişim dahi kuramayacak bir hale gelmesi halinde kimseyi kandıramayacak olması onun dürüstlüğü veya ahlakiliği hakkında bir şey ifade etmez. Aynı şekilde hukukun da tüm hukukilik ilkelerinden uzaklaşması durumunda keyfi cebirde bulunamıyor veya özgürlüklere müdahale edemiyor oluşu da onun adilliği veya ahlakiliği üzerine bir anlam doğurmaz. Bu durum sadece hukukun bazı kötülükleri yapamayacağını, yetileri dâhilinde sınırlı sayıda kötülükler yapmaya müsait olduğunu gösterir. Pekâlâ, hukuk kendi başına cinayet de işleyemez veya tecavüz de edemez. Bunlar, hukuk ile ahlak arasında zorunlu bir ilişkinin varlığını temellendirmez.³²⁸

Raz'a göre her ne kadar Fuller'ın hukuk ile ahlak arasındaki ilişkiye dair bu iddiası hatalı olsa da, hukuk devleti ilkeleri hukukun amacı olan insan davranışlarını kurallara tabi kılma faaliyeti için önemlidir. Bir hukuk sisteminin insan davranışlarını yönetmesi için hukuk devleti ilkelerine dikkat etmesi gerekir. Ancak hukukilik ilkeleriyle hukuk sistemi bu amaçlarına ulaşabilir. Ama burada da yazar, hukukun yalnızca bir araç olduğunu ve her ne kadar hukuk devleti erdeminin hukukun her amacına ulaşmak için bir miktar gerekli olduğunu kabul etse de bu erdem ile söz konusu amaçların doğrudan bağlantılı olmadığını altını çizer.³²⁹ Hukuk sistemleri, hukukilik ilkelerine tamamen bağlı kalarak oldukça adaletsiz olan amaçlar için de bu ilkeleri kullanabilir³³⁰. Hatta sistem kendi haksız amaçlarına (örneğin belli ırklar üzerinde tahakküm gibi) bu hukukilik araçları sayesinde çok daha etkili bir şekilde de ulaşabilir.

Yazar bu nedenle her ne kadar hukuk devletinin önemini kabul etse de bu kavramı mutlak bir değer olarak görmez. Hukuk devleti ilkeleri de bu açıdan mutlak yükümlülüklerden ziyade farklı koşullarda diğer menfaatler ile tartılmaya açık *prima facie* yükümlülüklerdir. Zaten yukarıda sayılan hukuk devleti ilkeleri de ele alınan

³²⁸ Raz, **The Authority of Law...**, ss. 223-224.

³²⁹ Brian Z. Tamanaha, **On the Rule of Law: History, Politics, Theory**, Cambridge: Cambridge University Press, 2004, s. 93.

³³⁰ Evan Fox-Decent, "Is the Rule of Law Really Indifferent to Human Rights?", **Law and Philosophy**, Cilt: 27, Sayı: 6, 2008, ss. 559-560.

sistemin hukuk devleti olup olmadığından ziyade ne kadar, ne derecede hukuk devleti olduğunu ifade eder. Hukuk devleti kategorik bir kavram değildir, belli bir ideale belli bir derece yakınlığı veya uzaklığı gösterir. Bazı hukukilik ilkelerinin bazı durumlarda başka menfaatler için esnetilmesi gerekebilir. Ne de olsa hukuk, belli toplumsal menfaatleri sağlamak içindir ve bu amaç ışığında bu ilkeler değerlendirilmelidir. Raz bu noktada Hayek'ten ayrılarak hukuk sisteminin odak noktasının hukuk devletinin muhafazası olduğu görüşüne katılmaz.³³¹

Örneğin belli hallerde geriye etkili kanunlar, hukuk devleti ilkesini bir miktar bozsa dahi büyük adaletsizlikleri ve menfaat kayıplarını engellemek için değerlendirilebilir³³². Ciddi toplumsal değişim süreçlerinde sıkça yapılan özel düzenlemeler de hukuk devleti ilkelerinden uzaklaşmayı ifade etse dahi makul olabilir. Bu düşünceye paralel olarak Kanada Yüksek Mahkemesi *British Columbia, Imperial Tobacco Canada Ltd.'e karşı* kararında Raz'a atıfta bulunarak geriye yürümezlik ilkesi gibi hukuk devleti ilkelerinden bazı hallerde kamu yararı ve diğer hakların korunması amacıyla ödün verilebileceği yönünde hüküm kurmuştur. Bu davada davalı konumunda olan Kanada hükümeti, sağlık harcamalarının artması nedeniyle sigara şirketlerinin sebep oldukları zararlara dayanılarak dava yolunun açılması yönünde bir yasa çıkarmıştır. Davacı şirket ise söz konusu yasanın uygulama tarihinden önceki sigara satışlarına dayalı sağlık masrafları hakkında uygulanmasının geriye yürümezlik ilkesine aykırı olacağını iddia etmiştir. Ancak mahkeme bu itirazı reddetmiştir.³³³

İnsan hakları (II) bahsinde Raz, aynı hukuk devleti kavramında olduğu gibi mevcut felsefe yazınının bu kavramı da doğru bir şekilde ele almadığını öne sürer. Geleneksel insan hakları yaklaşımı, insan haklarını insanların belli insani değerlerine dayandırır ve bundan kaynaklı olarak da insanların insan haklarına sahip oldukları çıkarımına ulaşır. Yazara göre, insan hakları yazınında vurgulanan meseleler önemli olmakla beraber bu tipte bir hak formülü hatalıdır. Geleneksel insan hakları yazını ve buna eklenen toplumsal gruplar, insanlar için bir değer teşkil edebilecek neredeyse her şeyi insan hakları kategorisine sokma eğilimindedir. Örneğin cinsellik

³³¹ Raz, *The Authority of Law...*, ss. 227-228.

³³² Fuller da bu görüştedir. Bakınız: Fuller, *Hukukun Ahlakı...*, ss. 65-75.

³³³ Supreme Court of Canada, "British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.", *Supreme Court Reports*, 2005, <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2282/index.do> (Son erişim tarihi: 1.6.2019)

hakkı, ekolojik yaşam hakkı, küreselleşme hakkı, sıkıcı olmayan bir işte istihdam edilme hakkı gibi birçok “hak”, insan hakkı olarak telaffuz edilmiştir. Ancak bir şeyin bir kişi tarafından kıymetli bulunması, bu şeyi o kişi açısından bir hak veya bir insan hakkı haline getiremez. Pekâlâ; sevilme, övülmek, hizmet edilmek kişi açısından yüksek değer teşkil edebilir ama bunların her birinin bir hak olduğu söylenemez. İnsan hakları kuramcıları bu sorunu belli “temel” değerlere veya insan olmaktan gelen özelliklere atıfta bulunarak ederek çözmeye çalışmışlardır. Fakat bu gerekçeler de kendi başlarına bir hakkın varlığını temellendiremez³³⁴. Yazara göre bir haktan bahsedebilmek için ister istemez başta devlet olmak üzere üçüncü kişilerin bu hakka saygı gösterme ve gerekliliklerini yerine getirme yükümlülüğünün temellendirilmesi icap eder. Yalnız bu bağlamda insani değerler kavramının ötesindeki insan hakları kavramı aydınlatılabilir.³³⁵

Raz’a göre geleneksel insan hakları kuramlarının sorunu, mevcut insan hakları pratiğinin neden bu kuramları kullanmaları gerektiğine dair bir açıklama getirmemeleri ve analizlerini bu pratiğe yönelik geliştirmemeleridir. Yazar, insan hakları kuramının pratik olarak bir anlamının olabilmesi için siyasi bir açıdan ele alınması gerektiğini savunur. John Rawls bu konuda makul bir düşünceye işaret etmiştir. Rawls’a göre insan hakları, uluslararası hukukta özel bir rol oynar ve savaş ilan ve idaresi meseleleri başta olmak üzere belli konularda devletlerin iç işleyişine sınırlamalar getirir³³⁶. Raz bu fikirden hareketle, insan haklarının devletlerin egemenliklerine kısıtlamalar getirdiği ve ihlalde bulunanlara karşı uluslararası arenada eyleme geçilmesi için bir sebep teşkil ettiği çıkarımına varır. Egemenlik kavramı, kendi başına bir devleti meşrulaştırmaz ama devletleri dış müdahaleden korur. Devletler gayrimeşru şekilde vatandaşlarının haklarını ihlal ederlerken bu ihlalleri ifade eden itiraz ve talepleri egemenlik argümanı ile def etmeye meyilli olsa da insan hakları işte bu egemenliğe atıfta bulunan “sizi ilgilendirmez” savunmasını etkisiz hale getirir. Düşünür, insan hakları kuramının belli bir anlamının olması için tam da bu devlet egemenliğine müdahaleyi meşrulaştıracak şekilde kurgulanması gerektiğini ileri sürer. Yukarıda belirtildiği üzere sadece belli bir değer varlığı

³³⁴ Aleardo Zanghellini, “Raz on Rights: Human Rights, Fundamental Rights, and Balancing”, **Ratio Juris**, Cilt: 30, Sayı: 1, 2017, s. 29.

³³⁵ Joseph Raz, “Human Rights Without Foundations”, **The Philosophy of International Law**, Editörler: S. Besson & J. Tasioulas, Oxford: Oxford University Union, 2010, ss. 321-327.

³³⁶ John Rawls, **Halkların Yasası ve “Kamusal Akıl Düşüncesinin Yeniden Ele Alınması”**, 2. Baskı, Çeviren: G. Evrin, İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2006, ss. 84-87.

doğrudan belli bir hakkı doğurmadığı gibi belli bir hakkın ihlali de doğrudan bir dış müdahaleyi haklı hale getirmeyebilir.³³⁷

Raz, bu sebeplerden dolayı mevcut insan hakları taraftarlarının yalnızca ilgili hak sahiplerinin sözde haklarını öne sürmelerini yetersiz bulur. Asıl mesele, devletlerin bu konulardaki yükümlülüklerini kabul ettirerek mevzubahis hakları güvenceye almaktır. Bundan da ilgili hakkın tanınma usulü ve içeriğinin belirlenmesi ile ilgili sorunlar ortaya çıkar. Hakkın tanınma usulünün başarılı olması için bu konu ile ilgili tarafsız, etkili ve güvenilir kurumlar gereklidir. Sadece bu tip kurumlar, konunun kapsadığı hak ve yükümlülük dengesini makul bir şekilde kurabilir. Yazar bundan hareketle insan hakları düşüncesine dair asıl önemli yükümlülüğün, insan haklarının uygulanmasını ve ihlallerden koruma sağlanmasını denetleyecek kurumların kurulması ve desteklenmesi olduğuna işaret eder. Avrupa Birliği'nin oluşturduğu kurumsal çerçeve kapsamındaki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu açıdan iyi bir örnektir ve ancak bu haliyle anlamlı bir şekilde insan haklarından bahsedilebilir. Uluslararası Ceza Divanı da henüz açık bir başarı sergilemese de ciddi bir gayrettir³³⁸. Raz, bunlar gibi kurumsal yapılar olmaksızın insan haklarının uygulanmasına yönelik cebri tedbirler alınması konusunda oldukça temkinli olunması gerektiğini vurgular. Böylesi cebri eylemler uluslararası ilişkilerde büyük zararlar doğurabilir ve yapılan müdahaleler ilgili tarafsız, etkili ve güvenilir kurumların yokluğunda açıkça hatalı ve yıkıcı olabilir.³³⁹ Amerika Birleşik Devletlerinin 11 Eylül sonrasında iç ve dış kamuoyunda insan hakları retoriğini de öne sürerek yaptıklarının sonuçları, bu tip kurumların yokluğu halinde egemenliğe dıştan yapılacak müdahalelere çok temkinli yaklaşılması gerektiğini göstermektedir.

İnsan haklarının içeriğinin belirlenmesi bahsinde de Raz, mevcut insan hakları kuramlarının eldeki meseleleri makullükten uzaklaştırarak basitleştirdiğini savunur. Geleneksel kuramlar insan olmaktan gelen ortak bir niteliğe vurgu yaparak evrensellik unsurunu temellendirmektedirler³⁴⁰. Yazar ise bu evrensellik iddiasının tartışmalı meseleler bağlamında oldukça yetersiz bir açıklama sağladığını söyler.

³³⁷ Raz, "Human Rights Without Foundations", ss. 328-332.

³³⁸ Mahkeme kurulduğundan bu yana sekiz kişiyi insanlığa karşı işledikleri suçlardan ve savaş suçlarından mahkûm etmiştir. Bakınız: <https://www.icc-cpi.int/about> (Son erişim tarihi: 1.6.2019)

³³⁹ Joseph Raz, "Human Rights in the Emerging World Order", **Transnational Legal Theory**, Cilt: 1, Sayı: 1, 2010, ss. 43-44.

³⁴⁰ Zanghellini, "Raz on Rights: Human Rights, Fundamental Rights, and Balancing", s. 29.

Örneğin sağlık hakkı bir insan hakkıdır. Ancak sağlık hakkının evrenselliği düşünülürken kaçınılmaz olarak farklı ülkelerin şartları çerçevesinde bunun değerlendirilmesi zorunlu hale gelir. Kültürel farklılıklar; engellilik, zihinsel hastalıklar, cinsel hastalıklar, estetik bozukluklar konularında farklı anlayışlar doğurabilir ve devletler sağlık politikaları bağlamında bu sorunlara karşı farklı yaklaşımlar benimseyebilirler. Dahası, bir devletin sağlık harcamalarını diğer ihtiyaçları göz önünde bulundurduğunda (örneğin ekonomik kalkınma, altyapı, eğitim gibi) ne kadar öncelik vereceği de durumdan duruma değişir. Son olarak, ilgili sağlık hakkının kapsamı da tartışmalıdır. Örneğin bu insan hakkı kapsamında sigaranın hepten yasaklanması veya çok ağır vergilendirilmesi mi gerekir? Devlet sağlık söz konusu olduğu zaman bireysel tercihleri ya da ticari menfaatleri hep göz ardı etmeli midir? Bu ve bunun gibi insan hakları pratiğinden doğan birçok problem Raz’a göre mevcut insan hakları kuramları tarafından ele alınmamaktadır³⁴¹. Yazar, bu sorulara kimin karar vereceği meselesinin, insan haklarına dair uluslararası kurumların yapısının doğru bir şekilde oluşturulması gerekliliğine işaret ettiğini belirtir. Sadece sınırlı sayıda güçlü ülke temsilcilerinin bu kurumlardaki makamları işgal ettiği düşünüldüğünde, mevcut yapının tüm dünyadaki insan hakları pratikleri hakkında dengeli, makul ve adil kararlar vermesi beklenemez.³⁴²

Raz’ın bu başlıktaki analizleri, hukukta sıkça dile getirilen bu kavramların doğru bir şekilde tanımlanmadıkları takdirde anlamlarının ve işlevlerinin anlaşılmasının mümkün olmadığını göstermektedir. Yazarın hukuk devleti konusundaki açıklamaları bu kavramın şekli boyuttaki önemini gösterdiği gibi maddi boyuttaki kısıtlamalarına da işaret eder. Hukuk devleti, hukuk ideallerinden sadece bir tanesidir³⁴³. Adalet, özgürlük, eşitlik gibi diğer idealler için maddi anlamda değer taşıyan yasalara ihtiyaç vardır. Sadece hukuk devleti bunları sağlayamaz. Öte yandan insan hakları konusunda da yazarın nitelikli kurumlara yaptığı vurgu çok önemlidir. İnsan hakları gibi oldukça tartışmalı ve takdire açık bir konuda, bu tartışmaları değerlendirecek ve takdire bulunulacak kurumlar asli role sahiptir. Bu alandaki ilerlemeler ancak ilgili kurumların doğru bir şekilde oluşturulması ile sağlanabilir.

³⁴¹ David Miller, “Joseph Raz on Human Rights: A Critical Appraisal”, **Philosophical Foundations of Human Rights**, Editörler: R. Cruft ve diğerleri, New York: Oxford University Press, 2015, ss. 241-242.

³⁴² Raz, “Human Rights in the Emerging World Order”, ss. 44-47.

³⁴³ Jeremy Waldron, “The Rule of Law”, **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, 2016, <https://plato.stanford.edu/entries/rule-of-law/> (Son erişim tarihi: 1.6.2019)

Bu tespit diğer konular için de genişletilebilir. Anayasada veya diğer yasalarda sayılan pek çok hak ve özgürlük, onların uygulanması aşamasında doğru karar verebilecek kurumlar olmaksızın bir şey ifade etmez. Bu nedenle kurumsal tasarım ve bu kurumlardaki kişilerin niteliği, en az yasaların içeriği kadar önemlidir. Önceki alt başlıklarda ifade edildiği üzere, ahlaki ilke ve değerler kendi başlarına bir otoriteyi haiz bir hüküm oluşturmazlar. Hâkimler ve bu hâkimlerin içinde faaliyet gösterdiği kurumlar, bunları takdirleri vasıtasıyla hükme bağlayacaktır.

Buraya kadarki başlıklarda Raz'ın hukuk kavramı, hukuk sistemi ve hukuki faaliyetlere ilişkin genel manada betimleyici ve açıklayıcı analizleri incelenmiştir. Bir sonraki başlıkta ise Raz'ın bireylerin hukuka nasıl bir ahlaki tutum ile yaklaşması gerektiğine dair görüşleri değerlendirilecektir.

1.2.8. Hukuka Yönelik Ahlaki Tutumlar

Raz, hukuka yönelik ahlaki tutumlar bahsinde temel olarak üç konuyu ele almaktadır. Bunlardan ilki *hukuka itaat yükümlülüğü* (I), ikincisi *sivil itaatsizlik* (II), üçüncüsü de *vicdani rettir* (III). Yazarın bu başlıktaki detaylı açıklamaları, hukuki pozitivist bir yaklaşımın hukuka yönelik ahlaki tutum konusunda ne gibi çıkarımlara yol açtığını açık bir şekilde göstermektedir.

Hukuka itaat yükümlülüğü (I) bahsinde Raz, hukuka itaat yükümlülüğünün olmadığı görüşündedir. Hukuka mutlak bir itaat yükümlülüğünün olduğu savunması her ne kadar felsefi yazında pek rastlanmasa da bu konuya dair liberal yaklaşımların dahi çoğunluğu hukuka *prima facie* nitelikli bir hukuka itaat yükümlülüğünün olduğunu genellikle kabul eder³⁴⁴. Yazar bu kabulü hukuka itaat yükümlülüğü kavramının yanlış tanımlanıyor olması ve destek aldığı temellerin zayıflığı sebebiyle hatalı bulur.³⁴⁵

³⁴⁴ *Prima facie*, latince “ilk bakışta”, “ilk görünüşte” anlamına gelir. Bu konu bağlamında *prima facie* bir yükümlülük, aksi yönde ağırlık sahibi bir sebep olmadıkça itaat yükümlülüğünün varlığını ifade eder. Bu pozisyondaki liberal temsilciler için bakınız: H. L. A. Hart, “Are There Any Natural Rights?”, *The Philosophical Review*, Cilt: 64, Sayı: 2, 1955, ss. 175-191.; John Rawls, “Legal Obligation and the Obligation of Fair Play”, *John Rawls: Collected Papers*, Editör: S. Freeman, Cambridge: Harvard University Press, 1999, ss. 117-129.

³⁴⁵ Raz, *The Authority of Law...*, ss. 234-235.

Raz, hukuka itaat yükümlülüğü kavramını ele alırken öncelikle bu kavramdan ne anlaşılması gerektiğini inceler. İnsanların ağırlıklı çoğunluğu gündelik hayatlarında genellikle hukuka itaat etmektedir. Ancak bu durum hukuka itaat yükümlülüğü altında oldukları ve bu nedenle hukuka itaat ettikleri manasına gelmez. Örneğin insanların ciddi bir kısmı ahlaki sebeplerden dolayı şiddete başvurmaz veya birçok kişi kurallara işlerini kaybetmemek, sahip oldukları konumu muhafaza etmek için uyar. Bu gibi örnekler hukuka itaat kavramını temsil etmez. Hukuka itaat, hukukun gereği olmasından dolayı bir eylemi yapmayı ifade eder. Bir kişi zaten kararına etki eden diğer sebeplere göre hukukun öngördüğünü yapıyor ise onun hukuka itaat etme yükümlülüğü doğrultusunda eyleme geçtiği söylenemez. Demek ki hukuka itaat yükümlülüğü değerlendirilirken sadece kişilerin nasıl eylemde bulunduklarının ve bulunmaları gerektiğinin değil, aynı zamanda hangi sebepler ile bunu gerçekleştirdiklerinin ve gerçekleştirmeleri gerektiğinin de analiz edilmesi icap eder³⁴⁶. Hukuki direktifler, otoriteyi haiz olma iddiasında olan direktiflerdir. Bundan dolayı kavramsal olarak içerikten bağımsız eylem sebepleri öne sürerler. Hukuka itaat talebi nihayetinde direktifin içeriğinden bağımsız olan bir itaat talebidir. Hukuka itaat yükümlülüğü bu anlamda süjenin söz konusu direktifin içeriğini kendi muhakemesinden geçirerek eyleme geçmesinden ziyade otoritenin direktifine otorite böyle öngördüğü için uymayı ifade eder.³⁴⁷

Hukuka itaat yükümlülüğü kavramının nasıl anlaşılması gerektiğine dair Raz'ın dikkat çektiği bir diğer nokta ise yükümlülüğün kapsamıdır. Yukarıda da belirtildiği üzere pek çok yaklaşım hukuka itaat yükümlülüğünü *prima facie* bir yükümlülük olarak ele alır³⁴⁸. Raz ise hukukun kesinlikle bundan fazlasını talep ettiğini söyler. *Prima facie* yükümlülük altında bir kişi aksi bir sebep ortaya çıkmadığı sürece hukukun öngördüğü sebebi eylem sebebi olarak kabul edip buna göre hareket eder. Ancak hukuk, kendi sebebini sadece aksi bir sebep çıkana kadar uyulması icap eden bir nitelikte tutmaz. Hukukun sebepleri her ne kadar mutlak olmasa da dışlayıcı sebeplerdir. Buna göre hukukun belirlemiş olduğu veya kabul edebileceği bir istisnai durum söz konusu olmadıkça mevzubahis direktifin aksine bir sebep çıkması halinde dahi direktifin öngördüğü yapılmalı ve aksi sebepler yönünde hareket edilmemelidir.

³⁴⁶ Uyanık, **Hukukun Otoritesi: Joseph Raz'da Otorite Olarak Hukuk...**, ss. 194-196.

³⁴⁷ Joseph Raz, "Authority and Consent", **Virginia Law Review**, Cilt: 67, Sayı: 1, 1981, ss. 114-118.

³⁴⁸ Sercan Gürler, "Felsefi Bir Sorun Olarak Hukuka İtaat Yükümlülüğü", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 72, Sayı: 1, 2014, ss. 270-271.

Bu nedenle *prima facie* yükümlülük anlayışı hukuka itaat yükümlülüğünün gerektirdiği kavramsal unsurlar ile ters düşer. Demek ki hukuka itaat yükümlülüğünün var olduğu öne sürülecek ise bunun hukukun otorite iddiasında olması niteliği ile ters düşen *prima facie* yükümlülüğün ötesinde, bundan daha güçlü ve genel nitelikte bir yükümlülüğün varlığı gösterilmelidir. Bu kavramın kapsamı açısından bir diğer nitelik ise genelliktir. Hukuka itaat yükümlülüğü, sükelerın arzu ettikleri tekil kurallara uyup, bazılarına ise uymamayı tercih edebilmeleri manasına gelmez. Bu yükümlülük belli bir genelliği ifade eder.³⁴⁹

Raz, hukuka itaat yükümlülüğünün niteliğine dair bu açıklamalardan sonra bu yükümlülüğü savunan görüşlerin dayandığı temellendirmeleri inceler. Bunlar arasındaki ilk ve en önemli grup ahlaki gerekçelendirmelerdir. Bu ahlaki gerekçelendirmelerin de en başta geleni ve en sık başvurulana, hukuka itaat edilmemesi halinde diğer insanlara kötü örnek olunacağı ve bundan kaynaklı olarak da diğer insanların yanlış sebeplerden dolayı hukuka itaat etmemeye başlayıp onu yozlaştıracığı iddiasıdır³⁵⁰. Buna göre her ne kadar bir kimse adil olmayan bir kanuna haklı sebepler ile itaat etmese dahi, bu durum başkaları üzerinde arzu edilmeyen sonuçlar yaratır ve onlar da bu sefer adil kanunlara dahi itaat etmemeye başlarlar. Bu da özünde iyi olan hukukun düzenini bozacağından adil olmayan hukuk kurallarına katlanması gerekir. Öyleyse hukuk sisteminin altını oymamak için hukuka itaat etmek doğru olandır.³⁵¹

Raz'a göre bu düşünce ancak *prima facie* bir hukuka itaat yükümlülüğünü temellendirebilir. Hukuka itaat etmeden önce tüm bu değerlendirmeler yapıp sonuca göre itaat edip edilmeyeceğine karar verilebilir. Eğer ki eylemler gerçekten de toplumda belli bir yozlaşma etkisi yaratıyorsa bu etkiler de karar sürecine katılıp dengeın hangi tarafta kalacağına bakılabilir. Bu değerlendirmenin sonucunda, yozlaşma etkisine rağmen itaatsizliğin toplamda hala daha olumlu sonuçlar yaratması veya daha adil olması halinde itaatsizlik haklı olabilir. Bundan dolayı genel bir itaat yükümlülüğü temellendirilemez. Kaldı ki çoğu durumda söz konusu yozlaşma etkisi

³⁴⁹ Raz, *The Authority of Law...*, ss. 234-236.

³⁵⁰ Bakınız: Platon, *Kriton*, Çevirenler: F. Öktem & C. Türkkın, İstanbul: Kabalcı Yayınevi, 2005, s.41.

³⁵¹ Raz, *The Authority of Law...*, s. 237.

kitlesel bir hacme ulaşacak kadar büyümez³⁵². Bu etkinin oluşabilmesi için kişisel tekil eylemlerden ziyade toplumsal bir eylem bütünü gerekir ki pek çok kimse toplumdaki sıradan konumlarından dolayı böyle bir etki yaratacak pozisyonda değildir. Öte yandan hukuka itaatsizlik bazı toplumsal olaylarda gerçekten de başkalarının hukuka itaat etmemelerine neden olur ama bu gelişmeler yozlaşmadan ziyade olumlu yönde hukuki reformlara da yol açıyor olabilir. Bu ihtimalde ise tam da yukarıdaki argümanın amacı olan hukukun özündeki değeri korumak için hukuka itaat “etmemek” gerekir. Son olarak, çoğu durumda insanların hukuka uymaması, iddia edilenin aksine toplumda herhangi bir etki yaratmaz; güvenlik güçleri tarafından tespit dahi edilmez. Örneğin ufak miktarlardaki vergileri ödememe, önemsiz bazı trafik kurallarına uymama hallerinde genellikle hiç kimse bu itaatsizliğin farkında bile olmaz. Bu son çürütmede ifade edilen hallerde ortaya çıkabilecek zararların kimin üzerinde ne kadar bir mağduriyet oluşturacağı belirsizdir. Örneğin yol bomboşken kırmızı ışıkta geçildiği durumda herhangi bir mağdurdan bahsetmek oldukça zordur. Diğer yandan belli hukuk kurallarına uyulmaması sonucunda bir mağdurun ve mağduriyetin belirlenebildiği hallerde (örneğin cinayet, tecavüz, hırsızlık gibi) ise zaten bunlara dair ahlaki sebepler mevcuttur. Demek ki cinayet işlemeyen bir kişinin hukuka itaatinden ziyade zaten ahlaki sebeplerden dolayı hareket ettiği ve etmesi gerektiği anlaşılmalıdır.³⁵³

Raz bu açıdan ahlaki olanı talep eden veya gayriahlaki olanı engelleyen yasaların buyurduğu gibi eylemlerinin doğruluğunu kabul eder³⁵⁴. Ancak buradaki yükümlülük, yasanın öngördüğü eyleme dair ahlaki sebeplerden gelir, yasanın kendisinden gelen hukuki sebeplerden değil. Pekâlâ, bu tip bir yasa olmasa dahi aynı yükümlülük hukuki yasadan bağımsız olarak geçerli olan ahlaki sebeplerden dolayı mevcut olacaktır. Bundan dolayı birçok hukuk sisteminin yapılmasını öngördüğü veya öngörebileceği belli iyi şeylere işaret edilerek hukuka itaat yükümlülüğü temellendirilemez. Zira bu tip iyilere ilişkin ahlaki sebepler zaten var olduğundan hukuka itaat yükümlülüğünün dayanması gereken hukuki sebepler için ayrı bir kavramsal alana yer kalmaz. Bu nedenle hukuka itaat yükümlülüğünü

³⁵² Noam Gur, “Actions, Attitudes, and the Obligation to Obey the Law”, *The Journal of Political Philosophy*, Cilt: 21, Sayı: 3, 2013, ss. 331-332.

³⁵³ Raz, *The Authority of Law...*, ss. 237-238.

³⁵⁴ Sercan Gürler, *Hukuka İtaat Yükümlülüğü ve Sınırları: Birey ve Hukuk Arasındaki İlişkinin Ahlaki Niteliği Üzerine Bir İnceleme*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2011, s. 280.

temellendirebilmek için bu aşikâr iyilerin sağlanması gerekliliğinin ötesinde başka öğeler gösterilmelidir.

Hukuka itaat lehine öne sürülen bir diğer ahlaki argüman, kişilerin toplumdaki etkileşimlerinden kaynaklı olarak hukuka itaat etmeyi söz verdikleri iddiasına dayanır. Fakat Raz açısından bu da sorunludur. Bazı hallerde kişiler belli bir zorlama ve cebir altında bir söz verirler. Örneğin orduda askerlerin sadakat andı buna benzer. Diğer yandan sıradan vatandaşların sadece belli bir toplumda doğup büyümüş, orada hayatlarını devam ettiriyor olmaları söz konusu hukuka itaat edeceklerine dair bir söz verdikleri çıkarımını doğurmaz.³⁵⁵

Rıza vermiş olmak da bu bağlamda akla gelebilir. Raz’a göre rıza vermek otoriteye ilişkin ahlaki sorunsalları ortadan kaldırmaz. Rıza veren kişi, rıza verme anından önce kendi yargısına dayanırken rıza verdikten sonra bir başkasının kendi üzerindeki normatif kısıtlamalarını kabul eder ki bu da meseleyi tekrar otoriteye ilişkin sorunsala getirir. Yazar, rızaya dayalı açıklamaların her ne kadar otoriteyi meşrulaştırma açısından tam bir cevap sunamasa da bu sorunsaldaki endişeyi ifade ettiklerini belirtir. Bu sorunsal da bir başkasının diğeri üzerindeki kısıtlama gücün olmasıdır³⁵⁶. Rıza veren, rıza vermeye irade gösterse de bu durum, kendisi üzerine daha sonra konulan kısıtlamaların kaçınılmaz olarak bir başkası tarafından konulduğu gerçeğini değiştirmez. Bir kişinin bir başkası üzerinde kısıtlamalarda bulunabilmesi noktasında rıza, meşrulaştırma açısından ancak bir miktar ağırlığa sahip olabilir.³⁵⁷ Rızayı alan, rızayı verene içerikten bağımsız olarak her şeyi yapabilme hakkını elde etmez. Devletler, vatandaşları üzerinde etkili olacak politikalar açısından başta seçimler olmak üzere belli rıza alma mekanizmaları oluşturur. Buna karşın rıza, otoriteye dair genel bir itaat yükümlülüğünü izah edecek kadar güçlü değildir. İster kişiler ister devletler sadece rızaya dayanıp hukuka itaat yükümlülüğü gibi içerikten bağımsız ve genel bir yükümlülüğü temellendiremez.

Bu bahisteki ele alınabilecek son ahlaki argüman, toplumda yaşayan insanların karşılıklı, haklı bir beklenti içinde oldukları ve bu beklentiye uygun hareket etmenin

³⁵⁵ Raz, *The Authority of Law...*, ss. 238-239.

³⁵⁶ Raz, “Authority and Consent”, s. 191.

³⁵⁷ Joseph Raz, “The Problem of Authority”, *Minnesota Law Review*, Cilt: 90, Sayı: 4, 2006, ss. 1037-1040.

gereği olarak hukuka itaat yükümlülüğünün varlığını iddia eder. Buna göre eğer kişiler, sözleri ve eylemleri ile başkalarını hukuka itaat etmeye yönlendiriyor ise, o zaman onlar da hukuka itaat edileceğini haklı olarak beklerler ve bunun sonucunda da herkesin buna dair bir ahlaki sebebi oluşur. Raz bu görüşün de belli boşluklar içerdiğini söyler. İlk olarak, bu mütekabiliyete dayalı bu talebin işaret ettiği haksızlığın gerçekleşmesi için bir kişinin hukuka itaatsizliğinin beklenti yarattığı diğer kişide bir zarar yaratıyor olması gerekir. Aksi takdirde argümanın dayandığı haksızlık en başta gerçekleşmemiş olur. Yukarıda ifade edildiği üzere, hukuka itaat tartışmasından bağımsız ahlaki sebepler içeren konuların (örneğin cinayet, tecavüz, hırsızlık gibi) dışındaki birçok meselede hukuka itaatsizlik, diğer insanlar üzerinde elle tutulur bir zarar yaratmaz. Diğer bir sorun ise bu formülün gerçeği yansıtmadığıdır: insanlar, hukuka itaat etmelerinin nedeninin kendilerine yönelik böyle bir beklenti olmasından kaynaklandığını düşünmez.³⁵⁸

Raz’a göre yukarıda ele alınan savlar kendi içlerinde belli boşluklar ve sorunlar barındırdığı gibi aynı zamanda sonuçları itibarıyla gayriahlakidir. Bu argümanlar söz konusu yasalar her ne kadar adaletsiz olursa olsun herkesin bunlara bir şekilde itaat etmesi ve bunları uygulaması gerektiği düşüncesine varır. Bazı düşünürler bu sorunun içinden çıkmak için tüm hukuk sistemlerinin belli iyileri zorunlu olarak ihtiva ettiğinden dolayı itaatın gerekli olduğunu iddia eder³⁵⁹. Raz bu görüş doğru olsa dahi yukarıda verilen açıklamalardan dolayı genel bir hukuka itaat yükümlülüğünü destekleyemeyeceğini belirtir. Bazı kuramcılar ise belli bir hukuk sistemi esasen adil ve iyi ise onun bütünlüğünün korunması için sorunlu yasaları da dâhil olmak üzere tüm unsurlarına itaat edilmesi gerektiğini savunur. Ancak “kötü örnek olma” argümanı yukarıda anlatılan sebeplerden dolayı genel bir hukuka itaat yükümlülüğüne temel olamaz. Kaldı ki neden bazı adil olmayan kanunlara itaat etmemenin daha sonra başka insanların adil kanunlara dahi itaatsizliğe neden olacağı da belirsizdir.³⁶⁰ Tarihteki pek çok itaatsizlik örneğinde vatandaşlar bazı gayriahlaki yasalara karşı gelmiş ve bu tutum toplumu ahlaki yeni yasaların çıkarılmasına, bunlara itaat edilmesine ve mevcut düzenin reform edilerek ayakta tutulmasına yöneltmiştir.

³⁵⁸ Raz, *The Authority of Law...*, ss. 239-240.

³⁵⁹ Bakınız: Thomas Aquinas, *Treatise on Law (Summa Theologiae I-II)*, Güncellenmiş baskı, Indiana: St. Augustines Press, 2009, ss. 49-52.

³⁶⁰ Raz, *The Authority of Law...*, ss. 240-241.

Siyasi ahlak kuramlarına bakılırsa, pek çok düşünür en azından demokratik olarak oluşturulmuş ve işleyen adil kurumlara yönelik bir itaat yükümlülüğünün olduğunu kabul eder. Bu gruptaki argümanlardan ilki, demokratik seçimlere katılan tarafların seçimin sonucuna rıza gösterdiği ve bu sebeple seçimle gelen iktidara itaat yükümlülüğünün olduğu iddiasıdır. Buna göre taraflar kendi siyasi partilerinin iktidara gelmesi durumunda diğer taraftan itaat beklediğinden dolayı, kaybetmeleri halinde de karşı tarafa itaat ile yükümlüdürler. Raz bunun gerçekçi bir betimleme olmadığını söyler. Çoğu demokraside, aslında demokrat olmayan gruplar ve siyasi partiler seçime katılır. Bunların iktidara gelmesi halinde azınlığın haklarını kısıtlamaları ihtimal dâhilindedir. Pek çok siyasi tecrübe bunu teyit eder. Seçmenler de bunun farkında olmalarına rağmen demokratik sürece katılım gösterirler. Bundan dolayı demokratik süreci böylesi bir *fair-play* durumu olarak betimlemek doğru olmadığından, buna dayalı bir hukuka itaat yükümlülüğü ortaya çıkamaz.³⁶¹ Yazar ayrıca genel olarak iyi olan demokratik hukuk sistemlerinin dahi tekil kötü yasalar oluşturabileceğini ve bunlara itaatin zorunlu olmadığını belirtir. Pek çok demokratik ülkede nüfusun çoğunluğu devletin çıkardığı her yasayı sorgulamadan itaat etmez. Belli bir seviyede itaatsizlik demokratik kurumları bozmadığı gibi belli adaletsizlikleri önleyerek ve devlete caydırıcı bir mesaj vererek devletin mevcut adil karakterinin korunmasına daha çok katkıda bulunur³⁶².

Demokratik yönetimlere itaat lehine ikinci argüman ise bu demokratik sürecin karşıt görüşleri bir noktada tavize vardırma ve makul bir çözüm bulma aracı olduğu iddiasına dayanır. Raz demokratik sistemlerin alternatiflere kıyasla daha makul ve adil yasalar çıkarma konusunda daha başarılı olabileceğini kabul eder. Ancak bu durum adil sistemlerin desteklenmesi yönünde bir sebep yaratmasına karşın tüm yasalara itaat yönünde genel bir hukuka itaat yükümlülüğü yaratmaz. Yukarıda da belirtildiği üzere bu sistemlerin de gayriahlaki yasaları olabilir ve “kötü örnek olma” durumu itaat için yeterli ağırlığı sağlamayabilir. Raz’ın bu iddiaya karşı asıl itirazı ise, söz konusu yasaların sırf demokratik süreçler sonucu oluşması sebebiyle keskin bir şekilde itaate layık olduğu çıkarımına yöneliktir. Pekâlâ, bir yasa demokratik bir

³⁶¹ A.g.e., s. 241.

³⁶² Raz, “About Morality and the Nature of Law”, s. 9.

kararla ortaya çıksa da açıkça gayriahlaki olabilir. Bir hukuk kuralının şekli gelişim süreci onun içeriğini doğrudan itaate layık hale getirmez.³⁶³

Raz, hukuka itaat yükümlülüğüne temel oluşturabilecek olan ahlaki sebepleri inceledikten sonra ihtiyatlı olmaya dair sebepleri ele alır. Bu sebeplerden ilki yaptırımlar üzerinedir. Hukuk, belli yaptırımları beraberinde getirir ve bunun da ötesinde hukuka uymamak, toplum tarafında da belli tepkileri doğurur. Bu argümana göre bu yaptırım ve tepkilerden kaçınmak için hukuka itaat edilmesi gerekir. Bu açıdan bakıldığı zaman bu sebepler ahlaki sebeplerden farklıdır çünkü ahlaki sebepler hukuktan bağımsız olarak kendi başlarına varken, ihtiyata dair sebeplerin varlığı hukuktan doğar. Hukuk kuralları olmaksızın bu ihtiyata ilişkin sebepler ortaya çıkamaz. Fakat yazara göre sadece ihtiyata dair sebeplerden dolayı hukuka itaatten bahsetmek oldukça zayıf kalır. Çünkü çoğu zaman hukuka itaatsizlik durumunda güvenlik güçleri tarafından yakalanma riski yüksek değildir. Bununla beraber her zaman bir risk analizi yapmak da oldukça meşakkatli olabilir. Bundan hareketle hukuka itaate yönelik genel bir yükümlülüğün olduğu akla gelebilir. Bu ikinci düzey akıl yürütme ihtiyata ilişkin sebeplerin ağırlığını gerçekten de arttırmaktadır. Ancak bu ikinci düzey değerlendirmeler kabul edilse dahi bu durum hukuka itaat kavramını ifade edemez. Raz'a göre hukuka itaat, insanların ona yüklediği anlam ve uyguladıkları pratikler gereği ahlaki bir karakter taşır; sadece ihtiyata dair sebepler ise bunu kapsayamaz³⁶⁴. Dahası, her ne kadar bu ikinci düzey akıl yürütme itaat lehine ağırlığı arttırsa da, söz konusu değerlendirme yine kişiden kişiye ve durumdan duruma ciddi biçimde değişecektir. Örneğin bazı kişiler vaziyetin koşullarından eminler olmaları halinde yaptırımlardan rahatlıkla kaçabileceklerini fazla uzun ve yorucu bir akıl yürütme yapmadan da karar verebilir ve itaatsizliği tercih edebilirler.³⁶⁵

İhtiyata dair bir diğer sebep, devletin belli bir konuda bireyden daha iyi bilmesinden kaynaklı uzmanlığından kaynaklanabilir. Buna göre devlet, kişilerin ne yapmaları gerektiği konusunda bireylerden daha iyi bilgi sahibi olabilir ve bireylerin devletin direktiflerini otoriteyi haiz şekilde bağlayıcı kabul edip bunlar

³⁶³ Raz, *The Authority of Law...*, s. 242.

³⁶⁴ James Penner & Emmanuel Melissaris, *McCoubrey & White's Textbook on Jurisprudence*, 5. Baskı, Oxford: Oxford University Press, 2013, s. 122.

³⁶⁵ Raz, *The Authority of Law...*, ss. 242-244.

doğrultusunda eylemleri makuldür. Raz ise bu argümanın yalnızca sınırlı bir kapsamı olabileceğini ve genel bir itaat yükümlülüğünü doğuramayacağını ifade eder. Örneğin alanında uzman bir farmakoloğun, devletin ilaç güvenliği hakkındaki direktiflerini takip etmesi yerine kendi yargısına göre eylemesi daha akılcı olabilir. Benzer bir şekilde, belli bir yörede tüm hayatını geçirmiş bir köylü açısından devletin nehirlerdeki seyrüsefer veya doğa koruması hakkındaki direktiflerine itaat etmesi bu uzmanlık argümanı tarafından temellendirilemez. Çünkü bu kişiler bu alanlarda devletten daha uzman konumdadır.³⁶⁶ Kaldı ki birçok devlette ve kurumda bu uzmanlık iddiasındaki birimler yozlaşmış ve etkisizleşmiş olabilir. Bu hallerde sıradan kişilerin dahi bu yozlaşmış kurumları bağlayıcı kabul etme yönünde ihtiyata dair bir sebebi olamaz.

Raz'ın hukuka itaat yükümlülüğünün varlığını sorguladığı son ihtimal, hukukun belli ahlaki hedefler için kamusal şablonlar oluşturarak bunların sağlanmasına yönelik işbirliği imkânları geliştirmesi durumlarıdır. Vergi sistemleri ile sosyal hizmetlerin sağlanması buna örnektir. Toplumun geneli vergi öderken bazılarının bu vergiler ile finans edilen hizmetlerden yararlanmasına rağmen vergi ödememesinin yanlış olduğu kabul edilir. Ancak Raz bu durumlarda da asıl önemli olanın hukuk değil toplumsal pratikler olduğunu belirtir³⁶⁷. Bu örnekte vergi ödeme yükümlülüğü olsa da bunun kaynağı vergi kanununun kendisinden ziyade ilgili hizmetlerin sağlanıyor ve insanların vergilerini ödüyor oluşudur. İtaat yükümlülüğü ilgili toplumsal pratiğin içeriği ile ilişkilidir, içerikten bağımsız olarak yasanın kendisinden doğmaz. İşbirliğinin hukukun dışında gerçekleşmesi halinde (örneğin gayri resmî bir imece modelinde) de benzer bir yükümlülük söz konusu olabilir; hukukun rolü belirleyici değildir³⁶⁸. Kaldı ki eğer hukukun konusu olan bu faaliyet toplumsal pratikler açısından yozlaşmışsa veya verimsiz bir şekilde işliyor ise buna yönelik bir itaat yükümlülüğünden bahsedilemez. Örneğin hukukun öngördüğü vergi sisteminde yoksullar vergi öderken zenginler vergi kaçırıyor, vergiler devlet görevlileri tarafından yolsuzca harcanıyor veya iyi niyetli olmalarına rağmen absürt kamu harcamalarına yönlendiriliyor ise yükümlülüğün ağırlığı iyice hafifleyecektir.

³⁶⁶ Raz, **Özgürlük Ahlakı...**, ss. 72-73.

³⁶⁷ Sevtap Metin, "Hukuki Otorite Kavramının İki Yönü: Raz ve Finnis", **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 2, Sayı: 1-2, 2007, s. 49.

³⁶⁸ George C. Christie, "On the Moral Obligation to Obey the Law", **Duke Law Journal**, Cilt: 39, Sayı: 6, 1990, s. 1318.

Bu açıklamalar Raz'ın genel bir hukuka itaat yükümlülüğünün olmadığına dair düşüncelerini ifade eder. Yazar savunduğu görüşün alışlagelmiş bir yaklaşım olmadığını söyler. Gerçekten de iyi bir hukuk sistemine itaat yükümlülüğünün olduğu ve iyi bir hukuk sisteminde vatandaşların ona itaat etmesi gerektiği düşüncesi olağan karşılanmaktadır. Raz ise iyi hukuka itaatin genel bir hukuka itaat yükümlülüğünün olduğu manasına gelmediğinin ve hukukun direktiflerine itaat edilirken asıl geçerli olan sebebin yasadan bağımsız ahlaki sebepler olduğunun tekrar altını çizer. Eğer hukuk, ahlaki bir eylemin yapılmasını veya gayriahlaki bir eylemin yapılmamasını talep ediyor ise burada hukuka genel bir itaat yükümlülüğünden ziyade o eylemin ahlaki niteliği eylemin yapılmasına veya yapılmamasına dair yükümlülüğü temellendirir.³⁶⁹

Raz her ne kadar hukuka yönelik ahlaki tutum açısından hukuka itaat etme yönünde genel bir yükümlülük olmadığını savunsa da düşünür'e göre iyi bir hukuk sisteminde bazı insanlar için hukuka saygı göstermek de akılcı ve ahlaki bir seçenektir. Yazar bu paradoksal görünen iddiasını, arkadaşlık müessesesi ile hukuk arasında bir analogi kurarak açıklar. Bu ilişkide taraflar arkadaşlık gereği her ne kadar kendi sebep dengelerine (arkadaşlığa dair sebepler dışındaki sebepler dengesi) aykırı gelse de belli eylemleri yerine getirirler. Örneğin bir arkadaş her ne kadar yorgun olsa da yalnız bir arkadaşını yemeğe çıkarabilir veya her ne kadar arkadaşının haberi olmayacaksa da onun dedikodusunu yapmaz. Arkadaşlık hakkındaki bu tespitler tabii ki kişiden kişiye değişir ve duruma bağlıdır. Mutlaka bir arkadaşlık ilişkisine girme zorunluluğu da yoktur. Ama arkadaş olunduğunda arkadaşlar kendi kendilerine bir sebep yüklerler ve bu şekilde kendi karakterlerine ilişkin bir tavır belirlerler.³⁷⁰

Raz, arkadaşlığa dair bu sebepleri *dışavurumcu sebepler* (*expressive reasons*) olarak adlandırır. Dışavurumcu sebepler de *refah sebepleri* (*welfare reasons*) veya *sembolik sebepler* (*symbolic reasons*) olabilir. Refah sebepleri, bir başkasının refahını arttırmaya yönelik sahip olunan sebeplerdir. Örneğin kişinin yorgunluğuna rağmen arkadaşının yalnız kalmaması için onunla dışarı çıkmasında bir refah sebebi söz konusudur. Kişi, arkadaşının refahına yönelik bir sebep taşır. O, arkadaşının refahını kendisi için bir sebep olarak alır. Arkadaşının haberi olmayacak olmasına

³⁶⁹ Raz, *The Authority of Law...*, s. 245.

³⁷⁰ Leslie Green, "Law, Legitimacy, and Consent", *Southern California Law Review*, Cilt: 62, Sayı: 3-4, 1989, ss. 814-816.

rağmen dedikodusunu yapmamak da sembolik bir sebebe dayanır. Bu örnekte herhangi bir refah artışı veya düşüşü mevzubahis değildir. Çünkü arkadaşın haberi olmayacağı için pratikte hiçbir şey değişmeyecektir. Kişi, kendi aklındaki arkadaşlık müessesine ve kendi kişiliğine zarar vereceği gerekçesiyle böyle bir eylemde bulunmaz. Burada da sembolik bir sebep vardır.³⁷¹

İyi bir hukuk sistemine karşı da tercihen benzer bir ahlaki tutum takınılabılır. Raz'ın ifade ettiği hukuka saygı, kişinin kendi kendisine yüklediği bir sebeptir. Hukuka itaat yükümlülüğü de kişinin kendi kendisine yüklediği bu sebepten gelir. Kişi, söz konusu hukuk sisteminin iyi olmasından da öte bunu kendi ülkesinin, toplumunun hukuk sistemi olduğundan dolayı ona saygı tutumunu benimseyebilir. Tıpkı arkadaşlıktaki gibi burada da bu tutum kişiden kişiye, durumdan duruma değişir ve zorunlu değildir. Aynı hukuk sisteminde yaşayan iki kişiden biri hukuka saygı tutumunu benimseyip ona itaat yükümlülüğünü kabul ederken, diğeri her ne kadar iyi bir hukuk sisteminde yaşadığını teslim etse de ona itaat yükümlülüğünü reddedebilir. Her iki yaklaşım da diğer şartları sağlaması halinde ahlaka uygundur. İyi bir hukuk düzeninde dahi hukuka genel bir itaat yükümlülüğü yoktur ancak iyi bir hukuk sistemlerinde yaşayan vatandaşlar akılcı bir şekilde hukuka saygı tutumunu da geliştirebilirler.³⁷² Bu ihtimalde hukuka saygı duyan kişi örneğin gelir beyannamesini kuruşu kuruşuna saatlerce hesaplayıp hazırlayabilir veya haksız da olsa hakkında kesinleşmiş bir trafik cezasını bundan kaçınma imkânı olsa bile ödeyebilir (refah sebepleri). Bunlara benzer şekilde, hukuka saygı duyan kişi, tamamen ıssız bir köy yolunda bile kırmızı ışığın yeşile dönmesini bekleyebilir ya da oy vermenin zorunlu olduğu bir ülkede, seçim bölgesinde tercih ettiği partinin kaybedeceği kesin olsa dahi oy verme görevini yerine getirebilir (sembolik sebepler).

Diğer yandan adil olmayan bir hukuk sisteminde hukuka saygı tutumunun geliştirilmesi gayriahlakidir. Örneğin Apartheid dönemindeki Güney Afrika'da veya Nazi Almanyası'nda hukuka saygı tutumunu benimsemek ahlaki bir seçenek değildir. Bu durumlarda sadece hukuka itaat etme yükümlülüğünü kabul etmemek makul seçenektir. Bu sistemlerdeki her kurala itaatin de gayriahlaki olduğu

³⁷¹ Raz, *The Authority of Law...*, ss. 255-257.

³⁷² Joseph Raz, "The Obligation to Obey: Revision and Tradition", *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, Cilt: 1, Sayı: 1, 2014, s. 154.

söylenemez.³⁷³ Örneğin yaptırımlardan kaçınmak için (eğer karşısında iyi bir sebep yoksa) bazı kurallara uymak ya da adaletsiz yasaların dışındaki kurallara uymak (örneğin trafik kuralları) hukuka saygı tutumunu teşkil etmez. Bundan anlaşılması gereken, bu tip sistemlerdeki hukuka genel manada saygı duymamanın ve itaat etmemenin meşru olduğudur.

Hangi hukuka saygı gösterilmesi gerektiği meselesi, adil hukukun veya iyi bir toplumsal düzenin ne olduğu soruları ile beraber analiz edilmelidir. Raz'a göre bu noktadan itibaren hukuk felsefesi alanından çıkıp siyaset ve ahlak felsefesinin alanlarına girilmesi icap eder.³⁷⁴

Raz hukuka itaat yükümlülüğü konusunda eleştireldir ancak iyi ve meşru hukuki kurumları destekleme yönünde vatandaşların ahlaki yükümlülükleri olduğunu savunur. Ancak bu yükümlülüklerin gerektirdikleri mutlaka yasal olmayabilir veya yasalara aykırı davranışlar her zaman yükümlülükleri ihlal etmeyebilir. Bu ödevler kimi zaman yozlaşmış siyasetçileri engellemek için bazı hallerde hukukun da dışına çıkmayı gerektirebilir. Öte yandan hukuka uygun tüm eylemler de bu yükümlülüğü sağlamaz. Kısıktıcı söylemler, eylemler, grevler gibi siyasi hareketler her ne kadar yasal olsalar da adil ve meşru kurumlara yasadışı eylemlerden daha fazla zarar verebilir. Bu sebeple iyi ve meşru kurumları destekleme yükümlülüğü, hukuka itaatten bağımsız olarak siyasi ve ahlaki değerlendirmelere bağlıdır.³⁷⁵

Sivil itaatsizlik (II) konusunda Raz, bu kavram ile hukuka itaat etme yükümlülüğü arasında ciddi bir fark olduğunu belirtir. Hukuka itaatsizlik hallerinde genellikle doğrudan bir zarar ortaya çıkmazken sivil itaatsizlikte bu mevzu bahis değildir. Sivil itaatsizlikte bulunanlar bu faaliyetin doğası gereği belli kurumlar, kişiler açısından olumsuz sonuçlar doğurur ve bunu kamuya açık bir şekilde, kamuoyunu etkilemek için siyasi bir bağlamda yaparlar.³⁷⁶ Dikkat edilmesi gereken bir diğer unsur da, sivil itaatsizliğin bir hak olarak ele alınması konusunun hukuki bir hak şeklinde düşünülmemesi gerektiğidir. Hiçbir hukuk sistemi kendi kurallarına itaat edilmemesine dair bir hak sunmaz. Eğer belli kurallara ilişkin istisnalar

³⁷³ Raz, *The Authority of Law...*, ss. 258-260.

³⁷⁴ *A.g.e.*, ss. 140-141.

³⁷⁵ Raz, *Özgürlük Ahlakı...*, ss. 95-96.

³⁷⁶ Raz, *The Authority of Law...*, s. 262.

getiriliyorsa da orada sivil itaatsizlikten ziyade bu istisna hükümlerinden kaynaklanan hukuki hakların kullanılmasından bahsedilir. Aşağıda da açıklanacağı üzere, devletin imkân vermesi halinde vicdani ret hakkının kullanılması bu kapsama girer. Hukuki olarak tanınmış bir vicdani ret hakkının kullanımı sivil itaatsizlik değildir.

Felsefi yazında genellikle sivil itaatsizliğin meşruluğu için belli şartlar öne sürülür: hedeflerine ulaşmada etkili olması, elverişli araçları kullanması, aleni olması, şiddet içermemesi, son çare olarak uygulanması, belli bir haklı siyasi ajandaya yönelmesi, ilgili yaptırımı kabullenme gibi³⁷⁷.

Raz ise bu yaklaşımın kavramın kendini aydınlatmaktan ziyade onun meşruluğuna dair şartlarını açıkladığını belirtir. Yazar alternatif bir yaklaşım önererek “bir şeyi yapmakta haklı olmak” ile “bir şeyi yapmaya hakkı olmak” arasındaki farka dikkat çeker. Hak sahibi olmak, kişinin otonomisi dâhilinde eylemde bulunmaya dair ahlaki bir temelin varlığı anlamına gelir. Kişi hakkını kullanırken hatalı da davranabilir veya olumsuz sonuçlar da doğabilir. Hakkın varlığı bu ihtimallerde de kişinin otonomi alanının temeli olduğunu ifade eder. Örneğin ifade özgürlüğü bir haktır. Bu kapsamda insanların doğru görüşleri beyan etme yükümlülükleri yoktur; hatalı görüşleri de ifade etmekte özgürdürler. Diğer yandan bir şeyi yapmakta haklı olma durumunda, bu formülün mantığı gereği haksız şekilde hareket edilemez. Ancak insanların bir konuda hakkı olmasa dahi haklı bir eylemde bulunması mümkündür. Örneğin yoksul bir kişinin hasta çocuğu için bir ilaç çalması halinde onun ilaç üzerinde bir hakkı olduğu iddia edilemez ama yaptığında haklı olabileceği kabul edilebilir. Yazara göre, sivil itaatsizlik kavramı bu iki farklı ihtimal üzerinden ele alınmalıdır.³⁷⁸

Raz, sivil itaatsizliğin siyasi katılım bağlamında incelenmesi gerektiğini söyler çünkü sivil itaatsizlik siyasi bir ajanda ile gerçekleştirilir. Yazar ilk başta vatandaşların içinde bulundukları siyasi sisteme katılım haklarının olduğunu varsayarak açıklamalarını ilerletir. Siyasi sisteme katılım hakkı da bir hak olduğundan dolayı her hak gibi sınırlıdır. Örneğin her gün seçim düzenlenmez,

³⁷⁷ Hayrettin Ökçesiz, **Sivil İtaatsizlik**, İstanbul: Afa Yayıncılık, 1994, ss. 114-129.

³⁷⁸ Raz, **The Authority of Law...**, ss. 266-267.

katılım belli temsilciler aracılığıyla gerçekleştirilir, katılım sırasında kullanılan bazı tehlikeli söylemler belli kurumlar tarafından sansürlenebilir. Yazar vatandaşların siyasi katılımına imkân verilmesi düşüncesini *liberal ilke (liberal principle)* olarak niteler. Liberal ilkenin sağlandığı ülkelerde insanların zaten siyasi katılım hakkı olduğuna göre sivil itaatsizlik “hakkından” ne hukuki ne de ahlaki bağlamda bahsedilemez. Diğer yandan Raz, yukarıda belirtildiği üzere sivil itaatsizliğin “haklı” olabileceğini söyler. Ama bu değerlendirme, söz konusu sivil itaatsizliğin sonuçları ve amaçları üzerinden yapılacaktır, kişinin otonomisinin bir parçası şeklinde ele alınamaz.³⁷⁹

Bu açıklamaların bir diğer çıkarımı, felsefi yazında sivil itaatsizlik hakkında sıkça öne sürülen şartların aslında kavramsal bir geçerliliğinin olmamasıdır. Sivil itaatsizlik son seçenek olarak kullanılmasa dahi veya şiddet içerse dahi haklı olabilir. Örneğin kanundaki grev şartlarının sağlanmasını beklemeden greve kalkışan ve iş yerlerine bir miktar zarar veren bir sendika eğer birçok kişi açısından çok önemli kazanımlar elde ediyor ise bu grevin haklı olabileceği ihtimal dâhilindedir. Kaldı ki şiddet içermeyen eylemlerin hiçbir zaman ciddi sonuçlar yaratmadığı da söylenemez. Örneğin ambulans görevlilerinin hukuka aykırı iş bırakmaları şiddet içermeyebilir fakat şiddet içeren bir eylemden çok daha büyük sonuçlar doğurabilir. Ancak bu sıralanan şart formülleri aslında sivil itaatsizliğe dair haklı bir endişeyi ifade etmektedir. Raz, liberal ilkenin sağlandığı bir sistemde sivil itaatsizliğin doğası gereği istisnai bir yöntem olduğunu belirtir. Bu açıdan bakılırsa sivil itaatsizliği bir yöntem olarak kullanmayı düşünenlerin bu konuda temkinli hareket etmesi akılcıdır. Bununla beraber sivil itaatsizliğin felsefi yazında sıralanan şartları mutlaka sağlaması da gerekmez. Belli hallerde sivil itaatsizlik bu şartları sağlamasa da haklı olabilir.³⁸⁰

Diğer yandan liberal ilkenin sağlanmadığı devletlerde insanlar, ahlaki siyasi katılım haklarını ancak sivil itaatsizlik ile kullanabilecekleri için buna hakları vardır. Bu da devletin liberal ilkeyi ne kadar sağladığına bağlıdır. Raz’a göre, bir ülke ne kadar anti-liberal ise o ülkede yaşayanların o kadar geniş sivil itaatsizlik hakları söz

³⁷⁹ Stephan R. Alton, “In the Wake of Thoreau: Four Modern Legal Philosophers and the Theory of Nonviolent Civil Disobedience”, *Loyola University Law Journal*, Cilt: 24, Sayı: 1, 1992, ss. 48-50.

³⁸⁰ Raz, *The Authority of Law...*, ss. 268-269.

konusu olur.³⁸¹ Gerçekten de antidemokratik ülkelerdeki sivil itaatsizlikler değerlendirilirken her ne kadar sivil itaatsizlikte bulunanların savundukları amaç desteklenmese de içinde yaşadıkları antidemokratik koşullar nedeniyle sivil itaatsizlikte bulunmaları bir hak olarak görülür. Fakat bu durum, sivil itaatsizlik eylemlerinin haklılıklarını değerlendirmeye ve bundan hareketle bunları eleştirmeye karşı bir engel teşkil etmez.

Vicdani ret (III) bahsinde ise Raz, bunun hem ahlaken bir hak olabileceğini hem de devletlerin bunu hukuken tanıyabileceğini söyler. Sivil itaatsizliğin kamusal boyutunun aksine vicdani reddin özel, bireysel niteliği daha ağırlıklıdır. Kişi, ahlaki sebeplerden dolayı hukukun öngördüğü belli eylemlerden kaçınmaktadır. Bu sebep, ilgili yükümlülüğün tümünden kaynaklanabilir (örneğin pasifist birinin hiçbir şart altında askerlik hizmeti yapmayı kabul etmemesi gibi) veya bu yükümlülüğün sınırlı bir parçasından kaynaklanabilir (örneğin bir askerin görev süresince belli tipteki operasyonlara katılmayı reddetmesi ya da bir doktorun sadece kürtaaj yapmayı reddetmesi gibi).³⁸²

Vicdani ret genellikle askerlik hizmeti bağlamında tartışıldığı için Raz bu özel konu üzerinden açıklamalarını ilerletir. Başka konularda da vicdani ret ileri sürülebilir ama askerlik hizmeti özelindeki değerlendirmeler genel itibarıyla onlar için de geçerlidir. Raz analizine, vicdani reddin meşruluk temellerine dair olası ihtimalleri inceleyerek başlar. Vicdani ret tartışmalarında bu hak temellendirilirken genellikle askerlik hizmetinin veya buna benzer diğer durumların, kişinin hayatına ciddi müdahalede bulunduğu öne sürülür. Raz, bunu yeterli görmez. Çünkü ilk olarak, kişinin refahına dayalı bu argüman, vicdani rette vücut bulan ahlaki itirazı temsil etmez. Vicdani ret ise daha geniş bir iddiayı ifade eder. İkinci olarak, her ne kadar kişinin menfaati zarar görse dahi zorunlu askerlik hizmeti faydacı anlamda bundan daha da önemli hak ve menfaatler (örneğin milli güvenlik gibi) ile temellendirilebilir. Devletin bir konuda ağır yükümlülük getirmesi, sırf bu sebeple bir muafiyet hakkını doğuramaz.³⁸³

³⁸¹ Kimberley Brownlee, "Civil Disobedience", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2007, <https://plato.stanford.edu/entries/civil-disobedience/> (Son erişim tarihi: 1.6.2019)

³⁸² Hitomi Takemura, *International Human Right to Conscientious Objection to Military Service and Individual Duties to Disobey Manifestly Illegal Orders*, Berlin: Springer Verlag, 2009, s. 13.

³⁸³ Raz, *The Authority of Law...*, ss. 276-277.

Öte yandan faydacı açıdan da vicdani redde izin verilmesi gerektiği savunulabilir. Bu bağlamda pasifistlerin orduda hizmet etmeye zorlanması muaf tutulmalarına kıyasla daha olumsuz sonuçlara neden olabilir: muhtemelen pasifistler iyi askerler değildirler, kışlada huzursuzluk yaratırlar, askerlik yapmamaları halinde görece topluma daha faydalı olabilirler. Birçok baskıcı ülkede de vicdani ret bir ödün gibi işlev görür. Baskıcı devlet kişilerin genel manada özgürlüklerini alır ama bazı durumlarda vicdani ret hakkı tanıyarak onları bir miktar rahatlatır.³⁸⁴ Ancak bu özel haller yalnızca belli koşullara (fayda dengesi, siyasi atmosfer gibi) bağlı olacak şekilde siyasi iktidarların vicdani redde karşı tutumunu açıklar, genel bir vicdani ret hakkını temsil etmez.

Raz'a göre vicdani ret hakkının ahlaki ilkeler üzerinden temellendirilmesi için, vicdani reddi ileri süren kişinin askerlik yapmayı gayriahlaki bulması konusunda hatalı olmasına rağmen bu hizmetten muaf tutulması gerektiğini göstermek lazımdır. Bu da oldukça zor bir iştir. Bunun için, bir kişinin normal şartlarda ahlaki bir yükümlülüğü olan bir şeyi sırf o bunu yanlış bulduğundan dolayı yapmamaya hakkı olduğunun temellendirilmesi gerekir.³⁸⁵

Vicdani reddin merkezinde tam da toplumun değer vermediği bir şeye bireyin değer veriyor olması yatar. Raz, argümanının başlangıç noktasını hümanizmin basit bir ön kabulüne dayandırır. Buna göre kişilerin otonomisine saygı gösterilmelidir. Otonomi de, kişilerin kendi yetenek ve isteklerini geliştirebilme yetisini ve benimsedikleri hayat tarzını sürdürebilme imkânını temsil eder. Kişinin hayat tarzına ve planlarına saygı gösterilmesini beklediği alanlar, onun kendi gözünden nasıl bir insan olduğunu belirleyen ve kendi özsaygısını teşkil eden asli unsurlardır. Saygı, kategorik bir sebeptir. Saygı duyulan kişinin yaptıklarının içeriği toplum tarafından istenmeyebilir veya hakir bulabilir³⁸⁶. Saygı, bireysel otonomi kadar çoğulculuğun da korunmasını ifade eder. Yazar açısından çoğulculuğun iki unsuru vardır. İlk olarak, insanların kendi mizaçlarına uygun beğeni ve yetileri seçebilmeleri ve geliştirebilmeleri için imkânların sağlanması lazımdır. İkinci aşamada da bu tercihleri doğrultusunda karar kıldıkları hayat tarzının gerekliliklere ters düşmeden,

³⁸⁴ A.g.e., ss. 278-280.

³⁸⁵ Kate Greasley, **Arguments about Abortion: Personhood, Morality, and Law**, Oxford: Oxford University Press, 2017, s. 250.

³⁸⁶ Joseph Raz, **From Normativity to Responsibility**, New York: Oxford University Press, 2011, ss. 183-184.

istedikleri gibi kendi hayatlarını idame ettirmelerine izin veren bir ortamın sağlanması lazımdır. Yazar vicdani reddin bu ikinci unsurdan güç aldığını söyler. Eğer çoğulcu bir toplumda insanların kendi istek ve değerlerine göre yaşamalarına saygı gösterilmeli ise, bu toplumda belli ahlaki değerler benimsemiş kişilerin her ne kadar bunlar yanlış olsa dahi onlara bağlı kalma ve aksine mecbur bırakılmama hakları olmalıdır. Bununla birlikte vicdani reddin haklı olabilmesi için kişinin bu mecburiyetten bir miktar memnuniyetsizlik duyması yetersiz kalır. Söz konusu bağlılığın, kişinin özsaygısı açısından asli bir unsur olduğunun gösterilmesi lazımdır. Bireyin bu mecburiyet halinde aşağılanmış hissedecek, haysiyetinin kırılacak olması gerekir³⁸⁷. Vicdani reddin hak olarak tanınması da işte bunu engelleyerek bireylerin haysiyetini ve bununla beraber çoğulculuğu korur.³⁸⁸ Raz bu açıdan bireysel özerkliğe değer veren ve devletin mümkün olduğunca bu özerkliği koruyup desteklemesini savunan bir pozisyonadadır³⁸⁹.

Bu açıklamalar ile zorunlu askerlik hizmeti konusu ele alındığında vicdani ret kavramının özellikleri ortaya çıkacaktır. Bu hizmet, diğerlerine kıyasla vatandaşları diğer insanları öldürme durumunda bırakabilir veya kendi hayatlarını feda etmelerine yol açabilir. Ancak vicdani ret, kişinin kendi ahlaki bağlılıklarından gelir; onun kendi menfaatlerini koruma arzusunu temsil etmez. Eğer vicdani ret sadece belli menfaatleri ifade etse idi askerlik hizmetinin koruduğu menfaatler ve onu meşrulaştıran sebeplerin ağırlığı (örneğin diğer insanların ve askerlerin güvenliklerinin sağlanması ihtiyacı), vicdani ret hakkına yer bırakmayabilirdi. Raz’a göre vicdani ret bir hak olarak tanınacak ise kişinin, askerliğin kendisi için ahlaken yasak olduğuna hatalı bir şekilde inanması halinde dahi bu hizmetten muaf tutulması gerektiği temellendirilmelidir. Aksi takdirde sadece bireysel menfaat üzerinden geliştirilen argüman askerlik hizmetinin meşruluk durumu karşısında ayakta kalamaz. Demek ki vicdani retten bir hak olarak bahsedilecek ise, söz konusu

³⁸⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Türkiye’ye karşı yapılan bir başvuruda, siyasi olarak muhalif olunan bir rejim için askerlik hizmeti yapılmasının, konvansiyonun ihlali sonucunu doğurmayacağına hükmetmiştir. Bu uyuşmazlıkta Eren Aydemir, “laik” Türkiye için askerlik hizmeti yapılmasının dini özgürlüklerine müdahale olduğunu iddia etmiştir. [https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%22itemid%22:\[%22003-5398111-6750770%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%22itemid%22:[%22003-5398111-6750770%22]}) (Son erişim tarihi: 1.6.2019)

³⁸⁸ Raz, *Authority of Law...*, ss. 280-281.

³⁸⁹ Fatma İ. Çağlar Gürgey, “Joseph Raz’ın ‘Zarar İlkesi’ Yaklaşımı”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi – 24*, Editörler: H. Ökçesiz ve diğerleri, İstanbul Barosu Yayınları, 2012, ss. 10-12.

askerlik hizmeti ahlaken meşru ve vicdani retçi ahlaken hatalı olduğu şartlarda hakkın tanımlanabilmesi lazımdır.³⁹⁰

Bu tanımlamaya girerken hakka dair kısıtlamalar da dikkate alınmalıdır. Raz'ın hümanizm düşüncesinde insanlar ahlaken yanlış buldukları şeye (her ne kadar kendileri hatalı olsa bile) zorlanmaması gerekse de vicdani ret *prima facie* bir haktır. Başka hak ve menfaatler bunun önüne geçebilir. Vicdani ret hakkı uygulama alanı ve koşulları açısından sınırlandırılabilir. Bu zorunludur çünkü vicdani reddin çok sayıda kişi tarafından birçok konuda kullanılması gayriahlaki sonuçları artırır. Vicdani redde mutlak bir değer atfetmek, ahlaki olan için gayriahlakiyi tercih etmek olur.³⁹¹ Örneğin bir ebeveynin çocuğunu okula göndermeyi reddetmesi veya aşı olmasını engellemesi konusunda vicdani reddin ahlaki temeli zayıftır. Topyekûn bir savaş halinde vicdani ret talebinde bulunan kişi sayısı gereken sayıda askerin sağlanmasını engelliyor ise yine vicdani ret hakkı tanınmayabilir. Kürtaj yapmayı vicdanen reddeden doktorların sayısı kürtaj hakkına sahip kadınların etkin bir şekilde bu hakkı kullanma imkânını daraltmaya başlayacak bir seviyeye ulaşırsa o zaman vicdani ret hakkının savunulması doğru olmaz.³⁹²

Vicdani ret her ne kadar başka insanları etkileyecek nitelikte olması halinde ciddi kısıtlamalara tabi ise de yalnızca bireysel alanla sınırlı kaldığı hallerde temeli çok daha güçlüdür. Askeri hizmetten muafiyet, çocukların okula gönderilmemesi gibi talepler temkinli ele alınmalıdır. Ancak düzenleme üçüncü kişilerden ziyade kişisel haklara dair ise ve bireyin rızası varsa farklı bir durum ortaya çıkar. Raz'a göre vicdani ret talebi özellikle paternalist nitelikteki yükümlülükler konusunda güçlüdür. Çünkü bu tip kurallar tam da o kişinin refahını yükseltme amacını taşır. Ama eğer bu kişi getirilen yükümlülüğten derin bir rahatsızlık duyuyor ise o zaman vicdani reddin kabul edilmesi mantıklı olur.³⁹³ Örneğin cinayetin cezalandırılması insanların yaşam hakkını korumaya yöneliktir. Fakat bir kişi hastalığı nedeniyle kendi hayatına son vermek istiyor ise ve bir yakını onun ölümüne yardımcı olmuşsa o zaman bu durumda olağan cezai yaptırımların uygulanmaması veya azaltılması için güçlü bir

³⁹⁰ Raz, *Authority of Law...*, ss. 278-281.

³⁹¹ *A.g.e.*, ss. 281-282.

³⁹² Örneğin İtalya'da doktorların yaygın bir şekilde bu yola başvurusu pek çok bölgede kürtaj hakkının kullanımını imkânsız hale getirmiştir. Bakınız: <https://www.europeandatajournalism.eu/News/Data-news/Even-where-abortion-is-legal-access-is-not-granted> (Son erişim tarihi: 1.6.2019)

³⁹³ *A.g.e.*, ss. 283-284.

gerekçe vardır. Mevzuatlarda veya mahkeme kararlarında buna açıkça vicdani reddin kabulü denmese de bu hallerde farklı bir rejimin uygulandığı görülebilir³⁹⁴.

Vicdani reddin kabul edilmesi halinde toplumun vicdani retçinin yükünü üstlenmesinin haksız olduğu itirazı öne sürülebilir. Örneğin askerlik hizmetini reddeden bir kişi bu hizmetteki kendi payını yerine getirmeyerek geri kalanların yükünü arttırmış olur.³⁹⁵ Raz da vicdani retçinin ahlaki bağlılığının bedelini toplumun yüklenmesini doğru bulmaz. Vicdani retçinin bu yükü alternatif yollar ile üstlenmesi gerekir³⁹⁶. Askerlik görevini kabul etmeyenlerin başka kamu hizmetlerinde görev yapması veya maddi bir bedel ödemesi, kürtaç yapmayı reddeden doktorların iş yüklerini farklı sağlık hizmetleri ile tamamlamaları, türban takmak istedikleri için kask kullanmayan Sihlerin olası bir kaza halinde sağlık masraflarını kendileri karşılamaları bu mekanizmalara örnek olarak verilebilir.

Vicdani reddin istisnai niteliklerinden dolayı bu hakkın hukukta nasıl düzenleneceği meselesi de oldukça çetrefillidir. Vicdani ret hakkının sağlanması için akla gelebilecek basit ve radikal bir çözüm, bunun ayrı bir rejim ile düzenlenmesidir. Buna göre vicdani retçiler muafiyet izni almak için belli bir yargı kurumuna başvurulabilir veya belli bir hukuk kuralının ihlalden sonraki süreçte vicdani ret talebini ileri sürebilirler. Raz bu çözümlerin üç muhtemel soruna yol açabileceğine işaret eder.³⁹⁷

İlk olarak, böyle bir hak istismara açıktır. Talebin değerlendirilmesindeki asıl kıstas kişinin kendi iç dünyasıdır. Bu alanı da nesnel biçimde değerlendirmek oldukça zordur. Tek veri kişinin kendi beyanıdır ki bu da istismara kapı açar. İkinci olarak, böylesi bir rejim, vicdani ret talebinde bulunacak kişi açısından da büyük bir psikolojik yük teşkil eder. Muhtemel vicdani retçi böylesine zorlu ve sıkıntılı bir sürece girmeden önce kendi iç dünyasında büyük muhakemeler yapmak zorunda kalacaktır. Üçüncü olarak, eğer ilk sorunu bir miktar törpülemek amacıyla kamu

³⁹⁴ Bakınız: “Kanser hastası oğlunu öldüren babaya 15 yıl hapis cezası”

<https://www.haberturk.com/gundem/haber/1254244-kanser-hastasi-oglu-nu-olduren-babaya-15-yil-hapis-cezasi> (Son erişim tarihi: 1.6.2019)

³⁹⁵ Miklos I. Zala, **Standing as Equals: the Case of Religious and Cultural Exemptions**, Budapest: CEU eTD Collection, 2010, ss. 44-45.

³⁹⁶ Michele Saporiti, “For a General Legal Theory of Conscientious Objection”, **Ratio Juris**, Cilt: 28, Sayı: 3, 2015, s. 423.

³⁹⁷ Raz, **Authority of Law...**, ss. 286-287.

otoriteleri kişinin iddiasını teyit etmek için belli yollara başvurmayla kalkarsa bu durum da vicdani ret talebinde bulunan kişinin özel hayatına kaçınılmaz bir müdahale gerçekleşecektir. Örneğin vicdani retçinin kendisiyle ilgili özel bilgileri kamuya açık bir şekilde açıklaması veya devlet görevlilerinin vicdani retçinin evini araştırması, yakınları ile görüşmesi, özel hayata müdahale teşkil eder. Eğer kişinin özel hayatı ve haysiyeti bu süreç sonunda zarar görüyorsa o zaman vicdani ret müessesesi ile korunması amaçlanan değerlerden uzaklaşmış olunur.³⁹⁸

Raz'a göre bu nedenlerden dolayı vicdani ret hakkı eğer mümkünse daha genel bir şekilde korunmalıdır. Vicdan özgürlüğünü korumanın esas çözümü vicdani retçilerin bu tip düzenlemelerden de kaçınabilecekleri imkânların sağlanmasıdır ki, bunun yolu zorunlulukların seçenekler ile yumuşatılmasıdır. Örneğin askerlik hizmeti eğer mümkünse mecburi olmamalıdır ve kişiler askerlik hizmeti yanında vicdani ret talebini ileri sürmeden alternatif seçenekleri tercih edebilmelidir.³⁹⁹ Bu sayede yukarıda sayılan vicdani ret müessesesine dair sorunlar hiç doğmamış olur.⁴⁰⁰ Ancak yine de bu tip çözümler her zaman mümkün değildir. Örneğin bazı savaş durumlarında zorunlu askerlik gerekli ve meşru olabilir. Bu durumda vicdani reddin ayrı bir rejim olarak düzenlenmesi veya bu imkânın hiçbir koşulda tanınmaması icap edebilir.⁴⁰¹

Raz'ın hukuka yönelik ahlaki tutumlara dair analizlerini değerlendirmek gerekirse, ilk olarak, yazarın bu konudaki argümanlarının analitik hukuk felsefesi ile paralel olduğunu belirtmek gerekir. Sert pozitivizme göre yasalar, nihayetinde belli kurumlarda bulunan insanların, başka insanların nasıl eylemesi gerektiği hakkındaki görüşleridir. Hukuk sistemi her ne kadar bir meşruluk iddiasında olsa da iddianın kendisi bu meşruluğu sağlayamaz. Hukuka bu şekilde bakıldığında ona içerikten

³⁹⁸ A.g.e., ss. 287-288.

³⁹⁹ Yeni askerlik kanunu teklifinde askerlik hizmetine alternatif olarak bedelli askerlik seçeneği sunularak askerlik hizmet zorunlu olmaktan çıkarılmış denilebilir. Ancak maddi durumu yeterli olmayan kişiler için kamu hizmeti seçeneği mevcut değildir. Bakınız: <https://www.tbmm.gov.tr/d27/2/2-1940.pdf>

⁴⁰⁰ Vicdani ret hakkının tanınmaması, Türkiye açısından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi mahkûmiyetleri bağlamında da bir sorun teşkil etmektedir. Mahkeme birçok kararında Türkiye'yi Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonu'nun 8'inci maddesini (düşünce, inanç ve din özgürlüğü) ihlal ettiği gerekçesiyle mahkûm etmiştir. Bakınız: Ercep, Türkiye'ye karşı (22.11.2011), Feti Demirtaş, Türkiye'ye karşı (17.1.2002), Buldu ve diğerleri, Türkiye'ye karşı (3.6.2014), Tarhan, Türkiye'ye karşı (17.7.2012), Savda, Türkiye'ye karşı (12.6.2012) ve (15.11.2016). https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Conscientious_objection_ENG.pdf (Son erişim tarihi: 1.6.2019)

⁴⁰¹ A.g.e., ss. 288-289.

bağımsız bir değer vermenin bir manası kalmaz. Nasıl ahlaki veya ahlaktan bağımsız bir konuda sunulan bir tavsiyeyi otoriteyi haiz kabul edip uymak için mevzubahis tavsiyeyi veren kişi ve tavsiyenin içeriği değerlendiriliyor ise hukuk için de benzer bir durum söz konusudur. Hukukun öngördüğünün doğru, adil veya faydalı olduğuna kanaat getirmeden önce hukukun müsebbiplerini ve içeriğini değerlendirmek gerekir. Ancak bundan sonra eyleme geçilmelidir. Hukuk kendiliğinden genel ve içerikten bağımsız bir itaat yükümlülüğü yaratamaz. Bu sebeple hukuka itaatsizlik ve sivil itaatsizlik, belli koşullarda meşru ve gerekli seçenekler olarak değerlendirilebilir. Raz bunun da ötesinde başkalarının hukuka itaat etmeme talepleri haksız bile olsa hümanizm ve çoğulculuk gereği bunlara dahi belli şartlarda saygı duyulması gerekebileceğini göstererek önemli bir tespitte bulunmuştur.

Raz bu açıklamaları ile hukuka dair ahlaki tutumlar belirlenirken hukukun kendi iç normlarının ötesindeki ahlaki değerlendirmelerinin yapılması gerektiğini ve farklı ahlaki sorunların barındırdıkları ince ayrımlara dikkat edilmesi halinde bunların farklı çözümlere işaret ettiğini gösterir. Yazarın görüşleri hiçbir şekilde muhafazakâr bir devlete itaat yaklaşımı barındırmaz. Raz bu tip bir yaklaşımın tam karşısında yer almaktadır.

Diğer hukuki pozitivistler de hukuka itaat konusunda muhafazakar bir pozisyonda değillerdir. Hart her ne kadar demokratik koşullarda itaati normal karşılarsa da koşulsuz bir itaat yaklaşımı benimsemez⁴⁰². Hart, hukuka itaat yükümlülüğünün vatandaşlar arasında karşılıklı saygı, rıza ve işbirliğine dayanan bir nevi “*fair-play*” koşullarında söz konusu olabileceği görüşündedir⁴⁰³. Rawls’un da benimsediği bu görüş, hukuka kayıtsız şartsız itaat edilmemesi gerektiğini savunur⁴⁰⁴. Kelsen ise saf hukuk kuramının hiçbir şekilde devlet otoritesini destekleyen bir ideoloji olmadığını ve hukuki normların ahlaki geçerlilik ve itaat yükümlülüğünden bağımsız olduğunu ifade eder⁴⁰⁵. Buna göre hukuki yükümlülük bir olgu olarak sadece onu benimseyenler için vardır; hukuk kendiliğinden ahlaki bir itaat yükümlülüğü oluşturmaz. Austin ve Bentham da faydacı felsefelerine paralel

⁴⁰² H. L. A. Hart, “Are There Any Natural Rights?”, **The Philosophical Review**, Cilt: 64, Sayı: 2, 1955, ss. 185-186.

⁴⁰³ Gürler, “Felsefi Bir Sorun Olarak Hukuka İtaat Yükümlülüğü”, ss. 278-280.

⁴⁰⁴ John Rawls, “Legal Obligation and the Obligation of Fair Play”, **John Rawls: Collected Papers**, Editör: S. Freeman, Cambridge: Harvard University Press, 1999, ss. 118-126.

⁴⁰⁵ Hans Kelsen, **General Theory of Law and State**, Massachusetts: Harvard University Press, 1949, SS. 58-60, ss.413-414; Kelsen, **Saf Hukuk Kuramı...**, ss. 17-19.

olarak itaati veya itaatsizliği sonuçları ile değerlendirir, itaat yönünde özel bir eğilimleri yoktur⁴⁰⁶. Bu tespitler bu çalışmanın ikinci tezi olan hukuki pozitivizm hakkında oluşmuş kanının hatalı olduğunu temellendirmektedir. Modern hukuki pozitivizm, hukuka itaat edilmesini öğütleyen ideolojik bir kuram değildir.

Raz'ın tüm açıklamaları bir bütün olarak değerlendirilirse, ilk olarak, yazarın otorite, kaynaklar tezi ve hukuk sistemi analizleri hukuk kavramının kuramsal boyutunu aydınlatmakta ve diğer kuramlardaki hataları çürütmektedir. Raz'ın sert pozitivizmi hukuk kavramını ve hukukun özelliklerini yumuşak pozitivizm ve doğal hukuk yaklaşımlara kıyasla daha doğru bir şekilde temsil etmektedir. Bu çalışmanın birinci tezi bu analizler doğrultusunda desteklenmiştir. İkinci olarak, Raz'ın hukuk felsefesi hiçbir şekilde “hukuk hukuktur” yaklaşımını veya katı bir hukuka itaat ideolojisini benimsemez. Bu çalışmanın ikinci tezi de bu tespitler ile temellendirilmiştir. Son olarak Raz'ın kuramından pratik anlamda faydalı birçok çıkarım yapılabilir. Yazarın hukukun uygulanması ile hukukun yaratılması, değiştirilmesi arasında koyduğu kavramsal fark ve ikinci grubun ilk bakışta anlaşıldığından ve hatta hukukun kendi söyleminden çok daha fazla gerçekleştiğinin gösterilmesi önemlidir. Bundan hareketle, hukuk eğitiminde, mesleki pratikte ve reform çalışmalarında hâkimlerin sıkça kullandıkları takdirin varlığı ve geniş kapsamı dikkate alınarak hareket edilmesi gerektiği görülür. İnsan hakları başlığında düşünürün kurumsal tasarıma yaptığı vurgu da hukuk reformları açısından önemlidir. Yorum faaliyetleri bahsinde Raz yine kapsamlı bir analiz getirmekte ve farklı olasılıkları dikkate alarak tek tip bir formül vermektense genel ağırlık noktalarına işaret etmektedir. Raz'ın bu çözümü yerinde olduğu kadar yorumda bulunacak kişilerin eğildikleri faaliyeti anlamaları bağlamında da bilgilendirici ve yol göstericidir. Son olarak Raz'ın analizleri, bireylerin hukuka yönelik kendi tutumlarını belirlerken ve başkalarının taleplerini değerlendirirken, itaatin gereğinin hukukun kendisi olmadığına ve itaatsizliğin de ahlaki bir seçenek olabileceğine işaret ederek, bu ahlaki kararları daha doğru bir şekilde verebilmelerine imkân verir.

Hukuk felsefesinde sert pozitivizm Raz'ın kuramı ile başlamakla beraber bu kuram başka kuramcılar tarafından da ele alınmış ve geliştirilmiştir. Bununla beraber sert pozitivizme karşı birçok eleştiri de yöneltmiştir. Bu çalışmanın ikinci

⁴⁰⁶ Austin, **Hukukun Belirlenmiş Alanı...**, ss. 63-65; Bentham, **Of Laws in General...**, ss. 56-58.

bölümünde Raz sonrası hukuk felsefesinde sert pozitivizmin güncel temsilcileri ve bu kurama yöneltlen eleştiriler sunulacaktır.



2. JOSEPH RAZ SONRASI SERT POZİTİVİST GÜNCEL TEMSİLCİLER VE ELEŞTİRİLER

Bekleneceği üzere Raz'ın felsefi yazını hukuk bilimindeki tartışmaları bitirmekten ziyade yeni tartışmaların ve analiz alanlarının ortaya çıkmasına yol açmıştır. Sert pozitivizm, Raz'dan sonra gelen güncel temsilcilerin katkıları ve bu kurama yöneltilen eleştirilerin doğurduğu tartışmalar ile beraber hukuk felsefesinde asli bir yer edinmiştir. Sert pozitivizmin güncel temsilcileri Raz'ın öncelikli olarak eğilmediği konuları özgün bir şekilde ele alırken birçok hukuk felsefecisi de bu kuramın dayanakları ve çıkarımlarını farklı yönlerden eleştirmiştir. Bu bölümde sert pozitivizmin güncel temsilcileri sunulacaktır (2.1.). İkinci olarak da bu sert pozitivizme yöneltilen eleştiriler ve bu eleştirilere getirilen karşılıklar incelenecektir (2.2.).

2.1. Güncel Temsilciler

Sert pozitivizm, Raz'dan sonra gelen birçok kuramcı tarafından ele alınmış ve geliştirilmiştir. Aşağıda bu güncel temsilcilerden Andrei Marmor (2.1.1.), Scott J. Shapiro (2.1.2.) ve Brian Leiter'in (2.1.3.) kuramları incelenecektir. Bu temsilciler Raz'ın titizlikle eğildiği hukuk ile ahlakın kavramsal ayrımları ve bunların soyut temellendirmelerinden ziyade Raz'ın pek üzerinde durmadığı konvansiyon tezine dair açıklamalar ile hukukun maddi nitelikleri üzerinde durmuşlardır. Bu temsilciler sayesinde Raz'ın argümanları güncellenmiş ve bu yaklaşımın sahip olduğu iç görüden hareketle önem arz eden birçok konuda belli çıkarımlara ulaşılmıştır. Hukuktaki ahlaki unsurların rolü, yorum, dil, hukuka itaat yükümlülüğünün kaynağı, analitik hukuk felsefesinin kısıtlamaları, sert pozitivizmin diğer kuramlar ve bilimsel çalışmalar ile muhtemel ilişkileri gibi birçok başlık bu güncel yazında değerlendirilmiştir.

2.1.1. Andrei Marmor

Andrei Marmor, Raz'ı takip ederek sert pozitivizm kuramını ilerleten ilk güncel temsilcidir. Yazarın hukuk felsefesi yazınına yaptığı en önemli katkı, Hart'ın tanıma kuralına dair getirdiği konvansiyon tezi açıklamalarını sert pozitivizm açısından temellendirmesidir. Marmor, aynı zamanda Raz'ın öne sürdüğü tezlerden hareketle Dworkin'in kuramını çürüterek sert pozitivizmi savunur. Bunun da ötesinde düşünür, hukukun dili ve hukukun yorumlanması konularında analizler getirir. Bu bölümde ilk önce, Andrei Marmor'un kariyeri, kuramsal pozisyonu ve önemi anlatılacaktır (2.1.1.1.). İkinci başlıkta, yazarın hukukun konvansiyonel niteliği hakkındaki açıklamaları ele alınacaktır (2.1.1.2.). Üçüncü olarak, Marmor'un hukuk ve ahlak arasındaki ilişkilere dair verdiği analizler incelenecektir (2.1.1.3.). Dördüncü ve son olarak da düşünürün yorum ve dil konularındaki katkılarına yer verilecektir (2.1.1.4.).

2.1.1.1. Kariyeri, Kuramsal Pozisyonu ve Önemi

1959 doğumlu İsrailli felsefeci Andrei Marmor, Cornell Üniversitesi hukuk fakültesinde hukuk bilimi kürsüsünde profesör olarak görev yapmaktadır. Lisans ve yüksek lisans eğitimini Tel Aviv, doktora eğitimini ise Oxford Üniversitesi'nde tamamlamıştır. Cornell Üniversitesi dışında, Güney Kaliforniya, Virginia, Chicago, New York, Oxford ve Tel Aviv Üniversitelerinde de ders vermiştir.⁴⁰⁷

Çalışmaları ağırlıklı olarak hukuk, ahlak, siyaset ve dil felsefesi üzerinedir. Yedi kitap (*Social Conventions: from Language to Law*, *Philosophy of Law*, *The Language of Law*, *Law in the Age of Pluralism*, *Interpretation and Legal Theory*, *Positive Law and Objective Values*, *Law in the Age of Pluralism*) ile kırk beş makale kaleme almıştır. Marmor aynı zamanda *Journal of Ethics & Social Philosophy*, *Legal Theory*, *Ratio Juris* dergilerinin editör kurulundadır.⁴⁰⁸

Çalışmalarında ağırlıklı olarak hukukun konvansiyonel niteliği üzerinde duran Marmor, hukuki pozitivizmin konvansiyon tezini farklı biçimde yeniden yapılandırmaktadır. Yazar, hukukun bu şekilde ele alınması halinde hukukta var olan

⁴⁰⁷ http://www.lawschool.cornell.edu/faculty/bio_andrei_marmor.cfm (Son erişim tarihi: 1.6.2019)

⁴⁰⁸ http://www.lawschool.cornell.edu/faculty/bio_andrei_marmor.cfm (Son erişim tarihi: 1.6.2019)

ahlaki kavramların nasıl anlaşılması gerektiği konusunda da analizlerde bulunur. Yazar, aynı zamanda hukuktaki dil ve yorum problemlerine bu perspektiften özgün açıklamalar sunmaktadır. Aşağıda ilk olarak Marmor'un hukukun konvansiyonel niteliğine dair argümanları incelenecektir.

2.1.1.2. Hukukun Konvansiyonel Niteliği

Marmor kuramsal açıklamalarında, Raz'ın hukukun normatif niteliğini izah eden pratik otoritenin doğasına dair fikirlerini haklı bulmakla beraber bunların Hart'ın hukukun temeli olarak ele aldığı toplumsal kurallar düşüncesi ile birleştirilmesi gerektiğini öne sürer⁴⁰⁹. Yazar, söz konusu hukuki otoritenin kimin olacağı ve otoriteye sahip olanların otoritelerini hangi şekillerde kullanacağını Hart'ın da belirttiği ettiği üzere toplumsal kurallar ile izah edilebileceği tespitini doğru bulur. Ancak Hart'ın işaret ettiği konvansiyonun nasıl ortaya çıkabileceği ve hangi nitelikte olduğu da hukuki pozitivizmin cevaplaması gereken bir soru olmuştur. Düşünür, hukuki pozitivizm yazınında kabul gören koordinasyon nitelikli konvansiyon çözümünün hatalı olduğunu ileri sürer ve konvansiyon tezini sert pozitivist bir yaklaşım ile yeniden yapılandırır. Bu bölümde ilk olarak Marmor'un *koordinasyon konvansiyonu açıklamalarının yetersizliği itirazı* (I), ikinci olarak *kurucu konvansiyon argümanı* (II), üçüncü ve son olarak da *Dworkin'in itirazına karşı savunması* (III) incelenecektir.

Koordinasyon konvansiyonu açıklamalarının yetersizliği itirazı (I) bahsinde Marmor, ilk önce Hart'ın iddialarını ele alır. Yazara göre Hart, felsefi yazında toplumsal konvansiyonlar hakkında aydınlatıcı analizler sunan David Lewis'in fikirlerini takip etmektedir. Lewis, toplumsal kuralları geniş kapsamlı ve devamlılık arz eden koordinasyon problemlerine bir çözüm olarak görür⁴¹⁰. Bu tip koordinasyon problemleri söz konusu olduğunda, ilgili kişilerin sayısının çokluğu ve sorunların devamlılığından dolayı normatif bir çözüm olarak toplumsal kurallar belirlenir. Hart da *Postscript*'inde tanıma kuralını açıklarken bu kuralın, konvansiyonel bir yargısal teamül kuralı olduğunu belirtir. Hart'a göre bu kural ancak mahkemelerin hukuku

⁴⁰⁹ Andrei Marmor, **Philosophy of Law**, Princeton: Princeton University Press, 2011, s. 60.

⁴¹⁰ David Lewis, **Convention: A Philosophical Study**, Oxford: Blackwell Publishing, 1986, ss. 24-39.

tespit ve uygulama eylemlerinde kabul etmeleri ve tatbik durumunda var olur.⁴¹¹ Hart'tan sonraki hukuki pozitivist yazın da bu *koordinasyon konvansiyonu* (*coordination convention*) çözümünü benimsemiştir⁴¹².

Marmor, Hart'ın tanıma kuralına dair bu açıklamalarında iki unsurun olduğunu söyler. Hart ilk olarak, tanıma kuralının belirlilik işlevini sağladığını ifade etmektedir. Hangi normların hukuken geçerli olduğunun belirlenmesi ihtiyacı sebebiyle resmi devlet görevlileri bir tanıma kuralına yönelir ve bunu uygularlar. Yazara göre Hart'ın açıklamasındaki ikinci unsur ise koordinasyon işlevine vurgu yapar. Bu işlev kapsamında hâkimler tanıma kuralını uygulayarak meslektaşları ile uyumlu hareket etmiş olurlar.⁴¹³

Marmor, Hart'ın tanıma kuralı ile ilgili bu belirlilik ve koordinasyon işlevine işaret eden açıklamalarını doğru bulmaz. Yazara göre bir konu hakkında yapılacak konvansiyonun esas sebebi onu belirlemek olamaz. Konvansiyonun çıkış sebebi ilk başta konvansiyonun konusunun kendisine ilişkin olmalıdır. Belirlilik ise bu varlık sebeplerinin belirlenmesi bağlamında ikincil bir değer taşır.⁴¹⁴ Örneğin futbola dair konvansiyonlar her ne kadar futbolun diğer sporlardan ayrılabilmesi, bu spor alanının özelliklerinin belirlenmesi noktasında yardımcı olsa da bu konvansiyonların varlık sebebi ilk önce futbola ilişkin sportif sebeplere dayanır. Buna paralel olarak, tanıma kurallarının da esas varlık sebepleri kaçınılmaz bir şekilde hukukun varoluş sebeplerine ve ana toplumsal işlevlerine ilişkin olmalıdır, onun belirlilik işlevine değil⁴¹⁵.

Tanıma kuralının koordinasyon işlevi bağlamındaki iddia da sorunludur. Her ne kadar hâkimlerin hüküm verirken birbirleri ile olan koordinasyonunda tanıma kuralları önemli bir rol oynasa da bu rolün onun temel unsuru olduğu söylenemez. Hâkimler arası bir koordinasyondan önce belli kişilerin hâkimler olarak tespit edilmesi ve bunların makamlarının sistem tarafından oluşturulması gerekir. Marmor

⁴¹¹ Marmor, *Philosophy of Law...*, ss. 74-75.

⁴¹² Bakınız: Gerald Postema, "Coordination and Convention at the Foundations of Law", *Journal of Legal Studies*, Cilt: 11, Sayı: 1, 1982, ss. 162-203; Jules L. Coleman, "Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis", *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law*, Editör: J. L. Coleman, New York: Oxford University Press, 2005, ss. 99-147.

⁴¹³ Marmor, *Philosophy of Law...*, s. 78.

⁴¹⁴ A.g.e.

⁴¹⁵ A.g.e., s. 79.

açısından hukukun veya hâkimlerin işlevlerine, faaliyetlerine geçmeden önce bunların oluşumuna dair gerekliliklerin sağlanması icap eder. Dolayısıyla tüm bu koordinasyon sorunları ve çözümlerinden önce, ilk olarak belli kurumsal rolleri belirleyen kurallara ihtiyaç vardır.⁴¹⁶ Bu açıklamalar ile Marmor hukukun belirlilik işlevi odaklı bir koordinasyon konvansiyonu üzerinde temellendirilmesinin hatalı olduğunu göstermiş olur.

Kurucu konvansiyon argümanında (II) Marmor, koordinasyon konvansiyonlarına alternatif bir konvansiyon tipi açıklar. Yazarın *kurucu konvansiyonlar* (*constitutive conventions*) olarak nitelediği bu konvansiyonların belirlilik ve koordinasyondan ziyade iki farklı işlevi vardır. Bunlar, konvansiyonun konusu olan toplumsal pratiği kurmak ve bu kapsamda pratiğe dair davranışları belli kurallar ile düzenlemektir⁴¹⁷. Oyunlar üzerinden bir örnek veren yazar, satranca bakar. Satranca dair konvansiyonlar söz konusu oyundaki tarafların kimler olduğunu, taşların neler olduğunu, oyunun tipini oluşturur ve taşların nasıl hareket ettirilebileceğine, nasıl kazanılacağına dair kurallar getirir.⁴¹⁸ Satranç kurallarının esas işlevleri bunlardır. Satrancı tavla, briç gibi oyunlardan ayıran özelliklerin belirlenmesi veya entelektüel bir koordinasyonun sağlanması öncelikli değildir.

Hukukun tanıma kuralları da ilk önce bu işlevleri ile anlaşılmalıdır. Marmor’a göre tanıma kuralları, hukuk sistemlerinde kimin hangi yetkiye sahip olduğunu ve hangi kurallar ile hareket edileceğine dair kurucu bir rol oynar. Ancak bu noktadan sonra resmi devlet görevlilerinin koordinasyonuna ilişkin işlev bir anlam ifade eder. Bu da koordinasyonun ikincil bir unsur olduğunu gösterir. Bu bağlamda tanıma kurallarının işlevleri hukukun varlık sebepleri ile paraleldir.⁴¹⁹ Kurumsal bir iktidar yapısının oluşturulması ve vatandaşlarla resmi devlet görevlilerinin davranışlarının kurallara tabi kılınması bu işlevler ile sağlanır.

Marmor’a göre kurucu konvansiyonlara dair açıklanması gereken bir diğer unsur ise bu tip konvansiyonların normatif niteliğidir çünkü hukukun temelinin

⁴¹⁶ A.g.e., s. 79.

⁴¹⁷ Michael Rescorla, “Conventions”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2015, <https://plato.stanford.edu/entries/convention/> (Son erişim tarihi: 1.6.2019)

⁴¹⁸ Andrei Marmor, *Social Conventions: From Language to Law*, Princeton: Princeton University Press, 2009, s. 36.

⁴¹⁹ A.g.e., s. 165.

normatif bir niteliğe sahip olması beklenir⁴²⁰. Kelsen'in hukukun temeli olarak *Grundnorm*'u almasının sebebi, bir normun veya bir "olması gerekenin" ancak yine başka bir normdan veya bir "olması gerekenden" çıkabileceği gerektiği fikridir. Diğer hukuki pozitivistler ise hukukun temelini toplumsal bir olguya, "olana" dayandırmak istemişlerdir ancak bu sefer de toplumsal olgulardan nasıl normların veya "olması gerekenlerin" çıktığını açıklamak gerekir. Koordinasyon konvansiyonu düşüncesinin avantajı bu konvansiyonlara dair yükümlülüklerin veya "olması gerekene" dair öğelerin nasıl ortaya çıktığını basit bir şekilde gösterebilmesidir. Buna göre konvansiyonun katılımcılarının geniş kapsamlı koordinasyon sorunlarına çözüm getirme ihtiyacından dolayı bu ihtiyacı karşılama doğrultusunda bir yükümlülük altındadırlar⁴²¹. İçinde bulundukları durum, o duruma dair bir çözüm getirmeye yönelik normlar doğurur. Örneğin trafikteki sürücülerin belirlenmiş bir akış yönünde araç sürmelerine dair bir yükümlülükleri doğar, aksi takdirde kazalar yaşanır.

Tanıma kurallarının koordinasyon konvansiyonu olduğunu reddedilmesi sonucunda hâkimlerin tanıma kurallarının öngördüğü şekilde hukuku uygulama yükümlülüklerinin de bu şekilde açıklanamayacağı sonucuna varılır. Bu bağlamdaki soru işareti, hâkimlerin bu yükümlülüklerinin kurucu konvansiyonlar ile nasıl ortaya çıktığıdır. Marmor kurucu konvansiyonlara dair yükümlülüklerin iki boyutunun olduğunu öne sürer. İlk olarak, bir kurucu konvansiyonun kabul edilmesi gerektiği, ona dair genel sebeplerin makul olmasından kaynaklanır. Ancak bu sebepler konvansiyonun oluşturduğu kuralların "içinde" değildir.⁴²² Örneğin satranç oynanmasına dair sebepler, bu oyunun entelektüel açıdan zorlayıcı, geliştirici ve keyifli olduğuna dair gerekçeler ile açıklanabilir; oyundaki taşların nasıl oynatılacağına dair kurallar bunu sağlayamaz. Öte yandan bazı oyunlar da bu tip olumlu özellikleri taşımadığından oynanmaya layık olmayabilir. İkinci olarak, kurucu konvansiyonun kişi tarafından kabul edilmesi halinde o konvansiyonun kurallarına uyulması gerektiğine dair bir yükümlülük söz konusu olur⁴²³. Örneğin bir kişinin satranç oynamayı istemesi halinde taşlarını satranç kurallarına göre hareket ettirmesi gerekir. Satranç hakemleri de turnuvalarda bu görevi almak istiyorlar ise satranç kurallarına göre karar vermelidirler.

⁴²⁰ Marmor, *Philosophy of Law...*, s. 81.

⁴²¹ *A.g.e.*, ss. 81-82.

⁴²² Andrei Marmor, "How Law Is Like Chess", *Legal Theory*, Cilt: 12, Sayı: 4, 2006, ss. 350-351.

⁴²³ Marmor, *Social Conventions: From Language to Law...*, s. 168.

Yazar, hukuka dair yükümlülüklerin de buna paralel olarak iki boyutta geliştiğini belirtir. İlk olarak söz konusu hukuk sisteminin benimsenmesi aşamasında hukukun içindeki geçerlilik ölçütlerinden ziyade siyasi ahlaka dair değerlendirmeler yapılması gerekir. Hukukun varlığı kendi başına hukukun uygulanması gerektiğine dair bir yükümlülük getirmez. Bunun için hukukun adil, meşru olması gibi siyasi ahlak gerekçeleri gerekir. Bu değerlendirme sonucunda bazı hukuk sistemleri içine dahil olmaya ve itaate layık görülebileceği gibi başka sistemler bu nitelikte görülmeyebilir. İkinci olarak, eğer söz konusu hukuk sistemi benimsenirse o zaman bunun doğrultusunda hukuk sisteminin içindeki kurallara uyma ve bunları uygulama yükümlülüğü de kabul edilmiş olunur. Hukukun meşruluğunun kabul edilmesi halinde hukukun kurallarına uyulmasına veya bunların uygulanmasına yönelik bir yükümlülük doğar.⁴²⁴ Bu açıdan turnuvada görev almayı kabul etmesinden ötürü satranç kurallarını uygulama yükümlülüğü altındaki bir hakem ile bir hakimin normatif pozisyonları benzerdir.

Bu durum resmi devlet görevlilerin hukuka yönelik tutumlarında görülebilir. Resmi devlet görevlileri, Hart'ın iddiasının aksine sadece hukuku “kabul” etmez. Aynı zamanda siyasi ahlak temelli bir sadakatleri, bağlılıkları söz konusudur⁴²⁵. Resmi devlet görevlilerinin bir hukuk sistemine olan bakışları ile sürücülerin trafik akışı yönüne dair tutumları oldukça farklıdır. Son olarak resmi devlet görevlileri, görevleri gereği hukuk kurallarını uygulayarak bu yapı içerisinde faaliyet gösterirler.

Bununla beraber hukuk, doğası gereği sadece onu kabul edenleri kapsamaz. Birçok kişi içinde bulunduğu hukuk sistemini haklı veya haksız gerekçeler ile benimsemez. Düşünre göre bu tip durumlarda hukukun yönelttiği kurallar bu yabancılaşmış kişiler açısından yükümlülük ifade etmez.⁴²⁶ Hukuk kurallarının normatif niteliği bu kişiler açısından yaptırımla desteklenmiş direktifler seviyesinde kalır.

⁴²⁴ Andrei Marmor, “Conventions, Reasons and the Law”, **Legal Conventionalism**, Editörler: L. Ramirez-Ludena & J. M. Vilajosana, Basel: Springer International Publishing, 2019, ss. 62-63.

⁴²⁵ Andrei Marmor, “Legal Conventionalism”, **Hart's Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law**, Editör: J. L. Coleman, New York: Oxford University Press, 2005, ss. 201-202.

⁴²⁶ Andrei Marmor, **Positive Law and Objective Values**, Oxford: Oxford University Press, 2001, ss. 38-39.

Marmor kurucu konvansiyonların beş özelliğini öne çıkarır. Bunlardan birincisi, kurucu konvansiyonların sistematik doğasıdır. Bunlar, tekil kurallardan ziyade bir kurallar sistemi olarak ortaya çıkarlar. Bu durum, kurucu konvansiyonların girift toplumsal pratikleri oluşturmalarından gelir. Kurucu konvansiyonlar ancak bir kurallar sistemi ile bunlara cevap verebilir; tek bir veya birkaç kural ile bunu yapamaz. Koordinasyon konvansiyonları ise böyle değildir. Sadece tekil bir veya birkaç kural ile bir koordinasyon konvansiyonu kurulabilir.⁴²⁷ Yolun sağından trafiğin ilerlemesi şeklindeki bir koordinasyon konvansiyonu buna bir örnektir. Hukukun konvansiyonel niteliği ise kurucudur. Bu sebeple hukukun temelindeki kurucu konvansiyon çoğul bir kurallar sistemi olarak ortaya çıkar. İktidarın nasıl dağılacığı, mahkemelerin geçerli yorum metotlarının neler olacağı, yargılamaların nasıl yürütüleceği gibi meseleler çok sayıda kural vasıtasıyla bir arada düzenlenir. Marmor'un bu tespiti, hukukun temelindeki konvansiyonu, tanıma kuralı veya *Grundnorm* gibi tekil normlara indirgeyen kuramların hatalı olduğuna işaret eder ve onlardan ayrılır.

İkinci olarak, kurucu konvansiyonlara dair bir iş bölümü söz konusudur. Kurucu konvansiyonların gerektirdiği faaliyetler hakkında ciddi bilgi sahibi ve uygulamaların belirlenmesi konusunda önemli roller oynayan bir ana uygulayıcılar grubu vardır. Bu ana uygulayıcılar da farklı uzmanlık alanlarındaki faaliyetler konusunda özel olarak yetkilendirilir⁴²⁸. Onların çevresinde de konvansiyonlar hakkında kısmi bir bilgi ve etkisi olan gruplar mevcuttur. Örneğin hukukta, hâkimler başta olmak üzere yasa koyucular, memurlar, güvenlik güçleri gibi resmi devlet görevlileri bu ana kademeyi oluştururken vatandaşlar her ne kadar hukuka itaat etseler ve sistemin bir parçası olsalar da iş bölümündeki yerleri talidir. Kurucu konvansiyonlar işte bu işbölümü oluşturacak unvan, pozisyon ve makamları oluşturur. Bu durum koordinasyon konvansiyonlar için geçerli değildir. Koordinasyon konvansiyonlarının çözümü her ne kadar çoğu zaman yüksek bir bilgi ve yeti gerektirmese de ilgili bilginin o konvansiyonu uygulayacak herkes tarafından neredeyse eksiksiz biliniyor ve herkesin konvansiyonun gerektirdiği gibi eyleyor olması icap eder.⁴²⁹ Örneğin gündelik dilde belli nesnelere belli isimler verilmesi ve

⁴²⁷ Marmor, **Social Conventions: From Language to Law...**, s. 45.

⁴²⁸ Andrei Marmor, "The Rule of Law and Its Limits", **Law and Philosophy**, Cilt: 23, Sayı: 1, 2004, ss. 16-17.

⁴²⁹ Marmor, "Legal Conventionalism", ss. 209-210.

bunların yazıya belli bir harf dizisi ile dökülmesi bir nevi koordinasyon konvansiyonudur. Bunun için bir uzmanlar grubunun varlığı asli değildir ama iletişimde bulunan neredeyse herkes ilgili bilgiye sahip olmalı ve gerekli eylemleri yerine getirmelidir.

Üçüncü olarak, kurucu konvansiyonların dinamik bir boyutu vardır. Bu nitelik, kurucu konvansiyonları koordinasyon konvansiyonlarından değişime olan yatkınlığı ve değişim biçimi açısından ayırır. Koordinasyon konvansiyonlarının koordinasyon problemlerine getirdiği çözümler belli bir denge noktasına geldiyse daha iyi bir çözüm ortaya çıksa dahi konvansiyon genellikle değişmez.⁴³⁰ Örneğin İngiltere’de trafiğin diğer ülkelere göre ters yönde akması, otomobillerin direksiyonlarının sağda olmasını gerektirdiği için otomotiv üretimindeki maliyetlerde bir artış olur ancak yine de mevcut trafik akış yönü muhafaza edilmektedir.

Ancak kurucu konvansiyonların çözüm getirdiği veya cevap verdiği insani ihtiyaç ve istekler, koordinasyon konvansiyonlarına kıyasla daha çeşitlidir ve farklı şekillerde sağlanabilir. Bu nedenle değişim gerçekleşmesine dair dış sebepler ve talepler daha fazladır. Buna ek olarak, kurucu konvansiyonlar aynı zamanda kendi içlerinde de değerlendirmeye açık unsurlar barındırır ve bunların zaman içerisinde yorumlanmasıyla da kurucu konvansiyonlar değişebilir. Dolayısıyla kurucu konvansiyonlar sadece dış etmenlerin zorlamasından dolayı değil, aynı zamanda buna ek olarak iç öğelerin yorumlanması ile de değişir. Öte yandan bu nitelik mevzu bahis kurucu konvansiyonun yoruma açıklığının derecesine de bağlıdır.⁴³¹ Örneğin görsel sanatlara dair konvansiyonlar bu açıdan daha çok değişime açık iken hukukun kurucu konvansiyonları yorum ile değişime daha kapalıdır.

Dördüncü olarak, kurucu konvansiyonlar belli bir tarihsel boyuta sahiptir. Kurucu konvansiyonlar kendiliklerinden veya soyut bir biçimde oluşmazlar, belli bir tarihsel süreç sonunda ortaya çıkarlar. Bu nedenle oluşumları ve teşhisleri için kaçınılmaz olarak tarihsel sürecin de ele alınması gerekir. Tarihsel sürece bakılarak toplumun bakış açısından bu konvansiyona verilen önem ve taşıdığı değer anlaşılabilir. Bu tarihsel veriler, incelenen konvansiyonun içeriğine ve niteliklerine mana verebilmeyi sağlar. Örneğin temelinde kurucu bir konvansiyon olan hukuk

⁴³⁰ Marmor, *Social Conventions: From Language to Law...*, ss. 47-49.

⁴³¹ Andrei Marmor, “Legal Conventionalism”, ss. 208-209.

açısından anayasal tarihin incelenmesi çoğu hukuk sisteminin kavranması için bir zorunluluktur. Aksi takdirde sadece anayasa hükümlerinin dogmatik olarak değerlendirilmesi bu anlayışı sağlayamaz. Koordinasyon konvansiyonlarında ise anlık olarak konvansiyonun ele aldığı koordinasyon problemini çözüp çözmediğine ve nasıl çözdüğüne bakmak çoğu zaman yeterlidir.⁴³²

Beşinci ve son olarak, kurucu konvansiyonlar çoğu zaman kodifikasyonu beraberinde getirirler ve bu sayede kurumsallaşırlar. Kodifikasyon ile beraber söz konusu toplumsal pratikler konvansiyonel olmaktan çıkıp kurumsal hale gelir. Kodifikasyon ile kurucu konvansiyonun gereklilikleri örf ve adetlere benzer toplumsal pratiklerden çıkıp otoriteyi haiz şekilde yasalaşmış olur.⁴³³

Marmor, bu kurumsallaşmanın iki avantajına işaret eder. Bunlardan ilki, kurumsal pratiklerin genellikle yeni kurallar oluşturması ve eski kuralları değiştirmeye dair kuralları getirmesidir. Bu sayede sistem, atılığa düşmeden etkin bir biçimde yenilenebilir. Konvansiyonlar toplumsal pratiklere bağlı olduklarından çok yavaş bir şekilde ve yalnızca bu pratiklerin zamanla değişmesi ile değişebilir. İkinci avantaj ise kurumsallaşmanın tipik olarak kurallara uyulmaması halinde belli yaptırımları öngörmesidir. Konvansiyonların ise genellikle kurumsal bir yaptırım sistemi olmaz. İnsanların konvansiyonun gerekliliklerini yapması beklenir ancak bunun olmaması halinde verilen tepki gayri resmi olur ve genellikle toplumsal baskı, dışlamadan ibaret kalır. Bu avantajlar sayesinde sistem, yaptırımlar gibi kurumsal araçlar ile kurallarını daha etkin şekilde uygulanır hale getirdiği gibi, bu kuralların değiştirilmeleri için de imkânlar sağlamış olur.⁴³⁴ Yazılı anayasalar bu açıdan kodifiye edilmiş kurucu konvansiyonlardır.

Marmor, tanıma kurallarını kurucu konvansiyonlar kapsamında nitelemekle beraber bunların kurucu konvansiyonların bir türü olarak yüzeysel konvansiyonlar olduğunu belirtir ve kurucu konvansiyonların ikiye ayrıldığını söyler: *yüzeysel konvansiyonlar* (*surface conventions*) ve *derin konvansiyonlar* (*deep conventions*). Yazara göre bir toplumun hukuka sahip olması için düzenin sağlanması, kamu hizmetlerinin görülmesi, suçluların cezalandırılması gibi toplumun temel

⁴³² Marmor, *Social Conventions: From Language to Law...*, ss. 49-50.

⁴³³ A.g.e., ss. 50-51.

⁴³⁴ A.g.e., ss. 51-52.

ihtiyaçlarını temsil eden birçok sebep mevcuttur. Kurucu konvansiyonlar bunlara cevap vermek amacıyla oluşturulur. Ancak bu temeldeki sebepler ile kurucu konvansiyonların birinci kesiti olan yüzeysel konvansiyonlar arasında bir ara seviye olarak derin konvansiyonlar da vardır. Bunlar söz konusu hukuk sistemine dair ana düsturları ifade eder. Karşılaştırmalı hukuka bakınca bunun örnekleri ortaya çıkar. *Common Law* sistemi, Kıta Avrupası sistemi, eski Roma hukuku, sosyalist hukuk sistemi, teolojik hukuk sistemleri gibi hukuk gelenekleri derin konvansiyonlardır. Farklı toplumlar benzer toplumsal ihtiyaçlar hakkında farklı içerikte derin konvansiyonlar yapılabilir.⁴³⁵

Marmor'un modelinde, yüzeysel tanıma konvansiyonları, hukukun derin konvansiyonlarının görünen tarafıdır. Bu derin konvansiyonlar, yüzeysel konvansiyonlara uyularak uygulanmış olur.⁴³⁶ Derin ve yüzeysel konvansiyonlar arasındaki bu ilişki, toplumsal saygı pratiklerine dair konvansiyonlarda görülebilir. Saygı ve nezakete dair derin konvansiyonların sebeplerinde yaşlılara olan minnettarlık ve muhtemel kırılganlıklarına ilişkin ihtiyat sebepleri olduğu düşünülebilir. Derin konvansiyonlar bu konuda yaşlılara yüksek saygı ve nezaket gösterilmesini öngörür. Bu değerler kendi başlarına görünür değildir. Ancak bu saygı ve nezaketin nasıl gösterilmesi gerektiğine dair de konvansiyonlar vardır. Bunlar da yüzeysel konvansiyonlardır. Örneğin, yaşlı insanların önünde eğilme, önemli günlerde ellerini öpme, konuşma sırasını yaşa göre belirleme gibi davranışlar yüzeysel konvansiyonlarca belirlenir. Bu işte bu yüzeysel konvansiyonlara uyularak derin konvansiyonlar uygulanmış olur.

Derin konvansiyonlar, yüzeysel konvansiyonlara kıyasla çok daha kalıcıdır ve değişime dirençlidir. Yüzeysel konvansiyonlar genellikle kodifiye edilip kurumsal kurallar ile ikame edilebilirken derin konvansiyonlar genellikle bu tip bir kodifikasyona konu olmazlar⁴³⁷. Marmor, hukuk kavramının ve hukukun konvansiyonel temelini bu iki katmandan oluştuğunu söyler. Derin konvansiyonlar hukukun nasıl temelden düzenleneceğini oluştururken yüzeysel konvansiyonlar bu

⁴³⁵ A.g.e., ss. 171-173.

⁴³⁶ Andrei Marmor, *Law in the Age of Pluralism*, Oxford: Oxford University Press, 2007, ss. 174-175.

⁴³⁷ Andrei Marmor, "Deep Conventions", *Philosophy and Phenomenological Research*, Cilt: 74, Sayı: 3, 2007, ss. 606-609.

derin konvansiyonların uygulanmasını sağlayacak ögeleri içerir.⁴³⁸ Örneğin bir ülkedeki derin konvansiyonlar toplumsal düzenin ve hiyerarşinin sağlaması bahsinde halk egemenliği yönünde ortak bir iradeyi temsil ediyor ise, yüzeysel konvansiyonlar bu derin konvansiyonun uygulanabilmesi için parlamentoyu kurarak salt çoğunluk ile aldığı kararları yasa olarak tanıyabilir. Söz konusu tanıma kurallarının birçoğu da yüzeysel konvansiyonlara has şekilde kodifiye edilebilir. Örneğin Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 96. maddesi, Türk Medeni Kanununun 1. Maddesi, Türk Ticaret Kanununun 1. maddesi kodifiye edilmiş tanıma kurallarıdır. Bu tanıma kuralları artık toplumsal pratiklere dayalı konvansiyonlar değildir, kurumsal pratiklere dayalı yasalardır. Ancak bu, tüm tanıma kurallarının kodifiye olduğu veya olması gerektiğini göstermez. Örneğin çoğu *Common Law* sisteminde mahkemelerin emsal ile bağlı olduğuna dair tanıma kuralı kodifiye edilmemiştir.

Dworkin'in itirazına karşı savunmasında (III) Marmor, yukarıda açıklanan hukukun konvansiyonel niteliğine dair argümanına karşı hukukun konvansiyonel niteliğine itiraz eden Dworkin'in görüşlerini ele alır. Dworkin, neyin hukuk sayılacağına kurallar tarafından belirlenemeyeceğini iddia ettiğinden dolayı tanıma kurallarının kavramsal varlığına ve hukukun konvansiyonel niteliğine karşı çıkmaktadır. Dworkin, bunu gerekçelendirirken hâkimlerin neyin hukuk olduğunu tespit safhasında konvansiyonel kurallara bakamayacaklarını çünkü hâkimlerin çoğu zaman neyin hukuk olduğuna dair fikir ayrılıklarının böylesi konvansiyonel kurallara imkan vermediğini söyler. Dworkin bu durumu kuramsal anlaşmazlıklar olarak nitelemiştir. Dworkin'e göre bu kuramsal anlaşmazlıkların varlığından dolayı hukuki pozitivizmin nitelediği tipte bir tanıma kuralının veya kurallarının varlığından bahsetmek akılcı olmaz.⁴³⁹

Marmor'a göre Dworkin'in argümanı sadece hukuktaki marjinal durumları kapsar ve hukukun çoğunluğu için geçerli değildir. Örneğin hiçbir Amerikalı hâkim, temsilciler meclisinin işlemlerinin kanun olduğundan şüphe duymaz veya hiçbir resmi devlet görevlisinin Amerikan anayasasının diğer yasama faaliyetlerinden üstün olduğu konusunda bir kuşkusu yoktur⁴⁴⁰. Kaldı ki Dworkin'in hâkimler arasında yaşandığına işaret ettiği anlaşmazlıkların da bir sınırı vardır. En azından bu

⁴³⁸ Marmor, *Law in the Age of Pluralism...*, ss. 179-180.

⁴³⁹ Dworkin, *Hukukun Hükümleri...*, ss. 55-62.

⁴⁴⁰ Marmor, *Social Conventions: From Language to Law...*, ss. 162-163.

tartışmalara girmeden önce kendilerinin mevzubahis hukuk sisteminde kurumsal birer aktör oldukları hakkında belli bir anlaşma olmalıdır. Bu tip tartışmaların belli bir anlamı olabilmesi için tanıma kurallarının söz konusu mahkeme sistemini ve hâkimlerin otoritesini tasdik ettiğinin kabul edilmesi gerekir.⁴⁴¹ Sonuç olarak hukukun kısmi bir alanında gerçekleşen kuramsal tartışmalar, hukukun konvansiyonel karakterini ortadan kaldırmaz.

Marmor'un bu açıklamaları konvansiyon tezinin maddi anlamına vurgu yapılarak yeniden yapılandırılmasını temsil eder. Yazar, Hart'ın koordinasyon konvansiyonu temelli modelini kurucu konvansiyon fikri ile değiştirmiştir. Bu sayede soyut bir normatif işlev sağlayan tanıma kuralı düşüncesi, belli toplumsal ihtiyaçlara cevap veren, tarihsel bir süreçle oluşan ve sistematik bir kurallar bütünü olan kurucu konvansiyonlar fikri ile güncellemiştir. Marmor, Raz'dan da farklı bir biçimde hukuku, tanıma kuralları vasıtası ile diğer kuralların geçerlilik kazandığı bir normlar birliği olarak ele almaz. Kurucu konvansiyonlar tanıma kurallarından da öte hukukun temel unsurlarını bir bütün olarak ortaya çıkarır. Anayasalarda net bir şekilde görülen bu durum, hukukun temelleri olarak nitelenebilecek kuralların sadece geçerlilik ölçütlerini sunmadıklarını, aynı zamanda makamlar, kurumlar, yetkiler gibi hukukun ana sütunlarını sistematik bir biçimde oluşturduklarını göstermektedir. Düşünür aynı zamanda Dworkin'e de doğrudan bağlantı kurarak kuramsal anlaşmazlıkların kısıtlamalarına işaret eder ve konvansiyon tezinin yalın bir savunusunu yapmış olur. Bir sonraki alt başlıkta Marmor'un sert pozitivist bir çerçevede içerisinde hukuki faaliyetlerde ahlakın oynadığı rolü nasıl izah ettiğine bakılacaktır.

2.1.1.3. Hukuk ve Ahlak

Marmor'un öne sürdüğü hukukun temellerine dair konvansiyonel açıklama, toplumsal olguya dayalı hukuki pozitivist bir yaklaşımdır. Doğal hukuk yaklaşımları ise hukukun özünde ahlakın olduğu iddialarından dolayı buna itiraz etmişlerdir. Dworkin, ilkelere ve yoruma yaptığı atıf ile hukuki faaliyete temas ederek ahlakın hukuktaki rolünü vurgulamıştır. Yumuşak pozitivistler de Dworkin'in işaret ettiği ahlaki unsurların hukuki kimliğini, tanıma kuralının tasdik etmesi şartıyla kabul

⁴⁴¹ Marmor, *Philosophy of Law...*, ss. 75-76.

etmişlerdir. Yazar, gerek Dworkin'in gerekse yumuşak pozitivistlerin bu itiraz ve açıklamalarını doğru bulmaz. Bu bölümde, Dworkin ve yumuşak pozitivistlerin *ahlaki ilkeler* (I) ve *yorum olarak hukuk* (II) argümanlarına karşı Marmor'un sunduğu itirazlar incelenecektir.

Ahlaki ilkelerin (I) hukuktaki rolü tartışmasının kaynağı önceki başlıkta ele alınan Hart-Dworkin tartışmasıdır. Hart'a göre, hukuk açık dokuludur ve bundan dolayı hukukun hükme bağlamadığı vakalarda hâkimler takdirlerini kullanırlar⁴⁴². Dworkin ise hâkimlerin ilkeleri de uygulamakla yükümlü olduklarından dolayı hukukun açık dokulu olmadığını ve ilkelerin tanıma kurallarından bağımsız şekilde ahlaki niteliklerinden dolayı geçerli olduğunu savunur⁴⁴³.

Dworkin'e göre hâkimler kendilerinden önceki içtihatlarla uyumlu ve onlar ile devamlılık arz etmekle beraber onları ahlaki olarak en iyi meşrulaştıran ilkeleri kullanarak karar verir. Marmor'a göre ise bu noktada söz konusu hükmün hukuki sonuç doğurması ancak hâkimin kararını vermesi ile olur. Dolayısıyla bu ilkeler sadece otorite sahibi bir kurum olan mahkemenin kararı ile etki doğurur. Bu nedenle, hâkimler Dworkin'in işaret ettiği akıl yürütmelerde hukuku uygulamaktan ziyade onu geliştirir ve hukuk yaratırlar. Dworkin'in bu karşılığa olan cevabı ise yargı kararlarındaki ifadelerdedir. Hukuki pozitivistlerin bu karşılığı ile yargı kararları uyuşmamaktadır çünkü hâkimler kararlarında hukuku geliştirdikleri veya yeni hukuk yarattıklarından ziyade mevcut hukuki ilkeleri uyguladıklarını ifade etmektedirler. Dworkin, hukuki retorikteki bu duruma dayanarak hukuki pozitivist açıklamaların gerçeği temsil etmediğini vurgular.⁴⁴⁴

Marmor, Dworkin'in bu cevabına iki noktada karşı çıkar. İlk olarak, bazı yargı kararlarında hâkimler mevcut hukuki kaynaklarda bir hüküm bulunmadığı için hukuk yarattıklarını açıkça belirtmektedirler ve Dworkin'in yargılamaya dair analizleri bu kararları temsil edememektedir.⁴⁴⁵

⁴⁴² Hart, *The Concept of Law...*, ss. 251-254.

⁴⁴³ Dworkin, *Hakları Ciddiye Almak...*, ss. 66-72.

⁴⁴⁴ Marmor, *Philosophy of Law...*, ss. 89-90.

⁴⁴⁵ A.g.e., s. 90.

İkinci olarak da hâkimlerin kararlarında belli ifadelerde bulunmaları bu ifadelerin gerçeği temsil ettiği veya hâkimlerin bunlara samimi bir şekilde inandıkları manasına gelmez. Marmor, Dworkin'in endişelerine hak vererek hâkimlerin hukuk yaratmalarının gerçekten de siyaseten problematik bir konu olduğunu kabul eder. İnsanlar haklı olarak yasama erkinin kuralları yapmasını, yargı erkinin de bunları uygulamasını bekler. Yargının hukuk yaratarak bunları uygulaması bu kuvvetler ayrılığı anlayışı ile uyuşmaz. Marmor bu durum her ne kadar hoş olmasa da hukukun açık dokulu olmasından dolayı bunun kaçınılmaz bir gerçek olduğunu belirtir. Buna farklı bir etiket yapıştırmak meselenin kendisini değiştirmez. Yazar, hâkimlerin bu tatsız durumu bir miktar gizleme amacıyla bu retoriği kullandığını ileri sürer. Bundan dolayı her ne kadar hâkimler hükümlerini kendi oluşturdukları yeni kurallara göre veya mevcut kuralları geliştirdikleri haliyle verseler dahi, bunu mevcut hukuki ilkeleri uygulayarak yaptıklarını ifade etmek durumunda kalırlar.⁴⁴⁶

Marmor, Dworkin'in iddiasının yanlış olduğunu göstermek için varsayımsal bir örnek öne sürer. Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin önüne bir uyuşmazlık geldiği ve hâkimlerin tam da Dworkin'in öngördüğü gibi akıl yürüttüğü farz edilsin. Dokuz hâkimden beşi belli bir yönde hüküm verirken geri kalan dördü başka bir şekilde hüküm versin. Bu beş hâkimin de kararının ahlaken yanlış olduğu ve ahlaken doğru sonucun azınlıkta kalan hâkimlerin kararı olduğu farz edilsin. Bu durumda her hukukçu her ne kadar ahlaken doğru olan bu olmasa dahi hukuken geçerli olan hükmün oy çokluğu ile alınan karar olduğunu kabul edecektir. Dworkin ise böyle bir durumu hatalı bir hukuki karar olarak niteleyecektir. Hukuki hatalar hukuk sistemlerinde görülen bir durumdur, bazı hallerde mahkemeler hukuki hatalar yapar. Ancak Marmor, Dworkin'in formülünde bazı mahkeme kararlarının değil, neredeyse tüm kararların hukuki hata olduğunu söyler. Bu düşünce söz konusu hukuk sisteminin sürekli olarak hatalı kararlar ile yürüdüğü çıkarımına varır. Dworkin'in kuramında davalardaki doğru kararlar tektir ve ahlaken en doğru hükmü temsil ederler. Fakat mahkeme kararlarının çoğunluğunun ahlaken en doğrusu olmadığı kabul edildiği zaman zorunlu olarak mahkeme kararlarının çoğunluğunun hukuki hatalar olduğu çıkarımında bulunmak gerekir. Düşünür, mahkeme kararlarının

⁴⁴⁶ Andrei Marmor, "Exclusive Positivism", **Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law**, Editörler: J. L. Coleman ve diğerleri, New York: Oxford University Press, 2004, ss. 121-122.

ağırlıklı bir çoğunluğunu hata olarak niteleyen bir görüşün hukuku açıklama konusunda iyi bir kuram olamayacağını söyler.⁴⁴⁷

Bu bağlamda Marmor, doğal hukukçuların sıkça başvurduğu bir sorgulama olan ahlaktan tamamen yoksun bir sistemin hukuk olup olmadığı tartışmasına girmeden çok daha mütevazı fikir öne sürer. Yazara göre, hukuk sistemlerinin ahlaki doğrulardan kısmi olarak uzaklaşması onların hukuki niteliğini ortadan kaldırmaz. Dworkin ise ahlakilikten en ufak derecede uzaklaşma hallerinde dahi hukuk sisteminin işlemlerinin ağırlıklı bir çoğunluğunun hukuki niteliğini kaybedeceği iddiasını taşır.⁴⁴⁸ Marmor, hukukun gayriahlaki olarak nitelenebileceğini reddetmez. İşaret ettiği mesele, hukukun tespiti iddiasında olan bir kuramın, hukuki pratikte hukuk olarak kabul gören pek çok ögeyi hukuki hata olarak nitelemesinden dolayı Dworkin'in argümanlarının kavramsal seviyede anlamsız bir açıklama sunduğudur.

Marmor, Dworkin'deki bu sorunun yumuşak pozitivizm açısından da geçerli olduğunu belirtir. Bu çerçevede de tanıma kuralının tasdik şartı gerçekleştiği takdirde ahlaki ögeler hukuk haline gelir. Bu durumda da mahkemelerin hukuk statüsündeki ahlaki doğruları olduklarından bir miktar dahi yanlış teşhis etmeleri halinde hukuki bir hata yaptıklarını kabul etmek gerekir. Mahkemelerin verdikleri her kararın ahlaken ideal olmadığı, tam tersine ağırlıklı bir çoğunluğunun en azından ahlaki doğrulardan bir miktar uzaklaştığı düşünüldüğü zaman, bir hukuk sisteminde verilen mahkeme kararlarının ağırlıklı bir çoğunluğunun bu hukuki pozitivist çerçevede de hukuki hata olduğu çıkarımına varmak mecburiyetinde kalınır. Yazar, bu durumu özellikle hukuku bir toplumsal kurallar sistemi olarak ele alan ve toplumsal olgu temeline dayanan hukuki pozitivist bir yaklaşım açısından oldukça sorunlu bulur çünkü böyle bir sistemin sistematik olarak kendi kurallarını hatalı uyguladığını söylemek oldukça garip olacaktır.⁴⁴⁹ Sonuç olarak Marmor, Dworkin'in ve yumuşak hukuki pozitivistlerin ahlaki ilkeler bahsindeki iddialarından doğan çıkarımlardan dolayı bu kuramları hatalı bulur ve Raz'ın ilkelere dair takdire davet işlevi ve hâkimlerin hukuk yaratması modelini doğrular.

⁴⁴⁷ Marmor, *Philosophy of Law...*, ss. 91-92.

⁴⁴⁸ A.g.e., s. 92

⁴⁴⁹ A.g.e., ss. 96-97.

Yorum olarak hukuk (III) bahsinde ise Marmor, tekrar Dworkin'in görüşlerini eleştirmeye yönelir. Dworkin, geç dönem felsefi yazınındaki gelişen argümanında her türlü hukuki önermenin belirlenmesine dair tespitin zorunlu olarak bir yorum faaliyeti gerektirdiğini öne sürmüştür. Buna göre yorum, yorumlanan nesnenin kendi türünün mümkün olan en iyi örneği olarak sunulması gayretidir. Bundan dolayı yorum, kaçınılmaz olarak değerlendirici yargılardan oluşur. Bunun sonucu olarak da hukuk zorunlu olarak değerlendirici yargılar içerir. Hukukun ne olduğuna ilişkin akıl yürütmeler de hukuka ilişkin değerlendirici yargılara bağlıdır, sadece betimleyici yargılar yetmez.⁴⁵⁰

Marmor, her ne kadar yorumun belli değerlendirici yargılar içerdiği düşüncesinde doğruluk payı olduğunu kabul etse de, hukukun içeriğine dair her çıkarımın bir yorum ürünü olduğu fikrini reddeder. Hukuk çoğu durumda yoruma yer bırakmayacak şekilde belirlidir. Dworkin'in bu uç iddiası hukukta aşikâr olan bu gerçeğe terstir. Öte yandan hâkimlerin belli hallerde yasaların açıkça belirli oldukları vakalarda dahi farklı yönlerde karar verdiği de olur. Bu faaliyet onların yetkileri dâhilinde hukuku değiştirmesi kapsamında gerçekleşir, yorum yaptıklarını göstermez.⁴⁵¹

Dworkin'in argümanındaki bir diğer temellendirme, yoruma konu olan nesnenin kendi başına bir anlam ifade etmesi gerektiği fikridir. Bu doğrultuda yorumun eser sahibinin iradesinden ziyade nesnenin ortaya koyduğu değeri ortaya çıkarması gerektiği için yorum inşacı niteliktedir. Dworkin, analojisinde sanatçıların bu irade ile eserlerini oluşturduğunu ve sanat eserini izleyenlerin de sanatçının iradesinden ziyade eserin kendisi ile estetik bir etkileşimde olduklarını belirtir. Ancak Marmor bu açıklamayı yetersiz bulur. Her sanatçı eserini yaratırken bu irade ile hareket etmez. Bazı sanatçılar özellikle kendi iradelerinin izleyiciler tarafından hissedilmesini de istiyor olabilir. Analojinin diğer tarafındaki faaliyetler için bu argüman daha da zorlama hale gelir. Yasa koyucuların veya hâkimlerin, hukuk sükelerinin yorum yaparlarken kendi iradelerine dikkat etmemelerini istediklerini söylemek oldukça zordur.⁴⁵²

⁴⁵⁰ Dworkin, **Hukukun Hükümleri...**, ss. 55-67.

⁴⁵¹ Marmor, **Philosophy of Law...**, ss. 143-145.

⁴⁵² **A.g.e.**, ss. 100-102.

Marmor eleştirisini ilerletirken yorum faaliyetinin unsurlarına dair Dworkin'in açıklamalarını inceler. Dworkin yorumun, ele aldığı nesneyi mümkün olan en iyi ışıktaki sunmaya yönelik olduğunu öne sürer. Düşünür'e göre yorumun ele aldığı nesneyi en iyi ışıktaki sunmaması manasız bir şey olur. Yorum faaliyetinin gerçekleşebilmesi için önce yorumcunun ele aldığı nesnenin en iyi halini ortaya çıkarmaya gayret etmesi gerekmektedir. Marmor ise bunun mutlaka böyle olmak zorunda olmadığını söyler. Örneğin Hamlet'in psikoanalitik bir yorumu muhtemelen bu eseri en iyi ışıktaki sunmayacaktır ama yine de bu eserle ilgili ilgi çekici ve dikkate değer yönleri ortaya çıkaracaktır. Hamlet'in modern zamanlarda geçen bir senaryoda yorumlanması da yine bu eseri en iyi ışıktaki sunamayabilir ancak yine de bu yorumun tamamen manasız veya yorumda bulunanların eserden tamamen kopuk olduğu anlamına gelmez. Dolayısıyla bir yorumun mutlaka en iyi ışıktaki alınması gerektiği ve bunun alternatifinin tamamen makul olamayacağı iddiası geçerli değildir.⁴⁵³

Yazar açısından Dworkin'in en iyi ışıktaki yorum argümanındaki bir diğer zayıflık ise kıyaslanamazlık sorunudur. Sanat eserlerinin yorumunda da söz konusu olan bu sorun, hiçbir yorumun tüm eserlerin hakkını her açıdan layıkıyla verilemeyeceği fikrine dayanır. Her ne kadar bazı yorumların diğerlerinden daha iyi olduğuna kanaat getirilebilse de tek bir yorumun, yapılabilecek diğer tüm yorumlardan kesin ve nihai olacak şekilde en iyi yorum olduğu iddia edilemez. Bunun nedeni bazı değerlendirme kriterlerinin kaçınılmaz olarak kıyaslanamaz olmasından kaynaklanır. Bazı yorumlar belli eserleri belli açılardan ele alarak belli değerleri aydınlatırken başka yorumlar aynı eserleri farklı açılardan ele alarak başka değerleri aydınlatabilir. Değerlerin kıyaslanamazlığı sorunu bunlar arasında nihai bir karşılaştırma yapılmayacağını gösterir. Hukukta da belli yorumlar belli davalarda belli değerleri öne çıkarırken, başka yorumlar başka değerleri aydınlatabilir. Çoğu zaman bir yorumun diğerinden kesin bir şekilde üstün olduğu söylenemez çünkü ifade ettikleri değerlerin kendi içkin değerleri olabilir ve birbirleri ile karşılaştırmaya ve kıyaslanmaya müsait olmayabilirler.⁴⁵⁴

Marmor'a göre tüm bu sorunlar Dworkin'in kuramının tamamı için oldukça büyük bir sorun teşkil eder çünkü eğer en iyi yorum yok ise o zaman Dworkin'in iddia ettiği üzere hukukun her vakada belirli olduğu ve tek bir doğru cevap sunduğu

⁴⁵³ A.g.e., ss. 105-106.

⁴⁵⁴ Andrei Marmor, **Interpretation and Legal Theory**, Oregon: Hart Publishing, 2005, ss. 32-33.

sonucuna varılamaz. O zaman da başta Hart olmak üzere hukuki pozitivizmin vurguladığı hâkimlerin takdirine işaret eden hukukun açık dokulu yapısının ve kısmı belirsizliğinin kabul edilmesi gerekir.⁴⁵⁵

Bu eleştiriler ile beraber Marmor, Dworkin'in kuramında yer alan yorumun zorunlu olarak değerlendirci bir boyuta sahip olduğu tespitine yukarıda da belirtildiği üzere hak verir. Gerçekten de, bir nesne hakkında yorumda bulunmadan önce o nesneyi neyin iyi veya kötü yaptığına dair bir anlayışa sahip olmak, söz konusu nesneye yüklenilen değerleri bilmek gerekir. Bunun için de mevzubahis nesnenin dâhil olduğu türün değerleri hakkında bilgi sahibi olmak icap eder⁴⁵⁶. Olası yorumlar da bu türün temsil ettiği değerler dikkate alınarak tartılmalıdır. Dworkin, hukuku açıklayabilmek için zorunlu olarak söz konusu yorum nesnesi hakkında değerlendirci yargıların oluşturulması gerektiğini öne sürer.⁴⁵⁷

Marmor, Dworkin'in yorumun değerlendirci bir boyuta sahip olduğu tespitine katılsa da bundan hareketle hukuki pozitivizm aleyhine çıkarımı doğru bulmaz. Dworkin'e göre hukukun yorumlanması kaçınılmaz olarak yorumcuların toplumsal olguların dışındaki ahlaki değerlere dair yargılarını içerdiğinden ayrılık tezi hatalıdır. Marmor, bu noktada Hart'ın içsel bakış açısı kavramına başvurarak, gerçekten de bir toplumsal pratiği kavrayabilmek için o pratikte bulunan insanların mevzubahis faaliyete ilişkin eylem sebeplerine dair bir anlayışın olması gerektiğini teslim eder. Hart, herhangi bir hukuk sisteminin var olabilmesi için en azından resmi devlet görevlilerinin mevcut sistemi makul görerek söz konusu kuralları kendi eylemleri için birer eylem sebebi olarak kabul etmeleri gerektiğini belirtir. Marmor ise bu olgunun anlaşılması için ahlaki yargılarda bulunulmasına ihtiyaç olmadığını söyler.⁴⁵⁸

Marmor'a göre Dworkin önemli bir ayrımı gözden kaçırmaktadır. Bu ayrım da, bir değeri anlamak ile o değer hakkında değerlendirci bir yargıda bulunmak arasındaki farktır. Bir değeri anlamak için o değeri ortaya çıkaran pratikteki ve pratiği gerçekleştirenlerdeki yargı değerlendirmelerini kavramak icap eder. Ancak

⁴⁵⁵ Marmor, *Philosophy of Law...*, s. 107.

⁴⁵⁶ Andrei Marmor, *The Language of Law*, Oxford: Oxford University Press, 2014, s. 145.

⁴⁵⁷ Marmor, *Philosophy of Law...*, ss. 107-108.

⁴⁵⁸ Andrei Marmor, "Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral", *Oxford Journal of Legal Studies*, Cilt: 26, Sayı: 4, 2006, ss. 701-704.

yazar, bunların kavranması için mutlaka değerlendirci bir yargıda bulunulmasına ihtiyaç olmadığını savunur. İnsanların eylemlerinin arkasındaki değerler, onları benimsemeden veya onlar hakkında bir yargıda bulunmadan anlaşılabilir ve bunlarla ilgili tespitler yapılabilir. Örneğin Reform karşıtı barok mimaride, sanatçıların Katolik dininin yüceltmesine yönelik bir değere sahip oldukları anlaşılabilir ve buna dair bir saptamada bulunulabilir. Doğru tespitler ve iyi yorumlar yapmak için Katolik dinine ilişkin belli değer yargılarına hâkim olunması gerektiği doğrudur. Fakat Katolik dininin teolojik gerçekliğine veya barok mimarinin estetik güzelliğine dair kişisel değerlendirci yargılar oluşturulmasına ihtiyaç yoktur. Aynı şekilde hukuk hakkında da betimleyici ve ahlaken nötr tespitler yapılabilir.⁴⁵⁹ Hukukun yorumlanmasında kanun koyucunun sahip olduğu değer yargılarına ilişkin belli bir anlayışın olması gerekebilir. Bu, yorumun değerlendirci boyutudur. Öte yandan bu anlayış gerekliliği, yorum yapan kişinin de yorumun konusu veya onun arka planı hakkında bir değer yargısında bulunması ihtiyacını doğurmaz⁴⁶⁰.

Marmor, bu açıklamalar ile ahlakın hukuktaki görünümünün onu hukuk haline getirmediğini ve yorum bahsinde iddia edildiği şekilde hukukun özüne dair bir niteliğinin olmadığını göstermiş olur. Bu analizler, ahlakın, ilkeler ve yorum faaliyeti vasıtasıyla hukuk statüsüne gelmediğine işaret eder. Yazar bu eleştirilerinde ahlakın hukuki faaliyette rol almadığını söylemez; sadece ahlakın hukukun uygulanmasında mevcut bir kaynak, zorunlu bir geçerlilik ölçütü veya yorum gibi belli hukuki faaliyetlere içkin bir öge olmadığını belirtir. Bu açıklamalar Marmor'un sert pozitivist toplumsal olgu tezi ve ayrılık tezinin savunusunu temsil eder.

Bu değerlendirmeler, ahlakın hâkimler tarafından saf hukuk yaratma veya yorumdaki kısmi hukuk yaratma faaliyetlerinde kullanılmadığı veya kullanılmaması gerektiği manasına gelmez. Tam tersine, hukukun açık dokulu yapısı ve hâkimlerin takdir alanlarının varlığı bunları zorunlu kılar. Aşağıda Marmor'un bu takdir alanındaki bir faaliyet olan yorum ve buna bağlı bir başka öge olan dil konusundaki açıklamaları incelenecektir.

⁴⁵⁹ Marmor, *Philosophy of Law...*, ss. 128-130.

⁴⁶⁰ Marmor, "Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral", ss. 700-701.

2.1.1.4. Yorum ve Dil

Marmor, yorum ve dilin analiz edilmesinin hukukun anlaşılması için merkezi bir önem teşkil ettiğini söyler. Hukukun içeriği, hukuki otoriteler tarafından iletişim yoluyla iletilen içerikle denktir. Bundan dolayı bu iletişim dilinin nasıl işlediğine dair veriler hukukun ne olduğuna dair anlayış açısından çok önemlidir. Bu sayede bir taraftan Dworkin'in hukukun her daim yorumsal bir faaliyet olduğuna ilişkin iddiaları sınanabileceği gibi diğer taraftan da yorumun hangi durumlarda gerçekleştiğine ve nasıl yapılabileceğine ilişkin sorulara da cevaplar sunulabilir. Yazar, hukuktaki dilin aydınlatılmasının, yorumun asıl uygulama alanı olan hukuki belirsizliğin sebeplerinin anlaşılmasına imkân verdiği gibi bu kapsamda hukukun belirliliğinin kapsamının tespitinde de önem arz ettiğini ifade eder.⁴⁶¹ Bu alt başlıkta ilk önce, Marmor'un *yorumun sınırları* (I) hakkındaki görüşleri, ikinci olarak *yorumun uygulama alanları* (II) üzerine saptamaları, üçüncü ve son olarak da *yorum metotları* (III) incelemeleri ele alınacaktır.

Yorumun sınırları (I) bahsinde Marmor, akademisyen felsefecilerin aksine hukukçuların mesleki pratiklerindeki pek çok vakanın yoruma yer bırakmayacak, belirli bir şekilde hükme bağlandığı görüşünde olduğunu belirtir. Gündelik iletişim de bundan farklı değildir, sürekli yorum yapılmaz. Eğer öyle olsaydı, konuşan bir kişinin her cümlesinden sonra bir an durup söylediklerinin nasıl yorumlanabileceği hakkında akıl yürütülüyor olması gerekirdi. Buna karşın Dworkin gibi bazı düşünürler yorumu sanki tüm hukuki faaliyetlere içkin bir öge olarak görür. Yazar, bunun bir hata olduğu düşüncesindedir.⁴⁶²

Hukuk kuramında yorumu her daim ön plana koyan iddialara bakıldığında iki alandan hareket edildiğinden bahsedilebilir. Bunlardan ilki, iletişime dairdir. Bu görüşe göre yasama faaliyeti bir iletişimdir. İletişim de kaçınılmaz olarak bağlama bağlıdır ve iletişimin doğru bir şekilde gerçekleşmesi için tarafların belli iletişim kurallarını temel almaları lazımdır. Marmor bu önermeleri kabul etse de iletişim eyleminde bulunan tarafların genellikle bu koşulları zaten kendiliğinden sağladıklarından dolayı yoruma gerek kalmadığını savunur.⁴⁶³ Örneğin “pencere

⁴⁶¹ Marmor, *Philosophy of Law...*, ss. 136-137.

⁴⁶² A.g.e., ss. 137-138.

⁴⁶³ Marmor, *Positive Law and Objective Values...*, ss. 74-75.

açık” ifadesinin bir öğretmen tarafından sınıfındaki öğrencilere söylenmesi, farklı anlamlara gelebilir. Bu, bir durumun betimlenmesi olabileceği gibi pencerenin yakınındaki öğrencinin pencereyi kapatması için bir talebi de temsil ediyor olabilir. Ama her iki ihtimalde de taraflar bağlamın farkında olduğundan herhangi bir yorumda bulunmaları gerekmeden iletişim hedefine doğrudan ulaşır. İstisnai hallerde tarafların niyetlerinden emin olunamadığı zaman yoruma başvurulsa da bu durumlar iletişimin çoğunluğunu oluşturmaz.

İkinci iddia ise hukukun daima yorum ile iç içe olmasına yol açan özgün niteliklerine işaret eder. Bu iddiada öne çıkarılan analogi sanat ile kurulur. Gerçekten de sanat söz konusu olduğu zaman yorumun büyük bir rol oynadığı doğrudur. Sanat her daim yorum ile iç içedir. Ancak Marmor, bu analoginin sağlam olmadığını çünkü sanat ve hukuk arasında ciddi bir fark olduğunu ileri sürer. Sanatçılar, eserlerinin izleyenler tarafından yorumlanması amacını taşırlar. Sanat eserleri hakkında farklı insanlar tarafından farklı yorumların yapılması doğaldır ve hatta arzu edilen bir unsurdur. Bir sanat eseri, kesin ve basit bir şekilde anlaşılması için yaratılmaz. Tam tersine bilinçli olarak belli belirsizlik alanları bırakılır. Bunlar da izleyenler tarafından farklı yorumlarla doldurulur.⁴⁶⁴ Buna karşın hukuki düzenlemeler ise belli somut sonuçlar doğurma, süjelerine belli eylem sebepleri sağlayarak onların davranışlarını yönetme gayesi ile oluşturulur⁴⁶⁵. Bu sebeple hukukun oluşturulma amacı ve temel işlevi farklıdır. Tabii ki hukuki düzenlemelerde de belli genel hükümler ve boşluklardan dolayı bu belirlilik tam ve nihai olarak sağlanamaz. Fakat bu durumdan dolayı hukukun genelinin sanat ile benzer olduğu veya hukukun doğasının da tıpkı sanatta olduğu gibi yorumla iç içe olduğu söylenemez.

Hukukun yorum ile daima ilişkili olduğuna dair akla gelebilecek bir diğer özgün nitelik ise mahkemelerin pozisyonudur. Buna göre, kanunlar her ne kadar ilk başta yasama erki tarafından oluşturulsa dahi bunların uygulanmasındaki esas aktör mahkemelerdir. İddia edilebilir ki bu nedenle hukukun uygulanması ayrı bir aşamadır ve mahkemelerin ellerindeki hukuk kaynaklarını uygularken zorunlu olarak yoruma başvurmaları gerekir. Marmor, bu görüşün yanlış olduğunu söyler. Mahkemeler arzu

⁴⁶⁴ Marmor, **Philosophy of Law...**, ss. 142-143.

⁴⁶⁵ Andrei Marmor, “Farewell to Conceptual Analysis (In Jurisprudence)”, **Philosophical Foundations of The Nature of Law**, Editörler: W. Waluchow & S. Sciaraffa, Oxford: Oxford University Press, 2013, s. 221.

ettikleri gibi hukuku uygulayamaz. Kanunun gerçek anlamının aksine bir kararı ancak istisnai olarak yüksek mahkemeler verir. Bu faaliyetleri de yorum değil, hukukun değiştirilmesi kapsamındadır. Hangi mahkemenin nasıl ve ne kadar yetkiye sahip olduğu ise sistemden sisteme değişen bir kurumsal tercihtir ve çoğu halde bu takdir alanları kısıtlanır. Sonuç olarak mahkemelerin, hukuku uygulama aşamasındaki rolleri nedeniyle her daim yoruma başvurabildikleri ve her mahkemenin hukuku bu biçimde şekillendirdiği iddiası doğru olamaz.⁴⁶⁶ Marmor, bu açıklamalar ile hukukun çoğu halde belirli olduğu ve yorumun hukukta istisnai bir unsur olduğu düşüncesini savunmuş olur.

Yorumun uygulama alanları (II) bahsinde Marmor, yorumun sadece uygulama aşamasında ele alınan hukuk kaynaklarına dair bir belirsizlik halinde söz konusu olacağını belirtir⁴⁶⁷. Yazar, hukukta üç tip belirsizlik kaynağı olduğunu öne sürer: çatışmadan kaynaklanan belirsizlikler (a), semantik belirsizlikler (b) ve pragmatik belirsizlikler (c). Bu haller, hukukta açık boşluk olması durumunda hâkimlerin yeni kural oluşturup hüküm vermeleri ile karıştırılmamalıdır. Bu hallerde hâkimler ellerindeki hukuki kaynaklar hakkında yorumda bulunmaz, tamamen yeni kurallar getirerek boşluğu doldururlar. Yorumda ise elde uygulanmaya müsait bazı kurallar mevcuttur ancak bunların uygulanıp uygulanmayacağı veya nasıl uygulanacağı konusunda bir belirsizlik vardır.⁴⁶⁸

Çatışmadan kaynaklanan belirsizlikler (a), bir uyumsuzluğa birden fazla hukuki normun uygulanabiliyor oluşunu ve bunların farklı sonuçları öngörmesini ifade eder. Bu durumda mahkeme hangi normun diğerinden üstün tutulacağını belirlemek zorundadır. Bazı durumlarda bu çatışmanın nasıl çözüleceği de başka bir hukuk kaynağı ile gösterilir. Bu hallerde yoruma yer kalmaz. Ancak böyle bir çözümün olmaması halinde mahkemenin hangi normu uygulaması gerektiği meselesini açıklığa kavuşturması icap eder ki işte o zaman yorum devreye girer.⁴⁶⁹

Düşünüre göre yasalar her zaman uyumlu ve tutarlı olmadığı gibi bu durum demokratik süreçler açısından oldukça doğaldır. Yasaların çatışması bu bağlamda

⁴⁶⁶ Marmor, *Philosophy of Law...*, ss. 143-144.

⁴⁶⁷ Andrei Marmor, "Philosophy of Law: A Reply", *Jarusalem Review of Legal Studies*, Cilt: 10, Sayı: 1, 2014, ss. 108-109.

⁴⁶⁸ Marmor, *Philosophy of Law...*, s. 145.

⁴⁶⁹ A.g.e., ss. 145-146.

belli bir çoğulculuğun varlığının göstergesidir. Dworkin'in aksine Marmor, yasama tutarlılığı ve birliğine asli bir değer verilmemesi gerektiği görüşündedir. Demokratik sebeplerden dolayı da belli bir çatışma hali söz konusu olabilir. Yasama erkinin belli kurumlara dağıtılması, yasama sürecinde verilen ödünler ve iktidar değişimleri sonucunda gerçekleşen değişiklikler hukuk içerisinde belli çatışmalar ve çelişkiler doğurabilir. Bunlar, hukukun kusursuz bir şekilde tutarlı olmasını engellese de siyasi süreçteki farklı unsurların temsil edilmesine imkan vererek bu çoğulculuktan doğan çatışmaları belli bir düzen içerisinde sisteme entegre eder.⁴⁷⁰

Semantik belirsizlikler (b) ise iki ihtimalde çıkar: çok anlamlılık ve muğlaklık. Çok anlamlılık, kullanılan bir kelimenin veya cümlenin birden fazla anlamı olmasıdır. Marmor'a göre bu istisnaidir ve genellikle söz konusu metnin bağlamından hangi anlamın ifade edildiği rahatlıkla belirlenebilir. Çok anlamlılıktan daha fazla karşılaşılan bir semantik belirsizlik türü ise muğlaklıktır. Birçok kelime ister istemez bir miktar muğlaktır. Çoğu zaman bir kelimenin kapsamına bazı şeylerin kesin olarak girdiği, bazılarının da kesin olarak girmediği aşikârdır. Örneğin nelerin mavi olup nelerin mavi olmadığı konusunda kesinlik arz eden birçok tespit yapılabilir. Buna karşın ara durumlar da olabilir. Turkuazın mavi olup olmadığı, 1,75 metre boyunda bir erkeğin uzun olarak nitelenip nitelenmeyeceği veya koca bir ansiklopedinin bir kitap olup olmadığı veya bir kaykayın bir araç sınıfına konulup konulamayacağı gibi sorular buna benzerdir.⁴⁷¹

Hart'ın da kullandığı bir örnek olan “parka araç giremez” direktifi bu başlık altında değerlendirilmelidir. Araç kelimesinin kapsamı düşünüldüğü zaman bazı şeylerin kesinlikle bunun içine girdiği söylenebilir: mesela otobüsler, cipler, otomobiller. Bazı şeyler de hiçbir şekilde bu kelimenin kapsamında değildir: mesela oyuncak bebekler, telefonlar, sandviçler. Ancak ister istemez bazı ara durumlar söz konusudur: mesela bisikletler veya motorlu tekerlekli sandalyeler.⁴⁷²

Hukuk, bu belirsizlikleri azalmak amacıyla başka açıklamalarda da bulunabilir: mesela “bisikletler girebilir ama kaykaylar ve motorlu tekerlekli sandalyeler

⁴⁷⁰ Andrei Marmor, “Should We Value Legislative Integrity?”, **The Least Examined Branch: The Role of Legislatures in the Constitutional State**, Editörler: R. W. Bauman & T. Kahana, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, ss. 135-138.

⁴⁷¹ Marmor, **Philosophy of Law...**, ss. 146-148.

⁴⁷² **A.g.e.**, s. 148.

giremez” gibi. Marmor, bu durumda muğlaklığın azaltılabileceğini ancak tamamen yok edilemeyeceğini belirtir. Bunun birinci nedeni, hukukun ifade edebileceği detayın bir sınırının olmasıdır. İkincisi, hukukun bu tip sorunlara dair de sınırsız bir öngörüye sahip olması mümkün değildir. Üçüncü olarak da muğlaklığı azaltmak için kullanılacak kelimeler de ister istemez yine bir miktar muğlaklık taşıyacaktır. Bu sınırlama örneğinde de bu sefer bisiklet kelimesinin sınırları konusunda bir miktar muğlaklık ister istemez olacaktır.⁴⁷³

Marmor, her ne kadar ara durumların her zaman bir miktar var olacağını kabul etse de bu sorunların her zaman söz konusu olmayacağını altını çizer. Ara durumlar istisnaidir. Bunun karşısında Fuller, Hart ile giriştiği tartışmada hukukun uygulanması bahsindeki her vakada ister istemez hukukun amacının araştırılması, bilinmesinin zorunlu olduğunu ve sadece bu şekilde yorum yapılabileceğini söyler⁴⁷⁴. Marmor ise hukuk sistemlerindeki birçok kuralın amacı hakkında ciddi bir fikre sahip olunmasa da bunlara uyulduğunu ve bunları uygularken de mevzubahis kurallar hakkında amaçsal bir yorumda bulunulmadığına işaret eder.⁴⁷⁵ Örneğin çoğu devlet memuru faaliyet raporu hazırlarken raporun içindeki her bir içerik başlığının ne gibi bir amaç taşıdığını bilmez ama neredeyse her memur faaliyet raporlarını hukuki yükümlülükleri gereği sorunsuz bir şekilde hazırlar.

Pragmatik belirsizlikler (c), ise hukuk kapsamında yürütülen iletişimdeki ima edilen anlamlardan ortaya çıkar. Bir ifadenin anlamı sadece o ifadenin beyanındaki içerikten oluşmaz, aynı zamanda bu beyanla ima edilenler de bu ifadenin anlamının kapsamındadır. Örneğin bir benzin istasyonu adresi istendiğinde bu talebi bir yol tarifi vererek yanıtlayan kişi, beyanında bir yol tarifi vermesinin de ötesinde, tarif ettiği benzin istasyonunun açık olduğunu da doğal olarak ima etmektedir. Bu bilgi beyan edilmemiştir ancak yine de bağlamdan anlaşılır. İletişimin tarafları, ifade edilen beyanları pragmatik bir şekilde anlar ve tarafların bu normatif çerçeveye bağlı kalmaları beklentisiyle ifadelere anlam yüklerler. Bu sayede iletişim pragmatik

⁴⁷³ A.g.e., ss. 148-149.

⁴⁷⁴ Lon L. Fuller, “Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart”, **Harvard Law Review**, Cilt: 71, Sayı: 4, 1958, ss. 666-669.

⁴⁷⁵ Marmor, **Philosophy of Law...**, ss. 149-150.

olarak beyan edilenin de ötesinde zenginleşebilir.⁴⁷⁶ Pragmatik zenginleştirmeler iletişime büyük katkı sağlar. Aksi takdirde taraflar ifade etmek istedikleri her şeyi açık bir şekilde beyan etmeleri gerekir ki bu çok zordur.

Marmor, hukuktaki iletişimin çoğu halde pragmatik zenginleştirmelere gerek duymaksızın gerçekleştirildiğini söyler. Çoğu durumda hukukun beyan ettiği ile ifade etmek istediği şey arasında bir fark yoktur. Kanun koyucular da zaten arzu ettiği sonuçları sağlamak için genellikle mümkün olduğunca yoruma yer bırakmayacak şekilde net olurlar.⁴⁷⁷

Olağan bir iletişimde tarafların ifadelerinin belli imalar içermesi de genellikle belirsizlik yaratmaz. Yukarıda belirtilen örnekte olduğu gibi benzin istasyonunun adresini beyan eden kişi, buranın aynı zamanda açık olduğunu da ima etmektedir. Bu tip bir iletişimde taraflar, işbirliği içinde konuşmaya katkıda bulunmaya ve karşılıklı bilgi akışını sağlamaya yönelirler⁴⁷⁸. Marmor'un kooperatif iletişim olarak nitelediği bu tip bir iletişimde, taraflar, beyanları ile beraber belli imalarda bulunurken, bunu ifadelerinde belirsizlik yaratmak için yapmazlar. Zaten karşı tarafın da bunları kendilerinin de kabul edeceği şekilde anlayacağını düşünürler. Herhangi bir menfaat çatışması olmadığı için taraflar mümkün olduğunca açık olur ve karşı tarafın yanlış anlayabileceği durumları düzeltir. Taraflar iletişimin kooperatif olduğunu bildiğinden, birbirlerinin beyanlarının normal şartlarda ima edeceği anlamları gerçek kabul ederler. Hukukta da birçok durumda mahkemeler yasamanın beyanlarını bu olağan iletişim koşullarında değerlendirir ve bu beyanların normal şartlarda ima edeceği anlamlara göre hukuku uygular. Örneğin tıpa tıp aynı konuda ve aynı genellik seviyesinde yeni bir kanun, bu kanunun düzenlediği konuyu düzenleyen başka bir kanunu yürürlükten kaldırmasa da veya eski kanunun uygulanmayacağını beyan etmese de, mahkeme artık yeni kanunu bu konu için uygular. Yasa koyucu bunu beyan etmemiş olabilir ancak bunun normal şartlardaki ima edeceği anlam, eski kanun yerine yeni kanunun uygulanacağıdır. Bu durumda bir belirsizlik oluşmaz.

⁴⁷⁶ Andrei Marmor, "Defeasibility and Pragmatic Indeterminacy in Law", **Law and Pragmatics: Philosophical Perspectives**, Editörler: A. Capone & F. Poggi, Basel: Springer International Publishing, 2016, ss. 18-19.

⁴⁷⁷ Marmor, **Philosophy of Law...**, ss. 150-151.

⁴⁷⁸ Andrei Marmor, "The Pragmatics of Legal Language", **Ratio Juris**, Cilt: 21, Sayı: 4, 2008, s. 430.

Ancak Marmor'a göre her iletişim kooperatif nitelikli değildir. Bazı hallerde tarafların menfaatleri çatışır ve iletişimin mümkün olduğunca açık bir şekilde yürütülmesi tarafların faydasına olmayabilir. Bu durumda taraflar ifadelerindeki bazı noktaları bilinçli olarak belirsiz bırakır ve ifade etmek istediklerini açıkça beyan etmektense ima ederler. Bu sayede iradelerini bir miktar göstermekle beraber eğer gerekirse bunu inkâr edebilecekleri bir belirsizlik yaratırlar. Diğer yandan, taraflar birbirlerine yönelttikleri ifadelerdeki imalarından ziyade sadece beyanlara sonuç bağlamayı tercih ederek de kendi menfaatlerine hizmet edebilirler. Bu durumda yapılan imaların anlaşılmadığına dair bir belirsizliği muhafaza etmek de bu tercih imkânını korur. Marmor bu tip bir iletişimin stratejik nitelikte olduğunu söyler.⁴⁷⁹ Örneğin bir kiracı ile ev sahibi arasındaki müzakere sırasında, ev sahibi evdeki hasarlı tesisatlar hakkında bazı bilgiler vermelidir çünkü karşı tarafın bunları baştan kabul etmesini ister. Diğer yandan da kiracıyı kaçırmamak için tüm ayrıntıları açıklamaktan kaçınır, bunları ima yoluyla ifade eder. Kiracı ise bu imaları anlamamazlıktan gelmeye meyillidir çünkü risk gerçekleştiğinde bunları baştan kabul etmiş durumuna düşmek istemez. Aynı durum kiracının kendi sosyal yaşantısı hakkında ev sahibinin rahatsız olabileceği bazı şeyleri açıkça beyan etmeden ima etmesi halinde de olabilir. Bu durumda ima edilen anlamların geçerlilik kapsamı kooperatif bir iletişime kıyasla çok daha dardır. Kooperatif iletişimde taraflar belirsizlikleri pragmatik bir şekilde kapatırken, stratejik iletişimdeki taraflar pragmatik gerekçelerle bu belirsizlikleri muhafaza eder.

Marmor, hukuktaki iletişimin kooperatif ögeler kadar stratejik bir nitelik de taşıdığını söyler⁴⁸⁰. Örneğin kanun koyucu, yasalardaki bazı noktaları bilinçli olarak belirsiz bırakır ve ifade etmek istediklerini açıkça beyan etmektense ima eder. Bu sayede iradesini bir miktar göstermekle beraber eğer gerekirse bunu inkâr edebileceği bir belirsizlik yaratır. Mahkemeler ise kendilerini bu olası ima edilmiş anlamlarla bağlamamak için kanun koyucunun imalarına tek bir sonuç bağlamaz. Taraflar beyanlarının ötesindeki ima edilmiş anlamları kesinleştirmediklerinden bu alanlardaki belirsizlik muhafaza edilir.

⁴⁷⁹ Andrei Marmor, "Can the Law Imply More Than It Says? On Some Pragmatic Aspects of Strategic Speech", **Philosophical Foundations of Language in Law**, Editörler: A. Marmor & S. Soames, Oxford: Oxford University Press, 2011, ss. 93-97.

⁴⁸⁰ A.g.e., s. 96.

Yazar, hukuktaki bu stratejik iletişimin yasama ile yargı arasındaki kimi menfaat çatışmaları hallerinde gerçekleşebileceğini belirtir⁴⁸¹. Yasama organı, yasalardaki belli hususların mahkemeler tarafından takdir edilip edilmeyeceğini açıkça beyan etmez. Belli hallerde mahkemelerin yasalardaki belli hususları takdir etmesi yasamanın işine gelir çünkü mahkemeler bu şekilde yasamanın kural koymaya dair iş yükünü azaltır ve tartışmalı vakalarda siyasi sorumluluğu üstünden alabilir. Ancak kanun koyucular bunu açıkça beyan etmezler çünkü mahkemelere en başta takdir alanını sağlayanın yasama olduğu aşikâr olursa o zaman yasama da mahkemelerin verdiği kararlardan dolayı sorumlu tutulur. Yasama, tepki çeken mahkeme kararları olması halinde mahkemenin takdir alanının yasama tarafından sağlanmadığını veya mahkemenin kendisine sağlanan takdir alanını aştığını iddia edebilmek ister. Diğer yandan mahkemeler bu takdirlerini belli vakalarda yasama organının arzu etmediği şekilde de kullanabilir. Bu nedenle yasama, mahkemelerin söz konusu hususlarda takdir alanına sahip olduğunu inkâr da edebileceği bir belirsiz halini muhafaza eder. Bu nedenle yasa koyucu, mahkemelerin hangi konularda ne kadar takdir alanına sahip oldukları konusunda açık beyanlarda bulunmaktansa, bir takım hususlarda belli şartlarda takdirde bulunulması yönünde mahkemelere imalarda bulunur.

Mahkemeler ise hem sorumluluğu açıkça kendi üzerlerine almak istemedikleri için hem de kendi takdir alanlarını daraltmamak için bu imalara nihai bir sonuç bağlamazlar. Mahkemeler bu durumlarda yasa koyucunun açık beyanında kendilerine takdir imkânı sağlanmadığını öne sürerek tartışmalı bir meselede kendi takdirlerini kullanmaktan imtina edebilirler. Ancak mahkemeler de bunu açık beyanlar ile ifade etmezler. Çünkü kendi iradeleri doğrultusunda hüküm kurmayı tercih edebilecekleri başka vakalarda da takdir yetkilerinin olmadığını kabul etmek durumunda kalmak istemezler. Buna karşın, takdirlerini kullandıkları vakalarda da yasa koyucunun kendilerine nihai olarak bu takdiri verdiğini de beyan etmezler ki başka vakalarda bunu inkâr edebilsinler. Görüldüğü üzere hukuktaki iletişim stratejik de olabileceğinden beyanların ötesindeki ima edilen anlamlar belirli hale gelmez, belirsizlik taraflarca muhafaza edilir.⁴⁸²

⁴⁸¹ Marmor, *The Language of Law...*, ss. 54-55.

⁴⁸² Marmor, "The Pragmatics of Legal Language", ss. 435-438.

İstisna hükümleri bu durumu oldukça iyi açıklayan bir örnektir. Kanun koyucular genel bir kural koyduktan sonra buna belli istisnalar getirirken bunların tüketici mi yoksa örnek niteliğinde mi olduğunu açıkça beyan etmez. Bunlar olağan bir iletişimde, kooperatif çerçevenin niteliğinden kaynaklanan beklentiler gereği tüketici olarak düşünülebilir. Buna karşın mahkemeler de bu hükümleri istikrarlı bir şekilde tüketici nitelikte veya örnek niteliğinde olarak uygulamaz. Ne yasa koyucu hukuku yaratırken belirsizliği nihai bir şekilde ortadan kaldırmaya çalışır ne de yasayı uygulayanlar bu belirsizliğe nihai bir çözüm bulur. Taraflar, bu belirsizliği stratejik olarak muhafaza eder.⁴⁸³

Aslında bu belirsizlik yasamanın veya yargının istikrarlı uygulamaları ile ortadan kalkabilir. Örneğin mahkemeler yasaların yorumunu istikrarlı bir şekilde tekil birkaç metotla sınırlarsa veya yasa koyucu istikrarlı bir şekilde yargının takdir alanını kısıtlarsa bu belirsizlik ciddi miktarda azalabilir. Ancak Marmor, yukarıda anlatılan sebeplerden dolayı bunun gerçekleşmediğini çünkü tarafların bu belirsizlikten çeşitli sebeplerden dolayı faydalanmak istediklerini söyler.⁴⁸⁴ Marmor'un bu tespitleri betimleyicidir. Bu çıkarımlar hukuki belirsizliklere dair olumlu veya olumsuz bir değer yüklediği gibi hukuki belirsizliğe karşı yasama veya yargının herhangi bir yönde bir tutum alması konusunda da bir tavsiye vermez.

Yorum metotları (III) incelemelerinde ise Marmor, yukarıda açıklanan hallerde kullanılan ve kullanılması yönünde gerekçeler sunulan yorum tekniklerini ve bunların arka planındaki siyasi ahlak temellendirmelerini ele alır. Aşağıda yazarın lafzi yorum eleştirisi (a) ve anayasaların nasıl yorumlanmasına dair görüşleri (b) değerlendirilecektir.

Lafzi yorum eleştirisinde (a) Marmor, öncelikle bu metodun diğer yaklaşımlara yönelttiği eleştirileri açıklar. Lafzi yorum yaklaşımının, tarihsel yoruma karşı üç noktada itiraz ettiği söylenebilir. Buna göre ilk olarak, tarihsel yorumun, yorumun konusu olarak aldığı yasama erkinin yasama anındaki niyetini, yasa metninden öncelikli biçimde ele alması sorunludur. Yasama faaliyetinin özü ve nihai çıktısı yasanın kendisidir. Yasanın hazırlık süreci ve yasa koyucuların ifadeleri yasanın

⁴⁸³ Marmor, "Can the Law Imply More Than It Says? On Some Pragmatic Aspects of Strategic Speech", ss. 97-102.

⁴⁸⁴ Marmor, *Philosophy of Law...*, ss. 157-158.

kendisinin önüne geçemez. İkinci olarak, yasa koyuculara isnat edilen niyetlerin neler olduğu hakkında nesnel bir teşhis yapmak oldukça zordur⁴⁸⁵. Tarihsel yorum, hâkimlerin taraflı yönelimleriyle yasa koyucuların niyetleri hakkında yargıda bulunmalarına ve yasaların pratik etkilerini değiştirmelerine kapı açar. Üçüncü ve son olarak, “yasa koyucunun niyeti” kavramsal olarak tartışmalı bir unsurdur. Çokça bireyin dâhil olduğu bir kurumun yasama faaliyetinde bulunduğu düşünülürse tekil ve tutarlı bir niyet oluşturulamaz.⁴⁸⁶

Marmor, bu itirazlardan özellikle üçüncüsünün çok zayıf olduğunu çünkü aynı itirazın yasanın lafzının kendisine de yöneltilebileceğini öne sürer. Yasama faaliyeti de nihayetinde bir iletişimdir. Yasa koyucu belli bir iradeyi, birden fazla bireyin kurumsal bir çerçevede gerçekleştirdiği faaliyetleri sonucu ortaya koyar. Yasa koyucunun iletişimi bir ifade eylemidir ve diğer tüm eylemler gibi iradidir. İradenin olabilmesi için de bir niyetin olması gerekir. Eğer yasama organlarının kolektif bir niyetinin olamayacağı iddia edilirse o zaman yasama organlarının kolektif bir şekilde iradi bir ifade de bulunamayacağı ve yasa oluşturamayacağı çıkarımına ulaşılır ki bu absürt olur. Bu nedenle bu itiraz kuvvetli değildir ve zaten lafzi yorum taraftarları daha çok ilk iki itirazı ön plana çıkarırlar. Yazar, bu itirazların temelde normatif veya siyasi ahlak temelli olduğuna işaret eder. Lafzi yorum yaklaşımı, tarihsel yorumun temel aldığı yasa koyucunun ifadelerinin veya kanun hazırlıkları materyallerinin, demokratik usuller ile oylanmadığı ve iddia edilen niyetin yasa koyucunun kendisi yerine hâkimler tarafından sözde ortaya çıkartılıp belirlendiği için bu metodu erkler ayrılığı ilkesine aykırı bulurlar.⁴⁸⁷

Lafzi yorum yaklaşımının, tarihsel yorum dışında amaçsal yoruma da yönelttiği eleştiriler benzer bir çizgidedir. Amaçsal yorum yaklaşımı, tarihsel yorumun da ötesinde, ele alınan yasanın onu çıkaran yasa koyucunun niyetinden bağımsız olarak ideal şartlardaki amacının ortaya çıkartılmasını ve bu şekilde yasaların uygulanmasını savunur. Bu sayede yorumcu, yasama safhasındaki eksiklikleri, kurgusal bir yasa koyucunun ideal şartlarda nasıl yasa koyacağı hakkında akıl yürüterek telafi eder. Amaçsal yorum geniş takdir alanı sağladığı için hâkimlere daha ahlaki ve daha faydalı sonuçlara ulaşma konusunda elverişli bir araç sağlamaktadır.

⁴⁸⁵ Yasemin Işıktaç & Sevtap Metin, **Hukuk Metodolojisi**, İstanbul: Filiz Kitapevi, 2016, ss. 213-215.

⁴⁸⁶ Marmor, **The Language of Law...**, s. 111.

⁴⁸⁷ **A.g.e.**, ss. 111-113.

Buna karşın lafzi yorum taraftarları bu akıl yürütmenin de hâkimlerin kendi siyasi ahlak değerleri doğrultusunda kanunları değiştirmesine ve yetkilerinin ötesine el atmalarına kapı açacağını öne sürerler.⁴⁸⁸

Marmor, lafzi yorum yaklaşımının erkler ayrılığına dair normatif endişelerine hak vermekle beraber, hâkimlerin uyuşmazlıklar karşısında bulundukları durum açısından bu tekniğin pek de yardımcı olmadığını savunur. Yoruma başvurulmuş meselelerde zaten asıl aşılması gereken sorun, kanunun ne beyan ettiğinin belirlenememesinden ziyade kanunun söz konusu somut olayın çözümü hakkında yeterli beyanda bulunmamasından kaynaklanmaktadır. Yazar, her ne kadar çoğu vakada kanunun ne ifade ettiğinin ve nasıl uygulanacağını belli olduğunu söylemekle beraber ara durumlarda kanunun kendisinin yeterli olmadığını işaret eder. Bu durumda ister istemez yorum yaparak kuralın farklı bir şekilde ele alınması gerekir. Bundan dolayı da tekrar yeterli olamayan kanun metnine geri dönmek, parasız kalınması halinde boş cüzdana dik dik bakmaya benzer. Eğer yasanın metni, vakanın çözümü için yeterli kaynağı sağlamıyor ise o zaman kaçınılmaz olarak ondan başka unsurlara başvurulması icap eder.⁴⁸⁹ Örneğin “bir kimsenin konutuna ve konutunun eklentilerine rızasına aykırı olarak girenler cezalandırılır” ifadesindeki “girmek” sözcüğünün ne anlama geldiği aşîkârdır. Ama somut bir olayda sanığın evin penceresini çekiçe kırarak sadece kolunu içeriği sokması halinde konuta girip girmediği sorusuna bu ifade tam bir cevap veremez. Çizginin tam olarak nerede çizileceği belirsizdir. Bu tip ara durumlarda lafzi yorum ihtiyaç duyulan yönlendirmeyi sağlayamaz.

Yasa koyucunun kanunda beyan ettiği içerik üzerinden yorum yapılmasını savunan lafzi yorum yaklaşımının bu soruna getirebileceği tek çözüm, beyanın bağlamından çıkan ima edilen anlamın da yorum faaliyetine katılmasıdır. Örneğin bir sözleşmeyi yorumlarken “A’nın kitabı” ifadesi iki anlama gelebilir: A, mevzubahis kitabın yazarı, dolayısıyla fikri haklarına sahip olan kişi olabilir veya sadece kitabın maliki olabilir. Bunlardan hangisinin doğru anlam olduğu, ister istemez beyanın ima ettiği anlamdan çıkarılır⁴⁹⁰. Bu durumda yorumcunun, beyanın bağlamını anlamak

⁴⁸⁸ A.g.e., ss. 114-115.

⁴⁸⁹ A.g.e., ss. 117-118.

⁴⁹⁰ Harfín Asgeirsson, “Expected Applications, Contextual Enrichment, and Objective Communicative Content: The Linguistic Case for Conceptual Textualism”, **Legal Theory**, Cilt: 21, Sayı: 3-4, 2015, ss. 121-123.

için beyanda bulunanın amacını araştırmaktan geri kalması anlamsız olur. Bununla beraber lafzi yorum yaklaşımı, yasa koyucunun beyanının arkasındaki niyeti ararken tarihsel yorumda olduğu gibi sübjektif bir şekilde onun yerine geçmek veya amaçsal yorumda olduğu gibi ideal bir şablon oluşturmaya girişmektense nesnel bir şekilde “makul bir dinleyicinin veya okuyucunun” söz konusu yasa koyucunun beyanının amacını nasıl algılayabileceğini araştırır. Bu sayede kanunun ifadesindeki beyana ek olarak bağlam ile ima edilen anlam da nesnel bir biçimde belirlenebilir.⁴⁹¹

Marmor’a göre lafzi yorumun bu hamlesi ancak iletişimin kooperatif olduğu hallerde geçerli olabilir. Kooperatif iletişimde taraflar beyanları ile beraber belli imalarda bulunurken, bunu ifadelerinde belirsizlik yaratma amacıyla yapmazlar. Zaten karşı tarafın da bunları kendilerinin de kabul edeceği şekilde anlayacağını düşünürler. Ancak stratejik iletişimde ise, tarafların açık beyanlardan kaçınıp imalarda bulunmasının sebebi belirsizliği korumaktır⁴⁹². Bu nedenle stratejik iletişimdeki imaların karşı tarafça aynı şekilde anlaşılacağı konusunda bir mutabakat olmadığından bu imaların anlamları hakkında da bir uzlaşma söz konusu değildir. Bunlar belirsizliklerini muhafaza eder. Marmor’a göre lafzi yorum yaklaşımı, yasama ile yargı arasında kanunların uygulanması konusunda karşıtlıkların ve çatışmaların olabileceği konusunda haklı bir tespitte bulunmuştur. Ancak eğer çatışan iki taraf söz konusu ise, o zaman bunlar arasındaki iletişim birçok halde stratejik nitelikli olacaktır. Stratejik iletişimde ise ima edilenlerden belirli anlamlar çıkartılamaz. Nesnel bir dinleyici de bu iletişimin stratejik niteliğini teslim etmesi halinde tarafların ifadelerinin belirli olduğuna kanaat getiremez. Lafzi yorum bir yandan yasama ile yargı arasında bir karşıtlık olduğunu ileri sürüp, diğer yandan karşılıklı iletişimlerdeki imaların kooperatif bir yapıda gerçekleştiğine dayanarak belirli anlamlar taşıdığını iddia edemez. Bu nedenle lafzi yorum, yasalarda beyan edilenlerin ötesindeki ima edilen anlamları kolaylıkla yorum faaliyetlerinde kullanamaz. Lafzi yorum son bir geri çekilme hamlesiyle, önceki siyasi ahlak ilkeleri ile paralel olacak şekilde mahkemelerin yasa koyucunun iradesini açıkça yansıtmayan ima edilen anlamlara da başvurmaması gerektiğini kabul edebilir. Ancak bu durumda da lafzi yorum ilk baştaki soruna artık cevap veremeyecek hale

⁴⁹¹ Andrei Marmor, “Truth in Law”, **Law and Language: Current Legal Issues Volume 15**, Editörler: M. Freeman & F. Smith, Oxford: Oxford University Press, 2013, ss. 54-55.

⁴⁹² Marmor, “Can the Law Imply More Than It Says? On Some Pragmatic Aspects of Strategic Speech”, ss. 93-97.

gelir. Bu da lafzi yorumun, yasa koyucunun beyanının yetersiz olması halinde artık yorum faaliyetine katkı sağlayabilecek hiçbir araç sunamadığı sonucudur. Yorum da zaten çoğunlukla yasa koyucunun beyanının yetersiz kaldığı vakalarda yapılan bir faaliyet olduğundan lafzi yorum elverişsiz bir yorum yöntemi haline gelmiş olur.⁴⁹³

Marmor, lafzi yorumun temelindeki siyasi ahlak düşüncesini da sorgular. Yazara göre lafzi yorum yaklaşımı her ne kadar yargı ile yasama arasındaki erkler ayrılığı, yargının yasama faaliyetine girişmemesi talebi, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi gibi oldukça demokratik bir temele vurgu yapsa da, aslında içinde taraflı bir siyasi damar mevcuttur. Düşünür, Amerikan siyaseti bağlamında lafzi yorumun özellikle neo-muhafazakâr kesimler tarafından benimsendiğini ve bu yorum yaklaşımının kendi siyasi ajandalarına hizmet ettiğine işaret eder. Neo-muhafazakârların temel hedefi minimal devlet ve deregülasyon temelli bir ekonomik düzendir. Bu açıdan bir meselenin regüle edilmeden devlet müdahalesine uğramaması kendi siyasi amaçları ile uyumludur.⁴⁹⁴ Regülasyon politikalarının doğal olarak ilk kaynağı yargı kararlarından ziyade yasama faaliyetleridir. Ancak yasama faaliyetleri ile getirilen düzenlemeler kaçınılmaz olarak her vaka için belirli bir sonuç öngöremez. Yasa koyucu zorunlu olarak belli meselelerin yasaların uygulanması aşamasında düzenlenmesini ister. Buna karşın lafzi bir yorum anlayışını benimseyen bir yargı erki bu meseleleri yapıcı bir şekilde düzenlemekten imtina ederse regülasyon başarısızlığa mahkûm olur.

Lafzi yorum taraftarları yargının, yasamanın düzenlemediği meseleleri kanunun genel sistemiği doğrultusunda tamamlamaktan kaçınmasını öğütler⁴⁹⁵. Hatta açıkça yasamanın arzu etmediği veya absürt sonuçlara dahi sırf kanunun lafzı o yönde olduğu için hükmedilmesi, yasamaya yönelik bir nevi eğitici faaliyet olarak görülür. Bu bağlamda eğer yasama bu tip sonuçları istemiyor ise yasama faaliyetini daha dikkatli ve detaylı yapmalıdır. Ancak Marmor bu önermenin ilk olarak lafzi yorumun yargı-yasama ayrımına dair siyasi ahlak argümanı ile çeliştiğini vurgular. Eğer yargı, yasama organının meşru otoritesine itaat etmeli ise o zaman onun arzu etmediği aşikâr olan absürt uygulamalardan kaçınmalı ve kanunun genel amacına

⁴⁹³ Marmor, *The Language of Law...*, ss. 125-129.

⁴⁹⁴ Andrei Marmor, "The Immorality of Textualism", *Loyola of Los Angeles Law Review*, Cilt: 38, Sayı: 5, 2005, ss. 2064-2066.

⁴⁹⁵ Marmor, *The Language of Law...*, s. 129.

aykırı kararlar vermemelidir. Görüldüğü üzere lafzi yorum taraftarları vitrinde yaşamının üstünlüğü ve demokratik değerleri savunurken aslında temelde oldukça anti-demokratik bir yaklaşım içindedirler. Diğer yandan bu önerme, yargının ele aldığı uyuşmazlıklardaki taraflara yönelik büyük bir haksızlığa göz yummaktadır. Yargı, lafzi yorum ile yasamayı sözde eğitirken, hükümlerinde açıkça adaletsiz sonuçlara göz yumar. Bu da yasamanın eğitilmesi için karardan etkilenen insanları araç olarak kullanmak demektir. Yazar son olarak neo-muhafazakârların yargının da ötesinde yasama ve yürütmedeki güç pozisyonlarının ağırlıklı bir çoğunluğunu ellerinde tuttıkları dönemlerde dahi bu yorum tekniğinin yine de onlara avantaj sağladığına işaret eder. Gerek eyaletler gerekse idari kuruluşlar seviyesinde artık günümüzde sayısız regülasyon yapabilecek kurumsal kaynak vardır. Lafzi yorum yaklaşımı bu sayede regülasyon nereden gelirse gelsin onun genel amacını boşa çıkarabilecek bir aracı muhafazakâr hâkimlere sağlamış olur. Sonuç olarak, lafzi yorum da diğer yorum yaklaşımları gibi siyasi ahlak açısından taraflı bir pozisyonudur, siyasi kaynakları ve sonuçları vardır.⁴⁹⁶

Marmor, yorumun nasıl yapılmaması gerektiğine dair lafzi yoruma karşı yaptığı bu eleştirilerin dışında yorumun nasıl yapılması gerektiğine dair analizlerini anayasaların yorumu özelinde sunar.

Anayasaların yorumu (b) bahsinde Marmor, bu konuyu anayasa müessesinin meşruluğu meselesi ile beraber ele alır. Yazara göre anayasal düzen her ne kadar çoğu hukuk sistemi tarafından benimsense dahi bazı ögeler meşruluk açısından sorunlar taşır⁴⁹⁷. Anayasa koyucuların kendilerinden sonra gelen kuşakların iradelerini ellerinde tutması oldukça tartışmalıdır⁴⁹⁸. Anayasalar geçmişteki anayasa koyucular tarafından hukuk sisteminin en üstünde ve değişime dirençli olacak şekilde oluşturulmuştur. Bununla beraber ciddi ahlaki sonuçlar taşıyan bu hükümler hukuk sistemini uzun vadeli bir biçimde şekillendirir. Üstüne üstlük anayasal hükümler, diğer hukuk kurallarına kıyasla çok daha genel ifadeler taşımaktadır. Bunlar da yoruma çoğu zaman açık olurlar. Düşünür, söz konusu genel ifadelerin

⁴⁹⁶ Marmor, “The Immorality of Textualism”, ss. 2070-2078.

⁴⁹⁷ Andrei Marmor, “Meaning and Belief in Constitutional Interpretation”, **Fordham Law Review**, Cilt: 82, Sayı: 2, 2013, ss. 594-596.

⁴⁹⁸ Sevtap Metin, **Hukuk Normunun Yorumu**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2002, s. 216.

nasıl yorumlanacağı meselesinin anayasanın genel mantığı ve ahlaki temelleri ile birlikte düşünülmesi gerektiği görüşündedir.⁴⁹⁹

Marmor anayasaların meşruluğuna dair birçok argümanı ele alır ve bunların önemli bir kısmının yetersiz olduğunu belirtir. İlk olarak, anayasaların ahlaken iyi oldukları öne sürülebilir. Yazar bu argümanın yalnızca ahlaken iyi anayasalar için geçerli olabileceğine işaret eder. Kaldı ki eğer tek temellendirme ahlakilik ise o zaman anayasa mahkemeleri sadece ahlaka dayanarak karar vermelidir. Bu durumda da anayasanın varlık sebebi boşa kalır.⁵⁰⁰

İkinci olarak, anayasa koyucuların ahlak konusunda uzman oldukları akla gelebilir. Buna göre anayasa koyucular, ahlaki meselelerde daha iyi kararlar alma konusunda şu an hayatta olan nesillere veya mevcut kurumlara kıyasla daha becerikli ise o zaman onların iradesini takip etmek akılcı olacaktır. Marmor'a göre bu tip bir iddia anayasa koyucuların nitelikleri hakkında müthiş bir mistikleştirme faaliyetini gerektirmenin de ötesinde ahlak konusunda bir uzmanlık olabileceği varsayar ki bu yanlıştır.⁵⁰¹ Belli teknik konular hakkında uzmanlık mümkün olsa dahi ahlakta böyle bir uzmanlıktan bahsedilemez.

Son olarak, anayasa hükümlerinin tarihsel süreç içerisinde toplumun ihtiyaçları ve ortaya çıkan sorunlar göz önünde bulundurularak ilgili kurumlar vasıtası ile geliştirileceğinden yukarıda belirtilen meselenin çözülebileceği iddia edilebilir. Marmor bu çözümü bir yere kadar haklı bulsa da bu sefer de bu faaliyeti sağlayacak olan söz konusu yargısal denetimin nasıl uygun şekilde yapılacağına dair sorunların ele alınması gerektiğini söyler.⁵⁰²

Marmor'a göre bu yargısal denetimin anayasa mahkemeleri tarafından yapılması, meşruluk açısından temellendirilmesi gereken bir meseledir. Buna dair verilen en alışlagelmiş temellendirme, belli temel hak ve ilkeler hakkında toplumda bir uzlaşının olduğu ve bunların belli siyasi baskılar veya kısa vadeli çıkarlar sebebiyle gözden çıkartmayacak nitelikte bir kurumun korumasına verilmesinin

⁴⁹⁹ Marmor, *Interpretation and Legal Theory...*, ss. 142-144.

⁵⁰⁰ *A.g.e.*, ss. 145-146.

⁵⁰¹ *A.g.e.*, s. 146.

⁵⁰² *A.g.e.*, ss. 146-147.

meşru olduğu yönündedir. Böylece anayasa mahkemesinin yasamanın üstünde olmasındaki anti-demokratik görünüm, onun toplumdaki daha büyük bir ahlaki konsensüsü temsil etmesiyle ortadan kalkar.⁵⁰³

Ancak Marmor, bu temellendirmenin hatalı olduğunu savunur. Buradaki esas sorun, çoğulcu bir toplumda belli temel haklar ve siyasi ahlak ilkeleri hakkında derin bir konsensüs olduğunun varsayım olarak alınmasıdır. Yazar, her ne kadar çoğulcu toplumlarda haklar üzerine yapılan anlatılar geniş kesimler tarafından benimseniyor olsa da, bu hakların sınırları ve iddia edilen haklar karşısında ortaya çıkacak yükümlülüklerle dair bir konsensüsün olmadığına işaret eder. Söz konusu hakların kabul edilme sebepleri ve ona yüklenilen anlamlar da toplumdaki farklı kesimler açısından kesinlikle özdeş değildir. Bu nedenle her ne kadar çoğulcu bir toplumda belli hakların temel haklar olduğuna dair bir konsensüse varılsa dahi anayasal denetime konu olacak bir uyuşmazlık hakkında toplum nezdinde ortak bir yargı olduğu söylenemez. Bu konudaki sorunsal bir diğer öge, anayasa mahkemesinin verdiği her hükmün nihai olmasıdır. Anayasa mahkemesi kararları genellikle daha sonra yapılacak bir yasama faaliyeti ile değiştirilemez veya aynı konuda anayasa mahkemesine tekrar başvuru yapılamaz.⁵⁰⁴

Yazara göre anayasal rejim veya anayasal düzene dair bu kadar çok meşruluk sorunları varsa, o zaman anayasa koyucuların iradeleri yorumda ciddi bir ağırlık olarak alınmamalıdır. Marmor, yalnızca belli bir uzmanlığın söz konusu olduğu durumlarda yasa koyucunun iradesine ağırlık verilmesinin makul öne sürer. Buna karşın anayasaya dair uyuşmazlıklar esasen siyasi ahlak konuları üzerinedir. Burada bir uzmanlıktan bahsedilemez.⁵⁰⁵

Marmor bu sebeplerden ötürü anayasanın yorumlanmasında anayasanın imkân verdiği ölçüde en iyi ahlaki yargıda bulunarak yorum yapılmasını önerir. Anayasa hükümleri çoğu zaman bu tip takdir alanları tanımaktadır. Yazar bu öneride bulunurken mahkemelerin toplumsal dinamikleri de dikkate alması gerektiğini reddetmez. Temkinli olmayan bir anayasa mahkemesi kararı çok güçlü bir yasama

⁵⁰³ Andrei Marmor, “Are Constitutions Legitimate?”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Cilt: 20, Sayı: 1, 2007, ss. 87-89.

⁵⁰⁴ *A.g.e.*, ss. 89-92.

⁵⁰⁵ Marmor, *Interpretation and Legal Theory*..., ss. 156-159.

reaksiyonu veya arzu edilmeyen toplumsal bir tepki çekebilir. Ancak bunlar her ne kadar dikkate değer unsurlar olsa da verilecek kararın ahlaki temelli olması gerektiği düşüncesi ile çatışmaz. Marmor anayasa mahkemesi hâkimlerinin sahip olduğu gücün aslında sorunlu olduğunu ama eğer bu güce sahipler ise bunu en iyi şekilde kullanmaları gerektiğini söyler. Yazar bununla beraber, ifade ettiği sorunların azaltılması açısından anayasaların değiştirilmesi için usullerin kolaylaştırılması, belli yetkilerinin yasamaya devredilmesi, anayasa mahkemesi hâkimlerinin görev sürelerine belli sınırlamalar getirilmesi gibi reformların da olumlu olabileceğini savunur.⁵⁰⁶

Marmor'un yorum ve dil analizleri değerlendirmek gerekirse ilk olarak, yazarın yorumun sınırları ve o sınırlar dâhilindeki dinamikleri gösterdiği söylenebilir. Bu analizler dil ve iletişime dair ögeler ile desteklendiğinden hukuktaki belirsizliğin kaynakları ve kapsamı daha doğru bir şekilde aydınlatılmıştır. Öte yandan yazarın yorum bahsindeki lafzi yorum eleştirisi, yorumun yalnızca yasalar üzerinden yapılamayacağı sonucuna varır. Düşünürün anayasaların yorumlanması bahsindeki argümanları da ahlaki değerlendirmelerin yorumdaki rolüne işaret eder.

Marmor'un kuramı bir bütün olarak ele alınırsa, bu kuram ilk başta hukuki pozitivistizmin konvansiyon tezine önemli bir güncelleme getirmektedir. Hart'ın başını çektiği yumuşak pozitivistizmin koordinasyon konvansiyonu çözümüne karşı kurucu konvansiyon kavramı daha doğru bir modeldir. Öte yandan bu açıklama Raz'ın kuramındaki soyut ve şekli ögelerden ziyade hukukun temellerine dair maddi unsurlara dayandığı için bu konunun aydınlatılması açısından başarılıdır. Diğer yandan yazar, yumuşak pozitivistizm ve sert pozitivistizm karşı en önemli muhalif olan Dworkin'e karşı etkili eleştiriler getirmektedir. Bu çalışmanın birinci tezi olan yumuşak hukuki pozitivistizmin ve doğal hukuk yaklaşımlarının hatalı olduğuna dair iddia bu argümanlar ile desteklenir. İkinci olarak düşünür, yorum analizleri ile bir yandan hukuki pozitivistizmin muhafazakâr bir yorum anlayışında olmadığını gösterirken, diğer yandan kurucu konvansiyona itaat yükümlülüğünün hukuktan bağımsız siyasi ahlak temellendirmeleri ile yapılabileceğini belirterek bu çalışmanın ikinci tezinde işaret edilen hukuki pozitivistizm dair hatalı kanının tam tersi bir pozisyon alır. Son olarak Marmor, yorum ve dile dair açıklamaları ile yorumun

⁵⁰⁶ A.g.e., ss. 167-169.

anlaşılması ve doğru yapılmasına dair yol gösterici unsurlar sunar. Bu çalışmanın üçüncü tezinde ifade edildiği üzere sert pozitivizm sadece kuramsal boyutta doğru değildir, aynı zamanda pratik açıdan faydalı bilgiler de sunmaktadır. Bir sonraki başlıkta da yine Marmor gibi hukukun maddi temellerine dair argümanlar getiren ve hukukun yorumlanması konusunda derin analizlerde bulunan bir yazar olan Scott J. Shapiro incelenecektir.

2.1.2. Scott J. Shapiro

Scott J. Shapiro, bu çalışmada ele alınacak olan ikinci güncel sert pozitivist düşünür olacaktır. Shapiro da Marmor gibi hukukun maddi temellerine dair bir iddiada bulunmakta ve bu kapsamda hukuku bir toplumsal planlama aracı olarak görmektedir. Planlama faaliyeti ile hukuk arasında kurduğu bağlantı vasıtasıyla yazar, planlama kavramındaki belli özellikleri hukuk ile ilişkilendirmiştir. Düşünüre göre yalnızca sert pozitivizm bu unsurları tutarlı bir analitik çerçevede izah edebilir. Bu bölümde ilk önce, Shapiro'nun kariyeri, kuramsal pozisyonu ve önemi anlatılacaktır (2.1.2.1.). İkinci olarak, yazarın karşıt hukuk kuramlarının yetersizliklerine dair argümanları değerlendirilecektir (2.1.2.2.). Üçüncü olarak, Shapiro'nun hukuku bir toplumsal planlama aracı olarak sunumu incelenecektir (2.1.2.3.). Dördüncü ve son olarak da düşünürün hukukun yorumlanması analizine yer verilecektir (2.1.2.4.).

2.1.2.1. Kariyeri, Kuramsal Pozisyonu ve Önemi

Scott J. Shapiro, Yale Üniversitesi hukuk fakültesinde hukuk bilimi profesörü olarak çalışmaktadır. Kendisi aynı zamanda University College London ve Columbia Üniversiteleri'nde de misafir öğretim üyesidir. Bundan önce de Michigan Üniversitesi ve Benjamin N. Cardozo hukuk fakültesinde öğretim görevlisi olarak çalışmıştır. Ön lisans eğitimini Columbia, lisans eğitimini Yale, doktora eğitimini de Columbia Üniversitesinde tamamlamıştır. Shapiro, Yale Üniversitesi Hukuk ve Felsefe Merkezinin müdürüdür ve *Stanford Encyclopedia of Philosophy* ile *Legal Theory*'nin editör kurulundadır.⁵⁰⁷

⁵⁰⁷ <https://law.yale.edu/scott-j-shapiro#biography> (Erişim Tarihi: 1.5.2019)

Çalışma alanları arasında hukuk felsefesi, uluslararası hukuk, anayasa hukuku ve ceza hukuku vardır. İki kitap yayınlamıştır. Bunlardan biri analitik hukuk felsefesi alanındaki temel eseri olan *Legality*'dir. Diğer kitabı olan *The Internationalists: How a Radical Plan to Outlaw War Remade the World*'de ise yazar, uluslararası hukukun gelişimi ve dünya düzenine olan etkisini inceler. Yazar aynı zamanda *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* çalışmasında da editörlük yapmıştır. Shapiro, bu çalışmalarının dışında yirmi üç makale yayınlamıştır.⁵⁰⁸

Yazar, hukuk felsefesinin esas çalışma alanlarını kimlik sorusu ve çıkarım sorusu olarak isimlendirir. Kimlik sorusu, hukukun kimliğini neyin ve nelerin belirlediği meselesidir. Hukukun nasıl oluşabileceği, karakteristik özelliklerinin neler olduğu ve diğer sistemlerden hangi açılardan farklılaştıkları soruları bu başlık altındadır. Çıkarım sorusu ise kimlik sorusundan sonra elde edilen bilgiler ışığında hukukun hangi özellikleri taşıdığı ve nasıl işlediğine dair birbiri ile tutarlı cevaplar arar. Bu sayede hukuktaki meselelere pratik çözümler getirilir. Shapiro, doğru çıkarımların yapılabilmesi için önce hukukun kimliğine dair doğru tespitler yapılması gerektiği düşüncesinde olduğundan analitik felsefeye büyük önem vermektedir.⁵⁰⁹ Yazar, hukukun toplumsal planlama kimliği ile anlaşılmasının doğru olduğu görüşündedir. Düşünür, alternatif kuramların bu unsuru kaçırdıkları ve sorunlu ön kabullere dayandıkları için hukuk hakkında doğru bir kimlik tespiti yapamadıklarını iddia eder. Aşağıda ilk olarak Shapiro'nun sert pozitivizm dışındaki bu karşıt kuramlara yaptığı eleştiriler ele alınacaktır.

2.1.2.2. Karşıt Kuramlardaki Yetersizlikler

Shapiro'nun karşıt kuramlarda tespit ettiği yetersizlikler üç aşamada sunulacaktır. Bu bölümde ilk önce, yazarın hukuki otoritenin nasıl izah edilebileceği üzerine oluşturduğu “olasılık bilmecesi” (I) açıklanacaktır. İkinci aşamada *hukuk felsefesi kuramlarının olasılık bilmecesine verdikleri cevaplar* (II) değerlendirilecektir. Üçüncü ve son aşamada da *bu cevapların sınanmasına* (III) bakılacaktır.

⁵⁰⁸ <https://law.yale.edu/scott-j-shapiro#biography> (Erişim Tarihi: 1.5.2019)

⁵⁰⁹ Scott J. Shapiro, **Legality**, Massachusetts: Harvard University Press, 2011, ss. 8-9.

Olasılık bilmecesinde (I) Shapiro, bir hükümdarın toplum üzerindeki hukuki otorite iddiasını sorgulayan bir felsefecinin sorularını bir bilmece olarak sunar. Buradaki amaç bu bilmeceye tutarlı bir cevap verilerek hukuki otorite kavramının makul bir açıklamasına ulaşmaktır. Hükümdar, toplumun üzerinde yönetim hakkının olduğunu savunurken, felsefeci bu hakkın nereden geldiğini sorgular ve bu hakkın imkânsız olduğunu öne sürer. Felsefeciye göre hükmetme, yalnızca buna yetki veren bir kural ile olabilir. Hükümdar kendi kendisini yetkili kılan böyle bir kural oluşturduğunu iddia etse bile bu yetkilendirme kuralını oluşturma yetkisi olan bir kural ortada olmadığından bu da yetersiz kalır. Kurallar birbirine geçerlilik tahsis etse dahi bir noktada bu silsile sona erecek ve ilk kuralın geçerliliği boşa kalacaktır. Hükümdar kendisini yetkili kılacak bir yapıdan da bu yetkiyi alamaz çünkü o yapıya da bu yetkiyi veren bir kural ortada yoktur. Örneğin toplum bir seçimle hükümdara böyle bir yetkiyi sağladığını ileri sürse bile söz konusu seçimin böyle bir yetkiyi tahsis ettiğine dair bir kural ortada yoktur.⁵¹⁰

Shapiro, bu “olasılık bilmecesi”ni tavuk-yumurta bilmecesine benzetir. Ya hukuki otorite, ona yetki veren bir hukuki normdan doğarak hukuki normlar yaratma yetisine erişir (yumurta ilkesi) ya da hukuki normlar yaratma yetkisi veren bir norm ancak onu yaratma yetisine sahip bir yapı sayesinde vücut bulur (tavuk ilkesi)⁵¹¹. Buna göre bu bilmece sadece iki şekilde çözülecek gibi gözükmektedir: ya hukuki otoritenin hukuki bir normdan geldiği kabul edilmelidir ya da hukuki normların hukuki otoriteden geldiği kabul edilmelidir. Ama her iki çözüm için de “ilk hukukiliğin” nereden geldiği sorusu bilmecenin odak noktasıdır⁵¹². Hukuk felsefesi bu ilk hukukilik için nihai bir otorite veya nihai bir norm bulmaya gayret etmiştir. Bu sayede bir noktada biteceği için boşa kalan bu norm veya otorite silsileleri sorununa bir çözüm getirmek hedeflenmektedir.

Hukuk felsefesi kuramlarının bu bilmeceye verdikleri cevaplar (II) açısından birden fazla çözüm iddiasının olduğu söylenebilir. Doğal hukuk kuramlarının bazıları bu soruna Tanrıyı nihai bir otorite olarak belirleyerek cevap vermiştir. Bu resimde Tanrı, hükümdarları hukuki kılma yetisine sahip bir varlık olarak onları hükmetme

⁵¹⁰ A.g.e., ss. 36-39.

⁵¹¹ Pierluigi Chiassoni, “Ruling Platitudes, Old Metaphysics, and a Few Misunderstandings About Legal Positivism”, **The Planning Theory of Law: A Critical Reading**, Editörler: D. Canale & G. Tuzet, Amsterdam: Springer Publishing, 2013, s. 166.

⁵¹² Shapiro, **Legality...**, ss. 39-40.

otoritesi ile yetkili kılabilir. Tanrının kendi otoritesi başka bir otorite veya normdan gelmez, gelmesine gerek yoktur. Bu şekilde silsile bir noktada kesilse bile, o kesim noktasına Tanrı yerleştirildiği için sorun çözülmüş olur. Ancak bu sefer de Tanrı gibi varlığı ve içeriği tartışmalı olan başka bir kavrama atıfta bulunulduğu için tam bir çözüm sağlanamaz. Aydınlanma döneminden itibaren doğal hukukçular farklı bir çözüm önermişlerdir. Buna göre, toplumların kendi yaşamlarını yönetme konusunda ahlaki hakları olduğu için bu hakları ifade eden siyasi ahlak normları hükümdarlara egemenlik yetisi bahşeder. Doğal hukuk yaklaşımlarının öne sürdüğü her iki çözümde de hukuki otoritenin en son kaynağı toplumsal olgulardan ziyade ahlaki olgulardır.⁵¹³

Hukuki pozitivistizmin açıklamaları ise bu bilmeceye farklı cevaplar verir. Austin'in kuramında "tavuk ilkesine" paralel olarak verilen cevap, egemenin nihai otorite olduğu ve egemenin hukuku yarattığıdır. Hart ise "yumurta ilkesini" takip ederek hukuki otoritenin nihai bir toplumsal kuraldan geldiğini savunur. Her iki yaklaşımın çözümünde de hukuki otoritenin en son kaynağı ahlaki olgulardan ziyade toplumsal olgulardır.⁵¹⁴

Bu cevapların sınanması (III) aşamasında Shapiro önce doğal hukuk kuramlarını ele alır. Yazar, doğal hukuk kuramlarındaki temel sorunun, hukuka dair bariz gözlemlerin temsil edilememesi olduğunu söyler. Adaletsiz rejimlerin veya gayriahlaki yasaların hukuki varlıkları tartışılmaz bir gerçektir. Doğal hukuk kuramları bu toplumsal olguları kuramsal çerçevelerine dâhil etmediklerinden dolayı, aşikâr toplumsal olgulardan koparak makul olmaktan uzak kalırlar.⁵¹⁵

Hukuki pozitivistizm kuramlarına göre ise hukukun kaynağı ister bir egemen isterse bir üstün kural olsun, nihayetinde toplumsal olgudur. Shapiro'ya göre hukuki pozitivistizmin çözmesi gereken asıl mesele, hukukun normatif niteliğinin toplumsal olguların betimlenmesi ile nasıl izah edileceği sorusudur.⁵¹⁶

⁵¹³ A.g.e., ss. 42-43.

⁵¹⁴ George Duke, "The Planning Theory and Natural Law", **Law and Philosophy**, Cilt: 34, Sayı: 2, 2015, ss. 178-179.

⁵¹⁵ Shapiro, **Legality...**, ss. 49-50.

⁵¹⁶ A.g.e., s. 48.

Austin, yukarıda belirtildiği üzere nihai bir hukuki otoriteyi temel alarak kuramını başlatmıştır. Egemenin emirleri hukuktur ve bunun sonucunda da hukuk sùjeleri egemene itaat ederler. Shapiro genel olarak Hart'ın *The Concept of Law*'da öne sürdüğü eleştirilere katılarak, Austin'in hukukun normatif karakterini açıklayamadığından dolayı emir kuramının makul bir kuram olarak kabul edilemeyeceği sonucuna varır.⁵¹⁷

Hart ise Austin'in eksikliklerini büyük ölçüde kapatmıştır. Hart'a göre hukuk, bir egemenin emirleri olarak temsil edilmez. Hukuk bir kurallar sistemidir. Söz konusu kurallar da ikincil bir kural olan tanıma kuralı ile geçerlilik kazanırlar. Bu yapı, Austin'deki sorunları çözdüğü gibi, hukukun normatif niteliğinin hakkını büyük ölçüde vermiş olur. Bununla beraber Shapiro, Hart'ta da ciddi sorunlar olduğunu belirtir. Hart'ın kuramının odak noktası tanıma kuralıdır. Hart, tanıma kuralını bir "toplumsal kural" olarak görmüş ve ortaya çıkışını toplumsal bir pratiğe bağlamıştır. Eğer resmi devlet görevlileri genel bir davranış standardına içsel bakış açısından yaklaşarak onun kabulü yönünde bir tutum geliştirirler ise bu pratik toplumsal bir kurala dönüşür. Bu kural da söz konusu hukuk sistemindeki diğer kurallara geçerlilik sağlar ve bu kurallardan da hukuki normlar ortaya çıkar. Hukuki normlar sùjeler açısından sadece bir yaptırım tehdidi oluşturmaz, aynı zamanda hukuki bir gerekçeden dolayı yapılması gerektiğine dair normatif bir öge taşır.⁵¹⁸

Shapiro'ya göre bu çözüm her ne kadar hukuku toplumsal bir olguya indirgemiş ve bundan hukukun normatif niteliğini ifade eden bir "ilk norm" ortaya çıkartmış olsa da üç sorunu beraberinde getirir. Yazarın Hart'ın kuramında işaret ettiği ilk sorun, toplumsal pratiklerden nasıl toplumsal kurallar çıkabileceğine ilişkindir. Shapiro her ne kadar belli toplumsal pratiklerden toplumsal kuralların çıkabileceğini kabul etse de, tüm toplumsal pratiklerden bunun sağlanmayacağını belirtir. Hart'ın verdiği açıklamalardaki eksiklik, toplumsal pratikler ile toplumsal kurallar arasındaki "kategori farkının" izah edilememesidir. Toplumsal pratikler sınırlı sayıda somut eylemden oluşurken toplumsal kurallar soyut nesnelerdir. Tüm pratikler kendiliğinden kural olamazlar. Shapiro, Hart'ın buna muhtemelen belli toplumsal pratiklerin belli toplumsal kuralları ortaya çıkaracağı cevabını vereceğini

⁵¹⁷ Scott J. Shapiro, "H. L. A. Hart (1907-1992)", **A Companion to Analytic Philosophy**, Editörler: A. P. Martinich & E. D. Sosa, Oxford: Blackwell Publishers, 2001, ss. 169-170.

⁵¹⁸ **A.g.e.**, ss. 170-172.

söyler. Fakat buradaki eksiklik de hangi toplumsal pratiklerin bu toplumsal kuralları yaratacağı sorusunun cevapsız kaldığıdır. Örneğin sigara içmeye karşı süregelen eleştirel bir toplumsal pratik söz konusudur. Bu durum kendiliğinden hiçbir yerde sigara içilmemesi gerektiği yönünde bir kural oluşturmamıştır. Sonuç olarak belli toplumsal pratikler belli toplumsal kurallar oluşturuyor olsa dahi, Hart'ın kuramında "hangi" toplumsal pratiklerin toplumsal kuralları doğurduğuna dair yeterli bir açıklama yoktur.⁵¹⁹

Hart'ın kuramındaki bu soruna hukuki pozitivizm yazınında getirilen çözüm, koordinasyon konvansiyonu kavramıdır. Bu çözümlemede "resmi devlet görevlilerinin belli koordinasyon sorunları karşısında geliştirdikleri pratikler" bir koordinasyon konvansiyonunu ve dolayısıyla bir kuralı ortaya çıkarır. Yazar, Hart'ı takip eden felsefi yazındaki koordinasyon konvansiyonu çözümünü iki noktada hatalı bulur. Birincisi, koordinasyon konvansiyonu argümanı katılımcıların, diğer katılımcıların konvansiyona katkısının gerçekleşmediği hallerde tepki vermesini bir koşul olarak ele almaktadır. Eleştirel düşünsel tutum bunu temsil etmektedir. Shapiro'ya göre bu açıklama resmi devlet görevlilerinin hukuk sisteminde aldıkları rolden yabancılaşmalarına rağmen bu görevleri diğerlerinin eylemlerinden bağımsız olarak yerine getirebileceği ihtimalini izah edemez. Pekâlâ, farazi bir hukuk sistemindeki resmi devlet görevlilerinin bir kısmı sadece maaşlarını almak, kariyerlerinde yükselmek veya kovulmamak, ceza almamak için de görevlerini yerine getiriyor olabilirler⁵²⁰. Bunları yaparken diğer resmi devlet görevlilerinin tutumlarını kendi eylem sebepleri için dikkate almaları bir zorunluluk değildir. Koordinasyon konvansiyonu argümanının açıklayamadığı ikinci durum ise, söz konusu sistemin belirleyeceği çözümün hiç de keyfî olmadığıdır. Koordinasyon konvansiyonu, resmi devlet görevlilerinin olası seçenekler arasından tercih ettiği herhangi bir çözümün diğer çözümlerden bir üstünlüğünün olmadığını ifade eder. Ancak bu, birçok hukuk sistemindeki resmi devlet görevlilerinin tutumunu gerçeğe uygun bir şekilde yansıtmamaktadır. Örneğin Amerikalı hâkimler Amerikan anayasasını olası seçenekler arasından tercih ettikleri herhangi bir çözüm olarak görmezler; anayasayı diğer olası çözümlerin temsil ettiği değerlerden daha üstün ve

⁵¹⁹ Edward F. McClennen & Scott J. Shapiro, "Rule-Guided Behavior", **The Palgrave Dictionary of Economics and the Law**, Editör: P. Newman, New York: Stockton Press, 1998, ss. 363-364.

⁵²⁰ Scott J. Shapiro, "What is the Rule of Recognition (and Does it Exist)?", **The Rule of Recognition and the U.S. Constitution**, Editörler: M. D. Adler & K. E. Himma, Oxford: Oxford University Press, 2009, ss. 254-255.

tercih edilesi olduğu için benimserler⁵²¹. Dolayısıyla hukuk sistemlerinin, trafik akışının çözülmesi gibi bir koordinasyon problemi çözümü olarak nitelenmesi onlara yüklenen ahlaki değeri ve buna karşılık gelen tutumu doğru biçimde izah edemez. Koordinasyon konvansiyonu çözümü, resmi devlet görevlilerin muhtemel tutumlarına dair ilk ihtimal açısından fazla sıkı iken ikinci ihtimal açısından da fazla gevşektir.⁵²² Bu nedenle kategori sorununa koordinasyon konvansiyonundan farklı bir çözüm getirilmelidir.

Shapiro'ya göre, Hart'ın çözümdeki ikinci sorun ise hukukun ahlaki boyutunu tam olarak temsil edememesidir. Hukuk, sùjeler açısından sadece hukuki bir gerekçeden dolayı yapılması gereken bir eylem sebebi oluşturmaz, aynı zamanda bu kuralların hukuki olduğu kadar ahlaki bir eylem sebebi olarak da sùjeler tarafından kabul edilmesini talep eder. Gerçekten de hukuktaki hak, yükümlülük, ödev, sorumluluk, kusur, ceza gibi kavramlar ancak ahlaki bir bağlamda kullanıldıkları zaman taşıdıkları ağırlıkları ifade ederler.⁵²³ Ancak Hart'ın kuramında bu kavramlar sadece normatif bir karakterle ele alınmakta, ahlaki boyutuna değinilmemektedir.⁵²⁴ Bu sebeple hukuki yargılardaki ahlaki boyutun açıklanması gerekmektedir.

Shapiro'nun Hart'ın çözümünde tespit ettiği üçüncü sorun, bir hukuk sistemindeki hukuki önermelere sadece içsel bakış açısı ve dolayısıyla tanıma kuralı benimsenerek erişilebileceği çıkarımıdır.⁵²⁵ Buna karşın hukuk ve hukuki önermeler, söz konusu hukuk sistemine yabancılaşmış veya buna ilgisiz bir kötü adamın gözünden de anlaşılabilir.⁵²⁶ Bu nedenle hukukun ve hukuki yargıların içsel bakıştan bağımsız bir şekilde nasıl ifade edilebileceği de gösterilmelidir.

Shapiro, Hart'a dair eleştirileri olsa da genel anlamda hukuki pozitivist tezleri ve Hart'ın toplumsal kuralların bir şekilde toplumsal pratiklerden doğduğu fikrini doğru bulur. Ancak Hart, kategori farkı sorunu bağlamında hangi toplumsal pratiklerin ne tip süreçler ile toplumsal kurallara dönüştüğü konusunda yeterli bir

⁵²¹ Michael S. Green, "On Hart's Category Mistake", **Legal Theory**, Cilt: 19, Sayı: 1, 2013, s. 364.

⁵²² Shapiro, **Legality...**, ss. 105-110.

⁵²³ Connie S. Rosati, "Normativity and the Planning Theory of Law", **Jurisprudence**, Cilt: 7, Sayı: 2, 2016, ss. 308-310.

⁵²⁴ Hart, **The Concept of Law...**, s. 57.

⁵²⁵ Scott J. Shapiro, "What Is the Internal Point of View?", **Fordham Law Review**, Cilt: 75, Sayı: 3, 2006, ss. 1163-1165.

⁵²⁶ Shapiro, **Legality...**, ss. 111-113.

açıklama sunamamış, hukukun normatif niteliğine yer açsa dahi hukukun ahlaki kimliğini dışlamış ve hukuki önermelerde bulunmak için içsel bakış açısını zorunlu tutmuştur. Shapiro bu meselelerin farklı bir şekilde çözülmesi gerektiğini söyler. Aşağıda yazarın kendi kuramındaki unsurları nasıl temellendirdiği ve karşıt kuramlarda tespit ettiği sorunlara nasıl çözümler getirdiği incelenecektir.

2.1.2.3. Planlama Kuramı

Shapiro kendi kuramında hukuku, toplumsal bir planlama faaliyeti olarak ele alır. Buna göre hukuk kuralları, toplumsal planlardır. Yazar, hukukun bu perspektiften görülmesi sayesinde karşıt kuramlardaki sorunların çözüleceği gibi hukuka dair önemli kavramsal öğelerin de ortaya çıkacağını iddia eder. Shapiro hukukun planlama olarak ele alınmasının ancak sert pozitivist tezler ile mümkün olduğunu göstermektedir. Bu bahiste ilk önce Shapiro'nun hukuktan bağımsız olarak *planlamanın sebepleri, unsurları ve nitelikleri* (I) hakkındaki tespitleri incelenecektir. İkinci aşamada, yazarın *hukuk ile planlama arasındaki ilişki* (II) hakkında verdiği açıklamalar sunulacaktır. Üçüncü son olarak da düşünürün bu bağlantıdan elde ettiği *hukukun niteliklerine* (III) dair çıkarımlara bakılacaktır.

Planlamanın sebepleri, unsurları ve nitelikleri (I) incelemesine Shapiro, bireysel planlamadan büyük ölçekli planlama faaliyetlerine kadar çeşitli kapsamlardaki planlama tiplerini değerlendirir. Bu sayede planlamanın sebep, unsur ve niteliklerini sunar.

Shapiro bu kapsamda ilk önce planlamanın insan hayatındaki yaygın kullanımına ve işlevlerine dikkat çeker. Örneğin akşam yemeği için ne yapılacağına, nereye tatile gidileceğine, nasıl para biriktirileceğine dair kararların hepsi birer plandır. Planlama geleceğe yönelik eylemler için yapılır. Bu eylemler için plan yapmak akılcı bir faaliyettir çünkü her an ne yapılacağı konusunda en baştan akıl yürütmek, değerlendirme yapmak oldukça yorucu olur. Bireyler genellikle ileri bir zamandaki irade güçlerinden şüphe eder. Geleceğe yönelik bir plan yapıp bunu kabul etmek, bu sorunları azaltır.⁵²⁷

⁵²⁷ Scott Herschovitz, "The Model of Plans and the Prospects for Positivism", *Ethics*, Cilt: 125, Sayı: 1, 2014, ss. 153-155.

Yazara göre araçsal akılcılık gereği, kabul edilmiş planların uygulanması gerekir⁵²⁸. Bir planı benimseyip sonra onu uygulamamak akılcı olmaz. Planı uygularken de esas unsur plana sadık kalmaktır. Araçsal akılcılık gereği, bir planın kabul edilmesi ile o plana dair eylemler kısıtlanır. Gelecekte mevzubahis planın kapsadığı bir konu ortaya çıktığında bu plandan bağımsız olarak söz konusu vakanın özellikleri incelenip eylem sebepleri dengesi tekrardan oluşturulmamalıdır. Bu bağlamdaki akılcılığın kaynağı, planın kabul edilmesi anında kişinin gelecekteki haline tam olarak güvenememesi veya gelecekteki tekil olay karşısında akılcı karar alma koşullarının olmayacağı düşüncesidir. Bu anlamda gelecekteki olay gerçekleşmeden önce o olay karşısında eylemleri kısıtlayacak bir planın kabulü akılcı olabilir. Buna uygun olacak şekilde bir plan benimsenmiş ise ileride bunun kapsadığı bir vaka ile karşılaşıldığında planı uygulamak, o planın benimsenmesinden gelen akılcılığın bir gereğidir. Diğer yandan planlar gelecekteki tüm eylemleri kişi açısından değerlendirme dışı bırakmaz. Plan sahibi olma zihniyetindeki bir kişi normal şartlarda plana uyma yönünde akılcı eylem sebeplerine sahipken normal şartların bozulması durumunda güçlü bir sebepten dolayı planın bırakılması da akılcı olabilir.⁵²⁹

Shapiro, planların birer norm olduğunu belirtir. Planlar da tıpkı normlar gibi davranışları yönetmek için birer kılavuz veya bunları değerlendirmek için bir ölçüt işlevi gören soyut birer nesnedirler. Planlar neyin yapıp neyin yapılmayacağı konusunda bireyleri yönlendirir ve eylemlerini planın içeriğine göre karşılaştırıp düzeltmelerini sağlayacak ölçütler sunar. Planlar bu açıdan insan ürünü, pozitif normlardır. Planlar, mantık veya ahlak normları gibi kendi nihai geçerlilikleri ile var olamazlar. Bununla beraber, plan sahibi bir kişinin zihninde var olan bir plan, gerekçelendirilmiş bir davranış standardıdır ve kendisine uyulmasına dair akılcı bir gereksinim doğurur.⁵³⁰

Shapiro planlamanın sadece bireysel kararlar için değil, aynı zamanda birden fazla kişinin dâhil olduğu faaliyetler için de yapıldığını belirtir. Plan yapmak, ilk

⁵²⁸ Damiano Canale, “Looking for the Nature of Law: On Shapiro’s Challenge, **The Planning Theory of Law: A Critical Reading**, Editörler: D. Canale & G. Tuzet, Amsterdam: Springer Publishing, 2013, ss. 10-11.

⁵²⁹ Herschovitz, “The Model of Plans and the Prospects for Positivism”, ss. 153-155.

⁵³⁰ Bruno Celano, “Laws, Plans and Practical Rationality”, **Diritto e Questioni Pubbliche**, Cilt: 12, Sayı: 1, 2012, ss. 211-216.

Shapiro planların sadece yöneltildiği kişilerin neleri yapmaları veya yapmamaları gerektiğini ifade etmediğini, bu kapsamda başka unsurların da belirlenebileceğini söyler. Örneğin planlanan faaliyetin kapsamında belli hiyerarşi ilişkileri oluşturularak kimin hangi konularda otorite sahibi olduğu, kime yönelik direktiflerde bulunabileceği gösterilebilir. Bununla birlikte bu yetkiler başka unsurlar ile plan dâhilinde sınırlanabilir, tarafların muaf veya izinli olduğu konular saptanabilir.⁵³³ Mesela bir grup arkadaş bir yemek kulübü kurarak, aralarından bazılarını baş aşçı, bazılarını ise aşçı yamağı olarak tayin edebilir ve çalışma şartlarına, yapacakları yemeklere, yemek kulübündekilerin yetkili ve izinli olduğu alanlara dair planlar oluşturabilir⁵³⁴.

⁵³⁴ Shapiro, **Legality...**, ss. 139-147.

Yazar, planlamaya konu olan faaliyet büyüdükçe bu faaliyeti yürütmeye dair otoritenin tek bir kişide kalmaktansa bir miktar dağılacağına işaret eder. Örneğin bir şirkette farklı seviyelerde birçok yönetim pozisyonu vardır. Planlama bu şekilde tekil bir merkezden ziyade çoğul unsurların rol aldığı bir yapı içerisinde gerçekleşir. Astlar plan yaparken üstün planına uygun biçimde onu somutlaştırır; planlar bu şekilde çark dişlileri gibi iç içe geçer⁵³⁵. Katılımcı sayısı arttıkça plandaki her paydaşın bu faaliyete bağlı olması ihtimali de düşer. Birçok insan yabancılaşmış bir şekilde katılım gösterdikleri faaliyetin planını uygular. Çoğu şirketin çalışanları şirketin planlarını özellikle desteklerinden dolayı değil, maaşlarını almak için işlerini yaparlar. Bu durum, planın ortadan kalktığı veya faaliyetin plan kapsamından çıktığı manasına gelmez. Tarafların plana uygun eylemde bulunmaları yeterlidir. Hatta paydaşların bir kısmının aktif olarak plana aykırı hareket etmesi dahi faaliyetin genel işleyişini bozmadıkça planı ve planın konusu olan faaliyetin varlığını etkilemez.⁵³⁶

Yazara göre planlama, insanların amaçlarına ulaşması ve bu kapsamda ortaya çıkan pratik sorunları çözmesi için elzem bir araçtır. Ancak planlama sayesinde insanlar belli bir birliktelik ve işbirliği içerisinde belli sorunlarının üstesinden gelip hedeflerine ulaşabilirler.⁵³⁷

Hukuk ile planlama arasındaki ilişki (II) bahsinde Shapiro bu iki kavramı birlikte ele alarak kuramını oluşturur. Yazarın *planlama kuramına* (*planning theory*) göre hukuk sistemleri toplumsal planlama kurumlarıdır. Hukuk sisteminin ortaya çıkması için ilk önce, bir grup insan, toplumsal faaliyetler hakkında planlar yapacak ve bu planları yürütecek kişilerin kimler olacağına, makamlarının nasıl oluşturulacağına dair bir plan yapmalıdır. Bu hiyerarşiyi oluşturan ve yetkileri veren ortak plan, sistemin “mastır planını” teşkil eder. Planlamacılar, bu mastır plana uygun olacak şekilde toplum için planlar yapar ve plan uygulayıcıları da yine bu mastır plan doğrultusunda olarak bunları uygular. Daha sonra bu plan, planlamacılar ve plan uygulayıcıları tarafından kabul edilmelidir. En sonunda da planın yöneltildiği kişiler, plan uygulayıcılarının işlemlerine genel itibarıyla itaat etmelidir.⁵³⁸

⁵³⁵ Scott J. Shapiro, “Massively Shared Agency”, **Rational and Social Agency: The Philosophy of Michael Bratmann**, Editörler: M. Vargas & G. Yaffe, Oxford: Oxford University Press, 2014, ss. 265-269.

⁵³⁶ Shapiro, **Legality...**, ss. 148-150.

⁵³⁷ **A.g.e.**, ss. 151-152.

⁵³⁸ **A.g.e.**, ss. 157-168.

Shapiro'nun modelinde planlamacılar ve plan uygulayıcıları, resmi devlet görevlileridir. Planlamacılar, kanun koyucudurlar. Plan uygulayıcıları ise hâkimlerdir. Mastır plan, bunların makamlarını tanımlayan anayasadır. Planlamacıların oluşturduğu ve uyguladığı planlar bu sistemin kanunlarıdır.⁵³⁹

Görüldüğü üzere bu model, mastır planın tasarlayıcıları açısından farklı ihtimallere açıktır. İlk ihtimalde, tüm toplumun katıldığı bir referandumla mastır plan kabul edilebilir. Tıpkı bir yemek kulübü kuran arkadaş grubunda olduğu gibi bu ihtimalde tüm katılımcılar mastır planın tasarlayıcısıdır. Ancak bu bir zorunluluk değildir. Sınırlı sayıda insan da anayasa koyucu olabilir⁵⁴⁰. Hukukun ortaya çıkması için toplumun plana itaat etmesi yeterlidir, zorunlu olarak kurucu bir rol oynaması gerekmez. Tıpkı bir evin badana boya işi için bir kişinin veya bir ailenin, işçilerin faaliyetleri hakkında bir plan oluşturması gibi, bu ihtimalde de sınırlı sayıda kişi mastır planın tasarlayıcısıdır.

Yine görüldüğü üzere bu modelde, planın resmi devlet görevlileri tarafından kabul edilmesi yeterlidir⁵⁴¹. İçsel bakış açısı ile benimsemesine gerek yoktur. İçsel bakış açısından benimseme de mümkündür, tıpkı yemek kulübündeki arkadaşların planı benimsemesi gibi. Ancak boya işçilerin durumunda olduğu gibi içsel bakış açısı benimsemeden de plan kabul edilebilir.

Toplumun ise planı içsel bakış açısı ile benimsemesi veya kabul etmesi zorunlu bir koşul değildir. Söz konusu plan, resmi devlet görevlileri için oluşturulmuştur, tüm toplum için değil.⁵⁴² Süjelerin genel manada plana uygun şekilde davranmaları hukuk sisteminin varlık koşulları açısından yeterlidir⁵⁴³. Süjelerin davranışları kişisel kabul iradelerinden ziyade baskıdan da kaynaklanabilir. Eğer resmi devlet görevlileri çeşitli araçlar ile planın etkili olmasını, genel olarak plana itaat edilmesini sağlıyorlar ise bu yeterlidir.

⁵³⁹ A.g.e., s. 169.

⁵⁴⁰ A.g.e., ss. 165-166.

⁵⁴¹ A.g.e., s. 165.

⁵⁴² A.g.e., ss. 165-166.

⁵⁴³ Hart'ın kuramında da süjelerin kurallara itaati yeterlidir. Onların da içsel bakış ile hukuku benimselemelerine gerek yoktur. Bakınız: Hart, *The Concept of Law...*, ss. 55-61.

Bu noktada bir yaptırım sisteminin gerekli bir şart olduğu akla gelebilir. Ancak Shapiro, hukuk sisteminin oluşumu açısından yaptırımların elzem olmadığını belirtir⁵⁴⁴. Toplumun planı kabul etmemesi halinde bu gerekli olsa da toplumun planı benimsemesi de ihtimal dâhilindedir. Samimi, duyarlı veya saf sùjelerin olduğu bir toplumda herhangi bir yaptırım sistemine gerek olmayabilir. Yaptırım temelli kuramlar, bunun tuhaf olduğunu çünkü yaptırımın gerek olmadığı bir toplumda zaten hukukun da lüzumsuz kalacağını ifade ederler. Shapiro ise hukuka sadece anti-sosyal davranışların bastırılması konusunda ihtiyaç duyulmadığını söyler⁵⁴⁵. Kaynakların dağıtılması, uyuşmazlıkların çözümlenmesi, belli hedeflere ulaşılması gibi sorunlar için de toplumsal planlara yani hukuka ihtiyaç duyulur.

Yazar, polis veya infaz kurumları gibi alışlagelmiş yaptırım sistemleri olmayan birçok hukuk sisteminin (örneğin Ortaçağ'daki İzlanda hukuk sistemi ve Kilise Hukuku gibi) tarihte var olduğunu ve bugünkü uluslararası hukukun da bu şekilde anlaşılabilirliğini iddia eder. Kaldı ki yaptırım, yaptırım sistemi olmaksızın da kimi toplumsal tepkiler ile gerçekleştirilebilir.⁵⁴⁶ Bir hukuk sistemi farklı şekillerde sùjelerin mastır plana itaatini sağlayabilir.

Shapiro, yaptırımları zorunlu görmese de hukuk sistemlerinin yukarıda sayılan olumlu şartların dışında bir de olumsuz şartı sağlaması gerektiğini ifade eder. Buna göre mevzubahis planlama yapılarının, yaptıkları işlemler için başka bir yapıdan icazet almaksızın, bunları kendi kendilerine tasdik edebiliyor olmaları gerekir⁵⁴⁷. Eğer başka bir yapı bu işlemleri geçersiz ve etkisiz hale getirebiliyor ise o zaman bir hukuk sistemi söz konusu olamaz. Buna karşın bir cebir tekeli de zorunlu değildir. Örneğin pek çok federe devletin kendi hukuk sistemi vardır. Ancak cebir tekeli olmasa dahi söz konusu yapının yaptığı işlemler için icazet almıyor olması veya yaptığı işlemlerin sistem içerisinde karine olarak geçerli sayılması gerekir. Aksi takdirde bir hukuk sisteminden bahsedilemez.⁵⁴⁸

⁵⁴⁴ Shapiro, **Legality...**, s. 169.

⁵⁴⁵ **A.g.e.**, s.170.

⁵⁴⁶ Oana A. Hathaway, Scott J. Shapiro, "Outcasting: Enforcement in Domestic and International Law", **Yale Law Journal**, Cilt: 121, Sayı: 2, 2011, ss. 282-283.

⁵⁴⁷ David Plunkett, "Planning Theory of Law I: The Nature of Legal Institutions", **Philosophy Compass**, Cilt: 8, Sayı: 2, 2013, s. 157.

⁵⁴⁸ Shapiro, **Legality...**, ss. 220-224.

Shapiro, hukukun, çözümü karmaşık, tartışmalı ve takdiri olan birçok ahlaki sorunun çözülmesine yönelik bir toplumsal planlama aracı olduğunu öne sürer. Örneğin özgürlük alanlarının sınırları, kişilerin birbirlerine karşı ödev ve sorumlulukları, vergi seviyelerinin ne olacağı, iktidarın nasıl bölüştürüleceği ve örgütleneceği, hangi toplumsal değerlerin ne ölçüde hangi araçlar ile korunacağı, destekleneceği veya zorlanacağı gibi sorunlar bu kapsamdadır. Böyle durumlarda hukuki olmayan alternatif çözüm yöntemleri yetersiz kaldığından girift planlama biçimleri gerekli hale gelir. Doğaçlama düzenlemeler, bireysel pazarlıklar, toplumsal uzlaşma gibi diğer planlama tipleri her zaman yeterli olmaz. Yalnızca özel bir toplumsal planlama tipi olan hukuk bu sorunların üstesinden gelebilir.⁵⁴⁹

Hukukun diğer planlama tiplerinden farkının anlaşılması için avcı-toplayıcı topluluklarının koşullarına bakılabilir. Shapiro'ya göre bu toplumlarda alışlagelmiş anlamda hukuk sistemleri mevcut değildir çünkü zaten bu toplumlarda çözümü karmaşık, tartışmalı ve takdiri olan ahlaki sorunlar pek yoktur. Buradaki sorunlar alternatif planlama tipleri ile çözülebildiğinden hukuka gerek kalmamıştır.⁵⁵⁰ Vergi sistemlerinin oluşturulması, ticari hayatın yasallık tanınan özel evraklar vasıtasıyla yürütülmesi, siyasi ve idari anlaşmazlıkların seçim kanunları veya bürokratik düzenlemeler çözülmesi, kapsamlı uyuşmazlıkların belirlenmiş usuller ile hükme bağlanması, kişi hak ve özgürlüklerinin şüphe götürmez bir şekilde belirlenmesi gibi çözümleri ancak hukuk sağlayabilir.

Shapiro, bu açıklamalardan hareketle planlama kuramı ile hukuki pozitivizmin tezleri arasında bağlantılar kurar. Eğer planlama kuramına göre bir hukuk sisteminin temel kurallarını belirleyen bir plan ise o zaman hukukun varlığı ve içeriğine dair araştırmalar kaçınılmaz olarak ilgili toplumsal olgulara dair olmalıdır. Bir plan, yöneltildiği grubun ortak faaliyette bulunmasını öngörerek oluşturulur. Bunun için de plan, kamusal olarak erişilebilir olmalı ve söz konusu grubun üyelerinin çoğu tarafından kabul edilmelidir. Bundan dolayı, hukukun varlığı ve içeriğini teşhis etmek için toplumsal planların tasarlayıcılarının ve bunların uygulayıcıları olan resmi devlet görevlilerinin ne düşündükleri, kastettikleri, talep ettikleri ve yaptıklarına

⁵⁴⁹ A.g.e., ss. 170-172.

⁵⁵⁰ Herschovitz, "The Model of Plans and the Prospects for Positivism", ss. 164-165.

bakmak gerekir.⁵⁵¹ Yazarın bu tespiti hukuki pozitivizmin toplumsal olgu tezini ve Raz'ın sert pozitivist yaklaşımındaki kaynaklar tezini destekler. Ahlaki olgular, hukukun ele aldığı sorunların çözümüne dair ilgili yasaların tasarlayıcılarının ve resmi devlet görevlilerinin görüşleri olarak sunulmadığı ve kamusal olarak teşhise müsait olmadığı için bu koşulu sadece toplumsal olgu kaynaklı yasalar sağlayabilir.

Planların içeriği herhangi bir ahlaki kısıtlamaya tabi değildir. Pekâlâ, mevzubahis plan gayriahlaki de olabilir. Bazı planlar, tüm iktidarı bir diktatöre verebilir veya belli bir toplumsal gruba diğeri üstünde tahakküm kuracak haklar tanıyabilir. Bu plan toplumdan herhangi bir destek görmeyebilir ve hatta plandan nefret dahi edilebilir. Ama yine de eğer plan kamusal olarak erişilebilir ise ve resmi devlet görevlilerinin çoğunluğu tarafından kabul edilmiş ise plan mevcut demektir.⁵⁵² İnsanlar istemeye istemeye de olsa buna itaat ederlerse ortada hukuki bir otorite sisteminin var olduğu reddedilemez. Buradaki açıklamalar, hukukun kavramsal özelliklerine dair betimleyici tespitlerdir, normatif anlamda adaletsiz yönetimler veya planlar hakkında değerlendirci bir yargı ifade etmezler.

Shapiro, söz konusu planların toplumsal olgular ile teşhis edilebilme unsurunu tam da bu planların işlevlerini sağlayabilmeleri için gerekli olduğunu vurgular. Hukuk bağlamında plan yapmanın amacı zaten belli ahlaki sorunları hükme bağlamaktır. Eğer bir planın içeriği belli ahlaki olgulara dayanıyor ise o zaman doğru eyleme dair şüpheler ve anlaşmazlıklar ortadan kalkamaz. Planlama mantığı, planların ele aldıkları sorunları tekrar canlandırmayacak yöntemler ile çözüme erdirebilecek olmalarını gerektirir. Bu işlevi yalnızca toplumsal olgulara dayalı bir teşhis sağlar. Ahlaki olgulara dayalı bir değerlendirme bunu yapamaz. Mastır plan açısından da genel mantık resmi devlet görevlilerinin ortak faaliyetlerine kılavuz oluşturmak, onları organize etmek ve denetlemektir. Bu oldukça karmaşık, tartışmalı ve takdirli bir toplumsal planlama meselesidir. İnsanların taşıdığı birçok şüphe ve anlaşmazlık nedeniyle bu meseleyi ancak bunları hükme bağlayacak bir mekanizma çözebilir. Bunların çözümü için ahlak felsefesine başvuran bir yaklaşım eldeki şüphe

⁵⁵¹ Scott J. Shapiro, "Five Answers", **Legal Philosophy: Five Questions**, Editör: M. E. J. Nielsen, New York: Automatic/VIP Press, 2007, ss. 212-215.

⁵⁵² Shapiro, **Legality...**, s. 177.

ve anlaşmazlıkları hükme bağlayamayacağından dolayı tam da mastır planın amacı olan bu sorunların hükme bağlanması işlevine ters düşer.⁵⁵³

Hukukta ahlaka atıfta bulunan yasalar ise Shapiro'ya göre resmi devlet görevlilerini ana plan doğrultusunda alt planlar yapmaya davet eden normlardır⁵⁵⁴. Planlama faaliyetine dair verilen açıklamalarda ifade edildiği üzere, geniş kapsamlı planlama faaliyetlerinde astlar, üstlerin planlarına uygun şekilde alt planlar yapar ve onları somutlaştırır. Bu atıfta bulunulan ahlaki normlar yukarıda belirtilen gerekçelerden dolayı hukuk olarak nitelenemez, hukukun olması için bu alana dair resmi devlet görevlileri tarafından bir planın oluşturulması gerekir. Bunların vereceği kararlar ile beraber planlar ve hukuki normlar ortaya çıkar.

Shapiro, bu sebeplerden dolayı Dworkin'in ahlaki ilkeler temelli kuramı kadar Dworkin'in eleştirilerine cevap olarak tanıma kuralının kabulü şartıyla ahlaki ilkeleri hukuk statüsünde ele alan yumuşak pozitivist yaklaşımı da hatalı bulur. Yazara göre ahlaki ilkeler yukarıda belirtildiği üzere insan davranışlarını otoriteyi haiz bir şekilde yönlendiremediği için Hart'ın kuramında da hukuka atfedilen temel işlevi yerine getiremezler.⁵⁵⁵ Shapiro bu açıdan Raz'ın kaynaklar tezinin çıkarımına, otoritenin kavramsal işlevi yerine planlamanın kavramsal işlevinden yola çıkarak varmış olur.

Shapiro, planlama kuramının bu açıklamalar doğrultusunda olasılık bilmecesine cevap sunabildiğini savunur. Bu bilmecedeki asıl sorun, otoriteyi yetkili kılan normun veya yetki veren normu yaratan otoritenin dairesel olmayan bir şekilde nasıl gelişebileceği meselesidir. Yazar, kendi kuramının çizgisel bir çözüm sunduğunu iddia eder. Bir grup insanın bazı kişilere otorite tahsis eden planlar oluşturması hukuki yetki veren normları doğurur. Bu durum bir grup arkadaşın oluşturduğu yemek kulübünün kendi aralarından bir baş şef seçmesinden farklı değildir. Diğerlerinin de bu planı kabul etmesi halinde otoriteyi haiz normlar yaratma yetisi tamamlanır. Bir toplumda bir grup insanın veya tüm toplumun belli bir ortak planla bir takım otoriteyi haiz makamlar belirlemesi ve bunu takiben onlara çeşitli sebeplerden ötürü itaat etmeleri durumunda hukuki otorite ortaya çıkar.⁵⁵⁶

⁵⁵³ A.g.e., ss. 177-178.

⁵⁵⁴ A.g.e., ss. 195-199.

⁵⁵⁵ Scott J. Shapiro, "On Hart's Way Out", **Hart's Postscript: Essays on the Postscript to *The Concept of Law***, Editör: J. Coleman, New York: Oxford University Press, 2005, ss. 171-179.

⁵⁵⁶ A.g.e., ss. 179-181.

Resmi devlet görevlilerinin mastır planı kabul etmeleri, bu planı uygulama aşamasında ciddi bir neden olmadıkça planı tekrar değerlendirmeyecekleri ve planı kabul edildiği şekilde uygulayacakları manasına gelir. Shapiro, bir planın kabul edilmesinden sonra o plana bağlı kalmamanın akılcılığa aykırı olacağı için hukuk sistemleri açısından bir *hukukun iç akılcılığı* (*inner rationality of law*) olduğunu savunur. Bu, resmi devlet görevlilerinin ciddi bir sebep olmadıkça hukuku olduğu haliyle uygulamaları ve hukuktaki boşlukları hukukun gösterdiği doğrultuda doldurmaları yönündeki yükümlülüklerini ifade eder.⁵⁵⁷ Burada dikkat edilmesi gereken nokta bu hukukun iç akılcılığının, mevzubahis hukuk sistemini kabul edenler için geçerli olduğudur. Amerikan hukuki realizm akımında ele alınan kötü adamın ise sistemi benimsemeye dair bir ilgisi olmadığından dolayı hukukun iç akılcılığı onun için geçerli değildir⁵⁵⁸. Aynı durum mevzubahis sistemin siyasi ahlakını adaletsiz bulan iyi bir adam için de söz konusudur. Her iki durumda da bu tipteki kişiler için böyle bir akılcılık gereksiniminden bahsedilemez.

Shapiro her ne kadar resmi devlet görevlilerinin planı kabul etmeleri halinde hukukun iç akılcılığı gereği planın gerekliliklerine itaat etmeleri konusunda hukuki bir yükümlülükleri olsa da bunun ahlaki bir yükümlülük olmadığına altına çizer. Yukarıda da belirtildiği üzere her plan ahlaki değildir, birçoğu gayriahlaki olabilir. Ancak yine yukarıda ele alındığı üzere hukuk sistemlerinin kullandıkları kavramlar ve bunların taşıdıkları ağırlık dikkate alındığı zaman ahlaki nitelikler de görmezden gelinemez. Hukuk, “yükümlü”, “kusurlu”, “haklı”, “suçlu” gibi kavramlar kullanırken aynı zamanda ahlakilik iddiasında da bulunur.⁵⁵⁹ “A, bu vakada B’ye tazminat ödemekle yükümlüdür”, “C bu olayda suçludur, D haklıdır”, gibi hukuki önermelerde sadece hukuki geçerlilik iddiası yoktur, bunların aynı zamanda ahlaki olduğuna dair de bir iddia vardır. Öte yandan bu iddialar aslen gayriahlaki de olabilir. Örneğin hukukun iddiasının aksine A’nın B’ye tazminat ödemesi gayriahlaki olabilir veya C aslında masum olabilir.

Yazar bu farklı ihtimalleri ifade edebilmek için iki kavram kullanır: *sıfatsal nitelemeler* (*adjectival claims*) ve *perspektifsel nitelemeler* (*perspectival claims*).

⁵⁵⁷ Carlos Bernal, “The Unsolved Problem of the Socio-ontological Explanation of the Normativity of Law”, *Jurisprudence*, Cilt: 8, Sayı: 3, 2017, s. 584.

⁵⁵⁸ Shapiro, *Legality...*, s. 183.

⁵⁵⁹ A.g.e., ss. 184-186.

Sıfatsal nitelermeler, söz konusu önermenin ahlaki geçerliliğini, önermenin sahibinden bağımsız olarak niteler. Örneğin “Nazi Almanyası ahlaken çok kötü bir rejimdir” nitelmesi doğru bir sıfatsal nitelirmedir. Bununla birlikte, başka doğru nitelermelerde bulunmak da mümkündür. Örneğin “İkinci Dünya Savaşı sırasında Alman hukuku açısından Hitler hukuki otoriteye sahiptir” nitelmesi de doğru bir nitelirmedir. Bu nitelme ise perspektifseldir. Perspektifsel nitelermeler, söz konusu önermenin ahlaki geçerliliğini, önermenin sahibinin perspektifinden niteler⁵⁶⁰. Hukukta bu tip önermeler yapılır. Örneğin bir kanunun hukukun bakış açısından geçerli ama aslında ahlaken yanlış olduğu ifade edilebilir. Hukukun perspektifinden yasalar meşrudur ve bunların doğrultusunda yapılan önermeler ahlaki doğruları ifade eder. Bir yasadaki “cinayet işleyenler idam edilmeyi hak etmektedir” ifadesi sadece hukuki bir iddiada bulunmaz aynı zamanda ahlaki bir iddiada da bulunur. Dışarıdan bakan biri de bu yasayı “hukukun perspektifinden” niteleyerek hukuki geçerliliğini ve ahlaki iddiasını teslim edebilir: “X hukuk sistemine göre cinayet işleyenler idam edilmeyi hak etmektedir”. Buna karşın sıfatsal nitelermelerde de bulunulabilir: “X hukuk sisteminin kanunları zalimdir” gibi.

Shapiro’nun vurgusu, bu iddiaları ahlaki olarak benimsemeden söz konusu hukuk sisteminin perspektifinden hukuka dair doğru nitelermeler yapılabileceğidir. Bu perspektifsel nitelermelerin varlığı kendi başlarına hukuka itaat yükümlülüğü doğurmaz. Hukuk sistemleri sadece kendi perspektiflerinden bunun var olduğunu iddia ederler. Bu tip bir yükümlülük, hukuk sistemlerinin perspektiflerinden bağımsız olarak söz konusu yasa veya sistemlerin, adil siyasi ahlak ilkeleriyle uyumlu olması halinde ortaya çıkabilir.⁵⁶¹

Bu açıklamalar önceki hukuki pozitivist kuramlardaki eksiklikleri de kapatmış olur. Yukarıda belirtildiği üzere Austin, hukuk süjelerinin itaat alışkanlığını ve egemeninin yaptırıma dayalı emirlerini esas aldığı için hukukun normatif niteliğini ifade etmekten uzak kalmış ve olasılık bilmecesine yeterli bir cevap verememiştir⁵⁶². Planlama kuramı ise normatif bir kurgu olan planları esas aldığı için hukukun bu niteliğini açıklamak konusunda bir sorun yaşamaz.

⁵⁶⁰ Triantafyllos Gkouvas, “Planning from a Legal Point of View”, *Jurisprudence*, Cilt: 7, Sayı: 2, 2016, ss. 343-344.

⁵⁶¹ Duke, “The Planning Theory and Natural Law”, ss. 191-193.

⁵⁶² Francesca Poggi, “The Possibility Puzzle and Legal Positivism”, *The Planning Theory of Law: A Critical Reading*, Editörler: D. Canale & G. Tuzet, Amsterdam: Springer Publishing, 2013, ss. 36-37.

Hart'ın kuramı ise yukarıda belirtildiği üzere üç sorun taşımaktadır. Bunlardan ilki, Hart'ın kuramının temeli olan tanıma kuralının bir toplumsal kural olması ve bu toplumsal kuralın kaynağının da bir toplumsal pratik olmasıdır. Buradaki mesele, kurallar ile pratikler arasındaki kategori farkıdır. Toplumsal pratikler sınırlı sayıda somut eylemlerdir, kurallar ise soyut nesnelerdir. Planlama kuramı, soyut ve iradi olarak oluşturulan birer nesne olan planları esas aldığı için bu sorunu çözer. Bu kapsamda planlama kuramı, sadece planı oluşturan ve itaati kapsayan bir toplumsal pratiği esas aldığı için, hangi toplumsal pratiklerin kuralları doğurabileceği sorusuna da cevap vermiş olur. Koordinasyon konvansiyonu çözümü ise hatırlanacağı üzere resmi devlet görevlilerinin yabancılaşıma veya bunun tam tersi olarak sisteme yüksek sadakat ihtimallerini izah edemediği için sorun teşkil etmiştir. Planlama kuramı ise resmi devlet görevlilerinin planları kabul etmelerindeki sebeplerine dayanmaz. Sistemin var olabilmesi için söz konusu resmi devlet görevlilerinin planı kabul etmeleri yeterlidir. Bazı resmi devlet görevlileri her ay maaşlarının yatması için planları kabul ederken diğerleri aynı planlara ahlaki bir sadakatten dolayı bunları benimseyebilir.⁵⁶³

İkinci olarak, planlama kuramı, perspektifsel nitelemeleri kullanarak Hart'ın kuramında ele alamadığı hukukun ahlaki iddiasını açıklayabilmektedir. Bu unsurun kabul edilmesi ile hukukun bu kavramları kullandığı bağlamın ve süjelerin onlara yüklediği anlamın hakkı verilmiş olur. Diğer yandan bu nitelemeler bir değer yargısı içermez, sadece ahlakilik iddiasının varlığını hukukun perspektifinden betimler. Bu önermelerin ahlaki değerlendirmesi ise perspektifsel nitelemelerden ayrık bir şekilde sıfatsal nitelemelerle yapılabilir. Bu sayede hukuki pozitivist ayrılık tezine bağlı kalınmakla beraber hukukun ahlaki iddiası izah edilebilir.⁵⁶⁴

Üçüncü olarak, planlama kuramına göre, yine perspektifsel nitelemeler kullanılarak, Hart'ın ifade ettiği içsel bakış açısı benimsenmeden hukuki önermelere dair betimleyici tespitler yapılabilir. Hukuki yükümlülüklerin doğruluğunu kabul etmeyenler de yasaların içeriğini bilir. Bu durum, hukuka yönelik içsel bakış açısını benimsemeyen bir kötü adamın veya kendi menfaatinden bağımsız olarak hukukun iyi olmasını isteyen bir idealistin dahi hukuki akıl yürütmelerde bulunabileceği ve

⁵⁶³ Shapiro, **Legality...**, ss. 189-190.

⁵⁶⁴ **A.g.e.**, s. 191.

doğru hukuki önermeler yapabileceği olgusu ile uyumludur.⁵⁶⁵ Bu açıklamalar ile Shapiro, planlama kuramının Hart'ın kuramındaki eksiklikleri kapattığını gösterir.

Hukukun nitelikleri (III) bahsinde ise Shapiro hukukun; aileler, dernekler, şirketler, organize suç örgütleri gibi diğer gruplardan ne gibi farkları olduğuna bakarak hukukun hangi özelliklere sahip olduğu konusunda tespitlerde bulunur. Bu sayede hukukun karakteristik özelliklerini arayan kimlik sorusuna cevaplar vermeyi hedefler. Bunu yaparken önceki analizlerini belli tezlere dönüştürerek bu farklı toplumsal grup tiplerini karşılaştırır.

Shapiro'nun kuramında öne sürdüğü ilk tez *planlama tezidir (planning thesis)*. Planlama tezine göre hukuki faaliyet, bir toplumsal planlama faaliyetidir. Yasama faaliyetleri, mahkemelerin verdiği hükümler, idarenin işlemleri gibi faaliyetlerin hepsi toplumsal planlama faaliyetidir. Bunlar, hukuk sükelerine bu planlar doğrultusunda ne yapmaları gerektiğine dair kılavuzluk eder. Bazı hukuk kuralları “makul neden”, “ahlaka aykırılık” gibi geniş ve ahlaki kavramlar içerir. Bunlar da planın parçasıdır ve ilgili makamların takdirlerini kullanarak o plandaki boşlukları doldurmaya davet ederler. Planlar genellikle iç içe geçen kısmi parçalardan oluşur ve planın öngördüğü yetkili kişilerce zaman içerisinde doldurulmaları normaldir.⁵⁶⁶ Ancak bununla beraber hukukun yukarıda belirtilen işlevlerini yerine getirebilmesi için pozitif olması, doğası gereği bir zorunluluktur. Hukuk normların varlığı ve içeriği; karmaşık, tartışmalı ve takdiri değerlendirmelere başvurulmaksızın teşhis edilebildiği için bu sorunları çözebilir. Ahlaki kural veya ilkeler bu açıdan hukuktan farklıdır çünkü bunların teşhisinde pozitif kaynaklar olmadığından bu değerlendirmelerin kaçınılmaz olarak yapılması zorunludur. Bunlar hukukun özelliklerini taşımadıkları gibi hukukun çözüm getirdiği sorunları da kendi başlarına sona erdiremezler. Bu noktada hukukun belli ahlaki değerleri temsil ettiği fikri akla gelebilir. Bu doğrudur, ancak dolaylı bir sonuçtur. Hukuk doğrudan belli ahlaki değerleri ifade etmez. Hukuk, toplumsal planlama yaparak bu değerleri temsil eder. Örneğin hukuk, toplumsal cinsiyet veya kadın-erkek eşitliği konusundaki tutumunu, bunlar hakkında bazı dernekler gibi belli bir söylem ve farkındalık oluşturarak veya bazı toplumsal hareketler gibi belli talepler ve öneriler getirerek değil, evlilik yaşının

⁵⁶⁵ A.g.e., ss. 191-192.

⁵⁶⁶ Thomas P. Crocker, “Book Review: ‘Whom Should You Trust? Plans, Pragmatism, and Legality’”, *Tulsa Law Review*, Cilt: 47, Sayı: 1, 2001, ss. 214-215.

belirlenmesi veya iş yaşamının düzenlenmesiyle ortaya koyar. Bunlar da toplumsal planlama faaliyetleridir.⁵⁶⁷

Planlama tezinin altında yatan düşünce, bir hukuk normundan bahsedilebilmesi için söz konusu normun yöneldiği sùjelerin eylem muhakemelerinde pratik bir fark yaratması gerektiğidir. Bu, hukukun işlevini iyi veya kötü şekilde yerine getirmesinden ziyade kavramsal gerekliliğini yerine getirmesine dair zorunlu bir ölçüttür. Güncel hukuk felsefesi yazınında Shapiro'nun planlama tezi ve Raz'ın kaynaklar tezindeki bu düşünce *pratik fark tezi* (*practical difference thesis*) olarak da nitelenmektedir.⁵⁶⁸ Sert pozitivizm, Shapiro'nun da belirttiği üzere ahlaki ilkelerin bu farkı kendi başlarına yaratamadıklarını iddia etmektedir.

Planlama kuramında hukukun özelliklerine dair ikinci tez, *ortak kimlikli yapı tezidir* (*shared agency thesis*). Buna göre hukuki faaliyet ortaklaşa yapılan bir faaliyettir. Bu tezin doğruluğu iki olguya işaret edilerek gösterilebilir. Birincisi, bu tespit resmi devlet görevlilerinin birbirlerine bir grup olarak özel bir şekilde bağlı olduklarını ifade eder. Örneğin Fransız hâkimler, milletvekilleri ve devlet memurları birbirlerine bağlı bir gruptur. İngiliz hâkimler ise bu grubun dışında kalır. İkincisi, bu tespit hukukun tipik olarak yaptığı şeyleri nasıl yaptığını gösterir. Bu kişilerin faaliyetleri birbirlerine bağlı olarak gelişir ve birbirini takip eder. Hukuk gibi karmaşık bir faaliyet tek bir kişinin yapabileceği bir şey değildir. Resmi devlet görevlileri planlı bir yapı içerisinde kolektif olarak hareket ederek bunca zorlu sorunun altından kalkabilirler. Hukuk bu faaliyetleri belli makamlar oluşturarak, kurumsal bir çerçevede ve gerektiğinde zorlamaya başvurarak gerçekleştirir. Bu sayede ortaklığı muhafaza eder. Bu özellikleri ile hukuk, ebeveynlik müessesinden ayrılır çünkü aile içerisindeki ilişkiler zaman ve kişilere bağlı olarak değişip kendiliğinden kaybolur. Hukuk ise makamlar oluşturarak kişilerden bağımsız olarak varlığına devam eder. Hukuk, işleyişini teke tek bireysel direktifler ile yürütmekten ziyade genel kurallar ve standartlar belirleyerek sağlar. Bir şirketin veya bir derneğin de belli makamlar oluşturabileceği veya belli bir kurumsal yapı oluşturabileceği düşünülebilir. Hukuku bunlardan ayıran unsur ise olası zorlayıcı yönetim

⁵⁶⁷ Shapiro, **Legality...**, ss. 195-203.

⁵⁶⁸ Jules L. Coleman, "Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis", **Hart's Postscript: Essays on the Postscript to *The Concept of Law***, Editör: J. L. Coleman, New York: Oxford University Press, 2005, s. 101.

biçimidir⁵⁶⁹. Hukuk her ne kadar yaptırımlara zorunlu olarak başvurmasa da faaliyetlerinde süjelerinin rızalarını aramaz. Dernek veya şirketlerin yeleri ise belli zorlamalara tabi olsalar da son kertede ilişkilerini kendi rızaları ile sonlandırabilirler. Hukuk sistemleri bu açıdan aile ilişkilerine benzer. Ebeveynlerin otoritesi çocukların rızasına bağlı olmadığı gibi hukukun otoritesi de vatandaşların rızasına bağlı değildir. Buna karşın çocuklar büyüdükçe ebeveynlerin otoritesi zayıflar ve bir noktada kaybolur. Hukukun yetişkinler üzerinde dahi böyle bir otoriteye nasıl sahip olacağı sorusu kafa karıştırıcı gözükse de bu sorunun cevabı aslında yukarıda da ifade edilen kavramsal ayrımdadır. Hukuk, kendi hukuki bakış açısından sjeleri üzerinde ahlaki otorite iddia eder. Hukukun bu iddiasının ahlaken doğru olup olmadığı ise ayrı bir tartışmadır. Pekâlâ, süjelerin rızaları olsa dahi bu otorite iddiası haklı olmayabilir.⁵⁷⁰

Shapiro'nun hukukun özelliklerine dair üçüncü tezi *ahlaki hedef tezidir (moral aim thesis)*. Buna göre hukuki faaliyetin temel amacı, toplumda çözümü karmaşık, tartışmalı ve takdiri olan birçok önemli ahlaki sorunun varlığını ifade eden hukukilik koşullarına çözüm getirmektir⁵⁷¹. Bu tez, hukukun hiçbir zaman alternatif çözüm yöntemlerini bünyesine almadığı manasına gelmez. Örneğin birçok hukuk sistemi, iki veya daha çok tarafın anlaşmasına dayalı sözleşmeleri veya teamülleri tanır. Ancak bunların tam olarak başarılı olamadığı veya sorun yaşadığı durumlarda hukuk devreye girmek zorundadır. Aksi takdirde bu ciddi sorunlar çözümsüz kalır. Bununla beraber bu tez, hukukun her zaman bu sorunları olması gerektiği gibi çözdüğünü de söylemez. Hukukun getirdiği çözümler yanlış ve kötü de olabilir. Buradaki vurgu, hukukun bu çözüme yönelik iddiasıdır. Bu noktada yazarın bazı hukuki pozitivist kuramlardan ayrılarak hukuk sistemlerinin belli bir ahlaki hedefinin olduğunu ifade ettiğinin altını çizmekte fayda vardır. Hukuki pozitivizminde bu konuya çekingen yaklaşılmasının nedeni, hukuka herhangi bir hedef iliştilmesinin kuramın evrensellik ve kapsayıcılık niteliğine zarar verecek olacağı endişesidir. Shapiro, her ne kadar bu endişeyi haklı bulsa da söz konusu hedefin içeriğinin açık bırakılması durumunda bu sorunun oluşmayacağını söyler. Bunun da ötesinde hukuk sistemlerinin kendi kullandıkları kavramlar ve genel tutumları düşünüldüğünde

⁵⁶⁹ Schiavello, "Rule of Recognition, Convention and Obligation: What Shapiro Can Still Learn From Hart's Mistakes", s. 83.

⁵⁷⁰ Shapiro, **Legality...**, ss. 204-212.

⁵⁷¹ Diego M. Papayannis, "Legality: Between Purposes and Functions", **The Planning Theory of Law: A Critical Reading**, Editörler: D. Canale & G. Tuzet, Amsterdam: Springer Publishing, 2013, ss. 103-104.

hukukun bu ahlaki iddiasının kuramdan çıkarılmaması gerekir. Düşünür bu teze beraber hukuk sistemlerini sahip oldukları ahlaki kimlik nedeniyle organize suç örgütlerinden ayırır. Yakuza veya Sicilya Mafyası da sofistike örgütsel planlar ortaya koyabilir, belli makamlar oluşturabilir, kurumsal bir yapı içinde hareket edebilir ve belli bir bölgede kontrolü altındaki insanları zorlayarak onları yönetiyor olabilir. Ama bu suç örgütleri hukuk sistemleri değildir. Burada ifade edilmek istenen şey, organize suç örgütlerinin sonuç itibarıyla ahlaken kötü, hukuk sistemlerinin ise iyi olması değildir. Pekâlâ, bir suç örgütü, sosyal ağını geliştirmek için belli bir bölgede ahlaken iyi şeyler yapıyor da olabilir. Burada altı çizilmek istenen unsur, söz konusu örgütlenmenin hedefindeki iddiadır. Suç örgütleri, üzerinde etki sahibi oldukları toplumlardaki ahlaki sorunları çözmeyi hedeflemezler. Hukukun ise böyle bir iddiası vardır.⁵⁷²

Bu noktada resmi devlet görevlilerinin bu iddialarında samimi olup olmadıkları sorusu akla gelebilir. Yukarıda belirtildiği üzere resmi devlet görevlileri işlerinden yabancılaşmış olabilir ve görevlerini sadece para kazanmak için de yapıyor olabilirler⁵⁷³. Shapiro bu konuda resmi devlet görevlileri arasından en azından elitlerin bu iddiayı temsil etmeleri gerektiğini söyler. Kendi iç dünyalarında bunu samimi olarak hissetmiyor olabilirler ama dış dünyadaki eylemleri ile bu iddiayı desteklemelidirler. Gerçekten de bunun temsili birçok noktada görülür: yasa koyucuların şaşalı yemin metinleri, seremoniler, anayasaların giriş bölümleri, hâkimlerin kıyafetleri, hukuki mekânlardaki dini veya ahlaki sembollerin varlığı, adliye binalarının anıtsal mimarisi gibi. Hukukun dilindeki “hakkı olma”, “yükümlü olma” gibi kavramlar üzerinden gerekçelendirmelerin yapılması da bu ahlaki boyutu yansıtır. Hukuk salt güç diliyle kendisini ifade etmez.⁵⁷⁴

Shapiro bu başlıkta son olarak, hukukun içindeki yapıların hukuk sistemi kimliği taşıyıp taşımadığını inceler. Örneğin federal bir devlet yapısında eyaletlerin de kendi hukuk sistemleri vardır. Bir hukuk sisteminin mutlaka belli bir bölgede en üst otorite sahibi olmasına gerek yoktur. Ancak bu mantıkla derneklerin veya vakıfların da birer hukuk sistemlerinin olduğu da akla gelebilir ki bu doğru olamaz.

⁵⁷² Nigel E. Simmonds, “The Logic of Planning and the Aim of the Law”, **University of Toronto Law Journal**, Cilt: 62, Sayı: 1, 2012, ss. 265-267.

⁵⁷³ Shapiro, “What is the Rule of Recognition (and Does it Exist)?”, ss. 254-255.

⁵⁷⁴ David Plunket, “Legal Positivism and the Moral Aim Thesis”, **Oxford Journal of Legal Studies**, Cilt: 3, Sayı: 3, 2013, s. 593.

Yazarın bu soruna getirdiği çözüm geçerlilik karinesi ölçütüdür. Buna göre eğer bir sistemin oluşturduğu kurallar, onun öngördüğü kurallara uygun bir şekilde oluşturulması durumunda üst sistem tarafından karine olarak geçerli addediliyor ise o zaman diğer şartları da taşıması halinde bu yapının bir hukuk sistemi olarak nitelenmesi doğru olur. Hukuk sistemlerinden bahsedilebilmesi için mevzubahis yapıların yaptıkları işlemler için başka bir yapıdan icazet almaksızın bunları kendi kendilerine tasdik edebiliyor olmaları gerekmektedir. Federal sistemlerde eyalet kanunlarının federal hukukla uyumlu olduğu karinesi vardır. Tabii ki bu karine, belli usuller ile yürütülebilir ama bu olana kadar eyalet kanunu o sistemin kanunu olarak geçerli olur. Bir emekliler derneğinin kendi dernek lokali dâhilinde esrar kullanımını serbest bırakma kararı ise böyle bir karineden yararlanmaz. Bununla beraber Shapiro, hukukiliğin ikili bir kategori olmaktansa dereceli bir nitelik olduğunu belirtir. Örneğin spor federasyonları bazı konularda geçerlilik karinesine sahip oldukları gibi yargılama tekeline de sahip olduklarından hukuk sistemlerine benzer iken kapsamlarının dar olmasından dolayı hukuk sistemi niteliğinden uzaklaşırlar.⁵⁷⁵ Diğer taraftan belli federe devletlerin sahip olduğu bu özelliğin kapsamı daraldıkça, onlar da hukuk sistemi niteliğinden uzaklaşabilirler.

Tüm bu analizler bir araya getirilirse hukuk, “bir kurum veya sistem olarak”, alternatif toplumsal planlama şekilleri ile çözülemeyen veya o kadar iyi çözülemeyen ahlaki sorunları çözme hedefini taşıyan, kendi kendisini tasdik etme niteliğine sahip, gerektiğinde zorlayıcı bir planlama örgütüdür.⁵⁷⁶ Diğer yandan hukuk, “bir yasa veya norm olarak”, ya söz konusu ahlaki hedefleri taşıyan, kendi kendisini tasdik etme niteliğine sahip ve zorlayıcı planlama örgütünün mastır planının parçaları (1) ya bu mastır plana uygun şekilde oluşturulmuş ve uygulanması gereken planlar (2) ya da mastır plan tarafından uygulanması öngörülen plan benzeri normlardır (Plan benzeri normların başında örf ve adet hukuku vardır) (3)⁵⁷⁷⁵⁷⁸.

Planlama kuramındaki hukuki normlar gündelik hayattaki plan tipleri ile ifade edildiğinde bunların nitelikleri netleşecektir. Hukuktaki en temel plan tipi

⁵⁷⁵ Shapiro, **Legality...**, ss. 220-224.

⁵⁷⁶ **A.g.e.**, s. 225.

⁵⁷⁷ David Plunkett, “Planning Theory of Law II: The Nature of Legal Institutions”, **Philosophy Compass**, Cilt: 8, Sayı: 2, 2013, s. 160.

⁵⁷⁸ Shapiro, örf ve adet hukukunu “plan” olarak değil, “plan benzeri normlar” olarak niteler. Çünkü örf ve adetler plan olması için iradi olarak oluşturulmuş normlar değildir. Diğer taraftan örf ve adetler de planlar gibi toplumsal planlama faaliyetlerinde işlev gördüklerinden “plan benzeri” normlardır. **A.g.e.**

direktiflerdir. Hukuk, belli şeyleri yapmaları veya yapmamaları konusunda sjeleri yükümlü kılar. Örneğin belli tarihlerde belli oranlarda vergi ödenmesinin talep edilmesi, belli uyuşturucuların kullanımının yasaklanması, direktiflerdir. Bazı durumlarda ise hukuk, belli eylemlerde bulunup bulunmamak konusunda kişileri serbest bırakır. Bu tip planlar izinlerdir. Kişi hak ve özgürlükleri bu kapsamdadır. Hukuk, belli alanlarda da planların özel olarak nasıl uygulanacağına dair belli formüller oluşturur. Örneğin evliliğin bir erkek ile bir kadın arasında olması gerektiğini veya tarafların on sekiz yaşından büyük olması gerektiğini ifade eden kurallar evlendirme işleminin hangi ölçütler aranarak gerçekleştirileceğini planlar. Belli hallerde ise hukuk, kişilere planlama gücü tanıyarak onları yetkilendirir. Örneğin yasama organının kanunları değiştirme ve yenilerini oluşturma yetkisi, polislerin silah kullanma yetkisi, fiil ehliyetine sahip olan kişilerin vasiyetname düzenleme yetkisi bu kapsamdadır. Bu yetkilendirmeler çoğu zaman belli yönergeler ile beraber gelir. Yönergeler yetkilerin nasıl kullanılacağı konusunda yükümlülükler getirir. Örneğin yasama organının kanunları belli bir yeter sayı ve çoğunlukla kabul etmesinin gerekmesi, polislerin silah kullanmadan önce şiddet içermeyen yolları deneme gerekliliği, fiil ehliyetine sahip olan kişilerin vasiyetnamelerini kanundaki şartlara göre düzenlemeleri bu kapsamdadır. Bu yönergelere bağlı kalınmaz ise işlem geçersiz olur. Bazı hallerde ise hukuk, plan uygulayıcıların karar verme aşamalarında belli unsurlara ağırlık vererek değerlendirme yapma konusunda yükümlü kılar. Örneğin orantılılık ilkesi doğrultusunda hâkimler takdirlerinde hkmedecekleri karşılıklı edimlerin dengeli olmasına dikkat eder veya bir ceza davasında yaptırımın belirlenmesi aşamasında sanığın tahrik altında olup olmadığının mahkeme tarafından değerlendirilecek olması bu kapsamdadır. Dworkin'in üzerinde durduğu ilkeler işte bu işlevi grrlr. Shapiro, tıpkı planların girift olabileceği gibi hukuk kurallarının da çoğu zaman girift olabileceğini belirtir. Bir kural yukarıda sayılan unsurlardan birden fazlasını bünyesinde barındırabilir.⁵⁷⁹

Shapiro, yukarıdaki açıklamaları ile ağırlıklı olarak hukukun kimliği sorusuna cevap vermeye gayret etmiştir. Bu tespitler her ne kadar hukuk hakkında bir takım tutarlı veriler sağlasa da kendiliğinden pratik unsurlar sunmamaktadır. Yazarın hukuk felsefesindeki çıkarım sorusuna cevaplar getirdiği esas alan ise hukukun

⁵⁷⁹ Shapiro, **Legality...**, ss. 226-230.

yorumlanması konusudur⁵⁸⁰. Bir sonraki bölümde düşünürün bu başlıktaki görüşleri incelenecektir.

2.1.2.4. Hukukun Yorumlanması

Shapiro'nun hukukun yorumlanmasına dair görüşleri üç aşamada şekillenmektedir. Bu alt başlıkta ilk önce *Dworkin'in yorum kuramının eleştirisi* (I) ele alınacaktır. İkinci olarak, Shapiro'nun kendi yorum kuramını sunarken Dworkin'de eleştirdiği unsurların giderilmesi için kullandığı *güven ekonomisi* (II) kavramı açıklanacaktır. Üçüncü ve son olarak da yazarın kendi yorum kuramını ifade eden *planların yorumlanması* (III) yaklaşımı incelenecektir.

Dworkin'in yorum kuramının eleştirisi (I) bahsine Shapiro, Dworkin'in formalistler ile bir konuda hemfikir olduğunu belirtir. Bu da hukukun her olayda tek bir doğru cevap barındırdığı ve hâkimlerin bu tek doğru cevaba yöneldiği düşüncesidir. Dworkin'e göre aksi takdirde hâkimlerin güçlü takdir yetkisi kullandıklarını kabul etmek gerekir. Bu da hem hukuk anlayışına aykırı hem de demokratik ilkelere ters olur. Shapiro, hukuki pozitivistlerin iki şekilde buna karşı çıktığını söyler. Yumuşak pozitivizm, Dworkin'in tek doğru cevap tezini ve ilkelerin hukuktaki rolünü teslim eder ancak ilkelerin de nihayetinde tanıma kuralı tarafından geçerli kılınması gerektiğinde ısrar eder. Bu şekilde yumuşak pozitivizm, hukuki olguların her ne kadar toplumsal olgular ile belirlendiği iddiasını devam ettirse de bu olguların ahlaki normları tanınması halinde bunların da hukuk normları haline geldiğini kabul eder. Sert pozitivizm ise Dworkin'in bu argümanlarını reddettiği gibi, tek doğru cevap tezine ve hâkimlerin güçlü takdir kullanamayacağı veya kullanmadığı iddiasına da itiraz eder. Sert pozitivizm bu açıdan hukuki bir normun toplumsal bir soyağacının olması gerektiği gibi sadece toplumsal olgular ile teşhis edilebilir olması gerektiğini de savunur.⁵⁸¹

Shapiro bu son unsuru kendi kuramı ile bağdaştırır ve sert pozitivist yaklaşımı benimser. Yazara göre planlamanın mantığı gereği bir planın varlığı ve içeriği, planın

⁵⁸⁰ Giorgio Pino, “‘What’s the Plan?’: On Interpretation and Meta-interpretation in Scott Shapiro’s *Legality*”, **The Planning Theory of Law: A Critical Reading**, Editörler: D. Canale & G. Tuzet, Amsterdam: Springer Publishing, 2013, s. 190.

⁵⁸¹ Shapiro, **Legality...**, ss. 262-274.

hükme bağlamayı hedeflediği olgular tarafından belirlenemez. Eğer bu olgular değerlendirilecek ise zaten ortada bir planın varlığından söz edilemez. Hukukun da amacı belli ahlaki sorunları hükme bağlamak ise o zaman bu hukuki normların varlığı ve içeriğinin belirlenmesi için ahlaki değerlendirmelere ve tartışmalara başvurulması, söz konusu normların kavramsal manasını boşa çıkarır.⁵⁸²

Shapiro'ya göre, hukuki pozitivistin her iki tipi de Dworkin'in ilk eleştirilerine kolaylıkla karşılık verir. Ancak Dworkin'in geç dönem felsefi yazınındaki gelişen argümanındaki eleştirisi, hukuki pozitivism için daha zorludur. Bu da hâkimlerin arasındaki kuramsal anlaşmazlıklar ve hukuktaki yorum tartışmalarıdır. Örneğin birçok davada vakaya uygulanacak olan kanunun lafzi olarak mı yoksa amaçsal olarak mı yorumlanacağı tartışma konusu olur. Dworkin bunun ister istemez ahlaki bir tartışma olduğunu savunur.⁵⁸³

Dworkin'in bu ikinci itirazı doğrudan yorumsal faaliyet ile ilişkilidir. Bu argüman, hukuktaki kuramsal anlaşmazlıklara işaret ederek tanıma kuralının kendisi hakkında bir anlaşma olamayacağını ve yargılama sürecinde kendini gösteren hukukun kaçınılmaz olarak siyasi ahlak değerlendirmeleri ile iç içe olduğunu iddia eder. Buna karşın hukuki pozitivism, hâkimlerin kuramsal anlaşmazlıklar hakkındaki tartışmalarında hukukun temellerine dair bu savlarını açıklayacak kavramsal alan bırakmamaktadır. Dworkin'e göre hukukun içeriğinin belirlenmesi için hukuku yorumlayanların, önceki yargı kararlarına hem uyan hem de onları meşrulaştıran ahlaki olguları bulmaları gerekir.⁵⁸⁴ Bu çalışmanın ilk bölümünde de belirtildiği üzere Dworkin'in bu ikinci eleştirisi hukuki pozitivistin konvansiyon tezine çürütme getirdiği gibi ayrılık ve toplumsal olgu tezlerini de hedef almaktadır.

Shapiro bu itirazı ele alırken öncelikle Dworkin'in kullandığı kavramları da kapsayan daha nötr bir kavram çerçevesi belirler. Yazar Dworkin'in vurgu yaptığı kuramsal anlaşmazlıkları *meta-yorum (meta-interpretation)* tartışmaları olarak niteler. Örneğin bir vakada lafzı yorum mu yoksa amaçsal yorum mu kullanılacağı tartışması, bu tip bir tartışmadır. Meta-yorum tartışmaları bu soruya cevap vermeye

⁵⁸² Scott J. Shapiro, "Was Inclusive Legal Positivism Founded on a Mistake?", *Ratio Juris*, Cilt: 22, Sayı: 3, 2009, ss. 333-334.

⁵⁸³ Shapiro, "The 'Hart/Dworkin' Debate: A Short Guide for the Perplexed", ss. 35-39.

⁵⁸⁴ Shapiro, "What is the Rule of Recognition (and Does it Exist)?", ss. 248-250.

ve dolayısıyla hangi yorum yaklaşımının vakaya uygun olduğuna yönelik açıklamalar getirmeye çalışır. Dworkin'in kendi kuramı ahlaki argümantasyona açık olduğundan dolayı meta-yorum tartışmalarına da yer açmaktadır.⁵⁸⁵

Shapiro'nun Dworkin'in kuramına getirdiği ilk eleştiri, Dworkin'in meta-yorum yaklaşımının hukukun ana amacına ters olmasıdır. Dworkin'in kuramı önceki bölümlerde de açıklandığı üzere inşacı bir yaklaşımdır ve hukukunun en iyi ışık altında ele alınmasını savunur. Ancak hukukun toplumsal planlama vasıtasıyla belli sorunlara çözüm getirme hedefine ulaşabilmesi için, koyduğu yasaların, uygulama aşamasında tekrar bu sorunların değerlendirilmesine başvurulmaksızın teşhis edilebilir gerekir. Planlar zaten bunların değerlendirilmesi sonucunda hükme bağlanmış çözümlerdir. Bu değerlendirme faslını tekrar açmak, planlama mantığına ve hukukun temel işlevine terstir. Dworkin'in kuramı ise yorumda kaçınılmaz ve asli olarak ahlak ve siyaset felsefesine girdiğinden dolayı hukukun bu amaçları boşa çıkar.⁵⁸⁶

Shapiro, eleştirisine Dworkin'in kuramında kullandığı bir unsur ile argümanının geneli arasındaki çelişkiye işaret ederek devam eder. Dworkin yorum kuramında, yoruma konu olan nesneyi yaratanın amacının, o nesnenin kendisinden bağımsız yorumcular tarafından en iyi ışık altında ele alınması olduğunu ifade eder. Dworkin'e göre tam da bu nedenden dolayı hukuk kuralları bu şekilde yorumlanmalıdır. Shapiro, Dworkin'in bu ön kabulünün yanlış olduğunu ileri sürer. Kanun koyucuların, yarattıkları yasaların hâkimler veya hukuk sâjeleri tarafından en iyi ışık altında sunulmasını istediklerini söylemek hiç makul değildir. Çünkü bu yaklaşım kanun koyucuların, ancak hukuk uygulayıcılarının felsefi yetkinliklerine, etik karakterlerine, değerler ve menfaatler konusunda kendileri ile hemfikir olmalarına büyük güven duymaları halinde mümkün olabilir. Shapiro, Amerikan hukuk sisteminin de örnek olarak gösterilebileceği birçok sistemde böylesi bir güven ve ortak değerler çerçevesinin olmadığından dolayı Dworkin'in açıklamalarının doğru bir kuram olarak kabul edilemeyeceğini savunur.⁵⁸⁷

⁵⁸⁵ Shapiro, **Legality...**, ss. 302-306.

⁵⁸⁶ Ian P. Farrell, "On the Value of Jurisprudence: Review of *Legality*, Scott Shapiro", **Texas Law Review**, Cilt: 90, Sayı: 1, 2011, ss. 218-219.

⁵⁸⁷ Shapiro, **Legality...**, ss. 312-313.

Amerikan hukuk sisteminin tarihsel gelişimi Shapiro açısından bu konuyu iyi bir şekilde temsil etmektedir. Bu sistemin başlangıcında, Amerikan bağımsızlık savaşı ile beraber İngiliz kralına yönelik bir tepki doğduğundan, sistemdeki ilk yaklaşım yürütmenin kısıtlanması olmuştur. Fakat bir süre sonra, yasamayı oluşturan temsilcilerin de belli menfaat gruplarına hizmet etmesi sonucunda sistem, yasama meclisini de sınırlayarak halkın dolaysız biçimde karar verici konuma geçebildiği doğrudan demokrasi konvansiyonlarına yetkiler vermiştir. Ancak bu konvansiyonlar da bir süre sonra borçların silinmesi, genel aflar gibi arzu edilmeyen sonuçlar doğurmuştur. En sonunda Amerikan anayasası, güçler ayrılığı ve güçler dengesi ilkeleri ile farklı erklere farklı yetkiler verecek ve birbirlerini denge-kontrol mekanizmaları ile denetlemelerine imkân sağlayacak şekilde tasarlanmıştır. Görüldüğü üzere Amerikan hukuk sistemi farklı kesimlere güven ve güvensizlik aşamalarından geçmiş, bu doğrultuda da gücü dağıtmıştır. Sistemi tasarlayanlar, belli makamlarda bulunacak kişilerin hukuku genelin iyiliği için kullanıp uygulayacağı konusunda yetkinlik sahibi olduklarını düşünseler de aynı kişilerin sınırlanmadıkları durumda güçlerini kötüye kullanabileceklerinin de bilincinde olmuşlardır.⁵⁸⁸

Amerikan sistemine has olmayan bu tarihsel süreç, devlet gücünün kullanımına dair yaygın bir güvensizlik olduğunu göstermektedir. Shapiro'ya göre bu durum, Dworkin'in en iyi ışık yaklaşımı ile çelişir. Ne anayasa koyucular ne de kanun koyucular, insanların kendi hukuki hak ve ödevleri hakkında akıl yürütürken bunu felsefi açıdan doğru bir şekilde yapabilecekleri konusunda onlara tam bir güven duyar. Devlet adamlarının ve vatandaşların haklarını kullanma kisvesi altında kendi menfaatleri peşinde koşmayacaklarına dair tam bir güvenden bahsedilemezken kendi ödevlerini doğru olarak belirleme konusunda tam bir güvenin olması mümkün değildir.⁵⁸⁹

Dworkin bu itiraza kuramındaki bir diğer unsur olan uygunluk ölçütü ile karşılık verebilir. Buna göre hukuki pratiği en iyi ışık altında ele alan ilkeler aynı zamanda mevcut pratiğe uygun da olmalıdır. Fakat Shapiro'ya göre bu iki ölçütün doğru noktada dengelenmesi oldukça felsefi bir değerlendirme gerektirir. Bu durum da aynı diğer ölçütte olduğu gibi hâkimlere muazzam bir takdir alanı verir. Hâkimler

⁵⁸⁸ A.g.e., ss. 314-324.

⁵⁸⁹ Thomas R. Bustamante, "Legality by Scott Shapiro (Book Review)", **Legal Studies- The Journal of the Society of Legal Scholars**, Cilt: 32, Sayı: 1, 2012, ss. 503-504.

bu alanda kendi değer yargılarını ön plana alarak güçlerini kötüye kullanabilir. Üst mahkemeler tabii ki belli bir denetim sağlayabilir ancak Dworkin'in kuramı onlara elverişli araçlar sağlamaz. Bu yaklaşım çok soyut ve felsefi olduğundan olağan kurumsal denetim mekanizmalarında kullanılması imkânsızdır. Bu makamlarda bulunan kişilerin de samimi bir biçimde gerekçelendirilmiş iyi bir felsefi argüman ile sinsi bir şekilde çarpıtılmış kötü bir felsefi argüman arasındaki farkı kolaylıkla tespit etmeleri zordur.⁵⁹⁰

Shapiro'ya göre Dworkin'in kuramında resmettiği yorumda ortaklaşma süreci de gerçekçi değildir. Dworkin, tek doğru cevap tezini destekleyecek şekilde hâkimlerin bu yorumsal faaliyette sahip oldukları ortak değerler, inançlar ve menfaatler arka planından dolayı ortak doğrularda buluşacaklarını savunur. Ancak Shapiro, bunun mevcut durumdan çok uzak olduğunu belirtir. Dworkin'in vatandaşı olduğu Amerika Birleşik Devletleri'ndeki hukukçular arasında bile muhafazakâr-liberal ayrımı oldukça derin ve aşikârdır. Dworkin her ne kadar kanun koyucuların bir kanun yaparken onun kendi başına bir varlığının olmasını istedikleri konusunda hak sahibi olsa da bu kanunun yorumlanmasında neredeyse sınırsız bir güvenle diğerlerine imtiyaz verme gibi bir iradelerinin olduğu söylenemez. Hatta Dworkin'in argümanlarındaki unsurlar ile ifade edilirse, yazarın meta-yorum kuramı kendi uygunluk ölçütü nedeniyle başta Amerikan hukuk sistemi olmak üzere birçok hukuk sistemi için doğru bir yaklaşım olamaz. Çünkü bu sistemlerdeki hukuki pratikte, güç sahibi makamlara karşı güvensizlik vardır veya en azından mutlak güven duyulmaz. Sonuç olarak Shapiro, Dworkin'in kuramının hukuktaki güven unsurunu ciddiye almadığı için doğru bir yorum yaklaşımı olarak kabul edilemeyeceği sonucuna varır.⁵⁹¹

Güven ekonomisi (II) bahsinde Shapiro, Dworkin'e karşı eleştirilerinde işaret ettiği güven unsurunun yorumda nasıl bir rol oynadığını açıklar. Yazar kendi meta-yorum kuramında hukuk sistemlerini bir *güven ekonomisi* (*economy of trust*) olarak ele alır. Yazara göre doğru bir meta-yorum kuramının Dworkin'in düştüğü hatayı düzeltmesi için hukuktaki güven ekonomisini dikkate alması gerekir. Çünkü bu unsur hukukta ciddi etkiler yaratmaktadır. Hukuk sistemleri, makamlara duydukları güven ve güvensizliğe bağlı olarak takdir alanlarını arttırır veya azaltır. Hukuk bu açıdan

⁵⁹⁰ Shapiro, **Legality...**, ss. 326-327.

⁵⁹¹ **A.g.e.**, ss. 327-330.

bakıldığında güven yönetiminde bulunur. Yetkinlik, karakter gibi özelliklerin herkeste azami seviyede olmamasından dolayı hukukun bu durumları hükme bağlaması çok normal ve gereklidir. Hukuk, hukukilik koşullarında mevcut olan ahlaki sorunları hükme bağlama işlevi görür.⁵⁹²

Shapiro, sistemin güven yapısı ile doğru yorum metodu arasındaki bağlantıyı göstermek için bir örnek verir. Yazar bu örnekte hukuk sisteminin kurucularının, ele aldıkları sorunların çözümüne dair uygulamalarda resmi devlet görevlerine ciddi bir güvensizlik duyduklarını betimler. Bu kapsamda iktidar sistemdeki birçok erke bölüştürmüştür, yasama zorlu şekil şartlarına tabidir, takdirin yanlış kullanılması durumunda ciddi yaptırımlar öngörülmüştür ve kanunlar çokça özel hüküm içermektedir. Ama bu resmi devlet görevlilerinin, kanunlardaki yetki ve takdir alanı sağlayan hükümleri oldukça geniş, sınırlamaları da dar yorumladıkları ve kanunların uygulamasından kaynaklanan sonuçlardan en ufak rahatsızlık duymaları halinde kanunların lafzından farklı kararlar verdikleri farz edilsin. Bu durumda kurulu sistemin birçok amacı gerçekleşemez. Toplumsal yaşamlarında resmi devlet görevlilerinin istismarından endişe edenlerin güvenliği, bunları denetlemeyi ve öngörülen sonuçları arzulayan toplumun haklı beklentisi, zorlu ahlaki sorunları çözmekte tam yetkin olmayan makam sahiplerinin ihtiyaç duydukları yönlendirmeler gibi pek çok unsur böyle bir yorum metodolojisinin benimsenmesi ile gerçekleşemez. Sistemin kurumsal tasarımı ile yorum metodolojisi bu örnekte açıkça çatışmaktadır. Farklı sonuçlara yol açsa da buna benzer bir durum resmi devlet görevlilerine çokça güvenen ancak yorum metodolojisi olarak oldukça kısıtlayıcı bir yaklaşımın seçilmesinde de gerçekleşecektir.⁵⁹³

Yazarın *Tanrı'nın gözü (God's eye)* olarak nitelediği bu yaklaşımın sorunu, hâkimlerin sistem içerisindeki güvenilirlik ve buna bağlı olan yetkinlik seviyelerini kendi kendilerine belirleyebilecekleri iddiasından gelir. Bu iddia planlamanın genel mantığı ile çelişir. Shapiro'ya göre bu yaklaşım, kavramsal olarak çelişkili olduğu kadar meşruluk açısından da sorunludur. Demokratik iktidarların yönetme hakları bu tip bir yorum tekniği ile ortadan kalkmış olur. Dolayısıyla Tanrı'nın gözü yaklaşımı, hukukun yapması gereken şeyleri yapmasına müsaade etmediği gibi meşru otoritelerin yönetim haklarını da ihlal eder. Shapiro'ya göre Tanrı'nın gözü

⁵⁹² A.g.e., ss. 332-339.

⁵⁹³ Shapiro, "What is the Rule of Recognition (and Does it Exist)?", ss. 261-263.

yaklaşımını benimseyen hukuki pragmatizm de bu sebeple yanlış bir yargılama kuramıdır ve hukuktaki güven ekonomisine terstir.⁵⁹⁴

Yazar, bu karşıtlıkları açıkladıktan sonra güven ekonomisinin mantığına uygun yorum metodolojilerini açıklar. Bunlardan birincisi *planlamacılar metodudur* (*planners method*). Bu yaklaşım, söz konusu hukuk sistemindeki hâkimlerin ve diğer resmi devlet görevlilerinin takdir kapsamını, “planlamacıların” veya başka bir deyişle sistemin kurallarını “tasarlayanların” hukuk sisteminde rol oynayanlara duydukları güvene göre belirler.⁵⁹⁵ Bu bağlamda planlamacılar veya tasarlayanlar; sistemin kurumlarını yaratan, değiştiren, lağveden veya kurumsal ilişkileri etkileyenlerdir. Bu kapsamda anayasa koyucular olduğu gibi, önemli kuralları yasama faaliyeti ile oluşturan parlamento, idari yapılarda değişiklikler yapabilen yürütme erki, kurumsal değişikliklere sebep olabilecek kararlar alabilen mahkemeler ve anayasa veya önemli yasaları doğrudan referandumla değiştiren seçmenler de vardır.⁵⁹⁶

Planlamacılar metodunun doğru yöntem olup olmadığının değerlendirmesinde iki ihtimal vardır. Birinci ihtimalde, resmi devlet görevlilerin ağırlıklı çoğunluğu, sistemin kurallarının yüksek bir ahlaki otorite ve yargıya sahip kişiler tarafından oluşturulduğunu kabul eder veya ediyormuş gibi davranır. Shapiro’ya göre bu durum bir *otorite sistemidir* (*authority system*). İkinci ihtimalde ise, sistemin kurallarını oluşturanlara ahlaki bir değer atfedilmez. Onların ahlaki üstünlüğünün kabulü söz konusu değildir. Bu durumda bir *fırsatçı sistem* (*opportunistic system*) mevzubahis olur. Resmi devlet görevlileri, kuralları koyanlara özel bir değer atfetmez ama kuralların kendilerini ahlaken iyi veya kötünün iyisi bulurlar ve onları uygularlar. Bir sistemin otorite sistemi mi yoksa fırsatçı bir sistem mi olduğu, resmi devlet görevlilerinin sistemin kurallarını koyanlara yönelik tutumlarının ve dolayısıyla toplumsal olguların araştırılması ile bulunabilir.⁵⁹⁷

Planlamacılar metodu, güven ekonomisinin, sistemin planlamacılarının (tasarımcılarının) sistemdeki aktörlere yönelik takındıkları güven tutumlarına göre

⁵⁹⁴ William A. Edmundson, “Shmegality”, *Jurisprudence*, Cilt: 2, Sayı: 1, 2011, s. 287.

⁵⁹⁵ Shapiro, *Legality...*, ss. 345-350.

⁵⁹⁶ *A.g.e.*, s. 356.

⁵⁹⁷ Joshua P. Davis, “Legality, Morality, Duality”, *Utah Law Review*, Cilt: 55, Sayı: 1, 2014, s. 72.

oluşturulması ve anlaşılması gerektiğini öngördüğü için, otorite sistemlerine uygun düşer çünkü bu sistemlerde planlamacıların meşru otoritesinin olduğu kabul edilir. Buna karşılık Shapiro'ya göre fırsatçı sistemlerde resmi devlet görevlileri açısından planlamacıların ahlaki bir otoritesi olduğundan bahsedilemeyeceği için burada *katılımcılar metodu* (*participants method*) kullanılmalıdır. Katılımcılar metodunda güven ekonomisi o sistemdeki resmi devlet görevlilerinin ağırlıklı çoğunluğunun yani “uygulayıcıların” sistemdeki aktörlere yönelik takındıkları güven tutumu ile belirlenir. Bu bağlamda yazar, aktörler unsuru ile ilgili sistemde fiil ehliyetine sahip herkesi ifade eder. Bunun içinde resmi devlet görevlileri olduğu gibi sıradan vatandaşlar da vardır.⁵⁹⁸

Shapiro, en azından Amerikan hukuk sisteminin bir otorite sistemi olduğunu çünkü Amerikan resmi devlet görevlilerinin Amerika'nın kurucu babalarına olan saygısının aşikâr olduğunu belirtir⁵⁹⁹. Bu durum tasarlayıcıların gerçekten ahlaki oldukları manasına gelmez. Aslına bakılırsa Amerika'nın kurucu babalarının çoğunun oldukça sorunlu görüşleri vardır ve bazıları köle sahibi olmuştur. Bu tespit sadece bir olgu olarak resmi devlet görevlilerinin bunları ahlaki otorite olarak kabul etmelerini ifade eder. Örneğin hiç de meşru olmayan bir darbe sonrasında resmi devlet görevlileri samimi veya göstermelik olarak anayasa koyucu darbecileri ahlaki otorite olarak kabul ederse bu sistem otorite sistemi olur. Ancak zaman geçtikçe resmi devlet görevlilerinin anayasa koyuculara yönelik tutumunun değişmesi durumunda fırsatçı bir sistemden bahsedilebilir. Örneğin Türkiye'nin hukuk sistemi ele alınırsa, 82 Anayasasının kabulünden sonraki dönemde resmi devlet görevlilerinin darbe yönetimini ahlaki otorite olarak benimsemeseler bile en azından onları meşru otorite olarak kabul ediyor gibi davrandıklarından bu dönem bir otorite sistemidir. Fakat daha sonra bu yönetimin etkisi kayboldukça anayasa koyuculara olan ahlaki tutumun değiştiği ve sistemin fırsatçı bir nitelik aldığı söylenebilir. Günümüzde ise yeni yapılan anayasa değişiklikleri ve bürokrasideki yaşanan ciddi değişiklikler sonunda resmi devlet görevlilerinin tutumu Türkiye'deki hukuk sistemini tekrar bir otorite sistemi haline getirmiştir denilebilir.

⁵⁹⁸ Shapiro, **Legality...**, ss. 350-356.

⁵⁹⁹ Walter Kendall III, “Lawness: What Is It? Why Should I Care?: Review of *Legality*, Scott Shapiro”, **H-Law, H-Net Reviews**, 2011, <http://www.h-net.org/reviews/showrev.php?id=33551> (Son erişim tarihi: 1.6.2019)

Güven ekonomisi sadece resmi devlet görevlilerinin takdir alanı açısından önem arz etmez. Planlama kuramında hukuk sistemi, kurumlardaki resmi devlet görevlileri kadar sıradan vatandaşları da kapsayan bir güven ekonomisidir. Bu nedenle sistemin vatandaşlara ne kadar güvendiği de sonuç doğurur⁶⁰⁰. Örneğin Amerikan hukuk sisteminde bireylerin kişisel tercihlerine ve sorumluluklarına yüksek bir güven olduğu gibi şirketlere de ekonomik faaliyetleri makul ve olması gerektiği gibi yürütmeleri konusunda büyük bir güvensizlik duyulmaz. Böylesi bir sistemde sözleşmelerin yorumlanması, ekonomik kararlar verme konusunda sistemin tasarımcıları veya resmi devlet görevlileri tarafından vatandaşlara yüksek bir güvenin duyulmadığı ve özellikle büyük şirketlere güvensizliğin olduğu bir sistemdekinden farklı olacaktır.

Planların yorumlanması (III) bahsinde Shapiro, toplumsal planlama olarak ele aldığı hukukun nasıl bu güven ekonomisi düşüncesi ile uyumlu olarak somut vakalarda uygulanabileceği sorununa eğilir ve kendi kuramının yorum aşamalarını açıklar. Yazara göre meta-yorumcu, yorum yaparken üç aşamadan geçmelidir. Bunlar; *belirleme (specification)*, *çıkartma (extraction)* ve *değerlendirmedir (evaluation)*⁶⁰¹. Aşağıda bu aşamaların planlamacılar metodunun uygulanması halinde nasıl işleyeceği incelenecektir. Katılımcılar metodunun uygulanması halinde ise aynı aşamaların işleyişindeki tek fark, planlamacılar metodundaki planlamacılar (tasarımcılar) unsurunun uygulayıcılar (mevcut resmi devlet görevlileri) ile değiştirilmesidir.⁶⁰²

Shapiro'nun meta-yorum kuramının belirleme aşamasında yorumcu, ele alınan yorumsal süreçlerde ihtiyaç duyulacak yetkinlik ve karakter özelliklerinin neler olduğunu belirler. Bu aşamada ihtimal dâhilindeki farklı yorum tekniklerini başarılı bir şekilde uygulamak için ne tip ve ne seviyelerde uzmanlık gerektiği düşünülmelidir.⁶⁰³

⁶⁰⁰ Shapiro, *Legality...*, ss. 355-356.

⁶⁰¹ Sandy Steel, "Shapiro's Planning Theory of Law", *McBrides Guides*, 2014, <https://mcbridesguides.com/wp-content/uploads/2014/08/shapiros-planning-theory-of-law> (Son erişim tarihi: 1.6.2019)

⁶⁰² Pino, "'What's the Plan?': On Interpretation and Meta-interpretation in Scott Shapiro's *Legality*", ss. 192-193.

⁶⁰³ Shapiro, *Legality...*, s. 360.

Yazara göre çoğu yorum tartışmasında bu aşamanın ele aldığı meseleler ön plana çıkar. Örneğin amaçsal yorum, yorumu yapacak kişinin oldukça yüksek yetkinlik ve karakter özelliklerine sahip olmasını gerektirir. Bundan dolayı da hata ve istismara daha açıktır. Tarihsel yorum metodu bundan daha az bir yetkinlik ve karakter özelliği gerektirdiğinden amaçsal yorum taraftarları tarafından da destekleyici bir unsur veya bir ilk tercih olarak kullanılmıştır. Diğer yandan lafzi yorum taraftarları, amaçsal yorumun gerektirdiği yetkinlik ve karakter özelliklerinin hâkimlerin sahip olduğundan çok daha yüksek olduğunu iddia etmelerinin de ötesinde tarihsel yorum metodunun da bundan farklı olmadığını, sadece amaçsal yorumu gizlemeye hizmet ettiğini öne sürer.⁶⁰⁴

Shapiro'nun meta-yorum kuramının çıkartma aşamasının ise iki kısmı vardır. Çıkartma aşamasının birinci kısmında yorumcu, tasarımcıların hukuk sistemindeki aktörleri belli konularda yetkilendirirken onların hangi yetkinliklerine ve karakter özelliklerine dayanarak onlara ne kadar güvendiklerini araştırır. Bu araştırmada belli aktörlere mutlak olarak güven ve güvensizlik duyulması yargılarında bulunulabileceği gibi aktörler arasında görece güven veya güvensizlik yargılarında da bulunulabilir. Örneğin pek çok anayasal sistemde kişi hak ve özgürlüklerinin korunması konusunda yasama organına mutlak anlamda düşük bir güven duyulsa da yürütme erki veya güvenlik güçleri ile kıyaslandığında yasamaya daha fazla güven duyulduğu söylenebilir. Güven hakkındaki tespitler genel veya özel nitelikte de olabilir. Örneğin hâkimlerin genel olarak yargıda bulunma konusunda güvenilir oldukları kabul edilse de özel olarak ekonomik meseleler hakkında hüküm verme konusunda güvenilir olmadıkları savunulabilir. Çoğu hukuk sisteminde idari kuruluşlara kendi faaliyet alanları özelinde yüksek bir güven duyulabilir ancak bu diğer alanlara dair genel bir güveni ifade etmez.⁶⁰⁵

Shapiro, çıkartma aşamasının kapsamının belirlenmesinde Dworkin'in kuramının aksine tüm hukuk sistemini ve buna tekabül eden tüm ahlaki ilkeleri araştırmaya lüzum olmadığını belirtir. Bu aşamada yorumcu, yorumu kendi kurumsal pozisyonu ile mi sınırlı tutacağı yoksa bunun da ötesinde sistemin güven ekonomisinin geneline mi bakacağı konusunda karar verirken yine sistem içerisinde

⁶⁰⁴ A.g.e., ss. 360-361.

⁶⁰⁵ A.g.e., ss. 361-365.

yorumcuya tahsis edilen güvene bakması gerekir.⁶⁰⁶ Örneğin kıdemsiz bir devlet memuru kendi kurumsal alanında uyguladığı kuralları yorumlarken kendi bakış açısından tüm anayasal devlet yapısı hakkında iddialı çıkarımlarda bulunmamalıdır. Öte yandan bir anayasa mahkemesi hâkimi böylesi bir analize kalkışabilir.

Çıkartma aşamasının ikinci kısmında ise yorumcu, planlamacıların güveni sistem içerisinde belli bir şekilde dağıtırken amaçlarının ne olduğunu belirler. Bu noktada yorumcu, bu amaçların ahlaki olup olmaması ile ilgilenmez. Eğer yorumu bir resmi devlet görevlisi yapıyor ise o zaman bu aşamada kendisine yüklenen amacı araştırması gerekir. Bu oldukça tartışmalı bir meseledir. Örneğin kimileri hâkimlerin sistemdeki rolünün halkın iradesini yansıtmak olarak görürken, kimileri azınlık haklarının korunması olarak, kimileri de sosyal adaletin sağlanması olarak görür. Bu aşamada asli olan unsur tekil hâkimlerin görüşleri değil, planlamacıların belli resmi devlet görevlerine tahsis ettiği güvendedeki amaçtır. Bu nedenle bu araştırma planlamacıların gözünden yapılmalıdır. Tüm bu açıklamalar, belirleme ve çıkartma aşamalarının ahlaki olgulardan ziyade toplumsal olguların gözlemlenmesiyle gerçekleştirildiğini gösterir.⁶⁰⁷

Değerlendirme aşamasında ise hangi yorum tekniğinin kullanılması halinde aktörlerin yerine getirecekleri faaliyetin sistemin amaçlarına en uygun şekilde hizmet edeceğine bakılır. Planlama kuramının terminolojisi ile ifade edilirse bu aşamada, hangi metodolojinin kullanılması halinde plana bağlı bir şekilde planın hedeflerinin sağlanacağına bakılır. Değerlendirme yapılırken belirleme ve çıkartma aşamalarından elde edilen bilgiler ele alınarak doğru bir denge kurulmaya çalışılır. Yorumcu bu aşamada farklı yorum tekniklerinin oluşturacağı durumları ele alarak belirleme ve çıkartma aşamalarında tespit edilen veriler ile en uyumlu olanı seçer.⁶⁰⁸

Bu genel açıklamalardan sonra Shapiro, özel yorum tekniklerini bu analizleri ile birleştirir. Yaptığı ilk tespit, çoğu durumda mutlak düşük güven ile oldukça *kısıtlayıcı* (*constraining*) yorum yaklaşımlarının, mutlak yüksek güven ile de oldukça *takdiri* (*discretionary*) yorum yaklaşımlarının bağlantılı olduğudur. Genellikle lafzi

⁶⁰⁶ Pino, “‘What’s the Plan?’: On Interpretation and Meta-interpretation in Scott Shapiro’s *Legality*”, s. 198.

⁶⁰⁷ Shapiro, *Legality...*, ss. 368-370.

⁶⁰⁸ Thomas Bustamante, “Interpreting Plans: A Critical View of Scott Shapiro’s Planning Theory of Law”, *Australian Journal of Legal Philosophy*, Cilt: 32, Sayı: 2, 2012, ss. 245-246.

yorum düşük güvenle, amaçsal yorum da yüksek güvenle ilişkilendirilir. Ancak yazara göre bu ilişkilendirme her zaman doğru bir sonuç vermez. Bunun bir nedeni mutlak güven bahsinin dışında bir de göreceli güven ve güvensizlik hallerinin varlığıdır. İkinci neden ise lafzi yorum, tarihsel yorum, amaçsal yorum gibi yöntemlerin her zaman kendisinden beklenen kısıtlayıcı veya takdiri işlevi yerine getirmemesidir.⁶⁰⁹

Shapiro bu durumları izah etmek için hukuk yazınından birkaç örnek verir. Yazarın ele aldığı meselelerden ilki yasamaya duyulan güvensizlik konusudur. Çoğu sistemde yasama üyelerinin genelin iyisi için yasama faaliyetinde bulunmaktansa özel çıkar gruplarına hizmet edebileceklerine dair bir güvensizlik vardır. Frank Easterbrook, dürüstlüğünden şüphe duyulan ve yolsuzluğa yatkın olan yasamanın kısıtlanması için lafzi yorumu destekler⁶¹⁰. Çıkar gruplarına hizmet eden belli yasaların uygulanması aşamasında hâkimler, söz konusu yasalardaki ufak şekil şartı eksikliklerini lafzi yorum ile sert bir biçimde uygulayarak yasamayı frenleyebilir. Örneğin rant sağlamak için yapılan bir kentsel dönüşüm düzenlemesinin ruhsat şartlarında önemsiz gibi görülebilecek ögelerin idare veya mahkemeler tarafından titizlikle aranması gibi. Jonathan Macey ise yasamanın, rant sağlayıcı düzenlemeleri dahi ikiyüzlü bir şekilde kamu menfaati retoriği ile sunduğundan dolayı, onların sözüne uyarak sanki gerçekten kamu menfaati gözetten bir yasa koyucu amacı varmışçasına amaçsal yorum yapılmasını savunur⁶¹¹. Diğer yandan Akhil Amar, Amerikan sisteminin vatandaşların hür iradesi ve kabiliyetine dair yüksek güveninden dolayı lafzi yorumu destekler⁶¹². Amar, Amerikan anayasasının halkın ağzından ifade edilecek şekilde yazıldığına ve halkın kolayca anlayabileceği bir dil kullandığına işaret eder. Lafzi yorumun benimsenmesi, sıradan vatandaşların mesleki bir eğitim almaksızın hukuku anladıkları haliyle yasaların uygulanmasını sağlayacaktır. Amar'a göre Amerikan devlet sistemi, kanun koyucular veya resmi devlet görevlileri yerine vatandaşlara güven duyduğundan bu yorum yönteminin benimsenmesi doğrudur.⁶¹³

⁶⁰⁹ Shapiro, **Legality...**, ss. 371-373.

⁶¹⁰ Frank H. Easterbrook, "Text, History, and Structure in Statutory Interpretation", **Harvard Journal of Law and Public Policy**, Cilt: 17, Sayı: 1, 1994, ss. 63-64.

⁶¹¹ Jonathan R. Macey, "Promoting Public-Regarding Legislation Through Statutory Interpretation: An Interest Group Model", **Columbia Law Review**, Cilt: 86, Sayı: 2, 1986, ss. 232-235.

⁶¹² Akhil R. Amar, "Foreword: The Document and the Doctrine", **Harvard Law Review**, Cilt: 114, Sayı: 1, 2000, ss. 45-46.

⁶¹³ Shapiro, **Legality...**, ss. 373-377.

Meta-yorum kuramında güven kadar rekabetin de dikkate alınması gerekir. Yazara göre hukukta toplumsal planlamacılar arasındaki çatışma da düzenlendiğinden hukuk metinlerini yorumlarken bunu değerlendirmeye almak lazımdır. Örneğin bir şehir meclisinde köpeklerin restoranlara girişinin oy birliği ile yasaklanması halinde söz konusu düzenlemenin amaçsal yoruma imkân vermesi makuldür. Bir kimse köpeğini bir restoran yerine okul kafeteryasına getirir ise ilgili görevli veya uyuşmazlığı çözümleyecek olan hâkim “köpekler restoranlara giremez” kuralını amaçsal olarak yorumlayıp yasağı okul kafeteryaları için de genişletebilir. Ancak aynı örnek bir miktar değiştirilirse yapılacak çıkarım farklılaşmalıdır: söz konusu kuralın şehir meclisinden oy birliği ile değil de ciddi bir siyasi kampanya sürecinin sonunda kısmi bir çoğunluk ile geçtiğini veya uzun müzakereler sonucunda belli ödünler verilerek yasaklamanın restoranlara uygulanacak şekilde kabul edildiği farz edilsin. Bu durumda amaçsal yorum sorunlu olur; lafzi yorum doğru olacaktır. Shapiro bu bağlamda, toplumsal planlama süreci siyasi açıdan ne kadar rekabetçi ise lafzi yorumun ağırlığının o kadar artması gerektiğini söyler.⁶¹⁴

Yazar aynı zamanda bu konuda demokrasi ile lafzi yorum arasında ciddi bir ilişki olduğunu vurgulayan Jeremy Waldron’a da atıfta bulunur. Waldron’a göre demokratik karar alma sürecinin karakteristik özelliği, yaygın anlaşmazlıklar karşısında belli bir düzen içerisinde karara varma hedefidir. Yasaların lafzı da yasama sürecindeki çeşitli talepler, itirazlar ve anlaşmalar sonunda şekillenir. Demokratik bir oylama sonunda kaybeden taraf yalnızca o konudaki mağlubiyetini kabullenir ve başka bir konuda yeniden ajandasını ortaya koyar. Ancak oylama sonrası kabul edilen yasaların lafzi yorum dışında genişletilmesi demokratik siyasi rekabetin mantığına aykırıdır. Amaçsal yorum, belli metinlerin anlamının “olması gerektiği gibi” veya “doğru” şekilde anlaşılması gerektiği düşüncesine dayanırken, siyasi rekabette farklı bakış açılarının olduğunu ve söz konusu “olması gereken” veya “doğru” kavramlarının farklı taraflar açısından farklı anlaşıldığını gözden geçirir.⁶¹⁵

Shapiro, kendi meta-yorum kuramının her yorum tartışmasına net bir cevap vermektense söz konusu tartışmaları anlaşılır hale getirdiğini söyler. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri’nde ölüm cezasının anayasaya uygunluğu meselesi

⁶¹⁴ A.g.e., ss. 377-381.

⁶¹⁵ Jeremy Waldron, **Law and Disagreement**, Oxford: Oxford University Press, 1999, ss. 69-87.

oldukça canlı bir tartışmadır. Amerikan anayasasının sekizinci anayasa değişikliği maddesine göre “zalimane ve olağan dışı” cezaların anayasaya aykırı olduğu belirtilmiştir. Bununla beraber anayasa koyucuların o tarihte ölüm cezasını zalimane veya olağan dışı bulmadıkları da ortadadır çünkü anayasa kabul sürecinde ölüm cezasının kaldırılması için herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Yazar, meta-yorum kuramı çerçevesinden bakıldığında bu tartışmanın argümanlarının daha net bir şekilde gerekçelendirilebileceğine işaret eder. Muhafazakâr yorum taraftarları, Amerika Birleşik Devletleri’nin bir otorite sistemi olduğu iddia ederek anayasa koyucuların iradesine yüksek bir güvenin olduğunu ve bunun resmi devlet görevlilerince benimsendiğini savunabilir⁶¹⁶. Anayasal tarihe ve anayasadaki sert kuvvetler ayrılığı vurgusuna bakıldığında hâkimlere güvenin yüksek olmadığı tespit edilebilir. Hâkimlere görece düşük güven tahsis edildiği için de hâkimlerin anayasanın sınırlarını kendi siyasi emelleri doğrultusunda kurucuların iradesinden farklı bir yönde genişletmeleri hatalı olur.⁶¹⁷

Shapiro’ya farklı argümanlar da mümkündür. Yukarıdaki iddiaya karşı, her ne kadar Amerika Birleşik Devletleri’nin bir otorite sistemi olduğunu kabul edilse de belli toplumsal olgulara bakıldığında hâkimlere de yüksek bir güven tahsis edildiği öne sürülebilir. Örneğin Amerikan yüksek mahkemesi hâkimleri hayat boyu makam güvencesine sahiptir, yasaları iptal etme yetkileri vardır ve anayasal denetim oluşturulmuştur. Anayasa hükmündeki “zalimane ve olağan dışı” ifadesi de oldukça muğlaktır ve hâkimlere gelecekte bu niteliklere uyan cezaları engelleme konusunda yüksek güveni temsil etmektedir. Bundan dolayı mahkemelerin kendilerini kısıtlamasına gerek yoktur. Son olarak başka bir taraf, Amerika Birleşik Devletleri’nin bir otorite sistemi olmadığını da iddia edebilir. Amerikan toplumunun değer yargıları zaman içerisinde ciddi biçimde değişmiştir. Örneğin kırbaçlama her ne kadar anayasa koyucular tarafından o zamanlar anayasaya aykırı olarak gözükmese de, günümüzde böyle bir cezalandırmanın anayasaya aykırı olduğu aşîkârdır. Amerikan toplumu Amerikan anayasasını oluşturanları ahlaki bir otorite olarak görmekten ziyade mevcut anayasayı anayasa koyuculara duydukları güvenden bağımsız olarak toplumsal bir düzen aracı olarak kabul ederler. Ahlaki bir otorite olarak görülmeyen geçmişin ölü eli tarafından yaşayan nesillerin sınırlandırılması da

⁶¹⁶ William Baude, “Is Originalism Our Law?”, **Columbia Law Review**, Cilt: 115, Sayı: 8, 2015, ss. 2365-2366.

⁶¹⁷ Farrell, “On the Value of Jurisprudence: Review of *Legality*, Scott Shapiro”, ss. 220-221.

bu açıdan mantıksızdır. Bu nedenle hâkimler ölüm cezasını değerlendirirken anayasa koyucuların iradesine ağırlık vermemeli ve kendi takdirlerini kullanmalıdır.⁶¹⁸

Shapiro, oluşturduğu meta-yorum kuramında hâkimlerin hukuku güven ekonomisine uygun şekilde uygulama yükümlülüğü olduğuna işaret eder. Yazar bunu ifade etmek için Dworkin'in Herkül figürüne karşı Yunan mitolojisindeki başka bir karakter olan Ulysses'i ön plana çıkarır. Mitolojik öyküde Ulysses, yolculuğu sırasında kendisini baştan çıkarabilecek olan denizkızlarının şarkılarından korunmak için kulaklarına balmumu dökerek ve kendisini gemiye halatlar ile bağlatarak denize açılmıştır. Yazara göre Ulysses'in bu yaklaşımı esasen yolculuğunun başında belli hedeflere ulaşabilmek için bir takım kısıtlamaları kabullenmesini temsil eder. Ulysses'in yaptığı şey oldukça akılcıdır çünkü bu önlemleri almasa idi çok daha kötü sonuçlar ortaya çıkaracaktı. Hâkimlerin hukuku tekil vakalarda uygulamalarındaki akılcı gerekçe, o tekil vakadaki sebep ve sonuçların optimal bir şekilde hükme bağlanmasından kaynaklanmaz. Bu, en başta hâkimlerin hukukun mastır planını kabul etmesinden doğan araçsal akılcılıktan kaynaklanır, tıpkı Ulysses'in yola çıkmadan kendisini kısıtlama kararını alması gibi. Hukuku icra edenlerin de söz konusu hukukun mastır planını kabul etmeleri halinde mesleki görevlerini buna uygun biçimde yerine getirmeleri doğru olur.⁶¹⁹ Aksi takdirde her vakada her türlü ahlaki ilkeye başvurup hukuku uygulamaktan uzaklaşmak, en başta hukuku kabul etmenin mantığına ve araçsal akılcılığa aykırı olacaktır.

Kuralların her vakaya aynı şekilde uygulanması ile somut vakaya özel bir hüküm verilmesi arasında akılcılık açısından bir gerilim söz konusudur. Kurallar geçmişte oluşturulur ve geçmişte verilmiş bir karar ile gelecekteki vakalar hakkında hüküm verilir. Pratik akılcılık ise doğal olarak somut vakanın kendi sebeplerine göre en iyi şekilde çözümlenmesini talep ederek geleceğe bakar. Buna karşın Shapiro kuralları uygulamanın mantığının uzun vadeli faydalar için kısa vadeli zararların kabullenilmesi olduğunu iddia eder.⁶²⁰ Örneğin alacakların senetle ispatı kuralı belli hakların kullanılabilmesi için zorunlu bir şekil şartı getirir. Bu durum kimi vakalarda bazı kişilerin haksızlığa uğramasına veya anlamsız uygulamalara sebep olabilir.

⁶¹⁸ Edmundson, "Shmegality", s. 288.

⁶¹⁹ Scott J. Shapiro, "Judicial Can't", *Philosophical Issues*, Cilt: 11, Sayı: 1, 2001, ss. 549-555.

⁶²⁰ Scott J. Shapiro, "Rationality of Rule-Guided Behavior: A Statement of the Problem", *University of San Diego Law Review*, Cilt: 42, Sayı: 1, 2005, ss. 56-58.

Fakat buna rağmen senet rejiminin varlığı muazzam büyüklükteki ekonomik faaliyetlerin çok daha verimli ve hızlı olmasını sağlar.

Shapiro, yalnızca bu yaklaşımın hukuk devleti anlayışı ile uyumlu olabileceğini savunur. Hukuk devleti ancak hâkimlerin hukuk kurallarını kendi kararlarında uyacakları kısıtlamalar olarak görmeleri durumunda gerçekleşebilir⁶²¹. Aksi halde hâkimler, hukukun güven ekonomisine aykırı biçimde, takdir alanlarının dışında ahlaki ilkeler ışığında kararlar vermeye başlarlar ise hukuk devletinin öngörülebilirliği ve vatandaşlarda yarattığı güvenilirlik ortadan kalkar. Shapiro'nun öngördüğü yaklaşım sonucunda belli vakalarda hukuk arzu edilmeyen sonuçlar doğurabilir ama yargının, en başta verdiği taahhüt gereği hukuku uygulaması gerekir.⁶²²

Shapiro, Dworkin'in de işaret ettiği hukuktaki yorumsal veya meta-yorumsal tartışmaların önemi ve yaygınlığını kabul etse de planlama kuramına bağlı yorum yaklaşımı ile hukuki pozitivist konvansiyon tezinin toplumsal olgu nitelikli karakterini yeniden yapılandırır. Buna göre meta-yorum tartışmaları dâhilinde ahlaki bir takdir ve yorum alanı olsa dahi bu yorumun öncesinde yapılması gereken güven ekonomisinin tespiti nihayetinde yine toplumsal olgulara bağlıdır. Raz ve Marmor, takdir ve yorum başlıklarında her ne kadar toplumsal olgu kaynaklı belli kısıtlamalar söz konusu olsa da yorum faaliyetinin öncelikli ahlaki boyutunu kabul etmişlerdir. Shapiro ise bu açıdan diğerlerinden ayrılarak hukuktaki yorum faaliyetini de toplumsal olgu temellerine oturtur ve hukuki pozitivist tezlere sirayet eden sorunlara doğrudan bir karşılık vermiş olur.

Yazarın yorum kuramını değerlendirmek gerekirse, bu kuram, resmi devlet görevlilerinin hukukun planını kabul etmeleri halinde onun çizgisi doğrultusunda yorum faaliyetlerinde bulunmalarını ve hukukun öngördüğü güven ekonomisine uygun şekilde takdirde bulunmalarını savunur. Ancak buradaki eksik bırakılan bir unsur, hukukun planını gayriahlaki veya sorunlu olduğu gerekçesi ile kabul etmeyen resmi devlet görevlilerinin nasıl hareket etmesi gerektiği meselesidir. Kaldı ki kabul etmek veya etmemek, kategorik bir tutum da değildir; sistemin bazı kısımları kabul

⁶²¹ Scott J. Shapiro, "Ulysses Rebound", **Economics and Philosophy**, Cilt: 18, Sayı: 1, 2002, ss. 172-173.

⁶²² Shapiro, "Judicial Can't", ss. 549-555.

edilirken başka kısımları kısmen reddedilebilir. Normal şartlarda içinde bulunduğu hukuk sistemini kabul etmesine rağmen gayriahlaki veya oldukça kötü sonuçlar doğuracak bir yasa karşısında kalan hâkim bu çelişki içerisinde kalır. Kimi resmi devlet görevlileri ise içinde bulundukları sistemi kabul etmez, onu kararları ile daha iyi hale getirmeye çalışırlar. Bu farklı ihtimaller Shapiro'nun kuramında kapsamamakta, öne sürülen yorum unsurları ve gerekçelerine mutlak bir değer biçilmektedir. Bu nedenle hem açıklama gücü hem de meşruluk temeli kısıtlıdır.

Shapiro'nun kuramı bir bütün olarak değerlendirilirse, bu kuram ilk başta hukuki pozitivistizmin konvansiyon tezine önemli bir güncelleme getirmektedir. Planlama kuramı hukukun temelini toplumsal planlamaya yönelik bir “mastır planın” kabulü olarak alır. Bu, Marmor'un kurucu konvansiyon düşüncesine paraleldir. Öte yandan planlama kuramı hukuk ile planlama arasında kurduğu ilişkiler ile hukuka dair özgün tespitler de sunar. Bu tespitler bir taraftan Raz'ın kaynaklar tezini desteklediği gibi, diğer taraftan hukukun temellerine dair maddi unsurlara dayandığı için bu konunun aydınlatılması açısından başarılıdır. Shapiro, Hart'ın koordinasyon konvansiyonu, içsel bakış açısı ve hukukun ahlaki boyutuna dair analizlerini de kendi kuramındaki öğeler ile eleştirmiş ve daha doğru bir hukuk kavramı sunmuştur. Diğer yandan yazar, yumuşak pozitivistizm ve sert pozitivistizm karşı en önemli muhalif olan Dworkin'in yorum kuramına ve bu kapsamdaki kuramsal tartışmalara doğrudan eleştiriler getirmektedir. Bu çalışmanın birinci tezi olan yumuşak hukuki pozitivistizmin ve doğal hukuk yaklaşımlarının hatalı olduğuna dair iddia bu analizler ile desteklenir. İkinci olarak düşünür, diğer hukuki pozitivistler gibi hukuka itaat yükümlülüğünün ancak siyasi ahlak ilkeleri ile temellendirilebileceğini, hukukun içinden bu yükümlülüğün doğamayacağını teslim eder. Yorum bahsinde de Shapiro her ne kadar sistemin güven ekonomisine saygılı bir yorum yaklaşımı benimsese de kategorik olarak lafzi yorum yaklaşımlarını desteklemez. Yazarın kuramında yorumlama faaliyeti; takdir kullanma, hukuk yaratma veya plan yapma faaliyeti olarak ele alınır. Hiçbir şekilde formalist bir metodoloji benimsememektedir. Bu açıdan yazar, çalışmanın ikinci tezinde işaret edildiği üzere hukuki pozitivistizmle dair hatalı kanının karşısında bir kuramsal pozisyon benimser. Son olarak Shapiro, yoruma dair açıklamaları ile yorumun anlaşılması ve doğru yapılmasına dair yol gösterici analizler sunar. Bu çalışmanın üçüncü tezinde ifade edildiği üzere sert pozitivistizm sadece kuramsal boyutta doğru değildir, aynı zamanda pratik açıdan

faydalı bilgiler de sunmaktadır. Bir sonraki başlıkta sert pozitivizme analitik hukuk felsefesinin dışında kalarak katkıda bulunan bir düşünür olan Brian Leiter'in analizleri sunulacaktır.

2.1.3. Brian Leiter

Brian Leiter analitik hukuk felsefesine eleştirel yaklaşan ve Amerikan hukuki realizm akımını yeniden yapılandırması ile tanınan bir düşünürdür. Bununla beraber yazar, hukuk kavramının açıklaması bağlamında sert pozitivizmi benimsemektedir. Leiter, Amerikan hukuki realizm akımının güncel hukuk felsefesi tartışmalarına güçlü bir şekilde geri dönmesi, sert pozitivizme dair analizleri ve kendi *doğalcılık* (*naturalism*) anlayışı ile bu kuramlar arasında kurduğu bağlantılar sebebiyle incelemeye değer bir yazardır. Bu bölümde ilk önce Brian Leiter'in kariyeri, kuramsal pozisyonu ve önemi anlatılacaktır (2.1.3.1.). İkinci olarak, yazarın Amerikan hukuki realizm akımını yeniden yapılandırması ele alınacaktır (2.1.3.2.). Üçüncü olarak, Leiter'in Amerikan hukuki realizm akımı ile sert pozitivizm arasındaki kurduğu bağlantı ve sert pozitivizm savunusu incelenecektir (2.1.3.3.). En sonunda da düşünürün hukuk felsefesine dair doğalcılık yaklaşımı ile hukuk felsefesinin mevcut durumu ve geleceği hakkındaki görüşlerine yer verilecektir (2.1.3.4.).

2.1.3.1. Kariyeri, Kuramsal Pozisyonu ve Önemi

1963 doğumlu Amerikalı düşünür Brian Leiter, Chicago Üniversitesi hukuk fakültesinde hukuk bilimi kürsüsünde profesör olarak görev yapmaktadır. Kendisi aynı zamanda Chicago Hukuk, Felsefe ve İnsan Değerleri Merkezi'nin kurucusu ve direktörüdür. Ön Lisans eğitimini Princeton, yüksek lisans ve doktora eğitimini Michigan Üniversitesi'nde tamamlamıştır. Chicago Üniversitesi dışında, San Diego, Yale, Texas, Londra, Nanterre ve Oxford Üniversitelerinde de ders vermiştir. Bu görevlerinin dışında çeşitli felsefe programlarını değerlendirildiği "Felsefe Gurme Raporu"nın kurucusudur.⁶²³

⁶²³ <http://www.brianleiter.net/docs/CCV.pdf> (Erişim Tarihi: 1.5.2019)

Çalışmaları ağırlıklı olarak hukuk felsefesi ve Kıta Avrupası felsefesi üzerinedir. Felsefi doğalcılık bu iki alandaki çalışmalarının ana temasını oluşturmaktadır. Hukuk felsefesi alanındaki ana çalışma alanı Amerikan hukuki realizm akımıdır. Leiter, bu akımın temsilcilerinin temelde felsefi doğalcılar olduğunu ileri sürerek *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy* kitabında bu yaklaşımın savunusunu yapmıştır. Leiter, *Nietzsche on Morality* ve *Why Tolarate Religion?* kitaplarının da yazarıdır. Düşünür bu eserlerinin dışında doksan dört makale kaleme almıştır.⁶²⁴

Leiter, felsefi akıl yürütmenin doğa bilimlerinin yöntem ve sonuçlarıyla uyumlu olması gerektiğini iddia eden doğalcılık akımını benimsemiştir. Düşünöre göre bu pozisyona en uygun olan hukuk felsefesi kuramı, Amerikan hukuki realizm akımıdır. Yazar, kapsamlı ve çeşitli bir felsefi yazını barındıran Amerikan hukuki realizm akımının yeniden yapılandırmasına girişmiş, bu uğraşında da Amerikan hukuki realistleri ile doğalcılık akımı arasında önemli paralellikler yakalamıştır. Leiter'in analizleri, zamanında büyük etki yaratmış ancak çeşitli eleştiriler nedeniyle gözden düşmüş bu akımı yeniden ayağa kaldırması ve diğer felsefi akımlar ile bağlantılar kurarak onun niteliklerini ortaya çıkartması bakımından dikkat çekmiştir. Hukukun ne olduğu sorusuna bir tanım vermeye veya bu sorudan hareketle hukukun belli özelliklerini ortaya çıkarmaya çalışan analitik hukuk felsefesi, yazarın öncelikli ilgi alanı değildir. Bununla beraber Leiter'in Amerikan hukuki realizm akımı çalışmalarından yaptığı çıkarımlar sert pozitivist yaklaşımı desteklemekte ve karşıt kuramların zayıflıklarına işaret etmektedir. Diğer yandan yazar, kavramsal felsefenin kısıtlamalarına vurgu yaparak sert pozitivistin hukuku açıklama gücünün sınırlarını göstermesi ve hukuk biliminin geleceğine dair tespitleri açısından da oldukça önemli bir figürdür. Bu bağlamda düşünür, toplumsal olgu tezi, ayrılık tezi, konvansiyon tezi gibi kavramsal tezlerden ziyade hukuktaki unsurların gözleme dayalı açıklamaları, yargılama faaliyetlerinin aydınlatılması, hukuki belirsizlik, metodoloji gibi konulara eğilmekte ve bunları sert pozitivism çerçevesinde sunmaktadır. Sıradaki alt başlıkta Leiter'in ana çalışma alanı olan Amerikan hukuki realizm akımının yeniden yapılandırılmasına dair argümanları ele alınacaktır.

⁶²⁴ <http://www.brianleiter.net/docs/CCV.pdf> (Erişim Tarihi: 1.5.2019)

2.1.3.2. Amerikan Hukuki Realizm Akımının Yeniden Yapılandırılması

Yirminci yüzyılın başında gelişen Amerikan hukuki realizm akımı hukukun otonom, dış etkenlerden bağımsız, kendi kendisine işleyen, kapalı bir sistem olduğu anlayışına itiraz eden, yargılama süreci ve mahkeme kararlarına odaklanan bir kuramdır. Bu yaklaşım, genel kabul gören hukuk kuramlarının aksine, mahkeme kararlarının hukuk dışı etmenler ile vücut bulduğunu ve bundan dolayı da yargılamanın formalist bir biçimde yalnızca hukuk kurallarının uygulanmasıyla açıklanamayacağını savunur⁶²⁵. Amerikan hukuki realizm akımının, bu hukuk dışı süreçlerin anlaşılması, mahkeme kararlarının nasıl oluşacağına dair öngörülerin sağlanması ve bu öngörüler ışığında mesleki pratiğin daha iyi işlemesine yönelik bir ajandası mevcuttur. Çok sayıda hâkim ve hukuk felsefecisi bu kurama katkıda bulunmuş, kendilerini bu kuramın destekçisi ve temsilcisi olarak nitelemişlerdir. Oliver W. Holmes, Karl Llewellyn, Jerome Frank, Underhill Moore, Felix Cohen, Leon Green, Herman Oliphant, Walter Wheeler Cook, Max Radin bunlardan birkaçıdır. Bu çeşitliliğin kaçınılmaz bir sonucu olarak Amerikan hukuki realizm akımının çatısı altında birçok düşünürün fikirleri bir arada yer almıştır. Bu akım, taraftarlarının da kabul ettiği üzere, yeknesak ve tutarlı bir bütün değildir; kendi içerisinde farklılaşan figürler barındırmaktadır⁶²⁶. Bu kadar farklı ve çok düşünürün katkıda bulunduğu bu akım, ışık tuttuğu yeni analiz alanları ve kullandığı yöntemlerle hukuk çevrelerinde büyük ilgi uyandırdığı gibi aynı zamanda büyük eleştirilerin de hedefinde olmuştur. Çeşitli felsefi pozisyonlardan farklı eleştiriler bu kuramın birçok zayıf ve sorunlu yönlerinin olduğunu iddia etmiştir.⁶²⁷

Söz konusu eleştiriler, Amerikan hukuki realizm akımının belli savlar ileri sürdüğü ön kabulüne dayanmakta, bunlar üzerinden bu yaklaşıma yüklenilmektedir. Ancak Leiter'e göre bu süreçte Amerikan hukuki realizm akımı birçok noktada yanlış anlaşılmış ve hatalı bir şekilde ele alınmıştır. Bu sebeple Amerikan hukuki realizm akımının aslına uygun olacak şekilde yeniden yapılandırılması gerekmektedir. Yazara göre, Amerikan hukuki realizm akımının karşıt düşünürler

⁶²⁵ Kenneth E. Himma, "Philosophy of Law", **Internet Encyclopedia of Philosophy**, ISSN 2161-0002, <https://www.iep.utm.edu/law-phil/#SH3a> (Son erişim tarihi: 1.6.2019)

⁶²⁶ Ahmet U. Türkbağ, "Amerikan Hukuki Realizm Akımı", **İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 58, Sayı: 1-2, 2000, ss. 80-81.

⁶²⁷ Raymond Wacks, **Understanding Jurisprudence: An Introduction to Legal Theory**, New York: Oxford University Press, 2012, ss. 145-153.

tarafından yanlış anlaşıldığı hali ile bu kuramın temsilcilerinin esas iddiaları arasındaki benzerlik ve farklılıkları göstermek konunun aydınlatılması için oldukça faydalı olacaktır. Yazar, her alışlagelmiş görüşte belli bir doğruluk payının olduğunu da kabul eder ve bu durumun Amerikan hukuki realizm akımının anlaşılmasında da söz konusu olduğunu belirtir. Leiter'in bu açıklamaları üç etapta incelenecektir: *Amerikan hukuki realizm akımının anlaşılan halindeki doğruluk payı* (I), *mevcut anlayıştaki hatalı kısımların tespiti* (II) ve *Amerikan hukuki realizm akımının ana karakteri ve çıkarımları* (III).

Amerikan hukuki realizm akımının anlaşıldığı halindeki doğruluk payı (I) bahsinde Leiter, bu doğru öğeleri teşhis etmek için Amerikan hukuki realizm akımının nitelendirilmesinde sıkça atıf yapılan dört unsur saptar. *Anlaşıldığı haliyle* (*received view*) Amerikan hukuki realizm akımı ilk olarak, yargılama sürecine dair betimleyici bir kuramdır. İkinci olarak, bu kurama göre hâkimler sınırsız bir şekilde takdir icra ederler. Üçüncü olarak, Amerikan hukuki realizm akımı hâkimlerin kararlarını kendi kişisel değer ve mizaçları doğrultusunda verdiğini öne sürmektedir. Dördüncü ve son olarak da bu yaklaşım, hâkimlerin karar alma süreçlerinde davadaki olgulara karşı duyarlı davrandıklarını ve kararlarını verdikten sonra hukuki kural ve sebepler ile bu olguların itkisiyle verilmiş kararlarını gerekçelendirdiklerini ileri sürmektedir.⁶²⁸

Leiter bu alışlagelmiş görüşte de her alışlagelmiş görüşte olduğu gibi belli bir doğruluk payı olduğunu teslim eder. Yazara göre Amerikan hukuki realizm akımının *esas iddiası* (*core claim*) yukarıda belirtilen öğelerin birincisini (betimleyici yaklaşımı) ve dördüncüsünü (hâkimlerin davadaki olgulara duyarlı olduğu ve kararlarını sonradan hukuki sebepler ile göstermelik olarak gerekçelendirdikleri tespitini) temsil etmektedir.⁶²⁹

İlk olarak betimleyici olma niteliğine bakılırsa, gerçekten de Amerikan hukuki realizm akımı, hukukun ne olması veya nasıl uygulanması gerektiği konusunda doğrudan bir araştırma yapmaz⁶³⁰. Bu akım, tıpkı hukuki pozitivizm gibi herhangi bir

⁶²⁸ Brian Leiter, "Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence", **Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy**, Oxford: Oxford University Press, 2007, s. 16.

⁶²⁹ A.g.e.

⁶³⁰ A.g.e.

değer yargısında bulunmaksızın var olan yargılama süreçlerini betimleyerek ele alır. Hukukun ne olması gerektiği hakkında başka tartışmalar yapılabilir ama bunlar, yargılamanın nasıl gerçekleştiğinin açıklanması safhasından ayrıdır. Bazı realistler, yargılamaya dair betimleyici tespitlerden sonra ve bunlardan ayrı olarak kanunların nasıl reform edilmesi gerektiğine ilişkin belli görüşler ileri sürmüşlerdir. Ancak bu “olması gerekene” dair analizler, yargılamanın nasıl “olduğuna” dair saptamalardan bağımsızdır.

Leiter’in de doğruladığı ikinci öge ise Amerikan hukuki realizm akımının odağındaki betimleyici bir iddiadır: Hâkimler kararlarını esaslı bir şekilde davadaki olguların itkisi doğrultusunda almaktadırlar. Buna sava göre hâkimler, kararlarını hangi geçerli hukuk kuralının uygulanmasının gerektiğine dair tespitlerden ziyade hangi tarafın kazanması gerektiğine dair oluşturdukları kanaate göre almaktadır. Yazar bu savın nasıl bir şekilde oluştuğunu göstermek için Amerikan hukuki realizm akımının temsilcilerinin yazınlarından örnekler verir. Örneğin Jerome Frank kendi eserlerinde, yüksek yargıç Chancellor Kent’in karar verirken öncelikle davadaki tüm olgulara hâkim olup bunların arasındaki ilişkileri irdelediğini ve ancak bundan sonra geçerli hukuk kurallarını araştırdığını ve her ne hikmetse her zaman kendi kafasındaki çözüme uygun bir hukuk kuralı bulduğunu ifade ettiğini belirtmiştir⁶³¹. Başka bir temsilci olan Karl Llewellyn de hâkimlerin her ne kadar teknik basamaklara uygun bir şekilde hareket etseler de kararlarındaki esas unsurun olgu temelli makullük olduğunu öne sürmüştür⁶³². Yine Frank eski bir Amerikan Barolar Birliği başkanının avukatlara davalarında başarılı olmaları için önce hâkimin müvekkilinin kazanmasını istemesini sağlayacak olan davadaki olguları vurgulamalarını, ancak bundan sonra ilgili emsal kararları sunmalarını öğütlediğini ifade eder.⁶³³ Hâkimler uyuşmazlık kapsamındaki olguları ele almakta ve bunlara makul bir çözüm sağlayacak seçenek yönünde hükmetmektedirler. Örneğin yükselen döviz kurları sebebiyle döviz üzerinden yapılmış kira sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda hâkimler, döviz kurlarının artışından bağımsız olan yasalardan ziyade değişen ekonomik koşulların, sosyal gelişmelerin ve tarafların durumlarına ilişkin olguların itkisiyle hükümlerini şekillendirir.

⁶³¹ Jerome Frank, **Law & Modern Mind**, Güncellenmiş Baskı, New Brunswick: Transaction Publishers, 2009, s. 112.

⁶³² Karl N. Llewellyn, **The Bramble Bush**, New York: Oceana, 1930, s. 76.

⁶³³ Brian Leiter, “American Legal Realism”, **The Blackwell Guide to Philosophy of Law and Legal Theory**, Editörler: W. Edmundson & M. Goldings, Oxford: Blackwell, 2005, ss. 52-53.

Tüm bunlar hukukun klasik sistematik anlayışı ile çelişmektedir. Klasik formalist anlayışta hâkimler, hukukun geçerli kaynaklarına göre karara varırlar. Buna göre hukuk kurallarının ve hukuki akıl yürütme yöntemlerinin bilinmesi durumunda söz konusu hukuki sorunun cevabı belirli hale gelir. Formalist yaklaşım, hukukun akılcı bir biçimde belirli olduğunu ifade eder. Ancak Amerikan hukuki realizm akımına göre her ne kadar bu kurgu hukuk sistemlerinin bir iddiası olsa da veya her ne kadar belli başlı kuramsal argümanlar ile desteklense de gerçekte olan bu değildir. Realistler, hukuki kaynakların birçok şekilde farklı sonuçları gerekçelendirmek için kullanılabileceğini ve hukukun bu kaynaklar ile belirli hale getirilmediğini öne sürerler. Amerikan hukuki realizm akımı, hukuka dair yüzeydeki görünümlerden veya mahkeme kararlarının gerekçelerinde yazılanlardan ziyade gözlemlenen olguları araştırmakta ve bunlara dayanmayı tercih etmektedir.⁶³⁴

Bu noktada Amerikan hukuki realizm akımı, olgulardan bağımsız hukuki gerekçelerin söz konusu davadaki karar için belirleyici olmadığı iddiasında bulunur. Leiter hukuki gerekçeleri dörde ayırır: hukuk kaynakları (örneğin kanunlar, yönetmelikler, anayasa gibi) (a), yorum metotları (örneğin dar yorum, genişletici yorum, tarihsel yorum gibi) (b), davadaki olguların hukuki değerlerini tartma yolları (örneğin kusurun, sorumluluğun, zararın belirlenmesine dair ölçütler gibi) (c), hukuki bir şekilde betimlenmiş olgular ile kurallar arasında akıl yürütme yöntemleri (örneğin kıyas, tümevarım gibi) (d). Belirsizlik bu hukuki gerekçeler bütünüünün herhangi birinden kaynaklanabilir. Örneğin, bir uyuşmazlık ile ilgili yeterli bir hukuk kaynağı olmayabileceği gibi birbiri ile çatışan birçok hukuk kaynağı da mevcut olabilir. Amerikan hukuki realizm akımı temsilcileri özellikle yorum metotları ve olguların değerlerini tartma yolları grubunun altında birbiri ile çatışabilecek birden fazla geçerli hukuki gerekçe olabileceğini vurgulamışlardır. Örneğin birçok yorum metodu mevcuttur ve bunların hepsi hukuk sisteminin içindedirler. Bir kanunun dar yorumlanması belli bir sonuca işaret ederken aynı kanunun geniş yorumlanması farklı bir sonucu doğurabilir. Amerikan hukuki realistlerinden Jerome Frank ise bu gerekçeler grubunun üçüncüsüne odaklanarak hâkimlerin uyuşmazlık karşısında olguları tartarken kullanacakları yöntem ve yaklaşımların belirsizlik teşkil ettiğini

⁶³⁴ Brian Leiter, “Is There an ‘American Jurisprudence’?”, **Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy**, Oxford: Oxford University Press, 2007, ss. 90-92.

vurgular.⁶³⁵ Örneğin bir meşru müdafaa savunmasında orantılılık unsurunun nasıl tartışılacağı konusunda tek bir ölçütün olduğundan bahsedilemez.

Bunlardan hareketle Amerikan hukuki realistleri, yargılamada hâkimlerin elinde olan belli bir hukuki gerekçeler bütününe tek bir kararı gerekçelendirmek konusunda belirleyici olamayacağını öne sürer. Ele alınan davaya uygulanabilecek birden fazla geçerli hukuki gerekçe mevcut ise, söz konusu kararın nedenini açıklamak için de hukuki gerekçeler bütünü belirleyici olmayacaktır. Örneğin bir dava dar yorum metodu ile bir yönde, genişletici yorum metodu ile başka bir yönde geçerli (dolayısıyla hukuki) bir şekilde hükme bağlanabiliyor ise o zaman her iki ihtimalde de hukuki gerekçe belirleyici olamaz. Çünkü özellikle o yorum yönteminin tercih edilmesi için bir hukuki gerekçe yoktur. Amerikan hukuki realistleri bu anlamda formalist kurama ters düşerler. Çünkü formalistler sadece hukuk kaynaklarından gelen hukuki gerekçelerin uygulanması ile hukuki kararların belirlenebileceğini ve yargılamanın bu şekilde gerçekleştiğini iddia eder. Amerikan hukuki realistleri ise *belirsizlik tezini (indeterminacy thesis)* ileri sürerek formalist yaklaşımı hatalı bulur.⁶³⁶

Bu durumun basit davalarda mevcut olmadığı akla gelebilir. Pekâlâ, saatte elli kilometre hız limitinin olduğu bir yolda herhangi bir mazereti olmaksızın saatte seksen kilometre hızla giden bir aracın sürücüsüne trafik cezası kesileceği meselesi belirsiz değildir. Leiter bu muhtemel itiraza karşılık, Amerikan hukuki realistlerinin zaten hukuki gerekçelerin her vakada mutlak olarak belirsiz olduğunu iddia etmediklerini, ancak bunların zor davalarda belirleyici olmadıkları görüşünü paylaştıklarını ifade eder. Bu nedenle kolay davalarda hukukun belirli olması, Amerikan hukuki realizm akımı açısından bir zayıflık yaratmaz.⁶³⁷ Yargılamalar da zaten tam da bu belirleyiciliğin olmadığı hallerde söz konusu olur. Bir uyuşmazlıkta davayı kesin bir şekilde kaybedecek olan taraf zaten davanın kararını beklemeden anlaşma yolunu arayacaktır. Tarafların davanın sürmesi yönündeki iradesinin varlığında yargılama tam anlamıyla gerçekleşir. Bu durum da davanın basit bir şekilde karara bağlanamayacağına işaret etmekte ve belirsizliğin olduğunu

⁶³⁵ Brian Leiter, **Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy**, Oxford: Oxford University Press, 2007, s. 9.

⁶³⁶ A.g.e., ss. 10-12.

⁶³⁷ A.g.e.

göstermektedir. Özellikle temyiz aşamasındaki davalar ve bazı ilk derece mahkemelerdeki yargılamalar böyledir. Amerikan hukuki realizm akımı da esas olarak işte bu yargılamaları araştırma konusu yapmaktadır. Bu yargılamalarda da hukuki gerekçeler mutlak olarak belirleyici değildir. Realistler bu davalardaki asıl belirleyici unsurun hukuki gerekçelerden ziyade hâkimlerin uyumsuzlukta olgulara verdikleri tepkiler olduğunun altını çizerekler. Yazar, buraya kadarki unsurlar hakkında Amerikan hukuki realizm akımına dair felsefî yazındaki mevcut anlayış ile hemfikir olduğunu söyler⁶³⁸. Ancak Amerikan hukuki realizm akımının bu unsurların da ötesinde belli özellikler taşıdığı kabul edildiği için, kuram yanlış bir şekilde anlaşılmış ve başarısız çıkarımlara yol açtığı öne sürülmüştür. Leiter ise mevcut anlayışta hatalı kısımların olduğunu savunur.

Mevcut anlayıştaki hatalı kısımların tespiti (II) için Leiter, yukarıda sayılan unsurlardan ikinci ve üçüncü sırada olanları analiz eder. Bunlar, hâkimlerin sınırsız bir şekilde takdir icra ettikleri (b) ve kararlarını kendi kişisel değer ve mizaçları doğrultusunda verdikleri iddialarıdır (c)⁶³⁹. Bu unsurlar yazara göre Amerikan hukuki realizm akımı açısından oldukça tehlikeli ve çelişkili bir durum yaratmaktadır. Bu iddiaların kabul edilmesi ile Amerikan hukuki realizm akımı hak ettiği değeri kaybetmiş, hukuk çevrelerinde genel olarak gözden düşmüştür.

Yazara göre hâkimlerin sınırsız bir şekilde takdir icra ettikleri fikrinin kabul edilmesi durumunda Amerikan hukuki realizm akımının kuramsal amacı imkânsız hale gelmektedir. Bu kuram hukuku icra edenlere (özellikle avukatlara) mahkemelerin kararlarını öngörebilmelerini sağlayacak belli kalıplar sunma amacındadır. Ancak hâkimlerin sınırsız bir şekilde takdir kullanması halinde herhangi bir öngörü yapmak imkânsız hale gelecek ve bu amaç gerçekleştirilemeyecektir. Hâkimlerin kararlarını kişisel değerlerine veya tesadüfi etkenlere göre verdiği iddiası da Amerikan hukuki realizm akımının gözleme dayalı, belli kalıplar bulmayı hedefleyen anlayışına terstir. Çünkü hâkimlerin kişisel değer ve mizaçları dışarıdan bir gözlem yapmaya tam olarak açık değildir. Böyle dinamiklerin varlığının kabul edilmesi durumunda neredeyse hiçbir araştırmanın faydalı olamayacağı sonucuna ulaşılır.⁶⁴⁰

⁶³⁸ Leiter, “Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence”, s. 16.

⁶³⁹ A.g.e., s. 25.

⁶⁴⁰ A.g.e., ss. 25-27.

Leiter bu hatanın bir nedeninin, Amerikan hukuki realizm akımının ağırlıklı olarak Jerome Frank'ın düşünceleri ile özdeşleştirilmesi olduğunu öne sürer. Jerome Frank, diğer realistlerinin aksine daha çok hâkimlerin duygu ve hislerini ön plana çıkarmış, avukatlara “hâkimlerin sizin kazanmanızı istemesini sağlayın” öğütünde bulunmuştur. Frank, hâkimlerin davanın taraflarına dair sahip oldukları intiba ve izlenimler ile uyuşmazlıktaki olgulara dair siyasi ve ahlaki mizaçlarının belirleyici olduğu görüşündedir⁶⁴¹. Dava sırasında bu dinamiklere etkide bulunabilecek durumlar, mahkemenin seyrini belirler veya değiştirebilir. Ancak bu düşünce Leiter'e göre yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı Amerikan hukuki realizm akımının yöntem ve amaçları ile ters düşmektedir⁶⁴². Bu özdeşleştirme hatalıdır çünkü Amerikan hukuki realistlerinin ağırlıklı bir kısmı Frank'ın bu fikirlerini paylaşmaz. Kaldı ki Amerikan hukuki realizm akımı yirminci yüzyılın ilk dönemindeki pozitivist dalgadan ciddi biçimde etkilenmiştir. Bunun sonucu olarak da insanların eylemlerinin açıklanması konusunda davranışsalcılığı benimsemişlerdir. Psikoloji bilimindeki bu akım, insan eylemlerinin dış itkiler ve koşullanma ile oluştuğunu iddia eder. Bu sebeple belli his ve duygulara atıfta bulunulması bilimsel değildir. Bu nedenle Frank'ın hâkimlerin belli his ve duygularına atıfta bulunan yaklaşımı anti-davranışsalcı niteliği nedeniyle Amerikan hukuki realizm akımının genel karakteri ile uyuşmaz.⁶⁴³

Leiter'e göre, Amerikan hukuki realistleri hâkimlerin sınırsız bir şekilde takdir icra ettiklerini savunmazlar. Bu çerçevede hâkimler hukuki gerekçelerin koyduğu sınırlar içerisinde takdirlerini kullanırlar. Realistlerin vurgusu, hukuki gerekçelerin tek bir kararı doğru kılamayacağı ve en azından yargılamadaki uyuşmazlıklar açısından hukukun çoğu zaman belirsiz kaldığıdır. Hâkimler söz konusu kararları verirken kendi değer ve mizaçlarından bağımsız bir şekilde belli gözlemlenebilir kalıplar çerçevesinde hüküm verirler. Yazara göre Amerikan hukuki realizm akımı yukarıda açıklanan ikinci ve üçüncü nitelikleri taşımadığı için hâkimlerin karar alma süreçlerinin betimlenmesi ve öngörülebilmesi konularında tutarlı analizler getirebilir. Yazar, bunun gerçekleştiğini göstermek amacıyla Amerikan hukuki realistlerinin

⁶⁴¹ Ülker Gürkan, **Hukuki Realizm Akımı**, Ankara: Sevinç Matbaası, 1967, ss. 70-72.

⁶⁴² “Hâkimlerin kahvaltıda ne yedikleri mesailerinde verecekleri kararları etkiler” iddiası da Jerome Frank dahi bunu ifade etmemesine rağmen Amerikan hukuki realizm akımına atfedilmektedir. Leiter bunun da hatalı olduğunu söyler. Leiter, “Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered”, **Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy**, Oxford: Oxford University Press, 2007, s. 62.

⁶⁴³ Leiter, “Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence”, ss. 23-25.

ticaret mahkemeleri hakkındaki tespitlerini ele alır. Bu tespitlere göre ticaret mahkemeleri ya hâkim ticari örf ve âdetin genel akışına paralel olarak ya da sosyo-ekonomik olarak en iyi sonucu verecek şekilde hüküm vermektedirler. Bu iki kalıp mahkemelerin belli sınırlar içerisinde hüküm verdiğini gösterir ve öngörü yapılmasına imkân sağlar.⁶⁴⁴ Leiter, bu analizleri ile mevcut anlayışın gerçeği yansıtmadığını veya en azından mevcut anlayışın Amerikan hukuki realizm akımının genelini temsil etmediğini açıklamış olur.

Amerikan hukuki realizm akımının ana karakteri ve çıkarımları (III) bahsinde Leiter, bu akımın temsilcilerinin ikiye ayrıldığını belirtir. Birinci ve bu akımın ağırlıklı kesimi *sosyolojik kanattır* (*sociological wing*). Bu kanat, mahkeme kararlarının toplumsal olguların gözlemlenmesi ve analiz edilmesi ile izah edilebileceğini savunur. İkinci ve bu akımın azınlıktaki kesimi ise *mizaç kanadıdır* (*idiosyncrasy wing*). Bu kanat ise mahkeme kararlarının ancak hâkimlerin mizacı ve değer yargıları ile açıklanabileceği görüşündedir. Yazar, Amerikan hukuki realizm akımının esas olarak sosyolojik kanat ile anlaşılması gerektiğini söyler ve bu kanadın bazı temsilcilerinin çıkarımlarını inceler. Düşününürün ilk ele aldığı temsilci olan Herman Oliphant, rekabet hukukundaki mahkeme kararlarını araştırmıştır. Oliphant, rekabet yasağı sözleşmelerinin geçerliliğinin dava konusu olduğu uyuşmazlıklarda mahkemelerin piyasalardaki genel kabule uygun olarak işçi-işveren arasında yapılan sözleşmelerin genellikle geçersiz olduğuna hükmederken alıcı-satıcı arasında yapılan bu tip sözleşmeleri fazla koruduğu göstermiştir⁶⁴⁵. Meslek örgütleri, işçi-işveren arasında yapılan bu tip sözleşmelere karşı olduklarından bu tip sözleşmeler ticari hayatta bazı işverenlerin zorlaması ile alınan bir kayıt şeklinde istisnai bir unsur olarak kaldığı için işçi-işveren arasındaki rekabet etmeme sözleşmeleri ticari örf ve âdete aykırı kalmıştır. Oliphant'ın tespiti de mahkemelerin kararlarında işçi-işveren arasındaki ticari örf ve âdete aykırılık teşkil edebilecek kararlardan kaçınmış olduğudur. Diğer yandan aynı mahkemeler, ticari örf ve âdete aykırılığın olmaması durumunda piyasalardaki adil rekabetin sağlanması ve arzu edilen sosyo-ekonomik sonuçların sağlanması için alıcı-satıcı arasındaki rekabet etmeme sözleşmelerinin geçerliliğini onaylamışlardır.⁶⁴⁶ Bu noktada, Oliphant'ın eserlerini oluşturduğu

⁶⁴⁴ A.g.e., s. 27.

⁶⁴⁵ Herman Oliphant, "Stare Decisis – Continued", *American Bar Association Journal*, Cilt: 14, Sayı: 3, 1928, ss. 159-161.

⁶⁴⁶ Leiter, "American Legal Realism", ss. 54-56.

dönemde Amerikan ticaret kanunlarında ticari örf ve âdeti uygulaması gibi bir yükümlüğünün olmadığını belirtmekte fayda vardır. Dolayısıyla mahkemeler herhangi bir hukuk kaynağı onları yükümlü kılmasa da örf ve âdete göre hüküm vermektedir.

Karl Llewellyn de ayıplı ifa halinde ifanın reddinin diğer itirazlardan feragat sonucu doğuracağı kuralının ekonomik kriz dönemlerinde ticaret mahkemeleri tarafından daha sert bir şekilde uygulandığını tespit etmiştir⁶⁴⁷. Bu durumlarda ifayı reddedenler genellikle söz konusu maldaki ayıbı telafi ettirmekten ziyade sözleşmeden ve kendi borçlarından kurtulmak için böyle bir yola başvurmaktadır. Bu analize göre hâkimler zor koşullarda dahi tacirlerin verdikleri sözlere bağlı kalması gerektiği yönündeki ticari örf ve âdeti korumuş ve bunu da bu örfle doğrudan bir bağlantısı olmayan bir kuralın (ifayı reddin diğer itirazlardan feragate yol açacağı kuralının) sert uygulanması ile sağlamıştır.⁶⁴⁸

Amerikan hukuki realistleri işte bu arka plan olgularının mahkeme kararlarını belirlediğini savunur. Hukuk kuralları her ne kadar kolay vakaların sonuçlarını belirlese de yargılama aşamasındaki uyuşmazlıklarda (özellikle de temyize taşınan davalarda) verilecek hükmü belirleyemez. Leiter, bu sınırsız olmayan takdir alanında hâkimlerin kurallardan ziyade belli *durum tiplerindeki (situation types)* olgulara duyarlı bir şekilde hüküm verdiklerini belirtir. Bu durum tipleri de ticari örf ve âdete uygun veya aykırı, sosyo-ekonomik olarak arzu edilen sonuçlar doğuran veya doğurmayan şeklinde olabilir. Hâkimler bunların farkında olarak ve bu olgular ışığında hükümde bulunarak örf ve âdete uygun veya sosyo-ekonomik açıdan olumlu durumları sağlamaya yönelirler. Hükümlerindeki asıl belirleyici olan unsurlar bu durum tipleridir, hukuki kaynak veya gerekçeler değil. Sosyolojik kanat aynı zamanda eğer hukukta bir reform yapılacak ise bu durum tiplerine dair özel hükümler veya hâkimlerin oluşturdukları emsaller vasıtası ile bu olguların hakkının verilmesi gerektiğini ifade ederler.⁶⁴⁹

⁶⁴⁷ Karl N. Llewellyn, **The Common Law Tradition: Deciding Appeals**, Boston: Little, Brown & Company, 1960, ss. 122-124.

⁶⁴⁸ Brian Leiter, “Legal Realisms, Old and New”, **Valparaiso Law Review**, Cilt: 47, Sayı: 4, 2013, ss. 956-958.

⁶⁴⁹ Leiter, “American Legal Realism”, s. 53.

Leiter, Amerikan hukuki realizm akımının esas özelliklerini ve güçlü yönlerini Jerome Frank'ın aksine yukarıda örnekleri verilen sosyolojik kanadın temsil ettiğini belirtir. Sosyolojik kanat, hâkimlerin kararlarını toplumsal olgulara duyarlı biçimde verdikleri sonucuna vararak gözleme dayalı ve kalıp oluşturmaya elverişli bir analiz alanı ortaya çıkarmışlardır. Bu sayede mahkemelerin eylemleri sosyolojik inceleme ile anlaşılabilir. Hâkimlerin neden bir grup olarak yeknesak hareket ettikleri sorusuna da realistler yine sosyolojik bir cevap verir. Buna göre hâkimler, içinde bulundukları toplumsal mekânı ve çalıştıkları kurumun genel davranış biçimlerini bireysel olarak benimserler, onlara adapte olurlar. Makamlardaki hâkimlerin kişisel hayatlarında farklı mizaçları olsa da mesleki hayatlarında makamlarının uyguladığı pratiğe bağlı kalırlar. Sosyal olan bireyseli biçimlendirir ve belirler.⁶⁵⁰

Jerome Frank'ın temsil ettiği mizaç kanadı ise Leiter'e göre ancak anayasa yargısı alanında makul bir tespitte bulunmaktadır. Çünkü bu mahkemenin kararlarında hâkimlerin değer yargıları, özellikle de siyasi görüşleri belirleyici olmaktadır. Hâkimlerin bu özellikleri de hayat tarzları, sosyal arka planları, eğitim ve kariyer geçmişleri, yakın oldukları çevreler ve eserlerindeki siyasi ahlak temalarından gözlemlenebilmektedir. Anayasa mahkemesi hâkimlerinin az sayıda olması da normalde oldukça zor olabilecek bu araştırmayı imkânlı hale getirmektedir.⁶⁵¹

Leiter, realistlerin hâkimlerin nasıl karar vermesi gerektiği meselesinde ise iki yaklaşımının söz konusu olabileceğini söyler. Bunlardan birincisi, tıpkı kendilerinden sonra gelen Richard Posner'ın hukukun ekonomik analizi akımında da savunacağı gibi hâkimlerin açıkça sosyo-ekonomik fayda hesabı yaparak hukukun belirsiz olduğu hallerde yasa koyucu gibi davranmalarını önerir⁶⁵². Bu sosyo-ekonomik hedefe bazen ticari örf ve âdeti koruyarak bazen de belli büyük menfaatleri önceleyerek ulaşılabilir. İkincisi ise normatif meselelerde sessiz kalmayı tercih eder. İki yaklaşım esasen benzerdir çünkü realistler yasa koyucu gibi hüküm kurma önerilerinde aslında mahkemelerin hâlihazırda yaptıkları şeyleri açıkça yapmalarını tavsiye ederek derin bir ahlaki öğüt vermemektedirler. Yazar, bu

⁶⁵⁰ Leiter, "Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence", s. 29.

⁶⁵¹ A.g.e., ss. 56-57.

⁶⁵² Richard A. Posner, **Economic Analysis of Law**, Boston: Little Brown, 1973; Ahmet U. Türkbağ, "Hukuk ve Ekonomi Anlayışı ya da Hukukun Ekonomik Analizi", **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi – 8**, Editör: H. Ökçesiz, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2003, ss. 62-66.

yaklaşımın temelinde Amerikan hukuki realistlerinin, “klasik” realist niteliğinden kaynaklandığını vurgular. Tıpkı Thucydides, Nietzsche, Makyavel, Marx gibi Amerikan hukuki realistleri de ahlaki fikirlerin ve daha da önemlisi ahlaki kuramcılığın, olayların gidişatına ciddi bir etkisi olduğu konusunda şüphecilerdir. Bundan dolayı somut olguların açıklanması, pratik öneriler ve faaliyetlerde bulunmak onlar açısından öncelikli konulardır. Realizme göre ahlakçı kuramlar veya neyin olması gerektiğine dair uzun tartışmalar kendi başlarına bir şeyi değiştirmediklerinden bu konularda sessiz kalmak daha makuldür.⁶⁵³

Leiter’in buraya kadarki Amerikan hukuki realizm akımına dair tespitleri her ne kadar analitik hukuk felsefesi tartışmalarına doğrudan bir katkıda bulunmasa da, ele aldığı belirsizlik, yargılama süreci, hukuki gerekçeler gibi unsurlara ilişkin çıkarımları yazarın analitik hukuk felsefesine dair pozisyonunu şekillendirmektedir. Bu unsurlar sert pozitivizm kuramı açısından da önemli bir rol oynadıklarından Leiter’in sert pozitivizmle bağlantısı incelenmeye değer bir konu olarak ortaya çıkmaktadır. Sıradaki alt başlıkta yazarın kurduğu bu bağlantı değerlendirilecektir.

2.1.3.3. Sert Pozitivizm ile Bağlantısı ve Savunusu

Leiter’in analitik hukuk felsefesi yukarıda da belirtildiği üzere kendi çalışma alanı açısından esaslı bir konumda değildir. Bununla beraber yazar, kendi çalışma alanının gerektirdiği kavramsal çerçevenin tutarlı olması ve karşıt kuramsal analizlere dair yanlışlıkların ortaya çıkarılması amacıyla kavramsal düzlemde de belli savlar öne sürer. Bu açıklamalarının bir yanı belli analitik doğruların ve yanlışların ortaya çıkarılmasına yönelik olduğu kadar analitik felsefenin kısıtlı kaldığı noktaları göstermeye de yöneliktir. Düşünürün kavramsal düzlemdeki argümanları üç etapta incelenecektir: *Amerikan hukuki realizm akımı ile hukuki pozitivizmin uyumlu olduğu iddiası* (I), *sert pozitivizm ile kurduğu bağlantı* (II) ve *karşıt kuramlara eleştirileri ve hukuki pozitivizm savunusu* (III).

Amerikan hukuki realizm akımı ile hukuki pozitivizmin uyumlu olduğu iddiası (I) bahsinde Leiter ilk olarak, Hart’ın Amerikan hukuki realizm akımına yönelik çürütmelerini ele alır. Hart, hukuki pozitivizmi diğer kuramlardan ayırtırken

⁶⁵³ Brian Leiter, “Classical Realism”, *Philosophical Issues*, Cilt: 11, Sayı: 1, 2011, ss. 256-260.

formalist yaklaşımın hukukun mutlak belirleyiciliği iddiasında hatalı olduğu gibi Amerikan hukuki realizm akımının da mutlak kural şüpheciliğinde hatalı olduğunu ifade etmiştir⁶⁵⁴. Kural şüpheciliği, bu anlamda hukuk kurallarının hukuk olduğundan şüphe duyma manasına gelmektedir. Hart, Amerikan hukuki realistlerinin bu anlamda hukuku hâkimlerin verdiği mahkeme kararları olarak tanımladıkları çıkarımında bulunmuş ve bunun absürt bir çıkarıma yol açtığına işaret etmiştir: eğer hukuk hâkimlerin verdiği kararlar ise o zaman hâkimler karar verirken dairesel bir akıl yürütme ile kendi kararlarının kendi kararları olduğuna hükmetmeleri gerekir.⁶⁵⁵ Bu mantığa göre hâkimler nasıl karar vereceklerine nasıl karar vereceklerini düşünerek ulaşmaları gerekir çünkü nasıl karar vereceklerine dair tanım kendilerinden başlamaktadır. Dairesel olan bu akıl yürütme mantiken hatalıdır.

Leiter, Hart'ın bu çürütmesinden sonra Amerikan hukuki realizm akımının ciddi bir yara aldığını ve hukuk felsefesi çevrelerindeki itibarının neredeyse tamamen kaybolduğunu belirtmekle beraber Hart'ın itirazının aslında realistlerin kural şüpheciliklerine dair yanlış bir algıya dayandığını ileri sürer. Yazar, bu noktada kural şüpheciliği kavramını ikiye ayırır: *kavramsal kural şüpheciliği (conceptual rule skepticism)* ve *ampirik kural şüpheciliği (empirical rule skepticism)*. Kavramsal kural şüpheciliği, hukukun tanımı ve özelliklerine ilişkin bir analizden hareketle kuralların hukuki niteliğine dair bir şüpheciliği ifade eder. Örneğin “hukuk, hukuk kurallarından değil, ancak yargı kararlarından oluşur” önermesi, kavramsal kural şüpheciliğidir. Leiter bu noktada Amerikan hukuki realistlerinin ağırlıklı bir çoğunluğunun kavramsal kural şüphecisi olmadığını söyler.⁶⁵⁶

Yazar bu durumu realistlerin felsefeye dair genel yaklaşımları ile açıklar. Amerikan hukuki realistlerin profiline bakıldığı zaman ne Anglosakson ne de Kıta Avrupası filozoflarının özellikleri görülür. Realistler felsefe profesörlerinden ziyade hâkimler ve mesleki pratik, reform odaklı düşünürler olmuşlardır. Bu nedenle “hukuk nedir?”, “hukukun özündeki nitelikler hangileridir?” gibi sorulara ve diğer kavramsal argümanlara ilgi göstermemişlerdir. Bu nedenle realistler klasik anlamda felsefeci olmadıkları gibi analitik felsefeci hiç olmamışlardır.⁶⁵⁷

⁶⁵⁴ Hart, *The Concept of Law...*, ss. 124-135.

⁶⁵⁵ *A.g.e.*, ss. 137-147.

⁶⁵⁶ Leiter, “Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered”, ss. 68-70.

⁶⁵⁷ *A.g.e.*, ss. 70-71.

Amerikan hukuki realistlerinden Oliver W. Holmes'un kötü adamın gözünden bakarak mahkeme kararlarını hukuk olarak ifade ettiği ve hukuk bilimini mahkemelerin vereceği hükümler hakkında evvelden "kehanetlerde" bulunmak olarak gördüğü doğrudur⁶⁵⁸. Realistler gerçekten de mahkeme kararlarını öngörmek ile ilgilenmişlerdir. Bu, onların pratik açıdan müvekkillere ve avukatlara faydalı veriler sağlama amaçlarından kaynaklanmaktadır.⁶⁵⁹ Ancak bu projenin amacı kavramsal bir analiz sunmak değildir. Bu nedenle realistlerin yargı kararlarına ve hukuk dışı dinamiklere vurgu yapmaları onların hukuku bir kavram olarak bu unsurlar ile tanımladıkları manasına gelmemektedir.

Leiter, zaten realistlerin de hukuki pozitivist tezleri kendi kuramları için bir ön kabul olarak temel aldıklarını söyler. Hukuki belirsizlik iddiası zaten birtakım hukuki sebeplerin birçok vakada tek bir kararı gerekçelendiremeyeceği veya belirleyemeyeceğini ifade eder. Bu iddianın içinde görüldüğü üzere hukuki sebepler ile hukuki olmayan sebepler arasında bir fark konulur. Realistler, hukuki olan ile olmayan arasında bir fark koymakta ve hukuki olanın kavramsal statüsü hakkında bir şüphe duymamaktadırlar. Aksi takdirde bu farkı koyamazlardı. Görüldüğü üzere, realistlerin kullandıkları hukuk kavramı kesinlikle Dworkin'in veya doğal hukukçuların kullandıkları gibi bir hukuk kavramı değildir. Tam tersine, belli bir soy ağacı ile geçerlilik kazanmış hukuki kaynakların varlığı konusunda şüpheli olmayan bir hukuk anlayışına sahip oldukları ortadadır.⁶⁶⁰

Realistlerin kural şüpheciliği bundan dolayı kavramsal nitelikte değildir. Leiter'e göre realistler kural şüphecisi olmakla beraber, kural şüpheciliklerinin niteliği ampiriktir. Bu bağlamda, ampirik kural şüpheciliğinin iki iddiasından bahsedilebilir. Bunlardan birincisi, hukuk kurallarının belirsiz olmasıdır. İkincisi ise hukuk kurallarının yargı kararlarını mutlak biçimde belirlemediği veya sınırlamadığıdır. Hart da bu iddialardan birincisini kabul eder. Hukuk kuralları ister istemez bir miktar belirsizlik taşırlar. Hart bunun nedenini dilden kaynaklanan belirsizliğe bağlar. Realistlerin çoğu ise hukukun belirsizliğini, ağırlıklı olarak seçilebilecek yorum yöntemlerine bağlar. Hukuk kuralları farklı yorum yöntemleri

⁶⁵⁸ Hâlide Topçuoğlu, **Hukuk Sosyolojisi: Sosyoloji Açısından Hukuk**, 3. Baskı, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1969, s. 80.

⁶⁵⁹ Ömer Yörükoğlu, **Yirminci Yüzyılın İlk Yarısında Amerika Birleşik Devletlerinde Hâkim Olan Hukuk Teorisi**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1982, ss. 106-115.

⁶⁶⁰ Leiter, "Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered", ss. 71-73.

ile ele alınabileceğinden bu bağlamda belirli olarak nitelenemez. Bu iki farklı cevap birbiri ile çatışmaz; sadece hukuk kurallarının belirsizliği konusunda birbirini destekler farklı sebepler ortaya konmaktadır.⁶⁶¹

Ampirik kural şüpheciliğinin ikinci iddiası ve realistlerin yaptığı asıl vurgu ise hukuk kurallarının yargı kararlarını belirlemediği veya ciddi biçimde sınırlamadığı tezidir. Bundaki odaklandıkları unsur ise ampiriktir. Mahkeme kararlarının gözlemlenmesi ile ortaya çıkan kalıplar hukuk kuralların birçok davada belirleyici unsur olmadığını göstermektedir. Hart'ın hukuki pozitivizmi ile realistler arasındaki ayrılık ve Hart'ın bu konuda realist tezlere tam olarak bir cevap vermediği nokta ise buradadır. Hart, hukuk kurallarındaki belirsizliğin ve mahkeme kararlarına olan etkisizliklerinin ancak marjinal düzeyde olduğunu söylerken, realistler özellikle temyiz aşamasındaki mahkeme kararlarında bu belirsizliğin merkezi bir unsur olduğu görüşündedirler. Hart kuramında hâkimlerin şüphe götürmez bir şekilde kararlarını kurallar ışığında ve bunların gerekçeleri doğrultusunda aldığını ifade eder. Leiter ise Hart'ın bu “şüphe götürmezlik” iddiasını herhangi bir gerekçeye dayandırmadığı gibi herhangi bir ampirik veri ile de desteklemediğinden realistlerin argümanları karşısında yetersiz bulur.⁶⁶²

Bu bağlamda bakıldığında Leiter, hukuki pozitivizm ile Amerikan hukuki realizm akımı arasında iddia edilen ayrılığın gerçek olmadığına işaret eder. Hart'ın Amerikan hukuki realizm akımına yönelttiği kavramsal kural şüpheciliği eleştirileri bu bağlamda yersizdir çünkü zaten realistler kavramsal kural şüphecileri olmadığı gibi hukuki pozitivist tezleri kendi kuramlarının kavramsal çerçevesi olarak zımni bir biçimde kabul etmektedirler⁶⁶³. Diğer yandan ampirik kural şüpheciliği konusunda Leiter'e göre Hart, kuralların belirleyiciliğinin gücü ve belirsizliğin sınırları bahsinde ampirik olarak verilere dayanmadığı ve realistlere yeterli cevap vermediği için hatalıdır.⁶⁶⁴

Hukuki pozitivizm ile Amerikan hukuki realizm akımı arasında olabilecek son bir çatışma konusunun ise tanıma kuralı hakkında olabileceği akla gelebilir. Pekâlâ,

⁶⁶¹ A.g.e., ss. 73-75.

⁶⁶² A.g.e., ss. 75-78.

⁶⁶³ Brian Leiter, “Positivism, Formalism, Realism”, *Columbia Law Review*, Cilt: 99, Sayı: 1, 1999, ss. 1153-1155.

⁶⁶⁴ Leiter, “Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered”, ss. 78-79.

tanıma kuralının belirleyiciliği meselesine ampirik kural şüpheciliği ile yaklaşılsa, hâkimlerin hangi kuralı hukuk olarak uygulayacakları konusunda da tanıma kuralının belirleyiciliğinin olmadığı iddia edilmelidir. Ancak Hart'ın kuramında tanıma kuralı hâkimlerin ne yaptığı ile doğrudan bağlantılı olan bir toplumsal kuraldır. Toplumsal bir kuralın hâkimlerin ne yaptıklarını zorunlu olarak temsil etmesi gerekir. Leiter bu noktada Amerikan hukuki realizm akımının ampirik kural şüpheciliğinden kaynaklı kuralların belirleyici olmadığı iddiasının mutlak değil, kısmi olduğuna işaret eder. Buna göre tanıma kuralı “pek çok” kuralın geçerliliğini aslına uygun şekilde teslim edebilir ve bunlar da hâkimler tarafından fiilen uygulanır. Amerikan hukuki realizminin bu temyiz aşamasına taşınmayan vakalar (kolay vakalar) açısından tanıma kuralına bir itirazı yoktur. Diğer yandan bu vakalar kapsamında dahi realistler, tanıma kuralının tanıdığı kuralların hâkimlerin olası karar seçeneklerini bir miktar kısıtladığını reddetmez. Amerikan hukuki realizmi yalnızca bu tip temyize taşınan davalarda hukukun tek bir sonuca belirleyici bir şekilde hükmetmediğini savunur. Bu da tanıma kuralına dair öğeler ile çelişkili değildir.⁶⁶⁵ Kaldı ki Hart'ın kuramı da dilin belirsizliğinden dolayı tanıma kuralı da dâhil olmak üzere tüm kuralların bir miktar belirsiz olabileceğini kabul eder.

Sert pozitivizm ile kurduğu bağlantı (II) kapsamında Leiter, realistlerin hukuki pozitivist kuram ile uyumlu olduğu gibi aynı zamanda kavramsal düzeyde sert pozitivist bir temele oturduklarını öne sürer. Yazar, yumuşak pozitivizmin neyin hukuk neyin hukuk olmadığını belirlenmesi konusunda tanıma kuralının tasdiki şartıyla ahlaka başvurulabileceği iddiasının nihayetinde ahlaki olguların objektif olarak varlığının kabulünü gerektirdiğine işaret eder. Çünkü eğer hukukçu, hukuk hakkında yumuşak pozitivist bir çerçevede doğru önermelerde bulunduğunu iddia edecek ise bu önermesini atıf yaptığı ilgili ahlaki olgunun objektif varlığına dayandırması gerekecektir. Yazar, Hart'ın da bu sorunun farkında olduğunu ancak pratikte hâkimlerin sözde ahlaki olgulara dayanarak hukuku uygulaması ile takdirlerini kullanarak yeni hukuk yaratması arasında bir fark olmadığını ifade ettiğini söyler. Buna karşın Leiter, Hart'ın bu açıklamasını içinden çıkılmaz ve çelişkili bir ikilem doğurmasından ve objektifliği şüpheli olan ahlaki yargılara dair kavramsal sorunsalları kuramına taşımasından dolayı yetersiz bulur.⁶⁶⁶

⁶⁶⁵ A.g.e., ss. 79-80.

⁶⁶⁶ Leiter, “Legal Realism, Hard Positivism, and the Limits of Conceptual Analysis”, ss. 126-128.

Sert pozitivizm ise bu tip sorunlu ön kabullerden hareket etmediği için daha iyi bir kavramsal çerçeve sağlamaktadır. Sert pozitivizm, kaynaklar tezi gereği tanıma kuralı ahlaka atıf yapsa dahi ahlak hukuk olarak nitelenmez ve hâkimler bu tip durumlarda takdir kullanır. Sert pozitivizmin en önemli temsilcisi Raz’a göre ahlaki ilkeler, kişilerin eylemlerine dair pratik akıl yürütmelerinde hukukun temelindeki otorite rolünü gerçekleştiremez. Bundan dolayı ancak kaynak temelli yasalar hukuk olabilir. Leiter’e göre realistler de esasında hukuki kaynaklar ile hukuk dışı kaynaklar arasında net bir ayrımı kabul ettiklerinden zımni sert pozitivistlerdir. Realistler eğer yumuşak pozitivist olsa idiler o zaman tanıma kuralının ifade etmesi şartıyla belli ahlaki ilkelere ve ahlaki geçerlilik ölçütlerine tıpkı Dworkin gibi belirleyici bir ağırlık vermeleri gerekirdi. Hâlbuki realistler bu açıdan tıpkı sert pozitivistler gibi gerek hukukta yer alan ahlaki ilkeler gerekse diğer unsurlardan dolayı hukukun oldukça belirsiz olduğu ve bu takdir alanı içerisinde hukuki olmayan etmenlerin rol oynadığı görüşünü paylaşmışlardır. Sert pozitivizm bu açıdan yumuşak pozitivizmin aksine hâkimlerin takdir alanının genişliğini ve hukukun belirsizliğini daha doğru bir şekilde, Amerikan hukuki realizm akımının da işaret ettiği şekilde ele almaktadır.⁶⁶⁷

Öte yandan Leiter gerek Raz’ın gerekse diğer sert pozitivistlerin “kavramsal açıklamalarını” *a posteriori* olgulardan bağımsız ve kusursuz birer gerçek olarak kabul etmez. Bu kuramın da öğeleri belli açılardan zayıf veya tartışmalı olabilir. Yazara göre sert pozitivizm, doğru kavramsal önermeler yaptığından dolayı üstün bir kuram değildir. Bu yaklaşım gücünü, mevcut hukuk pratiğindeki gözlemlenebilir *a posteriori* olguları diğer kuramsal açıklamalara kıyasla daha doğru sunmaya müsait bir çerçeve çizmesinden alır. Hukukun mutlak olarak olmasa da birçok halde boşluklu ve belirsiz bir yapıda olduğu ve hâkimlerin bu hallerde takdir imkânlarının olduğu olgusunu sert pozitivizm diğer kuramlardan çok daha doğru bir şekilde izah etmektedir. Mesleki pratiğe dair ampirik gözlemler de sert pozitivizmin bu tespitlerini doğrular. Hukukun bu oldukça boşluklu yapısı olmasa idi yargılama süreci formalistlerin öngördüğü gibi tek düze gerçekleşirdi. Bu tespitler sayesinde, yalnızca dogmatik hukuk çalışmaları veya kavramsal hukuk felsefesi ile açıklanamayacak alanların farkına varılır ve bunlara yönelik ampirik çalışmalar

⁶⁶⁷ A.g.e., ss. 121-122.

gerçekleştirilebilir.⁶⁶⁸ Diğer kuramlar ise bu gerçekliği gölgelediğinden ampirik çalışma ihtiyacını gizleyebilir veya bu çalışmaların yanlış ön kabullerden hareketle başarısız sonuçlara ulaşmasına sebep olabilir.

Karşıt kuramlara eleştirileri ve hukuki pozitivizm savunusunda (III) Leiter eleştirilerinin ağırlıklı bir çoğunluğunu, tıpkı realistler gibi yargılama sürecine eğilen bir düşünür olan Dworkin'e yöneltmektedir. Dworkin, ahlaki ilkelerin hukuktaki rolünü merkeze alan ve yargılama sürecindeki yorum aşamalarına odaklanan bir kuramcıdır. Dworkin, her uyuşmazlıkta hukuki tek bir doğru cevabın olduğunu ve mahkemelerin de işte bu cevaba belli yorum aşamalarını takip ederek ulaştıklarını iddia etmiştir. Anlaşılabileceği üzere bu tek doğru cevap tezi, realistlerin belirsizlik tezi ile çatışmaktadır⁶⁶⁹.

Leiter'e göre Dworkin'in tek doğru cevap tezindeki sorun, bu tezin ahlaki olguların objektif olarak var olduğu düşüncesine dayanması ve bu düşüncenin temellerinin zayıf olmasıdır⁶⁷⁰. Yazar ise ahlaki olguların objektif olarak var olduğunun söylenemeyeceğini çünkü bu iddiayı kanıtlayacak bilimsel şartların sağlanmadığını belirtir⁶⁷¹. Ahlaki olguların var olmadıklarından dolayı bunlara dayalı bir yargılama kuramı ve tek doğru cevap tezi çıkarımı havada kalacaktır. Dworkin'in kuramında ahlaki ilkelerin varlığı, mahkemelerin karar gerekçelerinde onlara atıfta bulunmaları ile açıklanmaktadır. Fakat bu ahlaki olguların objektif olarak var olduğu manasına gelmez. Pekâlâ, bir kişi belli ruhların insanları ele geçirdiği konusunda beyanlarda bulunabilir ve kendi görüşünce geçerli kaynaklara dayanarak bunların objektif olarak gerçek olduğunu ifade edebilir ancak bu, söz konusu şeylerin objektif olarak var olduğunu gösteremez⁶⁷². Düşünüre göre Dworkin'in hatası mahkeme sürecindeki hâkimlerin ne yaptıklarına dair söylemlerine itibar etmesidir; hâlbuki

⁶⁶⁸ Leiter, "Legal Realism, Hard Positivism, and the Limits of Conceptual Analysis", ss. 133-135.

⁶⁶⁹ Brian Leiter, "Naturalized Jurisprudence and American Legal Realism Revisited", **Law and Philosophy**, Cilt: 30, Sayı: 4, 2011, ss. 507-508.

⁶⁷⁰ Brian Leiter, "Objectivity, Morality and Adjudication", **Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy**, Oxford: Oxford University Press, 2007, s. 255.

⁶⁷¹ **A.g.e.**, ss. 238-239

⁶⁷² Brian Leiter, "Moral Facts and Best Explanations", **Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy**, Oxford: Oxford University Press, 2007, s. 206.

neyin gerçek olduğunu tespit etmek için hâkimlerin gerçekten ne yaptığının gözlemlenmesi gerekir⁶⁷³.

Leiter'in bu analizlerinin merkezinde vurgu, bu tip ahlaka dayanan açıklamaların ahlaki olguların kendi başlarına var olduklarını bir ön kabul olarak almalarıdır. Yazar ise ahlaki meselelerin Freud, Nietzsche, Darwin ve Marx gibi düşünürlerin benimsediği doğalcı yaklaşım ile izah edilmesinin daha doğru olduğunu söyler. Çünkü bu doğalcı yaklaşım ahlakçı yaklaşıma kıyasla hem diğer olayların da açıklanabilmesi konusunda daha kapsayıcıdır hem de daha basittir. Örneğin doğalcı yaklaşım bilimsel sebep sonuç ilişkilerine atıfta bulunarak bireylerin ahlaka dair düşünce ve tutumlarını belli hayat tecrübeleri ve toplumsal koşullar ile izah edilebildiği gibi aynı metotlar ile farklı insanların gayriahlaki sonuçlar doğuran psikolojik sorunları hakkında da açıklamalar sunabilir. Bu tip doğalcı açıklamalar çok daha az tartışmalı veya çok daha sağlam kanıtlanmış bilgilere (örneğin genetik, bilinçaltı psikozları gibi) dayanırken ahlakçı açıklamalar ise argümanlarını tam olarak gerekçelendirilmemiş unsurlar ile temellendirir (örneğin sezgiler, Tanrı, evrensel ruh, yanılmaz akıl gibi).⁶⁷⁴

Dworkin ve ahlaki ilkelerin objektif biçimde hukukta varlığını savunan diğer görüşleri incelemek için hukukun objektifliğinin incelenmesi gerekir. Leiter, hukukun objektifliğini incelerken dört tip objektiflik iddiasından bahsedebileceğini söyler. Bunlardan iki tanesi bu tartışmadaki tam karşıt görüşleri temsil eder: sübjektiflik, yani algılayıcıya gerçek gelenin neyin gerçek olduğunu hepten belirlediği iddiası ve güçlü objektiflik, yani algılayıcı açısından neyin gerçek olduğunun gerçeği hiçbir şekilde belirlemediği iddiası. Güçlü objektiflik iddiasında ele alınan nesnenin varlığı diğer tüm algılayıcılardan bağımsızdır. Sübjektiflik iddiasında ise bu düşünce yoktur. Geri kalan iki tip ise asgari objektiflik ve mütevazı objektiflik iddiasıdır. Asgari objektiflik iddiası, algılayıcılar topluluğuna gerçek gelenin neyin gerçek olduğunu belirleyeceği iddiasıdır. Bu iddia, sübjektiflikten bir miktar uzaklaşarak en azından tekil algılayıcıların görüşünü gerçek olarak almaz ama sübjektif iddiada olduğu gibi durumdan duruma gerçeğin farklılaşabileceğini de kabul eder. Örneğin neyin moda olduğu konusunda sadece tek bir kişinin görüşü gerçeği ifade etmezken belli bir grubun beğenisinin bunu temsil ettiği söylenebilir.

⁶⁷³ Leiter, "Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence", s. 53.

⁶⁷⁴ Leiter, "Moral Facts and Best Explanations", ss. 207-211.

Diğer yandan farklı gruplarda bu tip yargılar farklı sonuçlar verecektir. Dolayısıyla farklı gruplarda farklı şeyler moda olabilir. Mütevazı objektiflik fikrine göre ise algılayıcılara ideal koşullar altında gerçek gelen, neyin gerçek olduğunu belirler. Bu şartlar gerçekleşmediği durumda hiç kimse gerçeği tam olarak algılayamazken, bu şartların gerçekleşmesi halinde herkes gerçeği tecrübe edebilir.⁶⁷⁵

Hukukun objektifliği konusundaki esas kaygı, mahkemelerin hüküm verirken gerçekten de hukukun gerektirdiği şekilde karar verip vermedikleri meselesidir. Bundan dolayı da hukukun objektifliği meselesindeki esas problem, nelerin hukuki gerekçeler sayılacağı ve bunların objektifliğinin nasıl sağlanacağı meselesidir. Kanun, yönetmelikler gibi hukuk kaynaklarının objektifliği konusunda bir kaygı yoktur ancak eğer ahlak da bir hukuki gerekçe olarak kabul edilecek ise o zaman hukuki objektiflik meselesi kaçınılmaz olarak ahlakın objektifliği ile ilişkili hale gelecektir. Dworkin de dâhil olmak üzere doğal hukukçular, hukuku objektif bir olgu olarak ele aldıkları gibi ahlaki kavramların da objektif bir içeriklerinin olduğu görüşündedirler. Yumuşak pozitivistler de tanıma kuralının söz konusu hukuk sisteminin tercihi doğrultusunda ahlaki bir geçerlilik şartı olarak kabul etmesi halinde hukuki geçerliliği ahlaka dayandırır ve buna dair objektiflik meselesi yine ahlakın objektifliğine bağlı hale gelir. Leiter'e göre sert pozitivistler açısından bu sorun olmadığından hukukun objektif olarak ele alınması ahlakın objektifliği tartışmalarından bağımsız kalabilir. Bununla beraber bir sert pozitivist de bir hâkimin nasıl karar vermesi gerektiğine dair bu metafizik tartışmalardan ayrık bir şekilde ahlaki bir değerlendirmede bulunabilir. Buradaki mesele hukukun objektif bir varlık olarak nasıl incelenebileceği meselesidir.⁶⁷⁶

Leiter hukukun asgari objektiflik açısından ele alınmasının yerinde olacağını söyler. Buna göre bir olgunun hukukçular ve hâkimler topluluğu tarafından hukuki bir olgu olarak kabul edilmesi durumunda o olgu, objektif bir hukuki olgu olur⁶⁷⁷. Dworkin'in hukuka dair mütevazı objektiflik iddiası ise şu şekilde ifade edilebilir: bir olgu yalnızca "ideal koşullar altında" hukukçular ve hâkimler tarafından hukuki bir olgu olarak kabul edilmesi halinde hukuki bir olgu olur. Ancak yazara göre bu kalıp

⁶⁷⁵ Brian Leiter, "Law and Objectivity", **Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy**, Oxford: Oxford University Press, 2007, ss. 259-60.

⁶⁷⁶ **A.g.e.**, ss. 262-266.

⁶⁷⁷ Jules L. Coleman & Brian Leiter, "Determinacy, Objectivity, and Authority", **University of Pennsylvania Law Review**, Cilt: 142, Sayı: 2, 1993, ss. 608-610.

oldukça sorunludur çünkü Dworkin'in bahsettiği ideal akıl yürütme biçimlerinin neler olduğu ve onların tam olarak nasıl ortaya çıkarılabileceği oldukça belirsizdir. Düşünür, hukuk gibi normatif bir kavramın normatif işlevini sağlayabilmesi için ister istemez içeriğinin erişilebilir olması gerektiğine işaret eder. Aksi takdirde hukukun içeriğini ne vatandaşlar ne de hukukçular tam olarak bilemeyeceğinden hukukun bu işlevi sağlanamaz ve kavramsal olarak hukukun normatifliği açıklanamamış olur. Leiter'in burada vurguladığı düşünce kavramsal seviyededir; hukukun böyle olması gerektiğine dair bir değer yargısı değildir. Güçlü anlamda objektiflik iddiası ve mütevazı objektiflik iddiası, hukukun ne olduğu konusunda kendi iddialarının aradığı gerekli ideal koşullar sağlanamadığından ve emin bir cevap vermekten kaçındıklarından dolayı hukuk kavramını izah edemez. Eğer hukuk ideal koşullar sağlanamadığı, bilinemediği veya bunlar hakkında hemfikir olunamadığı için tüm hukukçular ve hâkimler topluluğunun kabul ettiği hükümlerin, kanunların ötesinde bir şey ise o zaman objektif olarak bilinemeyen bu kavramın normatif niteliğinin açıklanması mümkün olamaz.⁶⁷⁸ Kaldı ki bu tip yaklaşımlar, hukukun hukukçular tarafından ele alınması pratikleri ile ciddi anlamda çelişkilidir. Birçok avukat neyin hukuk olup neyin olmadığı konusunda mevzubahis kanunlar gayriahlaki olsa dahi oldukça emin bir şekilde tespitte bulunabilir ve müvekkilleriyle bu bilgiyi paylaşabilir. Mesleği icra edenlerin bunu yapmasını sağlayan şey, onların hukukçular topluluğu tarafından neyin hukuk olarak alındığını gözlemleyebilmeleri ve bunu asgari objektiflik olarak kabul etmeleridir.

Leiter, Dworkin'in sunduğu emsal kararlar ile de doğrudan bağlantı kurar. Dworkin, *Riggs*, *Palmer'a karşı* ve *Tennessee Vadi Otoritesi*, *Hill'e karşı* gibi davaları örnek göstererek neyin hukuk sayılacağına belirlenmesi için ahlaki değerlendirmelerin yapılması gerektiğini savunmuştur. Yazar burada Dworkin'in söz konusu yargılama süreçlerinde hâkimlerin sözde neler yaptığına odaklanmasına rağmen bunun bir fenomeni açıklamak için yeterli olmadığını vurgular. Leiter'e göre hukuk, bu tip davalarda belirsizdir. Düşünür, hâkimlerin bu belirsizlik hallerinde kullandıkları ifadelerin hukuki pozitivist bir yaklaşımla iki şekilde izah edilebileceğini söyler. İlk olarak, hâkimler bu tip davalarda hukukun belirsiz olduğunu, tek bir cevabın olmadığını bilmelerine rağmen sanki öyle değilmiş gibi ifadelerde bulunabilirler. Bu durumda hâkimler hukuk yaratırken kullandıkları kendi

⁶⁷⁸ Leiter, "Law and Objectivity", ss. 269-271.

değer yargılarını açıklamaktansa hukuku uyguladıklarını iddia ederek kurnaz bir şekilde kendi değer yargılarını hukukilik kisvesi altında gizliyor olabilir. İkinci ihtimal ise hâkimlerin bilinçli olmaksızın uyuşmazlığın hukuk tarafından tek bir cevap ile hükme bağlandığı konusunda hataya düşüp kendi aralarında hangi cevabın hukukten doğru cevap olduğu hakkında temelsiz bir tartışmaya girmeleridir.⁶⁷⁹ Tartışma içerisinde olan hâkimlerin mevzubahis sorunun tek doğru cevabının hukukta hükme bağlandığı konusundaki inançları bu inancı gerçek hale getirmez, tıpkı dini bir tartışmada tarafların mevzubahis şeyin ilgili dinde bir olgu olarak düzenlenmiş olduğu inancının bunu tek başına objektif bir olgu haline getirmediği gibi⁶⁸⁰.

Dworkin'in kendi iddiasına destek olarak gösterdiği mahkeme kararlarının da şüpheli bir şekilde ele alınması durumunda mesele çok daha iyi aydınlanacaktır. *Riggs* kararının tarihsel bir incelemesine bakıldığında mahkemenin kararında bir yorum faaliyetinden ziyade başka sebeplerin rol oynadığı söylenebilir. Leiter, Kim Lane Scheppele'nin çalışmalarına atıfta bulunarak 1870'te İngiliz hukukuna kanunla getirilen "sivil ölüm" kavramına işaret eder. Bu kanunla, ağır bir suç işleyen kişilerin diğer birçok medeni haktan da mahrum bırakılmaları hükme bağlanmıştır. *Riggs* kararından bir yıl önce başka bir davada (*Avery, Everett'e karşı*) New York Temyiz mahkemesi bu İngiliz hukukunda düzenlenmiş olan kavramı değerlendirmiştir. Davada cinayet işlemiş bir kişinin mal varlığını arzu ettiği bir temsilciye devretme hakkı olup olmadığı ele alınmıştır. Mahkeme heyetinin çoğunluğu İngiliz hukukundaki bu düzenlemeyi takip etmemeyi tercih ederek cinayet zanlısının mal varlığı üzerinde hakkı olduğu yönünde karar vermiş, azınlık ise buna karşı çıkmıştır. *Avery, Everett'e karşı* davasının mahkeme heyetindeki azınlık görüşünün başında ise Yargıç Earl yer almaktadır. Yargıç Earl bir yıl sonra ise *Riggs* kararının çoğunluk görüşü tarafında olacaktır. Leiter, *Avery Everett'e karşı* davasında Yargıç Earl çoğunluğu oluşturup emsal oluşturabilse idi, bir yıl sonraki *Riggs* kararında aynı doğal hukuk veya alternatif yasa koyucu iradesi yorumu tekniklerine muhtemelen başvurmayacağını ifade eder.⁶⁸¹

⁶⁷⁹ Brian Leiter, "Explaining Theoretical Disagreement", **University of Chicago Law Review**, Cilt: 76, Sayı: 3, 2009, ss. 1224-1226.

⁶⁸⁰ Brian Leiter, "Theoretical Disagreements in Law: Another Look", **Dimensions of Normativity: New Essays on Metaethics and Jurisprudence**, Editörler: D. Plunkett ve diğerleri, Oxford: Oxford University Press, 2019, s. 261.

⁶⁸¹ Leiter, "Explaining Theoretical Disagreement", ss. 1240-1242.

Hâkimlerin samimi olmadıklarına ilişkin bir diğer tespit ise *Riggs* kararının azınlık görüşünü temsil eden Yargıç Gray hakkındadır. Yargıç Gray, *Riggs* kararında lafzi bir yoruma dayanmış ve yeni hukuk yaratmama yönünde oy kullanmıştır. Ancak *Riggs* kararı ile aynı gün verilen *Bockes, Wemple'a karşı* kararında ise Yargıç Gray bu sefer lafzi yorum yerine amaçsal yorumu savunmuştur. Leiter, bundan dolayı yargılamada hâkimlerin fırsatçı bir şekilde başvurdukları yorum argümanlarının kendi tercihlerine kılıf olması için kullanıldığını vurgular. Hâkimlerin verdiği diğer kararları incelendiğinde Leiter, Yargıç Gray'in genellikle liberal-liberteryen çizgide kararlar verdiğini belirtirken, Yargıç Earl'ün ahlakçı bir tutumu olduğunu ifade eder. Hâkimler çeşitli davalarda çelişen yorum yöntemlerini kendi arzu ettikleri sonuç için farklı durumlarda farklı şekillerde kullanmaktadırlar. Kuramsal anlaşmazlıklar hakkındaki tartışmalar ise bu eylemlerini saklamak için bir peçe işlevi görmektedir.⁶⁸²

Leiter'in Dworkin'in yargılama üzerine temellenen doğal hukuk argümanına ilişkin getirdiği bir diğer çürütme ise Dworkin'in hukuktaki görece ufak bir meseleyi hukukun merkezi bir unsuru gibi sunmasına yöneliktir. Yargılamada bazı davalarda ortaya çıkan kuramsal anlaşmazlıklar hukukun geneli açısından söz konusu değildir. Kanunlar, yönetmelikler, tüzükler gibi hukuk kuralları genel itibarıyla belirlidir ve uyuşmazlıklara, tartışmalara yer bırakmaksızın birçok vakayı hükme bağlarlar. Dworkin'in yorum ve ahlaka dair analizleri hukukun bu ana gövdesine hiç temas etmemektedir. Pekâlâ, birçok vergi düzenlemesi, ceza kanunu, siyasi sisteme dair anayasa hükümleri tartışmaya yer bırakmayacak kadar belirli ve bir o kadar da gayriahlaki olabilir. Bu durum Dworkin'in kuramının hukukla ilgili birçok olguyu açıklayamadığını göstermektedir.⁶⁸³

Leiter, eleştirilerini klasik doğal hukuk kuramlarına da yöneltir. Yazar, bu yaklaşımın esas temsilcisi olarak John Finnis'i görür. Düşünüre göre Finnis'in başını çektiği modern doğal hukukçular da hukuki pozitivist tezlerin mevcut hukuk sisteminin iç işleyişini betimlemek ve sistemsal bağlamda geçerli hukuk kurallarını belirlemek için yeterli olduğu kabul eder⁶⁸⁴. Ama doğal hukukçular bunun ötesinde

⁶⁸² A.g.e., ss. 1243-1246.

⁶⁸³ A.g.e., ss. 1226-1228.

⁶⁸⁴ John Finnis, **Natural Law and Natural Rights**, 2. Baskı, Oxford: Oxford University Press, 2011, ss. 3-19.

hukuki otoritenin meşruluğuna dair açıklamaların da gerekliliğini vurgular. Leiter, doğal hukukçuların getirdiği eleştirilerin esasında hukuki pozitivistlerin kuramlarından kopuk olduğunu söyler. Yazara göre doğal hukukçular, hukuki pozitivistlerin ele aldıkları sorulara yanlış cevaplar verdiklerini göstermekten ziyade hukuki pozitivistlerin doğal hukukçuların ilgilendikleri sorulara cevap vermemelerinden yakınmaktadırlar.⁶⁸⁵

Leiter, hukuk camiasında hukuki pozitivism'e yönelik gayriahlaki sistemleri destekleme eğilimi eleştirilerine de net bir cevap sunar. Özellikle Fuller ve Radbruch'un hukuki pozitivism ile Nazi tecrübesi arasında kurduğu bağlantıya bu tartışmalarda sıkça başvurulmaktadır. Leiter, hukuki pozitivism'in kötü bir muhafazakâr eğiliminin olmasından ziyade reform ve değişim yönünde radikal bir niteliğinin olduğu görüşündedir. Hukuki pozitivism, ayrılık tezi sayesinde statükonun doğru bir açıklamasını sunmakla beraber mevcut sistemin sırf var olmasından dolayı ahlaki veya siyasi olarak benimsenmesi gerektiği fikrini de reddeder. Hukuki pozitivistler açısından hukuk, bir insan eseridir. Her ne kadar birçok hukuk sistemi, kendisini üstün bir değerden (mesela Tanrı) veya siyasi bir idealden (örneğin kutsal hanedan veya milletin yanılmaz iradesini temsil eden parlamento) geldiğini ileri sürse de, hukuki pozitivism hukukun, hukukun geçerli olması ile onun ahlaken meşru olması arasında bir ayrım olduğunun altını çizer. Örneğin, Hart'ın modern hukuki pozitivist kuramındaki resmi devlet görevlilerinin tanıma kuralını içsel bakış açısı ile kabul etmeleri, bir toplumsal olgu olarak ele alınmaktadır. Bu bir betimlemedir. Pekâlâ, resmi devlet görevlileri söz konusu toplumsal pratikleri ahlaken yanlış bir şekilde benimseyip bunları gayriahlaki bir kural haline getiriyor da olabilir.⁶⁸⁶ Raz da, hukukun meşru otorite iddiasında bulunduğu tespitinde hukuk sistemlerin bir olgu olarak meşru olduklarını ifade etmez. Bu sistemler iddialarında haksız da olabilirler. Vatandaşlar da arzu etmeseler de zorunluluktan bu iddiayı kabul ediyor veya ahlaken yanlış bir yargıda bulunarak hukuk sisteminin meşruluk iddiasına hak veriyor olabilirler. Leiter, Marksist hukuk yaklaşımında vurgulanan baskı ve ideoloji dinamiklerinin de hukuki pozitivism

⁶⁸⁵ Brian Leiter, "Beyond the Hart/Dworkin Debate: the Methodology Problem in Jurisprudence", **Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy**, Oxford: Oxford University Press, 2007, ss. 163-164.

⁶⁸⁶ Leiter, "The Radicalism of Legal Positivism", ss. 165-169.

çerçevesinde betimlenebileceğini, diğer kuramların ise bunu açıklayamadığını savunur⁶⁸⁷.

Düşünürlerin kavramsal analizlerinin ötesindeki siyasi görüş ve kariyerlerine bakıldığında da hukuki pozitivistlere yönelik eleştirilerinin gerçeği yansıtmadığı ortaya çıkar. Örneğin Bentham, ceza sisteminden vergi politikasına, kadınların oy hakkına sahip olmasından hayvan sömürüsünün sona erdirilmesine kadar birçok konuda zamanını oldukça aşan bir ahlaki vizyona sahip bir reformcudur⁶⁸⁸. Austin, ülkesi Britanya İmparatorluğu'nun kolonizasyon politikalarının sert bir eleştirmeni olmuştur⁶⁸⁹. Hart ve Raz da kendi dönemleri ve ülkeleri bağlamında oldukça ilerici ve eleştirel düşünürlerdir. Hart, Birleşik Krallık'ta eşcinselliğin suç olmaktan çıkarılması için önemli bir gayret göstermiş ve bu konudaki ilerlemeci yasama faaliyetlerine destek olmuştur⁶⁹⁰. Kelsen, Avusturya'da anayasa mahkemesinin kuruluş çalışmalarında rol almış ve anayasa mahkemesinde görev yapmıştır. Kelsen, bu görevinden siyasi sebeplerden dolayı azledilmiştir. İktidara gelen Sosyal Hristiyan Parti, Kelsen'in dini hassasiyetlere ters gelen özgürlükçü kararlarından ötürü onu görevinden uzaklaştırmıştır⁶⁹¹. Raz bir İsrailli olarak İsrail devletinin Filistinliler üzerinde kurduğu tahakküm konusunda muhalif bir pozisyonadadır⁶⁹². Düşünür aynı zamanda İsrail ordusundaki askerlerin vicdani ret haklarını da savunmaktadır⁶⁹³. Leiter'in de Bentham, Hart ve Raz ile karşılaştırıldığında bir hukuki pozitivist olarak siyasi muhaliflikten geri kalmadığı söylenebilir. Leiter, Marksist tezlerin önemli bir kısmını benimsemektedir ve kapitalizme karşı oldukça eleştirel bir tutumdur⁶⁹⁴. Diğer sert pozitivist temsilcilere bakıldığında da Marmor, Raz'dan çok daha net ifadelerle Filistinli mültecilerin topraklarına geri dönüş hakkının tanınması gerektiğini ve buna karşıt bir pozisyonun liberal düşünce ile

⁶⁸⁷ Brian Leiter, "Marx, Law, Ideology, Legal Positivism", **Virginia Law Review**, Cilt: 101, Sayı: 4, 2015, ss. 1188-1194.

⁶⁸⁸ Bakınız: Jeremy Bentham, **The Rationale of Punishment**, London: Robert Heward, 1830.

⁶⁸⁹ Bakınız: Austin, **Hukukun Belirlenmiş Alanı...**, ss. 65-66.

⁶⁹⁰ Bakınız: H. L. A. Hart, **The Morality of the Criminal Law: Two Lectures**, Oxford: Magnes Press, 1965; H. L. A. Hart, **Hukuk, Özgürlük ve Ahlak**, 4. Baskı, Çeviren: E. Öz, İstanbul: Dost Kitabevi, 2015.

⁶⁹¹ Nicoletta B. Ladavac, "Hans Kelsen (1881-1973) Biographical Note and Bibliography", **European Journal of International Law**, Cilt: 9, Sayı: 1, 1998, s. 392.

⁶⁹² Leiter, "The Radicalism of Legal Positivism", s. 168.

⁶⁹³ Bakınız: Joseph Raz, "Bound By Their Conscience", **Haaretz**, 31.12.2003, (Son erişim tarihi: 1.6.2019)

⁶⁹⁴ Bakınız: Brian Leiter, "Marx, Law, Ideology, Legal Positivism", **Virginia Law Review**, Cilt: 101, Sayı:4, 2015, ss. 1179-1196.

bağdaştırılamayacağını ileri sürer⁶⁹⁵. Shapiro da neo-muhafazakâr Amerikan dış politikasının Birleşmiş Milletler kararları olmaksızın rutin olarak gerçekleştirdiği askeri müdahaleleri açık birer uluslararası hukuk ihlali olarak niteleyip sert bir şekilde eleştirmektedir⁶⁹⁶.

Mevcut anlayışın böyle bir kanıda olmasının tarihsel bir açıklaması mevcuttur. Fransa'daki yorumcu hukuk okulu, Almanya'daki tarihçi hukuk okulu, pandekt bilimi ve kavramlar hukuk bilimi yaklaşımları, “pozitivizm” kavramını kullanmışlardır. Bu yaklaşımlar mahkemelerin hukuk yaratıcılığından kaçınarak mevcut yasaları uygulamasını ve hukuka itaati ön plana almışlardır. Bu yaklaşımların, doğal hukuk tezlerini eleştirdikleri ve yasalar gibi toplumsal olgulara odaklandıkları için hukuki pozitivizm çerçevesine yerleştirilmeleri anlaşılır bir durumdur. Bu akımlar gerçekten de kendi dönemlerinin (ağırlıklı olarak 1800'ler) şartları itkisiyle yeni ortaya çıkan yasaların yeknesak şekilde uygulanması ve hukukun birliğinin sağlanması amacıyla hâkimlerin takdirlerini kısıtlamaya, hukukun kısıtlı bir şekilde yorumlanmasına ve mevcut hukuk sisteminin muhafazasına odaklanmıştır. Arka planlarındaki siyasi güdüler de bu yöndedir. Bu yaklaşımlarda gerçekten de devleti önceleyen ve mutlakiyet eğilimli taraflar vardır. Ancak kodifikasyon hareketlerinin hızlı ve tartışmalı yaşandığı Fransa ve Almanya'da etki yaratan bu akımlar, Anglosakson hukuk felsefesinde bir iz bırakmadığı gibi günümüzde Kıta Avrupası ülkelerinde de ağırlığını yitirmiştir. Günümüzde artık bu kuramlar bilimsel çalışma veya ders materyallerinde tarihsel bir sunumun bir parçası olarak analiz etmektedir. Demolombe (Egzejetik Okul); Hugo, Savigny (Tarihçi Hukuk Okulu); Windscheid (Pandekt Bilimi); Laband, Biebling (Kavramlar Hukukçuluğu) gibi düşünürler bu akımların temsilcileridir. Fakat bu temsilcilerin eserleri ve kuramsal iddiaları artık günümüz hukuk felsefesi eğitimi ve araştırmalarının merkezinden uzaklaşmıştır.⁶⁹⁷

Bununla beraber Anglosakson hukuki pozitivist kuramlar ve modern hukuki pozitivist düşünce, 19. yüzyıl Kıta Avrupası'ndaki hukuki pozitivist yaklaşımlardan

⁶⁹⁵ Bakınız: Andrei Marmor, “Entitlement to Land and The Right of Return: An Embarrassing Challenge for Liberal Zionism”, **Justice in Time: Responding to Historical Injustice**, Editör: L. H. Meyer, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2004, ss. 319-333.

⁶⁹⁶ Bakınız: Oona Hathaway & Scott J. Shapiro, “Attacking Syria Without the U.N. Approval Would Be A Mistake,” **Washington Post**, 28.8.2013.

⁶⁹⁷ Baratta, “Rechtspositivismus und Gesetzespositivismus: Gedanken zu einer ‘naturrechtliche’ Apologie des Rechtspositivismus”, ss. 333-339

ciddi biçimde farklıdır. 19. yüzyıl Anglosakson hukuk felsefecilerinden Austin ve Bentham, Kıta Avrupası temsilcilerinin tezlerini hiçbir şekilde benimsememişlerdir. Analitik hukuk kuramları sadece betimleyici bir iddia taşır, bir değer yargısı değil. 20. yüzyıl modern hukuki pozitivistlerden olan Avusturyalı Kelsen ve İngiliz Hart da, entelektüel dayanak olarak Hume'un olan-olması gereken ayrımını benimsemişler ve mevcut hukuka varlığından dolayı özel bir değer vermemişlerdir.⁶⁹⁸ Hart'tan sonra gelen sert pozitivist ve yumuşak pozitivist düşünürler de bu çizgiyi devam ettirmektedir.

Leiter'in bu alt başlıktaki analizleri sert pozitivistizmin ampirik bir bakış açısından da olumlu bir kuramsal pozisyonda olduğunu göstermektedir. Diğer yandan yazarın hukuk felsefesinde sert pozitivistizme rakip bir kuram olan doğal hukuk yaklaşımlarına getirdiği eleştiriler çok etkilidir. Son olarak düşünürün hukuki pozitivistizmin kuramsal ajandası ve siyasi eğilimlerine dair tespitleri oldukça yerindedir.

Buraya kadarki açıklamalar Leiter'in Amerikan hukuki realizm akımı ve analitik felsefeye dair tespitlerine yönelik olmuştur. Yazar, bu özel alanlara dair tespitlerini belli felsefi yaklaşımlara dayandırır ve hukuk felsefesinin artık günümüze kadar devam eden çizgisinden farklı bir yöne evrilmesi gerektiğini savunur. Aşağıda, Leiter'in bu iddiaları incelenecektir.

2.1.3.4. Doğalcılık Yaklaşımı ve Hukuk Felsefesinin Geleceği

Brian Leiter, Amerikan hukuki realizm akımının doğalcılık ve bununla bağlantılı olan pragmatizm yaklaşımlarından beslendiğini ve gücünü de buradan aldığını belirtir. Yazarın doğalcılık ve pragmatizm üzerine yaptığı analizler, yalnızca yazarın Amerikan hukuki realizm akımı hakkındaki fikrini ifade etmez. Bu analizler aynı zamanda onun hukuk felsefesindeki genel yaklaşımını ve bu alanın geleceğine

⁶⁹⁸ Norbert Hoerster, "Grundthesen analytischer Rechtstheorie", *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie II: Rechtstheorie als Grundlagenwissenschaft der Rechtswissenschaft*, Editörler: H. Albert ve diğerleri, Düsseldorf: Bertelsmann Universitätsverlag, 1972, ss. 129-130; Veronique Champeil-Desplats, "Michel Troper (1938-)", *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence - Volume 12: Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World*, Editörler: E. Pattaro & C. Roversi, Basel: Springer International Publishing, 2016, ss. 447-451; Ertuğrul Uzun, "Hukuki Pozitivistizmi Doğru Okumak", *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi – 16*, Editör: H. Ökçesiz, İstanbul Barosu Yayınları, 2017, ss. 43-50.

dair görüşlerini temsil etmektedir. Bu başlıkta Leiter'in *doğalcılık argümanı* (I), *pragmatizm argümanı* (II) ve *hukuk felsefesinin geleceğine dair görüşleri* (III) ele alınacaktır.

Doğalcılık argümanı (I) kapsamında Leiter, bu yaklaşımı metodolojik bir görüş olarak tanımlar. Buna göre doğalcılık en başta felsefi kuramsallaştırmanın, bilimsel araştırmalarla uyumlu olması ve çıkarımlarında da bilimle devamlılık sağlaması gerekliliğine vurgu yapar. Bu görüşte iki önerme vardır. Birinci olarak, felsefi iddialar başarılı bilimlerin sonuçlarıyla desteklenmelidir. İkinci olarak ise felsefi kuramlar başarılı bilimlerin araştırma ve açıklama yöntemlerini benimsemelidir.⁶⁹⁹

Leiter'in bu açıklamalarda takip ettiği düşünür W.V.O. Quine'dir. Quine, en önemli makalesi olan *Epistemology Naturalized*'da epistemolojiyi, dünya hakkındaki kuramlar ile bunların dayandığı kanıtlar arasındaki ilişkinin aydınlatılması olarak ele alır. Quine'a göre bu kanıtlar duysal algılardan gelir ve bu nedenle epistemoloji, psikoloji biliminin bir alt başlığı olarak incelenmelidir. Bu yaklaşım Kartezyen temelciliğe karşı çıkar. Alışlagelmiş epistemoloji kuramlarında iddia edildiği gibi belli bulgulardan hareketle, dünya hakkında belli düşüncelere sahip olunması "gerektiğine" dair belli normatif kuramlara ulaşmak mümkün değildir. Çünkü bir kuramdaki unsurlar aslında o kuramdaki yapıda yer almalarından anlam kazanırlar, söz konusu kuramın kapsadığı tüm olgularla bire bir uyumlu olmalarından değil. İkinci olarak da belli bulguların ışığında bu bulguları tutarlı bir şekilde izah edebilecek birden fazla kuram her zaman mümkündür. Bu nedenle normatif kuramlar oluşturma çabaları kısırır. Sadece betimleyici veya açıklayıcı bir yaklaşım faydalı olabilir.⁷⁰⁰

Leiter'e göre Amerikan hukuki realizm akımı da doğalcılığın niteliklerini taşır. Bu kuram, temelciliğe karşıt bir duruş benimsemiştir. Amerikan hukuki realizm akımı, belli hukuk kaynaklarının tek bir mahkeme kararının gerekçesi olabileceğini reddeder. Hukuk kaynakları, mahkeme kararlarında tek başlarına belirleyici olamazlar. Kuramların içerdiği kavramlar yalnızca kuram içi bağlantılardan dolayı anlamlı olabilir. Bu kavramlar hukuk sistemlerindeki işleyişi bire bir temsil

⁶⁹⁹ Leiter, "Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence", ss. 34-35.

⁷⁰⁰ W. V. O. Quine, "Epistemology Naturalized", **Ontological Relativity and Other Essays**, New York: Columbia University Press, 1969, ss. 82-89.

edemezler. Ampirik çalışmalardan ve bilimsel metotlardan kopuk nitelikteki bu felsefi kuramlar belli kavramlar kullanarak bu kavramlara kuramları içerisinde bir anlam verir. Ancak bu çalışmaların amacı, dünyayı veya hukuk felsefesi açısından hukuki faaliyeti izah etmek ise o zaman bu faaliyet içerisindeki olgular ampirik olarak bilimsel biçimde incelenmelidir. Felsefi kuramlar yalnızca kavramsal bir ilişkiler resmi çizebilir ama bu resim, gözleme dayalı bilimsellikten kopuk olursa gerçeği asla yansıtamaz. Amerikan hukuki realizmi de normatif veya salt analitik felsefi çalışmalar yerine gözleme dayalı betimleyici ve açıklayıcı yaklaşım benimsemiştir.⁷⁰¹

Doğalcılık zaten 1960’lardan itibaren neredeyse tüm İngilizce konuşan felsefe çevrelerde görülen bir yönelimi temsil eder. Leiter aynı yönelimin hukuk felsefesi açısından da gerçekleştirilmesi gerektiğini söyler. Felsefeciler önce dünyada var olanı gerçekçi bir şekilde açıklama iddiasında bulunup daha sonra da bunları izah ederken artık günümüz bilimsel devriminin mirasının gereklerini görmezden gelemezler. Bilimsel araştırmada kaçınılmaz olarak gözleme ve veriye dayalı olma şartı mevcuttur. Felsefecilerin bu açıdan “sallanan sandalyede metafizik hakkında felsefe yaparak” dünyadaki olgular hakkında gerçeklik iddiası olan önermelerde bulunmaları doğru değildir. Ahlak, değer, ilke gibi öğelerin açıklanmasında da bu bilimsel ölçütlerin gerekliliklerini yumuşatmak, gerçeklik arayışı ile uyumlu olamaz.⁷⁰²

Pragmatizm argümanı (II) çerçevesinde Leiter öncelikle ele aldığı yaklaşıma dair bir tanım verir. Pragmatizm, bir epistemoloji akımı olarak belli şeylerin doğruluğunu, bunların insanların belli ihtiyaç ve arzularına hizmet edebilmesi ölçütü ile değerlendirir. Buna göre belli düşünce veya normlara inanmak için onların işe yarıyor olması aranır. Örneğin aerodinamikle ilgili bilgilerin doğru bilgiler olup olmadığı, bu bilgiler sayesinde uçakların güvenli bir şekilde yere inmeleri ile ölçülebilir. “Gerçekliğe uygunluk”, “ideal koşullarda oluşmuş olmak”, “şüphe duyulamayacak *a priori* düşüncelerden türemiş olmak” gibi koşullar bu akım tarafından aranmaz. Bu yaklaşım açısından pratikten kopuk, varlık-yokluk üzerine

⁷⁰¹ Leiter, “Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence”, ss. 40-43.

⁷⁰² Leiter, **Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy...**, ss. 1-4.

sonu gelmeyen tartışmalar skolastiktir. Gerçek bir düşünsel çalışma pratik bir fark yaratmaya dönük olmalıdır.⁷⁰³

Pozitif bilimler de pragmatizm ile oldukça yakın ilişki içerisindedir. Çünkü pozitif bilimler, çok sayıda gözleme dayanarak gelecekte olabilecek şeyler konusunda güçlü öngörüler sağlarlar. Bu da insanların birçok ihtiyacı açısından işe yarayacak ve genelde yanlış çıkmayan bilgiler vermiştir.⁷⁰⁴

Amerikan hukuki realizm akımı da benzer bir şekilde araştırmalarında insanların ihtiyaç duyabileceği belli bilgiler sağlamayı hedefler. Avukatların mahkemelerin kararlarını öngörebilmeleri oldukça önemli bir menfaat ve ihtiyaçtır. Avukatlara önlerini görmelerini sağlayacak kuramlar oluşturmak bu bağlamda faydalıdır ve bu faaliyet pragmatik açıdan toplumu doğru bilgiye ulaştırır. Alternatif hukuk kuramları hukukun nasıl olması gerektiği veya sadece soyut kuramsal bir yapıda nasıl işleyebileceği konusunda açıklamalar getirmişlerdir. Ancak Amerikan hukuki realistlerine göre avukatlar için asıl faydalı olacak şey mahkemelerin nasıl işlemesi gerektiği veya soyut bir yapıda nasıl işleyebilecekleri değil, gerçekte nasıl işledikleridir. Leiter'e göre Amerikan hukuki realizm akımı, işte bu noktada pragmatizm düşüncesi ile paralellik göstermektedir. Pragmatik anlayışa göre, insanların içinde yaşadıkları dünyada daha iyi bir noktaya ulaşmaları için ellerindeki bilgileri "sağlam payandalara dayayarak" arttırmaları ve yeniden inşa etmeleri gerekir⁷⁰⁵. Pozitif bilimler, şaşmaz veya mümkün olduğunca az şaşan öngörüler sağlayan bu sağlam payandaları ifade eder. Amerikan hukuki realizm akımı, bu pragmatik hedeflerine ulaşmak için de doğalcılık yaklaşımına uygun olarak sosyoloji ve psikoloji bilimlerinden yararlanmaktadır.⁷⁰⁶ Leiter bu şekilde doğalcılık ve pragmatizm ile Amerikan hukuki realizm akımı arasındaki ilişkiyi göstermiş olur.

Leiter, realistlerin bu projesinin tam olarak başarılı olamadığını da kabul eder. Realistler Watsoncu davranışsalcılığa yönelmiş ve iddialarını yalnızca sınırlı sayıda mahkeme kararı ile desteklemişlerdir. Ancak bu onların genel yaklaşımının yanlış olduğu manasına gelmez. Realistler doğru metot tercihleri ve hukuk bilimine dair

⁷⁰³ Leiter, "Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence", ss. 46-50.

⁷⁰⁴ A.g.e., ss. 50-52.

⁷⁰⁵ Brian Leiter, "Science and Morality: Pragmatic Reflections on Rorty's 'Pragmatism'", **The University of Chicago Law Review**, Cilt: 74, Sayı: 3, 2007, ss. 933-934.

⁷⁰⁶ Leiter, "Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence", ss. 52-53.

bilimsel yaklaşımları nedeniyle değerlidirler. Günümüzde avukatlar mahkemelerin verecekleri kararlar konusunda tıpkı realistler gibi belli kalıplara dayalı öngörülerde bulunmaktadır. Bu kalıplar genellikle avukatların sahip olduğu kısıtlı sosyolojik ve psikolojik bilgiye dayanmaktadır. Yazar, avukatların bu faaliyetine “halk kuramcılığı” der. Avukatlar kendi dağınık bilgi birikimleri ile belli somut sorunlara somut çözümler aramaktadır. Leiter’e göre hukuk biliminin hedefi, bu halk kuramcılığını bilimsel yöntemler ve sistematik bir yaklaşım ile gerçekten bilimsel hale getirmektir. Bunun yapılması için de kavramsal tartışmaların ötesine geçip tıpkı diğer bilimlerde olduğu gibi sistematik ve kitlesel ampirik gözlemler ile bunlar arasındaki nedensellik ilişkilerinin nesnel biçimde araştırılmasına yönelmek gerekir.⁷⁰⁷

Hukuk felsefesinin geleceğine dair görüşleri (III) çerçevesinde de Leiter, yukarıdaki tespitleri doğrultusunda analitik hukuk felsefesinin kısıtlamalarına işaret eder. Yazar, Quine’in doğalcı argümanındaki klasik analitik felsefeye yönelik haklı eleştirisinin ciddi bir sonucu olduğunu vurgular: kavramsal analizlerin iddiaları her zaman *a posteriori* verilerin sorgusuna açıktır. En bariz analitik çıkarımlar hakkında dahi belli hallerde düzeltme ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Örneğin “kadınların dişi”, “evli olmayanların bekâr”, “Öklid geometrisinin doğru olduğu” önermeleri analitik felsefenin üretebileceği gerçekler olarak öne sürülür. Ancak bunlar bile her zaman doğru olmaz: kromozom farklılıkları nedeniyle Olimpik Komite bazı kadınları dişi saymayabilir, uzun süre bir partner ile beraber yaşayan bir kişi bekâr olarak muamele görmeyebilir, fizik bilimi belli problemler kapsamında Öklid geometrisini kullanmayabilir. Düşünür, kavramsal analizin en klasik örneklerinin dahi *a posteriori* durumlar karşısında boşa çıkabiliyor olması karşısında hukuk felsefesinin analitik önermelerinin çok daha fena bir durumda olabileceğini belirtir. Leiter açısından sert pozitivizm, gerçek hukuk kavramını en iyi açıklayan bir analitik kuram olmaktan ziyade *a posteriori* araştırmaların yalın ve açık bir şekilde yürütülmesine kapı açan çerçeve kavramları ortaya koyduğu için değerlidir.⁷⁰⁸

Leiter, analitik hukuk felsefesindeki temel hedef olan hukukun özünü temsil eden özelliklerin veya hukukun doğasının ortaya çıkarılması meselesinin de yanlış şekilde ele alındığı ve abartıldığı görüşündedir. Yazara göre hukuk kavramı,

⁷⁰⁷ A.g.e., ss. 56-58.

⁷⁰⁸ Leiter, “Legal Realism, Hard Positivism, and the Limits of Conceptual Analysis”, ss. 131-135.

nihayetinde bir insan ürününün kavramını ifade eder. Doğaya dair fenomenler her ne kadar belli kavramlara oturtulabilse dahi (örneğin suyun kimyasal formülünün H₂O olması gibi) insan ürünleri bu şekilde belli kavramsal kalıplara oturtulamaz. Örneğin bir sandalyenin hangi maddeden oluştuğu kavramsal olarak tanımlanamaz, ahşaptan veya çelikten olabilir. İşlev açısından bir sandalye, oturmak için kullanılacağı gibi dekoratif bir figür olarak da tasarlanmış olabilir. İnsani ihtiyaç ve amaçlar değişim halinde olduklarından dolayı sandalye kavramının öz bir niteliğinden bahsedilemez. Hukuk da bundan farklı değildir.⁷⁰⁹

Bir kavramın öz niteliklerini neyin teşkil edip neyin etmediği tartışması felsefede “ayrım sorunu” olarak isimlendirilmektedir. Hukuk alanında da bu tartışmanın odağındaki asıl mesele, hukukun öz nitelikleri arasında ahlakın olup olmadığı sorunudur. Leiter, felsefenin diğer alanlarında bu ayrım sorununun ele alınmasındaki temel hedefin pratik nitelikte olduğuna dikkat çeker. Örneğin bilim felsefesindeki ayrım sorunu, bilimsel olan ile olmayanın belirlenmesiyle, faydalı bilimsel çalışmalara kapı açmayı ve sahte bilimi elemeyi hedefler. Bu sayede insanoğlunun pratik ihtiyaçlarına daha iyi çözümler getirilebilir.⁷¹⁰

Hukuk felsefesinde de bu ayrım sorununa çözüm getirilmesindeki temel hedef, “ne yapılması gerektiğine” dair bir cevap bulmak olmalıdır. Leiter burada hukuki pozitivistlerin ve doğal hukukçuların boşu boşuna sonu gelmez bir tartışmaya girdiklerini ve bu tartışmada geline yere bakıldığında da zaten aynı noktaya geldiklerini ileri sürer. Hukuki pozitivistler ayrılık tezini savunarak hukuki bir yükümlülüğün ahlaki olarak bağlayıcı olmadığını, sadece ahlaki olarak bağlayıcı olan bir sebebin ahlaki yükümlülük doğurabileceğini söyler. Doğal hukukçular ise hukuki yükümlülüklerin geçerliliğinin ahlaki yükümlülüklerle bağlı olduğunda ısrarcıdır. Yazar, kavramsal iddialar bir kenara bırakılırsa her iki pozisyonun da pratik meseleler konusunda aynı noktaya geldiğini vurgular. Örneğin hukuki bir aktör olan hâkimler hukuka hukuki pozitivist bir çerçeveden bakar ise kanunlar gayriahlaki olsalar dahi belli geçerli hukuki yükümlülükler altında olabilirler ama bunları ahlaki yükümlülükleri doğrultusunda farklı uygulamaları veya uygulamaktan

⁷⁰⁹ Brian Leiter, “Legal Positivism about the Artifact Law: A Retrospective Assessment”, **Law as Artifact**, Editörler: L. Burazin ve diğerleri, Oxford: Oxford University Press, 2017, ss. 7-14.

⁷¹⁰ Brian Leiter, “The Demarcation Problem in Jurisprudence: A New Case for Scepticism”, **Oxford Journal of Legal Studies**, Cilt. 31, Sayı: 4, 2011, ss. 664-667.

imtina etmeleri gerekebilir. Diğer yandan yasa koyucular da hukuken geçerli gayriahlaki kanunları ahlaki yükümlülükleri doğrultusunda değiştirmelidirler. Aynı soruna doğal hukuk çerçevesinden bakılırsa, aynı hâkimler belli sözde kanunları ancak belli ahlaki koşulları sağlıyor ise geçerli kabul etmeli ve hukuki yükümlülüklerini bu şekilde yerine getirmelidirler. Yasa koyucular ve iktidar sahipleri de mevcut kanunları ahlaki bir şekilde uygulamalı ve yenilerini de ahlakın gereklerine uygun oluşturmalıdır. Leiter, son kertede her iki tarafın da aynı pratik sonuca ulaştığından dolayı hukuk felsefesinin artık bu ayrım problemini bırakmasını tavsiye eder. Ne yapılması gerektiğine dair somut konularda yapılacak tartışmalar çok daha faydalı olacaktır.⁷¹¹ Örneğin ölüm cezası hakkında doğrudan bunun meşruluğu hakkında bir tartışmaya girişmek hukukun özünü araştırmaktan daha mantıklı olduğu gibi ayrım problemine dair muhtemel cevaplar da bu tip tartışmalara büyük bir katkı sunmuyor gözükmektedir⁷¹².

Son olarak Leiter, bu tip “ne yapmalı” sorularına cevap verirken salt ahlak kuramcılığının yetersiz ve etkisiz olduğunu vurgular. Yazara göre ahlaki kuramların yaratabileceği etki, en iyi ihtimalle maddi koşullara ve dinamiklere eklemlenmesi halinde olabilir. Bu açıdan düşünür, pratikten kopuk ahlak kuramları oluşturmaktan ziyade somut pratiğe temas eden faaliyetlere eğilmeyi tavsiye eder. Örneğin Rawls’un veya Dworkin’in kuramları her ne kadar felsefi çevrelerde büyük ilgi uyandırır da bunlar pratikte siyasetçiler veya hukukçular tarafından ciddi biçimde ele alınmaz. Hatta Dworkin ve Rawls’a büyük saygı duyan Anglosakson felsefe çevrelerine bakıldığında bunların sözde eşitlikçi felsefelerine hiç de uygun olmayacak şekilde muazzam miktardaki malvarlıklarını hiçbir yardım kuruluşu veya ilerici siyasi oluşumlarla paylaşmadan ellerinde tuttukları görülmektedir⁷¹³⁷¹⁴. Buna karşın hukukun ekonomik refahı arttırmasını hedefleyen Richard Posner veya radikal feminist Catharine MacKinnon gibi figürler ise ahlaki kuramcılıktan ziyade “ahlaki girişimcilik” yaparak başarılı toplumsal faaliyetleri sayesinde ahlaki vizyonlarını

⁷¹¹ A.g.e., ss. 674-677.

⁷¹² Leiter’in somut konulara dair bir katkısı olarak bakınız: Brian Leiter, **Why Tolerate Religion?**, Princeton: Princeton University Press, 2013.

⁷¹³ Bakınız: Ronald M. Dworkin, **Sovereign Virtue**, Massachusetts: Harvard University Press, 2000; John Rawls, **Bir Adalet Teorisi**, Çeviren: V. A. Coşar, İstanbul: Phoenix, 2017.

⁷¹⁴ İngiliz Marksist düşünür G. A. Cohen bu tutarsızlığı bir kitabının başlığında ifade etmiştir: “Eğer sen bir eşitlikçi isen nasıl oluyor da bu kadar zenginsin?” Bakınız: G. A. Cohen, **If You’re an Egalitarian How Come You’re So Rich?**, Massachusetts: Harvard University Press, 2001.

gerçekleştirmekte ilerleme kaydetmişlerdir⁷¹⁵⁷¹⁶. Kazandıkları bu başarının kaynağı düşüncelerinin ahlaken kusursuz veya argümanların kuramsal olarak harikulade olmasından ziyade pratiğe dair etkileşimleridir. Leiter'e göre bu realist yaklaşım, diğerlerinin ahlakçı yaklaşımından daha üstün ve tercih edilesidir.⁷¹⁷

Leiter'in doğalcılık yaklaşımını değerlendirmek gerekirse, bu yaklaşım analitik hukuk felsefesinin kısıtlamalarını açıkça göstermektedir. Sadece analitik kavramlara dayalı bir kuram hiçbir zaman tam manasıyla toplumsal gerçekliği yansıtamaz. Bu gerçekliğin tespit edilmesi ve analitik iddiaların sınanması için zorunlu olarak ampirik çalışmalar gereklidir. Diğer yandan sadece kuramsal ögelere dayalı analitik ve normatif kuramların pratik getirileri de sınırlıdır. Bu sebeple hukuk felsefesinin bu kuramsal analizlerin ötesindeki çalışma alanlarına yönelmesi ihtiyacı ortaya çıkmaktadır.

Leiter'in kuramı bir bütün olarak ele alınırsa, ilk olarak bu kuram, sert pozitivizmi analitik hukuk felsefesinin dışındaki bir yaklaşımla sınamaktadır. Yazarın analizleri sert pozitivizmin mahkemelerin yaptıklarına dair gözlemlerle uyumlu olan bir çerçeve çizdiğini belirterek bu yaklaşımı makul bir kuram olarak niteler. Diğer yandan Dworkin ve yumuşak hukuki pozitivizm, içerdikleri sorunlu kavramsal ögelerden dolayı yargısal süreçlerde gözlemlenenler ile çelişkili iddialarda bulunmaktadır. Sert pozitivizm ise hukukun belirliliği konusunda bu kuramlara kıyasla çok daha mütevazı ve tutarlı bir pozisyonunda olduğu için ampirik çalışmalarda gözlemlenen çeşitli durumları makul bir şekilde kapsayabilir. Bu çalışmanın birinci tezi olan yumuşak hukuki pozitivizmin ve doğal hukuk yaklaşımlarının hatalı olduğuna dair iddia bu analizler ile desteklenir. İkinci olarak düşünür, hukuki pozitivizme dair hatalı algıya karşı doğrudan bir cevap vererek bu konudaki

⁷¹⁵ Cinsel tacizin iş yerinde ayrımcılık yasağını ihlal ettiği fikri MacKinnon tarafından öne sürülmüş ve bu doktrin birçok hukuk sistemi tarafından kabul edilmiştir. Bakınız: Catharine A. MacKinnon, **Sexual Harassment of Working Women: A Case of Sex Discrimination**, New Haven: Yale University Press, 1979. MacKinnon Yugoslav iç savaşında tecavüze uğramış Bosnalı ve Hırvat kadınların avukatlığını üstlenerek bu olayların da soykırım suçu kapsamında değerlendirilmesini savunmuştur. New York mahkemesi davacıları haklı bulmuştur. Bakınız: <http://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/993/Doe-et-al-v-Karad%C5%BEi%C4%87/> (Son erişim tarihi: 1.6.2019)

⁷¹⁶ Posner, hukukun ekonomik analizi yaklaşımı ile hukuk pratiğinde büyük bir değişim yarattığı gibi birçok ekonomi politikasının değiştirilmesine neden olmuştur. Örneğin Posner anti-tröst politikalarının daha liberal hale getirilmesinde ciddi bir rol oynamıştır. Bakınız: Richard A. Posner, **Antitrust Law**, 2. Baskı, Chicago: University of Chicago Press, 2001.

⁷¹⁷ Brian Leiter, "In Praise of Realism (And Against 'Nonsense' Jurisprudence)", **Georgetown Law Journal**, Cilt:100, Sayı: 3, 2012, ss. 888-893.

muhtemel tüm şüpheleri ortadan kaldırır. Bu çalışmanın ikinci tezi de bu argümanlar ile tamamlanmış olur. Son olarak Leiter, hukuki belirsizlik ve mahkemeleri etkileyen dinamiklere dair tespitleri ile hukuk pratiği ve hukuk pratiği hakkındaki araştırmalar açısından faydalı çıkarımlarda bulunmuştur. Bu çalışmanın üçüncü tezinde ifade edildiği üzere sert pozitivizm sadece kuramsal boyutta doğru değildir, aynı zamanda pratik açıdan faydalı bilgiler de sunmaktadır.

Raz, Marmor, Shapiro ve Leiter, sert pozitivizmi oldukça kapsamlı ve zengin bir hukuk felsefesi kuramı haline getirmiştir. Buna karşın sert pozitivizme karşı çok geniş bir eleştiri yelpazesi de mevcuttur. Sıradaki başlıkta bu eleştiriler incelenecektir.

2.2. Eleştiriler

Bu çalışmanın son başlığında sert pozitivizme diğer kuramcılar tarafından yapılan eleştirileri, sert pozitivist kuramcılarının bunlara verdikleri karşılıkları ve aralarındaki tartışmalar ele alınacaktır. Bu sayede sert pozitivist açıklamalar daha net hale geldiği gibi karşıt kuramlarla bağlantıları ve onlardan farkları daha anlaşılır olacaktır. Bu bölümde değerlendirilecek eleştiriler üç alt başlıkta sunulacaktır. Bunlar, doğal hukuk kuramcılarının gelen eleştiriler (2.2.1.), yumuşak pozitivist kuramcılardan gelen eleştiriler (2.2.2.) ve sert pozitivist kuramcılar arasındaki eleştiriler (2.2.3.) olacaktır. Bu başlıkta eleştirilere karşı verilen karşılıklar mümkün olduğunca sert pozitivist kuramcılarının kendi ifadeleri ile sunulacaktır. Ancak bunun mevcut olmadığı durumlarda sert pozitivist kuramlarda öne sürülen fikirlerden hareketle belli çıkarımlarda bulunularak karşılıklar geliştirilecektir.

2.2.1. Doğal Hukuk Kuramcılarının Gelen Eleştiriler

Doğal hukuk kuramı öteden beri hukuki pozitivizm ile tartışma halindedir. Sert pozitivizm konusunda da durum farklı olmamış ve birçok düşünür bu kurama eleştiriler yöneltmiştir. Bu başlıkta beş doğal hukuk kuramı temsilcisi sunulacaktır: *Robert Alexy* (2.2.1.1.), *John Finnis* (2.2.1.2.), *Ronald M. Dworkin* (2.2.1.3.), *Stephen R. Perry* (2.2.1.4.) ve *Michael S. Moore* (2.2.1.5.). Bu düşünürlerin

eleştirilerinin bazıları özel olarak sert pozitivist tezleri hedef almakla beraber asıl eleştirileri genel manada hukuki pozitivizme yöneliktir.

2.2.1.1. Robert Alexy

Robert Alexy, tekil sert pozitivist tezleri ele almaktan ziyade genel manada hukuki pozitivizmin ahlaki dışlamasına karşı çıkar. Alexy, hukuki pozitivizmin hukuk ile ahlak arasında hiçbir kavramsal bağlantıya yer bırakmamasından dolayı yanlış bir kuram olduğu söyler ve yargılama aşamasındaki aşırı adaletsiz durumlarda bu tip yasaların hukuken geçersiz olduğunu öne süren Radbruch formülünü savunur. Buna göre aşırı adaletsiz uygulamalar hukuk olarak nitelendirilmemeli ve hâkimler tarafından uygulanmamalıdır.⁷¹⁸

Düşünüre göre hukuk ile ahlak arasında kaçınılmaz bir ilişki vardır çünkü hukuk ve hukukun pratiğindeki “katılımcılar” hukukun doğru olduğu iddiasındadır. Aşırı adaletsiz uygulamalar hukukun bu iddiası ile ters düşeceğinden bunların hukuk olarak nitelendirilmesi yanlıştır. Hukuki pozitivizm ancak “gözlemciler” açısından hukuk hakkında tespitler yapabilir, katılımcılar açısından değil. Alexy, bu *doğruluk tezi* (*Richtigkeitsthese*) ile Radbruch’un kuramını destekler ve bundan hareketle ahlak ile hukuk arasındaki ilişkiye işaret eder.⁷¹⁹

Alexy, hâkimlerin bu ilişkiyi görmezden gelmeleri durumunda aşırı adaletsiz yasaları uygulamakta tereddüt etmeyecekleri ve bundan dolayı da özellikle hukukçuların hukuktaki ahlaki niteliğe dikkat etmeleri gerektiğine vurgu yapar. Aksi takdirde Nazi Almanyası’nda tecrübe edildiği üzere oldukça olumsuz sonuçlara kapı açılabilir. Hukuki pozitivist olmayan bir yaklaşımın hukuk kültüründe hâkim olması, hâkimlerin sadece ahlaki bir kişisel kararlar değil, aynı zamanda hukuki bir temelle gayriahlaki yasaları uygulamaktan imtina etmesine destek verebilir.⁷²⁰

⁷¹⁸ Altan Heper, “Alexy’nin Hukuksal Pozitivizm Eleştirisi, Hukukla Ahlak Arasındaki İlişki”, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi** – 12, Editör: H. Ökçesiz, İstanbul Barosu Yayınları, 2005, ss. 68-74.

⁷¹⁹ Brian H. Bix, “Radbruch’s Formula and Conceptual Analysis”, **The American Journal of Jurisprudence**, Cilt: 56, Sayı: 1, 2011, ss. 50-51.

⁷²⁰ Robert Alexy, **The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism**, Oxford: Oxford University Press, 2002, ss. 45-51.

Alexy, Shapiro'ya karşı yönelttiği eleştirisinde ise yazarın ahlaki hedef tezinin hukuki pozitivizmle bağdaşmadığını belirtir. Eğer hukuki pozitivistler de hukukun ahlaki niteliğini teslim ediyorlar ise o zaman Radbruch formülüne uygun olacak şekilde aşırı adaletsiz yasaların hukuk olmadığını kabul etmeleri gerekir.⁷²¹

Raz, bu eleştirilerin önemli bir kısmının ilk olarak hukuki pozitivizmin yanlış algılanmasından kaynaklandığını belirtir. Hukuki pozitivizm, hukuk ile ahlak arasında hiçbir bağlantının olmadığını savunmaz. Ayrılık tezi, bir hukuk normunun hukuki geçerliliği ile ahlaki geçerliliğinin ayrı olarak incelenebileceğini ve gayriahlaki normların da bir olgu olarak geçerli hukuk normu haline geldiğini veya gelebileceğini öne sürer. Bu iddia, hukuk ile ahlak arasında hiçbir kavramsal ilişki olmadığına dair sağduyuya aykırı bir çıkarıma yol açmaz. Örneğin hukuk, ahlaki değerlendirmeye konu olabilecek bir kurumdur: ahlaken iyi hukuk sistemleri veya ahlaken kötü hukuk sistemleri olabilir, belli hukuk normları belli ahlaki gerekliliklere cevap veriyor olabilir, birçok durumda hukuk hâkimleri ahlaki takdirde bulunmaya davet edebilir. Bu tip bağlantılar, hukuki pozitivizmin karşı çıktığı veya kavramsal olarak çeliştiği unsurlar değildir. Raz'a göre Alexy, hukuki pozitivizmi yekpare bir vücut olarak görmekte ve Hart'tan sonra gelen birçok yazarı tekil olarak ele almamaktadır. Eleştirilerindeki hata da bundan kaynaklanmaktadır.⁷²²

Raz, Alexy'nin Radbruch formülüne dair açıklamalarını da kavramsal olarak sorunlu bulur. Öncelikle Alexy'nin gözlemciler ve katılımcılar arasında koyduğu fark anlamsızdır. Bir gözlemci de bir katılımcı da belli bir hukuk sistemi hakkında doğru önermeler yapmaya yönelir. Katılımcılar açısından da gayriahlaki kararlar ve yasalar, bağlayıcıdır ve sonuç doğurucudur. Gözlemciler açısından da katılımcılara dair yöneltilen normların geçerliliğinin, kendi önermeleri ile tıpa tıp aynı olması gerekir. Gözlemciler açısından farklı, katılımcılar açısından farklı hukuki önermeler söz konusu olamaz. Aksi takdirde birinin önermeleri hatalı olmalıdır.⁷²³

⁷²¹ Robert Alexy, "Scott J. Shapiro between Positivism and Non-Positivism", **Jurisprudence**, Cilt: 7, Sayı: 2, 2016, ss. 300-305.

⁷²² Joseph Raz, "The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism", **Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy**, Editör: G. Pavlakos, Oxford: Hart Publishing, 2007, ss. 17-22.

⁷²³ **A.g.e.**, ss. 22-28.

Raz, Alexy'nin savunduğu Radbruch formülünü de zayıf bulur. Her ne kadar belli hukuk sistemlerinde tam da Radbruch'un ve Alexy'nin arzu ettiği şekilde hâkimlerin ahlaki gerekçelere dayanarak belli kanunları belli vakalarda uygulamalarına imkân verildiği bir gerçek olsa dahi bu durum söz konusu hukuk sisteminin imkân verdiği kurumsal çerçeve içinde gerçekleşmektedir. Örneğin hâkimler belli anayasa maddelerine dayanarak bazı gayriahlaki yasaları uygulamaktan imtina edebilir. Bu, hukuki pozitivist kuramların reddettiği bir olgu olmadığı gibi, hukuki pozitivizmin bu tip denetim yollarının sağlanmasına karşı normatif bir itirazı veya değer yargısı da yoktur. Ancak buradaki esas unsur, bu olgunun sadece mevzubahis hukuk sisteminin imkân verdiği kurumsal çerçeve içinde gerçekleştiği ve hâkimlerin takdiri vasıtasıyla vücut bulduğudur. Belli hukuk sistemlerinin belli hallerde hâkimlerin takdiri ile ahlaka başvurmasına imkân vermesi mutlaka hukukun her zaman yekpare bir şekilde adil olduğu manasına gelmemektedir. Pekâlâ, ilgili hâkimler takdirlerini gayriahlaki bir şekilde de uygulayabilir. Bu durumda da hüküm, her ne kadar ahlaken yanlış da olsa, hukuken geçerlidir. Belli durumlarda da hukuk sistemleri, hukuki kuralların ahlaki gerekçeler ile iptali veya uygulanmamasına imkân tanıyan bu tip kurallar öngörmeyebilir veya belli kurumsal kısıtlamalar getirebilir. Örneğin sadece belli konularda, yalnızca anayasa mahkemesine, sadece belli gerekçelere dayanması halinde buna imkân verilmesi gibi. Görüldüğü üzere Radbruch formülü, Alexy'nin iddiasının aksine hukukun niteliğine dair analitik bir doğru değildir. Daha adil sonuçlar doğuran bir kurumsal yapı kurulması ve hâkimlerin daha adil kararlar vermesi gerektiğine ilişkin normatif yargılar ise hukuki pozitivist kuramcılar tarafından da zaten ifade edilmektedir.⁷²⁴ Hukuki pozitivizm; iyi, ahlaki, adil hukukun olmamasına dair bir normatif yargıyı tabii ki savunmaz. Bu kuramın çalışma alanı hukukun olgusal olarak betimlenmesine ilişkindir, adil olsun veya olmasın.

Raz aynı zamanda Alexy'nin Radbruch formülünün genel olarak hukukçular, özel olarak da hâkimler tarafından benimsenmesinin mesleki faaliyetteki ahlak seviyesini yükselteceğine dair iddiasını da naif bulur. Geçmişte kölecilik faaliyetleri resmi devlet görevlileri tarafından da hukuki görüldüğü kadar adil de görülmüştür. Adalet, hukukun zorunlu bir parçası olarak hukuk kavramı bağlamında ele alınırsa o zaman kölecilik hukuka da kaçınılmaz olarak bir değer atfetmelidir. Ortaçağ ve Yeni

⁷²⁴ A.g.e., ss. 28-32.

Çağ'daki hukukçular ve diğer resmi devlet görevlileri tam olarak bunu yapmışlardır. Günümüzde de kadınlara, eşcinsellere veya belli sosyo-ekonomik gruplara yönelik sayısız adaletsizlik hukuk tarafından öngörüldüğü gibi hukukçular veya katılımcılar da bunları adaletli buluyor olabilir.⁷²⁵

Hâkimler belli eşitsizlikleri adaletli, belli ilerlemeleri ise adaletsiz olarak niteleyebilir. Bundan hareketle de hukukçuların, bu eşitsizlik ve tahakküm ilişkilerini sadece mevcut hukuki durum ve egemen hukuk kültürü olarak görmekten ziyade bunları hukukun doğasından gelen değerler olduğuna kanaat getirmeleri, ilerici olmaktan ziyade gerici bir etki yaratacaktır. Hâkimlerin mevcut hukukta her zaman adaletin var olduğunu düşünmeleri ve hukuk kültürüne özel bir ahlaki değer biçmeleri, gerekli eleştirel tutumdan uzaklaşmalarına sebep olabilir. Çoğu ülkede hâkimlerin yüksek sosyo-ekonomik sınıflardan ve muhafazakâr bir eğilimden geldiği düşünüldüğünde hâkimlerin bağımsız bir ahlaki muhakeme yapmaktansa hâkimlerin oluşturduğu hukuk kültürüne başvurmaları sorunlu olabilir. Bunun yerine gerek yasaları gerekse hâkim hukuk kültürünü bir toplumsal olgu olarak ele almak neyin ahlaki olup olmadığı konusunda daha net bir muhakeme atmosferi sağlar. Hukuka veya hâkimler arasındaki hukuk kültürüne özel bir değer atfetmek, bu öğeleri mistikleştireceğinden içlerindeki gayriahlaki unsurları tespit etmek daha zorlaşacaktır. Raz, hukuki pozitivizmin hukukun varlığı ile hukuka itaat yükümlülüğünü ayrı olarak incelediğini belirtir. Bundan dolayı hukuki pozitivizm, hâkimleri ahlaki değerlendirmelerde bulunmaya doğal hukuk yaklaşımına kıyasla daha fazla ve daha net bir şekilde davet eder ve gerektiğinde hukuka itaatsizlik veya uygulamaktan imtina hallerine bu kurama kıyasla daha açıktır.⁷²⁶

Alexy'nin Shapiro'ya yönelttiği eleştiri de ince bir ayrımı gözden kaçırmaktadır. Shapiro tıpkı Raz'ın kuramındaki meşru otorite iddiasında olduğu gibi, hukuk sistemlerinin böyle bir hedeflerinin olduğunu ifade ettiklerini söyler. Hukuk sistemlerinin bu ahlaki nitelikli hedefleri açıkça adaletsiz veya hatalı olabilir.

⁷²⁵ Didier Mineur, "The Moral Foundation of Law and the Ethos of Liberal Democracies", **Ratio Juris**, Cilt: 25, Sayı: 2, 2012, ss. 141-143.

⁷²⁶ Joseph Raz, "The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism", **Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy**, Editör: G. Pavlakos, Oxford: Hart Publishing, 2007, ss. 32-34.

Resmi devlet görevlileri de bu hedefleri samimi olarak benimsemeyebilir, sadece göstermelik olarak bunu yansıtır olabilirler.⁷²⁷

2.2.1.2. John Finnis

John Finnis, doğal hukuk kuramının klasik temalarını öne çıkarır ve sert pozitivizm de dâhil olmak üzere hukuki pozitivizmin ayrılık tezine eleştiri getirir. Finnis bu bahiste öncelikle hukuki pozitivizmin doğal hukuka karşı öne sürdüğü belli argümanların doğal hukuk kuramına dair hatalı kanaatlerden kaynaklandığını belirtir. doğal hukuka atfedilen “adil olmayan hukuk, hukuk değildir” ifadesi Finnis’e göre kavramsal bir iddia taşımaz⁷²⁸. Doğal hukukçular da adil olmayan hukuk kurallarının sistem içi bir geçerliliğe sahip olduğunu kabul ederler. Doğal hukukun iddiaları, pozitif hukukun varlığının, uygulanışının veya etkili olduğunun reddi yönünde değildir. Hatta “pozitif hukuk” kavramını ilk defa doğal hukukçu Aquinalı Thomas kullanmıştır⁷²⁹. Finnis’e göre doğal hukuk kuramının asıl iddiası, adil olmayan hukuk kurallarının hukukun esas anlamı itibariyle bağlayıcı olamayacaklarıdır.⁷³⁰

Finnis tam da bu konuda hukuki pozitivizmin hem çelişkili hem de lüzumsuz olduğunu öne sürer. Ayrılık tezi, var olan hukuk ile olması gereken hukuk tartışmalarının ayrı ele alınabileceğini ileri sürer. Ancak hukuki pozitivizme bakıldığında olgular ile normlar arasında belli ilişkiler kurulduğu görülür. Örneğin Hart’ın kuramında resmi devlet görevlileri içsel bakış açısı ile ikincil kuralları benimserler veya Raz’ın kuramında hukuk, meşru otorite iddiasında bulunur. Hukuki pozitivizmdeki bu tip kuramsal gelişmeler esasen Hart’ın Austin’deki silahlı adam sorununa getirmek istediği çözüm gayretini ifade eder. Çünkü tam da Hart’ın vurguladığı üzere “yükümlü kılmak” ile “zorunlu kılmak” farklı şeylerdir ve hukuk birincisini yapar. Hart’ın ve Raz’ın getirdiği çözümlemeler ise tam da hukuki pozitivizmin uyma konusunda taahhüt verdiği olan-olması gereken ayrımı kuralı ile çelişmektedir. Hart’ın kuramında, resmi devlet görevlilerinin belli bir davranışta bulunuyor olmaları (toplumsal bir olgu) bir takım normları (bir olması gerekeni)

⁷²⁷ Shapiro, *Legality...*, ss. 213-217.

⁷²⁸ Finnis, *Natural Law and Natural Rights...*, ss. 363-366.

⁷²⁹ Thomas Aquinas, *Treatise on Law (Summa Theologiae I-II)*, Güncellenmiş baskı, Indiana: St. Augustines Press, 2009, ss. 49-52.

⁷³⁰ John Finnis, “Natural Law: The Classical Tradition”, *Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Editörler: J. L. Coleman ve diğerleri, New York: Oxford University Press, 2004, ss. 9-10.

doğurmaktadır. Raz'da da bir yönetimin meşru otorite iddiasında bulunuyor olması (toplumsal bir olgu), hukuki normları (bir olması gerekeni) ortaya çıkarmaktadır. Finnis'e göre "olması gerekenlere" dair durumlar ancak yine "olması gerekenler" ile izah edilebilir. Bunun yolu da doğal hukuk kuramının yaptığı gibi ahlakın ele alınması ile olabilir. Finnis, bu nedenden dolayı betimleyici açıklamaların bu normatif ögeleri aydınlatamayacağını ve bunun yalnızca insan iyisi ve makullüğüne dair belli değerlendirmeler ile sağlanabileceğini savunur. Metodolojik olarak değerlendirmeci bir yaklaşım, hukuki faaliyet ve ilişkilerin anlaşılması için elzemdir. Bunu tercih etmeyerek betimleyici bir alanda kalan hukuki pozitivizm ise olan-olması gereken ayrımını ihlal ederek çelişkili bir çözüm sunar. Diğer yandan hukuki pozitivizm, zaten doğal hukukçuların da Aquinalı Thomas'tan beri kabul ettikleri üzere adil olmayan hukuk kurallarının da sistem içerisinde geçerli olabilecekleri ve bunlara uyulmaması durumunda cebri sonuçların gerçekleşebileceği meselesine yersiz bir ilgi göstermekte ve bu ajandaları ile tam olarak neyi başardıklarını açıklayamamaktadır. Bunun ötesinde ise hukuki pozitivizm; meşru yönetim, adil yargılama, hukuka itaat, kişi hakları gibi esaslı konularda anlamlı herhangi bir katkı sunmamaktadır. Bu sebeple hukuki pozitivizm lüzumsuz bir kuram görünümündedir.⁷³¹

Hukuka itaat yükümlülüğü konusunda ise Finnis, Raz'dan farklı olarak hukukun itaat yönünde bir karine oluşturduğu iddiasındadır. Yazara göre vatandaşlar hukukun varlığından çok geniş yelpazeli faydalar elde ederler. Hukuk toplumdaki girift ilişkileri düzenleyip bu faydaları sağlayabilecek yegâne yapıdır. Diğer toplumsal işbirliği yapıları ise bu faydaları sağlayacak konumda değildir. Bu sebeple vatandaşların hukuka itaat ederken hukuku korumaları ve yeri geldiğinde bunun için bazı hatalı yasalara itaat etmeleri gerekir.⁷³² Finnis'e göre hatalı veya gayriahlaki bir kurala itaat etmemek, diğer doğru ve ahlaki yasaların etkinliğini zayıflatacağından ortak esenliğe zarar verir⁷³³. Finnis'in takip ettiği Aquinalı Thomas da itaatsizlik konusunda oldukça temkinli bir çizgi takip etmiştir⁷³⁴. Bununla beraber bu düşüncedeki itaat karinesinin varlığı, adaletsiz rejimlerin hepsinde bu yükümlülüğün

⁷³¹ A.g.e., ss. 20-23.

⁷³² John Finnis, "The Authority of Law in the Predicament of Contemporary Social Theory", **Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy**, Cilt: 1, Sayı: 1, 1984, ss. 117-121.

⁷³³ Sevtap Metin, "Yeniden Doğal Hukuk Modellemesi: John Finnis", **İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 62, Sayı: 1-2, 2004, ss. 186-189.

⁷³⁴ Zeynep Ö. Üskül Engin, "Ortaçağda Teologların Akılla Buluşmasının Bir Örneği: St. Thomas d'Aquin", **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, Ankara: Seçkin, 2004, ss. 774-775.

olduğunu ifade etmez ancak itaatsizlik yönündeki kısıtlamaların ağırlığını gösterir⁷³⁵. Finnis bu anlamda Raz'ın hukuka itaatsizliğe dair oldukça esnek anlayışına karşı çıkar.

Finnis'in eleştirileri değerlendirildiğinde Finnis'in hukuki pozitivizme getirdiği çelişkili olma eleştirisinin en önemli olduğu söylenebilir çünkü bu eleştiri doğrudan hukuki pozitivizmin ön kabullerine saldırmaktadır. Ancak bu eleştiri her ne kadar ilk bakışta hukuki pozitivizmde bir olan ile olması gerekenler arasında bir geçişkenlik olduğu konusunda bir kuşku uyandırır da, önemli bir nüansın fark edilmesi böyle bir sorunun olmadığını göstermektedir. Hukuki pozitivizm farklı kuramsal çerçeveler içerisinde belli toplumsal grupların (egemen, resmi devlet görevlileri, devlet ve benzeri) belli kurumlar (meclisler, mahkemeler, idari organlar ve benzeri) vasıtası ile belli normatif beyanlarda bulunmasını (emir, kural, plan, yasa ve benzeri) bir olgu olarak alır ve bunun üzerine kuramsal çıkarımlarını inşa eder. Raz'ın kopuk hukuki önermeler, Shapiro'nun perspektifsel nitelermeler kavramları ile ifade ettiği üzere hukuk normları betimleyici bir şekilde, haklarında ahlaki bir değerlendirme yapılmadan izah edilebilir⁷³⁶. Görüldüğü üzere hukuki pozitivizm, bir olgu olarak toplumsal grupların belli toplumsal pratikler vasıtası ile normlar oluşturduğuna işaret eder. Bu durum Marmor'un ifade ettiği gibi toplumların hukukun kurucu konvansiyonlarını oluşturması ile veya Shapiro'nun ifade ettiği gibi toplumların "mastır plan" oluşturması ile açıklanabilir. Bu argümanlar problematik veya çelişkili değildir. Spor, sanat alanlarında da kurucu konvansiyonlar mevcuttur veya daha genel olarak insanlar gündelik hayatlarında sürekli planlar yapar ve bunlar doğrultusunda hareket ederler. Bu örneklerdeki normatif öğelerin ortaya çıkışının ve içeriğinin betimlenmesinde bir sorun olmadığı gibi hukuki pozitivizmin hukuka dair toplumsal olgu temelli analizleri de bir çelişki barındırmaz.

Finnis'in hukuki pozitivizmin metodolojisine dair eleştirisi ele alınır ise düşünürün betimleyici bir açıklamada kullanılabilecek bir takım değerlendirici ön kabullerin olabileceğini gözden kaçırdığı görülebilir. Leiter'e göre örneğin nasıl "şehir" kavramı izah edilirken normatif bir dil kullanmadan insanların ihtiyaçları ve amaçlarını da ifade edecek şekilde açıklamalar getirilebiliyorsa, hukuk için de aynı betimleyici yaklaşım benimsenip makul önerme ve çıkarımlarda bulunulabilir.

⁷³⁵ Metin, "Hukuki Otorite Kavramının İki Yönü: Raz ve Finnis", ss. 45-46.

⁷³⁶ Raz, *The Authority of Law...*, ss. 153-159; Shapiro, *Legality...*, ss. 184-188.

Örneğin şehir, banliyö veya kırsal kavramları incelenirken betimleyici olarak buralarda yaşayan insanlar açısından bu yerleşim yerlerinin nasıl değişik biçimlerde önem arz ettiklerinden bahsedilebilir. Ancak bu açıklamalar, bir kimsenin bir şehirde yaşaması gerekip gerekmediği veya kırsal hayatının iyi olduğuna dair normatif yargılardan farklıdır. Aynı durum hukukun betimleyici ve normatif olarak ayrık biçimde ele alınması için de geçerlidir. Belli bir fenomenin insan faktörünü içermesi, olması, bunun açıklanması için ahlaki veya normatif tartışmaları zorunlu hale getirmez.⁷³⁷

Finnis'in bu bahisteki eleştirisinin ikinci aşaması olan hukukun esas anlamı itibariyle anlaşılabilmesi için ahlaki bir akıl yürütmenin ve açıklamanın sağlanması gerektiği iddiası da hukuki pozitivizmdeki belli nüansları gözden kaçırmaktadır. Her ne kadar Austin'in kuramındaki aşırı sertlik Hart'tan başlayacak şekilde modern hukuki pozitivizmin temsilcileri tarafından terk edilse de hukukun yine de baskıcı ve kötücül olabileceği ihtimali kavramsal çerçevede yer alabilmelidir. Hart'ın kuramındaki resmi devlet görevlilerinin ikincil kuralları içsel bakış açısı ile benimsemeleri, her ne salt fiziki kuvvete dayanmasa da yine de gayriahlaki veya ahlaken hatalı olabilir⁷³⁸. Örneğin Nazi resmi devlet görevlilerinin ciddi bir kısmı ahlaki bir saikle hukuku benimsemiştir. Bunlar ahlaki bir akıl yürütmede bulunuyor olsalar dahi akıl yürütmenin kendisi her daim ahlaki veya doğru bir ahlak çerçevesinde olmaz. Raz'ın hukukun meşru otorite iddiası da böyledir. Bu bir iddiadır, pekâlâ hatalı da olabilir ve vatandaşlar gayriahlaki otoriteyi hatalı bir şekilde veya kendi gayriahlaki tercihlerinden dolayı benimsiyor olabilirler⁷³⁹. Örneğin Güney Afrika Apartheid rejimi ırk ayrımını ahlaken doğru bulabilir ve buna paralel düzenlemeler konusunda meşru otorite iddiasında olabilir. Siyasi gücü elinde tutan beyaz vatandaşlar da buna katılabilir ve rejimlerini ayakta tutacak desteği yönetimlerine sağlayabilirler. Görüldüğü üzere her ne kadar hukukun oldukça soyut bir üst seviyede ahlaki bir boyutu olduğu söylenebilse de her hukuk sistemi ve hukuki ilişkinin özünde adalet ve ahlak bulunmaz. Hukuki pozitivizm hukukun yükümlü kılma iddiasına işaret ederken bu iddiasında haklı olamayabileceği ihtimaline de kavramsal çerçevede yer bırakır. Ancak doğal hukuk yaklaşımı bu

⁷³⁷ Leiter, "Beyond the Hart/Dworkin Debate: the Methodology Problem in Jurisprudence", ss. 168-171.

⁷³⁸ Leiter, "The Radicalism of Legal Positivism", ss. 166-167.

⁷³⁹ Metin, "Joseph Raz'da Hukuki Otorite Kavramı", ss. 43-44.

açıdan adaletin hukukun özünde olduğunda ısrar ederek bu ihtimali hatalı bir şekilde dışlar.

Finnis'in hukuki pozitivizme yönelik lüzumsuzluk eleştirisi ele alındığında da yazarın bu yaklaşımdaki çalışmaların hakkını tam olarak vermediği görülebilir. Pekâlâ, hukuki pozitivistler de hukuka itaat, adil yasama, yargı etiği gibi konular hakkında açıklamalar sunabilir ve çıkarımlar yapabilir. Hukuki pozitivist yazına bakıldığında bunun örnekleri de çoktur. Hukuki pozitivizm sadece bu çalışmaların kavramsal hukuk felsefesinden ayrıık şekilde gerçekleştirilmesini önerir. Bununla birlikte söz konusu çalışmaların, ilk önce hukukun ne olduğu, ne gibi özellikleri haiz olduğu gibi soruların cevaplarına ihtiyacı olduğu veya bu cevaplardan yararlanabileceği gözden kaçırılmamalıdır⁷⁴⁰. Örneğin hâkimlerin kararlarında ahlaki ilkelere atıf yaparken aslında takdirde bulundukları ve dolayısıyla hukuku uygulamaktan ziyade onu yarattıkları çıkarımı, yargı etiği değerlendirilirken faydalanılabilecek bir bilgidir. Hukuki pozitivizm de işte bu tip analitik doğrular ile hukuk anlayışını arttırır.

Finnis'in Raz'a hukuka itaat bahsinde getirdiği eleştiriler ise aslında Raz'ın analizlerindeki bazı ayrıntıları dikkate almamaktadır. Raz, hukuka itaatsizliğin olumsuz etkilerinin mümkün olabileceğini ama bunun her koşulda gerçekleşmediğini savunur. Raz'a göre, hukuka itaatsizliğin üçüncü kişiler için olumsuz bir örnek oluşturması ve genel bir yozlaşmaya yol açması ihtimali mevcuttur. Ancak bu ihtimalin gerçekleşme olasılığına bakılmalı ve itaatsizlik bahsindeki diğer sebepler ile tartılmalıdır⁷⁴¹. Hukukun toplumdaki girift ilişkileri düzenleyip bu faydaları sağlayabilecek yegâne yapı olması iddiası da bu kapsamda değerlendirilmelidir. İlk olarak hukuk, her konuda bu nitelikte değildir. Belli durumlarda alternatif toplumsal birliktelik yapıları da bu ilişkileri düzenleyebilir. İkinci olarak, hukukun özgün niteliklerinden dolayı belli sonuçlar ortaya çıkıyorsa dahi bu sonuçlar da değerlendirmeye nitelikli bir ağırlıkta dâhil edilebilir. Ancak bu, tüm itaatsizliklerin her türlü durumda hukukun bu özel işlevlerini yerine getirmesini engellediğini göstermediği gibi itaatsizliğin sebebi olan ahlaki gerekçelerin her koşulda hukukun bütünlüğünün muhafazasından önemsiz olduğu sonucunu da temellendiremez. Son olarak, hukuka itaatsizlik Finnis'in vurguladığı üzere sistemi yozlaştırma riski taşısa

⁷⁴⁰ Shapiro, **Legality...**, ss. 8-10.

⁷⁴¹ Raz, **The Authority of Law...**, ss. 237-238.

da bazı durumlarda da sistemin reform edilmesi veya baskıcı iktidarın kısıtlanması ihtimallerini de içermektedir. Finnis ise bu ihtimalleri dikkate almamaktadır. Hâlbuki Finnis'in argümanı hukuka itaati kendi başına bir değer olarak görmektense, çeşitli olumsuz sonuçları engelleyen araçsal bir değer olarak alır⁷⁴². Eğer Finnis'in hukuka itaat ile korumaya layık bulduğu ve itaat ödevine temel aldığı değer, hukukun toplumsal hayattaki girift ilişkilerin adil ve etkin bir şekilde düzenlemesi ise, bu işlev reform edilmiş bir hukuk sisteminde çok daha iyi gerçekleşecektir. Tarihteki pek çok örnekte sivil itaatsizliğin kapsamlı reformlara yol açarak hukuk sistemlerinin reform edilmesine sebep olduğu görülmektedir. Tabii ki her sivil itaatsizlik eylemi bunu sağlamaz. Tam da bu nedenle Raz'a göre hukuka itaatsizlik, ahlaki gerekçelerin ve bunlara ilişkin ahlaki sonuçların değerlendirmesi ile karar verilebilecek bir konudur.

2.2.1.3. Ronald M. Dworkin

Ronald M. Dworkin, tüm sert pozitivist kuramcılarının eleştiri hedefinde olmakla beraber Dworkin de sert pozitivistliğe belli eleştiriler getirmiştir. Dworkin'in eleştirileri altı başlıkta toplanabilir.

Bunlardan birincisi, Dworkin'in otorite analizi hakkındadır. Dworkin bu eleştirisinde, Raz'ın hukukun meşru otorite iddiasından dolayı belli yetilere sahip olma zorunluluğuna dair tespitini inceler. Dworkin'e göre Raz'ın ifade ettiği zorunlu yetiler yetersizdir. Eğer hukuk meşru otorite iddiasında ise o zaman açıkça gayriahlaki olan yasalar veya bir bütün olarak adaletsiz hukuk sistemleri, bu iddiada bulunmaya elverişsiz olmalı ve hukuk kavramının gerekliliklerini sağlayamamalıdır.⁷⁴³

Dworkin, ikinci eleştirisinde, Raz'ın kuramında meşru otorite iddiasının gerekli kıldığı yetilerden ilki olan, hukuki direktiflerin süjelerin nasıl eylemesi icap ettiğine dair bir kişinin görüşü olarak sunulması gerekliliği unsurunu ele alır. Dworkin, günümüzde neredeyse her yasanın tekil kişilerden ziyade birçok toplumsal grubun iradesi ve birden fazla yasa koyucunun uzlaşması ile oluştuğunu belirtir. Bundan sonra da Dworkin, Raz'ın kendi yorum kuramında işaret ettiği “en iyi meşrulaştırma” unsurunun hukuk sayılamayacağı iddiasına itiraz eder. Raz'a göre, hukuktan

⁷⁴² Raz, “The Obligation to Obey: Revision and Tradition”, ss. 150-155.

⁷⁴³ Dworkin, *Justice in Robes...*, ss. 198-202.

bahsedilebilmesi için belli bir yargıyı belli bir kişiye isnat etmek gerekir. Dworkin ise belli ahlaki ilkelerin içlerinde bulunan meşrulaştırmalar vasıtasıyla belli yasalara isnat edilebileceğini savunur. Bu ihtimal Raz'ın açıklamalarında dışlanmaktadır.⁷⁴⁴

Dworkin üçüncü eleştirisinde, ahlaki ilkelerin de eylem sebepleri muhakemesine etki edebileceğini iddia eder. Bu iddiasını betimlemek için Dworkin, *caveat emptor* yani alıcının maldaki ayıpları tespit konusunda dikkatli ve sorumlu olması gerektiğini ifade eden ilkenin geçerli olduğu farazi bir ticari örf sisteminde ticaret yapan bir adamı ele alır. Bu tacirin ticarete dürüst ve hakkaniyetli olmasını yani satıcının alıcıya maldaki olası ayıplar hakkında mümkün olduğunca bilgi vermesini öngören bir dini benimsediği farz edilsin. Bu noktadan sonra tacirin hareketleri eskisi gibi olmayacaktır. Artık ticari faaliyetlerini dürüst ve hakkaniyetli bir şekilde gerçekleştirmesi gerekecek ve müşterilerine mallarındaki olası ayıplar hakkında daha çok bilgi vermeye başlayacaktır. Dolayısıyla ahlaki ilkeler pratik eylem muhakemesinde bir fark yaratabilir.⁷⁴⁵

Dworkin, dördüncü eleştirisinde, Raz'ın mahkemelerin ahlaki ilkeleri uygulamasına dair takdir kullanma nitelemesini doğru bulmaz. Bu niteleme sanki mahkemelerin arzu ettikleri gibi karar verebileceklerini ima etmektedir. Diğer yandan bu niteleme hukuka dair genel kabuller ile çelişmektedir. Örneğin anayasa mahkemelerinin anayasadaki ilkelere dayanarak bazı yasaları iptal etmeleri durumunda söz konusu yasanın mahkemenin kararıyla anayasaya aykırı hale geldiği düşünülmez. Onun en baştan anayasaya aykırı olduğu düşünülür. Takdir kavramı sanki bunun bir tespitten ziyade bir tercih olduğuna işaret etmektedir. Sert pozitivist çerçevede ilkelerin takdire kapı açan soyut ifadeler olarak nitelenmesi, bu ilkelerin sağladığı yetkilerin de hükme bağlanmadığını gösterir. Dworkin açısından bu durum problematiktir. Eğer bu kabul edilirse o zaman mahkemelerin hukuktan bağımsız bir şekilde kendilerine tanınmamış bir yetkiye dayanarak hükümde bulunduğunu teslim etmek gerekir. Bu da hukuka dair genel kabullere aykırıdır. Dworkin, anayasal denetimin Amerikan hukukunda kabul edilmesini sağlayan *Marbury, Madison'a karşı* kararındaki hukuki dayanağın, yazılı anayasa maddesinden ziyade siyasi ahlak ilkelerinden geldiğini belirtir. Sert pozitivism ise ahlaki ilkelerin varlığı sebebiyle ilgili yetkinin hükme bağlanmamış olduğundan dolayı bu kararın ve bu kararın

⁷⁴⁴ A.g.e., ss. 202-203

⁷⁴⁵ A.g.e., ss. 207-208.

sonucu olan anayasal denetimin hukuki bir temelden yoksun olduğu çıkarımına varır.⁷⁴⁶

Dworkin beşinci eleştirisinde, sert pozitivistizmin ahlaki ilkeleri hukuk yerine hukuk dışı normlar olarak nitelemesine karşı çıkar. Dworkin'e göre hukuk ile etkileşimde olan vatandaşlar, bu ilkeleri ifade ederken onları hukuk olarak ele alır ve davalarda bunlara dayanarak haklı olduklarını iddia ederler. Hâkimler de ahlaki ilkeleri kararlarında uyguladıklarını söylemektedirler. Bu nedenle sert pozitivistizmin ahlaki ilkeleri hukuk dışı nitelemesi, kavramın genel kullanımına ters olduğundan keyfidir.⁷⁴⁷

Dworkin altıncı eleştirisinde, sert pozitivistizmin yargılama sürecinde hâkimlerin hukuk dışı normları uygulamakla beraber bu uygulamayı ahlaki bir biçimde kişilerin haklarını da gözetecek şekilde gerçekleştirebilecekleri iddiasını tuhaf bulur. Dworkin'e göre hukuki pozitivistizm, hakları dahi kavramsal çerçevesine dâhil edebiliyor ise o zaman özgün bir kuram olmaktan çıkar. Eğer öyle ise hukuki pozitivistizm kavramsal bir isimlendirme faaliyetinden farklılaşamaz ve hukuk felsefesinde herhangi bir karşıt argüman sunmamış olur.⁷⁴⁸

Dworkin'in eleştirilerini sırasıyla ele almak gerekirse, Dworkin'in ilk eleştirisindeki hukukun meşru otorite iddiasının gerçekleşebilmesi için en azından açıkça adaletsiz olmaması gerektiği tespiti, hukuka dair olgular ile uyuşmamaktadır. Tarihte adaletten bariz şekilde uzak olan pek çok hukuk sistemi meşru otorite iddiasında bulunmuştur. Örneğin Nazi Almanyası veya Apartheid Güney Afrikası. Günümüzde de pek çok hukuk sisteminde mevcut olan açıkça adaletsiz yasalar mevcuttur. Örneğin Amerikan vergi sistemi, işgal altındaki bölgelerdeki İsrail yerleşim planı gibi. Görüldüğü üzere bir olgu olarak adil olmak, hukukun varlığı ve içeriği açısından mecburi değildir⁷⁴⁹. Raz'ın açıklamaları bu iddianın gerçekleşebilmesi için gerekli en soyut düzeydeki yetilere dayandığından zorunluluk seviyesinde bir ölçüte ulaşabilmektedir. Ancak adaletli olmak bu seviyede değildir, bir olgu olarak hukukun varlık şartı olamaz.

⁷⁴⁶ A.g.e., ss. 208-211.

⁷⁴⁷ Ronald M. Dworkin, "A Reply By Ronald Dworkin", **Ronald Dworkin & Contemporary Jurisprudence**, Editör: M. Cohen, London: Duckworth, 1984, ss. 261-262.

⁷⁴⁸ A.g.e., ss. 262-263; Dworkin, **Justice in Robes...**, ss. 236-240.

⁷⁴⁹ Metin, "Joseph Raz'da Hukuki Otorite Kavramı", ss. 43-44.

Dworkin'in ikinci eleştirinin birinci kısmında hukuki direktiflerin “tekil kişilerin” görüşleri olarak ele alınamayacağı tespiti doğru olsa da, Raz kuramında söz konusu otoritenin tekil bir kişi olması gerektiğine dair bir önermede bulunmamıştır. Meclisler, mahkemeler, idari kurumlar tüzel kişilikleri temsil ederler. Hukuki direktifleri doğuran kararlar da her ne kadar belli bir siyasi baskı, müzakere ve ödün sürecinden geçse de zorunlu olarak iradi bir faaliyet sonucu ortaya çıkarlar. Dworkin'in mevzubahis direktiflerin bir kişinin görüşü olmayabileceği iması, bunların iradi olmayacak şekilde ortaya çıkabileceği çıkarımına varır ki bu açıkça hatalıdır. Hukuk sistemleri tabii ki çoğu durumda tekil gerçek kişilerin direktiflerinden ziyade devletin tüzel kişiliği vasıtasıyla direktiflerini oluşturur⁷⁵⁰. Bu durum ilgili direktifin kaynağının bu kişinin (tüzel kişinin) görüşü olmadığı gerçeğini değiştirmez. Bununla beraber tüzel kişiler de gerçek kişiler tarafından oluşturulur ve bunların işleyişi gerçek kişiler tarafından sağlanır.

Dworkin'in bu eleştiride öne sürdüğü bir diğer unsur olan ahlaki ilkelerin yasalara isnat edilebileceği iddiası ise Raz'ın işaret ettiği otorite ile süje arasındaki kavramsal ilişkiyi gözden kaçırmaktadır. Raz, otoritenin ancak süjelere tesir eden eylem sebeplerini dışlayıp bunlara bağımlı yeni eylem sebepleri koyması ile kavramsal işlevini yerine getirebileceğini açıklamıştı. Buna göre belli ahlaki eylem sebepleri hukuktan bağımsız olarak zaten süjelere tesir etmektedir. Hukukun buradaki işlevi ve kavramsal olarak getirdiği farklılık, bu eylem sebeplerini dengeye getirip hükme bağlamaktır. Eğer bir yasanın belli ahlaki değerleri temsil ettiği düşünülerek ona bu değerler isnat ediliyor ise buradaki ahlaki sebep veya ilkeler hukuk değildir, yasanın ele aldığı nihai sebeplerdir⁷⁵¹. Hukuk tam da bu sebepleri dengeye getirerek kişilerin eylemesi için bunları dışlayan bir eylem sebebi sunar. Örneğin kadınların bireysel gelişimini koruyan, erkekler ile eşit fırsatlara sahip olmalarını sağlayan bir medeni kanunun ruhunda toplumsal cinsiyete dair eşitlikçi ahlaki sebepler vardır denilebilir. Ama bu ahlaki sebepler hukuk değildir; hukuk, bu nihai sebeplerin hükme bağlandığı noktada ortaya çıkar⁷⁵²: evlenme için asgari yaş düzenlemesi, saklı paylar gibi. Bu hükümlerin teşhisi ve varlığı da sadece toplumsal olguların araştırılması ile belirlenebilir, ahlaki değerlendirmeler ile değil. Hukuka dair bu kısıtlamanın yapılmaması durumunda tüm nihai sebeplerin hukuk olarak

⁷⁵⁰ Raz, “Authority, Law, and Morality”, ss. 313-314.

⁷⁵¹ A.g.e., s. 304.

⁷⁵² Shapiro, *Legality...*, ss. 301-303.

kabul edilmesi gerekir. Bu da mahkemelerin uygulamakla yükümlü olduğu normların herhangi bir kısıtlamaya tabi olmadığı çıkarımına gelir ki bu açıkça hatalıdır. Kanunların atıfta bulunduğu ahlaki ilkeler ise Raz'ın ifade ettiği üzere mahkemelerin takdirleri vasıtası ile uygulamakla yükümlü oldukları hukuka dâhil olmayan normlardır⁷⁵³. Bunların kapsadığı ahlaki sebeplerin hükme bağlaması ise mahkemenin kararı ile olur. Raz'ın bir kanunun “en iyi meşrulaştırılmış halinin” hukuk olarak nitelenemeyeceğine dair iddiası bundan kaynaklanır. Bu ancak mahkemenin kararı ile ortaya çıkar ki işte o noktada ilgili hükmün yargısı mahkemeye isnat edilebilir.

Dworkin'in üçüncü eleştirisindeki dikkate değer bir unsur, yazarın ahlaki ilkelerin pratik eylem muhakemesine yaptığı etkiyi göstermek için dinden bir örnek vermesidir. Dinin de hukuk gibi kaynakları vardır ve bu kaynaklar ile Tanrının veya peygamberin o dine inananların nasıl eylemleri gerektiğine dair yargıları iletilir. Dworkin'in böyle bir örneğe başvurma zorunluluğunda kalması Raz'ın da ifade ettiği üzere ahlaki sebeplerin kendi başlarına zaten kişilere tesir ettiğini göstermektedir. Hukukta olduğu gibi dinde de bu ahlaki ilkelere uyma yükümlülüğü aslında ilgili ahlaki sebepleri var etmez, onlar zaten vardır. Dworkin'in örneğindeki tacirin inandığı dindeki yükümlülük, o ilkenin kapsadığı sebeplerin dışlanması engeller⁷⁵⁴. Dolayısıyla bu dine mensup olsun veya olmasın, dürüst ve hakkaniyetli davranmaya ilişkin ahlaki sebepler zaten tacire tesir etmektedir. Bununla beraber, bu dine mensup olan bir kişi, diğer sebeplerden dolayı bu ahlaki sebepleri artık değerlendirmesinden çıkaramaz. Örneğin bu dine mensup olmayan bir kişi başka sebeplerin ağırlığı veya başka bir direktif doğrultusunda dürüst ve hakkaniyetli olmaya dair sebepleri pratik eylem muhakemesinden çıkartabilir ancak bu dine mensup olan bu kurala bağlı kalacak ise bunu yapamaz. Artık bu sebepleri dışlayabilecek sebepler dışlanmış olur. Hukukta da ahlaki ilkeler bu şekilde pratik eylem muhakemesine katılırlar. Raz'ın iddiası, söz konusu eylem sebeplerini dışlayan sebepler dışlansa da geriye kalan eylem sebeplerinin nasıl hükme bağlanacağına ister istemez bir takdir meselesi olarak mahkemeye kalacağını ve bu alanın hukuk olarak nitelendirilemeyeceğidir⁷⁵⁵. Örneğin sözleşmelerin genel ahlaka aykırı olamayacağına dair bir yasanın varlığı halinde genel ahlakı dışlayabilecek sebepler dışlanır. Tarafların rızalarının olması,

⁷⁵³ Bailleux, “Actualité du ‘Combat des Chefs’ Dans la Littérature Anglo-Saxonne”, ss. 199-201.

⁷⁵⁴ Raz, “Incorporation By Law”, ss. 14-15.

⁷⁵⁵ Raz, **The Authority of Law...**, s. 75.

menfaat dengesinin kurulması gibi diğer sebepler genel ahlakın aksine eylemde bulunmaya dair bir sebep oluşturmaz. Bunlar mevzubahis hükümle dışlanmış olur. Ancak hala genel ahlak kapsamındaki sebepler hükme bağlanmamıştır, bu noktada mahkemenin takdiri söz konusu olacaktır. Sonuç olarak, ahlaki ilkelerin Dworkin'in örneğinde olduğu gibi dini bir sistemdeki varlığı veya bir hukuk sistemine alınması, süjeler için yeni ahlaki sebepler oluşturmaz. Mevcut sebeplerin farklı bir şekilde muhakeme edilmesine yol açar. Bu muhakemenin otoriteyi haiz bir şekilde hukuki anlamda hükme bağlanması, mahkemenin takdiri ile gerçekleşir, kendiliğinden değil.

Dworkin'in dördüncü eleştirisindeki zayıflık ise, hukuki pozitivist çerçevede ele alınan takdirin kendi ifadesi ile her zaman geniş anlamda takdir olduğu ön kabulünden kaynaklanmaktadır. Mahkemeler tabii ki arzu ettikleri gibi takdirde bulunamazlar. Neredeyse tüm hukuk sistemlerinde mahkemelerin takdirlerini sınırlayan kodifiye edilmiş veya örfi takdir kuralları vardır⁷⁵⁶. Bununla birlikte neredeyse tüm hukuk sistemlerinde mahkemelerin takdirlerini yanlış kullanmaları halinde bunları düzelterek üst mahkemeler oluşturulmuştur. Bununla birlikte takdir, doğası gereği hükümde bulunma konusunda bir ihtimal yelpazesi ifade eder. Bu durum hukuka dair genel kabuller ile çelişmez. Tam tersine Dworkin'in her vakada tek bir doğru cevap olduğu iddiası uyumsuzluğun doğası ve mantığına aykırıdır. Mahkemelerin ahlaki ilkelerin varlığı halinde hükme bağlanmamış olan vakaları kararları ile hükme bağlaması da hukuk anlayışı ile uyumludur. Türk hukukundan bir örnek verilirse, anayasa mahkemesinin yürütmeyi durdurma yetkisinin olup olmadığı 1996 tarihli Türk Telekom kararından önce hükme bağlanmamıştır. Anayasadaki hukuk devleti ilkesi mevcuttur ama anayasa mahkemesinin yürütmeyi durdurma yetkisinin olup olmadığı anayasada yazmamaktadır. Bu durumda mahkeme verdiği karar ile beraber anayasa mahkemesinin yürütmeyi durdurma yetkisinin olduğuna hükmetmiş olur. Ancak bu karar ile beraber anayasa mahkemesi bu yetkiyi kullanabilir. Aksi takdirde bu karardan önce de böyle bir muhakemeye başvurmaksızın mahkemenin yürütmeyi durdurma kararı verebilmesi gerekirdi. Bu tip vakalar hükümden önce belirsizdir. Taraflar veya hukuk öğretisindeki temsilciler mahkemenin belli bir yönde karar vermesinin anayasaya uygun olacağını iddia edebilir. Tarafların veya diğerlerinin beyanları, esasında anayasadaki soyut ilkelerin bu vakadaki hükme bağlanmamış eylem sebeplerinin, kendi görüşlerine göre doğru

⁷⁵⁶ Raz, "Legal Principles and Limits of Law", s. 846.

bir şekilde dengeye getirme önerilerini temsil eder. Buna karşın burada belirleyici ve bağlayıcı olan, mahkemenin otoriteyi haiz kararı olacaktır ki hukuku bu belirler. Mahkeme pekâlâ yürütmeyi durdurma yetkisinin olmadığına da hükmedebilirdi. Bu durumda da mahkemenin kararı bağlayıcıdır ve hukuktur, her ne kadar eleştiriye açık olsa da.

Beşinci eleştirideki yanlışlık, Dworkin'in hukuki retoriği kavramsal temellendirme için asli ve mutlak unsur olarak almasıdır. Pekâlâ, hâkimler belli hukuk yaratma faaliyetlerini siyasi ahlak eleştirilerinden korumak amacıyla veya kavramsal bir hataya düştükleri için hukuk dışı normları kullanmalarını, hukuku uygulamak olarak niteliyor olabilirler⁷⁵⁷. Dworkin'in tek doğru cevap tezinde vurgu yaptığı bir durum olan tarafların hukuken haklı olduklarını iddia ettikleri tespiti ise buna oldukça yakın bir başka olguyu gözden kaçırmaktadır: uyuşmazlığın diğer tarafı da haklı olduğunu savunmaktadır. Bir normun hukuk olabilmesi için retoriğin ötesindeki şartlar da sağlanmalıdır. Dworkin, Raz'ın otoriteye ilişkin çıkarımlarını doğrudan çürütmediğinden Raz'ın ahlaki ilkelerin mahkemelerin uygulamakla yükümlü olduğu hukuk dışı normlar olduğu düşüncesini de çürütmemiş olur. Kaldı ki Raz'ın da ifade ettiği gibi gerek hukukçular gerekse sıradan vatandaşlar dahi mahkemelerin uyguladığı her normun hukuk sisteminin bir parçası olmadığını bilirler⁷⁵⁸. Örneğin yabancı devlet yasaları, sözleşmeler, dernek tüzükleri gibi. Aynı zamanda mahkemelerin hukuk normları kadar ahlaki ilkeler gibi hukuk dışı normları uyguladıkları tespiti, hâkimlerin değerlendirilmesinde hukuki hünerler kadar ahlaki karakterin de dikkate alınması ile tutarlıdır⁷⁵⁹. Dolayısıyla sert pozitivistin argümanları, Dworkin'in çürütmediği belli analitik doğrulara dayandığı gibi Dworkin'in iddiasının aksine toplumsal hayattaki hukuka dair tutum ve beyanlar ile de uyumludur.

Dworkin'in altıncı eleştirisi ise aslında hukuki pozitivistde ele alınan takdir faaliyetinin yazar tarafından hatalı bir şekilde anlaşıldığını göstermektedir. Hukuki pozitivistin Dworkin'in vurguladığı haklara dair öğeler de dâhil olmak üzere pek çok yargılama unsuruna kavramsal çerçevede imkân verebiliyor olması doğaldır

⁷⁵⁷ Leiter, "Theoretical Disagreements in Law: Another Look", s. 261.

⁷⁵⁸ Raz, "Incorporation By Law", ss. 14-16.

⁷⁵⁹ Lyons, **Moral Aspects of Legal Theory: Essays on Law, Justice and Political Responsibility...**, ss. 91-92.

çünkü analitik bir kuram mevcut yargılama faaliyetleri de dâhil olmak üzere hukuki faaliyet ve işlemleri kapsayabilecek bir çerçeve çizmelidir. Bu açıdan sert pozitivizm, hâkimlerin takdir faaliyeti ile ahlaki ilkeleri uyguladıklarını, belli noktalarda kurumsal yapının imkân vermesi halinde hukuku değiştirdiklerini ve bu takdirlerini yazı tura atarak kullanmaktansa tabii ki belli makul sebeplere dayandırdıklarını ve dayandırmaları gerektiğini öne sürer. Sert pozitivizmi, Dworkin'den veya doğal hukuk yaklaşımlarından ayıran özellik, bu kuramın başka ihtimallerin varlığına işaret etmesi ve bu ihtimalleri kapsayacak bir kavramsal çerçeve çizebilmesidir⁷⁶⁰. Pekâlâ, bazı davalarda hâkimler takdirlerini hatalı veya ahlaka aykırı şekilde de kullanabilir. Bazı hukuk sistemleri hâkimlerin takdirini kısıtlarken bazıları bu alanı geniş bırakır. Bazı davalarda Dworkin'in atıfta bulunduğu uygunluk ölçütü ağır basarken bazı hallerde buna değer verilmemesi gerekebilir. Hukuki pozitivizm bu farklı ihtimalleri açıklayarak bir yargılama kuramından öte, analitik bir hukuk kuramı olur. Sert pozitivizmin bu çalışması, Dworkin'in iddia ettiğinin aksine yalnızca bir isimlendirme faaliyeti değildir. Hâkimlerin hukuku uygulamaktan ziyade kendi takdirleri ile hukuku değiştiriyor, yaratıyor oldukları bilgisi, kurumsal yapının hukukun işleyişinde önemli bir rol oynadığı fikri, hukukun nihayetinde belli kişilerin veya kurumların, sùjelerin nasıl eylemesi gerektiğine ilişkin görüşleri olarak anlaşılabileceği düşüncesi gibi ögeler isimlendirme faaliyeti değildir. Bunlar, hukuka dair anlayışı arttırdığı gibi mesleki faaliyetleri daha verimli icra etmek, mümkünse hukuku reform etmek veya hukuka yönelik doğru ahlaki tutumu belirlemek konularında faydalı veriler sağlar.

2.2.1.4. Stephen R. Perry

Stephen R. Perry, Raz'ın pratik eylem muhakemesine dair tezlerini ele alır ve bunların çıkarımlarının mevcut yargılama sürecini temsil etmediği için dolaylı hatalı olduğunu ileri sürer. Perry'e göre hukuki direktifler, Raz'ın iddiasının aksine dışlayıcı birer sebep teşkil etmezler. Mahkemeler pek çok durumda ellerindeki direktifleri veya emsal kararları uygulayıp uygulamayacakları konusunda bir karar verirler. Uygulamamayı tercih ettiklerinde de başka bir hükme veya ilkeye başvururlar. Tüm bu muhakeme süreçlerinde mahkemeler, ilgili direktifin veya emsal kararın bağımlı sebeplerine başvurarak değerlendirmede bulunurlar. Raz ise çizdiği

⁷⁶⁰ Raz, *The Authority of Law...*, ss. 158-159.

otorite kavramı çerçevesinde mahkemelerin bağımlı sebeplerden ziyade bu sebeplere bağımlı olmasına rağmen bunlardan ayrı bir sebep olan otoritenin koyduğu eylem sebebine ve dışlayıcı sebeplere dayanarak karar verdiklerini iddia etmiştir. Ancak Perry'e göre mahkemeler, ilgili direktifleri veya emsal kararları dışlayıcı sebepler olarak ele almaktan ziyade bunları *tekrar tartma sebepleri* (*reweighting reasons*) olarak değerlendirirler. Bu açıdan mahkemeler ilgili direktiflerin temsil ettiği sebepleri önemli bir ağırlıkları varmışçasına değerlendirirler; diğer sebepleri tamamen gözden çıkarmazlar⁷⁶¹. Belli hallerde direktifin dışındaki sebepler yeterli ağırlığa ulaşırsa o yönde hüküm kurulması söz konusu olabilir. Bu da mahkemelerin yasaları veya emsalleri dışlayıcı bir şekilde akıl yürütmelerine dahil etmediklerini göstermektedir. Perry, ikinci bir ilerlemede bulunarak mahkemelerin hukuki direktif ve emsal kararları *epistemik açıdan kısıtlı sebepler* (*epistemically-bounded reasons*) olarak el aldıklarını öne sürer. Sebepler dengesindeki belirsizlik veya bilinmezlik halinde otoritenin direktifi geçerli kabul edilir ama ilgili sebepler epistemik olarak teşhis edildikçe direktife körü körüne bağlı kalınmaz. Hukuki karinelere olduğu gibi hukuki direktifler mahkemeler tarafından normal şartlarda bağlayıcı olarak alınır ancak ilgili direktifin bağımlı olduğu sebepler de dâhil olmak üzere diğer sebeplerin ağırlığın değişmesi halinde bunları uygulamaktan imtina edebilirler.⁷⁶²

Perry, bu açıklamalarından hareketle, hukuku uygulama halleri ile hukuku yaratma durumları arasında kalın bir çizgi çizilemeyeceğini vurgular. Özellikle özel hukuk davalarındaki yargılama sürecinde mahkemelerin kaynak temelli yasaları muntazam bir şekilde uygulayıp, bunlar bitince de hukuk yarattıkları söylenemez. Perry'nin işaret ettiği üzere yasalar, Raz'ın iddia ettiği gibi dışlayıcı bir işlev görmediklerinden bu faaliyet Raz'ın kuramındaki gibi izah edilemez. Perry, bundan dolayı hukukun Dworkin'inki gibi bir yargılama kuramı ile açıklanabileceğini ve sert pozitivizmin tezlerinin bu konuda başarılı olamadığını savunur.⁷⁶³

Raz bu eleştiriye verdiği cevapta Perry'nin kendi terminolojisi ile ifade ettiği epistemik kısıtlı sebeplerin de bir tür dışlayıcı sebep olduklarını söyler. Mahkemelerin veya sùjelerin, epistemik kısıtlı sebeplerin varlığı veya genel olarak

⁷⁶¹ Stephen R. Perry, "Judicial Obligation, Precedent and the Common Law", **Oxford Journal of Legal Studies**, Cilt: 7, Sayı: 2, 1987, ss. 221-223.

⁷⁶² Stephen R. Perry, "Second-Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory", **Southern California Law Review**, Cilt: 62, Sayı: 1, 1989, ss. 932-939.

⁷⁶³ **A.g.e.**, ss. 984-993.

dışlayıcı sebeplerin varlığı halinde bağımlı sebeplere göre eylememek için bir sebebi mevcuttur. Bu dışlayıcı sebeplere göre belli hallerde eylememe durumu, söz konusu dışlayıcı sebebin “kapsamına” dairdir. İlgili vaka mevzubahis dışlayıcı sebebin dışında ise o zaman farklı sebeplere göre eylememek için bir neden yoktur. Bu kapsamın değerlendirilmesi belli belirsizlikler taşıyabilir ve bazı hallerde takdir zorunlu kılabilir. Ancak bu haller, ne her durumda dışlayıcı sebebin kapsamının belirsiz olduğu ne de her halde takdirin söz konusu olduğu sonucunu doğurmaz.⁷⁶⁴

Bu nedenle hukuku sadece yargılama süreci ile açıklayan Dworkin’in yorum kuramı gibi yaklaşımlar eksik kuramlardır. Perry’nin özellikle özel hukuktaki yargılama sürecine atıfta bulunması bu eksikliği göstermektedir. Özel hukuk dışında ağırlıklı olarak yasalar ile düzenlenen diğer hukuk dallarında ve yine özel hukukta da yasaların düzenlediği alanlarda hukuki direktiflerin dışlayıcı faaliyeti ve buna bağlı olarak hukukun kaynaklarından doğan sınırlarının olduğu gerçeği açıkça ortaya çıkar. Raz, bununla beraber yargılama süreçlerine ilişkin kuramsal çalışmalara karşı değildir. Yazarın itirazı yargılama sürecine ilişkin betimleyici veya normatif iddiaların tüm hukuk sistemine atfedilemeyeceği noktasındadır.⁷⁶⁵

2.2.1.5. Michael S. Moore

Michael S. Moore da Perry gibi Raz’ın pratik eylem muhakemesine dair tezlerini eleştirir. Moore’a göre Raz’ın dışlayıcı sebep kavramı muğlaktır ve belli çelişkiler barındırmaktadır. Yazar, ilk olarak eğer bir eylemi gerçekleştirmek için bir sebep gerçekten varsa ise o sebep doğrultusunda eylenmemesi için bir talepte bulunulmasının akılcı olmadığını belirtir. Eğer bir yasa Raz’ın normal meşrulaştırma tezine göre bağımlı sebepleri temsil ediyor ise, ilgili direktifin öngördüğü eylemin temeli olarak bağımlı sebeplerin iyi sebepler olması gerekir. O zaman otoritenin süjelerine direktifinin temeli olan iyi sebepleri pratik eylem muhakemelerinden dışlamalarını talep etmesi akılcı olmaz. Hukuki direktifler itaat talep ederken bağımlı sebeplerini dışlamaz, tam tersine onları meşrulaştırma vasıtası olarak sunar.⁷⁶⁶

⁷⁶⁴ Joseph Raz, “Facing Up: A Reply”, **Southern California Law Review**, Cilt: 62, Sayı: 1, 1989, ss. 1178-1179.

⁷⁶⁵ **A.g.e.**, ss. 1202-1209.

⁷⁶⁶ Michael S. Moore, “Authority, Law and Razian Reasons” **Southern California Law Review**, Cilt: 62, Sayı: 1, 1989, ss. 873-874.

Moore'a göre, Raz'ın çizdiği kavramsal çerçevede sùjelerin otoriteye itaati yönünde ahlaki bir yükümlölüğünden bahsedilecek ise o zaman bu yükümlölüğe uygun eylemek ve eylememek arasında bir seçim imkânı olmalıdır. Ahlaki yükümlölüklerin varlığı, kişilerin belli bir şeyi yapıp yapmama konusunda seçeneklerinin mümkün olmasına bağlıdır. Eğer kişi herhangi bir tercih yapamıyor ise ahlaki bir yükümlölükten bahsedilemez çünkü kişinin ahlaki bir karar alması söz konusu değildir⁷⁶⁷. Raz'ın varlığını iddia ettiğı dışlayıcı sebepler ise kişilerin pratik eylem muhakemelerindeki bu imkânları dışladığından kavramın taşıdığı ahlaki yükümlölük ögesini de çelişkiye düşürmüş olur.⁷⁶⁸

Son olarak Moore, mahkemelerin hükümlerini gerekçelendirirken dışlayıcı sebepleri öne sürmektense ilgili yasaların bağımlı sebeplerini ve dolayısıyla hukuk kurallarının temsil ettiğı değerleri yargılama faaliyetlerinde ön plana aldıklarını belirtir. Raz'ın dışlayıcı sebepler kavramı üzerine kurulu hukuk anlayışı, mahkemelerin yasalar karşısında dışlayıcı sebeplere dayanmaksızın hangi yorum tekniklerini kullanabilecekleri konusunda da yeterli bir açıklama sunamamaktadır.⁷⁶⁹

Raz ise Moore'un geçerli dışlayıcı sebepler ihtimalini reddetmesini hatalı bulur. Raz'a göre ahlaki sebepler çoğu zaman çatışır ve bazıları doğrultusunda eylememek için geçerli sebepler vardır. Örneğın söz vermek, bazı hallerde geçerli bir dışlayıcı sebeptir ve söz verenin sözünün tutması için geçerli bir sebebi mevcuttur. Ciddi başka bir sebep ortada yokken, sözü veren tarafın söz verdiğı konunun bağımlı sebeplerini tekrar değerlendirerek verdiğı sözün aksine eylemde bulunmamalıdır. Söz veren, söz vermeden önce tercihte serbestken, sözü ile beraber normatif olarak bağlanır. Hukukta da yasalar otorite iddiasıyla bağımlı sebepleri dışlar ve bunların yerine dışlayıcı bir sebep koyar. Örneğın faiz gelirlerine vergi getiren bir yasa bu konuya dair bağımlı sebepleri dışlayarak bu sebepleri hükme bağlar.⁷⁷⁰ Bir mükellefin bu yasanın adil olmadığını ileri sürmesi halinde idari birimlerin veya mahkemelerinin söz konusu kanunun bağımlı sebeplerine tekrar dönüp bunları değerlendirmeleri gerekmez. Bu yasanın bağlayıcı olduğunu belirtmeleri yeterli olur.

⁷⁶⁷ Larry Alexander, "Law and Exclusionary Reasons", **Philosophical Topics**, Cilt: 18, Sayı: 1, 1990, s. 14.

⁷⁶⁸ Moore, "Authority, Law and Razian Reasons", ss. 875-880.

⁷⁶⁹ **A.g.e.**, ss. 886-892.

⁷⁷⁰ Raz, "Facing Up: A Reply", ss. 1157-1162.

Raz, Moore'un da belirttiği üzere yargılama sürecinde mahkemelerin takdir imkânlarının olduğunu teslim eder. Bu tip durumlar hukukta çokça var olan kural çatışmaları veya belirsizlik hallerinde söz konusu olabilir.⁷⁷¹ Ancak hâkimlerin takdir alanının kısıtlı olduğu ve yasaların dışlayıcı etkisini gözden kaçırmak Raz'a göre hukuk pratiği ve hukukun kavramsal özellikleri açısından çelişkili bir çıkarıma yol açar.

Doğal hukuk temsilcilerinin ileri sürdüğü eleştiriler genel olarak değerlendirilirse üç düşüncenin ön plana çıktığı söylenebilir. Bunlardan birincisi sert pozitivistizmin hukuktaki ahlaki öğelerin hakkını veremediğidir. İkinci eleştiri çizgisi, başta yargılama süreci olmak üzere hukuki faaliyetlerin bu kuram tarafından açıklanamamasıdır. Eleştirilerdeki üçüncü tema ise sert pozitivistizmin kurucusu olan Raz'ın otorite anlayışındaki sorunlara işaret eder. Raz'ın bu eleştirilere karşı cevapları ağırlıklı olarak sert pozitivistizmin bu unsurları kapsayacak şekilde geniş bir çerçeve çizdiği ve otorite kavramı ile pratik eylem muhakemesine ilişkin doğru bir anlayışın hukuka dair genel kabullerle çelişkili olmadığı yönündedir.

2.2.2. Yumuşak Pozitivist Kuramcılarının Gelen Eleştiriler

Hukuk felsefesi yazını uzun bir süre hukuki pozitivistizm ile doğal hukuk kuramları arasındaki tartışmalar ile meşgul olsa da özellikle çağdaş hukuk felsefesi yazınındaki tartışmaların ciddi bir kısmı yumuşak pozitivistizm ile sert pozitivistizm arasında gerçekleşmektedir. Bu alt başlıkta yumuşak pozitivist temsilcilerin en önde gelenlerinin sert pozitivistizme yönelttiği eleştiriler ele alınacaktır: *Jules L. Coleman* (2.2.2.1.), *Wil Waluchow* (2.2.2.2.), *Kenneth E. Himma* (2.2.2.3.) ve *Matthew Kramer* (2.2.2.4.).

2.2.2.1. Jules L. Coleman

Jules L. Coleman sert pozitivist temsilcilere yönelik ilk eleştirisinde hukukun bir kurucu konvansiyon olarak ele alınmasının yanlış olduğunu savunur. Coleman'a göre Marmor, resmi devlet görevlilerinin konvansiyona dair özel bağlılıklarına gereğinden fazla odaklanarak koordinasyon konvansiyonu açıklamasını bırakıp

⁷⁷¹ A.g.e., s. 1206.

kurucu konvansiyon açıklamasını tercih etmiştir. Hâlbuki bir konvansiyonun kavramsal analizinde aranması gereken açıklama, o konvansiyonun hangi normatif gerekçeler ile ortaya çıktığıdır. Kişilerin bağılıkları ikincil derecede önemlidir. Koordinasyon konvansiyonlarına da benzer sebepler ile belli bir bağılık hissedilebilir. Dahası, kurucu konvansiyon modelinde resmi devlet görevlilerinin bu konvansiyona göre hareket etmesine dair yükümlülüklerinin nasıl oluştuğu açıklanamaz.⁷⁷²

Coleman hukukun veya hukukun temeli olarak aldığı tanıma kuralının asıl amacının trafiğin hangi yönden akacağı gibi bir koordinasyon sorununu çözmek olmadığını kabul etse de resmi devlet görevlilerinin koordinasyonunun sağlanmasının hukukun var olması için bir mecburiyet olduğunu belirtir. “Ortak işbirliği faaliyeti” olarak nitelediği bu unsur hukukun temelini oluşturur.⁷⁷³

Coleman ikinci eleştirisinde, Shapiro’nun pratik fark tezine karşı olarak, her ne kadar hukukun genel anlamda bir işlevinin olduğu kabul ediliyor ve ampirik olarak bu genellikle gözlemleniyor olsa da bu verilerden kavramsal bir zorunluluğun çıkmadığına işaret eder. Pekâlâ, bir hukuk normu bir etki yaratmıyor ve insan davranışını değiştirmiyor olabilir. Ancak bu, kavramsal olarak söz konusu direktifin hukuk dışı olduğu sonucunu doğurmaz. Bu nedenle tanıma kuralındaki ahlaki geçerlilik ölçütleri her ne kadar epistemolojik teşhis işlevinin yerine getirilmesini zorlaştırarak etkililiği azaltsa da bunlar hukuk olmaktan çıkmaz. Bu nedenle Coleman’a göre hukuki pozitivizm kurallara dair işlevsel yaklaşımı terk ederek daha soyut bir kavramsal çerçeve kabul etmelidir.⁷⁷⁴

Coleman üçüncü eleştirisinde ise Raz’ın otorite analizine itiraz eder. Coleman, hukuki direktiflerin kaynak temelli olmasının hukukun otoriteyi haiz olması için yeterli bir ölçüt olduğunu kabul etse de, bunun gerekli bir ölçüt olmadığını savunur. Coleman’a göre hukukun varlığının ve içeriğinin belirlenmesi aşamasında ahlaki geçerlilik ölçütleri bu teşhisi zorlaştırabilir ama bunun hukuku ortadan kaldırdığı söylenemez. Ahlaki geçerlilik ölçütlerinin tanıma kuralında var olması hukukun ne

⁷⁷² Coleman, “Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis”, ss. 114-119.

⁷⁷³ Jules L. Coleman, “The Conventionality Thesis”, **Philosophical Issues**, Cilt: 11, Sayı: 1, 2001, ss. 372-379.

⁷⁷⁴ Coleman, “Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis”, ss. 142-147.

olduğuna dair değil, söz konusu hukukun nasıl uygulanması gerektiğine dair bir tartışma doğurur⁷⁷⁵. Bu tartışmalar tanıma kuralının gördüğü işlevi bir miktar zayıflatabilir ancak genel manasını bozmaz. Bu nedenle otoriteyi haiz olma yetisine sahip olmak ile başarılı bir otorite olmak arasında bir fark konulmalıdır. Ahlaki geçerlilik ölçütlerinin fazlalığı otoritenin işlevini sağlaması açısından başarısını kısıtlasa da onun bu yetisini ortadan kaldırmaz.⁷⁷⁶

Coleman'ın eleştirileri ele alındığında birinci eleştirideki eksiklik, yazarın Marmor'u kurucu konvansiyon düşüncesine iten sebebin sadece kişilerin bu konvansiyona dair bağlılıkları olduğu iddiasından kaynaklanmaktadır. Hâlbuki Marmor'un yaptığı vurgu, hukukun temeli olan konvansiyonların eğildiği meselelerin koordinasyon sorunu olmadıkları ve bu konvansiyonların getirdikleri çözümlerin de koordinasyon konvansiyonlarından ciddi biçimde farklı oldukları yönündedir. Kişilerin konvansiyona olan bağlılıkları bu sebeplerden dolayı koordinasyon konvansiyonlarına göre farklıdır. Ancak bu unsur söz konusu kavramın asli bir gerekçesi değildir. Asıl gerekçe, hukukun ele aldığı sorunların sadece kurucu bir konvansiyon ile çözümlenebileceğidir. Coleman'ın bu noktada resmi devlet görevlilerinin koordinasyonunun sağlanmasının da zorunlu olduğuna ilişkin tespiti haklı olsa da bir hukuk sisteminin oluşması için daha fazlasının da sağlanması gerekir ki, bu da yalnızca kurucu konvansiyon ile sağlanabilir⁷⁷⁷. Coleman'ın resmi devlet görevlilerinin kurucu konvansiyona göre hareket etmelerine dair yükümlülüklerinin açıklanamadığı iddiası da doğru değildir. Bu sebepler belli siyasi ahlak sebeplerinden gelebilir, dolayısıyla vardır. Belli bir hukuk sisteminin kurulması ve yürütülmesi dair siyasi ahlak sebepleri mevcuttur. Bununla birlikte Marmor doğru bir tespitle, bu sebeplerin konvansiyonun kendisinin içinden çıkamayacağını, hukukun dışındaki siyasi ahlak alanında mevcut olabileceğini savunmuştur⁷⁷⁸.

İkinci eleştiri ise hukuk kurallarına dair genel anlayış ile çelişkili gözükmektedir. Kuralların normatif düzlemde otonom bir anlamının olabilmesi için onların pratik bir fark yaratması gerekir. Bunun gerçekleşmesi için, söz konusu

⁷⁷⁵ Gülriz Uygur, "Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü Mü?", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 52, Sayı: 3, 2003, ss. 166-169.

⁷⁷⁶ Coleman, "Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis", ss. 134-141.

⁷⁷⁷ Marmor, *Social Conventions: From Language to Law...*, ss. 169-171.

⁷⁷⁸ Marmor, *Philosophy of Law...*, ss. 80-83.

normun süjelerin eylem sebeplerini deęiřtirebilmelidir⁷⁷⁹. Eğer bir norm, ilgili süjeye zaten tesir eden bir eylem sebebini ifade ediyor ise bu normun ayrık bir statüye ve dolayısıyla hukukun kavramsal alanına dâhil olması mümkün olamaz. Bazı hukuk kurallarına toplumun tümü tarafından kusursuz bir şekilde itaat edilmiyor olması tabii ki bu kuralların hukuki niteliklerini hemen kaybetmesine sebep olmaz ancak bir normun var olması için norm uygulayan kurumlar tarafından etkili bir şekilde uygulanmalıdır⁷⁸⁰. Toplumsal düzende herhangi bir etkisi olmayan bir norm hukuk olarak nitelenemez.

Coleman'ın üçüncü eleştirisi ise Raz'ın argümanının ana fikrini ve izlediği mantık basamaklarını kaçırmaktadır. Raz'ın işaret ettiği husus, hukukun asli bir belirlilik işlevine sahip olduğu ve bunu sadece kaynak temelli yasaların sağlayabileceği değildir. Raz hukukun, otoritenin süjelerin nasıl eylemeleri gerektiği hakkındaki görüşleri şeklinde sunulması ve söz konusu görüşün içeriğinin onun hükme bağlama iddiasında olduğu sebepler veya değerlendirmelere bel bağlanmadan teşhis edilebilir olması gerektiğini savunur⁷⁸¹. Bu son unsurun sebebi pratik bir işleve dair bir endişe değildir. Bir kuralın içeriğinin teşhis edilmesi, belli bir yargının ilgili kişi veya makama isnat edilmesini ifade eder. Böylesi isnatlar sadece ve sadece olgusal olarak kurulabilir. Bu da kaynaklar tezinin iddiasına gelir: tüm hukuk, ancak varlığı ve içeriği sadece toplumsal olgulara başvurularak ve dolayısıyla herhangi bir ahlaki değer biçmeye başvurmaksızın teşhis edilebilen yasalardan ibarettir. Bu nedenle Raz'ın argümanı işlevsel bir noktaya değil, bir yargının bir kuruma isnat faaliyetinin kavramsal olarak yalnızca toplumsal olgulara başvurularak gerçekleşebileceği zorunluluğuna dayanır. Bu tespit, hukukta ahlaki geçerlilik ölçütlerine atıf yapılmadığı veya yapılamayacağı manasına gelmez. Birçok anayasada bunlara atıf yapılmaktadır. Sert pozitivizmin çıkarımı, bu atıf yapılan ilke veya kuralların kendi başlarına hukuk olmamakla beraber mahkemelerin uygulamak ile yükümlü oldukları hukuk dışı normlar olduklarıdır⁷⁸². Bu ahlaki geçerlilik ölçütlerine atıf yaparak onları mahkemeler açısından bağlayıcı kılan kurallar ise hukuk kurallarıdır. Bunlar, mahkemeleri bu ahlaki ilkelerin kapsamı dâhilinde

⁷⁷⁹ Shapiro, **Legality...**, ss. 195-203.

⁷⁸⁰ Raz, **The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System...**, ss. 190-195.

⁷⁸¹ Raz, **Ethics in the Public Domain...**, ss. 218-220.

⁷⁸² Bailleux, "Actualit du 'Combat des Chefs' Dans la Littrature Anglo-Saxonne", ss. 199-201.

takdire davet eder. Mahkemeler de bu ilkeler kapsamındaki ahlaki sebepleri takdirleri ile hükme bağlarlar.

2.2.2.2. Wil Waluchow

Wil Waluchow'un ilk eleştirisi, sert pozitivist yaklaşımın hukuki kuralların eylem sebeplerini dışlayıcı rolüne yaptığı vurguya dairdir. Waluchow, hukukun bazı açılardan otoriteyi haiz olma niteliğini kabul etse de sert pozitivist kuramın haklı olduğuna veya yumuşak pozitivist kuramın hatalı olduğuna kanaat getirilebilmesi için tüm hukukun bu nitelikte olduğunun gösterilmesi gerektiğini belirtir. Yazara göre bu durum tüm hukuk kuralları için geçerli değildir. Pekâlâ, hukuk, bazı hallerde eylem sebeplerini dışlamaktansa belli sebepleri daha ağırlaştırabilir. Bu noktada Waluchow, vatandaşı olduğu Kanada temel haklar şartına ve mahkeme içtihatlarına atıfta bulunur. Bu noktada temel haklara dair eşitlik, hakkaniyet gibi ahlaki ilkeler bu şart vasıtasıyla hukuka dâhil olmuştur. Mahkemelerin içtihadına bakıldığında da sert pozitivist açıklamalarının aksine bu ilkelerin, diğer tüm sebepleri dışlayacak şekilde değerlendirilmektense diğer sebeplere karşı ağırlık ve önem teşkil edecek şekilde tartıldığı görülür. Bu nedenle hukuk sistemlerinin ve kurallarının sert pozitivistlerin iddia ettiğinin aksine tüm meseleleri hükme bağlamasına ve geri kalan unsurları dışlamasına lüzum yoktur. Bunun gerçekleşmediği hallerde de hukukun belli bir etkisi ve geçerliliği olduğundan hukuku bu kadar daraltıcı şekilde ele alan sert pozitivist tezler hatalıdır.⁷⁸³

Waluchow ikinci eleştirisinde, yumuşak pozitivism ile sert pozitivism arasındaki anlaşmazlığın ancak hukuk pratiğine bakılarak çözülebileceğini öne sürer ve yumuşak pozitivism bu noktada daha iyi bir açıklama sunduğunu savunur. Mahkemenin kullandığı kuralların ahlaki içerik taşıdığı ve mahkemelerin muhakemelerini gerekçelendirirken ahlaki bir dil kullandıkları ampirik olarak görülmektedir. Bu ve buna benzer mahkeme kararları, tam da yumuşak pozitivism ifade ettiği gibi tanıma kuralının imkân vermesi durumunda ahlakın hukukun bir parçası haline geldiğini göstermektedir.⁷⁸⁴

⁷⁸³ Wil Waluchow, **Inclusive Legal Positivism**, Oxford: Clarendon Press, 1994, ss. 129-140.

⁷⁸⁴ **A.g.e.**, ss. 142-162.

Waluchow'un eleştirileri ele alınırsa, her iki itirazının da işaret ettiği hukuki hallerin sert pozitivist çerçeveden makul bir şekilde açıklanabileceğini söylenebilir. İlk eleştiri, hukukun zorunlu olarak tamamen dışlayıcı olmayabileceği düşüncesine dayanır ki bu doğrudur. Raz da otoritenin direktiflerinin dışlayıcılığının kapsamının geniş veya dar olabileceğini ifade etmiştir. Dolayısıyla bir ilke, sùjelerin veya hâkimlerin akıl yürütmesinde az dışlayıcı bir şekilde de girebilir. Genel ilkeler ve kurallar bu tiptedir. Bununla bağlantılı olarak Waluchow'un sert pozitivistizme isnat ettiği hukukun sadece tüm sebepleri hükme bağlaması halinde var olabileceği fikri doğru değildir. Hukuk nihai sebepleri bir miktar hükme bağlayarak geri kalanı hâkimlerin takdirine bırakabilir. Bu durumlarda hukuk, hükme bağladığı kısımlar açısından söz konusudur. Raz'ın analojisi hatırlanırsa, belli bir matematik hipotezinin kanıtlanması için daha çözümlenmemiş olan belli formüllerin olası sonuçlarına atıfta bulunan bir bilim insanının eriştiği bilimsel ilerleme, ilgili çözümlenmemiş formülleri kapsamaz⁷⁸⁵. Buna benzer şekilde, hukukta ahlaki ilkelere atıfta bulunan hükümler hukuk olmakla beraber, atıfta bulundukları ahlaki ilkeler kendi başlarına bir hüküm içermez. Bu hüküm söz konusu vakada hâkimin takdiri vasıtasıyla ortaya çıkacaktır. Mahkemelerin ahlaki ilkeleri uygulamakla yükümlü olması da bu tespiti değiştirmez. Milletlerarası özel hukukta da görüldüğü üzere mahkemelerin uygulamakla yükümlü olduğu her norm o sistemin bir normu değildir.

İkinci eleştirideki zayıflık ise Waluchow'un işaret ettiği faaliyetlerin sert pozitivist kuramda ifade edilemeyeceği iddiasının hatalı olmasından kaynaklanır. Sert pozitivism, hâkimlerin takdir veya yorum faaliyetlerinde ahlaki değerlendirmeler yapmadıklarını veya yapmamaları gerektiğini savunmaz. Tam tersine, sert pozitivistizmin çıkarımları, hukukun oldukça boşluklu olduğunu ve bunların hâkimlerin takdiri ile hükme bağlandığı gösterir⁷⁸⁶. Sert pozitivistizmin, yumuşak pozitivistizmden farkı, her ikisinin de reddetmediği bu resimdeki öğeleri hukukun uygulanmasından ziyade hâkim tarafından takdir edilmesi, hukukun yaratılması veya değiştirilmesi olarak nitelemesidir. Bu niteleme de hâkimlerin hukuki hünerleri kadar ahlaki karakterlerine dair beklentileri doğru bir şekilde temsil etmektedir. Aksi takdirde bu faaliyetler sadece hukuku uygulamaya dair olsaydı hâkimlerin sadece hukuki hünerlerinden bahsedilmesi ve buna yönelik beklentiler içinde olunması gerekirdi.

⁷⁸⁵ Raz, "Authority, Law, and Morality", ss. 312-313.

⁷⁸⁶ Raz, **Ethics in the Public Domain...**, ss. 234-235.

2.2.2.3. Kenneth E. Himma

Kenneth E. Himma, sert pozitivizmde kilit rol oynayan Raz'ın tezlerinin neredeyse tamamına karşı itirazlar sunar. İlk olarak Himma, Raz'ın otorite açıklamalarını ele alır. Raz kuramı hukukun meşru otorite iddiasında olduğu fikri üzerine temellenmiştir. Himma ise tam da bu fikrin kavramsal bir zorunluluk olmadığını ileri sürer. Raz, kuramında Hart'ın açtığı yolu takip ederek hukuk sistemlerinin salt cebri olamayacağını hatta cebir veya yaptırımların hukuk sistemlerinin asli bir unsuru olmadığını öne sürmüştür. Himma ise Hart'tan beri süregelen bu kabulü zayıf bulur ve cebrin hukuktaki ilişkisinin hafife alınmasına karşı çıkar. Himma, Austin'in kuramında belli zayıflıklar olduğunu teslim etse de cebrin hukuktaki merkezi rolünün altını çizer. Yaptırımların olmadığı bir hukuk sistemi ancak tüm menfaat çatışmalarının, uyuşmazlıkların ortadan kalktığı bir düzende söz konusu olabilir. Her ne kadar hukukun meşru otorite iddiası birçok hukuk sisteminde var olsa da Raz bundan kavramsal bir zorunluluk çıkarmaktadır. Böyle abartılı bir argümanın ayakta kalabilmesi için akla gelebilecek tüm hukuk sistemlerinin bu meşruluk iddiasında bulunması gerekir. Himma buna karşın pekâlâ belli hukuk sistemlerinde veya hukuk sistemlerinin belli kısımları veya dönemlerinde sistemin veya resmi devlet görevlilerinin sözde meşruluk iddiasından ziyade “resmi”, “izin verilen”, “yasak” gibi kavramlar ile hukuki yükümlülükleri belirleyip bunları uygulayabileceğini savunur⁷⁸⁷. Böyle bir hukuk sistemi meşru otorite iddiasında bulunmadan hukuk olmayı sağlayabilir.⁷⁸⁸

Himma, kendi anlayışına getirilebilecek eleştirilerin de farkındadır. Hart'ın Austin'e yaptığı eleştiriye paralel olarak söz konusu betimlemenin hukukun salt cebri araçlar ile kurulabileceği düşüncesine vardığı ve bunun yanlış olduğu akla gelebilir. Himma, bu tip bir hukuk sisteminin mümkün olabileceğine ve eğer ki kavramsal bir çerçeve çizilecek ise önerilen tanım ve kullanılan kavramların bu ihtimali de kapsayabiliyor olması gerektiğine işaret eder⁷⁸⁹. Bir hukuk sisteminin asli unsuru baskı olabilir ve resmi devlet görevlilerinin ciddi bir kısmı da sistemi benimsemekten

⁷⁸⁷ Kenneth E. Himma, “Revisiting Raz: Inclusive Positivism and the Concept of Authority”, **The American Philosophy Association Newsletter on Philosophy and Law**, Cilt: 6, Sayı: 2, 2007, s. 22.

⁷⁸⁸ Kenneth E. Himma, “Law's Claim of Legitimate Authority”, **Hart's Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law**, Editör: J. L. Coleman, New York: Oxford University Press, 2005, ss. 284-305.

⁷⁸⁹ Himma, “Inclusive Positivism”, ss. 133-134.

ziyade kendi menfaatleri için kendilerine düşenleri yapıyor olabilirler. Bunun düşük bir ihtimal veya gayriahlaki olması söz konusu ihtimalin yok olduğu ve kavramsal olarak hukukun dışında olduğu manasına gelmez. Himma bu nedenle Raz'ın otorite analizini yanlış bulmakla beraber diğer birçok hukuk felsefesi kuramının da hukuktaki cebri unsuru hafife almasından dolayı eksik olduğunu belirtir.⁷⁹⁰

Himma'nın Raz'a yönelttiği ikinci eleştirisi, Raz'ın hukukun meşru otorite iddiasından kaynaklanan zorunlu yetiler tespitine yöneliktir. Raz'a göre ahlaki ilkeler, meşru otorite iddiasının getirdiği zorunlu yetilerdeki şartları yerine getiremediğinden hukukun kavramsal alanına giremezler. Himma bu argümanın hukukun otorite iddiasına ilişkin kavramsal bir açıklama olmakla beraber aynı zamanda konvansiyonel bir nitelikte bir açıklama olduğuna işaret eder. Çünkü Raz, insanların hukukun otoritesine dair etkileşim ve beklentilerine ilişkin kanaatlerini temel alarak kavramsal bir çıkarımda bulunmaktadır. Himma bu noktada hukuk sistemindeki insanların otoriteye bakışlarının incelenmesi gerektiğini, zira konvansiyonel bir açıklamanın ancak bu katılımcıların tutumları ile belirlenebileceğini vurgular. Himma'ya göre çoğu hukuk sisteminde, resmi devlet görevlileri ve vatandaşlar hukukun otoritesine dair bu yetileri aramamaktadır. Pekâlâ, birçok hâkim ahlakın hukukun içinde olduğundan hareketle hüküm vermektedir ve vatandaşlar da ahlakla hukuku kavramsal olarak ayırık alanlarda görmemektedirler. Raz bu noktada süjelerin kavramsal bir hataya düştüklerini ileri sürebilir. Ama söz konusu otorite kavramı ve otoriteye ilişkin yetiler, insanların otorite hakkındaki kanaatlerine dair bir konvansiyondan kaynaklanıyor ise o zaman kavramsal olarak hata içinde olma karşılığı da bu argümanın konvansiyonel niteliği ile çelişir. Konvansiyon düşüncesi bu kavramın “o kişilerin gözünden” ele alma fikrini taşır. Bundan dolayı Himma, otoritenin kavramsal yetilerinin ya konvansiyonel olmayacak şekilde yeniden yapılandırılması gerektiğini ya da hukuk sistemindeki katılımcıların otoriteye olan tutumlarının aksi şekilde olduğunun ampirik olarak gösterilmesi gerektiğini savunur. Mevcut gözlemlere göre ise resmi devlet görevlilerinin ve vatandaşların otoriteye dair anlayışları, sert pozitivist bir kavramsal çerçeveden ziyade yumuşak pozitivist bir kavramsal çerçeveyi doğrulamaktadır.⁷⁹¹

⁷⁹⁰ Himma, “Law’s Claim of Legitimate Authority”, ss. 307-309.

⁷⁹¹ Kenneth E. Himma, **Hukukun Ahlaki Kriterleri: Kapsayıcı ve Dışlayıcı Pozitivistler Arasındaki Tartışma**, Çeviren: S. Üye, Ankara: Bilgesu Yayıncılık, 2010, ss. 113-124.

Himma, üçüncü eleştiri çizgisini Raz'ın normal meşrulaştırma tezine karşı geliştirir. Normal meşrulaştırma tezi, Raz'ın otoritenin meşru olabilmesi için öne sürdüğü koşulları temsil etmektedir. Himma bu tezin iki şekilde anlaşılabilirliğini söyler. Birinci olarak bu tez, kişinin kendi menfaatlerine ulaşması açısından otoriteyi takip etmesinin daha akılcı olduğunu ifade edebilir. Himma bunun hukukun otoritesi ile tam uyuşmadığı görüşündedir. Bir doktor ile hasta arasındaki ilişki ele alınırsa, hasta bir yandan doktorun tavsiyelerine ciddi biçimde dikkat etmekle beraber hastalığı ile ilgili kendi araştırmasını da yapabilir ve tedavisini bu iki kaynakla beraber şekillendirmesi kendi menfaati için daha iyi olabilir. Pek çok kişi sağlığı hakkında bu ikili bilgi toplama ve araştırma yolunu seçer. Hukuktaki otorite ise, Raz'ın da belirttiği gibi, her ne kadar eylem sebepleri konusundaki araştırma ve değerlendirmelere izin veya imkân verse de son kertede belli bir eylemin yapılması noktasında kişinin iradesi, tercihleri veya arzularına yer bırakmaz. Bundan dolayı Himma, normal meşrulaştırma tezinin asıl olarak otoritenin talep ettiğini yapmak konusunda ahlaki bir yükümlülük olarak anlaşılması gerektiğine işaret eder⁷⁹².

Bu yükümlülüğün gerekçelendirmesi konusunda ise normal meşrulaştırma tezi yetersiz kalır. Himma'ya göre bir otoritenin sadece daha iyi sonuçları sağlayacağına dair bir iddiada bulunması süjeleri ahlaken yükümlü kılmak için yeterli olamaz. Himma, kurgusal bir örnek vererek vatandaşlara hiçbir özgür irade alanı tanınmaksızın veya rızalarına hiçbir şekilde başvurulmaksızın her şeyin iktidar tarafından idare edildiği yüksek refahlı bir devletin bu mantıkla meşru görüleceğini, ancak vatandaşlarına seçim imkânları sağlayan ama bu nedenle optimal refah seviyesinden bir miktar daha uzak kalan bir devletin ise meşru olamayacağını belirtir. Fakat bu durum meşruluğa dair genel kabuller ile çelişmektedir.⁷⁹³ Himma'nın bu noktada vurguladığı mesele, hukukun meşruluk ölçütlerinin Raz'ın normal meşrulaştırma tezindekilerden farklı olduğundan ziyade hukuk kavramının tanımlanması noktasında, meşru otorite iddiasında olan bir sistemden farklı bir şeyin anlaşılması gerektiğidir. Himma bu noktada meşruluk iddiasından ziyade daha genel anlamda cebri niteliği ön plana çıkarır.

⁷⁹² Himma, "Inclusive Positivism", ss. 153-154.

⁷⁹³ Kenneth E. Himma, "Just Because You're Smarter Than Me Doesn't Give You a Right to Tell Me What to Do: Legitimate Authority and the Normal Justification Thesis", **Oxford Journal of Legal Studies**, Cilt: 27, Sayı: 1, 2007, ss. 138-145.

Himma, Raz'ın tezlerini ele aldıktan sonra dördüncü olarak Shapiro'nun üzerinde durduğu pratik fark tezini inceler. Pratik fark tezi, hukukun insan davranışını yönlendirme işlevine atıfta bulunur ve sadece bu işlevi sağlayan normları hukuk olarak niteler. Himma ise ahlaki normların kapsanması ile de söz konusu yönlendirme işlevinin sağlanabileceğini ifade eder. Örneğin ahlaki ilkelerin hukuka dâhil edilmesi durumunda süjelerin belli kötülerin neler olduğunu bildikleri ve bunların kişiler tarafından teşhis edilebileceği düşünüldüğünde, kişilerin bu hukuka dâhil edilen ilkeler vasıtası ile davranışlarını yönlendirebilecekleri söylenebilir. Himma, var olan tüm ahlaki ilkelerin hukuken geçerli kılındığı ve kişilerin de bunların gerekliliklerini doğru teşhis edebildiği bir toplumda kavramsal olarak bir hukuk sisteminden bahsedilebileceğini savunur.⁷⁹⁴ Son olarak, hukukun kapsadığı ahlaki ilkeler hâkimlere kararlarında “dirsek alanı” sağlayarak, onlara takdir imkânı vererek pratik bir fark yaratır⁷⁹⁵.

Himma, sert pozitivizme dair bu kavramsal düzeydeki eleştirileri sunmakla beraber yumuşak pozitivizmin günümüz toplumlarının sahip olduğu modern hukuk sistemlerini açıklama konusunda düşük bir pratik değere sahip olduğunu da kabul eder. Modern hukuk sistemlerinde mevzubahis ahlaki kurallar hakkında karar vermekle yetkili nihai otoriteler vardır. Bunlar genellikle yüksek mahkemelerdir ve verdikleri kararlar tüm kurumları bağlayıcı niteliktedir. Himma, bu tip durumlarda mahkemeler ahlaken yanlış karar verse dahi sistemi bağlayıcı bir karar vereceklerinden dolayı asıl belirleyici olan unsurun ahlaki ilkedен ziyade mahkemenin kararı olduğuna işaret eder⁷⁹⁶. Günümüz toplumları çoğulcudur ve ahlaki meseleler tartışmalıdır. Ahlaki olgular var olsalar dahi epistemolojik olarak erişilebilir olup olmadıklarının belirsiz olması, yumuşak pozitivizm için sorun teşkil eder. Bunun da üzerine nihai otoriteye sahip bir mahkemenin gayriahlaki kararlarını hukuken bağlayıcı kılabiliyor olması, yumuşak pozitivizmin açıklayıcı gücünü düşürmektedir. Bu sorun her ahlaki mesele için tabii ki geçerli değildir. Örneğin, hiçbir gerekçe olmaksızın adam öldürmenin veya hırsızlık yapmanın ahlaken yanlış olduğu ve bunun da herhangi bir zorluğa takılmadan erişilebilir bir bilgi olduğu akla gelebilir. Ancak Himma, bu kolay davaların zaten hem hali hazırda hukuk tarafından

⁷⁹⁴ Himma, **Hukukun Ahlaki Kriterleri: Kapsayıcı ve Dışlayıcı Pozitivistler Arasındaki Tartışma...**, ss. 188-192.

⁷⁹⁵ Himma, “Inclusive Positivism”, ss. 161-162.

⁷⁹⁶ Kenneth E. Himma, “Trouble in Law's Empire: Rethinking Dworkin's Third Theory of Law”, **Oxford Journal of Legal Studies**, Cilt: 23, Sayı: 3, 2003, ss. 354-358.

düzenlendiğini hem de hukuki pozitivizm tartışmalarının ağırlıklı olarak bu kolay davaların ötesindeki zor davalar hakkında yapıldığını belirtir. Ahlaki tartışmaların hiç olmadığı, resmi devlet görevlilerinin ahlaki olgulara erişim konusunda yeterli araçlara sahip olduğu ve bunları kusursuz bir şekilde kullandıkları durumda yumuşak pozitivizm makul bir çerçeve sunmaktadır. Himma bu nedenle kavramsal düzlemde yumuşak pozitivizme de yer açar ancak yumuşak pozitivizmin günümüz toplumlarının modern hukuk sistemlerine dair açıklayıcı gücünün oldukça kısıtlı olduğunu kabul eder.⁷⁹⁷

Himma'nın eleştirileri değerlendirilirse, yazarın birinci eleştirisi, hukukun cebri boyutuna ve meşru otorite iddiasının zorunlu olmadığı fikrine dayanmaktadır. Himma'nın vurgusu Raz'ın önermelerinin kavramsal zorunluluğa varamayacağı noktasındadır. Fakat bu eleştirideki zayıflık, kullanılan kavramların anlamları ve işlevlerinin toplumsal pratiklere en azından kabaca denk gelmesi gerekliliğinin gözden kaçırılmasından kaynaklanır. Himma'nın da kabul ettiği üzere sadece cebir üstüne bir hukuk düzeni görülmemiştir ve hiç de olası değildir. Hukukun meşru otorite iddiasında olması da tüm hukuk sistemlerinde belli şekillerde gözlemlenebilmektedir⁷⁹⁸. Bu toplumsal pratiklerin varlığı karşısında bunları temsil eden kavramların bu nitelikleri taşıması doğaldır. Diğer yandan Himma'nın bu eleştirisi Raz'ın argümanlarına zarar verse dahi bundan ne yumuşak pozitivizm ne de doğal hukuk kuramları lehine bir sonuç çıkar. Bu çürütme haklı bile olsa ancak uç bir kavramsal ihtimal alanında emir kuramı lehine bir sonuç verir.

Himma'nın ikinci eleştirisi ise gerek resmi devlet görevlilerinin gerekse hukuk sūjelerinin hukukun yetilerine dair anlayışlarına vurgu yapmakta ve bu anlayışta da ahlakın hukuk tarafından kapsandığına işaret etmektedir. Himma'nın bu iddiası genel itibarıyla haklıdır. Fakat söz konusu anlayışın tam olarak neye tekabül ettiğine bakıldığında bu eleştirinin Raz'ın kuramını etkilemediği görülür. Hâkimler ve vatandaşlar, hukuki faaliyetlerde ahlakın bir rol oynadığını, ahlakın hukuka bu katılımının belli yasalar ve kurumsal faaliyetler ile gerçekleştiğini ve kendileri üzerinde bağlayıcı olduğunu düşünürler. Doğru bir kavramsal önermenin gerçekten de bu anlayış ile çelişmemesi gerekir. Ama zaten bunların hiçbirisi sert pozitivist tezler

⁷⁹⁷ Himma, **Hukukun Ahlaki Kriterleri: Kapsayıcı ve Dışlayıcı Pozitivistler Arasındaki Tartışma...**, ss. 210-226.

⁷⁹⁸ Raz, **The Authority of Law...**, s. 33.

ile çelişmemektedir. Sert pozitivizm de ahlakın hâkimlerin takdirinde rol oynadığını, hâkimleri bu takdire davet eden normların yasa temelli olduğunu ve hâkimlerin bu takdire dayanan kararlarının hukukî bağlayıcı olduğunu kabul eder. Ancak bununla beraber sert pozitivist tezler göre ahlak sırf bu rolünden dolayı hukuk haline gelmez, tıpkı yabancı devletlerin veya sözleşmelerin hukuk normu olmadıkları gibi⁷⁹⁹. Bu durum Raz'ın da belirttiği üzere hukuk mesleği pratiğinde hâkimlerin hukukî hünnerleri kadar ahlaki karakterlerine de önem verildiği olgusu ile uyumludur. Diğer yandan ahlakın hukuk olup olmadığı hakkında hukuktaki tüm aktörlerin her türlü kanaatinin de mutlak bir belirleyiciliğe sahip olduğu söylenemez. Örneğin bazı hâkimlerin ahlaki ilkeleri hukuk olarak uyguladıklarını gerekçelerinde belirtiyor olmaları nihai olarak kavramsal tartışmaları sona erdirmez. Bu retorik iddianın diğer ifade ve toplumsal pratikleri ile birlikte ele alınıp tartışılması gerekir. Sert pozitivizm bu açıdan daha geniş kapsamlı bir açıklama sunmaktadır. Sonuç olarak sert pozitivizm, Himma'nın çürütmelerinin aksine hukuka dair genel kabuller ile çelişmez ve tezleri de bu sebeple Himma'nın eleştirilerinden etkilenmez.

Himma'nın üçüncü eleştirisinde normal meşrulaştırma tezine karşı getirdiği itirazdaki hata ise bu tezin ele aldığı sebepleri sadece menfaat temelli olarak kabul etmesinden gelir. Normal meşrulaştırma tezi, otoritenin menfaatlara veya faydalara dair sebepler kadar ahlaki sebepleri de hükme bağladığı düşüncesine dayanır⁸⁰⁰. Tam da bu nedenle bir otoritenin sùjelerin otonomisini makul olmayacak bir şekilde ihlal ederek yüksek menfaat sağlaması normal meşrulaştırma tezi tarafından meşru olarak nitelenmez. Mesela bir devlet Himma'nın örneğinde olduğu gibi yüksek menfaat sağlamasına rağmen özgürlükleri fazlasıyla kısıtlar ise, o zaman bireylerin otonomisine ilişkin ahlaki sebeplerin gayrimeşru bir şekilde hükme bağlamış olur. Normal meşrulaştırma tezi, ahlaki sebepleri veya daha somut olarak Himma'nın işaret ettiği bireysel haklara dair ahlaki sebeplerin de doğru bir şekilde dengelenmesi gerekliliğini kapsadığından olağan meşruluk anlayışı ile çelişkili değildir.

Himma'nın dördüncü eleştirisindeki zayıflık ise ahlaki eylem sebeplerinin hukuk vasıtasıyla ortaya çıktığını farz etmesinden kaynaklanmaktadır. Raz'ın da vurguladığı üzere ahlaki sebepler zaten hukuktan bağımsız olarak sùjelere tesir etmektedir. Ahlak, hukukun ona yasalarında atıf yapıp yapmamasından bağımsız

⁷⁹⁹ Raz, "The Identity of Legal Systems", ss. 814-815.

⁸⁰⁰ Raz, **Özgürlük Ahlakı...**, s. 51.

olarak vardır. Hukukun işlevi, bu sebeplere bağımlı olacak şekilde onların yerine geçerek ve dışlayarak eylem sebepleri sağlamasıdır. Hukukun işlevi kişilerin ahlaki doğruları teşhis etmesi değildir. Birçok ahlaki eylem sebebi, birçok farklı durumda diğer sebeplerle çatışmaktadır ve dengeye getirilmesi gerekmektedir. Hukuk bunları dengeye getirir ve bağımlı olduğu sebeplerin yerine geçen bir eylem sebebi oluşturur⁸⁰¹. Ahlaki ilkeler ise kendi başlarına bunu sağlayamaz. Kişi bu ahlaki sebepleri kendisi dengeye getirir. Yine Himma'nın atıfta bulunduğu ahlaki ilkelerin hâkimlere takdir alanı sağlayarak pratik bir fark yaratması da sert pozitivist açıklamalar ile uyumludur. Sert pozitivistlere göre hâkimleri ahlaki ilkeleri uygulamakla yükümlü kılan kurallar hukuktur ve Himma'nın da işaret ettiği üzere bir fark yaratırlar. Ancak bu kuralın atıfta bulunduğu ahlaki ilke kendi başına bir fark yaratmaz çünkü onun kapsadığı ahlaki sebepler zaten hukuktan bağımsız olarak mevcuttur. Hâkim bu durumda takdirini kullanarak bu sebepleri hükme bağlayarak kararı ile bir fark yaratacaktır.

2.2.2.4. Matthew H. Kramer

Matthew H. Kramer ilk eleştirisini Raz'ın otorite analizine yönelterek meşru otorite iddiasının gerekli bir koşul olmadığını savunur. Kramer'a göre bir mafya örgütü dahi belli bir bölgede genel ve devamlı bir şekilde kontrole sahip olabilir. Söz konusu örgütün meşru otorite iddiasında bulunmasına gerek yoktur. Örgüt, kendi üst düzey üyelerinin kuralları kabul etmesi ve belli yaptırım mekanizmaları ile kontrol sahibi olabilir. Kurumsallaşma düzeyinin makul bir düzeye gelmesiyle, bu sistemin ileri sürdüğü direktifler hukuki niteliğe erişebilir. Kramer bu nedenle sert pozitivistin temelinde olan meşru otorite iddiası unsurunun hatalı olduğu görüşündedir.⁸⁰²

Kramer ikinci eleştirisinde, hukuktaki ahlaki geçerlilik ölçütlerinin sert pozitivist kuram çerçevesinde hiçbir zaman mümkün olamayacağı düşüncesini abartılı bulur. Kramer'a göre her ne kadar bu ahlaki geçerlilik ölçütünün varlığı zorunlu olmasa da sistemden sisteme bu durum değişebilir. Belli sistemler böylesi ahlaki geçerlilik ölçütlerini benimseyebilirler. Sert pozitivistizm bu açıdan bazı olası

⁸⁰¹ Raz, *Ethics in the Public Domain...*, ss. 214-215.

⁸⁰² Matthew H. Kramer, *In Defence of Legal Positivism: Law Without Trimmings*, Oxford: Oxford University Press, 1999, ss. 92-101.

ihtimalleri dışladığından dolayı, yumuşak pozitivism daha makul bir kuramsal açıklama sunar.⁸⁰³

Kramer'in eleştirileri değerlendirilirse, yazarın ilk itirazı sağduyuya aykırı gözükmektedir. Çoğu hukuk felsefesi kuramı tam da hukuk sistemlerini mafya gibi suç örgütlerinden farklılaştırarak tanımlama ve özelliklerini tespit etmeye gayret etmiştir. Örneğin Kramer'in da felsefi olarak yakın durduğu Hart, hukuki direktifleri silahlı bir adamın emirlerinden farklılaştırmıştır. Hukukun ahlaki bir hedefinin olduğu, tüm hukuk sistemlerinin bir şekilde bu iddiayı sunduğundan gözlemlenebilir⁸⁰⁴. Mafya grupları gibi toplumsal sistemlere gerek hukuk pratiğinde gerekse gündelik dilde hukuk nitelemesinde bulunulmaz. Sert pozitivismın temel aldığı otorite analizleri de mevcut hukuk sistemlerine yönelik olduğu için bu eleştiri yersiz kalır.

Kramer'in ikinci eleştirisi ise sert pozitivismın bazı iddialarını basitleştirerek gözden kaçırmaktadır. Sert pozitivism, birçok hukuk sisteminde olduğu gibi yasaların geçerliliğinin tasdik edilmesi sürecinde mahkemelerin ahlaki ilkelere başvurduğunu ve sistemin hâkimleri buna davet ederek onlara bu yetkiyi verdiğini reddetmez. Bu zaten pek çok anayasada açık hükümler ile ortaya konulmuş aşikâr bir olgudur. Örneğin yasaların, eşitliğe, insan haklarına veya kişi hak ve özgürlüklerine aykırı olamayacağına dair hükümler bu niteliktedir. Sert pozitivism buna imkân veren hükümleri de hukuk olarak niteler. Bu hükümler anayasal hükümler olduğundan dolayı kaynak temellidir. Sert pozitivist kuram sadece bu hükümlerin uygulanmasını yükümlü hale getirdikleri kaynak temelli olmayan ahlaki ilkelerin hukuk olmadıklarını, bunların hâkimler tarafından hükme bağlandığını vurgular. Sert pozitivism bu tip kaynak temelli yasaların ahlaki ilkelere atıfta bulunmasının hukukta bir işlevinin olmadığını savunmaz. Bu ahlaki ilkeler, kapsamı dâhilindeki sebepleri dışlayan sebepleri dışlar⁸⁰⁵. Ancak kapsamı dâhilindeki sebepleri hükme bağlamaz. Hâkimler de bu kapsam dâhilindeki sebepleri takdirleri ile hükme bağlarlar. Bu açıklamalar da esasen hukuki faaliyetlere dair gözlem, algı ve beklentilerle de uyumlu olduğu için sert pozitivist yaklaşım Kramer'in iddiasının aksine abartılı veya dar bir kuram değildir.

⁸⁰³ A.g.e., ss. 197-199.

⁸⁰⁴ Shapiro, *Legality...*, ss. 213-214.

⁸⁰⁵ Joseph Raz, "Incorporation By Law", *Legal Theory*, Cilt: 10, Sayı: 1, 2004, ss. 12-15.

Yumuşak pozitivist temsilcilerin ileri sürdüğü eleştiriler genel olarak değerlendirilirse iki düşüncenin ön plana çıktığı söylenebilir. Bunlardan birincisi sert pozitivistizmin yargılama sürecindeki ahlaki öğelerin hakkını veremediğidir. İkinci eleştiri çizgisi ise sert pozitivistizmin yeterince geniş bir kavramsal çerçeve sağlayamadığıdır. Sert pozitivistler ilk eleştiri çizgisine genel itibarıyla ahlaki ilkelerin uygulanmasının hukukun uygulanmasından ziyade hukukun yaratılması olduğunu iddia ederek ahlak ile hukuk arasındaki kavramsal statü farkına işaret ederler. Yumuşak pozitivist kuramların eleştirilerinin etkili olmamasının temel sebebi, sert pozitivistizmin ana temsilcisi olan Raz'ın kuramının temelindeki pratik eylem felsefesi ve otorite açıklamalarını ele almaktansa bunların sonuçlarına yüklenmeleridir. Hâlbuki sert pozitivistizm, yargılama sürecindeki bu öğeleri reddetmez, sadece hukuk statüsünde olmadığını savunur. İkinci eleştiri çizgisinde ise bazı yumuşak pozitivistler oldukça zorlama argümanlar öne sürmüştür. Örneğin hukukun topyekûn cebri bir kimliğe bürünebileceği, mafya gruplarının hukuk sistemi olarak nitelenebileceği, hukukun hiçbir pratik fark yaratmamasının onun kavramsal statüsünü etkilemeyeceği gibi iddialar bu kapsamdadır. Bunlara verilen karşılıklar sağduyuya daha fazla hitap ettiği ve hukuka dair gözlemler ile daha uyumlu olduğu için eleştiriler yetersiz kalmıştır.

2.2.3. Sert Pozitivist Kuramcılar Arasındaki Eleştiriler

Sert pozitivist kuramcılar arasında da belli fikir ayrılıkları mevcuttur. Bu başlıkta sert pozitivist temsilcilerin birbirlerine yönelttiği eleştiriler ele alınacaktır: *Andrei Marmor* (I), *Scott J. Shapiro* (II) ve *Brian Leiter* (III). Raz, kendi hukuk felsefesi yazını bu temsilcilerden daha önce oluşturduğu ve güncel sert pozitivist kuramcılardan sonra hukuk felsefesi dışındaki alanlara yöneldiğinden dolayı bu temsilcilere ciddi bir eleştiride bulunmamış, tartışmalara dâhil olmamıştır.

2.2.3.1. Andrei Marmor

Marmor ilk eleştirisinde, hukuktaki yaptırımların rolünü küçümsediklerinden dolayı Shapiro ve Raz'ı hatalı bulur. Yaptırımlar, hukuki pozitivist kuramda özellikle Austin ve Bentham tarafından hukukta asli bir unsur olarak ele alınmıştır. Kelsen de hukukun cebri tekelleştirmesini ve normlarını bu yaptırımlar ile uygulanmasını

hukukun alametifarikalarından biri olarak niteler. Diğer yandan bir yumuşak pozitivist olan Hart, sert pozitivistlerden Raz ve Shapiro buna karşı çıkar ve yaptırımların hukukta asli bir unsur olmadıklarını savunurlar.⁸⁰⁶

Marmor, Raz'ın kendi görüşünü temellendirmek için kullandığı melekler toplumuna dair düşünce deneyini yetersiz bulur. Yazara göre bu melekler eğer insanüstü bir akılcılık ve özgecilik seviyesinde ele alınırsa o zaman analogi anlamsız hale gelir çünkü insan ürünü ve insanlara yönelik bir sistem olan hukuk kavramından uzaklaşılır. Bu nedenle Marmor, bu düşünce deneyinin makul anlamda açıklayıcı olması için söz konusu meleklerin kötücül olmasalar da en azından kendi menfaatlerinin peşinde koşacak kadar fırsatçı olduklarının kabul edilmesi gerektiğini belirtir⁸⁰⁷. Raz'ın da ifadeleri bu yöndedir. Yazarın örneğindeki melekler dünyasında da belli uyumsuzluklar söz konusudur. Marmor, bu ön kabuller yapıldığı zaman hukuka dair önemli bir işlevin yaptırımlar olmaksızın sağlanamayacağına işaret eder. Bu da insanların toplumda ortaklaşa yapılan eylemlerden kendi menfaatleri için kaçınması durumlarının önlenmesidir. Marmor'a göre Raz kurduğu düşünce deneyinde ağırlıklı olarak koordinasyon problemlerine odaklandığından yaptırımlar olmaksızın da bu problemlerin çözülebilir olduğu sonucuna varılır. Buna karşın toplumsal yaşamda insanlar sorunlu teşviklere maruz kalırlar. Örneğin devletler vatandaşlardan vergi toplayarak kamu hizmetleri sunar. Vergi ödemekten kaçınanlar da kamu hizmetlerinden yararlanırlar. Bu sebeple vergi ödememek kişisel menfaatler açısından akılcı olur. Bu genele yayılırsa kitlesel olarak vergilerin ödenmemesi tüm toplumun kamu hizmetlerinden mahrum kalmasına sebep olabilir. Yaptırımlar işte bu gibi durumlarda merkezi bir rol oynayarak insanların pratik eylem muhakemelerini toplumsal açıdan akılcı ve ahlaki bir noktaya çeker. Son olarak yaptırımlar, hukuku benimsemeyen yabancılaştırmış katılımcıların sistem içerisinde muhafaza edilmesine hizmet eder. Marmor, yaptırımları hukukun en önemli unsuru olmadığı konusunda Hart ve Raz'a hak verir. Ancak yaptırımların öneminin de küçümsenmemesi gerektiğini ifade eder.⁸⁰⁸

Üçüncü eleştirisinde Marmor, Raz'ın otorite analizlerini aşırı soyut bulur. Marmor'a göre hukuk gibi pratik otoriteler yetki veren kurallar vasıtası ile normatif

⁸⁰⁶ Marmor, **Positive Law and Objective Values...**, ss. 42-43.

⁸⁰⁷ **A.g.e.**, ss. 44-45.

⁸⁰⁸ Marmor, **Philosophy of Law...**, ss. 43-44.

iktidara sahip olurlar. Bu yetki veren kurallar da doğaları gereği “kurumsal” bir nitelik taşır. Otoritenin meşruluğu mevzubahis olmadan önce otoritenin kurumsal bir yapıda fiili iktidarı söz konusudur. Ancak bundan sonra otoritenin meşruluğu meselesi ortaya çıkar. Birinin diğeri üzerinde bir otorite sahibi olduğu iddiası ilk olarak fiili bir gücün varlığına bağlıdır, meşruluk ise sonradan ele alınabilir. Raz ise otoritenin özünü önce meşruluk iddiasına dair temellendirmeler ile izah ederken bu ögeyi gözden kaçıır.⁸⁰⁹

Marmor’a göre bu çok da tartışmalı olmayan açıklamalar, otoritenin meşruluğunun şartları açısından da belli unsurları aydınlatır. İlk olarak, eğer pratik otorite olan ilgili kurum, faaliyeti itibarıyla rızaya dayalı katılımcı bir yapıda ise o zaman tarafların rızası, ilgili kurumun meşruluğu ve itaat yükümlülüğü bağlamında önemli bir ağırlık teşkil eder. Marmor, rızanın mutlak bir meşruluk ve itaat yükümlülüğü doğurmasa da bu tip rızaya dayalı kurumlarda belirleyici olduğunu ifade eder.⁸¹⁰ Özellikle dernekler, şirketler, siyasi partiler ve diğer özel kuruluşlar bu tip kurumlara örnek olarak verilebilir. Bu tip kurumlarda itaat kuruma katılanın rızası doğrultusunda beklenir ve rıza sona erince otorite iddiası da ortadan kalkar. Ancak bazı kurumlar ise rızaya bağlı bir katılım ve faaliyet öngörmez. Örneğin genel manada devlet bu kategoriye girer. Bu tip kurumların meşruluğu, rızadan ziyade süjenin ilgili pratiğe katılmasına dair iyi sebeplerin olması ile izah edilebilir.

Marmor’un otoriteye ilişkin bu kurumsal niteliği ön plana alan argümanı, Raz’ın normal meşrulaştırma tezi ile ters düşmese de belli haller açısından daha somut açıklamalar sunmaktadır. İlk olarak, Raz’ın normal meşrulaştırma tezi rızaya dayalı olan ile olmayan kurumları ayırtırmadığı için hangi tip kurumlarda rızanın belirleyici olduğunu gösterememektedir. İkinci olarak kurumsal açıklama, odak noktasını süjenin eylem sebeplerinden kurumun pratiğine çektiği için otoritenin yetki sınırlarını daha iyi izah eder. Normal meşrulaştırma tezinde sanki yabancı bir ülkenin hukuk sisteminin bir kişinin eylem sebeplerini daha iyi dengelemesi halinde o kişi üzerinde otorite iddia edebileceği akla gelebilir. Buradaki sorun, kurumsal otoritelerin yetki sınırlarının varlığıdır. Bunu da ancak kurumun pratiklerinden

⁸⁰⁹ Andrei Marmor, “The Dilemma of Authority”, **Jurisprudence**, Cilt: 2, Sayı: 1, 2011, ss. 129-133.

⁸¹⁰ Andrei Marmor, “An Institutional Conception of Authority”, **Philosophy and Public Affairs**, Cilt: 39, Sayı: 3, 2011, ss. 249-253.

hareket eden bir açıklama temsil edebilir.⁸¹¹ Belirtmek gerekir ki Marmor'un bu analizleri Raz'ın kaynaklar tezine etki etmez, sadece otoritenin meşrulaştırılmasına yönelik olası farklı temellere işaret eder.

2.2.3.2. Scott J. Shapiro

Shapiro ilk eleştirisinde, Raz'ın otorite kavramı bahsindeki temellendirmelerini eksik bulur. Raz'ın analizlerinde otoritenin meşrulaştırılması normal meşrulaştırma tezi ile gerekçelendirilmiştir. Shapiro bunu aşırı soyut bulur ve bu tezin hukuka itaat yükümlülüğünü temellendirmek için çok kısıtlı bir alan sunduğunu ifade eder. Shapiro otoritenin meşrulaştırılması için alternatif bir model oluşturur. Raz'ın süjelerle hizmet veren bir aracılık modeline alternatif olarak otorite, süjeler arasındaki uyuşmazlıkları ve ilişkileri çözümleyen bir *hakemlik (arbitration)* modeli olarak da ele alınabilir. Bu model, Raz'ın modelinden üç açıdan farklıdır. İlk olarak, Shapiro'nun hakemlik modelinde otoritenin esas işlevi, taraflar arasındaki uyuşmazlıklara hakemlik etmektir; Raz'ın aracılık modelinde ise otoritenin esas işlevi, süjeler ile eylem sebepleri arasında aracılık yaparak onların bu nihai sebeplere daha iyi riayet etmesini sağlamaktır⁸¹². İkinci olarak, modellerin işlevi ile meşrulukları arasındaki ilişki farklıdır. Aracılık modelindeki meşruluk söz konusu hizmetin yerine getirilmesi ile doğrudan ilişkilidir. Hakemlik modelindeki meşruluk ise daha dolaylıdır: ilgili uyuşmazlıkların iyi bir şekilde hükme bağlanmasından ziyade tarafların karşılıklı olarak bu süreci benimseyerek buna göre hareket ediyor olması ve dolayısıyla ortak bir çözüm usulünü kabul etmeleri böylesi bir otoriteyi makul kılar. Üçüncü ve son olarak, iki modelin meşruluk gerekçeleri farklıdır. Aracılık modelinde otoritenin direktifinin meşruluğu ve itaat gerekçesi, direktifin bağlı olduğu sebeplerin makul olmasından gelir. Hakemlik modelinde ise meşruluk ve itaat gerekçesi, her iki veya daha fazla tarafın otoriteyi bağlayıcı olarak kabul etmesinden gelir. Dolayısıyla aracılık modelinde otoriteye itaat ancak araçsal bir şekilde açıklanabilir ve bu kapsamda bir değeri olabilir. Süjenin otoriteye itaati etmesiyle kendisine tesir eden eylem sebeplerine daha iyi riayet edeceği için kendisi için daha iyidir ve meşrudur. Hakemlik modelinde ise otoriteye itaat, diğerlerinin de otoritenin direktiflerine uymasını güvence altına almak için ödenen ahlaki bir

⁸¹¹ A.g.e., ss. 254-255.

⁸¹² Richard Dagger, "Authority, Legitimacy, and the Obligation to Obey the Law", **Legal Theory**, Cilt: 24, Sayı: 2, 2018, ss. 77-102.

bedeldir. Shapiro'ya göre bu model, günümüz demokrasilerinin otorite iddiasının açıklanması için daha elverişlidir.⁸¹³ Belirtmek gerekir ki Shapiro'nun bu analizleri Raz'ın kaynaklar tezine etki etmez, sadece otoritenin meşrulaştırılmasına yönelik olası farklı temellere işaret eder.

İkinci eleştirisinde Shapiro, kuramsal anlaşmazlıklar bahsinde Leiter'in bu anlaşmazlıkları açıklamak için öne sürdüğü sebepler olan, hâkimlerin siyasi ajandalarını gizleme gayelerinden gelen samimiyetsizlik veya hukuk kavramı anlayışları konusunda düştükleri hata ihtimallerini yetersiz bulur. Shapiro'ya göre her ne kadar bazı hukukçular kuramsal anlaşmazlıkları siyasi ajandalarını gizli bir şekilde uygulamak için kullanıyor olsa da, bunun hepsi için geçerli olduğu söylenemez. Eğer öyle olsa idi bu kuramsal anlaşmazlıklara dair tüm argümanlar herkes tarafından hukuki bir temeli olmadığı eleştirisine maruz kalırdı ve bu istisnai samimiyetsiz gizleme taktiği de boşa çıkardı. Samimi olmayanın istisnai olarak gizlenebilmesi için öncelikle söz konusu faaliyetin içinde samimi olan bir bütünün olması gerekir. Kaldı ki belli siyasi sonuçlar elde edebilecek olan hâkimlerin dışında akademisyenler de bu tartışmalara katılmaktadır.⁸¹⁴ Bu tip bir menfaati olmayan insanların da kuramsal tartışmalara katılıyor olması bu alanın sadece siyasi bir güç mücadelesi olmadığını göstermektedir. Shapiro aynı zamanda hâkimlerin hukukun temellerine dair konular hakkında sistematik biçimde hataya düşmüş oldukları iddiasını da makul bulmaz çünkü hukuk konusunda uzman olanların hukukta sürekli yaptıkları bir şeye dair bu kadar büyük bir hataya düşmeleri tuhaf olur⁸¹⁵.

2.2.3.3. Brian Leiter

Leiter ilk eleştirisinde, hukukun otoriteyi haiz olduğu tespitini kabul etmekle birlikte, sert pozitivist temsilcilerin öne sürdüğü analitik doğrulara dayalı temelleri mutlak biçimde yeterli bulmaz. Leiter'e göre otoritenin esas özelliğinin belli bir "hizmet" görmek olduğu, dayandığı sebeplerin "dışlayıcı" olduğu, "samimi" biçimde meşruluk iddiasında olduğu, ele aldığı pratik meselelere "objektif" olarak doğru

⁸¹³ Scott J. Shapiro, "Authority", **Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law**, Editörler: J. L. Coleman ve diğerleri, New York: Oxford University Press, 2004, ss. 430-4.

⁸¹⁴ Shapiro, **Legality...**, ss. 290-292.

⁸¹⁵ Shapiro, "The 'Hart/Dworkin' Debate: A Short Guide for the Perplexed", ss. 42-43.

cevaplar verilebileceği iddiaları en azından tartışmalı unsurlardır⁸¹⁶. Leiter bu nedenle gerek Raz'ın gerekse diğer sert pozitivistlerin kavramsal açıklamalarını *a posteriori* olgulardan bağımsız ve kusursuz birer gerçek olarak kabul etmez. Leiter'e göre kuramsal açıklamalar mevcut pratikleri asla bire bir temsil edemez. Bu nedenle *a priori* önermeler ile tam bir kuramsal açıklama yapmak mümkün değildir. Leiter, sert pozitivistin değerinin, muntazam *a priori* kavramsal bağlantılar kurmasından ve bundan da yine tutarlı *a priori* çıkarımlar yapmasından gelmediğini belirtir. Sert pozitivism gücünü, mevcut hukuk pratiğindeki gözlemlenebilir *a posteriori* olguları diğer kuramsal açıklamalara kıyasla daha doğru sunmaya müsait bir çerçeve çizmesinden alır. Hukukun mutlak olarak olmasa da kısmen boşluklu ve belirsiz bir yapıda olduğu ve hâkimlerin bu hallerde takdirlerini kullandığı olgusunu sert pozitivism diğer kuramlardan çok daha doğru bir şekilde izah etmekte ve ampirik çalışmalara imkân veren alanları yalın bir şekilde gösterebilmektedir⁸¹⁷.

İkinci eleştirisinde Leiter, Shapiro'nun kuramsal anlaşmazlıklar veya meta-yorum tartışmalarının hukuki kimliğini doğrular nitelikteki argümanlarını hatalı bulur. Leiter'e göre hukuk, bu tip davalarda belirsizdir ve dolayısıyla hukuki tek bir doğru cevap yoktur. Hâkimler hukuk yarattıklarını bilmelerine rağmen kararlarındaki kendi değer yargılarını kurnaz bir şekilde gizleyip hukuku uyguladıklarını iddia ediyor olabilirler. Leiter, Shapiro'nun bu kuramsal tartışmalara akademisyenlerin de dâhil olduğuna dair yaptığı vurguyu da yetersiz görür. Pek çok akademisyenin siyasi bir kimliği ve yatkınlığı vardır, akademik çalışmalarında da bu taraflılıkları doğrultusunda hareket ediyor olabilirler. Leiter, Shapiro'nun hâkimlerin hataya bu kadar sistematik bir biçimde düşmeyeceklerine dair argümanını da zayıf bulur. Leiter'e göre pek çok hukukçunun sürekli ve sistematik bir biçimde hataya düşüyor olması da olasılık dışı değildir. Pekâlâ, etik, din, hatta fen bilimlerinde dahi ilgili alanların uygulayıcıları ve uzmanları tarihte pek çok defa ve çok uzun süre hataya düşmüşlerdir. Böyle bir durum hukukun ufak bir alanında da gerçekleşiyor olabilir. Sonuç olarak, realizmin gözlemlediği bu samimiyetsizlik ve hata açıklamaları, hâkimlerin verdiği kararları daha makul bir biçimde izah eder ve birden fazla olası hukuki cevabın mümkün olması fikri ile daha uyumludur.⁸¹⁸

⁸¹⁶ Leiter, "Beyond the Hart/Dworkin Debate: the Methodology Problem in Jurisprudence", ss. 160-162.

⁸¹⁷ Leiter, "Legal Realism, Hard Positivism, and the Limits of Conceptual Analysis", ss. 133-135.

⁸¹⁸ Leiter, "Explaining Theoretical Disagreement", ss. 1233-1242.

Sert pozitivist temsilciler arasındaki eleştirileri değerlendirmek gerekirse, ilk olarak Marmor'un yaptırımlara yaptığı vurgu haklıdır. Hukuk kavramı, nihayetinde insan toplulukları hakkında bir anlayışı temsil ediyor ise tipik insan özelliklerine uygun şekilde ele alınmalıdır. Bu açıdan yaptırımlar bu insan özelliklerinden doğan bir gerekliliği ortaya koymaktadır. Hukuk sistemlerinin yaptırım ve cebri unsurlarından kopuk incelenmesi makul olmaz.

İkinci olarak, Marmor ve Shapiro'nun otorite kavramına getirdikleri somutlaştırmalar yerindedir. Raz'ın otorite anlayışı hukukun kavramsal sınırlarını tartışmasız bir şekilde kapsama açısından yeterli olsa da otoritenin içeriği ve anlamını açıklamada eksik kalır.

Üçüncü olarak, Leiter'in kuramsal anlaşmazlıklar bahsindeki argümanları, Shapiro'nun iddialarından daha yalın ve gerçekçidir. Hata ve samimiyetsizlik açıklamaları bu alandaki öğeleri makul bir şekilde açıklamaktadır. Shapiro'nun argümanlarının doğru olması için hukukçuların yüksek bir felsefi yetkinliğe sahip olmaları ve siyasi taraflılıklarından bağımsız olmaları gerekmektedir. Bunlar mevcut koşullarda söz konusu olmadığı için realist açıklama daha doğrudur.

Bu eleştirilerin sert pozitivist kuramın ana tezleri hakkında olmadığını belirtmek gerekir. Bu eleştiriler ağırlıklı olarak kuramcıların belli unsurları ön plana çıkarıp çıkarmamalarından kaynaklanan ikincil derecede önemli öğeler hakkındadır. Bununla birlikte kuramcıların vurguladıkları unsurlar kendi özgün kuramlarının karakterlerini ortaya çıkarmaları ve birbirlerinden ayıştıkları noktaları göstermesi bakımından dikkate değerdir.

SONUÇ

Analitik hukuk felsefesi, hukukun tanımına ve kavramsal özelliklerine eğilmektedir. Bu gayret çoğu zaman aşırı soyut, anlaşılmaz ve başarısız olabilir. İyi kuramlar ele aldıkları meseleleri tutarlı, açıklayıcı ve anlaşılabilir biçimde sunabilmelidirler. Hukuk felsefesi kuramcıları argümanlarını her ne kadar kendilerine aşına hukuk sistemlerini inceleyerek şekillendirse de nihayetinde hukukun genel niteliklerini ve işleyişini açıklamaya çalışırlar ve bunu sağlamaları halinde başarılı olurlar. Sert pozitivism de günümüz hukuk felsefesinde bu ölçütleri sağlayarak hukuk felsefesi yazınında ciddi bir yer elde etmiş bir felsefi pozisyon haline gelmiştir.

Bu çalışmada, modern analitik hukuk felsefesindeki kavramsal tartışmalar, kronolojik bir şekilde ve temsilcileri ayrık olarak ele alınarak konunun kapsamı dâhilinde incelenmiştir. İlk bölümde, modern hukuk felsefesindeki üç büyük figür olan Hart, Dworkin ve Raz'a yer verilmiştir. Bu bölümün ilk başlığı, hukuk felsefesinde bir dönüm noktası olan ve sert pozitivismin çıkış noktasını teşkil eden Hart-Dworkin tartışmasıdır. Bu tartışma, Hart'ın ahlaki ilkeleri hukukun kavramsal alanına dâhil eden yumuşak pozitivist yaklaşımın ana unsurlarını ve destek unsurlarını gösterdiği gibi Dworkin'in hukuki pozitivism'e karşı sorgulamalarını da kapsar. Birinci bölümün ikinci başlığında ise bu bölümün asıl konusu olan Raz'ın kuramsal açıklamaları işlenmiştir. Raz, Hart'ın Dworkin'e verdiği karşılıkların hukukun özellikleri açısından başka sorunlar yarattığı ve hukuki pozitivismin tezleri bağlamında tutarsızlığa yol açtığını öne sürer. Raz'a göre hukuk, sadece toplumsal olgu kaynaklı yasalardan ibarettir. Buradaki *yasa (law)*; anayasa maddeleri, hukuki ilkeler, kanunlar, tüzükler, yönetmelikler ve mahkeme kararları gibi hukuk parçalarını geniş anlamda ifade etmektedir. Bu açıdan Raz'ın hukuki pozitivismi, sert veya dışlayıcıdır. Çünkü toplumsal olgu temelli olmayan ahlak ilkelerinin hukukun kavramsal alanına hiçbir şekilde dâhil olamayacağını savunur. Raz'ın bu görüşünde, ahlaki ilkelerin hukuku belirsiz hale getirdiğine veya devletin kontrolünü

kısıtladığına dair bir hukuk politikası endişesi yoktur. Raz'ın argümanı, analitik bir tespittir. Raz, hukukun meşru otorite iddiası üzerinden temellendirdiği kuramında, hukukun bu işlevini kavramsal olarak yerine getirebilmesi için belli yetilere zorunlu olarak sahip olması gerektiğini ve bu yetilerin de belli kavramsal sonuçlarının olduğuna işaret eder. Hukuki pozitivizm, Raz'ın bu yeni yaklaşımı ile birlikte yumuşak pozitivizm ve sert pozitivizm olarak ayrılmıştır. Raz'ın açıklamaları her ne kadar ahlak ile hukukun farklı kavramsal alanlarda bulunduğu çıkarımına varsa da ahlaki değerlendirmelerin hukuki süreç ve faaliyetlerde rol oynamadığını ifade etmez. Raz'a göre tam da sert pozitivist tezlerin sonucu olarak hukukun oldukça açık dokulu veya boşluklu bir yapıda olduğu çıkarımına varılır. Çünkü ahlaki ilkelerin hukuktaki varlığı bu boşlukları doldurup vakaları hükme bağlayamaz. Bu nedenle hâkimler bu kaçınılmaz boşlukları takdirleri vasıtası ile hükme bağlarlar. Bu süreçte de ahlaki değerlendirmeleri ile hukuk yaratırlar. Raz, tekil hukuk normlarının nitelikleri kadar bir bütün olarak hukuk sistemlerinin özelliklerini de incelemiş ve hukukun geçerliliği, sürekliliği, birliği, özgünlüğü ve sınırlarına ilişkin çıkarımlar öne sürmüştür. Yazar aynı zamanda birçok hukuk felsefecisi tarafından kısmen ele alınsa da hakkında bütüncül bir analiz verilmeyen hukukun işlevleri konusuna dair kapsamlı bir çözümleme vermektedir. Raz'ın eğildiği bir diğer konu, yargılama faaliyetleridir. Raz bu kapsamda mahkemelerin işleyiş sürecini ve yorum faaliyetini çeşitli nüansların hakkını vererek sunmuştur. Düşünür, hukuk tartışmalarında sıklıkla sözü edilen hukuk devleti ve insan hakları başlıklarında da görüş beyan etmiştir. Raz son olarak, hukuka yönelik ahlaki tutumlar hakkında geniş yelpazeli bir analiz yapmıştır.

İkinci bölümde, Raz sonrası sert pozitivizme gelişmeler ve bu kurama yöneltelen eleştirilerden doğan tartışmalar ele alınmıştır. Bu bölümde ilk olarak güncel temsilcilerin katkıları işlenmiştir. Bu temsilciler arasından ilk sırada Marmor'un kuramı sunulmuştur. Marmor'un kurucu konvansiyon, hukuk ile ahlak arasındaki ilişkiler, dil ve yorum hakkındaki analizleri açıklanmıştır. Marmor'un bu çözümlemeleri analitik hukuk felsefesinde sıkça atıfta bulunulan ancak hukukun maddi bütünlüğünü izah edemeyen koordinasyon konvansiyonu açıklamasına alternatif ve daha doğru bir izahat getirmiştir. Yazar hukuktaki ahlaki kavram ve yorum faaliyetlerini de sert pozitivist bir bakış açısından aydınlatmıştır. Düşünür aynı zamanda hukuktaki dil üzerine yaptığı analizler ile hukuki belirsizlik ve yorum

konularına katkılar sağlamıştır. İkinci olarak, Shapiro'nun çalışmaları incelenmiştir. Shapiro, yumuşak pozitivizm de dâhil olmak üzere karşıt kuramların eksikliklerini yalın bir şekilde ortaya koymuş, hukuku bir toplumsal planlama aracı olarak sunmuş ve özgün bir yorum kuramı oluşturmuştur. Shapiro'nun yaklaşımı da hukukun maddi bütünlüğü ve manasına dair aydınlatıcı bir açıklama getirmektedir. Bununla birlikte, yazarın yorum kuramı yorum faaliyetinde bulunacaklara elverişli araçlar da sağlamaktadır. Üçüncü ve son olarak Leiter'in hukuk felsefesi incelenmiştir. Leiter, her ne kadar diğerleri gibi analitik hukuk felsefecisi olmasa da hem sert pozitivizmin iyi bir savunusunu vermiş hem de bu kuramın analitik hukuk felsefesinin ötesindeki değeri ve kısıtlamaları hakkında önemli görüşler ifade etmiştir. İkinci bölümünün ikinci alt başlığında ise sert pozitivizme yöneltilen eleştiriler değerlendirilmiştir. Bu kapsamda doğal hukuk ve yumuşak pozitivizm yaklaşımlardan gelen eleştiriler incelenmiş ve karşılıklar sunulmuştur. Bununla beraber sert pozitivistler arasındaki ayrım noktaları da gösterilmiştir.

Sert pozitivizmin kurucusu olan Raz'ın tezleri genel itibarıyla haklı ve aydınlatıcı görünmektedir. Raz'ın özellikle eylem sebepleri ve pratik eylem muhakemelerine dair açıklamaları ilk bakışta her ne kadar bir miktar tuhaf ve soyut gelse de hukuk anlayışına gerçek anlamda felsefi bir iç görü sağlamaktadır. Yazarın kuramsal gücü ve özgünlüğü tam da bu derin ve soyut pratik eylem felsefesi modelinden kaynaklanmaktadır. Raz'ın pratik eylem felsefesi hakkındaki analizleri bu alanda tüketici nitelikte değildir. Perry ve Moore'un eleştirilerindeki unsurlar ile daha da ayrıntılı hale getirilebilir. Marmor ve Shapiro'nun Raz'ın otorite kavramına yönelik eleştirilerin de belli bir ağırlığı vardır. Ancak ilgili eleştiriler genel manada Raz'ın çizdiği çerçevenin hatalı olduğunu gösterememekte ve Raz'ın oluşturduğu felsefi temelin sert pozitivist tezlere sağladığı kavramsal desteği ortadan kaldırmamaktadır.

Raz'ın bu pratik eylem felsefesi ve otorite analizinden destek alarak sunduğu kaynaklar tezi bir yandan hukuka dair genel anlayış ile uyumlu iken diğer yandan hukuka ilişkin belli kabullerde kimi değişikliklere gidilmesi gerektiğine işaret eder. Raz'ın argümanı hukuka dair genel anlayış ile uyumludur çünkü sert pozitivizm, hukuki faaliyette hâkimlerin sınırsız takdire sahip olmadıklarını, yasalar ile belli kısıtlamalara tabi olduklarını ifade ettiği gibi hukuki faaliyetin sadece yasaların

uygulanmasından ibaret olmadığını da gösterir. Hâkimler, hukukun atıfta bulunduğu ahlaki ilkelerin varlığı durumunda veya sahip oldukları yetkiler kapsamında ahlaki değerlendirmeler yaparak hüküm verirler. Diğer yandan hukuka dair belli kabullerde kimi değişikliklere de gidilmelidir. Çünkü sert pozitivizm, hukukun sadece kaynak temelli yasalardan ibaret olduğunu ve bunların dışında kalanların hukukun kavramsal alanına dâhil olmadığını savunmaktadır. Bu, hem adalet ve ahlakın hukukla iç içe olduğu ifadelerine (doğal hukuk yaklaşımı) hem de hukukun tanıdığı ahlaki ilkelerin hukuk olduğu ifadelerine (yumuşak pozitivizm kuramı) terstir. Çoğu hukukçu kendisini en azından yumuşak pozitivist bir yaklaşıma yakın görecektir. Ancak sert pozitivizm, ahlaki ilkelerin tanıma kuralları tarafından tanınması halinde dahi bunların atıfta bulunduğu ahlaki ilkelerin hukuk haline gelmediğini ileri sürmektedir. Raz'ın bu iddiası önceki bölümlerde belirtilen gerekçelerden dolayı haklı olduğu gibi hâkimlerin takdirlerinde asli rol oynayan ahlaki karakterlerine dair beklentileri açıklar.

Raz'ın analizleri hukukun kurumsal bağlamını da ele aldığı için kapsamlıdır. Yazar kurumlara ilişkin tespitleri ile hukukun geçerliliği, sürekliliği, birliği, özgünlüğü ve sınırları hakkında zengin ve yerinde çıkarımlar yapmıştır. Bu tespitler hukukun çok yönlü ve dinamik bir yapıya sahip olduğunu göstermektedir. Raz'ın kuramı hukuku sadece bir veya birkaç unsur ile tanımlamaya çalışan kuramsal yaklaşımlardan daha üstündür.

Raz'ın bu temelden gelen analitik yaklaşımı aynı zamanda oldukça faydalı olabilecek çıkarımları da beraberinde getirmektedir. Hukukun uygulanması ile hukukun yaratılması, değiştirilmesi arasında koyduğu kavramsal fark ve ikinci grubun ilk bakışta anlaşıldığından ve hatta hukukun kendi söyleminden çok daha fazla gerçekleştiğinin gösterilmesi önemlidir. Bu sayede mesleki pratik, reform çalışmaları ve hukuk eğitiminde, hâkimlerin sıkça kullandıkları takdir unsurunun varlığı ve önemi dikkate alınarak hareket edilmesi gerektiği açığa kavuşmuş olur. Yorum faaliyetleri bahsinde Raz yine kapsamlı bir analiz getirmekte ve farklı olasılıkları dikkate alarak tek tip bir formül vermektense genel ağırlık noktalarına işaret etmektedir. Raz'ın bu çözümü yerinde olduğu kadar yorumda bulunacak kişilerin eğildikleri faaliyeti anlamaları bağlamında da bilgilendirici ve yol göstericidir.

Raz'ın hukuk devleti ve insan haklarına dair yaptığı yalın analizler, kavramları doğru biçimde tanımlamanın ilgili alanlarda gözden kaçırılabilir ancak büyük önem arz eden meselelerin anlaşılmasında ne kadar gerekli olduğunu göstermektedir. Bu açıklamalara göre belli kavramlara gereğinden fazla değer ve unsur eklemek söz konusu kavramları işlevsiz ve anlamsız hale getirecektir.

Raz'ın hukuka yönelik ahlaki tutumlar değerlendirmeleri de özgün ve yerindedir. Bu analizler de aslında sonuçları itibarıyla mevcut alışlagelmiş görüşler ile ciddi bir çatışma içinde olmasa da hukuka yönelik ahlaki tutumlar bağlamında itaat yükümlülüğü lehine ileri sürülen temellendirmelerin kuramsal yetersizliklerini yalın bir şekilde göstermektedir. Raz'ın karakteristik bir biçimde vurguladığı üzere ilgili kavramların doğru unsurlar ile tanımlanması ve ilişkilendirilmesi, meselelerin doğru anlaşılması için önem arz eder. Hukuka itaat ve ilgili diğer ahlaki tutumlarda Raz'ın belirttiği analitik ayrımlar bu kavramların ilgili diğer kavramlardan farklarını ve kendi kapsamı dâhilinde söz konusu olabilecek farklı makul olasılıkları başarılı bir şekilde sunmaktadır.

Bu analizlerdeki eksiklikler değerlendirilirse ilk olarak, Raz'ın hukukun şekli bütünlüğüne odaklandığı ve bu sebeple maddi bütünlüğe ilişkin açıklamaların kısıtlı olduğu söylenebilir. Bu da hukuka dair tespitlerinin açıklayıcı niteliğini sınırlamaktadır. Ağırlıklı olarak şekli bütünlüğe odaklandığını yazarın kendisi de kabul etmektedir. Bu durum, Raz'ın argümanlarının hatalı, zayıf veya anlamsız olduğu manasına gelmez. Sadece hukukun maddi bütünlük ve unsurlarının izah edilebilmesi için daha fazlasının gerekli olabileceğine işaret eder. Örneğin Raz'ın hukuk kurallarının dışlayıcı eylem sebepleri teşkil ettiği fikri, hukuk kurallarının pratik eylemlerde nasıl bir rol oynadığı hakkında yerinde bir tespittir. Ancak bu çerçevede suçlar ile haksız fiiller arasındaki farkın anlaşılması için önemli bir maddi unsur olan yaptırımların da dikkate alınması gerekir. Keza sistemin birincil derecede önemli siyasi sisteme dair kuralları ile bu seviyede önemi olmayan kuralları arasında maddi bir fark mevcuttur. Diğer taraftan, Raz'ın norm uygulayıcı kurumlara yaptığı vurgu karşında, siyasi bir sistemin içinde yer alan hukukun norm yaratıcı kurumlarının belirleyicilik gücünün daha fazla olduğu akla gelebilir. Raz'ın kuramı her ne kadar bu fikirlere kapalı olmasa da kendi başına bu meseleleri ele almamaktadır. Hukukun maddi bütünlüğü ve özelliklerine dair Raz'ın eğilmediği

konuların güncel sert pozitivistler tarafından ele alındığı söylenebilir. Marmor ve Shapiro işte bu konularda ilerleme kaydetmişlerdir.

Marmor, hukukun maddi bütünlük ve manasını izah etmekten çok uzak olan koordinasyon konvansiyonu açıklamasının yerine kurucu konvansiyon kavramını koyarak ile oldukça önemli bir boşluğu doldurmuştur. Marmor'ın derin ve yüzeysel konvansiyonların niteliklerine dair açıklamaları da hukukun maddi özelliklerine ilişkin önemli unsurları aydınlatmaktadır. Gerçekten de *Grundnorm*, tanıma kuralı veya koordinasyon konvansiyonu gibi kavramlar felsefecileri tatmin etse de felsefeci olmayan hukukçular açısından tuhaf, anlaşılmaz unsurlar olarak görülebilir. Kurucu konvansiyon kavramı ve onun kodifikasyonu ise her hukukçunun kolaylıkla bağlantı kuracağı anayasalara veya anayasal metinlere işaret ettiğinden hukukun maddi temellerini daha somut ve erişilebilir şekilde izah etmektedir.

Marmor hukuktaki ahlaki dil ve ifadelere sert pozitivist bir bakış açısından izahat getirerek bu konularda da özgün katkılar sunmuştur. Özellikle pragmatik zenginleştirmeler ve stratejik iletişime ilişkin tespitleri hukuktaki belirsizlik ve takdir alanının genişliği ve sebeplerine dair önemli analizler getirmektedir. Marmor'un özellikle lafzi yoruma yönelik eleştiri ve tespitleri yerinde ve aydınlatıcıdır. Anayasaların yorumlanmasına dair görüşleri de yorumun ilişkili olduğu kurum bağlamında yapılması gerektiğine dair iyi bir örnek teşkil eder.

Shapiro'nun hukuk bir toplumsal planlama aracı olarak ele alması da hukukun maddi niteliklerine yönelik bir analizi ifade etmektedir. Marmor'un kurucu konvansiyon fikri gibi Shapiro'nun planlama kuramı da, hukukun işlevlerinin, toplumsal hayattaki rolünün ve faaliyetlerinin izah edilmesi için elverişli araçlar sunmaktadır. Bu açıklamalar aynı zamanda Raz'ınkilere kıyasla daha somuttur ve bağlantı kurması daha kolaydır. Bununla birlikte, Marmor ve Shapiro'nun analitik hukuk felsefesini ilerletme bakımından Raz'dan daha kısıtlı bir katkıda bulunduğu söylenebilir. Her iki düşünür de Raz'ın özgünlük ve iç görü seviyesinden geridedir ve kuramlarının kritik öğeleri genel olarak Raz'ın felsefi temellendirmelerine dayanmaktadır.

Shapiro'nun yorum kuramı da planlama kuramı gibi oldukça itinalı ve iyi bir şekilde kurgulanmıştır. Bununla birlikte Shapiro'nun yorum kuramında belli zayıflıklar mevcuttur. Bunun nedeni Shapiro'nun yorumu sınırlı sayıda değere odaklanarak ele almasıdır. Bu değerler planın istikrarı, devamlılığı, başarısı ve plancılarının otoritesine bağlılıktır. Shapiro haklı olarak mevcut hukukun çerçevesine paralel olmayan yorumların hukukun işleyişinde yaratabileceği sorunlar üzerinde durmaktadır. Ancak Shapiro'nun yorum kuramındaki hata, bu sorunların hukukun mevcut çizgisinde uygulanmasından kaynaklanabilecek diğer sorunlardan mutlak biçimde daha fazla önem arz ettiğini farz etmesidir. Hukukun uygulanması aşamasında pek çok dinamik ve ihtimalin söz konusu olduğu düşünüldüğünde belli hallerde hâkimler kendilerine duyulan güvenin ötesine geçip ahlaki gerekçelere başvurarak hüküm vermek durumunda kalabilirler ve bu kararları haklı olabilir. Böylesi kararlar Shapiro'nun işaret ettiği sorunları doğursa bile bu sorunların ağırlığı ahlaki yönde verilen kararın değeri ile dengelenebilir. Bu nokta Raz tarafından ifade edilmiştir. Raz, yorum açıklamalarında devamlılık ve otorite unsurlarının yanında hukuki gelişim ve hakkaniyet unsurlarının yorumda ağırlık teşkil ettiğini savunur. Bu nedenle Raz'ın yorum konusunda daha doğru bir pozisyonda olduğu söylenebilir. Yorum, doğrudan somut uygulamaya yönelik olduğu için genel geçer tek tip bir yorum metodu belirlenmesi mümkün değildir. Somut olayın, yürürlükteki mevzuatın ve hukuk sisteminin özelliklerinin incelenmesi sonucunda yoruma dair çeşitli unsurların tartılması ve değerlendirilmesi gerekir. Bunun sonucunda belli hallerde Shapiro'nun endişelerine paralel olarak daha muhafazakâr yorumlar makul olabileceği gibi belli hallerde de hukuki gelişim ve hakkaniyet ihtiyacı doğrultusunda daha yenilikçi yorumlar da haklı olabilir.

Shapiro'nun yorum kuramı hem bu ihtimalleri kapsayamadığı hem de esasında mahkemelerin çoğulcu yorum yaklaşımlarını tam manasıyla betimleyemediği için hatalıdır. Ama yine de Shapiro'nun yorum açıklamalarının belli bir haklılık payı vardır. Yorum yaparken Shapiro'nun kuramının mutlak bir kılavuz olarak ele alınması hatalı olsa da, muhafazakâr veya hukuk sistemindeki güven ekonomisine saygılı yorum yaklaşımları lehine olan unsurları açıklamak için bu kuram iyi bir araç sağlar. Özellikle de geniş anlamda makul demokrasiler ve hukuk devletleri açısından resmi devlet görevlilerinin sistemin güven ekonomisini dikkate alarak yorum tercihlerinde bulunması yönündeki ağırlık daha da fazladır. Bu hallerde Shapiro'nun

yorum kuramının betimleyici ve normatif değeri mutlak olmasa da oldukça yüksektir.

Leiter ise sert pozitivistizmin analitik derinliğine ciddi bir katkıda bulunmaktan ziyade bu kuramın analitik hukuk felsefesinin ötesindeki alanlar açısından değerini ortaya çıkarmaktadır. Bu noktada Leiter'in analitik hukuk felsefesine olan eleştirel yaklaşımının tam manasıyla doğru olduğunu söylemek zordur. Kavramsal analiz her ne kadar mevcut olguları tamamen temsil etmese de çeşitli çalışmalar için ihtiyaç duyulan temelleri oluşturabilir. Yeni veriler ışığında da kuramlarda düzeltmeler yapılabilir. Bu nedenle hukuk kavramına dair analitik kuramlar baştan başarısızlığa mahkûm veya lüzumsuz değildir. Bununla beraber Leiter'in analitik hukuk felsefesinin kısıtlamalarına dair görüşleri yerindedir. Gerçekten de sadece analitik felsefe ile hukukun kavranması mümkün değildir ve sadece bu alanda kalan çalışmalar ilgili olgulardan kopuk kaldığı için gerçeklikten, doğruluktan ve faydalı olmaktan uzaklaşabilir. Bununla beraber analitik felsefe Leiter'in de belirttiği üzere, ampirik araştırmalar veya somut konular hakkındaki siyasi ahlak tartışmaları için iyi bir anlayış çerçevesi sağlayabilir. Leiter'in bu öteki çalışma alanlarına daha fazla yönelmek gerektiği ve kısırlaşmış doğal hukuk-hukuki pozitivistizm tartışmalarından uzaklaşmakta fayda olduğu görüşü haklıdır.

Eleştiriler bahsinde, doğal hukuk kuramcılarının itirazları bu bölümde açıklanan gerekçelerden dolayı sert pozitivistizmin tezlerini çürütememektedir. Bununla beraber bu eleştirilerin içinde değerli kısımların olduğu kabul edilmelidir. Finnis'in hukuk felsefesinin hukuka itaat, adil yasama ve yargılama gibi daha önemli meselelere eğilmesi gerektiği düşüncesi analitik hukuk felsefesini dışlamamak kaydıyla yerindedir. Ancak bunun gibi meselelerin başta Raz olmak üzere hukuki pozitivistler tarafından da başarılı bir şekilde ele alındığını belirtmekte fayda vardır. Diğer yandan Finnis'in hukuki pozitivistizmi lüzumsuz bulma iddiası ise sert pozitivistizmin hukuk anlayışına sunduğu birçok veri ve iç görü düşünüldüğünde hatalıdır. Bununla beraber Dworkin'in sorgulamalarının hukuk felsefesine müthiş bir ivme kazandırdığını ve yeni analiz alanlarına işaret ettiğini de teslim etmek gerekir. Dworkin'in felsefi yazını ahlaki ilkelerin varlığı, yargılama süreci, kuramsal anlaşmazlıklar ve hukukun bütünlüğü gibi pek çok özgün ve girift konuyu hukuk felsefesinin merkezine taşımıştır. Sert pozitivist yazın her ne kadar Dworkin'in

sorduğu sorulara verdiği cevapları kabul etmese de onun sorduğu soruları ciddiye alarak onlara farklı cevaplar aramıştır.

Yumuşak pozitivism temsilcilerinin itirazları da eleştiriler bahsinde açıklanan gerekçelerden dolayı sert pozitivismin tezlerini çürütememektedir. Yumuşak pozitivist kuramların eleştirilerinin etkili olmamasının temel sebebi, sert pozitivismin ana temsilcisi olan Raz'ın kuramının temelindeki pratik eylem felsefesi ve otorite açıklamalarını ele almaktansa bunların sonuçlarına yüklenmeleridir. Raz'ın felsefi yazınının kapsamlı kitaplardan ziyade sayısız makale ve makalelerin toplandığı kitaplar olduğu düşünüldüğünde Raz'ın iddiaları arasındaki bağlantıların çok kolay ve erişilebilir olmadığını da kabul etmek gerekir.

Bu analiz ve değerlendirmeler sonucunda bu çalışmanın giriş kısmında belirtilen belli tezleri temellendirmek mümkün hale gelmektedir. Bu tezlerden ilki, çağdaş hukuk felsefesi tartışmalarındaki ana pozisyonlar olarak sayılan Hart ve Dworkin'in kuramlarının hatalı olduğu ve farklı bir yaklaşım ile hukuk kavramının izah edilmesi gerektiğidir. Hart modern hukuki pozitivismin kurucusu ve en önemli temsilcisidir. Dworkin'in kuramı ise doğal hukuk kuramının hukuki pozitivism'e karşı verdiği en net karşılığı ifade etmektedir. Modern hukuk felsefesindeki en önde gelen kuramsal pozisyonlar bunlardır.

Raz'ın başını çektiği sert pozitivism, hukuk kavramı ve onun çevresindeki öğeleri, Hart ve Dworkin'e kıyasla daha doğru bir şekilde açıklamakta ve argümanlarını çürütmektedir. Bu çalışmada ele alınan tezler sert pozitivist argümanların haklı olduğunu göstermektedir. Buna göre hukuk, varlığı ve içeriği sadece toplumsal olgulara başvurularak, herhangi bir ahlaki değer biçmeye başvurmaksızın teşhis edilebilen yasalardan ibarettir. Geri kalan hukuki faaliyetler hukukun yaratılması kapsamındadır. Gerek Hart'ın yumuşak pozitivismi gerekse Dworkin'in yorumcu yaklaşımı, hukukun meşru otorite iddiasından gelen zorunlu yetilere dair kuramsal nitelikler ile tutarlı değildir. Hart'ın tanıma kuralına ilişkin analizleri ele alınan sebeplerden ötürü hatalı veya eksiktir. Diğer yandan Dworkin'in kuramı da doğru bir hukuk kavramı sunamadığı gibi bu kuramın temelinde merkezi bir yer işgal eden yorum konusunda da pek çok sorun vardır.

Sert pozitivizm kuramı ise hukukun meşru otorite iddiasından gelen zorunlu yetileri sağlayacak bir hukuk tanımı yaptığı gibi hukuka dair diğer kabulleri de tutarlı bir şekilde açıklayabilmektedir. Hukuk kurumları, geçerlilik, yargı süreci, yorum, hukuki ve ahlaki yükümlülükler gibi pek çok öge bu çalışmada sert pozitivizm kuramı çerçevesinde akılcı ve mantıklı bir şekilde sunulmuştur.

Bu çalışmada öne sürülen tezlerden ikincisi, hukuk doktrini ve camiasındaki hukuki pozitivizme dair kanının hatalı olduğudur. Pek çok hukukçu hukuki pozitivizmi, “hukuk hukuktur” formülü ile özdeşleştirmekte, lafzi yorum taraftarı olarak görmekte veya muhafazakâr bir devlete itaat ideolojisi olarak algılamaktadır. Bu görüşteki haklılık payı, bu tip ögelerin 19. yüzyıl ve erken 20. yüzyıl Kıta Avrupası hukuki pozitivizm yaklaşımlarında var olmasından gelir. Bununla beraber Anglosakson hukuki pozitivist kuramlar ve modern hukuki pozitivist düşünce, Kıta Avrupası’ndaki hukuki pozitivist yaklaşımlardan ciddi biçimde farklıdır. 20. yüzyıl modern hukuki pozitivistlerden olan Avusturyalı Kelsen ve İngiliz Hart, entelektüel dayanak olarak Hume’un olan-olması gereken ayrımını benimsemişler ve mevcut hukuka varlığından dolayı özel bir değer vermemişlerdir. Hart’tan sonra gelen sert pozitivist ve yumuşak pozitivist düşünürler de bu çizgiyi devam ettirmektedir. Bu yaklaşımı takip eden temsilciler günümüz hukuk felsefesi tartışmaları, araştırmaları ve öğretisinde merkezi konumdadır. Eski dönem Kıta Avrupası temsilcileri ise artık sadece tarihsel bir öge olarak hukuk felsefesinde yer almaktadır. Bu sebeple artık “hukuki pozitivizm” kuramı Austin, Bentham, Kelsen, Hart, Raz gibi temsilcilerin görüşleri ile anılmalıdır. Bu çalışmada ele alınan felsefecilerin net ifadeleri de hukuki pozitivizme dair pek çok olumsuz kanının doğru olmadığını göstermiştir.

Hukuki pozitivizmin takdir açısından hâkimleri sadece yasalar ile kısıtlı tuttuğu ve hâkimlerin ahlaki endişelere dayanarak onu genişletmekten imtina etmesi gerektiği görüşünde olduğu iddiası yanlıştır. Hatta tam tersine hukuki pozitivist kuramlar hukukun açık dokulu yapısı sebebiyle takdirin kaçınılmaz olduğunu belirtir ve hâkimlerin burada takdir kullandıklarını savunurlar. Sert pozitivizm ise hukuk tarafından uygulanması yükümlü kılınan ahlaki ilkeler söz konusu olduğunda dahi bu durumu hukukun uygulanmasından ziyade hâkimleri takdire davet olarak nitelerler. Modern hukuki pozitivizmin takdire dair bu kısıtlayıcı olmayan yaklaşımı, onun modern eleştirilerinden de fark edilebilir. Dworkin, hukuki pozitivizmi hukuku

sadece yasaların uygulanması olarak gördüğü için değil, tam tersine hâkimlerin geniş anlamda takdire sahip olduğunu teslim ettiği için eleştirir.

Hukukun yorumlanması konusunda da hukuki pozitivistlerin ağırlıklı kısmı yenilikçi yorum yöntemlerine açıktır ve bunların uygulanmasını desteklerler. Raz ve Marmor burada örnek olarak verilebilir. Hukukun yorumu bahsinde muhafazakâr olarak nitelendirilebilecek tek sert pozitivist ise Shapiro'dur. Ancak Shapiro'nun kuramı da kuru bir "hukuk hukuktur" formülünden çok daha sofistike bir fikir ortaya koymaktadır. Yazar ilgili hukuk sistemindeki güven ekonomisinin imkân vermesi halinde de takdiri yorum yaklaşımlarının tercih edilebileceğini ve hatta edilmesi gerektiğini ifade eder. Bununla birlikte Shapiro, yorum faaliyetinde takdirin varlığını ve hâkimlerin bu kapsamda hukuk kaynaklarının ötesinde değerlendirmelerde bulunduğunu da kabul eder. Bu kapsamda genel olarak hukuki pozitivism ve özel olarak sert pozitivism, kuramsal olarak muhafazakâr yorum yaklaşımlarına bağlı değildir.

Son olarak, modern hukuki pozitivism kesinlikle hukuka itaat ve mevcut hukukun devamı konusunda muhafazakâr değildir. Tüm sert pozitivist temsilciler, hukuka itaatin sistemin kendi varlığı veya sistem içi geçerlilik bağlantıları ile temellendirilemeyeceğini, bunun ancak hukuktan bağımsız siyasi ahlak değerlendirmeleri ile gerçekleştirilebileceği görüşündedirler. Bu da modern hukuki pozitivist çizgi ile uyumludur. Leiter'in de ifade ettiği üzere, hukuki pozitivistler siyasi pozisyonlarında muhafazakâr olmaktansa ilerlemeci olma eğilimindedir. Raz, Marmor, Leiter ve Shapiro hiç de muhafazakâr bir siyasi görüşte değillerdir. Karşıt bir örnek vermek gerekirse, doğal hukuk kuramcısı olan John Finnis, idam cezası, kürtaj ve toplumsal cinsiyet meselelerinde oldukça muhafazakâr bir çizgidedir. Bu örnekler hukuki pozitivismin ilerlemeci, doğal hukukun ise muhafazakâr olduğunu göstermez. Mesela Dworkin, Finnis'e kıyasla özellikle Amerika Birleşik Devletlerindeki eşitsizlik seviyesi düşünüldüğünde genel anlamda eşitlikçi ve ilerlemeci bir pozisyondadır.

Bu çalışmada ileri sürülen üçüncü tez ise sert pozitivismin açıkladığı kuramsal öğelerin hukukçuların ve vatandaşların hukuka dair belli hatalı anlayışlarını tespit etmeye ve olumlu anlamda değiştirmeye yönelik faydalı çıkarımlar sağlayacağıdır.

Bu çalışmada ele alınan hukuk felsefesi görüşleri gerçekten de birçok çıkarımda bulunmaya imkân vermektedir. İncelenen analizler sadece kuramsal bir değer taşımamakta, aynı zamanda önemli pratik öğeler barındırmaktadır.

Bu çıkarımlardan ilki, hukukun boşluklu yapısının ve hâkimlerin takdir faaliyetinin genişliği hakkındadır. Sert pozitivizm, ahlaki geçerlilik ölçütlerinin ve ahlaki ilkelerin varlığını, hâkimlerin bu kapsamdaki ahlaki sebepleri dikkate aldıkları takdir alanları olarak ele almıştır. Sert pozitivist çerçevede ahlaki ilkeler, tanıma kuralının tanınması ile dahi kapsamlarındaki eylem sebeplerini hükme bağlamaz. Bunlar o ilkeyi uygulamakla yükümlü olan hâkim tarafından hükme bağlanacaktır. Bu iddianın doğruluğundan hareketle hukuka dair bazı alışlagelmiş kabullerin değişmesi gerekir. Bunlardan ilki hukukun mutlak veya mutlaka yakın biçimde belirli olduğu anlayışıdır. Ancak sert pozitivizmin ortaya koyduğu şekilde hukukta pek çok belirsizlik hali vardır. Bu çalışmada ele alındığı üzere hâkimler bu belirsizlik ve boşluk alanlarında takdirde bulunduklarından hukukta oldukça önemli ve yaratıcı bir role sahiplerdir. Hâkimler sadece yasaları uygulamazlar, aynı zamanda birçok vakada kendi takdirleri ile hukuku yaratır ve değiştirirler. Bu, birçok uyuşmazlıkta birden fazla olası cevabın varlığını göstermektedir.

Bu tespit esasında Hart tarafından da hukukun açık dokulu yapısı ile ifade edilmiştir. Ancak Hart'ın geç dönem eserlerinde yumuşak veya kapsayıcı bir yaklaşımı benimsemesi ile bu vakaların tanıma kuralı tarafından hukuki hale getirilen ahlaki ilkeler tarafından hükme bağlandığı sonucuna varması bu resmi bulanıklaştırmıştır. Sert pozitivizm ise hukukta sıkça görülen ahlaki ilkelerin varlığında dahi hâkimlerin hukuku uygulamaktan ziyade takdirlerini kullandıklarını tespit ederek hukuka dair berrak bir anlayış sunmakta ve daha doğru bir şekilde bu faaliyetin gözlemlenmesine imkân vermektedir. Hukuktaki takdire ve çoklu cevaplara imkân veren bu alan, uyuşmazlıkların çözümlenmesinde tarafların argümantasyon vasıtalarını kullanma zorunluluğunu da göstermektedir. Bu çıkarım avukat ve savcılarının davalardaki gayretleri ile uyumludur. Hukukun tam da bu boşluklu yapısından dolayı avukat ve savcılarının mahkemenin kararını çeşitli gerekçeler ile yönlendirme gayretleri mantıklı hale getirmektedir. Dworkin'in hukuku argümantatif bir faaliyet olarak görmesi doğru olsa da hukuktaki her vakanın tek doğru cevap içerdiği iddiası bu sebeple hatalıdır. Aynı nedenle Raz'ın da vurgu

yaptığı üzere hâkimlerin ahlaki karakteri onların hukuki hünerleri kadar önemlidir. Bunun nedeni hâkimlerin sadece hukuku uygulamamalarından kaynaklanır. Hâkimler aynı zamanda yeri geldiğinde birden çok olası hukuki sonucun mümkün olduğu vakalarda bunlar arasından iyisini takdir etme ve hukuku yaratma, geliştirme pozisyonundadırlar. Bu çalışmada sıkça ele alınan bir konu olan yorum tartışmaları, bu alanın da oldukça tartışmalı olduğunu ve hukuki hünerler kadar ahlak, toplum bilimi ve ekonomi gibi birçok alanda yetkinlik gerektirdiğini göstermektedir.

Ancak bu açıklamalar hukuka dair bir başka hatalı anlayış olan hukukun tamamen esnek veya değişken olabileceği sonucuna da ulaşmaz. Bazı insanlar ve hatta hukukçular, yasalar ne olursa olsun iyi bir avukat veya vicdanlı bir hâkim sayesinde başka bir kararın verilebileceği veya adil bir hükmün kurulabileceği kanaatini taşır. Hukuki pozitivizm, mahkemelerin takdir alanlarının varlığını göstermekle beraber hukukun sınırsız bir takdir sistemi olmadığını da net bir biçimde ortaya koyar. Hukuk, “kaynakları” olan bir normatif sistemdir ve birçok durumda kesin bir şekilde belirlidir. Takdir alanının olmadığı hallerde hâkimler ve diğer resmi devlet görevlileri, mevcut hukuku olduğu gibi uygularlar. Bu nedenle hukuk, gayriahlaki kuralların varlığı halinde kesin bir şekilde adaletsiz sonuçlar doğurabilir. Diğer yandan hâkimlerin takdirlerini kötü kullanmaları sonucunda verilen adaletsiz hükümler de belli hukuki istisnalar dışında bağlayıcı ve kesindir. Hukuk, mutlak anlamda belirli olmadığı gibi mutlak anlamda belirsiz de değildir, kısmen belirli veya kısmen belirsizdir.

Hukukun belirliliğine dair hatalı kabulün hukuk eğitiminde de yansıdığı söylenebilir. Hukuk müfredatı dogmatik dersler ile teorik derslerden oluşmaktadır. Dogmatik derslerin işlenişindeki önemli bir sorun, hukukun çoğu vakada tek bir doğru cevabı öngördüğünün ve hâkimin takdirinin ciddi bir rol oynamadığının ön kabul olarak alınmasıdır. Bu kabul tamamen yanlış değildir. Gerçekten de genel anlamıyla yasalar birçok vakayı hükme bağlar. Dogmatik derslerin hukuk fakültelerindeki önemi de hukukun kaynakları olan bir normatif sistem olmasından dolayı makuldür. Bununla birlikte özellikle mahkemelere taşınan uyuşmazlıklarda hâkimin takdiri de çeşitli belirsiz meselelerin hükme bağlanmasında önemli bir rol oynar. Ders kitaplarında ve pratik çalışmalarda bu ihtimallere neredeyse hiç değinilmemektedir. Mesela dürüstlük kuralı pek çok ders kitabında belli örnekler

üzerinden anlatılmakta ancak hâkimlerin bu kural vasıtasıyla diğer kuralların öngördüklerinin aksine hüküm kurabilme imkânına eriştiği ve birden fazla hüküm verme ihtimallerinin mevcut olduğu gösterilmemektedir. Hâlbuki bu unsurlar da yargılama sürecinde ciddi rol oynadığı için hukuk eğitiminin öğrencilere bu öğeleri tespit etmeye ve kullanmaya yönelik hüner ve yetiler katması gerekir. Bunun için de analitik felsefe, ahlaki akıl yürütme, argümantasyon ve hatta retorik konularında donanım gereklidir. Ancak dogmatik derslere ve sadece hukuk kaynaklarına ağırlık veren mevcut anlayış bunları sağlamaya müsait değildir.

İkinci çıkarım, yorum faaliyetleri hakkındadır. Dworkin'in hukuk felsefesi kuramının ana konularından biri haline getirdiği yorum, sert pozitivist kuramcılar tarafından da ele alınmıştır. Bu çalışmada öne sürülen fikirler, yorum faaliyetinde incelenmesi gereken birçok unsurun olduğuna işaret etmektedir. Hukuk yazınında ağırlıklı olarak yorum yöntemlerinin unsurları ve uygulama şekilleri oldukça ayrıntılı ve kapsamlı bir biçimde sunulmaktadır. Bununla beraber yorumun Raz'ın ifadesi ile muhafazakâr ve yenilikçi, Shapiro'nun ifadesi ile kısıtlayıcı ve takdiri boyutlarıyla değerlendirilmesi bu faaliyetin aydınlatılması için daha elverişli araçlar sağlayacaktır. Bu nedenle yorum tartışmalarına yorum yöntemlerinden başlamsa hangi yorum yaklaşımının söz konusu bağlama uygun düşeceğine dair bir değerlendirme daha doğru bir yol olacaktır. Pek çok yorum tartışmasında, çeşitli yorum yöntemlerinin farklı kullanım ihtimalleri ileri sürüldükten sonra bu eşitler arası seçeneklerden biri tercih edilmektedir. Hâlbuki bu çalışmada ele alınan düşünürlerin vurguladığı unsurlar, bu farklı ihtimallerin karşılaştırılması konusunda güçlü temeller sağlamaktadır. Diğer yandan, sert pozitivist kuramcılarının yorumun sınırlarına dair analizlerinin de oldukça yerindedir. Bu açıdan yorum faaliyeti, bu kısıtlamalar da dikkate alınarak incelenmeli ve bu faaliyette dair beklentiler daha mütevazı bir çizgiye çekilmelidir.

Üçüncü çıkarım, hukuk reformu çalışmalarına ilişkindir. Sert pozitivism, hukukun atıfta bulunduğu ahlaki ilkelerin hukuktaki işlevini açıklayarak bu ilkelerin arzu edilen etkisinin de sınırlarını göstermiştir. Dürüstlük kuralı, insan haklarına saygı, orantılılık, eşitlik gibi ilkeler, kendiliklerinden en adil, en insan haklarına saygılı, en orantılı, en eşitlikçi hükmü kurmazlar. Bu ilkeler kapsadıkları ahlaki sebeplerin hâkimler tarafından hükme bağlanması konusunda onlara takdir alanı açar

ve onları takdire davet eder. Bu durum ahlaki ilkelerin hukuk reformu çalışmalarında hiçbir işlevi olmadığını göstermez. Tam tersine bu ilkelerin hukuktaki varlığı, belli değerlerin belli yasalar vasıtasıyla dışlanması durumlarının hâkimlerin takdiri ile engellenebilmesine imkân verir. Ancak anlaşılabileceği üzere ilkeler kendi başlarına bunu sağlayamaz. Söz konusu takdiri iyi bir şekilde gerçekleştirecek olan hâkimlerin bunu yapması gerekir. Bu nedenle sadece anayasalarda veya kanunlarda adalet, eşitlik, özgürlük değerlerinin ve buna bağlı ilkelerin sayılması kendi başına hukuk reformunu sağlamaz veya hukuk sistemini kendiliğinden adil, eşit, özgür hale getirmez. Bundan dolayı hukuk reformları kolay değildir. Çoğu zaman özel düzenlemelere ve muntazam bir kurumsal yapılanmaya ihtiyaç duyulur. Hâkimlerin de iyi bir şekilde takdirlerini kullanmaları için onları hukuki hünerler kadar ahlaki karakter ile donatacak bir eğitim sistemi ve onlara ahlaki bir karakterle mesleklerini icra etmeleri konusunda güvence veren kurumsal bir yapının tasarlanması elzemdir. Uygulanacak hukuk aynı kalmakla beraber ilgili kurumsal yapının değişmesi çoğu zaman olumlu veya olumsuz yönde sistemi kökünden değiştirebilir. Örneğin Türkiye’de gerçekleştirilen son anayasa değişikliğinde anayasadaki ilkeler neredeyse hiç değiştirilmemiş hatta yenileri dahi eklenmiştir. Buna rağmen mahkeme üyelerinin seçim usullerinin ve hâkimlerin mesleki güvencelerinin değiştirilmesi, mahkeme kararlarının doğrultusunu ciddi biçimde farklılaştırmıştır. Bu nedenle hukuk reformları gerçekleştirilirken kanunlardaki ahlaki ilkeleri arttırmaktansa etkili özel hükümlere ve hâkimlerin adil, makul şekilde takdirlerini kullanmaya yönelten kurumsal tasarıma önem verilmelidir. Bunları gerçekleştirmek daha meşakkatli olabilir ama hukuk reformlarının sayısız başarısızlık ihtimalleri ve örnekleri düşünüldüğünde bu zorluklara eğilmekten de kaçınılmaması gerekir.

Dördüncü çıkarım, hukuka itaat yükümlülüğüne hakkındadır. Bu çalışmada sunulduğu üzere sert pozitivist temsilciler hukukun meşruluğunu hukukun kendi iç sistematiği veya salt mevcudiyetinden ziyade siyasi ahlak değerlendirmeler ile temellendirilebileceğini göstermektedir. Hukuk, özü itibarıyla zorunlu olarak iyi veya adil olmadığı gibi, ahlaki ilkeleri tanıma kuralları vasıtasıyla kendi bünyesine dâhil etse dahi kendiliğinden iyi veya adil olmaz. Hatta adil anayasal hükümler dahi kendi başlarına diğer yasaları adil hale getirmezler. Adil olmayan sayısız hükmün hukuk sistemlerinde yaygın biçimde var olma ihtimal ve imkânı çok yüksektir. Hukuka itaat yükümlülüğü, eleştirel bakılmadığında normal veya doğal bir şey olarak

algılsa da vatandaşların otorite iddiasında olan hukuk kurallarına itaat noktasında bu kadar kolay ve basit bir şekilde yargıya varmaması gerekir. Pek tabii ki ahlaken iyi ve adil kurallara itaat veya adil sistemleri destekleme konusunda yükümlülüklerin olduğu açıktır. Buna karşın tüm hukuka sırf hukuk olduğu için bir itaat yükümlülüğünün olduğu söylenemez. Bu bağlamda tekil hukuk kurallarını ve bir bütün olarak kurumları sorumlu ve akılcı bir şekilde değerlendirmek icap eder. Bu değerlendirme sonucunda ahlaki veya ihtiyata dair sebeplerden dolayı çoğu zaman hukukun öngördüğü şekilde eynlenmesi gerektiği bir sonuç çıkabilir. Ancak bunun her zaman geçerli değildir. Kaldı ki hukukun öngördüğü eylemlerin yapılması gerektiğine dair temellendirmeler, söz konusu eyleme dair ahlaki sebeplerden kaynaklanır, hukuka dair sebeplerden değil. Bu nedenle Raz'ın da belirttiği üzere hukuk, genel ve içerikten bağımsız bir itaat yükümlülüğü doğurmaz. Bu analizler kavramsal olarak doğru olduğu gibi vatandaşların hukuka yönelik tutumlarını belirlerken ve başkalarının itaatsizliklerini değerlendirirken, bu ahlaki kararları daha doğru bir şekilde verebilmelerine imkân verir.

Bu çalışma başta Raz olmak üzere Marmor, Shapiro ve Leiter'in sert pozitivist yaklaşımlarını açıklamakla beraber bu yazarların hukuka itaat yükümlülüğü, yorum ve metodoloji gibi konulardaki görüşlerini ele almıştır. Bununla beraber; Alexy, Finnis, Dworkin, Perry, Moore, Coleman, Waluckow, Himma ve Kramer gibi sert pozitivistlere eleştiriler getiren ve hukuk felsefesi tartışmalarında önemli pozisyonlar işgal eden düşünürlerin de ana fikirleri karşılaştırmalı bir şekilde gösterilmiştir. Bu eser tabii ki gerek sert pozitivistlerin gerekse eleştiride bulunanların tüm felsefi yazını sunmamıştır. Bunun da ötesinde artık hukuk felsefecileri genel kavramsal sorulardan sıyrılarak uluslararası hukuk, yasama mantığı, cezalandırma temelleri, sözleşmelerin yorumu, teknolojinin hukuk üzerindeki etkileri gibi daha özel meselelere eğilmektedir. Ancak tüm bu alanların tamamlanmaya çalışılması bu çalışmanın uzunluğunu ve kapsamını yalınlıktan uzak bir noktaya taşıyacaktır. Bu nedenden dolayı, belli ayrıntılara girmeden mümkün olduğunca konunun temsil ettiği büyük resmin sunulması hedeflenmiştir. Bu çalışmanın eksiklikleri başka çalışmaların, araştırmaların konusu olabilir ve bunlar da bu alana önemli katkılar sağlayabilirler. Bu çalışma da daha sonraki çalışmaların yararlanarak başka başlıklara yoğunlaşmasına imkân veren bir kaynak olabilir.

KAYNAKÇA

KİTAPLAR

Alexy, Robert, **The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism**, Oxford: Oxford University Press, 2002.

Akal, Cemal B., **Hukuk Nedir?**, Ankara: Dost Kitapevi Yayınları, 2017.

Aquinas, Thomas, **Treatise on Law (Summa Theologiae I-II)**, Güncellenmiş baskı, Indiana: St. Augustines Press, 2009.

Atria, Fernando, **On Law and Legal Reasoning**, Oregon: Hart Publishing, 2002.

Austin, John, **Hukukun Belirlenmiş Alanı**, Çevirenler: Ü. Yükselbaba ve diğerleri, İstanbul: Tekin Yayınevi, 2015.

Bentham, Jeremy, **Of Laws in General**, Güncellenmiş baskı, London: Continuum International Publishing, 1970.

Bentham, Jeremy, **The Works of Jeremy Bentham: Volume III**, Editör: J. Bowring, Edinburgh: William Tate, 1839.

Collins, Richard, **The Institutional Problem in Modern International Law**, Oxford: Hart Publishing, 2016.

Conklin, William E., **The Invisible Origins of Legal Positivism: A Re-Reading of a Tradition**, Amsterdam: Springer, 2001.

Dworkin, Ronald M., **A Matter of Principle**, Massachusetts: Harvard University Press, 1985.

Dworkin, Ronald M., **Hakları Ciddiye Almak**, Çeviren: A. U. Türkbağ, Ankara: Dost Kitapevi Yayınları, 2007.

Dworkin, Ronald M., **Hukukun Hükümleri**, Çeviren: E. Uzun, İstanbul: Nora Kitap, 2018.

Dworkin, Ronald M., **Justice in Robes**, Cambridge: Harvard University Press, 2006.

Dyzenhaus, David, **Hard Cases in Wicked Legal Systems: Pathologies of Legality**, 2. Baskı, New York: Oxford University Press, 2010.

Ehrenberg, Kenneth M., **The Functions of Law**, Oxford: Oxford University Press, 2016.

Fenwick, Helen & Gavin Phillipson, **Text, Cases & Materials on Public Law and Human Rights**, 2. Baskı, London: Cavendish Publishing, 2003.

Finnis, John, **Natural Law and Natural Rights**, 2. Baskı, Oxford: Oxford University Press, 2011.

Freeman, M. D. A., **Lloyd's Introduction to Jurisprudence**, 9. Baskı, London: Sweet & Maxwell, 2014.

Frank, Jerome, **Law & Modern Mind**, Güncellenmiş Baskı, New Brunswick: Transaction Publishers, 2009.

Fuller, Lon L., **Hukukun Ahlakı**, Çeviren: E. Arıkan, İstanbul: Tekin, 2016.

Greasley, Kate, **Arguments about Abortion: Personhood, Morality, and Law**, Oxford: Oxford University Press, 2017.

Güriz, Adnan, **Hukuk Başlangıcı**, 14. Baskı, Ankara: Siyasal Kitabevi, 2012.

Gürkan, Ülker, **Hukuki Realizm Akımı**, Ankara: Sevinç Matbaası, 1967.

Gürler, Sercan, **Hukuka İtaat Yükümlülüğü ve Sınırları: Birey ve Hukuk Arasındaki İlişkinin Ahlaki Niteliği Üzerine Bir İnceleme**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2011.

Hart, H. L. A., **The Concept of Law**, 2. Baskı, Oxford: Clarendon Press, 1994.

Hayek, Friedrich A., **Kölelik Yolu**, Çevirenler: T. Feyzioğlu & Y. Arsan, Ankara: Liberte Yayınları, 2004.

Himma, Kenneth E., **Hukukun Ahlaki Kriterleri: Kapsayıcı ve Dışlayıcı Pozitivistler Arasındaki Tartışma**, Çeviren: S. Üye, Ankara: Bilgesu Yayıncılık, 2010.

Hoerster, Norbert, **Was ist Recht?: Grundfragen der Rechtsphilosophie**, München: Verlag C. H. Beck, 2006.

Işıқтаç, Yasemin, **Hukuk Felsefesi**, 3. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2010.

Işıқтаç, Yasemin & Sevtap Metin, **Hukuk Metodolojisi**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016.

Kelsen, Hans, **General Theory of Law and State**, Massachusetts: Harvard University Press, 1949.

Kelsen, Hans, **Saf Hukuk Kuramı**, Çeviren: E. Uzun, İstanbul: Nora Kitap, 2016.

Kramer, Matthew H., **In Defence of Legal Positivism: Law Without Trimmings**, Oxford: Oxford University Press, 1999.

Leiter, Brian, **Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy**, Oxford: Oxford University Press, 2007.

Lewis, David, **Convention: A Philosophical Study**, Oxford: Blackwell Publishing, 1986.

Llewellyn, Karl N., **The Bramble Bush**, New York: Oceana, 1930.

Llewellyn, Karl N., **The Common Law Tradition: Deciding Appeals**, Boston: Little, Brown & Company, 1960.

Lucy, William, **Understanding and Explaining Adjudication**, New York: Oxford University Press, 1999.

Lyons, David, **Moral Aspects of Legal Theory: Essays on Law, Justice and Political Responsibility**, New York: Cambridge University Press, 1993.

Mahlmann, Matthias, **Rechtsphilosophie und Rechtstheorie**, 5. Baskı, Baden: Nomos Verlag, 2019.

Malaurie, Philippe, **Anthologie de la Pensée Juridique**, 2. Baskı, Paris: Editions Cujas, 2001.

Marmor, Andrei, **Interpretation and Legal Theory**, Oregon: Hart Publishing, 2005.

Marmor, Andrei, **Law in the Age of Pluralism**, Oxford: Oxford University Press, 2007.

Marmor, Andrei, **Philosophy of Law**, Princeton: Princeton University Press, 2011.

Marmor, Andrei, **Positive Law and Objective Values**, Oxford: Oxford University Press, 2001.

Marmor, Andrei, **Social Conventions: From Language to Law**, Princeton: Princeton University Press, 2009.

Marmor, Andrei, **The Language of Law**, Oxford: Oxford University Press, 2014.

Metin, Sevtap, **Hukuk Normunun Yorumu**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2002.

Metin, Sevtap & Altan Heper, **Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü**, İstanbul: Tekin Yayınevi, 2014.

Ökçesiz, Hayrettin, **Sivil İtaatsizlik**, İstanbul: Afa Yayıncılık, 1994.

Öktem, Niyazi & Ahmet U. Türkbağ, **Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet**, 6. Baskı, İstanbul: Der Yayınları, 2014.

Özcan, Mehmet T., **Hukuk Sosyolojisine Giriş**, 5. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2012.

Penner, James, **McCoubrey & White's Textbook on Jurisprudence**, 4. Baskı, New York: Oxford University Press, 2008.

Penner, James & Emmanuel Melissaris, **McCoubrey & White's Textbook on Jurisprudence**, 5. Baskı, Oxford: Oxford University Press, 2013.

Posner, Richard A., **Economic Analysis of Law**, Boston: Little Brown, 1973.

Ratnapala, Suri, **Jurisprudence**, New York: Cambridge University Press, 2009.

Rawls, John, **Halkların Yasası ve "Kamusal Akıl Düşüncesinin Yeniden Ele Alınması"**, 2. Baskı, Çeviren: G. Evrin, İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2006.

Raz, Joseph, **Between Authority and Interpretation**, New York: Oxford University Press, 2009.

Raz, Joseph, **Ethics in the Public Domain**, 2. Baskı, Oxford: Clarendon Press, 1996.

Raz, Joseph, **From Normativity to Responsibility**, New York: Oxford University Press, 2011.

Raz, Joseph, **Özgürlük Ahlakı**, Çeviren: G. Özturan, Sakarya: Sakarya Üniversitesi Kültür Yayınları, 2016.

Raz, Joseph, **Practical Reasons and Norms**, 2. Baskı, New York: Oxford University Press, 2002.

Raz, Joseph, **The Authority of Law**, 2. Baskı, Oxford: Oxford University Press, 2011.

Raz, Joseph, **The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System**, 2. Baskı, Oxford: Clarendon Press, 1980.

Regan, Donald H., "Authority and Value: Reflections of Raz's Morality of Freedom", **Southern California Law Review**, Cilt: 62, Sayı: 3, 1989, ss. 995-1095.

Renaut, Alain & Lukas Sosoe, **Philosophie du Droit**, Paris: Presses Universitaires de France, 1991.

Shapiro, Scott J., **Legality**, Massachusetts: Harvard University Press, 2011.

Surlu, Aydan Ö., **H. L. A. Hart'ta Tanıma Kuralı**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2008.

Şahin Ceylan, Şule, **H. L. A. Hart'ın Hukuk Kuramı**, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2014.

Takemura, Hitomi, **International Human Right to Conscientious Objection to Military Service and Individual Duties to Disobey Manifestly Illegal Orders**, Berlin: Springer Verlag, 2009.

Tamanaha, Brian Z., **On the Rule of Law: History, Politics, Theory**, Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

Topçuoğlu, Hâmide, **Hukuk Sosyolojisi: Sosyoloji Açısından Hukuk**, 3. Baskı, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1969.

Troper, Michel, **La Théorie du Droit, Le Droit, L'État**, Paris: Presses Universitaires de France, 2001.

Türkbağ, Ahmet U., **Kanıtlanamayanı Kanıtlamak: Ronald Dworkin'in Hukuk Kuramı**, 3. Baskı, İstanbul: Derin Yayınları, 2012.

Uyanık, Halit, **Hukukun Otoritesi: Joseph Raz'da Otorite Olarak Hukuk**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014.

Üskül Engin, Zeynep Ö., **Bireyciliğe Tarihsel Bakış**, İstanbul: Büke Yayıncılık, 2003.

Wacks, Raymond, **Hukuk Felsefesine Kısa Bir Giriş**, 8. Baskı, Çeviren: E. Arıkan, İstanbul: Tekin Yayınevi, 2018.

Wacks, Raymond, **Understanding Jurisprudence: An Introduction to Legal Theory**, New York: Oxford University Press, 2012.

Waldron, Jeremy, **Law and Disagreement**, Oxford: Oxford University Press, 1999.

Waluchow, Wil, **Inclusive Legal Positivism**, Oxford: Clarendon Press, 1994.

Yörükoğlu, Ömer, **Yirminci Yüzyılın İlk Yarısında Amerika Birleşik Devletlerinde Hâkim Olan Hukuk Teorisi**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1982.

Zala, Miklos I., **Standing as Equals: the Case of Religious and Cultural Exemptions**, Budapest: CEU eTD Collection, 2010.

MAKALELER

Akbaş, Kasım, “Ronald Dworkin: Pozitivizmin ve Doğal Hukukun Eleştirisinden Bir ‘Yargılama Kuramı’na”, **Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş**, 2. Baskı, Editör: E. Uzun, İstanbul: İthaki Yayınları, 2015, ss. 195-212.

Aktaş, Sururi, “Hart ve Dworkin’e Karşı Otorite Olarak Hukuk”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 1-2, 2004, ss. 1-21.

Aktaş, Sururi, “Hukuksal Geçerlilik Sorunu”, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi – 11**, Editör: H. Ökçesiz, İstanbul Barosu Yayınları, 2005, ss. 63-79.

Alexander, Larry, “Law and Exclusionary Reasons”, **Philosophical Topics**, Cilt: 18, Sayı: 1, 1990, ss. 5-22.

Alexy, Robert, "Scott J. Shapiro between Positivism and Non-Positivism", **Jurisprudence**, Cilt: 7, Sayı: 2, 2016, ss. 299-306.

Alton, Stephan R., "In the Wake of Thoreau: Four Modern Legal Philosophers and the Theory of Nonviolent Civil Disobedience", **Loyola University Law Journal**, Cilt: 24, Sayı: 1, 1992, ss. 39-76.

Amar, Akhil R., "Foreword: The Document and the Doctrine", **Harvard Law Review**, Cilt: 114, Sayı: 1, 2000, ss. 26-135.

Atalay, Ahmet H. "Kelsen ve Hart: Bilinebilir Hukuk", **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi** – 19, Editörler: H. Ökçesiz & G. Uygur, İstanbul Barosu Yayınları, 2010, ss. 104-113.

Bachand, Remi, "Indetermination et L'interpretation Chez les Positivistes Analytiques: Un Echange avec Austin, Hart, et ...Dworkin", **La Revue de Droit d'Ottawa**, Cilt: 37, Sayı: 1, 2005, ss. 35-70.

Bailleux, Antoine, "Actualité du 'Combat des Chefs' Dans la Littérature Anglo-Saxonne", **Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques**, Cilt: 59, Sayı: 2, 2007, ss. 173-220.

Baratta, Alessandro, "Rechtspositivismus und Gesetzespositivismus: Gedanken zu einer 'naturrechtliche' Apologie des Rechtspositivismus", **Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie**, Cilt: 54, Sayı: 3, 1968, ss. 325-349.

Barberis, Mauro, "Legal Positivism in the 20th Century", **A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence - Volume 12: Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World**, Editörler: E. Pattaro & C. Roversi, Basel: Springer International Publishing, 2016, ss. 181-185.

Baude, William, "Is Originalism Our Law?", **Columbia Law Review**, Cilt: 115, Sayı: 8, 2015, ss. 2349-2408.

Bayles, Michael, "Hart vs. Dworkin", **Law and Philosophy**, Cilt: 10, Sayı: 4, 1991, ss. 349-381.

Belliotti, Raymon A., **Justifying Law: The Debate over Foundations, Goals, and Methods**, Philadelphia: Temple University Press, 1992.

Beltran, Jordi F. & Giovanni B. Ratti, "Validity and Defeasibility in the Legal Domain", **Law and Philosophy**, Cilt: 29, Sayı: 5, 2010, ss. 601-626.

Bernal, Carlos, "The Unsolved Problem of the Socio-ontological Explanation of the Normativity of Law", **Jurisprudence**, Cilt: 8, Sayı: 3, 2017, ss. 580-587.

Bix, Brian H., "Radbruch's Formula and Conceptual Analysis", **The American Journal of Jurisprudence**, Cilt: 56, Sayı: 1, 2011, ss. 45-57.

Brunet, Pierre, “Norberto Bobbio et le Positivisme Juridique”, **Analisi e Diritto 2005: Ricerche di Giurisprudenza Analitica**, Ed: P. Comanducci & R. Guastini, Torino: Giappichelli, 2006, ss. 159-170.

Bustamante, Thomas, “Interpreting Plans: A Critical View of Scott Shapiro’s Planning Theory of Law”, **Australian Journal of Legal Philosophy**, Cilt: 32, Sayı: 2, 2012, ss. 219-250.

Bustamante, Thomas R., “*Legality* by Scott Shapiro (Book Review)”, **Legal Studies-The Journal of the Society of Legal Scholars**, Cilt: 32, Sayı: 1, 2012, ss. 499-507.

Canale, Damiano, “Looking for the Nature of Law: On Shapiro’s Challenge, **The Planning Theory of Law: A Critical Reading**, Editörler: D. Canale & G. Tuzet, Amsterdam: Springer Publishing, 2013, ss. 1-26.

Carpentier, Mathieu, “Sources and Validity”, **Legal Validity and Soft Law**, Editörler: P. Westerman ve diğerleri, Basel: Springer International Publishing, 2018, ss. 75-97.

Celano, Bruno, “Laws, Plans and Practical Rationality”, **Diritto e Questioni Pubbliche**, Cilt: 12, Sayı: 1, 2012, ss. 211-254.

Champeil-Desplats, Veronique, “Michel Troper (1938-)”, **A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence - Volume 12: Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World**, Editörler: E. Pattaro & C. Roversi, Basel: Springer International Publishing, 2016, ss. 447-455.

Chevrette, François & Hugo Cyr, “De Quel Positivisme Parlez-Vous?”, **Mélanges en l’honneur d’Andrée Lajoie**, Editörler : P. Noreau & L. Rolland, Montreal: Thémis, 2008, ss. 33-60.

Chiassoni, Pierluigi, “Ruling Platitudes, Old Metaphysics, and a Few Misunderstandings About Legal Positivism”, **The Planning Theory of Law: A Critical Reading**, Editörler: D. Canale & G. Tuzet, Amsterdam: Springer Publishing, 2013, ss. 153-168.

Christie, George C., “On the Moral Obligation to Obey the Law”, **Duke Law Journal**, Cilt: 39, Sayı: 6, 1990, ss. 1311-1336.

Coleman, Jules L., “Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis”, **Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to *The Concept of Law***, Editör: J. L. Coleman, New York: Oxford University Press, 2005, ss. 99-147.

Coleman, Jules L., “Rules and Social Facts”, **Harvard Journal of Law & Public Policy**, Cilt: 14, Sayı: 3, 1991, ss. 703-725.

Coleman, Jules L., “The Conventionality Thesis”, **Philosophical Issues**, Cilt: 11, Sayı: 1, 2001, ss. 354-387.

Coleman Jules L., & Brian Leiter, “Determinacy, Objectivity, and Authority”, **University of Pennsylvania Law Review**, Cilt: 142, Sayı: 2, 1993, ss. 549-637.

Craig, Paul, "Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework", **The Rule of Law and the Separation of Powers**, Editör: R. Bellamy, Oxford: Routledge, 2005, ss. 95-116.

Crocker, Thomas P., "Book Review: 'Whom Should You Trust? Plans, Pragmatism, and Legality'", **Tulsa Law Review**, Cilt: 47, Sayı: 1, 2001, ss. 205-217.

Çağlar Gürgey, Fatma İ., "Joseph Raz'ın 'Zarar İlkesi' Yaklaşımı", **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi – 24**, Editörler: H. Ökçesiz ve diğerleri, İstanbul Barosu Yayınları, 2012, ss. 15-27.

D'Almeida, Luis D., "Legal Statements and Normative Language", **Law and Philosophy**, Cilt: 30, Sayı: 2, 2011, ss. 167-199.

Dagger, Richard, "Authority, Legitimacy, and the Obligation to Obey the Law", **Legal Theory**, Cilt: 24, Sayı: 2, 2018, s. 101.

Dare, Tim, "Disagreeing about Disagreement in Law: The Argument from Theoretical Disagreement", **Philosophical Topics**, Cilt: 38, Sayı: 2, 2010, ss. 1-15.

Davis, Joshua P., "Legality, Morality, Duality", **Utah Law Review**, Cilt: 55, Sayı: 1, 2014, ss. 55-107.

Duke, George, "The Planning Theory and Natural Law", **Law and Philosophy**, Cilt: 34, Sayı: 2, 2015, ss. 173-200.

Dworkin, Ronald M., "A Reply By Ronald Dworkin", **Ronald Dworkin & Contemporary Jurisprudence**, Editör: M. Cohen, London: Duckworth, 1984, ss. 247-298.

Dworkin, Ronald M., "Hard Cases", **Harvard Law Review**, Cilt: 88, Sayı: 6, 1975, ss. 1057-1109.

Dworkin, Ronald M., "Hart's Posthumous Reply", **Harvard Law Review**, Cilt: 130, Sayı: 8, 2017, ss. 2096-2130.

Dworkin, Ronald M., "'Natural' Law Revisited", **University of Florida Law Review**, Cilt: 2, Sayı: 1, 1982, ss. 165-188.

Easterbrook, Frank H., "Text, History, and Structure in Statutory Interpretation", **Harvard Journal of Law and Public Policy**, Cilt: 17, Sayı: 1, 1994, ss. 61-70.

Edmundson, William A., "Shmegality", **Jurisprudence**, Cilt: 2, Sayı: 1, 2011, ss. 273-291.

Eekelaar, John, "Judges and Citizens: Two Conceptions of Law", **Oxford Journal of Legal Studies**, Cilt: 22, Sayı: 3, 2002, ss. 497-516.

Ehrenberg, Kenneth M., "Functions in Jurisprudential Methodology", **Philosophy Compass**, Cilt: 8, Sayı: 5, 2013, ss. 447-456.

Ehrenberg, Kenneth M., "Joseph Raz's Theory of Authority", **Philosophy Compass**, Cilt: 6, Sayı: 12, 2011, ss. 884-894.

Eisenberg, Melvin A., "The Concept of National Law and the Rule of Recognition", **Florida State University Law Review**, Cilt: 29, Sayı: 4, 2002, ss. 1229-1263.

Essert, Christopher, "A Dilemma For Protected Reasons", **Law and Philosophy**, Cilt: 31, Sayı: 1, 2012, ss. 49-76.

Ewing, Benjamin, "Conventionality, Disagreement, and Fidelity", **Canadian Journal of Law & Jurisprudence**, Cilt: 30, Sayı: 1, 2017, ss. 97-123.

Farrell, Ian P., "On the Value of Jurisprudence: Review of *Legality*, Scott Shapiro", **Texas Law Review**, Cilt: 90, Sayı: 1, 2011, ss. 187-224.

Finnis, John, "Natural Law: The Classical Tradition", **Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law**, Editörler: J. L. Coleman ve diğerleri, New York: Oxford University Press, 2004, ss. 1-60.

Finnis, John, "The Authority of Law in the Predicament of Contemporary Social Theory", **Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy**, Cilt: 1, Sayı: 1, 1984, ss. 115-137.

Forgo, Nikolaus & Alexander Somek, "Nachpositivistisches Rechtsdenken", **Neue Theorien des Rechts**, 2. Baskı, Editörler: S. Buckel ve diğerleri, Stuttgart: Lucius & Lucius, 2009, ss. 254-260.

Fox-Decent, Evan, "Is the Rule of Law Really Indifferent to Human Rights?", **Law and Philosophy**, Cilt: 27, Sayı: 6, 2008, ss. 533-581.

Fuller, Lon L., "Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart", **Harvard Law Review**, Cilt: 71, Sayı: 4, 1958, ss. 630-672.

Gkouvas, Triantafyllos, "Planning from a Legal Point of View", **Jurisprudence**, Cilt: 7, Sayı: 2, 2016, ss. 341-354.

Goldsworthy, Jeffrey, "Raz on Constitutional Interpretation", **Law and Philosophy**, Cilt: 22, Sayı: 2, 2003, ss. 167-193.

Green, Leslie, "Law, Legitimacy, and Consent", **Southern California Law Review**, Cilt: 62, Sayı: 3-4, 1989, ss. 795-825.

Green, Leslie, "Positivism and the Inseparability of Law and Morals", **New York University Law Review**, Cilt: 83, Sayı: 4, 2008, ss. 1035-1058.

Green, Leslie, "Three Themes from Raz", **Oxford Journal of Legal Studies**, Cilt: 25, Sayı: 3, 2005, ss. 503-523.

Green, Michael S., "On Hart's Category Mistake", **Legal Theory**, Cilt: 19, Sayı: 1, 2013, ss. 347-369.

Gur, Noam, “Actions, Attitudes, and the Obligation to Obey the Law”, **The Journal of Political Philosophy**, Cilt: 21, Sayı: 3, 2013, ss. 326-346.

Gürler, Sercan, “Felsefi Bir Sorun Olarak Hukuka İtaat Yükümlülüğü”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 72, Sayı: 1, 2014, ss. 265-292.

Hart, H. L. A., “Are There Any Natural Rights?”, **The Philosophical Review**, Cilt: 64, Sayı: 2, 1955, ss. 175-191.

Hart, H. L. A., “Lon Fuller: The Morality of Law”, **Essays in Jurisprudence and Philosophy**, Oxford: Clarendon Press, 1983, ss. 343-363.

Hart, H. L. A., “Positivism and Separation of Law and Morals”, **Essays in Jurisprudence and Philosophy**, Oxford: Clarendon Press, 1983, ss. 49-87.

Hart, H. L. A., “The New Challenge of Legal Positivism”, **Oxford Journal of Legal Studies**, Cilt: 36, Sayı: 3, 2016, ss. 459-475.

Hathaway, Oana A. & Scott J. Shapiro, “Outcasting: Enforcement in Domestic and International Law”, **Yale Law Journal**, Cilt: 121, Sayı: 2, 2011, ss. 252-349.

Heper, Altan, “Alexy’nin Hukuksal Pozitivizm Eleştirisi, Hukukla Ahlak Arasındaki İlişki”, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi – 12**, Editör: H. Ökçesiz, İstanbul Barosu Yayınları, 2005, ss. 68-74.

Herschovitz, Scott, “The Model of Plans and the Prospects for Positivism”, **Ethics**, Cilt: 125, Sayı: 1, 2014, ss. 152-181.

Himma, Kenneth E., “Inclusive Positivism”, **Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law**, Editörler: J. L. Coleman ve diğerleri, New York: Oxford University Press, 2004, ss. 125-165.

Himma, Kenneth E., “Just Because You’re Smarter Than Me Doesn’t Give You a Right to Tell Me What to Do: Legitimate Authority and the Normal Justification Thesis”, **Oxford Journal of Legal Studies**, Cilt: 27, Sayı: 1, 2007, ss. 121-150.

Himma, Kenneth E., “Law’s Claim of Legitimate Authority”, **Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to *The Concept of Law***, Editör: J. L. Coleman, New York: Oxford University Press, 2005, ss. 271-309.

Himma, Kenneth E., “Revisiting Raz: Inclusive Positivism and the Concept of Authority”, **The American Philosophy Association Newsletter on Philosophy and Law**, Cilt: 6, Sayı: 2, 2007, s. 20-27.

Himma, Kenneth E., “The Authorisation of Coercive Enforcement Mechanisms as a Conceptually Necessary Feature of Law”, **Jurisprudence**, Cilt: 7, Sayı: 3, 2016, ss. 625.

Himma, Kenneth E., “Trouble in Law’s Empire: Rethinking Dworkin’s Third Theory of Law”, **Oxford Journal of Legal Studies**, Cilt: 23, Sayı: 3, 2003, ss. 345-377.

Hoerster, Norbert, "Grundthesen analytischer Rechtstheorie", **Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie II: Rechtstheorie als Grundlagenwissenschaft der Rechtswissenschaft**, Editörler: H. Albert ve diğeri, Düsseldorf: Bertelsmann Universitätsverlag, 1972, ss. 115-130.

Holmes, Oliver W., "The Path of Law", **Harvard Law Review**, Cilt: 8, Sayı: 10, 1897, ss. 457-478.

Kavanagh, Aileen, "Judicial Restraint in the Pursuit of Justice", **The University of Toronto Law Journal**, Cilt: 60, Sayı: 1, 2010, ss. 23-40.

Komarek, Jan, "Reasoning With Previous Decisions", **Practice and Theory in Comparative Law**, Editörler: M. Adams & J. Bomhoff, New York: Cambridge University Press, 2012, ss. 49-73.

Ladavac, Nicoletta B., "Hans Kelsen (1881-1973) Biographical Note and Bibliography", **European Journal of International Law**, Cilt: 9, Sayı: 1, 1998, ss. 391-400.

Leiter, Brian, "American Legal Realism", **The Blackwell Guide to Philosophy of Law and Legal Theory**, Editörler: W. Edmundson & M. Goldings, Oxford: Blackwell, 2005, ss. 50-66.

Leiter, Brian, "Beyond the Hart/Dworkin Debate: the Methodology Problem in Jurisprudence", **Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy**, Oxford: Oxford University Press, 2007, ss. 153-181.

Leiter, Brian, "Classical Realism", **Philosophical Issues**, Cilt: 11, Sayı: 1, 2011, ss. 244-267.

Leiter, Brian, "Explaining Theoretical Disagreement", **University of Chicago Law Review**, Cilt: 76, Sayı: 3, 2009, ss. 1215-1250.

Leiter, Brian, "In Praise of Realism (And Against 'Nonsense' Jurisprudence)", **Georgetown Law Journal**, Cilt: 100, Sayı: 3, 2012, ss. 865-893.

Leiter, Brian, "Is There an American Jurisprudence", **Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy**, Oxford: Oxford University Press, 2007, ss. 81-102.

Leiter, Brian, "Law and Objectivity", **Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy**, Oxford: Oxford University Press, 2007, ss. 257-275.

Leiter, Brian, "Legal Positivism about the Artifact Law: A Retrospective Assessment", **Law as Artifact**, Editörler: L. Burazin ve diğeri, Oxford: Oxford University Press, 2017, ss. 3-28.

Leiter, Brian, "Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered", **Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy**, Oxford: Oxford University Press, 2007, ss. 59-80.

Leiter, Brian, "Legal Realism, Hard Positivism, and the Limits of Conceptual Analysis", **Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy**, Oxford: Oxford University Press, 2007, ss. 121-135.

Leiter, Brian, "Legal Realisms, Old and New", **Valparaiso Law Review**, Cilt: 47, Sayı: 4, 2013, ss. 949-963.

Leiter, Brian, "Marx, Law, Ideology, Legal Positivism", **Virginia Law Review**, Cilt: 101, Sayı: 4, 2015, ss. 1179-1196.

Leiter, Brian, "Moral Facts and Best Explanations", **Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy**, Oxford: Oxford University Press, 2007, ss. 203-224.

Leiter, Brian, "Naturalized Jurisprudence and American Legal Realism Revisited", **Law and Philosophy**, Cilt: 30, Sayı: 4, 2011, ss. 499-516.

Leiter, Brian, "Objectivity, Morality and Adjudication", **Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy**, Oxford: Oxford University Press, 2007, ss. 225-255.

Leiter, Brian, "Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence", **Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy**, Oxford: Oxford University Press, 2007, ss. 15-58.

Leiter, Brian, "Science and Morality: Pragmatic Reflections on Rorty's 'Pragmatism'", **The University of Chicago Law Review**, Cilt: 74, Sayı: 3, 2007, ss. 929-937.

Leiter, Brian, "The Demarcation Problem in Jurisprudence: A New Case for Scepticism", **Oxford Journal of Legal Studies**, Cilt. 31, Sayı: 4, 2011, ss. 663-677.

Leiter, Brian, "The Radicalism of Legal Positivism", **National Lawyers Guild Review**, Cilt: 66, Sayı: 3, 2009, ss. 165-172.

Leiter, Brian, "Theoretical Disagreements in Law: Another Look", **Dimensions of Normativity: New Essays on Metaethics and Jurisprudence**, Editörler: D. Plunkett ve diğerleri, Oxford: Oxford University Press, 2019, ss. 249-262.

Macey, Jonathan R., "Promoting Public-Regarding Legislation Through Statutory Interpretation: An Interest Group Model", **Columbia Law Review**, Cilt: 86, Sayı: 2, 1986, ss. 223-268.

Marmor, Andrei, "An Institutional Conception of Authority", **Philosophy and Public Affairs**, Cilt: 39, Sayı: 3, 2011, ss. 238-261.

Marmor, Andrei, "Are Constitutions Legitimate?", **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, Cilt: 20, Sayı: 1, 2007, ss. 69-84.

Marmor, Andrei, "Can the Law Imply More Than It Says? On Some Pragmatic Aspects of Strategic Speech", **Philosophical Foundations of Language in Law**, Editörler: A. Marmor & S. Soames, Oxford: Oxford University Press, 2011, ss. 83-104.

Marmor, Andrei, "Conventions, Reasons and the Law", **Legal Conventionalism**, Editörler: L. Ramirez-Ludena & J. M. Vilajosana, Basel: Springer International Publishing, 2019, ss. 47-63.

Marmor, Andrei, "Deep Conventions", **Philosophy and Phenomenological Research**, Cilt: 74, Sayı: 3, 2007, ss. 586-610.

Marmor, Andrei, "Defeasibility and Pragmatic Indeterminacy in Law", **Law and Pragmatics: Philosophical Perspectives**, Editörler: A. Capone & F. Poggi, Basel: Springer International Publishing, 2016, ss. 15-31.

Marmor, Andrei, "Exclusive Positivism", **Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law**, Editörler: J. L. Coleman ve diğerleri, New York: Oxford University Press, 2004, ss. 104-124.

Marmor, Andrei, "Farewell to Conceptual Analysis (In Jurisprudence)", **Philosophical Foundations of The Nature of Law**, Editörler: W. Waluchow & S. Sciaraffa, Oxford: Oxford University Press, 2013, ss. 209-229.

Marmor, Andrei, "How Law Is Like Chess", **Legal Theory**, Cilt: 12, Sayı: 4, 2006, ss. 347-371.

Marmor, Andrei, "Legal Conventionalism", **Hart's Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law**, Editör: J. L. Coleman, New York: Oxford University Press, 2005, ss. 193-217.

Marmor, Andrei, "Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral", **Oxford Journal of Legal Studies**, Cilt: 26, Sayı: 4, 2006, ss. 683-704.

Marmor, Andrei, "Meaning and Belief in Constitutional Interpretation", **Fordham Law Review**, Cilt: 82, Sayı: 2, 2013, ss. 577-596.

Marmor, Andrei, "Philosophy of Law: A Reply", **Jarusalem Review of Legal Studies**, Cilt: 10, Sayı: 1, 2014, ss. 93-110.

Marmor, Andrei, "Should We Value Legislative Integrity?", **The Least Examined Branch: The Role of Legislatures in the Constitutional State**, Editörler: R. W. Bauman & T. Kahana, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, ss. 125-138.

Marmor, Andrei, "The Dilemma of Authority", **Jurisprudence**, Cilt: 2, Sayı: 1, 2011, ss. 121-141.

Marmor, Andrei, "The Immorality of Textualism", **Loyola of Los Angeles Law Review**, Cilt: 38, Sayı: 5, 2005, ss. 2063-2079.

Marmor, Andrei, "The Pragmatics of Legal Language", **Ratio Juris**, Cilt: 21, Sayı: 4, 2008, ss. 423-452.

Marmor, Andrei, "The Rule of Law and Its Limits", **Law and Philosophy**, Cilt: 23, Sayı: 1, 2004, ss. 1-43.

Marmor, Andrei, "Truth in Law", **Law and Language: Current Legal Issues Volume 15**, Editörler: M. Freeman & F. Smith, Oxford: Oxford University Press, 2013, ss. 45-61.

Martin, Margaret, "Raz's The Morality of Freedom: Two Models of Authority", **Jurisprudence**, Cilt: 1, Sayı: 1, 2010, ss. 63-84.

McClennen, Edward F. & Scott J. Shapiro, "Rule-Guided Behavior", **The Palgrave Dictionary of Economics and the Law**, Editör: P. Newman, New York: Stockton Press, 1998, ss. 363-368.

Metin, Sevtap, "Hukuki Otorite Kavramının İki Yönü: Raz ve Finnis", **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 2, Sayı: 1-2, 2007, ss. 43-58.

Metin, Sevtap, "Joseph Raz'da Hukuki Otorite Kavramı", **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 1, 2006, ss. 37-61.

Metin, Sevtap, "Lon L. Fuller ve Prosedürel Doğal Hukuk Yaklaşımı", **Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş**, 2. Baskı, Editör: E. Uzun, İstanbul: İthaki Yayınları, 2015, ss. 167-194.

Metin, Sevtap, "Ronald Dworkin'in Hukuk Teorisinde Yorum Yaklaşımı", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 61, Sayı: 1-2, 2003, ss. 35-81.

Metin, Sevtap, "Yeniden Doğal Hukuk Modellemesi: John Finnis", **İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 62, Sayı: 1-2, 2004, ss. 165-205.

Miller, David, "Joseph Raz on Human Rights: A Critical Appraisal", **Philosophical Foundations of Human Rights**, Editörler: R. Cruft ve diğerleri, New York: Oxford University Press, 2015, ss. 232-243.

Mineur, Didier, "The Moral Foundation of Law and the Ethos of Liberal Democracies", **Ratio Juris**, Cilt: 25, Sayı: 2, 2012, ss. 133-148.

Moore, Michael S., "Authority, Law and Razian Reasons" **Southern California Law Review**, Cilt: 62, Sayı: 1, 1989, ss. 827-896.

Morigiwa, Yasutomo, "Authority, Rationality, and Law: Joseph Raz and the Practice of Law", **Southern California Law Review**, Cilt: 62, Sayı: 3-4, 1989, ss. 897-912.

Oliphant, Herman, "Stare Decisis – Continued", **American Bar Association Journal**, Cilt: 14, Sayı: 3, 1928, ss. 159-162.

Ökçesiz, Hayrettin, “Hukukçu Eğitiminde Bir Denek Taşı: ‘Radbruch Formülü’”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 56, 2005, ss. 167-174.

Papayannis, Diego M., “Legality: Between Purposes and Functions”, **The Planning Theory of Law: A Critical Reading**, Editörler: D. Canale & G. Tuzet, Amsterdam: Springer Publishing, 2013, ss. 89-128.

Perry, Stephen R., “Judicial Obligation, Precedent and the Common Law”, **Oxford Journal of Legal Studies**, Cilt: 7, Sayı: 2, 1987, ss. 215-257.

Perry, Stephen R., “Second-Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory”, **Southern California Law Review**, Cilt: 62, Sayı: 1, 1989, ss. 913-994.

Pino, Giorgio, “‘What’s the Plan?’: On Interpretation and Meta-interpretation in Scott Shapiro’s *Legality*”, **The Planning Theory of Law: A Critical Reading**, Editörler: D. Canale & G. Tuzet, Amsterdam: Springer Publishing, 2013, ss. 187-205.

Plunket, David, “Legal Positivism and the Moral Aim Thesis”, **Oxford Journal of Legal Studies**, Cilt: 3, Sayı: 3, 2013, ss. 563-605.

Plunkett, David, “Planning Theory of Law I: The Nature of Legal Institutions”, **Philosophy Compass**, Cilt: 8, Sayı: 2, 2013, ss. 149-158.

Plunkett, David, “Planning Theory of Law II: The Nature of Legal Institutions”, **Philosophy Compass**, Cilt: 8, Sayı: 2, 2013, ss. 159-169.

Poggi, Francesca, “The Possibility Puzzle and Legal Positivism”, **The Planning Theory of Law: A Critical Reading**, Editörler: D. Canale & G. Tuzet, Amsterdam: Springer Publishing, 2013, ss. 27-46.

Quine, W. V. O., “Epistemology Naturalized”, **Ontological Relativity and Other Essays**, New York: Columbia University Press, 1969, ss. 69-90.

Radbruch, Gustav, “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht”, **Süddeutsche Juristen-Zeitung**, Cilt: 1, Sayı: 5, 1946, ss. 105-108.

Rawls, John, “Legal Obligation and the Obligation of Fair Play”, **John Rawls: Collected Papers**, Editör: S. Freeman, Cambridge: Harvard University Press, 1999, ss. 117-129.

Raz, Joseph, “About Morality and the Nature of Law”, **American Journal of Jurisprudence**, Cilt: 48, Sayı:1, 2003, ss. 1-15.

Raz, Joseph, “Authority and Consent”, **Virginia Law Review**, Cilt: 67, Sayı: 1, 1981, ss. 103-131.

Raz, Joseph, “Authority, Law, and Morality”, **The Monist**, Cilt: 68, Sayı: 3, 1985, ss. 295-324.

Raz, Joseph, "Dworkin: A New Link in the Chain", **California Law Review**, Cilt: 74, Sayı: 3, 1986, ss. 1103-1119.

Raz, Joseph, "Facing Up: A Reply", **Southern California Law Review**, Cilt: 62, Sayı: 1, 1989, ss. 1153-1235.

Raz, Joseph, "Functions of Law", **Oxford Essays in Jurisprudence (Second Series)**, Editör: A. W. B. Simpson, Oxford: Clarendon Press, 1973, ss. 278-304.

Raz, Joseph, "Human Rights in the Emerging World Order", **Transnational Legal Theory**, Cilt: 1, Sayı: 1, 2010, ss. 31-47.

Raz, Joseph, "Human Rights Without Foundations", **The Philosophy of International Law**, Editörler: S. Besson & J. Tasioulas, Oxford: Oxford University Union, 2010, ss. 321-338.

Raz, Joseph, "Incorporation By Law", **Legal Theory**, Cilt: 10, Sayı: 1, 2004, ss. 1-17.

Raz, Joseph, "Interpretation Without Retrieval", **Interpretation in Law**, Editör: A. Marmor, Oxford: Oxford University Press, 1995, ss. 155-175.

Raz, Joseph, "Legal Principles and Limits of Law", **Yale Law Journal**, Cilt: 81, Sayı: 5, 1972, ss. 823-854.

Raz, Joseph, "Legal Validity", **Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie**, Cilt: 63, Sayı: 3, 1977, ss. 339-353.

Raz, Joseph, "On the Authority & Interpretation of Constitutions", **Constitutionalism: Philosophical Foundations**, Editör: L. Alexander, Cambridge: Cambridge University Press, 1998, ss. 152-193.

Raz, Joseph, "Professor Dworkin's Theory of Rights", **Political Studies**, Cilt: 26, Sayı: 1, 1978, ss. 123-137.

Raz, Joseph, "The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism", **Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy**, Editör: G. Pavlakos, Oxford: Hart Publishing, 2007, ss. 17-35.

Raz, Joseph, "The Identity of Legal Systems", **California Law Review**, Cilt: 59, Sayı: 3, 1971, ss. 795-815.

Raz, Joseph, "The Institutional Nature of Law", **The Modern Law Review**, Cilt: 38, Sayı: 5, 1975, ss. 489-503.

Raz, Joseph, "The Law's Own Virtue", **Oxford Journal of Legal Studies**, Cilt: 39, Sayı: 1, 2019, ss. 1-15.

Raz, Joseph, "The Obligation to Obey: Revision and Tradition", **Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy**, Cilt: 1, Sayı: 1, 2014, ss. 139-155.

Raz, Joseph, "The Problem of Authority", **Minnesota Law Review**, Cilt: 90, Sayı: 4, 2006, ss. 1003-1044.

Raz, Joseph, "The Rule of Law and its Virtue", **Law Quarterly Review**, Cilt: 93, Sayı: 1, 1977, ss. 195-211.

Raz, Joseph, "Why the State?", **In Pursuit of Pluralist Jurisprudence**, Editörler: N. Roughan & A. Halpin, Cambridge: Cambridge University Press, 2017, ss. 136-162.

Rosati, Connie S., "Normativity and the Planning Theory of Law", **Jurisprudence**, Cilt: 7, Sayı: 2, 2016, ss. 307-324.

Rundle, Kirsten, "Form and Agency in Raz's Legal Positivism", **Law and Philosophy**, Cilt: 32, Sayı: 1, 2013, ss. 767-791.

Saporiti, Michele, "For a General Legal Theory of Conscientious Objection", **Ratio Juris**, Cilt: 28, Sayı: 3, 2015, ss. 416-430.

Schiavello, Aldo, "Rule of Recognition, Convention and Obligation: What Shapiro Can Still Learn From Hart's Mistakes", **The Planning Theory of Law: A Critical Reading**, Editörler: D. Canale & G. Tuzet, Amsterdam: Springer Publishing, 2013, ss. 65-87.

Shapiro, Scott J., "Authority", **Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law**, Editörler: J. L. Coleman ve diğerleri, New York: Oxford University Press, 2004, ss. 382-439.

Shapiro, Scott J., "Five Answers", **Legal Philosophy: Five Questions**, Editör: M. E. J. Nielsen, New York: Automatic/VIP Press, 2007, ss. 209-225.

Shapiro, Scott J., "H. L. A. Hart (1907-1992)", **A Companion to Analytic Philosophy**, Editörler: A. P. Martinich & E. D. Sosa, Oxford: Blackwell Publishers, 2001, ss. 169-174.

Shapiro, Scott J., "Judicial Can't", **Philosophical Issues**, Cilt: 11, Sayı: 1, 2001, ss. 530-357.

Shapiro, Scott J., "Massively Shared Agency", **Rational and Social Agency: The Philosophy of Michael Bratmann**, Editörler: M. Vargas & G. Yaffe, Oxford: Oxford University Press, 2014, ss. 257-293.

Shapiro, Scott J., "On Hart's Way Out", **Hart's Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law**, Editör: J. L. Coleman, New York: Oxford University Press, 2005, ss. 149-191.

Shapiro, Scott J., "Rationality of Rule-Guided Behavior: A Statement of the Problem", **University of San Diego Law Review**, Cilt: 42, Sayı: 1, 2005, ss. 55-60.

Shapiro, Scott J., "The 'Hart/Dworkin' Debate: A Short Guide for the Perplexed", **Ronald Dworkin**, Editör: A. Ripstein, Cambridge: Cambridge University Press, 2007, ss. 22-50.

Shapiro, Scott J., "Ulysses Rebound", **Economics and Philosophy**, Cilt: 18, Sayı: 1, 2002, ss. 157-182.

Shapiro, Scott J., "Was Inclusive Legal Positivism Founded on a Mistake?", **Ratio Juris**, Cilt: 22, Sayı: 3, 2009, ss. 326-338.

Shapiro, Scott J., "What is the Internal Point of View?", **Fordham Law Review**, Cilt: 75, Sayı: 3, 2006, ss. 1157-1170.

Shapiro, Scott J., "What is the Rule of Recognition (and Does it Exist)?", **The Rule of Recognition and the U.S. Constitution**, Editörler: M. D. Adler & K. E. Himma, Oxford: Oxford University Press, 2009, ss. 235-268.

Sheinman, Hanoch, "The First Virtue of the Law Courts and the First Virtue of the Law", **Legal Theory**, Cilt: 13, Sayı: 2, 2007, ss. 101-128.

Simmonds, Nigel E., "The Logic of Planning and the Aim of the Law", **University of Toronto Law Journal**, Cilt: 62, Sayı: 1, 2012, ss. 255-276.

Smith, Dale, "Must the Law Be Capable of Possesing Authority?", **Legal Theory**, Cilt: 18, Sayı: 1, 2012, ss. 69-100.

Soper, E. Philip, "Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart/Dworkin Dispute", **Michigan Law Review**, Cilt: 75, Sayı: 3, 1977, ss. 473-519.

Spaak, Torben, "Legal Positivism, Conventionalism, and the Normativity of Law", **Jurisprudence**, Cilt: 9, Sayı: 2, 2018, ss. 319-344.

Stone, Martin, "Formalism", **Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law**, Editörler: J. L. Coleman ve diğerleri, New York: Oxford University Press, 2004, ss. 166-205.

Surlu, Aydan Ö., "Hart'ta Kurallar Sistemi", **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi – 21**, Editörler: H. Ökçesiz & G. Uygur, İstanbul Barosu Yayınları, 2010, ss. 197-204.

Şahin Ceylan, Şule, "H. L. A. Hart'a Göre Hukuk-Ahlak İlişkisi", **H. L. A. Hart ve Hukuk-Ahlak Ayrımı**, Editör: S. Gürler, İstanbul: Tekin Yayınevi, 2015, ss. 29-61.

Şahin Ceylan, Şule, "H. L. A. Hart'ın Yaklaşımıyla Hukuk Kavramı", **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi – 23**, Editörler: H. Ökçesiz ve diğerleri, İstanbul Barosu Yayınları, 2012, ss. 79-86.

Torrance, Michael, "Persuasive Authority Beyond the State: A Theoretical Analysis of Transnational Corporate Social Responsibility Norms as Legal Reasons Within Positive Legal Systems", **German Law Journal**, Cilt: 12, Sayı: 8, 2011, ss. 1573-1638.

Turhan, Mehmet, “Anayasanın Yorumlanmasında Felsefi Yaklaşım: Ronald Dworkin’e Göre Anayasanın Ahlaksal Okunuşu”, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi – 26**, Editörler: H. Ökçesiz ve diğerleri, İstanbul Barosu Yayınları, 2014, ss. 443-480.

Türkbağ, Ahmet U., “Amerikan Hukuki Realizmi”, **İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 58, Sayı: 1-2, 2000, ss. 79-95.

Türkbağ, Ahmet U., “Böyle Yazıldı Böyle Uygulansın: Hâkimin Takdir Yetkisinin Teori ve Pratiği”, **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı**, Cilt: 2, Sayı: 1, 2006, ss. 560-584.

Türkbağ, Ahmet U., "Evren ve İnsan Anlayışlarının Hukuka Yansıması Olarak İki Pozitivizm: Austin ve Hart", **Erdoğan Teziç'e Armağan**, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2007, ss. 239-250.

Türkbağ, Ahmet U., “Haklar, Hakkaniyet, Bütünlük ve Adalet: Dworkin’in Adalet Perspektifi”, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi - 9**, Editör: H. Ökçesiz, İstanbul Barosu Yayınları, 2004, ss. 88-95.

Türkbağ, Ahmet U., “Hart-Dworkin Tartışmasının Ana Hatları”, **Anayasa Yargısı**, Cilt: 28, Sayı: 1, 2011, ss. 71-82.

Türkbağ, Ahmet U., “Hukuk ve Ekonomi Anlayışı ya da Hukukun Ekonomik Analizi”, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi – 8**, Editör: H. Ökçesiz, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2003, ss. 58-68.

Uyanık, Halit, “Kurumsallaşmış bir Normatif Sistem Olarak Hukuk ve İkincil Eylem Sebepleri”, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi – 25**, Editörler: H. Ökçesiz ve diğerleri, İstanbul Barosu Yayınları, 2012, ss. 197-210.

Uygur, Gülriz, “Adalet ve Hukuk Devleti”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 53, Sayı: 3, 2004, ss. 29-38.

Uygur, Gülriz, “Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 51, Sayı: 2, 2002, ss.1-18.

Uygur, Gülriz, “Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü Mü?”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 52, Sayı:3, 2003, ss. 145-174.

Uygur, Gülriz, “Ronald Dworkin’de Adalet ve Haklar”, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi - 5**, Editör: H. Ökçesiz, İstanbul Barosu Yayınları, 2002, ss. 98-106.

Uygur, Gülriz, “The Rule of Law: Is the Line Between the Formal and the Moral Blurred?”, **Law, Liberty and the Rule of Law**, Editörler: I. B. Flores & K. E. Himma, Basel: Springer International Publishing, 2012, ss. 103-119.

Uzun, Ertuğrul, “Hukuki Pozitivizmi Doğru Okumak”, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi – 16**, Editör: H. Ökçesiz, İstanbul Barosu Yayınları, 2017, ss. 43-50.

Üskül Engin, Zeynep Ö., “Olan Hukuk – Olmayan Hukuk”, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi – 23**, Editörler: H. Ökçesiz ve diğerleri, İstanbul Barosu Yayınları, 2012, ss. 150-164.

Üskül Engin, Zeynep Ö., “Ortaçağda Teologların Akılla Buluşmasının Bir Örneği: St. Thomas d’Aquin”, **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, Ankara: Seçkin, 2004, ss. 759-784.

Waldron, Jeremy, “The Concept and the Rule of Law”, **Georgia Law Review**, Cilt: 43, Sayı: 1, 2008, ss. 1-61.

Waluchow, Wil, “Four Concepts of Validity: Reflections on Inclusive and Exclusive Positivism”, **The Rule of Recognition and the U.S. Constitution**, Editörler: M. D. Adler & K. E. Himma, Oxford: Oxford University Press, 2009, ss. 123-144.

Zanghellini, Aleardo, “Raz on Rights: Human Rights, Fundamental Rights, and Balancing”, **Ratio Juris**, Cilt: 30, Sayı: 1, 2017, ss. 25-40.

ÇEVİRİMİÇİ KAYNAKLAR

Brownlee, Kimberley, “Civil Disobedience”, **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, 2007, <https://plato.stanford.edu/entries/civil-disobedience/> (Son erişim tarihi: 1.6.2019)

Dickson, Julie, “Interpretation and Coherence in Legal Reasoning”, **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, 2010, <https://plato.stanford.edu/entries/legal-reas-interpret/> (Son erişim tarihi: 1.6.2019)

Green, Leslie, “Legal Positivism”, **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, 2018, <https://plato.stanford.edu/archives/spr2018/entries/legal-positivism/> (Son erişim tarihi: 1.6.2019)

Himma, Kenneth E., “Legal Positivism”, **Internet Encyclopedia of Philosophy**, ISSN 2161-0002, <https://www.iep.utm.edu/legalpos/> (Son erişim tarihi: 1.6.2019)

Kendall III, Walter, “Lawness: What Is It? Why Should I Care?: Review of *Legality*, Scott Shapiro”, **H-Law, H-Net Reviews**, 2011, <http://www.h-net.org/reviews/showrev.php?id=33551> (Son erişim tarihi: 1.6.2019)

Rescorla, Michael, “Conventions”, **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, 2015, <https://plato.stanford.edu/entries/convention/> (Son erişim tarihi: 1.6.2019)

Steel, Sandy, “Shapiro’s Planning Theory of Law”, **McBrides Guides**, 2014, <https://mcbridesguides.com/wp-content/uploads/2014/08/shapiros-planning-theory-of-law> (Son erişim tarihi: 1.6.2019)

Supreme Court of Canada, “British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.”, **Supreme Court Reports**, 2005, <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2282/index.do> (Son erişim tarihi: 1.6.2019)

Waldron, Jeremy, “The Rule of Law”, **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, 2016, <https://plato.stanford.edu/entries/rule-of-law/> (Son erişim tarihi: 1.6.2019)

<https://en.oxforddictionaries.com/> (Son erişim tarihi: 1.6.2019)

<https://law.yale.edu> (Son erişim tarihi: 1.6.2019)

<https://sites.google.com/site/josephnrz> (Son erişim tarihi: 1.6.2019)

<http://www.brianleiter.net> (Son erişim tarihi: 1.6.2019)

<http://www.lawschool.cornell.edu> (Son erişim tarihi : 1.6.2019)



ÖZGEÇMİŞ

1986 yılında İstanbul’da doğdum. 2006 yılında Galatasaray Lisesi’ni bitirdikten sonra, aynı yıl girdiğim Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nden 2011 yılında mezun oldum. 2011 yılında Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı’nda Yüksek Lisans öğrenimime başladım. 2014 yılında “Hayvan Refahı, Hayvan Hakları, Hayvan Hukuku” başlıklı tezimle yüksek lisansımı tamamladım. Aynı yıl Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı’nda Doktora öğrenimime başladım. 2012 yılından bu yana da Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Anabilim Dalı’nda araştırma görevlisi olarak çalışmaktayım.

TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : Galatasaray Üniversitesi
Enstitü : Sosyal Bilimler Enstitüsü
Adı Soyadı : Engin Arıkan
Tez Başlığı : Sert Pozitivizm, Güncel Temsilcileri, Eleştirileri
Savunma Tarihi : 4.7.2019
Danışmanı : Prof. Dr. Ahmet Ulvi TÜRKBAĞ

JÜRİ ÜYELERİ

Unvanı, Adı, Soyadı

İmza

Prof. Dr. Ahmet Ulvi TÜRKBAĞ



Prof. Dr. Zeynep Özlem ÜSKÜL ENGİN



Doç. Dr. Sevtap METİN



Doç. Dr. Sercan GÜRLER



Doç. Dr. Birden GÜNGÖREN BULGAN



Enstitü Müdürü

Prof. Dr. M. Yaman ÖZTEK

